

İFLAS SINIRINA YAKLAŞAN ANONİM ORTAKLIKLARDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ^(*)

BOARD OF DIRECTORS' FIDUCIARY DUTY IN THE VICINITY OF INSOLVENCY

Dr. Onur KALKAN^(**)

Öz

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü, ortaklığın finansal durumunun bozulması ve iflas sınırına yaklaşması halinde üzerinde ayrıca durulması gereken bir husustur. Zira, anonim ortaklık finansal sıkıntı içerisine girdiğinde, pay sahiplerinin yanı sıra, alacaklıların da yönetim kurulu üyelerine karşı hukuki sorumluluk iddialarının gündeme gelmesi olasıdır.

Anonim ortaklığın finansal durumunun sağlıklı olduğu aşamada yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü pay sahiplerinin menfaati çerçevesinde yerine getirilecektir. İflas halinde ise, yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklığa olan hak ve yükümlülükleri alacaklılar da dâhil olmak üzere bütün menfaat sahiplerini kapsar. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin özen ve sadakat yükümlülüklerinin anonim ortaklık iflas sınırında olduğunda, pay sahiplerinden alacaklılara doğru yön değiştirip değiştirmeyeceği hususunun incelenmesi önem arz eder. Zira, anonim ortaklık iflas sınırına yaklaştı-

ğında, söz konusu yükümlülüklerin pay sahipleri yerine yalnızca alacaklılara karşı yerine getirilip getirilmeyeceği veyahut her iki tarafa karşı da yerine getirilmesi hususu Türk hukukunda düzenlemeye kavuşturulmamıştır. Anılan husus özellikle anonim ortaklık iflas sınırına yaklaştığında ortaklık yöneticilerinin ticari risk alma eğiliminin artmasına bağlı olarak hukuki sorumluluk iddiaları bakımından tartışmalıdır. Çalışmamızda anonim ortaklık iflas sınırında iken, yönetim kurulu üyelerinin ticari kararlarının değerlendirilmesinde iş adamı kararı ilkesinin ne şekilde uygulanabileceği değerlendirilecektir. Bu bağlamda, çalışmamızda, Alman, İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinin konuya bakış açısına yer verilerek, hukukumuz bakımından iflas sınırındaki anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler

İflas Sınırı, Borca Batıklık, Sermayenin Korunması İlkesi, Sadakat Yükümlülüğü, İş Adamı Kararı İlkesi.

^(*) (Araştırma Makalesi, Geliş Tarihi: 05.01.2022 / Kabul Tarihi: 14.09.2022).

^(**) Sermaye Piyasası Kurumu, Başuzman Hukukçu, (onur.kalkan@spk.gov.tr, ORCID ID: 0000-0002-7780-6796).

Atıf/Citation: **Kalkan**, Onur (2022) "İflas Sınırına Yaklaşan Anonim Ortaklıklarda Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü", TFM, C: 8, S: 2, s. 429-449.

Abstract

Fiduciary duties owed by board members of a joint stock company is a vital issue that is to be discussed in the event that a joint stock company is financially distressed and in the vicinity of insolvency. Thus, when a joint stock company is in financial straits, it is likely that creditors as well as stockholders file their claims against board members stemming from their legal liabilities.

Once a joint stock company is in a healthy financial position, fiduciary duties of board members are to be administered by taking shareholders' interest into account. In the case of an insolvency, the scope of rights and liabilities of board members covers stakeholders including creditors as well. When a joint stock company is navigating in zone of insolvency, it is of great importance to examine the issue of whether the fiduciary duties of board members are owed to creditors rather than stockholders shifting its direction from the latter to the former. Yet, when a joint stock company is on the verge of insolvency, whether

the joint stock company owes above mentioned duties merely to its creditors instead of the joint stock company's stockholders or owes them to both parties is not laid out in Turkish Law. Aforementioned issue is a matter of concern that is to be necessarily emphasized in terms of claims of civil liability depending on the board members' inclination to indulge in excessive financial risk once the joint stock company is approaching insolvency. This study discusses whether the business judgment rule is applicable or not during the evaluation of financial decision of the board members once a joint stock company is in the zone of insolvency. In this context, this study addresses legal mechanisms of German, UK and US Laws regarding the issue at hand and attempts to draw up a framework for duties of board members of joint stock companies in the zone of insolvency.

Keywords

Vicinity of Insolvency, Overindebtedness, Capital Maintenance rule, Fiduciary Duty, Business Judgment Rule.

I. GİRİŞ

Anonim ortaklık faaliyetlerinin yürütümünde yönetim kurulu üyeleri, pay sahiplerinin menfaatlerinin maksimizasyonu temelinde ve sadakat yükümlülüğü çerçevesinde görevlerini icra etmelidir. Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü, ortaklığın menfaatleri çerçevesinde hareket etmesini gerektirir. Anonim ortaklık iflas sınırında (*vicinity of insolvency, zone of insolvency*) iken gerçekleştirilen işlemler nedeniyle alacaklılar tarafından da yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiği öne sürülmek suretiyle hukuki sorumluluk yoluna başvurulması, üzerinde tartışılması gereken öğeleri içerisinde barındırır.

Hukukumuz bakımından konu ele alındığında, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) md.376 hükmünün amacına bakıldığında, anılan maddenin birinci fıkrası ile pay sahiplerinin; ikinci ve üçüncü fıkraları ile alacaklılar ve üçüncü kişilerin menfaatlerini koruyucu tedbirlerin yönetim kurulunca alınması gerekli olup, söz konusu madde hükmü emredici mahiyettedir.¹ Anılan madde hükmüyle iflas işlemlerinde aşırı erteleme engellenmesi hedef-

lenmiş olup, mevcut ve potansiyel alacaklıların haklarının korunması ön planda tutulur. Vurgulamak gerekir ki, anonim ortaklık alacaklılarının korunmasına ilişkin önlemlerin ortaklık malvarlığının korunması kapsamında değerlendirilmesi gereklidir.²

Yönetim kurulunun, sermayenin korunması ilkesi bağlamında, sermaye kaybı³ durumunda gerekli işlemlerin yapılmasında, sermayenin artırılması ve azaltılmasına ilişkin konularda sadakat yükümlülüğü söz konusudur.⁴ Buna ilaveten, iş adamı kararı ilkesi sayesinde yönetim kurulu üyelerine tanınan koruma alanının sınırını, icra ve iflas hukuku ile ticaret hukuku perspektifinden değerlendirme yapılmak suretiyle belirlemek, hukuk yargılamasına konu edilecek uyuşmazlık süreçleri bakımından kritik önemi haizdir.

¹ **Türk**, Ahmet (1999) Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara, Nobel, s. 107; **Sayhan**, İsmet (2016) Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi, Ankara, Yetkin, s. 49.

² **Kırca**, İsmail & **Şehirli Çelik**, Feyzan Hayal & **Manavgat**, Çağlar (2013) Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 260.

³ Sermaye kaybı finansal durumun bozulma türlerinden yalnızca biri olup, anonim ortaklığın finansal durumunun bozulduğundan bahsedilebilmesi için sermayenin kısmen veya tamamen kaybı şart değildir (**Rüzgaresen**, Cumhuriyet (2011) İflas Sebepleri, Ankara, Adalet, s. 624).

⁴ **Bozkurt Yaşar**, Sevgi (2018) "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 1, s. 159-165.

Anonim ortaklığın iflasa yaklaşması halinde yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerinde meydana gelmesi muhtemel değişiklikleri ele almadan evvel, iflas sınırı kavramının ele alınması önem arz eder. Anonim ortaklığın faaliyetlerini iflas sınırında iken sürdürdüğü evrede, ortaklığın muhtemelen ödeme gücü bulunmakta olup, ortaklığın iflas halinde bulunduğunu doğrudan söylemek mümkün değildir.⁵

II. İFLAS SINIRI KAVRAMI

Anonim ortaklığın iflas sınırında olması, basiretli bir yöneticinin ortaklığın finansal sıkıntı⁶ içerisinde olduğu bir dönemde iflas olasılığını öngörebilmesidir.⁷ İflas sınırında olunmasına ilişkin parametrelerin tanımlanması zor ve sınırlarının belirlenmesi güçtür. İflas sınırı kavramı son yıllarda yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğüne ilişkin tartışmaları ve hukuki sorumluluk iddialarını beraberinde getirmiştir. Son dönemde UNCITRAL Çalışma Grubu tarafından iflasa yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülükleri üzerinde durulmuştur.⁸ Söz konusu Çalışma Grubu tarafından anonim ortaklığın iflasa yaklaştığı halde yönetim kurulu üyelerince alacaklıların haklarının da -zararlarının minimuma indirilmek suretiyle- korunması gerektiği ifade edilmiştir.⁹ Esas sermayenin alarm sinyali fonksiyonunu ortaya koyan 13 Aralık 1976 tarih ve 77/91/AET sayılı İkinci Yönerge¹⁰ (Second Council Directive) md.17/1 ile Avrupa Parlamentosu ve Konseyin 14 Haziran 2017

tarih ve 2017/1132 (AB) sayılı Şirketler Hukukunun Belirli Yönlerine İlişkin Yönergesi (*Directive (EU) 2017/1132 of the European Parliament and of the Council of 14 June 2017 Relating to Certain Aspects of Company Law*) md.58/1, esas sermayenin ticari kararlar nedeniyle kaybı ihtimalini göz önünde tutarak kaleme alınmış olup, alarm için kritik eşiği esas sermaye oluşturur.¹¹ Hukukumuzda ise konunun benzer şekilde TTK md.376 hükmü ile düzenleme altına alındığını söylemek mümkündür.

Alman hukukunda bir anonim ortaklığın iflasa yaklaştığını ortaya koyan durumlar kanunda belirlenen oranda sermaye kaybının genel kurula bildirilmesiyle başlamakta olup, aşamalı olarak üç şekilde belirlenmiştir.¹² Birincisi, önemli ölçüde yıllık zararları (*substantial annual losses*) olan anonim ortaklıklar iflasın eşiğinde şirketler olarak değerlendirilir.¹³ Anılan değerlendirme uyarınca zarara dair eşik yıllık bilançodaki sermayenin yarısına eşittir. İkincisi, bir anonim ortaklık vadesi gelmiş ödemelerini gerçekleştirmediği takdirde ortaklığın iflasa yaklaşması olasıdır. Son olarak, borca batıklık durumu anonim ortaklığın iflasa yaklaştığının somut bir göstergesidir.¹⁴

Benzer şekilde, 2004 sayılı İcra ve İflâs Kanunu'nun (İİK) 178'inci maddesinin birinci fıkrası, iflasa tabi olan borçluların, içerisinde buldukları kötü ekonomik durum sebebiyle, aciz halinde olduklarını bildirerek, yetkili mahkemeden iflâslarını isteyebileceklerini hükme bağlamıştır. Bu düzenleme, borçlunun kendi iflasını talep edebilmesi borçlunun ve alacaklıların menfaati nazara alınarak kabul edilmiştir.¹⁵

Anonim ortaklıklar bakımından kanun koyucu, ödeme güçlüğü halinin üst sınırı olarak, borçlunun

⁵ **Smit**, Imogan (2016) *The Application of the Business Judgment Rule in Fundamental Transactions and Insolvent Trading in South Africa: Foreign Precedents and Local Choices*, Master Thesis, Faculty of Law of the University of the Western Cape, s. 67.

⁶ Finansal sıkıntı kavramı; aciz halinde olma, temerrüt, borca batıklık ve iflas gibi birbirleriyle ilişkili birçok kavramı içerisinde barındıran bir süreci ifade eder (**Bilir**, Hakan (2015) "Finansal Sıkıntının Tanımı ve Piyasa Odaklı Çözümleri: Borç Yapılandırma, Varlık Satışı ve Yeni Sermaye Enjeksiyonu", *Sosyo Ekonomi*, Cilt: 3, Sayı: 9, Sayı: 1, s. 23).

⁷ **Mottocks**, Ron (2008) *Zone of Insolvency*, New Jersey, Wiley, s. 87.

⁸ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, "Directors' Obligations in the Period Approaching Insolvency" Working Group V, New York, 15-19 April 2013 (web: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V13/807/89/PDF/V1380789.pdf?OpenElement>, erişim tarihi: 10.05.2022).

⁹ UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, s. 17.

¹⁰ Mülga "The Formation of Public Limited Liability Companies and the Maintenance and Alteration of Their Capital (77/91/EEC)".

¹¹ **Mülazımoğlu**, Mehmet (2020) *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, İstanbul, On İki Levha, s. 100.

¹² **Klappstein**, Verena (2013) "Directors' Duties and Liability in Germany", *Study on Directors' Duties and Liability*, LSE Enterprise, s. 346.

¹³ **Wood**, Justin (2007) "Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany, and Japan", *Penn State International Law Review*, Volume: 26, No: 1, s. 155.

¹⁴ **Noussia**, Kyriaki & **Durdenic**, Katarina (2019) "The Financial Crisis Ten Years On: Creditors' Protection in Insolvency Law", *Journal of International Banking Law and Regulation*, Volume: 34, Issue: 9, s. 333.

¹⁵ **Kırtıoğlu**, Serhat (2009) *İflas Davası*, Ankara, Adalet, s. 56.

mevcut ve alacaklarının borçlarını karşılamaya yetmemesi, daha açık bir ifadeyle borca batıklığı bir ölçüt olarak benimsemiştir. Anonim ortaklık, belirlenen noktaya gelinceye kadar, finansal durumunda meydana gelecek her türlü bozulma, ortaklığın aciz halinde olduğunu gösterir. Ancak, söz konusu bozulmaya rağmen, borçlu borca batık hale gelmedikçe, iflâsını talep etmesi opsiyonel nitelik taşır.¹⁶ Şayet, ortaklığın tüm aktif muaccel olsun olmasın ortaklığın borçlarını karşılamaya yetmez hale gelirse, alacaklıların menfaatleri tehlikeye girmiş olacağından söz konusu durum, borca batıklık adı altında ayrı bir iflâs sebebi olarak kabul edilmiş ve alacaklıların korunması amacıyla borçlunun iflâsını istemesi zorunlu hale getirilmiştir.¹⁷

III. ŞİRKET MENFAATİ KAVRAMI

Şirket menfaati, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün temel kavramıdır. Yönetim kurulu üyelerinin hangi tür işlem ve faaliyetlerinin sorumluluğuna neden olacağını bilmesi ve hukuk mahkemelerinin sorumluluk davalarında kusuru saptayabilmesi bakımından şirket menfaatinin belirlenmesi önem arz eder. Burada üzerinde durulması gereken konuyla ilişkili teoriler, pay sahipleri teorisi ve kurumsal yönetim ilkeleri bağlamında menfaat sahipleri teorisi. Doktrinde *Homburger'e* göre, şirket menfaati kavramında, ortaklık alacaklılarının da menfaatinin dikkate alınması gerekli olup, yönetim kurulu kararının üçüncü kişiler bakımından da katlanılabilir olması gereklidir.¹⁸

Alman hukukunda menfaat sahipleri teorisi uyarınca, şirket menfaatine hareket edilmesi hususu ortaklığın faaliyetlerinden etkilenebilecek tüm tarafların menfaatlerini kapsar.¹⁹ İngiliz hu-

kukunda ise, şirket menfaatlerinin odağında pay sahipleri bulunmakta olup, iflâsa yaklaşan ortaklıklar bakımından alacaklılar da bu kapsamda değerlendirilir.

Bu çerçevede, Kıta Avrupası şirketler hukukunun temel hedeflerinden biri farklı menfaat sahipleri arasında uyum ve uzlaşmanın sağlanması olup, alacaklıların korunması amacıyla alacaklılar ile ortaklık ve pay sahipleri arasındaki menfaat çatışmalarında ortaklık alacaklıları lehine çözüm getirilmeye çalışılmaktadır.²⁰ Amerikan hukuku bakımından konu incelendiğinde, düzenlemelerde esas olarak ortaklık pay sahipleri ile ortaklık yöneticileri arasındaki menfaat çatışmalarının ön planda olduğu, alacaklıların korunması kavramının odak teşkil etmediği görülür.²¹

Hukukumuzda şirket menfaati kavramı, her ne kadar TTK'da tanımlanmamış olsa bile, TTK md.437/3 düzenlemesinin gerekçesinden anlaşıldığı üzere menfaatler çatışmasında öncelikli korunması gereken menfaat olarak karşımıza çıkar. Anonim ortaklıkta sermaye kaybının 1/2 oranında olması halinde, finansal durumdaki bozulmanın alacaklıların haklarını elde etmesini tehdit eder boyutta olmadığı değerlendirilerek pay sahiplerinin menfaati ön planda tutulur.²² Ortaklığın borca batık olması halinde ise bu durum farklılık arz eder. Borca batık bir anonim ortaklıkta da pekâlâ ortaklığın hukukî mevcudiyetini devam ettirme, pay ve borçlanma aracı sahiplerinin, işçilerin ve yöneticilerin menfaatleri bir arada bulunur. Ancak alacaklılar borca batıklık halinde, menfaat önceliği sıralamasında şirketin de önüne geçer. Buna ilave-ten, anonim ortaklığın borca batık olması halinde ortaklığın yeniden yapılandırılması amacıyla şirket menfaatinin korunması ve şirketin varlığını devam ettirmesi adına TTK md.377'de yer verilen konkordato düzenlemesi önem arz eder.²³

¹⁶ **Kalss**, Susanne & **Adensamer**, Nikolaus & **Oelkers**, Janine (2006) "Director's Duties in the Vicinity of Insolvency - a Comparative Analysis with Reports from Germany, Austria, Belgium, Denmark, England, Finland, France, Italy, the Netherlands, Norway, Spain and Sweden", Legal Capital in Europe, Germany, de Gruyter Recht, s. 115.

¹⁷ **Sayhan**, s. 59.

¹⁸ **Ayan**, Özge (2013) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, Adalet s. 49.

¹⁹ **Keay**, Andrew (2015) "The Shifting of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency", International Insolvency Review, Volume: 24, Issue: 2, s. 140-141.

²⁰ **Eryiğit**, Harun (2020) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul, On İki Levha, s. 233.

²¹ **Eryiğit**, s. 235.

²² **Türk** (1999), s. 108.

²³ **Sulu**, Muhammet (2019) Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul, On İki Levha, s. 58.

IV. ANONİM ORTAKLIK YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TÜRK HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

Sadakat yükümlülüğü geniş kapsamlı bir yükümlülük olup, söz konusu yükümlülüğün özen borcunu da içerisinde barındıran bir üst kavram olduğu öncelikle vurgulanmalıdır.²⁴ Sadakat yükümlülüğünün yönetim kurulu üyeleri bakımından kabul edilmesinin ana nedeni, anonim ortaklık ile yönetim kurulu üyeleri arasında güven ilişkisi temelinde hizmet veya vekâlet sözleşmesinin bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, hizmet ve vekâlet gibi güven temeline dayanan sözleşmelerden, özen yükümlülüğünü de kapsayan, daha geniş kapsamlı bir sadakat yükümlülüğü doğar.²⁵ Anılan yükümlülük, yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerinin menfaatini nazara alarak iş ve eylemlerini yerine getirmesini, ortaklık menfaatini kendi menfaatinin dahi üstünde tutarak karar almasını gerektirir.

Sadakat yükümlülüğü yönetim kurulu üyelerinin iş ve işlemlerinde kendilerinin veya üçüncü kişilerin menfaatlerini değil; salt şirket menfaatlerini temel almalarını gerektirir.²⁶ Yönetim kurulu üyelerinin TTK md.369 hükmü kapsamındaki sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarının mevcudiyeti halinde,²⁷ TTK md.553'te düzenlenen sorumluluk davası ile karşılaşması olasıdır. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin TTK md.553 gereğince sorumluluğunun doğması bakımından hukuka aykırı ve kusurlu davranışlarından kaynaklanan bir nedenle ortaklığı/alacaklıları/pay sahiplerini zarara uğratmaları gerekir.²⁸

TTK md.369 hükmünde düzenlenen sadakat yükümlülüğünün alacaklısı ortaklık tüzel kişiliği

²⁴ **Çamoğlu**, Ersin (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Vedat, s. 70; **Sevi**, Ali Murat (2021) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü, Ankara, Seçkin, s. 35.

²⁵ **Çamoğlu**, s. 70.

²⁶ **Bozkurt Yaşar**, Sevgi (2015) Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin Uygulanması (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, Beta, s. 191.

²⁷ TTK md.369 hükmü kapsamında sadakat yükümlülüğünün yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra, genel müdür gibi yönetimle üst düzey yöneticilerin de tabii olduğu bir yükümlülük olduğu özellikle belirtilmelidir.

²⁸ **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 187-188.

olmakla birlikte, ortaklık alacaklıları ve pay sahiplerinin de münferiden anılan yükümlülüğünün ihlali neticesinde uğradıkları doğrudan veya dolayısıyla zararların²⁹ tazminini ilgili yönetim kurulu üyelerinden talep etmesi mümkündür.³⁰

B. ANONİM ORTAKLIK İFLAS SINIRINDA İKEN YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaati ile uyumlu şekilde hareket etme yükümlülüğü bulunur. Burada üzerinde tartışılması gereken husus, iflasa yaklaşan ortaklıklarda şirket menfaati kavramının nasıl belirleneceği ve menfaat sahiplerinin çıkarlarının ne ölçüde nazara alınması gerektiğidir. Doktrinde, anonim ortaklığın iflas sınırında olması halinde, alacaklılara karşı sadakat yükümlülüğünün değişikliğe uğrayıp uğramayacağı hususu tartışmalıdır. Nitekim *Keay*, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık alacaklılarının menfaatlerini gözetme yükümlülüklerine dair odak değişiminin hangi andan itibaren başlaması gerektiğine ilişkin belirlemenin tam olarak yapılmasının *common law* yaklaşımının tartışmalı konularından biri olduğunu vurgulamıştır.³¹ *Micheler*'e göre, İngiliz hukukunda anonim ortaklık aciz haline yaklaştığında, ortaklığın menfaatleri pay sahiplerinden ziyade alacaklıların kolektif menfaati haline gelir.³² Alman ve Amerikan hukukundaki hâkim görüşe göre ise, anonim ortaklık yöneticilerinin sadakat yükümlülüğünün ortaklığın iflasa yaklaşması durumunda değişikliğe uğramayacağı yönündedir.³³

²⁹ Anonim ortaklığın uğradığı doğrudan zarar alacaklılar yönünden dolaylı zarar teşkil eder. Zira, ortaklığın malvarlığında eksilmeye yol açan davranış alacaklıların alacak haklarını elde edip etmemesine etki edebilir (**Helvacı**, Mehmet (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta Basım Yayın, s. 128).

³⁰ **Sevi**, s. 117.

³¹ **Keay**, s. 151.

³² **Micheler**, Eva (2010) "Disguised Returns of Capital-An Arm's Length Approach", Cambridge Law Journal, Volume: 69, Issue: 1, s. 163 dn 47.

³³ **McCormack**, Gerard & **Keay**, Andrew & **Brown**, Sarah (2017) "Directors' Liability and Disqualification", European Insolvency Law, United Kingdom, Elgar, s. 28; **Callison**, J. William (2007) "Why a Fiduciary Duty Shift to Creditors of Insolvent Business Entities is Incorrect as a Matter of Theory and Practice", Journal of Business & Technology Law, Volume: 1, Issue: 2, s. 442.

İngiliz hukukunda anonim ortaklık yöneticilerinin yükümlülüklerinin tanımı ve kapsamının anonim ortaklık iflasa yaklaştığında değişikliğe uğradığı görülmür.³⁴ Genel olarak sadakat yükümlülüğü, iflas sınırına yaklaştıkça pay sahibi temelli bakış açısından daha fazla alacaklı temelli bir düzleme oturur.³⁵ Alman hukukunda anonim ortaklıkların geneli toplu bir pay sahipliği yapısında (*concentrated ownership structures*) olup, iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin iflas sürecini başlatma yükümlülüğü bulunur. Amerikan hukukunda ise ortaklık yöneticilerinin anonim ortaklık değerinin maksimize edilmesi çerçevesinde hareket etme yükümlülüğü söz konusudur.³⁶ Bu yönüyle Alman hukukunda konuya ilişkin düzenlemenin Amerikan hukukuyla karşılaştırıldığında alacaklıları koruyucu hükümler içeren bir bakış açısına sahip olduğunu söylemek mümkündür.³⁷

Konumuz bakımından önem arz eden husus ise, riskli faaliyetler veya yanlış yatırımlar sonucunda finansal durumu kötüleşen ortaklığı kurtarmak adına iflasa yaklaşan ortaklığın daha riskli yatırımlara yönelmesidir.³⁸ Kredi kurumları tarafından borçlunun yeni borç almasını engelleyecek mahiyetteki kredi sözleşmesi hükümleriyle yeni borçlanmama taahhüdü alınması mümkün olsa dahi, borçlunun olağan ticari faaliyetlerinde söz konusu korumanın mevcut olduğunu söylemek güçtür.³⁹ Anılan halde ortaya çıkması muhtemel sorun ortaklığın toplam borç tutarında meydana gelecek artış neticesinde eski alacaklıların muhtemel bir iflas durumunda beklenen teminatları yeni alacaklılar ile paylaşmak durumunda kalmasıdır.⁴⁰

³⁴ Keay, s. 141.

³⁵ Gurrea-Martínez, Aurelio (2021) "Towards an Optimal Model of Directors' Duties in the zone of Insolvency: an Economic and Comparative Approach", *Journal of Corporate Law Studies*, Volume: 21, Issue: 2, s. 391.

³⁶ Gurrea-Martínez, s. 391.

³⁷ Engert, Andres & Feldman, Reid & Huff, Pamela L. & McKenzie-Skene, Donna W. (2007) "Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies - Comparative & International Perspectives", *Journal of Business & Technology Law*, Volume: 1, Issue: 2, s. 316.

³⁸ Mülazımoğlu, s. 80.

³⁹ Gürel, Murat (2022) *Kredi Sözleşmelerinde Kredinin Geri Ödenmesini Sağlamak Amacıyla Kullanılan Taahhütler (Covenants) ve Kredi Alacaklısının Kredi Alan Şirkete Karşı Sorumluluğu*, İstanbul, On İki Levha, s. 89.

⁴⁰ Eryiğit, s. 244.

Öte yandan, hukukumuzda, anonim ortaklığın ödeme güçlüğü içerisinde bulunduğunu gösteren emarelerin ortağa çıkması halinde, yönetim kurulu emareleri görmezden gelerek, ara bilanço düzenlemekten imtina edemez. Kanunkoyucunun yönetim kuruluna yüklediği görev TTK md.369 hükmünde öngörülen sadakat yükümlülüğünün bir gereğidir.⁴¹

Bu kapsamda, Türk ve Alman hukukunda, İngiliz hukukundan farklı olarak, iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin esas yükümlülükleri değişik göstermez. Buna ilaveten, ortaklığın iflasa yaklaşması halinde, söz konusu ülke hukuklarında pay sahipleri ve alacaklıların bilgilendirilmesini teminen yönetim kurulunun genel kurulu toplantıya çağırma yükümlülüğü bulunduğundan söz etmek mümkündür.⁴²

V. BORCA BATIKLIK VE ANONİM ORTAKLIK HAKKINDA İFLAS KARARI VERİLMESİ HALİNDE YÖNETİM KURULUNUN GÖREV VE YETKİLERİ

A. GENEL OLARAK

TTK md.376 düzenlemesi yönetim kurulunun görev ve yetkileri arasında bulunmakta olup, anılan madde hükmü gereğince yönetim kurulunun yükümlülükleri sermaye kaybı şüphesi ile birlikte başlar.⁴³ Yönetim kurulu esasen finansal durumdaki gelişmeleri devamlı olarak izlemek zorunda olup, ortaklığın finansal durumunda herhangi bir bozulma olması halinde kanunda öngörülen işlemleri ve tedbirleri eksiksiz şekilde yerine getirmelidir.⁴⁴ Burada ayrıca belirtmek gerekir ki, İİK md.179 ile TTK md.376 yakından ilgilidir.⁴⁵

Sermaye şirketlerinden olan anonim ortaklıklarda, ortaklığın sorumluluğunun sermayesi ile sınırlı

⁴¹ Çelik, Aydın (2021) *Anonim Ortaklıklarda Malvarlığı*, İstanbul, Ötüken, s. 382.

⁴² Gerner-Beuerle & Paech & Schuster, s. 214.

⁴³ Türk (1999), s. 217. Atalay'a göre, borca batıklık şüphesi, borçların tamamen ödenemeyeceği yönünde bir tereddüt veya olay ile ortaya çıkacaktır (Atalay (1996), s. 51. dn. 349). Borca batıklık şüphesini uyandıran işaretlerin varlığına dair açıklamalar için bkz. Sayhan, s. 61-63.

⁴⁴ Altaş, Soner (2011) "Esas Sermayesi Karşılıksız Kalan veya Borca Batık Olan Limited Şirketlerde Müdürlerin Görevleri ve Sorumlulukları", *Legal Hukuk Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 106, s. 3965.

⁴⁵ Üstündağ, Saim (2009) *İflas Hukuku*, 8. Basi, İstanbul, s. 62.

olması ve alacaklıların pay sahiplerine başvuraması nedeniyle, pasifin aktiften fazla olma durumu, doğmuş bir borcun ödenmemesini kapsayan genel iflas halinin istisnasını oluşturan özel bir iflas sebebi olarak İİK'da düzenlenmiştir.⁴⁶

Borca batıklık durumunun, yıllık bilançodan, aylık, üç aylık veya altı aylık hesap durumlarından, riskin erken teşhisi komitesinin raporlarından yönetim kurulunun incelemesi neticesinde ortaya çıkarılması mümkündür. Böyle emareler bulunmakta ise, yönetim kurulu hem işletmenin devamı esasına göre hem de aktiflerin olası satış değerleri üzerinden bir ara bilanço çıkartmalıdır. Bu suretle, ortaklığın varlıklarının olası satış değerlerine göre oluşturulan bilanço, yönetim kurulunun ortaklığın iflâsını talep edip etmeyeceğine yönelik kararın oluşumunu sağlayacaktır. Doktrinde, borca batıklığın tespiti için mutlaka bir bilançoya ihtiyaç olmadığı; yönetim kurulunun ortaklığın finansal yapısındaki bozulmayı muhasebe kayıtlarından da ortaya çıkarabileceği ileri sürülmüştür.⁴⁷

Öte yandan, ortaklığın iflasının açılması üzerine yönetim kurulunun temsil yetkisi sınırlandırılmış olmakla birlikte, iflas kararı ile birlikte ortaklığın tasfiyesi halinde de yönetim kurulu ortaklığın organı olarak mevcudiyetini korur.⁴⁸ Ancak, iflasın açılması üzerine yönetim kurulunun birtakım yetkileri iflas idaresine geçer. Anılan halde, yönetim kurulunun temsil yetkisi TTK md.534 hükmü çerçevesinde iflas idaresi tarafından temsil edilmediği durumlar için geçerlidir.

⁴⁶ **Ercan**, İsmail (2019) Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin, s. 877-878.

⁴⁷ Söz konusu görüş Öçal Akar tarafından savunulmuştur. Aktarım için bkz. **Rüzgaresen**, s. 564. Halka açık anonim ortaklıkların faaliyetlerinin yürütümünde finansal raporlama ve kamuyu aydınlatma yükümlülükleri vasıtasıyla ortaklığın finansal durumunun belirlenerek sermaye kaybı veyahut borca batıklığın tespiti, halka kapalı anonim ortaklıklarla karşılaştırıldığında alacaklılar bakımından daha erişilebilir haldedir. Zira, halka açık ortaklıklar tarafından Sermaye Piyasası Kurulu'nun 10.04.2014 tarih ve 11/352 sayılı ilke kararı çerçevesinde, TTK'nın 376'ncı maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca, Şirket'in aktiflerinin gerçeğe uygun değerleri esas alınmak üzere bir ara dönem bilançosu (TTK md.376 Bilançosu) hazırlanması gerekli olup, anılan bilançonun Kamuyu Aydınlatma Platformunda yayımlanması gereklidir.

⁴⁸ **Pekcanitez**, Hakan (1991) Anonim Ortaklıkların İflası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, s. 64.

B. BORCA BATIKLIK BİLDİRİMİNDE BULUNULMASI

TTK md.376/1-2 düzenlemesi gereğince, sermaye kaybı halinde finansal durumu bozulan ortaklıkların daha erken dönemde tedbir alması, sermayenin korunması ilkesi gereği kabul edilmiştir.⁴⁹ Aynı şekilde, TTK md.376/3 hükmü sermayenin korunması ilkesinin bir sonucudur. Anılan madde kapsamında, borca batıklık nedeniyle asliye ticaret mahkemesine başvurma ve ortaklığın iflasını isteme yükümlülüğü, TTK md.376/3 ve İİK md.179 hükümleri gereğince yönetim kuruluna tanınmış bir yetki olup, murahhaslara bırakılamaz.⁵⁰ Yönetim kurulu anılan konudaki iradesini bir karara dayandırmalıdır.⁵¹

Borca batıklık bildirimini yönetim kurulu bakımından kanuni bir yükümlülüğün ifası mahiyetinde olup, yönetim kurulunun yaptığı söz konusu bildirim, iflasa ilişkin bir talebi de içerir.⁵² Yargıtay ise konuya ilişkin olarak, kanunen öngörülen sonuçların doğması bakımından borca batıklık bildirimini yeterli görerek ayrıca iflas talebinde bulunulmasını aramamıştır.⁵³ Borca batıklık bildiriminde bulunulması üzerine iflas hukuku kapsamında alacaklıların bir bütün olarak menfaatlerinin korunması amaçlanır.⁵⁴ Borca batıklık durumunun tespit edilmesi

⁴⁹ **Toraman Çolgar**, Emek (2021) "TTK md.376/II Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması", Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editörler: Emek Toraman Çolgar & Abdurrahman Kayıklık, İstanbul, On İki Levha, s. 9. *Trevor v Whitworth* davasında sermayenin korunması ilkesi açık bir biçimde ilk defa ortaya konulmuştur. Mahkemenin konuya ilişkin kararında, şirket sermayesinin yönetim kurulunun hatalı kararları neticesinde kayba uğraması neticesinde şirket ile işlem yapan alacaklıların korunmasının hedeflendiği ifade edilmiştir. Şöyle ki, sınırlı sorumluluk ilkesinin ortaklık alacaklıların menfaatlerine karşı dengelenmesi amaçlanmıştır (**Eryiğit**, s. 60).

⁵⁰ **Atalay**, Oğuz (1996) Anonim Şirketlerin İflası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi, s. 66. Aynı yönde bkz. **Türk** (1999), s. 280.

⁵¹ **Atalay**, Oğuz (2006) Borca Batıklık ve İflâsın Ertelenmesi, 2. Baskı, İzmir, Güncel, s. 46; **Kayar**, İsmail (1997) Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya, Mimosza, s. 170.

⁵² **Kuru**, Baki (2016) "Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası", Makaleler, İstanbul, Arıkan, s. 625-626.

⁵³ Yargıtay 19. HD, 22.12.2005 tarih ve 2005/9265, 2005/12878 K. sayılı kararı (Corpus Mevzuat ve İçtihat Programı).

⁵⁴ **Türk** (1999), s. 230.

ne rağmen mahkemeye bildirim ihmal edilmesi durumunda, yönetim kurulunun TTK md.553/1 hükmü gereği hukuki sorumluluğuna başvurulması mümkündür.⁵⁵ Borca batıklık bildiriminin gecikmeli şekilde yapıldığına dair iddialar genellikle anonim ortaklığın iflası halinde gündeme gelmekte olup, bu halde pay sahiplerinin ve alacaklıların dava hakkı iflas idaresince kullanılır.

İİK bakımından borçlunun finansal durumunun bozuk olduğu dönemlerde alacaklıları zarara uğratmak isteyebileceğinden veya alacaklılardan bir kısmının menfaatlerini ön planda tutabileceğinden şüphe edilebilir.⁵⁶ İİK md.178/3 kapsamında, alacaklılar bakımından bir koruma mekanizması olarak borca batıklık halinde borçlu derhal iflasını talep etmek zorundadır. Şayet iflasını istememesini müteakip ortaklık bir yıl içerisinde iflas ederse, borçlu İİK md.310/10 gereğince taksiratlı müflis sayılır.

Öte yandan, yönetim kurulunun bildirim yapma yükümlülüğü, borca batıklık halinin fiilen gerçekleştiği tarihten değil, yönetim kurulunun borca batıklık halinin gerçekleştiğini öğrendiği veya öğrenmesi gerektiği andan itibaren başlar.⁵⁷

VI. İFLASA YAKLAŞAN ANONİM ORTAKLIKLARDA SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE İŞADAMI KARARI İLKESİNİN BİRLİKTE İNCELENMESİ

A. GENEL OLARAK

İşadamı kararı ilkesinin uygulanması, yönetim kurulunun vereceği kararlarda takdir yetkisinin sınırlarını belirleyerek yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünü somutlaştırır.⁵⁸ Bu suretle, yönetim kurulu üyelerine iş adamı kararı ilkesinin sağladığı koruma ile makul riskleri üstlenebilmesi imkânı sağlanmıştır. Hukukumuzda TTK md.369 düzenleme-

sinin gerekçesinde, iş adamı kararı ilkesinin tedbirli yönetici ölçüsünün belirlenmesinde uygulanabilecek bir kriter olarak nazara alındığı görülür.⁵⁹

İş adamı kararı ilkesinin uygulanma şartlarını (i) ortaklığa dair ticari bir karar bulunması (ii) ticari kararın alınmasından önce yeterli araştırmanın yapılmış olmasına bağlı olarak konu hakkında bilgilenmiş olma (iii) karar verenlerin yapılan işlemde herhangi bir menfaatlerinin bulunmaması ve (iv) şirket menfaatleri çerçevesinde hareket edildiği kanaatine sahip olunması şeklinde sıralamak mümkündür.⁶⁰

Bu kapsamda, yönetim kurulu üyelerinin iş adamı kararı ilkesi temelindeki savunma imkanından yararlanabilmesi bakımından yönetim kurulu üyeleri süreç üzerine odaklanmış yönetim borcu kapsamında takdir yetkisini özenle kullanmalı; sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket etmemeli ve emredici bir hükmü veya somut içerikli bir normu ihlal etmemiş olmalıdır.⁶¹

İş adamı kararı ilkesinin bir diğer önemli işlevi de usul hukukuna ilişkin olup, anılan ilke yönetim kurulu üyelerinin karar alırken bağlılık ve özen yükümlülüklerini yerine getirerek, çıkar çatışması içine girmeden ve iyi niyetle hareket etmiş olduklarını karene olarak kabul eder.⁶²

B. AMERİKAN HUKUKUNDA

Amerikan hukukunda yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerinin öncelikle ortaklık, ikinci derecede pay sahiplerine karşı olduğu kabul edildiğinden, iş adamı kararı ilkesinin kural olarak zarar gören üçüncü kişilerin, ortaklığın yönetim kurulu üyelerine karşı açtığı davalarda uygulanma-

⁵⁵ **Sayın**, Hediye Bahar (2015) Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı, İstanbul, On İki Levha, s. 151.

⁵⁶ Erdönmez'e göre, kanunkoyucu borçlunun borca batık durumda iken hukuki işlem gerçekleştirmesi zarar verme kastına işaret eden güçlü bir emare kabul edilir (**Erdönmez**, Güray (2019) Alacaklılara Zarar Verme Kastıyla Yapılan Tasarrufların İptali, İstanbul, Vedat, s. 193).

⁵⁷ **Atalay** (2006), s. 29.

⁵⁸ **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 268; **Sevi**, s. 25.

⁵⁹ **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 2. Tekinalp'e göre, işadamı kararı ilkesinin TTK'da açıkça düzenlenmesinin yalnızca Gereke'de söz konusu kuruma atıfla yetinilmesinin temel sebebinin; ilkenin gelişiminin ve somutlaştırılmasının yargı kararlarına bırakılması düşüncesinden kaynaklanmaktadır (**Tekinalp**, Ünal (2011) Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul, Vedat, n. 16-74).

⁶⁰ **Göktürk**, Kürşat (2011) "Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 214-220; **Gürel**, s. 146.

⁶¹ **Solak**, Mutlucan (2019) İş Adamı Kararı İlkesinin Türk Hukuku'nda Uygulanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

⁶² **Hacimahmutoğlu**, Sibel (2014) The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cilt: 30, Sayı: 4, s. 125.

sı söz konusu olmaz.⁶³ Buna ilaveten, Amerikan hukukunda anonim ortaklığın iflas durumunda olması halinde, iş adamı kararı ilkesinin bu aşamada da uygulanma alanı bulabileceğinden hareketle, yönetim kurulu üyelerinin görevlerine devam etmemeleri yönünde bir yükümlülüğünün bulunmadığı ifade edilmelidir.⁶⁴

1. Credit Lyonnais Bank Nederland v. Pathe Communications Co. Kararı

Amerikan hukukunda iş adamı kararı ilkesinin uygulanmasına ilişkin olarak Delaware Chancery Mahkemesi (*The Delaware Court of Chancery*), *Credit Lyonnais Bank Nederland v Pathe Communications Co.* kararında⁶⁵ ortaklığın iflasa yaklaştığı hallerde yönetim kurulu üyelerinin salt pay sahiplerinin menfaatleri kapsamında sorumluluğunun bulunmadığına; alacaklılar ve işçiler de dahil olmak üzere anonim ortaklığa karşı yükümlülüklerinin bulunduğu karar vermiştir.⁶⁶ Dolayısıyla, anılan mahkeme kararıyla menfaat sahipleri kapsamına alacaklılar da dahil edilerek yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün sağladığı hukuki korumadan yararlanmaya başlamıştır.⁶⁷

Öte yandan, Delaware Chancery Mahkemesi tarafından 2004 yılında verilen *Production Resources Group v. NCT Group* kararında,⁶⁸ *Credit Lyonnais Bank Nederland v Pathe Communications Co.* kararı

gözden geçirilerek, yönetim kurulu üyelerine karşı sadakat yükümlülüğünden kaynaklanabilecek iddiaların daima ortaklığa ait olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla, anonim ortaklık iflas sınırına yaklaştığında sadakat yükümlülüğünün tarafı alacaklılara doğru değişmemekle birlikte, yöneticilerin göz önünde bulunduracağı menfaatlerin kapsamı genişler.⁶⁹ Anılan mahkeme kararları incelendiğinde, iflas sınırına yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin yeterince açık olmamasına bağlı olarak, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ne zaman kişisel sorumluluk iddialarıyla karşı karşıya kalabileceklerini öngörmelerinin kolay olmadığını söylemek mümkündür.

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin iflasın yaklaştığı bir evrede aldıkları kararlar ve işlemleri nedeniyle üzerinde tartışılması gereken kritik soru, iflasın ön aşamasında yer alan görev ve yükümlülükler ile iş adamı kararı ilkesinin uygulandığı yöneticilerin ‘normal’ takdir yetkisi arasındaki ilişki ile ilgilidir. İflas tasfiyesinden kaçınmanın makul bir olanağının bulunmaması kavramı, açık bir biçimde yönetim kurulu üyeleri için takdire bağlı hareket alanına açık olan bir standarda işaret eder. Şöyle ki, objektif kriterlere dayanan ve katı bir şekilde uygulanan bir standardın, yöneticileri aşırı riskten kaçınmaya ve karlı projelerden kaçınmaya sevk etmesi olasıdır. Anılan türdeki projeler makul bir şekilde nitelendirilebildiği müddetçe, sadece riskli projelerde yer alınması nedeniyle (pay sahipleri veya yönetim kurulu üyeleri açısından) sınırlı sorumluluk ilkesi ortadan kaldırılamaz.⁷⁰ Kaldı ki, anonim ortaklık iflas tasfiyesine girse dahi iş adamı kararı ilkesinin uygulanma koşullarında değişikliğe gidilmez.⁷¹

⁶³ **Küçük**, Damla (2021) “Anglo Amerikan Hukukunda Şirket Yöneticilerinin Özen ve Sadakat Yükümlülüklerinin Yargısal Deneşiminde Kullanılan Üç Testin Kısa Bir Takdimi”, Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020, İstanbul, On İki Levha, s. 617.

⁶⁴ **Milman**, David (2013) *Governance of Distressed Firms*, Massachusetts, Elgar, s. 133.

⁶⁵ *Credit Lyonnais Bank Nederland, N.V. v. Pathe Communs. Co.* - Civil Action No. 12150, 1991 Del. Ch. LEXIS 215 (Ch. Dec. 30, 1991) (web: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-credit-lyonnais-bank-nederland-n-v-pathe-communs-corp>, erişim tarihi: 14.05.2022).

⁶⁶ **Demott**, A. Deborah (1992), “Directors’ Duty of Care and the Business Judgment Rule: American Precedents and Australian Choices”, *Bond Law Review*, Volume: 4, Issue: 2, s. 138-139.

⁶⁷ **Alces**, Kelli A. & **Ribstein**, Larry E. & **Schwartz**, Alan & **Sepe**, Simone M. (2007) “Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies” -Theory and Policy, *Journal of Business & Technology Law*, Volume: 1, No: 2, s. 297.

⁶⁸ *Production Resources Group v NCT Group*, 863 A.2d 772 (Del. Ch. 2004) (web: <https://courts.delaware.gov/opinions/download.aspx?ID=92000>, erişim tarihi: 10.07.2022).

⁶⁹ **Wood**, s. 148; **McGovern**, Bruce A. (2002) “Fiduciary Duties, Consolidated Returns, and Fairness”, *Nebraska Law Review*, Volume: 81, Issue: 1, s. 197.

⁷⁰ Dünya Bankası tarafından yayımlanan “*Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*” başlıklı çalışmada, iflas yaklaşan ortaklıklarda yönetim yükümlülüklerine ilişkin olarak, uygulanacak hukukun şirket yeniden yapılandırmasını ve makul risklerin alınmasını teşvik ederken aynı zamanda sorumlu şirket davranışını desteklemesi gerektiği ifade edilmiştir (The World Bank (2021) *Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes*, s. 18) (web: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, erişim tarihi: 13.07.2022).

⁷¹ **Alces & Ribstein & Schwartz & Sepe**, s. 293.

2. North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla Kararı

Credit Lyonnais kararından sonraki süreçte mahkemeler nezdinde iflas sınırının yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerini ne zaman ve nasıl etkilediğini belirlemede tereddüt hasıl olmuştur. Delaware Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court of Delaware*) -*Credit Lyonnais* kararından on altı yıl sonra- *North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla* kararı ile, ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerinde iflas sınırından ziyade ortaklığın iflası halinde değişimin söz konusu olduğunu açık bir biçimde hükme bağlamıştır.⁷²

Delaware Yüksek Mahkemesi ortaklık yönetim kurulu üyelerinin, alacaklı sıfatıyla davacının, iflas etmiş veya iflas sınırında iken iş ve işlemlerine devam eden ortaklık yöneticilerine karşı doğrudan zarar nedeniyle taleplerinin reddi yönündeki istemlerini kabul etmiştir. Delaware Yüksek Mahkemesi ortaklığın iflas sınırına yaklaşması halinde, yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüklerinin alacaklıları da içerecek şekilde genişletilmesinin yerinde olmayacağını, söz konusu yükümlülüğün ortaklığın pay sahiplerine karşı olduğu yönünde karar tesis etmiştir. Buna bağlı olarak, ancak ortaklığın iflası ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün kapsamının değişikliğe uğrayacağını söylemek mümkündür. Buna ilaveten, Delaware Yüksek Mahkemesi ortaklığın iflası halinde, alacaklılara atfedilen hakların yönetim kurulu üyelerine karşı dolaylı zararlara dayanılarak açılan davaları (*derivative action*) kapsadığını belirtmiştir.⁷³

⁷² North American Catholic Educational Programming Foundation, Inc. v. Gheewalla - 930 A.2d 92 (Del. 2007), (web: <https://www.lexisnexis.com/community/casebrief/p/casebrief-n-am-catholic-educ-programming-found-inc-v-gheewalla>, erişim tarihi: 14.05.2022). **Ward**, Christopher & Hirsch, Emil & **Bartels**, Todd & **Donaldson**, R. Montgomery & **Spake**, Robert & **Vine**, Jarrett (2015) "The Creeping Business Judgment Rule", American Bankruptcy Institute, s. 651.

⁷³ **Lazarus**, Lewis H. & **James**, Morris (2010) "Insolvency and Fiduciary Duties: Advising Directors and Officers When the Company Cannot Pay Its Bills", American Bar Association, Business Law Section, s. 5. (web: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2010/09/inside-buslaw-insolvency-201009.authcheckdam.pdf>, erişim tarihi: 12.07.2022). Aynı şekilde Delaware Yüksek Mahkemesi, *Quadrant Structured Pro-*

Bu kapsamda *Gheewalla kararı* ile birlikte, yönetim kurulu üyelerinin ortaklık iflas sınırında iken almış olduğu kararların değerlendirilmesinde iş adamı kararı ilkesinden yararlanılması açısından yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin değişikliğe uğrayıp uğramayacağı ve iflas sınırı kavramlarına ilişkin tartışmalar sona ermiştir. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin ortaklığa karşı olduğu; alacaklıların ancak ortaklığın iflası ile birlikte söz konusu yükümlülüklerin lehdarı haline geleceğini söylemek kanaatimizce mümkündür.

C. İNGİLİZ HUKUKUNDA

Anonim ortaklığın teknik olarak müflis konumunda olması halinde, ortaklık yönetim kurulu üyelerinin şirket stratejilerinin odak noktasında değişikliğe gidilmesi gereklidir. Nitekim, anılan süreçte, şirket menfaatlerinin maksimize edilmesi yerine ortaklık malvarlığının korunmasına odaklanılmalıdır.

İngiliz hukukunda benimsenen *wrongful trading* kuralı⁷⁴ ile, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın faaliyetlerinin iflas ile sonuçlanacağını öngörmesi halinde, potansiyel kayıpların minimuma indirilmesi bakımından yönetim kurulu üyeleri tarafından alacaklar lehine gerekli adımların atılması gereklidir.⁷⁵ Bu bağlamda, İngiliz hukukunda *wrongful trading* kuralı ile yönetim kurulu üyelerine açık uçlu yükümlülükler öngörülmüş olmakla birlikte, yönetim kurulu üyelerince verilen kararın rasyonelliğinin değerlendirilmesinde ardıl (*ex-post*) yaklaşım söz konusudur.⁷⁶

ducts Company, Ltd. v Vertin davasında, anonim ortaklığın iflas sınırında olması halinde yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün alacaklılara karşı bulunmadığı, anılan evrede yalnızca pay sahiplerinin dolaylı zararlar nedeniyle sorumluluk davası (*derivative action*) açılabilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir (**Smit**, s. 63).

⁷⁴ Amerikan hukukunda ise yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bağlamında mahkemelerce *wrongful trading* kuralının bir türü olarak benimsenen iflasın derinleştirilmesi (*deepening insolvency*) kuralı bulunmaktadır. Anılan kural ile anonim ortaklıkların ömrünün yapay olarak uzatılması, malvarlığının kaybı ve borçluluğun artması nedenleriyle ortaklık ve ortaklık alacaklıları bakımından yararlı görülmez (**Bitė**, Virginijus & **Mogenytė**, Vilija & **Mulevičienė**, Salvija (2022) "Civil Liability of a Company Director in the Vicinity of Insolvency: The Lithuanian Approach", *European Business Organization Law Review*, Volume: 23, Issue: 2, s. 465).

⁷⁵ **Gurrea-Martínez**, s. 379.

⁷⁶ **Spindler**, Gerald (2006) "Trading in the Vicinity of Insolvency", *European Business Organization Law Review*, Volume: 7, Issue: 1, s. 349. İngiliz hukukunda, şartların oluşması halinde borçlu

D. ALMAN HUKUKUNDA

Anglo-Sakson hukuku ile Kıta Avrupası hukukunda alacaklıların korunması bakımından *ex-ante* olarak yasal sermaye gereksiniminin (*legal capital requirement*) hukukiliği açısından farklı bakış açıları söz konusudur. Anglo-Sakson hukukunda, Kıta Avrupası hukukundan farklı olarak, iflas sınırında iken alacaklıların menfaatinin gözetilmesi bakımından yönetim kurulu üyelerine yükümlülük atfedilirken *ex-post* yaklaşımın benimsendiği genellikle görülür.⁷⁷

Alman hukukunda iflas sınırına yaklaşıldığı durumlarda, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri için *ex-ante* iş adamı kararı ilkesi kabul edilmiş olup, *Spindler*'e göre anılan yaklaşımın Amerikan mahkemeleri tarafından da benimsendiğini söylemek mümkündür.⁷⁸ Bu nedenle, gerekli bilgi toplama ve iletişim ile iç kontrol sistemlerine ilişkin standartlar, yöneticilerin anonim ortaklığın finansal sıkıntı içerisinde olduğu durumlarda yönetim kurulu üyelerinin iş ve işlemlerinin değerlendirilmesinde önemli bir rol oynar. Bununla birlikte, Alman hukukunun Amerikan hukukuna kıyasen, iflas sınırına yaklaşıldığında alınması gereken aksiyonlar açısından anonim ortaklık yöneticileri, pay sahipleri ve alacaklılar bakımından daha açık ve öngörülebilir bir sistem ortaya koyduğunu söylemek mümkündür.⁷⁹

Alman hukukunda ortaklığın ödeme aczi içerisinde düşmesi neticesinde iflas sürecini başlatma yükümlülüğü bulunur. Buna ilaveten, Alman hukukunda, İngiliz hukukundaki gibi "*wrongful trading*" kavramıyla ifade edilmemesine ve somut bir düzenleme bulunmamasına karşın "*wrongful trading*" prensibi de kabul edilmiştir.⁸⁰ Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin anonim ortaklık iflas sınırında bulunsadahi yükümlülüklerinde değişiklik söz konusu olmaz.

tarafından iflas davası açılmasına ilişkin bir yükümlülük öngörülmeğe ziyade, 1986 tarihli İflas Kanunu (Insolvency Act, Section 214) uyarınca, ortaklık yöneticilerinin ortaklığın iflasına sebep olacak şekilde hatalı ticaret yapmaktan doğan şahsi sorumluluğu (*wrongful trading liability*) kapsamında yöneticilerin ortaklığın faaliyetlerine devam etmesi nedeniyle zararın artmasına yol açıldığı takdirde sorumluluğu bulunur (**Kalss & Adensamer & Oelkers**, s. 122).

⁷⁷ **Noussia & Durdenic**, s. 336.

⁷⁸ **Spindler**, s. 350.

⁷⁹ **Wood**, s. 167.

⁸⁰ **Bité & Mogenyité & Mulevičienė**, s. 465-466.

Alman hukukunda iş adamı kararı ilkesinin⁸¹ varlığına vurgu yapan, mahkemelerin yönetim kurulu kararları üzerinde yerindelik denetimi yapmasını engelleyen ve yönetim kurulunun takdir alanını koruyan ilk karar 1979 yılında Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin verdiği *Herstatt Bank* kararıdır. Söz konusu kararda, yönetim kurulunun kusursuz gecikme halleri dışında, ortaklığın finansal durumunda bozulma söz konusu ise, iflas isteme veya konkordato talebinde bulunmak konusunda karar vermekte takdir yetkisi olduğu kabul edilmiştir.⁸² Anılan karara göre, makul bir yöneticinin göstereceği özen derecesinde hareket eden ve karar veren yönetim kurulu; alacaklılar, çalışanlar ve pay sahiplerinin menfaatleri ve ortaklığın geleceği bakımından yerinde olan kararı verecektir. Yönetim kurulunun söz konusu özen kistasına uygun şekilde hareket etmesi durumunda mahkeme ancak sınırlı bir denetim yapabilecektir.⁸³ Mahkeme, makamlarınca incelemeye konu edilen yönetim kurulu kararının objektif olarak doğruluğuna ilişkin olamayacağı, ancak günün koşullarına göre gerçekçi bir karar olup olmadığının incelenebileceği yönünde karar tesis etmiştir.⁸⁴

E. TÜRK HUKUKUNDA

Anonim ortaklıklar hukukunda ortaklığın yükümlülükleri ve yönetim kurulu üyelerinin şahsi sorumlulukları arasındaki fark açık bir biçimde karakterize edilmiştir. Yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın finansal açıdan sağlıklı olduğu dönemde alacaklılara ve diğer üçüncü taraflara değil yalnızca ortaklığa karşı sorumlulukları bulunur. Bununla birlikte, anonim ortaklık iflas sınırında iken yönetim kurulu üyelerinin iş adamı kararı ilkesi çerçevesinde verdiği kararların değerlendirilmesine ilişkin yaklaşım somut bir biçimde hükme bağlanmamıştır.

⁸¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E: 2010/9-32, K: 2010/104, T: 24.02.2010 sayılı kararında, "*İşletmesel karar söz konusu olduğunda, kararın yararlı ya da amaca uygun olup olmadığı yönünde bir inceleme yapılamaz. Kısaca, işletmesel kararlar yerindelik denetimine tabi tutulamaz. İşverenin serbestçe işletmesel karar alabilmesi ve bunun kural olarak yargı denetimi dışında tutulması şüphesiz bu kararların hukuk düzeni tarafından öngörülen sınırlar içinde kalınarak alınmış olmalarına bağlıdır.*" şeklinde karar verilmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁸² **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 21.

⁸³ **Göktürk**, s. 222.

⁸⁴ **Bozkurt Yaşar** (2015), s. 21.

Yönetim kurulu üyeleri, alacaklıların zarar görmesine kasten sebep olduklarında veya iflas işlemlerini zamanında başlatılmasına ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmediklerinde haksız fiilin koşulları gerçekleştiği takdirde sorumlu olurlar. Dolayısıyla, anonim ortaklık finansal sıkıntı içerisine girdiği takdirde, bu kuralda değişiklik söz konusu olmaz. Zira, yönetim kurulu üyeleri anonim ortaklığın likidite durumunu ve genel anlamda finansal durumunu dikkatlice gözlemlemekle yükümlüdür. Şayet borca batıklık hali gerçekleşmiş ise, iflas talebiyle derhal asliye ticaret mahkemesine başvuruda bulunulmalıdır. Yönetim kurulu üyeleri tarafından süresi içerisinde borca batıklık bildiriminde bulunulmaması halinde ise hukuki ve cezai sorumluluğunun gündeme gelmesi muhtemeldir. Burada temel amaç, yönetim kurulu tarafından anonim ortaklığın iflasın eşliğinde olduğunu alacaklılardan gizlenmemesi suretiyle mevcut ve potansiyel alacaklıları korumaktır.

İşadamı kararı ilkesi kapsamında kanun ve esas sözleşmeye aykırılık şartının değerlendirilmesi bağlamında TTK md.376/3 uyarınca düzenlenen bilançodan aktiflerin, ortaklık alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmeyeceğinin anlaşılması halinde, ortaklığın iflasını isteme yükümlülüğüne aykırı davranılması hususunun mahkemelerce tespiti güç değildir.⁸⁵ Zira, kanun gereğince atfedilen bir yükümlülüğünün varlığı halinde, yönetim kurulunun takdir hakkından bahsedilemeyecektir. Bu noktada, yönetim kurulunun anonim ortaklığın devamı amacıyla konkordato talebinde bulunması halinde, söz konusu talep mali açıdan ıslah olanağının bulunup bulunmadığına ilişkin değerlendirmeyi de içermelidir.⁸⁶

Öte yandan, iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin ticari kararlarının değerlendirilmesinde iş adamı kararının ne şekilde yorumlanacağı hususu belirsizlik arz etmekte olup, anılan hususun açıklığa kavuşturulması yönetim kurulu üyelerine hukuki sorumluluk atfedilebilmesi bakımından belirleyicidir.⁸⁷ İş adamı kararı ilkesi bağlamında, ortaklık yönetimine dair kararların riskli ve sonuçlarının önceden tam olarak belirle-

nemeyen kararlar olduğu gerçeği dikkate alınmakla birlikte, ortaklık yönetim kurulu üyelerince rasyonel bir bakış açısıyla riskli yatırımlara ilişkin karar verilmelidir. Bu sebeple, anonim ortaklığın aciz halinden kaçınmasının mümkün olmadığını öngörülebilir olduğu andan itibaren, yönetim kurulunun iş adamı kararı ilkesine uymayarak olağan faaliyetleri kapsamı dışında yeni borç ilişkisi tesisi nedeniyle doğan zarardan sorumlu olduklarına dair açık hükmün varlığı alacaklıların haklarının korunması bakımından yararlı olacaktır.

Son olarak, Türk hukukunda iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda iş adamı kararının ilkesinin uygulanmasına bakıldığında, Alman hukukuna paralel şekilde, anonim ortaklık yönetim kurulunca alınan bir kararın veya yapılan işin başarılı olma olasılığının ve rasyonel olup olmadığının tespiti yönünden kararın alındığı tarih nazara alınarak belirleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyim.

F. DEĞERLENDİRME

İflasa yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerinin ülkelerce farklı şekilde modellendiğini söylemek mümkündür. Türk hukuku bakımından konu ele alındığında ise, iflasa yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün içeriğinde değişiklik olmamakla birlikte, yönetim kurulu üyelerine genel kurulun toplantıya çağırılması veya koşulların varlığı halinde İİK md.280 gereğince alacaklıların zararına hareket edilmemesi bakımından yapılacak tasarruflara yönelik kısıtların bulunması gibi ilave yükümlülüklerinin atfedildiğini söylemek mümkündür.

Bu çerçevede, anonim ortaklık iflas sınırına yaklaştığında Türk ve Alman hukuklarında yönetim kurulu üyelerinin iflas davası açma yükümlülüğü; İngiliz hukukunda *wrongful trading* kuralı çerçevesinde hareket etme yükümlülüğü bulunur.⁸⁸ Amerikan hukuku bağlamında konu ele alındığında ise, yönetim kurulu üyelerinin ortaklığın teknik olarak iflas durumunda bulunsadahi ortaklığın menfaatine hareket etme yükümlülüğü mevcuttur. Zira, Amerikan

⁸⁵ Bozkurt Yaşar (2015), s. 190; Sevi, s. 310.

⁸⁶ Bozkurt Yaşar (2015), s. 159.

⁸⁷ Bozkurt Yaşar (2015), s. 278.

⁸⁸ Gerner-Beuerle, Carsten & Paech, Philipp & Schuster, Philipp Edmund (2013) Study on Directors' Duties and Liabilities, London, s. 14 (web: <http://eprints.lse.ac.uk/50438/>, erişim tarihi: 02.07.2022).

hukukunda iflasa yaklaşan ortaklıklarda yönetim kurulu üyelerinin şirket değerini maksimize etme yükümlülüğü bulunur.⁸⁹

VII. İFLASA YAKLAŞAN ANONİM ORTAKLIKLARDA SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALI DURUMUNDA YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin olarak TTK md.553 hükmü ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) md.49 hükmü kapsamında hukuki sorumluluğun koşulları belirlenmiştir.⁹⁰ Kanunkoyucu tarafından anonim ortaklığa verilen zararların tazmin talebinin ileri sürülmesi bakımından iflas öncesi ve iflas sonrası olmak üzere ikili bir ayrıma gidilmiş iken, pay sahiplerine ve alacaklılara verilen doğrudan zararların tazmini yönünden söz konusu talebi bir ayrıma tabi tutulmamıştır.⁹¹

A. SORUMLULUĞUN KAYNAĞI

1. Doğrudan Zararlar Bakımından

Anonim ortaklığın veya pay sahibinin ya da alacaklının malvarlığında doğrudan bir değer eksilmesi yahut malvarlığında oluşması beklenen değer artışının meydana gelmemesi şeklinde ortaya çıkan zarar doğrudan zarar teşkil eder.⁹² Alacaklıların doğrudan uğradıkları zararlara örnek olarak bilançonun doğruluğuna güvenerek ortaklığa kredi açmak gösterilebilir (TTK md.336 vd.).⁹³ Benzer şekilde, TTK md.376 hükmü gereğince yönetim kurulu tarafın-

dan ihmal veya kasıt neticesinde yerine getirilmesi gereken görevlerin/işlemlerin yapılmamasına bağlı olarak alacaklıların ortaklıkla gerçekleştirdiği işlemler nedeniyle doğrudan zarara uğraması söz konusu olur. Burada belirtmek gerekir ki, alacaklıların zararının söz konusu sıfatlarının bir sonucu olması gerekir.⁹⁴

Hukukumuzda TTK md.553/1 hükmü ile yönetim kurulu üyelerinin sorumluluk esasları belirlenmiştir.⁹⁵ Buna göre, anonim ortaklık yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem ortaklığa ve pay sahiplerine hem de ortaklığın alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan dolayı sorumlu tutulmaktadır. Anılan hükümde yer alan “*verdikleri zarar*” ibaresi kavramsal olarak “*doğrudan zararı*” ifade eder.⁹⁶ Doğrudan zarara ilişkin davalarda talep sonucu, davacı pay sahibi veya alacaklının kendisine yönelik tazmin hükmüne yönelir.⁹⁷

⁹⁴ Akdağ Güney, s. 88-89.

⁹⁵ Anılan madde hükmü gereğince, yönetim kurulu üyelerinin her türlü kusurundan sorumlu olmaları, Amerikan hukukunda öngörülen yönetim kurulunun sorumluluğuna ilişkin “*ağır ihmal*” şartını hukuk sistemimiz bakımından uygulanmasını yoksun bırakmaktadır (Bozkurt Yaşar (2015), s. 268).

⁹⁶ Tekinalp, Ünal (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, Vedat, s. 389. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 21.11.2011 tarih ve E. 2011/1593, K. 2011/7756 sayılı kararında, “... Kural olarak anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri şirket adına yaptıkları işlemlerden dolayı kişisel olarak sorumlu tutulamaz iseler de TTK'nın 336'ncı maddesi hükmü uyarınca şirket alacaklıları, yönetim kurulu üyelerinin kusurlu yönetimi nedeniyle doğrudan doğruya zarara uğramaları durumunda, yönetim kurulu üyeleri aleyhine, hükmedilecek tazminatın kendilerine verilmesi suretiyle sorumluluk davası açabilirler. Bu halde yönetim kurulu üyeleri ortaklığa ve ortaklık alacaklılarına karşı kusursuz olmadıklarını ispat etmedikçe müteselsilen sorumlu olurlar. (Emsal Yarg. 11 H.D. 10.07.2006 T. 2005/8034 E. 2006/8210 K., 23.2.1989 T. 1989/4114 E. 1989/1057 K.) Somut olayda da, alacaklı davacı, davalı şirketin sözleşme uyarınca yapması gereken imalatı yapmadığını, sonradan düzenlenen ek protokol ile edimi ifa edemeyecekleri halde bunu gizleyerek imalat bedeli kadar teminat çekimi de vermek suretiyle sözleşmenin ifa edileceği izlenimi vererek zarara uğratıldığını belirterek davalı şirket yöneticilerinin de sorumlu tutulmak suretiyle alacak talebinde bulunmuştur. Davalı şirket yönetim kurulu üyeleri tarafından TTK'nın 306 ve 338. maddelerinde belirtilen sorumluluklarına bulunmadığına ilişkin somut bir delil sunulmamış olmasına göre davanın bu davalılar yönünden de kabulü gerekirken reddi doğru olmamış, kararın bozulması uygun bulunmuştur.” şeklinde hüküm tesis etmiştir (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2022).

⁹⁷ Özkes & Seven & Meriç, s. 43.

⁸⁹ Gurrea-Martínez, s. 387.

⁹⁰ Sevi, s. 225-226. TBK md.49 düzenlemesi ile haksız fiil sorumluluğu düzenlenmekle birlikte, TBK md.114, II ve TTK md.1 düzenlemeleri gereği söz konusu madde hükmü yönetim kurulu üyelerinin sözleşmesel sorumluluk hallerine de uygulanır (Bozkurt Yaşar (2015), s. 186).

⁹¹ Özkes, Muhammet & Seven, Vural & Meriç, Nedim (2021) Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m.549 vd.) Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku Kapsamında, İstanbul, On İki Levha, s. 84; Köprücü, Üstün (2022) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası, Ankara, Seçkin, s. 114.

⁹² Yasaman, Hamdi (2013) “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, s. 104.

⁹³ Akdağ Güney, Necla (2008) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Vedat, s. 89.

TTK md.553/1 hükmüne dayanılarak, yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı fiilleri, ortaklığı zarara uğratmaksızın alacaklılara doğrudan doğruya zarar verdiğinde, zarara uğrayan kişilerin zarar gören sıfatıyla dava açma hakları bulunur. Anılan halde, yönetim kurulu üyelerinin fiilleri neticesinde anonim ortaklığın zarar görmüş olup olmaması unsuru alacaklılar tarafından açılacak doğrudan zararlaraya dayanan davalar bakımından önem arz etmez.⁹⁸ Kaldı ki, anonim ortaklığın zamanında borca batıklık bildiriminde bulunmaması neticesinde yeni sözleşmeler akdetmesi anonim ortaklığın yararına da olabilir.

Hukukumuzda, yönetim kurulu üyeleri ile alacaklılar arasında sözleşmesel bir ilişkinin varlığından söz edilemeyeceğinden davanın hukuki mahiyetinin sözleşmeye dayandığını söylemek mümkün değildir. Bu halde, açılacak davanın hukuki mahiyetinin TBK md.49'da düzenlenen haksız fiil olduğunun kabulü gerekir.⁹⁹ Doktrinde yapılan bu ayırım sadece ispat yükü bakımından önem arz eder.¹⁰⁰

2. Dolaylı Zararlar Bakımından

TTK md.555 düzenlemesinde anonim ortaklığın uğradığı zararları ortaklığın ve her bir pay sahibinin isteyebileceği, pay sahiplerince tazminatın ancak ortaklığa ödenmesinin talep edilebileceği hüküm altına alınmıştır. Ortaklık alacaklılarının pay sahipleri gibi ortaklığın uğramış olduğu zararların giderilmesini talep ettikleri dolayısıyla zarar gören şahıs sıfatıyla davaların hukuki dayanağı konusunda doktrindeki hakim görüş, davacıların sözleşmeye aykırılığa dayanabileceği yönündedir.¹⁰¹

Dolaylı zararda ortaklığın doğrudan, pay sahipleri ve alacaklıların ise dolaylı olarak zarara uğraması söz konusudur.¹⁰² Alacaklıların dolaylı zararlar için dava açma hakkı incelendiğinde, anonim ortaklığın

faaliyetlerine devam ettiği ve iflas kararı verilmediği müddetçe, alacaklılar tarafından doğrudan uğradıkları zararlar¹⁰³ haricinde yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılmaz.¹⁰⁴ Buna ilaveten, iflas halinde, sorumluluk davası açmak isteyen alacaklı iflas idaresine bildirimde bulunmalıdır.¹⁰⁵ İflas idaresi, anılan davayı açmaktan imtina ettiği takdirde, alacaklılar tarafından TTK md.556 hükmü gereğince elde edilecek tazminat önce dava açan alacaklıların alacaklarının ödenmesine tahsis olunur.¹⁰⁶

B. SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İHLALI HALİNDE YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN SORUMLULUĞUNA BAŞVURULMASININ HUKUKİ DAYANAKLARI

İflas halinde ileri sürülebilecek taleplerin temeli, yönetim kurulu üyelerinin iflas talebini zamanında mahkemeye intikal ettirseydi, alacaklıların uğradığı zararın daha az olacağı iddiası oluşturur. Bu tür uyumsuzluklarda, davanın temelini iflas kararının verilmesi ile yönetim kurulunun ortaklığın finansal durumunu bildiği veya bilmesi gereken dönem arasında zararın artması iddiası oluşturur.¹⁰⁷ Vurgulamak gerekir ki, hukuki sorumluluğun doğması için ayrıca bildirim geciktirilmesi ile zarar arasında uygun nedensellik bağının kurulabilmesi gerekli olup, anılan durumun ispatı çoğu halde güçtür.¹⁰⁸

Anonim ortaklığın finansal durumunun bozulması neticesinde iflas davasının zamanında açılması yönetim kurulunun alacaklılara karşı yerine getirmesi gereken en önemli yükümlülüğü olup, Alman

⁹⁸ Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & Çamoğlu, Ersin (2019) Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul, Vedat, s. 447; Akdağ Güney, s. 90; Özkes & Seven & Meriç, s. 88.

⁹⁹ Poroy & Tekinalp & Çamoğlu, s. 445; Yasaman, s. 105; Akdağ Güney, s. 90; Bozkurt Yaşar (2015), s. 246-247; Mülazimoğlu, s. 271.

¹⁰⁰ Çamoğlu, 153.

¹⁰¹ Konuya ilişkin doktrindeki farklı görüşler için bkz. Bozkurt Yaşar (2015), s. 245-246.

¹⁰² Bahtiyar, Mehmet (2016), Ortaklıklar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın, s. 393.

¹⁰³ Doğrudan zarar kavramını, yönetim kurulu üyesinin bir davranışını sonucunda pay sahiplerinin veya alacaklıların malvarlığının söz konusu davranışa bağlı olarak doğrudan bir değer eksilmesi malvarlığındaki muhtemel değer artışının gerçekleşmemesi şeklinde ifade etmek mümkündür (Teoman, Ömer (2021), Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar), Kitap 16: 2014-2020, İstanbul, On İki Levha, s. 242).

¹⁰⁴ Tunik, Danie E. (1999) Directors Liability in case of Insolvency, Switzerland, Kluwer Law, s. 364.

¹⁰⁵ Anonim ortaklığın iflası üzerine tasfiye sürecinde ortaklığın organları varlığını devam ettirir. TTK md.534 gereğince, temsil yetkisi ortaklığın iflas idaresince temsil edilmediği hususlar bakımından muhafaza edilir (Karaman Coşgun, Özlem (2015) Anonim Şirketin Tasfiyesi, Ankara, Adalet, s. 52).

¹⁰⁶ Yasaman, s. 110.

¹⁰⁷ Tunik, s. 360.

¹⁰⁸ Türk (1999), s. 302.

hukukunda gecikmiş iflas başvurusu yapılması haksız fiil olarak değerlendirilir.¹⁰⁹ Burada, ortaya çıkan zarara dair hesaplama yapılır iken, anonim ortaklığın iflas talebinde bulunması gerektiği anda alacaklılarına ödemesi gerekli varsayımsal tutar ile realitede ödenen tutar arasında karşılaştırma yapılır.¹¹⁰

Diğer taraftan, borçlu ortaklığın yeniden canlanma amacıyla yüksek riskli işlemlerde bulunması durumunda, alacaklılar tarafından yönetim kurulu üyelerinin TTK md.369 hükmünü ihlal ettikleri gerekçesiyle hukuki sorumluluğuna başvurulması mümkündür. Bu konuda değerlendirme yapılırken somut olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması ve genellemelerden kaçılması yerinde olacaktır. Kanaatimizce, yüksek risk içeren işlemlerin ortaklığa yüksek getiri sağlaması dolaylı olarak alacaklının da menfaatine olmakla birlikte, iş adamı kararı ilkesinin yönetim kurulu üyelerine sağladığı koruma alanının azaltılması ve söz konusu işlemin bir bütün olarak değerlendirilmesi önem arz eder. Zira, ortaklık iflasa yaklaştıkça yönetim kurulunun karar verilen ortaklık alacaklılarının da menfaatlere göz önünde tutulmalıdır.¹¹¹ Bu bağlamda, anonim ortaklığın finansal durumunun bozukluğunun derecesi ile yönetim kurulunun alacaklıların menfaatlerinin ne ölçüde nazara alınması gerektiği birbiriyle ilişkilidir.¹¹²

Kanaatimizce, Türk hukuku bakımından borca batıklık şüphesi ile mahkeme tarafından iflas davasının esası hakkında karar verilmesi arasındaki süreçte, her ne kadar yönetim kurulunca yapılacak iş ve işlemlerin temelinde anonim ortaklık menfaatleri öncelikle dikkate alınacak olsa dahi, iş adamı kararı ilkesi çerçevesinde takdir hakkı bulunan yönetim kurulunca alınan kararların -ortaklığın iflastan kurtarılmasına yönelik somut ve ikna edici bir projeksiyon ortaya konulamaması halinde- aşırı riskli olmaması gereklidir. Zira, riskli kararlar gözetim ve denetime olan ihtiyacı artırmakta olup,¹¹³ iş adamı

kararı ilkesinin sağladığı koruma alanı yönetim kurulunca alınan kararlar makul olduğu müddetçe risk taşıyabileceği realitesi ile sınırlıdır.

TTK md.376/3 hükmü gereğince asliye ticaret mahkemesine başvurulmaz ise, sadakat yükümlülüğünün ihlali kapsamında yönetim kurulu üyeleri aleyhine TTK md.553 hükmüne başvurularak sorumluluk davası açılması gündeme gelir. Bu noktada, anonim ortaklık yönetim kurulunca alınan kararın hedeflediği faydanın ve buna bağlı olarak riskin parasal büyüklüğünün, iş adamı kararı olarak nitelendirilmesi üzerinde etkisi bulunmamaktadır.¹¹⁴ Sermaye kaybı ve borca batıklık halinde ise, TTK md.376 düzenlemesinde öngörülen yükümlülüklerin yönetim kurulu tarafından yerine getirilmemesi halinde, iş adamı kararı olarak nitelendirme yapılması mümkün değildir.

TTK md.376 düzenlemesi ile yönetim kuruluna genel kurulu toplantıya çağırma, borca batıklık şüphesi varsa ara bilanço çıkarma ve mahkemeye bildirimde bulunma gibi çeşitli görev ve yetkiler verilmektedir. Söz konusu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ve bildirimlerin yapılmaması halinde, yönetim kurulunun hukuki sorumluluğu TTK md.553 kapsamında söz konusu olabilecektir.¹¹⁵ Bunun yanında, hukuki sorumluluk TTK md.369 çerçevesinde özen yükümlülüğü ve TTK md.375/1-e çerçevesinde üst gözetim yükümlülüğü kapsamında da doğabilecektir.¹¹⁶

Ayrıca, alacaklıların haklarının korunması bakımından hukukumuzda alternatif olarak İİK md.277-284 düzenlemelerinde alacaklılara iptal davası açma hakkı tanınmıştır.¹¹⁷ Anılan düzenlemeler

¹¹⁴ **Sevi**, s. 305.

¹¹⁵ **Bozdoğan**, Abdülkadir (2021) Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, Ankara, Yetkin, s. 137.

¹¹⁶ **Türk**, Ahmet (2016) "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları", Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, s. 82; **Kayar**, İsmail (2012) "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığının Tespiti ve Sonuçları", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 649.

¹¹⁷ **Kuru**, Baki (2013) İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Ankara, Adalet, s. 1396-1397. Erdönmez'e göre, borçlunun borca batık olması ve finansal durumunun kötü olduğunun farkında olması iptal davasında borçlunun zarar verme kastının varlığını ispata tek başına yeterli değildir (**Erdönmez**, s. 192).

¹⁰⁹ **Freund**, Heinz Joachim (1999) Directors' Liabilities in Case of Insolvency, Editör: Anker Sorensen, United Kingdom, Kluwer Law, s. 285; **Bité & Mogenyét & Mulevičienė**, s. 464.

¹¹⁰ **Mülazımoğlu**, s. 267.

¹¹¹ **Honds**, Julia (2006) Directors' Duties in the context of Insolvency, Germany, Grin, s. 23.

¹¹² **Honds**, s. 23.

¹¹³ **Hacımahmutoğlu**, s. 132.

kapsamında ortaklığın mallarına haciz konulması muhtemel veya iflasa yaklaşan borçlunun, ortaklığın malvarlığını alacaklılardan kaçırmak saikiyle şüpheli tasarruflarda bulunulmasına karşı alacaklılara dava açma hakkı tanınmıştır.¹¹⁸

Buna ilaveten, konumuz bakımından yönetim kurulu üyelerinin fiilleri nedeniyle hukuki sorumluluklarının yanı sıra, cezai sorumluluklarının da doğması olasıdır. Nitekim, İİK md.345/a düzenlemesinde¹¹⁹ yönetim kurulu üyelerinin ve tasfiye memurlarının ortaklığın borca batıklık durumunda bulunması halinde, bu durumu mahkemeye bildirmez ve ortaklığın iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. Yargıtay kararlarında söz konusu suçun şartlarının oluşup oluşmadığının tespit edilmesi için İİK md.179 ve TTK md.376'da öngörülen koşullarda ortaklığın aktif ve pasif durumunun saptanması neticesinde ortaklığın iflasının istenmesi şartlarının doğup doğmadığının tespit edilmesinin gerekli olduğu ifade edilmektedir.¹²⁰

¹¹⁸ İİK hükümleri çerçevesinde açılacak iptal davası (a) borçlunun alacaklılara zarar verme kastıyla hareket etmesi ve (b) borçlunun alacaklılardan birisi veya bazılarının diğerlerine kayırılması sebeplerine dayanmaktadır (**Erdönmez**, s. 9).

¹¹⁹ Borca batıklığı bildirmeme suçu şikâyete bağlıdır. İİK md.345/a hükmü "*idare ve temsil ile görevlendirilmiş kimseler veya tasfiye memurları, 179'uncu maddeye göre şirketin mevcudunun borçlarını karşılamadığını bildirerek şirketin iflasını istemezlerse, alacaklılardan birinin şikâyeti üzerine, on günden üç aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklindedir.

¹²⁰ Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, E: 2013/14404, K: 2014/4777, T: 21.04.2014 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2022). Yargıtay'ın konuya ilişkin kararında, "*İİK'nin 345/a maddesindeki suçun oluşabilmesi için, aynı Kanunun 179 ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 376. (6762 Sayılı TTK'nın 324.) maddesinde öngörülen koşullarda şikâyet tarihi itibarıyla şirketin aktif ve pasif durumu belirlenerek, sonucuna göre şirketin iflasının istenmesi şartlarının bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiği cihetle, öncelikle borçlu şirkete ait ticari defterler, kayıtlar ve banka hesapları üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp, kesinleşmiş icra takip dosyalarının borçları da pasife dahil edilerek, sonucuna göre hukuki durumunun takdiri gerekirken, mahkemece şikâyet tarihi olan 3.8.2007 tarihi itibarıyla mevcut durumu tespit etmeyen sadece 31.12.2006 ile 31.12.2007 tarihleri arasındaki durumu gösteren bilanço esas alınarak düzenlenen bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde şikâyet hakkının düşürülmesi kararı verilmesi isabetsiz olup, temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmele hükmün istem gibi BOZULMASINA, 30.12.2013 tarihinde oybirliği ile karar verildi.*" şeklinde karara varılmıştır. bkz. Yargıtay 16. Hukuk Dairesi, E: 2013/12268, K: 2013/13770, T: 30.12.2013 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim Tarihi: 07.05.2020).

Son olarak, TTK md.557/1 hükmüyle, zarara neden olan üyelerin kusurlarına ve durumun gereklerine göre sorumlu tutulmasında "*durumun gerekleri*" kavramı BK md.51 ve 52'de düzenlenmiş olan tazminat miktarının belirlenmesinde etkili olan kusurun derecesi dışındaki bireysel indirim nedenlerinin anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunda uygulanması anlamına gelir. Bu indirim nedenlerine örnek olarak; zarara neden olan yönetim kurulu kararının genel kurul tarafından onaylanması veya zarar gördükleri iddiasıyla dava açanların ortaklığın finansal durumunun bozulduğunu ve ortaklığın iflas aşamasında olduğunu bildikleri halde bu durumu ilgililerden gizlemek suretiyle ortaklığın zarara uğramasında olduğu gibi, zararın meydana gelmesinde zarar görenin kusurunun bulunması halleri verilebilir.¹²¹

VIII. SONUÇ

Anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğü şirket menfaatleri doğrultusunda hareket edilmesini gerektirmekte olup, anılan yükümlülüğün iş adamı kararı ilkesi ışığında yorumlanması gereklidir. Türk hukukunda iflas sınırına yaklaşıldığı evrede yönetim kurulunca yapılan iş ve işlemler bakımından, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna ilişkin yapılacak değerlendirmede *ex-ante* iş adamı kararı ilkesi benimsenmiştir.

Anonim ortaklığın finansal durumunun bozulması halinde, yönetim kurulunun TTK md.376/I-II hükümleri gereğince genel kurulu toplantıya çağırma; TTK 376/III hükmü gereğince borca batıklık şüphesi halinde ara bilanço hazırlama ve borca batıklığın tespiti halinde mahkemeye bildirim yüküm-

¹²¹ **Ördem**, Yılmaz (2017) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi, Ankara, Seçkin, s. 164-165. Zarar gören tarafın zararın doğmasında şahsen kusurlu olması halinde ise, zarardan sorumlu olan yönetim kurulu üyesinin yükümlülüğünün hafiflemesi veya tamamıyla kalkması mümkündür. İsviçre Federal Mahkemesi konuya ilişkin bir kararında, davacı alacaklılarının, şirketin mali-ekonomik durumunun iyi olmadığı, borca batık ve iflasın eşliğinde olduğunu bilmelerine rağmen anılan hususu gizleyerek şirketin icraatlerine devam etmeleri gerektiği yönünde davalıların ve şirketi teşvik etmek suretiyle ikna etmiştir. Bu yönde hareket **ederek şirket hakkında önceden açılması gerekli iflası engelledikleri ve bu zararın oluşumundan bizatihi sorumlu oldukları gerekçesiyle tazminat taleplerinin reddine** karar vermiştir (**Akdağ Güney**, s. 264).

lülüğü bulunur. Dolayısıyla, sermaye kaybı ve borca batıklık halinde yönetim kurulunun TTK md.376 hükmünde yer verilen emredici mahiyetteki görevlerini yerine getirmesi gerekli olup, anılan hükme aykırılık halinde yönetim kurulu üyeleri tarafından iş adamı kararı ilkesi savunma olarak ileri sürülemez. Dolayısıyla hukukumuzda anonim ortaklıkların iflasa yaklaştığı evrede yönetim kurulu üyelerine alacaklıların menfaatlerine gözetmeye ilişkin bir yükümlülük atfedilmemiş olmakla birlikte, ortaklığın finansal sıkıntı içerisinde bulunduğu dönemde kanunda belirlenen görevlerin zamanında yerine getirilmemesi halinde yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna başvurulmasına imkan tanınmıştır.

Anonim ortaklığın iflas sınırında olması halinde, alacaklılara karşı sadakat yükümlülüğünün değişikliğe uğrayıp uğramayacağı hususu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, hâkim görüşüne göre, anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünün değişikliğe uğramayacağı yönündedir. Ancak, söz konusu yükümlülüklerin kapsamı anonim ortaklık iflas tasfiyesine girdiği takdirde değişikliğe uğrayacak olup, anılan halde yönetim kurulu üyeleri ortaklığın malvarlığını tüm alacaklıların menfaatine korumakla yükümlüdür.

Öte yandan, anonim ortaklığın faaliyetlerine devam ettiği ve hakkında iflas kararı verilmediği müddetçe, alacaklılar tarafından uğradıkları doğrudan zararlar haricinde yönetim kurulu üyelerine karşı dava açılamaz. Diğer bir ifadeyle, iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda, anonim ortaklık yönetim kurulunun işlemleri nedeniyle zarara uğramasa dahi alacaklıların uğradıkları doğrudan zararlar sebebiyle yönetim kurulu üyelerinin hukuki sorumluluğuna başvurulması mümkündür. Anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri tarafından iflas davasının zamanında açılması alacaklıların menfaatine olup, gecikmiş iflas başvurusu yapılmasını haksız fiil olarak değerlendirmek mümkündür.

Bu kapsamda, anonim ortaklıklar bakımından işletmenin sürekliliği açısından faaliyetlerini sürdürdüğü evre ile iflas sınırı açısından bir ayırım yapılması gereklilik arz eder. Anonim ortaklığın ödeme gücünün yerinde olduğu aşamada iş adamı kararı ilkesi yönetim kurulu üyelerine bir girişimci gibi faaliyet gösterme alanı tanımakta iken, iflasa yak-

laşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyeleri bakımından TTK md.376 düzenlemesi ile birtakım yükümlülükler öngörüldüğü ve koşulların varlığı halinde İİK md.280 gereğince alacaklıların zararına hareket edilmemesi bakımından yapılacak tasarruflara yönelik kısıtlar getirildiği görülür. Dolayısıyla, iflasa yaklaşan anonim ortaklıklarda yönetim kurulu üyeleri, sadakat yükümlülüğünü şirket menfaatleri doğrultusunda kullandığı ve kanunen öngörülen görev ve yükümlülükleri zamanında yerine getirdiği takdirde, iş adamı kararı ilkesinin sağladığı korumadan yararlanabilecektir.

Bununla birlikte, borca batıklık halinin tespit edilmesi ile mahkeme tarafından iflas davasının esası hakkında karar verilmesi arasındaki süreçte, iş adamı kararı ilkesinin sağladığı korumadan yönetim kurulunun yararlanabilmesi açısından alınan kararların aşırı riskli olmaması kanaatimizce gereklidir. Zira, iş adamı kararı ilkesi gereğince yönetim kurulunca alınan kararlar makul olduğu müddetçe risk taşıyabileceği kabul edilmekte olup, ortaklığın iflastan kurtarılmasına yönelik somut ve ikna edici bir projeksiyon ortaya konulamaması halinde, iflasa yaklaşan ortaklıklar bakımından öngörülebilir risklerin alınmaması yönetim kurulunun hukuki sorumluluğunu beraberinde getirecektir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney**, Necla (2008) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Vedat.
- Alces**, Kelli A. & **Ribstein**, Larry E. & **Schwartz**, Alan & **Sepe**, Simone M. (2007) “Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies”, Theory and Policy, Journal of Business & Technology Law, -Theory and Policy, Volume: 1, No: 2, s. 291-311.
- Altaş**, Soner (2011) “Esas Sermayesi Karşılıksız Kalan veya Borca Batık Olan Limited Şirketlerde Müdürlerin Görevleri ve Sorumlulukları”, Legal Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 106, s. 3961-3967.
- Atalay**, Oğuz (1996) Anonim Şirketlerin İflası, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi.
- Atalay**, Oğuz (2006) Borca Batıklık ve İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, İzmir, Güncel.
- Ayan**, Özge (2013) Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sadakat Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün İhlalinin Sonuçları, Ankara, Adalet.
- Bahtiyar**, Mehmet (2016) Ortaklıklar Hukuku, 11. Baskı, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Bilir**, Hakan (2015) “Finansal Sıkıntının Tanımı ve Piyasa Odaklı Çözümleri: Borç Yapılandırma, Varlık Satışı ve Yeni Sermaye Enjeksiyonu”, Sosyo Ekonomi, Cilt: 3, Sayı: 1, s. 9-24.
- Bitė**, Virginijus & **Mogenytė**, Vilija & **Mulevičienė**, Salvija (2022) “Civil Liability of a Company Director in the Vicinity of Insolvency: The Lithuanian Approach”, European Business Organization Law Review, Volume: 23, Issue: 2, s. 455-479.
- Bozdoğan**, Abdülkadir (2021) Şirketlerde Sermaye Kaybı ve Borca Batıklık, Ankara, Yetkin.
- Bozkurt Yaşar**, Sevgi (2018) “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt: 34, Sayı: 1, s. 137-168.
- Bozkurt Yaşar**, Sevgi (2015) Anonim Şirketlerde İşadamı Kararı İlkesinin Uygulanması (Business Judgment Rule) Uygulanması, İstanbul, Beta.
- Callison**, J. William (2007) “Why a Fiduciary Duty Shift to Creditors of Insolvent Business Entities is Incorrect as a Matter of Theory and Practice”, Journal of Business & Technology Law, Volume: 1, Issue: 2, s. 431-453.
- Çamoğlu**, Ersin (2010) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Vedat.
- Çelik**, Aydın (2021) Anonim Ortaklıklarda Malvarlığı, İstanbul, Ötügen.
- Demott**, A. Deborah (1992) “Directors’ Duty of Care and the Business Judgment Rule: American Precedents and Australian Choices”, Bond Law Review, Volume: 4, Issue: 2, s. 133-144.
- Engert**, Andres & **Feldman**, Reid & **Huff**, Pamela L. & **McKenzie-Skene**, Donna W. (2007) “Twilight in the Zone of Insolvency: Fiduciary Duty and Creditors of Troubled Companies - Comparative & International Perspectives”, Journal of Business & Technology Law, Volume: 1, Issue: 2, s. 313-333.
- Ercan**, İsmail (2019) Uygulamacılar İçin İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı, Ankara, Seçkin.
- Erdönmez**, Güray (2019) Alacaklılara Zarar Verme Kasıtıyla Yapılan Tasarrufların İptali, İstanbul, Vedat.
- Eryiğit**, Harun (2020) 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Ortaklıklarda Sermayenin Korunması İlkesi, İstanbul, On İki Levha.
- Freund**, Heinz Joachim (1999) Directors’ Liabilities in Case of Insolvency, Editor: Anker Sorensen, United Kingdom, Kluwer Law, s. 271-290.
- Gerner-Beuerle**, Carsten & **Paech**, Philipp & **Schuster**, Edmund Philipp (2013) Study on Directors’ Duties and Liabilities, London (web: <http://eprints.lse.ac.uk/50438/>, erişim tarihi: 02.07.2022).
- Göktürk**, Kürşat (2011) “Amerikan, Alman, İsviçre ve Türk Hukukunda İşadamı Kararı İlkesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, Sayı: 2, s. 207-247.
- Gurrea-Martínez**, Aurelio (2021) “Towards an Optimal Model of Directors’ Duties in the zone of Insolvency: an Economic and Comparative Approach”, Journal of Corporate Law Studies 2021, Volume: 21, Issue: 2, s. 365-395.
- Gürel**, Murat (2022) Kredi Sözleşmelerinde Kredinin Geri Ödenmesini Sağlamak Amacıyla Kullanılan Taahhütler (Covenants) ve Kredi Alacaklısının Kredi Alan Şirkete Karşı Sorumluluğu, İstanbul, On İki Levha.
- Hacımahmutoğlu**, Sibel (2014) The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Cilt: 30, Sayı: 4, s. 97-145.
- Helvacı**, Mehmet (2001) Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, Beta Basım Yayın.
- Honds**, Julia (2006) Directors’ Duties in the context of Insolvency, Germany, Grin.

- Kalss, Susanne & Adensamer, Nikolaus & Oelkers, Janine** (2006) "Director's Duties in the Vicinity of Insolvency - a Comparative Analysis With Reports From Germany, Austria, Belgium, Denmark, England, Finland, France, Italy, the Netherlands, Norway, Spain and Sweden", *Legal Capital in Europe, Germany, de Gruyter Recht*, s. 113-143.
- Karaman Coşgun, Özlem** (2015) *Anonim Şirketin Tasfiyesi*, Ankara, Adalet.
- Kayar, İsmail** (2012) "Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt: 18, Sayı: 2, s. 643-658.
- Kayar, İsmail** (1997) *Anonim Ortaklığın Mali Durumunun Bozulması ve Alınacak Tedbirler*, Konya, Mimoza.
- Keay, Andrew** (2015) "The Shifting of Directors' Duties in the Vicinity of Insolvency", *International Insolvency Review*, Volume: 24, Issue: 2, s. 140-164.
- Klappstein, Verena** (2013) "Directors' Duties and Liability in Germany", *Study on Directors' Duties and Liability*, LSE Enterprise, s. 326-354.
- Kırca, İsmail & Şehirli Çelik, Feyzan Hayal & Manavgat, Çağlar** (2013) *Anonim Şirketler Hukuku*, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- Kırtıoğlu, Serhat** (2009) *İflas Davası*, Ankara, Adalet.
- Köprücü, Üstün** (2022) *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Davası*, Ankara, Seçkin.
- Kuru, Baki** (2016) "Pasifi Aktifinden Fazla Olan Sermaye Şirketlerinin İflası", *Makaleler*, İstanbul, Arıkan.
- Kuru, Baki** (2013) *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, Ankara, Adalet.
- Küçük, Damla** (2021) "Anglo Amerikan Hukukunda Şirket Yöneticilerinin Özen ve Sadakat Yükümlülüklerinin Yargısal Denetiminde Kullanılan Üç Testin Kısa Bir Takdimi", *Tüzel Kişilik Penceresinden Anonim Ortaklık Sempozyumu*, MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi 20-22 Temmuz 2020, İstanbul, On İki Levha, s. 615-640.
- Lazarus, Lewis H. & James, Morris** (2010) "Insolvency and Fiduciary Duties: Advising Directors and Officers When the Company Cannot Pay Its Bills", *American Bar Association, Business Law Section* (web: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2010/09/inside-buslaw-insolvency-201009.authcheckdam.pdf>, erişim tarihi: 12.07.2022).
- McCormack, Gerard & Keay, Andrew & Brown, Sarah** (2017) "Directors' Liability and Disqualification", *European Insolvency Law*, United Kingdom, Elgar, s. 24-64.
- McGovern, Bruce A.** (2002) "Fiduciary Duties, Consolidated Returns, and Fairness" *Nebraska Law Review*, Volume: 81, Issue: 1, s. 170-282.
- Micheler, Eva** (2010) "Disguised Returns of Capital-Arm's Length Approach", *Cambridge Law Journal*, Volume: 69, Issue: 1, s. 151-185.
- Milman, David** (2013) *Governance of Distressed Firms*, Massachusetts, Elgar.
- Mülazımoğlu, Mehmet** (2020) *Anonim Şirketler Hukukunda Sermayenin Korunması İlkesi*, İstanbul, On İki Levha.
- Noussia, Kyriaki & Durdenic, Katarina** (2019) "The Financial Crisis Ten Years On: Creditors' Protection in Insolvency Law", *Journal of International Banking Law and Regulation*, Volume: 34, Issue: 9, s. 325-337.
- Ördem, Yılmaz** (2017) *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Farklılaştırılmış Teselsül İlkesi*, Ankara, Seçkin.
- Özekes, Muhammet & Seven, Vural & Meriç, Nedim** (2021) *Sermaye Şirketlerinde Sorumluluk Davası (TTK m.549 vd.) Ticaret Hukuku ve Usul Hukuku Kapsamında*, İstanbul, On İki Levha.
- Pekcanitez, Hakan** (1991) *Anonim Ortaklıkların İflası*, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi.
- Poroy, Reha & Tekinalp, Ünal & Çamoğlu, Ersin** (2019) *Ortaklıklar Hukuku I*, İstanbul, Vedat.
- Rüzgaresen, Cumhuri** (2011) *İflas Sebepleri*, Ankara, Adalet.
- Sayhan, İsmet** (2016) *Sermaye Şirketleri ve Kooperatiflerde Borca Batıklık Sebebiyle İflas ve İflasın Ertelenmesi*, Ankara, Yetkin.
- Sayın, Hediye Bahar** (2015) *Pay Sahibi Haklarının Korunması Kapsamında Anonim Şirket Yönetim Kurulu Kararlarının Butlanı*, İstanbul, On İki Levha.
- Sevi, Ali Murat** (2021) *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyeleri ve Yöneticilerin Özen Yükümlülüğü*, Ankara, Seçkin.
- Smit, Imogan** (2016) *The Application of the Business Judgment Rule in Fundamental Transactions and Insolvent Trading in South Africa: Foreign Precedents and Local Choices*, Master Thesis, Faculty of Law of the University of the Western Cape.
- Solak, Mutlucan** (2019) *İş Adamı Kararı İlkesinin Türk Hukuku'nda Uygulanması*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Spindler, Gerald** (2006) "Trading in the Vicinity of Insolvency", *European Business Organization Law Review*, Volume: 7, Issue: 1, s. 339-352.

- Sulu**, Muhammet (2019) Anonim Ortaklıklarda Şirket Menfaati Kavramı, İstanbul, On İki Levha.
- Tekinalp**, Ünal (2011) Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları, İstanbul, Vedat.
- Tekinalp**, Ünal (2013) Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul, Vedat.
- Teoman**, Ömer (2021) Yaşayan Ticaret Hukuku (Hukuki Mütalaalar), Kitap 16: 2014-2020, İstanbul, On İki Levha.
- The World Bank (2021) Principles for Effective Insolvency and Creditor/Debtor Regimes (web: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/35506/Principles-for-Effective-Insolvency-and-Creditor-and-Debtor-Regimes.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, erişim tarihi: 13.07.2022).
- Toraman Çolgar**, Emek (2021) “TTK md.376/II Kapsamında Sermaye Kaybı Olan Anonim Şirketlerde Sermaye Artırımı Yapılması”, Ticaret Hukukunda Genç Yaklaşımlar, Editörler: Emek Toraman Çolgar & Abdurrahman Kayıklık, İstanbul, On İki Levha, s. 1-46.
- Tunik**, Danie E. (1999) Directors Liability in case of Insolvency, Switzerland, Kluwer Law.
- Türk**, Ahmet (2016) “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yeniliklerle Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Hukuki Sonuçları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Dergisi, Cilt: 17, Sayı: 2, s. 63-112.
- Türk**, Ahmet (1999) Anonim Ortaklıkta Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Hukuki Sonuçları, Ankara, Nobel.
- Mottocks**, Ron (2008) Zone of Insolvency, New Jersey, Wiley, s. 87.
- UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law, “Directors’ Obligations in the Period Approaching Insolvency” Working Group V, New York, 15-19 April 2013 (web: <http://daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V13/807/89/PDF/V1380789.pdf?OpenElement>, erişim tarihi: 10.05.2022).
- Üstündağ**, Saim (2009) İflas Hukuku, 8. Bası, İstanbul.
- Ward**, Christopher & **Hirsch**, Emil & **Bartels**, Todd & **Donaldson**, R. Montgomery & **Spake**, Robert & **Vine**, Jarrett (2015) “The Creeping Business Judgment Rule”, American Bankruptcy Institute, s. 637-673.
- Wood**, Justin (2007) “Director Duties and Creditor Protections in the Zone of Insolvency: A Comparison of the United States, Germany, and Japan”, Penn State International Law Review, Volume: 26, No: 1, s. 139-168.
- Yasaman**, Hamdi (2013) “Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davaları”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Sayı: 2, s. 97-112.

Etik Beyanı: Bu çalışmanın hazırlanma sürecinde etik kurallara uyulduğunu yazar beyan etmektedir. Aksi bir durumun tespiti halinde Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi (TFM) hiçbir sorumluluğu kabul etmemektedir. Sorumluluk, çalışmanın yazarına aittir.

Katkı Oranı Beyanı: Söz konusu çalışmanın hazırlanması ve yazımı aşamasında yazarın katkı oranı %100'dür.

Varsa Destek ve Teşekkür Beyanı: Yoktur.

Çatışma Beyanı: Yoktur.

Ethics Statement: *The author declares that ethical rules are followed in all preparation processes of this study. In case of detection of a contrary situation, TFM does not have any responsibility and all responsibility belongs to the author of the study.*

Contributions Statement: *Author has contributed %100 into preparing and writing this study.*

Statement for Support and Appreciation If Any: *None.*

Statement for Conflict of Interest: *None.*