

“COMPLIANCE” KAVRAMININ ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKUNDAKİ ANLAMI VE SORUMLULUK SİSTEMİNE ETKİSİ

Yard. Doç. Dr. Ali Paşlı*

1. İşbu çalışma, 01.07.2011 tarihinde İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde düzenlenen “Türk Alman Hukuk Sempozyumu - Deutsch Türkisches Rechtssymposium: Teori ve Uygulama Açısından Şirketlerin Kurallara Uyması (Compliance) Tartışmaları” isimli sempozyum çerçevesinde hazırlanan tebliğ metnine dayalı olduğu için, anılan Sempozyum ve burada sunulan tebliğlerin yöneldiği alanlar da göz önüne alınarak, burada, özellikle Kıta Avrupası hukukunda yeni gelişmekte olan, Türk hukuku açısından ise çok yeni bir konu olan “compliance” hukukuna yönelik ayrıntılı bilimsel tartışmalara ve değerlendirmelere girilmektense, kavramın ne olduğu ve bilhassa anonim ortaklıklar hukukundaki muhtemel karşılığına yönelik açıklamalarda ve öncül tespitlerde bulunulacaktır.

2. “Compliance”ın Terimsel Karşılığı

İngilizce bir kelime olan “compliance”, “uymak, razı olmak” anlamına gelen “comply (with)”¹ fiiline dayanmakta olup, “uygunluk, uyumlu olmak” şeklinde tercüme edilebilir. Kelimenin anlamındaki, kelimeyi teknik bir terim hâline getirme yolundaki öncelikli daralma, uygunluğun/uyumluluğun sözleşmesel, ahlâki ya da yasal kurallara yönelik olmasındadır. Compliance, ancak ilgili kurallara uygunluk varsa, “var”dır².

Buradan bir adım daha atılarak “Regulatory Compliance (Yasal Uyumluluk)” kavramına/terimine ulaşılmıştır. Bu kavram, yasal açıdan yapılması gerekenlerin karşılanmış olduğunu, yani yapıldığını ifade eder. Buradaki “yasal”lık, mevzuatta bulunan kurallara uyumu ifade eder. Mevzuat ise, hem birincil hem de ikincil nitelikteki düzenlemeler; yani kanunlar, tüzükler, yönetmelikler, tebliğler ve diğerleridir. Bu yönüyle “regulatory compliance” kavramı, pozitif hukukta belirtilen yükümlülüklerin tamamının yerine getirilmesini karşılamakta; borçlar ve ticaret hukukundan vergi hukukuna/mali hukuka, rekabet ve çevre hukukundan işletmenin dâhil olduğu sektöre yönelik -sağlık hukuku, enerji hukuku, spor hukuku gibi- özel düzenlemelere kadar oldukça geniş bir alana yayılmaktadır.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bkz. örn. Webster’s Seventh New Collegiate Dictionary, ty, s. 170.

² İlgili kurallara, hukuka aykırılığın önlenmesi için işletmenin/firmanın kendi içerisinde benimsediği kurallar bütünü de dâhil olup, amaçlanan, aynı zamanda kamusal otoritelere de bu durumla ilgili güvence vermektir. Miriam Hechler BAER, “Governing Corporate Compliance”, Boston College Law Review, No. 50, s. 958.

Kavramın teknik bir karşılığının bulunması yolundaki gelişim, bununla da sınırlı kalmamıştır. Sonuçta tüm “kişi”ler, yani gerçek ve tüzel kişilerin hepsi, uygulama alanı kendilerini içine alan yasal düzenlemelere uymak zorunda olup, faaliyetlerini ilgili düzenlemelerdeki kurallar ile uyumlu tutmakla, bu kurallara aykırı eylem ve işlem yapmamakla yükümlüdürler. Bu anlamda, - anayasal hükümler kapsamında- kimsenin diğerinden farkı ve imtiyazı yoktur. Ancak ekonomik ve hukuki açıdan “compliance” denilince bu kavramın, işletmelere ve özellikle de anonim ortaklıklara yönelik olarak gelişme gösterdiği görülmektedir. Zira özellikle büyük anonim ortaklıkların dâhil olduğu uyumsuzluklar/non-compliance faaliyetler, bilhassa ekonomik düzenin bütünü üzerinde olumsuz etki doğurmaktadır. Bu bağlamda “compliance” anlayışı ile amaçlanan, anonim şirketlerin ve bu kapsamda şirket yöneticilerinin/çalışanlarının, ilgili yasal düzenlemelerin farkında/bilgilenmiş olmalarının ve bu düzenlemelere uygun davranmalarının sağlanmasıdır^{3 4}.

Belirtelim ki, “compliance” geniş anlamı ile sadece yasal düzenlemelere uygunluğu ifade etmese, bir anonim şirketin yasal düzenlemeleri aşar bir şekilde uymakla yükümlü olduğu etik standartlar, kurumsal yönetim (corporate governance) ilkeleri gibi kurallara uygunluğu kapsamına alsa da, bugün gelinen noktada “compliance” denildiği vakit, öncelikle anlaşılan “regulatory compliance”dır. Bizim de “compliance” ile kastettiğimiz husus, ilgili anonim ortaklığın faaliyetlerini, kapsamına girdiği yasal kurallara uygun sürdürmesi; bu yönde bir iradeyi/amacı taşımasıdır.

Öte yandan unutulmamalıdır ki, mevzuatın dışında; ilgili kişiyi bir şekilde bağlayacak diğer kurallar, kavramın geniş anlamının içindedir. Tıpkı rekabet hukukundaki “anlaşma” ile borçlar hukukundaki “sözleşme” farkında olduğu gibi, buradaki bağlılık için de hukuki bağlılık gerekmemektedir. Örneğin bir şirkette kurumsal yönetim ilkeleri/standartları açısından yapılan bir inceleme de, “compliance” olarak anılabilmektedir. Kurumsal yönetim anlayışına egemen olan “apply or explain (uygula veya açıkla)” prensibi de bu durumu teyit etmektedir⁵. Buna göre bir anonim ortaklık, kurumsal yönetim ilkelerine

³ Son dönem yasal düzenlemelerinde, bizatihi anonim ortaklıklara ve onları kontrol edenlere yönelik, mevzuata uyum konusundaki olumlu iradelerinin yazılı bir beyan şeklinde alınması eğilimi dikkati çekmektedir. Örn. 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu (= YTK) m. 349’da düzenlenen kurucular beyanında, bizatihi anonim ortaklık kurucularından kuruluş işlemlerinin usulüne uygun yapıldığına ilişkin özel bir beyan/taahhüt alınmakta; keza örneğin sermaye artırımında da bu şekildeki bir özel beyan, yönetim kurulunca hazırlanmakta ve imzalanmaktadır (m. 457). Ayrıca bkz. YTK. m. 586. YTK.’daki kurucular beyanını karşılayan İngiliz Şirketler Kanunu (= CA) m. 13’deki kanun hükümlerine uyulduğuna ilişkin beyanın adı, “statement of compliance (uyum beyanı)”dır. Aynı şekilde esas sözleşme değişikliklerinde anılan beyan için bkz. CA m. 24. Yine bu bağlamda, İstanbul Menkul Kıymetler Borsası (= İMKB) Kotasyon Yönetmeliği m. 9’da sayılan hisse senedi ilk kotasyon başvuru belgelerinden biri de, kamuyu aydınlatma kuralları ve İMKB tarafından getirilen düzenlemelere uyulacağına ilişkin -şekli ve içeriği İMKB tarafından belirlenen- “beyan yazısı”dır.

⁴ İşte buradaki “uyum iradesi”, kavramın devletler genel hukukunda da kullanılmasına yol açmaktadır.

⁵ Bkz. Ali PASLI, Anonim Ortaklık Kurumsal Yönetimi: Corporate Governance, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2005, s. 344-345.

uyum zorunda değildir. Uymuyorsa bunu kamuya açıklamalıdır. Ancak eğer uyum (comply) beyanı açıklanmış ise, bu ilkeler açısından sürekli bir inceleme/denetleme altında tutulacak, gerçekten kurumsal yönetim ilkelerine uyup uymadığı kontrol edilecektir. İşte bu tür bir anonim şirketteki inceleme de, “compliance” denetimi olarak anılabilmektedir. Dolayısıyla -dışarıdan yapılacak- compliance denetiminin, kurumsal yönetimi kapsamı da mümkündür⁶.

O zaman vardığımız nokta, “compliance”ın (geniş anlamda) şirketlerin ve tıpkı kurumsal yönetimde olduğu gibi anonim ortaklıkların, bunlar içinde de genellikle büyük, halka açık, menkul kıymetleri borsada işlem görenlerin, öncelikle ve esas olarak yasal kurallara uyumunu karşılamakla birlikte, onların taahhütlerini de kapsar şekilde hukuka uygun davranma yükümlülüğünü ifade ettiği. Tabii ki, şirket tüzel kişiliği açısından bu uyumluluk da, ancak şirket organlarının ve organların yetkilerini/görevlerini delege ettiklerinin, yetkilerini kullanırken ve görevlerini ifa ederken, hukuk kurallarının bilincinde olmaları ve yasal kurallara uygun hareket etmeleri ile sağlanabilecektir. İşte anonim ortaklıklarda “compliance”ın ilk işlevi, şirketi dış ilişkilerde hukuki sorumluluk altına sokabilecek bilhassa üst düzey yöneticilerin, hem işlerin genel işleyişi hem de spesifik olarak somut bir olayda hukuk kuralları bakı-

⁶ Türk Hukukunda kurumsal yönetim ilkelerine uyma açısından -borsa şirketleri açısından dahi ilk başlarda herhangi bir uyum ve kamuyu aydınlatma bakımından- bir zorunluluk olmamakla birlikte, 2004 yılı itibarıyla Sermaye Piyasası Kurulu’nun (= SPK) 10 Aralık 2004 tarih ve 48/1588 numaralı kararıyla belirlenmiş olan şirketlere, kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk raporu hazırlama zorunluluğu getirilmiştir. Rapor içeriğinde şirketler yalnızca kurumsal yönetim ilkelerine uygunluğu ne ölçüde sağladıklarını değil bunun yanı sıra söz konusu ilkelere sapa nedenlerini de göstereceklerdir. Bkz. Gül OKUTAN NILLSON, “Corporate Governance in Turkey”, European Business Organization Law Review, 2007/8, s. 203 ve orada dph. 28.

Öte yandan SPK’nın yetkilerinin sayıldığı, Sermaye Piyasası Kanunu (= SerPK) m. 22’ye, -2011 yılının sonlarında- 26/09/2011 tarih ve 654 sayılı KHK’nın 2. maddesi ile eklenen “Sermaye piyasasında kurumsal yönetim ilkelerini tespit ve ilan etmek, yatırım ortamının iyileştirilmesine katkıda bulunmak üzere, borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklardan halka açıklık oranları, yatırımcı sayısı ve niteliği, dâhil oldukları endeks ve belirli bir zaman dilimindeki işlem yoğunluğunu dikkate alarak belirlemiş olduğu gruplarda yer alanların kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutmak, buna ilişkin usul ve esasları belirlemek, getirilen uyum zorunluluğuna aykırı işlemlerin hukuka aykırılığının tespiti veya iptali için her türlü teminattan muaf olarak ihtiyati tedbir istemek, dava açmak, açılan davada uyum zorunluluğunun yerine getirilmesi sonucunu doğuracak şekilde karar alınmasını istemek.” düzenlemesi ile birlikte kurumsal yönetim alanında yeni sisteme geçişin ilk dayanak adımı atılmış oldu. Ayrıca aynı yönde, inc. Yeni SerPK. m. 17/2.

Böylelikle; “Uygula veya açıkla (apply or explain)” prensibinden, sınırlı düzeyde de olsa -kısmen veya tamamen- “zorunlu uygulama” sistemine geçiş yetkisi SPK’ya verilmiş oldu; ve ayrıca uyumun fiilen sağlanmasına yönelik olarak -tazminat ya da idari tedbir ile yetinmeksizin- SPK’ya özel dava yetkisi verildi.

Kanun’un verdiği yetkiye binaen SPK, ilk olarak 11.10.2011 tarih ve 28081 (2. mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de (= RG) yayınlanan Seri: IV, No: 54 sayılı “Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine Ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ”i, ardından da bu Tebliğ’in yerine yürürlüğe girmek üzere aynı ismi taşıyan ve bugün yürürlükte olan Seri: IV, No: 56 sayılı Tebliğ’i (RG. 30.12.2011, 28158) çıkarmıştır.

mından doğru yönlendirilmelerinin/bilgilendirilmelerinin sağlanmasıdır. “Compliance” açısından ikinci aşamada ise, söz konusu yasal kurallara uygunluğun -aykırılığın hukuki yollarla düzeltilmesi ile değil de, başlangıçta fiilen sağlanması gelmektedir ki, bu da, ancak şirketin ve onu geniş anlamda yönetenlerin “uyum” iradeleri ve istekleri ile mümkündür.

3. “Compliance”ın Gelişimi

Kavramın ortaya çıkışı, tıpkı “corporate governance”da olduğu üzere, anonim ortaklıklar hukukundaki son yıllardaki eğilime de uygun bir şekilde Amerika’ya dayanmaktadır. Anılan ülkede bilhassa yurt dışına yatırım yapan şirketlerin, yabancı ülkelerde yolsuzluk/rüşvet usulsüzlüklerine karışması skandal boyutunda ortaya çıkmış; bu olayların tetiklemesi ile, 1970’li yılların ortalarından itibaren şirketlerin, hem kendi ülkelerinde hem de yatırım yaptıkları yabancı ülkelerde yasalara uygun davranması hususu kavramsal bir konu olarak ele alınıp, çeşitli çalışmalara, takiben de -bazı yönleri ile- özel yasal düzenlemelere bağlanmıştır. Ortaya çıkışları itibarıyla ceza hukuku temelli düzenlemeleri, zamanla sermaye piyasası hukukunun kapsamına giren yasal düzenlemeler takip etmiştir: Bunlar arasında Foreign Corrupt Practices Act, Sentencing Reform Act ve onu takiben Federal Sentencing Guidelines ve tabii ki Sarbanes-Oxley Act anılmalıdır. Konunun ceza hukuku açısından sıklıkla ele alınması da, bu tarihi gelişim ile açıklanabilir.

Öte yandan “compliance”ı bağımsız bir araştırma konusu ve muhtemelen hukuk dalı hâline getiren esas husus, anonim ortaklığın dâhil olduğu bir kanuna aykırılık durumunun bizatihi ilgili kanundan kaynaklanan sonuçlarından ayrı olarak, şirket içindeki ilgili tarafların -bu olaydan kaynaklanan- sorumluluk rejiminin belirlenmesi gereğidir. Böylelikle “compliance”ın bir “dış”, bir de “iç” cephesi ortaya çıkmaktadır. Anonim ortaklık tüzel kişiliğinin yasal kurallara uyumu meselesi ve bunun sağlanması “compliance”ın dış cephesi iken; bir kanuna aykırılık yani non-compliance durumunun ortaya çıkması hâlinde şirket içinde kimin/kimlerin, hangi sebeple birinci ya da ikinci derecede sorumluluklarının bulunduğu meselesi ise “compliance”ın iç cephesidir. Esasında sonuç itibarıyla söz konusu iç cephe, dışarıda yani büyük resimde ilgili ortaklığın yasalara uyumunun sağlanmasına hizmet etmektedir.

4. “Önleyici Hukuk” Kavramı

“Compliance”ın geldiği bu noktada, karşımıza “preventive law” yani “önleyici hukuk” kavramı/teorisi çıkmaktadır. Zira compliance, sonuçta içeride kurulacak sistemle şirketin dışarıda yasalara uygun eylem ve işlemlerde bulunmasını amaçlamaktadır. Yani söz konusu hukuk, yasalara aykırılığın varlığı durumundan önce, aykırılık ortaya çıkmadan uygulama alanı bulmakta ve böylelikle muhtemel ihtilafların -mümkün olduğunca- azalmasını amaçlamaktadır.

Önleyici hukuk, hukuka aykırı olacak bir eylemin, gerçekleştirilmeden önce tespit edilip ikasının önlenmesini, böylelikle düzenin muhafazasını, hukuka aykırılıkların azalmasını amaçlar. Buradaki hukuk anlayışı, caydırma

değil, “önleme”dir⁷. İşte “compliance”, bir önleyici hukuk aracıdır/mekanizmasıdır. Çünkü compliance anlayışı ile anonim şirketlerin hem şirket iç işleyişinde bilhassa pay sahipleri ile olan ilişkilerde hem de dış âlemden üçüncü kişilerle yani menfaat grupları/ilgililer (stakeholders) ile olan ilişkilerde hukuk kurallarına uygun davranması amaçlanır. Compliance’in amacı, mevcut ve muhtemel hukuka aykırılıkların tespiti/engellenmesi, takiben ihtilafların/uyumsuzlukların doğumunun önlenmesidir. Unutulmamalıdır ki, şirket içindeki ve dışındaki uyumsuzluklar, ilgili şirketin/markanın imajı, kredibilitesi, piyasa değeri açısından oldukça olumsuz bir faktördür. Compliance, bu olumsuzluğun ortaya çıkma ihtimalini/oranını azaltacaktır.

Compliance hukuku, yasal kurala aykırılığın ilgili hukuk dalındaki hukuki sonuçları ile değil; bu aykırılığın ortaya çıkmasının önlenmesi, ilgili kurala uyum ve uyumsuzluk durumunda bu önleyememe durumunun sonuçları ve sorumluları ile ilgilenmektedir. Bu bağlamda Compliance anlayışı/hukuku örneğin, sözleşmedeki Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’a aykırı bir sınırlayıcı hükmün rekabet hukuku açısından değerlendirilmesi ve bunun rekabet hukuku, takiben borçlar hukukundaki sonuçlarına değil; bu sınırlayıcı/yasal düzene aykırı hükmün ilgili sözleşmede yer alma nedenine, Rekabet Kurulu olaya müdahil olup, soruşturma açmadan/karar vermeden önce bu hükmün sözleşmeden neden çıkarılmadığına; şirket içindeki ya da dışındaki süreçte/organizasyonda hangi aşamada bir ihmalin bulunduğuna yöneliktir. Compliance hukuku, işte bu sürecin oluşturulması ve genel anlamda yasalara uyumun sağlanmasını hedef almaktadır.

5. Compliance Araçları

Hemen yukarıda açıklanan önleme amacına ulaşılabilmesi noktasında şirketler hukuku iki yeni kurum/araç ortaya çıkarmıştır:

Şirket dışında: Corporate Compliance Program (şirketlerin uyumluluk programı)

Şirket içinde: Compliance manager/officer (compliance yöneticisi)

“Compliance” kavramını, eğer öyle ise, bağımsız bir hukuk dalı hâline getiren de esasen bu araçların oluşturulması ve işleyişidir.

5. 1. Corporate Compliance Program/Principles (= CCP)

5. 1. 1. Anlamı

“CCP” şeklindeki uluslararası kısaltması ile anonim ortaklıklara yönelik compliance hizmetini veren bağımsız kuruluşlar oluşmuştur⁸. Bunlar, ilgili şirket ile herhangi bir bağlantısı olmayan, profesyonel olarak bu hizmeti veren, bünyesinde bilhassa hukukçulardan oluşan bir kadrosu bulunan, kendisi de

⁷ Önleyici hukuk amaç olarak, acil durumlarda müvekkile müdahil olan vekil yerine, müvekkille sıkı ilişki içerisinde olan ve klasik yargılama yaklaşımı yerine vekili danışman olarak gören ve kendisini planlama işbirliği vasıtasıyla ifade eden bir yaklaşımdır. Z. Jill BARCLIFT, “Preventive Law: A Strategy For Internal Corporate Lawyers to Advise Managers of Their Ethical Obligations”, Journal of Legal Profession, 2008/33, s. 34.

⁸ İnc. National Center for Preventive Law, Corporate Compliance Principles, 1996, s. 49.

anonim ortaklık ya da başka bir ortaklık olabilecek olan bağımsız kuruluşlardır. Bunlar, âdeta compliance hizmetini anonim ortaklıklara satmaktadır. İlgili ortaklık, uyum açısından nerede olduğunu bu kuruluşlardan satın aldığı “uyumluluk programı” ile öğrenebilmekte ve önlemini buna göre alabilmektedir⁹.

Tıpkı bağımsız dış denetimde olduğu üzere, burada da şirket dışında yer alan bağımsız kuruluş(lar) ile, ilgili anonim ortaklık anlaşmakta ve bu anlaşma çerçevesinde, dış bağımsız incelemeyi yapacak olan kuruluş, anonim şirketin compliance açısından âdeta röntgenini çekmektedir. Ayrıntılı inceleme sonucunda, şirketin yasal düzenlemeler karşısındaki mevcut konumu tespit edilmektedir. Böylelikle şirketin yasal düzenlemeler ile uyumu; mevcut durum itibarıyla hangi yasal kurala uyulduğu, hangisine uyulmadığı, hangi konuda bir riskin bulunduğu ortaya konularak; risk erken teşhis edilmektedir¹⁰. Hatta bir adım daha atılarak hukuka uygunluk için yapılması gerekenler de, bu program ile tespit edilebilmektedir.

5. 1. 2. Çeşitleri

Ortaklığa dışarıdan verilen söz konusu compliance hizmetinin, yani uyumluluk programının/incelemesinin kapsamını da, gene, “içerisi” ve “dışarı” olarak ikiye ayırabiliriz:

1) *Şirket içi işleyişte yasal kurallara uyum var mıdır?*

Bu inceleme, kurumsal yönetim ile iç içe olmakla birlikte, mutlaka kurumsallaşma yani kurumsal yönetim açısından bir uyum ve dolayısıyla inceleme gerekmemektedir. Kural olarak, sadece ilgili ortaklığın uygulama alanına girdiği yasal kurallara uyuluyor mu, bu yönde bir dış denetim yapılmaktadır.

Dışarıdan yani hizmet satın alımı yoluyla yapılan bu incelemenin “içeriye dönük” olmasından kasıt ise, şirketin iç ilişkide hem organik yapısı hem de pay sahipleri ile olan ilişkileri bakımından bir yasal uyumluluk incelemesinin söz konusu olmasıdır. Bu açıdan yapılan incelemede CCP’nin kapsamına giren ve tespiti gereken hususlara şu şekilde örnekler verilebilir:

Şirket tüzel kişiliğinin organları kanuna ve esas sözleşmeye uygun oluşmuş ve çalışıyor mu? Pay sahipleri ile ilişkiler ne durumda? Anonim ortaklık kontrolü dışında kalanların yani geniş anlamda azınlığın¹¹ yasal ve esas sözleş-

⁹ Tam bu noktada şu soruyu sorabiliriz: Gelişen ihtiyaçları takip eden “hukuk” bilimi mi, bağımsız bir dal/araştırma konusu olarak “compliance” kavramını ortaya çıkarmıştır yoksa söz konusu profesyonel kuruluşlar mı -çeşitli ihtiyaçlar için- böyle bağımsız-olduğu iddia edilen- bir kavramı ortaya çıkarmıştır? Aynı sorunun “kurumsal yönetim (corporate governance)” için de sorulması mümkündür. Zira hem içerik hem gelişim süreci hem de kaynak/orijin açısından birbirine benzeyen her iki kavramda da, bilhassa terimi ilk defa duyup, bunun ne olduğunu öğrenenlerde, burada “yeni” bir şey olmadığı izlenimi doğmaktadır.

¹⁰ Bkz. aş. dpn. 30.

¹¹ İnc. Oğuz İMREGÜN, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhlalleri ve Bunları Telif Çareleri, İ.Akgün Mat., İstanbul 1962, s. 48 vd.; A. J. BOYLE, Minority Shareholders’ Remedies, Cambridge Studies in Corporate Law, 2004, s. 1 vd. Geniş anlamda azınlığın sadece teknik anlamda -korunması gereken- azınlık olmadığı; ortaklık kontrolünü elinde bulunduran, bu çerçevede

mesel hakları sağlıyor mu? Şirket faaliyetleri esas sözleşmedeki sınırlar içinde yürütülüyor mu? Pay sahiplerinin bilgi alma hakkı sağlıyor mu? Gerekliliği mali tablolar genel kurul öncesi ve sonrası pay sahiplerinin incelemesine sunuluyor mu? Şirket esas sözleşmesi, -YTK. m. 340 çerçevesinde- emredici kurallara aykırı, dolayısıyla geçersiz hükümler içeriyor mu? Her hesap devresinin sonundan itibaren üç ayda bir düzenli olarak genel kurul toplanıyor mu?

CCP'nin şirket içi uygulamaya yönelik kapsamının genişletilmesi mümkündür. Bu olasılıkta şirketin sadece yasal kurallar açısından değil, bunları aşan bir şekilde örneğin kurumsal yönetim (corporate governance) ilkeleri açısından da mevcut durumunun fotoğrafı/röntgeni çekilebilir. Örneğin genel kurul çağrısının, toplantı tarihinden en az iki hafta önce yapılması [6762 sayılı Eski Türk Ticaret Kanunu (= ETK) m. 368; YTK. m. 414/1] lazımdır ve ayrıca genel kurul öncesi mali tabloların pay sahiplerinin incelemesine amade bulundurulmasına ilişkin kural, bu noktada şirkete on beş günlük bir süre vermektedir (ETK. m. 362/1; YTK. m. 437/1). Ancak bu süreler, SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri'nde üç haftadır (SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri 1.3.1.). Öyle ise, yapılan CCP, kurumsal yönetim ilkelerini de içerecek bir “corporate governance compliance program” ise varılacak sonuç başka, “genel CCP” ise başka olabilecektir. Bu belirleme, tamamen şirket ile hizmeti verecek compliance kuruluşu arasındaki anlaşmaya göre yapılacak olup, CCP denildiği vakit, genellikle corporate governance kapsam içine alınmaz¹².

2) *Şirketin üçüncü kişilerle ilişkilerini karşılayan dış âlemde yani şirketin; alacaklılar, işçiler, müşteriler, yasal kurumlar/otoriteler ile girdiği hukuki ilişkilerdeki konumu nedir? Bu ilişkilerde, şirket hukuka uygun davranıyor mu?*

Anonim ortaklığın organik yapısına dâhil olmayan, -mal varlığının ekonomik açıdan maliki konumunda olan-¹³ pay sahipleri ile ve onların kendi aralarındaki ilişkilerden ayrı olarak, üçüncü kişilerle herhangi bir “kişi” olarak girdiği ya da yasal olarak girmesi gereken/gireceği her türlü hukuki ilişkideki uyumluluk incelemesi, CCP'nin söz konusu ikinci ayağını yani “dış” kısmını karşılamaktadır.

Anonim şirketin iştigal konusu itibarıyla dâhil olduğu sektördeki kurallar, örn. sağlık mevzuatı, enerji mevzuatı; işçiler bakımından iş kanunları ve ilgili ikincil mevzuat; müşteriler bakımından tüketici mevzuatı; alacaklı ve borçlular yani iş yapılanlar bakımından sözleşmelerin incelenmesi; devlet bakımından vergi mevzuatı; rakiplerle ilişkiler bakımından rekabet mevzuatı; yatı-

ortaklık organlarını seçme imkanına sahip olan ortak/ortakların dışında kalan ortakların tamamını ifade ettiği yönünde bkz. PASLI, Kurumsal Yönetim, s.198.

¹² Ancak sermaye piyasası mevzuatı kapsamında ilgili şirket açısından uyulması zorunlu kurumsal yönetim ilkesi/kuralı, “regulatory (yasal) compliance”ın kapsamına gireceği için CCP incelemesinin dışında bırakılamaz. Yukarıda verilen örnekteki üç haftalık süre de, bu türden borsa şirketleri açısından uyulması zorunlu bir kuraldır. Bkz. Seri: IV, No: 56 sayılı Tebliğ m. 5/1. Buna karşılık örneğin şirket yönetim kurulunda en az bir kadın üyenin bulunması gerekliliği (4.3.10), ancak kurumsal yönetim ilkelerinin bütününe uyum iradesini açıklayan şirketler açısından compliance incelemesinin kapsamına girebilir.

¹³ Bu konuda inc. Ali PASLI, Anonim Ortaklığın Devralınması, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2009, s. 28 vd.

rımcılar ile ilişkiler bakımından sermaye piyasası mevzuatı bu incelemenin kapsamındadır ve bu listenin uzatılması mümkündür. Burada CCP açısından incelenen husus, tüm bu alanlardaki ilişkileri düzenleyen yasal kurallara şirketin genel itibarıyla ve/veya özeldeki işlemlerde uygun hareket edip etmediğidir. Tabii ki, bu konuda kesin bir yargıya varmak, her durumda mümkün olmayabilir ve zaten varılsa bile, bu konuda son sözü söyleme erkini haiz mahkemeler ya da düzenleyici otoriteler/makamlar başka yönde karar verebilirler. Ancak CCP ile yapılan, -yukarıda da üzerinde durulduğu gibi- var olan riskin erkenden yani ortaya çıkmadan ve şirket açısından yaratacağı zarar doğmadan tespiti, takiben gerekli önlemin alınmasıdır¹⁴. Bu durum ayrıca ileride sorumluluğunun doğması muhtemel yöneticileri sorumluluktan kurtarmak bakımından da rol oynamaktadır. Görüldüğü üzere, amaçlanan husus; sorun ortaya çıkmadan, hukuki eksikliğin CCP ile tespit edilmesi ve akabinde düzeltilmesidir.

CCP'nin esas içeriği uyum programının muhatabı olan anonim ortaklığın uyması zorunlu olan asgari kurallara yöneliktir¹⁵. Çünkü CCP çerçevesinde incelenen kanunlar ve ilgili -ikincil- yasal düzenlemeler bunların uyumunu şirket açısından zorunlu tutmaktadır.

Örneklerle devam edilecek olursa; şirketin vergisel yükümlülüklerini zamanında ve usulüne uygun bir şekilde ifa edip etmediği; elde ettiği reklam gelirin gerekli kısmını Radyo ve Televizyon Üst Kurulu'na (= RTÜK) ödeyip ödemediği; hastanede yeterli sayıda personel çalıştırıp çalıştırmadığı; iş sözleşmelerinde fahiş cezai şart bulunup bulunmadığı ve işçilerin kıdem/ihbar tazminatlarının gereği gibi ödenip ödenmediği; şirkete ait fabrikada atıkların boşaltım sisteminin uygunluğu ve bu bakımdan çevresel sorumlulukların karşılanıp karşılanmadığı; sözleşmelerde rekabeti sınırlayıcı hükümlerin bulunup bulunmadığı; genel işlem şartlarının yasal sınırları aşip aşmadığı; gerekli bilgilerin zamanında kamuyu aydınlatma platformuna bildirilip bildirilmediği; zorunlu ticari defterlerin -usulüne uygun şekilde- tutulup tutulmadığı, hep CCP çerçevesinde ilgili hizmeti veren kuruluş tarafından tespiti gereken hususlardır.

Görüldüğü üzere CCP'nin alanı çok geniştir. Birçok hukuk dalını kapsayan bir incelemenin yapılması gerekmektedir. Dolayısıyla tam bu noktada CCP'nin kapsamının -yukarıda açıklanan kurumsal yönetimi de içine alan, dolayısıyla genişleme potansiyeline sahip içeriye yönelik programdan farklı olarak- daralması ile karşılaşmaktayız. Kurumsal yönetim esas itibarıyla anonim ortaklığın iç işleyişine ilişkin bir özel yönetim modeli olduğu için CCP'nin iç

¹⁴ Örn. dikey anlaşmaları, içerdikleri rekabeti sınırlayıcı hükümlere rağmen rekabet hukuku uygulamasından muaf tutan Tebliğ'in ilgili dikey anlaşmaya uygulanmasını engelleyen bir hükmün sözleşmeden çıkarılması, böylelikle Rekabet Kurulu yaptırımlarından kurtulması; vergi hukuku açısından zamanında beyanname verilmesi ve ödemenin sağlanması, böylelikle Vergi Dairesi yaptırımlarından kurtulması (vergi uyumunun sağlanması hususunda bkz. <http://www.irs.gov/taxstats/compliancestats/article/0,,id=117875,00.html>); sermaye piyasası mevzuatı çerçevesinde yapılması gereken bir bildirim icrası Sermaye Piyasası Kurulu'nun idari tedbirinden kurtulması.

¹⁵ Amitai AVIRAM, "In Defense Of Imperfect Compliance Programs", Florida State University Law Review, 2005/32, s. 766.

kısmını genişleme yönünde etkilemekte; buna karşılık dışarıya yönelik incelemeye etki etmemektedir. Dış incelemede ise, bu sefer CCP'nin çeşitli modüller şeklinde farklı hukuk alanlarını ifade eder şekilde sunulmasından ötürü, bazı alanlara yönelik hizmetin alınmamasından ya da ilgili compliance kuruluşu tarafından bazı alanlara yönelik inceleme yapılmamasından kaynaklanan bir daralma söz konusu olabilmektedir. Örneğin sadece rekabet hukuku ya da rekabet ve fikri mülkiyet hukuku ya da bir elektrik iletim şirketine yönelik enerji piyasası hukuku compliance incelemesi söz konusu olabilir. Bu olasılıkta şirketin uyması gereken yasal düzenlemeler bakımından tam bir resmi çekilmemekte; ilgili alana yönelik, ancak bu alanı bütünüyle kapsayan bir inceleme yapılmaktadır¹⁶. Belirtelim ki, bu şekilde yapılacak inceleme bakımından, CCP şirketi ile anonim ortaklık arasındaki anlaşma gereğince sınırlama yoluna gidilmesi -iç incelemedeki kurumsal yönetimden kaynaklanan genişlemeden farklı olarak- olağan ve yaygındır.

5. 1. 3. Sorumluluk

Bu noktada ortaya çıkabilecek kritik sorun, şirketteki non-compliance bir uygulamadan yani mevzuata aykırılıktan dolayı şirketi bu açıdan inceleyip, ilgili konuda olumlu rapor veren CCP şirketinin/kuruluşunun sorumluluğunun bulunup bulunmadığıdır. Burada bağımsız denetleme şirketlerinin sorumluluğuna ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulması gündeme gelebilir. Ancak bu konu, ilgili yasal mevzuatta¹⁷ özel düzenlemeye bağlanmıştır ve kıyasen uygulamaya müsait değildir. Zira ilgili düzenleme, sermaye piyasasında kapsam içindeki şirketlerin bağımsız denetimini yapan kuruluşların sorumluluğunu konu alan özel ve istisnai bir düzenlemedir. Söz konusu istisnai düzenlemenin, kıyasen uygulama alanının genişletilmesi yasanın uygulanmasına ve yorumlanmasına ilişkin temel düzen ile -istisnaların dar yorumlanması gerektiği kuralı ile- uyumlu olmayacaktır. Aynı şekilde Yeni SerPK. kapsamında bağımsız denetleme şirketlerine benzer şekilde sorumlulukları düzenlenen derecelendirme ve değerlendirme şirketleri de, teknik bir hizmet vermekte olup, CCP şirketlerinin verdikleri compliance hizmeti sebebiyle derecelendirme ya da değerlendirme şirketi/kuruluşu kabul edilmesi mümkün değildir. En başta SPK'nın

¹⁶ Bu nedenledir ki, inceleme konusu anonim ortaklık ile CCP kuruluşu arasındaki ilişkide, -aşağıda Bölüm 5.1.3'de üzerinde durulan- vekâletin kapsamının, yapılan compliance incelemesinin yöneldiği alanlar göz önüne alınarak belirlenmesi gereklidir.

¹⁷ Eski SerPK. m. 16, 22/d ve 22/e uyarınca çıkarılan Seri X, No:22 sayılı “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ”in 29. maddesi uyarınca bağımsız denetim kuruluşu, denetlenen ortaklık ve üçüncü kişilerin, bağımsız denetimin standartlara aykırı yürütülmesi nedeniyle uğradıkları zarardan denetim raporunu imzalayanlar ile birlikte müteselsilen sorumludur. Yeni SerPK.'nın “kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan sorumluluk” kenar başlığını taşıyan 32. maddesinin 2. fıkrasında da, denetim raporundaki yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiden kaynaklanan zararın tazmini noktasında, bağımsız denetim kuruluşunun, -derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları ile birlikte- sorumluluk zincirine dâhil edildiği görülmektedir. Aynı şekilde inc. Yeni SerPK. m. 63 ve 10/2. Bkz. Aytaç KÖKSAL, Bağımsız Denetim Sözleşmesi, Beta Yay., İstanbul 2009, s. 305. Ayrıca Bankacılık Kanunu m. 33/1 uyarınca da, bağımsız denetim kuruluşları, söz konusu Kanun uyarınca yaptıkları faaliyetler dolayısıyla üçüncü kişilere verdikleri zarardan sorumludurlar.

özel lisanslaması sistemi (Yeni SerPK. m. 62/2), yorum yoluyla bir başka şirketin, anılan hizmetin sorumluluk sistemine dâhil edilmesine engeldir. Bir başka deyişle CCP şirketi, Yeni SerPK. m. 35'deki sınırlı sayı prensibi karşısında bir sermaye piyasası kurumu/kuruluşu kabul edilemez.

Bu durumda CCP şirketi açısından, mevzuatımızda bu şekilde özel bir sorumluluk kuralı bulunmadığına göre, genel hükümler esas alınarak sonuca varılması gerekmektedir.

CCP şirketi ile anonim şirket tüzel kişiliği arasında sözleşmesel bir ilişki bulunduğuna göre, 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu (= EBK) m. 96 vd. [6098 sayılı Yeni Borçlar Kanunu (= YBK) m. 112 vd.] yani borca aykırılık kuralları uygulama alanı bulabilir. Müterafik kusur hükümleri (EBK. m. 44; YBK. m. 52) saklı olmakla birlikte, yapılan işin gereği gibi yapılmamasından ötürü, örn. ilgili yasal eksikliğin şirkete bildirilmemesi sebebiyle şirket tüzel kişiliğinin zaman içerisinde ödemek zorunda kaldığı kamusal cezadan dolayı sözleşme tarafı olan şirketin, CCP şirketine rücu söz konusu olabilecektir. Söz konusu sözleşmesel sorumluluğun şartları, taraflar arasındaki sözleşmede ortaya konulabilecek olmakla birlikte, burada şirket ile CCP kuruluşu arasındaki ilişkinin bir iş görmeye dayalı olması ve bir “şey” imali de söz konusu olmayıp, bir sonuç tahhüdü de içermemesi sebebiyle, bunun bir “vekâlet” ilişkisi olarak kabulü isabetli olacaktır. Bu kabul, EBK. m. 386/YBK. m. 502 hükümlerinin ikinci fıkralarına da uygun düşmektedir. Burada vekilin özen borcu çerçevesinde işi gereği gibi ifa etmeyip, uyumluluk programındaki bir şirketin uygulamasındaki kanuna uyumsuzluğu tespit edemeyen CCP şirketinin böylelikle “sözleşmeye aykırı davrandığı”, kanuna uyumsuzluğun tespiti noktasında spesifik olarak bu hizmeti veren CCP şirketinin -kendisine sunulan bilgiler çerçevesinde- en azından buradaki muhtemel “risk”i basiretli bir tacir¹⁸ gibi davranarak tespit edip raporlaması gerektiği kabul edilmelidir. Zira compliance denetimine tabi olmayı tercih eden şirket ile bu denetimi yapan taraf arasında bir vekâlet ilişkisi olduğu için burada vekilin özen borcu söz konusu olacak ve bu özen borcu da, EBK. m. 390/YBK. m. 506 hükümlerinin 2. fıkralarında öngörüldüğü üzere, benzer alanlarda iş ve hizmetleri üstlenen -basiretli- bir vekilin göstermesi gereken davranışlar esas alınacaktır. YBK. m. 506 çerçevesinde, compliance denetimi yapmakla görevlendirilen kişinin “kusurlu” olduğu; buradaki kusurun çeşidinin ihmal olduğu ve non-compliance durumunun niteliğine göre ihmalin ağırlığının, dolayısıyla tazminat miktarının değişeceği ve bu sebeple şirket de belli bir maddi kayba uğramış ise somut ve gerçekleşmiş/mevcut bir “zarar”ın

¹⁸ CCP kuruluşu, bir ticaret şirketi ise zaten tacir olacağı ve tacir olmanın külfetlerinden olan ticaretine ait işlerde basiretli bir iş adamı gibi davranması gerekeceği şüphesizdir (ETK. m. 20/2; YTK. m. 18/2). CCP kuruluşu, bir ticaret şirketi olmasa da, verdiği hizmet itibarıyla sonuçta ticari ve işletmesel bir faaliyette bulunduğundan ve esnaf faaliyetinin sınırlarını aşacağından gene “tacir” olacaktır. Verilen hizmetin avukatlık, tabiki kamu hizmeti olarak görülüp tacir olmanın sonuçlarından kurtulmaya olanak yoktur.

varlığı sebebiyle¹⁹ CCP şirketinin söz konusu zararın tazmini noktasında sorumlu olduğu sonucuna ulaşılabilecektir²⁰.

Bu kapsamda belirtelim ki, şirket alacaklıları ile pay sahipleri, dolaylı zarara uğrayan olarak CCP şirketine yönelik dava açamazlar; zira bu konuda özel bir hüküm yoktur. Dolaylı zararı tazmin yükümlülüğünün varlığı, tıpkı anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda olduğu üzere özel düzenlemeyi gerektirir²¹. Öte yandan CCP şirketi ile şirket arasındaki sözleşme, tam üçüncü kişinin yararına sözleşme olarak düzenlenirse, sözleşmede üçüncü kişi olarak anılacak olan ilgililerin, sözleşme hükümlerine göre talepte bulunması mümkün olabilecektir²². Örneğin şirketin ödediği ekstra vergi cezası sebebiyle payının değeri düşen pay sahibi ya da alacağını tahsil edemeyen şirket alacaklısı, bu kapsamda “ilgili” olabilecektir.

Bu noktada son olarak altını çizelim ki, CCP şirketinin haksız fiil hükümleri çerçevesinde de, şirket alacaklılarına yönelik bir sorumluluğunun kabulü doğru olmayacaktır. Zira CCP şirketinin anılan kişilere yönelik doğrudan bir hukuka aykırı/ihmalî eylemi bulunmamakta; CCP kuruluşu, onların mutlak haklarını ihlal etmemektedir. Sonuçta alacaklının hakkı, şahsi haktır. Pay sahibinin, malik olduğu payın değerinin düşmesi sebebiyle, CCP şirketine karşı haksız fiil çerçevesinde talep hakkını haiz olup olmayacağı düşünüldüğünde de, CCP şirketinin muhtemel hukuka aykırı, ihmalî eyleminin kapsamına, yani yöneldiği alana pay sahiplerinin girmemesi, burada olsa olsa pay sahiplerinin yansımaya zararının söz konusu olması karşısında, gene açık yasal düzenleme bulunmadığı için böyle bir talep hakkından bahsedilemeyeceği söylenebilecektir.

¹⁹ Yani kanuna aykırılık sebebiyle zararın oluşmuş olması, örneğin Rekabet Kurulu’nun idari para cezasını kesmiş ve şirketçe de ödemenin yapılmış olması lazımdır. Yoksa sadece bu yöndeki iddianın varlığı, zararın oluştuğu anlamına gelmez.

²⁰ Yapılacak değerlendirmede hem tespit edilemeyen, dolayısıyla hizmetin verildiği şirketin mevzuata uyumsuzluk konusunda uyarılmadığı konunun hem şirket açısından meydana getirdiği maddi zararın büyüklüğü hem de kanun aykırılığın açık olup olmaması sonuca etkili olacaktır. Örneğin rekabet hukuku uygulamalarındaki bir non-compliance durumun şirkete vereceği maddi zararın miktarı –şirketin cirosuna göre– çok yüksek olabilecektir, ancak Rekabet Kurulu uygulamalarının her zaman yeknesaklık taşıyaması sebebiyle bir sözleşmedeki rekabeti sınırlayıcı hükmün bu açıdan belirlenmesi her durumda kolay olmayabilecek ve CCP şirketinin bu durumun tespit edilmemesinde ihmalinin bulunmadığı kabul edilebilecektir. Buna karşılık şirketin RTÜK’e yapması gereken düzenli ödemeleri gerçekleştirmemiş olduğu hususunda şirkete bildirim yapılmamış olması, şirket açısından ciddi bir zarar oluşturmayabilir. Zira buradaki zarar, sadece RTÜK’e ödenecek faiz ve muhtemel idari para cezasıdır. Yoksa RTÜK payının kendisi, zararın kapsamında değildir. Ancak özel olarak telekomünikasyon compliance’i yapan CCP şirketinin buradaki açık kanuna aykırılığı belirleyememiş olmasında, ihmalinin bulunduğu şüphesizdir.

²¹ Bkz. ETK. m. 340, 309; YTK. m. 555-556.

²² Bkz. BK. m.111; YBK. m. 129. Sözleşmeyi yapan tarafların üçüncü şahsa ifayı talep hakkını münhasır olarak tanıması mümkün olduğu kadar, birlikte talep koşulunu da öngörmeleri mümkündür. Şener AKYOL, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s. 10-11.

Öte yandan CCP şirketinin sorumluluğu meselesini kapatmadan son olarak belirtelim ki, Amerikan hukukunda compliance programının varlığı ayrıca, şirketin ve yöneticilerin karşılaşacağı sorumluluğa etki eder nitelikte değerlendirilmektedir. Etkin bir compliance programının varlığı ya da yokluğu, şirketin ve yöneticilerinin pay sahipleri başta olmak üzere, tüm üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun var olup olmadığının belirlenmesinde rol oynamaktadır²³.

5. 2. Compliance Officer (= CO)

5. 2. 1. İşlevi ve Hukuki Niteliği

Şirketin compliance anlayışı çerçevesinde hukuk kurallarına uygun hareket etmesi noktasında kullanılan bir diğer araç da, bu konuda özel olarak yetkilendirilmiş, CCP şirketinin dışarıdan yaptığı işi, bu sefer şirket içinden ve sürekli olarak yapacak bir yöneticinin/görevlinin/memurun atanmasıdır. Bu kişi, -uygulamada da kullanılan ismi ile- “compliance officer/manager” (CO), yani “uyum görevlisi”dir. Söz konusu -kurumsal yönetim açısından geniş anlamdaki- yöneticinin asıl işlevi uyumsuzlukların tespit edilmesi, bunlarla ilgili iç soruşturmanın yürütülmesi, raporlanması ve olası uyumsuzluk risklerinin şirket içindeki nihai karar mercilerine²⁴ bildirilmesidir²⁵.

Bilhassa sağlık, enerji, finansal hizmetler gibi birincil ve ikincil yasal düzenlemelerin yoğun olduğu sektörlerde faaliyette bulunan ve daha sıklıkla da yabancı şirketlerde CO atanması uygulamasına sıklıkla rastlanmakla birlikte, son yıllarda şirket yönetimlerinin dâhil olduğu usulsüzlükler, takiben şirketlere ve yöneticilere yönelik yasal düzenlemelerin -sorumluluk bakımından- ağırlaştırılması, şirket içi compliance uygulamasının yayılmasına yol açmıştır.

Uyum (compliance) görevlisi, özel olarak şirketin yasal kurallara ve taahhüt ettiği, kapsamına giren diğer düzenlemelere uygun olarak faaliyette bulunup bulunmadığını denetlemekle/sağlamakla, olası uyumsuzluklara yönelik önlemler almak/aldırmakla, bu konuda gerekli raporlamayı, takiben uyarıyı

²³ AVIRAM, s. 764. Aynı şekilde program uygulamasının ceza miktarına etkileri açısından bkz. Karl SIDHU, “Anti-Corruption Compliance Standarts in the Aftermath of The Siemens Scandals”, German Law Journal, 10/8, s. 1345., Larry Cata BACKER, “In The Wake Of Corporate Reform: One Year In The Life Of Sarbanes-Oxley - A Critical Review Symposium Issue: Surveillance And Control: Privatizing And Nationalizing Corporate Monitoring After Sarbanes-Oxley”, Michigan State Law Review, 2004/327, s. 364. Bu noktada kısaca belirtelim ki, söz konusu programların varlığı cezai sorumluluğu kaldırmamakta, sadece ceza miktarına etki yapmaktadır. Kevin B. Huff, “Role Of Corporate Compliance Programs In Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach”, Colombia Law Review, June 1996, s. 1264-1267.

²⁴ Şirketin organizasyon yapısı içerisinde uyum görevlisinin, doğrudan yönetim kuruluna ya da genel müdüre veyahutta başka bir üst düzey idareciye bağlı olması; raporlamadaki muhatabın buna göre değişmesi mümkündür.

²⁵ Lisa H. NICHOLSON, “In The Wake Of Corporate Reform: One Year In The Life Of Sarbanes-Oxley -- A Critical Review Symposium Issue: Sarbox 307’s Impact On Subordinate In-House Counsel: Between A Rock And A Hard Place”, Michigan State Law Review, 2004/559, s. 573.

yapmakla görevli, -nihai anlamda- yönetim kuruluna bağlı olarak çalışan icracı üst düzey yöneticidir²⁶.

Şirket yapısı büyüdükçe uyum incelemesi ile görevlendirilecek yönetici sayısı da artacak, bu şekilde şirket işletme örgütü içinde bunlardan müteşekkil bir birim oluşacak olup, bu birimin en üstündeki kişi de, “chief compliance officer (CCO)²⁷” olacaktır. Compliance görevlisi/görevlileri/birimi, şirketin tabi olduğu hukuk kurallarına uyumunun sağlanması için şirket içi prosedürleri, politikaları, bunun kontrol mekanizmasını oluşturacak, uygulamasını denetleyecek; özellikle düzenleyici kamusal makamların gerekli bilgilendirilmesini temin edecektir²⁸.

²⁶ Uyum görevlisi, anonim ortaklık yapılanmasını konu alan genel nitelikli yasal mevzuatta kullanılan ve düzenlenen bir konu/terim olmamakla birlikte, mali suçlarla mücadele çerçevesinde, spesifik bir alana yönelik olarak mevzuatımızda düzenlenmiş bulunmaktadır. Buna göre 11.10.2006 tarih ve 5549 sayılı Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında Kanun’un uygulanmasına yönelik olarak, Maliye Bakanlığı’nca çıkarılan “Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik (RG. 16.09.2008, 26999)”de bankalara, sermaye piyasası aracı kurumlarına, sigorta ve emeklilik şirketlerine ve PTT’ye, uyum programı oluşturmak ve -bizim için daha önemli olmak üzere- “Uyum Görevlisi” atamak zorunluluğu getirilmektedir (m. 4 vd.). Bazı kurumlara yönelik olarak da uyum programı oluşturmaksızın, sadece idari düzeyde “uyum görevlisi” atanması zorunludur (m. 29 vd.).

Uyum görevlisi, 5549 sayılı Kanun ve bu Kanun’a dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuatla getirilen yükümlülüklerle uyumu sağlamak amacıyla istihdam edilen ve gerekli yetkiyle donatılmış görevliyi ifade eder (Yönetmelik m. 3/h). Görüldüğü gibi uyum görevlisi, spesifik bir mevzuatın kapsamına giren ilgili anonim şirketlerde, bu mevzuata uyumun sağlanmasına yönelik idarecidir. Uyum görevlisine bağlı olarak çalışan ve uyum programının yürütülmesiyle görevli çalışanlardan oluşan birime/departmana da, “uyum birimi” adı verilmiştir (m. 3/ğ; 18). Uyum görevlisi ve takiben birimi, ilgili mali suçla mücadele çerçevesindeki uyum programının parçası olan tedbirlerden biridir (m. 5/ç). Yönetmeliğin 5/2. maddesi uyarınca, uyum programı kapsamındaki risk yönetimi ile izleme ve kontrole ilişkin faaliyetler, yönetim kurulunun gözetim, denetim ve sorumluluğunda, uyum görevlisi tarafından yerine getirilir. Yönetim kurulu da, uyum görevlisi atamak, uyum görevlisinin ve uyum biriminin yetki ve sorumluluklarını açık bir şekilde ve yazılı olarak belirlemek zorundadır (m. 6/2).

Atanan uyum görevlisi, Yönetmeliğin 19. maddesinde sayılan görev, yetki ve sorumlulukları çerçevesinde faaliyet icra edecek; yönetim kurulunun gözetiminde esas itibarıyla uyum programının ilgili şirket nezdinde oluşturulması için gerekli tedbirleri alacaktır. Uyum görevlisi, ilgili mevzuat çerçevesindeki “risk” olan -bilhassa- kara paranın aklanması konusunda şüpheli işlemlerin tespiti ve bunun önlenmesi, bu bağlamda şirkette non-compliance bir uygulamanın yapılmaması/önlenmesi için çalışır.

²⁷ Uygulama açısından bu kişinin, “chief governance officer” ile aynı kişi olması da söz konusu olabilmektedir. Pietro M. deVOLPI, Jr., “Protocols For The Chief Governance Officer”, Journal of Business & Securities Law, Fall 2009/10, s. 101.

²⁸ BAER, s. 960. Bu noktada ilginç bir örnek olarak Qualified Legal Compliance Comitees (QLCC)’den bahsedilebilir. Sarbanes-Oxley Act sec. 307 ve Securities and Exchange Comission (SEC) 205 sayılı kuralı ile QLCC’yi öngörmektedir. Tamamen bağımsız yöneticilerden oluşan bu yapıda, en az bir yöneticinin denetim komitesinden olması zorunludur. Görev açısından ise şirket içerisinde non-compliance bir durumun olduğu bilgisine ulaşan söz konusu komitenin şirketin uyum sorumlusunu ve şirket CEO’sunu

Türk anonim ortaklıklar hukuku bakımından bu kişi, yapılan görevlendirmeye göre değişebilecek olmakla birlikte, kural olarak, ETK. m. 342 anlamında “müdür”dür. Anılan maddedeki “icrai” ifadesinin, geniş yorumlanması gerekmektedir²⁹. Bununla birlikte yönetim kurulu içinde komite şeklinde ya da murahhas üyelik şeklindeki yapılar da düşünülebilir. YTK. m. 378'deki riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi de, bu yönde -özel olarak- yetkilendirilebilir³⁰. YTK.'daki denetçinin görevi, şirket finansal tabloları üzerinde olduğu

bilgilendirmesi gereklidir. Ancak söz konusu bildirim gereksiz olduğu kanısında olunması hâlinde, doğrudan yönetim kuruluna konuyla ilgili rapor sunulması mümkün olacaktır[0]. İşte bu komite vasıtasıyla şirkette yer alan uyum sorumlusunun görevi/işlevi sona ermektedir. William H. VOLZ and Vahe TAZIAN, The Roles of Attorneys Under Sarbanes Oxley: The Legal Compliance Committee as Facilitator of Corporate Integrity, American Business Law Journal, Fall 2006, s. 452.

²⁹ Buradaki “icrai”lik, CO'nun, şirketin günlük işlerinin içerisinde yer alması, şirketin organizasyon yapısı içerisinde sürekli bir yer işgal etmesidir. Yoksa uyum görevlisinin işlevi, non-compliance bir durumun var olup olmadığının tespitine yani esasen denetime yöneliktir. Ancak unutulmamalıdır ki, geniş anlamda “icra/yönetim” kavramı, denetimsel faaliyetleri de kapsar. Kurumsal yönetim anlayışı açısından da şirketin içindeki denetçi, icrai bir faaliyet yerine getirmektedir. Kurumsal yönetim açısından icrai olmayan yani non-executive yönetici, söz konusu vasfı haricinde şirkette başkaca herhangi bir idari görevi bulunmayan; şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmayan, âdeta şirketin dışındaki (outsider) kişidir. Bkz. SPK Kurumsal Yönetim İlkeleri 4.3.2. Dolayısıyla icracı şirket yöneticisi kavramındaki “icra” kavramının anlamını, ETK. m. 342'nin dar yorum alanına sıkıştırmamak lazımdır. İnc. PASLI, Kurumsal Yönetim, s. 307.

³⁰ YTK.'da, hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerde, yönetim kuruluna, şirketin varlığını, gelişmesini ve[0] devamını tehlikeye düşüren sebeplerin erken teşhisi için uzmanlardan oluşan bir komite kurma yükümlülüğü yüklenmektedir. Diğer anonim şirketler açısından ise söz konusu yükümlülük, denetçinin bu komiteyi gerekli görüp şirkete bildirmesiyle söz konusu olacaktır (m. 378). Risk komitesinin raporu, Kanun'un 398. maddesinde de, denetimin kapsamı içine alınmıştır. Ancak bu bağlamda belirtelim ki, -bu konuda ayrı olarak yetkilendirilmiş olmadıkça- YTK. m. 378'de düzenlenen “riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi”nin işlevi, nitelik itibarıyla compliance'a ve compliance memuruna/departmanına benzese de, yapılan iş teknik anlamda “compliance” değildir. Sonuçta her ikisi de risk ortaya çıkmadan tespit ve bunun önlenmesi işlevi görür, ancak 378. madde komitesinin yaptığı iş, daha çok şirketin ekonomik yapısı ile alakalıdır. Yoksa bu komitenin görevi, şirket içi kanuna uyumsuzlukların tespiti ve yetkili kişilerin uyarılması değil; şirketin, sektörün, ülkenin ve hatta dünyanın ekonomik durumuna göre yaklaşan/muhtemel risklerin tespit edilip, ekonomik tedbirlerin belirlenmesidir. Öte yandan riskin tanımı ve içeriği, ilgili şirketin işgal konusuna göre değişebilir. İnc. ve karş. örn. Suç Gelirlerinin Aklanmasını ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik m. 3/f, 11 vd.

YTK. m. 378 madde gerekçesinde de; “Hüküm, hisse senetleri borsada işlem gören şirketlerde kurumsal yönetim ilkelerinin bir uygulamasıdır. Tüm anonim şirketler için öngörülmüş bulunan finans denetimi (Tasarımın 375 inci maddesinin (c) bendi) ve denetim komitesi (auditing committee) yanında bir diğer iç kontrol mekanizmasıdır. Bu komitenin denetim komitesinden farkı denetim komitesinin yönetimi gözetim altında tutmasına karşılık bu komitenin sadece risklere odaklanmasıdır. Ayrıca denetim geçmişe yönelik bir inceleme olduğu halde, risk teşhisi gelecek ve geleceğin yorumuyla ilgilidir. Denetimin yönetilmesi söz konusu olmadığı halde, risk yönetilebilir ve yönetil-

için uyum görevlisinin denetçi ile karşılaştırılması olanağı bulunmamakla birlikte, ETK. m. 353/b.10 uyarınca denetçinin, “yönetim kurulu üyelerinin kanun hükümlerine tamamiyle riayet etmelerine nezaret” işlevi uyum görevlisinin yaptığı iş ile çakışmaktadır. Uyum görevlisinin görev alanı, sadece yönetim kurulu değil, şirketin tüm işleyişidir ve bu bağlamda yönetim kurulu üyelerini de içine alır bir şekilde tüm çalışanlardır. Ayrıca uyulacak kural konusunda da, “kanun” belirlemesi yeterli değildir; zira compliance denetimi, ikincil mevzuatı da kapsamaktadır.

CO'nun, YTK. içindeki esas karşılığı, kanun içinde sıklıkla anılan “yönetici”dir. YTK. bağlamında yönetim kurulu üyeleri yanında sorumluluk zincirine de dâhil edilmiş olan “yönetici”, şirketin işletme örgütü içinde görev alan, yönetim kurulu üyesi olmayan ortaklık yönetiminde görev alan kişidir³¹. Bu yönüyle YTK.'daki “yönetici” kavramının içine, bir taraftan ticari mümessil ve vekiller ile üst düzey yöneticiler bir taraftan da hem yönetim hem de temsil ile görevli olanlar dâhildir. Şirketin günlük işleyişinde etkin konumda olup, karar alıp

melidir. Amaç, yönetimi, yönetim kurulunu ve genel kurulu devamlı uyanıklık (teyakuz) altında tutmak, gereğinde organlarca derhal etkili önlemlerin alınmasını sağlamaktır...” ifadeleri ile, maddenin/kurumun ekonomik denetim ile olan bağlantısı ortaya konulmuştur. Keza Yeni Kanun'un şirketin sermayesini belirli oranda kaybetme ve borca batık duruma gelmesi ile ilgili 376. maddesinin gerekçesinde de, 378. madde komitesinin önerilerinden/uyarılarından bahsedilmektedir.

Öte yandan yönetim kurulunun kendi içerisinde zaten çeşitli sorunlar için komiteler kurması ve raporlar hazırlatması mümkün olduğu için söz konusu komitenin kanundan çıkarılması gerektiği hususunda bkz. Erdoğan MOROĞLU, Türk Ticaret Kanunu Tasansı Değerlendirme ve Öneriler, 6. Bası, Vedat Kitapçılık İstanbul 2009, s. 176

³¹ Yönetici, şirketin günlük, işletmesel işlerinde çalışan, iç yönerge çerçevesinde yönetim şemasında yer alan yani teknik ve profesyonel bir iş yapan şirket idaresisidir. Kanun içinde “yönetici” kavramının kullanılış şekli (örn. bkz. m. 369, 392/1, 400/1-b, 424, 516/2-c), kavramın içeriğine dâhil edilecek kişinin bilfiil şirket işlerinde yetkili ve görevli kişi olduğunu göstermekte; yoksa doktrinde bazılarının belirttiğinin aksine yönetim kurulunun arkasında yer alıp, onları yönlendiren/yönelten fiili/olgu organları, bu anlamda şirket kontrolünü elinde bulunduran çoğunluk pay sahiplerini kapsamına almamaktadır. Madde gerekçesinde de üzerinde durulduğu gibi, mehz İsviçre BK'nın 754. maddesinde, buradaki özel sorumluluk zincirine dâhil olanlar sıralanırken teknik bir tabir kullanılmak yerine yönetim kurulu üyeleri yanında, yönetime (veya tasfiyeye) dâhil olan, uğraşan tüm kişiler (“alle mit der Geschäftsführung oder mit der Liquidation befassten Personen”) denilmektedir. Türk kanun koyucusu, burada “yönetici” diyerek sorumluların alanını daraltmıştır. Yeni Kanun, adeta “yönetici”yi, eski Kanun'daki “müddür”ün yerine kullanmakta, ancak teknik idarecilerin kim olduğu noktasında eski Kanun'un nispeten dar nitelikteki 342. maddesinin alanı ile kendisini sınırlamamaktadır. İnc. ve karş. Hasan PULAŞLI, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, Adalet yay., Ankara 2011, s. 1860 vd., özellikle 1865; Ünal TEKİNALP, Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku İle Tek Kişi Ortaklığının Esasları, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 271. Öte yandan önemle altını çizelim ki, bu tespitimiz, anonim ortaklık yönetimine bir şekilde müdahil olan, arkadaki kontrol sahiplerinin bundan ötürü hiçbir şekilde sorumluluklarının bulunmadığı şeklinde yorumlanmamalıdır. Onlar, teknik/özel sorumluluk maddesi olan YTK. m. 553'ün kapsamına girmezler, ancak genel hükümlere tabi sorumlulukları söz konusu olabilir. Bu konuda inc. Ali PASLI, “Anonim Ortaklıkta Kontrol Sahibinin Özel Durumu”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2008/LXVI-2, s. 345 vd.

uygulayanlar ve ayrıca şirketin iç kontrol/denetim sisteminde çalışanlar da kapsam içindedir. Bu özelliği ile YTK'daki "yönetici", ETK. m. 342'deki müdürü ve ayrıca murahhas - murahhas olmayan müdür ayrımını da aşan bir kapsama sahiptir³².

AO adına karar alıp, onu icra eden veya imza yetkisi bulunan, bu suretle ortaklık adına ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi için kendilerine bırakılan görevler çerçevesinde gerekli olan işlemleri yapan genel müdür, genel müdür yardımcıları, departman müdürleri, CEO, genel koordinatör gibi sıfatları taşıyan kişiler ve benzeri yetkililer, "yönetici"dir. Esas sözleşme yanında, 367'deki "iç yönerge" ve "imza sirküleri", yani iç ilişki ve dış ilişkideki yetkilileri belirleyen şirket belgeleri, burada sorumluluk zincirine dâhil olacak yöneticilerin de alanını çizer. Bunlar, 553/2 uyarınca kendi görev/yetki alanları çerçevesinde, yükümlülüklerini gereği gibi ifa etmemeleri karşısında, AO sorumluluk zincirine dâhil olurlar.

CO da, şirket içindeki uyumluluk incelemesini yapan, şirket uygulamalarının mevzuata uygunluğu noktasında genel bir kontrol/denetim işlevi gören, şirketin işletme örgütü içinde yer alan, yani günlük işleyişe müdahil olan bir kişi olarak icrada görevli olan, "yönetici"dir.

Öte yandan sonuç olarak söylenebilecek husus, uyum görevlisinin ETK. veya YTK'da doğrudan bir karşılığının bulunmaması ve bu tür bir görevlinin uygulamanın ihtiyaçları doğrultusunda ortaya çıkması sebebiyle, uyum görevlisi atayan ilgili şirketin organizasyon yapısı ve uyum görevlisine verilen yetki ve görevlerin alanına göre bu kişinin, takiben compliance hizmeti içi oluşturulan özel departmanın ve bu departmanın başındakinin şirketler hukuku açısından vasıflandırılmasının değişebileceğidir.

5. 2. 2. Sorumluluk

Yönetim kurulu, zaten şirketteki kanuna aykırı işlemlerden ötürü ETK. m. 336 vd./YTK. m. 549 vd. hükümleri uyarınca sorumludur. Şirketin non-compliance bir uygulaması, şirketin yönetim ve/veya temsilinin kapsamına girip, kural olarak, yönetim kurulunun görev alanı içerisinde olacaktır. ETK. m. 336/b.5 (YTK. m. 553/1) uyarınca şirketi kapsamına alan bir kanuni düzenlemenin ihlali, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda yeterli olacaktır. Ancak ilgili alan bir murahhasa ya da murahhas olmayan bir müdüre bırakılmış durumda ise yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumlulukları kalkar (ETK. m. 346; YTK. m. 553/2, 3)³³. Bu arada kurulun gözetim sorumluluğu³⁴ devam ettiği gibi, ilgili kişilerin yanlış seçilmesi veya onların hatalı faaliyetlerine müsamaha gösterilmiş olması, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk

³² Bkz. Abuzer KENDİGELEN, Yeni Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler Ve İlk Tespitler, XII Levha yay., İstanbul 2011, s. 401.

³³ Örn. bkz. Oğuz İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yay. 4. Bası, 1989, s. 244, İMREGÜN, Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Onüçüncü Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 2005, s. 354.

³⁴ Mehmet HELVACI, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, Beta yay., İstanbul 1995, s. 26. Amerikan hukukunda da, yönetim kurulunun sadakat borcu ve Sarbanes-Oxley ile üstlendiği özel gözetim borcundan, yönetimin devri yoluyla kurtulması mümkün olmamaktadır. Bkz. örn. deVOLPÍ, Jr., s. 75-76.

sebebidir (ETK. m. 336/2, 346; YTK. m. 553/2). Yani yöneticilere/müdürlere bırakılan konularda sorumluluk, gözetim sorumluluğu + müdürü seçim sorumluluğudur³⁵.

YTK.’da, ETK. m. 342 müdürleri açıkça düzenlenmemiştir. YTK. m. 367’de “yönetimin devri”, YTK. m. 370’de de “temsilin devri” düzenlenmiştir. Ayrıca YTK. m. 368’de açıkça ticari mümessil ve ticari vekil atanmasından bahsedilmektedir. YTK. m. 375/d’de de “müdürler ve aynı işleve sahip kişiler” anılmaktadır. Yukarıda da bahsedildiği üzere, yeni Kanun’un bu anlamda kullandığı terminoloji, daha geniş bir alana yayılan, ancak yönetim kurulu üyeliğini ifade etmeyen, “yönetici”dir.

ETK. m. 342’de, müdürlerin sorumluluğu ayrı olarak düzenlenmiştir. İş görme şartlarını düzenleyen diğer hükümlerin ya da kanunun yüklediği yükümlülüğün gereği gibi yerine getirilmemesi, sorumluluk sebebidir. Müdürlerin sorumluluğunda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk hükümlerine atıf bulunmaktadır. Yeni Kanun’da ise, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, tasfiye memurları, denetçi gibi anonim ortaklık işleyişi sırasında sorumluluğu gündeme gelecek ilgililerin hukuki sorumluluğu toplu olarak ayrı bir bölümde düzenlenmiştir (m. 549 vd.). İşte burada sorumluluk hükümleri arasında YTK. m. 553’de yönetim kurulu üyeleri dışında, “yöneticiler”in de ayrıca ve açıkça, kanuni ve esas sözleşmesel yükümlülüklerini ihlal sebebiyle sorumluluğu düzenlenmiştir. Böylelikle YTK. sisteminde “yönetici”nin görev alanına giren konu bakımından, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu daha net bir şekilde düzenlenmiş ve sınırlandırılmış (YTK. m. 553/2-3), ayrıca teselsül sistemi de -kusur oranının dikkate alınması şeklinde- yumuşatılmıştır (m. 557).

Anonim ortaklık organizasyon yapılanması içinde ETK. anlamında “müdür”; yeni Kanun kapsamında ise “yönetici” olduğunu belirttiğimiz uyum görevlisinin hukuki sorumluluğu açısından öncelikle belirtelim ki, uyum görevlisi ile yönetim kurulu üyelerinin ya da ilgili non-compliance işlemi bizatihi yapan, bu konudaki icrai kararı alan yöneticilerin/idarecilerin sorumluluğunun birbirinden ayrılması lazımdır. CO yani uyum görevlisi ve hatta şirketteki compliance departmanındaki çalışanların sorumluluk sebepleri, sadece hukuki uyumsuzluğun şirkete verdiği zarara yöneliktir, yoksa işlemin yerindeliliğinin oluşturduğu zarar compliance yöneticisinin görev ve sorumluluk alanına girmez. Öte yandan kanuna/hukuka aykırılığın tespiti noktasında yeterli imkân/zaman verilen ve kendisinden bu konuda -gerekiyorsa- düzeltme/denetleme yapması istenen uyum görevlisi, bu görevli gereği gibi yapmamış, gerekli uyarıda bulunmamış, en azından riskin varlığını ortaya koymamış ve sonuç itibarıyla ilgili uyumsuzluktan ötürü şirket nezdinde bir zarar ortaya çıkmış ise, compliance sorumluluğunun uygulama alanı bulması mümkün olabilecektir.

³⁵ Tabii ki, yeni Kanun’un 553. maddesinin son fıkrasındaki “kontrol dışı” hususlardan sorumsuzluğa işaret eden ve bunun gözetim sorumluluğu ile bertaraf edilemeyeceğine ilişkin düzenleme, yönetim kurulu üyelerinin gözetim yükümü çerçevesinde sorumlu kılınabileceği halleri sınırlamaktadır. Gözetim yükümü, tedbirli yönetici kavramı çerçevesinde halen vardır, ancak söz konusu 553/3. madde karşısında artık ancak somut kontrol/müdahale/denetim imkanının varlığı hallerinde gündeme gelir.

Bu noktada CO'nun, non-compliance durumun ve takiben sorumluluğunun ortaya çıkmasında, danışmanlık/denetim işlemini eksik yerine getirmesi ya da hiç yerine getirmemesi etkindir. Söz konusu durum non-compliance kararın alınması/durumun ortaya çıkmasında belgelerin hazırlanmasından kararın paraflanmasına kadar birçok hayat eylemini kapsayabilir. Dolayısıyla anonim ortaklıkta zarar oluştuğunda sorumluluk değerlendirilmesi yapılırken; kişinin sadece imzaya yetkililer listesinde bulunup bulunmaması, yönetim kurulu üyesi olup olmadığı, ilgili işlemi fiilen ika edip etmediği değil ayrıca söz konusu durumun ortaya çıkmasına fiilen katkısının bulunup bulunmadığı da göz önüne alınmalıdır. Zaten CO'nun sorumluluk rejiminin içine dâhil olmasının sebebi, söz konusu geniş bakış açısı, en azından ihmali olarak işlemin yapılmasını engellememesinin sonuca yaptığı etkidir³⁶.

İşte tam bu noktada uyum görevlisi bulunan anonim ortaklıklardaki şirket içi sorumluluk rejimi bakımından birbirinin içine geçmiş şu iki temel soru sorulabilecektir:

- 1) CO varsa kanuna/mevzuata aykırılıklardan bizatihi işlemi yapan müdür mü, yönetim kurulu üyeleri mi, CO mu sorumlu olacaktır?
- 2) CO'nun sorumluluk alanı nedir? Onun varlığı diğerlerini sorumluluktan kurtarır mı?

Kanaatimizce müdürler varsa yönetim kurulu, -kural olarak ve eski Kanun açısından gözetim sorumluluğu saklı kalmak kaydıyla- ancak kendi kontrol alanındaki hususlardan (ETK. m. 346, YTK. m. 553/3) sorumlu olacağına göre, CO da tüm hukuka uyumsuzlardan dolayı sorumlu olmamalıdır. Bir başka deyişle compliance yöneticisi, -ilgili işleme ilişkin, sonuca müessir özel katkısı/müdahalesi/dahli olmadıkça- genel sistemsel sorunları tespit etmemekten/edememekten dolayı sorumlu olur. CO'nun varlığı, yönetim kurulu üyeleri için de faydalıdır, zira onların sorumluluklarını kısıtlar. Liyakata sahip bir CO'nun atanması ya da şirketin büyüklüğüne göre uygun nicelik ve nitelik açısından uygun bir compliance departmanının oluşturulması, yönetim kurulunun işin gereğini yaptığını gösterir. Hukuka aykırılığı fiilen gerçekleştiren kişi; şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumludur. Ancak ilgili aykırılık belli bir süreklilik taşıyor ve nispeten esaslı, CO'nun müdahalesi ile düzelebilecek bir iş ise, CO'nun da müşterek ve müteselsil sorumluluğu söz konusu olacaktır. CO'nun varlığı, yönetim kurulu üyeleri için bir kurtuluş imkânı, özellikle kusurun bulunmadığı noktasında bir ispat aracı olabilecektir. Ayrıca belirtelim ki, CCP şirketinin sorumluluğundan farklı olarak, CO, şirket ortaklarına ve alacaklılarına karşı da sorumlu olabilir, zira müdür/yönetici açısından açık yasal düzenleme (ETK. m. 342, YTK. m. 553/1) bulunmaktadır³⁷.

³⁶ Bkz. ve karşı. İbrahim KAPLAN, Banka İdare Meclisi Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, XI, 1994, s.143.

³⁷ Compliance sorumluluğunun söz konusu olabileceği örnekler için bkz. yuk. 5.1.3.