

AMERİKAN, ALMAN, İSVİÇRE VE TÜRK HUKUKUNDA İŞADAMI KARARI İLKESİ

Yrd. Doç. Dr. Kürşat Göktürk*

ÖZET

Ticari hayatın temel hedefi olan kâr elde etme amacı, kaçınılmaz olarak bilinçli şekilde risk üstlenimini gerektirir. İş adamı kararı ilkesi (*Ticari Takdir İlkesi -Business Judgment Rule-unternehmerisches Ermessen*), anonim şirket yöneticilerinin ticari takdir gerektiren hallerde üstlenmiş oldukları riskler nedeniyle, belirli şartlar dâhilinde iç ilişki bakımından sorumluluktan kurtulmalarına olanak sağlayan bir hukuki kurumdur. Çalışmada ilkenin unsurları ve uygulama esasları hakkında Amerikan, Alman ve İsviçre hukukları çerçevesinde inceleme yapılmış ve Türk hukukuyla ilgili değerlendirmelerde bulunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İş adamı kararı, Anonim şirket, Anonim şirket yöneticileri, Anonim şirket sorumluluk hukuku, Ticari risk.

BUSINESS JUDGMENT RULE IN AMERICAN, GERMAN, SWISS AND TURKISH LAW

ABSTRACT

To make profit is the main goal of commercial life and it inevitably requires consciously risk undertakings. Business judgment rule is a legal institution, which provide for commercial risks irresponsibility under certain circumstances for joint-stock companies directors and officers. In this article, its studied to explain the elements and implementation

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi

conditions of business judgment rule in American, German and Swiss law. The rule is also evaluated for Turkish law.

Keywords: Business judgment rule, Joint-stock company, Joint-stock company directors and officers, Corporate liability law, Commercial risk.

GİRİŞ

Anonim şirket yöneticileri, üstlenmiş oldukları görevin bir gereği olarak netice sorumluluğu altında değildir. Başka deyişle, şirketle olan sözleşmesel ilişkileri çerçevesinde belirli bir neticeyi gerçekleştirmeyi değil, kendilerine yüklenilen görevi özenle, en iyi şekilde icra etmekle yükümlüdürler.

Yöneticiler tarafından yürütülen görevin, ticari hayata ilişkin olması nedeniyle, belirli ölçüde riskin üstlenilmesi, faaliyetin doğasından kaynaklanmakta ve kaçınılmaz olmaktadır. Yöneticilerden risksiz faaliyette bulunmayı beklemek, şirketin kârdan ya da faaliyetlerinden vazgeçmesini beklemek ile aynı anlamı taşıyacaktır¹. Risk, ticareti karakterize eden bir ögedir. Bu nedenle şirket faaliyetlerinde belli şartlara riayet edilerek riskin üstlenilmesi, yöneticilerin özen yükümünü ihlal ettikleri ve dolayısıyla kusurlu oldukları şeklinde yorumlanamaz². Ancak ticari faaliyetlerden kaynaklanan riskin üstlenilmesinde, hangi esaslara riayet edilmiş olması halinde yöneticilerin sorumluluktan kurtulabileceği konusunda sınırların belirlenmesi gerekmektedir. Kökeni Anglo-Sakson hukukuna dayanmakla birlikte, Kıta Avrupası hukukunu da etkileyen ve bahsi geçen sınırları belirleyen ilke, işadamı kararı olarak isimlendirilen Business Judgment Rule'dir.

İşadamı kararı (*Business Judgment*) kavramı, kökeni olan Anglo-Sakson hukukunda içtihatlar vasıtasıyla gelişmiştir. Aynı durum Kıta

¹ Aynı yönde Bkz. Merkt, Hanno/Göthel, Stephan R., US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt, 2006, Rn. 847

² Bu nedenle Amerikan hukukunda kavramın bir kurtarılmış bölge (*reservat*) ya da güvenli liman (*safe harbour*) tesis ettiğinden bahsedilmektedir. Bkz. Merkt/Göthel, Rn. 843

Avrupası hukuk sistemi bakımından da geçerlidir. Bu nedenle kavram hakkında pozitif hukukta yapılan bir tanım bulunmamaktadır. Fakat yöneticilerin almış oldukları ticari kararların mahkemelerce denetlenmesini sınırladığı kabul edilen ilkenin tarihsel gelişim sürecinde belirginleşmiş iki temel unsuru bulunmaktadır: Yöneticilerin kararı, karara etki edecek olan hususlar hakkında gerekli araştırma yapıp, sağlam ve güvenilir bilgiye dayalı olarak alınmışsa ve karar, aldığı tarihteki şartlara göre makul kabul edilebiliyorsa, ticari takdir sınırları içerisinde kalacaktır ve yöneticilerin sorumluluğuna gidilemeyecektir³.

- Terminoloji

“Business Judgment Rule” olarak isimlendirilen ilkenin kelime anlamlarına sadık olarak Türkçe’ye çevirisi “*ticaret yargı kuralı*” şeklindedir. Bir bütün olarak kavramın çevirisi ise “*ticari değerlendirme kuralı*” şeklinde olabilir.

6102 s. TTK’nın 369. maddesi gerekçesinde Business Judgment Rule’nin karşılığı olarak “*işadamı kararı*” kavramı kullanılmış ve riskin işadamı kararından doğması halinde, üyenin sorumlu tutulamayacağı belirtilmiştir. Türk hukuk öğretisinde TTK gerekçesindeki kullanıma uygun olarak, “*işadamı kararı*” terimi yaygınlık kazanmıştır⁴.

Business judgment rule, Alman hukuk çevresinde, *corporate governance* ve *corporate compliance* gibi Almanca’ya tam anlamıyla çevirisi mümkün olmayan kavramlardan farklı olarak, “*unternehmerisches Ermessen*” şeklinde tercüme edilmiş ve İngilizce aslı kadar yaygın bir kullanıma ulaşmıştır⁵. Kavramın Almanca karşılığı Türkçe’ye “*işletmeyle ilgili takdir*” ya da “*işletmesel takdir*” olarak çevrilebilir.

³ Merkt/Göthel, Rn. 852

⁴ Bkz. Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sa. 1, (s. 27-63), s. 55; Akdağ-Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008, s. 71

⁵ Aşağıda (C) başlığı altında yapılan açıklamalara bakınız.

Kavram ile açıklanmak istenilen husus, ticari sahadaki faaliyetlere ilişkin olarak risk değerlendirmesinin olağan sayılmasıdır. Zarar riski içeren ticari işlem ve kararlardan dolayı yöneticilere hukuki sorumluluk yaptırımının ulaşamayacağı güvenli bir alan tesisi gereklidir. Bu bakımdan “işletmeyi ilgilendiren takdir ilkesi” kavramın anlamını ortaya koyabilecek kuvvette olsa da, Türk hukuku bakımından ilkenin anlamını bir bütün olarak en iyi şekilde ifade eden terim, “ticari takdir ilkesi”dir. Çünkü kavram ticari alanda takdiri gerektiren durumlarda -belirli özellikleri taşımak kaydıyla- alınan kararlardan dolayı hukuki açıdan sorumsuzluğu öngörmektedir. Bu kararlar, ticari işletme konusuyla ilgili olan, takdire olanak veren, bir hukuk kuralı ile yönlendirilmemiş ve yaptırıma bağlanmamış bulunan kararlardır. TTK gerekçesinde “işadamı” olarak nitelendirilen kimsenin, TTK metnindeki karşılığını tacir oluşturmaktadır. Tüzel kişi tacirde dış irade, kural olarak, yönetim kurulu aracılığıyla oluşur. Bu nedenle, yönetim kurulunun kararını, tacir kararı olarak değerlendirmek mümkündür. Tacir kararı ise, kural olarak, ticaridir(TTK m. 19). Ticari alanda takdiri gerektiren durumlarda –belirli şartlar dahilinde- hukuki açıdan sorumsuzluğu öngören ilkenin, ticari takdir ilkesi olarak isimlendirilmesi, hem etimolojik açıdan hem de TTK’da yer alan kavram bütünlüğünü korumak bakımından isabetlidir. Ancak TTK gerekçesinde ilkenin “işadamı kararı” olarak isimlendirilmesi ve öğretide de aynı terimin ittifakla kullanılması⁶ nedeniyle, kavram kargaşasına mahal vermemek bakımından, şimdilik aynı terimin kullanılmasında fayda bulunmaktadır.

B. Amerikan Hukuku

1. Gelişimi, Gerekliliği ve İşlevleri

Hukuki bir kurum olarak ilkenin ABD.’de ortaya çıkışı 1829 yılına kadar dayandırılmaktadır⁷. Bu tarihte Lousianna Yüksek Mahkemesi’nin *Percy v. Millaudon* davasında verdiği kararın, ilkenin kökenini

⁶ Örnek olarak bkz. Pulaşlı, s. 55; Akdağ-Güney, s. 71

⁷ Block, Dennis J./Barton, Nancy E./Radin, Stephen A.; *The Business Judgment Rule*, Connecticut, 1993, s. 5; Sieg, Oliver/Zeidler, Simon-Alexander, *Business Judgment Rule, Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, (s. 43-68), Hrsg. von Christoph E. Hauschka, München, 2007, Rn. 1

oluşturduğu kabul edilmektedir. Kararda mahkeme özü itibariyle, yöneticinin tek başına yanlış karar vermesinin, onun sorumluluğunu gerektiren bir neden olarak kabul edilemeyeceğini benimsemiştir. 1847 yılında Alabama Yüksek Mahkemesi *Godbold v. Branch Bank* kararında; 1853 yılında Rhode Island Yüksek Mahkemesi *Hodges v. New England Screw Co.* davasında; 1912 yılında New York Temyiz Mahkemesi *Pollitz v. Wabash R.R. Co* davasında ilkeyi kabul eden ve onu şekillendiren kararlar vermiştir⁸.

İlkenin temelinde, yönetim kurulu üyelerinin, şirket yönetimine ilişkin takdirlerinin yargısal açıdan himayesi yer almaktadır⁹. Başka deyişle yönetim kurulu üyelerinin, yönetime ilişkin ticari kararlarının dokunulmazlığı yer almaktadır. Amerikan hukukunda geniş bir uygulaması olan işadamı kararı ilkesi, özen yükümünün mahkeme tatbikatında yer bulmasını büyük ölçüde sınırlamıştır. Çünkü bu ilkenin gerektirdiği şartların varlığı halinde, mahkemelerce özen yükümünün yerine getirilip getirilmediği hakkında esasa ilişkin bir derlendirme yapılmamaktadır¹⁰.

Amerikan hukukunda ilkenin kabul gerekçesi olarak öğretide *Block/Barton/Radin* tarafından esas itibariyle dört temel argümana dayanılmaktadır. Bu argümanlar, ilkenin işlevlerini ortaya koymak bakımından da değerlendirilebilmektedir. Bu kapsamda:

İlkin yöneticiler iyi niyetli, tarafsız ve gerekli bilgiye sahip olarak ilgili karar ya da kararları almış olsalar dahi, sonradan yapılan değerlendirmelerde, özensiz davrandıkları sonucuna varılabilir. Bu tür yanlışların hoş görülmesi ve ilgili yöneticilerin bu zararlardan dolayı sorumlu tutulmaması halinde, şirket yöneticisi olma hususunda yetenekli kimseler teşvik edilmiş olacaktır¹¹.

⁸ Bkz. *Block/Barton/Radin*, s. 5 vd.

⁹ *Block/Barton/Radin*, s. 7

¹⁰ *Merk/Göthel*, Rn. 843

¹¹ *Block/Barton/Radin*, s. 7; Grass, Andrea, *Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen*, Zürich, 1998, s. 35

İkinci olarak ilke, genellikle risk içeren ticari kararların alınabilmesine olanak sağlamaktadır. Bu surette yöneticiler yargısal değerlendirme hakkında herhangi bir kaygıya kapılmaksızın kararlarını verebilecektir¹². Risk ticaretin vazgeçilmez bir unsuru olup, makul olduğu ölçüde himayesi gerekir. Risklerle ticari hayatta çeşitli şekillerde karşılaşmak mümkündür ve önceden türlerinin sayılması, sınırlarının çizilmesi mümkün değildir. Eğer yöneticiler üstlenebilecekleri bu risklere göre şirketle sözleşme yapmış olsalar idi, şirketin yöneticilerin emeklerine karşı ödeyeceği ücret, doğabilecek zarardan çok daha fazlaya maalolabilirdi¹³.

Üçüncü olarak ticari kararlar konusunda yöneticiler, yargıçlardan daha kabiliyetlidirler. İlke sayesinde mahkemelerin, şirketlerin karmaşık karar süreçleri ve kararları bakımından hatalı değerlendirmede bulunmalarının önüne geçilmektedir¹⁴. Aksini kabul serbest piyasa ekonomisi yerine, yargıçlar ekonomisini doğurur ki, piyasa şartları ve dengesi bakımından kaosa yol açabilir¹⁵.

Son olarak ilke, pay sahiplerinden ziyade, şirketin yöneticiler tarafından yönetilmesini sağlamaktadır¹⁶. Şirketlerde yönetim görevi pay sahiplerine değil, yöneticilere aittir. Pay sahiplerinin –nisbi de olsa çoğunluğu tarafından seçilen yöneticilerin kararlarına, pay sahiplerinin sürekli olarak müdahalede bulunmak istemesi, yöneticileri ticari faaliyetleri yürütmek bakımından çekimserleştirebilir ve hatta kararların alınmasını engelleyebilir. Bu bakımdan pay sahiplerine şirketi yönetme imkânı sağlayacak bir müdahale imkânı sağlanılmamalı¹⁷, yöneticilere belli ölçüde sorumsuzluk alanı bırakılmalıdır. İlke yöneticiler bakımından böyle bir alan oluşturmaktadır.

¹² Block/Barton/Radin, s. 7,8

¹³ Merkt/Göthel, Rn. 849

¹⁴ Block/Barton/Radin, s. 8; Merkt/Göthel, Rn. 846; Grass, (BJR, 1998), s. 36

¹⁵ Merkt/Göthel, Rn. 850

¹⁶ Block/Barton/Radin, s. 10; Grass, (BJR, 1998), s. 37

¹⁷ Merkt/Göthel, Rn. 851

2. Uygulanma Esasları ve İsbat Yüküne Etkisi

Amerikan sorumluluk hukukunda yöneticilerin özen yükümünü ihlal kapsamında sorumlu tutulabilmeleri için, öncelikle işadamı kararı ilkesi çerçevesinde işlem ve kararların değerlendirileceği, ancak bu ilk inceleme sonrasında yöneticilerin kusurunun (özen yükümü ihlali) bulunup bulunmadığı hususunda işlemin içerik olarak denetlenebileceği kabul edilmektedir¹⁸.

Amerikan hukukunda sorumluluk davasının ilk aşamasında işadamı kararı ilkesi çerçevesinde bir değerlendirme (*Business Judgment Rule-Test*) yapılması sözkonusudur¹⁹. Bu safhada yöneticilerin almış olduğu ticari kararın, ilkenin gereklerine uygun olup olmadığı, zaman içerisinde şekillenen ilke gereklilikleri bakımından değerlendirilir²⁰. Yöneticilerin kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirdikleri karine (*rebuttable presumption*) olarak kabul edildiğinden, aksini iddia eden davacının bunu, yani mesela davalının iyi niyetli olmadığını ya da yetersiz bilgiye dayalı olarak karar aldığını ispatlaması gerekir²¹.

Yine bu safhada ilkenin kapsamı dışında olan hallerden birinin mevcut olup olmadığı hakkında da inceleme yapılır. Eğer işlem ya da karar, ilkenin koruma altına aldığı kapsamın dışında kalıyorsa, örneğin yasaya aykırılık gibi bir durum bulunuyorsa, artık ilke çerçevesinde değerlendirme yapılmaz²².

İlk safhadaki değerlendirme bakımından koruma dışı hallerin bulunması ya da davacı tarafca ilkenin gerektirdiği şartların mevcut olmadığının ispatı halinde, ikinci safhaya geçilir ve yöneticilerin ticari işlem ve kararları özen ölçüsü (*standart of care test*) kapsamında

¹⁸ Grass, (BJR, 1998), s. 34

¹⁹ Grass, (BJR, 1998), s. 34

²⁰ Block/Barton/Radin, s. 3

²¹ Grass, (BJR, 1998), s. 34; Merkt/Göthel, Rn. 844; Wendler, Jan-Sebastian, die Justibilität ökonomischer Unternehmensscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main, 2007, s. 276

²² Block/Barton/Radin, s. 3

incelenir²³. Bu safhada ispat yükü davalılara aittir ve tamamiyle özenli davrandıklarını ispatla yükümlüdürler²⁴.

İlkenin şahıs itibariyle uygulama alanına yönetim kurulu üyesi olan yöneticiler (*directors*) ve yönetim kurulu tarafından atanan üst düzey yöneticilerin²⁵ (*officers*) girdiği hakim öğreti tarafından kabul edilmektedir²⁶. Hatta öğretide hâkim ortakların yönetici fonksiyonu icra etmeleri halinde, bu kimseler hakkında da işadımı kararı ilkesinin uygulanacağını kabul eden yazarlar bulunmaktadır²⁷.

3. Değerlendirme Unsurları

Yukarıda değinildiği üzere yöneticilerin özen yükümünü yerine getirip getirmediği ve bunun sonucu olarak kusurlu olup olmadıkları iki aşamalı bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. İlk safhadaki denetim, işadımı kararı ilkesinin gereklerinin yerine getirilip getirilmediği meselesine ilişkindir. Bu aşamada dikkate alınan unsurlar, ticari bir kararın bulunması, kararın şirket menfaati dışında bir menfaat gözetilmeksizin yeterli bilgiye dayalı olarak ve gerekli özen gösterilerek alınması ve kararın makul bir karar olmasıdır²⁸.

a. Kararın Ticari Bir Karar Olması

İlkenin uygulanabilmesi için, alınan kararın ticari bir karar olması gerekmektedir. Ticari kararın ne olduğu ya da kapsamına hangi unsurları aldığı hususunda Amerikan hukukunda yasal düzenleme bulunmamaktadır²⁹.

Kavramın kapsamının belirlenmesi konusunda Amerikan uygulamasında olumsuz yönden hareket edilerek şirket gayesi içerisinde alınan kararların, icrai nitelikte olması, yani ortada bilinçli olarak alınmış bir kararın (*conscious business decision*) bulunması bir şart olarak

²³ Grass, (BJR, 1998), s. 35

²⁴ Merkt/Göthel, Rn. 844

²⁵ Tanım için Bkz. Merkt/Göthel, Rn. 605

²⁶ Bkz. Grass, (BJR, 1998), s. 45: Block/Barton/Radin, s. 47

²⁷ Bkz. Henn/Alexander, Grass, s. 45, dn. 161'e atfen

²⁸ Grass, (BJR, 1998), s. 34

²⁹ Merkt/Göthel, Rn. 852

aranmaktadır. Bu nedenle ihmali davranışlar ilke kapsamında tutulmamakta ve tüm yönleriyle doğrudan özen yükümü değerlendirmesine tabi tutulmaktadır³⁰. Yönetici kasten ya da ihmal ile bir karar almaktan kaçındığı takdirde, ortada ticari bir karar olmadığından, işadamı kararı ilkesi kapsamında değerlendirme yapılabilmesi mümkün değildir³¹.

İlkenin uygulanması bakımından şirket amacı kapsamında yer alan tüm kararların, ticari karar olduğu kabul edilmektedir. Kararın içeriğine yönelik bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Yöneticinin yürüttüğü faaliyet kapsamında almış olduğu tüm kararlar, ilke kapsamında denetlenebilir³². Bu kararlar işletme politikasının belirlenmesinde olduğu gibi kapsamlı ya da somut bir sorunun çözümünde olduğu gibi dar kapsamlı olabilir. Yönetim kurulunun yetkilerini ya da belirli bir işi karara bağlanmak üzere alt kurullara ya da yöneticilere devretmesi halinde de ilkenin uygulanacağı kabul edilmektedir³³.

b. Menfaatsiz Takdir (Disinterested Judgment)

İşadamı kararı ilkesi, yöneticinin yapılan işlemde herhangi bir menfaatinin, bir çıkar çatışması halinin bulunmamasını gerektirir³⁴. Bu durum ilkin şirketle işlem yapma yasağı (*self-dealing*) bakımından kendisini gösterir. Yönetici yapılan işlemin tarafı olmaması kaydıyla işadımı kararı alabilir. İşlem ya da kararın çıkar temini amacıyla yapılmaması gerekir³⁵. Aksi durumda işadamı kararı ilkesi çerçevesinde sağlanan koruma son bulur. Ancak işadamı kararı ilkesi kapsamında olmasa da, bundan sonraki safhada da işlem yapan yöneticinin korunması

³⁰ Block/Barton/Radin, s. 21. Bkz. http://www.fairnessopinion.com/pdf/6_Aronson-Lewis.pdf, Aronson v. Lewis, 473 A.2d 805 (Del. 1984), (ET: 11.02.2010)

³¹ Merkt/Göthel, Rn. 853; Nikitine, Alexander; Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide, Konzeption und Ausgestaltung der "Business Judgment Rule" im Gefüge der Corporate Governance, Zürich/St. Gallen, 2007, s. 163

³² Grass, (BJR, 1998), s. 49

³³ Grass, (BJR, 1998), s. 52, 53

³⁴ Grass, (BJR, 1998), s. 53

³⁵ Merkt/Göthel, Rn. 855

mümkündür. İşleme taraf olan yönetim kurulu üyesinin oyu nazara alınmadığında, işlem hakkında gerekli tüm bilgilerin de toplanmış olması kaydıyla, yönetim kurulu ya da genel kurul tarafından işlemin tasdiki halinde sorumluluk sözkonusu olmayacaktır³⁶.

İşlemin tarafı olmamak, menfaatsiz takdirin bir boyutunu oluşturur. İşlem ve kararlar neticesinde yöneticinin herhangi bir şahsi menfaat temin etmemesi gereklidir. Yönetici işlemin tarafı olmamasına rağmen, yapılan işlemde menfaat temin ediyorsa, ilgili işlemde işadamı kararı kullanımı sözkonusu değildir³⁷. Şahsi menfaatin varlığı konusunda Delaware mahkeme uygulaması, işlemde önemli bir maddi menfaat sağlanması yönündedir³⁸. Ancak menfaatin mutlak surette maddi olması şart olmayıp, yöneticinin şahsi çıkarlarına herhangi bir şekilde hizmet edilmesi yeterlidir ve davacı tarafca somut olarak ispatı gerekir³⁹. Yapılan işlem, objektif olarak değerlendirildiğinde yöneticinin şahsi menfaati bulunduğu kanaatini uyandırdığı hallerde de takdirin menfaatsiz olmadığı kabul edilir⁴⁰.

Davacı tarafın, yöneticinin taraflı davrandığına ilişkin iddiasını ispatı halinde, ilkedden yararlanma imkânı olmayan yöneticinin, sözkonusu kararın şirket menfaatine olduğunu ispatlaması gerekmektedir⁴¹.

c. Bağımsız Takdir (Independent Judgment)

Yöneticilerin işlemlerinden dolayı sorumluluklarının doğmaması için gerekli olan bir diğer unsur, işlem ya da karardaki takdirin bağımsız bir şekilde kullanılmış olmasıdır. Bağımsızlık, münhasıran şirket menfaatlerinin ve tüm pay sahiplerinin menfaatlerinin dikkate alınıp, diğer herhangi bir menfaatin bu menfaate tercih edilmemesini ifade eder⁴².

³⁶ Merkt/Göthel, Rn. 857

³⁷ Merkt/Göthel, Rn. 855

³⁸ Grass, (BJR, 1998), s. 54

³⁹ Grass, (BJR, 1998), s. 53 vd.

⁴⁰ Merkt/Göthel, Rn. 855; Krş. Grass, (BJR, 1998), s. 53

⁴¹ Merkt/Göthel, Rn. 856

⁴² Grass, (BJR, 1998), s. 54, 55

Bağımsız takdir bakımından, şirket içerisindeki belli bir grubun ya da hakim ortakların etkisi altında olmama gerekliliği bulunmaktadır. Yönetici kendisini bu göreve getiren çoğunluğun çıkarlarını değil, şirket çıkarlarını temsil etmekle yükümlüdür. Belli bir çoğunluk tarafından seçilmiş olmak, bağımsızlığı etkileyen bir unsur değildir. Önemli olan, şirket menfaatleri yerine, fiilen başkaca bir kişi ya da grubun menfaatlerini tercih etmektir⁴³.

d. Bilgiye Dayalı Takdir (Informed Judgment)

Yöneticilerin işleminin işadımı kararı kapsamında alındığının kabulü için, ilgili işlemin tesisi için gerekli olan tüm bilgiler edinildikten sonra konu hakkında karar verilmeli ya da işlem yapılmalıdır⁴⁴. Bilgiye dayalı takdir bakımından en meşhur karar, Delaware Yüksek Mahkemesince hükme bağlanan *Smith v. van Gorkom* ya da diğer adıyla *Trans Union* davasıdır⁴⁵.

⁴³ Grass, (BJR, 1998),s. 55

⁴⁴ Federal mahkemenin bilgiye dayalı takdire ilişkin önemli bir kararı olarak Bkz. Hanson Trust PLC v. M.L. SCM Acquisition Inc. 781 F.2d 264 (2d cir. 1986) “*yönetici kararı bilgiye dayanmak zorundadır*”
<http://ftp.resource.org/courts.gov/c/F2/781/781.F2d.264.85-7953.85-7951.693.726.html> (ET: 11.02.2010)

⁴⁵ Merkt/Göthel, Rn. 858: Takdirin bilgiye dayalı olması ve kararın müzakere edilme süresi bakımından *Smith v. van Gorkom* kararı (Cit. 488 A.2d 858 [Supreme Court of Delaware, 1985]) oldukça büyük öneme sahiptir. Kararın Merkt/Göthel, Rn. 859’dan başlayan özeti, değerlendirmelerle birlikte aynen alınmış olup aşağıdaki gibidir:

Jerome Van Gorkom, Trans Union isimli halka açık olan bir şirketin yönetim kurulu başkanı ve CEO’sudur. Bu şirkette azımsanamayacak ölçüde de azlık payı bulunmaktadır. Van Gorkom yaşlılık nedeniyle emekliye ayrılmak istemektedir ve emeklilikten önce sahibi olduğu payları satmak niyetindedir. Bu yüzden Trans Union’un mali işler müdüründen (CFO) hangi fiyattan yabancı finansmanlı satışın gerçekleşebileceğini sorar. CFO meseleyi araştırır ve Trans Union’un nakit akışına göre beher paya alışı fiyatı olarak 50\$’ın günlük çekilmeksizin ödenebileceğini, ancak muhtemelen 60\$’ı geçmeyeceğini söyler. Bunun üzerine Van Gorkom, Trans Union’un üst düzey yöneticilerinden hiçbirine danışmaksızın, işletme devrallarıyla tanınmış olan arkadaşı Pritzker’e Trans Union hisselerini, hisse başına 55\$’dan satmayı teklif eder. Trans Union’un bu sıralarda hisseleri 29-38 dolar civarındadır ve şirket kurulduğundan bu yana hiçbir zaman 39,50 doları geçmemişti. Pritzker teklifi kabul eder. Van Gorkom başka herhangi bir satış girişiminde bulunmaz ve şirket hisse değerini takdir için bir bilirkişiye de müracaat etmez. Bunları yapmak yerine kısa süre içinde Trans Union’un yönetim kurulunu toplantıya davet eder ve Trans Union paylarını, pay başına 55 dolardan satışının oylanmasını teklif eder. Bu toplantıya Trans

Öğretinin bir kısmı kararı, mahkemenin İşadamı kararı ilkesine ilişkin eski içtihatlarına uymadığı gerekçesiyle eleştirirken, diğer bir kısım bu kararı ilke bakımından olumlu bir gelişme olarak değerlendirmiştir⁴⁶. Olayda zaman darlığı baskısı altında olan yönetim kurulunun, şeklen de olsa hisse senedi fiyatları hakkında bir araştırma yapmamış olmasının, İşadamı kararı ilkesinin uygulanmasını engellediği kabul edilmektedir⁴⁷.

e. Makul İnanç (Rational Belief)

Yöneticiler tarafından alınan kararların İşadamı kararı ilkesi kapsamında değerlendirilebilmesi için, yöneticilerin bu kararın şirket

Union'un çalıştığı banka temsilcisi davet edilmez. Van Gorkom yönetim kurulu toplantısında üyelere, Pritzker'in 3 gün içinde bir cevap beklediğini ve bu üç günlük sürenin geçmesinden sonra teklifin düşeceğini söyler. Şirket müdürlerinin çoğunluğu bu satışa muhalefet ederler, çünkü belirtilen değer çok düşüktür. Birleşme sözleşmesinin taslağı yönetim kurulu üyelerine gösterilmemiştir. Aynı şekilde üyelere şirketin değeri hakkında yazılı bilgi de verilmemiştir. Yönetim kurulu yalnızca, Van Gorkom'un CFO'den aldığı 55 doların uygun bir fiyat olduğuna dair sözlü bilgiyi Van Gorkom'dan yine sözlü olarak dinlemekle ve bağımsız bir avukatın bu fiyatla satışı onaylamaları halinde yönetim kurulu üyelerinin davaya muhatap olabilecekleri bilgisiyle yetinmiştir. Bu bilgiler çerçevesinde yönetim kurulu iki saatlik bir müzakere sonunda satışı onaylamış ve bunun üzerine pay başına 55 dolardan satış gerçekleşmiştir.

Delaware yüksek mahkemesi ikiye karşı üç oyla yönetim kurulu üyelerinin, onayladıkları işlem hakkında uygun şekilde bilgi almayı ihmal ettiklerinden dolayı ağır ihmalle hareket ettiklerini kabul etmiştir. Mahkeme kararında özellikle aşağıdaki noktalara dayanmıştır:

- yönetim kurulu hiçbir zaman işi bu şekilde yönlendiren ve 55 doları zikreden Pritzker değil, Van Gorkom olduğunu fark edememiştir.
- yönetim kurulu işletmenin gerçek değerini (material Wert-intrinsic value) tesbit etmek için hiçbir çaba harcamamıştır.
- görüşme sırasında yönetim kurulunun önünde hiçbir yazılı bilgi olmayıp, münhasıran Van Gorkom'dan edinilen sözlü bilgilere istinatla karar vermiştir.
- yönetim kurulu toplantıdan önce gündemi, yani işletmenin satışının müzakere edileceğini ve bu konuda karar verileceğini bilmiyordu.

Bunlardan başka, ortada bir kriz durumu ya da acil bir durum olmamasına rağmen iki saat içerisinde karar vermişti. Bu bağlamda mahkeme yönetim kurulu üyelerini Van Gorkom ve Pritzker'in aranje ettiği gece ve sis oyununun (nacht und nebel aktion-fast shuffle) kurbanları olarak niteledi.

Muhafif kalan makeme iki üyesi, yönetim kurulu kararının Business Judgment Rule kapsamında korunması gerektiği kanaatindeydiler. Burada özellikle yönetim kurulu üyelerinin işletmenin faaliyetlerine vakıf olan iş adamı ve uzman kişilerden oluşmasında dayandılar.

⁴⁶ Bkz. Merkt/Göthel, Rn. 862

⁴⁷ Merkt/Göthel, Rn. 853

menfaatleri bakımından en iyi çözüm yolu olduğu kanaatiyle hareket etmiş olmaları gerekir⁴⁸. Bu kanaatle hareket, öğretide iyiniyetli (*in good faith*) davranış olarak da nitelendirilmektedir⁴⁹. Değerlendirme, kararın alındığı ya da işlemin yapıldığı tarih (*ex ante*) esas alınmak suretiyle yapılmalıdır. Sonradan ortaya çıkan şartların bu sonucu değiştirmesi, neticeye etkili değildir. Başka deyişle, işlem ya da karar sonrasındaki piyasa gelişmeleri, şirket menfaatleri ile bağdaşmayan sonuçlara yol açmış olsa da, işlem tarihindeki şartlar esas alınmak suretiyle değerlendirme yapılacaktır.

Ancak yöneticilerin bu konudaki inancı subjektif bir değer yargısıyla sınırlı değildir. Kavramın objektif ve subjektif olmak üzere iki boyutu bulunmaktadır. Yöneticilerin bu kanaatinin yanında, objektif olarak değerlendirildiğinde de kararın şirket menfaatleri bakımından en iyi çözüm yolu olduğu kabul edilebilir olmalıdır⁵⁰. Amerikan uygulamasında objektif unsur bakımından, mevcut şartlar çerçevesinde makul ve kabul edilebilir bir ticari kararın bulunması yeterli kabul edilmektedir⁵¹. Yöneticilerin kötüniyetli oldukları durumlarda, kararın şirket menfaatine olması düşünülemez. Karara esas olan amaç, hiçbir bakış açısıyla himaye edilebilir nitelikte değilse, yöneticilerin kötü niyetli olduğu ve makul bir amaç ve inancın bulunmadığı kabul edilir⁵². Yöneticilerin yeterli bir karşı edim olmaksızın yaptığı işlemler bu hale örnek gösterilebilir⁵³. Bu nedenle yöneticiler, her halükarda yaptıkları işlemin gayesini açıklamak zorundadır⁵⁴.

Objektif değerlendirme, karar alma süreci hakkında da inceleme yapılmasını gerektirir. Bu süreçte yöneticilerin karar için alternatifler

⁴⁸ Merkt/Göthel, Rn. 868

⁴⁹ Grass, (BJR, 1998), s. 64 vd.

⁵⁰ Merkt/Göthel, Rn. 868

⁵¹ Bkz. Panter v. Marshal Field & Co., 646 F.2d 271 (7th cir. 1981), <http://openjurist.org/646/f2d/271/panter-v-marshall-field-and-co-weiss>, (ET:11.02.2010)

⁵² Grass, (BJR, 1998), s. 65

⁵³ Grass, (BJR, 1998), s. 65

⁵⁴ Grass, (BJR, 1998), s. 66

oluşturup oluşturmadığı, bunların sonuçlarını gözetip gözetmedikleri, kendilerinden beklenen çabayı sarfedip etmedikleri⁵⁵, gerekli hallerde konu hakkında uzman görüşü alıp almadıkları, kararın mantıklı ve sağlam gerekçelere dayalı olup olmadığı gibi hususlar göz önünde bulundurulur⁵⁶.

f. Takdirin Kötüye Kullanılmaması

İşadami kararı ilkesine dayalı olarak sorumluluktan kurtulabilmek için, yöneticilerinin takdir yetkilerini kullanırken bunu kötüye kullanmamış olmaları gerekir. Hakim kararı değerlendiren, kendisini yönetici yerine koyarak ilgili durumda nasıl bir sonuca varacağı hususunda değerlendirme yapma yetkisine sahip olmamakla birlikte, yetkinin kötüye kullanıldığının açıkça anlaşıldığı hallerde, ilkeyi uygulamaktan vazgeçebilecektir⁵⁷.

Takdir yetkisinin kötüye kullanılmaması şeklinde ifade edilen bu kriterin uygulanması Delaware mahkemeleri tarafından reddedilmektedir. Çünkü ilkenin uygulanması bakımından, diğer şartların yanında, bu hususta değerlendirme yapılması, ilkenin koruma amacını tehlikeye sokabilecek kuvvettedir⁵⁸.

4. İlkenin Kapsamı Dışında Kalan Haller

İşadami kararı ilkesi esas itibariyle objektif iyiniyet üzerine kurulduğundan, dürüstlük kuralına aykırılık hallerinde ilkenin uygulanamayacağı kabul edilmektedir⁵⁹. Amerikan uygulamasında dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eden haller, zaman içerisinde içtihatlarla şekillenmiştir.

⁵⁵ Karar alma süreci bakımından yöneticilerden beklenen gayretin kapsamını somut olay şartları belirler. Mahkeme uygulamalarında ne tür şartların arandığı hakkında Bkz. Block/Barton/Radin, s. 82 vd.

⁵⁶ Grass, (BJR, 1998), s. 60

⁵⁷ Grass, (BJR, 1998), s. 67

⁵⁸ Grass, (BJR, 1998), s. 68. Bkz. bu sayfada zikredilen Gimbel v. The Signal Companies, 316 A.2d 599 610 (Del. 1974) http://content.lawyerlinks.com/default.htm#http://content.lawyerlinks.com/library/sec/cases/316_A2d_599.htm

⁵⁹ Grass, (BJR, 1998), s. 43

İlkenin uygulama kabiliyetini ortadan kaldıran ilk halin, hileli işlemler (*fraud*) olduğu kabul edilmektedir. Yöneticiler hileli ve aldatıcı eylemlerde bulunmak suretiyle takdirlerini kötüye kullanmışlarsa ya da buna yol açmışlarsa, ilkeden kaynaklanan korumadan yararlanamayacaklardır⁶⁰. Yöneticilerin şirket kaynaklarını uygun karşılıklar almaksızın kötüye kullanımı (*corporate waste*) halinde de ilke uygulanmamaktadır⁶¹.

İşadamı kararının yasa sınırları dışında yöneticilere koruma sağlaması düşünülemeyeceğinden, şirketin menfaatine dahi olsa⁶², yöneticilerin kanunun emredici bir hükmüne aykırı (*illegality*) karar ya da kararlar alması hali de, ilkenin uygulama sınırları dışında kalmaktadır⁶³.

Şirketin amacı dışında kalan işlemler (*ultra vires*) de, işadamı kararı ilkesi kapsamında himaye edilmemektedir⁶⁴. Bu halde işadamı kararının diğer unsurları bulunsa da, netice değişmemektedir ve ilke kapsamında değerlendirme yapılabilmesi için, kararın şirket amacına uygun olarak kaleme alınması gerekmektedir⁶⁵.

C. Alman Hukuku

1. ARAG-Garmenbeck Kararı

Alman anonim şirketler hukukunda işadamı kararı ilkesi, 2005 yılında yapılan yasal değişikliklere kadar, pozitif hukukta düzenlenmemiştir. Ancak bu değişiklik öncesinde öğreti ve içtihatlar da ilkenin gerekliliğine ilişkin eğilimler mevcuttur. Bu nedenle Alman hukukunda da işadamı kararı ilkesi, Amerikan hukukunda olduğu gibi

⁶⁰ Grass, (BJR, 1998), s. 43

⁶¹ Grass, (BJR, 1998), s. 44 vd.

⁶² Miller v. American Telephone & Telegraph CO. davasında, davalı şirketin ortakları, 1968 yılındaki kongre nedeniyle sunulan iletişim hizmetleri karşılığı olarak siyasi bir oluşum olan DNC'deki bazı alacaklardan (yaklaşık 1,5 milyon dolar) vazgeçilmesi nedeniyle yöneticileri dava etmiş, mahkemece bu durum hukuka aykırı seçim başışı olarak değerlendirilmiş ve ticari takdir ilkesinin uygulanmasından kaçınılmıştır. 507 F.2d 759 (3d. cir. 1974), http://openjurist.org/507/f2d/759/miller-v-american-telephone-and-telegraph-company#fn9_ref, (ET:11.02.2010)

⁶³ Grass, (BJR, 1998), s. 43 vd.; Merkt/Göthel, Rn. 869

⁶⁴ Grass, (BJR, 1998), s. 44

⁶⁵ Merkt/Göthel, Rn. 869

öncelikle içtihatlar aracılığıyla şekillenmiştir⁶⁶. Bu kararların en önemlisi, Alman Federal Mahkemesi tarafından 1997 yılında verilen ARAG/Garmenbeck kararıdır⁶⁷.

Sözkonusu karardan önce de federal mahkeme yöneticilerin ticari takdirlerine mahkemelerin müdahale edemeyeceğine dair kararlar vermiştir⁶⁸. *Herstatt Bank* kararında⁶⁹ federal mahkeme, kusursuz gecikme halleri haricinde, şirketin mali durumunun bozulması durumunda yöneticilerin, şirketin iflasını istemek zorunda olduklarını kabul etmekle birlikte, alacaklılar, şirket ve ortaklar bakımından iflase nazaran daha hafif sonuçları olan yöntemleri denemelerini AktG. § 93/I,1 uyarınca özen yükümü kapsamında değerlendirmiştir⁷⁰. Bu surette federal mahkeme, yöneticilerin bankanın kurtarılmasına yönelik girişimlerinin sonucunun gerçekçi olup olmadığı konusunda yargısal bir denetimin mümkün olmadığını kabul etmişti⁷¹.

Federal mahkeme *Siemens-Nold* kararında⁷² ise, yönetim kurulunun sermaye artırımında rüçhan haklarının kısıtlanıp kısıtlanmayacağı konusunda ticari bir takdirinin bulunduğunu kabul etmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere Federal Mahkemenin işadamı kararı ilkesi kapsamında vermiş olduğu en önemli karar ARAG/Garmenbeck kararıdır. Bu kararda Federal Mahkeme öğretide tartışmasız bulunan işadamı kararı alma yetkisini kabul etmekle⁷³ kalmayıp, ilkenin gereklilikleri ya da unsurları hakkında sınırları çizmiş ve işadamı kararı ilkesi hakkındaki araştırmaların yoğunlaşmasına sebebiyet vermiştir⁷⁴. Karara konu olan olayda, federal mahkeme yönetim kuruluna, “*şirket*

⁶⁶ Wendler, s. 151

⁶⁷ BGHZ 135, 244 vd.

⁶⁸ Ticari takdire ilişkin gelişim süreci, öğretide Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin verdiği kararlara kadar dayandırılmaktadır. Bu konuda Bkz. Wendler, s. 155

⁶⁹ BGHZ 75, 96

⁷⁰ Wendler, s. 151 vd.

⁷¹ Wendler, 152

⁷² BGH ZIP, 1997, 1499

⁷³ Sieg/Zeidler, Rn. 4

⁷⁴ Wendler, s. 261

işlerini yürütürken, bulunmaması halinde, ticari faaliyetin mevcudiyetinin düşünülmeyeceği bir takdir alanı bırakılmasının zorunluluk olduğunu” kabul etmiştir⁷⁵. Mahkeme, takdir alanının son derece geniş tutulmasına yönelik bir eğilim içindedir. Bu kapsamda mahkeme, “*bilinçli olarak üstlenilen riskler yanında; sorumluluk bilinciyle hareket eden her işletme yöneticisi tarafından dışlanması gerekenler haricinde, yanlış değerlendirme ve hatalı takdirler(in) de*” ilke kapsamına girip, sorumluluğu gerektirmeyeceğine yönelik içtihatla bulunmuştur⁷⁶.

Federal mahkeme ARAG/Garmenbeck kararında işadamı kararı ilkesinin varlık ve gerekliliğini bu şekilde kabul ettikten sonra, hangi hallerde ilkenin ihlal edildiğini olumsuz bir biçimde, yani işadamı kararı için hangi unsurların bulunması gerektiğini ifade ederek değil, hangilerinin bulunmaması halinde ticari karardan sözedilemeyeceğini açıklamıştır⁷⁷. Mahkemeye göre işadamı kararının unsurları sorumluluk bilincine sahip olarak hareket etme, işletme menfaatine yönelme, gerekli bilginin özenli bir şekilde temin edilmesi ve kanuna aykırı hareket etmeme şeklinde formüle edilmektedir. Sonraki içtihatlarında federal mahkeme takdir yetkisinin kapsamının ne ölçüde geniş olduğuna dair kriterleri belirlemeye çalışmış ve bu konuda “*ticari açıdan makulluk*” kriterini benimsemiştir⁷⁸. Bu kriter uyarınca hal ve şartlar alınan karardan zarar riskini kaçınılmaz kılıyorsa ve sözkonusu riski üstlenmek için ticari açıdan makul bir ihtiyaç bulunmuyorsa, işadamı kararı sözkonusu olmayacaktır. Buradaki hal ve şartlar, mahkemenin değerlendirme yaptığı

⁷⁵ BGHZ 135, 244, 253

⁷⁶ BGHZ 135, 244, 253; ayrıca Bkz. Bilgili, Fatih; İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004, s. 116

⁷⁷ Federal mahkemeye göre “...eğer sorumluluk bilinci taşıma, münhasıran işletme menfaatine yönelme, karara temel teşkil eden hususları özenli bir şekilde araştırma... zorunluluğunun sınırları aşılmışsa, ticari risklere keyfi bir şekilde girilmişse veya yönetim kurulunun davranışı başkaca nedenlerle yükümlülüklerle aykırı olarak değerlendirilebiliyorsa...” sorumluluğu gerektirir. BGHZ 135, 244, 253 vd.

⁷⁸ Sieg/Zeidler, Rn. 3. İlgili kararlar için Bkz. age. Dn. 19

tarihe göre değil, işlemin yapıldığı tarihe göre (*ex tunc*) belirlenecektir⁷⁹. Öğretide kriterin zarar riskini dışlamayıp, makul ölçüleri aşan riski esas almasına dikkat çekilmektedir⁸⁰.

2. Pozitif Hukuk ve İlkenin Uygulama Koşulları

İçtihatlardaki gelişimin ve piyasada şirket iflaslarının bir sonucu olarak Alman kanun koyucusu sorumluluk hukukuna yönelik düzenlemeleri içeren yasal bir düzenlemeye yönelmiş ve özellikle pay sahiplerinin organ üyelerine karşı açacağı sorumluluk davalarında özel imkanlar tanıyan, bunun karşılığında da işadamı kararı ilkesi aracılığıyla organ sorumluluğunu sınırlayan kanun olan UMAG⁸¹ yürürlüğe girmiştir⁸².

UMAG'ın Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93/I. maddesine eklediği 2. cümle sayesinde işadamı kararı ilkesi Alman hukukunda yasal bir düzenleme olarak yürürlüğe girmiştir. AktG. § 93/I,2 hükmüne göre:

“Yönetim kurulu üyesinin ticari bir karar alırken, yeterli bilgiye dayalı olarak şirket menfaatine uygun hareket ettiği makul olarak kabul edilebiliyorsa, herhangi bir yükümlülük ihlali söz konusu değildir.”

Bu tanımdan çıkan unsurlar, ticari bir kararın mevcut olması, münhasıran şirket menfaatinin gözetilmesi, özel menfaatler ve yabancı etkisi olmaksızın hareket, iyiniyet, kararın yeterli bilgiye dayalı olarak tesisidir⁸³.

Yasal tanımda yer alan bu unsurlar, ilkenin Alman hukukuna, Amerikan hukukunda uygulanan orijinine uygun bir iktibas olduğunu göstermektedir. İlkenin kodifikasyonu hukuk güvenliği ilkesi bakımından

⁷⁹ Bkz. Sieg/Zeidler, Rn. 3

⁸⁰ Sieg/Zeidler, Rn. 5

⁸¹ Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht, 22.9.2005, BGBl. I 2005, 2802

⁸² Sieg/Zeidler, Rn. 7. Yazarlar bu değişiklikte yönetim kurulu üyelerine karşı açılan sorumluluk davaları bakımından bir sınırlamanın hedeflendiğini, ancak gerçekte mevcut durumun yasallaşmasından başka bir değişikliğin olmadığını dile getirmektedir. Bkz. age Rn. 7,8

⁸³ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

olumlu karşılanmakla birlikte, yargı uygulaması ve öğretinin yardımıyla unsurları ciddi manada somutlaştırılmadan girilen kanunlaştırma hareketi eleştirilmektedir. Bu kapsamda önemli yargı içtihatlarının, normun somutlaştırılması bakımından nazara alınmaması önemli bir eleştiri sebebi olarak kabul edilmektedir⁸⁴.

a. Münferit Uygulama Koşulları

Alman hukukunda yönetim kararının varlığı, ilkenin ilk uygulama koşulu olarak aranmaktadır. Karar alternatifleri bulunan bir hususta kâr ya da zarar riski içeren bir tercih yapılması, yönetim kararının gerekleri kapsamındadır⁸⁵. Kararlar geleceğe yönelik tahminlere dayalı olarak şekillenmektedir ve hukuk düzeninin öngördüğü değerlendirmeler, ilke kapsamında yer almaz. Bu açıdan yasadan, esas sözleşmeden ya da yöneticiyle şirket arasındaki sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali, takdir yetkisi kapsamında değildir⁸⁶.

Belirli bir yönde karar alınması gerekli olan hallerde, bilinçli olarak hareketsiz kalmak da karar olarak nitelendirilmektedir⁸⁷. Bu bakımdan ilkenin uygulanması, bir davranış ya da ihmalin, bilinçli bir ticari kararın sonucu olmasını gerektirir⁸⁸.

Şirket menfaatlerine uygun hareket, ilkenin diğer bir unsurudur. Kanun metninde her ne kadar “şirket” menfaatine hareketten bahsedilmişse de, öğretilerde bu kavram, ilkenin uygulanması bakımından dar kapsamlı görülmekte ve kavramın işletme menfaatini kapsayacak genişlikte olduğu kabul edilmektedir⁸⁹.

⁸⁴ Wendler, s. 277 vd.

⁸⁵ Semler, Johannes, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in Festschrift für Peter Ulmer, Berlin, 2003, (s. 627-642), s. 627 vd.; İşletmedeki tüm kararlar yönetim kararı olmayıp, sadece “işletmenin yönetim işlevinin gerçekleşmesine hizmet eden veya bu işlevin dışında işletmenin orta veya uzun vadeli yönetiminin gelişmesine ya da finansman ve gelir durumuna etkili olan kararlar” bu kapsamdadır. Semler, s. 43, N. 63 (Pulaşlı, s. 60’dan naklen)

⁸⁶ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁸⁷ Wendler, s. 266

⁸⁸ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁸⁹ Wendler, s. 268

Menfaatlere uygun hareket, sadece hukuki işlem şeklinde ortaya çıkan kararları değil, alınmış olan bir kararın icrasına yönelik davranışları da kapsar⁹⁰. AktG. § 93/I,2 metnindeki ifade, hem organın karar alırken kararının kabul edilebilir olduğundan hareket etmesini vurgulayarak, kararın subjektif açıdan kabul edilebilir olmasını, hem de objektif bakımdan himaye edilebilir olmasını gerektirmektedir. Yine metinde geçen “makul” ölçütü de, objektif değerlendirmede yararlanılacak bir kriter olarak öngörülmüştür⁹¹. Menfaate uygun hareket, Amerikan hukukunda olduğu gibi, sonraki tarihte ortaya çıkan şartlara göre değil, işlemin yapıldığı tarihteki şartlara göre belirlenecektir⁹².

Özel menfaatlerden uzak ve yabancı bir etkiye tabi olmaksızın hareket unsuru, yöneticinin tarafsız ve bağımsız hareket etmesini ifade eder⁹³. Esasında bu unsuru, şirket menfaatine hareket unsuru içerisinde değerlendirmek mümkündür⁹⁴. Alman hukukunda özel bir menfaat ya da yabancı etkisi konusunda tartışmalı olan husus, yöneticinin iyiniyetinin, bu unsur bakımından önem taşıyıp taşımadığıdır. Bir görüşe göre özel bir menfaatin varlığı halinde, yöneticinin iyiniyetli olmasının, yani sözkonusu menfaatin mevcudiyetini bilmesinin ya da bilmemesinin, neticeye etkisi yoktur. Özel bir menfaat sözkonusu ise, işadama kararı ilkesi uygulanamaz. Yasa gerekçesinden hareket eden hakim görüş ise, karara yetkili olanların özel menfaatten haberdar olması gereğini bir şart olarak aramaktadır⁹⁵. Kanun gerekçesi kadar, somut olay şartları hakim görüşü destek vermektedir. Zira bir yakınının yapılan işlemde kar elde ettiğini bilmeyen yöneticinin kararı, bu durumdan etkilenmemiştir ve işadama kararı ilkesinin uygulanmasına engel yoktur⁹⁶. Ancak hakim görüşü savunanlar dahi, böyle özel durumlarda, yöneticinin, işlemin yakınıyla

⁹⁰ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁹¹ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁹² DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁹³ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁹⁴ Sieg/Zeidler, Rn. 9

⁹⁵ Wendler, s. 269, 271 vd.; Sieg/Zeidler, Rn. 9:

⁹⁶ Sieg/Zeidler, Rn. 9

ilgisini niçin bilmediğini ispat etmesini aramaktadır⁹⁷. Sadece istisnai bazı durumlarda, bilme unsuru bulunsa bile farklı değerlendirme yapılabileceği kabul edilmektedir. Özellikle yöneticinin menfaat çatışmasının sözkonusu olduğunu önceden açıkladığı ve makul bir şekilde şirket menfaatine hareket edildiği somut olaya göre kabul edilebiliyorsa durum böyledir⁹⁸.

İlkenin diğer bir unsuru olan “iyiniyet”, kanun metninde açıkça düzenlenmemekle birlikte, kanun gerekçesinde, kararın “kabul edilebilir” olmasının iyiniyete işaret ettiğinden ve yöneticinin şirketin menfaatini iyi niyetli olarak gerçekleştirmeye çalışmasından bahsedilmek suretiyle bu unsura vurgu yapılmıştır⁹⁹.

Karar ya da davranışın yeterli bilgiye dayalı olarak alındığı makul bir şekilde kabul edilebilir olmalıdır. Ancak bu durum ticari kararların bilgiye dayalı olarak objektifleştirilmek zorunda olduğunu ifade etmez¹⁰⁰. Çünkü iş hayatında kararlar çoğu zaman tecrübeye, beklentilere, rakiplerin durumuna, tüketicilerin beklentilerine, hislere ve piyasadaki somut diğer şartlara dayalı olarak alınır¹⁰¹. Ancak tek başına piyasa şartların uygun hareket de yeterli değildir. Bu yüzden Alman kanun koyucusunun yöneticilerden beklentisi, yeterli bilgiye dayalı karar hazırlığı süreci ile piyasada genel kabul gören davranış kurallarının birleştirilmesidir.

Özellikle zaman darlığı ya da bilgi temini için gerekli olan masrafların yüksek olması gibi karara etki eden olumsuz faktörlerin bulunması, özensiz karar alınmasını hiçbir zaman makul gösteremez¹⁰². Sadece risk içeren bir karar, sorumluluk bilincine sahip bir yönetici tarafından alınamaz¹⁰³. Yine yöneticinin “*bilgi edinilmesi ve bunun değerlendirilmesini*” bir uzmana bırakmış olması ile yetinilemez¹⁰⁴.

⁹⁷ Sieg/Zeidler, Rn. 9

⁹⁸ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

⁹⁹ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

¹⁰⁰ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

¹⁰¹ DBT, Drucksachen, 15/5092, s. 11

¹⁰² Wendler, s. 274

¹⁰³ Semler, s. 628

¹⁰⁴ Sieg/Zeidler, Rn. 10

Bilginin yeterli olması konusunda Amerikan hukukunda olduğu gibi şekli bir kriterle yetinilmemektedir. Başka bir ifadeyle, Alman hukukunda kararın içeriği bakımından denetim yapıldığından, şekli açıdan karar hazırlıkları yapılmış olması, ilkeye riayet bakımından yeterli görülmemektedir¹⁰⁵.

b. İlkenin Kapsamı

Şahıs itibariyle ilkenin kapsamına yönetim (*Vorstand*) ve gözetim kurulu (*Aufsichtsrat*) üyeleri girmektedir. Yönetim kurulunun AktG. § 76 uyarınca idare yükümlülüğü çerçevesinde almış olduğu tüm yönetim kararları bakımından, ilkenin uygulama kabiliyetinin bulunduğu kabul edilmektedir¹⁰⁶. Yönetim kurulunun bu kararı şirketin mutad idare işlemleri olabileceği gibi, gözetim yetkisine ilişkin işlem ya da kararlar şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu sonucunda, daha önceden alınan bir kararın uygun bulunup bulunmaması sözkonusu olacaktır¹⁰⁷. AktG. § 116'nın gözetim kurulu üyelerinin özen yükümü ve hukuki sorumluluğu bakımından AktG. § 93'e atfı nedeniyle, ilkenin gözetim kurulu üyeleri bakımından da uygulanması mümkündür¹⁰⁸.

İlke sadece organların şirket içi sorumluluğu bakımından değil, bazı hallerde dışa karşı sorumluluk bakımından da etkisini göstermektedir. Bu kapsamda özellikle şirketin iflasını talep etme zamanını belirleme hususunda organların takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Öğretide yeni bir eğilim, şirket birleşmelerinden doğan zararların tazmini bakımından da ilkenin uygulanabileceğini kabul etmektedir¹¹⁰.

c. İsbat Yüküne Etkisi

Amerikan hukukunda yöneticilerin işadamı kararı ilkesinin gereklerine uygun olarak hareket ettikleri karine olarak kabul edilmektedir. Yöneticinin yeterli bilgiye dayalı olarak, bağımsız, iyiniyetli

¹⁰⁵ Sieg/Zeidler, Rn. 10

¹⁰⁶ Wendler, s. 261

¹⁰⁷ Semler, s. 628

¹⁰⁸ Semler, s. 628

¹⁰⁹ Wendler, s. 262

¹¹⁰ Wendler, s. 262

ve şirket menfaatlerine uygun hareketi karinesi bulunduğundan, sorumluluk davasında davacıların bunun aksini ispat etmeleri gerekir¹¹¹.

Alman hukukunda ise böyle bir karineye yer verilmemektedir ve yöneticilerin yükümlülüklerine aykırı davranmış oldukları karine olarak kabul edilmektedir¹¹². Bu nedenle yöneticilerin ispat yükünü yerine getirebilmesi bakımından, karar için gerekli olan bilgi ve belgelerin karar safhasından itibaren toplanması gerekmekte ve ciddi bir belge toplama yükümlülüğü sözkonusu olmaktadır. Yöneticiler ancak bu ispat vasıtalarına sahip oldukları takdirde, işadamı kararı ilkesine dayanmak imkânına sahip olacaklardır¹¹³.

İlkenin gereklerine riayet edilmiş olması halinde mahkemelerce, yöneticinin makul ve özenli bir idareciden beklenen özeni göstermelerine ilişkin bir inceleme yapılması mümkün değildir¹¹⁴. İlkenin gereklerinin yerine getirilmemiş olması halinde de sorumluluğun bir koşulu olarak kusurun varlığı derhal kabul edilmemekte, yöneticinin yükümlülüklerine aykırı davrandığının ispatı gerekmektedir. Ancak bu halde ispat yükü, davacılara aittir¹¹⁵.

D. İsviçre Hukuku

İsviçre hukukunda işadamı kararı ilkesi hakkında yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Şirket yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin içtihatlarda da ilke ciddi ve sistemli olarak kullanılmamaktadır. Buna karşın öğretisi, Amerikan hukuku kaynaklı ilkeye önem atfetmekte ve ilkenin İsviçre hukukunda uygulanabilirliği ve şartları tartışılmaktadır¹¹⁶.

¹¹¹ Grass, (BJR, 1998), s. 34; Merkt/Göthel, Rn. 844; Wendler, s. 276

¹¹² Wendler, s. 276, 277

¹¹³ Wendler, s. 276

¹¹⁴ Wendler, s. 276

¹¹⁵ Wendler, s. 277

¹¹⁶ Bkz. von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel, 2006, s. 45 vd.; Pöschel, Ines/Watter, Rolf, Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane, ST 2006 (s. 816-820), s.817 vd.; Nikitine, Alexander, özellikle s. 133 vd.; Frick, Joachim, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, s. 509-521; Widmer, Peter, in

İsviçre öğretisinde genel olarak ticari kararların yargısal denetiminde sınırlama yapılması eğilimi bulunmakla birlikte¹¹⁷, öğretinin ilkeye yaklaşımı, ilkenin lehine ve aleyhine olmak üzere iki grup içerisinde incelenebilir.

1. İlkenin Lehine Görüşler

İşadamı kararı ilkesinin sorumluluk davalarında uygulanması konusunda lehe görüş sahibi olan yazarlar, uygulamanın nasıl gerçekleşeceği konusunda birbirinden farklı yaklaşımlara sahiptir.

Bazı yazarlar, yöneticinin ticari sahada takdir yetkisinin bulunduğunu kabul etmekte¹¹⁸ ve bu takdir yetkisi bakımından yöneticiler lehine kararların doğru olduğu, takdirin olumlu kullanıldığı yönünde bir karinenin kabul edilmesi gerektiğini¹¹⁹, takdirin sınırlarının açıkça aşılması halinde yöneticilere müdahalede bulunulabileceğini savunmaktadır¹²⁰. Bu yönüyle öğreti, Amerikan hukukunda kabul edildiği haliyle ilkenin özünü, yani hakimın ticari kararların içeriği bakımından

Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, Hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, Basel, 1994, Art. 754, Rn. 16; Schmid, Christoph, Haftungsbeschränkungen für Revisoren und Verwaltungsräte? Nicht nur Revisoren, auch Verwaltungsräte sind gefährdet, NZZ. n. 101-29; Hasenböhler, Stefan, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, im vergleich zum US-amerikanischen Recht, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 68 vd.

¹¹⁷ Bkz. Frick, s. 520; Schmid bu konuda mahkemelerin, kararların kabul edilebilir olup olmadığını denetlediğini, amaca uygunluk yönünden bir denetim yapmadığını belirtmek suretiyle İsviçre hukukuna ilkenin zaten yabancı olmadığını belirtmektedir. Schmid, NZZ. n. 101-29

¹¹⁸ Widmer, Art. 754, Rn. 16. Yazar, takdir yetkisine riayet edilmemesini kusur değil, yükümlülük ihlali unsuru başlığı altında incelemektedir. İsviçre hukukundaki genel kabul, ilkenin kusurun değil, yükümlülük ihlali unsuru kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündedir.

¹¹⁹ von der Crone ise bu halde “yönetim kurulunun kararı özenle hazırlaması gerektiğini, tartışmalı durumlarda karar takdirinde özenli hareket edildiğini isbatlamak zorunda olduğunu” kabul etmektedir. Bkz. von der Crone, Hans Caspar, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW. 1998, (s. 157-169) s. 163

¹²⁰ Bertschinger, Urs, Arbeitsteilung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999, s. 101, Rn. 188; Forstmoser, Peter, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung, ST. 2002, (s. 485-491), s. 490

müdahale imkanının bulunmadığını kabul etmektedir¹²¹. Ancak İsviçre hukukundaki sorumluluk esasları göz önünde bulundurularak, ilkenin Amerikan hukukundaki haliyle iktibasının mümkün olmadığı da vurgulanmaktadır¹²².

Bazı yazarlar ise, Amerikan hukukundaki şekliyle ilkenin uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹²³. Bu görüş uyarınca sorumluluk davalarında özen yükümünün¹²⁴ yerine getirilip getirilmediği konusunda iki aşamalı bir değerlendirmenin yapılması sözkonusudur. Karar öncelikle şekli bazı gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediği yönünde değerlendirilir¹²⁵. Özellikle yönetim kurulu üyesi ile şirket arasında akdolunduğu kabul edilen vekâlet sözleşmesinde netice taahhüdü yoktur ve başarısızlık, her durumda sorumluluğu gündeme getirmez. Aslolan kararın oluşum sürecinde gerekli özenin gösterilip gösterilmediğinin tesbitidir ve bu ilkin, kararın oluşum sürecinde şekli bir değerlendirmenin yapılmasını gerekli kılar¹²⁶. Şekli değerlendirmenin temelinde yeterli bilgi unsuru yer almaktadır. Uygun ve yeterli organizasyon yapısı içerisinde benzer koşullar altında özenli bir yönetim kurulu üyesi tarafından bilinmesi gereken hususları bilmeyen yönetim kurulu üyesi, ilkenin korumasından yararlanamaz¹²⁷. Ancak ilk aşamadaki değerlendirme sadece şekli niteliktedir. Çünkü bu safhada da

¹²¹ Isler, Peter, Sorgfalt und haftung des Verwaltungsrates, in Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Hrsg. von Rolf H. Weber, Zürich-Basel-Genf, 2003, s. 2 vd.

¹²² Bkz. Hasenböhler, s. 74; Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2004, § 13, Rn. 584

¹²³ Grass, Andrea, Management-Entscheidungen vor dem Richter Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftentscheiden in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, SZW. 2000, (s. 1-10), s. 9; Forstmoser (2002), s. 490; Forstmoser, Peter/Sprecher, Thomas/Töndury, Gian Andri, Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Personal Liability under Swiss Corporate Law, Zürich, Basel, Genf, 2005, s. 57; Hasenböhler, s. 70 vd.

¹²⁴ İsviçre hukukunda ilke sorumluluğun farklı unsurları bünyesinde sınıflandırılrsa da, tezde ilke özen yükümü başlığı altında incelendiğinden, İsviçre hukukundaki eğilimler bu başlık altında değerlendirilmiştir.

¹²⁵ Bu gereklilikler, Amerikan hukukunda varlığı aranan unsurlardır.

¹²⁶ Hasenböhler, s. 71

¹²⁷ Isler, s. 3

maddi denetim yapılmaktadır, ancak maddi denetim ortaya çıkan karara değil, onun alınış tarzına yöneliktir¹²⁸. Bu, kararın alınma sürecine ilişkin yükümlülüklerin özenli biçimde yerine getirilmiş olmasını ifade etmektedir¹²⁹. Öte yandan ilkenin yöneticileri sadece şekli bir liste oluşturup, bunu kontrole yöneltmemesi gerektiği, yönetim faaliyetlerinin merkezinde her zaman içeriğin bulunduğu, işadamı kararı ilkesinin zaman içerisinde karar sürecini objektifleştireceği beklentisi bulunmaktadır¹³⁰. Öğretide Böckli, Amerikan hukukunda öngörülen şekli denetime ilişkin esasların İsviçre Hukuku bakımından kabul edilebileceğini, ancak bunda İsviçre hukukunun kendine has özelliklerinin nazara alınması gerektiğini vurgulamakta ve kararın içerik olarak kabul edilebilir olma unsuruna vurgu yapmaktadır¹³¹.

İlkenin Amerikan hukukundaki gibi uygulanması gerektiği görüşünü savunanlardan Grass, hakimin ticari kararlara ilişkin olarak öncelikle ilkenin öngördüğü koşulların mevcut olup olmadığını araştırması gerektiğini, hakimin ilkenin unsurları bakımından belli soruları cevaplandırması gerektiğini, bu kapsamda;

- *Şirketin, pay sahiplerinin ya da alacaklıların zarara uğrayıp uğramadığı,*
- *Yönetim kurulunun bilinçli ve şekli bakımdan doğru bir kararının davalıya isnat edilip edilemeyeceği,*
- *Kararın şirket amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığı,*
- *Davalının karar esnasında bağımsız ve tarafsız olup olmadığı,*
- *Kararın emredici ve somut yasal düzenlemelere uygun olup olmadığı,*
- *Kararın en geniş anlamda makul ve mantıklı olup olmadığı,*
- *Davalının karar alırken iyiniyetli davranıp davranmadığı*¹³²

¹²⁸ von der Crone, (Haftungsbeschränkung, 2006), s. 47

¹²⁹ Forstmoser/Sprecher/Töndury, s. 57

¹³⁰ Forstmoser/Sprecher, /Töndury, s. 58

¹³¹ Böckli, § 13, Rn. 584

¹³² Sorular Grass (2000), s. 10'da yer alan tablodan aynen alınmıştır.

Sorularının cevaplanması gerektiğini, tüm bu sorulara olumlu cevap verilmesi halinde OR Art. 754/I kapsamında bir yükümlülük ihalinin olmadığını ve sorumluluğun doğmayacağını, ancak bu sorulardan, ilkenin unsurlarını teşkil eden bir ya da daha fazlasının olumsuz cevaplanması halinde maddi denetime geçilebileceğini ve kararın doğruluğunun ve yerindeliliğinin, davranışın somut şartlara göre kusurlu olup olmadığının denetlenebileceğini belirtmektedir¹³³.

2. İlkenin Aleyhine Görüşler

İsviçre hukukunda ilkeye en keskin eleştiriler *Kunz* tarafından yöneltilmektedir¹³⁴. *Kunz* öğretinin, Amerikan hukukunun ciddi biçimde etkisi altında olduğunu, hukukun diğer alanları yanında şirketler hukukunun da bundan payına düşeni aldığını, bu kapsamda işadamı kararı ilkesinin öğretilde yaygın kabul gördüğünü, ancak sözkonusu ilkenin İsviçre hukukunda uygulanamayacağını savunmaktadır¹³⁵.

İlkenin aleyhine görüş beyan edenler, gerçi İsviçre hukukunda da tıpkı Amerikan hukukunda olduğu gibi, hakimin işadamı kararını değerlendirme konusunda çekimser kalması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak ilkenin Amerikan hukuktan olduğu gibi alınarak sorumluluk davalarının temeline oturtulması eleştirilmektedir¹³⁶. Sözkonusu eleştirinin çeşitli gerekçeleri bulunmaktadır. Bu konuda eleştiriler, öncelikle pozitif hukuka dayalı olarak yöneltilmektedir. İlkenin, İsviçre hukukunda yasal bir dayanağı bulunmamasına ve OR Art. 754'de öngörülen sorumluluk esaslarıyla bağdaşmamasına rağmen, öğretilde bu

¹³³ Grass (2000), s. 5 vd.

¹³⁴ Bkz. Kunz, Peter V., *Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht*, Bern, 2001; Kunz, Peter V., *Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten-zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur "Business Judgment Rule"*, in *Festschrift für Jean Nicholas Druey*, Zürich, 2002, s. 445-462; Kunz, Peter V., *Zwischenhalt beim Schutz der Aktionäre Oder: Wohin soll die Reise gehen?*, ST, 2002, s. 402-406

¹³⁵ Kunz, (*Aktionärsstreitigkeiten*, 2002), s. 454

¹³⁶ Kunz, (*Zwischenhalt*, 2002), s. 405 vd.; Bärtschi, Harald, *Verantwortlichkeit im Aktienrecht*, Zürich, 2001, s. 404 vd.; İsviçre uygulamasında ilkenin sadece sorumluluk davalarında değil, genel kurul kararlarının iptaline yönelik davalarda da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir. Bkz. Kunz, (*Zwischenhalt*, 2002), s. 406

denli geniş eğilim olması eleştirilen ilk husustur¹³⁷. İlke, Amerikan hukukunda, sadece ispat yükünün yer değiştirmesini sağlamamakta, aynı zamanda pay sahiplerinin dava hakkının temelini oluşturmaktadır. İsviçre hukukunda ise yükümlülük ihlallerinin bu şekilde sınırlandırılması sözkonusu değildir¹³⁸. Yine pozitif hukuka dayalı olarak, menfaatler dengesi bakımından, şirket menfaatlerinin önceliğinin hukuk düzenince kabul edilmemesine rağmen, ilkede bu menfaate öncelik tanınması bir eleştiri gerekçesi olarak kullanılmaktadır¹³⁹. Pozitif bir dayanak olmaksızın, içtihatlar aracılığıyla hakimlerin kararları değerlendirmede ciddi şekilde çekimser kalması, “*polis devleti yasalaştırma hareketi çağrılarına*” yol açacaktır¹⁴⁰. Öte yandan ilke, sorumluluk davaları bakımından önemli bir temel teşkil eden ihmali davranışlar bakımından bir çözüm sağlamamaktadır¹⁴¹. Bu gerekçelerden başka, İsviçre Şirketler Hukuku’nun azınlıkları korumaya yönelik hükümleri, eleştirilerin en esaslı noktasını oluşturmaktadır. Çünkü işadami kararı ilkesine uygulamada yer verilmesi halinde, yönetim kurulunun idare işlevini (*Wächterfunktion*) yerine getirmemesinden kaynaklanan zararların tazmini engellenecektir. Oysa şirketler hukuku, hakimin kararlar bakımından yüzeysel bir incelemede bulunmasını ya da çekimser kalmasını değil, menfaatler dengesinin gözetilmesini ve azınlıkta olanların çoğunluk karşısında haklarının ihlal edilmesini engellemeyi hedefler¹⁴². Sadece şekli incelemeyle yükümlülük ihlalinin tesbit edilmesi, yöneticilerin sorumluluğunu azaltmak yerine, yeni ve basit bir sorumluluk riski doğurmaktadır¹⁴³.

¹³⁷ Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461; Bartschi, s. 403; Nikitine, s. 141

¹³⁸ Bartschi, s. 405

¹³⁹ Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461; Konuyu ticari takdir ilkesi kapsamında incelememekle birlikte, şirketler hukukunda yasa koyucunun menfaatler dengesinde tercihini şirket menfaatleri yönünde kullandığı yönünde isabetli değerlendirme bakımından Bkz. Iseli, Thomas, Führungsorganisation im Aktien-, Banken-, und Versicherungsrecht, Ausgestaltung, Aufgaben und Abgrenzungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zürich-Basel-Genf, 2008, s. 12 vd.

¹⁴⁰ Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461

¹⁴¹ Bartschi, s. 406

¹⁴² Kunz, (Aktionärsstreitigkeiten, 2002), s. 461 vd.; Krş. Nikitine, s. 141

¹⁴³ Bartschi, s. 406

E. Türk Hukuku

İşadamı kararı ilkesi, Türk hukukunda pozitif olarak düzenlenmiş değildir. TTK’da ise yöneticilerin özen yükümünü düzenleyen 369. madde gerekçesinde ilkeye değinilmekte ve konu hakkında “*tedbirli bir yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak “işadamı kararı” (business judgment rule) verebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten sözedilemez*” ifadesine yer verilmektedir.

TTK’nın 369. maddesi yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü şahısların özen ve bağlılık yükümlerini düzenlemektedir. Anılan şahısların özen yükümü bakımından ölçüt olarak TTK’da “tedbirli bir yönetici” kriterine yer verilmektedir (m. 369/I). Öğretide tedbirli yönetici kriterinin, Türk hukukuna yeni giren “işadamı kararı” ile açıklanmaya çalışılması eleştirilere sebebiyet vermiştir. Bu kapsamda yeni bir özen ölçüsü ortaya koyan maddenin, henüz içeriği belirli olmayan ve uygulamada yer almayan başka bir kavramla açıklanmaya çalışıldığı gerekçesiyle TTK düzenlemesi eleştirilmektedir¹⁴⁴. Ancak işadamı kararı ilkesi, tek başına tedbirli yöneticiyi açıklamaktan uzaktır. TTK gerekçesinde de ilkenin, ortaya konulan tedbirli yönetici ölçütünün bir boyutunu oluşturduğuna vurgu yapılmaktadır¹⁴⁵.

TTK gerekçesinde özen ölçüsü bakımından kabul edilen tedbirli yönetici kriteri, çeşitli yönlerden açıklanmaya çalışılmaktadır. Tedbirli yönetici kriteri, TTK gerekçesine göre yürürlükteki Ticaret Kanunu’nun 320. maddesinde yer alan ve atıflarla ulaşılan isabetsiz nesnel ve öznel özen kriterlerinin yerine geçmekte, Yargıtay uygulaması ile beklentileri aşan davranışları zorlayan, basiretli işadamı olma gereklerini dışlamaktadır. Öte yandan TTK gerekçesine göre şirket menfaatine olanı mutlak surette yapmak, zararına olandan mutlak biçimde kaçınmak, özen

¹⁴⁴ Akdağ-Güney, s. 71

¹⁴⁵ TTKT m. 369 gerekçesi, s. 170

borcunun ölçüsü değildir. Tedbirli yönetici kavramı, hem kusurun ölçüsünü hem de yapılması gereken nesnel davranışı belirlemektedir. Nesnel davranışı benzer işletmelerdeki yönetim kurulu üyelerinin göstermesi gereken özen tayin edecek, şahsi işlerdeki özen dikkate alınmayacaktır. Tedbirli yönetici ölçüsü işadama kararı verilebilmesini kabul etmektedir¹⁴⁶.

Öğretide, TTK gerekçesinde yer alan, işin gerektirdiği özenden, o işe ilişkin uzmanlık bilgisinin araştırılmayacağına yönelik yaklaşım ile işlerin yürütülmesinde şirket yarar ve zararına ilişkin değerlendirmeler, kaynak İsviçre hukuku ve Alman hukukundaki uygulama ve bilimsel görüşler çerçevesinde tenkit edilmektedir¹⁴⁷. Bu kapsamda TTK gerekçesinde yer alan ve özenin nesnel olarak belirleneceğine, konu hakkında uzman bilgisinin aranmayacağına ilişkin açıklamalar, öğretilerde haklı olarak eleştirilmekte, yöneticinin işin kabulü esnasında o iş için gerekli olan özelliklere sahip olmadığını bildiği hallerde işi kabul etmesinin, özensiz bir davranış olduğu vurgulanmaktadır¹⁴⁸.

TTK'nın 369. maddesi gerekçesinde, kanununun 553/III. maddesinde işadama kararının, somutlaştırıldığı ifade edilmektedir. Atıf yapılan özellikle madde gözetim yükümüne ilişkin bir sorumsuzluk halini düzenlemektedir. Anılan madde özü itibarıyla “*kontrol dışında kalan hukuka aykırılıklar*” varsayımı oluşturmakta ve belli hususların, yönetimin kontrolü dışında kalabileceği esasına dayanmaktadır. Ancak gözetim yükümünün ihlaline dayalı sorumsuzluğu düzenleyen bu maddenin, 369. maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, “işadama kararı” kapsamında değerlendirilmesi ya da bu ilkeyi somutlaştırdığının kabul edilmesi mümkün değildir. Çünkü anılan madde kimsenin, kontrol dışında kalan hukuka aykırılıklar sebebiyle sorumlu tutulamayacağını hükme bağlamaktadır. Hukuka aykırı işlem ve davranışların işadama kararı ilkesi kapsamında korunması ne ilkeye kaynak teşkil eden Anglo-Sakson hukukunda ne de Kıta Avrupası hukuk sisteminde kabul edilmektedir. Bu

¹⁴⁶ TTKT m. 369 gerekçesi, s. 170

¹⁴⁷ Eleştiriler için bkz. Pulaşlı, s. 52 vd.

¹⁴⁸ Pulaşlı, s. 52 vd.

nedenle “kontrol dışında kalan hukuka aykırılık”ların, esasları yasada öngörülmeven işadamı kararı ilkesi bünyesine dahil edilerek hukukumuzda ithali, ilkeye ilişkin esaslar çerçevesinde kabul edilebilir nitelikte değildir¹⁴⁹.

Ülkemizde işadamı kararı ilkesinin unsurları bakımından yargısal içtihatların ilkenin gerekliliklerini sistematize edecek unsurları ortaya koymadığı, ancak kararlarda yeterli bilginin toplanılması, şirket menfaatinin gözetilmesi ve genellikle dürüstlük kuralı çerçevesinde ticari kararların himayesi eğiliminin mevcut olduğu tesbit edilmektedir¹⁵⁰.

Öğretinin meseleye yaklaşımı değerlendirildiğinde ise, genellikle yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğu bağlamında açıklamaların yapıldığı ve yönetim kurulu üyelerinin ticari alana ilişkin işlemleri bakımından takdir alanlarının varlığının kabul edildiği, bu takdirin kullanılmasından ötürü sorumluluğun gündeme gelemeyeceği vurgulanmaktadır. Bu haliyle işadamı kararının sorumsuzluk alanında kaldığı, Türk hukuku bakımından öteden beri kabul edilmektedir¹⁵¹.

¹⁴⁹ TTK'nın 553. maddesi hakkında farklı eleştiriler için bkz. Akdağ-Güney, s. 72 vd.

¹⁵⁰ Bkz. TD. 1957/3568 E., 1958/237 K., 28.01.1958 T.(Atan, Turhan, TTK'ya Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 22'den naklen); 11 HD. 1986/2998 E., 1986/3161 K., 23.05.1986 T.; Bkz. Okutan-Nilsson, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009, s. 269

¹⁵¹ Öğretide kar zarar ikilemini ortadan kaldıracak bir sorumluluk sisteminin kabul edilemeyeceği (Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001, s. 2); Her türlü hatanın kusur olarak değerlendirilemeyeceği (Atan, s. 3, 22); Aslolanın kararın isabetli ya da isabetsiz olması değil, somut şartlar çerçevesinde akla yatkınlığı olduğu (Mimaroglu, Sait K., Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967, s. 31); Hakimın kararın yerindeliğini denetleyemeyeceği (Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007, s. 73; Kırca, İsmail, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu, BATİDER., C. XXII, Sa. 3, (s. 85-96), s. 88) haklı olarak vurgulanmakta ve fakat karar alma sürecinde gösterilmesi gereken özenin incelenmesi gerektiğine işaret edilmektedir (Kırca, s. 88 vd.). Buna karşın özellikle banka yöneticilerinin hukuki sorumluluğu bakımından hatalı karar ve hatalı değerlendirmelerin sorumluluğu gerektirdiği de hukukumuzda savunulmaktadır. Bkz. Kaplan, İbrahim; Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukuki Sorumluluk, BATİDER. C. XXIII, Sa. 3, (s. 5-29), s. 23.

Öğretideki yeni eğilim, işadımı kararı ilkesinin unsurları bakımından Amerikan ve Kıta Avrupası hukuklarında kabul edilen esasların, Türk hukukunda da uygulanması yönündedir¹⁵². İşadımı kararı ilkesi çerçevesinde kararların yeterli bilgiye dayalı olarak alınması, kararda şirket menfaatinin gözetilmesi, karar alanların bağımsız ve tarafsız olması, kararın hukuka uygun olması ve hukuki açıdan savunulabilir olması koşulları Türk hukuku bakımından da kabul edilmektedir¹⁵³. Belirtilen koşulların bir arada bulunması halinde, artık kararın yargısal müdahaleden uzak tutulması gerekmektedir. Yapılan işlemden dolayı bir malvarlıksal kayıp bulunsada, bu hukuki açıdan sorumluluk gerektiren bir zararı değil, ticari açıdan katlanılması gereken bir riski ifade edecektir.

F. Değerlendirme

1. Genel Olarak

İşadımı kararı ilkesi, şirketin ticari sahadaki faaliyetlerine ilişkin alınan kararların sorumluluk hukuku bakımından sınırlarını belirleyen, yükümlülükleri somutlaştıran ve ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğuran bir hukuk kurumudur¹⁵⁴. İlkenin uygulanması bakımından ortaya çıkan temel sorun, takdirin mevcut olması değil, bu takdirin ne ölçüde sınırlanabileceğidir. İlkeye dayanılsın ya da dayanılmasın, ticari takdire belirli ölçüde serbesti tanınması gereği hususunda öğreti hemen hemen ittifak halindedir. Pozitif hukukta dayanağı bulunmasada, Türk hukuku bakımından yöneticilerin sorumluluğunda ilkedenden yararlanılması mümkün ve gereklidir.

Yöneticilerin ticari sahadada takdir yetkilerini kullanmasını gerektiren, zarar-getiri potansiyeli bulunan işlem ve kararlar bakımından,

¹⁵² Bkz. Kırca, s. 92 vd.; Pulaşlı, s. 58 vd.; Akdağ-Güney, s. 72

¹⁵³ Bkz. Kırca, s. 93 vd.; Akdağ-Güney, s. 72; Öğretide ilkenin uygulanma koşulları *Pulaşlı* tarafından daha spesifik unsurlar kapsamında incelenmektedir. Yazar bir yönetim kararının varlığı, şirket işlerinin özenli şekilde takip edilmiş olması, yönetim kurulu üyelerinin toplantıya aktif şekilde katılımı ve kararların şekli kurallara uygun şekilde alınması, üyelerin bağımsız, tarafsız ve iyiniyetli olması, kararda şirket amaç ve konusu çerçevesinde hareket edilmesi, her aşamada özenli davranılması koşullarının bulunması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Bkz. Pulaşlı, s. 59 vd.

¹⁵⁴ Nikitine, s. 133

takdirin belli esaslar dahilinde kullanmış olması ve sonradan ihtimal dahilinde bulunan zararlı sonucun gerçekleşmesi, yöneticilerin sorumlu tutulmasını gerekli kılamaz. Aksini kabul, ticari hayatın durmasını sonuçlar ki, kanun koyucunun böyle bir sonucu hedeflemesi ihtimal dışıdır.

Kanaatimizce ilke, sorumluluk hukuku ve özellikle sorumluluğun kusur unsuru bakımından sistemli bir yeniliği ifade etse de, yöneticileri sorumluluktan kurtaracak yeni bir kurum olarak değerlendirilemez. Çünkü ilke, yöneticiler bakımından bir sorumsuzluk alanı tesis etmekle birlikte, bu sorumsuzluğun şekli bir inceleme neticesinde meydana geldiğine ilişkin değerlendirmeye¹⁵⁵ hukukumuz bakımından katılma imkânı yoktur¹⁵⁶. İşadamı kararı ilkesi, yöneticilerin ticari faaliyetlere ilişkin risk içeren kararlarının bulunabileceğini ve bu tür kararlardan kaynaklanan zararların, sorumluluğu gerektiren bir zarar olmadığını kabul etmekle birlikte, Türk hukuku, yöneticilerin bu kararı alırken gerekli özeni gösterip göstermediği hususunda inceleme ve değerlendirme yapılmasını amirdir¹⁵⁷. Bu incelemenin şekli bir inceleme olduğu, işin esasına yönelik bir değerlendirmenin yapılmadığını söylemek ise kabul edilebilir nitelikte değildir. Özen yükümü, işadamı kararı kapsamında olan ya da olmayan tüm kararlar bakımından sözkonusudur. Bu nedenle Türk hukuku bakımından ilk etapta belirli hususların araştırılması, bu sorulara olumsuz cevap verildiği takdirde ikinci aşamaya geçilmesi gibi bir değerlendirme süreci sözkonusu değildir¹⁵⁸. Yöneticiler ticari kararları bakımından serbest hareket etmeli, takdirlerini sınırlayacak hukuki müdahalelerden kaçınılmalıdır. Ancak takdire dayalı kararın, keyfiliğe ulaşmaması

¹⁵⁵ Bkz. Merkt/Göthel, Rn. 843; Grass, (BJR, 1998), s. 34 vd.

¹⁵⁶ Aynı yönde Böckli, s. 1623, § 13, Rn. 585

¹⁵⁷ Kırca, s. 88

¹⁵⁸ İsbat hukuku bakımından sorumluluk davasında yöneticinin, mevcut işlemin ticari takdir kapsamında olan bir işlem olduğunu isbatlaması gerekir. Kararın ya da işlemin ticari takdir sahasında bulunduğu ilişkin karinenin, Türk hukuku bakımından uygulama kabiliyeti yoktur. TTK bakımından aynı yönde Bkz. Pınar, Hamdi, Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu, BATİDER., C. XXV, Sa. 4, (s. 369-405), s. 397

gerekmektedir. İşadami kararı ilkesi, takdir kapsamında olan bir kararın keyfiliğe mi dayandığı yoksa karar sürecinin gerekli özen gösterilerek mi geçirildiği hususunda sorgulama yapmak suretiyle, yöneticilerin özenli davranıp davranmadığı yönünde tespite olanak sağlamaktadır. Başka deyişle ilke, ticari takdirin kullanıldığı hallerde, özen yükümüne riayet edilip edilmediğini tespitin bir aracı olarak kullanıma elverişlidir. Bu yönüyle, ilke vasıtasıyla somutlaştırılan unsurların, ticari takdirin mevcut olduğu hallerde özen yükümünün bir parçası olarak değerlendirilmesi gerekir.

2. Banka İşletmesi Bakımından

İşadami kararı ilkesine esas olan kararlar, banka işletmesinde de her türlü kararı değil, ticari kararları kapsamaktadır. Takdir yetkisinin kullanımına müsait ve birden fazla karar alternatifinin bulunduğu bir durumda, ticari risk içeren bir kararın alınması gerekir¹⁵⁹. Bu bakımdan işletme konusunun gerçekleştirilmesine yönelik tüm kararların, ticari karar olarak nitelendirilmesi mümkün değildir¹⁶⁰. Bunlar genellikle üçüncü şahıslarla ilişki kurulmasını gerektiren kararlar olmakla birlikte, hangi kararların bu tanımda yer alan unsurları taşıdığı, somut olay koşullarına göre belirlenecektir. Yeni yatırım araçlarına yönelinmesi, belli bir yerde şube açılması, hizmet alımında kira ya da satın alma yöntemlerinden birinin tercih edilmesi, elektronik sistemlerin yenilemesi, kredi verilmesi gibi haller ticari takdirin kullanımını gerekli kılar. Ticari takdirin kullanıldığı hallerde, ilkenin gereklilikleri banka hukuku bakımından da aynen uygulama alanı bulur.

Banka hukuku ve işletmesi bakımından ticari takdirin en fazla önem taşıdığı işlem kredi işlemleridir. Kredi açmak yürürlükteki mevzuat uyarınca yönetim kuruluna ait bir görevdir (Bank.K m. 51/I). Şüphesiz yönetim kurulunun bu yetkiyi tek başına kullanması, çoğu banka açısından fiili olarak imkânsızdır. Bu nedenle mevzuatta öngörülen esaslara riayet edilmesi kaydıyla kredilerin açılmasında uyulacak esas ve usule ilişkin şartları belirlemek, yönetim kuruluna ait bir yükümlülüktür.

¹⁵⁹ Nikitine, s. 166

¹⁶⁰ Nikitine, s. 167

Banka içi talimatnameler vasıtasıyla kredilerin açılmasında hangi bilgi ve belgelerin istenileceği, kredi teminatı olarak nelerin kabul edilebileceği, hangi şartlar altında, kimlere ne miktar kredi verilebileceği gibi hususların belirlenmesi ve kredi sürecinin objektif esaslara bağlanması gereklidir. Ancak piyasa şartlarının gereği olarak kredi tahsisinde subjektif esasların rol oynaması ve mevcut şartlar çerçevesinde belli ölçüde takdir yetkisinin kullanılması da kaçınılmaz bir durumdur. Alman hukukunda işadımı kararı ilkesinin bankalar tarafından tesis edilen krediler bakımından da uygulama kabiliyeti bulunduğu kabul edilmektedir¹⁶¹. Ancak özellikle teminatlar bakımından ciddi tereddütler doğmaktadır.

Türk öğretisinde, bankaların kredi vermesini ya da teminatsız kredi vermesini yasaklayan bir düzenlemenin olmadığı gerekçesine dayalı olarak, teminat alınmaksızın kredi verilmesi halinde bundan yöneticilerin sorumlu tutulamayacağı görüşü savunulmaktadır¹⁶². Alman Federal Mahkemesi bankacılık uygulamasında teamül olarak alınması gerekli olan teminatların alınmamasını, (kooperatif bankası) yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu bakımından yeterli görmüştür¹⁶³. Alman öğretisinde ise, Alman bankalarının farklı organizasyon yapısına uygun kuruluşuna izin verildiğinden, Federal Mahkeme'nin bu kararının sadece karara konu banka türü için geçerli olduğu, diğer bankalara bu esasın uygulanamayacağı kabul edilmektedir¹⁶⁴. Öte yandan bankaların hangi koşullar altında kredi tesis edebileceğini müşteri ilişkileri ve piyasa koşullarının belirleyeceği, soyut biçimde teminatların, alışılmış teminatlar olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı vurgulanmaktadır¹⁶⁵. Federal mahkeme teminatların karşılamadığı kredilere (*blankokredit*) ilişkin olarak, sadece riskin fazla olmadığına ilişkin bir görünümü yeterli

¹⁶¹ Bkz. Lehleiter, Gunther/Hoppe, Christian, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR., 2007, H. 5, (s. 178-185), s. 180; Sieg/Zeidler, Rn. 36

¹⁶² Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003, s. 77

¹⁶³ BGH. II ZR. 54/03, 21.03.2005

¹⁶⁴ Sieg/Zeidler, Rn. 33

¹⁶⁵ Kiethe, Kurt, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR, 2005, H. 5, (s. 177-186), s. 179

bulmamakta ve bu tarz krediler üzerinde ciddi şekilde yoğunlaşılmasını aramaktadır¹⁶⁶.

Kanaatimizce bankacılık mevzuatı kredi işlemleri bakımından teminat alınmasını kati bir şekilde emretmese de, bankacılık faaliyeti bakımından teminatsız kredi verilmesine yönelik karar ya da işlem, kararın makul olma özelliğini ortadan kaldırır. Makul hiçbir neden mevcut olmaksızın ve kredi talep eden hakkında yeterli araştırma yapılmaksızın tesis edilen teminatsız krediler, sebepsiz risk üstlenimi olduğundan, bu tarz kredilerde risk üstlenen yöneticilerin ticari takdir sınırları dışında hareket ettiğinde tereddüt edilmemelidir. Nitekim banka yöneticisi tarafından şahsen tanınmıyor olmak ya da başkaca bir sebeple ilişkili bulunmak, anonim şirketler hukukunda ve banka hukukunda son yıllarda hızla güçlenen kurumsal yönetim anlayışı ve kurumsallaşma eğilimi ile bağdaşmaz. Buna karşın kredi talep edenin bankada önemli miktarda mevduatının bulunması, talep edilen kredinin malvarlığı durumuna göre önemsiz miktarda olması gibi somut sebepler, kredi tesisi bakımından güven temin edebilir. Bu tarz krediler için, şahsi veya aynı ek bir teminat alınmamış olsa da, kredi talep edenin malvarlığı durumunun krediyi karşılayabilecek kuvvette olması geniş anlamda yeterli teminat olarak değerlendirilebilir¹⁶⁷. Ancak malvarlıksal yeterlilik bulunmasına rağmen, somut olay şartları malvarlığının yeterli bir teminat olarak değerlendirilmemesi sonucunu doğuruyorsa, ek teminat alınmaması ticari takdir sınırları dışında hareket edildiğini kabul için yeterlidir. Teminatsız kredi verilmesi halinde ise yöneticilerin kusurlu olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Teminat kavramının geniş yorumlanması, bu görüşün ticari sahada doğuracağı sakıncaları ortadan kaldırmaktadır.

KAYNAKÇA

Akdağ-Güney, Necla, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2008

¹⁶⁶ Lehleiter/Hoppe, s. 180

¹⁶⁷ Sieg/Zeidler, Rn. 33

Atan, Turhan, TTK'ya Göre Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967

Bärtschi, Harald, Verantwortlichkeit im Aktienrecht, Zürich, 2001

Bertschinger, Urs, Arbeitsteilung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Zürich, 1999

Bilgili, Fatih; İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısında Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004

Block, Dennis J./Barton, Nancy E./Radin, Stephen A.; The Business Judgment Rule, Connecticut, 1993

Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2004

Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2007

Forstmoser, Peter, Aufgaben, Organisation und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates Teils bewährte, teils reformbedürftige Schweizer Lösung, ST. 2002, (s. 485-491)

Forstmoser, Peter/Sprecher, Thomas/Töndury, Gian Andri, Persönliche Haftung nach schweizer Aktienrecht, Personal Liability under Swiss Corporate Law, Zürich, Basel, Genf, 2005

Frick, Joachim, Die Business Judgment Rule als Beitrag zur Systematisierung des Verantwortlichkeitsrechts, in Festschrift für Peter Forstmoser zum 60. Geburtstag, s. 509-521

Grass, Andrea, Business Judgment Rule, Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Management-Entscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, Zürich, 1998, (BJR 1998)

Grass, Andrea, Management-Entscheidungen vor dem Richter Schranken der richterlichen Überprüfbarkeit von Geschäftsentscheidungen in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsprozessen, SZW. 2000, (s. 1-10)

Hasenböhler, Stefan, Die Haftungsvoraussetzungen der Verantwortlichkeitsklage nach Art. 754 OR, im Vergleich zum US-amerikanischen Recht, Zürich-Basel-Genf, 2003

Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 2001

Iseli, Thomas, Führungsorganisation im Aktien-, Banken-, und Versicherungsrecht, Ausgestaltung, Aufgaben und Abgrenzungen von Verwaltungsrat und Geschäftsleitung, Zürich-Basel-Genf, 2008

Isler, Peter, Sorgfalt und haftung des Verwaltungsrates, in Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht, Hrsg. von Rolf H. Weber, Zürich-Basel-Genf, 2003

Kaplan, İbrahim; Bankaların Gözetimi, Denetimi ve Hukuki Sorumluluk, BATİDER. C. XXIII, Sa. 3, (s. 5-29)

Kırca, İsmail, Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarında Takdir Yetkisi – Özen Borcu, BATİDER., C. XXII, Sa. 3, (s. 85-96)

Kiethe, Kurt, Die zivil- und strafrechtliche Haftung von Vorstandsmitgliedern einer Sparkasse für riskante Kreditgeschäfte, BKR, 2005, H. 5, (s. 177-186)

Kunz, Peter V., Der Minderheitenschutz im schweizerischen Aktienrecht, Bern, 2001

Kunz, Peter V., Richterliche Handhabung von Aktionärsstreitigkeiten-zu einer Methode für Interessenabwägungen sowie zur “Business Judgment Rule”, in Festschrift für Jean Nicholas Druey, Zürich, 2002, (s. 445-462)

Kunz, Peter V., Zwischenhalt beim Schutz der Aktionäre Oder: Wohin soll die Reise gehen?, ST., 2002, s. (402-406)

Lehleiter, Gunther/Hoppe, Christian, Die Haftung des Bankverantwortlichen bei der Kreditvergabe, BKR., 2007, H. 5, (s. 178-185)

Merkt, Hanno/Göthel, Stephan R., US-amerikanisches Gesellschaftsrecht, Frankfurt, 2006

Mimaroğlu, Sait K., Anonim Şirketlerde İdare Meclisi Azalarının Hukuki Mesuliyeti, Ankara, 1967

Nikitine, Alexander; Die aktienrechtliche Organverantwortlichkeit nach Art. 754 Abs. 1 OR als Folge unternehmerischer Fehlentscheide,

Konzeption und Ausgestaltung der “Business Judgment Rule” im Gefüge der Corporate Governance, Zürich/St. Gallen, 2007

Okutan-Nilsson, Gül, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul, 2009

Pınar, Hamdi, Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Doğan Hukuki Sorumluluğu, BATİDER., C. XXV, Sa. 4, (s. 369-405)

Pöschel, Ines/Watter, Rolf, Rechtliche Pflichten und Verantwortung der Führungsorgane, ST 2006 (s. 816-820)

Pulaşlı, Hasan, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Özen Yükümlülüğü ve Müteselsil Sorumluluğu, BATİDER, Mart 2009, C. XXV, Sa. 1, (s. 27-63)

Schmid, Christoph, Haftungsbeschränkungen für Revisoren und Verwaltungsräte? Nicht nur Revisoren, auch Verwaltungsräte sind gefährdet, NZZ. n. 101-29

Semler, Johannes, Entscheidungen und Ermessen im Aktienrecht, in Festschrift für Peter Ulmer, Berlin, 2003, (s. 627-642)

Sieg, Oliver/Zeidler, Simon-Alexander, Business Judgment Rule, Corporate Compliance Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen, (s. 43-68), Hrsg. von Christoph E. Hauschka, München, 2007

Tekinalp, Ünal, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul, 2003

Von der Crone, Hans Caspar, Haftung und Haftungsbeschränkung in der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit, SZW., 2006, (s. 2-19)

Von der Crone, Hans Caspar, Ein Aktienrecht für das 21. Jahrhundert, SZW. 1998, (s. 157-169)

Von der Crone, Hans Caspar/Carbonara, Antonio/Hunziker, Silvia, Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung, Ein funktionaler und systematischer Überblick, Basel, 2006

Wendler, Jan-Sebastian, die Justibilität ökonomischer Unternehmenentscheidungen im US-amerikanischen und deutschen Recht, Frankfurt am Main, 2007

Widmer, Peter, in Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186, Hrsg. von Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, Basel, 1994

