

COMPLIANCE KAVRAMI VE YÖNETİM ORGANININ COMPLIANCE SORUMLULUĞU*

Prof. Dr. Hasan PULAŞLI**

ÖZET

Anonim şirketler ve Konzernler uluslararası ekonomin en önemli aktörleridir. Ancak, bunların büyümesi ve küresel alanda faaliyet göstermesi, özellikle rüşvet, dolandırıcılık ve kara para aklama gibi bir takım yasa dışı eylemlere girişmeleri ve hâkim konumlarını kötüye kullanmalarına sebep olmaktadır.

İşte küresel düzeyde faaliyette bulunan büyük şirketlerin yasalara aykırı eylem ve işlemlerinin önlenmesini ve şirket yöneticilerinin ve çalışanlarının hukuka uygun hareket etmesini sağlayacak bir takım zorunlu veya tavsiye niteliğinde kurallar ve standartlar ortaya konulmaya başlandı. Bunların başında Compliance gelmektedir. Compliance, şirketin, organlarının ve her kademedeki çalışanlarının ulusal ve uluslararası mevzuata uygun davranmasını sağlayan tüm önleyici hukuk kurallarını ifade etmektedir. Ayrıca Compliance, şirket düzeyinde hukuka aykırılıkların ortaya çıkarılmasını ve ortadan kaldırılmasını ve sonuçta hukuka uygunluğun güvence altına alınmasını da sağlamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Compliance, Büyük Şirketlerde Compliance Sistemi, Rüşvet, Kara Para Aklama, Kurumsal Yönetim.

ABSTRACT

Joint Stock Companies and group of companies (Konzern) are the most important actors of the international economy. However, their growth and operation in the global arena cause them to engage in a number of illegal acts such as bribery, fraud and money laundering and the abuse of their dominant position.

A number of mandatory or advisory rules and standards have been introduced to prevent unlawful acts and transactions of large companies operating at a global level and to ensure that corporate executives and employees act in accordance with

(*) Bu "araştırma makalesi" Dergi Editörlüğüne 27.3.2019 tarihinde gönderilmiş olup 11.4.2019 tarihinde yayımlanması kabul edilmiştir.

(**) İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi (hpulasli@hotmail.com, ORCID: 0000-0003-1618-1291).

the law. Compliance is the foremost among these. Compliance refers to all preventive legal rules that ensure that the company, its organs and employees at all levels comply with national and international regulations. In addition, Compliance ensures that the unlawful acts of the company are uncovered and eliminated, and as a result assures the lawfulness.

Keywords: Compliance, Compliance Systems Large Companies, Bribery, Money Laundering and Corporate Governance.

I. GİRİŞ

Compliance (uyum) ve risk yönetimi konuları, son yirmi yıldır ekonomi hukukçuları arasında büyük ilgi gördü ve aynı zamanda ceza hukukçularının da yüksek derecede dikkatini çekti ve sonuçta ucu bucağı belirsiz bir yayın seline neden oldu¹. Yönetim kurulunun Compliance organizasyonu

(1) Alman ve İsviçre hukukunda Compliance kavramına ilişkin bilimsel çalışmalar her geçen gün artmakta olup, bu konuda anılmaya değer Almanca literatür için özellikle Tuğçe Nimet Yaşar'ın, "Şirketler Hukuku Açısından 'Compliance' Kavramı ve Borsaya Kayıtlı Şirketlerde Uygulaması", Ankara 2018 (henüz yayımlanmamış doktora tezi, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), (Erişim tarihi: 9.2.2019), doktora tezindeki literatürün yanı sıra ek olarak, sadece internetten ulaşılabilen dört doktora ve bir yüksek lisans tezi ile diğer örnek literatür olarak: Haack, L.-U.: Internet Compliance Kommunikation -Ein Reifegradmodell, Diss. Wiesbaden 2008 (<https://d-nb.info/1054420025/34>), (Erişim tarihi: 19.2.2019); Schwab, S.: Einführung und Ausgestaltung eines Compliance-Management-Systems für einen SE-Konzern mit Sitz in Deutschland. Diss. 2018 (<https://www.andrassyuni.eu/pubfile/de-247-dissertation-sarah-schwab-16-04-2018.pdf>), (Erişim tarihi: 11.3.2019), Friedrich, G.: Beschreibung und Bewältigung von Komplexität in der Legalitätssicherung-Eine rechtswissenschaftliche Analyse unter Berücksichtigung organisationswissenschaftlicher Befunde, Rostock 2016 (http://rosdok.uni-rostock.de/file/rosdok_disshab_0000001839/rosdok_derivate_0000038194/Dissertation_Gebert_2018.pdf), (Erişim tarihi: 2.3.2019), Tobescu, C. K./Holzner, S.: Compliance und Datenschutz-Der Fall Deutsche Bahn AG, 2010 (https://docplayer.org/373746-Compliance-und-datenschutz-der-fall-deutsche-bahn-ag.html#show_full_text), (Erişim tarihi: 13.3.2019), Grofe, O.-J. C.: Compliance in der Industrie im Kontext der Europäischen Union, Viena 2015 (Master Thesis) (bu teze, yazarın ve eserin adı yazılarak internetten ulaşılabilir). İsviçre hukukunda, Lanquer, D./Ruckstuhl, L./Alder, D.: Compliance (PrintPlus), Recht für Praxis, Zürich 2017; Wind, C.: Leitfaden Compliance, Bern 2018; Sethe, R./Andreotti, F.: Compliance und Verantwortlichkeit. In: Isler, Peter R.; Sethe, R.: Verantwortlichkeit im Unternehmensrecht VIII, Zürich 2016, s. 87-167; Roth, M.: Die Compliance-Funktion und ihr Beitrag an die Corporate Governance, Die Theorie und die Praxis, s. 1-23; Roth, M.: Compliance in a nutshell, Zürich/St. Gallen 2015, 2. Aufl.; Buff,

ve risk yönetimine duyulan ihtiyacın başlıca nedenleri, son yıllarda oldukça çok sayıda ortaya çıkarılan anti tröst ihlalleri, sayısız yolsuzluk ve bankacılık kanunu ihlalleri ve kara para aklama olaylarına ilişkin düzenlemelerdir². Bu bağlamda ABB³, Siemens⁴ ve VW gibi küresel faaliyette bulunan dünyaca ünlü şirketlere karşı açılan yolsuzluk, rüşvet ve manipülasyon (hile) davaları kamuoyunda büyük ilgi gördü. Benzeri olay, 22 Ocak 2015’de, Birleşik Krallık Finansal Yönetim Otoritesi, UK Martin Brokers Limited’in CEO’su ile Compliance Görevlisi’ni, LIBOR’un manipüle edilmesini mümkün kılan bir kültüre katkıda bulundukları ve bunu önleyecek uygun hiçbir tedbir almayıp, ihlallerin uzun süre devam etmesine izin verdikleri için para cezası ve meslekten men cezasına mahkûm etti⁵. Aynı şekilde, 18.7.2018’de Avrupa Birliği

H. G.: Compliance Management, SSHW 323, Zürich/St. Gallen 2015; Weber, R./Salim, R.: Compliance Trojanisches Pferd vor den Toren der Wettbewerbsbehörden? Zur Berücksichtigung von Compliance Programmen in kartellrechtlichen Sanktionsverfahren, SJZ 106 (2010), s. 501 vd.; Müller, R./Bühr, D. L./Maurhofer, R.: Sicherstellung wirksamer Compliance als strategische Führungsaufgabe, Compliance Management nach internationaler Best Practice als Kernverantwortung des Verwaltungsrats, Expert Focus-Recht 2017/3, s. 1 vd. (https://www.lalive.law/wp-content/uploads/2017/07/063502_SD_Mueller_Buehr_Maurhofer.pdf), (Erişim tarihi: 12.2.2019). Türk hukukunda, Pash, A.: “Compliance” Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi, İÜHFD 2013, C. LXXI, S. 2, s. 317-334, Pınar, H.: Yönetim Kurulu Üyelerinin Şirketler Hukuku Açısından Rekabet İhlallerinden Dolayı Hukuki Sorumluluğu, Batider 2009, C. XXV, S. 4, s. 367-405. Ayrıca, Türk- Alman Hukuku Sempozyumu, Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme (Compliance) Tartışmaları, İstanbul Üniversitesi 1.7. 2011. Bu sempozyumda sunulan tebliğler 2013’de kitap olarak Adalet Yayınevi-Ankara tarafından yayımlanmıştır.

(2) Compliance ihlal konularına örnek olarak başta haksız rekabet, marka, patent ihlalleri, haksız fiil, rüşvet, hile, manipülasyon, vergi kaçırma, çalışanların korunması yükümlünün ihlali, banka ve borsa hukuku ve bilanço hukuku ihlalleri gösterilmektedir, bkz. Temel, E.: Compliance-System in der Aktiengesellschaft, Türk-Alman Hukuk Sempozyumu, Ankara 2013, s. 2-21, 6.

(3) Sethe/Andreotti, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 89-90.

(4) <https://de.wikipedia.org/wiki/Siemens>. “2006 ve 2008 yılları arasında Siemens, Alman ekonomi tarihindeki en büyük yolsuzluk/rüşvet skandallarından birinin merkezinde yer alıyordu ve bunun sonucunda CEO Klaus Kleinfeld ve gözetim kurulu başkanı Heinrich von Pierer şirketten ayrıldı. Tahmini ve hâlihazırda uygulanmış cezaların toplamı 2,9 milyar Euro tutarındadır”.

(5) Sethe/Andreotti, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 90

(AB) Avrupa Komisyonu, dünyaca ünlü arama motoru Google’a AB anti tröst kurallarını ihlal ettiği için 4.34 milyar Euro para cezası verdi. Google, genel İnternet arama hizmetleri pazarındaki hâkim konumunu güçlendirmek için 2011’den bu yana Android cihaz üreticileri ve mobil şebeke operatörlerine yasadışı kısıtlamalar getirmiştir⁶. Bundan bir yıl önce de (2017’de) yine AB Komisyonu Google’a 2.4 milyar Euro para cezası vermiştir. Ancak, üçüncü para cezası ve bu yıl 20 Mart 2019’da, reklam hizmeti AdSense’nin piyasa hâkimiyetini kötüye kullandığı gerekçesiyle Google’a 1.49 milyar Euro para cezası uygulandı ve böylece son üç yılda toplam 8.23 milyar Euro para cezası ödemeye mahkûm edildi⁷. Bu yüklü para cezalarının uygulanmasına neden olan hâkimiyetin kötüye kullanıldığı yıllarda yönetim kurulu görevinde bulunanların Compliance sorumluluğunun söz konusu olacağı açıktır.

Google’ın Türkiye açısından durumu farklı değildi, Rekabet Kurumu da, Google’ın genel arama hizmetleri pazarındaki hâkim durumunu kötüye kullanarak yerel arama hizmeti sunan rakiplerini dışlayacak şekilde öne çıkardığı iddiasını içeren başvuru üzerine yürütülen ön araştırmada elde edilen bilgi, belge ve yapılan tespitleri 21.02.2019 tarihli toplantısında müzakere eden Rekabet Kurulu, bulguları ciddi ve yeterli bularak; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesini ihlal edip etmediklerinin tespitine yönelik olarak; Google Reklamcılık ve Pazarlama Ltd. Şti. Google International LLC, Google LLC, Google Ireland Limited, Alphabet Inc. hakkında soruşturma açılmasına, 19-08/94-M sayı ile karar verdiğini belirtti⁸. Rekabet Kurumu’nun Google’a uygulayacağı para cezası ve diğer idari yaptırımlar merakla beklenmektedir.

Bugün Avrupa ülkelerinin ekonomi yaşamında Compliance’in artan önemini belirten işarete örnek olarak, birçok şirkette bu konuda, kurs ve seminerlerin yanı sıra⁹ “Compliance görevlisi” veya “Compliance yönetim

(6) http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_de.htm. (Erişim tarihi: 21.3.2019).

(7) Bu para cezasıyla ilgili olarak Google’ın Başkan Yardımcısı ve Genel Danışmanı *Kent Walker*, Google’ın, AB yasalarına uyumunu güçlendirmek için ürünlerinde kapsayıcı bir değişiklik yapmıştı ve yapmaya devam edeceğini belirtti (<http://www.kamudanh Haber.net/guncel/rekabet-kurumu-google-a-dava-acti-h393665.html>), (Erişim tarihi: 21.3.2019).

(8) <http://www.kamudanh Haber.net/guncel/rekabet-kurumu-google-a-dava-acti-h393665.html>, (Erişim tarihi: 19.3.2019).

(9) Bkz. *Grofe*, Compliance in der Industrie, s. 11.

sistemi”ne ilişkin konularda uzman kişiler tarafından mesleki bir eğitimin de düzenli ve süreklilik arz edecek şekilde verilmeye başlanmış olması gösterilebilir¹⁰.

II. COMPLIANCE KAVRAMI

İnternette, Lexion Wikipedia’da “*Compliance*” kavramı arandığında karşımıza, “*Medizin-Compliance* (tıp), “*Cross Compliance*” (tarım), “*IT-Compliance*” (enformasyon teknoloji), “*Tax-Compliance*” (vergi hukuku) ve “*Criminal Compliance*” gibi birçok kavram ve kurum çıkmaktadır¹¹. Ancak, işletme ve ekonomi hukuku terminolojisi için önemli olanı Türkçe’ye “*Compliance*” ile eş anlamlı olarak kullanılan “Kurumsal Uyum/Uyumluluk” olarak çevrilebilen (*Corporate Compliance*) kavramıdır¹². Bu bağlamda, 1960’lı yıllarda Birleşik Amerika Devletleri’nde şirketlerin rekabet hukuku ihlallerine karşı cezai kovuşturma kökeni olan ilk kurumsal uyum ilkelerinde uygulamaya konulmuştur¹³. Daha sonraki yıllarda özellikle ceza hukuku alanındaki “*Foreign Corrupt Practices Act*”, “*Sentencing Reform Act*” ve onu takiben “*Federal Sentencing Guidelines*” ve özellikle kurumsal yönetim ilkelerinin yer aldığı “*Sarbanes-Oxley Act*” yasaları anılmaya değer yasalardır. Şirket yöneticilerinin eylemlerinin suç teşkil etmesi nedeniyle konunun ceza hukuku açısından sıklıkla ele alınması da, bu tarihi gelişimin bir parçasını teşkil etmektedir¹⁴.

İnceleme konumuz olan *Kurumsal Compliance* ile eş anlamlı kullanılan “*Compliance*” kavramı¹⁵, “uyum”, “uyumluluk”, “riayet etme”, anlamına gelen İngilizce “*to comply with*”¹⁶ teriminden gelmektedir. Ancak dar anlam-

(10) Örneğin, Almanya’da ilk kez BASF Anonim Şirketi 2003’de Chief Compliance Officer atadı, bkz. *Temel, Compliance-System*, s. 7. Eğitim için bkz. “*Prüfung von Compliance-Management-Systemen*”.

(11) <https://en.wikipedia.org/wiki/Compliance>.

(12) Bkz. *Temel, Compliance-System*, s. 6.

(13) Bkz. *Große, Compliance in der Industrie*, s. 16. Benzeri bir Compliance Kodu, Siemens Konzern’in, yukarıda anılan rüşvet olaylarından sonra uygulamaya konulan “*Siemens Business Conduct Guidelines*” ilkeleridir.

(14) Bkz. *Pasht, Compliance*, s. 320.

(15) Compliance kavramının Almanca dilindeki çeşitli anlamları için bkz. *Große, Compliance in der Industrie*, s. 14.

(16) Almanca “*Einhaltung*”, “*riayet etme, uyma*” demektir.

da uyum, kavramsal olarak yasal hükümlere ve standartlara uyumu kapsayan “*yasal uyum/uyumluluk*” (*Legal Compliance*) olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, *Compliance* (uyum) deyimi sadece *Compliance*’ın amacını değil, aynı zamanda normların ihlal edilmesini önleyen ve dolayısıyla sorumluluktan kaçınılan girişimci ve örgütsel stratejiler ve sistemler anlamına gelmektedir¹⁷. Bu bakımdan Compliance kavramı, bir “*önleyici hukuk mekanizması*” olarak tanımlanabilir¹⁸. Dolayısıyla “*Compliance*”, “*uyumluluk*” veya “*uyum yönetimi*” (*Compliance Management*) kavramı, bir şirketin tüm yasal kurallara uygun davranışını, yönetim ve gözetim organlarının ve aynı zamanda organizasyon üyelerinin kanunların emir ve yasakları konusunda talep edilebilen önlemlerin tamamını oluşturur¹⁹. Sonuç olarak *Compliance*, bir işletmenin mümkün olan en iyi organizasyonu ile sorumluluktan kaçınmasıdır. Compliance kavramına benzer bir tanım, Avrupa Birliği’nin bankacılık ve sermaye piyasası hukuku alanındaki uygulama Rehberinde (MiFID), “*yasal gerekliliklere uyum*” şeklinde ifade edilmektedir²⁰.

“Compliance” konusunda henüz çok az bilimsel çalışmanın yapıldığı Türk öğretisinde “Compliance” kavramının karşılığı olarak genel anlamda da olsa benimsenen bir terim olmadığı gibi, uluslararası terminolojiye uygun olarak burada “Compliance” terimini ve bazen vurgulamak amacıyla “Compliance (uyum)” kavramını birlikte kullanmayı tercih ettik. Aynı şekilde, Alman, Avusturya ve İsviçre hukukunda da terminoloji açısından “Compliance” terimi kullanılmaktadır²¹.

Geniş anlamda “Compliance” ise, şirketin yasaların yanı sıra etik standartlara ve özgür iradesiyle bizzat kendisinin koyduğu yükümlülüklerle (örneğin, bankaların özenli davranış için standartları, şirketlerin iç yönerge ve

(17) *Sethe/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 92, *Weber*, Compliance Trojanisches Pferd, SJZ 2010, 106, s. 501 vd.

(18) *Yaşar*, Compliance Kavramı, s. 27.

(19) *Grofe*, Compliance in der Industrie, s. 42 ve dn. 105’te anılan literatür.

(20) Richtlinie 2006/EG/der Kommission vom 10 August 2006.

(21) Bkz. Alman DCG Kodex, Ziff. 4.1.3. ve 5.2; Öğretide, *Hüffer/Koch*, Aktiengesetz, 11. Aufl. 2014, AktG § 76, N. 13 vd. İsviçre için 2014 de güncellenmiş Swiss Code of Best Practice, Ziff. 21, aynı şekilde, “Swissholdings” tarafından düzenlenmiş “Compliance-organizasyonu”na ilişkin “*Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements*” ve öğretisi için *Sethe/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 87 vd.

genelgeleri gibi) ve standart düzenlemelere uyumu içermektedir²². Böylece şirketler, çalışanlarına veya yabancı ülkelerdeki şubelerine, hukuki çerçevedeki koşullarını aşan ve örneğin şirketin değer yargıları veya işyerindeki toplumun yerel beklentileri ve iş ilişkilerini gözetken davranış kurallarına uyumlu davranmayı öngörebilirler. Bu, “kurumsal sosyal sorumluluk” (*Corporate Social Responsibility*) kavramı altında toplanabilen bir konsept olup, kaynakların sürdürülebilir kullanımını, sosyal menfaatlerin girişimci bütünleşmesini veya insan haklarının gözetilmesi anlamını ifade eder. Bu açıdan *Compliance*, her şeyden önce iç (*shareholder*) ve dış (*stakeholders*) menfaat grupları için de şirketin ünü, itibarının korunması konusunu teşkil ettiği belirtilmektedir²³. Bu durum, bazı piyasa aktörlerinin hatalı düzenleyici ve ticari teşviklere dayanan kurumsal kültürünün eleştirildiği finansal krizde açıkça ortaya çıktığı belirtilmektedir²⁴. Özet olarak *Compliance* (uyum), artık yalnızca nesnel olarak sadece yasalara uyumlu davranmayı değil, aksine kapsamlı bir kurumsal bütünlük olarak tanımlanmaktadır²⁵.

III. COMPLIANCE’IN AMACI

Compliance’ın birincil amacı, uyum risklerini (*Compliance-Risiken*) önlemektir. Bu bağlamda Compliance’ın başlıca iki hedefi vardır. İlki, işlet-

(22) Roth, Compliance in a nutshell, s. 44, dn. 44; Sethe/Andreotti, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 92; Pash, Compliance, s. 318. Etkili bir Compliance yönetimi, etkili bir risk yönetimini gerektirmekte ve her ikisi de amaca uygun bir kurumsal yönetimi şart koşmaktadır. Bkz. Müller, R./Bühr, D. L./Maurhofer, R.: Sicherstellung wirksamer Compliance als strategische Führungsaufgabe, Compliance Management nach internationaler Best Practice als Kernverantwortung des Verwaltungsrats, Expert Focus 2017/3, s. 1 vd.; Kort, M.: Compliance-Pflichten von Vorstandsmitgliedern und Aufsichtsratsmitgliedern, “Die Compliance weist Berührungspunkte zur Corporate Governance und zum Risikomanagement auf”; Bachmann, Compliance-Rechtsgrundlagen und offene Fragen-in VGR (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2007, 2008, s. 65.

(23) Bu konu için bkz. Forstmoser, P.: Corporate Responsibility und Reputation-zwei Schlüsselbegriffe an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Gesellschaft, in: Vogt et al. (Hrsg.), Unternehmen, Transaktion, Recht, Liber amicorum für Rolf Watter zum 50. Geburtstag, Zürich 2008, 197 ff. ve Sethe/Andreotti, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 93.

(24) Sethe/Andreotti, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 93.

(25) Sethe/Andreotti, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 93 ve dn 14’te anılan “SwissHoldings/economiesuisse, Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements, Zürich 2014, 2, 4 f. m.w.H., 16”.

menin bizzat kendisi, organları ve çalışanlarının hukuka uygun davranışları öğrenip ona uygun davranmaları; ikincisi ise, hukuki sorumluluk, cezai yaptırımlar ve şirket itibarının kaybı gibi etkili hukuk ihlallerinin şirket ve yönetim organı tarafından önlenmesidir²⁶. *Bu bakımdan Compliance, ilgili hukuki ve düzenleyici yaptırımlara, finansal zararlara veya kurumsal itibar kayıplarına sebep olan yasal düzenlemelerin, standartların ve davranış kurallarının ihlali riskini önlemekte veya azaltmaktadır.* Compliance'in önleyici işlevine ek olarak, bir hukuki ihlal halinde, geniş anlamda krizin üstesinden gelinmesi de Compliance'in temel amacıdır²⁷. Böylece Compliance, hem “yasa ihlallerini önleyen bir mekanizma” hem de geniş anlamda bir “kriz yönetim organizasyonunu” ifade etmektedir. Son olarak, iş ve yönetim süreçleri ile iç düzenlemelerinin iyileştirilmesi ve işletme kültürünün bütünlüğünün teşvik edilmesi de geniş anlamda Compliance'in amacını teşkil eder. Bu nedenle, şirketlerdeki Compliance departmanı uygulamada daha çok danışmanlık ve bilgi işlevini üstlenmekte ve dolaylı olarak kalite güvencesi sağlamak suretiyle, iyi bir Compliance, şirketin imajını dışarıya karşı olumlu etkileyip, piyasa veya halkla ilişkiler amacına da hizmet etmiş olmaktadır.

Etkili bir Compliance yönetimi, etkili bir risk yönetimini gerektirir ve böylece uyumluluk ve risk kurumları, amaca uygun bir kurumsal yönetimi şart koşar. Aynı şekilde, “Uyumluluk Yönetim Sistemi” (*Das Compliance-Managementsystem*) ve “Risk Yönetim Sistemi” (*Das Risiko-Managementsystem*)'nin her ikisi de bir şirketin kapsamlı iç kontrol sisteminin temelini oluşturur²⁸.

IV. COMPLIANCE'IN ÖNEMİ VE GEREKLİLİĞİNİ GÖSTEREN KÜRESEL ŞİRKETLERİN YASALARA AYKIRI OLAYLARI VE BUNLARA UYGULANAN HUKUKİ YAPTIRIMLAR

1. ABB-Konzern Olayı

Tektaş ve İskoçya merkezli İsviçre-İsveç menşeli ABB Konzernin yavru şirketleri, Nijerya, Angola ve Kazakistan'daki hükümet yetkililerine yaklaşık 1,35 milyon CHF rüşvet vermiş ve ana şirket ABB 2004 yılında ABD

(26) *Temel*, Compliance-System, s. 7.

(27) *Roth*, Die Compliance-Funktion, s. 3, dn. 9; *Sethe/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 94 vd.

(28) *Müller/Bühr/Maurhofer*, Sicherstellung wirksamer Compliance als strategische Führungsaufgabe, s. 1.

Menkul Kıymetler ve Borsa Gözetim Kurulu'na rüşvet ödemelerini bildirmesinin ardından 10,5 milyon dolar (13 milyon CHF) para cezasına çarptırılmış ve haksız kazançlar için de 5,9 milyon dolar (7 milyon CHF) ödeme yaptırmıştır²⁹.

ABB Konzernin ABD'deki yavru şirketi, 2010 yılında Meksika'ya sipariş vermek için 1997 ilâ 2004 arasında rüşvet verdiğini kabul etti. Ürdün iştiraki olan “UN Oil for Food” programı kapsamında Irak'taki görevlerinde rüşvet verdiklerini itiraf etmiş ve ABD yetkili makamları tarafından 58.3 milyon dolar para cezasına mahkûm edilmiştir³⁰. Ayrıca, zarara uğrayan Meksika devletine ait elektrik şirketi tarafından da tazminat davası açıldı.

2. Alman Siemens AG Konzern Olayı

ABB-Konzern'indeki rüşvet olayının benzeri, ünlü Alman Konzern'i Siemens AG'de ortaya çıktı. München Eyalet Mahkemesinin tespitlerine göre, davalı yönetici kurul üyeleri, davacı Siemens şirketinde yönetici kurul üyesi olarak görevli olduğu sürede, daha sonra yolsuzluk ödemelerinin gizlenmesi için sahte danışmanlık sözleşmeleri sistemine dönüşen illegal bir “kara kasa sistemi” (*System schwarzer Kassen*) kurmuştu. Yurtdışındaki yüksek sayıdaki rüşvet olayına tekrar tekrar dikkat çekilmesine rağmen, davacı Siemens Grubu çalışanlarının yabancı kamu görevlilerine rüşvet vermeleri, Grubun yetersiz uyumluluk sistemi, davalı da dâhil olmak üzere yönetici kurul üyeleri, bunları açıklamak ve sistematik olarak incelemek, denetlemek için hiçbir yeterli önlem almadılar.

Alman ve ABD makamları ve mahkemeleri tarafından Siemens'e verilen para cezaları, danışmanlık ücretleri ve vergi iadesi ödemeleri nedeniyle yolsuzluk skandalının toplam maliyeti 2,9 milyar Euro (€) olarak gerçekleşti³¹. Ayrıca Siemens, aralarında iki Japon firmasının da (*Mitsubishi Electric Corp. und Toshiba Corp.*) bulunduğu “demiryolu rayları üretme” ve “elektrik dağıtım tesisi” konularında kartel oluşturmaları nedeniyle Avrupa Adalet Divanı'nın

(29) *Sethel/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 89-90.

(30) “Millionenstrafe für ABB wegen Korruption”, Tages-Anzeiger vom 30. September 2010, www.tagesanzeiger.ch/wirtschaft/unternehmen-und-konjunktur/Millionenstrafe-fuer-ABB-wegen-Korruption/story/12875811, (Erişim tarihi: 22.2.2019).

(31) <https://de.wikipedia.org/wiki/Siemens>. Aynı şekilde, bkz. *Sethel/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 87 vd., 90.

(*Gerichtshof der Europäischen Union*) 9.12.2013 C-239/11 P, C-489/11 P und C-498/11 P sayılı kararı ile 396,6 milyon Euro para cezasına mahkûm edildi³².

Siemens şirketi, rüşvet skandalı sonucunda ödediği tazminatlar için eski yönetici kurul üyelerine karşı “yasal yükümlülüklerini ihlal ettiği” gerekçesiyle tazminat davası açtı ve 9 eski yönetici kurul ve gözetim kurulu üyesi toplam 19,5 milyon Euro ödemeyi kabul etti. Bu tutarın 5 milyon Euro’su, tek başına eski CEO ve yönetici kurul başkanı Heinrich von Pierer’e aitti. Ayrıca eski CEO Heinrich von Pierer’e karşı açılan tazminat davasında, ilk derece mahkemesi, anılan kişinin 15 milyon Euro ödemesine karar verdi³³, ancak davalının temyizi üzerine istinaf mahkemesinde tazminat tutarı, 2,5 milyon Euro olarak kesinleşti³⁴.

3. München Eyalet Mahkemesinin Siemens AG Olayına İlişkin Compliance Kararı

Siemens Anonim Şirketi’nin anılan rüşvet olayıyla ilgili olarak, 201 ve 395 milyon Euro olmak üzere iki farklı para cezasına hükmedildiği München Eyalet Mahkemesinin 10.12.2013-5 HK O 1387/10 (Compliance) sayılı kararında, fonksiyonel bir uyumluluk sisteminin kurulması zorunluluğunun yönetici Kurulun genel sorumluluğunda olduğunu yolundaki ilkesel tespitleri şöyledir:

- Yönetici kurul yasal zorunluluğu nedeniyle sadece yasalara uygun davranmakla kalmamalı, ayrıca şirketin yasaları ihlal etmemesi için örgütlenmesini ve denetlenmesini sağlamalıdır.

- Alman Anonim Şirketler Kanunu’nda (AktG §91/2) yönetici kurul için öngörülen gözetim görevi, yasal hükümlerin ihlali de dâhil olmak üzere şirketin varlığını tehdit eden gelişmeleri erken bir aşamada teşhis ve tespit edebilen bir sistemin kurulmasını gerekli kılmaktadır.

- Bu tür bir organizasyonu kurmakla yükümlü olan yönetici kurulunun, ilgili bir riskin söz konusu olması durumunda, sadece zarar önleyici ve risk kontrolü konusunda bir Compliance (uyum) organizasyonu kurması yeterlidir.

(32) http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-161_de.htm, (Erişim tarihi: 22.2.2019)

(33) LG München I, WM 2014, 947 ff.

(34) https://de.wikipedia.org/wiki/Heinz-Joachim_Neubürger.

Bu uyumluluk organizasyonunun kapsamına, şirketin türü, büyüklüğü, organizasyonu, izlenecek düzenlemeler, coğrafi konumu ve şüpheli vakalar girer.

- Herhangi bir yasa ihlalinin haberdar olan bir yönetici kurul üyesinin, ihlalleri araştırmak ve çalışanlara uygulanan yaptırımları soruşturup, yeterli önlemlerin alınmasını sağlaması gerekir. Ayrıca, Compliance (uyumluluk) sisteminin etkinliğinin eksikliği ve Compliance organizasyonu görevlilerinin güvenilirliğinin eksikliğine ilişkin durumlara da yeterince yanıt vermekle yükümlüdür.

- Yönetici kurul, kural olarak, bir Compliance organizasyonunun düzenlenmesi görevini yerine getirmekle yükümlüdür. Bu, yönetici kurulun rapor vermesini de kapsar.

- Compliance direktiflerini denetlemek ve gözetlemekle görevli olanlar (*Compliance Officer*), ihlallerden kaynaklanan (disiplin) sonuçlarını çıkarabilmek için yeterli yetkiye de sahip olabilmelidir.

- Eksik bir Compliance sisteminin kurulması ve bunun yetersiz gözetimi, AktG §93 hükmü anlamında yönetici kurulun özen yükümünün ihlalini teşkil eder.

- Söz konusu dava zamanında “Compliance” kavramının henüz yerleşmemiş olması, temyiz başvurusunun kaldırılmasına yol açmaz³⁵. Zira yönetici kurulun hukuka uygunluğu sağlama yükümlülüğü Alman Anonim Şirketler Kanunu’nun AktG §76 hükmüne dayanmakta ve bu hükmün 1965 yılından itibaren de yürürlüktedir.

4. Volkswagen Konzern’in Egzoz Gazı Emisyon Olayı

Yasalara Uyumun (Compliance) gerekliliği ve önemi açısından onlarca olay arasından açıklanan bu iki olayın diğer bir benzeri de yakın zamanda Alman otomotiv devi Volkswagen Konzern’i, Amerika Birleşik Devletleri’ndeki (ABD) dizel motorlarda egzoz gazı emisyon değerine ilişkin manipülasyon³⁶

(35) Bu kararın incelenmesi ve eleştirisi hakkında bkz. *Dann, M.: Anmerkung zu LG München vom 10.12.2013-5 HK O 1387/10 (Compliance)*, WiJ Ausgabe 1., 2015, Entscheidungskommentare, s. 38 vd. Yazar, Yüksek Mahkemenin kararını olumlu bulmakla birlikte birçok noktada eleştiri yöneltmektedir.

(36) Bu konuda bkz. *Pınar, H.: Volkswagen (VW) Grubu Dizel Arabalarındaki Emisyon Manipülasyonu ve Hukuki Sonuçları*, İÜHFM 2016, C. LXXIV, S. 2, s. 843 vd.

nedeniyle ABD makamlarına 4,3 milyar US-Dolar ve Kaliforniya Mahkemesi 30.9.2016 tarihli kararı uyarınca ABD'deki bayilere 1,1 milyar US-Dolar ve 25.10.2016 tarihinde VW Grubu ile müşterilerinin sulh anlaşmasının mahkemece onaylanması sonucunda da, 475.000 dizel VW araç sahiplerine 16,5 milyar US-Dolar tazminat ödemesiyle yaşandı³⁷. VW grubunun ödeyeceği tazminatın kapsamı her geçen gün artmaktadır. Nitekim 29.9.2017 tarihli açıklamaya göre, VW grubunun egzoz manipülasyonu, sahtekârlık ve adaleti engellemek suçları nedeniyle şimdiye kadar ödediği tutar 25 milyar Euro'ya ulaşmış durumdadır³⁸.

Ayrıca, VW Grubunun ABD'deki eski üst düzey yöneticisi Oliver Schmidt 7 yıl, mühendis James Liang ise 3 yıl hapis cezasına çarptırıldı. Bu olaylar üzerine VW Grubu, o zamanki CEO Martin Winterkorn ve ABD'deki yöneticisi Oliver Schmidt'in de aralarında bulunduğu 10 üst düzey yöneticisini görevden aldı.

V. ULUSAL VE ULUSLARARASI COMPLIANCE SİSTEMLERİ

1. ISO Standard 19600:2014 “Compliance Yönetim Sistemi” (*International Organization for Standardization, “Compliance-Managementssystem”*)

“ISO 19600:2014 Compliance Yönetim Sistemi”ni (CYS) hazırlayan, ISO/PC 271 nolu Proje Komitesinde Avustralya, Çin, Almanya, Fransa, Hollanda, Kanada, Malezya, Singapur, Avusturya, İspanya ve İsviçreli Compliance uzmanları aktif olarak görev almış ve aralarında İngiltere, Japonya, Amerika Birleşik Devletleri'nin de bulunduğu diğer 20 ülkenin temsilcileri ise gözlemci olarak katılmıştır. Uluslararası bu doküman 11 Temmuz 2014'de Viyana'da 50 madde olarak hazırlandı ve 5 Aralık 2014'de de uygulanmaya sunuldu³⁹.

(37) VW Grubuna karşı ABD'de de açılan davalarda, şirketi ünlü hukukçu Av. *Manfred Doess* temsil etti ve VW Grubuna yöneltilen emisyon gazı testlerinde sahtekarlık yaptığı, adaleti engellediği ve yalan beyanla ürün ithal ettiğine yönelik üç farklı suçlamayı kabul etti. *Doess*, daha sonra VW Grubunun Compliance şefi görevine getirildi.

(38) Bkz. Die VW-Affäre: Eine Chronologie/NDR.de (https://www.ndr.de/nachrichten/niedersachsen/braunschweig_harz_goettingen/Die-VW-Abgas-Affaere-eine-Chronologie,volkswagen892.html), (Erişim tarihi: 20.2.2019).

(39) Bu Dokümanın metni ücretli (108-148 Euro arasında) olduğundan orijinal metnine

ISO 19600 standardının arkasındaki fikir, (genel olarak ISO standartlarında olduğu gibi) iş yaşamında verimliliği artırma hedefidir. ISO standardının bileşenleri genellikle “hedef düzenlemeler” olarak tasarlanmıştır; çünkü uluslararası olarak uygulanabilir bir kurallar dizisi, her bir hukuk sisteminin farklılıklarını ve özelliklerini dikkate alamaz. Örneğin, ISO 19600 standardında listelenen “hedef spesifikasyonların” bazıları, şirketteki özel Compliance (uyum) risklerini tanımlamak için bir iş liderini ön plana çıkarmakta, ISO 19600 standardında ise, etkin bir “Compliance Yönetim Sistemi” (CYS) kurulması, geliştirilmesi, uygulanmasını öngörülmekte ve açıkça “*Good Compliance Governance*” ilkelerine, yani uyumluluk fonksiyonunun bağımsızlığına, gerekli yetkilerle donatılmış iyi bir otorite sağlanmasına ve Compliance işlevinin yeterli kaynaklarına değinilmektedir⁴⁰.

ISO 19600 *Compliance-Yönetim* Standardı’na uyulduğunun kanıtlanması, uyum yönetim sistemlerinin sertifikalı olmasıyla mümkündür. Ayrıca, Compliance konusu ile görevli kişilerin (*Compliance Officer*) yeterliliklerini kişisel bir sertifika ile teyit ettirmeleri gerektiği gibi, Compliance denetimleri de, genellikle uzman ekonomi hukukçuları tarafından yapılmalıdır. Örneğin Avusturya, ISO 19600 *Compliance-Yönetim* Standardı’na göre Compliance Yönetim Sistemini sertifikalandıran ilk ülkedir.

2. İsviçre “Etkili Compliance Yönetiminin Temel İlkeleri” (*Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements*)

İsviçre, uluslararası Compliance yönetim sisteminin 271 Numaralı Proje Komitesinde aktif olarak yer alan ülkelerinden biri olmasına ve bu konuda önemli bilgi ve deneyim kazanmasına rağmen, ISO 19600 Compliance Yönetim Sistemini aynen uygulamak yerine, kendisine özgü bir Compliance Standardı hazırlamayı tercih etmiştir. Bu Compliance yönetim rehberi, uluslararası Compliance-Yönetim Sistemine ilişkin gelişmelerden ilham almakla birlikte, tamamen İsviçre şirketlerinin özelliği ve gereksinimlerine yönelik olup, etkin ve sistematik bir Compliance sisteminin tanımlanmasını ve İsviçre’de Compliance sistemi alanında en iyi uygulamaya ilişkin tüm gerekli ve talep edilebi-

ulaşılamamıştır; ancak, içeriği ve ilkeleri hakkındaki açıklamalarımız, bu konuda yayımlanan bilimsel kaynaklara dayanmaktadır.

(40) ISO 19600: 2014, “Ziff. 4.4. 4” (*Müller/Bühr/Maurhofer, Sicherstellung Wirksamer Compliance, s. 1*).

len *Compliance* önlemlerini içermekte ve “kurumsal savunma”nın kabul edilebilirliği konusundaki tartışmalara da katkı sağlamayı amaç edinmektedir⁴¹.

İsviçre “Etkili Compliance Yönetiminin Temel İlkeleri” s. 6’da, Compliance’ın gerekliliği, şirketler ve özenli bir yönetim için şöyle ifade edilmektedir: “Günümüzde işletmelerin normlara riayet etme sistemi, yani bir *Compliance-Programını* -yeni terminolojiye göre- bir “*Compliance-Yönetim Sistemi*”- oluşturmaya, özenli yönetimin temel unsurlarından biridir.”

İsviçre holdinglerinin çatı kurumu olan “SwissHoldings”ın Compliance uzman grubunun hazırladığı “*Etkili Compliance Yönetiminin Temel İlkeleri*” “İsviçre Ekonomi Kurumu” (*economiesuisse*) tarafından Eylül 2014’de 16 sayfadadan ibaret bir rehber olarak yayımlanmıştır. 2002’den beri borsaya kote olan şirketlere rehberlik eden ve kısaca Compliance kavramı “İsviçre Kodu” olarak anılan İsviçre Kurumsal Yönetim İlkelerinde 2007’de yapılan güncellemede yer aldı. *Swiss Code of Best Practice 2007*, Ziff. 20’de, yönetim kurulunun organizasyon sorumluluğuna ilişkin olarak yönetim kurulunun uygulanabilir tüm normlara uyum konusunda (Compliance) önlemleri alması gerektiği belirtilerek, Swiss Code’un 2014 güncellenen Ziff. 21’de şöyle ifade edilmektedir:

“Etkili, kurum çapında bir uyum yönetim sistemi, kurumun yürürlükteki yasalara, sektörel kodlara ve organizasyonel standartlara uyumunun yanı sıra, kurumsal yönetim ilkelerinin, en iyi uygulamanın, etik kurallar ve toplumsal beklentilerin göz önüne alındığına ilişkin yasal uyumluluk taahhüdünü ifade eder.”

Buna göre, İsviçre borsalarına kote edilmiş tüm şirketler *Compliance* yönetim ilkelerini izlemeli ve bunlardan biri veya bir kaçına uyulmaması halinde, nedenlerini yıllık faaliyet raporlarında açıklamaları gerekir (*comply or explain*). İsviçre Kurumsal Yönetim Kodu’nda, yönetim kurulu ve yöneticilerin, etkin bir Compliance yönetim sistemi kurup uygulamasının, yönetim kurulu için önemli ve vazgeçilmez bir görev ve yükümlülük olduğu belirtilmektedir.

(41) Einleitung, Grundzüge eines wirksamen Compliance-Managements, s. 4

3. Alman Hukukunda Compliance Yönetim Sistemine İlişkin Düzenlemeler, Özel Kurumlar ve Bilimsel Faaliyetler

Uluslararası alanda faaliyet gösteren onlarca şirketi bulunan ve yasal olmayan işlerde adı en çok anılan ülke olan Almanya’da, Rheinland TÜV (*Technische Überwachungsverein, e.V*) tarafından Compliance Management System için TR CMS 101:2011 adında ve tüm organizasyonlara uygun bir Standard geliştirildi. Bu Standard’ın açıklaması ve yorumu hakkında Rheinland TÜV’ün Compliance Leitfaden TR CMS 100:2013 Standardı geçerli olduğu belirtildi. Ayrıca, Alman Ekonomi Denetçileri Enstitüsü (*Das deutsche Institut der Wirtschaftsprüfer*) 11.3.2011 de, “Compliance Yönetim Sistemi-nin Kurallara Uygun Denetimi İlkeleri”ni [*Grundsätze der Ordnungsgemäßen Prüfung von Compliance Management System (IDW PS 980)*] yayımladı⁴² ve akabinde Hükümet Komisyonu, Şubat 2007’de Alman Kurumsal Yönetim Kodex’e [*Der Deutsche Corporate Governance Kodex=(DCGK)*] *Compliance kavramı ve buna ilişkin bir organizasyon kurulmasına ilişkin ilkeyi* ekledi. Böylece, Alman Anonim Şirketler Kanunu’nda (AktG) §161’deki “uyum açıklamasının” (*Entsprechenerklärung*) ve diğer birçok yasada DCG-Kodex’e uyum açıklamalarının, Compliance kavramını kapsayacağı -dolaylı da olsa- sağlanmış oldu. DCGK’nın son 7.2.2017 tarihli Ziff. 4.1.3’de Compliance şöyle ifade edilmektedir:

“Yönetici kurul, yasal hükümlere ve rehber niteliğindeki şirket içi düzenlemelere uygunluğu sağlamalı (*Compliance*) ve şirketin risk durumuna yönelik uygun önlemleri (*Compliance Management System*) kurup, temel ilkelerini açıklamalıdır. Çalışanlara, şirketteki yasa ihlallerine yönelik korumalı göstergelerini uygun şekilde tanıyabilme fırsatı vermelidir. Bu fırsat aynı şekilde üçüncü kişilere de verilmelidir.”

Aynı şekilde, gözetim kurulunun bazı komiteleri oluşturmasıyla ilgili yükümlüğünün düzenlendiği Kodex’in Ziff. 5.3.2’de, “Gözetim Kurulu, özellikle başka bir komiteye görev verilmediği sürece, özellikle muhasebe, muhasebe süreci, iç kontrol sisteminin etkinliği, risk yönetim sistemi, iç denetim sistemi, denetim ve Compliance ile görevli komite kuracağı” belirtilmektedir.

(42) Bu Standard için bkz. *Grofe*, Compliance in der Industrie im Kontext der Europäischen Union, s. 67 vd.

AktG §161 hükmünde, söz konusu uyum açıklamasının (*Entsprechenserklärung*)⁴³ yapılmaması veya yanlış yapılması ya da erişilebilir olmaması halinde, yönetici kurul ve gözetim kuruluna veya bunların organ üyelerine ne gibi bir yaptırımın uygulanacağı belirtilmemektedir. Ancak, konu doktrinde tartışmalı olup, yönetici ve gözetim kurulunun ve üyelerinin hukuki sorumluluğunu kabul edenler kadar⁴⁴, kabul etmeyenler de vardır⁴⁵. Öğretide, yönetici kurul ve gözetim kurulunun üyelerinin şirkete karşı sorumlu olup olmadığı konusu iki farklı şekilde incelenmektedir. *İlk olarak*, yönetici kurul üyesinin, AktG § 161/1 hükmü uyarınca yapılan *Compliance* açıklamasını hiç veya doğru ya da kalıcı olarak erişilebilir şekilde yapılmamasının, özen yükümünü ihlal eden bir davranış olduğunu yönetici ve gözetim kurullarının her zaman hesap etmeleri gerekir ise de, yanlış açıklama nedeniyle şirketin zarara uğramasının çok uzak bir ihtimal olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla, bu varyasyonda pratikte önemli bir problemin ortaya çıkması beklenmemektedir⁴⁶. *İkinci olarak*, Alman Kurumsal Yönetim Kodex'in tavsiyelerine uymamak, yönetici kurul üyelerinin kendi *Compliance* açıklamasına riayet etmedikleri veya tavsiyelerin tamamen veya kısmen açıkça reddedildiği anlamına gelir. Bu ikinci duruma ilişkin görüşler pek açık olmamakla birlikte, eğilim, Kodex tavsiyelerine ilişkin *Compliance* açıklamasına riayet edilmemesinin, AktG §§ 91/2 , 93/1, cüm. 2 ve 161/1, cüm. 1 kapsamında yönetici kurul ve gözetim kurulu için bir özen yükümü ihlali olduğu yolundadır⁴⁷. Sonuç olarak,

(43) Bu uyum açıklaması, 2007 yılına kadar, *Compliance* anlamında değil, sadece Alman Kurumsal Yönetim Kodex'ine "uyum" sağlanması olarak kabul edilmektedir. 2007 yılında yapılan değişiklikte, *Compliance* kavramı Kodex'e eklenerek, AktG §161/1 hükmü uyarınca yönetici kurul ve gözetim kurulunun "DCG-Kodex'e uyum açıklaması", bu tarihten itibaren *Compliance*'i kapsamaktadır.

(44) Örneğin, Lutter, M.: Die Erklärung zum Corporate Governance Kodex-ein neues Regulierungsinstrument für börsen notierte Aktiengesellschaften, ZHR 2002, 166, 526, 540 ff.

(45) Örneğin, Hüffer/Koch, Aktiengesetz, § 93, N. 27, § 161 N.27 ve N. 26'da anılan literatür. Yazarlar, Kodex'in tavsiye niteliğinde olduğunu ve bu nedenle kanunlar hiyerarşisinde dikkate alınamayacağından, kanun boşluğunu doldurmada başvurulamayacağını ileri sürmektedir.

(46) Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 11. Aufl. § 161, N. 25 ve burada anılan literatür.

(47) Lutter, ZHR 2002, 166, 523 vd., 540 vd.; Ulmer, P.: Governance Kodex-ein neues Regulierungsinstrument für börsennotierte Aktiengesellschaften, ZHR 2002, 166, 150, 166 vd.; Schüppen, M.: To comply or not to comply-that's the question! Existenzfragen des Transparenz- und Publizitätsgesetzes im magischen Dreieck kapitalmarktorientierter Unternehmensführung,

yönetici ve gözetim kurullarının kurumsal yönetim Kodex'inin tavsiyelerine (*Compliance/uyum*) açıklamasının bir yüküm olduğu ve yükümün ihlali ve bunun sonucunda ortaya çıkan zarardan, yönetici kurul ve gözetim kurulunun AktG §76, §93/2, cüm. 1 ve §116 hükümleri uyarınca sorumlu olacakları kabul edilmektedir.

Öte yandan *Hüffer/Koch*, yönetici kurul ve gözetim kurulunun Kodex'e uyum açıklamasını yapmaması halinde anonim şirketin hukuki sorumluluğunun söz konusu olmayacağını, buna karşın AktG § 161 bağlamında pay sahiplerinin zarara uğramaları halinde, tazminat taleplerinin olabileceğini belirterek, bunların paylarının (borsada) kur kaybı veya kur kazancı kaybı nedeniyle uğradıkları zarar ile açıklama yükümünün (*Erklärungspflicht*) ihlali arasında kabul edilebilir uygun illiyet bağının mevcut olması halinde, tazminat taleplerinin ilke olarak kabul edilebileceğini ileri sürmektedir⁴⁸.

Compliance, tamamen tavsiye niteliğindeki kurumsal yönetim ilkelelerinde yer almakta ve Anonim Şirketler Kanunu (AktG) ile diğer kanunlarda Compliance organizasyonunun kurulması yükümü ise açıkça düzenlenmemekte⁴⁹, ancak, genel olarak AktG §§ 76/1, 91/2, 93/1 cüm. 2 ve doğrudan OWIG § 130/1 hükümlerine dayandırılmaktadır. OWIG §130/1 hükmüne göre, "bir kimse işletmenin veya şirketin sahibi veya yetkilisi olarak, uygun bir gözetimle önlenebilecek veya önemli ölçüde engellenebilecek hapis veya para cezası ile cezalandırılan yükümlülüğe aykırı davranışları önlemek için gerekli gözetim önlemlerini kasten veya ihmalle almazsa, kanuna aykırı davranmış sayılır. Buna, gerekli gözetim önlemlerine, gözetimle görevli kişilerin özenli atanması, seçimi ve gözetimi de dâhildir." Dolayısıyla, OWIG §130/1 hükmünün temel düşüncesi tazminattır. Buna göre, yasal düzenlemelere uyumlu hareket etmesi gereken kişiler, yükümlü oldukları görevleri bir başka kimseye devredeceği zaman yasal düzenlemelere uymak zorunda kalmalı ve böylece kapsamlı kurumsal organizasyondan yararlanmalıdır⁵⁰. Bu nedenle, OWIG

ZIP 2002, 1269, 1271; *Hüffer/Koch*, Aktiengesetz, 11. Aufl. §161, N. 26. Aynı şekilde, *Pulaşlı*, Corporate Governance, s. 110-111.

(48) *Hüffer/Koch*, Aktiengesetz, 11. Aufl. § 161, N. 28.

(49) Doktrindeki egemen olan görüş tarafından, yönetici kurulun işletmenin özel durumundan bağımsız olarak bir Compliance organizasyonu kurmakla yükümlü olmadığı benimsenmektedir. Bkz. *Temel*, Compliance-Systeme, s. 15 vd., dn. 79 da anılan literatür.

(50) *Gebert*, Diss., s. 31, dn. 1.

§130/1 hükmü, aynı zamanda “gerekli gözetim önlemleri” olarak gözetimle görevli kişilerin “atanması”, “seçimi” ve “gözetimi”ni de içermektedir. Her ne kadar anılan yasa metninden doğrudan bir “Compliance-Yönetim-Sistemi”nin oluşturulması çıkmasa da, “gerekli gözetim önlemleri”nin uygulanmasının, pratikte bir Compliance-Sistemini gerektirdiği açıktır⁵¹.

Öte yandan, AktG’de anılan §76/1, 91/2, 93/1 cüm. 2 hükümleri, halka açık olsun olmasın tüm anonim şirketleri kapsamaktadır. Öğretide, her işletmenin (şirketin) bir Compliance-Organizasyonu kurmakla yükümlü olup olmadığı tartışmalıdır. Bir görüşe göre, işletmenin tüm ayrıntıları hakkında bilgi sahibi olabilen ve yasalara uyumu bizzat organize edebilecek durumda olan küçük çaplı şirketler mutlaka kendi Compliance organizasyonunu kurmak zorunda değildir⁵². Başka bir görüş ise, anonim şirketlerde yönetici kurulun işadamı kararı çerçevesinde bir Compliance organizasyonu oluşturmasının takdir yetkisinde olduğu şeklindedir⁵³. Çoğunlukta olan görüşe göre, AktG §§ 76/1, 91/2, 93/1 hükümlerinin kıyasen uygulanmasıyla, yönetici kurul bir Compliance organizasyonu kurmak ve bir Compliance görevlisi vasıtasıyla devamlı denetlemekle yükümlüdür⁵⁴.

Özel yasalarda Compliance⁵⁵: Hemen belirtelim, aşağıda açıklanan yasaların hiç birinde özel olarak “compliance” kavramı düzenlenmemekte, aksine suç teşkil eden eylemler ve bunlara ilişkin yaptırımlar düzenlenmektedir. Alman hukukunda, gerçek veya tüzel kişilerin rüşvet, kara para aklama, rekabet ihlalleri gibi suç teşkil eden eylemlerine uygulanacak para cezaları ile meslekten men ve verilen iznin veya imtiyazın iptali gibi idari yaptırımları içeren birçok yasal düzenleme mevcuttur. Örneğin, 1993 tarihli Kara Para Aklama Kanunu olarak anılan “Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen

(51) Geberst, Diss., s. 38, dn. 1.

(52) Hauschka, Christoph E. Compliance am Beispiel der Korruptionsbekämpfung, ZIP 2003, 645, in: ZIP 2004, s. 877-883 (877-878).

(53) Spindler, G.: in Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 3. Aufl. 2008, § 91, N. 3.

(54) Hepsi için bkz. Fleicher, H.: Vorstandsverantwortlichkeit und Fehlverhalten von Unternehmensangehörigen-Von der Einzelüberwachung zur Errichtung einer Compliance Organisation, AG 2003, s. 291, 299.

(55) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Yaşar, Compliance Kavramı, s. 56 vd.

aus schweren Straftaten- Geldwäschegesetz-GwG)”⁵⁶. 1998 yılında Alman Anonim Şirketler Kanunu’nun §91 hükmüne eklenen 2. fıkraya⁵⁷ göre, “yönetici kurul, şirketin devamlılığını tehlikeye düşüren gelişmelerin erken teşhis edilebilmesi için gerekli önlemleri alır ve özellikle bir gözetim sistemi kurar”. Kısaca, şirketin varlığını teminat altına alma yükümü (*Bestandssicherungspflicht*) olarak anılan bu hükümle yönetici kurul için, kapsamlı bir Corporate Compliance yükümlülüğünün ortaya çıktığı belirtilmektedir⁵⁸.

Ayrıca, 2005 yılında Alman Kredi Kurumları Kanunu’na (*Gesetz über das Kreditwesen-KWG*) eklenen § 25a hükmü ile kredi kuruluşlarına ve 2007 yılında da sigorta şirketlerine “Compliance Yönetim Sistemi” kurma ve uygulama yükümlülüğü getirildi (VAG § 64a).

Alman şirketlerinin son yıllarda rüşvet ve diğer yasalara aykırı eylemlerinin yaşamı ekonomik tehdit edecek boyuta ulaşması üzerine, bir eyalet hükümeti ile iki kamu kurumu tarafından 2014 yılında hazırlanmış olan Compliance ön tasarılarının kamuoyunda yeterince tartışılıp olgunlaşması neticesinde, Federal Alman Meclisi’nin Bilimsel Hizmetleri (*Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages*)⁵⁹ Ağustos 2018’de, “Almanya ve Yurtdışında Yasal Durumlar ve İşletmelere İlişkin Ceza Hukuku Hakkında Reform Önerileri” isimli Tasarıyı (*Rechtslage im In- und Ausland und Reformvorschläge hinsichtlich des Unternehmensstrafrechts*) 29 Ocak 2019’a kadar tartışılmak üzere Federal Meclis’e sundu⁶⁰. Ancak Tasarı henüz yasalaşmadı.

(56) 25.10.1993, BGBl I 1993, s. 1770 vd. Bu Kanun, Avrupa Birliği’nin 4. Kara Para Aklama ile Mücadele Direktifi’nin Uyarlanması Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış ve yerine 23.06.2017 tarihli “Kara Para Aklanma Kanunu” [*Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz GwG)*] (BGBl. I S. 1822) yürürlüğe girmiştir.

(57) Alman Resmi Gazetesinde 27.04.1998, BGBl. I, s. 786 yayımlanmış ve 01.05.1998 yılında yürürlüğe girmiştir

(58) Bkz. Hüffer/Koch, Aktiengesetz, 11. Aufl. § 91, N. 8

(59) Bilimsel Hizmetler (*Wissenschaftliche Dienste*), Alman Federal Meclis üyelerini görevleriyle ilgili faaliyetlerinde desteklemekte ve çalışmalarını, Alman Federal Meclis’in veya organlarından birinin ya da Federal Yönetim’in görüşlerini yansıtmamakta, aksine, yazarların ve bölüm başkanlarının sorumluluğundadır. Bilimsel Hizmetler’in çalışmaları, sunulan metnin sadece mevcut durumunu yansıtmakta ve Federal Meclis Üyesi için bireysel bir komisyon oluşturmaktadır.

(60) Yasa önerileri; “*Vorschlag des Landes Nordrhein-Westfalen*”; “*Vorschlag des Bundesverbandes der Unternehmensjuristen*”; “*Vorschlag des Deutschen Instituts für*

VI. TÜRK ŞİRKETLER MEVZUATINDA COMPLIANCE KAVRAMININ YER ALIP ALMADIĞI SORUNU

Türk anonim şirketler hukukunda, kurumsal yönetim ilkeleri gibi tavsiye niteliğinde yönetim kurulunun “Compliance Yönetim Sistemi” kurmasına ilişkin bir standart düzenleme mevcut olmadığı bir yana, konunun düzenlenmesine ilişkin potansiyel baskı oluşturabilecek nitelikte ekonomi hukuku alanında bir fikir dahi oluşmuş değildir. Ancak son yıllarda biri iş hukuku diğeri ticaret ve ceza hukuku alanlarına ilişkin Compliance Sempozyumu düzenlendiği ve bu iki sempozyumda sunulan tebliğler ile 2018 yılında bir doktora çalışması yapıldığı görülmektedir⁶¹.

Bu çalışmada, Compliance kavramının bir makale sınırları içinde incelenmesi nedeniyle, öncelikle öğretilde Compliance kavramı altında toplandığı ileri sürülen SPK’nın başta 17-1.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği olmak üzere, diğer tebliğlerindeki düzenlemelerin niteliği, İsviçre ve Alman kurumsal yönetim ilkeleriyle karşılaştırmalı olarak incelenecek ve buna bağlı olarak tebliğlerin hangisinin Compliance kavramı ve uygulamasıyla ilgili olup olmadığı sorunu incelenecektir. Daha sonra da anonim şirkette yönetim kurulunun TTK’da öngörülen görevleri ve yükümlülüklerine ilişkin hükümler çerçevesinde sınırlı olarak değerlendirilecektir⁶².

Compliance e.V.” ve bu üç önerinin karşılaştırması niteliğinde Dr. von Coelln, tarafından hazırlanmış ve Betriebs-Berater-Zeitschrift für Recht, Steuern und Wirtschaft (BB) 2014, 50, s. 3016-3023 dergisinde yayımlanmış olan “Die aktuelle Diskussion um Buße oder Strafe für Unternehmen” (İşletmeler hakkında Para ve Cezai Hükümlerin Güncel Tartışması) adlı öneridir.

(61) Ticaret ve ceza hukuku konusundaki bilimsel aktivite, 1.7.2011 yılında İstanbul Üniversitesi’nde düzenlenmiş olan “Türk-Alman Hukuku Sempozyumu, Teori ve Uygulama Açısından İşletmelerde Hukuk Kurallarına Uygun Hareket Etme (Compliance) Tartışmaları” ve Tuğçe Nimet Yaşar’ın “Şirketler Hukuku Açısından “Compliance” Kavramı ve Borsaya Kayıtlı Şirketlerde Uygulaması, Ankara 2018” adlı doktora tezidir.

(62) Bu konuda bkz. Altay, Yönetimin Devri, s. 117; Doğan, B. F.: Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yetkisinin Devri, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 201; Kırcı, İ./Şehirli Çelik, F. H./Manavgat, Ç.: Anonim Şirketler Hukuku, C. I, Ankara 2013, s. 562; Paşlı, A.: ‘Compliance’ Kavramının Anonim Ortaklıklar Hukukundaki Anlamı ve Sorumluluk Sistemine Etkisi, Ankara 2013, s. 22-38; Pınar, H.: Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuk Sorumluluğu, Batider 2009, C. XXV, S. 4, s. 369 vd., 397.

1. Türk, Alman ve İsviçre Hukukunda Kurumsal Yönetim İlkelerini Belirlemeye ve Yayımlamaya Yetkili Kurumların Yapısal Niteliği

A- Türk Hukukunda

1981 tarih ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPKn) 18. maddesine göre, Kurul "ilgili bakanlıkça önerilecek dört aday arasından iki, Maliye Bakanlığı, Sanayi ve Ticaret Bakanlığı, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği tarafından önerilecek ikişer aday arasından birer kişi olmak üzere, Bakanlar Kurulu Kararıyla atanacak yedi üyeden oluşur. Bakanlar Kurulu, adaylardan birini Başkan olarak atar." 16 Nisan 2016'da Cumhurbaşkanlığı sisteminin kabul edilmesiyle, kaldırılan Bakanlar Kurulu ve Başbakanlığın yetkileri Cumhurbaşkanlığı'na geçmiştir. 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun 119. maddesinin (değişik: 2/7/201-KHK-703/165 md.) 2. fıkrasına göre, Başkan, ikinci başkan, başkan vekili ve üyeler, Cumhurbaşkanı'nca atanmaktadır.

Kurul'un yetki ve görevleri ise SPKn m. 17'de düzenlenmiştir. Buna göre, halka açık ortaklıklarda kurumsal yönetim ilkeleri ile kurumsal yönetim uyum raporlarının içeriği, yayımlanması, ortaklıkların kurumsal yönetim ilkelerine uymalarının ... usul ve esasları Kurulca belirlenecektir. 2. fıkrada da, *halka açık anonim şirketlerin kurumsal yönetim ilkelerine kısmen veya tamamen uymalarını zorunlu tutmaya*, buna ilişkin usul ve esasları belirlemeye, uyulmaması halinde her türlü hukuki tedbirleri ve davaları açmaya Kurul'un yetkili olduğu ifade edilmektedir. Dolayısıyla, Kurul'un, 17-1.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğinde 97 ilkeden 24'ü zorunlu olup, kalan diğer 73 ilkede ise tavsiye niteliğinde "*uy ya da açıkla prensibi*" geçerlidir. Bu durumda, uyulması zorunlu ilkelerin, SPKn m. 17 ve TTK m. 1529/1 hükmü uyarınca norm kalitesinde olduğu söylenebilir.

B- İsviçre ve Alman Hukukunda

İsviçre'de "*Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*" (İsviçre Kodu, Kurumsal Yönetim İçin En İyi Uygulama) ilkeleri, 25.3.2002 tarihinde ticaret ve sanayi odaların üst çatı kuruluşu olan (*Dachverbände*) İsviçre Ekonomi Kurumu (*Economieswiss*)⁶³ ve tamamen sivil toplum örgüt-

(63) "*Economieswiss*" 15.9.2000 yılında Lozan'da, İsviçre Ticaret ve Sanayi Odası'nın

lerinden oluşan bir komite tarafından hazırlandı ve *Economieswiss* tarafından onaylanarak kamuoyuna açıklandı⁶⁴. Alman Kurumsal Yönetim Kodex'ini hazırlayan komisyonda da hiçbir Federal Hükümet veya Federal Meclis temsilcisi yer almamış olup, tamamen şirketlerin, bankaların temsilcileri ve profesörlerden oluşmuştur. Her iki ülkenin kurumsal yönetim ilkelerinin tamamı tavsiye (*Empfehlung*) niteliğinde olup, “uy ya da açıkla” prensibi geçerlidir.

Ayrıca, önemle belirtelim, *Alman DCG-Kodex*'inde 2007'ye kadar *Compliance kavramı yer almamaktaydı* ve bu tarihten önce Alman Anonim Şirketler Kanunu (AktG) §161/1 hükmündeki, *Alman DCG-Kodex*'ine “uyum açıklaması”nın (*Entsprechenserklärung*), *Compliance kavramını kapsamadığı* gibi, 2007'de “Compliance”ın eklenmesinden sonra dahi, söz konusu “uyum açıklaması”nı yapılmamış olması halinde, gözetim ve yönetici kurulların üyelerine AktG §161/1 düzenlemesine dayanılarak hukuki bir yaptırımın uygulanıp uygulanmayacağı da tartışmalıdır⁶⁵.

Kurul'un yapısı ve Kurul'un uyulması zorunlu kurumsal yönetim ilkeleri koymaya yetkili olmasına rağmen, şimdiye kadar çıkardığı hiçbir tebliğde, açık hatta örtülü şekilde de olsa, *Compliance kavramı anılmadığı* gibi, halka açık şirketlerde yönetim kurulunun bir “Compliance organizasyonu” kurup uygulamasına ilişkin zorunlu veya tavsiye niteliğinde bir düzenleme de yer almamaktadır.

2. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Şimdiye Kadar Yayımladığı Tebliğlerin Compliance Kavramını Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu

Hemen belirtelim, Kurul'un şimdiye kadar yayımladığı tebliğlerde ne *Compliance kavramı* ne de halka açık anonim şirketlerde bir *Compliance yönetim sistemi* kurulmasına ilişkin açık veya örtülü bir düzenleme yer almaktadır. Ancak, doktrinde (tespit edebildiğimiz kadarıyla) *Yaşar*, anılan doktora tezinde, SPK'nın 2499 sayılı eski Sermaye Piyasası Kanunu'nun 16. maddesi uyarınca kurulacağı öngörülen bağımsız denetimin “iç kontrol sisteminin etkin bir şekilde işleyip işlemediğini değerlendirme” zorunluluğu; 1996 tarihli

yerine kurulmuş ve çeşitli büyüklüklerde yaklaşık 100.000 firma ile İsviçre ekonomisindeki en büyük şemsiye organizasyonudur. Economiesuisse üyeleri 100 endüstri birliği, 20 kanton ticaret odası ve şirketlerdir.

(64) Bu süreçle ilgili açıklamalar için bkz. *Pulaşlı*, *Corporate Governance*, s. 31-32.

(65) Bkz. *Hüffer/Koch*, *Aktiengesetz*, 11. Aufl. § 161, N. 26-27.

Seri: X No: 16, m. 28/II ve 2006 tarihinde çıkarılan ve halen bazı değişikliklerle yürürlükte olan “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ-Seri: X No: 22” ve bu Tebliğin Yedinci Kısım, Birinci Bölüm m. 4/I, b’deki “işletme yönetiminin sermaye piyasası mevzuatı ve ilgili diğer mevzuata uyma sorumluluğu”na ilişkin hükümlerin Compliance üst başlığı altında toplanabileceğini ileri sürmektedir. Aynı şekilde, SPKn m. 34/4 hükmüne dayanılarak çıkarılmış olan “Aracı Kurumlarda Uygulanacak İç Denetim Sistemine İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ (Seri: V No: 68)” m. 3 ve 4 hükümlerinin de Compliance kavramını içerdiğini ileri sürmektedir. Aynı şekilde Kurul’un 17-1.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğinin N. 4.1.3 ilkesinde, yönetim kurulu bünyesinde komiteler oluşturulmasının zorunlu olduğunu ve bunlarda *Compliance sisteminin yansımalarının* görüldüğünü iddia etmektedir. Öncelikle belirtelim, Compliance kavramının adresi, monist yönetim sisteminde yönetim kurulu, dualist sistemde ise, doğrudan hem yönetici kurul hem de gözetim kuruludur. Dolayısıyla, anılan SPK tebliğlerinde Compliance dışında farklı konular ve kurumlar düzenlenmekte ve daha da önemlisi, *anılan tebliğlerindeki düzenlemelerde Compliance kavramı ne açık ne de örtülü şekilde yer almaktadır*. Ayrıca, Türk Ticaret Kanunu⁶⁶ ve ikincil mevzuat düzenlemelerinde de açıkça Compliance kavramı yer almamaktadır. Kavram olarak Compliance, kurumsal yönetimin içinde bir organizasyon olarak yer almaktadır⁶⁷. Bu nedenlerle, yazarın bu görüşüne katılmak mümkün değildir.

Yine Yaşar’ın, Türk öğretisinde Compliance kavramına ilişkin çalışmalara örnek verirken, “*Türk hukukunda Compliance kavramına şirketler hukukunda kurumsal yönetim kapsamında 2003 yılında Pulaşlı (Corporate Governance, s. 61) değinmiştir*” görüşüne⁶⁸ de katılmadığını belirtmek isterim; çünkü bizim o tarihteki açıklamalarımız, Alman AktG §161/1 hükmünün

(66) Yönetim kurulunun devredilemez, alnamaz yetki ve görevlerinin düzenlendiği TTK m. 375/1’de hükmündeki, “yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi” düzenlemesinden, yönetim kurulunun Compliance programı veya organizasyonu yapmakla yükümlü olduğu İsviçre-Türk öğretisinde kabul edilmektedir, bkz. Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, C. I, 562; Sethe/Andreotti, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 104 ve dn. 76 da anılan literatür.

(67) Bkz. İsviçre için “Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance”.

(68) Yaşar, Compliance Kavramı, s. 68.

2002 yılı versiyonu çerçevesinde yönetici kurul ve gözetim kurulunun yapacağı “uyum açıklaması”nın, sadece Alman Kurumsal Yönetim Kodex’ine ilişkin olduğu ve Kodex’in 2002 tarihli ilk versiyonunda da Compliance kavramı açık veya örtülü şekilde yer almadığından, Compliance kavramını içermemekteydi. Bu görüşümüzü destekleyen açıklama, v. *Werder*’in 2002 tarihli Alman DCG Kodex Kommentar’ında yer almakta ve şöyle denilmektedir: “*Kodex’te yönetici kurulun Compliance-Programı olarak adlandırılan somut davranış ilkelerini ortaya koymasının eksik olmasının, yöneticinin kurulun görevi olmadığı söylenemezse de, o tarihte belirli bir Compliance-Programı kurulması Almanya’da henüz tanınmamaktaydı (derzeit Compliance-Programme in Deutschland nicht erkennbar). Bu bakımdan, “Compliance mevcut Alman yasal düzenlemesinde ne gerekli ne de genel olarak tavsiye edilebilir” (... Compliance-Programme ist angesichts der bestehenden Regelungsdichte in Deutschland weder erforderlich noch generell anzuraten)*”⁶⁹. Yukarıda da açıklandığı üzere, Compliance kavramı ilk kez, Kodex’in 2007’deki güncellenmesinde yer verilmesiyle, AktG §161/1 hükmündeki “uyum açıklaması”nın kapsamına girmesi sağlanmıştır. Dolayısıyla, Alman hukukunda anonim şirketlerin yönetici kurulun görevi olarak bir “Compliance Yönetim Sistemi” veya örgütlenmesini kurması, uygulaması ve etkili biçimde izlemesi konusu, tamamen tavsiye niteliğinde olan DCG-Kodex çerçevesinde değil, aksine yönetici kurulun şirketin varlığını tehlikeye sokan gelişmelerin erken teşhis eden bir komitesini ve gözetim sistemini kurmasına ilişkin AktG §91/2 ve özen yükümünün düzenlendiği Alman Anonim Şirketler Kanunu (AktG) §93/1, cüm. 2 kapsamında olduğu benimsenmektedir⁷⁰. Dolayısıyla Türk hukukunda da, Compliance kavramının hiç anılmadığı SPK’nın yukarıda sözü edilen tebliğleri, yönetim kurulunun bir Compliance organizasyonu kurup, işletmesinin görevi olduğu hususunda temel teşkil edemez.

(69) v. *Werder*, A.: Kommentar zum Deutschen Corporate Governance (Kodex-Kommentar), München 2003, Ziff. 41.1., N. 420.

(70) Bkz. *Ringleb*, Kodex-Kommentar, s. 142, N. 463 ve 464; *Hüffer/Koch*, Aktiengesetz, §91, N. 8. § 76, N. 13. Karşı görüş, *Krieger/Sailer*, Aktengesetz Kommentar, Hrsg. K. Schmidt/M. Lutter, Köln 2008, § 91, N. 10 ve özellikle N. 12, yazarlar yönetici kurulun riskleri erken teşhis komitesi kurma yükümünün, AktG § 91/2 den değil, aksine AktG §§ 76 ve 93 hükümlerinden doğduğunu ileri sürmektedirler.

3. Sermaye Piyasası Kurulunun 17-1.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğinin Compliance Kavramını Kapsayıp Kapsamadığı Sorunu

SPK'nın (17-11) sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin (KYT) Compliance kavramını içerip içermediği sorununa gelince:

Kurul'un 17-1.1 sayılı KYT'nin 7. maddesinde *kurumsal yönetim ilkelerine uyum zorunluluğu* ve buna aykırılık halinde bir takım yaptırımların uygulanacağı öngörülmektedir. Öncelikle, borsada kote şirketlerin kurumsal yönetim ilkelerine uymasına ilişkin bu düzenlemede, *Compliance kavramı değil, aksine Kurul'un 17-1.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğinde belirtilen hususlara uyumun söz konusu olduğunu altını çizerek tespit edelim*. Oysa 2007 yılında Alman Kurumsal Yönetim Kodex'inin güncellenmesinde 4.1.3 ve 5.2 nolu ilkelerde Compliance kavramı⁷¹ ve buna ilişkin bir sistemin kurulmasına yer verilmesinden sonra, AktG §161 hükmündeki uyum açıklamasının Compliance'ı kapsayacağı kabul edilmekle birlikte⁷², AktG 161/1'de öngörülen uyum açıklamasının yapılmaması halinde, sadece bu hükme dayanılarak yönetici kurul ile gözetim kurulunun hukuki sorumluluğuna gidilemeyeceği, çünkü söz konusu uyum açıklamasının tavsiye niteliğindeki Kodex ilkelerine dayandığından, doktrinde kısmen de olsa, kabul edilmemekte, ancak doktrinde baskın görüş olarak anonim, limited şirket ve kooperatiflerin yönetim organının kural olarak bir Compliance organizasyonu kurmasına ilişkin ya-

(71) Kodex'in 7 Şubat 2017 tarihli güncellenmiş son versiyonu, yönetici kurulun görev ve yetkilerinin düzenlediği N. 4.1.3'de, "*yönetici kurul yasal hükümlere ve rehber niteliğindeki şirketin iç yönergelerine uyumu sağlamalı ve Grup şirketlerinin bunlara uymasına yönelik çalışmalar yapılmalıdır (Compliance)*". Gözetim kurulunun görev ve yetkilerinin düzenlediği N. 5.2. de ise, "*gözetim kurulu başkanı, yönetici kurul başkanı veya sözcüsü ile yapılan toplantı ve görüşmelerde özellikle şirketin stratejisi, planlaması, gelişmesi, risk durumu, risk yönetimi ve Compliance konularında karşılıklı görüş alışverişinde bulunmalı ve düzenli olarak iletişim halinde olmalıdır*" şeklindedir.

(72) Bkz. Ringleb, H.-M.: Kodex-Kommentar, 2002, s. 133, N. 420. Ancak yazar, Kodex'te, Compliance organizasyonuna ilişkin bir tavsiye açıklaması açıkça yer almasa da, şirketin menfaatine olan organizasyonu yapmakla engellemeyeceğini belirtmekte (s. 133, N. 420) ve mevcut şirketlerin özelliklerine bağlı olarak, ölçülü bir rehber ilkeleri ve Compliance/uyum sistemi ile katkı yapmasının talep edilmesi, organizasyon kusurundan doğan ciddi sorumluluk sonuçları nedeniyle, ancak kabul edilebilir bir ölçüyle sınırlandırılması halinde mümkün olabileceğini belirtmektedir (s. 139, N. 444).

sal yükümlülüğün mevcut olmadığı kabul edilmekle birlikte⁷³, AktG §91/2, §93/1, cüm. 2 ve OWiG §130 hükümlerinin genel olarak bir Compliance organizasyonun kurup uygulama yükümlülüğüne temel teşkil edebileceği benimsenmektedir.

Kurul'un 17-1.1. sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğinin 8/1 maddesinde ise, Compliance kavramı anılmaksızın, “*yıllık faaliyet raporlarında; bu Tebliğ ekinde yer alan kurumsal yönetim ilkelerinin uygulanıp uygulanmadığına, uygulanmıyor ise buna ilişkin gerekçeli açıklamaya, bu ilkelere tam olarak uymama dolayısıyla meydana gelen çıkar çatışmalarına ve gelecekte ortaklığın yönetim uygulamalarında söz konusu ilkeler çerçevesinde bir değişiklik yapma planının olup olmadığına ilişkin açıklamalara yer verileceği... 2. fıkrada da uyum raporlarının içeriğine ve yayımlanmasına ilişkin esaslar Kurul tarafından belirleneceği ve kurumsal yönetim ilkelerine uyum raporlarının formatı Kurulca ilan edileceği*” belirtilmektedir⁷⁴. Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, tebliğde açık veya örtülü Compliance kavramına ve yönetim kurulunun bir Compliance yönetim sistemi kurmasına ilişkin hiçbir bilgi veya açıklama da yer almamaktadır. Bu nedenle, buradan zorlama bir yorumla yönetim kurulu için bir Compliance yükümünün çıkarılması, özellikle etkili hukuki sorumluluk nedeniyle mümkün değildir.

Sonuç olarak, hem TTK'nın yasalaştığı 2001 yılında hem de 17-1.1 sayılı KYT'nin yayımlandığı 2014'de Türk hukukunda Compliance kavramının henüz tam anlamıyla bilinmediğine işaret etmektedir. *Kurul'un anılan tebliğleri çerçevesinde anılmayan ve bilinmeyen bir Compliance organizasyonunun şirket bünyesinde kurulup uygulanmasının, yönetim kurulunun görevleri ara-*

(73) Bkz. *Temel, Compliance-System*, s. 15 ve özellikle dn. 81 de anılan yazarlar. (*Nach noch herrschender Ansicht in der Literatur besteht für die Leitungsorgane der Kapitalgesellschaften wie AG, GmbH und Genossenschaft in der Regel keine allgemeine gesetzliche Rechtspflicht zur Implementierung einer Compliance-Organisation*).

(74) Kurul, 10.01.2019 tarih ve 2019/2 sayılı Bülteni'nde yayımlanan, 10.01.2019 Tarih ve 2/49 sayılı Kararı ile II-17.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği uyarınca yapılacak Kurumsal Yönetim Uyum Raporlamasının KAP Platformu üzerinden “Kurumsal Yönetim Uyum Raporu” (URF) ve “Kurumsal Yönetim Bilgi Formu” (KYBF) şablonları kullanılarak yapılmasına karar verildiğini ve 27.01.2014 tarih ve 2/35 sayılı kararı ekinde kamuya duyurulan Kurumsal Yönetim İlkelerine Uyum Raporu formatının da 10.01.2019 itibarıyla yürürlükten kaldırıldığını açıklamıştır.

sında olduğu söylenemez. Aynı gerekçeler, Compliance kavramı veya organizasyon yükümünün yer almadığı Kurul'un diğer tebliğleri için de geçerlidir ve bu düzenlemelerden yönetim kurulu için bir Compliance yükümünün çıktığını söylemek hukuki olarak mümkün değildir.

Bu durumda, Sermaye Piyasası Kurulu'nun vakit geçirmeden 17-1.1. sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğine, yukarıda açıklanan İsviçre ve Alman kurumsal yönetim ilkelerine eklenen *Compliance Yönetim Sistemi*'ne benzer bir düzenlemeyi -hatta uyulması zorunlu ilke olarak-, payları borsada işlem gören halka açık anonim şirketler için düzenleyip, yayımlaması gerekmektedir.

4. Türk Ticaret Kanunu'nda Compliance Kavramının Yer Alıp Almadığı Sorunu

Yukarıda da açıklandığı üzere, TTK'nın hiçbir maddesinde açıkça bir Compliance organizasyonu kurulması yükümü yer almamaktadır. Böyle bir yüküm, TTK m. 375/1 e bendindeki⁷⁵ yönetim kurulunun devredilemez, alınamaz nitelikte, üst gözetim görevi ve TTK m. 369/1 deki özen ve sadakat yükümünden çıkarılmaktadır. TTK m. 365/1 hükmü uyarınca, anonim şirketin yasal yönetim ve temsil organı yönetim kuruludur. Dolayısıyla, Compliance sisteminin kurulması ve uygulanması, yönetim kurulunun şirketin yönetimi içinde olup, yönetim görevinin de özenli şekilde yerine getirilmesi gerekir⁷⁶. Yönetim kurulunun devredilemez, alınamaz ve feragat edilemez nitelikteki yetkileri ve özellikle görev ve aynı zamanda üst gözetim⁷⁷ ilişkin yükümlülükleri, TTK m. 375/1'de tek tek sayılmış, ancak sınırları kesin olarak çizilmemiştir, çünkü bir görevin yerine getirilebilmesi aynı maddede sayılan diğer bir görevin de ifa edilmesini gerektirmektedir⁷⁸. Dolayısıyla, anılan maddede sayılan her görev diğer görevlerle bir etkileşim içinde bulunmaktadır⁷⁹.

(75) Kırca/Şehirli Çelik/Manavgat, C. I, s. 562. Yazar, Compliance'ın, TTK m. 375/1 e bendinde kullanılan ifadeyle, yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergeler ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi olduğunu ve uyulması gereken düzenlemelerin sadece milli hukukla sınırlı olmadığını, uluslararası alanda faaliyet gösteren şirketlerin, faaliyette bulundukları ülkelerin düzenlemelerine de riayetle yükümlü olduğunu belirtmektedir (s. 563).

(76) Bu konuda bkz. Yaşar, Compliance Kavramı, s. 143 vd., 171 vd., 217 vd.

(77) Bkz. TTK m. 375/1 e.

(78) Altay, S. A.: Anonim Ortaklıkta Yönetim Yetkilerinin Devrinin Sorumluluğa Etkisi, İstanbul 2011, s. 121; Yaşar, Compliance Kavramı, s. 256.

(79) Yaşar, Compliance Kavramı, s. 256.

Compliance kavramının yasal zeminin -açıkça “Compliance” kavramı anılmamakla birlikte-, yönetim kurulunun Compliance yükümlülüğü, mehz İsviçre İsvBK m. 716a/1 N. 5’de olduğu gibi, yönetim kurulunun devredilemez, alınamaz nitelikteki üst gözetim görevinin düzenlendiği TTK m. 375/1, e bendindeki, “yönetimle görevli kişilerin, özellikle kanunlara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uygun hareket edip etmediklerinin üst gözetimi” ifadesine dayandığı Türk öğretisinde kabul edilmektedir. Maddede “özellikle kanunlara” ifadesi, TTK’nın yasalaştığı yılda geçerli olan kanunlar değil, her dönem ve zaman diliminde geçerli olan ve ileride geçerli olacak tüm mevzuat için söz konusudur. Yönetim kurulunun üst gözetim görevinin düzenlendiği bu hükümle, sadece kanunlara uyumun devamlı gözetimi değil, aksine uygun bir gözetim sisteminin kurulması ve yönetim kuruluna devamlı rapor verilmesine ilişkin bir sistemin kurulup, işlenmesinin sağlanması amaçlanmaktadır⁸⁰. Yönetim kurulu “kurul organ” olarak, TTK m. 375/1-b (İsvBK m. 716a/1 N. 2) hükmü uyarınca, şirket yönetim teşkilatını kurmak ve Compliance organizasyonunun temel ilkelerini de tespit etmekle yükümlüdür⁸¹.

Önemle belirtelim, TTK m. 375/1-e bendi, halka açık, kapalı ayrımı yapmaksızın tüm anonim şirketleri için öngörülmüş bir normdur. Öğretide, yönetim kurulunun bir Compliance organizasyonu oluşturma ve uygulama yükümünün doğrudan TTK m.375/1-e hükmüne dayandığını ifade edilmekle birlikte, sonuçta bu yükümün halka açık anonim şirketlerin yönetim kuruluna ait olduğu belirtilmektedir. Örneğin, *Yaşar*’ın anılan doktora tezinin başlığı, “*Şirketler Hukuku Açısından ‘Compliance’ Kavramı ve Borsaya Kayıtlı Şirketlerde Uygulanması*” şeklindedir. Kanımca bunun nedeni -Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi- kavram ve bir organizasyon şekli olarak Compliance’ın doğrudan kanunda⁸² değil de, kurumsal yönetim ilkeleri içinde yer almış ol-

(80) *Sethe/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 104 ve dn. 73’de anılan İsviçre literatürü.

(81) *Buff*, Compliance Management, s. 20, dn. 9; *Roth*, Compliance, s. 13, dn. 9; *Sethe/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 105.

(82) Belirtmek gerekir ki, doktrinde, İsvBK m. 716a/1 N. 5 ve AktG § 91/2 ve 93/1 hükümlerinden, yönetim kurulu ve yönetici kurulun bir Compliance Organizasyonu kurma yükümünün çıktığı açıklansa da, bu hükümlerde açıkça “Compliance” sözcüğü geçmemektedir. Ancak, TTK m. 369/1, İsvBK m. 717/1 ve AktG § 93/1 deki yönetim kurulunun ve yönetici

masıdır. Bu bakımdan, İsviçre ve Alman hukuku açısından yönetim kurulu ve yönetici kurulun bir Compliance organizasyonu kurmasının halka açık şirketler için söz konusu olacağı yerindedir, çünkü Compliance kavramı ve buna ilişkin kurulacak düzen hem İsviçre Kurumsal Yönetim Kodu'nda hem de Alman Kurumsal Yönetim Kodex'inde açıkça yer almakta ve yönetim ve yönetici kurulun özen yükümünün düzenlendiği İsvBK m. 716a/1 N. 5 ve AktG § 91/2 ve §93/1 ve daha önemlisi §161/1'deki Compliance açıklamasının, kurumsal yönetim Kodex'ine yönelik olmasıdır.

Compliance yönetim sistemi kurulmasının hangi tip anonim şirketlere özgü olduğuna ilişkin mahkeme kararlarının gerekçelerine bakıldığında da, halka açık, kapalı ayrımı yapılmaksızın tüm anonim şirketler için geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Örneğin *İsviçre Federal Mahkemesinin 24.3.2011 tarihli bir kararında*⁸³, yönetim kurulunun İsvBK m. 716a/1 N. 5 hükmündeki devredilemez, alınamaz nitelikteki üst gözetim görevini dikkate alarak, çalışanların yasalara uyumu konusunda bir organizasyon kurması belirtilip şöyle denilmektedir:

Anonim şirketin yönetim kurulu üyesi X'e karşı dolandırıcılık ve haksız rekabet kurallarını ihlal ettiği nedeniyle cezai kovuşturma başlatılır, ancak 16 Ağustos 2010 tarihinde, X'in sahtekârlık kurgusu suçta yer aldığı konusu kesin bir şekilde kanıtlanamaması nedeniyle cezai soruşturmaya son verilir ve mahkeme, X'in cezai kovuşturma yoluyla önemli maliyette bir yüke maruz kalmadığı gerekçesiyle, X'in tazminat talebini reddeder ve dava masraflarının Kanton Hazinesi'nce ödenmesine karar verir. Bu karara karşı X, Devlet Hazinesi'nden 166.400 CHF tazminat ödenmesi talebi ile Federal Mahkeme nezdinde temyiz itirazında bulunur. Ancak Federal Mahkeme, bidayet mahkemesinin Federal Mahkeme'yi bağlayıcı nitelikteki tespitinde, X'in şirketlerindeki telefon satışıyla görevli kişilerin, alıcı konumundaki müşterilerin aldatma olmasaydı yapmayacakları bir sözleşmeyi yapmalarını, aldatma yoluyla yaptığı sonucuna vardığını ve bunun da OR Art. 28 hükmünün ihlaline

kurulun “özen yükümü”nün bir parçası olarak, yönetimle görevli kişilerin “mevzuata uygun” hareket edip etmediklerinin üst gözetim görevini içermektedir. Üst gözetim görevinin nasıl ve ne şekilde yerine getirileceği hususu ise, Compliance organizasyonu ile gerçekleştirilebilecektir. Dolayısıyla, kanunda Compliance kavramının doğrudan ve açıkça yer almadığı yolundaki görüşüm bu çerçevede anlaşılmalıdır.

(83) IB_41/2011, I. öffentlich-rechtliche Abteilung.

dayanan zarar veren bir davranış olduğunu tespit ettiğini, fakat telefon satıcılarının aldatıcı davranışının, doğrudan temyiz itirazında bulunan yönetim kurulu üyesi olan X'e yüklenemeyeceğini, bununla birlikte X'in, söz konusu olaya karışan iki anonim şirkette yönetim kurulu üyesi olması nedeniyle, OR Art. 716a/1 N. 5 hükmü uyarınca, özellikle yasalara, esas sözleşmeye, iç yönergelere ve yönetim kurulunun yazılı talimatlarına uyulmasına ilişkin devredilemez ve alınmaz nitelikte görev ve yükümlülükleri olduğunu belirterek, iki anonim şirketin çalışanlarının sistematik ve kasıtlı olarak müşterilerine yanlış beyanda bulunarak ilan sözleşmesi yapmalarını gerçekleştirdiği hususu göz önüne alındığında, karara itiraz eden X'in yönetim kurulu üyesi olarak gözetim yükümünü yerine getirmediğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre, bu yükümün ağır şekilde ihlalinin ona isnat edilmesi gerekir ve nihayetinde her iki şirket çalışanının müşterileri sistematik olarak kasıtlı aldatmayla reklam sözleşmesi imzalanması konusunda aldatmışlardır. Bu nedenle, cezai kovuşturmanın başlatılması, X'in özel hukuka ilişkin (OR Art. 28 kapsamında) açıkça kusurlu olan davranışı sebebine dayanmaktadır. Bu durumda, ceza kovuşturmasının sona ermesi masraflarının ona yükletilebilmesi mümkün olduğundan, X'in tazminat talep etme hakkı yoktur. Öte yandan, temyiz talebinde bulunan X, iki şirkette bir iş bölümünün bulunduğunu ve kendisinin şirket defterlerini tuttuğunu, bunun da operasyonel işle ilgisi olmadığı itirazında bulunarak, bu şartlar altında, kendisini gözetim görevini ihlal etmekle suçlamanın "biraz garip" olduğu ve gerekli bilgilerin eksikliği nedeniyle kendisinin gözetim yükümünü ihlal etmesi hususunda hiçbir imkân elde etmediğini ileri sürerek, ilgili yöneticilerin kendisine yalnızca şirketlerin reklam sözleşmesini satmasını bildirildiklerini ve bu satışların nasıl yapılacağını kendisinden gizlendiğini belirterek bu durumda, iş arkadaşlarının iş uygulamaları hakkında kendisini karanlıkta bıraktığının varsayılması gerektiğini iddia etmiştir. Ayrıca X, şirketlerin sadece herhangi bir dava açılmasına yol açmayan finansallarıyla görevli olduğunu ve suçlayıcı ve özel hukuka ilişkin kusurlu bir davranışın kendisine yükletilemeyeceğini ileri sürmüştür. Federal Mahkeme kararında, -Compliance kavramını anmaksızın- temyiz itirazında bulunan X'in bu iddialarını şu gerekçelerle reddeder:

"Yönetim kuruluna, OR Art. 716a/1 N. 5 hükmü uyarınca, yönetimle görevli kişiler üzerinde devredilemez ve alınmaz nitelikte, özellikle yasalara, esas sözleşmeye, iç yönergelere, yönetim kurulunun yazılı talimatlarına

uyumlu davranma konusunda bir üst gözetim görevi üstlenmiştir. *İcra yetkisi olmayan yönetim kurulu üyeleri, yönetim ve temsil ile atanan memurların her işini kontrol etmek, denetlemekle yükümlü değildir, ancak yönetim iş ve işlemleri ve iş akışını gözden geçirmekle sınırlı kalabilir. Bunun kapsamına da, iş akışı hakkında bilgi edinme, rapor talep etme, bunları özenle inceleme, gerektiğinde ek tamamlayıcı bilgi toplama ve hataların açıklanmasına ilişkin çalışmalar yapması girmektedir* (BGE 114 V 219 E. 4a S. 223 mit Hinweisen).

Üst Gözetim, her zaman yöneticilere kişisel olarak eşlik etmelerini içerir. Normatif kontrol, diğer bir ifade ile gözetim, özellikle yasalara uyum konusunda, üst gözetimin bir parçasını oluşturur. Üst gözetime, yönetim kurulu-nun, yöneticilerin uygulanabilir standartlara uyup uymadığını sağlaması girmektedir. Yönetim Kurulu, hukuk düzenine genel olarak saygı gösterilmesini sağlamalıdır (Peter Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl. 2009, S. 1693 ff.; Rolf Watter/Katja Roth Pellanda, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 3. Aufl. 2008, N. 23 ff. zu Art. 716a OR).

Nihayet, temyiz itirazında bulunan X'in, iş arkadaşlarının iş uygulamaları konusunda kendisini kandırdıkları iddiası, bidayet mahkemesinin kararında tespit etmediği bir olaya dayandığından, burada incelenmesine gerek yoktur (BGG Art. 105/1)".

Federal Mahkemenin gerekçeleri Türk hukuku için de geçerlidir, çünkü TTK m. 375/1-e hükmünün kapsamı, halka açık olup olmadığı ayırımı yapılmaksızın tüm anonim şirketleri kapsamaktadır. Ancak, temsil yetkisinin mu-rahhaslara devredilmesi halinde, icra yetkisine sahip olmayan yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluğuna etkisinin ne olacağı konusunda doktrin-de Pash, şirketin *non-compliance* uygulamasının, şirketin yönetim ve/veya temsilinin kapsamına girdiğini, kural olarak, yönetim kurulunun görev alanı içerisinde olacağını ve ETK m. 336/b.5 (YTK. m. 553/1) uyarınca, şirketi kapsamına alan bir kanuni düzenlemenin ihlalinin, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu konusunda yeterli olabileceğini, *ancak ilgili olan bir mu-rahhasa ya da murahhas olmayan bir müdüre bırakılmış olması durumunda ise yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumluluklarının kalkacağını* (ETK. m. 346; YTK. m. 553/2, 3) ileri sürmektedir⁸⁴. Bu görüşe katılmak mümkün

(84) Pash, Compliance, s. 332.

değildir, çünkü yukarıda açıklanan İsviçre Federal Mahkemesinin de yerinde tespit ettiği üzere, temsil yetkisinin bir yönetim kurulu üyesine veya dışardan birine devredilmesi halinde, *Pasli*'nin iddiasının aksine, *İcra yetkisi olmayan yönetim kurulu üyelerinin, yönetim ve temsil ile atanan memurların her işini kontrol etmekle, denetlemekle yükümlü olmadığı, ancak yönetimin iş ve işlemleri ve iş akışını gözden geçirmekle sınırlı kalabileceği, bunun kapsamına da, iş akışı hakkında bilgi edinme, rapor talep etme, bunların özenle incelenmesi, gerektiğinde ek tamamlayıcı bilgilerin toplanması ve hataların açıklanmasına ilişkin çalışmalar yapılması girmektedir.* Ayrıca, devredilemez, alınamaz nitelikteki üst gözetim yükümü kurul organ olarak yönetim kuruluna ait olup, gözetim ise, yönetim kurulu üyelerinin bireysel ve kusur sorumluluğu nedeniyle, bireysel olarak yönetim kurulu üyelerine aittir. Nitekim Yargıtay 11. HD, 07.10.1994, E. 1994/5009, K. 1994/7236: kararında, “... genel kurul kararında şirketi zarara uğratan yönetim kurulu üyeleri hakkında dava açılmasına yönelik irade açıklanmış, ancak bu davanın sadece davalı için açılacağına dair ayırım yapılmamış olup, **yönetim kurulu üyelerinden bazılarının işlemleri ile şirketin zarara uğratılması halinde, bu işlemlere nezaret etme durumunda olan diğer yönetim kurulu üyelerinin de müteselsil sorumlu olmalarına göre...**” şeklindeki görüşü de bu yöndedir⁸⁵.

VII. SONUÇ

Bu açıklamalar ışığında halka açık şirketler için, Kurul'un 17-1.1 sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğinde, “İsviçre Kurumsal Yönetim İlkeleri (*Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*) Ziff. 21’de olduğu gibi, yönetim kurulunun yasal risklerle ilgili olarak, “uygulanan normlara riayet etmeye ilişkin önlemler” alması ve ek olarak, bir iç kontrol sisteminin kurulması ve işletme koşullarına uyarlanmış, aynı zamanda şirketin itibar ve imaj risklerini de (*Reputationsrisiken*) kapsayan bir Compliance-risk yönetim sisteminin kurulmasını (Ziff. 20) sağlayan düzenlemeyi yapması gerekmektedir.

Kurul, 17-1.1 sayılı Tebliği’nde Compliance’a ilişkin bir düzenleme yapınca kadar, halka açık veya büyük anonim şirketlerde yönetim kurulunun, TTK m. 375/1-b (İsvBK m. 716a/1 N. 2) uyarınca, söz konusu ilkeleri hazırlayıp, icra etmeye yetkili, bir “Compliance görevlisi” ataması ve yönetim kuru-

(85) <http://www.kazanci.com>, (Erişim tarihi: 20.03.2019).

lu, Compliance görevlisinin gözetiminden kurul organ olarak sorumlu olduğu için, uygun ve yeterli bir raporlama sistemini de hayata geçirmesi gerekir⁸⁶. Bu durumda, TTK m. 390/1 uyarınca, esas sözleşmede aksine ağırlaştırıcı bir hüküm bulunmadığı takdirde, yönetim kurulu üye tam sayısının çoğunluğu ile toplanır ve toplantıda hazır bulunan üyelerin çoğunluğu ile “Compliance-Programının asgari şartlarını içeren” yazılı bir karar alıp, bir Compliance görevlisi de atayarak, bunu yukarıdan aşağıya doğru bir talimat çerçevesinde tüm çalışanlara bildirmelidir. Ayrıca, bu talimata uyulup uyulmadığının denetim ve gözetimi bir Compliance görevlisi tarafından sağlanarak, sonuçları da sürekli şekilde raporla yönetim kuruluna sunulmalıdır. Çünkü tüm geçerli kanun hükümlerine uyma zorunluluğu, kavram olarak Compliance’ın tanınıp, bilinmemesi, TTK m. 369 çerçevesindeki yönetim kurulunun özen yükümü açısından bir mazeret sayılmaz⁸⁷. Sonuç olarak Compliance, kanunda açıkça kavram olarak yer almasa da, özenli yönetimin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir.

(86) *Sethe/Andreotti*, Compliance und Verantwortlichkeit, s. 105.

(87) Nitekim München Eyalet Mahkemesi’nin, 10.12.2013-5 HK O 1387/10 sayılı kararında da, dava zamanında “Compliance” kavramının henüz yerleşmemiş olmasının, temyiz başvurusunun kaldırılmasına yol açmayacağını, zira yönetici kurulun hukuka uygunluğu sağlama yükümlülüğünün Alman Anonim Şirketler Kanunu’nun (AktG) §76 hükmüne dayandığını ve bu hükmün 1965 yılından itibaren de yürürlükte olduğunu belirtmiştir.

**SMK m. 155'İN TEMEL VARSAYIMLARI VE OLASI
DEĞİŞKENLER ÜZERİNE DÜŞÜNCELER**

Prof. Dr. Feyzan Hayal ŞEHİRALİ ÇELİK

