

İntihal | Plagiarism: Bu makale, en az iki hakem tarafından incelendi ve intihal içermediği teyit edildi.

| This article has been reviewed by at least two referees and scanned via a plagiarism software.

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ İÇTİHATLARI ÇERÇEVESİNDE ORTAK VE ALACAKLILARIN YÖNETİCİLERİN MAL VARLIĞINDAN ŞİRKETTEN ÖNCE YARARLANMA İHTİMALİNE KARŞI BİR ÖNLEM

ACCORDING TO DECISIONS OF THE SWISS FEDERAL COURT A MEASURE
AGAINST THE POSSIBILITY OF SHAREHOLDERS AND CREDITORS
BENEFITING FROM THE ASSETS OF THE DIRECTORS BEFORE
THE COMPANY

Dr. Temel Güner*

ÖZ

Anonim ve limited şirketlerde ortak ve alacaklılar doğrudan zararlarının tazmini için yönetim/müdürler kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açtıklarında tazminat şirkete değil kendilerine ödenmektedir. Bu durum ortak ve alacaklılarla birlikte şirketin de doğrudan zarara uğradığı ihtimalde şirketin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Zira ortak ve alacaklılar şirketten önce harekete geçip zararlarını tazmin ettiklerinde genellikle yöneticilerin malvarlığında başvurabilecek bir meblağ kalmamakta, şirket zararını tazmin edememe riskiyle karşılaşmaktadır. Bu risk şirket iflas ettiğinde daha da belirgin hale gelmektedir. Nitekim iflas gerçekleştiğinde şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için ikinci alacaklılar toplantısında bu yönde bir karar alınması gerektiğinden, bu karar alınana kadar ortak ve alacaklılar önceden harekete geçip yöneticilerin mal varlığından öncelikle faydalanmakta, yöneticilerin mal varlığında şirketin başvurulabileceği bir meblağ kalmamaktadır. Bunun önüne geçmek isteyen İsviçre Federal Mahkemesi ortak ve alacaklılarla birlikte şirketin de doğrudan zarara uğradığı ihtimalde ortak ve alacaklıların sorumluluk davası açabilmeleri için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartını aramakta, böylece ortak ve alacaklıların dava hakkını önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Federal Mahkeme, başlangıçta hem iflas içinde hem de iflas dışında benimsediği bu uygulamasını güncel kararlarında sadece iflas halinde devam ettirmektedir. Çalışmamızda İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki uygulaması incelenmektedir.

Anahtar Kelimeler: Sorumluluk Davası, Doğrudan Zarar, Dolaylı Zarar, Öncelikle Yararlanma, Münhasıran Ortak ve/veya Alacaklıların Menfaatini Koruma Amacı Güden Norm.

* Arş. Gör. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı.

0000-0002-0446-9856 temelguner@hacettepe.edu.tr



Bu eser Creative Commons Alıntı-Gayri Ticari-Türetilemez 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

ABSTRACT

In joint stock and limited liability companies, when partners and creditors sue against company directors for compensation of their direct losses, the compensation obtained is paid to them, not to company. This situation has consequences against the company, in case the company suffers a loss as well as partners and creditors. Because, when partners and creditors take action before the company and compensate their losses, there is usually no amount that can be applied in the assets of the managers, and the company faces the risk of not being able to compensate its losses. This risk becomes even more apparent when the company goes bankrupt. As a matter of fact, in order to file a liability lawsuit on behalf of the company in the event of bankruptcy, a decision must be taken to file a liability lawsuit at the second meeting of creditors. Until this decision is taken, partners and creditors take action in advance and benefit primarily from the assets of the managers, and there is no amount that can be applied by the company in the assets of the managers. In order to prevent this, the Swiss Federal Court seeks the condition of violation of a norm that aims exclusively to protect their own interests so that partners and creditors can file a liability lawsuit in case the company, together with the partners and creditors, is directly damaged. Thus it significantly restricts the right of action of partners and creditors. The Federal Court maintains this practice, which was initially adopted both in and out of bankruptcy, in its current decisions only in case of bankruptcy. In our study, the application of the Swiss Federal Court on this issue is examined.

Keywords: Liability Claim, Direct Damage, Indirect Damage, Benefit First, Norm That Aims Exclusively Protect the Interests of Shareholders and Creditors.

GİRİŞ

Dolaylı zararların tazmini için yönetim/müdürler kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açıldığında elde edilen tazminat şirkete ödenirken, doğrudan zararların tazmini için açılan davalarda elde edilen tazminat ortak¹ ve alacaklılara ödenmektedir. Bu durum, şirketle birlikte ortak ve alacaklıların aynı anda doğrudan zarara uğradığı ihtimalde şirketin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Şöyle ki, sorumluluk hukukunda kural olarak “ilk gelen ilk yararlanır” ilkesi geçerli olduğundan şirketle birlikte aynı anda ortak ve alacaklılar da doğrudan zarar gördüğünde, ortak ve alacaklılar önce harekete geçip yöneticilerin mal varlığından zararlarını gidermekte; şirket, zararlarını tazmin edememe riskiyle karşılaşmaktadır. Bu risk şirket iflas ettiğinde daha da belirgin hale gelmektedir. Zira iflas gerçekleştiğinde şirket adına dava açılıp açılmayacağına ikinci alacaklılar toplantısında karar verileceğinden bu toplantı yapılmaya kadar ortak ve alacaklılar erkenden harekete geçip zararlarını tazmin etmekte, daha sonradan şirket adına dava açılması yönünde karar alınsa ve dava kazanılsa dahi genellikle sorumluluğuna hükmedilen yöneticilerin mal varlığında başvurulabilecek bir meblağ kalmamaktadır. Şirketin aleyhine gelişen bu durumun önüne geçmek isteyen İsviçre Federal Mahkemesi, -eski tarihli kararlarında hem iflas içi hem de iflas dışında, yeni tarihli kararlarında ise sadece iflas halinde- ortak ve alacaklıların İsviçre Borçlar Kanunu (İsvBK)² m. 754 [Türk Ticaret Kanunu (TTK)³ m. 553] kapsamında doğrudan zararlarının tazminine yönelik sorumluluk davası açabilmeleri için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen Norm*) ihlali şartını aramakta; aksi takdirde ortak ve alacaklılara dava hakkı tanımamaktadır. Farklı bir deyişle İsviçre Federal Mahkemesi bu uygulamayla doğrudan-dolaylı zarar ayırımında ihlal edilen normun niteliğini esas almakta, münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali söz konusu değilse ortak ve alacaklıların doğrudan zararının varlığını reddetmektedir. Çalışmamızda İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konudaki uygulaması ve bu tür bir uygulamanın Türk hukuku bakımından da geçerli olup olmayacağı sorunu ele alınmaktadır.

I. DOĞRUDAN-DOLAYLI ZARAR AYRIMI VE BU AYRIMDA İHLAL EDİLEN NORMUN NİTELİĞİNİN ROLÜ

A. GENEL OLARAK

Yönetim/müdürler kurulu üyelerinin sorumluluğunun gündeme gelebilmesi için olmazsa olmaz nitelik taşıyan zarar şartı açısından doğrudan-dolaylı zarar ayırımı yapılmakta, bu ayırım özellikle davadan elde edilen tazminatın kime ödeneceği noktasında önem arz etmektedir⁴. Nitekim doğrudan zararlar söz konusu olduğunda hem iflas içi hem de iflas dışında elde

¹ Çalışmamızda kullanılan ortak ifadesi anonim şirketlerde pay sahiplerini, limited şirketlerde ise ortakları ifade etmektedir.

² *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)*, BBl 1905 II 1, 1909 III 725, 1911 I 845.

³ RG, 14.02.2011, S. 27846.

⁴ Doğrudan-dolaylı zarar ayırımına bağlanan hukuki sonuçlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Anlam Sıtkı Altay, “Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk Ayırımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar”, İçinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 7*, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 69 vd.

edilen tazminat davayı açan ortak ve alacaklılara ödenirken, iflas dışında dolaylı zararların tazmini için açılan davalardan elde edilen tazminat davacı ortaklara değil şirkete ödenmektedir (TTK m. 555/1)⁵. İflas içinde ise, dolaylı zararı için alacaklılar dava açtığı takdirde elde edilen tazminat öncelikle dava açan alacaklıya, sonra dava açan ortaklara ödenmekte arta kalan bir miktar varsa bu tutar, dava açmayan diğer alacaklılar lehine iflas masasına kaydedilmektedir. İflas halinde davayı ortaklar açmış ise, herhangi bir öncelik hakkı söz konusu olmaksızın elde edilen tazminatın tamamı iflas masasına kaydedilmektedir (TTK m. 556/2). Görüldüğü üzere zararın doğrudan mı yoksa dolaylı zarar niteliği mi taşıdığı tazminatın ödeneceği kişinin tespiti açısından son derece önem arz etmektedir⁶. Bu nedenle ne zaman doğrudan ne zaman dolaylı zararın söz konusu olacağına açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

Türk-İsviçre öğretisinde⁷ doğrudan-dolaylı zarar ayrımının temelinde ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğinin yattığı; bu ayırmada ihlal edilen normun niteliğinin bir önem arz etmediği kabul edilmektedir. Bu görüş çerçevesinde ihlal edilen normun niteliği ne olursa olsun ortak ve alacaklıların mal varlığında şirketin zarara uğraması vasıtasıyla (*mittelbare*) meydana gelen eksilme dolaylı zarar, şirketin zararından bağımsız olarak (*unmittelbare*) meydana gelen eksilme ise doğrudan zarar olarak nitelendirilmektedir. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, şirketin de zarara uğradığı ihtimalde ortak ve alacaklıların doğrudan zararından bahsedilebilmesi için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen Norm*) ihlali şartını aramaktadır⁸. Federal Mahkeme, başlangıçta hem iflas içinde hem

⁵ Bu noktada TTK m. 202/1-c istisnası dışında iflas gerçekleşmedikçe alacaklıların zaten dava açamayacağına işaret etmek isteriz.

⁶ Nitekim uygulamada sıklıkla, elde edilen tazminatın kendisine ödenmesini sağlamak adına dolaylı zarar niteliği taşıyan zararların doğrudan zarar olarak nitelendirilmeye çalışıldığı, bu sebeple nitelendirmenin çok dikkatli yapılması gerektiği, dolaylı zarar niteliği taşımasına rağmen doğrudan zarar nitelendirmesi yapılarak açılan davalardan elde edilen tazminat davayı açan kişiye ödeneceğinden bunun, sorumlu kişinin mal varlığının alacaklılar arasında eşit şekilde paylaşılması ilkesi (*par condicio creditorum*) ile bağdaşmayacağı oysa tazminat şirkete ödendiğinde bundan diğer bütün hak sahiplerinin yararlanacağı yönünde bkz. Hans Casper von der Crone ve Olivier Baum, “Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken”, *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*, 3 (2016), s. 291.

⁷ Ersin Çamoğlu, *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 3. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 128, 147-148; Mehmet Helvacı, *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul: Beta Yayınları, 2001, s. 107; Necla Akdağ Güney, *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, 2. Baskı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 52-53; Mehmet Çelebi Can, “Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534’ün Etkisi”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/4 (2017), s. 10 vd.; Aydın Alber Yüce ve Emre Köroğlu, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Yansıma Yoluyla Zarar” *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*, 8/2 (2022), s. 544 vd.; Ali Fuat Çiçekli, “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Kapsamında Doğrudan ve Yansıma Zarar (Özellikle Usul ve Takip Hukuku Yönünden)”, *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2 (2022), s. 1073 vd.; Peter Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 2. Auflage, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1987, s. 79, Nr. 186 vd.; Hans Casper von der Crone, Antonio Carbonara ve Silvia Hunziker, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*, Basel: Beifheft 43 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2006, s. 7, 8; David Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019, s. 51, Nr. 160.

⁸ Örnek karar için bkz. BGE 110 II 395, BGE 112 II 261. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Rolf H. Weber, “Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen”, in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*, ed. Rolf H. Weber, Zürich: Schulthess Verlag, 2006, s. 153 vd.; Lukas Glanzmann ve

de iflas dışında benimsediği bu uygulamasını güncel kararlarında sadece iflas halinde devam ettirmekte; iflas dışında ise ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini esas almaktadır.

B. TARİHİ SÜREÇ İÇERİSİNDE İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN DOĞRUDAN-DOLAYLI ZARAR AYRIMINDA ESAS ALDIĞI KRİTERLER

1. İsviçre Federal Mahkemesi İçtihadının Gelişim Süreci

İsviçre Federal Mahkemesi eski tarihli kararlarında⁹ doğrudan-dolaylı zarar ayırımında ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmemesini esas alırken, 1996 yılından sonraki kararlarında ortak ve alacaklılarla birlikte şirketin de zarara uğradığı durumlarda ihlal edilen normu esas almış¹⁰, ortak ve alacaklıların doğrudan zararından bahsedilebilmesi için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen Norm*) ihlali şartını aramıştır. Mahkeme, tasfiye durumunda alacaklılar tatmin edilmeden ortaklara ödeme yapılmasını yasaklayan İsvBK m. 744 hükmünün münhasıran alacaklıların menfaatini koruma amacı güden norm niteliği taşıdığını dolayısıyla bu hükmün ihlali durumunda -aynı anda şirket de zarara uğrasa dahi- alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine yönelik sorumluluk davası açabileceğini belirtmiştir. İsvBK m. 725 hükmünde olduğu gibi hem alacaklıların hem de şirketin menfaatini koruma amacı güden çifte karakterli bir normun ihlali söz konusu olduğunda ise yöneticilerin mal varlığının şirket aleyhine azaltılmasını önlemek amacıyla ortak ve alacaklıların doğrudan zararının varlığını reddetmiş dava hakkının öncelikle şirkete ait olduğunu kabul etmiştir¹¹. Federal Mahkeme, bir süre hem iflas içinde hem de iflas dışında devam ettirdiği bu uygulamasını 2003 yılından sonraki kararlarında¹² sadece şirketin iflası haline özgülemiş, iflas dışında doğrudan-dolaylı zarar ayırımında ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini esas aldığı eski içtihatlarına geri dönmüştür. Esasen bu kararlar birlikte Federal Mahkeme içtihadının uygulama alanı ortaya çıkış amacına özgülülmüştür. Zira bu uygulamanın temel amacı ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete

Markus Wolf, "Haftung faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung", in *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen*, ed. Thomas Sprecher, Zürich: Schulthess Verlag, 2019, s. 28 vd.; Peter R. Isler, "Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV*, ed. Rolf H. Weber ve Peter Isler, Zürich, Schulthess Verlag, 2008, s. 93 vd.; Merens Derungs ve Hans Casper von der Crone, "Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit", *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 3 (2019), s. 324; Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 149, Nr 488 vd. Özellikle bkz. Felix Buff ve Hans Casper von der Crone, "Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, Bundesgerichtsurteil 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015 (BGE 141 III 112)", *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, (2015), s. 273 vd.

⁹ 1984 tarihli örnek karar için bkz. BGE 110 II 391.

¹⁰ 1996 tarihli örnek karar için bkz. BGE 122 III 176.

¹¹ BGE 122 III 176 S. 193. Bu hususta bkz. Claudia Suter, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, Zürich, Dike Verlag, 2010, s. 66 vd.

¹² BGer 4C.188/2003. 2006 tarihli aynı yönde karar için bkz. BGE 132 III 564. 2015 tarihli aynı yönde karar için bkz. BGE 141 III 112. 2021 tarihli aynı yönde karar için bkz. BGer 4A_36/2021.

geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmalarının önüne geçmektedir¹³. İsviçre hukuku açısından şirket iflas etmedikçe ortak ve alacaklıların böyle bir avantaj sağlaması söz konusu değildir. Zira iflas dışında şirket de, ortak ve alacaklılar gibi ve hatta onlardan önce harekete geçerek zararının tazmini için dava açabilir¹⁴. İflas dışında hak sahipleri (şirket, ortak ve alacaklı) açısından dava açmak konusunda zaman bakımından fırsat eşitliği söz konusu olduğundan ilk gelen ilk yararlanır ilkesinin uygulanmasında herhangi bir sakınca yoktur¹⁵. Buna karşın iflas halinde şirket adına dava açılabilmesi için ikinci alacaklılar toplantısında bu yönde bir kararın alınması gerektiğinden ortak ve alacaklıların önce harekete geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmaları mümkündür¹⁶. Bu nedenle Federal Mahkeme uygulamasının şirketin iflasıyla sınırlandırılması yerindedir. Federal Mahkeme'nin ortak ve alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine yönelik dava hakkına ilişkin güncel yaklaşımı şu şekilde özetlenebilir¹⁷.

- 1- Ortak ve alacaklılar, ***şirket zarara uğramaksızın*** zarar görmüşlerse münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartı aranmaksızın ***gerek iflas içinde gerekse iflas dışında*** doğrudan zararlarının tazminine yönelik İsvBK m. 754 kapsamında sorumluluk davası açabilmektedir¹⁸. Zira bu ihtimalde şirketin bir zararı

¹³ Bu noktada ifade edelim ki, dolaylı zararlar bakımından iflas halinde öncelikle iflas idaresine dava hakkı tanıyan (iflas idaresi dava açmadığı takdirde ortak ve alacaklıların dava açabileceğini öngören) İsvBK m. 757 ve TTK m. 556 hükümlerinin amacı da ortak ve alacaklıların talebinin şirketin (iflas idaresinin) talebiyle yarışmasını önlemektir. Bu hususta bkz. Ünal Tekinalp, *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, 4. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2015, s. 419, Nr. 16-117.

¹⁴ Nitekim İsviçre hukukunda iflas dışında şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartı aranmamakta, yönetim kurulu kendi inisiyatifiyle hızlıca dava açabilmektedir. Ancak Türk hukukunda iflas dışında da ortak ve alacaklıların zaman bakımından avantajlı konumda olduğu söylenebilir. Zira Türk yargı uygulaması, iflas dışında şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurulun bu yönde karar alması şartını aramaktadır. Bu şart ortak ve alacaklılara dava açmak konusunda zaman bakımından avantaj sağlamaktadır. Bu hususta daha ayrıntılı bilgi için aşağıda başlık B.4 altındaki açıklamalara bakınız.

¹⁵ Bu noktada ayrıca iflas halinde alacaklıları eşit şekilde yararlandırma amacı güden icra iflas hükümlerinin iflas dışında uygulanmasının söz konusu olmadığını da eklemek gerekir. Bkz. Rolf Raschein, "Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs", in *Festschrift 100 Jahre SchKG*, ed. Louis Dallèves, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s. 358.

¹⁶ Bu hususta bkz. Peter Forstmoser, Arthur Meier-Hayoz ve Peter Nobel, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern, Stämpfli Verlag, 1996, s. 427, Nr. 73; Georg Rauber, "Der mittelbare Gläubigerschaden — alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht, Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht", in *Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*, ed. Walter R. Schlupe ve Peter Isler, Zürich: Schulthess Verlag, 1993, s. 167; Felix Dasser ve David Roth, "Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen/IV", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, ed. Rolf Sethe ve Peter Isler, Genf: Schulthess Verlag, 2014, s. 253; Matthew T. Reiter, "Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, ed. Rolf H. Weber, Zürich: Schulthess Verlag, 2003, s. 174; von der Crone ve Baum, "Aktienrechtliche Verfahren", s. 290.

¹⁷ BGE 141 III 112; BGE 132 III 564. Konu hakkında Federal Mahkeme'nin yaklaşımına ilişkin detaylı bilgi için bkz. Suter, *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*, s. 66 vd.; Weber, "Beurteilung der neueren Rechtsprechung", s. 153 vd.; Derungs ve von der Crone, "Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit" s. 324; Glanzmann ve Wolf, "Haftung faktischer Organe", s. 28 vd.; Isler, "Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation", s. 93 vd.; özellikle Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 273 vd.

¹⁸ Bu yönde karar için bkz. BGE 141 III 112; BGE 132 III 564; BGE 110 II 391.

söz konusu olmadığından ortak ve alacaklıların talebiyle şirketin talebi arasında bir yarışma da söz konusu değildir.

2- Ortak ve alacaklılarla birlikte ***şirket de zarara uğramışsa*** şirketin iflas edip etmemesine göre ayırım yapılmaktadır.

a- Şirket ***iflas etmemişse***, şirket açısından dava açmak konusunda zaman bakımından bir dezavantaj söz konusu olmadığından ortak ve alacaklılar, münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartı aranmaksızın doğrudan zararlarının tazminine yönelik İsvBK m. 754 kapsamında sorumluluk davası açabilmektedir.

b- ***Şirket iflas etmişse***, şirket dava açmak konusunda zaman bakımından dezavantajlı konumdadır. Zira iflas halinde şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için ikinci alacaklılar toplantısında bu yönde bir kararın alınması gerekir. Bu karar alınana kadar ortak ve alacaklılar önceden harekete geçip yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanabilir. Bu ihtimalde:

a. Ortak ve alacaklıların İsvBK m. 754 kapsamında doğrudan zararlarının tazminine yönelik sorumluluk davası açabilmeleri için ***münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun*** (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienenden Norm*) ihlali gerekir.

b. Münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı güden bir normun ihlali söz konusu değilse ortak ve alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine yönelik İsvBK m. 754 kapsamında sorumluluk davası açmaları mümkün değildir. Şartları oluşmuşsa haksız fiil (İsvBK m. 41) veya culpa in contrahendo sorumluluğuna dayanılarak zarar tazmin edilebilir. Dolayısıyla bu ihtimalde yöneticilerin sorumluluğu şirketler hukuku bağlamından çıkarak genel sorumluluk hükümlerine tabi olmaktadır. Ancak haksız fiil ve culpa in contrahendo kapsamında sorumluluğun gündeme gelebilmesi için kasıt ve ahlaka aykırılık şart olduğundan genel sorumluluk hükümleri bağlamında zararın tazmini pek mümkün olmamaktadır.

2. Şirketler Hukukunda Hangi Hükümlerin Münhasıran Ortak ve Alacaklıların Menfaatini Koruma Amacı Güden Norm Niteliği Taşdığı

İsviçre Federal Mahkemesi'nin yerleşik hale gelen uygulaması çerçevesinde şirketler hukukunda öngörülen hangi hükümlerin münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı güden norm (*ausschliesslich dem Gläubiger- oder Aktionärsschutz dienen Norm*) niteliği taşıdığına tespiti önem arz etmektedir. İsviçre öğretisinde, şirketler hukukuna ilişkin hükümlerin çoğunluğunun ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı taşımadığı, hükümlerin çoğunun şirketin menfaatini koruduğu belirtilmektedir¹⁹. Ayrıca alacaklıların menfaatini koruyan normların birçoğunun, örneğin İsvBK m. 725²⁰ hükmünün aynı zamanda şirketin de menfaatini koruma amacı güden çifte karaktere (*Doppelnormen*) sahip olduğu²¹, bu tür normların münhasıran alacaklıların menfaatini koruma amacı güden norm niteliği taşımadığı²², sadece tasfiye halinde alacaklılar tatmin edilmeden ortaklara ödeme yapılmasını yasaklayan İsvBK m. 744 hükmünün bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmektedir²³. Ortaklar açısından ise rüçhan hakkına ilişkin İsvBK m. 652b ve kâr payına ilişkin İsvBK m. 660 hükümlerinin münhasıran ortakların menfaatini koruma amacı güden norm niteliği taşıdığına kabul edilebileceği ifade edilmektedir²⁴.

Görüldüğü üzere münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı güden norm sayısı oldukça azdır. Bu nedenle Federal Mahkeme uygulaması şirketle birlikte ortak ve alacaklıların aynı anda doğrudan zarara uğradığı ihtimalde ortak ve alacaklıların İsvBK 754 kapsamında dava hakkını önemli ölçüde kısıtlamaktadır²⁵. Bu durumda ortak ve alacaklıların

¹⁹ Ortak ve alacaklıların sadece İsvBK m. 717 kapsamında özen ve bağlılık yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle zarar görmesinin hukuka aykırı olmadığı, nitekim Federal Mahkeme'nin şirkete karşı görev ihlalinin ortak ve alacaklılara karşı görev ihlali olarak kabul etmediği yönünde bkz. Oliver Kälin, "Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle*, 2 (2016), s. 141. Bu hususta benzer yönde bkz. Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, s. 57, Nr. 87.

²⁰ Bu hususta bkz. Derungs ve von der Crone, "Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit", s. 327, 328. Alacaklıları koruyucu hükümlerin özellikle muhasebeye ve sermayenin korunmasına ilişkin hükümlerde bulunduğu yönünde bkz. Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, s. 57, Nr. 87.

²¹ Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 150, Nr. 489; Harald Bärtschi, "Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsprozess", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V*, ed. Rolf H. Weber ve Peter R. Isler, Zürich: Schulthess Verlag, 2010, s. 239,242; Peter Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, Zürich: Schulthess Verlag, 2009, s. 2470, Nr. 305 vd.

²² Kälin, "Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", s. 142; Glanzmann ve Wolf, "Haftung faktischer Organe", s. 30; Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 150, Nr. 489.

²³ Kälin, "Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", s. 142; Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 150, Nr. 490. Bu yönde karar için bkz. BGE 122 III 176.

²⁴ Grieder, *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*, s. 150, Nr. 491; Bärtschi, "Die Klage aus unmittelbarem Schaden", s. 242.

²⁵ Derungs ve von der Crone, "Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit", s. 328; Rauber, "Der mittelbare Gläubigerschaden", s. 168. Federal Mahkeme'nin ortak ve alacaklıların doğrudan zararları bakımından İsvBK m. 754 hükmünü değil, İsvBK m. 41 hükmünü dikkate aldığı, İsvBK 41 hükmü kapsamında hukuka aykırılık şartının sağlanmasının İsvBK 754'e göre daha zor olduğu, nitekim İsvBK m. 41 kapsamında salt mal varlığını koruma amacı güden bir normun ihlal edilmesi gerektiği, bu sebeple esas sözleşmeye veya iç yönetmeliğe aykırılığın bu şartı yerine getirmeyeceği, şirketler hukukuna ilişkin hangi hükümlerin bu kapsamda değerlendirileceğinin ise belirsiz olduğu, Federal Mahkeme'nin bu uygulamasının ortak ve alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine ilişkin dava hakkını önemli ölçüde sınırlandırdığı yönünde bkz. Daniel Jenny, "Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegenden Vorwurf der Pflichtverletzung", *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1 (2018), s. 152.

zararlarının tazmini şirketler hukuku kapsamı dışında haksız fiil veya culpa in contrahendo gibi daha ağır şartların geçerli olduğu genel sorumluluk hükümlerine kalmaktadır²⁶.

3. İsviçre Öğretisinde Federal Mahkeme İçtihadına Yaklaşım

İsviçre öğretisinde şirketle birlikte ortak ve alacaklıların aynı anda doğrudan zarara uğradığı ihtimalde ortak ve alacaklıların talep hakkı ile şirketin talep hakkının yarışacağı, bu yarışmada ilk gelen ilk yararlanır ilkesi bertaraf edilerek yöneticilerin sınırlı mal varlığından (*Haftungssubstrat*) her koşulda öncelikle şirketin yararlandırılması gerektiği belirtilmektedir²⁷.

Ancak Federal Mahkeme uygulaması icra edilirken bu uygulamanın temel amacının göz önünde bulundurulması gerektiği²⁸, bu uygulamanın sadece ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanma ihtimalleri bulunduğu durumlarda takip edilebileceği, şirkete karşı avantaj sağlamaları söz konusu değilse, örneğin sadece ortak ve alacaklılar zarara uğramışsa veya şirket ticaret sicilinden silinerek sona ermişse²⁹ ortak ve alacaklıların münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartı aranmaksızın dava açabileceği belirtilmektedir³⁰. Ayrıca şirket (iflas idaresi) ile ortak ve alacaklılar arasındaki yarışmanın nadiren ortaya çıkacağı, zira İsviçre'deki çoğu iflas işleminin varlık eksikliği sebebiyle sonlandırıldığı, nitekim 2014 yılında 12.805 iflas sürecinin sadece 5.724 (%44,7)'ünün tamamlandığı; 2011, 2012 ve 2013 yıllarında da benzer oranın söz konusu olduğu³¹, bu gibi durumlarda İsviçre İcra İflas Kanunu (İsvİİK)³² m. 230/2'deki şartlar sağlanmadığından, farklı bir ifadeyle şirketin yöneticilere karşı sahip olduğu davaları takip etmek iflas idaresince yararlı görülmediğinden, ortak ve alacaklılarla rekabet edecek bir iflas yönetiminin bulunmadığı ifade edilmektedir³³.

İsviçre öğretisinde Federal Mahkeme'nin yöneticilerin mal varlığını eşit bir şekilde dağıtma düşüncesinin yerinde olduğu ifade edilmekle birlikte bu uygulamanın bazı tutarsızlıklar içerdiği de dile getirilmektedir. Nitekim yöneticilerin mal varlığı şirketin iflas sürecine dâhil olmadığından, iflas halinde alacaklıları eşit şekilde yararlandırmayı amaçlayan icra iflas hükümlerinin burada uygulanmayacağı, bu nedenle Federal Mahkeme uygulamasının hukuki dayaktan yoksun olduğu ifade edilmektedir³⁴. Ayrıca gerek yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin İsvBK m. 754 gerek denetçilerin sorumluluğuna ilişkin İsvBK m. 755 hükmünde sorumluluğun gündeme gelebilmesi için yükümlülük ihlalinin (*Verletzung ihrer Pflichten*) bahsedildiği, iki hükmün bu açık lafzına rağmen denetçilerin görevlerini ihlal etmeleri halinde hukuka aykırılık şartının sağlandığını kabul edip yöneticilerin sorumluluğu açısından münhasıran

²⁶ Nitekim İsviçre öğretisinde bazı yazarlar münhasıran ortak ve alacaklıların menfaatini koruma amacı güden bir normun varlığının dahi tartışmalı olduğunu, bu nedenle doğrudan zararlar bakımından yöneticilerin sorumluluğunun şirketler hukuku uygulaması kapsamı dışına çıktığını ifade etmektedir. Bkz. Kälin, "Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", s. 142; Jenny, "Abwehrmöglichkeiten" s. 152.

²⁷ Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 270, özellikle s. 273 ve dn. 35.

²⁸ Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 275.

²⁹ Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 275.

³⁰ Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 274; özellikle s. 275, 276, dn. 58.

³¹ Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 274, dn. 49.

³² Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), vom 11. April 1889.

³³ Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 274-275.

³⁴ Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 274.

ortak ve alacaklıların menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali gibi ekstra şartlar aramanın uygun olmadığı ifade edilmektedir³⁵.

4. İsviçre Federal Mahkemesi İçtihadının Türk Hukuku Açısından Uygulanabilirliği

Tespit edebildiğimiz kadarıyla Türk yargı uygulamasında ortak ve alacaklıların yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmalarının önüne geçmeyi amaçlayan İsviçre Federal Mahkemesi uygulamasına benzer bir uygulama söz konusu değildir. Ancak Federal Mahkeme'yi bu uygulamayı benimsemeye yönelten, ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanması gerçeğinin Türk hukukunda da gündeme gelmesi ve şirketin bundan zarar görmesi olasıdır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda içtihat yoluyla ortaya çıkan bu uygulamanın Türk hukukuna aktarılabilir olup olmadığı değerlendirilmesinde fayda vardır.

Federal Mahkeme'nin bu konudaki uygulamasına hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle İsviçre öğretisinde yöneltilen eleştiri yerindedir. Zira iflas halinde şirketin mal varlığından bütün alacaklıları eşit şekilde yararlandırmayı amaçlayan icra iflas hükümleri şirket yöneticilerinin mal varlığı açısından uygulama alanı bulmamaktadır. Şirket yöneticilerinin mal varlığı iflas masasına dâhil olan kalemlerden değildir. Sadece şirketin, yöneticilere karşı sahip olduğu dava hakkı iflas masasına dâhildir³⁶. Ancak her ne kadar hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle Federal Mahkeme uygulaması eleştirilse de bu uygulamanın pratik açıdan önemli bir boşluğu doldurduğu gözardı edilmemelidir. Zira aksi takdirde güçlü konumda olan alacaklılar şirketten (iflas idaresinden) önce harekete geçerek zararını öncelikle tazmin edebilir. Daha sonra şirket dava açsa dahi yöneticilerin mal varlığında başvurulabilecek bir meblağ kalmaz. Bu durum iflas halinde alacaklıların tamamını eşit şekilde yararlandırmayı amaçlayan (*par condicio creditorum*) hükümlerin işlevsiz kalmasına yol açar. Bu nedenle şirketle birlikte ortak ve alacaklıların doğrudan zarara uğradığı ihtimalde iflas eden şirketin bütün alacaklılarını eşit şekilde yararlandırmayı sağlamak adına dava hakkı öncelikle iflas idaresine tanınmalı, iflas idaresi dava açmaz ise ortak ve alacaklılar dava açabilmelidir³⁷. Bu görüş savunulduğu takdirde yöneticilerin özel alacaklılarının dava hakkının da kısıtlanması gerektiği düşünülebilir. Ancak yönetim/müdürler kurulu üyelerinin özel alacaklılarının konumu ile ortaklık ilişkisi sebebiyle yöneticilerden alacaklı olan kişilerin (şirketin) konumu aynı değildir. Ortaklık ilişkisi,

³⁵ Kälın, "Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche", s. 142; Harald Bärtschi, "Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs/I-II", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*, ed. Rolf, Sethe ve Peter, Isler, Zurich: Schulthess Verlag, 2014, s. 75. Federal Mahkeme uygulamasının olumlu yönlerine de dikkat çekmekle birlikte eleştirel benzer değerlendirmeler için bkz. Patrick Umbach ve Rolf H. Weber, "Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen", in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*, ed. Rolf H, Weber, Zürich: Schulthess Verlag 2003, s. 120-121.

³⁶ Federal Mahkeme'nin bu görüşünü benimsediği takdirde Türk yargısının eli, hukuki dayanak konusunda daha güçlü olacaktır. Nitekim ilgili İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararları dikkate alındığında sorumluluğa ilişkin düzenlemelerin mehzazını oluşturan İsviçre yargı uygulaması da hukukumuz açısından kaynak teşkil etmektedir. Bu yönde bkz. YİBBGK, T. 28.11.1945, 13/15; YİBBGK, T. 20.9.1950, E.1950/4, K.1950/10; YİBBGK, T. 9.3.1955, E.1954/22, K.1955/2; YİBBGK, T. 27.3.1957, E.1957/1, K. 1957/3. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 20.05.2023).

³⁷ İsviçre hukuku açısından benzer yönde bkz. Buff ve von der Crone, "Einschränkung der Klageberechtigung", s. 273, 274.

yöneticilerin mal varlığını iflas masası kapsamında değerlendirmeyi menfaatler dengesi açısından haklı kılar. Oysa yöneticilerin ortaklık ilişkisi dışında kalan özel alacaklıları açısından böyle bir durum söz konusu değildir.

Bu noktada son olarak Türk hukukunda ortak ve alacaklıların zaman bakımından avantajlı konuma gelerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanma ihtimalinin iflas dışında da mümkün olduğuna ve hatta yargı uygulamasının bunu teşvik ettiğine dikkat çekmek isteriz. Şöyle ki, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, TTK m. 479/3-c ve TTK m. 618/3-c hükümlerinden yola çıkarak şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartını aramaktadır³⁸. İflas dışında şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartının aranması, -tıpkı iflas halinde ikinci alacaklılar toplantısı kararı şartının aranmasında olduğu gibi- ortak ve alacaklılara dava açmak konusunda zaman bakımından avantaj sağlamaktadır.

Kanaatimizce şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartı arayan bu uygulamadan vazgeçilerek ortak ve alacaklıların yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanması önlenmelidir. TTK m. 479/3-c ve TTK m. 618/3-c hükümleri, aynı düzenlemelerin yer aldığı İsviçre hukukunda kabul edildiği üzere³⁹ -kural olarak gerekli olmamakla

³⁸ Örnek kararlar için bkz. Y. 11. HD, E.2014/4452, K.2014/9938, 28.5.2014; Y. 11. HD, E.2015/560, K.2015/13614, 17.12.2015; Y. 11. HD, E.2015/3371, K.2016/1194, 9.2.2016; Y. 11. HD, E.2016/5455, K.2017/534, 26.1.2017; Y. 11. HD, E.2016/10657, K.2017/4388, 14.9.2017; Y. 11. HD, E.2016/8829, K.2017/4095, 12.7.2017 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 10.05.2023); Y. 11. HD, E.2018/1432, K.2019/4030, 22.5.2019; Y. 11. HD, E.2018/1432, K.2019/4030, 22.5.2019: “İşbu dava, niteliği itibarıyla yöneticinin sorumluluğu davasıdır. 6102 sayılı TTK hükümleri arasında mülga TTK'nın 341. maddesi gibi açık bir düzenleme olmamakla birlikte 6102 sayılı TTK'nın 408/1, 553/1ve 479/3-c maddelerindeki düzenleme karşısında anonim şirket yöneticileri hakkında sorumluluk davası açılabilmesi için, şirket genel kurulunda karar alınması gereklidir. Böyle bir kararın varlığı dava şartı olup, mahkemece kendiliğinden gözetilmesi gerekir. Bu durum karşısında mahkemece, genel kurulda davalı hakkında dava açılması yönünde alınmış bir karar var ise ibrazının sağlanması, yoksa anılan eksikliğin giderilmesi için davacı tarafa HMK'nın 54. maddesi uyarınca uygun süre verilmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir”; Y. 11. HD, E.2018/2242, K.2019/7531, 26.11.2019: “Davalı şirket müdürleri yönünden sorumluluk davası açılabilmesi için 6102 Sayılı TTK'nın 618/3.c maddesi uyarınca yasada öngörülen nisapla alınmış bir genel kurul kararının bulunması gerekmekte olup bu husus dava şartıdır. Davacı şirket tarafından ortaklar kurulunca bu yönde alınmış bir karar sunulmadığından dava açma koşulu oluşmamış ise de bu husus yargılama aşamasında da tamamlanabilir. Bu durumda mahkemece öncelikle ortaklar kurulu tarafından bu yönde alınmış bir karar ibrazı için davacı tarafa mehil ve gerektiğinde kesin mehil verildikten sonra sonucuna göre bir hüküm tesisi gerekirken..”; Y. 11. HD, E.2019/5335 K.2020/3250, 29.6.2020 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, E.T.: 10.05.2023); Y. 11. HD, E. 2021/2908, K. 2022/4792, 13.6.2022: “...6102 sayılı TTK hükümleri arasında mülga TTK'nın 341. maddesi gibi açık bir düzenleme olmamakla birlikte 6102 sayılı TTK'nın 408/1, 553/1ve 479/3-c maddelerindeki düzenleme karşısında anonim şirket yöneticileri hakkında sorumluluk davası açılabilmesi için, şirket genel kurulunda karar alınması gereklidir...” (Lexpera.com, E.T.: 10.05.2023).

³⁹ Nitekim TTK m. 479/3-c (TTK m. 618/3-c) hükmünde olduğu gibi İsvBK m. 693/3-4 (İsvBK m. 806/3-3) hükmünde de sorumluluk davası açılmasına ilişkin kararlarda oy hakkında imtiyazın etkisizleşeceği öngörülmüştür. Ancak İsviçre öğretisinde İsvBK m. 716/2 ve İsvBK m. 718/1 kapsamında yönetim kurulunun şirket adına sorumluluk davası açmaya yetkili olduğu, ayrıca genel kurul tarafından bir yetkilendirme şartının aranmayacağı, buna karşın genel kurul sorumluluk davası açılmaması yönünde bir karar alırsa yönetim kurulunun bu kararla bağlı olduğu, öğretilde hâkim olan bu görüşün İsvBK m. 693/3-4 hükmü ile çelişmeyeceği, zira İsvBK m. 693/3-4 hükmünün bir yetki tahsisi içermediği, daha ziyade genel kurul böyle bir karar alırsa veya kararın alınması genel kuruldan istenirse uygulanacağı ifade edilmektedir. Forstmoser, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, s. 38, Nr. 11, dn. 46. Benzer yönde bkz. Böckli, *Schweizer Aktienrecht*, s. 2445, Nr. 224; Harald Bärtschi, *Verantwortlichkeit im aktienrecht*, Zürich: Schulthess, 2001, s. 129; von der Crone ve Baum, “Aktienrechtliche Verfahren”,

birlikte⁴⁰ - genel kurul tarafından ihtiyari olarak sorumluluk davasına ilişkin bir karar alınması halinde uygulanacak hükümler olarak değerlendirilmeli; yönetim/müdürler kurulu yavaş işleyen bir yapıya sahip olan genel kurulun karar almasını beklemeye gerek olmaksızın kendi inisiyatifiyle -özellikle eski üyelere karşı- hızlıca sorumluluk davası açabilmelidir⁴¹. Böylece ortak ve alacaklıların önce harekete geçip yöneticilerin mal varlığından önce yararlanmasının önüne geçilebilmelidir. Daha doğru bir ifadeyle şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartı arayan uygulamadan vazgeçilerek dava hakkı olan kişiler (şirket, ortak ve alacaklılar) arasında zaman bakımından fırsat eşitliği yaratılmalı, bu sağlandığı takdirde adil rekabet koşulları altında kim önce harekete geçerse zararını önce tazmin edebilmelidir. Ancak alacaklıları eşit şekilde yararlandırmayı amaçlayan icra iflas hükümleri iflas dışında uygulama alanı bulmadığından iflas dışında şirkete öncelik hakkı tanıyan bir uygulamaya gidilmemeli ortak ve alacaklılar da şirketle birlikte herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın doğrudan zararlarının tazminine yönelik dava açabilmelidir.

SONUÇ

Anonim ve limited şirketlerde ortak ve alacaklılar doğrudan zararlarının tazmini için şirket yöneticilerine karşı sorumluluk davası açtıklarında elde edilen tazminat şirkete değil kendilerine ödenmektedir. Bu durum aynı fiil sonucunda ortak ve alacaklılarla birlikte şirketin de zarara uğradığı ihtimalde şirketin aleyhine sonuç doğurmaktadır. Nitekim ortak ve alacaklılar doğrudan zararlarının tazmini için şirketten önce dava açıp zararlarını tazmin ettiklerinde daha

s. 290; von der Crone, Carbonara ve Hunziker, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, s. 64. Bu yönde ve konu hakkında ayrıntılı değerlendirme için bkz. Lukas Handschin, "Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft", in *Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband*, Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2005, s. 239-245.

⁴⁰ İfade edelim ki, sorumluluk davası açılabilmesi için kural olarak genel kurul kararı şartı aranmamalıdır. Ancak görevdeki mevcut yönetim kurulu üyelerinin tamamına karşı dava açılacaksa yönetim kurulunun kendisine karşı dava açılması yönünde karar almasını beklemek hayatın gerçekleriyle bağdaşmayacağından bu ihtimalde şirket adına dava açılabilmesi için genel kurulun karar alması ve davada şirketi temsil edecek bir kişiyi belirlemesi gerekecektir.

⁴¹ Şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartı aranmaması gerektiğine ilişkin aynı yönde bkz. Ersin Çamoğlu, "Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili ve Ortaklığa Temsil Kayyımı Atanması", İçinde *Serdar Özersin'e Armağan*, ed. İsmail Hakkı Özersin, Ankara: Adalet, 2017, s. 114, 115, özellikle dn. 2, 4; Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi C. III*, Ankara: Adalet, 2018, s. 2564, 2565; Mehmet Helvacı, "Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu", İçinde *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, ed. Abuzer Kendigelen, M. Halil Çonkar, İbrahim Çağrı Zengin, Buğra Kesici, F. Pelin Tokcan ve Numan Sabit Sönmez, İstanbul: Onikilevha, 2018, s. 155 vd.; Sevgi Bozkurt Yaşar, "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ" *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 34/1 (2018), s. 158; Sevde Bora Çınar, "Anonim Şirketlerde Sorumluluk Davası Açılmasında Genel Kurul Kararı Alınmasının Gerekli Olup Olmadığı Üzerine Bir Değerlendirme", *Turkish Academic Research Review*, 4/2 (2019), s. 249 vd. Aksi yönde görüş için bkz. Mehmet Bahtiyar, "Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu", İçinde *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*, ed. Sabih Arkan, Korkut Özkorkut, İbrahim Bektaş ve İfakat Balık, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, 2016, s. 406-409; Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*, Ankara: Seçkin 2019, s. 424; İbrahim Arslan ve Ebru Tüzemen Atik, "Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Aleyhine Sorumluluk Davası Açılması Kararı ve Açılacak Davada Şirketin Temsili", *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/2 (2016), s. 24, 25; Şükrü Yıldız, "Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu", *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 2/24 (2013), s. 77, 78; Altay, "Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk", s. 76-77.

sonra şirket dava açsa ve davayı kazansa dahi genellikle yöneticilerin mal varlığında başvurulabilecek bir meblağ kalmamaktadır. Bu olumsuzluk iflas halinde daha belirgin hale gelmektedir. Gerçekten de iflas halinde şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için ikinci alacaklılar toplantısında bu yönde bir kararın alınması şart olduğundan, bu toplantı yapılmaya kadar ortak ve alacaklılar önceden harekete geçip zararlarını tazmin etmekte, ikinci alacaklılar toplantısında şirket adına dava açılması yönünde karar alınsa ve dava kazanılsa dahi sorumluluğuna hükmedilen yöneticilerin mal varlığında başvurulabilecek bir meblağ kalmamaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete geçerek yöneticilerinin mal varlığından öncelikle yararlanmalarının önüne geçebilmek adına, ortak ve alacaklıların doğrudan zararlarının tazminine yönelik sorumluluk davası açabilmeleri için münhasıran kendi menfaatlerini koruma amacı güden bir normun ihlali şartını aramakta, farklı bir deyişle doğrudan-dolaylı zarar ayırımında ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini değil ihlal edilen normun niteliğini esas almakta, böylece ortak ve/veya alacaklıların dava hakkını önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Federal mahkeme, eski tarihli kararlarında hem iflas içinde hem de iflas dışında benimsediği bu uygulamasını yeni tarihli kararlarında sadece iflas halinde devam ettirmektedir. İflas dışında ise ortak ve alacaklıların zararının şirketin zararından bağımsız olarak gerçekleşip gerçekleşmediğini esas almaktadır.

Her ne kadar Federal Mahkeme'nin bu uygulaması hukuki dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle İsviçre öğretisinde eleştirilse de kanaatimizce yerinde bir uygulamadır. İflas halinde ortak ve alacaklıların yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmalarını önlemek ve böylece yöneticilerin mal varlığından bütün alacaklıları eşit şekilde yararlandırabilmek adına, Türk yargısının da buna benzer bir uygulamayı benimsemesinin yerinde olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca Türk hukukunda şirket adına sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararı şartının aranması, iflas dışında da ortak ve alacaklıların şirketten önce harekete geçerek yöneticilerin mal varlığından öncelikle yararlanmalarına neden olmaktadır. Kanaatimizce şirket adına dava açılabilmesi için genel kurul kararı şartı arayan uygulamadan vazgeçilerek dava hakkı olan şirket, ortak ve alacaklılar arasında zaman bakımından fırsat eşitliği sağlanmalıdır. Böylece yönetim kurulu, yavaş işleyen genel kurulun karar almasını beklemeye gerek kalmaksızın hızlı bir şekilde özellikle eski üyelere karşı hızlıca dava açabilmelidir.

KAYNAKÇA

- Akdağ Güney, Necla. *Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. 2. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Altay, Anlam Sıtkı. “Yargıtay Kararları Işığında Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğunda Doğrudan Sorumluluk Dolayısıyla Sorumluluk Ayrımına Bağlanan Hukuki Sonuçlar.” İçinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu 7*. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2018, s. 69-97.
- Arslan, İbrahim ve Tüzemen Atik, Ebru. “Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Aleyhine Sorumluluk Davası Açılması Kararı ve Açılacak Davada Şirketin Temsili”. *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2/2 (2016): s. 11-35.
- Bahtiyar, Mehmet. “Anonim Şirket Adına Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davasında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu”. İçinde *Prof. Dr. Seza Reisoğlu Armağanı*. ed. Sabih Arkan, Korkut Özkorkut, İbrahim Bektaş ve İfakat Balık, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2016, s. 395-413.
- Bärtschi, Harald. “Die Klage aus unmittelbarem Schaden im Verantwortlichkeitsprozess.” İn *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht V*. ed. Rolf H. Weber ve Peter R. Isler. Zürich: Schulthess Verlag, 2010, s. 227-277.
- Bärtschi, Harald. “Rahmenbedingungen für die Verantwortlichkeitsklage eines Kleinaktionärs/I-II”. İn *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*. ed. Rolf, Sethe ve Peter, Isler. Zurich: Schulthess Verlag, 2014, s. 39-81.
- Bärtschi, Harald. *Verantwortlichkeit im aktienrecht*. Zürich: Schulthess, 2001.
- Bozkurt, Yaşar Sevgi. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Şirket Adına Sorumluluk Davası Açılmasına Karar Vermeye Yetkili Organ”. *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*. 34/1 (2018): s. 137-168.
- Böckli, Peter. *Schweizer Aktienrecht*. Zürich: Schulthess, 2009.
- Buff, Felix ve von der Crone, Hans Casper. “Aktienrechtliche Verantwortlichkeit im Konkurs: Einschränkung der Klageberechtigung, Bundesgerichtsurteil 4A_428/2014 vom 12. Januar 2015 (BGE 141 III 112)”. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht* (2015): s. 269-276.
- Can, Mehmet Çelebi. “Pay Sahiplerinin veya Alacaklıların Doğrudan Zararlarının Tazmini Amacıyla İkame Edilen Sorumluluk Davalarında TTK m. 1534’ün Etkisi”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 21/4 (2017): s. 3-32.
- Çamoğlu, Ersin. “Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyeleri Aleyhine Açılacak Sorumluluk Davasında Şirketin Temsili ve Ortaklığa Temsil Kayyımı Atanması”. İçinde *Serdar Özersin’e Armağan*. ed. İsmail Hakkı Özersin, Ankara: Adalet, 2017, s. 113-127.
- Çamoğlu, Ersin. *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*. 3. Baskı. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Çınar, Sevd Bora. “Anonim Şirketlerde Sorumluluk Davası Açılmasında Genel Kurul Kararı Alınmasının Gerekli Olup Olmadığı Üzerine Bir Değerlendirme”. *Turkish Academic Research Review*, 4/2 (2019): s. 235-258.
- Çiçekli, Ali Fuat. “Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu Kapsamında Doğrudan ve Yansıma Zarar (Özellikle Usûl ve Takip Hukuku Yönünden)”. *Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. 2 (2022): s. 1067-1154.
- Dasser, Felix ve Roth David. “Ausgewählte prozessuale Aspekte bei gesellschaftsrechtlichen Verantwortlichkeitsklagen/IV”. in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VII*. ed. Rolf, Sethe ve Peter, Isler, Zürich: Schulthess Verlag, 2014, s. 274-296.

- Derungs, Merens ve von der Crone, Hans Casper. "Gläubigerschädigung und Aktienrechtliche Verantwortlichkeit". *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 3 (2019): s. 321-331.
- Forstmoser, Peter, Meier-Hayoz, Arthur ve Nobel, Peter. *Schweizerisches Aktienrecht*. Bern: Stämpfli Verlag, 1996.
- Forstmoser, Peter. *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*. 2. Auflage. Zürich: Schlthess Polygraphischer Verlag, 1987.
- Glanzmann, Lukas ve Wolf, Markus. "Haftung faktischer Organe für Schäden aus Konkursverschleppung". in *Sanierung und Insolvenz von Unternehmen IX Neue Entwicklungen*, ed. Thomas Sprecher, Zürich: Schulthess Verlag, 2019, s. 21-45.
- Grieder, David. *Die Rechtsnatur der aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsklage*. Basel: Helbing Lichtenhahn Verlag, 2019.
- Handschin, Lukas. "Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates ausserhalb des Konkurses seiner Gesellschaft." in *Festschrift 100 Jahre Aargauischer Anwaltsverband*. ed. Aargauischer Anwaltsverband, Zürich: Schulthess Juristische Medien, 2005, s. 237-251.
- Helvacı, Mehmet. "Anonim Ortaklık Tarafından Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Açılacak Sorumluluk Davalarında Genel Kurul Kararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu". İçinde *Yürürlüğünün 5. Yılında ve Yargıtay Kararları Işığında Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu*, ed. Abuzer Kendigelen, M. Halil Çonkar, İbrahim Çağrı Zengin, Buğra Kesici, F. Pelin Tokcan ve Numan Sabit Sönmez, İstanbul: Onikilevha, 2018, s. 143-175.
- Helvacı, Mehmet. *Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu*. İstanbul: Beta Yayınları, 2001.
- Isler, Peter R. "Fragen der Aktiv- und Passivlegitimation in Verantwortlichkeitsprozessen." in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht IV*. ed. Rolf H. Weber ve Peter Isler, Zurich: Schulthess Verlag, 2008, s. 87-115.
- Jenny, Daniel. "Abwehrmöglichkeiten von Verwaltungsratsmitgliedern gegenden Vorwurf der Pflichtverletzung". *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*. 1 (2018): s. 151-179.
- Kälin, Oliver. "Und nochmals: Zur Rechtsnatur aktienrechtlicher Verantwortlichkeitsansprüche". *Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle*. 2 (2016): s. 135-144.
- Pulaşlı, Hasan. *Şirketler Hukuku Şerhi C. III*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Raschein, Rolf. "Die Abtretung von aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsansprüchen im Konkurs". in *Festschrift 100 Jahre SchKG*, Louis Dallèves et al. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1989, s. 357-367.
- Rauber, Georg. "Der mittelbare Gläubigerschaden — alte und neue Ungereimtheiten im Verantwortlichkeitsrecht". in *Neues zum Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, Zum 50. Geburtstag von Peter Forstmoser*. ed. Walter R. Schlupe ve Peter Isler. Zürich: Schulthess Verlag, 1993, s. 157-171.
- Reiter, Matthew T., "Prozessrechtliche Probleme in Verantwortlichkeitsverfahren". in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*. ed. Rolf H. Weber. Zürich, Schulthess Verlag, 2003, s. 165 vd.
- Suter, Claudia. *Der Schaden bei der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit*. Zürich: Dike Verlag, 2010.
- Şener, Oruç Hami. *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku*. Ankara: Seçkin, 2019.
- Umbach, Patrick ve Weber, Rolf H. "Schadensberechnung in Verantwortlichkeitsprozessen". in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht*. ed. Rolf H. Weber. Zürich: Schulthess Verlag, 2003, s. 111-137.
- von der Crone, Hans Casper, Carbonara, Antonio ve Hunziker, Silvia, *Aktienrechtliche Verantwortlichkeit und Geschäftsführung*. Basel: Beifheft 43 zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 2006.

- von der Crone, Hans Casper ve Baum, Olivier. "Aktienrechtliche Verfahren: Klagemöglichkeiten und Klagerisiken". *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht*. 3 (2016): s. 278-299.
- Weber, Rolf H. "Beurteilung der neueren Rechtsprechung zur Verantwortlichkeit in Unternehmen". in *Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht III*. ed. Rolf H. Weber. Zürich: Schulthess Verlag, 2006, s. 147-165.
- Yıldız, Şükrü. "Limited Ortaklıklarda Müdürlerin Sorumluluğu". *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*. 2/24 (2013): s. 61-79.
- Yüce, Aydın Alber ve Köroğlu Emre. "Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğunda Yan-sıma Yoluyla Zarar". *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi*. 8/2 (2022): s. 543-553.