

## ÖZET

*Amerikan hukuku menşeeili iş insanı kararı, şirket yönetiminin aldığı ticari kararlardan doğan sorumluluğu ile ilgilidir. İş insanı kararı, 1997 yılında Alman Yüksek Federal Mahkemesi'nin "ARAG/Garmenbeck" Kararı ile yüksek mahkemece benimsenmiş ve 2005 yılında ise Kurumsal Bütünlük ve İptal Kanunu'nun Modernleştirilmesi Hakkında Kanun ("UMAG") ile Almanya'da yasal olarak düzenlenmiştir.*

*Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu md. 93 f.1 c.2'de yönetim kurulu üyesinin yeterli bilgiye dayanarak alacağı ticari bir kararla şirketin menfaatine hareket ettiğini düşünmesinde beis olmayan hallerde yönetim kurulu üyesinin yönetim yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılmayacağı açıkça düzenlenmiştir. İş insanı kararının temel unsuru, sorumluluk muafiyeti temin ettiği ticari karardır ("safe harbor"/güvenli liman). Bu sorumluluk muafiyetinin öncelikli amacı, yönetim kurulu üyelerinin riskten kaçan kararlar almalarını engellemektedir. Zira yönetim kurulunun riskten kaçan kararlar alması, kar elde etmeye odaklı pay sahiplerinin menfaatlerini olumsuz etkilemektedir. Yönetim kurulu üyeleri makul bir ölçüde sorumlulukları doğmadan da ticari riskler alabilmelidir. Ayrıca ticari kararların genel olarak kompleks, öngörüye dayalı ve sonuçlarının belirsiz olduğu da göz önünde bulundurulmalıdır. Son olarak, yönetim kurulunun aldığı kararlar ex ante olarak özen yükümlülüğü bakımından incelenirken aşırıya kaçılmamalıdır (geri görüş önyargısı - "hindsight bias" - tehlikesi).*

*Sorumluluktan muafiyetin söz konusu olabilmesi için -bazıları yazılı olmamakla beraber- 5 şart sağlanmalıdır: a) söz konusu, ticari bir karar olmalı b) bu kararın yeterli bilgiye sahip olarak alınması, c) kararın özel menfaatlerden ve konuyla alakası olmayan dış etkilerden bağımsız şekilde alınması, d) şirketin menfaatine olması ve e) iyi niyetle alınması gerekmektedir. Güncel şirketler hukuku literatüründe özellikle ticari karardan bahsedilebilmesi için gereken şartlar ve kararın dayandığı bilginin yeterliliği hakkında tartışmalar yapılmaktadır. Ticari kararın pozitif bir tanımı henüz yapılamamıştır. Ticari karar daha çok, takdir yetkisinin olmadığı kararlardan ayrıldığı noktalar üzerinden tanımlanmaktadır. Öte yandan karar öncesinde toplanması gereken bilgilerin kapsamı da problemlidir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi yakın geçmişte verdiği kararlar incelendiğinde, karar öncesi vakıf olunması gereken bilgilerin kapsamı bakımından eskiye nazaran daha katı şartlar aradığı izlenimi uyanmaktadır.*

*İş insanı kararının şartları somut olayda mevcutsa, bu durum hem ispat yükü hem de kararın yargısal denetimi bakımından farklı sonuçlar doğurmaktadır: yönetim kurulu üyeleri Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu md. 93 f.1 c.1'de öngörülen genel özen derecesinin ihlalinde olduğu gibi kurtuluş kanıtını tam olarak getirmek zorunda değildir; sadece iş insanı kararının şartlarının somut olayda varlığını ortaya koymalı ve ispat etmelidir. Yönetim kurulu üyesinin alınan kararın iş insanı kararının şartlarının sağlandığını ispat etmesi yükümlülüklerini ihlal etmediğine dair bir faraziye teşkil eder. Alınan karar yüklü miktarda zarara sebep olmuş olsa dahi iş insanı kararının şartları mevcutsa alınan karar bakımından yönetim kurulu üyesinin yükümlülüklerini ihlal ettiğinden bahsedilemez. İş insanı kararı ile yönetim kuruluna, yargısal denetimi mümkün olmayan bir takdir yetkisi tanınmaktadır ve yargısal denetim sadece kararın alınma süreciyle sınırlıdır. Mahkeme tarafından sınırlı içerik kontrolü, sadece kararın bariz bir şekilde hatalı olduğu durumlarda gerçekleştirilmektedir.*

*Son olarak şirketler hukuku literatüründe, iş insanı kararının getirdiği sorumluluktan muafiyetin belirsiz hukuki bir durumundan kaynaklı risklerde ("Legal Judgment Rule") veya uyumluluk ihlallerinden doğan sorumluluk durumlarında (Uyumluluk Teşkilatlanması Kusuru) da uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmaktadır. Hukuki durumun belirsizliğinden kaynaklanan risklerde sorumluluk muafiyetinin uygulanması büyük ölçüde reddedilirken, bu sorunun çözümü kusur düzeyinde aranmaktadır. Öte yandan iş insanı kararının kıyasen uygulanması özellikle bu hükmün amacı göz önünde bulundurulduğunda işletmede uyumluluktan sorumlu bir yapılanmanın kurulması ve şekillendirilmesine bağlı olarak uyumluluk teşkilatlanmasındaki görev ihlalleri bakımından mümkün kabul edilmelidir.*