

BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Gülşen PAZARBAŞI

114615028

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(EKONOMİ HUKUKU)

Danışman: Doçent Dr. Gül OKUTAN NILSSON

2017

BAĞIMSIZ YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU




CIVIL LIABILITY OF INDEPENDENT BOARD MEMBERS

Gülşen PAZARBAŞI
114615028

Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON
(Danışman, İstanbul Bilgi Ü. Hukuk F.)

Prof. Dr. Veliye YANLI
(Jüri Üyesi, İstanbul Bilgi Ü. Hukuk F.)

Doç. Dr. Ali PASLI
(Jüri Üyesi, İstanbul Ü. Hukuk F.)

: 
: 
: 

Tezin Onaylandığı Tarih

: 2 Şubat 2017

Toplam Sayfa Sayısı

: 113

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesi
- 2) Türk Ticaret Kanunu
- 3) Hukuki Sorumluluk
- 4) Yönetim Kurulu Üyesi
- 5) Kurumsal Yönetim

- 1) Independent Board Member
- 2) Turkish Commercial Code
- 3) Civil Liability
- 4) Board Member
- 5) Corporate Governance

ÖZET

Çalışmamızda bağımsız yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu konusu ele alınmıştır. Payları BİAŞ'ın Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı'nda işlem gören halka açık ortaklıkların yönetim kurullarında bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bulunması zorunludur. Söz konusu zorunluluk, bahse konu halka açık şirketlerin kurumsal yönetiminin bir gereğidir. Bu nedenle, çalışmamızın birinci kısmında kurumsal yönetim ilkeleri bakımından bağımsız yönetim kurulu üyelerinin durumu ayrıntılı şekilde incelenmiştir.

İkinci kısımda ise, hukuki sorumluluk konusu ele alınmış olup, öncelikle genel anlamda tüm yönetim kurulu üyelerinin ve bu kapsamda bağımsız yönetim kurulu üyelerinin de duruma göre tabi oldukları hukuki sorumluluk rejimi ortaya koyulmuştur. İkinci kısmın ikinci bölümünde ise, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının diğer üyelere nazaran farklılaşabileceği haller irdelenmiştir. Bu kapsamda, hangi hallerde bağımsız yönetim kurulu üyelerine düşen görevlerin ve bu kapsamda sorumluluk tavanlarının diğer üyelere nazaran ağırlaşabileceği sermaye piyasası mevzuatı da dâhil edilerek incelenmiştir.

ABSTRACT

In our study, the legal liability of the independent members of the boards of directors has been discussed. Independent board members are required to be present in the boards of public companies whose shares are traded in BİAŞ's Star Market, Main Market and Collective Investment Products and Structured Products Market. This obligation is a requirement of the corporate governance of such public companies. Therefore, in the first part of our study, the situation of independent board members in terms of corporate governance principles has been examined in detail.

In the second part, legal liability issue is discussed. First of all, in general terms, the legal liability regime, that all of the members of the board of directors and the independent members of the board of directors in this context are subject to, has been examined. In the second section of the second part, the cases in which the legal liabilities of the independent board members differ from those of the other members are studied. In this context, the cases in which the duties of the independent board members and the liability limit within this scope which may be heavier than the other members have been examined including the capital market legislation.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR CETVELİ	vii
KAYNAKÇA	xiii
ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKÇA	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ KISIM

Kurumsal Yönetim İlkeleri Kapsamında Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği

I. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Kısa Tarihçesi	4
II. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerine Duyulan İhtiyaç	9
III. Bağımsız Üye Seçme Yükümlülüğü Olan Ortaklıklar ve Bu Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Yapısı	12
IV. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimi ve Atanması	13
A- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimi	13
B- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Kurul Tarafından Atanması	15
V. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerin Niteliği	17
VI. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Kuruldaki ve Komitelerdeki Yeri ve İşlevi	19
A- İcrada Görevli Olan ve Olmayan Yönetim Kurulu Üyesi	19
B- Yönetim Kurulundaki Yeri ve İşlevi	20
C- Sermaye Piyasası Mevzuatı Kapsamındaki Komitelerdeki Yeri ve İşlevi	21

İKİNCİ KISIM

Hukuki Sorumluluk

I. Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu	26
A- Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Sorumluluğunun Kaynağı	26
B- Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklar ve Alacaklılara Karşı Sorumluluğunun Kaynağı	30
C- Sorumluluğun Şartları	31
1. Kanuna veya Esas Sözleşmeye Aykırılık	32
2. Kusur	33
a) Kusurun Tespitinde Özen Yükümlülüğünün Rolü	35
aa) Özen Derecesi	36
bb) Özen Yükümlülüğüne Uygunluğun Belirlenmesinde Ticari Takdir Kuralı'nın Rolü	37
cc) Toplantıya Katılmayan Üye Bakımından Özen Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi	41
dd) Toplantıya Katılan Üye Bakımından Özen Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi	43
ee) Kusurun Tespitinde Sadakat Yükümlülüğünün Rolü	43
ff) Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kusurun Belirlenmesindeki Rolü	45
b) Kusurun İspatı	46
3. Zarar	48
a) Doğrudan Zarar	49
b) Dolaylı Zarar	50
4. İliyet Bağı	51
D- Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri	52
1. Genel Olarak	52
a) Şirketin Üst Düzeyde Yönetimi ve Bunlarla İlgili Talimatların Verilmesi	54

b) Şirket Yönetim Teşkilatının Belirlenmesi	57
c) Muhasebe, Finans Denetimi ve Şirketin Yönetiminin Gerektirdiği Ölçüde, Finansal Planlama için Gerekli Düzenin Kurulması	57
d) Müdürlerin ve Aynı İşleve Sahip Kişiler ile İmza Yetkisini Haiz Bulunanların Atanmaları ve Görevden Alınmaları	58
e) Yönetimle Görevli Kişilerin, Özellikle Kanunlara, Esas Sözleşmeye, İç Yönergelere ve Yönetim Kurulunun Yazılı Talimatlarına Uygun Hareket Edip Etmediklerinin Üst Gözetimi	59
f) Pay, Yönetim Kurulu Karar ve Genel Kurul Toplantı ve Müzakere Defterlerinin Tutulması, Yıllık Faaliyet Raporunun ve Kurumsal Yönetim Açıklamasının Düzenlenmesi ve Genel Kurula Sunulması, Genel Kurul Toplantılarının Hazırlanması ve Genel Kurul Kararlarının Yürütülmesi	60
g) Borca Batıklık Durumunun Varlığında Mahkemeye Bildirimde Bulunulması	61
2. Yönetim Yetkisinin Devri	62
3. Temsil Yetkisinin Devri	64
E- Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devrinin Sorumluluğa Etkisi	66
F- Farklılaştırılmış Teselsül	68
G- Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği	72
II. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu	73
A- Genel Olarak	73
B- TTK Çerçevesinde Aslen Sorumluluk	78
1. Devredilemez ve Vazgeçilemez Görev ve Yetkilerin İhlali	78
2. Murahhasların Seçiminde Gerekli Özeni Göstermeme	80
C- TTK Çerçevesinde Gözetim Sorumluluğu	81
D- Sermaye Piyasası Mevzuatı Bakımından Aslen Sorumluluk	86
1. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Onayını Gerektiren Hallerde Sorumluluk	86
a) İlişkili Taraf İşlemleri	88
b) Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlemler	90
c) Şirketin Üçüncü Kişiler Lehine Güvence Vermesi	90
2. Sermaye Piyasası Mevzuatı Kapsamında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunu Doğuran Özel Haller	91
a) İzahnamede Yer Alan Bilgilerden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk	91
b) Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağına Aykırılık	92
c) Finansal Tablo ve Raporlardan Doğan Sorumluluk	93
d) Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Sorumluluk	94
e) Kar Payı Avansından Doğan Sorumluluk	96
E- Bağımsız Üyelerin Sorumluluğunun Farklılaştırılmış Teselsül Açısından Değerlendirilmesi	97
SONUÇ	100

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	Amerika Birleşik Devletleri
b.	Bent
Batider	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BİAŞ	Borsa İstanbul A.Ş.
Bkz.	Bakınız
C.	Cilt
dpn.	Dipnot
E.	Esas Numarası
ed.	Edition
HD.	Hukuk Dairesi
İBK	İsviçre Borçlar Kanunu
İMKB	İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
K.	Karar Numarası
KAP	Kamuyu Aydınlatma Platformu
KYİ	Kurumsal Yönetim Tebliği'nin ekinde yer alan ilkeler
KYT	Kurumsal Yönetim Tebliği (II-17.1)
Kurul	Sermaye Piyasası Kurulu
m.	Madde
No.	Numara
OECD	The Organisation for Economic Co-operation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)
Ortaklık	Payları BİAŞ'ın Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı'nda işlem gören halka açık ortaklıklar
s.	Sayfa
S.	Sayı
SerPK	6362 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TBK	6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TTK	6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu
TÜSİAD	Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği
vd.	ve devamı

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul 2016.
- Altay, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, İstanbul 2011 (Altay, Sorumluluk).
- Altay, Sıtkı Anlam, “Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler”, Ersin Çamoğlu’na Armağan, 2013, s. 3 (Altay, Gözetim).
- Armstrong, Christopher S.; Core, John E.; Guay, Wayne R., “Do Independent Directors Cause Improvements in Firm Transparency?”, Journal of Financial Economics, 2014, C. 113, s. 383.
- Arslan, Ahmet, “Şirketlerde Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği ve Üyelerin Bağımsızlığı”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2014, S. 12, s. 65.
- Arslan, İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994.
- Atan, Turhan, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967.
- Ayan, Özge, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013.
- Ayoğlu, Tolga, “Pay Sahipleri ile Alacaklıların “Dolayısıyla Zarar” Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi”, Legal Hukuk Dergisi, 2009, S. 73, s. 67.
- Bahtiyar, Mehmet, Ortaklıklar Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2016.
- Bilgili, Fatih, Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004.
- Birds, John; Boyle, A. J.; MacNeil, Iain; McCormack, Gerard; Twigg-Flesner, Christian; Villiers, Charlotte, Boyle&Birds’ Company Law, 5. Bası, Londra 2004.
- Black, Bernard S.; Cheffins, Brian; Klausner, Michael, Outside Director Liability, 2006, s. 1055 (çevrim içi: <http://ssrn.com/abstract=894921>).
- Bozkurt Yaşar, Sevgi, Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul 2015.
- Branson, Douglas M., “The Rule That isn’t a Rule: The Business Judgement Rule”, Valparaiso Law Review, 2002, C. 31, s. 631.
- Campbell, Dennis; Campbell, Christian, International Liability of Corporate Directors, 2. Baskı, İsviçre 2013.

Clarke, Donald C., “Three Concepts of the Independent Director”, Delaware Journal of Corporate Law, 2007, C. 32/1, s. 73.

Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), 3. Bası, İstanbul 2010 (Çamoğlu, Sorumluluk).

Çamoğlu, Ersin, “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu”, İmran Öktem’e Armağan, Ankara 1970, s. 389 (Çamoğlu, Özen Borcu).

Çetin, Nusret, “Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. XV, S. 1, s. 1.

Davis, Bruce F., The Role of Independent Directors after Sarbanes Oxley, Chicago 2007.

Demir, Evin Emine, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler, Ankara 2016.

Doğan, Beşir Fatih, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul 2011.

Doğanay, İsmail, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu”, Batider, 1994, C. XVII, S. 3, s. 57.

Domaniç, Hayri, Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964.

Dooley, Michael P., “Two Models of Corporate Governance”, The Business Lawyer, 1992, C. 47, S. 2, s. 461.

Eisenberg, Melvin Aron, “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, Fordham Law Review, 1993, C. 63, s. 437 (çevrim içi: <http://ssrn.com/abstract=894921>).

Elson, Charles M., “Fairness Opinions: Are They Fair or Should We Care?”, Ohio State Law Journal, 1992, C. 53, S. 4, s. 951.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016.

Fargfaglia, Theodore S., “Business Judgement Rule: A Guide to Corporate Directors’ Liability, St. Louis University Law Journal, 1962, C. 7, S. 2, s. 151.

Fischel, Daniel R., “the Business Judgment Rule and the Trans Union Case”, the Business Lawyer, 1985, C. 40, S. 4, s. 1437.

Fraidin, Samuel N., “Duty of Care Jurisprudence: Comparing Judicial Intuition and Social Psychology Research”, U.C Davis Law Review, 2004, C. 38, S. 1, s. 1.

Gordon, Jeffrey N., “The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: of Shareholder Value and Stock Market Prices”, Standford Law Review, 2007, C. 59, s. 1465.

Göktürk, Kürşat; Can, Mehmet Çelebi, Farklılaştırılmış Teselsülün - özellikle - Dış İlişki Bakımından Anlamı ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu ile Karşılaştırılması, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. 2, S. 2, s. 247.

Gürbüz, Diğdem Göç, “6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu’na göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu”, Legal Hukuk Dergisi, 2012, C. 10, S. 110, s. 49.

Hansen, Charles, “The ALI Corporate Governance Project: Of the Duty of Due Care and the Business Judgment Rule, a Commentary”, American Bar Association, 1986, C. 41, S. 4, s. 1237.

Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001 (Helvacı, Sorumluluk).

Helvacı, Mehmet, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Mütessesil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanunu’nun 759. Maddesi ile Getirilen Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C. 1, İstanbul 2001, s. 219 (Helvacı, Mütessesil Sorumluluk).

Helvacı, Mehmet, “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu”, Prof. Dr. Reha Poroy’a Armağan, İstanbul 1995, s. 175 (Helvacı, Yönetim Kurulu).

Hopt, Klaus J.; Leyens, Patrick C., “Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy”, European Company and Financial Law Review, 2004, s. 135.

ICI Mutual Insurance Company, Independent Director Litigation Risk, 2006 (çevrim içi: http://www.mfdf.org/images/DirResPDFs/icim_litigation_risk.pdf).

İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989 (İmregün, Anonim Ortaklıklar).

İmregün, Oğuz, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 255 (İmregün, Hukuksal Sorum).

İnan, Ali Naim; Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014.

Johnson, Lyman, “the Modest Business Judgment Rule”, the Business Lawyer, 2000, C. 55, s. 625 (Johnson, Modest).

Johnson, Lyman, “Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose”, Delaware Journal of Corporate Law, 2013, C. 38, s. 405 (Johnson, Unsettledness).

Kapancı, Kadir Berk, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014.

Karim, Khondkar; Robin, Ashok; Suh, SangHyun, “Board Structure and Audit Committee Monitoring: Effects of Audit Committee Monitoring Incentives and Board Entrenchment on Audit Fees”, Journal of Accounting, Auditing and Finance, 2016, C. 31/2, s. 249.

Kayihan, Şaban, 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim, Ankara 2011.

Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 3. Bası, İstanbul 2016.

Kırca, İsmail, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - Özen Borcu”, Batider, 2004, C. XXII, S. 3, s. 85.

Kırca, İsmail; Şehirli Çelik, Feyzan Hayal; Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013.

Klein, April, Audit Committee, Board of Director Characteristics, and Earnings Management, 2006 (çevrim içi: <http://ssrn.com/abstract=246674>).

Kök, İsmail, “Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Bölünmesi ve Bırakılması”, Legal Hukuk Dergisi, 2015, C. 13, S. 153, s. 153.

Köseaya, Fatih, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2013.

Lane, Marc J., Representing Corporate Officers and Directors, Chicago 2005.

Lyons, James M., “Representing Independent Directors After Sarbanes-Oxley, the Growing Role of Independent Counsel”, Business Law Today, 2010, s. 53.

Manavgat, Çağlar, “Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi”, Batider, 2007, C. XXIV, S. 1.

Manning, Bayless, “The Business Judgment Rule and the Director’s Duty of Attention: Time for Reality”, the Business Lawyer, 1984, C. 39, S. 4, s. 1477.

Monks, Robert A. G.; Minow, Nell, Corporate Governance, 4. Bası, Londra 2008.

Morse, Geoffrey; Marshall, Enid A.; Morris, Richard; Crabb, Letitia, Charlesworth & Morse Company Law, 15. Baskı, Londra 1995.

Nilsson, Gül Okutan, “Corporate Governance in Turkey”, European Business Organization Law Review, 2007, C. 8, s. 195.

Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015.

Ocak, Murat; Güçlü, Fırat Coşkun, “Finansal Kriz, Finansal Performans ve Yönetim Kurulundaki Bağımsız Üyeler: 2008 Küresel Finans Krizinde BİST İmalat Sektörüne Yönelik Bir Araştırma”, Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi, 2014, S. 3, s. 75.

Odman Boztosun, N. Ayşe, Hukuksal Açıdan Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, İstanbul 2013.

Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 12. Baskı, İstanbul 2016.

Onder, Amy; Siegelheim, Adam J., “Corporate Liability Exposure and the Potential Risk of Individual Director Liability Resulting From Employment-Related Decisions: An Analysis of Recent Case Law and Recommendations on Corporate Governance”, Employee Relations Law Journal, 2008, C. 34, S. 2, s. 3.

Özkorkut, Korkut, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007.

Parkinson, J. E., Corporate Power and Responsibility - Issues in the Theory of Company Law, 2. Bası, Oxford 2002.

Paslı, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi - Corporate Governance, 2. Bası, İstanbul 2005.

Pinto, Arthur R.; Visentini, Gustavo (ed.), the Legal Basis of Corporate Governance in Publicly Held Corporations, Londra 1998.

Plessis, Jean Jacques du; Hargovan, Anil; Bagaric, Mirko, Principles of Contemporary Corporate Governance, 2. Bası, Cambridge 2011.

Poroy, Reha; Ünal Tekinalp; Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku - 1, 13. Baskı, İstanbul 2014.

Prentice, D. D.; Holland, P. R. J. (ed.), Contemporary Issues in Corporate Governance, New York 2001.

Pulaşlı, Hasan, Corporate Governance - Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model, Ankara 2003 (Pulaşlı, Corporate Governance).

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara 2015 (Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I).

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Baskı, Ankara 2015 (Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi II).

Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 4. Baskı, Ankara 2016 (Pulaşlı, Genel Esaslar).

Pulaşlı, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu”, Prof. Dr. Ali Naim İnan’a Armağan, İstanbul 2009, s. 571 (Pulaşlı, Yöneticilerin Sorumluluğu).

Pulaşlı, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu”, Batider, 2009, C. XXV, S. 1, s. 27 (Pulaşlı, Özen Yükümlülüğü).

Pulaşlı, Hasan, 6335 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklerin Şirketler Hukukunda Değerlendirilmesi, Ankara 2012 (Pulaşlı, Değişiklikler).

Sides, Mark; Johnson, Lyman, “The Sarbanes Oxley Act and Fiduciary Duties”, William Mitchel Law Review, 2004, C. 30, S. 4, s. 1149.

Smith, D. Gordon, “Chancellor Allen and the Fundamental Question”, *Seattle University Law Review*, 1998, C. 21, S. 3, s. 577.

Solomon, Jill; Solomon, Aris, *Corporate Governance and Accountability*, New York 2004.

Tekinalp, Ünal, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, 2003, s. 229 (Tekinalp, Yeni Hukuk Politikaları).

Tekinalp, Ünal, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2015 (Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları).

Tekinalp, Ünal, *Ortaklıklar Hukuku 1*, 13. Bası, İstanbul 2014 (Tekinalp, Ortaklıklar Hukuku).

Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. II, 2008, s. 635 (Tekinalp, Kurumsal Yönetim Felsefesi).

Teoman, Ömer, “Yönetim Kurulu Üyesinin Sorumluluğu”, *Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar)*, Kitap 12, İstanbul 2008, s. 69.

Uysal, Levent, “6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Kapsamında Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu-I”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2009, S. 80, s. 315.

Ünal, Mustafa, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, *Batider*, 1982, C. XI, S. 3, s. 49.

Volonté, Christophe, “Boards: Independent and Committed Directors?”, *International Review of Law and Economics*, 2015, C. 41, s. 25.

Yanlı, Veliye, “Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından mı Atanabilir?”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 2013, C. IXXI, S. 2, s. 439 (Yanlı, İmza Yetkilileri).

Yanlı, Veliye, “İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda “İş Bölümü İlkesi” ve Yönetim Kurulunun Münhasır Yetkileri”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 1997, C. LV S. 3, s. 261 (Yanlı, İş Bölümü İlkesi).

Zattoni, Alessandro; Cuomo, Francesca, “How Independent, Competent and Incentivized Should Non-executive Directors Be? An Empirical Investigation of Good Governance Codes”, *British Journal of Management*, 2010, C. 21, s. 63.

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKÇA

<http://www.spk.gov.tr>
<http://tbb.org.tr>
<http://resmigazete.gov.tr>
<http://www.kazanci.com.tr>
<http://www.ticaretkanunu.net>
<http://www.tusiad.org.tr>
<http://www.mevzuat.gov.tr>

GİRİŞ

Kökene 16'ncı yüzyıla dayanan anonim şirketlerin kurumsal yönetimine ilişkin ilk tartışmalar, modern anlamdaki ilk anonim şirketlerin kuruluşu ile başlamıştır. Kurumsal yönetim üzerine esaslı şekilde düşünülmesi ve bu konuda yasal düzenlemeler yapılması ise, ekonomik hayatı küresel anlamda etkileyen şirket skandallarının ve söz konusu şirketlerin iflasının ardından hız kazanmıştır.

Adillik, şeffaflık, hesap verebilirlik ve sorumluluk ilkeleri üzerine inşa edilen kurumsal yönetim anlayışı, yapılan pek çok çalışma ve uluslararası işbirliği neticesinde, ülkeler için uygulanması zorunlu olmayan ve belirli dönemlerde revize edilerek bugünkü halini alan kurumsal yönetim ilkelerini ortaya çıkarmıştır.

Türkiye'de de dünyadaki uygulamalarla uyumlu ve görece eş zamanlı olarak gelişen kurumsal yönetim ilkeleri, bir yandan da ülkesel farklılıkları bünyesinde barındırmaktadır. Ancak bir şirketin kurumsal yönetimi açısından ülkeden ülkeye fark göstermeyen en temel ilke yönetimin bağımsızlığıdır. Şirketlerin, Kurumsal Yönetim Tebliği'nde belirtilen ve uygulanması zorunlu pek çok hükmü uygulamaması, şirketlerin kurumsal yönetimini zayıflatır, ancak; bağımsız bir yönetim olmadan, kurumsal yönetimin varlığından söz edilemez. Bunun sağlanmasının yolu ise, yönetim kurulunda yer alan bağımsız yönetim kurulu üyelerinin ortaklıkların yönetiminde etkin rol almasıdır.

Bağımsız yönetim kurulu üyeleri, hâkim pay sahipleriyle azınlık pay sahipleri ve diğer menfaat grupları arasında bir denge kurarak ortaklığın yönetiminde tarafsız bir şekilde, bilgi ve tecrübesiyle söz sahibi olan üyelerdir.

Bu kapsamda bağımsız yönetim kurulu üyelerinin genel olarak, üye olarak seçildikleri şirkette üstlendikleri görevleri gereği gibi yerine getirebilecek mesleki bilgi ve tecrübeye sahip olmaları, şirkette meydana gelen çıkar çatışmalarından uzak

olmaları, şirketin kısa zamanda yüksek kar elde etmesinden ziyade, uzun süre hayatta kalabileceği uzun vadeli hedefler ve stratejiler belirleyerek şirketin karar mekanizmalarına olumlu katkı sağlamaları beklenmektedir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen en önemli yeniliklerden biri de şüphesiz ki yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarına ilişkin düzenlemelerdir. Kurumsallaşma ve kurumsal yönetimin bir gereği olarak revize edilen sorumluluk hükümleri bir yandan da bağımsız yönetim kurulu üyelerinin üstlendikleri bu görevleri layıkıyla yerine getirmelerini teminat altına almaktadır.

Çalışmamızın amacı, halen bağımsız yönetim kurulu üyeliği görevini sürdürmekte olan ve bağımsız yönetim kurulu üyeliği görevini üstlenmeyi düşünen kişilerin, söz konusu görevin hukuki yönlerini ve bu görevleri nedeniyle hangi hallerde hukuken sorumlu olabileceklerini kapsamlı bir şekilde yalın bir üslupla ele almaktır.

Bu bağlamda, birinci bölümde kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin açıklamalar ve bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin özel düzenlemeler ele alınmış, ikinci bölümde ise öncelikle genel anlamda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu incelenmiştir. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri de esasen yönetim kurulu üyeleri oldukları için, uygulanabildiği ölçüde ikinci bölümde yer alan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin açıklamalara tabidirler. Ancak bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bazı hallerde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk rejiminden ayrılmaları mümkündür. İşte bu haller de ikinci bölümün ikinci kısmında detaylı bir şekilde açıklanmaya çalışılmıştır.

Bankacılık mevzuatı çalışmamızın kapsamına dâhil olduğu ölçüde metne dâhil edilmiş olup, çalışmamızın kapsamının dışında olan hususlara ise metinde yer verilmemiştir.

Çalışmamızda incelenmek istenilen konu Türk hukukunda bağımsız yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu olduğu için, yabancı mevzuata atıflar ve karşılaştırmalara mümkün olduğu ölçüde dipnotlarda yer verilmiştir.

BİRİNCİ KISIM

Kurumsal Yönetim İlkeleri Kapsamında Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği

I. Kurumsal Yönetim İlkelerinin Kısa Tarihçesi

Serbest piyasa ekonomisinin hayata geçmesiyle özel sektörün ve özel sektörün baş aktörü konumundaki anonim şirketlerin ekonomideki önemi artmıştır¹. Anonim şirketlerin ekonomide önem kazanmasıyla, şirketlerin yönetimi üzerine tartışmalar da başlamış, farklı güç odaklarının şirketlerin yönetimi üzerinde kurdukları hâkimiyetin sınırlandırılması gereği² hissedilmiş, yönetimle görevli kişilerin görevlerini yerine getirirken özenli ve dikkatli olma yükümlülüklerine ilişkin çalışmalar ortaya çıkmıştır³. Ancak kurumsal yönetim ilkelerinin ulusal ve uluslararası kurum ve otoritelerce yazılı normlara ve bazı hallerde uyulması zorunlu ilkelere ve yasal tedbirlere⁴ dönüşmesi, Enron, WorldCom, Global Crossing, Tyco ve Adelphia gibi⁵ büyük şirketlerde yaşanan finansal skandalların akabinde hız kazanmıştır⁶.

¹ Pashı, Ali, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi - Corporate Governance, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 2.

² Ayrıntılı bilgi için bkz. Nilsson, Gül Okutan, "Corporate Governance in Turkey", European Business Organization Law Review, 2007, C. 8, S. 2, s. 200-201.

³ Pashı, s. 17, dn. 29.

⁴ Manavgat, Çağlar, "Anonim Ortaklıklarda Kurumsal Yönetimde Kamunun İşlevi", Batider, 2007, C. XXIV, S. 1, s. 474.

⁵ ABD'de Enron ve WorldCom; İtalya'da Parmalat; Hollanda'da Ahold ve Çin'de Yanguangxia gibi şirket skandalları kurumsal yönetim kavramının önemini arttırmıştır. Bu yönde bkz. Lyons, James M., "Representing Independent Directors After Sarbanes-Oxley, the Growing Role of Independent Counsel", Business Law Today, 2010, s. 53.

⁶ Plessis, Jean Jacques du; Hargovan, Anil; Bagaric, Mirko, Principles of Contemporary Corporate Governance, 2. Bası, Cambridge, 2011, s. 300. Söz konusu iflaslar neticesinde, Amerika'da, ağır para ve hapis cezalarını düzenleyen the Sarbanes-Oxley Act of 2002 yürürlüğe girmiştir. Bkz. Plessis; Hargovan; Bagaric, s. 304.

Kurumsal yönetim kavramının pek çok farklı tanımı olmakla birlikte⁷, Peltzer'in⁸ aşağıda yer alan tanımı kanımızca kavramın özünü ifade etmektedir:

“Kurumsal yönetim ilkeleri genel olarak bir işletmenin en iyi şekilde sevk ve idaresi ve aynı zamanda bu sevk ve idarenin şeffaf bir biçimde izlenebilmesi ve kontrol edilmesiyle ilgili ilkelerdir”.

Bir diğer ifadeyle, kurumsal yönetim, şirketin iş ve işlemlerinin şeffaf ve herkes tarafından anlaşılabilir, kesin ve erişilebilir olmasına ve hesap verebilirliği dayanmaktadır⁹.

Kurumsal yönetim (“*Corporate Governance*”) kavramı ilk olarak 70’li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri’nde (“ABD”) tartışılmaya başlanmış olsa da, konuya ilişkin ilk çalışma, İngiltere’de İngiliz ekonomist Sir Adrian Cadbury başkanlığında 1991 yılında oluşturulan kurul (“*the Cadbury Committee*”) tarafından hazırlanan 1992 tarihli rapordur¹⁰ (the Cadbury Committee Report: “Financial Aspects of Corporate Governance”). 1992 yılında yayımlanan Cadbury Raporu’nda yer alan işletme yönetimi için geliştirilmiş En İyi Uygulama Kodu ilkeleri, Avrupa ve ABD’de pek çok çalışmaya öncülük etmiştir¹¹.

⁷ Tanımlar için bkz. Paslı, s. 17 vd.; Solomon, Jill; Solomon, Aris, *Corporate Governance and Accountability*, New York 2004, s. 12 vd.

⁸ Söz konusu tanımın kaynağı için bkz. Pulaşlı, Hasan, *Corporate Governance - Anonim Şirket Yönetiminde Yeni Model*, Ankara 2003, s. 4, dpn. 9 (Pulaşlı, *Corporate Governance*); Ocak, Murat; Güçlü, Fırat Coşkun, “Finansal Kriz, Finansal Performans ve Yönetim Kurulundaki Bağımsız Üyeler: 2008 Küresel Finans Krizinde BİST İmalat Sektörüne Yönelik Bir Araştırma”, *Muhasebe Bilim Dünyası Dergisi*, 2014, S. 3, s. 76.

⁹ Pulaşlı, *Corporate Governance*, önsöz.

¹⁰ Pinto, Arthur R.; Visentini, Gustavo (ed.), *the Legal Basis of Corporate Governance in Publicly Held Corporations*, Londra 1998, s. 197-199. Raporda özellikle icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin gözetim işlevinden bahsedilmekte, bu üyelerin bağımsız olmaları gereği ve bağımsız profesyonel danışmanlık alma hakkı vurgulanmakta ve bu üyelerden oluşan komiteler kurulması önerilmektedir. Gelineen noktada görülmektedir ki, raporda tavsiye edilen pek çok husus yasal düzenlemeye kavuşmuştur.

¹¹ Pulaşlı, *Corporate Governance*, s. 19 vd.; Paslı, s. 21. Ronnie Hampel başkanlığındaki komite tarafından hazırlanan ve 1998 yılında İngiltere’de yayımlanan “Hampel Report” ve Millstein ve

1998 yılında Bakanlar düzeyinde toplanan Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (“OECD”) Konseyi, OECD’den kurumsal yönetim ile ilgili bir dizi standart ve yol gösterici ilke geliştirmesini talep etmiştir. Bu amaçla, OECD tarafından oluşturulan Geçici Özel Çalışma Grubu (“*Ad-Hoc Task Force on Corporate Governance*”) 1999 yılında, bağlayıcı nitelikte olmayacak kurumsal yönetim ilkelerini (“*OECD Principles of Governance*”) oluşturmuştur. Bu ilkeler ilk kez 2004 yılında güncellenmiş, akabinde 2015 yılında gözden geçirilerek, Temmuz 2015’te OECD Konseyi tarafından kabul edilmiştir.

Eylül 2015’te Bakanlar ve Merkez Bankası Başkanları tarafından kabul edilen G20/OECD Kurumsal Yönetim İlkeleri, Kasım 2015’te G20 Liderler Zirvesinde imzalanmıştır.

Türkiye’de kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin olarak yayımlanan ilk metin ise¹², Türk Sanayicileri ve İşadamları Derneği (“TÜSİAD”) tarafından Türkçe’ye çevrilerek TÜSİAD dergisinde yayımlanan¹³ 1999 tarihli OECD kurumsal yönetim ilkeleridir¹⁴.

TÜSİAD, bu tarihten sonra kurumsal yönetim ilkeleri ile ilgili çalışmalarını sürdürmüş ve Aralık 2002’de kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin çalışmalarının sonucu olarak “Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi” adında bir rapor yayımlamıştır¹⁵. Bu raporda, bir şirketin kurumsal yönetime sahip olabilmesi için gereken dört temel unsur (şeffaflık, hesap verebilirlik, adillik (eşitlik) ve sorumluluk) dikkate alınarak, kurumsal yönetimin şirketlerde

Whitehead başkanlığındaki çalışma grupları tarafından hazırlanan ve 1999 yılında Amerika’da yayımlanan “Blue Ribbon Committee Report” söz konusu çalışmalara örnektir. Bkz. Plessis; Hargovan; Bagaric, s. 316.

¹² Pulaşlı, Corporate Governance, s. 83.

¹³ Kurumsal Yönetim İlkeleri, Haziran 2000, Yayın No. TÜSİAD-T/2000-06-285.

¹⁴ <http://www.tusiad.org.tr>

¹⁵ Kurumsal Yönetim En İyi Uygulama Kodu: Yönetim Kurulunun Yapısı ve İşleyişi, Aralık 2002, Yayın No. TÜSİAD-T/2002-12/336.

yerleşmesi ve iyi uygulanabilmesi için en büyük sorumluluğa sahip olan yönetim kurullarının oluşumu ve bağımsızlığı gibi konuların üzerinde durulmuştur¹⁶. Rapor 2010 yılında “Yönetim Kurulları için Kurumsal Yönetim Prensipleri” başlığı ile son gelişmeler ışığında güncellenmiştir.

TÜSİAD 2011 yılında, “Borsa Dışı Şirketlerde Kurumsal Yönetim İlkeleri”ni yayımlamış, söz konusu ilkeler 2013 yılında güncellenmiştir¹⁷.

TUSİAD’ın çalışmaları ile eş zamanlı olarak Sermaye Piyasası Kurulu (“Kurul”) da kurumsal yönetim ilkelerine ilişkin çalışmalar yürütmüştür.

Kurul tarafından Temmuz 2003’te yayımlanan kurumsal yönetim ilkelerinin hazırlanması aşamasında birçok ülkenin konuya ilişkin düzenlemeleri incelenmiş ve Türkiye’nin kendine özgü şartları dikkate alınarak başta OECD kurumsal yönetim ilkeleri olmak üzere dünyada benimsenen ve kabul gören ilkeler dikkate alınmıştır¹⁸.

Kurul tarafından Temmuz 2003’te bir ilke karar ile düzenlenen kurumsal yönetim ilkelerine şirketler tarafından uyulma zorunluluğu yoktu. Bazı maddeleri sadece tavsiye niteliğindedi; bazı maddeleri ise, halka açık anonim ortaklıklarca uyulması gereken ancak uyulmaması halinde uyulmamasının sebeplerinin açıklanması gereken ilkelerdi¹⁹.

11.10.2011 tarih ve 28081 sayılı Mükerrer Resmi Gazete’de yayımlanan 654 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 2499 sayılı eski SerPK’ya eklenen 22(z) maddesi ile, Kurul açıkça kurumsal yönetim ilkelerini belirlemeye, belirli gruplar için bu ilkeleri kısmen veya tamamen zorunlu tutmaya, getirilen uyum zorunluluğuna aykırı

¹⁶ Özkorkut, Korkut, Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeleri, Ankara 2007, s. 133.

¹⁷ <http://www.tusiad.org.tr>

¹⁸ 04.07.2003 tarih ve 35/835 sayılı karar ile onaylanan kurumsal yönetim ilkeleri. Okutan Nilsson, s. 199.

¹⁹ Odman Boztosun, N. Ayşe, Hukuksal Açından Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği, İstanbul 2013, s. 31.

işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için dava açmaya ve uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar alınmasını istemeye yetkili kılınmıştır²⁰.

Bu döneme kadar ise, ilkelere yer alan bazı yükümlülükler sermaye piyasası mevzuatına işlenmiş ve bu şekilde söz konusu ilkelerin uygulanması isteğe bağlı olmaktan çıkmış, emredici düzenleme olma niteliği kazanmıştır²¹.

SerPK'ya eklenen 22(z) maddesi akabinde Kurul, Ekim 2011'de İstanbul Menkul Kıymetler Borsası ("İMKB") 30 Endeksinde yer alan bankalar haricindeki halka açık anonim ortaklıklar için özellikle küçük yatırımcıların etkin şekilde bilgilendirilmelerini ve şirket yönetiminde etkin ve adil temsilini sağlamak amacıyla bazı ilkelere uyulması zorunlu olan ilk kurumsal yönetim ilkeleri tebliğini²² yayımlamıştır²³.

Bu kapsamda getirilen ilk zorunlu uygulamalardan biri Tebliğ'de (Seri: IV, No: 54) belirtilen halka açık anonim şirketlerin belli sayıda bağımsız yönetim kurulu üyesi seçme yükümlülüğüdür. Söz konusu şirketlerin yönetim kurullarında küçük yatırımcıların etkin bir biçimde temsil edilebilmesini ve yönetim kurulunun olası menfaat çatışmalarından uzak bir biçimde etkili çalışabilmesini teminen bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bulunması bir zorunluluk olarak düzenlenmiştir.

Aralık 2011'de, Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV No: 56), 30.12.2011 tarih ve 28158 sayılı Resmi Gazete'de

²⁰ 2499 sayılı mülga SerPK m. 22(z), 6362 sayılı SerPK'da m. 17 f. 2'ye karşılık gelmektedir.

²¹ <http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20111011&subid=0&ct=c> Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 54) Hakkında Kurul Açıklaması (25.04.2016).

²² 11.10.2011 tarihli ve 28081 sayılı 2. Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanan Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 54).

²³ <http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20111011&subid=0&ct=c> Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ (Seri: IV, No: 54) Hakkında Kurul Açıklaması (25.04.2016).

yayımlanmış ve söz konusu Tebliğ, payları İMKB’de işlem gören bankalar için yayımı tarihinden bir yıl sonra, diğer Borsa şirketleri için yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Nihayet, Ocak 2014’te bugün halen yürürlükte olan Kurumsal Yönetim Tebliği (“KYT”) (II-17.1), 03.01.2014 tarih ve 28871 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmış ve KYT yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. KYT, bir geçici madde ve 17 maddeden oluşmaktadır. Ekinde ise, Kurumsal Yönetim İlkeleri (“KYİ”) yer almaktadır.

Kurumsal yönetim ilkeleri ortaya çıkmadan önce bağımsız yönetim kurulu üyelerinden bahseden ilk düzenleme ise, Kurul’un 08.11.1998 tarihli ve 23517 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan mülga Gayrimenkul Yatırım Ortaklıklarına İlişkin Esaslar Tebliği’dir (Seri: VI, No: 11) (m. 4 ve m. 18).

II. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerine Duyulan İhtiyaç

Sanayi ve ticaretin gelişmesiyle anonim şirketlerde kurumsallaşma²⁴ ve kurumsal yönetim, hem yatırımcılar hem de başta azınlık pay sahipleri olmak üzere diğer menfaat sahiplerinin²⁵ çıkarlarının korunması açısından bir zorunluluk halini almıştır. Kurumsal yönetimin gereklerinin yerine getirilebilmesi ve anonim şirketlerin kurumsallaşabilmesi, yönetim kurulunun görev ve sorumluluğundadır. İyi bir kurumsal yönetimin, bir diğer ifadeyle, üst yönetimde uzmanlık, işbölümü, saydamlık ve hesap verebilirliğin söz konusu olabilmesi için de yönetim kurulunun oluşumu oldukça büyük önem taşımaktadır²⁶.

²⁴ Kurumsallaşma, bir şirketin, hâkim ortak veya ortaklar tarafından değil, profesyonel bir yönetici grubu tarafından kurumsal yönetim ilkelerine uygun şekilde yönetilmesi ve devlet tarafından şeffaflığı ve hesap verebilirliği sağlayacak şekilde gözetim altında tutulmasıdır. Bu yönde bkz. Odman Boztosun, s. 27.

²⁵ Özellikle büyük sermayeli anonim şirketlerde, çoğunluk (hâkim) pay sahipleri, azınlık pay sahipleri, sermaye piyasaları vasıtasıyla pay sahibi konumuna gelen bireysel ve kurumsal yatırımcılar, alacaklılar ve işçiler gibi farklı menfaat grupları bulunmaktadır. Bkz. Paslı, s. 338.

²⁶ Paslı, s. 287.

Farklı menfaat gruplarının çıkarların çatışması durumu özellikle ortaklığın kontrolünün el değiştirmesi (birleşme ve devralmalar) gibi²⁷ hallerde belirginleşir. Bu gibi durumlarda farklı menfaat grupları arasındaki dengeyi sağlayarak²⁸ söz konusu gruplar arasındaki çıkar çatışmalarını önlemek, mevcut çatışmaları adil bir şekilde çözmek ve yönetim kurulunun objektif ve bağımsız karar verebilmesi hususunda, bağımsızlıkları sebebiyle menfaatleri nispeten daha az etkilenen bağımsız üyelerin görevi büyüktür.

İcrada görevli olmayan bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bazı görevleri, şirketlerin güvenilirliği ve uzun ömürlü olabilmeleri için ayrı bir önem arz etmektedir. Bunlar; icrada görevli üyelerin atanması, ücretlerinin belirlenmesi ve şirket performansı açısından muhasebenin denetlenmesidir²⁹. Bu görevlerin gereği gibi yerine getirilmemesi ise, Amerika’da yaşanan şirket skandallarının ortaya çıkmasına sebep olabilecektir³⁰.

Uluslararası ölçekte kurumsal yönetim konusunda belirlenmiş olan ilkeler ve kodlar, şirketin hakkaniyete uygun, verimli ve profesyonel yönetimi için yönetim kurulunda bağımsız üyelerin yer almasını tavsiye etmektedir³¹.

²⁷ Çetin, Nusret, “Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, C. XV, S. 1, s. 6.

²⁸ Yönetim kurulu üyeleri, nihai olarak şirketin menfaatlerini gözetmekle yükümlüdür. Ancak yönetim kurulu üyelerinin farklı menfaat gruplarının çıkarlarını etkileyen bir karar almaları gerektiğinde, adil olarak tüm grupların menfaatlerini de dikkate alarak karar almaları beklenmektedir. Bu yönde bkz. Birds, John; Boyle, A. J.; MacNeil, Iain; McCormack, Gerard; Twigg-Flesner, Christian; Villiers, Charlotte, Boyle&Birds’ Company Law, 5. Bası, Londra 2004, s. 494; Okutan Nilsson, s. 201.

²⁹ Özkorkut, s. 90; Doğan, Beşir Fatih, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 243.

³⁰ Doğan, s. 244.

³¹ Özkorkut, s. 23 vd. ve dpn. 67. Aynı şekilde, ABD’de 2002 tarihli Sarbanes-Oxley Kanunu ve 2003 tarihli New York Menkul Kıymetler Borsası kotasyon kuralları ile halka açık şirketlerin yönetim kurullarının çoğunluğunun ve denetim komitesinin tamamının bağımsız üyelerden oluşması zorunlu kılınmıştır. İngiltere’de de, Combined Code, yönetim kurulunun en az yarısının icrada görevli olmayan bağımsız üyelerden ve denetim ve ücretlendirme komitesinin tamamının bağımsız üyelerden oluşmasını tavsiye etmektedir. Bkz. Zattoni, Alessandro; Cuomo, Francesca, “How Independent,

Uluslararası düzenlemelere paralel olarak, Türkiye’de de KYT’nin ekinde yer alan KYI’de, şirketin ve pay sahiplerinin menfaatlerinin her şeyin üzerinde tutulması, şirketlere olan güvenin artması³², bağımsız kararlar verilebilmesinin sağlanması ve yönetimde hukuka aykırılıkların azalması amacıyla, KYT kapsamındaki Payları BİAŞ’ın Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı’nda işlem gören halka açık ortaklıkların (“Ortaklıklar”) yönetim kurullarında “görevlerini hiç bir etki altında kalmaksızın icra etme niteliğine ve potansiyeline sahip” bağımsız üyelerin bulunması zorunlu kılınmıştır.

Gerçekten de, iyi bir kurumsal yönetim için, bağımsız üyelerin yönetimi içeriden ve yakından gözetimi ve denetimi ve gerekmesi halinde kamunun aydınlatılmasında etkin rol almaları gerekmektedir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kurumsal yönetimin etkin şekilde uygulanmasında önemli rolü olan bağımsız üyelerin³³ varlığı ve yönetimdeki etkinliği, sadece şirketleri ve diğer menfaat sahiplerini korumakla kalmaz; genel olarak ülke ekonomisine de katkı sağlar. Bu doğrultuda, bağımsız üyelerin şirketlere, şirketlerin daha düşük maliyetlerle kredi ve sermaye bulmaları, uluslararası yatırımcıların kurumsal yönetimin yüksek olduğu şirketlere güven duyarak yatırım yapması, yerli sermayenin yurtdışına çıkmasının önlenmesi, ülkenin genel imajının yükselmesi ve sermaye piyasasının krizlerden korunması gibi pek çok olumlu katkısının olduğu da söylenebilir.

Competent and Incentivized Should Non-executive Directors Be? An Empirical Investigation of Good Governance Codes”, *British Journal of Management*, 2010, C. 21, s. 63-64.

³² Gordon, Jeffrey N., “The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: of Shareholder Value and Stock Market Prices”, *Stanford Law Review*, 2007, C. 59, s. 1469.

³³ Davis, Bruce F., *The Role of Independent Directors After Sarbanes Oxley*, Chicago 2007, s. 1.

III. Bağımsız Üye Seçme Yükümlülüğü Olan Ortaklıklar ve Bu Ortaklıklarda Yönetim Kurulunun Yapısı

KYT'nin 5'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, payları BİAŞ'ın Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı'nda işlem gören Ortaklıklar'ın^{34, 35} yönetim kurullarında “görevlerini hiç bir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine haiz” olan ve kısaca bağımsız üyeler olarak adlandırılan üyelerin bulunması zorunludur.

Söz konusu Ortaklıklar'ın yönetim kurulu üye sayısının her durumda beş üyeden az olmamak koşulu ile belirlenmesi (KYİ 4.3.1) ve yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun³⁶, icrada görevli olmayan üyelerden oluşması gerekmektedir³⁷ (KYİ 4.3.2). İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri içerisinde, görevlerini hiçbir etki altında kalmaksızın yapabilme niteliğine sahip bağımsız üyeler bulunmalıdır (KYİ 4.3.3). Yönetim kurulu içerisindeki bağımsız üye sayısı toplam üye sayısının

³⁴ Bazı ilkelerin uygulanma yükümlülüğünün ortaklıklar arasında farklılık göstermesi nedeniyle (piyasa değerleri nedeniyle) ortaklıklar kendi aralarında üç gruba ayrılmaktadır. Bu gruplar;

1) Payları BİAŞ'ın Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı'nda işlem gören ve piyasa değerinin ortalaması 3 milyar TL'nin ve fiili dolaşımdaki payların piyasa değerinin ortalaması 750 milyon TL'nin üzerinde olan ortaklıklar (birinci grup),

2) Birinci grup dışında kalan, payları BİAŞ'ın Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı'nda işlem gören ve piyasa değerinin ortalaması 1 milyar TL'nin ve fiili dolaşımdaki payların piyasa değerinin ortalaması 250 milyon TL'nin üzerinde olan ortaklıklar (ikinci grup), ve

3) Birinci ve ikinci gruba dâhil olan ortaklıklar dışında kalan ve payları BİAŞ'ın Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı'nda işlem gören diğer ortaklıklardır (üçüncü grup).

³⁵ Kurul her yıl Ocak ayında yaptığı hesaplamalar sonucu borsa şirketlerinin dâhil olduğu grupları belirleyerek söz konusu ortaklıkları Haftalık Bülten'de ilan etmektedir (KYT m. 5 f. 2). Piyasa değeri ve/veya fiili dolaşımdaki pay oranının değişmesi sonucu Kurulca üst gruba yükseldiği ilan edilen ortaklık, hesaplamaların ait olduğu yılı takip eden yıldan itibaren yeni gruba ilişkin kurumsal yönetim ilkelerine tabi olur. Aksi durum, tabi olunan kurumsal yönetim ilkelerinde değişiklik gerektirmez (KYT m. 5 f. 3).

³⁶ Örneğin, 5 üyeden oluşan bir yönetim kurulunda 3 üyenin icrada görevli olmayan üye olması gerekir.

³⁷ İcrada görevli olmayan üyelere ilişkin bilgi, Birinci Kısım IV.A 'da yer almaktadır.

üçte birinden az olamaz³⁸. Her durumda, bağımsız üye sayısı ikiden az olamaz (KYİ 4.3.4)³⁹.

IV. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimi ve Atanması

Ortaklıklar'ın yönetim kurullarında belli sayıda bağımsız yönetim kurulu üyesi bulundurulması zorunludur. Kural olarak, bağımsız yönetim kurulu üyeleri de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi genel kurul tarafından seçilir. Ancak, aşağıda açıklanacağı üzere, bazı istisnai hallerde, bağımsız üyelerin Kurul tarafından atanması da mümkündür (KYT m. 7 ve SerPK m. 128 f. 1 b. k).

A- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Seçimi

Küçük ölçekli şirketlerde yönetim kurulu üyelerinin hâkim pay sahibi tarafından belirlenmesi ve seçilmesi uygulamada sıkça karşılaşılan bir durumdur. Ancak, belli bir büyüklüğü aşan ve Kurul'un düzenlemelerine tabi olan Ortaklıklar açısından Kurul'un düzenlemeleri, yönetim kurulu üyelerinden en azından bağımsız üye adaylarının belirlenmesinde, pay sahiplerinin yanı sıra farklı menfaat gruplarına ve mevcut yönetime de imkân tanımaktadır. Bu hakkın etkin bir şekilde kullanılması ise, yönetim kurulu tarafından oluşturulan aday gösterme komitesinin, başta uygun adayların belirlenmesi ve değerlendirilmesi olmak üzere, diğer görev ve sorumluluklarını layıkıyla yerine getirmesi ile doğru orantılıdır.

Gerçekten de, aday gösterme komitesi⁴⁰, yönetim ve yatırımcılar da dâhil olmak

³⁸ Bağımsız üye sayısının hesaplanmasında küsuratlar izleyen tam sayı olarak dikkate alınır. (KYİ 4.3.4). Örneğin, 5 üyeli bir yönetim kurulunda en az iki üyenin, 6 üyeli bir yönetim kurulunda en az iki üyenin, 7 üyeden oluşan bir yönetim kurulunda ise en az 3 üyenin bağımsız yönetim kurulu üyesi olması gerekir.

³⁹ Payları BİAŞ'ın Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı'nda işlem gören bankalar için bağımsız yönetim kurulu üye sayısı üçten az olmamak kaydıyla bankanın ihtiyarındadır (KYT m. 6 f. 3 b. a). Bağımsız yönetim kurulu üye sayısı hakkındaki ilkeler, üçüncü gruptaki Ortaklıklar ile yapılacak başvurunun Kurulca uygun görülmesi koşuluyla, ortak kontrole tabi iş ortaklıkları için uygulanmaz. Bu Ortaklıklar'da bağımsız üye sayısının iki olması yeterlidir (KYT m. 6 f. 1).

üzere, farklı menfaat gruplarının bağımsız üyelik için aday tekliflerini⁴¹, adayın bağımsızlık ölçütlerini taşıyıp taşımadığını dikkate alarak değerlendirmekle ve buna ilişkin değerlendirmesini bir rapora bağlayarak yönetim kurulunun onayına sunmakla yükümlüdür (KYİ 4.3.7). Yönetim kurulu, aday gösterme komitesinin yönetim kuruluna sunduğu rapora ve aday tekliflerine dayanarak, bağımsız üye aday listesini hazırlar ve genel kurul toplantısından en az 60 gün önce bağımsız üye aday listesini Kurul'a gönderir (KYİ 4.3.7).

Bağımsız üye adaylarının bağımsızlıkları Kurul tarafından da incelenmekte ve söz konusu inceleme neticesinde Kurul'un olumsuz görüş bildirdiği adaylar genel kurula bağımsız üye adayları olarak sunulamamaktadır (KYİ 4.3.7). Kurul'un bağımsız üye adaylarını değerlendirmesinin amacının, adayların bağımsızlığının değerlendirmesini sadece aday gösterme komitesine ve bu anlamda komite üyelerinin inisiyatifine bırakmamak olduğu kanaatindeyiz. Belirtmek isteriz ki, Kurul'un bağımsız üye adaylarına ilişkin değerlendirmeleri, KYT'nin ekinde yer alan bağımsızlık kriterlerinin sağlanıp sağlanmadığı yönünden bir inceleme ile sınırlıdır.

Şirket, bağımsız üye aday listesi ile birlikte adaylığı kabul edilmeyen bağımsız yönetim kurulu üyesi adaylarını, en geç genel kurul toplantı ilanı ile birlikte KAP'ta açıklar. Bağımsız yönetim kurulu üyesi atamasına ilişkin genel kurul kararı, karşı oylar ve gerekçeleri ile birlikte şirketin kurumsal internet sitesinde açıklanır (KYİ 4.3.7).

Esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması koşuluyla, birikimli oy kullanılması yoluyla veya esas sözleşme ile azlığa, belirli pay gruplarına veya özellik ve

⁴⁰ Yönetim kurulunun yapılması gereği ayrı bir aday gösterme komitesi ve ücret komitesi oluşturulamaması durumunda, kurumsal yönetim komitesi bu komitelerin görevlerini yerine getirir (KYİ 4.5.1).

⁴¹ Odman Boztosun, aday gösterme komitesinin adayların belirlenmesi konusunda aktif rol üstlenerek kamuoyuna çağrı yapabileceğini, insan kaynakları şirketlerine başvurabileceğini veya mevcut ağlardan ve havuzlardan yararlanarak doğrudan arama yapabileceğini belirtmektedir. Bkz. Odman Boztosun, s. 52. Aynı yönde bkz. Okutan Nilsson, s. 234.

nitelikleriyle belirli bir grup oluşturan pay sahiplerine (TTK m. 360 f. 1) yönetim kuruluna aday gösterme hakkı tanınarak veya oy hakkında imtiyaz tanınarak bağımsız yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi söz konusu olabilmektedir. Kurul da bir açıklamasında herhangi bir imtiyazlı pay grubu tarafından bağımsız üye olarak aday gösterilen bir kişinin, ilkelerde belirlenen bağımsızlık ölçütlerini sağlaması şartıyla bağımsız üye olabileceğini belirtmiştir⁴².

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin görev süresi üç yıla kadar olup, tekrar aday gösterilerek seçilmeleri mümkündür (KYİ 4.3.5).

B- Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Kurul Tarafından Atanması

Kural olarak yönetim kurulu üyelerinin ve bu kapsamda bağımsız üyelerin seçimi, genel kurulun görev ve yetki alanındadır. Ancak bazı hallerde, genel kurulun söz konusu görevi yerine getirememesi ve Kurul'un re'sen yönetim kuruluna üye ataması söz konusudur. Bu hallerden ilki yönetim kurulunun sayıca yeterli olmasına rağmen bazı konularda işlem yapmaması ve karar almaması, diğeri ise; yönetim kurulu toplantı nisabının sağlanamamasıdır.

İlk halde, bir Ortaklık'ta, uyulması zorunlu kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanmasını sağlamak üzere işlem yapmak ve karar almak için yeterli sayıda yönetim kurulu üyesinin bulunmasına karşın yönetim kurulu veya genel kurul bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmamakta veya gerekli kararları almamaktadır. Bu halde Kurul, SerPK'nın 17'nci maddesine dayanarak, yönetim kurulunun toplanabilmesi ve karar alabilmesi için gerekli olan ve bağımsızlık kriterini sağlayan gerekli sayıda bağımsız üyeyi re'sen atama yetkisini haizdir (KYT m. 7 f. 3).

⁴² Kurul'un 11.02.1012 tarihli Kurumsal Yönetim İlkelerinin Uygulanmasına Yönelik Tereddüt Oluşturan Hususlar Hakkında Basın Duyurusu. Odman Boztosun, bağımsız üyelerin seçiminde imtiyazların kullanılmamasının yerinde olacağını belirterek mevcut düzenlemeyi eleştirmektedir. Bkz. Odman Boztosun, s. 50. Yazarın eleştirisine, bir anlamda, farklı menfaat gruplarının çıkarları arasında bir denge oluşturmakla yükümlü olan bağımsız üyelerin, imtiyazlı pay sahipleri tarafından seçilmesinin bağımsızlıklarını etkileyebileceği gerekçesiyle katılıyoruz.

Kurul, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin atanmasına ilişkin KYT'deki bu düzenleme henüz yayımlanmadan, SerPK'nın 17'nci maddesine dayanarak, 11.03.2013 tarih ve 2013/8 sayılı Sermaye Piyasası Kurulu Bülteni'nde yayımladığı duyuru ile, Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin mevcut yönetim kurulu üyelerinden üçünü görevden alarak, yerlerine bağımsız yönetim kurulu üyeleri atamıştır.

İkinci halde ise, yönetim kurulu üyelerinin tamamının veya bir kısmının görev süresinin dolması veya üyeliklerin boşalması sebebiyle yönetim kurulu toplantı yeter sayısının sağlanamaması ve görev süresi dolan veya üyeliği boşalan yönetim kurulu üyelerinin yerlerine görev sürelerinin bitimini veya üyeliğin boşalmasını takip eden otuz gün içinde yeni yönetim kurulu üyelerini seçmek üzere genel kurulun toplanamaması veya genel kurulda yeter sayıda yönetim kurulu üyesinin seçilememesi söz konusudur. Kurul, 12.07.2013 tarihinde SerPK'nın 128'inci maddesine eklenen k bendi ile, yerlerine Ortaklık genel kurulunca yeni üyeler seçilinceye veya Kurulca başka üyeler atanıncaya kadar görev yapmak üzere yönetim kurulu toplantı yeter sayısını sağlayacak asgari sayıda, Kurul'un kurumsal yönetim ilkelerinde sayılan bağımsızlık kriterlerini sağlayan yönetim kurulu üyelerini re'sen atamaya yetkili kılınmıştır⁴³.

Kurul, söz konusu yetkiye dayanarak, genel kurulunu toplayamayan ve bu nedenle görev süresi bitmiş üyelerin yerine yeni yönetim kurulu üyeleri seçemeyen Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'nin SerPK'nın 128'inci maddesinin 1'inci fıkrasının (k) bendi karşısındaki durumunu 15.08.2013 tarihli toplantısında değerlendirilmiş ve Şirket genel kurulunca mevzuata uygun üyeler seçilinceye veya Kurulca başka üyeler atanıncaya kadar görev yapmak üzere Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş.'ye iki yönetim kurulu üyesi atamıştır.

⁴³ 12.07.2013 tarihinde SerPK'nın 128'inci maddesine eklenen k bendi ile Kurul söz konusu yetkiyi haiz olmuştur.

Ayrıca Kurul, re'sen atama sonucunda geriye kalan boş üyelikler için⁴⁴, kurumsal yönetim ilkelerinde sayılan bağımsızlık kriterlerini sağlayan adaylar arasından re'sen atama yapabilir.

V. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerin Niteliği

Yönetim kurulu üyelerinin nitelikleri (örneğin; vatandaşlık, Türkiye’de ikamet etme, eğitim gibi) hususunda Türk Ticaret Kanunu’nda (“TTK”) herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. TTK’nın anonim şirketlere sağladığı bu takdir alanı, SerPK’nın bağımsız yönetim kurulu üyelerine ilişkin ilkelerinde bağımsız yönetim kurulu üyeleri açısından oldukça daraltılmıştır.

Bağımsız yönetim kurulu üyeleri, görevlerini hiçbir etki altında kalmadan icra edebilen yönetim kurulu üyeleridir⁴⁵. Ortaklıklar’ın, pay ve menfaat sahiplerinin çıkarlarının her şeyin üstünde tutulabilmesi ve yönetim kurulunun bağımsız kararlar verebilmesi⁴⁶ için bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sahip olması gereken kriterler KYT’nin 4.3.6 no.lu ilkesinde sayılmış olup; söz konusu kriterlerin tamamını taşıyan yönetim kurulu üyesi “bağımsız üye” olarak nitelendirilir. Bu özelliklerden birinin dahi eksik olması, o kişinin bağımsız üye olarak seçilmesine engeldir ve görev süresi içinde bu özelliklerden birinin dahi kaybedilmesi, üyeliğin kendiliğinden düşmesine sebep olur⁴⁷.

Bağımsızlık kriterlerini kendi içlerinde objektif ve sübjektif kriterler olarak ikiye bölmek mümkündür. Zira, bazı kriterlerin bağımsız üye adayında mevcut olup olmadığının değerlendirilmesinde, edinilen bilgi ve belgeler yeterli olabilmekte,

⁴⁴ Yönetim kurulu toplantı yeter sayısını sağlayacak asgari sayı sağlandıktan sonra, halen boş üyelik kalması halinde bu hüküm uygulanır.

⁴⁵ Ayan, Özge, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara 2013, s. 116.

⁴⁶ Doğan, s. 69.

⁴⁷ Odman Boztosun, s. 61.

bazılarının değerlendirilmesinde ise, gerek aday gösterme komitesinin gerek Kurul'un kanaati etkili olmaktadır.

Objektif kriterlere örnek olarak bağımsız üye adayının, aday gösterildiği şirkette son beş yıl içinde kilit yönetici pozisyonlarında istihdam edilmemiş olması ya da Türkiye'de ikamet ediyor olması verilebilir. Objektif kriterler, başkaca bir değerlendirmeye gerek kalmaksızın sunulan bilgi ve belgelerle doğruluğu tespit edilebilecek kriterlerdir. Sübjektif, bir diğer ifadeyle, bağımsız üye adayını değerlendiren aday gösterme komitesinin ve Kurul'un kanaatinin etkili olacağı kriterlere örnek olarak ise söz konusu aday üyenin üstleneceği görevleri gereği gibi yerine getirecek mesleki eğitim, bilgi ve tecrübeye sahip olması⁴⁸ ya da şirket faaliyetlerine olumlu katkılarda bulunabilecek, şirket ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarında tarafsızlığını koruyabilecek, menfaat sahiplerinin haklarını dikkate alarak özgürce karar verebilecek güçlü etik standartlara, mesleki itibara ve tecrübeye sahip olması verilebilir. Esasen sübjektif kriterlerin değerlendirilmesinde de aday üye hakkında temin edilen bilgi ve belgeler (örneğin özgeçmiş, diploma, adli sicil kaydı ve aday üyenin sunacağı beyan gibi) dikkate alınmakta ise de, gerek aday gösterme komitesi gerekse Kurul, nihai kararı şahsi kanaatlerini kullanarak verebilecektir.

Ancak belirtmek isteriz ki, her ne kadar KYT'de yer alan kriterlerin sağlanması bir adayın bağımsızlığının göstergesi olarak düzenlense de, esas olan bağımsız üyenin düşünce ve davranışları ile bağımsızlığını sergilemesidir. Bu bağlamda bağımsız üyelere, bağımsız ve objektif bakış açıları ile sahip oldukları bilgi ve tecrübeyi kullanarak yönetim ve gözetim görevlerini yerine getirmeleri beklenmektedir.

⁴⁸ Parkinson, J. E., Corporate Power and Responsibility - Issues in the Theory of Company Law, 2. Bası, Oxford 2002, s. 194-196.

VI. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Kuruldaki ve Komitelerdeki Yeri ve İşlevi

A- İcrada Görevli Olan ve Olmayan Yönetim Kurulu Üyesi

Bağımsız üyelerin yönetim kurulundaki ve komitelerdeki yerinin daha doğru bir şekilde ortaya konabilmesi açısından, öncelikle icrada görevli olan ve olmayan yönetim kurulu üyeleri kavramlarının açıklanması gerektiği kanaatindeyiz. Bunun nedeni, bağımsız üyelerin kuruldaki ve komitelerdeki görevlerini layıkıyla yerine getirebilmeleri için, icrada görevli olmayan üyeler arasından seçilmeleridir. Bir başka ifadeyle, bu iki kavram arasında fark, bir nevi bağımsız üyelerin görev ve sorumluluk alanları da belirlemektedir.

Ortaklıklar'ın yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun icrada görevli olmayan üyelerden oluşması gerekmektedir (KYİ 4.3.2). Bunun sebebi, yönetim kurulunun, şirketin günlük işleriyle meşgul olmaksızın, devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerini (bu kapsama en başta üst yönetim ve üst gözetim görev ve yetkileri girmektedir), en etkili şekilde kullanabilmesine ve sadece bu görev ve yetkilere odaklanabilmesine olanak sağlanmasıdır⁴⁹.

İcrada görevli olan yönetim kurulu üyeleri, kendilerine devredilen görev ve yetkilere ilişkin karar alma yetkisine sahip yönetim kurulu üyeleri olarak⁵⁰ şirketin günlük karar alma ve işleyiş mekanizmalarında görev alırlar. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri ise, üyelik haricinde şirkette başkaca herhangi bir idari görevi veya kendisine bağlı icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim bulunmayan ve şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmayan üyelerdir⁵¹. İcrada görevli

⁴⁹ Doğan, s. 67.

⁵⁰ Doğan, s. 68.

⁵¹ Arslan, Ahmet, “Şirketlerde Bağımsız Yönetim Kurulu Üyeliği ve Üyelerin Bağımsızlığı”, Banka ve Finans Hukuku Dergisi, 2014, S. 12, s. 67.

olmayan yönetim kurulu üyeleri şirketin temel ticari politika ve stratejisini belirlemek ve bunları gözetmekle yükümlüdür⁵².

İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri, icrada görevli olan üyelere devredilen yetkilere ilişkin olarak karar alamazlar ve yönetim yetkisini kullanamazlar⁵³ (TTK m. 367). Devredilen görev ve yetkiler kapsamında karar almaya yetkili kişi veya kişiler, söz konusu görev ve yetkileri usulüne uygun olarak devralan murahhaslardır⁵⁴. Devredilemez görev ve yetkiler dışında kalan tüm görev ve yetkilerini devreden icrada görevli olmayan üyeler, söz konusu devir işleminin hüküm ifade etmesi ile birlikte sadece yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinden aslen sorumludurlar⁵⁵. Bu kapsamda, yönetim kurulunun kurul olarak alması zorunlu olan tüm kararlarda icrada görevli olmayan üyeler de olumlu ya da olumsuz oy kullanacaktır.

B- Yönetim Kurulundaki Yeri ve İşlevi

Ortaklıklar'ın yönetim kurullarında toplam yönetim kurulu üye sayısının en az üçte biri kadar bağımsız yönetim kurulu üyesi bulunması gerekmektedir. KYT uyarınca, bağımsız üye sayısı her durumda ikiden az olamaz.

Bağımsız üyelerden, menfaat sahipleri arasındaki menfaat dengesini bozacak kararlara karşı direnmeleri ve aynı zamanda da takım çalışmasına uygun şekilde

⁵² Altay, Sıtkı Anlam, Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkileri, İstanbul 2011, s. 97 (Altay, Sorumluluk).

⁵³ Doğan, s. 68.

⁵⁴ Altay, Sorumluluk, s. 77. Tekinalp, sadece yönetim yetkisinin devri halinde devralan kişilerin murahhas olarak anılamayacağını, temsil yetkisinin de devredilmesi halinde bu kişilerin murahhas olarak anılacaklarını, bu durumun TTK m. 370 f. 2'den anlaşıldığını belirtmektedir. Tekinalp, Ünal, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 248 (Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları). Murahhas, en geniş anlamda bir yetkinin delege edildiği kişidir. Bu kapsamda, kanaatimizce şirketler hukuku açısından da, yönetim kurulunun devredilebilir bir yetkiyi devrettiği kişi duruma göre murahhas üye veya müdür olarak adlandırılmalıdır. Sadece yönetim veya sadece temsil yetkisinin devredilmesi delege edilen kişinin murahhas olmasını engellememelidir. Aynı yönde bkz. Altay, Sorumluluk, s. 78.

⁵⁵ Ayan, s. 116.

çalışmalara katkı sağlamaları beklenmektedir⁵⁶.

Bu kapsamda, Kurul, bazı yönetim kurulu kararlarında bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun onayını aramakta; böylece bağımsız üyelerin farklı menfaat grupları arasında denge kurma ve yönetim kurulu üzerinde gözetim görev ve sorumluluğunu belirginleştirmektedir. Bu haller KYT'in çeşitli hükümlerinde detaylı olarak düzenlenmektedir.

KYT uyarınca, (i) ilişkili taraf işlemleri, (ii) yaygın ve süreklilik arz eden işlemler ve (iii) teminat, ipotek, rehin ve kefalet verilmesi ile ilgili yönetim kurulu kararlarına bağımsız üyelerin çoğunluğunun olumlu oyu gerekmektedir. Ancak bağımsız üyelerin çoğunluğunun söz konusu işlemlere onay vermemesi, işlemlerin icra edilmesini engellememekte, bağımsız üyelerin çoğunluğunun onay vermemesine rağmen anılan işlemlerin icra edilmek istenmesi halinde, muhalefet gerekçesinin Kamuyu Aydınlatma Platformu'nda ("KAP") açıklanması ve ilişkili taraf işlemleri bakımından söz konusu işlemin genel kurulun onayına sunulması gerekmektedir.

C- Sermaye Piyasası Mevzuatı Kapsamındaki Komitelerdeki Yeri ve İşlevi

KYT'de Ortaklıklar'ın yönetim kurullarının görev ve sorumluluklarını sağlıklı bir şekilde yerine getirmesini sağlamak amacıyla komitelerin kurulması zorunlu kılınmıştır (KYT m. 5 f. 1) (KYİ 4.5.1). Bu komiteler, denetimden sorumlu komite (KYİ 4.5.9), riskin erken saptanması komitesi (KYİ 4.5.13), kurumsal yönetim komitesi (KYİ 4.5.10), aday gösterme komitesi (KYİ 4.5.11) ve ücret komitesidir (KYİ 4.5.13). Yönetim kurulunun ayrı bir aday gösterme komitesi ve ücret komitesi oluşturmaması halinde, kurumsal yönetim komitesi bu komitelerinin görevlerini de yerine getirir (KYİ 4.5.1).

⁵⁶ Pinto; Visentini, s. 206.

Yönetim kurulu bünyesinde oluşturulan bu komiteler en az iki üyeden oluşur. İki üyeden oluşması halinde her iki üyenin, ikiden fazla üyeden oluşması halinde ise, çoğunluğun, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden oluşması zorunludur (KYİ 4.5.3).

Komitelerin başkanları, bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilir. Denetimden sorumlu komitenin tüm üyelerinin bağımsız yönetim kurulu üyeleri arasından seçilmesi gerekir (KYİ 4.5.3).

Denetim komitesinin tamamının, diğer komitelerin başkanlarının bağımsız üyeler arasından seçilmesine ilişkin düzenlemenin amacı, komitelerin hazırladıkları raporlarda yönetim kurulunun etkisi altında kalması ve söz konusu raporları yönetim kurulunun talimatları doğrultusunda hazırlamalarını engellemektedir. Bir diğer ifadeyle, komiteler görev ve işlevleri bakımından yönetim kurulundan bağımsız hale getirilmek istemektedir⁵⁷.

Söz konusu komiteler, icrada görevli yönetim kurulu üyeleri ile diğer yöneticilerin yakından izlenmesi ve disiplin altında tutulması, keyfi kararlar verilmesinin önlenmesi açısından oldukça önemlidir⁵⁸. Bir konuda komitelerin verdiği tavsiyenin aksine alınan bir kararın şirkete zarar vermesi halinde, yönetim kurulu üyelerinin kusursuzluklarını ispatlamaları son derece güçtür.

Komiteler KYT uyarınca görevli ve yetkili oldukları alanlarda çalışmalar yapar ve ilgili alanlarda yönetim kuruluna tavsiyelerde bulunur. Ancak komite üyelerinin icra edilebilir bir karar alma yetkisi bulunmadığı için, meydana gelen bir zarar nedeniyle

⁵⁷ Demir, Evin Emine, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Bünyesinde Oluşturulan Komiteler, Ankara 2016, s. 58. Aynı yönde Doğan, s. 85. Komitelere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, s. 45 vd.

⁵⁸ Tekinalp, Ünal, “Anonim Ortaklıklara İlişkin Yeni Hukuk Politikalarının Dinamikleri ve Bunlar Arasındaki İlişki”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, 2003, s. 235 (Tekinalp, Yeni Hukuk Politikaları).

komite üyesi olarak sorumlu tutulmaları söz konusu değildir⁵⁹. Yönetim kurulu nihai karar organı olduğu için, değerlendirmesini yaparken, sunulan bilgilerin⁶⁰ yetersiz olduğunu düşünüyorsa ek bilgi ve belge talep etmesi, gerekiyorsa dışarıdan danışmanlık hizmeti alarak karar vermesi gerekir⁶¹. Ancak, duruma göre, bazı yönetim kurulu üyelerinin, komitelerdeki görevleri nedeniyle edindikleri bilgiler veya özensizlikleri, sorumluluklarının diğer üyelere nazaran daha yüksek olmasına neden olabilecektir.

Tüm üyelerinin bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması zorunlu olan denetimden sorumlu komite, yönetim kurulunun en önemli komitelerinden de biridir. Diğer komitelere nazaran oldukça büyük bir sorumluluk üstlenen denetimden sorumlu komite, muhasebe sistemi, finansal bilgilerinin kamuya açıklanması, bağımsız denetim ve şirketin iç kontrol ve iç denetim sisteminin işleyişinin ve etkinliğinin gözetiminden sorumludur. Denetimden sorumlu komitenin ayrıca Ortaklığın operasyonları, stratejisi ve performansı üzerinde önemli etkinliği bulunmaktadır⁶². Bu nedenle, söz konusu sorumluluklardan birinin dahi eksik yerine getirilmesi şirketlerde geri dönüşü olmayan finansal krizlere yol açabilir. Denetimden sorumlu komitenin tamamının bağımsız üyelere oluşması gerektiği için bu anlamda bağımsız üyelere düşen görevin de oldukça büyük ve kapsamlı olduğu kanaatindeyiz.

Aynı şekilde, Ortaklıklar'da kurumsal yönetimin sağlanması ve bu doğrultuda faaliyet gösterildiğinin sürekli gözetimi için oluşturulan kurumsal yönetim komitesi

⁵⁹ Kırca, İsmail; Şehirli Çelik, Feyzan Hayal; Manavgat, Çağlar, Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Ankara 2013, s. 479; Demir, s. 85 vd; Doğan, s. 79; Odman Boztosun, s. 161.

⁶⁰ 2002 ve sonrasında yaşanan şirket skandallarının arkasında, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin işlem ve kararlarını bilmemesi, şirketin kaynaklarının nasıl kullanıldığı konusunda bilgi sahibi olmaması gibi açıklamaları yer almıştır. Bu durum, özellikle Amerika'da yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüğünün sınırlarının çizilmesi gereğini gündeme getirmiştir. Bkz. Monks, Robert A. G.; Minow, Nell, Corporate Governance, 4. Bası, Londra 2008, s. 240-241.

⁶¹ Fischel, Daniel R., "the Business Judgment Rule and the Trans Union Case", the Business Lawyer, 1985, C. 40, S. 4, s. 1445.

⁶² Karim, Khondkar; Robin, Ashok; Suh, SangHyun, "Board Structure and Audit Committee Monitoring: Effects of Audit Committee Monitoring Incentives and Board Entrenchment on Audit Fees", Journal of Accounting, Auditing and Finance, 2016, S. 31(2), s. 250.

de ancak profesyonel ve mesleğinde uzman ve tecrübeli bağımsız üyelerle ve bağımsız bir bakış açısıyla bu görevi layıkıyla yerine getirebilecektir.

Aday gösterme komitesi özellikle bağımsız üyeler de dâhil olmak üzere yönetim kurulu üyelerinin seçilmesi veya atanması sürecinde adayların şeffaf bir şekilde belirlenmesinden sorumludur. Kurumsal yönetim ilkeleri esasen tamamının bağımsız, uzman ve deneyimli üyelerden oluştuğu yönetim kurullarının oluşmasını amaçlar⁶³. Bu amacın yerine getirilmesinde ise, bağımsız üyelerin sahip oldukları deneyim ve bilgi birikimi etkin rol oynayacaktır.

Aynı şekilde riskin erken saptanması komitesinde bağımsız üyelerin objektif bir bakış açısıyla ve yıllara dayanan tecrübeleriyle, şirketin varlığını, gelişmesini ve devamını tehlikeye düşürebilecek risklerin erken teşhisini, tespit edilen risklerle ilgili gerekli önlemlerin alınmasını ve riskin yönetilmesini sağlayacaklardır.

Şirketin yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerinin mali haklarına ilişkin değerlendirme ve incelemeler yapmaktan sorumlu ücret komitesinde bağımsız üyelerin yer alması, bir yandan icrada görevli kişilerin mali haklarının performans esasına göre belirlenmesi bakımından bir yandan da bağımsız üyelerin bağımsızlıklarını yitirmeyecekleri mali haklar elde etmeleri bakımından önem taşımaktadır.

Tüm bu değerlendirmeler ışığında, denetimden sorumlu komite dışındaki komitelerin de tüm üyelerinin bağımsız üyelerden oluşmasının, kurumsal yönetim ilkelerinin Ortaklıklar'da daha etkin şekilde hayata geçirilmesinde ve profesyonel yönetim yapılarının oluşmasında büyük rol oynayacağı kanaatindeyiz.

⁶³ Demir, s. 138.

İKİNCİ KISIM

Hukuki Sorumluluk

Anonim şirketler, ulusal ve hatta günümüzde uluslararası boyutta ekonomik hayatı etkileme gücüne sahip yapılar haline gelmiştir. Böylesine büyük bir gücü elinde bulunduran şirketlerin, bir yandan pay sahiplerine bir yandan da global düzeyde ulusal ve uluslararası tüm topluma karşı sorumlulukları bulunmaktadır. Şirketlerin yönetiminde ve karar alma sürecinde görev alan yönetim kurulu üyeleri, bu sorumluluğu belli kurallar çerçevesinde üstlenirler.

Şüphesiz, şirketin menfaatlerini gözetmekle yükümlü olan yönetim kurulu üyelerinin, üstlendikleri görevleri yerine getirirken dikkatli ve özenli olmaları beklenmektedir. Ancak, sahip oldukları yetkileri kullanırken çok ağır bir sorumluluk sistemiyle karşı karşıya kalacaklarını öngören birçok yetenekli ve alanında uzman yönetici de yönetim kurullarında yer almaktan imtina edecektir⁶⁴. Bu nedenle, verilen yetki ile yüklenilen sorumluluk açısından uygulamada adaetli bir dengenin kurulması gerekmektedir. Böylece, yönetim kurulu üyeleri, ticari takdir yetkilerini kullanarak görece riskli yatırımlar yapabilecek ve şirketlere büyük kar potansiyeli sağlayabilecektir.

Bu noktada özellikle halka açık anonim şirketlerin yönetim kurullarının, kurumsal yönetim ilkelerini tam anlamıyla uygulamalarının, sorumluluklarının sınırlanması hatta ortadan kalkması anlamında ne denli büyük bir öneme sahip olduğunun da vurgulanması gerektiği kanaatindeyiz.

⁶⁴ Eisenberg, Melvin Aron, “The Divergence of Standards of Conduct and Standards of Review in Corporate Law”, Fordham Law Review, 1993, C. 63, s. 445; Black, Bernard S.; Cheffins, Brian; Klausner, Michael, Outside Director Liability, 2006, s. 1059 (çevrim içi: <http://ssrn.com/abstract=894921>).

Ortaklıklar'da kurumsal yönetimin teminatı olan bağımsız yönetim kurulu üyelerinin bu anlamda sorumlulukları oldukça büyüktür. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri bir yandan komiteler aracılığıyla iç kontrol ve iç denetimi sağlamakla, bir yandan da yönetim kurulunun diğer üyeleri ile birlikte, kurumsal yönetim ilkelerine uyum, ilgili mevzuat uyarınca alınması zorunlu kararların alınması ve yapılması zorunlu işlemlerin tamamlanması ile yükümlüdür.

Görev ve yetkileri bu denli geniş olan bağımsız üyelerinin görevlerini yerine getirirken tabi olacakları hukuki sorumluluk rejiminin tespiti, sermaye piyasasının gelişmesiyle paralel olarak günümüzde oldukça büyük bir önem kazanmıştır. Bağımsız üyelerin sorumluluğunun tespitinde, bağımsız üyelerin de esasen yönetim kurulu üyeleri olmaları nedeniyle, öncelikle genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları incelenecek, akabinde bağımsız yönetim kurulu üyeleri için genel sorumluluk sisteminden ayrılan hususlar ele alınacaktır.

I. Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu, TTK'da "Hukuki Sorumluluk" başlığı altında genel bir hükümlerle düzenlenmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin kanundan ve esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri sebebiyle bir zarar meydana geldiğinde bu zararın tazmini gerekmektedir. Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının kaynağı TTK'nın 553'üncü maddesidir.

A- Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Sorumluluğunun Kaynağı

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu gündeme geldiğinde, tespit edilmesi gereken ilk husus sorumluluğun kaynağıdır. Sorumluluğun kaynağının tespiti, sorumluluğun kaynağına göre, sonucunun da farklılaşması bakımından önemlidir.

Sorumluluğun kaynağı, zarara uğrayan davacı tarafa göre farklılık gösterir. TTK

uyarınca hem şirket, hem pay sahipleri hem de alacaklılar duruma göre yönetim kurulunun kanundan veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmeleri sebebiyle uğradıkları zararı talep etme hakkına sahiplerdir. Bu nedenle, her bir davacı yönünden hukuki ilişkinin niteliğinin tespiti gerekmektedir.

Özel hukukta borç ilişkisini kuran sebepler, Türk Borçlar Kanunu'nun ("TBK") Genel Hükümler kısmında düzenlenmiştir⁶⁵. Bu sebepler, "sözleşmeden doğan borç ilişkileri" (TBK m. 1-48), "haksız fiillerden doğan borç ilişkileri" (TBK m. 49-76) ve "sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri" (TBK m. 77-82) olmak üzere üç gruba ayrılmıştır.

TBK'da sözleşme kavramı tanımlanmamış olup, bir sözleşme ile sözleşmenin tarafları kendi iradeleriyle kendi aralarında uygulanacak hukuk normunu; diğer bir ifadeyle kendi kanunlarını oluştururlar⁶⁶. Türk hukukunda satış sözleşmesi, bağışlama sözleşmesi, kira sözleşmesi, eser sözleşmesi, hizmet sözleşmesi ve vekâlet sözleşmesi gibi çeşitli konulara ilişkin sözleşme tipleri mevcuttur. Bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları gerekli ve yeterlidir (TBK m. 1).

Sözleşmeden doğan borç ilişkisinden farklı olarak, haksız fiilden doğan borç ilişkilerinde tarafların borç ilişkisinin doğumuna ilişkin irade beyanları veya istekleri bulunmamaktadır. Haksız fiilden doğan borcun kaynağı taraf iradeleri değil, kanundur. Bir kişinin haksız fiil sorumluluğundan bahsedebilmek için; (i) fiil, (ii) hukuka aykırılık, (iii) zarar, (iv) nedensellik bağı ve (v) kusurun varlığı gereklidir.

⁶⁵ TBK'da düzenlenmeyen diğer sebeplerden doğan borç ilişkileri ile ilgili bilgi için bkz. Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Baskı, Ankara 2016, s. 115 vd.

⁶⁶ Eren, s. 199-200.

Sebepsiz zenginleşme, bir kimsenin malvarlığından geçerli bir sebep olmaksızın diğer bir kimsenin malvarlığına kayma olmasıdır⁶⁷. Geçerli bir sebep olmaksızın başka birinin malvarlığından zenginleşen kişi, bu miktarı iade etmekle yükümlüdür.

TTK’da yönetim kurulu üyelerinin şirkete karşı hukuki sorumluluğunun kaynağının, borç ilişkilerinden hangisinin kapsamına girdiğine ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır⁶⁸. Ancak, doktrinde yazarların çoğunluğu⁶⁹, ortaklık tarafından yönetim kurulu üyesine karşı açılacak sorumluluk davasının kaynağının taraflar arasındaki sözleşmeye dayandığını kabul etmektedir⁷⁰. Sözleşme, yönetim kurulu üyesinin genel kurul tarafından seçilmesi üzerine görevi kabul etmesi, yani karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulur⁷¹. Bu bağlamda yönetim kurulu tarafından TTK m. 363 uyarınca ilk genel kurulun onayına sunulmak üzere seçilen üyenin durumu da farklılık göstermemektedir.

Yönetim kurulu üyesinin ticaret siciline tescili, hukuki ilişkinin kuruluş anı açısından önem arz etmemektedir. Tescil kurucu nitelikte değildir, açıklayıcı özelliği bulunmaktadır⁷².

Yönetim kurulu üyelerinin görevlerinin sona ermesi ise, söz konusu sözleşmesel ilişkiyi tamamen sona erdirmez. Görevi sona eren yönetim kurulu üyesinin sadakat ve sır saklama yükümlülüğü gibi bazı yükümlülükleri, şirket ile yönetim kurulu üyesi

⁶⁷ Nomer, Haluk N., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, İstanbul 2015, s. 183.

⁶⁸ Akdağ Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu, 2. Baskı, İstanbul 2016, s. 277.

⁶⁹ Akdağ Güney, s. 277; Atan, Turhan, Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara 1967, s. 11 vd.; İmregün, Oğuz, Anonim Ortaklıklar, 4. Bası, İstanbul 1989, s. 202-206 (İmregün, Anonim Ortaklıklar); Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Sorumluluk ile), 3. Bası, İstanbul 2010, s. 111 (Çamoğlu, Sorumluluk).

⁷⁰ İmregün, Oğuz, “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklığa Karşı Hukuksal Sorumu”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 260-263 (İmregün, Hukuksal Sorum); Çamoğlu, Sorumluluk, s. 114-115.

⁷¹ Akdağ Güney, s. 277 vd.; İmregün, Anonim Ortaklıklar, s. 202.

⁷² Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 975 (Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I)

arasındaki sözleşmesel ilişki sona erse de devam eder⁷³ ve yönetim kurulu üyesi görev süresi sona erse de söz konusu yükümlülükleri sebebiyle sorumlu tutulabilir.

Yönetim kurulu üyesinin sözleşmesel sorumluluğu, üyenin görev tanımının içinde yer alan hallerde geçerlidir. Üyenin görev alanı içinde olmayan bir eylemi ile ortaklığa zarar vermesi halinde ise, haksız fiil hükümlerine göre sorumluluğu doğacaktır⁷⁴. Yönetim kurulu üyesinin şirketin aktifinin bir kısmını kendi hesabına aktarması nedeniyle şirketin zarara uğraması haksız fiildir.

Anonim şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmenin türü, taraflar arasında kararlaştırılan özel hükümlere göre belirlenir. Bu hükümlerin incelenmesinden bir sonuca varılamıyorsa, taraflar arasında kurulan sözleşmenin türü ve sorumluluğun kaynağı doktrindeki hâkim görüş ve Yargıtay içtihatlarına göre vekâlet sözleşmesidir⁷⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında⁷⁶, genel olarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 320'nci ve 336'ncı maddelerinde belirlendiğini belirttikten sonra, banka yönetim kurulu üyeleri ile banka tüzel kişiliği arasındaki hukuki ilişki vekâlet sözleşmesine dayandığından üyelerin bankaya karşı vekil gibi sorumlu olacağına karar vermiştir.

⁷³ Poroy, Reha; Tekinalp, Ünal; Çamoğlu, Ersin, Ortaklıklar Hukuku 1, 13. Baskı, İstanbul 2014, s. 382.

⁷⁴ Altay, Sorumluluk, s. 214; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 112-113.

⁷⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 975; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 112; İmregün, Hukuksal Sorum, s. 263, 268; Altay, Sorumluluk, s. 216-217; Doğanay, İsmail, "Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu", Batider, 1994, C. XVII, S. 3, s. 58; Ayoğlu, Tolga, "Pay Sahipleri ile Alacaklıların "Dolayısıyla Zarar" Nedeniyle Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Sorumluluk Davası Açma Hakkı ve Bu Tür Davalarda Alınan İlamları İcraya Koyma Yetkisi", Legal Hukuk Dergisi, 2009, C. 7, S. 72, s. 67-68. İBK m. 394 ve İsviçre Federal Mahkemesi kararları da, şirket ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki hukuki ilişkisinin türünün vekâlet olduğunu belirtmektedir. Bu yönde bkz. Helvacı, Mehmet, "İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Yönetim Kurulu", Prof. Dr. Reha Poroy'a Armağan, İstanbul 1995, s. 178 (Helvacı, Yönetim Kurulu).

⁷⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 05.02.2003, E. 2003/9-82, K. 2003/65 (kazancı çevrim içi).

Vekâlet sözleşmelerinde sonuç garanti edilmemekle birlikte vekil, vekil tayin edildiği görevi belirli bir özen ölçüsünde yerine getirmekle yükümlüdür⁷⁷. Bu nedenle vekil, kural olarak sonuçtan sorumlu değildir. Ancak kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmeyen yönetim kurulu üyelerine karşı ortaklık sözleşmeye aykırılık sebebiyle dava açabilir⁷⁸.

Biz de sözleşmenin niteliğinin taraflarca başka şekilde kararlaştırılmış olmaması halinde, yönetim kurulu üyesi ile anonim şirket arasındaki ilişkinin türünün; vekilin vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlü olması, sonucun gerçekleşmeme rizikosunun vekilin üzerinde olmaması, ücretin vekâlet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmaması gibi nedenlerle vekâlet sözleşmesi olduğu kanaatindeyiz.

B- Yönetim Kurulu Üyelerinin Ortaklar ve Alacaklılara Karşı Sorumluluğunun Kaynağı

TTK m. 553 uyarınca, yönetim kurulu üyeleri kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan da sorumludur.

Pay sahipleri veya alacaklılar, bazı hallerde doğrudan zarara maruz kalırken bazı hallerde ise, dolaylı olarak zarara uğrarlar⁷⁹. Pay sahibinin doğrudan zararına örnek olarak pay sahibinin yanlış bilançoya istinaden pay senetlerini satması, alacaklıların doğrudan zararına örnek olarak ise, şirketin aktifinin borcunu ödemeye yetmeyecek olmasına rağmen, yönetim kurulunun şirketin iflasını istemek yerine borçların bir kısmını ödemesi verilebilir⁸⁰. Doğrudan zarar halinde, hem pay sahiplerinin hem de alacaklıların dava açma hakkı vardır. Alacaklılar ve pay sahipleri ile yönetim kurulu

⁷⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 975.

⁷⁸ Ayoğlu, s. 68.

⁷⁹ Doğrudan ve dolaylı zarar kavramlarına ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Kısım I.C.3.

⁸⁰ Bozkurt Yaşar, Sevgi, Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul 2015, s. 201.

üyeleri arasında sözleşmesel bir ilişki olmadığı için, söz konusu davanın kaynağı haksız fiildir⁸¹.

Dolaylı zarara örnek olarak ise, piyasa koşullarının elvermediği yatırımlar yapılması veya gerçek olmayan kar dağıtımını verilebilir⁸². Dolaylı zarar halinde, alacaklılar ancak şirketin iflası halinde; pay sahipleri ise, her durumda şirketin uğradığı zararın tazminini talep edebilirler. Dolaylı zararın tazmini davasının kaynağı ise, doktrindeki çoğunluk görüşe göre, şirket veya iflas idaresi ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmesel ilişkidir⁸³.

Esasen davacı ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki ilişkinin kaynağının tespiti, davaya ilişkin TTK'da düzenlenmeyen hususlarda uygulanacak hükümlerin tespitine ilişkin olup, TTK'da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu kusur sorumluluğu olduğu ve zamanaşımı ve yetkili mahkeme düzenlendiği için, söz konusu tartışmalar pratikte büyük ölçüde önemini yitirmiştir⁸⁴.

C- Sorumluluğun Şartları

Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığa, alacaklılara ve pay sahiplerine karşı sorumluluğunun kaynağı ister sözleşmesel ister haksız fiil sorumluluğu olsun, TTK uyarınca yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilebilmesi için TTK'nın 553'üncü maddesinde düzenlenen şartların tamamının varlığı aranmalıdır. Anılan maddeye göre, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun koşulları; kanuna veya

⁸¹ Akdağ Güney, s. 297; Altay, Sorumluluk, s. 220; Domaniç, Hayri, Türk Ticaret Hukukuna Göre Anonim Şirketlerin Kuruluşundan Doğan Hukuki Mesuliyet, İstanbul 1964, s. 54. Çamoğlu ise, TTK'nın yöneticilere karşı sorumluluk davası açma olanağını tanıdığı pay sahipleri ve alacaklıların açacakları sorumluluk davalarında, sözleşmeye aykırılık sebebine dayanabileceklerini belirtmiş, doğrudan ve dolaylı zarar ayırımı yapmamıştır. Bkz. Çamoğlu, Sorumluluk, s. 152.

⁸² Bozkurt Yaşar, s. 203.

⁸³ Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 390; Altay, Sorumluluk, s. 218; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 145.

⁸⁴ Kösekaya, Fatih, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2013, s. 36. Kusurun ispatı konusu, İkinci Kısım C.2.b'de tartışılmaktadır.

esas sözleşmeye aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağıdır. Bu koşullardan birinin dahi eksikliği halinde, sorumluluk söz konusu olmaz⁸⁵.

1. Kanuna veya Esas Sözleşmeye Aykırılık

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun söz konusu olması için, üyelerin kanun veya esas sözleşmedeki görev veya yükümlülüklerini ihlal etmiş olmaları gerekmektedir⁸⁶. TTK'nın ortaklıkla rekabet etme, işlem yapma veya şirkete borçlanma yasağını düzenleyen hükümlerine aykırılık, kanuna aykırılığa örnektir. Bu kapsamda yönetim kurulu üyesinin, genel kurulun bu yönde izni olmaksızın ortaklıkla kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapması, şirketle işlem yasağının ihlaline, dolayısıyla da kanuna aykırılık şartının yerine gelmesine neden olacaktır.

TTK'da düzenlenen özel sorumluluk hallerine ilişkin hükümlerde (TTK m. 549-552) yönetim kurulu üyelerinin görevlerini ihlal edebileceği haller açıkça belirtilmekte iken, diğer bazı hükümlerde üyenin görevini nasıl yerine getirmesi gerektiğine ilişkin açık ifadeler yer almamaktadır. Örneğin, özen yükümü kanundan doğan bir yükümlülük olup, bu yükümlüğün ihlal edildiğinin yani hukuka aykırılığın oluşup oluşmadığının tespiti her zaman zahmetsiz değildir⁸⁷.

Yönetim kurulu üyelerinin TTK'da düzenlenen görev ve yükümlülükleri dışında SerPK, Bankacılık Kanunu, Vergi Kanunu gibi diğer kanunlar uyarınca da yerine getirmekle yükümlü olduğu görevleri bulunmaktadır. Bu görevlerin ne şekilde yerine

⁸⁵ Altay, Sorumluluk, s. 196.

⁸⁶ Bilgili, Fatih, Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organların Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004, s. 96.

⁸⁷ Özen yükümlülüğüne ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Kısım I.C.2.a.

getirileceğini hukuk düzeni belirler⁸⁸. Bu düzenlemelerden saparak hareket edilmesi ise, hukuka aykırılık oluşturur.

TTK'nın lafzı “kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal etmek” olmakla birlikte anonim şirketin iç yönergesi ve ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasındaki sözleşmede belirtilen görev ve yükümlülüklerin ihlali de yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurabilecektir⁸⁹.

2. Kusur

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu açısından aranan şartlardan biri de kusurluluktur (TTK m. 553). Bu husus madde metninde şu şekilde ifade edilmektedir: “Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini “kusurlarıyla” ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar”.

TTK'da kusurun tanımı yer almamakla birlikte, özetle kusur, hukuk düzeni tarafından yönetim kurulu üyelerine yüklenen bir yükümlülüğünün kasten veya ihmalle yerine getirilmemesi veya bu sonucu doğuracak davranıştan kaçınmak için iradenin gerektiği şekilde kullanılmamasıdır. Kusur kast ve ihmalden oluşmakta olup, hafif kusur halinde dahi, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelecektir⁹⁰. Kusurun derecesi, yönetim kurulu üyelerinin meydana gelen bir zarardan sorumlu tutulmamasını sağlamaz⁹¹. Ancak, kusurun derecesine göre, her bir yönetim kurulu

⁸⁸ Altay, Sorumluluk, s. 251.

⁸⁹ Altay, Sorumluluk, s. 251.

⁹⁰ Pulaşlı, Hasan, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluk”, Batider, 2009, C. XXV, S. 1, s. 34 (Pulaşlı, Özen Yükümlülüğü).

⁹¹ Pulaşlı, Hasan, Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 2. Baskı, Ankara 2015, s. 2105 (Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi II); Altay, Sorumluluk, s. 265.

üyelerinin sorumlu olacağı zarar miktarı, bir diğer ifadeyle, bireysel sorumluluk tavanı farklılık gösterir.

Yönetim kurulu üyeleri, zararın meydana gelmesini isteyerek bir fiili veya işlemi gerçekleştirmişlerse, bu halde kasttan söz edilir⁹². Ancak, yönetim kurulu üyeleri bir fiili veya işlemi gerçekleştirirken o fiilin zarara yol açacağını, tedbirli bir yönetici tarafından öngörülebilecek olmasına rağmen öngöremiyorlarsa, bu halde ihmalden söz edilir⁹³. Bir diğer ifadeyle ihmal tedbirli bir yöneticinin gösterdiği özeni gösterilmemesi yani özen eksikliği nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırı davranıştır. Bu anlamda, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu olup olmadıkları belirlenirken, görevlerini yerine getirirken objektif kriterlere göre gerekli özeni gösterip göstermedikleri incelenir⁹⁴.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu, TTK'da şahsi sorumluluk olarak düzenlenmiştir. Şahsi sorumluluk, yönetim kurulunun bir zarardan kurul halinde sorumlu olmayıp, her bir üyenin kendi kusurlu fiilinden sorumlu tutulması anlamına gelmektedir. Bir yönetim kurulu üyesi, meydana gelen zarardan sadece yönetim kurulu üyesi olduğu için sorumlu tutulamaz. Kusurunun olması şartıyla, her bir yönetim kurulu üyesinin meydana gelen zarardan kusuru oranında tüm malvarlığı ile şahsen sorumluluğu söz konusudur⁹⁵. Buna sınırsız ve şahsi sorumluluk denmektedir. Zarar yönetim kurulunun bir kararı sebebiyle meydana gelse dahi, yönetim kurulu, kurul halinde sorumlu tutulamaz, her bir yönetim kurulu üyesinin ayrı ayrı sorumluluğu gündeme gelir⁹⁶. Bu anlamda, bir yönetim kurulu kararı nedeniyle zarar doğsa bile, karara katılan bazı yönetim kurulu üyelerinin kusurlarının bulunmaması halinde, söz konusu üyeler bu zarardan sorumlu tutulamazlar.

⁹² Oğuzman, M. Kemal; Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II, 12. Bası, İstanbul 2016, s. 56.

⁹³ Altay, Sorumluluk, s. 264.

⁹⁴ Özen yükümlülüğüne ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Kısım I.C.2.a.

⁹⁵ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 12; Akdağ Güney, s. 271.

⁹⁶ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 31.

a) Kusurun Tespitinde Özen Yükümlülüğünün Rolü

Anonim şirketlerde risk esasen pay sahiplerinin üzerindedir. Yönetim kurulunun aldığı her karar sebebiyle sorumlu tutulması, yönetim kurulu ile şirket arasında kurulan akdi ilişkinin niteliğine de aykırıdır. Bir anonim şirkete yatırım yapan pay sahibi, kar elde etme ihtimali kadar zarar etme ihtimalinin de olduğunu bilerek ortaklığa katılır. Yönetim kurulunun şirketin yönetiminde risk alması işin tabiatı gereğidir⁹⁷ ve özen yükümlülüğüne uygun olarak alınan risk sonucu riziko gerçekleşmiş ise söz konusu karardan dolayı yönetim kurulu üyeleri sorumlu olmayacaktır.

Özen yükümlülüğüne uygun davranışın birçok görünümü vardır. Yönetim kurulu üyesi görevi kabul etmede, işbölümünde, talimat verme ve gözetim görevlerinde özenli davranmakla yükümlüdür⁹⁸.

Özen yükümlülüğü bir yandan yönetim kurulu üyelerinin kanundan doğan bir yükümlülüğü olmakla birlikte, bir yandan da yönetim kurulu üyelerinin meydana gelen bir zararda kusurlarının (esasen ihmallerinin) olup olmadığının tespitinde önem taşır.

TTK'nın 369'uncu maddesinde yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özen derecesi "tedbirli bir yöneticinin göstermesi gereken özen" olarak belirlenmiştir. TTK m. 369'un gerekçesine göre, tedbirli yönetici kavramı, objektif kriterlere göre belirlenmiş olup, bu kavramdan; görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilme ve denetleyebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılır.

⁹⁷ Birds; Boyle, s. 156.

⁹⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 1140 vd.

aa) Özen Derecesi

Yönetim kurulunun özen yükümlülüğüne aykırı hareket edip etmediğinin tespitinde, aynı nitelikteki ve büyüklükteki bir anonim şirketin nitelikli, şirketin işleyişine ilişkin tam bilgiye sahip, iyi niyetli, dikkatli ve tedbirli bir yönetim kurulu üyesinin⁹⁹ aynı şartlar altında gösterdiği özen alt sınır olarak kabul edilmeli ve somut olayın özellikleri dikkate alınmalıdır¹⁰⁰. Bu özen derecesinin altında bir özen gösterilmesi halinde zarar meydana geldiğinde, söz konusu zararın meydana gelmesine sebep olan yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları gündeme gelebilecektir¹⁰¹. Bu doğrultuda, nitelikleri, ortaklık çevresi ve ülke ekonomisinde oynadıkları rol itibarıyla, büyük ölçekli halka açık anonim şirket yönetim kurulu üyesinin özen borcunun kapsam ve derecesinin kapalı aile tipi anonim şirket yönetim kurulu üyelerine nazaran daha yüksek olması gerektiği kanaatindeyiz¹⁰².

Aynı şekilde, yönetim kurulu üyesinin alan bilgisi ve yeteneği bu göreve atanmasına neden olmuşsa, kendisinden beklenen özen derecesi artabilir¹⁰³. Örneğin, finans ve muhasebe konusunda uzman bir yönetim kurulu üyesinin şirketin finansal verilerini incelemede göstermekle yükümlü olduğu özen derecesi diğer üyelere göre daha yüksektir. Bu da, bir zarar doğduğunda üyelerin kusuru değerlendirilirken söz konusu üyenin kusur ölçüsünün diğer üyelere nazaran daha yüksek olmasına neden olacaktır. Ancak hemen belirtmek isteriz ki, finans veya muhasebe konularında yetkin olmayan bir yönetim kurulu üyesi, finans veya muhasebe işleri sebebiyle meydana gelen bir zarar nedeniyle açılan bir sorumluluk davasında finans ve muhasebe işlerinden anlamadığı gerekçesiyle sorumsuz olduğunu ileri süremez. Zira yönetim kurulu

⁹⁹ Paslı, s. 295; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 69, 74.

¹⁰⁰ Ayan, s. 65; Aynı yönde bkz. ICI Mutual Insurance Company, Independent Director Litigation Risk, s. 7 (çevrim içi: http://www.mfdf.org/images/DirResPDFs/icim_litigation_risk.pdf).

¹⁰¹ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 69.

¹⁰² Çamoğlu, Ersin, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Borcu", İmran Öktem'e Armağan, Ankara 1970, s. 401 (Çamoğlu, Özen Borcu).

¹⁰³ Ayan, s. 65; Çamoğlu, Özen Borcu, s. 400; Akdağ Güney, s. 315; Altay, Sorumluluk, s. 268.

üyesinin bilgisi ve deneyiminin yetmediği noktalarda uzmanlara danışıp görüşlerini alarak¹⁰⁴ bu eksikliğini gidermesi gerekmektedir.

Özen derecesinin belirlenmesinde yönetim kurulu üyesinin icrada görevli olup olmadığı da önem taşımaktadır. Bu anlamda, imza yetkilerini haiz olmayan bir yönetim kurulu üyesinden beklenen özen derecesi, yönetime hâkim, icrada görevli olan bir yönetim kurulu üyesinden daha düşük olacaktır¹⁰⁵. Ancak sorumluluğun kaynağının bir yönetim kurulu kararı olması halinde, icrada görevli olan ve olmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları mevcut durumun özelliklerine göre değerlendirilecektir.

bb) Özen Yükümlülüğüne Uygunluğun Belirlenmesinde Ticari Takdir Kuralı'nın Rolü

TTK'nın gerekçesine göre; "tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı"¹⁰⁶ ("*Business Judgment Rule*") verebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Bu anlamda, tedbirli bir yöneticinin örneğin; ekonomik kriz ve sektöre ilişkin riskleri takip etmesi ve gerekli tedbirleri alması, şirketle ilgili

¹⁰⁴ Ayan, s. 68. İcrada görevli olmayan üyelerin, gerekli olduğunu düşündükleri hallerde bağımsız uzmanlardan masrafları şirkete ait olmak üzere danışmanlık hizmeti alarak sorumluluklarını yerine getirmeleri gerekmektedir. Aynı yönde bkz. Onder, Amy; Siegelheim, Adam J., "Corporate Liability Exposure and the Potential Risk of Individual Director Liability Resulting From Employment-Related Decisions: An Analysis of Recent Case Law and Recommendations on Corporate Governance", *Employee Relations Law Journal*, 2008, C. 34, S. 2, s. 21.

¹⁰⁵ Yargıtay 11. HD., 17.12.1974, E. 3677, K. 3733 (kazancı çevrim içi). Söz konusu kararda Yargıtay "Sorumluluğa karşılık ticari hayatın icap ettirdiği yetkilerin tanınmaması, basiretli iş adamı gibi hareket etmek olanağını ortadan kaldırır." ifadesiyle, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinden beklenecek özen derecesinin, icrada görevli olan üyelerle aynı olmayacağını ortaya koymuştur.

¹⁰⁶ TTK'nın gerekçesinde, *Business Judgment Rule* kavramı, Türkçe'ye "işadamı kararı" olarak çevrilmektir. Ancak işadamı kararı, *Business Judgment Rule* kavramını tam olarak ifade etmemektedir. Zira, söz konusu kavram esasen yönetim kurulu üyelerinin verdikleri kararlarda kullandıkları takdir yetkisini ifade etmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda TTK'nın gerekçesinde yer alan ve doktrinde bazı yazarlarca kullanılan işadamı kararı kavramı yerine ticari takdir yetkisi (kuralı) ifadesinin kullanılması uygun görülmüştür.

gelişmeleri zamanında tespit ederek değerlendirmesi ve şirketin menfaatlerini koruması gerekmektedir.”.

Hemen belirtmek isteriz ki, “*Business Judgment Rule*” ilkeleri ancak yönetim kurulunun takdir yetkisini kullandığı kararları için uygulanabilir¹⁰⁷. Takdir yetkisi ise, esasen şirketin stratejilerini belirleyecek ticari kararlarda kendini gösterir. Örneğin, üçüncü kişilerle sözleşme yapılıp yapılmaması, sözleşmenin kiminle yapılacağı ve şartları, anonim şirketin yeni alanlarda yatırımlar yapması, şirkete ait üretim tesislerinin genişletilmesi, kar payı dağıtılması veya bundan kaçınılması, yöneticilerin istihdamı ve ücretlerinin tayin edilmesi, yeni bir şubenin açılması veya mevcut bir şubenin kapatılması, başka bir şirketin devralınması gibi hususlar takdir yetkisi kullanılarak karara bağlanır¹⁰⁸. Yönetim kurulu üyelerinin bu gibi kararlarda takdir yetkilerini kullanırlarken “*Business Judgment Rule*” ilkelerini göz önüne almaları ve kararlarını bu ilkelere göre vermeleri beklenir¹⁰⁹.

TTK’nın gerekçesinde yer alan “*Business Judgment Rule*” kavramı kaynağını, işletmelerle ilgili alınan kararlarda yöneticilerin göstermesi gereken özen yükümü hususunda ABD mahkemelerince¹¹⁰ geliştirilen “*Business Judgment Rule*”

¹⁰⁷ Bozkurt Yaşar, s. 15, 63. Kanun veya esas sözleşmenin açıkça belirli şekilde hareket edilmesini öngördüğü görev ve yetkiler bakımından ise söz konusu ilkenin uygulanması mümkün değildir. Örneğin, yönetim kurulunun şirketin kanunen zorunlu defterini tutma yükümlülüğü TTK’dan doğan bir yükümlülüktür ve bu yükümlülüğün ihlali halinde ilkenin korumasından yararlanılamaz. Bu yönde bkz. Bozkurt Yaşar, s. 63.

¹⁰⁸ Kırca, İsmail, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi - Özen Borcu”, Batider, 2004, C. XXII, S. 3, s. 86; Akdağ Güney, s. 187 vd.

¹⁰⁹ Ayan, s. 62; Akdağ Güney, s. 189 vd.; Kırca, s. 85-86. Özen borcunun ihlali nedeniyle açılan sorumluluk davalarında, hakimin alınan kararın ticari takdir kuralına göre alınıp alınmadığını inceleme yetkisi vardır. Bu anlamda davanın kimin tarafından açıldığının (pay sahibi, alacaklılar veya şirket) bir önemi yoktur. Ancak özen borcuna aykırılık dışında başka bir sebeple örneğin sadakat yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle açılan bir sorumluluk davasında hakimin ticari takdir kuralına göre inceleme yapması mümkün değildir. Bu yönde bkz. Smith, D. Gordon, “Chancellor Allen and the Fundamental Question”, Seattle University Law Review, 1998, C. 21, S. 3, s. 585. Ayrıca bkz. Johnson, Lyman, “Unsettledness in Delaware Corporate Law: Business Judgment Rule, Corporate Purpose”, Delaware Journal of Corporate Law, 2013, C. 38, s. 411 (Johnson, Unsettledness).

¹¹⁰ ABD’de büyük sermayeli anonim şirketlerin çoğunlukla Delaware hukukuna tabi olmaları, Delaware eyaletini ticari takdir yetkisi (kuralı) konusunda içtihat bakımından öncü eyalet konumuna getirmiştir. Hemen belirtmek isteriz ki, ticari takdir yetkisi (kuralı), ABD’de müşterek bir hukuk

ilkesinden almaktadır¹¹¹. Buna göre, her bir yönetim kurulu üyesinin davranışı incelenir ve yönetim kurulu üyesinin “*Business Judgment Rule*” ilkelerine uygun olarak verdiği bir karar mevcutsa, söz konusu özen ölçüsü gerçekleşmiş kabul edilir¹¹².

Yönetim kurulu üyelerinin ticari takdir yetkisini kullanmaları sebebiyle sorumluluklarının doğmadığının tespiti için genel olarak aşağıda yer alan şartların gerçekleşmiş olması gerekir¹¹³:

1. Yönetime ilişkin¹¹⁴ bir yönetim kurulu kararının olması ve söz konusu kararın, usulüne uygun ve özenli olarak alınmış olması gerekir.
2. Yönetim kurulu üyesinin şirket işlerini özenle takip etmesi ve zamanında karar alması gerekir.
3. Yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantılarına ve müzakerelere aktif olarak katılması (haklı bir mazeretinin olması hali hariç) ve alınan kararların toplantı nisabı gibi şekli kurallara uygun olması gerekir.
4. Alınan kararın şirketin esas sözleşmesinde belirtilen amaç ve konusuna uygun olması gerekir.
5. Alınan kararın kanunun emredici hükümlerine ve şirketin esas sözleşmesi ve iç yönergedeki düzenlemelere uygun olması gerekir.

normudur ve yazılı bir düzenlemesi bulunmaması sebebiyle, kavram mahkeme içtihatları ile gelişmiştir.

¹¹¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 1145 vd.; Akdağ Güney, s. 189; Morse, Geoffrey; Marshall, Enid A.; Morris, Richard; Crabb, Letitia, Charlesworth & Morse Company Law, 15. Baskı, Londra 1995, s. 156. ABD’de business judgment rule’un ortaya çıkışına yönetim kurulu üyelerinin özen borcundan doğan sorumluluklarının sınırlanması ihtiyacı neden olmuştur.

¹¹² Onder; Siegelheim, s. 4; ICI Mutual Insurance Company, s. 6; Hopt, Klaus J.; Leyens, Patrick C., “Board Models in Europe - Recent Developments of Internal Corporate Governance Structures in Germany, the United Kingdom, France, and Italy”, European Company and Financial Review, 2004, s. 142.

¹¹³ Bozkurt Yaşar, s. 59 vd.; Akdağ Güney, s. 190 vd.; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 1147 vd. Söz konusu şartlara ilişkin detaylı bilgi için bkz. Bozkurt Yaşar, s. 59 vd.

¹¹⁴ Yönetime ilişkin kararlarla ilgili detaylı bilgi için bkz. Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 1147.

6. Şirketin menfaati ile yönetim kurulu üyesinin temsil ettiği kişinin menfaatinin çatışması halinde, söz konusu üyenin mazeretini bildirerek toplantıya katılmamış ve böylece kararın oluşumunu aktif olarak etkilememiş olması ve işlemlerin emsallerine uygunluk ilkesine uygun olması gerekir.
7. Alınan kararlar tarafsız ve bağımsız olmalıdır.
8. Alınan karara ilişkin gerekmesi halinde uzman¹¹⁵ kişilerden yeterli derecede bilgi alması gerekir.
9. Karara katılan üyeler kararın alınmasında iyi niyetli olmalıdır¹¹⁶. Delaware Yüksek Mahkemesi, yönetim kurulu üyelerinin dürüst bir gayeyle hareket etmesi ve tasarruflarının şirket menfaatleri doğrultusunda olması halinde iyi niyet şartının yerine geldiğini kabul etmektedir.
10. Görevi kabul ederken, şirket organizasyonunda, görevin ifasında, şirket yatırımlarında, şirket memurlarının seçiminde karar alınırken özenli ve dikkatli davranılmış olmalıdır.

TTK'nın gerekçesindeki açık atıf ve TTK m. 369'un lafzı gereği, "Business Judgment Rule" ilkelerinin Türk hukukunda uygulanmaması için herhangi bir engel yoktur. Türk mahkemeleri de bu ilkeleri dikkate alarak yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarını inceleyebilecektir¹¹⁷. Böylece, yönetim kurulunun "Business Judgment Rule" ilkeleri ve takdir serbestisi çerçevesinde aldığı kararlar, şirketin malvarlığında kayıplara neden olsa bile, yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğüne uygun hareket ettikleri ve meydana gelen zarardan sorumlu olmayacakları kabul edilmelidir¹¹⁸. Bu bağlamda, "Business Judgment Rule"

¹¹⁵ Fischel, s. 1446; Elson, Charles M., "Fairness Opinions: Are They Fair or Should We Care?", Ohio State Law Journal, 1992, C. 53, S. 4, s. 958.

¹¹⁶ Özellikle ABD'nin en büyük halka açık anonim şirketlerinden Enron, Worldcom gibi şirketlerde yaşanan hileli muhasebe uygulamaları neticesinde, iyi niyet şartı giderek artan bir önem kazanmıştır. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Sides, Mark; Johnson, Lyman, "The Sarbanes Oxley Act and Fiduciary Duties", William Mitchel Law Review, 2004, C. 30, S. 4, s. 1200 vd.

¹¹⁷ Akdağ Güney, s. 193.

¹¹⁸ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi 1, s. 1158; Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 380; Akdağ Güney, s. 189; Bozkurt Yaşar, s. 5; Fargfaglia, Theodore S., "Business Judgment Rule: A Guide to

ilkelerine göre alınan kararlar hâkim tarafından içerik denetimine tabi tutulmamalı, yerindelik denetimi yapılmamalıdır¹¹⁹.

cc) Toplantıya Katılmayan Üye Bakımından Özen Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi

Yönetim kurulu üyelerinin yönetim kurulu toplantılarına aktif olarak katılması, hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Aktif olarak katılmak ile kastedilen, sadece toplantıda hazır bulunmak değil, toplantıda tartışılan konularda görüşlerini açıklamak, önerilerde bulunmak, muhalefetlerini tutanağa geçirmek, soru sormak ve gerekmesi halinde bilgi alma hakkını kullanmaktır¹²⁰.

Yönetim kurulu üyeliği günümüzde uzmanlık isteyen ve ciddi bir emek ve zaman harcanması gereken bir meslek halini almıştır¹²¹. Bunun bir sonucu olarak da yönetim kurulu üyesinin üstlendiği bu görevi gereken zamanı ayırarak layıkıyla yerine getirmesi beklenmektedir¹²². İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında, yönetim kurulu üyesinin görevi kabul etmede özenli davranması gerektiğini, gerekli özellikleri

Corporate Directors' Liability", St. Louis University Law Journal, 1962, C. 7, S. 2, s. 156; Dooley, Michael P., "Two Models of Corporate Governance", The Business Lawyer, 1992, C. 47, S. 2, s. 469. Delaware Yüksek Mahkemesi bir kararında, Walt Disney Co. Yönetim Kurulu'nun 5 yıl süreyle göreve getirdiği CEO'nun sözleşmesini birinci yılın sonunda feshetmeye kadar vermesini ve bu nedenle sözleşmede kararlaştırılan cezai şartın çok üstünde bir tazminat ödeyerek şirketi zarara uğratmasını, mahkemelerin yönetim kurulu üyelerinin ticari takdir yetkisini değerlendiremeyeceği, takdirlerinin makul olup olmadığını inceleyemeyeceği gerekçesiyle özen yükümlülüğüne aykırı bulmamıştır (Supreme Court of Delaware, Brehm. vs. Eisner (Del. 2000), C.A. No: 15452).

¹¹⁹ Bozkurt Yaşar, s. 5; Dooley, s. 480; Johnson, Lyman, "the Modest Business Judgment Rule", the Business Lawyer, 2000, C. 55, s. 649 (Johnson, Modest); Kırca, s. 89; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 440. Tekinalp'e göre, mahkemeler, "vasıflı çelik üretimi kararı veren yönetim kurulunun, gerekli pazar araştırmasını özenle yapmamış, olumsuz raporları dikkate almamış, ikazları değerlendirmemiş, doğru ve ileri teknolojinin alınması için özen göstermemiş, tedbirli hareket etmemiş olmasını sorumluluk sebebi sayabilir; çünkü bu özensizlikler yükümlülük ihlalidir, ancak mahkeme yatırım kararının yerindeliğini yargılayamaz". Bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 440.

¹²⁰ Akdağ Güney, s. 321; Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 370; Onder; Siegelheim, s. 26.

¹²¹ İngiliz hukukunda bu yönde düzenlemeler bulunmaktadır. 1986 tarihli İflas Kanunu'nda (Insolvency Act 1986 m. 214(4)), yöneticilerin benzer görevleri yerine getiren yöneticilerden beklenen bilgi, yetenek ve tecrübeye sahip olması gerektiği düzenlenmiştir. Bkz. Birds; Boyle, s. 528. Benzer bir düzenleme Companies Act 2006 m. 174/II'de de yer almaktadır.

¹²² UK Corporate Governance Code madde B.3.2; Zattoni; Cuomo, s. 66; Parkinson, s. 196.

taşıyor veya yeterince zaman ayıramayacaksa görevi kabul etmemesi, etmişse de üstlendiği görevin üstesinden gelemeyeceğini anladığı andan itibaren istifa etmesi gerektiği belirtmiştir¹²³.

Zaman yetersizliği, hastalık gibi sebepler sorumluluktan kurtulmak için geçerli sebepler değildir¹²⁴. Yönetim kurulu üyelerinin özen borcu gereği, önemli bir mazeretleri olması durumunda, mazeretlerini belgeleyerek önceden yönetim kuruluna bildirmeleri gerekmektedir. Bu halde, toplantıya katılmayan yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu söz konusu olmayacaktır¹²⁵. Ancak, geçerli bir mazereti olan ve toplantıya katılmayan üye de, üst gözetim yükümü sebebiyle zararın doğmaması için elinden gelen çabayı göstermelidir¹²⁶.

Yönetim kurulu üyesi geçerli bir mazereti olmaksızın toplantıya katılmazsa ve olumsuz oy kullanarak kararın alınmasını önleyebilecekken, toplantıya katılmaması sebebiyle alınan karardan zarar doğarsa, toplantıya katılmayan üye de, toplantıya katılan ve zarardan sorumlu olan yönetim kurulu üyeleri ile birlikte doğan zarardan sorumlu tutulabilir¹²⁷.

Aynı şekilde, toplantıya katılan bir üyenin alınan bir karara çekimser oy kullanması halinde de sorumluluğu söz konusudur¹²⁸. Yönetim kurulu üyelerinden beklenen, kanuna veya esas sözleşmeye aykırı olduğunu düşündükleri bir kararın alınmasını engellemek için gerekli çabayı göstermeleri ve yine de karar alınmış ise muhalefet şerhlerini tutanağa geçirmeleridir.

¹²³ BGE 122 III 200.

¹²⁴ Akdağ Güney, s. 197, 322.

¹²⁵ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 443.

¹²⁶ Aynı yönde bkz. Akdağ Güney, s. 324; Bozkurt Yaşar, s. 215. Karşı yönde bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 388-389.

¹²⁷ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 78. Geçerli bir mazeretinin olmamasına rağmen toplantıya katılmayan üyenin sorumlu olabilmesi için, sorumluluğun diğer şartlarının da varlığı gereklidir (nedensellik bağı, zarar gibi). Bu anlamda, geçerli bir mazereti olmaksızın toplantıya katılmayan üye toplantıya katılsaydı da, karar aynı yönde olacaksa bu halde bahse konu üyenin sorumluluğu da doğmayacaktır. Bu yönde bkz. Çamoğlu, Sorumluluk, s. 78.

¹²⁸ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 443.

dd) Toplantıya Katılan Üye Bakımından Özen Yükümlülüğünün Değerlendirilmesi

Yönetim kurulu üyelerinin katıldıkları toplantılarda alınan kararlar nedeniyle sorumluluklarının tespitinde de, gösterdikleri özen derecesi önem taşır. Yönetim kurulu üyeleri, kendilerine sunulan karar taslağı ve eklerini inceler ve kurulda bu konuda yapılan görüşmeleri esas alarak takdir yetkilerini kullanır. Kural olarak şirkette görevli kişilerce yönetim kuruluna sunulan bilgi ve belgelerin doğru, yapılan önerilerin samimi olduğunun üyelerce kabulü gerekir¹²⁹. Bu koşullar altında öneriye olumlu veya olumsuz yönde oy kullanmak tamamen yönetim kurulu üyelerinin takdir yetkisinde olup, hâkimlerin bu takdir yetkisinin yerindeliğini inceleme yetkisi yoktur. Sorumluluğu doğuracak husus üyelerin geleceğe dönük tahmin ve beklentileri doğrultusunda takdir yetkisini doğru kullanıp kullanmadıkları değil, kanun ve esas sözleşmenin kendilerine yüklediği bir görevi yerine getirmemeleri olacaktır¹³⁰.

Toplantıya katılıp karara karşı oy kullanan bir üyenin sorumluluktan kurtulmasında karşı oyun gerekçesi, özen borcunun incelenmesi kapsamında önem taşıyabilir¹³¹. Bu nedenle müzakere zaptının özenli ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi üyelerin sorumluluktan kurtulmasına yardımcı olacaktır¹³².

ee) Kusurun Tespitinde Sadakat Yükümlülüğünün Rolü

Sadakat yükümlülüğü anonim şirketler hukukunun en önemli prensiplerinden biridir. Bunun nedeni yönetim kurulu üyelerini göreve getiren pay sahipleri ile yönetim kurulu üyeleri arasında en baştan kurulan güven ilişkisidir. Bu güven ilişkisinin suistimal edilmemesi bir diğer ifadeyle şirketin ve esasen pay sahiplerinin menfaatlerinin yönetim kurulu üyelerinin şahsi (veya üçüncü şahısların)

¹²⁹ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 75; Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 381.

¹³⁰ Kırca, s. 95; Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 381.

¹³¹ Kırca; Şehirli; Feyzan; Manavgat, s. 362.

¹³² Kırca, s. 94.

menfaatlerinin üstünde tutulmaması amacıyla, sadakat yükümlülüğü TTK'da düzenlenmiştir. TTK'nın özen ve sadakat yükümlülüğü başlıklı 369'uncu maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyeleri, şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmekle yükümlüdür.

Söz konusu maddenin gerekçesine göre dürüstlük kuralı, yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini veya hâkim pay sahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne geçirmemesidir. Kısaca menfaat çatışması denilen bu halde yönetim kurulu üyelerine düşen görev, gerekli önlemleri alarak hâkim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan veya kendi çıkarlarını ön planda tutmadan şirketin menfaatleri için hareket etmesidir¹³³.

Sadakat yükümlülüğü, şirketin yönetiminde ve ticari ilişkilerde şirketin menfaatleri doğrultusunda davranmayı gerektirir. Yönetim kurulu üyeleri tüm bilgi ve tecrübelerini şirketin menfaati için kullanmalı ve şirketin gelir elde etmesi ve amaçlarına ulaşması için etkin şekilde çalışmalıdır¹³⁴. Örneğin, yönetim kurulunun yatırım kararlarının gelir getirici ve ihtiyaca uygun olması, riskin şirketin tüm varlığını tehdit edici boyutta olmaması, iyi bir kurumsal yönetimin sağlanması, yönetim kurulunun aldığı kararların kanun ve şirket esas sözleşmesine uygun olması gerekir¹³⁵.

Yönetim kurulu üyesinin; kendi çıkarlarını şirketin çıkarlarının önünde tutması, şirketle rekabete girişmesi, şirkete, ilişkili olduğu firmalar üzerinden, emsallerinden veya rayiç bedelden yüksek fiyatla mal ve hizmet vermesi, şirketten faizsiz kredi veya masrafsız garanti alması ve bunların sonucunda şirketin zarara uğraması halinde, söz

¹³³ Akdağ Güney, s. 203.

¹³⁴ Ayan, s. 47.

¹³⁵ Ayan, s. 56.

konusu zararın tazmininden zarara yol açan üye bizzat sorumlu olacaktır¹³⁶. Diğer üyelerin de somut olayın özelliklerine göre kusurlarının varlığı halinde, söz konusu üye ile birlikte sorumlu tutulmaları mümkün olabilecektir.

Yönetim kurulu üyeleri için şirketin menfaati kendileri ve üçüncü kişilerin menfaatinin üstünde olmalıdır. Aksi halde yönetim kurulu üyesinin sadakat yükümlülüğünü ihlali söz konusudur.

Müzakereye katılma yasağı (TTK m. 393), şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı (TTK m. 395), rekabet yasağı (TTK m. 396), içerden öğrenenlerin ticareti yasağına uygun davranma yükümlülüğü (SerPK m. 106) ve şirketin sırlarını saklama yükümlülüğü, sadakat borcunun özel görünümüdür¹³⁷.

ff) Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kusurun Belirlenmesindeki Rolü

Yönetim kurulu üyelerinin kişisel nitelikteki haklarından olan bilgi alma ve inceleme hakkı, üyelerin görevlerini gereği gibi yapabilmeleri ve sorumluluklarının doğmaması için sahip oldukları en önemli haktır.

Bilgi alma ve inceleme hakkı, yönetim kurulu üyeleri için hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Yönetim kurulu üyeleri bu haklarını özenli bir şekilde yerine getirmedikleri takdirde, meydana gelen zarardan sorumlu olurlar. Örneğin, yeni bir yatırım yapılmasına ilişkin bir kararın alınması aşamasında, yönetim kurulu üyesi alınması gereken bilgileri tedbirli bir yönetici olsaydı alacak, ancak somut olayda almamış ise, özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumluluğu söz konusu olabilecektir.

¹³⁶ Odman Boztosun, s. 130.

¹³⁷ Ayan, s. 121-182; Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 382. Sadakat yükümlülüğünün özel görünümüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ayan, s. 121-182.

TTK m. 392 uyarınca, her yönetim kurulu üyesi, şirketin tüm iş ve işlemleri hakkında bilgi isteyebilir, soru sorabilir, inceleme yapabilir. Bir üyenin istediği, herhangi bir defter, defter kaydı, sözleşme, yazışma veya belgenin yönetim kuruluna getirtilmesi, kurulca veya üyeler tarafından incelenmesi ve tartışılması ya da herhangi bir konu ile ilgili yöneticiden veya çalışandan bilgi alınması reddedilemez.

Her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu toplantıları dışında, yönetim kurulu başkanının izniyle, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişilerden, işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi alabilir ve görevinin yerine getirilebilmesi için gerekliyse, yönetim kurulu başkanından, şirket defterlerinin ve dosyalarının incelemesine sunulmasını isteyebilir.

Yönetim kurulu toplantılarında, yönetim kurulunun bütün üyeleri gibi, şirket yönetimiyle görevlendirilen kişiler ve komiteler de bilgi vermekle yükümlüdür¹³⁸. Bir üyenin bu konudaki istemi reddedilemez; soruları cevapsız bırakılamaz (TTK m. 392).

Yönetim kurulu üyesinin yukarıda belirtilen hakları kısıtlanamaz veya kaldırılamaz. Esas sözleşme ve yönetim kurulu, üyelerin bilgi alma ve inceleme haklarını genişletebilir (TTK m. 392).

b) Kusurun İspatı

Kusurun varlığını ispat etme yükünün kime ait olduğu oldukça önemlidir. Zira, davaya konu olayların ispat edilememiş olması halinde, hâkim ispat yükü kendisine ait olan taraf aleyhine karar verir¹³⁹.

¹³⁸ Fraidin, Samuel N., "Duty of Care Jurisprudence: Comparing Judicial Intuition and Social Psychology Research", U.C Davis Law Review, 2004, C. 38, S. 1, s. 39-42.

¹³⁹ Bozkurt Yaşar, s. 241.

Kusurun ispatının hangi tarafa yüklenmiş olduğu hususunda TTK’da bir düzenleme yer almamaktadır. TTK m. 553’ün Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde (“TBMM”) kabul edilen ilk halinde kusur karinesi mevcut olmasına rağmen, 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile kusur karinesi söz konusu madde metninden çıkarılmıştır. Her ne kadar TTK 553’üncü maddesinde yapılan değişiklik ile ilgili olarak, TBMM genel kurulunda kusuru iddia edenin ispatlayacağı belirtilmiş olsa da¹⁴⁰, ispat yükünün hangi tarafta olduğu, sorumluluk davasının hukuki dayanağına göre değişecektir.

Sorumluluk davasının şirket tarafından açılmış olması halinde, sorumluluk davası sözleşmeye aykırılığa dayanmaktadır¹⁴¹. TBK m. 112 gereği, bu halde kusurlarının bulunmadığını ispat yükü yönetim kurulu üyelerinde olacaktır¹⁴².

Pay sahipleri veya alacaklıların uğradıkları doğrudan zarar nedeniyle açtıkları sorumluluk davası, haksız fiil esasına dayanır¹⁴³. Bu nedenle, kusurun bulunduğunu ispat yükü davacıdadır¹⁴⁴. Zarar gören kişinin, yönetim kurulu üyesine kusur yüklenmesinin mümkün olduğunu ispatlaması halinde, yönetim kurulu üyesi söz konusu işlem veya eyleme ilişkin özen yükümünü yerine getirdiğini ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir¹⁴⁵.

¹⁴⁰ Değişikliğin görüşüldüğü TBMM genel kurul toplantısında değişiklik şu şekilde açıklanmıştır: “Kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, tasfiye memurlarının sebep oldukları zararlarda kusuru ispat yükü yeniden düzenlenerek kusuru iddia edenin ispat edeceği yönünde düzenleme yapılmıştır.”. 24. Dönem, 2. Yasama Yılı, 124. Bileşim, 26.06.2016 tarihli TBMM Genel Kurul Tutanağı. Doktrinde bu yönde görüşler için bkz. Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 389; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 386; Pulaşlı, Hasan, 6335 ve 6353 Sayılı Kanunlarla Türk Ticaret Kanununda Yapılan Değişikliklerin Şirketler Hukukunda Değerlendirilmesi, Ankara 2012, s. 10 (Pulaşlı, Değişiklikler).

¹⁴¹ Bozkurt Yaşar, s. 244. Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm 1.A.

¹⁴² Kendigelen, Abuzer, Yeni Türk Ticaret Kanunu: Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 460; Akdağ Güney, Yönetim Kurulu, s. 200 vd. Ancak TTK m. 553 f. 2 bakımından ispat yükü, fıkranın açık ifadesi gereği davacıdadır.

¹⁴³ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm 1.B.

¹⁴⁴ Bozkurt Yaşar, s. 244-245.

¹⁴⁵ Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 389.

Pay sahipleri veya alacaklıların uğradıkları dolaylı zarar nedeniyle açtıkları sorumluluk davası ise, sözleşmeye aykırılığa dayanmaktadır¹⁴⁶. Bu nedenle, kusurun bulunmadığını ispat yükü yönetim kurulu üyelerinin üzerindedir¹⁴⁷.

3. Zarar

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için en önemli şartlardan biri de zarardır. Zarar meydana gelmemişse, sorumluluktan bahsedilemez¹⁴⁸. Bunun nedeni sorumluluk hukukunun asli amacının meydana gelen zararın tazminini sağlamak olmasıdır. Bir fiil veya kararın hukuka veya esas sözleşmeye aykırı olması, bu aykırılık bir zarara yol açmamışsa, sorumluluk hukuku açısından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurmayacaktır.

Zarar, en genel anlamda, ortaklığın malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalma veya kötüleşme olarak ifade edilebilir¹⁴⁹. Zarar bazı hallerde, ortaklığın aktiflerinin azalması, bazı hallerde pasiflerinin artması, bazı hallerde ise, hayatın olağan akışına göre elde edilecek ancak, zarar verici fiilin gerçekleşmesi sonucu kısmen ya da tamamen elde edilemeyen kardır¹⁵⁰. Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun doğması için zararın varlığı şarttır. Zarar kesin, belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Muhtemel zararın tazmini mümkün değildir. Şirket, pay sahipleri¹⁵¹ ve alacaklıların, uğradıkları zararı, bu kapsamda talep etme hakkı bulunmaktadır.

Meydana gelen zarar doğrudan şirketin malvarlığında meydana gelebileceği gibi, bazı hallerde doğrudan ortaklar veya alacaklıların malvarlığında da meydana

¹⁴⁶ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. İkinci Bölüm 1.B.

¹⁴⁷ Bozkurt Yaşar, s. 244-245.

¹⁴⁸ Akdağ Güney, s. 293.

¹⁴⁹ Yargıtay 11. HD., 09.02.2015, E. 2015/380, K. 2015/1524 (kazancı çevrim içi).

¹⁵⁰ İnan, Ali Naim; Yücel, Özge, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, Ankara 2014, s. 400; Eren, s. 548; Akdağ Güney, s. 294.

¹⁵¹ Pay sahiplerinin dava açabilmesi için dava tarihinde pay sahibi olmaları gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 11. HD., 23.02.1989, E. 1988/4114, K. 1989/1057 (kazancı çevrim içi).

gelebilmektedir. İlk halde, şirketin uğradığı zarar, pay sahipleri ve alacaklılar açısından dolayı zarardır. İkinci halde ise, uğranan zarar pay sahibi ve alacaklılar açısından doğrudan zarardır.

a) Doğrudan Zarar

Doğrudan zarar ile kastedilen, şirket zarara uğramaksızın meydana gelen zararın ortakların veya alacaklıların malvarlığında meydana gelmesidir¹⁵². Yönetim kurulu üyelerinin fiili veya aldıkları bir karar sebebiyle ortaklık zarar görmemiş, ancak ortaklar veya alacaklılar zarara uğramıştır. Yönetim kurulunun haklı bir neden olmaksızın pay sahibini ıskat etmesi bir diğer ifadeyle ortaklıktaki pay sahipliğine kısmen ya da tamamen son vermesi, sermaye payına uygun kar payı ödemesi yapılmaması veya sermaye artırımını halinde ortakların rüçhan hakkını kullanmalarının engellenmesi¹⁵³ pay sahipleri açısından, gerçeğe aykırı faaliyet raporları ve finansal tablolar ile kredi çekilmesi ve daha sonra bu kredinin ödenememesi¹⁵⁴, alacaklılar açısından doğrudan zarara örnek olarak verilebilir.

Doğrudan zarar nedeniyle açılacak sorumluluk davasında zarara uğrayan alacaklı veya ortak, zararın kendilerine ödenmesini talep eder¹⁵⁵. Bu anlamda dolayılı zarardan farklı olarak, yönetim kurulu üyelerinin fiil ve kararları sebebiyle zarar gören alacaklıların, uğradıkları doğrudan zararlar sebebiyle yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılabilmesi için ortaklığın iflas etmiş olması gerekmemektedir.

Doğrudan zararın tazmini davasında, zarara uğrayan ortağın genel kurulda yönetim kurulu üyesinin ibrası yönünde oy kullanması davanın açılmasına engel değilken,

¹⁵² Çamoğlu, Sorumluluk, s. 124.

¹⁵³ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 445.

¹⁵⁴ Akdağ Güney, s. 296.

¹⁵⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi II, s. 2047; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 141. Yargıtay 11. HD., 17.05.1994, E. 1993/4314, K. 1994/4368 (kazancı çevrim içi); Yargıtay 11. HD., 11.03.2002, E. 2001/9498, K. 2002/2079 (kazancı çevrim içi); Yargıtay 15. HD., 21.12.2011, E. 2011/1593, K. 2011/7756 (kazancı çevrim içi).

dolaylı zararın tazmini davasında ibra, ibranın kapsamındaki maddi olaylar için şirketin ve ortağın dava hakkını ortadan kaldırır. Çünkü ilk halde ibraya konu olan olaylar ortaklığın zararıyla ilgilidir. Pay sahibinin doğrudan maruz kaldığı zararı kapsamaz¹⁵⁶. Alacaklı açısından da, doğrudan uğradığı zararın tazmininin talep edildiği sorumluluk davasında şirketin zarara uğraması şart değildir¹⁵⁷.

b) Dolaylı Zarar

Dolaylı zarar ile kastedilen ise, yönetim kurulu üyelerinin fiil veya kararları sebebiyle ortaklığın malvarlığında meydana gelen zararın, esasen ortakların ve alacaklıların malvarlığında da dolaylı olarak zarara yol açmasıdır¹⁵⁸. Örneğin, yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı bir fiili veya işlemi sebebiyle üçüncü bir kişiye tazminat ödenmesi veya açılması gereken bir davanın zamanında açılmaması nedeniyle şirkete ait bir alacağın tahsil edilememesi ortaklığın zarara uğramasına neden olur¹⁵⁹. Ortaklığın zarara uğraması da, dolaylı olarak pay sahiplerinin paylarının değerinin düşmesine, elde edecekleri kar payının azalmasına ve alacaklıların ortaklık malvarlığına dayanan güvencelerinin azalmasına yol açabilir¹⁶⁰.

Bu hallerin tamamında, aslında zarara uğrayan ortaklık olmasına rağmen, alacaklılar ve ortaklar dolaylı olarak da olsa ortaklıkla birlikte zarara uğrarlar. TTK bu hallerde, ortaklığın maruz kaldığı zararın tazminini isteme hakkını pay sahiplerine ve alacaklılara da tanımıştır. Ancak şirket alacaklılarının şirketin maruz kaldığı bir zarar sebebiyle yönetim kurulu üyelerine sorumluluk davası açma hakkı sadece şirketin

¹⁵⁶ Altay, Sorumluluk, s. 240-242.

¹⁵⁷ Altay, Sorumluluk, s. 242.

¹⁵⁸ Akdağ Güney, s. 297; Altay, Sorumluluk, s. 245; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi II, s. 2048; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 124.

¹⁵⁹ Ayoğlu, s. 70.

¹⁶⁰ Altay, Sorumluluk, s. 239, dpn. 160.

iflası¹⁶¹ halinde mümkündür. Bunun sebebi, alacaklıların, şirket iflas etmediği sürece, alacağını şirketin malvarlığından tahsil edebilmesidir.

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin dava açılabilmesi için ortaklığın maruz kaldığı zararın ortaklar ve alacaklılar üzerinde somut etkisinin olması gerekmemektedir¹⁶². Dolaylı zarar sebebiyle açılan sorumluluk davalarında hâkim, ortağın veya alacaklının, ortaklığın uğradığı zarardan gerçekten etkilenip etkilenmediğini araştırır¹⁶³.

Dolaylı zarar sebebiyle pay sahipleri tarafından açılan sorumluluk davalarında, zararın ortaklığa ödenmesi talep edilir ve tazminata hükmedilmesi halinde, bu tazminat ortaklığa ödenir. Yargıtay da bir kararında¹⁶⁴, şirketlerde kar dağıtımının belirli koşulların oluşması ve belirli kararların alınmasına bağlı olduğuna, henüz kar dağıtım kararı verilmediği için kar mahrumiyetinin ortakların doğrudan doğruya uğradıkları bir zarar olmadığına, bu nedenle, davacıların, tazminatın şirkete ödenmesini isteyebilecekleri gerekçesiyle davanın reddedilmesine karar vermiştir.

4. İlliyet Bağı

Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bakımından son şart, hukuka veya esas sözleşmeye aykırı fiil ile zarar arasında neden sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Bir diğer ifadeyle, hukuka aykırı fiil olmadan zararın meydana gelmeyeceği kesin olmalıdır¹⁶⁵. Yönetim kurulu üyelerinin kanuna ve esas sözleşmeye aykırı fiillerinden sorumlu tutulabilmeleri için söz konusu fiil ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Söz konusu fiilin hayat tecrübelerine ve olayların

¹⁶¹ Alacaklıların dolaylı zarar nedeniyle tazminat talep edebilme hakkı mehzaz İBK'nın 754'üncü maddesinde düzenlenmektedir. Şirketin iflası nedeniyle, uğradıkları dolayısıyla zararın tazmini için alacaklıların, şirket yönetim kurulu üyelerine karşı açtıkları tazminat davasına ilişkin bkz. BGE 131 III 306.

¹⁶² Akdağ Güney, s. 299 vd.

¹⁶³ Altay, Sorumluluk, s. 246.

¹⁶⁴ Yargıtay 11. HD., 17.04.2000, E. 2000/2582, K. 2000/3057 (kazancı çevrim içi).

¹⁶⁵ Akdağ Güney, s. 306.

normal akışına göre böyle bir zarara sebep olabilmesi mümkün ise uygun illiyet bağının varlığından söz edilebilir.

Yargıtay bir kararında uygun illiyet bağınu şu şekilde açıklamaktadır:

“Bir olay hayattaki genel denemelere ve olayların tabii akışına göre diğere bir olayı meydana getirmeye elverişli bulunur, diğere bir deyimle, olayın ortaya çıkması görünüşte söz konusu diğere bir olayın meydana gelmiş olmasıyla kolaylaşmış bulunursa, ilk olay uygun sebep ve sonuç ölçüsüne göre, ikincinin nedeni sayılır¹⁶⁶.”

Somut olayın özelliklerine göre, yönetim kurulu üyesinin hukuka veya esas sözleşmeye aykırı fiili ile zarar arasında bu kapsamda bir illiyet bağının varlığı halinde, şahsi sorumluluğu gündeme gelecektir.

D- Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devri

1. Genel Olarak

Kural olarak anonim şirketler, yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil edilir (TTK m. 365). Yönetim kurulunun yerine getirmesi gereken görev ve yetkiler, kanundan veya şirket esas sözleşmesinden doğar. TTK'nın 374'üncü maddesi uyarınca, yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlem hakkında karar almaya ve işlem yapmaya yetkilidir¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Yargıtay 4. HD., 14.07.2004, E. 2004/2472, K. 2004/9452 (kazancı çevrim içi). Söz konusu karardan alıntılanan tanım, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 09.04.1964 tarihli ve 538 karar numaralı kararına dayanmaktadır.

¹⁶⁷ Kırca, s. 85-96. Yönetim kurulu sahip olduğu yetkilerin bir sonucu olarak geniş bir takdir yetkisini de haizdir. Ancak şüphesiz bu takdir yetkisi her durumda şirketin ve menfaat sahiplerinin menfaatleri göz önünde tutularak kullanılmalıdır.

Yönetim kurulunun TTK’da düzenlenen görev ve yetkilerine örnek olarak; ortaklığın yönetimi ve temsili, mali durumun bozulması halinde gerekli tedbirlerin alınması (TTK m. 376), ortaklık defterlerinin tutulması ve faaliyet raporunun düzenlenmesi (TTK m. 375 f. 1 b. f), kanunda öngörülen finansal tabloların düzenlenmesi (TTK m. 68) ve internet sitesi açılması ve ilgili düzenlemelerde öngörülen bilgilerin bu sitede yayımlanması (TTK m. 1524) verilebilir.

SerPK’ya tabi şirketler bakımından, yönetim kurulunun SerPK tahtında da bazı görev ve yetkileri bulunmaktadır. Bunlara örnek olarak; kayıtlı sermaye tavanına kadar sermaye artırımı yetkisi (SerPK m. 18 f. 2), borçlanma aracı niteliğindeki sermaye piyasası aracı ihraç yetkisi (SerPK m. 31) ve kamuyu aydınlatma yükümlülüğü (SerPK m. 32) verilebilir.

Yönetim kurulu, görev ve yetkilerinin bir bölümünü karar alarak yerine getirirken, bir bölümünü ise karar almaksızın yerine getirir¹⁶⁸. Yönetim kurulunun karar almaksızın yerine getirmekle yükümlü olduğu görevlerine örnek olarak işçilerin ücretlerinin ödenmesi, kira, vergi ve primlerin yatırılması, yasal defterlerin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve finansal tabloların hazırlanması ve genel kurul kararlarının tescil ve ilan ettirilmesi verilebilir.

Kural bu olmakla birlikte, günümüzde özellikle halka açık ortaklıkların, geniş ve karmaşık yapılanması ve farklı uzmanlıklar gerektiren pek çok alanda faaliyet göstermeleri nedeniyle, sadece yönetim kurulları tarafından yönetilmesi ve temsil edilmesi oldukça güçtür¹⁶⁹. Bu nedenle özellikle büyük sermayeli şirketlerin yönetim

¹⁶⁸ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 77; Manning, Bayless, “the Business Judgment Rule and the Director’s Duty of Attention: Time for Reality”, the Business Lawyer, 1984, C. 39, S. 4, s. 1484.

¹⁶⁹ Lane, Marc J., Representing Corporate Officers and Directors, Chicago 2005, §2.01-5.

kurulları, şirketlerin kurumsal yönetiminin de bir gereği olarak, şirketin günlük işleri ilgili yönetim ve temsil yetkilerini devrederler¹⁷⁰.

Yönetim kurulu, sadece TTK m. 375'te sayılan devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki yetkilerin ve TTK'da açıkça devredilemez bir görev olarak sınıflandırılmamakla birlikte bu niteliği taşıyan yetkilerin¹⁷¹ dışında kalan yetkileri devredebilir. TTK'nın 375'inci maddesi emredici bir düzenleme olduğu için, yönetim kurulu aşağıda sayılı yetkileri de devrederek asli sorumluluktan kurtulamayacaktır¹⁷². Devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki görev ve yetkiler, yönetim kurulunca kurul olarak yerine getirilir ve söz konusu görevlerin yerine getirilmemesi halinde yönetim kurulu üyelerinin her biri kusuruyla meydana gelen zarardan aslen sorumlu olur¹⁷³.

TTK m. 375'te düzenlenen yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri şunlardır:

a) Şirketin Üst Düzeyde Yönetimi ve Bunlarla İlgili Talimatların Verilmesi

Şirketin üst düzeyde yönetimi, şirketin yönetimine ilişkin tüm yetkilerin kaynağını oluşturduğundan, yönetim kurulu üyelerinin devredilemez görev ve yetkileri arasında yer alan en önemli görev ve yetkidir¹⁷⁴. Yönetim kurulunun üst düzey yönetim ve bunlarla ilgili talimatlar verme yükümlülüğü TTK m. 375'te düzenlenmektedir.

Üst düzey yönetim, şirketin yönetim stratejisinin, faaliyet planlarının, kriz ortamlarında ortaklığın en az zarar görmesini sağlayacak politikaların, ortaklığın

¹⁷⁰ Gerçekten de büyük sermayeli şirketlerin özellikle pek çok farklı alanda faaliyet göstermeleri ve karmaşık organizasyon yapıları, yönetim kurulları açısından ilgili faaliyetler konusunda bilgili ve uzman kişilere yetki devrini adeta bir zorunluluk haline getirmiştir. Yetki devri bir yandan şirketlerin daha hızlı karar almalarını ve bu kararları uygulamalarını sağlar, bir yandan da yetki-sorumluluk dengesini kurarak icrada görevli kişilerin de gözetim yükümünü doğurur.

¹⁷¹ Altay, Sorumluluk, s. 101.

¹⁷² Ayan, s. 22; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 198.

¹⁷³ Paslı, s. 299 vd.

¹⁷⁴ Doğan, s. 175.

yıllık bütçesinin, işletme planları ve performans hedeflerinin belirlenmesi¹⁷⁵, bu hedeflere erişmek için gereken kaynakların ve araçların seçilmesi ve bu çerçevede murahhas müdür ve murahhas üyelerin yönlendirilmesi ve yönetilmesidir¹⁷⁶.

TTK m. 375'in gerekçesi uyarınca, anonim şirket yönetim kurulundan üst düzeyde yönetim kapsamında beklenen, genel işletme politikası başta olmak üzere, yatırım, finansman, kay payı gibi politikaların hedeflerinin karara bağlanması, bunlara ulaşılması için seçilen araçların gösterilmesi, hedeflere ulaşıp ulaşılmadığının veya ulaşıp ulaşılmayacağına belirlenmesi, bütçe uygulamasının kontrolü ve stratejilerin tespitidir.

Bu kapsamda üst düzey yönetim görev ve yetkisinin kapsamına üç ana yetki girmektedir. Bunlar; şirketin stratejik amacının ve şirket politikasının belirlenmesi ve geliştirilmesi, stratejik amaca ulaşmak için gerekli araçların ve kaynakların belirlenmesi ve temini ve yöneticilerin amaca uygun olarak çalışıp çalışmadıklarının kontrolüdür¹⁷⁷.

Yönetim kurulu üst düzey yönetim görev kapsamında, şirketin orta ve uzun vadede faaliyet göstereceği alanları yani stratejisini belirlemekle, şirketin piyasada yer alacağı pozisyonu ve zayıf olduğu noktaları tespit etmekle, amaçlarına ulaşmak için gerekli araçları ve kaynakları belirlemekle ve şirket çalışanlarını bu amaçlara ulaşmak için teşvik etmekle yükümlüdür¹⁷⁸.

Yönetim kurulunun üst düzey yönetim görevi, KYT'de de düzenlenmiştir. KYT'nin 4.1.1 numaralı ilkesi uyarınca, yönetim kurulu, alacağı stratejik kararlarla, şirketin risk, büyüme ve getiri dengesini en uygun düzeyde tutarak akılcı ve tedbirli risk

¹⁷⁵ Paslı, s. 303-304.

¹⁷⁶ Altay, Sorumluluk, s. 111; Doğan, s. 176; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 1043; Odman Boztosun, s. 88. Detaylı bilgi için bkz. the Financial Reporting Council Guidance on Board Effectiveness.

¹⁷⁷ Doğan, s. 176; Manning, s. 1484.

¹⁷⁸ Doğan, s. 177.

yönetimi anlayışıyla şirketin öncelikle uzun vadeli çıkarlarını gözeterek şirketi idare eder. Yönetim kurulu ayrıca; şirketin stratejik hedeflerini tanımlar, şirketin ihtiyaç duyacağı işgücü ile finansal kaynaklarını belirler, yönetimin performansını denetler (KYİ 4.1.2).

Yukarıda yer alan açıklamalar dikkate alındığında örneğin; stratejik planda önceden belirlendiği şekilde yılın belirli dönemlerinde eleman alımı üst düzey yönetim değilken, şirketin gidişatı göz önüne alınarak şirket çalışanlarının bir kısmının topluca işten çıkarılmasına karar verilmesi üst düzey yönetim olacaktır¹⁷⁹. Aynı şekilde, önemli yatırım kararlarının alınması da üst düzey yönetim kapsamındadır.

Yönetim kurulu üst düzey yönetimin bir gereği olarak belirlenen politikalara, stratejilere ve planlara ulaşılması için yönetim yetkilerinin devredildiği kimselere talimatlar vermekle de yükümlüdür¹⁸⁰. Ancak şüphesiz, bu talimat verme yükümlülüğü, murahhasların kendilerine devredilen yetkiler bakımından münferit işlemlerini veya kararlarını kapsamamakta; yönetim kurulu üst yönetim ve üst gözetim yükümlülüğü çerçevesinde, murahhaslara şirketin genel politikası, iş alanları, şirketin organizasyon yapısı ve yönetim sürecine ilişkin talimat vermektedir¹⁸¹. Bu çerçevede kendi inisiyatifi ile karar almaya yetkili olanlar ise murahhaslardır¹⁸². Talimat verilmesinin özel bir şekli bulunmamaktadır. Talimatlar sözlü veya yazılı olabileceği gibi bir iç yönetmelik, sirküler veya genelge ile de şekillenebilir.

¹⁷⁹ Odman Boztosun, s. 89.

¹⁸⁰ Detaylı bilgi için bkz. Akdağ Güney, s. 148; Doğan, s. 178. Doğan, murahhaslara talimat verilemeyeceğini, aksi halde murahhasların müdürlerle aynı işlevi üstleneceğini, talimat kelimesinin yanlış çevrildiğini, aslında bu kelimenin bilgilendirme olması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, yönetim kurulunun bilgi verme görevi kapsamında murahhaslarına, görevlerinin neler olduğunu, yetki alanlarının kapsamını ve genel olarak şirket ve şirket politikası hakkında bilgi vermek zorunda olduğunu belirtmektedir. Bkz. Doğan s. 281.

¹⁸¹ Aynı yönde bkz. Ünal, Mustafa, “Anonim Ortaklıklarda Yönetim ve Yönetim Görevlerinin Murahhaslara Bırakılması”, Batider, 1982, C. XI, S. 3, s. 88-89; Arslan, İbrahim, Anonim Şirketlerde Yönetim Yetkisinin Sınırlandırılması, Konya 1994, s. 52-53.

¹⁸² Aynı yönde bkz. Bozkurt Yaşar, s. 47.

b) Şirket Yönetim Teşkilatının Belirlenmesi

Anonim şirketlerde yönetim yetkisi yönetim kuruluna ait olmakla birlikte bazı hallerde bu yetki devredilebileceği gibi, bazı hallerde de yönetim kurulu bu görev ve yetkisini devretmeksizin kuracağı komite ve komisyonlardan destek alarak şirketi yönetebilir. Bir diğer ifadeyle, yönetim kurulunun komite veya komisyonlar kurması yetki devri veya yetki bölümü anlamına gelmemekte ve sorumluluk yönetim kurulu üyelerinde kalmaktadır.

Yönetim şeması, yönetimde yer alan herkesin, astlık-üstlük ilişkilerini, görev tanımlarını, bölümleri ve aralarındaki ilişkileri gösteren şemadır. Yönetim kurulu, yönetimin bir bütün halinde işleyişini görmeli, politikaların ve stratejilerin gerçekleştirilmesinde görevlilerin rolünü değerlendirmeli; insan kaynaklarının kullanılmasını izlemelidir.

c) Muhasebe, Finans Denetimi ve Şirketin Yönetiminin Gerektirdiği Ölçüde, Finansal Planlama için Gerekli Düzenin Kurulması

Yönetim kurulu, kanuna ve genel kabul gören muhasebe ilkelerine göre muhasebe örgütünün, konsolide hesap sisteminin, defter ve kayıtların tutulma kurallarının tespitini, hesap planlarının yapılmasını, yani muhasebe bölümünün örgütlenmesini sağlamalıdır.

Belirtmek isteriz ki, burada devredilmez olan görev ve yetki yukarıda açıklanan muhasebe düzeninin kurulması görevidir. Muhasebenin tutulması devredilebilir bir görevdir ve yönetimin devri hallerinde bu husus açıkça ifade edilir.

Aynı şekilde, finansal denetim düzeninin kurulması, şirketin iş ve işlemlerinin denetlenmesine ilişkin bir “iç-denetim” sisteminin ve bunu yapacak örgütün

gösterilmesidir¹⁸³. Kurumsal yönetim ilkeleri gereği, şirket hangi büyüklükte olursa olsun, şirkette, muhasebeden tamamen bağımsız, uzmanlardan oluşan, etkin bir iç denetim örgütüne gereksinim vardır.

Finansal denetim, iş ve işlemlerin iç denetiminin yanı sıra, şirketin finansal kaynaklarının, bunların kullanılma şeklinin, durumunun, likiditesinin denetimini ve izlenmesini de içerir. Finansal denetim kurumsal yönetim kurallarının uygulanması açısından da bir gerekliliktir.

Finansal planlama, bütçeleme ile yeterli likiditenin sağlanmasının güvence altına alınmasını ifade eder. Kurumsal yönetim ilkelerinin ve çağdaş yönetim usullerinin gereği olan bu örgüt tüm anonim şirketler için gerekli değildir. Ancak, şirketin yönetimi gerektiriyorsa finansal planlama zorunludur.

d) Müdürlerin ve Aynı İşleve Sahip Kişiler ile İmza Yetkisini Haiz Bulunanların Atanmaları ve Görevden Alınmaları

Müdürler ile aynı işleve sahip kişilerin atanmaları ve imza yetkisini haiz kişilerin seçimi yönetim kurulunun devredilmez görev ve yetkilerindedir. İmza yetkililerini belirlemek murahaslar dâhil kimseye devredilemez. Bir kişinin şirket adına yapılacak işlemlerde imza atmaya yetkilendirilmesi için yönetim kurulunun bu yönde bir karar almış olması gerekmektedir¹⁸⁴. Bu durum her ne kadar karmaşık bir organizasyon yapısına sahip büyük şirketlerde pratik olmasa da, yetki ve sorumluluk dengesinin kurulabilmesi için bir gerekliliktir¹⁸⁵. Gerçekten de, şirketi her konuda en

¹⁸³ İç denetim hakkında detaylı açıklamalar için bkz. Tekinalp, Ünal, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı”, Uğur Alacakaptan’a Armağan, C. II, 2008, No. 12 vd. (Tekinalp, Kurumsal Yönetim Felsefesi).

¹⁸⁴ Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. Yanlı, Veliye, “Anonim Şirketlerde İmza Yetkilileri Sadece Yönetim Kurulu Tarafından mı Atanabilir?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2013, C. IXXI, S. 2, s. 446 (Yanlı, İmza Yetkilileri).

¹⁸⁵ Uygulamada, farklı illerde hatta bazı durumlarda farklı ülkelerde bulunan yönetim kurulu üyelerinin söz konusu kararları imzalamaları bazı durumlarda oldukça uzun sürebilmekte, bu da oldukça hızlı aksiyon alınması gereken durumlarda şirketin işleyişini ve söz konusu işlemlerinin tamamlanması

geniş şekilde temsil etmeye yetkili olan yönetim kurulu, kendisiyle birlikte bu yetkiyi haiz kişileri de bizzat atamalıdır.

Aynı şekilde, söz konusu kişilerin görevden alınmaları da, yönetim kurulunun münhasır yetkileri arasındadır¹⁸⁶. Bu kapsamda örneğin, bir bankanın şube müdürlerinin veya şubeyi temsilen herhangi bir işlemi yapacak kişilerin atanmasında ve görevden alınmasında bu yönde alınacak bir yönetim kurulu kararı gerekmektedir¹⁸⁷.

e) Yönetimle Görevli Kişilerin, Özellikle Kanunlara, Esas Sözleşmeye, İç Yönergelere ve Yönetim Kurulunun Yazılı Talimatlarına Uygun Hareket Edip Etmediklerinin Üst Gözetimi

TTK'nın 375'inci maddesinin gerekçesine göre, "üst gözetim ile kastedilen hem kuramsal açıdan hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimidir. Yoksa yönetim kurulu bir kontrol ve denetim organı değildir. Üst gözetimin normatif niteliği hükmün bizzat kendisinden anlaşılmaktadır."

Kurumsallaşmanın bir gereği olarak, yönetim kurulu üyeleri hem devrettikleri görev ve yetkilerin, hem de genel olarak işlerin gidişinin, kanun ve esas sözleşme hükümlerine ve ortaklık yararına uygunluğunu gözlemekle yükümlüdür. Bu kapsamda, yönetim kurulu üyeleri yönetimle görevli kişilerin kanuna, esas sözleşmeye, iç yönergeye ve yönetim kurulu kararları ve yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin denetimini de üstlenmişlerdir¹⁸⁸. Bu kapsamda yönetim

geciktirebilmektedir. Ancak, TTK m. 371 f. 7 gereği ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarının şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her tür zarardan dolayı yönetim kurulunun müteselsilen sorumlu olması nedeniyle, yetkilendirmenin her durumda yönetim kurulu tarafından yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Karşı yönde bkz. Yanlı, İmza Yetkilileri, s. 447.

¹⁸⁶ Eisenberg, s. 439.

¹⁸⁷ Yanlı, İmza Yetkilileri, s. 446.

¹⁸⁸ Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 370.

kurulu bir yandan şirketin performansını değerlendirirken, diğer yandan da yönetimle görevli kişilerin yönetim performanslarını değerlendirmekle yükümlüdür¹⁸⁹.

Üst gözetim kavramı çalışmamızın İkinci Kısımının II. bölümünde ayrıntılı olarak ele alındığından bu kısımda sadece kavram genel hatlarıyla açıklanmaya çalışılmıştır.

f) Pay, Yönetim Kurulu Karar ve Genel Kurul Toplantı ve Müzakere Defterlerinin Tutulması, Yıllık Faaliyet Raporunun ve Kurumsal Yönetim Açıklamasının Düzenlenmesi ve Genel Kurula Sunulması, Genel Kurul Toplantılarının Hazırlanması ve Genel Kurul Kararlarının Yürütülmesi

Pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması görevinin yönetim kurulu tarafından devredilmesi mümkün değildir. Ancak madde metninde sayılmayan ve muhasebeyle ilgili defterler olarak bilinen yevmiye, defteri kebir ve envanter defterlerinin bizzat yönetim kurulunca tutulması gerekmemektedir¹⁹⁰.

Yönetim kurulunun kurumsal yönetim açıklamalarını düzenleme yükümlülüğü çerçevesinde, yönetim kurulu yıl içerisinde ne ölçüde kurumsal yönetim ilkelerine uyum gösterdiğinin öz eleştirisini ve değerlendirmesini yapabilecek, kurumsal yönetim ilkelerinin temellerini oluşturan şeffaflık, hesap verebilirlik, hakkaniyet ve sorumluluk prensiplerinin şirket işleyişinde ne derece içselleştirildiğini görebilecek ve kurumsal yönetim ilkelerine nasıl daha uyumlu hale gelebileceğini analiz edebilecektir¹⁹¹.

¹⁸⁹ Parkinson, s. 192.

¹⁹⁰ Karşı görüş için bkz. Altay, Sorumluluk, s. 143; Doğan, s. 202.

¹⁹¹ Tekinalp, Kurumsal Yönetim Felsefesi, No. 19.

g) Borca Batıklık Durumunun Varlığında Mahkemeye Bildirimde Bulunulması

Borca batıklık halinde yönetim kurulu öncelikle, bir ara bilanço hazırlar ve bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu bir karar alarak, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister (TTK m. 376).

Yönetim kurulunun devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri TTK m. 375’te sayılanlardan ibaret değildir¹⁹². Örneğin, TTK m. 379’da ortaklığın kendi paylarını iktisap etmesi için genel kurulun yönetim kurulunu yetkilendirmesi gerekmektedir. Yönetim kurulu ise söz konusu yetkiyi TTK m. 375’te sayılmamasına rağmen kurul halinde yerine getirmekle yükümlüdür, söz konusu yetki devredilemez¹⁹³. Bunun dışında, genel kurul kararları aleyhine iptal davası açmak (TKK m. 446) ve kayıtlı sermaye sisteminde sermaye artırımı kararı vermek (TTK m. 456) için de yönetim kurulunun kurul olarak toplanarak karar alması gerekmektedir¹⁹⁴.

TTK’da yer alan ve yukarıda belirtilen devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki görev ve yetkilere ek olarak, KYT’de de “yönetim kurulu faaliyetlerini, şeffaf, hesap verebilir, adil ve sorumlu bir şekilde yürütür” ilkesi (KYİ 4.2.1) ve TTK m. 375 ile paralellik gösteren aşağıdaki ilkeler (KYİ 4.1) yer almaktadır.

a) Yönetim kurulu, alacağı stratejik kararlarla, şirketin risk, büyüme ve getiri dengesini en uygun düzeyde tutarak akılcı ve tedbirli risk yönetimi anlayışıyla şirketin öncelikle uzun vadeli çıkarlarını gözeterek şirketi idare ve temsil eder (KYİ 4.1.1).

¹⁹² Yanlı, İmza Yetkilileri, s. 439.

¹⁹³ Kırca; Şehirali; Feyzan; Manavgat, s. 540.

¹⁹⁴ Doğan, s. 211; Yanlı, İmza Yetkilileri, s. 439.

b) Yönetim kurulu; şirketin stratejik hedeflerini tanımlar, şirketin ihtiyaç duyacağı işgücü ile finansal kaynaklarını belirler, yönetimin performansını denetler (KYİ 4.1.2).

Yönetim kurulu devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkilerini kurul halinde kullanır¹⁹⁵. Ancak bu ifadeden anlaşılması gereken tüm işlemlerin en küçük ayrıntısına kadar yönetim kurulu tarafından yapılması değildir. İşlemler için şirket bünyesinde istihdam edilen kişi veya kişilerden, kurulan komitelerden hatta üçüncü kişilerden danışmanlık hizmeti alınarak destek alınması kurumsallaşmış bir şirkette kaçınılmazdır. Ancak tüm yardımcı çalışmalar sonucunda işleme ilişkin kararı alan ya da ilgili görev ve yetkiyi kullanan, yine yönetim kurulu üyeleri olacaktır. Bu nedenle de devredilemez görev ve yetkiler sebebiyle bir sorumluluk söz konusu olduğunda, meydana gelen zararı bizzat tüm yönetim kurulu üyelerinin tazmin etmesi gerekecektir. Bu sorumluluğun sınırı ise kanun koyucu tarafından TTK'nın 553'üncü maddesinin 3'üncü fıkrası ile çizilmiştir¹⁹⁶.

2. Yönetim Yetkisinin Devri

Günümüzde yönetim kurulları, devredilemez ve vazgeçilemez nitelikteki görev ve yetkileri dışındaki görev ve yetkilerini profesyonel yöneticilere ve devredilen konuda uzman yönetim kurulu üyelerine devrederek, karar mekanizmalarının daha hızlı çalışmasını, profesyonelleşmeyi ve şirketin işleyişinin kolaylaştırılmasını amaçlamaktadır¹⁹⁷. Yönetim kurulu devredilebilir nitelikteki görev ve yetkilerini bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişilere devredebilir¹⁹⁸.

¹⁹⁵ Altay, Sorumluluk, s. 102.

¹⁹⁶ TTK m. 553 f. 3'e göre, "hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz."

¹⁹⁷ Akdağ Güney, s. 83.

¹⁹⁸ Doğan, s. 228; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 1095; Altay, Sorumluluk, s. 101.

Yönetim yetkilerinin devredilebilmesi için, (i) esas sözleşmede buna izin veren bir hüküm bulunmalı, (ii) yönetim kurulu bu yetkiye dayanarak alacağı bir kararla yönetim yetkilerinin devrine ilişkin bir iç yönerge düzenlemeli ve (iii) devre konu edilen yetkiler devredilebilir olmalıdır (TTK m. 367)¹⁹⁹.

TTK'nın gerekçesinde yönetim yetkilerinin devrine ilişkin olarak düzenlenecek iç yönergeye ilişkin şu açıklamalar yer almaktadır: “Yönetmelik, üretim öncesini, üretimi, pazarlamayı, muhasebenin yapısını, işleyişini, görev tanımlarıyla şemasını içerir; “yönetimi” bir bütün halinde düzenler. Yönetmelikte örgüt şemasının verilmesi yeterli değildir; karar ve atama yetkileri ile işletmenin teknik, ticarî ve hukukî açıdan yönetimine ilişkin esasları da içermelidir. Bu tasarruf murahhasların yetki alanlarının da açıkça belirlenmesinde önem kazanır. Örgütlenme yönetmeliğinin tescil ve ilân gerekli değildir. Ancak korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir surette ortaya koyan pay sahipleri ile alacaklılara yazılı olarak bilgi verilir”.

İç yönergenin düzenlenmesi yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkileri arasında yer aldığından, bu görev genel kurula devredilemeyeceği gibi hazırlanan iç yönergenin genel kurulun onayına sunulması da gerekmemektedir. İç yönergenin olmaması, eksiklikler veya tezatlar içermesi, iyi düşünülmemiş olması ise yönetim kurulunun sorumluluğuna yol açabilecektir²⁰⁰.

Aynı şekilde, iç yönergeye ilişkin bir yönetim kurulu kararının alınmış olması da TTK uyarınca geçerli bir iç yönergenin düzenlenmesi için hukuki bir zorunluluk olup, kararın yokluğu halinde, devre konu görev ve yetkiler yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda olmaya devam edecektir.

Şirketin esas sözleşmesinde bu yönde bir hüküm yoksa, yönetim kurulu veya genel kurul karar alarak yetki devri yapamaz. Genel kurulun esas sözleşme değişikliği

¹⁹⁹ Altay, Sorumluluk, s. 100.

²⁰⁰ Akdağ Güney, s. 86.

yaparak, yetki devrine izin veren hükümleri esas sözleşmeye eklemesi gerekmektedir²⁰¹.

Yönetim yetkilerinin²⁰² tamamen devri halinde, yönetim kurulu üst düzey yönetim ve gözetim²⁰³ görevlerini yerine getiren bir organa dönüşür ve bu da yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu sınırlar²⁰⁴. Ancak yönetim kurulunun yönetim yetkilerini tamamen devretmesi halinde dahi, TTK m. 375’te düzenlenen görev ve yetkilerine, bu kapsamda üst düzey yönetim ve gözetime ilişkin sorumluluğu devam edecektir²⁰⁵.

3. Temsil Yetkisinin Devri

Yönetim kurulunun bir diğer görevi de anonim şirketin amacına ve işletme konusuna giren tüm işleri ve hukuki işlemleri, şirket adına yerine getirmektedir (şirketin temsili). Temsil, üçüncü kişilerle şirket adına hukuki muameleler yapmak, tüzel kişiyi üçüncü kişilere karşı hak sahibi kılmak ve borç altına sokmaktır.

Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir. Bu nedenle bazı

²⁰¹ Ayan, s. 23.

²⁰² Devredilen yönetim yetkileri kapsamında gözetim yükümlülüğü de yetkiyi devralan Murahhasa geçecektir. Aynı yönde bkz. Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 438. Tekinalp, devredilebilir görev ve yetkilerin devri halinde, devredilen görev ve yetkilere ilişkin gözetim görevinin de devredileceğini ve gözetim sorumluluğunun devralana geçeceğini ifade etmektedir. Karşı görüş için bkz. Altay, Sorumluluk, s. 283-287.

²⁰³ Üst gözetime ilişkin açıklamalar için bkz. İkinci Kısım II.C.

²⁰⁴ Akdağ Güney, s. 93 vd.; Ayan, s. 25. TTK’nın gerekçesinde, mevcut düzenlemelerin, hem kuvvetler birliği diye adlandırılan tek bir yönetim kurulunun olduğu sistemi mümkün kıldığı, hem de kuvvetler ayrılığı diye adlandırılan ve gözetim kurulu ve yönetim kurulunun olduğu ikili sistemi mümkün kıldığı ve her iki sistemin de şirketlerin yönetim yapısı içinde uygulanmasının mümkün olduğu belirtilmiştir.

²⁰⁵ Bu yönde bkz. Yargıtay 11. HD., E. 2003/4466, K. 2003/11543 (kazancı çevrim içi): “Dava, yönetim kurulu üyelerinin davacı anonim şirkete verdiği zararın tazmini istemine ilişkindir. TTK’nın 336’ncı maddesine göre, yönetim kurulu üyeleri ortaklık ana sözleşmesi ve yasanın kendilerine yüklediği görevlerin kasten ve ihmalle yapılmamış olmasından müteselsilen sorumludurlar. Ayrıca, ortaklık işlemlerinin bir kısmını tevdi ettikleri kimselerin vazifelerinin gereği gibi ifa edip etmediklerini, yönetim kurulu, kontrol ve nezaretle yükümlüdür. Dolayısıyla, kasıt veya ihmalleri sonucu verilen zarardan şirkete karşı tüm yönetim kurulu üyeleri sorumlu olurlar.”. Ayrıca bkz. Yargıtay 11. HD., E. 1994/5009, K. 1994/7236 (kazancı çevrim içi).

yönetim kurulu üyelerine tek imza yetkisi verilmek isteniyorsa, esas sözleşmede bu yönde bir hüküm bulunması, aksi halde, öncelikle esas sözleşmeye bu yönde bir hüküm konulması gerekmektedir²⁰⁶.

Yönetim kurulu, temsil yetkilerini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. Her halde, en az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır (TTK m. 370). En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisine sahip olması zorunluluğu, temsil yetkisinin tamamen üçüncü kişilere devrinin engellenmesi amacını taşımaktadır²⁰⁷.

Prensip olarak şirketlerin temsil yetkisinin kısmen devri mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, temsil yetkisi üyeler arasında konuya göre bölünemez²⁰⁸. Sınırlı olarak temsil yetkilerinin devredilmesi, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmez. Ancak, temsil yetkisinin sadece merkezin veya bir şubenin işlerine özgülenmesine veya birlikte kullanılmasına ilişkin tescil ve ilan edilen sınırlamalar geçerlidir.

Temsil yetkisinin birlikte kullanılmasından kasıt, birden fazla üyeye temsil yetkisini kullanma hakkının verilmesi veya bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini diğer bir üye, müdür veya ticari vekil ile kullanılmak üzere sınırlamaktır²⁰⁹. Bunun dışında, örneğin miktar veya konu yönünden temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemeler dış ilişkide geçerli değildir. Bu durumda tüm yönetim kurulu üyelerinin işleme ilişkin sorumlulukları devam eder²¹⁰.

²⁰⁶ Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 348.

²⁰⁷ Ayan, s. 25; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 199-200.

²⁰⁸ Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 349.

²⁰⁹ Akdağ Güney, s. 114 vd.

²¹⁰ Akdağ Güney, s. 118. TTK m. 371 f. 7 hükmü temsil yetkisinin devri ile karıştırılmamalıdır. Söz konusu hüküm, sınırlı yetkiye sahip ticari vekil veya diğer tacir yardımcılarının atanmasına imkân tanımaktadır. Ancak bu kişilere yetki devri yapılmamakta, mevcut yetkiler bu kişilere de tanınmaktadır. Söz konusu yetkilendirme gereği, şirket düzenleyeceği bir iç yönerge ile bu kişilerin görev ve yetki sınırlarını belirlemekte serbesttir. Söz konusu iç yönergenin ve imza yetkililerinin tescil ve ilanı zorunludur. Ayrıca, bu kişilerin, şirkete ve üçüncü kişilere verecekleri her türlü zarardan dolayı yönetim kurulu müteselsilen sorumludur.

E- Yönetim ve Temsil Yetkisinin Devrinin Sorumluluğa Etkisi

TTK m. 553 f. 2'ye göre, “Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar”.

Yönetim kurulu yönetim görev ve yetkilerini (devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler hariç olmak üzere) TTK'nın aradığı şartlara uygun bir şekilde kısmen veya tamamen devrettiği halde, yönetim kurulu üyeleri kural olarak devredilen görev ve yetkilerden kaynaklanan bir zarardan sorumlu tutulamazlar²¹¹. Esas sözleşmede yetki devrine ilişkin bir hüküm bulunmaması, iç yönergeye ilişkin bir yönetim kurulu kararının olmaması veya yetki devrine ilişkin bir iç yönergenin bulunmaması halinde, geçerli bir yetki devrinden bahsedilemez²¹². Bu halde, tüm yönetim kurulu üyeleri, duruma göre, meydana gelen zarardan aslen sorumlu olabilecektir²¹³.

Geçerli bir yetki devrinin varlığı halinde ise, yönetim kurulu üyeleri ancak yetkinin devredildiği kişinin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi halinde yetkiyi devralan kişilerin fiil ve kararlarından aslen sorumludurlar (TTK m. 553 f. 2)²¹⁴.

Bu noktada yönetim kuruluna düşen görev, yönetim yetkilerini devredeceği kişinin, devredilecek görevi layıkıyla yerine getirebilecek yetenek, bilgi ve tecrübeye sahip olduğuna kani olmaktır. Devredilen görevin yerine getirilmesi için gereken şartları taşımayan bir kişiye yönetim yetkilerinin devri halinde, bu kişinin fiillerinden ve

²¹¹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 436-437.

²¹² Akdağ Güney, s. 93 vd.

²¹³ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 193.

²¹⁴ Yönetim yetkilerinin devri halinde, yönetim kurulunun ancak seçimde özen göstermeme halinde aslen sorumluluğunun doğacağı, aksi halde gözetim sorumluluğunun gündeme geleceği yönünde detaylı açıklamalar için bkz. Altay, Sıtkı Anlam, “Anonim Ortaklıklarda Gözetim Yükümlülüğünün Sınırlarının ve Ölçütlerinin Belirlenmesine Yönelik Düşünceler”, Ersin Çamoğlu'na Armağan, 2013, s. 3 vd. (Altay, Gözetim).

aldığın kararlardan yönetim yetkisini devreden yönetim kurulu üyeleri de aynı derecede (aslen) sorumlu olacaktır.

Yönetim yetkisini devralan kişinin seçiminde gösterilen özen, kişinin fiil ve kararlarının gözetiminde de kendini gösterir. Bir diğer ifadeyle, devredilebilir nitelikte yönetim yetkilerini devreden yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları, sadece devralan kişinin özenli seçimiyle sona ermez. Bu kişinin görevini düzgün ifa edip etmediğinin üst gözetimi²¹⁵ yönetim kurulunun yönetim yetkilerini devirden sonra ortaya çıkan bir yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün ihlali halinde ise, yönetim kurulu üyelerinin gözetim sorumluluğu doğacaktır²¹⁶.

Üst gözetim görevinin layıkıyla yerine getirilip getirilmediğinin tespitinde, her bir işin kontrol edilmesinin aranmaması, yönetime yani işlerin işleyişine ilişkin raporlama, iç denetim ve iç kontrol sistemlerinin oluşturulduğunun ve bu suretle yapılan işlerin takibinin yapılıp yapılmadığının incelenmesi gerekir. Söz konusu sistemlerin kurulması ve takibi halinde, yönetim kurulu üyelerinin devredilen görevler açısından sorumluluğu doğmayacaktır²¹⁷.

Özetle, yönetim yetkilerinin devri halinde, yönetim yetkilerini devredenler, murahhasların seçiminde makul özeni göstermeli, onların faaliyetlerini gözetmeli ve

²¹⁵ Birds; Boyle, s. 337-338. Akdağ, TTK m. 553 f. 3’de bahsi geçen gözetim görevinin, yönetim kurulunun üst gözetim yükümünden daha dar bir alanı yani murahhasların faaliyetlerinin gözetimini kapsadığını savunmaktadır. Bkz. Akdağ Güney, s. 164 vd. Bu yönde bkz. Altay, Sorumluluk, s. 284; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 438.

²¹⁶ Paslı, s. 303; Özkorkut, s. 177; Morse; Marshall; Morris; Crabb, s. 158; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 193; Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 80 (Helvacı, Sorumluluk). Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 383-384; Altay, Sorumluluk, s. 438.

²¹⁷ Yeni Güney Galler Temyiz Mahkemesi’nin “the AWA Case” olarak bilinen bir kararında, hâkim Rogers C. J. icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri ile ilgili şu ifadeleri kullanmıştır: “İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının temeli yönetimin üst yönetimi ve gözetimidir.” Söz konusu Mahkeme, devredilen görevler bakımından şirket yöneticilerinin ve denetçilerinin sağladığı bilgilere ve verdikleri cevaplara dayanan icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünü yerine getirdiklerine karar vermiştir. Bkz. Prentice, D. D.; Holland, P. R. J. (ed.), Contemporary Issues in Corporate Governance, New York 2001, s. 207-208.

talimatlarla yönlendirmelidir. İstisnai dahi olsa, gereken durumda yönetim yetkililerinin yetkileri geri alınmalıdır²¹⁸.

Temsil yetkisinin devri halinde de, geçerli bir şekilde devredilen yetkilerinin kullanılması halinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Konu ve amaç yönünden bir sınırlama kanunen geçerli bir sınırlama olmadığı için, yetki aşımı meydana gelse dahi, söz konusu işlemle şirket bağlı kalacak, ancak iç ilişkide şirketin, maruz kaldığı zararı, zarara neden olan yönetim kurulu üyesine rücu hakkı doğacaktır.

F- Farklılaştırılmış Teselsül

Farklılaştırılmış teselsül kavramı, kaynağını İsviçre Borçlar Kanunu'nun ("İBK") 759'uncu maddesinden almaktadır. TTK m. 557'de yer alan düzenlemeye göre, birden fazla yönetim kurulu üyesinin aynı zararı tazmin etmekle yükümlü olması halinde, her bir üye, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte, müteselsilen sorumlu olur. Bir diğer ifadeyle, her bir yönetim kurulu üyesi, kusuruyla meydana gelen zarar arasındaki nedensellik ölçüsünde meydana gelen zarardan sorumludur²¹⁹. Kusuru bulunmayan üyenin ise, zarardan sorumlu tutulması söz konusu olmayacaktır.

Farklılaştırılmış teselsülün TTK'da düzenlenmesinin kabul nedeni, uygulamada TBK'nın sorumluluğa ilişkin hükümlerinin aksine²²⁰, yönetim kurulu üyelerinin sorumlu oldukları zarar miktarından daha yüksek miktarlarda tazminat ödemeye mahkûm edilmeleridir²²¹. Söz konusu adaletsizliğin giderilmesi amacıyla, İsviçre doktrininde farklılaştırılmış teselsül olarak adlandırılan öğretisi TTK'da da

²¹⁸ Pulaşlı, Hasan, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirketlerde Yöneticilerin Hukuki Sorumluluğu", Prof. Dr. Ali Naim İnan'a Armağan, İstanbul 2009, s. 574 (Pulaşlı, Yöneticilerin Sorumluluğu). Aynı yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 122 III 195 (s. 199).

²¹⁹ Ayan, s. 245; Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 441.

²²⁰ TBK m. 43 ve m. 44.

²²¹ Kapancı, Kadir Berk, Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014, s. 46.

düzenlenmiş ve Türk hukukunda da uygulama alanı bulmuştur. Buna göre, yönetim kurulu üyelerinden her biri kişisel savunmalarını dış ilişkide tazminat talep edene karşı ileri sürebilir ve sorumluluk tavanını düşürebilir, hatta sorumluluktan kurtulabilir.

Üyeler kurul olarak bir karar almışlar ve bu kararın uygulanması sonucu bir zarar doğmuşsa, birlikte verilen zarar söz konusudur²²². Yönetim kurulu üyelerinin tek başına verdikleri zararlar ise, kural olarak sadece zararı veren üyenin sorumluluğunu doğurur. Bu kuralın istisnasına örnek olarak gözetim yükümlülüğünü ihlal etmeleri halinde, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin de doğan zarardan kusurları oranında sorumlu tutulmaları hali verilebilir.

Sorumluluğun bir yönetim kurulu kararından doğması halinde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluktan kurtulabilmeleri için, kanuna veya esas sözleşmeye aykırı kararlara karşı olumsuz oy kullanması ve bu muhalefetini zapta geçirmesi gerekir. Yönetim kurulu toplantısına katılmakla birlikte karara karşı oy kullanmayarak çekimser kalmak veya sessiz kalarak herhangi bir itirazda bulunmamak tek başına sorumluluktan kurtulmak için yeterli değildir²²³.

Bir yönetim kurulu üyesinin ani veya geçici bir hastalığı nedeniyle yönetim kurulu toplantılarına katılamaması somut olayın diğer koşulları da değerlendirilerek geçerli bir neden olarak değerlendirilebilir ve söz konusu yönetim kurulu üyesi sorumluluktan kurtulabilir²²⁴. Ancak, bir yönetim kurulu üyesinin yeteri kadar vaktinin olmaması veya yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmaması gibi sebepler kusuru azaltmaz ve dolayısıyla da tazminat miktarında indirim yapılmasını sağlamaz²²⁵.

²²² Doğan, s. 255.

²²³ Ayan, s. 253.

²²⁴ Ayan; s. 253.

²²⁵ Doğan, s. 264; Ayan, s. 253.

Farklılaştırılmış teselsüle ilişkin TTK'nın 577'nci maddesinin gerekçesinde yer alan örnek farklılaştırılmış teselsül kavramını oldukça detaylı açıklamaktadır:

“Yatırım için arsa arayan bir anonim şirkete, yönetim kurulu üyesi A kardeşine ait bir arsayı aldirmayı planlamaktadır. Bu amaçla, kimseye haber vermeden avukata da bir satış vaadi sözleşmesi hazırlatmış ve ona 1000 ödemiştir. Sözleşme (geçersiz olmasına rağmen) A ile kardeşi arasında imzalanmıştır. Planını yönetim kurulu üyesi B'ye açan A ondan yardım istemiş ve kardeşinin B'ye bir miktar para vereceği vaadinde de bulunmuştur. B, bazı emsaller göstererek söz konusu arsanın fiyatını savunacaktır. Yönetim kurulu A, B, C, D ve E'den oluşmaktadır. Konunun karara bağlanacağı gün D ve E, A'nın, Tasarının 393 üncü maddesine göre toplantıya katılamayacağı itirazında bulunmuşlarsa da bu itiraz A, B ve C'nin oyları ile reddedilmiştir. D ve E ayrıca, arsanın emsalleri ile fiyatını karşılaştıran ve imar durumunu gösteren bir uzman raporunun kurula sunulabilmesi için toplantının ertelenmesini önermişlerdir. Bu öneri de A, B ve C'nin oylarıyla reddedilmiştir. Toplantıda B emsaller hakkında yanıltıcı bilgiler vermiştir. Sonuçta B'nin yaptığı karşılaştırmaların ciddi olduğuna inanan C'nin de katılması ile arsa A, B ve C'nin oyları ile alınmış ve para ödenmiştir. Bir yıl sonra kurul tamamen değişmiştir. Bu arada arsanın imar durumu olmadığı da anlaşılmıştır. Yeni kurul avukata ödenen 1000 de dâhil olmak üzere 5000 zarar için A, B, C, D, E'ye karşı sorumluluk davası açıp bu tutarı davalılardan müteselsilen talep etmiştir. Mahkeme D ve E bakımından davayı reddetmiş, birlikte verilen bir zarar olmadığı gerekçesiyle avukata ödenen 1000'den tek başına A'yı sorumlu tutmuş, 4000 için de A, B, C'yi müteselsilen sorumlu bulmuştur. Mahkeme A ve B'nin yaptıkları anlaşma dolayısıyla olayda kasıtları bulunmasına karşı, C'nin Tasarının 393. maddesini ihlâl eden davranışını kusur olarak nitelendirip ona BK m. 43 ile 44'ü uygulayıp müteselsil sorumluluktaki payını yüzde doksan olarak belirlemiştir. Buna göre 1000 A tarafından ödenecektir. A, B, C müteselsil sorumludur. Ancak A ile B'nin sorumluluk tavanları 4000 iken C'nin sorumluluk tavanı 3600'dür. Bir an için B'nin ödeme gücünün bulunmadığını

düşünelim. Şirket 4000'in tamamını A'dan alabilecektir. Bu tavan C için 3600'dür. A ve B'nin ikisinin de varlıksız C'nin zengin bir kişi olduğunu varsayarsak 3600 C'den istenebilecektir. Olayda A ve B'nin ödeme güçleri bulunmadığı için şirket 1400 kayıptadır. Ancak bu farklılaştırılmış müteselsil sorumluluk anlayışının ürünü değildir. Çünkü 1000'lik kayıp, birlikte verilen zarardan kaynaklanmamaktadır. Uygun nedensellik kurallarına göre bunu C'den istemek, bunun için müteselsil sorumluluk kavramını kullanmak hem yanlış olurdu, hem de adalete aykırı düşerdi. 400'lük kayıp ise genel hükümlerin ve hâkimin takdirinin doğal sonucudur. Yeni anlayış davacıyı (adalet temelinde) kayba uğratmamış, onun zararı kanuna aykırı olarak başkalarına yüklemesine engel olmuştur.”

Farklılaştırılmış teselsülün bir sonucu olarak, sorumlu olan tüm üyeler, tespit edilen en düşük tazminat miktarı ile sorumlu olurlar²²⁶. Ancak farklı grupların farklı miktarlarda müteselsil sorumlulukları var ise, bu gruplar bakımından belirtilen miktarlarla sınırlı olarak ayrıca bir müteselsil sorumluluk söz konusudur²²⁷. Örneğin tüm üyelerinin bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması zorunlu olan denetimden sorumlu komitenin görevlerinden biri de kamuya açıklanacak yıllık ve ara dönem finansal tabloların şirketin izlediği muhasebe ilkeleri ile gerçeğe uygunluğuna ve doğruluğuna ilişkin değerlendirme yapması, şirketin sorumlu yöneticileri ve bağımsız denetçilerinin görüşlerini alarak kendi değerlendirmeleriyle birlikte yönetim kuruluna yazılı olarak bildirmesidir. Yönetim kurulu, bağımsız yönetim kurulu üyeleri tarafından kurula sunulan bilgi ve belgelerin doğruluğuna güven duyacaktır ve kararını bu bilgi ve belgelere ve hatta denetimden sorumlu komitenin değerlendirmesine dayanarak verecektir. Finansal tabloların esasen örneğin şirketin muhasebe ilkelerine uymamasına rağmen olumlu değerlendirilmesi bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğurur. Kusurlarının varlığı halinde diğer

²²⁶ Akdağ Güney, s. 395 vd.; Kapancı, s. 46.

²²⁷ Doğan, s. 264.

üyeler de zarardan sorumlu olacaktır. Ancak şüphesiz bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk oranı diğer üyelere göre daha yüksek olacaktır.

Aynı şekilde, TTK m. 553 f. 2 gereği, yönetim yetkilerinin devredildiği kişilerin seçiminde özen gösterilmemesi halinde, söz konusu kişilerin fiil ve kararlarından tüm yönetim kurulu üyeleri aynı derece sorumlu olacakken, seçimde özen gösterildiği takdirde, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk derecesi yönetim yetkilerinin devredildiği kişiyle aynı olmayacaktır²²⁸.

G- Yönetim Kurulu Kararlarının Geçersizliği

TTK uyarınca yönetim kurulu kararlarının iptalinin²²⁹ istenmesi söz konusu olmamakla birlikte²³⁰, bazı hallerde geçersiz (batıl) yönetim kurulu kararlarının geçersizliğinin tespitinin mahkemeden talep edilmesi mümkündür.

TTK m. 391'de, batıl olduğunun tespiti talep edilebilecek kararlara örnek olarak; (i) eşit işlem ilkesine aykırı olan, (ii) anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, (iii) pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren ve (iv) diğer organların, örneğin genel kurulun devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin kararlar verilmiştir.

Bu kapsamda örneğin, ortaklığın faaliyet konusu ve amacının dışında bir konuya ilişkin alınacak bir yatırım kararı, ortaklığın temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen bir karar olarak değerlendirilebilecektir.

²²⁸ Altay, Sorumluluk, s. 305.

²²⁹ SerPK'nda düzenlenen yönetim kurulu kararlarının iptal sebeplerine ilişkin detaylı bilgi için bkz. Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 345; Bozkurt Yaşar, s. 8, 53.

²³⁰ TTK'da yönetim kurulu kararlarının iptaline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Yargıtay kararlarında, yönetim kurulu kararlarının ancak bazı hallerde, örneğin, pay sahiplerinin kişisel haklarının ihlal edilmesi durumunda iptalinin söz konusu olabileceğine karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 11. HD., 26.01.1989, E. 1988/3414, K. 1089/260 (kazancı çevrim içi).

TTK m. 391’de sayılan kararlar, maddede de belirtildiği gibi örnek olarak verilmiştir. Buna göre, maddede sayılanlar dışında, genel olarak TBK’nın 27’inci maddesinde belirtilen kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan kararlar da batıldır²³¹.

Yönetim kurulu üyelerinin de bu kapsamda olduğunu düşündükleri kararın batıl olduğunun tespitini mahkemeden isteyebilirler. Bunun için öncelikle söz konusu yönetim kurulu üyesinin haklı bir mazereti olması hali hariç ilgili yönetim kurulu toplantısına katılmış olması ve karara karşı oy kullanarak bu muhalefetini zapta geçirtmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce, örneğin haklı bir mazeretinin olması nedeniyle toplantıya katılmayan bir yönetim kurulu üyesinin, böyle bir toplantıda alınan bir karar nedeniyle meydana gelen zarardan özen yükümlülüğünün ihlali nedeniyle sorumlu olmaması için, bu kapsamda olduğunu düşündüğü bir karara karşı kararın batıl olduğunun tespitine ilişkin bir dava açması gerekmektedir.

II. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu

A- Genel Olarak

Çalışmamızın Birinci Kısımında, yönetim kurullarında bağımsız üyeler bulundurmakla yükümlü olan anonim şirketleri detaylı bir şekilde ele almıştık. Özetle, payları Borsa İstanbul A.Ş.’nin (“BİAŞ”) Yıldız Pazar, Ana Pazar ve Kollektif Yatırım Ürünleri ve Yapılandırılmış Ürünler Pazarı’nda işlem gören halka açık ortaklıklar, KYT’de belirtilen esaslar çerçevesinde yönetim kurullarında bağımsız üyeler bulundurmakla yükümlüdür. Herhangi bir anlam karışıklığına mahal vermemek adına, çalışmamızda söz konusu anonim şirketleri kısaca “Ortaklıklar” olarak ifade etmeyi uygun buluyoruz.

²³¹ Poroy; Tekinalp; Çamoğlu, s. 348.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğunu incelemeye geçmeden önce, bağımsız üyelik görevinin öneminin üzerinde durulması gerektiği kanaatindeyiz. Zira, bağımsız üyelik görevinin öneminin doğru bir şekilde ortaya konulması, söz konusu üyelerin hem görevi kabul ederken hem de görevlerini sürdürürken göstermeleri gereken özeni de belirleyecektir.

Ortaklıklar esasen çok sayıda küçük yatırımcının birikimlerini bir araya getirerek söz konusu yatırımlara değer katmayı amaçlarlar. Bu kapsamda, Ortaklığın toplam sermayesine oranla küçük bir orana sahip olsalar bile, büyük yatırımcıların ve hâkim pay sahiplerinin yanı sıra söz konusu yatırımcıların menfaatlerinin de korunması, uzun vadede yatırımlarına değer katmaları ve gerektiğinde Ortaklıktaki haklarının bağımsız bir şekilde ve kurumsal bir yönetim anlayışıyla korunması oldukça önemlidir.

Bu nedenle, mesleki eğitim, bilgi ve tecrübeye sahip bağımsız üyeler hem yönetim kurulunda hem de komitelerde yer almakta, Ortaklığın yönetimi, denetimi, raporlama ve verilerin değerlendirilmesi gibi pek çok farklı aşamada önemli sorumluluklar üstlenmektedirler²³². Örneğin, görevleri KYT’de açıkça belirtilen ve esasen Ortaklıklar’ın finansal denetimi ile ilgili çeşitli konularda sorumlulukları bulunan denetimden sorumlu komitenin üyelerinin tamamının bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması gerekmektedir. Aynı şekilde, KYT’de yer alan komitelerin tamamında, komite başkanlarının bağımsız üyeler arasından belirlenmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce bağımsız üyelere ilişkin KYT’de düzenlenen bahse konu yükümlülükler, bağımsız üyeleri gözetim sorumluluğundan çok daha ötede bir özen yükümlülüğüne tabi tutabilecektir. Ancak, her ne kadar Ortaklıklar’da üstlendikleri pek çok farklı görev nedeniyle kendilerinden beklenen özenin derecesi artsa da,

²³² Zattori; Cuomo, s. 64.

bağımsız üyeler açısından sorumluluklarının adil bir şekilde dengelenmesi, görevi kabul etmede çekimser olmamaları bakımından önemlidir.

Bağımsız yönetim kurulu üyeleri de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi yönetim kurulunun üyeleridir²³³. Ancak, bağımsız üyeler, diğer üyelerden farklı olarak, görevlerini hiç bir etki altında kalmadan icra etmekle yükümlüdür. Bağımsız üyelerin görevlerini icra ederken, şirketin, pay sahiplerinin ve diğer menfaat sahiplerinin²³⁴ çıkarlarını tarafsız bir şekilde gözetmeleri gerekmektedir.

Bağımsız yönetim kurulu üyesinin özellikle şirketin finansal tablolarını genel kabul görmüş muhasebe standartları ve uluslararası finansal raporlama standartları çerçevesinde incelemesi ve yorumlaması ve analiz etmesi beklenmektedir. Bunun gibi, bütçe planlama, risk analizi ve yönetimi, şirketin kısa ve uzun vadeli stratejilerinin belirlenmesi, yönetim kurulu üyeleri ve diğer üst düzey yöneticilerin belirlenmesi, birleşme, bölünme ve satın alma gibi önemli konularda deneyimli olmaları gerekmektedir.

Bu nedenle, bağımsız üyelerin görevi kabul ederken, üstlenecekleri yükümlülüğün gereği olan eğitim, bilgi ve tercümeyle sahip olduklarını, görevlerini gereken özenle ve bağımsız olarak yerine getirebileceklerini değerlendirmeleri gerekmektedir²³⁵. Bu durumun aksinin sorumluluklarına sebep olabileceğinin bilinciyle üstlendikleri görevi layıkıyla yerine getirebileceklerine kanaat getirmeleri halinde görevi kabul etmelidirler.

²³³ Doğan, s. 69.

²³⁴ Birds; Boyle, şirketlerde menfaat sahiplerinin sadece mevcut ve gelecekteki pay sahipleri olmadığını, şirketin çalışanlarının, müşterilerinin ve alacaklılarının ve hatta en azından halka açık şirketlerde devlet ve genel kamunun da menfaat sahipleri grubuna dâhil olduğunu ifade etmektedir. Birds; Boyle; s. 493. Plessis; Hargovan; Bagaric ise, yukarıda sayılan menfaat sahiplerine çevreyi de dâhil etmektedir. Plessis; Hargovan; Bagaric, s. 31.

²³⁵ Zattoni; Cuomo, s. 65.

Uygulamada bazı bağımsız yönetim kurulu üyeleri, yönetim kurulunca alınan kararlardan sorumlu olmadıkları kanaatinde iken, diğer bir grup bağımsız üye ise, yönetim kurulu üyelerinden daha ağır bir sorumluluk rejimine tabi oldukları düşüncesiyle bağımsız üyelik görevini kabul etmekte çekimser davranmaktadır. Bu da pek çok yetenekli ve tecrübeli yöneticinin bağımsız yönetim kurulu üyeliği görevine gelmelerine ve Ortaklıklar'ın profesyonel yönetimine engel olabilmektedir²³⁶. Bu nedenle, bağımsız üyelerin sorumluluklarının belirlenmesi oldukça büyük bir önem taşımaktadır.

Türk hukukunda yönetim kurulunun sorumluluğu tüm üyeler için bir bütün olarak ele alınmış, TTK ve SerPK bağımsız yönetim kurulu üyelerine diğer üyelerden farklı bir hukuki sorumluluk yüklememiştir. Ortaklıklar'ın yönetim kurullarına ilişkin özel düzenlemeler içeren KYT'de de, sorumluluğa ilişkin herhangi bir özel düzenleme yer almamaktadır.

KYT'nin 4.6.1 numaralı ilkesinde “yönetim kurulu, şirketin belirlenen ve kamuya açıklanan operasyonel ve finansal performans hedeflerine ulaşmasından sorumludur. Şirketin kamuya açıklanan operasyonel ve finansal performans hedeflerine ulaşamadığına ilişkin değerlendirme ve ulaşılamaması durumunda gerekçeleri yıllık faaliyet raporunda açıklanır. Yönetim kurulu, hem kurul hem üye hem de idari sorumluluğu bulunan yöneticiler bazında özeleştirisini ve performans değerlendirmesini yapar. Yönetim kurulu üyeleri ve idari sorumluluğu bulunan yöneticiler bu değerlendirmeler dikkate alınarak ödüllendirilir veya azledilir.” hükmü yer almaktadır.

Söz konusu ilkede bahsi geçen “yönetim kurulu, şirketin belirlenen ve kamuya açıklanan operasyonel ve finansal performans hedeflerine ulaşmasından sorumludur”

²³⁶ Eisenberg, s. 445.

ibaresi, Ortaklıklar'ın yönetim kurulu üyelerinin söz konusu hedeflere ulaşamamaları halinde hukuki sorumluluklarının doğacağı şekilde yorumlanmamalıdır²³⁷. Ancak, söz konusu hedeflere ulaşamaması, dış faktörlerden kaynaklanmaksızın, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu iş ve işlemlerinden kaynaklanmışsa, bu durumda üyelerin sorumluluklarından söz edilebilecektir²³⁸. Bu duruma örnek olarak, yönetim kurulunun göstermesi gereken özen kapsamında yapması gereken fizibilite çalışmalarını yapmaksızın bir yatırıma karar vermesi veya emsallerinden çok yüksek bir faizle kredi alması verilebilir²³⁹.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu da TTK'nın 553'üncü maddesi uyarınca şahsi²⁴⁰ ve kusur sorumluluğudur. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin farklı bir düzenleme bulunmamakla birlikte, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin icrada görevli olmayan üyelerden olmaları nedeniyle bu üyelerin sorumlulukları, bazı hallerde icrada görevli olan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk sisteminden ayrılmaktadır.

TTK'nın 553'üncü maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, yönetim yetkilerini başkasına devreden ve bu nedenle de icrada görevli olmayan bağımsız yönetim kurulu üyeleri, sadece bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi halinde, bu kişilerin fiil ve kararlarından aslen sorumlu olacaklardır. Bunun dışındaki hallerde, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin yönetim yetkilerini devrettikleri kişilerin fiil ve kararlarından aslen sorumlulukları bulunmamaktadır.

Dolayısıyla, usulüne uygun olarak yapılan bir yetki devri halinde, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları sınırlanmış olacaktır. Usulüne uygun bir yetki devri

²³⁷ Odman Boztosun, s. 132.

²³⁸ Odman Boztosun, s. 133.

²³⁹ Odman Boztosun, s. 133.

²⁴⁰ Doğan, s. 254.

ise, ortaklığın esas sözleşmesinde yetki devrine ilişkin bir hükmün bulunmasına, yetki devrine ilişkin bir yönetim kurulu kararı alınması ve iç yönerge düzenlenmesine ve sadece devredilebilir görev ve yetkilerin devredilmesine bağlıdır. Devredilemeyen görev ve yetkiler bakımından ise, aslen sorumluluk devam etmektedir.

Aslen sorumlu olunan haller dışında²⁴¹, devredilebilir görev ve yetkilerini devreden bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, üst gözetim görev ve yetkisi ile sınırlı sorumlulukları devam edecektir²⁴². Özetle, icrada görevli olan ve olmayan yönetim kurulu üyeleri arasında görev ve yetkilerin farklılaşması, sorumluluklarının da farklı esaslara tabi olmasına ve oluşan zararın hangi görevin ihmal edildiği tespit edilerek üyelerin hangi oranda sorumlu olacaklarının belirlenmesine yol açacaktır²⁴³.

B- TTK Çerçevesinde Aslen Sorumluluk

1. Devredilemez ve Vazgeçilemez Görev ve Yetkilerin İhlali

Devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler şunlardır: (a) şirketin üst düzeyde yönetimi ve bunlarla ilgili talimatların verilmesi, (b) şirket yönetim teşkilatının belirlenmesi, (c) muhasebe, finans denetimi ve şirketin yönetiminin gerektirdiği ölçüde, finansal planlama için gerekli düzenin kurulması, (d) müdürlerin ve aynı işleve sahip kişiler ile imza yetkisini haiz bulunanların atanmaları ve görevden alınmaları, (e) yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi, (f) pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve

²⁴¹ Bu haller, (i) devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler ve (ii) devredilebilir yönetim yetkilerinin devredildiği kişinin seçiminde özen göstermemedir.

²⁴² Odman Boztosun, s. 158. Ayan, s. 116. TTK m. 553 f. 2'nin yönetimi devreden üyelerin hangi hallerde yönetimi devrettikleri kişilerin fiil ve kararlarından aslen sorumlu olacaklarını düzenlemesi nedeniyle, seçimde özen gösterilmesi halinde artık yönetim yetkilerini devreden üyelerin sorumluluğunun yönetim yetkilerini devralan kişi ile aynı olamayacağı, bu anlamda, söz konusu kişiden daha düşük bir derecede sorumluluklarının bulunması gerektiği kanaatindeyiz.

²⁴³ Paslı, s. 321.

müzakere defterlerinin tutulması, yıllık faaliyet raporunun ve kurumsal yönetim açıklamasının düzenlenmesi ve genel kurula sunulması, genel kurul toplantılarının hazırlanması ve genel kurul kararlarının yürütülmesi ve (g) borca batıklık durumunun varlığında mahkemeye bildirimde bulunulması.

Devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler, çalışmamızın İkinci Kısımının Birinci Bölümünde detaylı şekilde ele alınmış olup, bu bölümde sadece bağımsız üyelerin hukuki sorumluluğu yönünden değerlendirecektir.

Devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler (şirketin yönetimine ilişkin kurul olarak alınan kararlar da dâhil olmak üzere) bakımından, bağımsız yönetim kurulu üyeleri de diğer yönetim kurulu üyeleri ile birlikte zarardan müteselsilen ve aslen sorumlu olurlar. Bu görev ve yetkilerden bazılarının, fiili durumda icrada görevli olan yönetim kurulu üyeleri tarafından yürütülmesi veya kurulan komitelerin görev alanına girmesi, bağımsız üyelerin veya diğer yönetim kurulu üyelerin devredilemez ve vazgeçilemez bir görev veya yetkinin ihlali nedeniyle meydana gelen bir zarardan diğer üyelere nazaran daha düşük veya daha yüksek bir meblağ ile sorumlu olmasına neden olmaz.

Farklılaştırılmış teselsül ilkesinin devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkiler bakımından uygulanması söz konusu değildir²⁴⁴. Zira bu görev ve yetkiler, şirket için taşıdıkları öneme istinaden, her ne kadar fiili durumda farklı olabilse de, hukuken tüm yönetim kurulu üyelerinin aynı derecede özenle yerine getirmekle yükümlü oldukları görevlerdir. Örneğin, pay, yönetim kurulu karar ve genel kurul toplantı ve müzakere defterlerinin tutulması, fiili olarak genel müdürün takibinde ve kontrolünde yerine getirilen bir görev olabilir. Ancak, söz konusu defterlerin usulüne uygun veya hiç tutulmaması nedeniyle bir zarar doğarsa, bu zararın yönetim kurulu üyelerince müteselsilen tazmin edilmesi gerekecektir.

²⁴⁴ Aynı yönde bkz. Altay, Sorumluluk, s. 104.

2. Murahhasların Seçiminde Gerekli Özeni Göstermeme

Yönetim kurulunun ve bu bağlamda bağımsız yönetim kurulu üyelerin, TTK'da düzenlenen devredilemez görev ve yetkilerinden biri de yönetim görev ve yetkisini devredecekleri kişilerinin seçimidir. Yönetim yetkilerinin devredileceği kişilerin öncelikle bu görevleri ifa etmek için gerekli bilgi birikimi, uzmanlık ve tecrübeye sahip olması gerekmektedir²⁴⁵. Bu görevlerini yerine getirirken gerekli özeni göstermemeleri halinde ise, diğer yönetim kurulu üyeleri ile birlikte bağımsız yönetim kurulu üyelerinin de söz konusu kişinin fiil ve kararlarından aslen sorumluluğu gündeme gelecektir.

Yönetim yetkilerinin devredildiği kişilerin, devredilen görevleri yerine getirmek için yeterli bilgi birikimi, uzmanlık ve tecrübeye sahip olmadığının sonradan tespiti halinde, bu kişilerin yönetim kurulunca görevden alınmaları gerekmektedir²⁴⁶. Böyle bir durumun ortaya çıkmasına rağmen söz konusu kişilerin görevden alınmaması halinde, durumun anlaşılmasından sonrasındaki fiil ve kararlarından yönetim kurulu da murahhaslarla birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır²⁴⁷.

Murahhasların seçiminde gösterilmesi gereken özen bakımından da sorumluluğun farklılaştığı haller bulunmaktadır. Bir diğer ifadeyle, yönetim kurulu üyelerinin, murahhas üye seçerken göstermesi gereken özenin derecesi ile murahhas müdür seçerken göstermesi gereken özenin derecesi birbirinden farklıdır. Buna göre, murahhas üyeler hâlihazırda şirketin yönetim kurulunda görev alan ve genel kurul tarafından belirli değerlendirmeler yapılarak seçilen kişiler oldukları için, bu kişilerin murahhas olarak seçilmesinde yönetim kurulunun göstermesi gereken özenin derecesi daha hafiftir²⁴⁸. Bu durumda dikkat edilmesi gereken husus, örneğin devredilecek

²⁴⁵ Doğan, s. 279.

²⁴⁶ Monks; Minow, s. 236.

²⁴⁷ Doğan, s. 280-281.

²⁴⁸ Doğan, s. 288.

görev ve yetkiler için özel bir uzmanlık gerekiyorsa, bu kişinin gerekli uzmanlığa sahip olup olmadığıdır.

C- TTK Çerçevesinde Gözetim Sorumluluğu

Bu bölümde bağımsız üyelerin hangi hallerde yönetimi devrettikleri kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olacağı ele alınacaktır. Zira, bağımsız üyelerin sorumluluğu bakımından bu haller kural, diğer haller istisnadır.

Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının tespitinde üzerinde durulması gereken en önemli husus, üst gözetim görevidir. Bunun sebebi, icrada görevli olmayan üyelerin kural olarak devredilen yetkiler bakımından sorumluluklarının bulunmaması, ancak yetki devri halinde dahi üst gözetim görevleri nedeniyle sorumluluklarının söz konusu olabilmesidir. Bir başka ifadeyle, üst gözetim görevinin yerine getirilmemesi, yönetim yetkilerinin devredildiği kişilerin fiil ve kararlarından duruma göre icrada görevli olmayan üyelerin de diğer yönetim kurulu üyeleri ile birlikte sorumlu tutulmalarına sebep olabilir²⁴⁹. Ancak burada bahse konu sorumluluk, murahasla aynı derecede sorumluluk yani asli sorumluluk değil, üst gözetim görevinin ihlalinden kaynaklanan ve asli sorumlunun sorumlu olacağı miktardan daha düşük bir miktar için gözetim sorumluluğudur.

Bağımsız yönetim kurulu üyeleri, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri arasında yer almaktadır²⁵⁰. İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyeleri ise, TTK'nın 367'nci maddesi uyarınca, yönetimi tamamen yönetim kurulu üyelerine veya üçüncü kişilere devreden üyelerdir.

²⁴⁹ Altay, Sorumluluk, s. 118; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 195; Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi II, s. 2112.

²⁵⁰ Clarke, Donald C., "Three Concepts of the Independent Director", Delaware Journal of Corporate Law, 2007, C. 32, s. 84.

Bu nedenle, bağımsız yönetim kurulu üyeleri yönetim kurulu kararı gereken hallerde ilgili kararlara katılmakla ve devredilemez ve vazgeçilemez görev ve yetkileri yerine getirmekle yükümlüdür²⁵¹. Söz konusu devredilemez görev ve yetkilerden biri de TTK'nın 375'inci maddesinde düzenlenen yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanuna, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimidir²⁵².

Üst düzey gözetim, murahhasların icra faaliyetlerinin özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına (şirketin ticari politikalarına ve hedeflerine) uygunluğunun izlenmesi, risk değerlendirmesi ve yönetimi, iç kontrol mekanizmalarının kurulması²⁵³, şirketin ticari faaliyetlerine ve finansal durumuna ilişkin pay sahiplerine ve Kurul'a sunulan bilgilerin doğruluğunun incelenmesi ve şirketin genel verimliliğinin değerlendirilmesidir²⁵⁴.

Üst gözetim kavramı ile gözetim kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Üst gözetim görev ve yetkisi kurul-organ olarak yönetim kuruluna ait iken, gözetim her bir yönetim kurulu üyesinin görevidir²⁵⁵. Yönetim yetkilerinin devri halinde devredilen yetkiler bakımından gözetim yetkisi de devredilmiş olur. Örneğin, gözetim yükümü kapsamında, murahhas, kendisine devredilen görevlerin icrası sürecinde kendisinden alt konumda bulunan kişilerin gözetimi ve söz konusu görevlerin kanuna, esas sözleşmeye ve yönetim kurulunun talimatlarına uygun şekilde yerine getirilip

²⁵¹ Bağımsız üyeler, kurul olarak icra edilen üst gözetim görevinin dışında, yönetim kurulunun kurul olarak yaptığı çalışmalarda ve toplantılarda, kurulun aldığı kararlarda da yani kurul üzerinde de gözetim yapmakla yükümlüdür. Zira, bağımsız üyelerin yönetim kurullarında bulunma zorunluluğunun altında yatan temel sebep, bireysel menfaatlerin şirketin menfaatlerinin önüne geçmesini engellemek, hâkim ortağın veya belirli bir kişinin karar alma süreçlerinde hakimiyet kurmasının önüne geçmektedir. Ancak Türk hukukunda bağımsız üyelere yüklenen bu gözetim yükümü bağımsız üyelerin kurul olarak alınan kararlardan daha ağır bir şekilde sorumlu tutulmaları da düzenlemiştir. Bu nedenle kurul olarak alınan kararlarda bağımsız üyelerin daha ağır bir sorumluluk rejimine tabi olmaları söz konusu değildir.

²⁵² Karşı görüş için bkz. Doğan, s. 278.

²⁵³ Okutan Nilsson, s. 229.

²⁵⁴ Manning, s. 1484; Altay, Sorumluluk, s. 116.

²⁵⁵ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 1052.

getirilmediğinin gözetimi ile yükümlüdür. Ancak, üst gözetim görevi yönetim kurulunun devredemeyeceği bir görev olup, yönetim kurulu devredilebilir tüm yetkilerini devretse dahi, üst gözetim görevi ve sorumluluğu devam eder.

Yönetim kurulu üyeleri, üst gözetim yükümlülüğünü kurul halinde yerine getirmekle yükümlüdür²⁵⁶. Ancak yönetim kurulu bu görevini, kuracağı bir denetim komitesi aracılığıyla da yerine getirebilir. Gözetim yükümünün denetim komitesi aracılığıyla yerine getirilmesi halinde, bu görevden kaynaklanan sorumluluk yine yönetim kurulundadır. Zira, komitelerin kurulması, yönetim kurulunun yetki devri anlamına gelmemektedir, yetki halen yönetim kurulundadır²⁵⁷. Yetkinin devredilebilmesi için esas sözleşmede bu konuda bir hüküm olması ve yetki devrinin iç yönergeyle düzenlenerek bu iç yönergenin yönetim kurulu kararıyla onaylanması gerekmektedir.

Ancak, hemen belirtmek isteriz ki, incelememiz kapsamındaki komite üyelerinin aynı zamanda yönetim kurulu üyeleri olmaları nedeniyle, komite üyesi olan yönetim kurulu üyelerinin kusur derecelerinin, somut olayın özelliklerine göre, diğer üyelere nazaran daha yüksek olabileceği kanaatindeyiz²⁵⁸. Zira, komite üyeleri, bu görevleri nedeniyle, sorumlu oldukları alanlardaki konuları daha ayrıntılı ve geniş kapsamda inceleme fırsatına sahiplerdir²⁵⁹.

Yönetim kurulu, belirlediği yönetim politikalarının murahhaslar tarafından uygulamaya geçirilmesi sürecini sürekli olarak takip etmeli ve bu politikaların ortaklık için yararlı olup olmadığını incelemeli, yararlı olmayan politikaları zaman kaybetmeden ve zarar meydana gelmeden değiştirmelidir²⁶⁰. Üst gözetim yükümünün bir parçası olarak, iç yönergede bazı kararların yönetim kurulunun onayına tabi olduğu düzenlenebilir. Böylece yönetim kurulu kritik kararlarda konuyu

²⁵⁶ Doğan, s. 284.

²⁵⁷ Bu yönde bkz. Demir, s. 86.

²⁵⁸ Altay, Sorumluluk, s. 77.

²⁵⁹ Demir, s. 86.

²⁶⁰ Paslı, s. 305; Altay, Sorumluluk, s. 118.

derinlemesine inceleme ve bilgi sahibi olma imkânı bularak, gözetim yükümünü de yerine getirmiş olacaktır.

Ancak bu konuda esas olan yönetim ve gözetim organları arasında etkili bir iletişimin kurulmasıdır. Şirket içinde etkin bir raporlama sistemi kurulmalı ve yönetim kurulu icra faaliyetlerinin sonuçlarından haberdar olmalıdır. Raporlama sisteminin yetersiz kaldığı hususlarda ise, bilgi alma hakkı ile gözetim görevi yerine getirilmelidir. Bilgi alma hakkı, hem kurul olarak yönetim kuruluna aittir hem de her bir yönetim kurulu üyesi bu hakkı bireysel olarak kullanabilir.

Özetle, yönetim kurulu ve bu kapsamda bağımsız üyelerin, idare ve temsil ile yetkilendirilen kişilerin fiil ve kararlarını makul aralıklarla gözlemesi, yapılan işlere ilişkin sorular sorması, gerektiğinde müdahale etmesi ve istisnai hallerde murahhasların görevden alınması gerekmektedir²⁶¹. Yönetim ve temsilin kontrol ve denetiminin sağlanması da bu kapsamda yönetim kurulunun görevleri arasında yer alacaktır²⁶². Ancak yönetim kurulunun, üst gözetim faaliyeti kapsamında işlerin gidişatı hakkında genel bilgi alınması ve gerektiğinde tedbir alınması yeterlidir²⁶³. Murahhasların her bir işleminin kontrolü gerekmemektedir²⁶⁴.

Yargıtay da bir kararında²⁶⁵, yönetim kurulu üyelerinin şirketin zararına sebebiyet veren şirket çalışanlarını denetlememesi sebebiyle meydana gelen zarardan sorumlu olduklarını ifade etmiştir. Aynı şekilde, 1994 tarihli eski bir kararında²⁶⁶, yönetim kurulu üyelerinin bazılarının işlemleri ile şirketin zarara uğratılması halinde, bu

²⁶¹ Campbell, Dennis; Campbell, Christian, *International Liability of Corporate Directors*, 2. Baskı, İsviçre 2013, s. 9; Akdağ Güney, s. 136, 148 vd.; Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 122 III 195.

²⁶² Detaylı açıklamalar için bkz. Akdağ Güney, s. 148.

²⁶³ Çamoğlu, Sorumluluk, s. 197.

²⁶⁴ Doğan, s. 283; Çamoğlu, Sorumluluk, s. 197; Campbell; Campbell, s. 7.

²⁶⁵ Yargıtay 11. HD., 10.02.2014, E. 2012/14536, K. 2014/2258 (kazancı çevrim içi); aynı yönde Yargıtay 11. HD., 08.12.2003, E. 4466, K. 11543 (kazancı çevrim içi).

²⁶⁶ Yargıtay 11. HD., 07.10.1994, E. 1994/5009, K. 1994/7236 (kazancı çevrim içi).

işlemlere nezaret etme durumunda olan diğer yönetim kurulu üyelerinin de söz konusu zarardan müteselsilen sorumlu olacağı karara bağlanmıştır.

Üst gözetim yükümlülüğü kapsamında örneğin, bilgi akışının etkili bir şekilde sağlandığı bir yönetim organizasyonunun kurulması²⁶⁷, şirketin iş ve işlemleri hakkında raporlar istenmesi, şirketin defter ve kayıtlarının belirli aralıklarla incelenmesi, elde edilen bilgilerin eleştirilen bir gözle değerlendirilmesi, tereddüt halinde ek bilgi ve belge talep edilmesi, gerekli görülmesi halinde uzman kişilerin görevlendirilmesi ve toplantılar yapılması gerekmektedir²⁶⁸.

Yönetim kurulunun üst gözetim sorumluluğunun sınırı ise, TTK m. 553 f. 3 ile belirlenmiş olup²⁶⁹, buna göre, “hiç kimse kontrolü dışında kalan, kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamaz; bu sorumlu olmama durumu gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmaz”.

Maddenin gerekçesinde hükmün amacı şöyle ifade edilmektedir: “Bu hüküm yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının ve kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür. Çünkü uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takatinin üstünde bir gözetim anlayışıyla şirketteki her türlü kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutuldukları gözlemlenmiştir.”.

Madde gerekçesinde de belirtildiği gibi, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümlülüklerini ihlal ettikleri gerekçesiyle sorumlu tutulabilmeleri için, meydana gelen zarar ile bağımsız üyelerin fiilleri arasında uygun nedensellik bağının bulunması gerekmektedir.

²⁶⁷ Altay, Sorumluluk, s. 288.

²⁶⁸ Doğan, s. 283.

²⁶⁹ Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s. 438.

Bu hükmün uygulanmasında yönetim yetkilerini haiz olmayan diğer bir ifadeyle icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin üst gözetim yetkisini kullanıp kullanmadığının, kullanmış ise ne şekilde ve hangi kapsamda kullandığının dikkate alınması gerekir²⁷⁰. Örneğin, yönetim kurulu üyesinin, yönetim kurulu toplantılarına eksiksiz katılması ve yapılan müzakerelerden ve alınan kararlardan tam olarak haberdar olması, katıldığı toplantılarda TTK m. 392 f. 2 uyarınca bilgi alma ve inceleme hakkını kullanması, toplantı dışında, yönetim kurulu başkanından izin isteyip, yönetimle görevli kimselerden işlerin gidişi ve belirli münferit işler hakkında bilgi istemesi, şirketin defterlerini ve dosyalarını inceleme talebinde bulunması gerekmektedir. Aksi halde, söz konusu yönetim kurulu üyesinin sorumluluktan kurtulmaya ilişkin TTK m. 553 f. 3 hükmünden yararlanması mümkün değildir²⁷¹. Bu halde yönetim kurulu üyesi, kusurlu davranışı sebebiyle, doğan zarardan sorumlu olacaktır.

Sonuç olarak, yönetim yetkisinin devri halinde, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin üst gözetim yükümlülükleri sebebiyle sorumlu tutulabilmeleri için; (i) üst gözetim görevinin yerine getirilmemesinde kusurlarının olması, (ii) meydana gelen zararın yönetim kurulu üyesinin kontrolü dâhilindeki olgu ve konulardan kaynaklanması ve (iii) zarar ile kusur arasında uygun nedensellik bağının olması gerekmektedir.

D- Sermaye Piyasası Mevzuatı Bakımından Aslen Sorumluluk

1. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyelerinin Onayını Gerektiren Hallerde Sorumluluk

Diğer yönetim kurulu üyelerinden farklı olarak, bağımsız yönetim kurulu üyelerine, şirketin ve diğer menfaat sahiplerinin çıkarlarını önemli ölçüde etkileyebilecek üç işlemde önemli bir görev düşmektedir. Zira, bu işlemlerde bağımsız ve tarafsız bir

²⁷⁰ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 1139.

²⁷¹ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi I, s. 1139.

şekilde karar verilmemesi başta Ortaklıklar'ı olmak üzere bir çok farklı menfaat grubunu büyük zararlara uğratabilir. Söz konusu işlemler, (i) ilişkili taraf işlemleri, (ii) yaygın ve süreklilik arz eden işlemler ve (iii) şirketin üçüncü kişiler lehine güvence vermesidir. Bu işlemler yönetim kurulunun kararına bağlıdır ve bağımsız üyelerin çoğunluğunun işleme olumlu oy vermiş olması gerekmektedir.

KYT'de düzenlenen söz konusu işlemlere ilişkin alınan yönetim kurulu kararları bakımından bağımsız üyelerin göstermeleri gereken özen derecesinin ve bu bağlamda meydana gelen zarardan sorumlu olacakları meblağın diğer üyelere nazaran daha yüksek olacağı kanaatindeyiz²⁷². Zira bağımsız üyeler diğer üyelere farklı olarak bağımsız yönetim kurulu üyesi olmaları nedeniyle üstlenecekleri görevleri gereği gibi yerine getirecek mesleki eğitim, bilgi ve tecrübeye sahip olmalıdırlar. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sahip oldukları nitelikler nedeniyle göreve gelmeleri, duruma göre göstermeleri özen derecesini arttırmaktadır.

Bu işlemlerin diğer herhangi bir işleme nazaran menfaat sahiplerinin menfaatlerinin daha büyük ölçüde farklılaştığı işlemlerdir. Örneğin, ilişkili tarafla yapılan bir işlem, duruma göre hâkim ortağın menfaatine olmakla birlikte, şirketin, azınlık pay sahiplerinin, alacaklıların hatta çalışanların zararına sonuçlar doğurabilmektedir. Bağımsız üyelerin Ortaklıklar'daki varlıkları tam da bu noktada belirginleşmekte, menfaat sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarını dengeleyecek şekilde tarafsız ve bağımsız bir karar vermeleri beklenmektedir. Bu bakımdan bağımsız üye örneğin söz konusu işlemlerin onaylanacağı yönetim kurulu toplantısı öncesinde, işleme ilişkin tüm bilgi ve belgeleri tarafsız bir bakış açısıyla değerlendirmeli, işlemin tüm menfaat sahiplerinin menfaatlerini makul derecede koruduğuna kani olmalıdır. Aynı şekilde, söz konusu işlemlerin değerlendirilmesi aynı zamanda uzmanlık ve tecrübe gerektirdiği için, bağımsız üyeler de sahip oldukları bu yetileri, bu işlemleri

²⁷² Aynı yönde bkz. Odman Boztosun, s. 160.

değerlendirirken kullanılmalı, gerekmesi halinde bilgi alma ve inceleme haklarını kullanmalıdır.

Sahip oldukları mesleki eğitim, bilgi ve tecrübe nedeniyle söz konusu işlemlere ilişkin daha özenli olmaları gereken bağımsız üyelerin çoğunluğunun veya tamamının bu işlemlere olumlu oy vermeleri ve söz konusu işlemler nedeniyle zarar doğması halinde, kusurlarının varlığı halinde, bağımsız üyeler diğer üyelere nazaran daha yüksek bir oranda zarardan sorumlu olacaklardır.

KYT’de düzenlenen ve bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun olumlu oyu gereken işlemler aşağıda ele alınmaktadır.

a) İlişkili Taraf İşlemleri

Özellikle hâkim ortaklığın ve grup şirketlerinin yaygın olduğu piyasalarda, ilişkili taraf işlemlerinin suistimali söz konusu olabilmektedir. Zira ilişkili taraf işlemleri bünyesinde çıkar çatışmalarını da barındırmaktadır. SerPK’nın 17’nci maddesinin 2’nci fıkrası ve KYT’nin 9’uncu maddesi uyarınca, ortaklıkların ve bağlı ortaklıklarının, ilişkili tarafları²⁷³ ile gerçekleştirecekleri aşağıda yer alan işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı almaları zorunludur.

Buna göre, “ortaklıklar ve bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasındaki,

a) Varlık ve hizmet alımı benzeri işlemler ile yükümlülük transferi işlemlerinde; işlem tutarının, kamuya açıklanan son finansal tablolara göre varlık toplamına veya kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarına ya da yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama

²⁷³ Tanımı için bkz. Türkiye Muhasebe Standartları.

fiyatların aritmetik ortalaması baz alınarak hesaplanacak şirket değerine olan oranının,

b) Varlık ve hizmet satışı benzeri işlemlerde; işlem tutarının (varlığın net defter değerinin yüksek olması durumunda net defter değerinin), kamuya açıklanan son finansal tablolara göre varlık toplamına veya kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolara göre oluşan hasılat tutarına (varlığın devri, kiraya verilmesi veya üzerinde aynı hak tesis edilmesi durumunda, son yıllık finansal tablolara göre söz konusu varlıktan elde edilen karın ortaklığın sürdürülen faaliyetler vergi öncesi karına) ya da yönetim kurulu karar tarihinden önceki altı aylık günlük düzeltilmiş ağırlıklı ortalama fiyatların aritmetik ortalaması baz alınarak hesaplanacak şirket değerine olan oranının,

%10'dan fazla bir orana ulaşılacağına öngörülmesi durumunda, işleme ilişkin yönetim kurulu kararlarında bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı aranır. Konunun görüşüleceği yönetim kurulu toplantılarında, ilişkili taraf niteliğinde olan yönetim kurulu üyeleri oy kullanamaz.

Bağımsız üyelerin çoğunluğunun söz konusu işlemi onaylamaması halinde, bu durum işleme ilişkin yeterli bilgiyi içerecek şekilde KAP'ta açıklanır ve işlem genel kurul onayına sunulur. Bu esaslara uygun olarak alınmayan yönetim kurulu kararları geçerli sayılmaz.”

Belirtmek isteriz ki, ilişki taraf işlemlerine ilişkin olan ve bağımsız üyelerin çoğunluğunun olumlu oyu gereken söz konusu kararların uygulanabilmesi bir diğer ifadeyle işlemin gerçekleştirilebilmesi için işleme bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun veya genel kurulun onay vermiş olması gerekir.

b) Yaygın ve Süreklilik Arz Eden İşlemler

KYT'nin 10'uncu maddesi uyarınca, ortaklıklar ve bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasındaki yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin kapsamı ve bu işlemlere ilişkin şartlar yönetim kurulu tarafından karara bağlanır. Söz konusu işlemlerin kapsamında ve şartlarında önemli bir değişiklik olması durumunda, konu hakkında yeniden yönetim kurulu kararı alınır.

Ortaklıklar ve bağlı ortaklıkları ile ilişkili tarafları arasındaki yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin bir hesap dönemi içerisindeki tutarının KYT'nin 10'uncu maddesinde öngörülen orandan fazla bir orana ulaşacağına öngörülmesi durumunda, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemleri onaylaması gerekir. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemleri onaylamaması halinde, muhalefet gerekçesinin KAP'ta açıklanması zorunludur.

Söz konusu işlemlere bağımsız üyelerinin çoğunluğunun onay vermemesi, işlemin yapılmasını engellememekte ancak söz konusu işlemlerin yatırımcıların ve diğer menfaat sahiplerinin bilgilendirilmesi amacıyla kamuya duyurulması gerekmektedir.

c) Şirketin Üçüncü Kişiler Lehine Güvence Vermesi

Ortaklıklar ile bunların bağlı ortaklıkları; (i) kendi tüzel kişilikleri lehine, (ii) finansal tablolarında tam konsolidasyon kapsamına dahil ettikleri ortaklıklar lehine, ve (iii) olağan ticari faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla diğer üçüncü kişiler lehine vermiş oldukları teminat, rehin, ipotek ve kefaletler dışında üçüncü kişiler lehine teminat, rehin, ipotek ve kefalet veremez. Ancak sermayelerine doğrudan katılanan iştirakler ve iş ortaklıkları lehine, doğrudan katılanan sermaye payı oranında teminat, rehin, ipotek ve kefalet verilebilir (KYT m. 12).

Olağan ticari faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla yukarıda (ii)'de belirtilen diğer üçüncü kişiler lehine teminat, rehin, ipotek ve kefalet verilmesine ilişkin yönetim kurulu kararlarında bağımsız üyelerin çoğunluğunun onayı aranır. Konunun görüşüleceği yönetim kurulu toplantılarında, ilişkili taraf niteliğinde olan yönetim kurulu üyeleri oy kullanamaz. Bağımsız yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunun söz konusu işlemleri onaylamaması halinde, muhalefet gerekçesinin KAP'ta açıklanması zorunludur²⁷⁴.

Söz konusu işlemlere bağımsız üyelerinin çoğunluğunun onay vermemesi, işlemin yapılmasını engellememekte ancak söz konusu işlemlerin yatırımcıların ve diğer menfaat sahiplerinin bilgilendirilmesi amacıyla kamuya duyurulması gerekmektedir.

2. Sermaye Piyasası Mevzuatı Kapsamında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunu Doğuran Özel Haller

SerPK aşağıda açıklanan hallerde, yönetim kurulu üyelerine özel yükümlülükler getirmiş ve söz konusu yükümlülüklerle aykırılık halinde yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu özel olarak düzenlemiştir. Bu hallerin birçoğunda bağımsız üyelerin özellikle komitelerde yer almaları nedeniyle söz konusu işlemlere ve/veya belgelere ilişkin diğer üyelere nazaran daha bilgili olmaları beklenmektedir. Bu da kusurlarının varlığı halinde, sorumluluk oranlarının diğer üyelere nazaran daha yüksek olmasına yol açabilecektir.

a) İzahnamede Yer Alan Bilgilerden Kaynaklanan Zararlardan Sorumluluk

Bu hallerden ilki, sermaye piyasası araçlarının halka arz edilebilmesi veya borsada işlem görebilmesi için hazırlanması zorunlu izahnamede yer alan bilgilerden kaynaklanan zararlardan sorumluluktur.

²⁷⁴ Yatırım ortaklıklarının, bankaların ve finansal kuruluşların üçüncü kişiler lehine verdikleri teminat, rehin, ipotek ve kefaletler hakkında KYT'nin 12'nci maddesi uygulanmaz.

İzahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan birinci derecede sorumlu olanlar ihraççılardır. Ancak, zararın söz konusu kişilerden tazmin edilememesi veya edilemeyeceğinin açıkça belli olması hâlinde; halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyeleri kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumludur (SerPK m. 10 f. 1). Söz konusu maddede ikinci derecede sorumlular arasında yönetim kurulu üyeleri de sayılmaktadır. SerPK’da yönetim kurulu üyeleri için öngörülen sorumluluk sistemi TTK ile örtüşmektedir. Zira, yönetim kurulu üyeleri ancak kusurlarının varlığı halinde ve durumun gereklerine göre zararlar kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumlu olacaklardır.

Söz konusu hüküm TTK’ya nazaran özel hüküm olması sebebiyle, izahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlar nedeniyle TTK’nın yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin hükümleri değil SerPK’nın 10’uncu maddesinde yer alan sorumluluk hükümleri uygulanacaktır²⁷⁵. Kanaatimizce, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının bu halde diğer üyelerden farklılaşması söz konusu değildir. Bunun nedeni, izahnamenin hazırlanması sürecinde bağımsız üyelere yüklenen farklı bir görev ve yetki bulunmaması ve bu nedenle yetki ve sorumluluk arasındaki dengenin korunması gereğidir.

b) Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağına Aykırılık

Bu hallerden ikincisi ise, örtülü kazanç aktarımı yasağıdır. Söz konusu yasağın amacı, Ortaklıklar’ın karlılıklarının ve malvarlıklarının korunmasıdır. Zira, bu halde esasen Ortaklıklar’ın karlılıkları veya malvarlıkları bir şekilde ilişkili kişilere aktarılmaktadır.

Ortaklıklar örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık halinde açıkça zarara uğrarlar. Her ne kadar yasak kapsamında yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu

²⁷⁵ Odman Boztosun, s. 153.

açıkça düzenlenmemiş olsa da, örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırılık bir yönetim kurulu kararına dayanmakta ise ve ortaklığın uğradığı zarar söz konusu karara dayanıyorsa, yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluklarının doğması söz konusu olabilecektir²⁷⁶. Bu yönde bir karar olmasa dahi, yönetim kurulu üyelerinin bu işlemlerden haberdar olması veya özen yükümlülükleri kapsamında haberdar olmalarının gerektiğinin ispatı halinde, üyeler doğan zarardan sorumlu olacaklardır²⁷⁷.

Ortaklıklar'ın finansal denetiminin, tamamının bağımsız üyelerden oluştuğu denetimden sorumlu komitenin görev alanında yer alması nedeniyle, özellikle bağımsız üyelerin söz konusu işlemlerden öncelikli olarak haberdar olması ve gereken önlemleri almaları gerektiği kanaatindeyiz. Aksi halde, bağımsız üyelerin meydana gelen zarar nedeniyle sorumlu olacakları miktar diğer üyelere nazaran daha yüksek olabilecektir.

c) Finansal Tablo ve Raporlardan Doğan Sorumluluk

Sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurul'a başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişiler ve SerPK'ya tabi yatırım fonları (ihraççı); kamuya açıklanacak veya gerektiğinde Kurulca istenecek finansal tablo ve raporları, şekil ve içerik bakımından Türkiye Muhasebe Standartları çerçevesinde Kurulca belirlenen düzenlemelere uygun olarak, zamanında, tam ve doğru bir şekilde hazırlamak ve Kurul'a sunmakla yükümlüdür (SerPK m. 14 f. 1).

Yönetim kurulu, SerPK m. 14'de belirtilen kapsamda hazırlanacak finansal tablo ve raporların kabulüne dair ayrı bir karar almalı ve kamuya yapılacak bildirimlerde finansal tablo ve raporların gerçeğe uygunluğu ve doğruluğuna ilişkin beyanlarına yer vermelidir (SerPK m. 14 f. 2).

²⁷⁶ Odman Boztosun, s. 151.

²⁷⁷ Odman Boztosun, s. 151.

Finansal tablo ve raporların SerPK m. 14 f. 1'de yer aldığı şekilde hazırlanmamasından, sunulmamasından, gerçeğe aykırı bilgiler içermesinden doğabilecek zararlardan hem ihraççı hem de kusurlarına ve durumun gereklerine göre ihraççının yönetim kurulu üyeleri sorumludur. Bu halde de, SerPK'da yönetim kurulu üyeleri için öngörülen sorumluluk sistemi TTK ile örtüşmektedir. Zira, ihraççılardan farklı olarak, yönetim kurulu üyeleri ancak kusurlarının varlığı halinde ve durumun gereklerine göre sorumlu olacaklardır.

Tamamı bağımsız üyelerden oluşan denetimden sorumlu komite, finansal tabloların ve raporların şirketin izlediği muhasebe ilkeleri ile gerçeğe uygunluğunu ve doğruluğunu öncelikli olarak incelemekte ve değerlendirmekte ve kurula görüşünü sunmaktadır. Yönetim kurulu, esasen, kendisine sunulan bilgi ve belgelere dayanarak ve eksik olduğunu düşündüğü konularda soru sorarak söz konusu raporları onaylamaktadır. Bu nedenle, kamuya açıklanan finansal tablolar ve raporlar nedeniyle bir zarar meydana gelirse, kusurlarının varlığı halinde, bağımsız üyelerin diğer üyelere nazaran daha yüksek bir oranda sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

d) Kamuyu Aydınlatma Belgelerinden Doğan Sorumluluk

Yatırımcıların yatırım kararını etkileyen bilgilerin tam ve doğru şekilde kamuya duyurulması yatırımcıların yatırım kararlarını sağlıklı bir şekilde verebilmeleri için oldukça büyük bir önem taşımaktadır. Böylece yatırımcılar yatırımlarının risk - getiri dengesini sağlıklı bir biçimde değerlendirebilecek ve tam, doğru ve güncel bilgiye dayanarak yatırım yapma veya yapmama kararı alabilecektir²⁷⁸. Aynı şekilde, mevcut yatırımcıların menfaatlerinin korunması açısından da söz konusu bilgilerdeki gelişmeler ve değişikliklerin zamanında, tam ve doğru şekilde kamuya yansıtılması gerekmektedir.

²⁷⁸ Çetin, s. 12.

Kamuyu aydınlatma belgeleri, SerPK'nın 32'nci maddesinde örneklerle açıklanmıştır. Buna göre; izahname, pay alım tekliflerinde hazırlanan bilgi formu, özel durum açıklaması, birleşme ve bölünme işlemlerinde hazırlanacak duyuru metinleri, borsada işlem görme duyurusu ve finansal raporlar gibi Kurulca kamuyu aydınlatma amacı ile düzenlenmesi öngörülen sair belgeler, kamuyu aydınlatma belgeleridir.

Kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar veya bu belgeler kendi adına imzalanan tüzel kişiler, bu belgelerde yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumludur (SerPK m. 32 f. 1). Buna göre, belgeleri imzalayan yönetim kurulu üyeleri de doğan zararlardan diğerleriyle birlikte müteselsil sorumludur.

Öte yandan, kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması konusunda bilgi sahibi olmadığını ve bu bilgi eksikliğinin kast veya ağır ihmallerinden kaynaklanmadığını ispatlayan yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulur (SerPK m. 32 f. 3). Söz konusu hükümle kusursuzluğun ispatı yönetim kurulu üyelerine yüklenmiştir. Ayrıca, ağır ihmal niteliğinde görülmeyen ihmallerde, yönetim kurulu üyeleri sorumlu olmayacaktır²⁷⁹. Sorumluluğun varlığının tespiti halinde, her bir yönetim kurulu üyesinin zararın tamamından sorumlu olacaktır²⁸⁰. Diğer bir ifadeyle, TTK sisteminde düzenlenen farklılaştırılmış teselsül bu halde uygulama alanı bulamayacaktır.

Yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiler içeren izahnamenin geçerlilik süresi boyunca; diğer kamuyu aydınlatma belgelerinin ise kamuya açıklandığı tarihten hemen sonra, ilk halka arzdan veya borsada satın alınan veya satılan sermaye piyasası araçlarının, gerçeğe uygun bilginin ortaya çıktığı tarihten hemen sonra borsada satılması veya satın alınması üzerine yatırımcıların malvarlıklarında zarar meydana gelmesi hâlinde

²⁷⁹ Odman Boztosun, s. 155.

²⁸⁰ Odman Boztosun, s. 155.

bu maddeye göre ileri sürülecek tazminat talepleri açısından kamuyu aydınlatma belgesi ile zarar arasında illiyet bağı kurulmuş sayılır (SerPK m. 32 f. 4).

e) Kar Payı Avansından Doğan Sorumluluk

II-19.1 sayılı Kâr Payı Tebliği'nin 9'uncu maddesinde, kar pay avansı dağıtım esasları ve sorumluluk düzenlenmektedir. İlgili madde uyarınca kar payı avansı, payları borsada işlem gören ortaklıkların, ara dönem finansal tablolarında yer alan kârları üzerinden, ortaklarına nakden dağıttıkları avansı ifade etmektedir. Ayrıca, kâr payı avansı dağıtmak isteyen ortaklıkların esas sözleşmelerinde hüküm bulunması ve genel kurul kararıyla ilgili hesap dönemi ile sınırlı olacak şekilde yönetim kuruluna kâr payı avansı dağıtımına karar vermek üzere yetki vermeleri zorunludur (Kâr Payı Tebliği m. 9 f. 2).

SerPK m. 20'de, kâr payı avansının dağıtımına ilişkin emredici nitelikte iki düzenleme yer almaktadır. Buna göre; (i) bir hesap döneminde verilecek toplam kâr payı avansı bir önceki yıla ait dönem kârının yarısını aşamaz ve (ii) önceki dönemde ödenen kâr payı avansları mahsup edilmeden ilave kâr payı avansı verilmesine ve kâr payı dağıtılmasına karar verilemez.

Kar payı avansına esas teşkil eden, ara dönem finansal tablolarıdır (Kâr Payı Tebliği m. 9 f. 2). Söz konusu tabloların gerçeği dürüst bir şekilde yansıtmamasından veya mevzuat ile muhasebe ilke ve kurallarına uygun olarak düzenlenmemiş olması nedeniyle dağıtılan kâr payı avansının doğru olmamasından doğan zararlar için, kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde yönetim kurulu üyeleri, ortaklığa, pay sahiplerine, ortaklık alacaklılarına ve ayrıca doğrudan doğruya olmak üzere kâr payı avansının kararlaştırıldığı veya ödendiği hesap dönemi içinde pay iktisap etmiş bulunan kişilere karşı sorumludurlar (SerPK m. 20 f. 2).

Hukuki sorumluluk doğuran hâllerin varlığı hâlinde, pay sahipleri ve yönetim kurulu üyeleri tarafından kar payı avansı dağıtımına ilişkin yönetim kurulu kararının ilanından itibaren otuz gün içinde, kararı iptal davası açılması mümkündür (SerPK m. 20 f. 2).

Tamamı bağımsız üyelerden oluşan denetimden sorumlu komite, finansal tabloların şirketin izlediği muhasebe ilkeleri ile gerçeğe uygunluğunu ve doğruluğunu öncelikli olarak incelemekte ve değerlendirmekte ve kurula görüşünü sunmaktadır. Yönetim kurulu, esasen, kendisine sunulan bilgi ve belgelere dayanarak ve eksik olduğunu düşündüğü konularda soru sorarak söz konusu raporları onaylamaktadır. Bu nedenle, kamuya açıklanan finansal tablolara dayanılarak dağıtılan kar payı avansı nedeniyle bir zarar meydana gelirse, kusurlarının varlığı halinde, bağımsız üyelerin diğer üyelere nazaran daha yüksek bir oranda sorumlulukları söz konusu olabilecektir.

E- Bağımsız Üyelerin Sorumluluğunun Farklaştırılmış Teselsül Açısından Değerlendirilmesi

İkinci bölümün birinci kısmında detaylı şekilde açıklandığı üzere, aynı zarardan sorumlu olan yönetim kurulu üyelerinden her biri, zarar kendisine isnat edilebildiği ölçüde (kusuru oranında) zarardan sorumludur.

İcrada görevli yönetim kurulu üyeleri ile icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerinin bu kapsamda bağımsız yönetim kurulu üyelerinin aynı zarar nedeniyle müteselsil sorumluluklarının olup olmadığının incelenmesinde dikkate alınması gereken husus her bir yönetim kurulu üyesinin kusurunun derecesidir. Buna göre, icrai yetkilerini tamamen murahhaslara devreden bağımsız yönetim kurulu üyelerinin, murahhasların fiil ve kararlarından sorumlu olmaları kural olarak mümkün olmamaktadır. Ancak bağımsız yönetim kurulu üyeleri de, murahhasları özenle seçme, üst yönetim ve bu kapsamda talimat verme ve üst gözetim yükümlülüklerini yerine

getirmemeleri halinde, meydana gelen zarardan Murahhaslarla birlikte sorumlu olurlar (TTK m. 553).

Farklılaştırılmış teselsül prensibine göre, zararın ortaya çıkmasında kusuru bulunan her bir kişi, kusurunun derecesi oranında zararı tazminle yükümlüdür. Her ne kadar zarar Murahhasın bir fiil veya kararı sonucu meydana gelmiş olsa da, söz konusu fiil veya kararın icrası sırasında üst gözetim yükümlülüğü bulunan yönetim kurulu üyelerinin de söz konusu zarardan sorumluluğu doğar.

Her bir yönetim kurulu üyesinin sorumluluğunun derecesinin belirlenmesinde söz konusu üyenin şirketin organizasyon yapısı içindeki yeri, fonksiyonu, sahip olduğu yetkiler ve bu yetkilerin kapsamı rol oynar²⁸¹. Buna göre, zararın meydana gelmesine neden olan iş veya işlemin operasyonel boyutu ağır basıyorsa icrada görevli yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyelerine göre daha fazla olması gerekecektir²⁸². İcrada görevli olmayan üyelere ve özellikle bağımsız üyelere bazı özel görevler yüklenmiştir. Tebliğ'de kurulması zorunlu olan komitelerde başkan olarak görev alan bağımsız üyeler için söz konusu komitelerde üstlendikleri görevler de bu kapsamdadır.

Örneğin, Tebliğ uyarınca kurulması zorunlu kurumsal yönetim komitesinin görevleri arasında, Ortaklıklar'da kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanıp uygulanmadığını, uygulanmıyorsa gerekçesini ve bu prensiplere tam olarak uymama dolayısıyla meydana gelen çıkar çatışmalarını tespit etmek ve yönetim kuruluna kurumsal yönetim uygulamalarını iyileştirici tavsiyelerde bulunmak yer almaktadır. Söz konusu komitenin başkanının bağımsız üyelere olması gerekmektedir. Esasen, komitelerin yerine getirmedikleri görevleri nedeniyle hukuki sorumlulukları bulunmamakla birlikte, bağımsız üyelerin komite üyesi olarak değil ancak yönetim kurulu üyesi olarak üst gözetim ve üst yönetim görevleri mevcuttur. Dolayısıyla, zararın, bu

²⁸¹ Doğan, s. 287.

²⁸² Odman Boztosun, s. 159-160.

görevlerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi sebebiyle meydana gelmesi halinde, icrada görevli olmayan üyelerin bu bağlamda da bağımsız üyelerin sorumluluklarının diğer üyelere nazaran daha fazla olacağı kanaatindeyiz²⁸³. Zira, bu alanlarda bağımsız üyelerin diğer üyelere nazaran daha bilgili ve ilgili olmaları beklenmektedir.

İlaveten, bağımsız yönetim kurulu üyeleri, ilişkili taraf işlemleri, yaygın ve süreklilik arz eden işlemler ve üçüncü kişiler lehine güvence verilmesine ilişkin kararlarda, ayrı bir hassasiyet göstermeli ve bilgi alma ve inceleme haklarını kullanarak gerekirse olumsuz oy vermeli ve gerekçelerini ayrıntılı olarak zapta geçirtmelidir. Bu halde, diğer bağımsız üyelerin olumlu oy vermesi sebebiyle kararın alınması halinde, olumsuz oy kullanarak gerekçesini zapta geçiren bağımsız üyenin, söz konusu karar nedeniyle bir zarar doğması halinde sorumluluğu doğmayacaktır²⁸⁴.

²⁸³ Bu yönde bkz. Odman Boztosun, s. 160.

²⁸⁴ Odman Boztosun, s. 160.

SONUÇ

Çalışmamızda bağımsız yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu ele alınmıştır. Bağımsız yönetim kurulu üyeleri, görevlerinin gerektirdiği bilgi, uzmanlık ve tecrübeye, menfaat sahiplerinin menfaatleri arasında bir denge kurarak hareket etme yeteneğine, tecrübesine ve en önemlisi de isteğine sahip üyelerdir. Ortaklıklar'ın yönetim kurullarında yönetim kurulu üye sayısının en az üçte biri kadar bağımsız üyenin bulunması zorunludur. Çalışmamızın kapsamına yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu dâhil edilmiş olup, bu bağlamda bağımsız üyeler de dahil yönetim kurulu üyelerinin asli sorumlulukları incelenmiştir.

Kural olarak, yönetim kurulu üyeleri kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan aslen ve şahsen sorumludurlar. Bu kapsamda, örneğin yönetim kurulunun devredilemez görev ve yetkilerinden herhangi birinin ihlali halinde, bağımsız yönetim kurulu üyelerin de diğer yönetim kurulu üyeleri gibi aslen ve şahsen doğan zarardan sorumlu olacaklardır. Aynı şekilde, yönetim kurulunun kurul halinde aldığı kararlardan da her bir yönetim kurulu üyesi, kusurunun varlığı halinde, kusuru oranında aslen ve şahsen sorumludur. Söz konusu yönetim kurulu kararının alınmasında üyelerin takdir kullanmaları halinde, üyelerin göstermiş oldukları özen ve bu kapsamda da sorumlulukları, “business judgment rules” ilkelerine göre belirlenecektir.

Bu kuralın istisnası ise aynı madde düzenlenmiş olup, buna göre, kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak, başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen göstermediklerinin ispat edilmesi hâli hariç, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmazlar. Söz konusu madde kanaatimizde devir halinde asli sorumluluk haline ilişkindir. Bir diğer ifadeyle, yönetim yetkilerini devreden yönetim

kurulu üyeleri, devredilen yetkiler bakımından artık aslen sorumlu tutulamayacaktır. Bunun tek istisnası ise, yönetim yetkilerini devralan kişilerin seçiminde makul derecede özen gösterilmemesidir. Bu halde, tüm yönetim kurulu üyeleri (bağımsız üyeler de dâhil), yönetim yetkilerini devralan kişinin fiil ve kararlarından şahsen sorumlu olacaklardır.

Yönetim yetkilerinin devri halinde ise, sorumluluğun ortadan tamamen kalktığını söylemek güçtür. Yönetim kurulu devrettiği görev ve yetkiler bakımından üst gözetim görevlerini sürdürür. Bu kapsamda, yönetim kurulu, yönetim yetkilerinin devredildiği kişilerin fiil ve kararlarını belirli sıklıklarla kontrol etmeli, gerekmesi halinde talimatlar vermeli ve istisnai hallerde yönetim yetkilerinin devredildiği kişileri görevden almalıdır. Aksi halde, yönetim kurulu üyeleri (bağımsız üyelerde de dahil) de murahhaslarla birlikte ikinci derecede sorumlu olacaklardır.

Bu anlamda, bağımsız yönetim kurulu üyelerinin henüz zarar doğmadan üst yönetim ve üst gözetim yükümlülüklerini layıkıyla yerine getirmeleri hukuki sorumluluklarının doğmaması açısından oldukça önemlidir. Bağımsız üyeler üst gözetim görevlerini, bilgi alma haklarını kullanarak ve tüm üyelerinin bağımsız üyelerden oluşması zorunlu denetimden sorumlu komitesi aracılığıyla yerine getirebilirler²⁸⁵.

Son olarak, bağımsız üyelerin sorumluluk derecelerinin mahkemeler tarafından bazı hallerde daha yüksek tutulabileceğini belirtmekte fayda görüyoruz. Bunun nedeni, aynı zararın ortaya çıkmasına sebep olan yönetim kurulu üyelerinden her birinin zarardan, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde diğer üyelerle birlikte müteselsilen sorumlu olmasıdır. Bu bağlamda, örneğin denetim komitesini oluşturan bağımsız üyelerin, komite üyeliği nedeniyle üstlendiği görev ve yetkiler nedeniyle diğer yönetim kurulu üyelerine

²⁸⁵ Kayıhan, Şaban, 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketlerde Üst Gözetim, Ankara 2011, s. 129.

nazaran pek çok konuda daha yüksek bir özen göstermeleri gerekecek, bu da bağımsız üyelerin bir zarar meydana geldiğinde diğer yönetim kurulu üyelerine nazaran, duruma göre, daha yüksek derecede zarardan sorumlu olmalarına neden olabilecektir.