

# BANKA YÖNETİM KURULU ÜYELERİ HAKKINDA AÇILAN ŞAHSİ SORUMLULUK DAVASINDA “BUSINESS JUDGMENT RULE / İŞ ADAMI KARARI” İLKESİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

Dr. Hanife Doğrusöz\*

## I. Konunun Takdimi

**Business Judgment Rule** (iş adamı kararı), yönetim kurulu üyelerinin göstermek zorunda oldukları özen derecesinin belirlenmesinde ve yöneticiler açısından sorumluluklarının azaltılmasında uygulanan, **Amerika Birleşik Devletleri’nde mahkeme kararları** doğrultusunda doğmuş ve gelişmiş kurallar bütünüdür. **Avrupa ülkelerinin** pek çoğunda olduğu gibi **İsviçre’de** de, 1990’lı yıllardan beri **business judgment rule’un** (: iş adamı kararının) yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda kullanılacak bir araç / ölçü olarak uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıştır<sup>1</sup>. **Almanya** ise, 01.11.2005 tarihinde yürürlüğe giren, “**Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht – UMAG<sup>2</sup>**” kanunu ile Art. 93’de **business judgment rule** (: iş adamı kararı) kurallarına yer vermiştir.

Ülkemizde **Business Judgment Rule** (iş adamı kararı) ilkesine, tüm ülkelerdeki gelişmelere uygun olarak **TTK.Tas.’nın** yönetim kurulu üyelerinin özen yükümlülüğünü düzenleyen m. 369’da yer verilmiştir.

Çalışmamızda kısaca, **BanK. m. 110’a** göre banka yönetim kurulu üyesi hakkında açılacak bir şahsi iflas davasında, **business judgment rule** (: iş adamı kararı) kurallarının etkisine ve buna göre üyenin özen yükümlülüğünün belirlenmesine yer verilecektir.

---

\*Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı

<sup>1</sup> **BÖCKLI** (Schweiz), § 13, N. 584.

<sup>2</sup> İptal Hukukunun Modernleştirilmesi ve İşletmelerin Bütünlüğü Kanunu

## II. Tanım

### A) Amerikan Hukukunda

Bu kurallar belli bir kanunda düzenlenmemiş, tamamen mahkeme kararlarıyla gelişmiştir. Bu nedenle business judgment rule'un kesin ve kanuni bir tanımı bulunmamaktadır. Kuralların genel şekli, **Amerikan Hukuk Enstitüsü (American Law Institut - ALI)** ve **Delaware Eyalet Yüksek Mahkemesi** kararları doğrultusunda oluşmuş ve bu prensipler, diğer eyaletler tarafından da kabul edilmiştir.

**KNEPPER / BAILEY**<sup>3</sup> business judgment rule, şu şekilde tanımlanmaktadır: “yöneticilerin kötü yönetim ve özen borcunun ihlali nedeniyle maruz kaldıkları sorumluluğun azaltılması konusunda uygulanan bir savunma aracıdır. Bu savunma aracı, yöneticiler tarafından alınan tüm kararların şirketin yararına sonuçlanacağı veya basiretli olacağı anlamına gelmez. Bununla birlikte, mahkeme, kararın alınma sürecinde yöneticiler tarafından uygun sürecin takibi koşuluyla, yöneticiler tarafından alınan karar konusunda, sonradan fikir yürütmeyecektir.”

**BLOCK / BARTON / RADIN**'e göre, şirket yöneticilerinin, kendilerinden beklenen iyiniyetle ve şirketin menfaatine olacağına ilişkin dürüst inançlarıyla karar aldıklarına dair bir karinedir<sup>4</sup>. **VUCUROVIC** çok genel olarak, mahkemenin, alınan kararın rasyonel / makul bir temelden yoksun olması veya yöneticilerin özen ve sadakat yükümlülüklerini yerine getirmedikleri veya iyiniyetli hareket etmedikleri yönünde bir iddia olmadığı sürece, şirket yöneticilerinin faaliyetlerini tenkit etmekten, gözden geçirmekten kaçınması olarak da tanımlanmaktadır<sup>5</sup>.

Yöneticilerin business judgment rule, korumasından yararlanabilmeleri için verdikleri kararın beş unsuru bir arada bulundurması gerekmektedir. Bu beş unsur şu şekilde sıralanmaktadır<sup>6</sup> : 1) kararın işletme ile

<sup>3</sup> **KNEPPER / BAILEY**, § 2.01 – 2.14.

<sup>4</sup> **BLOCK / BARTON / RADIN**, s. 18.

<sup>5</sup> **VUCUROVIC BERSHEDA**, s. 250.

<sup>6</sup> **BLOCK / BARTON / RADIN**, The Business Judgment Rule, Volume I, New York 1998, s. 39 vd.. İsviçre Hukukunda **BÖCKLI** tarafından savunulan görüşe göre, makul ve talep edilen özen ölçüsüne uygun bir yönetim kurulu kararının varlığından bahsedilebilmesi için, kararın şu özellikleri taşıması gerekmektedir : 1) emredici kanunları ihlal etmemeli 2) şirketin amaçlarına aykırı olmamalı 3) Kanuna uygun (makul) bir sürecin takip

ilgili iş kararı (: ticari karar) olması 2) kararın özel bir menfaat güdülmeden ve bağımsız olarak verilmesi 3) özen yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması 4) iyiniyetle kararın alınmış olması 5) takdir yetkisinin kötüye kullanılmaması (kararın alınmasında gerekli ve yeterli bilgilenmenin sağlanması)

Alınan kararın bu beş unsuru taşınması halinde, artık mahkeme, yöneticilerin işletme ile ilgili bir yönetim kararı alırken bağımsız hareket ettikleri, şirket ve ortakların menfaatleri dışında üçüncü kişilerin menfaatlerini gözetmediği, özen yükümlülüklerini yerine getirdikleri, iyiniyetli oldukları ve kararı almadan önce yeterli bilgi donanımına sahip oldukları gerekçesiyle, yöneticilerin görevlerini ihlal etmediklerine karar verecektir.

Business judgment rule, sadece işletme yönetimi ile ilgili kararlarda uygulanabilir. Özellikle, özen yükümlülüğünü ihlal eden yöneticiler, yöneticilerin özen yükümlülüğünü ihlal ettikleri gerekçesiyle kuralın sağladığı karine çürütüldüğünden, business judgment rule'un korumasından yararlanamazlar<sup>7</sup>. **Alm. UMAG**'nu sadakat yükümlülüğü, enformasyon yükümlülüğü, diğer kanun ve şirket sözleşmesine aykırılıklardan doğan sorumlulukları kapsam dışında bırakmıştır<sup>8</sup>.

## B. Alman Hukukunda

## C. Türk Hukukunda

Business judgment rule kurallarına, TTKTas. m. 369'da yer verilmiştir<sup>9</sup>. Maddeye göre, anonim ortaklık yöneticisinin görevlerini yerine getirirken : a) tedbirli bir yöneticiden beklenen özenle hareket etmesi b) şirket

---

edilmesi sonucunda verilmeli 3) karar, kararın oluşmasında oy kullanan hiçbir üyenin menfaat çatışmaları ile ilgili olarak meydana gelmiş olmamalı (bağımsız ve tarafsız olmalı) 4) karar prensip itibarıyla makul ve objektif olarak savunulabilir olmalı. **BÖCKLI** (Schweiz), § 13. N. 584.

<sup>7</sup> VUCUROVIC BERSHEDA, s. 250.

<sup>8</sup> KERVANKIRAN (Kodifikasyon), s. 254.

<sup>9</sup> TTKTas. m. 369 şu şekilde bir düzenleme getirmektedir :

"1) Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli olan kişiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.

2) 203 ve 205'inci madde hükümleri saklıdır.

3) Üyelerin ve yöneticilerin, görevlerini yerine getirirken, bu madde anlamında özenle hareket ettikleri karinedir. (Bu fıkra Adalet Komisyonunda kabul edilen metinden çıkarılmıştır)"

menfaatlerini dürüstlük kuralına uygun olarak gözetmesi aranır. Tedbirli yöneticiden beklenen özen, “işin gerektirdiği özeni” de içerir. İşin gerektirdiği özen de “nesnel” ölçülere göre belirlenir.

Gerekçeye göre, “nesnellikten” ise, görevi yerine getirebilmek için yetkin olma, ilgili bilgileri değerlendirebilme, uygulamayı ve gelişmeleri izleyebilmek ve değerlendirebilmek için gereken yetenek ve öğrenime sahip olma anlaşılmalıdır<sup>10</sup>. Yine madde gerekçesinde, “şirket menfaatlerini dürüstlük kuralına göre gözetme kavramının, “yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatlerinin, hâkim pay sahiplerinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatlerinin, şirket menfaatlerinin önüne geçmemesi<sup>11</sup>” anlamına geldiği belirtilmektedir.

Tasarı gerekçesinde de belirtildiği üzere, yönetim kurulu üyesi, kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak bir “işadamı kararı / business judgment rule” vermişse, gerçekleşen riskin sonuçlarından sorumlu tutulamayacaktır<sup>12</sup>. Buna göre yöneticinin, duruma uygun tüm araştırmaları yerine getirip, ilgililerden yeterli bilgileri aldıktan sonra, gelişmelerin tamamen farklı yönde gelişmesi neticesinde, şirketin zarar etmesi halinde, artık yönetici sorumlu tutulamayacaktır<sup>13</sup>.

TTKTas. 369’un uygulanma sınırı TTK Tas. m. 553/3<sup>14</sup> ve m. 557 (farklılaştırılmış teselsül) ile belirlenmiştir. Maddenin uygulama sınırını oluşturan TTK Tas. m. 553/3, kimsenin kontrolü dışında kalan, kanuna veya

<sup>10</sup> TTKTas. Gerekçesi, m. 369, s.110.

<sup>11</sup> TTKTas. Gerekçesi, m. 369, s.111.

<sup>12</sup> TTKTas. Gerekçesi, m. 369, s.111.

<sup>13</sup> TTKTas. Gerekçesi, m. 369, s.111.

<sup>14</sup> TTKTas. m. 553, “Kurucuların, Yönetim Kurulu Üyelerinin, Yöneticilerin ve Tasfiye Memurlarının Sorumluluğu” başlığını taşımakta ve şu şekilde bir düzenleme getirmektedir :

“1) Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini, kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı, verdikleri zarardan sorumludurlar.

2) Kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görevi veya yetkiyi, kanuna dayanarak başkasına devreden organlar veya kişiler, bu görev ve yetkileri devralan kişilerin seçiminde akla yatkın dereceden özen gösterdiklerini ispat ettikleri takdirde, bu kişilerin fiil ve kararlarından sorumlu olmaz.

3) 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.”

esas sözleşmeye aykırılıklar veya yolsuzluklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağını ve bu sorumlu olmama durumunun gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınmayacağını belirtmektedir. TTKTas. m.553/3 gibi bir düzenlemenin getirilmesindeki neden, madde gerekçesinde belirtildiği üzere, "uygulamada yönetim kurulu üyelerinin insan takatinin üstünde bir gözetim anlayışıyla şirketteki her türlü kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıktan sorumlu tutulmalarıdır."

### III. "Business Judgment Rule / İş Adamı Kararı" İlkesinin Yöneticilerin Özen Borcunun Belirlenmesindeki Etkisi ve Şahsi İflas Davasına Uygulanabilirliği Sorunu

Şu anda yürürlükte olan 5411 sayılı BanK., banka yönetim kurulu üyeleri bakımından ayrı bir özen derecesi belirlememiştir. BanK'da hüküm bulunmayan hallerde, genel hükümler uygulanmalıdır (BanK. m. 2/3). TTKTas'nın bu haliyle kanunlaşması halinde, Business judgment rule kuralları banka yönetim kurulu üyeleri ve diğer yöneticiler açısından da uygulanacaktır.

TTKTas'da yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerinin özen derecesi, "tedbirli yönetici" ölçüsüne göre belirlenmektedir. Madde gerekçesinde belirtildiği üzere, "tedbirli yönetici" terimi bir taraftan **kusurun belirlenmesinde** ölçü rolü oynarken, diğer taraftan karar ve eylemlerde **nesnel** davranışı ifade eder. Bir yöneticinin nesnel olarak kontrolü dışında olan ve nesnel beklentilerin ötesindeki tedbir madde kapsamı dışındadır. Bu bağlamda, benzer işletmelerde yönetim kurulu üyelerinden beklenen, işin gerektirdiği özenin esas alınacağı belirtilmektedir. Kanaatimizce Tasarıda kabul edilen, özenin belirlenmesinde nesnel ve adaletli ölçüler, benzeri çağdaş düzenlemelerle benzer olması nedeniyle yerindedir<sup>15</sup>.

Yönetim kurulu üyeleri özen yükümlüklerini tam olarak yerine getirdikten, gerekli tüm incelemeleri ve araştırmaları tamamladıktan sonra, ülke ekonomisindeki beklenmeyen gelişmeler veya buna benzer kontrol edilemeyen nedenler dolayısıyla oluşan zarardan, sorumlu tutulmamaları gerekir. Ancak, TTKTas'da belirtilen : "tedbirli yönetici" ve "nesnel ölçüler dışında kalan, kontrol edilmesi mümkün olmayan haller" kavramlarının belirlenmesinde kullanılacak ölçülerin tam olarak açık olmadığını da belirtmek gerekir.

<sup>15</sup> KERVANKIRAN (Kodifikasyon), s. 262. Aksi görüş için bkz. GÜNEY (Sorumluluk), s. 72 vd.

TTK Tas. m. 553/3, bu sorumsuzluk halinin “gözetim ve özen borcunun” söz konusu olduğu hallerde de geçerli olduğu belirtilmektedir. Ancak, TTK Tas. 375. maddenin e) bendi, “yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönetmeliklere ve yönetim kurulun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimini” yönetim kurulu üyelerinin devredilemez görevlerinden biri olarak belirlemiştir. Madde gerekçesinde ise, üst gözetim, “hem kurumsal hem de işletme iktisadı yönünden gerekli olan işlerin akışının gözetimi” olarak tanımlanmıştır<sup>16</sup>. Bu tanım, doktrinde, açık olmadığı, kafa karıştırıcı olduğu için eleştirilmiştir<sup>17</sup>. Bu konudaki eleştirilere bir anlamda katılmamak mümkün değildir. Yönetim kurulunun sadece şirketi kurumsal ve işletme iktisadı yönünden gözetmekle; yönetimle ilgili kişilerin kanuna, esas sözleşmeye, ... vs. uygun hareket edip etmediklerini kontrol edip edemeyecekleri belirsizdir. Bir başka ifadeyle, kavramın üst gözetimden beklenen etkinliği ve işlevi yerine getirip getiremeyeceği şüphelidir.

Kanaatimizce, Tasarının kanunlaşması halinde banka yöneticileri hakkında da uygulanacak olan TTK Tas. m.369, “özen” yükümlülüğünün belirlenmesinde öngördüğü “tedbirli yönetici” ve bu kavramın belirlenmesinde kullanılan “nesnelik” ölçüleri, objektif ve uygun düzenlemelerdir. Nesnel olarak üzerine düşen her türlü özeni yerine getiren, başka bir değişle kusursuz olan yöneticinin, kontrolü dışında meydana gelen zarardan sorumlu tutulması, illiyet bağının mevcut olmaması nedeniyle mümkün olmamalıdır. Ancak BanK. m. 137’e göre açılacak şahsi iflas davalarında ispat yükü davalılarda olduğundan, bu özeni yerine getirdiklerini, bankanın yöneticileri ispatlamak durumunda kalacaklardır.

<sup>16</sup> TTK Tas. Gerekçesi, m. 369, s.115.

<sup>17</sup> GÜNEY (Sorumluluk), s. 72 vd.