

İSVİÇRE ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA YENİ DÜZENLEME: MENFAAT ÇATIŞMASI (İsvBK m. 717a)

*New Regulation in Swiss Joint Stock Company Law: Conflict of Interest
(Swiss Code of Obligations Art. 717a)*

Hediye BAHAR SAYIN*

Özet

Menfaat, bir kişinin belirli bir mal varlığına atfettiği kıymet olarak kabul edilmektedir. Bir kişi kendi menfaatlerini veya üçüncü kişilerin menfaatlerini gözetebilmektedir. Anonim şirkette de temsil ve idare organı olan yönetim kurulu üyeleri görevleri dolayısıyla pek çok menfaatle ilişki içindedir. Söz konusu menfaatlerin çatışması ise gayet olağandır. Bu durumun dikkate alınması sonucu İsviçre’de anonim şirketler hukuku revizyonunun bir parçası olarak, “Menfaat çatışması” İsvBK m. 717a’da açık şekilde düzenlenmiştir. Hüküm, revizyonun bir kısım hükümleri ile birlikte 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İsvBK m. 717a “Menfaat Çatışmaları” başlığı altında, “1. Yönetim kurulu ve icra kurulu üyeleri, kendilerini ilgilendiren menfaat çatışmaları hakkında yönetim kurulunu derhal ve eksiksiz olarak bilgilendirir. 2. Yönetim kurulu, şirketin menfaatlerini korumak için gerekli önlemleri alır.” ifadeleri yer almaktadır.

İsvBK m. 717a/1’de menfaat çatışmalarına ilişkin düzenleme ile yönetim kurulu ve icra kurulu üyeleri için bilgilendirme ve eylem mecburiyeti şeklinde açık yükümlülükler belirlenmiştir. Bu kapsamda bilgilendirmenin “derhal ve eksiksiz” şekilde yapılması gerekmektedir. Ancak menfaat çatışmasından etkilenen üyenin bilgilendirmeyi ne şekilde yapacağı kanunda açıkça düzenlenmediği gibi “derhal” ifadesi bilgilendirme süresinde tereddütlere sebep olmaktadır. İsvBK m. 717a/2’ye göre, bildirim üzerine yönetim kurulu şirketin menfaatlerini korumak için gerekli tedbirleri almalıdır. Kural olarak, her menfaat çatışmasının niteliğini ve yoğunluğunu dikkate alarak değerlendirmek ve uygun önlemlere karar vermek yönetim kurulunun görevidir. Alınacak tedbirler konusunda ise kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususta doktrin olası tedbirleri genel olarak; çekilme (sadece karar alma veya gerektiğinde danışma için), üst organ veya komite tarafından karar alma, bağımsız değerlendirme görüşü veya uzman görüşü, iradenin oluşmasının tüm aşamalarından ve bilgiye erişimden tamamen yoksun bırakma ve son çare olarak istifa veya azil şeklinde sıralamaktadır. İsvBK m. 717a’da yükümlülüğün ihlali hâlinde doğrudan bir yaptırım veya özel bir hukuki sonuç öngörülmemektedir.

Anahtar Kelimeler: Anonim şirket, yönetim kurulu, menfaat çatışması, bilgilendirme, tedbir

➤ Bu makale Etik Kurul iznine tabi değildir/This article is not subject to Ethics Committee permission.

➤ Makale Geliş Tarihi/Article Received Date: 12.03.2025

➤ Yayın Kurulu Kabul Tarihi/Editorial Board Acceptance Date: 22.07.2025

* Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku ABD, hediye@anadolu.edu.tr, <https://orcid.org/0000-0001-5175-8987>

Abstract

An interest is recognised as the value that a person attributes to a particular asset. A person can consider their own interests or the interests of third parties. In a joint-stock company, the members of the board of directors, as the representative and administrative body, are involved in many interests due to their duties. The conflict of these interests is quite normal. As a result of considering this situation, "Conflict of Interest" has been explicitly regulated in Swiss Code of Obligations Article 717a as part of the revision of the law on joint-stock companies in Switzerland. The provision came into effect on January 1, 2023, along with some provisions of the revision. Article 717a of the Swiss Code of Obligations states under the title "Conflicts of Interest: " 1. *The members of the board of directors and the executive board shall inform the board of directors immediately and comprehensively of any conflicts of interest affecting them.* 2. *The board of directors shall take the measures required to safeguard the company's interests.*" expressions are included.

Article 717a/1 of the Swiss Commercial Code sets forth clear obligations for the members of the board of directors and the executive board in the form of information and action obligation. In this context, the information must be provided "immediately and comprehensively". However, the manner in which the member affected by the conflict of interest shall be informed is not clearly regulated in the law, and the expression 'immediately' causes hesitations in the duration of the information. According to Art. 717a/2 of the Swiss Code, upon notification, the board of directors must take the necessary measures to protect the interests of the company. As a rule, it is the duty of the board of directors to evaluate each conflict of interest, taking into account its nature and intensity, and to decide on appropriate measures. There is no regulation in the law on the measures to be taken. In this regard, the doctrine lists the possible measures as: recusal (only for decision-making or consultation when necessary), decision-making by the higher body or committee, independent evaluation report or expert opinion, complete deprivation of all stages of will formation and access to information, and, as a last resort, resignation or dismissal. Article 717a of the Swiss Code does not provide for special legal consequences in case of conflict of interest.

Keywords: Joint Stock Company, board of directors, conflict of interest, information, measure

GİRİŞ

Anonim şirkette temsil ve idare organı yönetim kurulu olup kurul üyeleri görevleri dolayısıyla pek çok menfaati temsil etmektedir. Söz konusu menfaatlerin çatışması olağan kabul edilmektedir. Menfaat çatışması mutlak bir sorun olmayıp çatışma halinde hareketsiz kalınması konuyu sorun haline getirmektedir. Bu sebeple menfaat çatışmalarına ilişkin farkındalığı yükseltmek önem arz etmektedir¹. Deneyimler, menfaat çatışmalarının genellikle fark edilmediğini ve fark edildiklerinde de çözüme ulaşmanın şirket kültürüyle bağlantılı olduğunu göstermektedir. Zira bir şirketin menfaat çatışmalarını nasıl ele aldığı esasen kurumsal kültür meselesidir. Şirket içinde menfaat çatışmalarının ele alınıp alınmaması

¹ Claudia Götz Staehelin and Roman Huber, 'Interessenkonflikte im Fokus von internen Untersuchungen – Herausforderungen in der Praxis und «Lessons Learned» (2023) (1) RR-COMP 10.

sadece çatışma durumlarında nasıl hareket edileceğine dair iç yönergelerle değil, aynı zamanda şirketi yönetenlerin tutumuna da bağlı bulunmaktadır².

Anonim şirketlerin, menfaat çatışmalarının önlenmesine veya meydana gelen menfaat çatışmalarında alınacak tedbirlere ilişkin organizasyonel düzenlemeler yapmaları ya da yönetim kurulu tarafından çıkarılacak iç yönergelerde bu hususlara dair hükümlere yer vermeleri mümkündür³. Bu tür hükümlerin yer aldığı düzenlemelere çoğunlukla halka açık anonim şirketlerde rastlanmaktadır. Buna karşılık, menfaat çatışmalarından yoğun şekilde etkilenen küçük ve orta ölçekli şirketler, genellikle sorun hakkında farkındalıktan ve dolayısıyla önleyici düzenlemelerden yoksun bulunmaktadır⁴.

Tüm bu hususların dikkate alınması sonucu İsviçre kanun koyucusu anonim şirketler hukukunun 2020 revizyonunun bir parçası olarak, İsvBK m. 717a'da “*Menfaat çatışması*”nı (Interessenkonflikt) düzenlenmiştir. İsviçre Parlamentosu 19 Haziran 2020 tarihinde İsviçre Borçlar Kanunu’nun (İsvBK) (Schweizerisches Obligationenrecht) revize edilen hükümlerini kabul etmiştir. İsvBK m. 717a revizyonunun bir kısım hükümleri ile birlikte 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Çalışmanın konusunu da İsvBK m. 717a’da düzenlenen menfaat çatışması, menfaat çatışmasının bildirilmesi, bildirim yükümlüsü, bildirimin muhatabı, muhatabın aldığı bilgi üzerine hangi önlemlerin alınabileceği ve alınması gerektiği ve şirketin menfaatlerini korumak için alınması gereken önlemler⁵ oluşturmaktadır. Bu çalışma, Türk Ticaret Hukuku üzerinde büyük etkileri olan İsviçre hukukunda yeni bir düzenleme olan İsvBK m. 717a “*Menfaat çatışması*”nın genel çerçevesini belirlemeyi ve düzenlemenin İsviçre doktrinindeki yansımalarını tespit etmeyi amaçlamaktadır.

I. MENFAAT ÇATIŞMASINA İLİŞKİN İSVİÇRE BORÇLAR KANUNUNDA YER ALAN HUKUKİ DÜZENLEMELER

İsviçre Borçlar Kanunu’nda anonim şirketler revizyonu kapsamında kabul edilen hükümlerin bir kısmının 1 Ocak 2023 tarihinde yürürlüğe girmesinden önce “menfaat çatışması” kavramına rastlanmamaktadır. Her ne kadar açık bir hüküm bulunmasa da, menfaat çatışması kapsamında değerlendirilebilecek bazı düzenlemeler mevcuttur. Menfaat çatışması bağlamındaki düzenlemelerden en önemlisi yönetim kurulu üyeleri ve şirket yönetiminde yer alan kişilerin sadakat

² Staehelin/ Huber (n 1) 10. Modern menfaat çatışması sistemleri ve ilgili düzenlemeler tipik olarak menfaat çatışmalarıyla başa çıkmak için tanımlama, açıklama, yönetim ve kaçınmadan oluşan dört aşamalı bir süreç öngörmektedir. Götz Staehelin/Huber (n 1) 9.

³ Rolf Sethe, ‘Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda’ (2018) 90 (4) SZW 388.

⁴ Sethe (n 3) 388.

⁵ Dieter Gericke and Daniel Böttcher, ‘Interessenkonflikte unter dem neuen Aktienrecht’ (2021) 93 (1) SZW 339.



yükümlülüğüne ilişkin İsvBK m. 717/1 hükmüdür⁶. Hüküm kapsamında, yönetim kurulu, şirketin menfaatlerini sadakatle korumakla yükümlüdür. Bu doğrultuda, şirket yönetiminde görev alan kişilerle ilgili menfaat çatışmalarından kaynaklanan uyuşmazlıklar, yeni düzenleme öncesinde büyük ölçüde İsvBK m. 717/1. çerçevesinde çözümlenmiştir⁷.

Bu kapsamdaki bir diğer düzenleme ise İsvBK m. 718b'dir. Hükme göre, “Şirket bir sözleşmenin akdi sırasında sözleşmeyi akdettiği kişi tarafından temsil ediliyorsa, sözleşme yazılı olarak yapılmalıdır. Bu gereklilik, şirketin mal veya hizmetlerinin değerinin 1.000 Frankı aşmadığı günlük işlerle ilgili sözleşmeler için geçerli değildir”. Hüküm çerçevesinde İsviçre anonim şirketler hukukunun kendi kendine işlem yapma (Insichgeschäfte) konusundaki düzenlemesinin yalnızca bir şekil şartı ile sınırlandırıldığını söylemek yanlış olmayacaktır⁸. Bu işlemler uygulamada çoğunlukla tek ortaklı şirketler ile yönetim kurulunun genellikle tek başına imza yetkisine sahip olduğu şirketlerde görülmektedir. Çoğunluk pay sahibinin veya bir grup hâkim pay sahibinin yönetim kurulunu oluşturduğu şirketler de söz konusu işlemlere açıktır⁹.

Kendi kendine işlem yapma iki şekilde ortaya çıkmaktadır: Kendi adına işlem yapma (Selbstkontrahieren)¹⁰ ve çifte temsil (Doppelvertretung)¹¹. Kendi adına işlem yapma ve çifte temsil İsviçre doktrinde ve içtihatlarında¹² hukuken geçersiz

⁶ Andreas Bohrer, ‘Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern’ (2023) (1) GesKR 7.

⁷ Peter V. Kunz, ‘Interessenkonflikte – aktienrechtliche Lösungen’ (2024) (160) ZBJV 391.

⁸ Peter Böckli, ‘Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR’ (2012) (3) GesKR 354.

⁹ Sethe (n 3) 378.

¹⁰ Şirketler hukukunda kendi kendine işlem yapma (Insichgeschäft) türlerinden biri “kendi adına işlem yapma”dır (Selbstkontrahieren). Bu durumda, bir veya birden fazla ortak, organ üyesi ya da vekil, şirket adına hareket ederek kendisiyle bir sözleşme akdetmektedir. Buradaki temel menfaat çatışması, şirketi temsil eden kişinin yalnızca temsil ettiği şirketin menfaatlerini gözetmekle kalmayıp aynı zamanda sözleşmenin diğer tarafı olarak kendi menfaatlerini de korumak istemesinden kaynaklanmaktadır. Peter Jung, ‘Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst’, in: Kunz/Arter/Jörg (eds), Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI (Stämpfli Verlag 2011), 274-275. Benzer şekilde bkz. Böckli (n 8) 355.

¹¹ Doğrudan çifte temsil (unmittelbare Doppelvertretung) halinde, her iki veya (çok taraflı sözleşmelerde) birden fazla sözleşme tarafı aynı hukuki temsilci (dar anlamda çifte temsil) veya organ temsilcisi (çifte organ üyeliği) tarafından temsil edilmektedir. Buradaki temel menfaat çatışması, temsilcinin yalnızca bir sözleşme tarafının menfaatlerini gözetmek zorunda olmamasından kaynaklanmaktadır. Bu durum, temsil edilen taraflardan birinin kayırılması riskini doğurmakta ve sözleşme müzakerelerinin dengeli bir şekilde yürütülmesini tehlikeye atmaktadır. Jung (n 10) 275; Aynı hususta bkz. Böckli (n 8) 355.

¹² A. Damian Fischer, ‘Gültigkeit von Verträgen bei organschaftlicher Doppelvertretung Besprechung des Urteils 4A_360/2012 des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Dezember 2012’ (2013) (2) GesKR 281.

(ungültigkeit) olarak kabul edilmektedir¹³. Ancak işlemin niteliği gereği, temsil olunan kişinin zarar görme riski (Benachteiligungsgefahr) yoksa, temsil olunan kişi, temsilciyi özel olarak yetkilendirmişse ya da söz konusu işlemi sonradan açıkça onaylamışsa (nachträglich genehmigt)¹⁴ işlem geçerli kabul edilebilmektedir. Zira bu istisnalar dışında, hem temsilcinin temsil ilişkisine dayanan yetkisinin (İsvBK m. 32) hem de tüzel kişi organlarının kanunen tanınan temsil yetkisinin (İsvBK m. 718), temsilcinin kendisiyle işlem yapmasını kapsamadığı genel kabul görmektedir¹⁵.

II. YENİ DÜZENLEMESİ İLİŞKİN TARİH SÜREÇ

İsviçre Federal Konseyi 21 Aralık 2007 tarihinde yeni İsvBK m. 717a için ayrıntılı bir metin önermiş¹⁶ ve madde gerekçesinde (Message/Botschaft), menfaat çatışmasının söz konusu olması halinde ilgili üye için geniş kapsamlı bir çekilme yükümlülüğünü savunmuştur. 28 Kasım 2014 tarihli anonim şirketler hukuku revizyonuna ilişkin ön taslak – tıpkı 21 Aralık 2007 tarihli revizyon taslağı gibi – doktrin ve uygulamada geliştirilen menfaat çatışmalarıyla ilgili davranış kurallarını yeni İsvBK m. 717a kapsamında ele almış ve menfaat çatışmalarının açıklanması konusunda sadakat yükümlülüğünü açık bir şekilde somutlaştır-

¹³ Böckli (n.8) 355; İşlemin etkisiz (unwirksam) olacağı hususunda bkz. Sethe (n 3) 378. Söz konusu olan bir konzern ise çifte temsil halinde temsilci tarafından yapılan bir işlem temelde geçerli sayılmaktadır. Federal Mahkeme de konzernlerde çifte temsilin temelde kabul edilebilir olduğunu zira bu durumda önceden sessiz bir onayın var sayılabileceğini ifade etmiştir. Ancak öğretilde, bu istisnanın yalnızca ana şirketin yavru şirketlerin %100 sermayesine sahip olduğu durumlarla sınırlı olması gerektiği savunulmaktadır. Aksi takdirde, böyle bir işlemin geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Zira bu durum, azınlık pay sahiplerinin korunmasına hizmet etmektedir. Peter Nobel and Christoph Müller (eds), *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (Stämpfli Verlag 2023) 572 N. 81.

¹⁴ Fisher (n 12), 281.

¹⁵ Böckli (n 8) 356; Sethe (n 3) 379. Kendi kendine sözleşme yapmanın esasen caiz olmadığı ancak “işlemin niteliği, temsil edilenin zarar görme riskini ortadan kaldırıyorsa” bunun kabul edilebileceği görüşü için bkz. *Homburger Eric, Zürcher Kommentar zu Art. 707-726, Der Verwaltungsrat* (Schulthess Verlag 1997) Art. 717 N. 909; *Jung* (n 10) 281; Sethe (n 3) 381. Kendi kendine işlemin sözleşme tarafını haksız şekilde kayırıp kayırmadığı ancak sözleşme içeriğinin hukuka uygun olup olmadığının incelenmesiyle anlaşılabilir. Öte yandan, belirli bir sözleşme grubunun yalnızca kuruluş biçimi nedeniyle (şirketin yakın veya doğrudan çevresinde yapılmış olması) baştan itibaren hukuka aykırı olduğu şüphesiyle değerlendirilmesi aşırı bir yaklaşımdır. Bu nedenle hukuki geçersizlik varsayımına dayanan sözleşme denetiminden vazgeçilmeli, bunun yerine talep üzerine içerik denetimi yapılmalıdır. Claire Huguenin, *Insichgeschäfte im Aktienrecht*, in: *Kramer/Nobel/Waldburger* (eds.), *Festschrift für Peter Böckli zum 70. Geburtstag* (Schulthess Verlag 2006) 526.

¹⁶ “1. Yönetim kurulu üyeleri ve şirket yöneticileri, menfaat çatışmaları hakkında derhal ve eksiksiz bir şekilde yönetim kurulu başkanını bilgilendirir. Eğer başkanın kendisi bir menfaat çatışması içinde bulunuyorsa, başkan yardımcısına (stellvertretenden Präsidenten) başvurur. 2. Başkan veya başkan yardımcısı, gerekli olduğu takdirde yönetim kurulunu bilgilendirir. 3. Yönetim kurulu, şirketin menfaatlarını korumak için gerekli önlemleri alır. İlgili önlemlerle ilgili karar alma sürecinde, menfaat çatışması bulunan kişi toplantıya katılamaz.” Bohrer (n 6) 8.



mayı öngörmüştür¹⁷. Söz konusu hedefe rağmen, Ulusal Konsey (Nationalrat), Hukuk Komisyonu'nun önerisiyle ilk etapta maddeyi tamamen kaldırılmış, karara gerekçe olarak; söz konusu hükmün tüm olası menfaat çatışması durumlarını kapsamadığı belirtilmiştir. Ayrıca, organ üyelerinin şirkete karşı bir sadakat yükümlülüğü bulunduğu ve bunun menfaat çatışmalarının yönetimini de içerdiği vurgulanmıştır. Son olarak, İsviçre En İyi Uygulamalar Kodu (Swiss Code of Best Practice) ile menfaat çatışmalarının yönetimi konusunda yeterli bir rehber bulunduğu ifade edilmiştir¹⁸.

Ulusal Konsey'in, Hukuk İşleri Komisyonunun talebi üzerine parlamento görüşmeleri sırasında bu hükmün değiştirmeden kaldırmasının ardından, Federal Konsey, farklılıkların uzlaştırılmasının bir parçası olarak Ulusal Konsey'de kabul edilen 2016 Taslağındaki versiyona geri dönmüştür¹⁹. Federal Konsey 23 Kasım 2016 tarihinde hükmün yasalaşan kısa versiyonunu önermiş ve 19 Haziran 2020 tarihinde yeni hüküm kabul etmiştir²⁰. Federal Konsey'in şirket iç yönergesinde (Organisationsreglement) menfaat çatışmalarına ilişkin hüküm olmasına dair önerisi ise parlamento tarafından red edilmiştir²¹.

İsvBK m. 717a'nın yürürlüğe girmesiyle "Menfaat Çatışmaları" başlığı altında, "1. Yönetim kurulu ve icra kurulu üyeleri²², kendilerini ilgilendiren menfaat

¹⁷ Lukas Handschin (ed), *Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat Mängel in der Organisation Art. 698-726 und 731b OR* (3th edn, Schulthes Verlag 2018) Art. 717 N. 160.

¹⁸ Sethe (n 3) 390.

¹⁹ Gericke/Böttcher (n. 3) 340.

²⁰ Federal Konsey hükmün kısaltmasını şu şekilde gerekçelendirmiştir: "İyi bir kurumsal yönetim anlayışı doğrultusunda, yeni 717a madde menfaat çatışması ortaya çıktığında ne yapılması gerektiğini belirtmektedir. ... Yönetim kurulu üyeleri ve eğer icra kurulu (Geschäftsleitung) mevcutsa, onun üyeleri de 717a maddesi 1. fıkrası uyarınca menfaat çatışmalarını yönetim kuruluna derhal ve eksiksiz bir şekilde bildirmek zorundadır. Bu bildirim yükümlülüğü açısından, menfaat çatışmasının yalnızca potansiyel olup olmadığı ya da halihazırda çözümsüz bir çekişmenin ortaya çıkıp çıkmadığı önemsizdir. İkinci fıkra gereği, yönetim kurulu şirketin menfaatlerini korumak için gerekli önlemleri almalıdır. 2007 yılına ve önceden önerilen tasarlara kıyasla, burada zorunlu bir çekilme yükümlülüğünden vazgeçilmiştir. Çoğu zaman, menfaat çatışmasında bulunan yönetim kurulu ya da icra kurulu üyelerinin bilgisinin, organın karar alma süreci için önemli olduğu görülmektedir. Çekilmenin zorunlu olması, bazı durumlarda yanlış olabilir, zira bu durum, ilgili kişinin genellikle sorumluluktan kurtulmasına neden olabilmektedir. Pratikte, böyle bir durumda genellikle iki aşamalı bir oylama yapılır, önce tüm yönetim kurulu üyeleri/şirket yönetimi arasında, sonra ise menfaat çatışmasında bulunan üyeler olmadan. Karar, her iki aşamada da kabul edilirse geçerli sayılır." Bohrer (n 6) 8.

²¹ Gericke/Böttcher (n. 3) 344; Rolf Watter and Hans-Ueli Vogt (eds), *Basler Kommentar. Obligationenrecht II* (6th edn. Helbing Lichtenhahn Verlag 2024) Art. 717a N. 2.

²² Türkiye'de "icra kurulu" terimi, genellikle şirketin üst yönetim kadrosunu tanımlamak için kullanılmaktadır. Bu kapsamda, şirket genel müdürü genellikle icra kurulu başkanı olarak anılmaktadır. Genel müdüre bağlı çalışan genel müdür yardımcıları da icra kurulunun üyeleri sayılmaktadır. Yavuz Akbulak, 'Türk Hukukunda Yönetim Kurulu Başkanı, İcra Kurulu Başkanı, Genel Müdür, Ceo vb. Kavramlar Üzerine Bir Değerlendirme' (<https://blog.lexpera.com.tr/turk-hukukunda-yonetim-kurulu-baskani-icra-kurulu-baskani-genel-mudur-ceo-vb-kavramlar-uzerine-bir-degerlendirme>)

çatışmaları hakkında yönetim kurulunu derhal ve eksiksiz olarak bilgilendirir. 2. Yönetim kurulu, şirketin menfaatlerini korumak için gerekli önlemleri alır” ifadelerine yer verilmiştir. İlgili düzenleme ile yönetim kurulu ve icra kurulu (Geschäftsleitung) üyeleri açısından, bilgilendirme ve harekete geçme yükümlülüğü (Informations- und Handlungspflicht) şeklinde açık ve somut yükümlülükler öngörülmüştür. Bu yükümlülükler, menfaat çatışmasının vuku bulması halinde yerine getirilmesi gereken sorumluluklar olarak ortaya çıkmaktadır²³.

Taslak metindeki basitleştirilmiş hüküm, doktrinde çeşitli tartışmalara yol açmıştır. Bu tartışmaların temelinde ise hükmün uygunluğu ve hukuki gerekliliği değerlendirilmektedir. Bazı yazarlar, söz konusu düzenlemeyi “budanmış ve anlamını yitirmiş” olarak nitelendirerek eleştirmekte; halka açık anonim şirketlerin büyük ölçüde İsviçre En İyi Uygulamalar Kodu’na²⁴ uyum sağladığına dikkat çekerken, diğer anonim şirketlerin ise yönlendirici bir çerçeveden yoksun bırakıldığı görüşünü ileri sürmektedirler²⁵. Diğer bazı yazarlar ise söz konusu hükmün esasen mevcut uygulamaların kodifikasyonundan ibaret olduğunu, bu nedenle biçimsel nitelikte bir düzenleme taşıdığını ve herhangi bir değişiklik içermediğini ifade etmektedir. Bu görüşe ilave olarak, düzenlemenin hem yönetim kurulu üyeleri hem de yargı mercileri açısından ek bir iş yükü oluşturabileceğine dikkat çekmektedirler²⁶. Ayrıca İsvBK m. 717a’nın İsvBK m. 717’ye karşı

(Erişim Tarihi: 12.6.2025). İcra kurulu üyeleri stratejik açıdan önemli işlemler için genellikle öneriler geliştirmekte, bunları hazırlamakta ve yönetim kurulunun talimatları doğrultusunda yürütmektedir. Ancak nihai olarak işlemin müzakere edilen koşullarla gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine karar vermemektedir. Ayrıca, Murahhas Müdürler genellikle şirkette tam zamanlı çalıştıklarından, başka şirketlerde yöneticilik yapmaları hem fiilen hem de hukuken mümkün değildir. Sınırlı da olsa başka bir şirketin yönetim kurullarında görev almaları ise mümkündür. Rudolf Tschäni and Hans-Jakob Diem, ‘Interessenkonflikte in M&A-Transaktionen’ in: Rudolf Tschäni(ed), Mergers & Acquisitions XVIII, Schulthess Verlag 2016, 74.

²³ Gericke/Böttcher (n 3) 341.

²⁴ 2023 yılı başında, İsviçre Kurumsal Yönetişim için En İyi Uygulamalar Kodu (Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance) gözden geçirilmiştir. Kod, menfaat çatışmalarıyla başa çıkmak için en iyi uygulama standartları sunmaktadır. Kod, menfaat çatışması ile menfaat çakışmasını açıkça ayırmaktadır. Bir menfaat çakışması (kişisel menfaatlerin veya üçüncü taraf menfaatlerinin şirketin menfaatlerini etkilemesi) söz konusu olduğunda, etkilenen kişi, başkana durumu bildirmek ve tüm ilgili koşulları açıklamak zorundadır, böylece başkan menfaat durumunu değerlendirebilmektedir. Bir menfaat çatışması mevcutsa (karşıt menfaatler söz konusuysa), kurul menfaat çatışmasının yoğunluğuna uygun bir karar almakta, böylece şirketin bağımsız menfaatlerinin korunması sağlanmaktadır. Kurul, çatışmadan etkilenen kişileri dinlemekte, ilgili üyenin çekilmesi gerekip gerekmediği, ilgili üyeyle ya da üyeye rağmen çift oylama yapılmasının yeterli olup olmadığı, üyenin çekilme durumunda yalnızca karar alma aşamasında mı yoksa ayrıca müzakere aşamasında mı çekilmesi gerektiği, bağımsız bir üçüncü şahıs tarafından değerlendirme yapılmasının gerekip gerekmediği gibi önlemler hususunda değerlendirme yapmaktadır. Eğer menfaat çatışması devam ediyor ise yönetim kurulu, ilgili üyenin istifa edip etmeyeceğine veya yeniden seçilip seçilmeyeceğine karar vermektedir. Bohrer (n 6) 11.

²⁵ Handschin (n 17) Art 717 N. 164.

²⁶ Kunz (n 5) 395.



lex specialis olması ve zaman olarak daha sonra yürürlüğe girmesi dolayısıyla hükmün, İsvBK m. 717 hükmünü geçersiz kılıp kılmadığının değerlendirmesi gerektiği vurgulanmıştır²⁷.

A. Menfaat Çatışması Kavramı ve Kavramın Benzer Kavramlardan Ayrılması

1. Yönetim Kurulunun Bağımsızlığı ve Menfaat Çatışması

Yönetim kurulunda menfaat çatışmasının “*Verwaltungsrat im Interessenkonflikt*” düzenlendiği İsvBK m. 717a hükmünün çerçevesinin çizilebilmesi için öncelikle kavramın diğer bazı kavramlardan farklarının ortaya konulması gerekmektedir. İsviçre hukukunda menfaat çatışması olmayan yönetim kurulu üyesi (konfliktfreie Verwaltungsrat) genellikle hatalı bir şekilde “bağımsız” (unabhängig) olarak adlandırılmaktadır. Ancak bu bağımsızlık, kurumsal yönetim ilkele-
rindeki “bağımsız yönetim kurulu üyesi”(unabhängiger Verwaltungsrat) ile aynı hususu ifade etmemektedir²⁸. Menfaat çatışması, münferit durumlarda sadakat yükümlülüğünün bir uygulaması iken (İsvBK m. 717/1); bağımsızlığın konusu, halka açık anonim şirkette iç ve dış denetimin sağlanması (internen und externen Kontrolle) ile ilişkilidir²⁹. Esasen, yönetim kurulu üyelerinden hâkimlerde olduğu gibi mutlak bir tarafsızlık beklenmemektedir. Zira yönetim kurulu, doğası gereği belirli ölçüde farklı menfaatlara bağlı bir yapıya sahiptir. Bu bağ, büyük ölçüde yönetim kurulu üyelerinin pay sahiplerinin çoğunluğu tarafından seçilmesi ve bu nedenle söz konusu çoğunluğun görüş ve beklentileriyle yönetim kurulu üyelerinin düşüncelerinin örtüşme eğiliminde olmasından kaynaklanmaktadır³⁰. Yönetim kurulu üyeliğine, pay sahiplerinin çoğunluğu tarafından seçilen hemen her kişi getirilebilmektedir. Bu görev için herhangi bir yeterlilik belgesi veya sertifika şartı aranmamakta olup, üyelerin bağımsızlık durumuna ilişkin harici bir denetim mekanizması da bulunmamaktadır³¹. Ayrıca pay sahiplerinin özellikle hâkim pay sahiplerinin doğrudan yönetim kurulunda yer alması ve kendi ticari menfaatlerini doğrudan savunabilmesi, kapitalist anonim şirket modelinin değişmeyen bir parçasını oluşturmaktadır³². Bazı durumlarda ise kanun koyucu yönetim kurulu üyelerinin belirli menfaat gruplarını temsil edecek şekilde seçil-

²⁷ Kunz’a göre, İsvBK m. 717/1’e dayalı sadakat yükümlülüğü, hâlâ -ve gelecekte de- yönetim kurulu üyelerinin menfaat çatışmalarını çözmede merkezi bir rol oynamaktadır. Kunz (n 5) 392. Dogmatik olarak, İsvBK m. 717a’daki yükümlülükler, İsvBK m. 717/1’de yer alan sadakat yükümlülüğünün, yani “şirketin menfaatlerini sadakatle koruma” yükümlülüğünün bir somutlaştırması olarak sınıflandırılmaktadır. Gericke/Böttcher (n 3) 341.

²⁸ Böckli (n 8) 360.

²⁹ Sethe (n 3) 378.

³⁰ Böckli (n 8) 360; Sethe (n 3) 377.

³¹ Böckli (n 8) 363.

³² Böckli (n 8) 363; Aynı hususta bkz. Gericke/Böttcher (n 3) 341.

mesini açıkça öngörmektedir³³. Esasen yönetim kurulunun, kişisel menfaatlardan arınmış, hakimler gibi tarafsız ve önyargısız hareket eden vekiller grubu olarak kurgulanması anonim şirket kavramıyla bağdaşmamaktadır³⁴. Bu çerçevede, yönetim kurulu içerisinde belirli düzeyde bir “menfaat çatışması”nın varlığı, kurulun yapısal özelliklerinden biri olarak değerlendirilebilir. Zira yönetim kurulu bünyesinde farklı bireysel roller üstlenilmekte ve kişisel kaygılardan kaynaklanan çeşitli bakış açıları karar alma süreçlerine yansıyabilmektedir³⁵.

Anonim şirketlerde menfaat çatışmasının hiç ortaya çıkmadığı ya da farklı menfaatlerin yalnızca var olduğu veya korunmasının amaçlandığı durumlar da söz konusudur. Bu tür hallerde menfaatler arasındaki gerilim, tarafsız bir değerlendirmeyi tehlikeye düşürecek düzeyde bir çatışma boyutuna ulaşmamaktadır³⁶. Bu bağlamda, şirket menfaatleri ile kişisel menfaatler veya üçüncü kişi menfaatleri birbirine zıt değilse, bir menfaat çatışması oluşmamaktadır³⁷. Farklı menfaatler bulunsun da bunlar birbirine zıt değilse ve bir çatışmaya yol açmıyorsa, bu durum menfaat çatışması değil, sadece bir “menfaat çakışması/teması” (Interessenberührung) olarak değerlendirilmektedir³⁸. Örneğin, bir kişinin kendi menfaatini veya üçüncü kişinin menfaatini gözetmesi, şirketin menfaatlerine doğrudan zarar vermiyorsa, söz konusu durum menfaat çatışması sayılmamaktadır³⁹. Uygulamada menfaat çakışması/teması, menfaat çatışmalarından çok daha yaygındır. Menfaat çakışmasında, yönetim kurulu üyesinin (veya ona yakın bir kişinin) potansiyel menfaatinin, şirket menfaatlerini doğrudan tehlikeye atacak bir etkisi bulunmamaktadır⁴⁰. Öte yandan tamamen ideolojik veya önemsiz kişisel finansal menfaatlerin ya da sadece kişinin kendi konumunu koruma isteğinin söz konusu olduğu durumlarda, menfaat çatışmasını gerektirecek bir yoğunluk

³³ Şirkette önemli payı bulunan tüzel kişilere ve ticaret şirketlerinin temsilcilerine (İsvBK m. 707/3), azınlık pay sahiplerinin temsilcilerine (İsvBK m. 709/2), oy hakkında imtiyazlı paylar veya tercihi paylar bulunması durumunda adi pay sahiplerine (stammaktionäre) yönetim kuruluna temsilci gönderme hakkı tanınmıştır (İsvBK m. 709/1). Ayrıca kamu tüzel kişilerinin pay sahibi oldukları anonim şirketlerde kendi menfaatlerini doğrudan temsil etmek üzere yönetim kuruluna üye atanması imkânı bulunmaktadır (İsvBK m. 762). Sethe (n 3) 377.

³⁴ Böckli (n 8) 363; Aynı hususta bkz. Gericke/Böttcher (n 3) 341.

³⁵ Böckli (n 8) 363; Peter Forstmoser, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis* (Schulthess Verlag 2011) 275 vd. N. 104.

³⁶ Tschäni /Diem (n 22) 75; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 8.

³⁷ Bohrer (n 6) 9.

³⁸ Peter Böckli, *Aktienrecht* (4th edn, Schulthess Verlag 2009) § 9 N 796; Nicolas Facincani and Reto Sutter, ‘*Interessenkonflikte im Verwaltungsrat*’ (2023) (2) TREX 89; Watter/Vogt (n. 21) Art. 717a N. 8.

³⁹ Daniel Daeniker, ‘*Die zwei Hüte des Verwaltungsrates: Handhabung von Interessenkonflikten bei M&A-Transaktionen*’ in: Tschäni (eds), *Merges & Acquisitions VII* (Schulthess Verlag 2005) 115; Tschäni/Diem (n 22) 76; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 8.

⁴⁰ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 8.



bulunmamaktadır. Bu tür durumlarda, sadece açıklama yükümlülüğü doğuran bir menfaat çatışması söz konusu olup, üyenin yönetim kurulu toplantılarından çekilmesini gerektiren ağır önlemler alınmasına gerek bulunmamaktadır⁴¹. “Menfaat çatışması/teması” olsa bile, her yönetim kurulu üyesinin İsvBK m. 716 anlamında kararın alınmasına katılma konusunda tam yetkisi ve hatta yükümlülüğü mevcuttur⁴². Ancak gerçek bir menfaat çatışması olduğunda ve bu çatışma karar alma sürecinin işlevselliğini tehdit edecek kadar doğrudan ve yoğun olduğunda, duruma müdahale edilmesi gerekmektedir⁴³.

2. Menfaat Çatışması

Menfaat, genellikle bir kişinin belirli bir mal varlığı unsuruna atfettiği değer olarak tanımlanmaktadır. Kişi, bu kapsamda ya kendi menfaatlerini ya da üçüncü kişilere ait menfaatleri gözetebilir⁴⁴. Kendi menfaatlerinin gözetilmesi ekonomik yaşamda her zaman var olan doğal bir durum olarak kabul edilirken, üçüncü kişilerin menfaatlerinin gözetilmesi ise genellikle kişinin bir üçüncü şahısla ya da kendisinin organ sıfatıyla görev yaptığı bir şirketle arasında hukuki bir yükümlülük ilişkisinin bulunması durumunda ortaya çıkmaktadır⁴⁵.

Menfaat çatışması, bir kişinin aynı anda gözetmekle yükümlü olduğu iki menfaat arasında uzlaştırılamaz bir çıkar çatışması bulunduğunda söz konusu olmaktadır. Ancak menfaatlerin çatışması/teması, tek başına bir menfaat çatışması teşkil etmemektedir. Bir kişinin, üçüncü kişiler adına görevlerini ifa ederken kişisel menfaatlere sahip olması mümkündür ve bu durum, görevlerini gereken özenle yerine getirmesiyle her zaman çelişmek zorunda değildir⁴⁶. Bu çerçevede Kanun koyucu 2007 ile 2016 yıllarındaki taslak gerekçelerinde ve İsvBK m. 717a gerekçesinde anonim şirketler hukukunda menfaat çatışmasının tanımını yapmamış ancak hangi durumların menfaat çatışması oluşturabileceğine dair bazı ipuçları sunmuştur. Menfaat çatışmasını tanımlamaya yönelik yaklaşımlara ise doktrinde rastlanmaktadır. Buna göre; “Hukuki bir işlemde, hareket eden taraf başka bir tarafın menfaatlerini korumakla yükümlüyse ve diğer tarafın menfaatleri ile kendi menfaatleri çatışıyorsa menfaat çatışması söz konusudur”⁴⁷.

Yönetim kurulu görevi gereği kendisine ait olmayan bir menfaati korumakla yükümlüdür; bu da anonim şirketin menfaatidir⁴⁸. Esasen, “şirket menfaati” kavra-

⁴¹ Tschäni/Diem (n 22) 81; Bohrer (n 6) 10.

⁴² Bohrer (n 6) 10; Böckli (n 8) 363.

⁴³ Böckli (n 8) 363.

⁴⁴ Claude Lambert, *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft*, Stämpfli & Cie AG 1992, 25.

⁴⁵ Daeniker (n 39) 115.

⁴⁶ Daeniker (n 39) 115.

⁴⁷ Böckli (n 38) § 13 N. 636.

⁴⁸ Bohrer (n 6) 9.

minı genel geçer bir şekilde tanımlamak da mümkün değildir. Bir anonim şirketin şirket menfaatinin tam olarak ne olduğu, şirketin büyüklüğü, pay sahibi yapısı, faaliyet gösterdiği sektör, piyasa gücü gibi unsurlar dikkate alınarak her şirket için ayrı ayrı belirlenmelidir⁴⁹. Doktrinde uzun süre, bu kavramın pay sahiplerinin menfaatlerini mi (Shareholder-Value yaklaşımı) yoksa çalışanlar, iş ortakları ve müşteriler gibi diğer önemli paydaşların menfaatlerini mi (Stakeholder-Value yaklaşımı) ifade ettiği konusunda görüş birliği sağlanamamıştır. Ancak, günümüzde bu tartışma Stakeholder-Value yaklaşımı lehine çözülmüş görünmektedir. En son gelişmeler ışığında İsvBK m. 717/1 anlamında şirket menfaatinin “geniş paydaş topluluğunun” menfaatlerini ifade ettiği kabul edilmektedir⁵⁰.

İsvBK m. 717/1 bağlamında yönetim kurulu, şirketin menfaatini sadakatle (in guten Treuen) korumakla yükümlüdür. Ayrıca hüküm, yönetim kurulunun kendi menfaatlerini şirketin menfaatlerinin önüne koymasını yasaklamaktadır. Zira yönetim kurulunun lehine ve şirketin aleyhine sonuç doğurabilecek bir işlem söz konusu olduğunda, bir menfaat çatışması ortaya çıkmaktadır⁵¹. Sonuç olarak inceleme konumuz anlamında menfaat çatışması⁵², şirketin menfaatlerinin kişinin kendi menfaatleri veya üçüncü şahısların menfaatleri ile çatışması ve bu çatışmanın belirli bir yoğunluğa ulaşması durumunda ortaya çıkmaktadır⁵³. Başka bir ifadeyle, yönetim kurulu üyelerinin, kendi menfaatleri veya temsil ettikleri üçüncü kişilerin menfaatleri doğrultusunda şirket menfaatleriyle doğrudan çatışma içerisine girmeleri ve bu durumun sonucunda şirkete zarar verip kendilerine veya üçüncü şahıslara avantaj sağlamaları halinde menfaat çatışmasından söz edilmektedir⁵⁴.

B. Menfaat Çatışmasının Derhal ve Eksiksiz Bildirilmesi

İsvBK m. 717a/1 göre; yönetim kurulu ve icra kurulu üyelerinin kendilerini ilgilendiren “menfaat çatışmaları” hakkında “derhal ve eksiksiz” bilgi vermeleri gerekmektedir. Bu bağlamda, hükmün uygulanması açısından bazı hususların açıklığı kavuşturulması gerekmektedir.

1. Menfaat Çatışmasının Varlığı

Bir menfaat çatışmasının ne zaman var olduğu doktrinde kapsamlı bir şekilde tartışılmış ve tartışılmaya devam etmektedir. Menfaat çatışması zarar verme

⁴⁹ Facincani/Sutter (n 38) 88; Aynı hususta bkz. Watter/Vogt (n 21) Art. 717 N. 16.

⁵⁰ Facincani/Sutter (n 38) 88.

⁵¹ Daeniker (n 39) 116.

⁵² Uygulamada menfaat çatışmasının bazen soruşturma sırasında “tesadüfen” keşfedildiği ve daha sonra merkezi bir konu haline geldiği tespit edilmiştir. İlgililerin menfaat çatışmasını fark edip etmeyecekleri, rapor edip etmeyecekleri ve nihayetinde önleyip önlemeyecekleri ve bir şüphe ortaya çıktığında nasıl ele alınacakları büyük ölçüde şirket yönetiminin “menfaat çatışmaları” konusunu tutarlı bir şekilde ele alıp almadığına bağlıdır. Götz/Huber (n 1) 10.

⁵³ Daeniker (n 39) 115; Götz/Huber (n 1) 8; Tschäni/Diem (n 22) 75.

⁵⁴ Daeniker (n 39) 115-116.



potansiyeline bağlı olarak çeşitli türlere ayrılmaktadır. İlk olarak, menfaat çatışmalarının tetikleyicisi açısından, durumsal menfaat çatışması ve kalıcı menfaat çatışması şeklinde bir ayırım söz konusudur⁵⁵. İkinci olarak, menfaat çatışmaları yoğunluklarına göre sınıflandırılabilir⁵⁶. Son olarak, menfaat çatışmalarının olgunluk aşamasına (potansiyel, gizli⁵⁷, akut) göre ayırma tabi tutulmaktadır. Akut bir menfaat çatışmasının İsvBK m. 717a kapsamında bildirilmesi gerektiği tartışmasızdır. Gizli veya potansiyel menfaat çatışmalarında ise bildirimin gerekli olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Bu noktada potansiyel bir menfaat çatışması henüz gerçekleşmediği ve sadece “olası” olduğundan kanun koyucunun her türlü potansiyel menfaat çatışmasını bildirim yükümlülüğüne tabi tutmak istemiş olmasının aşırıya gitmek olacağının dikkate alınması gerekmektedir. Bunun yerine, potansiyel bir menfaat çatışmasının gerçekleşme olasılığı değerlendirilmelidir. Potansiyel bir menfaat çatışması somutlaştığı anda, İsvBK m. 717a uyarınca bildirim yükümlülüğü doğmaktadır⁵⁸.

Menfaat çatışmasının en yoğun hali, menfaatlerin tamamen zıt olduğu, karşıt kişisel/üçüncü kişi menfaatlerin/nin baskı oluşturduğu ve söz konusu kişinin bu menfaatleri sadece ekonomik nedenlerle değil, aynı zamanda hukuki yükümlülüklerden dolayı savunmak zorunda olduğu durumlarda görülmektedir⁵⁹. Bu bağlamda, kişisel menfaatler taraf menfaatleri olarak değerlendirilirken; başkalarının menfaatlerinin korunması amacıyla devredilen menfaatler ise danışmanlık, yönetim kurulu üyeliği veya başka bir şirkette çalışan olarak yürütülen faaliyetleri kapsamaktadır⁶⁰. Bir yönetim kurulu üyesinin, “iki efendiye hizmet

⁵⁵ Hans Caspar von der Crone, *Aktienrecht* (Stämpfli Verlag 2020) § 18 N. 1317; *Sethe* (n 3) 376. İlk çatışma belirli kararlar alırken ortaya çıkan ve durumsal menfaat çatışmalarıdır; ikincisi ise kalıcı ve sürekli olan çatışmalardır. Durumsal menfaat çatışması, sadece belirli durumlarda yönetim kurulunu etkilemektedir. Yönetim kurulu üyelerinin içinde bulunduğu ilişki ağı nedeniyle bu tür çatışmalar pratikte sıkça ve farklı şekillerde meydana gelmektedir. Buna karşılık kalıcı menfaat çatışmaları, bir kişinin görevlerinden veya fonksiyonlarından kaynaklanmaktadır. Bu çatışmalar, yönetim kurulunu ve organ faaliyetlerini genel olarak etkilemektedir. Handschin (n 17) Art. 717 N. 129.

⁵⁶ Böckli (n 38) § 13 N. 636.

⁵⁷ Gizli bir menfaat çatışması durumunda bile ilgili yönetim kurulu üyesi şeffaflık sağlamak amacıyla en azından yönetim kurulu başkanını konu hakkında bilgilendirmelidir. Buna karşın, anonim şirketler hukuku, yönetim kurulu üyeleri için genel bir çekilme yükümlülüğü öngörmemektedir. Diğer bir ifadeyle kişisel menfaatler söz konusu olduğunda yönetim kurulu üyelerinin toplantılardan çekilmesi zorunlu değildir. Örneğin, bir üye yönetim kurulu başkanının seçimi veya komitelerin oluşturulması sırasında kendisi için oy kullanabilir. Şirketin genel menfaatleriyle uyumlu olduğu sürece, bir üye kendi menfaatlerini veya temsil ettiği pay sahiplerinin menfaatlerini ilgilendiren diğer konulara da katılım sağlayabilir. Ancak, kişisel menfaatlerin şirketin menfaatleriyle örtüşmesi durumu, oy kullanma hakkının askıya alınması için yeterli bir sebep teşkil etmemektedir. Forstmoser (n 35) 275 N. 104.

⁵⁸ Facincani/Sutter (n 38) 89.

⁵⁹ Tschäni/Diem (n 22) 81; Bohrer (n 6) 10.

⁶⁰ Rolf Watter, “Interessenkonflikte im neun Aktienrecht” (2022) (2) GesKR 251.

eden” (Diener zweier Herren) durumuna düşmesine neden olan ve hangi çıkarın öncelikli olması gerektiğine karar vermesi gereken çatışma; hukuki yükümlülükler, şirketin menfaatlerine karşı üçüncü kişilerin ekonomik çıkarları ya da üyenin ahlaki sorumluluklarından kaynaklanabilmektedir⁶¹. Bu noktada menfaat çatışması, tarafsız bir yargıya varmayı tehdit eden bir durum olarak kabul edilmektedir. Örneğin yönetim kurulu üyesinin sözleşmede taraf olması veya sözleşme tarafının yönetim kurulu üyesi tarafından kontrol edilen bir şirket olması veya yönetim kurulu üyesini etkileyen yönetim kurulu kararı alınması (yönetim kurulunun üyenin sorumluluğuna yol açacak iç soruşturma kararı alması) menfaat çatışmalarına sebebiyet vermektedir⁶².

Hangi menfaat çatışmalarının bilgilendirme yükümlülüğü getireceği konusunda, 2016 yılında yayımlanan gerekçede, bilgilendirme yükümlülüğünün doğması için potansiyel bir menfaat çatışması ile çözülemeyen bir çatışma arasında fark gözetilmediği belirtilmiştir⁶³. İsvBK m. 717a’nın menfaat çatışması yaşayan kişiye ağır yükümlülükler getirmediği göz önünde bulundurulduğunda, çıkar çatışmasının tespiti için yüksek standartların benimsenmemesi gerekmektedir. Menfaat çatışmasının varlığından şüphe edilmesi durumunda, İsvBK m. 717a/1’in uygulanması gerekir⁶⁴. Bu görüşe temel olarak katılmak mümkündür; zira bilgilendirme yükümlülüğü yalnızca yoğun menfaat çatışmalarında değil, potansiyel olarak karar üzerinde etkili olabilecek menfaat çatışması/temasında da doğmaktadır. Ancak menfaat çatışması potansiyelinin somut, mevcut ya da yakın gelecekte gerçekleşme ihtimali bulunan bir durumda açık şekilde ortaya çıkması gerekmekte olup, aksi takdirde İsvBK m. 717a devreye girmemektedir⁶⁵.

2. Derhal ve Eksiksiz Bildirme

İsvBK m. 717a/1 hükmü, yönetim kurulu üyelerinin ve şirket yönetiminde yer alan üyelerin kendilerini ilgilendiren menfaat çatışmaları hakkında “derhal ve eksiksiz” bilgi vermelerini gerektirmektedir. Bilgilendirmenin “derhal yapılması” esasen bir belirsizliği de içermektedir. Bu sebeple doktrinde bilgilendirmenin derhal yapılması ifadesinden ne anlaşılması gerektiği hususunda çeşitli görüşler ortaya atılmıştır. Bir görüşe göre, bilgilendirmenin “derhal” yapılmasına ilişkin olarak, yönetim veya icra kurulunda⁶⁶ yer alan üye, karar alma sürecinin işlev-

⁶¹ Watter (n 60) 251.

⁶² Watter (n 60) 251.

⁶³ Gericke/Bötticher (n 3) 342. Gerçek veya potansiyel bir menfaat çatışması mevcut olduğunda çatışmanın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Bu durum, yönetim kurulu üyeleri arasında gerekli güven ilişkisini sağlamak için şeffaflık oluşturduğu ve bir kurul içinde verimli iş birliği açısından merkezi bir rol oynamaktadır. Watter/Vogt (n 17) Art. 717a N. 11.

⁶⁴ Kunz (n 7) 408; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N.10; Watter (n 60) 252.

⁶⁵ Gericke/Bötticher (n 3) 342.

⁶⁶ Şirket icra kurulu üyelerinin bilgilendirme yükümlülüğü, üyenin görevini ifa etmesini engelleyebilecek nitelikteki durumlar (örneğin, şirketin bir rakibinde önemli hisse payına sahip olunması) ile yönetim



selliliği açısından önemli bir menfaat çatışması içinde olma riski somut olarak ortaya çıkar çıkmaz durumunu açıklamalıdır. Diğer bir ifade ile zamanlama açısından bilgilendirme “gecikmeksizin” yapılmalıdır, bu da ilgili üyenin çatışmayı tespit eder etmez bilgilendirme yapması gerektiği anlamına gelmektedir⁶⁷. Somut olarak, kurul üyesi olası bir menfaat çatışmasına dair işaretler ortaya çıktığında önce kendi araştırmalarını yapacak ve ardından yönetim kurulu bir bütün olarak devreye girmeden önce durumu yönetim kurulu başkanı veya yönetim kurulu sekreteri ile görüşecektir⁶⁸. Bir başka görüşe göre ise ilgili üye menfaat çatışmasını fark ettiği anda “derhal” bilgilendirme yapılmalıdır⁶⁹. Bu görüşte olanlara göre, bir menfaat çatışmasının yaklaşan bir karar sürecinde somutlaştığı durumlarda, bilgilendirmenin çatışmaya ilişkin tartışma veya karar alma aşamasına gelinmeden (bu halde çatışma ilave bir zarara yol açmadığından) önceki süreçte yapılması yeterlidir⁷⁰. “Derhal” ifadesinin somut anlamı, menfaat çatışmasına yol açan durumun ortaya çıkmasından itibaren geçen süreye değil, bilginin, menfaat çatışmasının şirketin karar alma süreci üzerindeki olumsuz etkisinin incelenmesi ve gerekli önlemlerin alınabilmesi için zamanında verilmesine bağlıdır⁷¹.

Bilginin “eksiksiz” olması menfaat çatışmasıyla ilgilidir. Bilgilendirme neticesi yönetim kurulu, menfaat çatışmasına yol açan koşulları ve bunun karar alma sürecini ve dolayısıyla İsvBK m. 717a/2 uyarınca alınması gereken önlemleri nasıl etkilediğini anlayabilmelidir⁷². Bu çerçevede, menfaat çatışmasından etkilenen üyenin, çatışmanın niteliğini ve yoğunluğunu değerlendirebilmesi ve bu doğrultuda alınacak önlemlerin uygun şekilde tasarlanabilmesi amacıyla, duruma ilişkin tüm ilgili unsurlarıyla birlikte vakaya dair olguları açıklaması halinde, bilgilendirme yükümlülüğü eksiksiz olarak yerine getirilmiş sayılır⁷³. Belirli durumlarda, menfaat çatışması yaşayan bir üyenin sır saklama yükümlülüğü, ilgili tüm bilgilerin eksiksiz biçimde açıklanmasını engelleyebilir. Bu gibi hallerde, genel ilke olarak sır saklama yükümlülüğü öncelikli kabul edilmektedir. Ancak bu durumda, menfaat çatışması bulunan üyenin, bilgilendirme yükümlülüğünü

kurulunun yetki alanına giren hususlara ilişkin bilgileri kapsamaktadır. Örneğin, bir genel müdürün yeğeniyle yaptığı bir hizmet sözleşmesini kendisi imzalamak yerine bir meslektaşından durumu değerlendirmesini istemesi durumunda, yönetim kurulunu bilgilendirmeye gerek yoktur. Ancak, şirketin iç düzenlemelerinde bu gibi durumlarda genel müdürün yönetim kurulunu bilgilendirmesi gerekebileceği belirtilebilir. Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 17.

⁶⁷ Böckli (n 8) 366.

⁶⁸ Böckli (n 8) 366.

⁶⁹ Gericke/Bötticher (n 3) 343.

⁷⁰ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 14.

⁷¹ Gericke/Bötticher (n 3) 343.

⁷² Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 16.

⁷³ Böckli (n 8) 366; Gericke/Bötticher (n 3) 343; Facincani/Sutter (n 38) 89.

yerine getirirken gizlilik yükümlülükleri nedeniyle tüm ayrıntıları açıklayamamaya-
yacağını açık ve net bir biçimde ifade etmesi gerekmektedir⁷⁴.

3. Bilgilendirmenin Şekli ve Muhatabı

Kanunda menfaat çatışmasına ilişkin bilgilerin nasıl verilmesi gerektiğini belirtmemektedir. Bu nedenle, yönetim kurulu toplantısında veya toplantı dışında, yazılı veya sözlü olarak bilgilendirme yapılması mümkündür. İspat açısından bilgilendirmenin yönetim kurulu toplantı tutanağına kayıt veya mektup aracılığıyla (özellikle e-posta yoluyla) yapılması daha uygundur⁷⁵.

Bilgilendirme doğrudan yönetim kuruluna yapılmalıdır. Ancak uygulamada iç yönergelerde bu bilgilendirmenin öncelikle yönetim kurulu başkanına yapılacağı öngörülmektedir. Başkanın yönetim kurulu üyelerini durumun özelliğine göre ya toplantı öncesinde ya da toplantı sırasında ilgili gündem maddesi görüşülürken bilgilendirmesi gerekmektedir⁷⁶.

Çıkar çatışması bizzat başkanı ilgilendiriyorsa, iç yönergelerde genellikle bu bilginin başkan yardımcısına (Vizepräsident) iletileceği ve başkan yardımcısının da diğer kurul üyelerini bilgilendireceği düzenlenmektedir. Bu tür bir düzenleme bulunmuyorsa, çıkar çatışması yaşayan üye, yönetim kurulundaki tüm üyeleri doğrudan bilgilendirmekle yükümlüdür⁷⁷.

III. MENFAAT ÇATIŞMASI HALİNDE YÖNETİM KURULUNCA ALINACAK TEDBİRLER

A. Menfaat Çatışmaları ve Önlemlere İlişkin Karar

İsvBK m. 717a/2'ye göre, yönetim kurulu şirketin menfaatlerini korumak için gerekli tedbirleri almalıdır. Kural olarak, her menfaat çatışmasının niteliğini ve özellikle de yoğunluğunu dikkate alarak değerlendirmek ve uygun tedbirlere karar vermek yönetim kurulunun görevidir⁷⁸. Ancak bu konudaki karar alma yetkisi yönetim kurulu başkanına veya bir komiteye devredilebilmektedir⁷⁹.

⁷⁴ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 16.

⁷⁵ Gericke/Böttcher (n 3) 342 vd. Bilgilendirmenin sözlü yapılabileceği hususunda bkz. Facincani/Sutter (n 38) 89.

⁷⁶ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 15. Önerilen uygulama, ilgili yönetim kurulu veya icra kurulu üyesinin, genellikle yönetim kurulu toplantılarını çağıran ve yöneten yönetim kurulu başkanını menfaat çatışması hakkında bilgilendirmesidir. Yönetim kurulu başkanı da genellikle tüm yönetim kurulunu bilgilendirir. Ancak, açıkça bir menfaat çatışması söz konusu değilse veya şirketin menfaatleri derhal önlem alınmasını gerektiriyorsa (örneğin, ilgili yönetim kurulu üyesinin toplantıya davet edilmemesi gibi), bu bilgilendirme yapılmayabilir. Gericke/Böttcher (n 3) 342.

⁷⁷ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 15. Bilgilendirme yönetim kuruluna hitaben yapılmalı, kural olarak yönetim kurulu başkanı bilgilendirilmeli ve o da tüm yönetim kurulu üyelerini bilgilendirmelidir. Facincani/Sutter (n 34) 89.

⁷⁸ Gericke/Böttcher (n 3) 343; Handschin (n 17) Art. 717 N. 139; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 19.

⁷⁹ Facincani/Sutter (n. 38) 89; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 19. Menfaat çatışması olan üyenin (veya karara katılan herhangi bir üyenin) kararı yönetim kuruluna taşıyabilmesinin mümkün olması gerektiği hususunda bkz. Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 19.



Menfaat çatışması halinde teknik açıdan, menfaat çatışmasının varlığının değerlendirilmesine ilişkin karar (Feststellungsbeschluss) ve alınması gereken somut önlemler hakkında karar (Massnahmenbeschluss) olmak üzere iki farklı karar⁸⁰ bulunmaktadır⁸¹. İlgili üyenin bu kararlarda yer alıp alamayacağı açık değildir. Toplantıda ilgili üyenin görüşünün alınması gerektiği konusunda bir tartışma bulunmamakla birlikte⁸², müzakere ve karar alma sürecinde üyenin tamamen çekilmesi (Ausstand) önerilmektedir⁸³. Ancak sıkça uygulanan üyenin yönetim kurulu toplantısından çekilmesi yöntemi çoğu zaman şirketin menfaatlerini korumada yetersiz kalmaktadır. Zira bu durumda, kararlar eksik bilgiye dayalı olarak verilebilmekte ve ilgili üye haksız yere sorumluluktan muaf olabilmektedir⁸⁴. Esasen, yönetim kurulu üyelerinin menfaat çatışmalarına ilişkin genel bir çekilme yükümlülüğünün bulunmamaktadır⁸⁵. Bu nedenle doktrinde, üyelerin kişisel menfaatleri şirket menfaatleriyle kısmen ya da tamamen çatışsa bile, karar alma süreçlerine katılmalarının mümkün olabileceği görüşü savunulmaktadır (İsvBK m. 713)⁸⁶. Sadece kişisel menfaatin olması, üyenin kurulda oy kullanma hakkının ortadan kalması için yeterli olmayıp, menfaat çatışmasının yoğun da olması gerekmektedir. Yoğun menfaat çatışması ile özellikle “insichgeschäft” olarak adlandırılan işlemlerde karşılaşmaktadır⁸⁷.

B. Olası Tedbirler

Alınacak tedbirler konusunda bir sınırlama bulunmamaktadır. İsvBK m. 717a ile özellikle konzern ilişkileri göz önünde bulundurularak, alınacak tedbirler konusunda yönetim kuruluna mümkün olduğunca takdir yetkisi tanınması hedeflenmiştir⁸⁸.

Alınacak tedbirlerin, menfaat çatışmasının yoğunluğuyla orantılı olması gerekmektedir. Bu koşul, tedbirlerin şirketin menfaatlerini koruyacak nitelikte olmasının yanı sıra, menfaat çatışmasını gidermek için gerekli ve ölçülü olmalarını

⁸⁰ Yönetim kurulunun, bir menfaat çatışmasının olup olmadığına ve hangi önlemlerin alınması gerektiğine dair kararı iptal edilemez ve kararda sakatlık (Mängel) bulursa dahi kural olarak karar batıl sayılmamaktadır. Bunun nedeni, menfaat çatışmasının varlığına ve alınacak önlemlere ilişkin kararın takdir yetkisine dayalı bir karar olmasıdır. Buna bağlı olarak, menfaat çatışması nedeniyle ilgili üyenin çekildiği veya toplantıya katılmasının engellendiği durumlarda alınan kararlar da kural olarak geçerlidir. Ancak, özellikle ilgili üyenin kötü niyetle yönetim kurulu toplantılarına davet edilmemesi gibi ağır hukuka aykırılıklar buna istisna teşkil etmektedir. Tschäni/Diem (n 22) 87 vd.

⁸¹ Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 20.

⁸² Böckli (n 8) 366; Tschäni/Diem (n 22) 87, 90.

⁸³ Böckli (n 38) § 13 N. 644; Handschin (n 17) Art. 717 N. 141; Tschäni/Diem (n 22) 90.

⁸⁴ Tschäni/Diem (n 22) 90; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 19.

⁸⁵ von der Crone (n 55) § 18 N. 1512.

⁸⁶ Handschin (n 17) Art. 717 N. 144.

⁸⁷ Handschin (n 17) Art. 717 N. 144.

⁸⁸ Nobel/Müller (n 13) 571 N. 78; Facincani/Sutter (n 38) 89.

ifade etmektedir⁸⁹. Parlamento görüşmeleri sırasında İsvBK m. 717a hükmüne ilişkin mevcut doktrinin halihazırda alınabilecek birçok olası tedbir geliştirdiği ifade edilmiştir. Hükme ilişkin tasarlarda yalnızca çekilme (Ausstand) tedbirine yer verilmiş olmakla birlikte, doktrinde önerilen diğer önlemler şu şekilde sıralanabilir⁹⁰.

— Menfaat çatışmasına ilişkin bilgilendirme ve tartışmadan sonra ek tedbir alınmasından feragat edilmesi: Eğer yalnızca bir menfaat ilişkisi söz konusuysa ve güçlü bir menfaat çatışması bulunmuyorsa, ek tedbir alınması gerekmemektedir⁹¹.

— Piyasa araştırması (Markttest): İşlemin emsallere uygun olarak gerçekleştirilmesi halinde şirket zarara uğramayacaktır. Ancak bu tedbirin uygulanması için işlemin yapıldığı bir pazarın olması gerekmektedir. Aynı zamanda, işlemin diğer koşullarının da piyasa koşullarına uygun olup olmadığı incelenmelidir. Zira fiyatın ve diğer şartların piyasa koşullarına uygun olması, şirketin zarar görmeyeceği anlamına gelmemektedir⁹². Piyasa fiyatının mevcut olmadığı hallerde uygulamada genellikle bağımsız değerlendirme görüşü (fairness opinion) alınmaktadır⁹³.

— Bağımsız değerlendirme görüşü (fairness Opinion) veya uzman görüşü (Expertengutachten) ya da bağımsız tavsiye: Bu tür tedbirler, kritik bir işlemin piyasa veya üçüncü taraf koşullarına uygun olup olmadığını ya da işlemin tarafsız bir perspektiften değerlendirilmesini sağlanmaya yardımcı olmaktadır⁹⁴.

— Çekilme (Ausstand): Çekilme yöntemi, bir organ içindeki menfaat çatışmalarını önlemede, ancak tarafsızlığın yalnızca bazı üyelerle sınırlı olduğu durumlarda etkili bir araçtır. Eğer yapısal (örneğin, devralma) ya da kişisel nedenlerle (örneğin, bir aile anonim şirketinde tarafsızlık sorunu) çatışmadan kurulum tüm üyeleri etkileniyorsa, tek çözüm üst organın işleme onay vermesidir. Böyle bir durumda, yönetim kurulu bir bütün olarak çekilmiş sayılmaktadır⁹⁵. Menfaat çatışmasına dahil olan organ üyesinin ne zaman ve hangi koşullarda çekilmesi

⁸⁹ Gericke/Böttcher (n 3) 344.

⁹⁰ Gericke/Böttcher (n 3) 344.

⁹¹ Facincani/Sutter (n 38) 90; Huguenin (n 15) 525; Sethe (n 3) 386; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22.

⁹² Sethe (n 3) 382. Aynı konuda bkz. von der Crone (n 55) § 18 N. 1514; Huguenin (n 15) 525; Facincani/Sutter (n 38) 90.

⁹³ Sethe (n 3) 383; von der Crone (n 55) § 18 N. 1514.

⁹⁴ Bohrer (n 6) 11; Facincani/Sutter (n 38) 90; Huguenin (n 15) 525; Sethe (n 3) 386; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22.

⁹⁵ Sethe (n 3) 385. Menfaat çatışmasından etkilenen organ üyesinin ne zaman ve hangi koşullarda çekilmesi gerektiği tartışmalıdır. Bir görüş, yönetim kurulunun kolektif bir organ olma özelliğine dayanarak, yönetim kurulunda çekilmeyi çatışmayı önlemede uygun bir araç olarak görmemektedir. Çekilme zorunluluğu, ana hissedar temsilcilerinin oy kullanamamasına ve yönetim kurulundaki azınlığın tek başına karar vermesine yol açabilir. Hâkim olan karşıt görüş, çekimser kalma yükümlülüğünü menfaat çatışmalarını yönetmek için uygun bir araç olarak görmektedir. Hepsi yerine bkz. Sethe (n 3) 385 dph. 66.



gerektiği tartışmalıdır. Bir görüş, yönetim kurulunun kolektif bir organ olması nedeniyle çekilmeyi uygun bir çatışma önleme yöntemi olarak kabul etmemektedir⁹⁶. Bu görüşe göre, çekimser kalma yükümlülüğü, çoğunluk pay sahiplerinin temsilcilerinin oy kullanamamasına ve böylece yönetim kurulundaki azınlığın tek başına karar vermesine yol açabilmektedir. Buna karşılık, hâkim görüş, menfaat çatışmalarının yönetilmesi açısından çekilme yükümlülüğünü uygun bir yöntem olarak görmektedir⁹⁷. Genel olarak, menfaat çatışmasına dahil olan kişinin, çatışmanın önemine ilişkin müzakerelere, esas konunun tartışılmasına ve karar alınmasına katılması uygun görülmemektedir. Ancak, bazı durumlarda, ilgili kişinin belirli bilgilere sahip olması ve bu bilgilerin karar alma süreci açısından önemli olması durumunda, tartışmaların başlangıcında ilgilinin de sürece dahil edilmesi mantıklı olabilmektedir⁹⁸. Federal Mahkeme (Bundesgericht), belirli bir işlemin şirkete zarar verdiğini bildiği halde çekilen üyesinin görevini ihlal ettiğini tespit etmiştir⁹⁹. Bununla birlikte, yönetim kurulunun sadece menfaat çatışması bulunan üyenin sahip olduğu bilgilere dayanarak karar almak zorunda kalması hali, uzman görüşü alınmasını gerektiren bir neden olarak görülmelidir¹⁰⁰. Azınlıkta kalan görüşe göre ise bazı organ üyelerinin çekimser kalması nedeniyle tesadüfi çoğunluğun (Zufallsmehrheiten) ortaya çıkması sorununu çözmek için çift oylama yapılması önerisini gündeme getirmektedir. Oylama biri çekilen üye dahil edilerek, diğeri ise ilgili üye dahil edilmeksizin gerçekleştirilir. Ancak her iki oylamada da çoğunluk sağlanırsa karar geçerli kabul edilmektedir¹⁰¹. Daha ileri bir tedbir olarak, menfaat çatışmasından etkilenen üyenin yalnızca tartışmaya katılmasına, ancak oylamaya katılmamasına izin verilebilmektedir (Kademeli çekilme). Bu durumda diğer üyeler, çatışmanın farkında olarak üyenin görüşlerini değerlendirebilmektedir¹⁰².

— Üst organ veya komite tarafından onay: Birden fazla üyenin menfaat çatışmasına dahil olduğu durumlarda menfaat çatışması bulunmayan üyelerden oluşan özel bir komitenin oluşturulması önerilmektedir¹⁰³. Bu çerçevede, yönetim kurulu düzeyinde, genel yönetim kuruluna (Gesamtverwaltungsrat) ait olan devredile-

⁹⁶ von der Crone (n 55) § 18 N. 1512.

⁹⁷ Hepsi yerine bkz. Sethe (n 3) 385 dpn. 66.

⁹⁸ Sethe (n 3) 385.

⁹⁹ BGer 4A_462/2009, E. 6.3 Swisslex (Erişim Tarihi:12.03.2025).

¹⁰⁰ Sethe (n 3) 385.

¹⁰¹ Sethe (n 3) 385. Aynı hususta bkz. Bohrer (n 6) 11; Gericke/ Böttcher (n 3) 345; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22. Gericke/ Böttcher'e göre, bu süreci tersine işletmek daha iyi bir yöntemdir: Öncelikle, menfaat çatışması içinde olmayan yönetim kurulu üyeleri tarafından teklif onaylanır ve ancak bu aşamadan sonra genel yönetim kurulu düzeyinde oylamaya sunulur. Bu durumda, menfaat çatışması yaşayan üyelerin oyları yalnızca danışma niteliğinde (konsultatif) sayılır ve eğer belirleyici bir öneme sahipse dikkate alınır. Gericke/Böttcher (n. 3) 345; Facincani/Sutter (n 38) 90.

¹⁰² Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22.

¹⁰³ Böckli (n 8) 368; von der Crone (n 55) § 18 N. 1515; Facincani/Sutter (n 38) 90; Sethe (n 3) 386.

mez görevler korunarak, komitelere belirli karar yetkileri devredilebilir. Benzer bir işlevi, üst organ olarak genel kurul da yerine getirebilmektedir¹⁰⁴.

— Bilgiden mahrum bırakma (*Ausschluss von allen Informationen*): Bir yönetim kurulu üyesinin, kurulun irade oluşumunun tüm aşamalarından—sadece oylamalardan değil, aynı zamanda tartışmalardan da—dışlanması ve bilgiye erişiminin tamamen engellenmesi, ağır bir tedbir olarak değerlendirilmekte olup, yalnızca ilgili üyenin doğrudan karşıt ve son derece yoğun bir menfaat çatışması içerisinde bulunduğu durumlarda uygulanmalıdır¹⁰⁵. Yönetim kurulu üyesinin, şirketin işlem yapmayı planladığı başka bir şirkette de yönetim kurulu üyesi olarak görev alması halinde söz konusu tedbire başvurulmaktadır¹⁰⁶. Bu hususta en son tedbir ise menfaat çatışması olan üyenin kurul toplantısına davet edilmemesidir¹⁰⁷.

— İstifaya davet (*Aufforderung zum Rücktritt*): 2016 tarihli hükümet tasarısında, bir üyenin görevinden istifa etmesi gereken durumlara örnek olarak “kalıcı menfaat çatışması” (*dauerhaften Interessenkonflikt*) gösterilmiştir¹⁰⁸. Söz konusu halde açıkça hukuka aykırı hareket eden yönetim kurulu üyesinin görevden alınması için genel kurula başvuruda bulunmaktadır¹⁰⁹.

— Temsilci atanması (*Prozessvertreter oder Sachwalters*): Temsilci atanmasına, dava açmanın mümkün olmaması (İsvBK m. 706a/2) veya yönetim kurulunun çıkar çatışması nedeniyle felç olması (İsvBK m. 731b) durumunda başvurulmaktadır¹¹⁰.

IV. YAPTIRIM

Kanun koyucu, bilgilendirme yükümlülüğüne uyulmaması, uygun önlemlerin alınmaması ya da bilgilerin derhal ve eksiksiz olarak verilmemesi hallerine özgü herhangi bir hukuki sonuç öngörmemektedir¹¹¹ İsvBK m. 717a yer alan görevlerin

¹⁰⁴ von der Crone (n 55) § 18 N 1515; Gericke/Böttcher (n. 3) 345; Facincani/Sutter (n 38) 89.

¹⁰⁵ Böckli (n 8) 369; Gericke/Böttcher (n 3) 345; Tschäni/Diem (n 22) 90.

¹⁰⁶ Gericke/Böttcher (n 3) 345.

¹⁰⁷ Facincani/Sutter (n 38) 90.

¹⁰⁸ Facincani/Sutter (n 38) 90; Sethe (n 3) 385; Watter/Vogt (n 21) Art. 717a N. 22. Kanun koyucu yönetim kurulu veya icra kurulu üyeleri için görevle bağdaşmayan işler (Unvereinbarkeitsbestimmungen) öngörmemiş olduğundan, bu tedbire yalnızca menfaat çatışmasının özellikle yoğun olduğu durumlarda başvurulmalıdır. Gericke/Böttcher (n 3) 346. Konzern şirketlerde çalışan kişiler için, zaman yetersizliğinin de bir menfaat çatışması yaratabileceği önemle belirtilmelidir. Örneğin, bir yönetim kurulu üyesinin konzern içindeki diğer görevleri, yasalara uygun olsa bile, o kadar yoğun olabilir ki kendi şirketindeki görevlerini gerektiği gibi yerine getirecek zamanı kalmayabilir. Bu nedenle, her konzern şirketine harcanan zamanın kaydedilmesi yararlı olabilir. Eğer menfaat çatışması sürekli hale gelirse (örneğin belirgin ve sürekli zaman yetersizliği nedeniyle) ilgili yönetim veya icra kurulu üyesinin tek çözümü, görevinden ayrılmak olacaktır. Nobel/ Müller (n 13) 571 N. 79.

¹⁰⁹ Böckli (n 8) 369.

¹¹⁰ Facincani/Sutter (n 38) 90; Handschin (n 17) Art. 717 N. 159; Sethe (n 3) 386.

¹¹¹ Facincani/Sutter (n 38) 91.



ihlali nedeniyle şirketin bir zarara uğraması halinde, İsvBK m. 754 vd. uyarınca üyenin sorumluluğu yoluna başvurulabilmektedir¹¹².

Her menfaat çatışması şirkette zarara yol açmamaktadır. Zararın söz konusu olduğu hallerde ise çatışmanın bu zarara neden olduğunu ispatlamak ise genellikle zordur. Zira İsvBK m. 717a/1'e uygun şekilde yapılmamış bir bilgilendirmenin "yanlış" kararlar nedensellik bağının da ortaya konması gerekmektedir¹¹³. Örneğin, bir yönetim kurulu üyesi sözleşmenin karşı tarafında yer alan şirkette pay sahibi olduğunu gizler ve bu nedenle şirket, söz konusu işlem için piyasa değerinin üzerinde bir bedel öderse, zararın tazmini için yalnızca fiyatın yüksek olduğunun değil, aynı zamanda yönetim kurulunun bu çıkar çatışmasından haberdar olması halinde farklı bir karar vereceğinin veya farklı hareket edeceğinin de ispat edilmesi gerekir. Bu nedenle, çıkar çatışması ile oluşan zarar arasında doğrudan bir nedensellik bağı kurmak ve bunu ispatlamak genellikle zordur¹¹⁴.

İsvBK m. 717a uyarınca yönetim kurulu üyesinin görevini (ve dolayısıyla sadakat yükümlülüğünü) ihlali sebebi ile kurulun karar alma sürecini etkileyebilecek bir menfaat çatışmasının ortaya çıkması halinde, iş adamı kararı ilkesine (Business Judgment Rule)¹¹⁵ başvurulamamaktadır¹¹⁶.

SONUÇ

Anonim şirkette temsil ve idare organı olan yönetim kurulu üyeleri görevleri dolayısıyla pek çok menfaatle ilişki içindedir. Söz konusu menfaatlerin çatışması ise gayet doğaldır. Bu bağlamda, menfaat çatışması mutlak bir sorun olmayıp çatışma halinde hareketsiz kalınması konuyu sorun haline getirmektedir. Bu sebeple menfaat çatışmalarına ilişkin farkındalığı yükseltmek önem arz etmektedir. Uygulamada menfaat çatışmaları çoğunlukla fark edilmemekte, fark edildiğinde ise çözüm süreci büyük ölçüde şirket kültürüne bağlı olarak şekillenmektedir.

İsviçre anonim şirketler hukuku revizyonu ile menfaat çatışması açıkça düzenlenmiş ve bu açıdan şeffaflık sağlanmıştır. Esasen mevcut düzenleme, uygulamanın kaleme alınması niteliği taşısa da maddi hukuk açısından -süreçlerin formülle edilmesi dışında-, en azından menfaat çatışmaları ve menfaat çatışmasıyla uygun şekilde başa çıkma konusundaki farkındalığı artıracaktır.

¹¹² Facincani/Sutter (n 38) 91; Gericke/Böttcher (n 3)346; Huguenin (n 15) 532; Kunz (n 7) 405.

¹¹³ Watter (n 60) 254.

¹¹⁴ Watter (n 60) 254.

¹¹⁵ İsviçre'de mahkemeler, yönetim kurulu üyelerinin ticari kararlarının incelenmesinde uzun zamandır ihtiyatlı bir yaklaşım sergilemiştir. Federal Mahkeme, son yıllarda "iş adamı kararı ilkesini" (İsviçre tarzında modifiye edilmiş şekliyle) uygulanmasını destekleyen birkaç karar almıştır. Federal Mahkeme'nin ilke için kullandığı formül şöyledir: Federal Mahkeme, hakim doktrinle paralel olarak, mahkemelerin doyurucu bilgiye dayanarak ve menfaat çatışmalarından arınmış bir karar alma süreci çerçevesinde verilen kararları geriye dönük olarak değerlendirirken ihtiyatlı davranması gerektiğini kabul etmektedir. BGer 4A_642/2016 (27.06.2017) E. 2.1; BGer 4A_259/2016, 4A_267/2016 (13.12.2016) E. 5.1. Benzeri kararlar için bkz. Joel A Fischer, *Information und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates* (Dike Verlag 2018) 237-238 dpn. 1354.

¹¹⁶ Facincani/Sutter (n 38) 91; Gericke/Böttcher (n 3) 346; Kunz (n 7) 405.

İsvBK m. 717a hükmü, menfaat çatışmalarıyla ilgili olarak belirli bir bildirim ve karar süreci öngörmektedir. Buna göre, bir yönetim kurulu üyesi kendisinde bir menfaat çatışması olup olmadığına öncelikle kendisi karar verecektir. Eğer böyle bir çatışma olduğunu düşünüyorsa, durumu gecikmeksizin ve derhal ve eksiksiz bir şekilde yönetim kurulu başkanına (veya onun yerine geçebilecek kişiye) bildirmelidir. Başkan da bu bilgiyi yönetim kuruluna iletmektedir. Sonrasında ise yönetim kurulu, herhangi bir önlem alınıp alınmayacağına ve gerekirse ilgili üyeye karşı hangi tedbirlerin uygulanacağına karar vermektedir¹¹⁷. Menfaat çatışması halinde alınacak tedbirler konusunda kanunda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususta doktrin olası tedbirleri genel olarak şu şekilde sıralamaktadır; çekilme (sadece karar alma veya gerektiğinde danışma için), üst organ veya komite tarafından karar alma, bağımsız değerlendirme raporu veya uzman görüşü, iradenin oluşmasının tüm aşamalarından ve bilgiye erişimden tamamen yoksun bırakma ve son çare olarak istifa veya azil.

İsvBK m. 717a menfaat çatışması haline ilişkin özel hukuki sonuçlar öngörmemektedir. Hükümde yer alan yükümlülüklerin ihlalinin şirketin zararına sebebiyet vermesi halinde İsvBK m. 754 vd. uyarınca kusurlu yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılabilir.

KAYNAKÇA

Akbulak Y, *Türk Hukukunda Yönetim Kurulu Başkanı, İcra Kurulu Başkanı, Genel Müdür, Ceo vb. Kavramlar Üzerine Bir Değerlendirme* (<https://blog.lexpera.com.tr/turk-hukukunda-yonetim-kurulu-baskani-icra-kurulu-baskani-genel-mudur-ceo-vb-kavramlar-uzerine-bir-degerlendirme>).

Bohrer A, *‘Interessenkonflikte und Unabhängigkeit von Verwaltungsratsmitgliedern’* (2023) (1) GesKR 3-12.

Böckli P, *‘Insichgeschäfte und Interessenkonflikte im Verwaltungsrat: Heutige Rechtslage und Blick auf den kommenden Art. 717a E-OR’* (2012) (3) GesKR 354-371.

Böckli P, *Aktienrecht* (4th edn, Schulthess Verlag 2009).

Claudia Götz S and Roman H, *‘Interessenkonflikte im Fokus von internen Untersuchungen – Herausforderungen in der Praxis und «Lessons Learned»* (2023) (1) RR-COMP 8-10.

Daeniker D, *‘Die zwei Hüte des Verwaltungsrates : Handhabung von Interessenkonflikten bei M&A-Transaktionen’* in: Tschäni R (ed.), *Merges & Acquisitions VII* (Schulthess Verlag 2005).

¹¹⁷ Kunz (n 7) 407.



Facincani N and Sutter R, ‘*Interessenkonflikte im Verwaltungsrat*’ (2023) (2) TREX 88-91.

Fischer J A, *Information und Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates* (Dike Verlag 2018).

Fischer, A. D, ‘*Gültigkeit von Verträgen bei organschaftlicher Doppelvertretung Besprechung des Urteils 4A_360/2012 des schweizerischen Bundesgerichts vom 3. Dezember 2012*’ (2013) (2) GesKR 281-286.

Forstmoser P, *Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft, Organisation und Organisationsreglement der Aktiengesellschaft Rechtliche Ordnung und Umsetzung in der Praxis* (Schulthess Verlag 2011).

Gericke D and Bötticher D, ‘*Interessenkonflikte unter dem neuen Aktienrecht*’ (2021) 93 (1) SZW 339-347.

Handschin L (ed), *Die Aktiengesellschaft. Generalversammlung und Verwaltungsrat Mängel in der Organisation Art. 698-726 und 731b OR* (3th edn, Schulthess Verlag 2018).

Homburger E, *Zürcher Kommentar zu Art. 707-726, Der Verwaltungsrat* (Schulthess Verlag 1997).

Huguenin C, *Insichgeschäfte im Aktienrecht*, in: Kramer/Nobel/Waldburger (eds), *Festschrift für Peter Bockli zum 70. Geburtstag* (Schulthess Verlag 2006).

Jung P, ‘*Insichgeschäfte im Gesellschaftsrecht oder vom gefahrlosen Umgang mit sich selbst*’, in: Kunz/Arter/Jörg (eds), *Entwicklungen im Gesellschaftsrecht VI* (Stämpfli Verlag 2011) 273-300.

Kunz Peter V, ‘*Interessenkonflikte – aktienrechtliche Lösungen*’ (2024) (160) ZBJV 379-408.

Lambert C, *Das Gesellschaftsinteresse als Verhaltensmaxime des Verwaltungsrates der Aktiengesellschaft*, Stämpfli & Cie AG 1992

Nobel P and Müller C (eds), *Berner Kommentar. Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* (Stämpfli Verlag 2023).

Sethe, R, ‘*Die Regelung von Interessenkonflikten im Aktienrecht de lege lata und de lege ferenda*’ (2018) 90 (4) SZW 375-392.

Tschäni R and Diem H-J, ‘*Interessenkonflikte in M&A-Transaktionen*’ in: Tschäni R(ed), *Mergers & Acquisitions XVIII* (Schulthess Verlag 2016).

von der Crone H C, *Aktienrecht* (Stämpfli Verlag 2020).

Watter R and Vogt H-U (eds.), *Basler Kommentar. Obligationenrecht II* (6th edn. Helbing Lichtenhahn Verlag 2024)

Watter R, ‘*Interessenkonflikte im neuen Aktienrecht*’ (2022) (2) GesKR 250-255.