

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI

Doktora Tezi

Mehmet Çelebi CAN

Ankara - 2012

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI

Doktora Tezi

Mehmet Çelebi CAN

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK**

Ankara - 2012

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (TİCARET HUKUKU)
ANABİLİM DALI**

YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI

Doktora Tezi

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....	
.....	
.....	
.....	
.....	
.....	

Tez Sınavı Tarihi

T:C
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(...../...../200...)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Adı ve Soyadı

.....

İmzası

.....

ÖNSÖZ

Yöneticilerin Sorumluluk Sigortası, Türk hukukunda birkaç nitelikli makale dışında henüz ayrıntılarıyla incelenmiş bir konu değildir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 361. maddesinde işaret edilen söz konusu sigorta türünü genel bir bakış açısıyla ele alıp, konu hakkında teorik tartışmaların başlamasına zemin hazırlamayı temenni etmekteyiz.

Tez danışmanım Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK’ın önerisiyle “*Yöneticilerin Sorumluluk Sigortası (D&O Sigortası)*” tez konusu olarak belirlenmiş, yine kendisinin yönlendirmesiyle ve TÜBİTAK tarafından sağlanan bilimsel araştırma bursu sayesinde Köln Üniversitesi Sigorta Hukuku Enstitüsü’nde bir yıl süreyle bilimsel araştırma yapılmıştır. Enstitü Müdürü Prof. Dr. Ulrich HÜBNER’in vefatı üzerine, Köln Üniversitesi Uluslararası ve Yabancı Özel Hukuk Enstitüsü Müdürü Prof. Dr. H. Peter MANSEL himayesinde, tez konusunda çalışmalara devam edilmiştir. Bu nedenle Prof. Dr. HÜBNER’i saygıyla anıyor, Prof. Dr. MANSEL’e teşekkür ediyorum. Doktora tez çalışmalarım sırasında yine TÜBİTAK tarafından sağlanan doktora bursu nedeniyle kuruma müteşekkirim.

Tez danışmanım olmanın yanı sıra, yüksek lisans öğrenimimin başlangıcından bugüne kadar desteğini ve sabrını esirgemeyen, hoşgörüsü ve bilgisi ile yetişmemde büyük katkısı olan Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK hocama minnettarlığımı belirtmeyi borç bilirim.

Başta saygı değer hocam Prof. Dr. Rıza AYHAN beyefendi olmak üzere, tez jürisinde yer alan Prof. Dr. Hüseyin ALTAŞ, Prof. Dr. Mertol CAN ve Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR’a teşekkür ederim.

BU ESER TÜBİTAK TARAFINDAN SAĞLANAN 2211 VE 2214 NOLU BURS DESTEKLERİYLE HAZIRLANMIŞTIR.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	I
İÇİNDEKİLER	II
KISALTMALAR LİSTESİ	IX
GİRİŞ	1
I. ÇALIŞMANIN AMACI.....	2
II. ÇALIŞMANIN SINIRLARI.....	3
III. KULLANILAN YÖNTEMLER.....	4
IV. BİÇİM KURALLARI VE TERMİNOLOJİ.....	5
V. ÇALIŞMA PLANI.....	6

BİRİNCİ BÖLÜM

YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI HAKKINDA

GENEL BİLGİLER

§ 1. ORGAN KAVRAMI, ORGAN SORUMLULUĞU VE ORGAN SORUMLULUK SİGORTASI	7
I. ORGAN KAVRAMI VE ORGAN SORUMLULUĞU.....	7
II. ORGAN SORUMLULUK SİGORTASI.....	11
§ 2. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ TANIMI, TÜRLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	13
I. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ TANIMI VE TÜRLERİ	13
A. TANIMI.....	14
B. TÜRLERİ.....	20
1. Taraf A Himayesi (Side A –Direct Coverage)	20
2. Taraf B Himayesi (Side B – Company Reimbursement).....	21
3. Taraf C Himayesi (Side C –Securities Entity Coverage).....	24
II. HUKUKİ NİTELİĞİ.....	25
§ 3. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ TARİHİ GELİŞİMİ.....	31

I. GENEL OLARAK.....	32
II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ BAŞLANGICI	32
III. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ DÜNYA ÇAPINDA YAYILMASI.....	36
IV. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ 1980'LERDEKİ ÇÖKÜŞÜ	37
V. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ 1990'LARDAKİ GELİŞİMİ	39
VI. 2001 KRİZİNİN YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINA ETKİSİ.....	42
VII.YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ GELECEĞİ	44
§ 4. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI PİYASALARI.....	44
I. ABD.....	44
II. BİRLEŞİK KRALLIK	46
III. KITA AVRUPASI	49
A. ALMANYA	52
B. İSVİÇRE	54
C. TÜRKİYE.....	56
§ 5. DİĞER SORUMLULUK SİGORTA TÜRLERİ KARŞISINDA YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ DURUMU	57
I. İLGİLİ DİĞER SORUMLULUK SİGORTALARI	58
A. İŞLETME SORUMLULUK SİGORTASI.....	58
B. MALVARLIĞI ZARARI SORUMLULUK SİGORTASI	60
C. MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI	62
D. ÜRÜN SORUMLULUĞU SİGORTASI	63
II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ DİĞER SORUMLULUK SİGORTA TÜRLERİ İLE ETKİLEŞİMİ.....	66

İKİNCİ BÖLÜM
YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİ

§ 6. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN	
YASAL DAYANAKLARI, KONUSU VE GEÇERLİLİĞİ SORUNU ...	73
I. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN	
YASAL DAYANAKLARI.....	74
A. ALMAN HUKUKUNDA	74
B. TÜRK HUKUKUNDA	79
II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN	
KONUSU.....	83
§ 7. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ ANONİM	
ŞİRKETLER HUKUKUNDA GEÇERLİLİĞİ SORUNU	86
I. KANUNA VE AHLAKA AYKIRILIK	86
II. ŞİRKETLER HUKUKUNA İLİŞKİN PERSPEKTİFLER	87
A. ALMAN HUKUKUNDA.....	87
B. İSVİÇRE HUKUKUNDA	92
C. ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA	93
1. Birleşik Krallık Hukukunda	94
2. ABD Hukukunda.....	96
D. TÜRK HUKUKUNDA	96
§ 8. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNDE	
İLGİLİLER VE HUKUKİ İLİŞKİLER	99
I. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI	
SÖZLEŞMESİNDE İLGİLİLER	99
A. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI	99
1. Sigortacı	100
2. Sigorta Ettiren	100
a. Anonim Şirket.....	101
b. Bağlı Şirket.....	105
B. DİĞER İLGİLİLER.....	106
1. Sigortalı	106
a. Director.....	113
b. Officer	113

2. Broker.....	114
3. Reasürör.....	118
4. Underwriter	119
C. GRUP SİGORTASI – BİREYSEL SİGORTA AYRIMI	120
1. Grup Sigortası	120
2. Bireysel Sigorta.....	121
II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNDE	
HUKUKİ İLİŞKİLER.....	122
A. SORUMLULUK İLİŞKİSİ	123
B. HİMAYE İLİŞKİSİ	124
C. AYRIM PRENSİBİ.....	127
D. SİGORTA İLİŞKİSİ - BAŞKASI LEHİNE SİGORTA	129
§ 9. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKONUN	
GERÇEKLEŞTİĞİ AN (SİGORTA OLAYI).....	132
I. GENEL OLARAK	132
II. TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ İLKESİ	136
A. GENEL KURAL.....	136
B. TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ İLKESİNİN OLUMLU VE	
OLUMSUZ YÖNLERİ.....	140
1. Talebin İleri Sürülmesi İlkesinin Olumlu Yönleri	141
2. Talebin İleri Sürülmesi İlkesinin Olumsuz Yönleri.....	142
C. TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ İLKESİNİN	
SINIRLANDIRILMASI.....	145
1. Bilinen Hadiselerin İstisna Tutulması.....	145
2. Önceki Döneme İlişkin Kesin Bir Tarihin Kararlaştırılması	146
D. GEÇMİŞE ETKİ KLOZUYLA TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ	
İLKESİNİN GENİŞLETİLMESİ	147
E. UZATILMIŞ BİLDİRİM SÜRESİ ARACILIĞIYLA TALEBİN İLERİ	
SÜRÜLMESİ İLKESİNİN YUMUŞATILMASI.....	148
F. ÖNLEYİCİ BİLDİRİM İMKANI	
(NOTICE OF CIRCUMSTANCES)	152

§ 10. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA HİMAYE

TALEBİ, HİMAYE YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SINIRLARI 153

I. SİGORTA HİMAYESİ TALEBİ..... 154

A. GENEL OLARAK SİGORTA HİMAYESİ TALEBİ..... 154

B. SİGORTA HİMAYESİ TALEBİNİN DEVRİ MESELESİ..... 157

II. SİGORTACININ HİMAYE YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SINIRLARI... 159

A. SİGORTACININ HİMAYE YÜKÜMLÜLÜĞÜ 159

1. Tazmin Fonksiyonu..... 159

2. Hukuki Himaye Fonksiyonu 160

a. Önleme Talebi (“abwehranspruch / duty to defend”) 160

b. Masrafların Üstlenilmesi..... 163

aa. Önleme Talebinin D&O Poliçelerinde İstisna

Tutulması..... 163

bb. Masraflara İlişkin Avans Verilmesi..... 165

cc. Sigorta Limitinin Tüketilmesi 166

c. İflas Masası İle Alacaklılar Üzerine Etkisi..... 167

B. SİGORTACININ HİMAYE YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI.. 167

1. Miktar Yönünden Sınırları 168

a. Himaye Limiti (Sigorta Bedeli) 168

b. Seri Zarar Klozu..... 170

c. Sigortalının Zararın Bir Kısımına Katlanması

(Selbstbeteiligung) 171

aa. Zararın Bir Kısımının Bizzat Taşınması (Selbstbehalt)

Kavramı 173

bb. Sigorta Ettiren Şirketin Bizzat Katlanacağı Miktar .. 173

cc. Yöneticilerin Bizzat Katlanacağı Miktar 174

2. Kişi Yönünden Sınırları..... 176

§ 11. SİGORTA ETTİRENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE KÜLFETLERİ .. 176

I. SİGORTA ETTİRENİN PRİM ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ..... 176

II. SİGORTA ETTİRENİN KÜLFETLERİ 181

A. SÖZLEŞME ÖNCESİ İHBAR KÜLFETİ..... 181

B. RİZİKONUN AĞIRLAŞMASINA BAĞLI YÜKÜMLÜLÜKLER. 184

1. İhbar Yükümlülüğü	184
2. Feshi İhbar	184
3. Primin Artırılması.....	185
C. SİGORTA ETTİRENİN KÜLFETLERİ	186
1. Rizikonun Gerçekleşmesinden Önceki Külfetler	186
2. Rizikonun Gerçekleşmesinden Sonraki Külfetler	187
D. KÜLFETLERİN İHLALİNİN SONUÇLARI	188
§ 12. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	188

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTA TEMİNATININ KAPSAMI VE SINIRLARI

§ 13. ZAMANSAL KAPSAM	190
§ 14. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ MADDİ MUHTEVASI.....	190
I. SİGORTAYLA TEMİNAT ALTINA ALINAN YÖNETİCİLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	191
A. YÖNETİCİNİN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞU.....	194
1. Şirket ile Sigortalı Yönetici Arasındaki Sözleşmenin Varlığı.....	194
2. Yöneticinin Sözleşmeye Aykırı Fiilinin Niteliği	195
3. Sorumluluk Şartları	195
B. YÖNETİCİNİN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU	196
II. SİGORTAYLA TEMİNAT ALTINA ALINAN ZARAR -YALIN MALVARLIĞI ZARARI	197
§ 15. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTAHİMAYESİ DIŞINDA BIRAKILAN HALLER (RİZİKO İSTİSNALARI)	200
I. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDAKİ TEMEL İSTİSNALAR (EXCLUSION).....	202
A. KASIT VE HİLE	202
B. PARA CEZALARI VE CEZALANDIRICI TAZMİNAT	206

II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA ÖZELLİK	
ARZ EDEN İSTİSNALAR.....	207
A. ÖNCEKİ TALEPLER (PRIOR CLAIMS).....	207
B. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK	207
C. SİGORTALI SİGORTALIYA KARŞI (INSURED v. INSURED	
CLAIMS)	209
D. YÖNETİCİLERİN VE ÇALIŞANLARIN İŞTEN ÇIKARILMASI	210
E. CİSMANİ ZARAR YA DA EŞYA ZARARI, ÜRÜN	
SORUMLULUĞU, MESLEKİ SORUMLULUK.....	211
F. ÇEVRE ZARARI	212
SONUÇ.....	213
KAYNAKÇA	217

KISALTMALAR

ABA	: American Bar Association
Abs.	: Absatz
AG	: Aktiengesellschaft
AGB	: Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHB	: Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung
AIG	: American International Group
AktG	: Aktiengesetz
Anm.	: Anmerkung
Art.	: Artikel
Aufl.	: Auflage
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AVB OLA 93	: Allgemeine Bedingungen zur Vermögensschadenhaftpflicht-Versicherung für Organe und Leitende Angestellte der Chubb Insurance Company of Europe S.A., Direktion für Deutschland.
AVB-AVG	: Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern, Musterbedingungen des GDV, abgedruckt im Anhang i.d. F. vom Mai 2007 gemäss Rundschreiben 0950/2007 vom 24.05.2007.
AVBU 86	: Allgemeine Vermögensschadenhaftpflicht – Bedingungen für Unternehmensleiter (AVBU 86), Federal Insurance Company (Direktion für Deutschland).
AVB-Vermögen	: Allgemeine Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden.
B.	: Bası
b.	: bent
Batider	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	: Entscheidungen des Bundesgesetzblatt

BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
bkz.	:Bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
Cal. Corp. Code	: California Corporation Code
CEO	: Chief Executive Officer
CFO	: Chief Financial Officer
Çev.	: Çeviren
D&O	: Directors & Officers
D.	: Directors
DCGK	: Deutschen Corporate Governance Kodex
Del.	: Delaware
DIC	: Difference in Conditions
dn.	: dipnot
DVVG	: Deutschen Versicherungsvertragsgesetz
E&O	: Errors and Omissions Insurance
Ed.	: Edition
EL	: Employer's liability
EPL	: Employment Practices Liability
Erw.	: Erweitertes
ff.	: folgende
Fn.	: Fußnote
FusG	: Fusionsgesetz
GDV	: Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.
GenG	: Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschafts-genossenschaften
GmbHG	: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	: GmbH Rundschau
HGB	: Handelsgesetzbuch
Hrsg.	: Herausgeber
IPO	: Initial Public Offering
Karş.	: Karşılaştırınız

KonTraG	: Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich
Ltd.	: Limited
m.	: madde
N.	: Nummer
N.Y. Bus. Corp. Law	: New York Business Corporation Law
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NZG	: Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OR.	: Obligationenrecht der Schweiz
PCAOB	: Public Company Accounting Oversight Board
PHİ	: Produkthaftpflicht international
RG.	: Resmi Gazete
Rn.	: Randnummer
Rz.	: Randziffer
s.	: sayfa
S.	: Sayı
sec.	: section
SEC	: Securities Exchange Commission
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
SSV	: İsviçre Sigorta Birliği
SVVG	: Schweizerischen Versicherungsvertragsgesetz
syl.	: Sayılı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanununu
TransPubG	: Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität, Transparenz- und Publizitätsgesetz
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
u.	: Unten
UMAG	: Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts
v.	: versus
Va. Code Ann.	: Code of Virginia
vb.	: ve benzeri

vd.	: ve devamı
VE	: Vorentwurf
VersR	: Versicherungsrecht
Vgl.	: Vergleiche
Vol.	: Volume
VorstAG	: Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung
VVG	: Versicherungsvertragsgesetz
yy.	:Yüzyıl
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGR	: Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis

GİRİŞ

Günümüzde, özellikle anonim şirketler hukukunda yönetici konumunda olan kişiler, yönetim faaliyetleri sırasında kendilerine istinat edilen yükümlülük ihlallerinden dolayı kişisel malvarlıklarıyla ve sınırsız olarak sorumlu tutulmaktadır. Finansal krizlerin müsebbibi olarak görülen yöneticiler, elde ettikleri astronomik gelirlerle de kamuoyunun tepkisini çekmektedir. Bu tepkiye kayıtsız kalamayan yasa koyucular ise, her geçen gün şirket yöneticilerinin sorumluluğunu artıran mahiyette, düzenlemeleri birbiri ardına yürürlüğe sokmaktadırlar. Sonuç olarak, böylesine bir risk karşısında hiçbir profesyonel yönetici, yöneticilerin sorumluluk sigortası himayesini sunmayan şirketlerin yönetiminde yer almak istememektedir. İsteğe bağlı bir sigorta türü olan yöneticilerin sorumluluk sigortasına ilişkin doğrudan yasal düzenlemeler bulunmamakla birlikte; nadir de olsa bazı ülkelerde, bu sigortanın yaptırılması varsayımından hareketle dolaylı hukuki düzenlemelere rastlanılmaktadır. Bu düzenlemelerden biri de, 13 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2012’de yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunun 361. maddesidir. Sigorta sektöründeki konusunun uzmanları dışında, Türkiye’de ayrıntılarıyla pek de bilinmeyen söz konusu sigorta türünün, kanun koyucunun ilgili düzenlemesinin sağladığı ivme ile Türkiye’de de hızla gelişim göstereceği düşünülmektedir. Öncelikle yapılması gereken, bu sigorta türüne özgü genel şartların çıkarılması ve 5684 sayılı Sigortacılık Kanununun 11. maddesi gereğince Hazine Müsteşarlığı tarafından ivedilikle onaylanmasıdır.

I. ÇALIŞMANIN AMACI

Çeşitli ölçeklerdeki şirketlerde görev yapan pek çok yöneticinin sorumluluk hususunda yanlış bir anlayışı vardır. Her ne kadar kurumsal yönetimle kurul üyeleri statüsünde hizmet vermeye hazırlıklı olsalar da, kilit bileşenlere yönelik yüklenilen yükümlülüklerin kapsamından habersiz olabilirler. Bu yükümlülükler kurumsal yönetime uygulanan çok sayıda hukuki düzenlemeden doğmaktadır. Söz konusu yükümlülüklerin ihlali milyonlarca dolarlık zarara ve yüksek mahkeme masraflarına yol açacak davalara sebep olabilmekte ve bunların çözülmesi uzun yıllar sürebilmektedir. Bugün anonim şirketlerde görev alan pek çok yönetici yönetim performansları bakımından yasa koyucular, düzenleyici üst kurullar, paydaşlar, alacaklılar ve genel olarak kamu oyu tarafından yakinen araştırılmaktadır. Bu durumun geldiği nokta, başta ABD olmak üzere Kıta Avrupası ve nihayetinde ülkemizde de süregelen yasal düzenlemelerden ve Sarbanes Oxley Kanunu, Enron ve Worldcom gibi ciddi kurumsal skandallardan ve yatırımcıların daha güçlü bir yönetime yönelik yüksek beklentilerinden kaynaklanan arttırılmış bir sorumluluk ve hesap verilebilirlik arayışının zirvesidir. Yöneticiler yönetim performansları ve kurumsal olarak şirketin eylemlerinden dolayı şahsen sorumlu tutulabileceklerinden ciddi bir finansal risk altındadır. Bunun sonucu olarak yöneticilerin sorumluluk sigortası, gerek bireysel olarak yöneticiler için gerekse şirketler için risk yönetimi bakımından giderek artan bir öneme sahiptir. Mamafih yöneticilerin sorumluluk sigortası, sigorta türleri içerisinde en az anlaşılanlardan biridir. Söz konusu sigorta türü geleneksel olarak sektördeki uzmanlar tarafından satın alınmış ve sunulmuş olup, büyük oranda geri kalan kimselerce göz ardı edilmiştir. Bu çalışma söz konusu sigorta türüne ilişkin olarak kapsamlı bir genel bakış sunacak olup, ülkemiz sigorta

piyasasında emekleme aşamasında olan bu sigorta türü, önem arz eden yönleriyle tanıtılmaya çalışılacaktır. Ancak, ilk başta belirtilmesi gereken husus, söz konusu sigorta türünün yeknesak bir uygulamasının olmamasıdır. Bu noktadaki en önemli gerçeklik, ABD piyasasında doğan ve gelişen ilgili sigorta türünün dünyadaki uygulamalarının halâ ABD piyasasından etkileniyor olmasıdır. Bunun nedeni de, küresel dünyada çok uluslu şirketlerin ve fonların yöneticilerinin hangi ülkede görev yaparlarsa yapsınlar bu himayeden ABD'deki şekliyle istifade etme arzularıdır.

Çalışmamız, Türk sigorta sektörünün potansiyel tehlikelerden kaçınarak ve diğer ülkelerin süreç içinde almış oldukları dersleri dikkate alarak, söz konusu sigortanın uygulanması sırasında başvurulabilecek bir rehber olarak sunmayı amaçlamaktayız. Ancak yeknesak ve standart bir poliçe sunmak bu çalışmanın amacı değildir. Çünkü ülkeden ülkeye farklılıklar içeren koşullar ve her somut olayın kendine özgü şartları nedeniyle son derece değişken; kendi içinde dahi çok çeşitliliği barındıran bir sigorta türü ile karşı karşıyayız. Bu çalışma ancak, bu sigorta için muhakkak suretle hazırlanması gereken genel şartlara ilişkin bir çerçeve sunabilir. Özetle, bu çalışmadaki alçak gönüllü amacımız, ilkelerin tespitidir; yoksa, standardın sağlanmadığı yerde bir şablon oluşturmak değildir.

II. ÇALIŞMANIN SINIRLARI

Çalışmamızın konusunu teşkil eden sigorta türünün, dünyadaki örneklerine uygun olarak, ülkemizde de hâlihazırda anonim şirketler, özellikle borsada işlem gören anonim şirketler için uygulama alanı bulduğu düşünülmektedir. Türk sigorta sektörünün bulunduğu düzey düşünüldüğünde uzun bir süre daha diğer şirket türleri ve özel hukuk tüzel kişileri için söz konusu olmayacağı düşüncesindeyiz. Ayrıca, bu

sigorta türüne, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununda ticaret şirketlerine ayrılan ikinci kitabının dördüncü kısmında düzenlenen “*Anonim Şirket*” başlığı altında işaret edilmesi, en azından bir ilk adım olarak görülmektedir. Bu nedenlerle tezimizde, yöneticilerin sorumluluk sigortası kurumunu, sadece anonim şirket için ele alacağız; diğer şirket türleri – vakıf ve dernek gibi diğer özel hukuk tüzel kişileri – için herhangi bir değerlendirmeye yer vermeyeceğiz.

İkinci bölümde çalışmamızın amacı ve kapsamı dışına çıkmasına sebep olacak şekilde, sözleşmenin kuruluş anından sona ermesine kadar olan tüm süreci, borçlar hukuku sistematığı içinde ve borçlar hukukunun genel kurallarını tekrar etmek suretiyle işleyerek, muhtevayı hem nicelik hem de nitelik olarak artırmayı uygun bulmuyoruz. Açıklanan nedenle, yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin incelendiği çalışmamızda, ilgili sigorta türünü karakterize eden hususların ayrıntılı değerlendirilmesini ana hedef olarak alıyor; talî hususlara, ancak ilgili oldukları ölçüde değinmekle yetiniyoruz.

Son olarak, bu çalışmanın sınırları içinde, sigorta hukukuna ilişkin genel konulara ilişkin açıklamalara da yer verilmeyecektir. İlgili olduğu ölçüde ve ele alınması gerekenler dışında, tezin kapsamını artıracak konulardan bilinçli olarak kaçınılacaktır.

III. KULLANILAN YÖNTEMLER

Söz konusu sigorta türünün Türk sigorta sektöründe günümüzdeki uygulanış biçimine dair, sigorta şirketlerinden ya da belirli ölçekteki brokerlerden bilgi istediğimizde karşılaştığımız tepkisiz durum neticesinde, Türkiye’deki yöneticilerin sorumluluk sigortası piyasası hakkında dolaylı bilgilendirmede bulunmakla

yetinilecektir. Bununla birlikte, Türkiye’de de dünyadaki gelişmelere paralel şekilde bu sigorta türüne talebin sistematik olarak öncelikle, borsada işlem görenler başta olmak üzere halka açık anonim şirketler ve sonrasında diğer tüm anonim şirketler tarafından geleceği -hatta geldiği- düşüncesindeyiz. Bu çalışma sırasında 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu esas alınmıştır.

ABD piyasası ve poliçe örnekleri, dünyanın geri kalanındaki uygulamaları yoğun şekilde etkilemiş ve halâ etkilemektedir. Ayrıca, çok uluslu şirketlerin de varlığı ve öncelikle onların yöneticilerinin talepleri neticesinde ulusal piyasalarda doğan ve gelişen bu sigorta türü incelenirken, ABD uygulamasını göz ardı etmek ya da karşılaştırmalı hukuka ilişkin incelemelerde olduğu gibi ayrı başlık altında alarak sınırlamak mümkün değildir. Bu nedenle ABD ve Anglo-Sakson uygulaması, kimi konularda ayrı başlıklarda incelenmiş olsa da, çalışmanın tamamında ilgili olduğu her yerde ele alınmak suretiyle değerlendirilmiştir.

IV. BİÇİM KURALLARI VE TERMİNOLOJİ

“Yöneticilerin Sorumluluk Sigortası”, esasen tüm dünyada kısaca “D&O” olarak da ifade edilen “Directors & Officers Liability Insurance” kurumunu karşılamaktadır. Yöneticilerin sorumluluk sigortası, Alman ve İsviçre doktrinde ve içtihatlarında “D&O” ifadesi muhafaza edilmek suretiyle, esasen “D&O-Versicherung” başlığı altında ele alınmıştır. Çalışmamızda biz de, yöneticilerin sorumluluk sigortası ile D&O sigortası ifadelerini birbirini karşılayacak şekilde kullanacağız, hatta “D&O” kısa kullanımıyla dahi yetineceğiz.

Söz konusu sigorta türü, köken olarak Anglo-Sakson hukukuna dayanmakla birlikte, Kıta Avrupası ve özellikle Alman ve İsviçre hukuklarında da yoğun şekilde çalışmalara konu edilmiştir. Bu nedenle İngiliz ve Alman doktrinindeki terminoloji çalışmamızda esas alınmıştır.

Bu çalışma 1 Temmuz 2012 ‘de yürürlüğe girecek Türk Ticaret Kanunu esas alınarak hazırlandığından, TTK kısaltması bu kanun için kullanılmıştır. Mer’i kanun, 6762 sayılı TTK olarak anılmıştır.

V. ÇALIŞMA PLANI

Tez giriş, sonuç ve üç bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, organ sorumluluğu sigortası ve ilgili kavramlardan sonra yöneticilerin sorumluluk sigortasının tanımı, türleri, hukuki niteliği ele alınacaktır. Sonra, söz konusu sigorta türünün tarihi gelişimi, sigorta piyasaları ile diğer sorumluluk sigorta türleri karşısındaki durumu incelenecektir.

İkinci bölümde, yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin yasal dayanakları, konusu ve geçerliliği sorunu değerlendirilecektir. Sonra, sözleşmedeki ilgililer ve hukuki ilişkiler ele alınacaktır. Yöneticilerin sorumluluk sigortasında rizikonun gerçekleştiği âna ilişkin tespitlerde bulunduktan sonra, söz konusu sigorta türündeki himaye talebi, himaye yükümlülüğü ve sınırları ile sigorta ettirenin yükümlülükleri ve külfetleri üzerinde durulacaktır. Devamında, yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin sona ermesi konusuna değinilecektir.

Üçüncü bölümde, yöneticilerin sorumluluk sigortasında sigorta teminatının kapsamı ve sınırları incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM
YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI HAKKINDA
GENEL BİLGİLER

§ 1. ORGAN KAVRAMI, ORGAN SORUMLULUĞU VE ORGAN SORUMLULUK SİGORTASI

Yöneticilerin sorumluluk sigortası kurumu hakkında bir inceleme yapabilmek için öncelikle, söz konusu sigorta türünün esasını oluşturan organ sorumluluk sigortası kurumu ile buna bağlı organ ve organ sorumluluğu kavramlarının ele alınması gereklidir.

I. ORGAN KAVRAMI VE ORGAN SORUMLULUĞU

Türk hukukunda organ kavramına ilişkin yasal bir tanım bulunmamakla birlikte¹, bu kuruma ilişkin temel düzenleme olarak kabul edilebilecek bir hükme, esasen Türk Medeni Kanunun “*Tüzel Kişiler*”i düzenleyen kısmında, fiil ehliyeti alt başlığında rastlanılmaktadır. TMK m. 50 çerçevesinde, tüzel kişinin iradesinin oluşumunda, açıklanmasında ve uygulanmasında yer alan kurulların ve kişilerin organ olarak nitelendirilebileceği anlaşılmaktadır². Organ kavramına³ ilişkin farklı

¹ İsviçre Medeni Kanunu’nda *organ* ibaresi açıkça yer alırken (ZGB Art. 55), Alman hukukunda ise bu şekilde açık bir ibare bulunmamaktadır.

² **ÖZTAN, B.** : Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organların Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970, s. 39 vd. ; **İZMİRLİ, Y.** : Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001, s. 23. ; **TEKİNALP, Ü.** : Yeni

tasnif çeşitleri⁴ bulunmakla birlikte, çalışmamız açısından önem arz ettiği üzere, şirketler hukuku bakımından organ kavramı, özellikle yetki ve sorumluluk çerçevesinde ele alınmaktadır⁵. Organ sorumluluğu kavramından ilk olarak, organların davranışlarından dolayı, anonim şirketin üçüncü kişiler karşısındaki sorumluluğu anlaşılır. Organ sorumluluğu diğer taraftan, organların sorumluluğu konusunu da kapsamaktadır. Organların sorumluluğu kavramı ise, yükümlülüklerini ihlal etmeleri nedeniyle ortaklığa zarar vermeleri durumunda, organların şirket ve üçüncü kişiler karşısındaki durumunu ifade etmektedir. Bazı hallerde de, organın bir davranışı, kendisinin hem dış ilişkide üçüncü kişiler karşısında sorumluluğuna hem de iç ilişkide ortaklığa karşı sorumluluğuna neden olabilmektedir⁶.

Organ kavramının çalışmamız çerçevesinde sorumluluk hukuku bakımından mevzuatımızdaki görünüşüne örnek olarak 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 553. maddesi gösterilebilir. Söz konusu maddede, anonim şirketin yönetim kurulu ve yöneticileri (tasfiye memurları da dahil olmak üzere) zikredilerek, bunların sorumlulukları hükme bağlanmıştır. Bu madde kapsamında, hem geniş anlamda organa, yani bir tüzel kişide yönetim, gözetim ve denetim işlevleri bağlamında

Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, B. 2, İstanbul 2011, s. 105, N.11-01

³ Organ kavramının, kanun, tüzel kişinin statüsü, nizamnamesi veya iç talimatnameleriyle yetkili kılınan ve tüzel kişi için önemli olan korporatif görevleri devamlı ve bağımsız olarak, gerek üçüncü şahıslarla olan ilişkilerde, gerekse tüzel kişinin iç yapısında, yerine getirmesi için yetkili kılınan veya kendisine bu tip görevleri fiilen ve dışa karşı belli olacak şekilde bağımsız ifa yetkisi verilen şahıs veya şahıs gruplarını işaret etmektedir. Bkz. **ÖZTAN**, s. 82.

⁴ Bu tasnif çeşitleri için bkz. **İZMİRLİ**, s. 18 vd. ; **TEKİNALP**, s. 106 vd. , N. 11-04 vd. ; **DOĞAN, B. F.:** 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, B.2, İstanbul 2011, , s. 6 vd.

⁵ **DOĞAN**, s. 5.

⁶ **BİLGİLİ, F. :** Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004, s. 189.

alışan kurullar arasında yer alan yönetim kuruluna, hem de dar anlamda organa⁷, yani tüzel kişinin iradesinin oluşumunda ve icrasında rol oynayan kişiye, daha açık ifade ile organ kişiye işaret edilmiştir. İkinci gruba, yönetim kurulu üyesi⁸, müdürler, karar alınmasında ve uygulanmasında yer alan yöneticiler (fili organ) girmektedir⁹. Ayrıca anonim şirketin tasfiye aşamasında, faaliyette bulunan tasfiye memurları ile yönetim kurulunun çalışamaması veya bir menfaat uyuşmazlığı durumunda gerekli olduğu hallerde atanan kayyımlar da anonim şirketin organadırlar¹⁰.

Organın sorumluluğu ifadesinden, bir organ faaliyetinin sonucu olarak ortaya çıkan hukuki sorumluluğun tüm formlarını kapsayan hukuki bir üst kavram anlaşılabilir. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 553. maddesinin mehzadı olan İsviçre Borçlar Kanunu’nun 754. maddesi uyarınca, yönetim kurulu üyeleri, yönetim işiyle uğraşanlar, yani yöneticiler ve şirketin şekli organları olarak şirketin tasfiye memurları yasal olarak organ sorumluluğuna sahiptirler. şirketin iradesinin

⁷ Bu gruba, kurul halinde ya da tek bir kişi olmak üzere, icra yetkisine sahip tüm kişilerin girebileceği yönünde bkz. **DOğAN**, s. 6; Tüzel kişi adına muamele eden kişi sayısını esas alarak, tek bir kişi ya da birden fazla kişi olmasına göre fert organ-kurul organ ayrımı da yapılmıştır. Bkz. **İZMİRLİ**, s. 19.

⁸ **AKDAğ-GNEYY, N.** : Anonim şirket Yönetim Kurulu yelerinin Hukuki Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2010, s. 39; **DOğAN**, s. 250. 6762 sayılı TTK’da yönetim kurulu üyeleri için öngörülen kusur sorumluluğu, kişisel ve müteselsil bir sorumluluktur. Burada bahsi geçen sorumluluk organ olarak yönetim kurulunda değil, kişisel sorumlu olan organ görevlisi ye olarak nitelendirilen yönetim kurulu üyesindedir. Bkz. **AMOğLU, E.** : Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu yelerinin Sorumluluğu, İstanbul 2007, s. 37 vd. ; Yönetim kurulu üyelerinin de, yönetim kurulunun kendisi gibi TMK m. 50 anlamında organ vafını haiz olduğunun kabul edilmesi gerektiği ve bunun sonucu olarak da, sorumluluk hükümlerinin yönetim kuruluna dahil olmasalar bile, yönetim kurulunun görevine giren işleri ifa eden şahıs veya şahıs gruplarına da uygulanabileceği belirtilmiştir. Bkz. **HELVACI, M.** : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu yesinin Hukuki Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2001, s. 29 vd.

⁹ Bunların yanında ticari mümessil gibi kişilerin de organ kişi kategorisine gireceği belirtilmiştir. Bkz. **TEKİNALP**, s. 105, 106, N. 11-02, 11-03.

¹⁰ **TEKİNALP**, s. 108, N. 11-10, 11-11.

oluşumunda etkisi olan, ancak kanunda ve esas sözleşmede organ olarak nitelendirilmeyen ya da kendisine yönetim görevleri tevdi edilmeyen kişiler anonim şirketin fiili organı sayılırlar. Bu kişiler, şirketteki konumları gereği şirketin iradesinin oluşumuna kısa süreli de olsa katılmaları nedeniyle, bundan doğabilecek sorumluluğun da yükümlüsü sayılırlar. Üçüncü kişilere karşı, ilgili kişinin organ yetkileri olduğu izlenimi uyandırıldığı durumlarda dahi organ sorumluluğu söz konusu olabilir¹¹.

Şu halde, uygulamada organ sorumluluğu şirketin en üst yönetiminde yer alan yönetim kurulunu, icra kurulunu, yöneticileri (Direktoren), tasfiye memurlarını ve yasal temsilcileri kapsar. Ancak duruma göre de, dışa karşı görünmeyen; fakat karar alınmasında etkisi olan (graue Eminenzen) gizli yönetim kurulu üyeleri (stille Verwaltungsräte)¹², ana hissedarlar, ana şirket ve talimatlara bağlı temsilciler vasıtasıyla şirket yönetiminde yer alan tüzel kişiler de organ kavramı içine girer¹³.

İsviçre Borçlar Kanunundaki özel hükümlerden dolayı ayrıca, halka arzda (OR 752), şirketin kurulmasında (OR 753), şirketin yeniden yapılandırılmasında (FusG 108) ya da denetiminde (OR 755)¹⁴ önemli ölçüde işlevi olan kişiler de organ sorumluluğuna tabi olurlar. Organ konumu ve buna ilişkin sorumluluk, ilke olarak yöneticilerin şirket kararlarını etkileyebildikleri müddetçe devam eder. Gerçekte yönetici vasfı sona ermiş; fakat şekli olarak ticaret siciline kaydedilmiş bir

¹¹ **FORSTMOSER, P./SPRECHER, T./TÖNDURY, G. A.:** Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zurich Basel Genf 2005, s. 21, 22; **DOĞAN,** s. 12 vd.

¹² **VETTER, M. :** Der verantwortlichkeitrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Zürich/St. Gallen 2007, 80 vd.

¹³ Ayrıca istisnai olarak ticari mümessil (Prokuristen), ticari vekil ve danışman gibi daha alt düzeyde işlemler gerçekleştirenler de maddi fonksiyon gösteren (fiili) organ kavramına girebilecekleri belirtilmiştir. Bkz. **FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY,** s. 19, 20; **TEKİNALP,** s. 105, 106, N. 11-02, 11-03.

¹⁴ Burada kastedilen özel denetçi değildir. Bkz. **FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY,** s. 33.

yöneticinin duruma göre, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hukuki görünümünden dolayı bir sorumluluğu söz konusu olabilir¹⁵. Yöneticilerin sorumluluk sigortasının sağladığı himaye bakımından önem arz eden husus, sorumluluğun şirketin yönetim faaliyetinden kaynaklanan taleplerle ilgili olmasıdır.

II. ORGAN SORUMLULUK SİGORTASI

Organ sorumluluğu kavramından hareketle organ sorumluluk sigortası kavramına kısaca değinmekte fayda vardır. Söz konusu sigorta, organ sorumluluğunun farklı türlerine himaye sağlayan sigorta türlerinin hepsinin üst kavramı olarak anlaşılabilir. Belirtilen hususta, geniş anlamda organ sorumluluk sigortası ifadesi de kullanılabilir. Örneğin, organ kişilerin organ sorumluluğuna himaye sağlayan mesleki sorumluluk sigortaları da, bu yönleri dolayısıyla organ sorumluluk sigortası olarak nitelendirilebilir. Daha açık bir ifadeyle, bağımsız denetim şirketleri için organ sorumluluğundan doğan olası talep riskini de karşılayacak şekilde, geniş anlamda bir mesleki sorumluluk sigortası¹⁶ yapılması durumu ya da bankalar için organın mali sorumluluğunun yanında, mesleki sorumluluğunu ve güven sorumluluğunu da karşılayan kapsamlı sigorta paketleri yahut bir organın mali sorumluluğunu içerecek şekilde genişletilmiş avukatın mesleki sorumluluk sigortası, geniş anlamda organ mali sorumluluk sigortalarından sayılır. Bunların yanında, organ kişilere sunulan hukuki himaye sigortası ise, organ sorumluluğuna karşı himaye sağlamadığı için geniş anlamda organ sorumluluk

¹⁵ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, s. 23.

¹⁶ 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 36. maddesi gereği bağımsız denetim kuruluşlarına sorumluluk sigortası yaptırma yükümlülüğü getirilmiştir.

sigortası sayılmaz¹⁷. Örneklerde zikredilen sigortaların, çok çeşitli türevleri bulunmakla beraber, her biri kendine özgü, son derece karmaşık özel ürünler olarak piyasada sunulmaktadır¹⁸.

Organ sorumluluk sigortası kavramı, yukarıda zikredilenin aksine, mutlak olarak daha dar kapsamda anlaşılır. Şöyle ki, sadece yönetim kurulu üyeleri ile icra kurulu üyeleri için yapılan özel sigortalar organ sorumluluk sigortası kavramı içinde mütalaâ edilir¹⁹. Dar anlamda organ sorumluluk sigortası olarak nitelendirilen bu sigorta, seçilen sigorta türüne göre hem icrai yetkileri haiz olan²⁰ hem de icrai yetkileri haiz olmayan yönetim kurulu üyeleri²¹ için ya da sadece icrai yetkisini haiz

¹⁷ Hukuki himaye sigortasının sorumluluk sigortasıyla karşılaştırılması için bkz. **ŞENOC AK, K.**: Hukuki Himaye Sigortası, Ankara 1993, s. 88 vd. , (Hukuki Himaye).

¹⁸ **HALLER, M.** : Organhaftung und Versicherung: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Zürich 2008, s. 157.

¹⁹ Şirketin işletme konusunun elde edilebilmesi için gerekli tüm kararların alınması hakkının, yani bir iç ilişki hakkı olan yönetimi ifade etmek üzere *Geschäftsführung*, *Management* kavramları kullanılır. İşte bu kavram dar anlamda organ sorumluluk sigortasının konusuna esas teşkil etmektedir.

²⁰ İcrai yetkileri olan üyeler, kendilerine delege edilen şirketin yönetimini üstlenmektedirler. Bu tip yönetim kurulu üyelerine, esasen Anglo-Sakson hukuku kaynaklı olan ve Single-Board sistem adı verilen uygulamada rastlanılmaktadır. Türk ve İsviçre hukukunda da geçerli olan ve Monist sistem olarak ifade edilen rejimde, yönetim kurulunun bir takım yetkileri, kanunun vermiş olduğu organizasyon yetkisi sayesinde söz konusu yönetim kurulu üyelerine devredilmekte, böylece icrai yetkileri olan “executive” üyeler oluşturulmaktadır. TTK m. 367 ile Türk hukukunda bu sistemin uygulanabileceği esnek bir rejime geçilmektedir. **AKDAĞ-GÜNEY**, s. 19; **DOĞAN**, s. 24 vd. ; D&O Sigortası olarak yaygın şekilde ifade edilen tür, tekli kurul rejiminin hakim olduğu Anglo-Sakson hukuk sisteminde doğmuştur. Yönetim kurulu üyeleri olarak “Directors”, hem üst yönetimi hem de alman gözetim kurulu üyelerinin yaklaşık fonksiyonunu üstlenen harici kişileri birlikte ifade eder. Diğer yöneticiler Officers olarak adlandırılır. **SCHAAFF, H.** : Überlegungen zur D&O-Versicherung und Auslandsrisiken – ein Rechtsvergleich, Haftpflicht international - Recht und Versicherung (PHi), 2001, Nr. 5, s. 176.

²¹ İcrai yetkileri olmayan “non-executive” üyeler, şirketin işletme örgütünde yer almayan, dolayısıyla aktif yönetsel sorumluluk da taşımayan, salt şirket yönetim kurulu üyeliği yapan ve TTK m. 375/I-e hükmü ile tüm üyeler yani kurul olarak yönetim kurulu için somutlaşan işletme

olmayan yönetim kurulu üyeleri için bir himaye sağlar. Geniş ve dar anlamının haricinde organ sorumluluk sigortası kavramı, bu çalışmada olduğu gibi doktrinde daha dar bir anlayışla, asıl şekli olan yöneticilerin sorumluluk sigortası kavramı ile eş tutularak anılır²².

§ 2. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ TANIMI, TÜRLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

Bu kısımda, yöneticilerin sorumluluk sigortasının tanımı ve sigorta piyasalarında uygulanan türlerine yer verildikten sonra, söz konusu sigortanın hukuki niteliği incelenecektir.

I. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ TANIMI VE TÜRLERİ

Aşağıda, yöneticilerin sorumluluk sigortasının tanımına yer verilecek, sonrasında da sigorta sektöründe rastlanılan türleri ele alınacaktır.

örgütünün “*gözetim*” görevini özen ve sadakat yükümlülüklerine uygun biçimde yerine getiren yönetim kurulu üyeleridir. Bkz. **DOĞAN**, s. 242-245. Kendisine bağlı doğrudan gelir getirici faaliyetlerin icra edildiği bir birim (icrai mahiyette faaliyet gösteren bir birim) bulunmayan yönetim kurulu üyesi, icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyesi olarak ifade edilir (Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik, , RG, T. 1, .11.2006, S. 26333). Ayrıca Bankaların denetim kurulu üyelerinin, icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyeleri arasında seçileceği de hükme bağlanmıştır (Bankacılık K. m. 24).

²² **HALLER**, s. 157.

A. TANIMI

Kurumsal yönetimin ileri bir düzeyi olarak kabul edilen²³ ve yöneticinin bu sıfatıyla ilgili faaliyet özgürlüğünü güvence altına almada esas teşkil eden unsur olarak nitelendirilen²⁴ yöneticilerin sorumluluk sigortası, hemen hemen tüm dünyada, ama özellikle ve yoğunlukla önde gelen ekonomilere sahip ülkelerin sigorta piyasalarında uygulanan bir sigorta türüdür. Yöneticilerin sorumluluk sigortası, İngiliz ve ABD hukukunda²⁵, D&O Liability Insurance ya da kısaca D&O Insurance olarak; Alman²⁶ ve İsviçre²⁷ hukukunda, çeşitli ifade ediliş tarzları bulunmakla

²³ **KERVANKIRAN, E.** : “*Sermaye Şirketlerinde Yöneticilerin Ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası (D&O-Insurance)*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (10. Yıl Kuruluş Armağanı), İstanbul 2008/1, s. 272.

²⁴ Esas ifade ediliş tarzı “*konstitutives Element zur Sicherung unternehmerischer Handlungsfreiheit*” şeklindedir, OLG München v. 15.3.2005 – 25 U 3940/04.

²⁵ **DİGBY, C. J.** : The Insurance Of Commercial Risks: Law and Practice, London 1986, s. 119; **EDİE, J. A./NOBER J. C.** : Directors And Officers Liability Insurance and Indemnification,, B.2, Washington 2007, s. 15; **PAOLİNİ, A./NAMBİSAN, D.** : Directors’ And Officers’ Liability Insurance, London 2008, .11; **YOUNGMAN, I.** : Directors’ And Officers’ Liability Insurance: A guide to international practice, B. 2, Cambridge 1999, s. 124. ABD literatüründe “*executive liability insurance*” olarak da anılır. Bkz. **BARKER, J. Et. AL.** : “Directors and Officers (D&O) Insurance: Overview, Trends, and The Effects of Corporate Scandals”, CPCU e Journal, January 2006, C. 59, N. 1, s.1-18, s. 7.

²⁶ Alman literatüründe bu sigorta kurumunun anılış tarzlarına örnek olarak şu ifadelere rastlanılır: “*Managerversicherung*”; “*Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Directors & Officers/Aufsichtsräte, Beiräte, Geschäftsführer, Vorstände*”; “*Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organe und leitende Angestellte*”; “*Organ-Haftpflichtversicherung*”, “*Haftpflichtversicherung für Aufsichtsräte, Vorstände und Geschäftsführer*”, “*Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Unternehmensleiter*” vb. Bkz. **HÜBNER, U.** : Managerhaftung, München 1992, s. 45; **KÜPPER-DİRKS, M.** : Managerhaftung und D&O-Versicherung, s. Karlsruhe 2002, s.1, 61; **BARZEN, C./BRACHMANN, H./BRAUN, M-P.** : D&O-Versicherung für Kapitalgesellschaften: Haftungsrisiken der Geschäftsleitung und ihre Deckung, Karlsruhe 2003, s. 99 vd. ; **PAMMLER, S.** : Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts, Berlin 2006, s. 19; **MÖHRLE, F.** :

birlikte Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Organmitglieder juristischer Personen ya da literatürde kısaca kullanıldığı şekliyle D&O-Versicherung olarak yerleşmiş bir sigortadır²⁸.

Türk doktrinde, bu sigorta türü birkaç istisna makale dışında doğrudan ele alınmamıştır²⁹. Söz konusu sigorta türü, ayırım yapmaksızın Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası literatürlerinde, “*Directors*” ve “*Officers*” kelimelerinin kısaltmalarından oluşan “D&O” ifadesi ile yerleşik olarak anılmaktadır.

TTK’nın 553. maddesinde, kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğu düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin gerekçesinde, kanun koyucu, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’nun 754.

Gesellschaftrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, Köln 2007, s. 1; **SCHILLING, J.** : Managerhaftung und Versicherungsschutz für Unternehmensleiter und Aufsichtsräte, 2. Aufl. , Karlsruhe 2007, s. 19 vd; **THÜMMEL, R. C.**: Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten: Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D&O-Versicherung, 4. Aufl. , Stuttgart 2008, s. 209; **IHLAS, H.** : D&O: Directors & Officers Liability, Berlin 2009, s. 5 vd.

²⁷ Alman doktrindeki anılışa benzer şekilde kullanım için bkz. **HALLER, M.** : Organhaftung und Versicherung, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Zürich 2008, s.245; **BÖCKLI, P.**: Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf, 2004; § 13, Anm. 876. ; **FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY**, s. 81.

²⁸ Bu ifade ediliş biçimi ile “tüzel kişilerin organ üyeleri için mal varlığı zararları mali mesuliyet sigortası” olarak ve hatta genel müdürleri, yönetim ve gözetim kurulu üyelerini de kapsar şekilde anlaşılır. Bkz. **SIEG, O.**: “*D&O- Versicherung des Managers*”, in: Handbuch Managerhaftung, Hrsg., KRIEGER, G. / SCHNEIDER, U., H. , 2. Neu bearbeitete und erweiterte Auflage,, 2010, § 15, s. 413.

²⁹ **KUBİLAY, H.**: “Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: I, İstanbul 2003, s.537-561; **TEKİL, M.**: “Anonim Ortaklık Yöneticileri ile Denetçileri İçin Sorumluluk Sigortası”, Prof. Dr. Fahiman TEKİL’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.115-144; **KERVANKIRAN**, s.237-274. Söz konusu sigorta türünün TTK m. 361 çerçevesindeki değerlendirme için bkz. **PULAŞLI, H.** : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s. 660-662.

maddesindeki “*yönetim ve tasfiye işi ile uğraşan kişiler*” ifadesinin ucu açık bir kavram olması sebebiyle, İsviçre’dekinden daha geniş şekilde yorumlanabileceği tehlikesi gözetilerek, “*yöneticiler*” kavramını esas aldığını ve bu kavramın dinamik yapısının Türk hukukuna egemen olması yönünde tercihini açıkça belirtmiştir. Biz de, kanun koyucunun bu iradesine uygun şekilde çalışma konumuz olan sigorta türünün ismini “Yöneticilerin Sorumluluk Sigortası” olarak belirledik. Bu ifade tarzı, söz konusu sigorta türünü de karakterize eden ve ayrı bir önemi olan yönetim kurulu üyelerini de içine almaktadır. Ayrıca çoğul şekilde ifade ediliş, hem söz konusu kanun hükmüne hem de yöneticilerin sorumluluk sigortasının kural olarak esasen grup sigortası niteliğine uygun bir anılış olacaktır. Denetçi ibaresinin, 6102 sayılı TTK’daki düzenleniş tarzına ve yöneticilerin sorumluluk sigortası kurumunun yapısına bakıldığında, kavram içinde ifade edilmesinin yersiz olacağı düşüncesindeyiz. Bu sigorta türünün doğuşu, gelişimi ve hali hazırda uygulanışına bakıldığında, “*Directors*” ve “*Officers*” ibaresinin, Anglo-Sakson kökenine rağmen, Kıta Avrupa’sına hâkim olan hukuk düzenlerinde benimsendiği görülmektedir. Bunun en önemli sebebi bu kavramların tam karşılığının Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinde bulunmamasıdır. Kıta Avrupa’sında çalışma konumuzu oluşturan sigorta türü ifade edilirken, doktrinde, içtihatlarda ve piyasa sunucuları tarafından arz edilen poliçelerde, bir kısmı İngilizce olan bu ibare ısrarla korunmakta ve sadece “*sigorta*” ibaresinin ulusal dildeki karşılığı eklenilmekle yetinilmektedir. Biz de, çalışmamızda “Yöneticilerin Sorumluluk Sigortası” kavramı ile birlikte ve birbirini ikame eder biçimde, Kıta Avrupa’sındaki temayüle uyarak “D&O Sigortası” ibaresini kullanacağız³⁰.

³⁰ Kavram birliği sağlanması yönünde eleştirilere yönelik olarak, hem şirket hem ortaklık kelimelerinin eş değer kanuni terimler olduğunu hükme bağlayan 6102 sayılı TTK m. 1531’i

Söz konusu sigorta türü ile ilgili ayrıntılı açıklamalara geçmeden önce, burada genel bir tanım verilecektir. Bu tanımın yapılması esnasında genel sorumluluk sigortası kavramından hareket edilmesi, sağlam bir zemin oluşturacaktır. Öncelikle sorumluluk sigortaları ile ilgili olarak, bu tür sigortanın akdedilmesi ile sigorta ettirenin (sigortalının) sorumluluğunun bertaraf edilmediğini, bilakis sigorta ettirenin (sigortalının) ihmale ya da ihlale mesnet davranışının malvarlığında yaratacağı kötüleşmenin sonuçlarından korunduğunu vurgulamakta yarar vardır³¹.

Sorumluluk sigortalarına ilişkin olarak TTK'nın 1473. maddesinde³², söz konusu sigorta türünün konusu ve kapsamına ilişkin emredici nitelikte olmayan bir hüküm sevk edilmek suretiyle genel bir tarif yapılmakla yetinilmiştir. Burada sigortacının sorumluluğu, sebep olayı ilkesi esas alınarak³³, sözleşme süresi içinde sigortalısının sorumluluğunu gerektirecek olaylara bağlanmıştır. Sigortacı bu esasa uygun olarak zarar görene, sigorta sözleşmesinde öngörülen miktara kadar tazminat ödemekle yükümlüdür. Bu hükmü tamamlayacak biçimde TTK m. 1474'de de, sigortalı aleyhine bir istem ileri sürülmesi halinde, isteme ilişkin makul giderlerin sigortacı tarafından karşılanacağı hüküm altına alınmıştır. TTK m. 1476'da ise, kendisine bildirimde bulunan sigortacının, sorumluluk ve giderler kendine ait

hatırlatmak yerinde olur.

³¹ **BOZER, A.** : Sigorta Hukuku, BTHAE, Ankara 1965, s. 255.

³² 6762 sayılı TTK'da sorumluluk sigortasına ilişkin dağıtık haldeki hükümlerle ilgili bir değerlendirme için bkz. **KARAYALÇIN, Y.** : “*Sorumluluk (Mesuliyet) Sigortaları*”, Sigorta Hukuku Dergisi, c. II, S. 1-2, Ankara 1984, s.27-68, s. 55 vd; **ULAŞ, I.** : Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, B. 4, Ankara 2005, s. 637, 638.

³³ Sebep olayının benimsenmesinin, sigorta ilişkisinin sona ermesinden sonra doğabilecek zararlar için sigortacıları ihtiyat ayırmaya zorlayacağı, bu durumun da primin yaklaşık iki buçuk kat kadar artmasına neden olacağı gerekçeleriyle isabetli olmadığı belirtilmiştir. Bkz. **ŞENOCAK, K.** : “*Sigortaya İlişkin Hükümler*”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler_Tartışmalar, BTHAE, Ankara 2005, s.145-155, s. 154, (Tasarı).

olmak üzere sigortalı adına gerekli hukuki işlemleri gerçekleştirmesi, kararların alınması ve savunmaya yardım edilmesi konuları düzenlenmiştir.

Alman hukukunda ise Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu 100. paragrafında, *“sorumluluk sigortalarında, sigortacı, sigorta ettireni sigorta dönemi zarfında gerçekleşen bir olaydan ötürü sorumlu olması nedeniyle üçüncü kişi tarafından ileri sürülen taleplerden kurtarmayı (muaf tutmayı) ve asılsız talepleri savuşturmayı üstlenir³⁴”*.

Türk Ticaret Kanunu’nun ve Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nun her ikisi bakımından da, sorumluluk sigortacısının yükümlülüğünün hem tazmin fonksiyonu hem de asılsız talepleri savuşturma (önleme) fonksiyonu olarak tezahür edeceği açıkça düzenlenmiştir. Sigortacı edim yükümlülüğünün tezahür eden her iki fonksiyonunda da aktif olarak rol alabilecektir.

Buna göre, sigortacının sigorta edilen riske ilişkin edim yükümlülüğü, genel sorumluluk sigortasında ilke olarak geniş kapsamlı ve sigortalının malvarlığını, üçüncü kişinin sorumluluk taleplerine karşı korumaya yönelik olduğu tespiti yapılabilir. Ancak, kanun ya da sigorta sözleşmesinin bir sınırlama içerdiği hallerde, sigortacının edimlerinde bir sınırlamaya gidilebilir. Esasen sigorta ettirenin bizzat göreceği zararlar (Eigenschäden)³⁵ ile işletme riski (unternehmerische Risiko), sorumluluk sigortasının himaye kapsamında bulunmaz. Sorumluluk sigortasının birincil işlevi, sigorta ettirene, yükümlülüklerini yerine getirirken doğabilecek maddi

³⁴ 1.1.2008 tarihinden itibaren yürürlükte olan DVVG § 100 hükmünün orijinal hali şu şekildedir: *“Bei der Haftpflichtversicherung ist der Versicherer verpflichtet, den Versicherungsnehmer von Ansprüchen freizustellen, die von einem Dritten auf Grund der Verantwortlichkeit des Versicherungsnehmers für eine während der Versicherungszeit eintretende Tatsache geltend gemacht werden, und unbegründete Ansprüche abzuwehren.”*

³⁵ **REITTER, S.** : § § 100 bis 122 VVG, in: Praxiskommentar Versicherungsvertragsrecht, Hrsg. SCHWINTOWSKI, H. P./ BRÖMMELMEYER, C./BEARBEİTER, Münster, 2008, § 100, N. 33.

yüklere karşı koruma sağlamaktır. Sigorta şirketi sigorta ettirene karşı üçüncü kişiler tarafından yöneltilen mali sorumlulukla ilgili talepleri karşılamakla yükümlüdür. Bunun dışında sorumluluk sigortasının akdedilmesi, ödeme aczi nedeniyle tazmin edilememe riskini, zarar gören kişinin artık taşımak zorunda olmaması ile ilgili bir de yan etki doğurur³⁶. Sorumluluk sigortasının bu noktada önem arz ettiği husus, sigortalıya sigortacıların, kendisine karşı ileri sürülen alacak için pasif hukuki koruma sağlamasıdır³⁷. Sorumluluk sigortasının bu önemli işlevi, İsviçre’de sunulan D&O poliçelerinin birçoğunda, sadece yargılama ve avukat masraflarının ödenmesi ile sınırlandırılmıştır³⁸.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası, anonim şirket ya da bağlı şirketi tarafından, - esasen yöneticilerin tümü lehine – yönetim fonksiyonunu icra eden organın³⁹ hali hazırdaki veya eski⁴⁰, hatta gelecekteki bir üyesi lehine, bu kişilerin, iç ilişkide şirketin kendisine ve dış ilişkide üçüncü kişilere karşı söz konusu olan kusura dayalı sınırsız kişisel sorumluluklarından doğan risk bakımından, (bir sorumluluk sigortası olarak) hem yargılama sırasında veya yargılama dışında taleplerin savuşturulmasına hem de haklı taleplerin mevcudiyeti halinde tazminine ilişkin sigorta teminatı sağlamak için yaptırılan isteğe bağlı bir sorumluluk sigortasıdır⁴¹.

³⁶ HALLER, s. 162.

³⁷ SCHİMİKOWSKI, P. : Versicherungsrecht, 4. Aufl. München 2009 , s. 212

³⁸ HALLER, s. 163.

TTK m. 135 gereği “yönetim organı” kavramı, anonim şirketler ve kooperatiflerde yönetim kurulunu, limited şirketlerde müdürü veya müdürleri, şahıs şirketleriyle sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde yöneticiyi ifade etmektedir.

⁴⁰ Bu kişi, kural olarak belirli bir şahıs değil, ilgili üyelik/yöneticilik pozisyonunu işgal eden herhangi bir kimse olarak kabul edilir. Bkz. von LANZENAUER, H.: “D&O-Versicherung”, in: VVG Kommentar, Hrsg. LOOSCHELDERS, D/ POHLMANN, P. , Köln 2010, s. 1845.

⁴¹ Doktrinde yapılan diğer bir tanım ise şu şekildedir: “Y&D sigortası anonim ortaklık yöneticileri ile denetçilerine görevlerini ifa ederken ortaklık, pay sahipleri ve ortaklık alacaklılarına verdikleri saf ekonomik zararlardan ötürü yöneltilecek tazminat taleplerinin mali sonuçlarının karşılanması

Yöneticilerin sorumluluk sigortasında temel içerik, sigortalının organ faaliyetlerine dayanan üçüncü kişilerin haksız taleplerine karşı koyma ve bilhassa haklı taleplerinin tatmini hususlarında yöneticiye himaye sağlanmasıdır.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası, anonim şirket tarafından yöneticileri lehine bu kişileri şirketin kendisine ve üçüncü kişilere karşı kişisel sorumluluklarından doğan riske karşı sigortalatmak için yaptırdığı bir isteğe bağlı sorumluluk sigortası ve TTK m. 1454 anlamında başkası lehine bir sigortadır.

B. TÜRLERİ

90'lı yıllara kadar, yöneticilerin sorumluluk sigortası poliçesinin Taraf A ve Taraf B olmak üzere iki farklı türü vardı. Günümüzde ise söz konusu ikili ayırım esas olarak geçerliliğini sürdürmekle birlikte, en yaygın biçimi ile borsada işlem gören anonim şirketlere özgü bir yöneticilerin sorumluluk sigortası poliçesi, Taraf C himayesinin de eklenmesiyle üç farklı koruma türü içerir.

1. Taraf A Himayesi (Side A –Direct Coverage)

Burada, pay sahiplerinin ve üçüncü kişilerin yöneticilere karşı açacağı davaların oluşturduğu riske karşı, bireysel olarak yöneticiler için sağlanan koruma söz konusudur. Bu tür koruma sektördeki profesyonel uygulamacılar tarafından “Taraf A” himayesi olarak ifade edilmekte olup, kamuoyunda çoğunlukla D&O

için ortaklık tarafından yöneticiler ile denetçiler hesabına yaptırılan sorumluluk sigortasıdır”.

Bkz. **TEKİL**, s. 121.

sigortası olarak düşünülen koruma türü budur. Bununla birlikte yöneticilerin sorumluluk sigortası, daha az bilinen iki tür koruma daha içerir⁴².

2. Taraf B Himayesi (Side B – Company Reimbursement)

ABD hukukunda, yöneticilerin yönetim faaliyetleri nedeniyle karşılaşılabilecekleri sorumluluğa ilişkin olarak iki temel koruma türü bulunmaktadır: Tazminat ve sigorta. Her ikisi de yöneticiler bakımından kişisel malvarlığının koruma aracı olması itibariyle önem arz etmektedir⁴³. Taraf B himayesini sağlayan poliçelerin niteliğinin anlaşılabilmesi için öncelikle şirketin tazmin yükümlülüğü konusunda bilgi verilmesi gerekir.

Taraf B tipi poliçelerde, ABD hukukunda geçerli olan *yöneticilerinin sorumluluğa karşı şirket tarafından korunması (tazmin edilmesi)*^{44 45} şeklinde ifade

⁴² **PAOLİNİ/NAMBISAN**, s. 60; **BAKER, T./ GRIFFITH S. J.**: “*Predicting Corporate Governance Risk: Evidence From The Directors’ & Officers’ Liability Insurance Market*”, Chicago Law Review, 2007, Vol. 74, 487-544, s. 499, 500; **MONTELEONE, J. P./CONCA, N. J.** : “*Directors and Officers Indemnification and Liability Insurance: An Overview of Legal and Practical Issues*”, The Business Lawyer ABA, 1995-1996, volume. 51, issue 3, 573-634, s. 587, 588.

⁴³ **BARKER, Et. Al.** s. 7.

⁴⁴ Indemnification of corporate directors and officers.

⁴⁵ Indemnification kavramı Canada Business Corporations Act Section 124 (1)’de düzenlenmiştir: “*Bir şirket, şirketin yöneticisini, şirketin eski çalışanı olan bir yöneticisini ya da şirketin talebi üzerine yönetici olarak faaliyet gösteren ya da göstermiş olan başka bir bireyi veya başka bir şirketin benzer pozisyonda çalışan bir bireyini; şirket yahut diğer tüzelkişilik ile olan ilişkisi sebebiyle bireyin muhatap olduğu herhangi bir hukuk, ceza, idare, soruşturma ya da diğer bir hukuk süreci sebebiyle; birey tarafından ve bir hukuki süreçte uzlaşılacak amacıyla ya da bir mahkeme kararının yerine getirilmesi amacıyla ödenen makul meblağ da dahil olmak üzere, her türlü gider, ceza ve harcamalara karşı tazmin (indemnify) edebilir.*” Bkz. **BERROW, R. J.** : 20 Questions: Directors Should Ask about Directors’ and Officers’ Liability Indemnification and Insurance, Canada 2008, s. 24. Buradan çıkan sonuca göre *indemnification* kavramı, şirket

edebileceğimiz kurumun kendine özgü yapısından kaynaklanan hususi bir himaye söz konusudur. Şöyle ki, şirket yöneticileri, kendilerine karşı ileri sürülen talepler nedeniyle özellikle savunma dahil bir takım giderlere katlanmak zorunda kalırlar; hatta, hukuki süreç sonunda tazmin yükümlülüğüyle dahi karşılaşabilirler. Bu noktada, bir yöneticinin şahsen sorumlu olduğuna hükmedildiği takdirde, taleplerin savuşturulması ya da karşılanması ile ilgili ödemiş olduğu ya da ödeyeceği finansal giderler için şirket tarafından tazmin edilmesi mümkündür. Başka bir ifade ile ileri sürülen bir talep sonucu, yöneticinin şahsen karşıladığı zararı, şirketin devreye girerek tazmin etmek suretiyle, onu bu sorumluluk yükünden kurtarması mümkündür. ABD hukukunda geçerli olan ve esasen “*Revize Edilmiş Ticaret Şirketleri Model Kanununa*”⁴⁶ dayanan pek çok eyalet kanununda⁴⁷ da kabul edilen bu uygulama, özellikle şirket yöneticilerine karşı yoğun şekilde ileri sürülen taleplere karşı savunma masraflarının finansmanına yönelik bir araç olarak karşımıza çıkar. Anonim şirketin Taraf B türü yöneticilerin sorumluluk sigortasını yaptırmadaki

yöneticilerinin, yönetim faaliyetleri nedeniyle davaya veya herhangi bir adli, idari ve ceza soruşturmaya maruz kaldıkları takdirde, yerine getirmiş oldukları tazminat ya da masraflara ilişkin şirket tarafından tazmin edilmeyi ifade eder. Sonuç olarak, şirket, yöneticilerine bu imkanı (*indemnification*; muafiyet) tanıdıysa, D&O sigorta himayesi taraf B tipinde, yani corporate reimbursement şeklinde sağlanır. Şirket iflasından ya da ödeme kabiliyetinden yoksun durumda olduğu için bu muafiyeti sağlayamıyorsa bu tip himaye (*directors and officers reimbursement part*) sağlanacaktır. Bkz. **SCHEİFELE, B. H.** : Die Vermögen sschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika, Karlsruhe 1993, s. 88 vd. ; **KERVANKIRAN**, s. 251, 252, dn. 83.

⁴⁶ Revised Model Business Corporation Act.

⁴⁷ Örneğin bkz. “*Indemnification of officers, directors, employees and agents; insurance*” başlığı altında Del. Code Ann. tit. 8, 145 a-c.

amacı, burada kendini gösterir. Bu tip poliçe ile himaye kapsamına alınan, şirketin yöneticilere karşı söz konusu olan tazminat yükümlülüğüdür⁴⁸.

Söz konusu tazminat kurumu, Anglo-Sakson hukukunda sıklıkla karşımıza çıkmasına rağmen, Alman hukukunda, kurtarılma anlaşması⁴⁹ ya da kurtarılma vaadi⁵⁰ kavramları altında bilinir ve sınırlı yasal çerçevede izin verilir. İsviçre şirketler hukukunda ise, şirketin söz konusu tazminatı ödemesine, sorumluluk hukukunun amir hukuki niteliğinden dolayı izin verilmemektedir⁵¹. Bunun sebebi de, iflas dışında, yöneticiye karşı şirket adına dava açan pay sahiplerinin (OR 756 I), şirketin devreye girerek tazminatı ifa etmesi nedeniyle, söz konusu zararın yeniden şirket malvarlığından tazmin edilmesi sonucunu doğuracak olmasıdır. Bu tür bir sonuç, yasal emredici sorumluluk kurumunun içini boşaltacaktır ve bu nedenle de, yöneticinin kusur derecesinden bağımsız olarak⁵², İsviçre Borçlar Kanunu'nun 201. paragrafı anlamında da hukuka aykırı bir anlaşma olarak, butlan ile malûl kabul edilecektir⁵³. Bu husus iflas durumu için de geçerlidir. Bununla birlikte iflas gerçekleştikten sonra şirketin yönetici adına tazminat ödeme anlaşması zaten

⁴⁸ Kanunlar kapsamında tazminat, şirket çalışanlarına, meşru olmayan davalara karşı tam bir savunma oluştururken, finansal sınırlamalarla engellenmemelerini temin etmek amacıyla sunulmaktadır. **MONTELEONE/CONCA**, s. 574.

⁴⁹ Die Freistellungsvereinbarung şeklinde ifade edilir.

⁵⁰ Die Freistellungszusage şeklinde ifade edilir.

⁵¹ **FORSTMOSER/SPRECHER/TONDURY**, Rz. 5, ; **BÖCKLİ**, § 13 Anm. 861.

⁵² Şirketin tazminat ödemesi anlaşmasını hafif ve orta ihmali için caiz görmüştür. Şayet bu anlaşma caiz olarak görülürse, iflas sonucunda ortaya çıkacak alacaklar için takas defii mümkün olurdu. Bu anlaşma caiz olursa, bu sigorta himayesi kapsamında company reimbursement kızı varsa; şirket ya da iflas masası, piyasada kullanılan D&O poliçelerinin buna uygun lafzına göre, sadece sigorta kapsamına dayanarak bir geri ödeme (Rückerstattung) talep edebilir. Şirket kendi açısından zarar gören kişilerin ve yöneticilerin lehine olacak şekilde tazminat ödemesi ve bu tazminatları, şirketin zarara iştirak oranını aşması bakımından bir geri ödeme talep edebilir. **BÖCKLİ**, § 13 Anm. 862 vd.

⁵³ **FORSTMOSER/SPRECHER/TONDURY**, Rz. 247.

değerini yitirir, zira ödeme yeteneğine sahip bir şirket artık mevcut olmadığı gibi böyle bir edime de mecbur tutulamayacaktır⁵⁴.

Sonuç olarak, yöneticilerin sorumluluk sigortasının söz konusu ikinci türü, sigorta sektöründe “Taraf B” himayesi olarak ifade edilmekte ve şirketin hatalı davranışta bulunarak yükümlülüğünü ihlal eden yöneticilere karşı ileri sürülen taleplere yönelik yapmış olduğu tazminat ödemeleri için bir geri ödeme (reimbursement⁵⁵) imkânı sağlamaktadır⁵⁶. Taraf B koruması kapsamında, bireysel olarak yöneticiden ziyade, şirketin kendisi sigortalı olarak değerlendirilmekte ve yöneticisine karşı ileri sürülen talepler için şirketin yüklenmiş olduğu tazminat edimine, sigorta himayesi bahşedilmektedir⁵⁷.

3. Taraf C Himayesi (Side C –Securities Entity Coverage)

Burada diğer iki türe ilave olarak, himayenin temel formlarıyla örtüşen ve hem şirketin sorumluluğunu hem de yöneticilerin sorumluluğunu sigorta eden bir üçüncü tür, “Taraf C” himayesi söz konusudur. D&O sigorta himayesi genişletilmek suretiyle şirketin bizzat kendisini, şirket tüzel kişiliğinin taraf olduğu hissedarlar

⁵⁴ **HALLER**, s. 254-256.

⁵⁵ Sigortalı kimselerin talep sahiplerine karşı sorumlu tutulması yahut savunma giderlerini yüklenmeleri halinde, D&O sigortası vasıtasıyla bu kişilere yönelik sağlanan himaye kapsamında, şirket, dava sonucu maruz kalınan masrafları tazmin etmesi durumunda, sigortacısından geri ödeme talep etmesi olarak da ifade edilebilir. Bkz. **BANDLE, D.** : L’assurance D&O, Lausanne 1999, s. 316, 317.

⁵⁶ **PAOLİNİ/NAMBISAN**, s. 60.

⁵⁷ **McCUTCHEON, M. E.** : “*Directors and officers liability insurance: Tensions between corporate and individual insureds*”, International Journal of Disclosure and Governance, Vol. 3, No. 2, Jun 2006, s. 148-155, s. 149. **BAKER/ GRIFFITH**, s. 499, 500; **MONTELEONE/CONCA**, s. 587, 588.

tarafından açılan davalara yönelik riskten korumaktadır. Bu tür koruma şirket veya varlık (entity) koruması olarak da bilinir⁵⁸. Taraf C koruması, bireysel bir yöneticinin davada adının geçip geçmemesine bağlı olmaksızın şirketin sorumluluğuna ilişkin doğrudan koruma sağlamaktadır. Bunun sonucu olarak bireylerin korunması şirketlerin korunması şeklinde şekil değiştirmiştir.⁵⁹ Burada, sigorta ettiren anonim şirketin sigortalıların eylemlerinden dolayı üçüncü kişilere karşı bizzat doğacak hukuki sorumluluğuna himaye bahşedilmektedir⁶⁰.

Söz konusu koruma, taraf A ve B kapsamında korunan yöneticilere karşı, şirketin kendisini korumaktadır. Söz konusu koruma tipik olarak hisse alım satımı, hisse opsiyonları, yasal düzenlemeler veya finansal bildirimler gibi eylemleri içeren menkul kıymetler ihlallerini himaye kapsamına alır⁶¹.

II. HUKUKİ NİTELİĞİ

Amerikan kökenli söz konusu sigorta türüne bakıldığında, çok çeşitli tiplerde, farklı istisnaları ve uygulamaları içeren, birbirinin benzeri olmayan sözleşmelere rastlanılmaktadır. Söz konusu sözleşmelerden yöneticilerin sorumluluk sigortasına ilişkin genel bilgiler çıkarmak oldukça zordur. Bu nedenle, öncelikle yöneticilerin sorumluluk sigortasının, sigorta tasnifi içerisindeki yerini belirlemek önem arz eden bir husus olarak kendini gösterir.

⁵⁸ PAOLİNİ/NAMBISAN, s. 60.

⁵⁹ McCUTCHEON, s. 150; BAKER/ GRIFFITH, s. 499, 500.

⁶⁰ TEKİL, s. 123.

⁶¹ BARKER, Et. Al. s. 8.

Özel sigortalar bakımından, can sigortası (Lebensversicherung) ve zarar sigortası (Schadensversicherung) olarak üst düzey bir ayırım yapmak mümkündür. Bu ayırım 6102 sayılı TTK'ya da uygundur. Çünkü, 6762 sayılı TTK'da var olan kara sigortaları/deniz sigortaları ayırımı⁶² yeni kanunda terkedilerek, yerine yeni kanunun sigorta hukukuna ilişkin altıncı kitabında, genel hükümlerden sonra gelmek üzere ikinci kısmın birinci bölümünde zarar sigortaları (TTK m. 1453-1486), ikinci bölümünde ise can sigortaları (TTK m. 1487-1520) düzenlenmek suretiyle farklı bir ayırma gidilmiştir. Can sigortası, hayat sigortası, kaza sigortası ve hastalık sigortası gibi alt sigorta alanlarını kapsar⁶³. İsviçre Sigorta sözleşmeleri Kanunu terminolojisinde, can sigortaları şahıs sigortası olarak nitelendirilirken⁶⁴, zarar sigortası olarak (Schadensversicherung) nitelendirilen hayat dışı (nicht leben) alanda, malvarlığı ve mal sigortaları (Vermögens- und Sachversicherung) ayırımına gidilir. Malvarlığı sigortasının bir alt şekli hukuki himaye sigortasıdır (Rechtsschutzversicherung). Bir diğer alt türü de, kural olarak işletme sorumluluk sigortası, mesleki sorumluluk sigortası ve yalın mal varlığı zararları sorumluluk sigortası olarak ayırma tabi tutulabilen sorumluluk sigortasıdır. Sorumluluk sigortaları, sigortalının malvarlığının hukuki sorumluluk sebebiyle kötüleşmesi rizikosuna karşı teminat sağlayan sigortalardır. Sigortacı tarafından üstlenilen edim,

⁶² Sigorta türlerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **CAN, M.** : Türk Özel Sigorta Hukuku, B.3, Ankara 2009 s. 21 vd. , (Sigorta).

⁶³ 6102 sayılı TTK' da can sigortaları bölümünde, zorunlu masrafların sigortalandığı bir pasif sigortası niteliğindeki zarar sigortası olan sağlık sigortasının düzenlenmiş olmasının sistematik bir hata olduğu görüşü için bkz. **CAN, M.** : “Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı?” Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Ankara 2011, s. 4. , (Sözleşme).

⁶⁴ İsviçre VVG'nin söz konusu terminolojisi, şahıs sigortaları kapsamında yapılan sigorta sözleşmelerinin zarar sigortası olarak biçimlendiği bugünkü görüşe göre, kafa karıştırmaktan başka bir netice doğurmaz. Bu yüzden burada can (leben) sigortaları ve can sigortaları dışındaki (nichtleben) sigortalar ifadelerinin kullanılması tercih edilmelidir.

sigortalının malvarlığında meydana gelmiş olan kötüleşmeyi gidermedir. Bu bakımdan sorumluluk sigortaları ve dolayısıyla organ sorumluluk sigortaları – geniş ve dar organ sorumluluk sigortaları - zarar sigortası olarak kabul edilir. Bu aşamada geniş anlamda organ sorumluluk sigortalarına, bağımsız denetim kuruluşları, bankalar ve (ilgili bir özel risk dahil edilmişse) avukatlar için yapılan mesleki sorumluluk sigortaları örnek olarak verilebilir. Dar anlamda organ sorumluluk sigortaları, yani yöneticilerin sorumluluk sigortası yalın malvarlığı zararları için yapılan sorumluluk sigortalarının bir alt biçimini oluşturur⁶⁵.

Mesleki sorumluluk sigortaları da kimi zaman yalın malvarlığı zararları için yapılan sigortanın bir alt biçimi olarak nitelendirilebilir. Yalın malvarlığı zararlarının sigorta himayesi kapsamına alınması, mesleki sorumluluk sigortasının önemli bir niteliğini oluştursa da, sadece bu hususu zikretmek yeterli olmayacaktır. Çünkü mesleki sorumluluk sigortaları münhasıran yalın malvarlığı zararlarına himaye bahşetmez. Eşyaya ya da şahsa ilişkin zararlar da mesleki sorumluluk poliçesinin himaye kapsamında bulunabilir. Burada sigortacı, sorumluluğunu sigortalının sebep olduğu zararın türüne göre sınırlama yaparak belirleyebilir⁶⁶. Doktorlar, mimarlar ve mühendisler gibi belirli meslek guruplarında eşya ve cismani zararlar tamamen ön plandadır. Bu meslek guruplarında gerçekleşen malvarlığı zararları genellikle doğrudan eşyaya ve şahsa ilişkin zararlarıdır ya da bunların takip eden zararlarıdır. Bu zararlar, sigorta tekniği bakımından yalın malvarlığı zararları değildir. Bu zararlar adı geçen meslek guruplarında, ancak hatalı planlarda ya da salt danışmanlık işleri örneğinde olduğu gibi, nispeten nadir görünür. Avukat, bağımsız denetçiler ya

⁶⁵ **HALLER**, s. 158, 159.

⁶⁶ Genel şartlarda ya da tarafların belirlediği özel şartlarla, belirli bir sorumluluk sigortasının hangi tür zararlarla ilgili tazminat talepleri için himaye bahşettiği belirlenebilir. **ÜNAN, S.** : İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998, s. 77; **ŞENOCAK , K.** : Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s. 406, (Mesleki Sorumluluk).

da yedi eminler (Treuhänder) gibi diğer meslek grupları ise genellikle yalın malvarlığı zararlarından dolayı hesaba çekilebilirler. Bu hususta ancak saklanan mal ve dosyalara ilişkin meydana gelen zararlar örneğinde olduğu gibi, burada mesleki sorumluluk şartına bağlı eşya zararları ortaya çıkar⁶⁷.

Dar anlamda organ sorumluluk sigortaları ve bu kategorinin asıl şekli olan D&O sigortasının karakteristik özelliği, yalın malvarlığı zararları için bir sorumluluk sigortası olmaları ve eşyaya ya da şahsa ilişkin zararlar için sigorta himayeleri sağlamamalarıdır. Organ sorumluluk sigortaları, sadece organ sorumluluk riskini karşılar ve diğer olası sorumluluk kaynaklarına karşı bir sigorta himayesi bahşetmez. Dar anlamda organ sorumluluk sigortaları ve özellikle D&O sigortası, yalın malvarlığı zararları ile sınırlandırılmasının yanı sıra çok sayıda diğer özelliklere sahip olması bakımından kendine özgü (sui generis) bir sorumluluk sigortası olarak nitelendirilebilir. Buna karşılık tüm organ sorumluluk sigortalarının ortak yanı yüksek beceriye ve büyük bir karar serbestisine sahip olan kişilerin sigortalanmasıdır. Sigortalıların olası sorumluluğu bu durumda kural olarak onların şahsi malvarlığını geniş ölçüde aşar. Bu sebeple de, ilgili bir sigortanın akdedilmesi sorumluluğun bilincinde olan kişiler için elzemdir. Bir diğer ortak yön olarak da, dar anlamda organ sorumluluk sigortalarının ve mesleki sorumluluk sigortalarının aynı temel ve sigorta tekniği ilkelerine dayanması gösterilebilir⁶⁸.

Sonuç olarak şu hususların vurgulanması gerekir: İlk olarak, yöneticilerin sorumluluk sigortası, edim şekline göre, bir zarar sigortasıdır. Nitekim 6102 sayılı TTK'da da zarar sigortalarına ayrılan bölümde sorumluluk sigortasına ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Yöneticilerin sorumluluk sigortası, üçüncü kişilerin,

⁶⁷ HALLER, s. 159.

⁶⁸ HALLER, s. 161.

sigortalı yöneticilerin bu faaliyetlerine bağı sorumluluk hükümlerine istinat eden tazminat talepleri nedeniyle, sigortalı konumundaki yöneticilerin malvarlığında meydana gelen yükleri ortadan kaldırmaya yöneliktir⁶⁹. Başka bir ifadeyle, sigortalının malvarlığında meydana gelen kayıpları denkleştirme (tazmin) fonksiyonu, yöneticilerin sorumluluk sigortasının zarar sigortası olarak tanımlanmasına sebebiyet veren husustur. Burada, söz konusu sigortanın hukuki himaye fonksiyonunu da içermesi, hatta bu fonksiyonun daha ön planda tezahür etmesi, zarar sigortası olarak nitelendirmeye ve bu bağlamda zarar sigortalarına hakim olan zenginleşme yasağı ilkesinin buradaki geçerliliğine bir halel getirme⁷⁰.

Bu noktada, yöneticilerin sorumluluk sigortasında, sigortacının halefiyeti meselesi cevaplandırılması gereken bir soru olarak önem arz etmektedir. Yönetim kurulu üyeleri birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri durumunda TTK m. 553 ve 557 hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Sigorta himayesinden istifade eden yönetim kurulu üyesinin diğer yönetim kurulu üyeleri ile aralarındaki rücu ilişkisinden kaynaklanan haklarına, sigortacının halef olup olamayacağı sorusu tam da burada karşımıza çıkar. Yöneticilerin sorumluluk sigortası kural olarak grup sigortası olarak yapılır, yani sigorta ettiren şirkette yönetici konumunda kim varsa onların her biri sigorta himayesi kapsamındadır. Yönetim kurulu özelinde ele aldığımızda, dolayısıyla diğer yönetim kurulu üyeleri de, sigorta himayesi ilişkisinin taraflarıdır. Sigortacı ancak, zarardan sigortalı ile müştereken ve müteselsilen sorumlu olan ve sigorta himayesi dışında bir üçüncü kişinin mevcudiyeti halinde, sigortalının bu

⁶⁹ Sorumluluk sigortalarının bu niteliği için bkz. **KENDER, R.** : “*Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri*”, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri, Ankara 1977, s. 1-15, s. 8.

⁷⁰ **ŞENOCAK**, Mesleki Sorumluluk, s. 30-35; **ÜNAN**, s. 17.

kişiyeye karşı sahip olduğu rücu hakkını halef sıfatıyla kullanabilir⁷¹. İstisnai bir durum ise, yöneticinin bireysel olarak sigortalı olmasıdır. Bu halde de, diğey yöneticiler sigorta himayesi ilişkisi içinde olmayacağından sigortacının halef sıfatıyla talebine muhatap olabilirler. Sorumluluk sigortacısı zararı ödemekle bu hakka halef olur (TTK m. 1472)⁷².

İkinci husus ise, yukarıda da kısmen ifade edildiğı üzere yöneticinin sorumluluk sigortası, sigortalanan menfaatin ilgili olduğı konuya göre, bir malvarlığı sigortasıdır. Burada, sigortalı yöneticinin malvarlığı, riziko faktörü olan bu sıfatı nedeniyle sebep olduğı zararlardan kanunen sorumlu olması nedeniyle meydana gelen mali yüklere/azalmalara karşı bir bütün olarak himaye edilir⁷³.

Son olarak ifade edilmesi gereken husus, yöneticilerin sorumluluk sigortası, aktifin sigortası- pasifin sigortası ayrımında, malvarlığının pasifinde meydana gelen artışların karşılanması konu aldığı için zarar sigortalarından bir pasifin sigortası olduğudur⁷⁴. Burada sigorta edilen risk, belirli bir değeryle ilgili olmayıp, sigortalı yöneticinin malvarlığının tümü üzerindedir⁷⁵. Pasifin sigortası, “kanuni yükümlölöklere karşı sigorta”, “akdi yükümlölöklere karşı sigorta”, “zorunlu

⁷¹ **OMAĞ, M. K.** : Türk Hukukunda Sigortacının Kanunî Halefıyeti, İstanbul 2011, s. 100; **ŞENOCAK**, Mesleki Sorumluluk, s. 42, (Halefıyet).

⁷² **OMAĞ**, Halefıyet, s. 103.

⁷³ **ŞENOCAK**, Mesleki Sorumluluk, s. 43-54.

⁷⁴ **CAN, M.** : Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına Genel Bir Bakış, BTHAE, Ankara 2006, s. 7., (Mesleki Sorumluluk). D&O sigortası, esas itibarıyla hizmet verdikleri şirketlere karşı yüklendikleri görevleri ifa ederken işledikleri hata yahut ihmallerden doğan sorumluluk ile karşı karşıya kalan yöneticilerin kişisel malvarlığını korumak üzere dizayn edilmiş bir risk transferi mekanizmasıdır. Bkz. **McCUTCHEON**, s.148.

⁷⁵ **KENDER**, s. 10.

masraflara karşı sigorta”, “somut kayıp ihtimallere karşı sigorta” olarak dörtlü bir tasnife tabi tutulur⁷⁶.

Yöneticilerin sorumluluk sigortasında sigortacının kurtarma edimi iki farklı şekilde tezahür ettiğinden, söz konusu tasnifteki iki grubun burada somutlaştığı görülmektedir. Şöyle ki, sigortalıyı haklı taleplerden kurtarma edimi niteliğindeki tazminat fonksiyonu bakımından kanuni borçlara karşı; haksız tazminat taleplerinden kurtarma edimi niteliğindeki hukuki himaye fonksiyonu⁷⁷ bakımından ise somut kayıp ihtimaline karşı himaye sağlanmaktadır⁷⁸.

§ 3. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ TARİHİ GELİŞİMİ

Bu paragrafta yöneticilerin sorumluluk sigortasının ilk kez sigorta piyasasında yer aldığı zamandan, yani başlangıcından günümüze ve geleceğine dair gelişim seyri ele alınacaktır.

⁷⁶ MÖLLER, H (Çev. ÖZTAN, F.) : Menfaat ve Değerlendirmesi, Batider, C. 4, S. 2, Ankara 1967, s. 263; ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 62.

⁷⁷ Sorumluluk sigortacısının, hukuki himaye edimi çerçevesinde mahkeme masraflarını üstlenmesi, hemen zorunlu masraflara karşı sigortayı gündeme getirmez. Çünkü, hukuki himaye sigortasında, savunma ve dava açma hususunda sigorta ettiren aktif rol oynarken, burada hukuki himaye fonksiyonuna işlerlik kazandırmak – sigortalı yöneticinin itibarını gözeterek - kural olarak sigortacının kararına bağlıdır. bkz. ŞENOCAK , Mesleki Sorumluluk, s. 65, dn. 292; ŞENOCAK, Tasarı, s. 154.

⁷⁸ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 54-65; ŞENOCAK, Tasarı, s. 154.

I. GENEL OLARAK

D&O Sigortası Amerika’da doğmuş, gelişmiş ve günümüz dünya sigorta piyasasında – hem Anglo-Sakson hem de Kıta Avrupası sigorta piyasasında - kendine yer bulmuş bir sigorta türüdür. Alman ve İsviçre hukuku örnekleri başta olmak üzere, Kıta Avrupası’nda bu konu hakkındaki çalışmalar incelendiğinde “D&O” (ibaresinin) kavramının aslına uygun olarak aynen korunduğu görülmektedir. Tek başına bu husus bile, kurumun Amerikan kökenine işaret etmektedir.

D&O Sigortası’nın Alman hukukundaki ve buna paralel olarak İsviçre hukukundaki tarihi gelişiminin ortaya konulması, kurumun esasen Amerikan menşeli olması gerçeğine karşın, çalışmamızın sağlam bir zeminde ilerlemesine imkân sağlayacaktır.

Açıklanan bu nedenlerle, yöneticilerin sorumluluk sigortası kurumunun tarihi gelişimi incelenirken kural olarak ABD yöneticilerin sorumluluk sigortası piyasası esas alınacak, Birleşik Krallık ve Kıta Avrupası sigorta piyasaları ise ayrı başlık altında ele alınacaktır.

II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ BAŞLANGICI

19. yy’ın son çeyreğinde Alman Paylı Şirketler Kanunu (AktG 1884), Kooperatif Kanunu (GenG 1889) ve Limited Şirket Kanunu (GmbHG 1892)’nin kabul edilmesiyle Almanya’da D&O Sigortası tarihinin başladığı ifade

edilmektedir⁷⁹. Çeşitli şirket türleriyle ilgili söz konusu yasaların yürürlüğe girmesine tepki olarak 1895 yılında gözetim kurullarına yönelik gündeme gelen bir tür sorumluluk sigortası, yöneticilerin sorumluluk sigortasıyla ilgili ilk girişim olarak kabul edilmektedir. Ancak, Prusya İçişleri Bakanlığının ahlaki kaygılar⁸⁰ nedeniyle müdahale etmesi sonrası, Alman Genel Sigorta Birliği'nin (Allgemeine Deutsche Versicherungsverein) 1896'dan sonra bu sigorta işleminden vazgeçmesiyle ve bu girişim proje safhasında kalmıştır. 1905 yılındaki ikinci deneme de, bu tür bir sigortaya ilişkin ahlâki kaygıların aynı şekilde gündeme gelmesi sebebiyle başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Bu süreçte, D&O Sigortasının ahlâken kabul edilebilirliği⁸¹ ya da kusurun her türünün söz konusu sigorta kapsamına alınıp alınmayacağı hususları başta olmak üzere birçok esaslı sorun tartışılmıştır⁸².

Yöneticilerin faaliyetlerinden doğan sorumluluk riskleri bakımından ABD sigorta sektörünün, bugünkü anlamıyla yöneticilerin sorumluluk sigortasının köken itibariyle çıkış piyasası olmasının yanı sıra, her zaman temel piyasa vasfını da koruduğu görülmektedir. Bu durumun gelecek yıllarda da süreceği ve ABD piyasasının dünyanın geri kalanının toplamından daha fazla değer kaydetmeye devam edeceği düşünülmektedir⁸³.

⁷⁹ **BARZEN/BRACHMANN/BRAUN**, s. 103. D&O Sigortası ana fikrinin Alman kökenliği olduğu ve bunun pek bilinmediği yönünde görüş için bkz. **LİMMER, S.:** D&O-Versicherungen in Deutschland, Bremen 2006, s. 19 vd.

⁸⁰ Organ üyelerinin katı kişisel sorumluluğunun bir sigorta yoluyla himaye edilmesi o dönem kuşkusuz şekilde ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle kamuoyunca kabul görmemekteydi. **BARZEN, /BRACHMANN / BRAUN** , s.103; **IHLAS**, s.104.

⁸¹ Benzer argümanların bugün dahi yöneticilerin sorumluluk sigortası karşıtlarınca ileri sürüldüğü ifade edilmektedir. Bkz. **LİMMER**, s. 20.

⁸² **HALLER**, s. 245.

⁸³ **YOUNGMAN, I.:** Directors' and Officers' Liability Insurance, 2. Ed., England 1999, s. 144.

Broker olarak “Minet”in faaliyet gösterdiği, ABD’de arz edilen ilk yöneticilerin sorumluluk sigortası poliçesi – D&O poliçesi- 30’lu yıllarda Llyod’s sigortacıları tarafından düzenlenmiştir. 25 Ekim 1929 tarihinde vuku bulan ve ekonomi çevreleri tarafından “*Kara Cuma*” olarak adlandırılan menkul kıymetler piyasasındaki kriz (*Market Crash*) ile birlikte, Wall Street Borsası’ndaki büyük çöküşü⁸⁴ müteakip, ekonomide yaşanan aşırı güven sarsılması, ABD yasa koyucusunun tepki niteliğindeki *1933 Securities Act* ve *1934 Securities Exchange Act* düzenlemelerini çıkarmasına yol açtı⁸⁵. Bu düzenlemeler, başta hisse senetlerinin halka arzında, borsaya girişte ve menkul kıymetlerin ticaretinde olmak üzere, yöneticilerin sorumluluklarını ağır derecede artırmıştır. Bu noktada söz konusu sigorta teminatı, *Directors ve Officer* aleyhine vuku bulabilecek olası hukuk davaları dalgasına yönelik güvence arayışına bir yanıt olarak ortaya çıkmıştır⁸⁶. Başlangıçta sigorta teminatı ile sağlanan koruma oldukça seçici bir şekilde düzenlenmesinin yanı sıra, pahalı ve kompleks bir yapı arz etmiş ve beklentiler doğrultusunda yoğun bir taleple karşılaşmamıştır. 2. Dünya Savaşının etkisiyle, 1950’lere kadar oldukça yavaş bir talep artışı olmuştur. Bunu izleyen dönemde, özellikle de savaş sonrası toparlanma süreciyle birlikte, yöneticilere karşı açılan davalara karşı ilgi artmaya başlamıştır. *Willis Corroon*’a dahil olan bir broker şirketi, ABD’de korumayı geliştirmiş ve Londra sigorta piyasalarını kullanmaya devam etmiştir. Amerikan şirketlerinin reasüre edilmesinin reddedilmesi neticesinde, bu

⁸⁴ SCHEİFELE, 113.

⁸⁵ Amerikan yönetimi o güne kadar organ yönetim sorumluluğunun daha fazla sertleştirilmesini dikkate almamıştı. Benzer bir gelişme Almanya’da finansal kriz neticesinde 2000 yılından itibaren gözlemlenmişti. Bkz. SCHMİTT, S. M. : Organhaftung und D&O-Versicherung zu haftungs- und deckungsrechtlichen Problemen der Managementhaftung, München, 2007, s. 97.

⁸⁶ WOLNNY, P.: Die Directors’ and Officers’ Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung), Frankfurt a. M. 1993, s.150.

pazar yeniden Llyods sigortacıları tarafından kontrol edilmeye başlanmışsa da, söz konusu problem ortadan kalktıktan sonra Amerikan ulusal sigortacıları tekrar işlem yapmaya devam etmişlerdir⁸⁷.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası koruması, temel kurumsal sorumluluk poliçelerinden (*basic corporate liability policies*) doğmuş olmakla birlikte, Amerikan şirketleri tarafından 1960'ların ortalarına kadar genel olarak satın alınmamıştır. Bu yıllara kadar yöneticilerin sorumluluklarına ilişkin talepler dikkat çekici mahiyette olmamış ve o zamana kadar yöneticilerin sorumluluğu çoktan yerleşik bir kurum haline gelmiş olmasına rağmen, o dönem geçerli olan “*sadece şirketin dava edilebileceği*” düşüncesi nedeniyle, birçok olay dava konusu yapılmamıştır.⁸⁸ Diğer bir neden ise, şirketlerin hukuken teminat altına alamayacağı kayıplara karşı, kendi yöneticilerini sigortalatmasının hukuken caiz olup olmadığı konusunda yaşanan başlangıçtaki belirsizlik olmuştur. Bu sorunun ise, eyalet kanun koyucuları tarafından, şirketin bizzatıhi teminat altına alabileceği nitelikte bir kayıp olup olmadığına bakılmaksızın açıkça yöneticilerin sorumluluk sigortasına izin veren yasal düzenlemeleri yürürlüğe koymalarıyla çözüldüğü görülmektedir⁸⁹.

Amerikan piyasası 1960'larda koruma ihtiyacına yönelik farkındalığın artmasını tetikleyen yasayı müteakip gelişme kaydetmiştir. Saint Paul 1964 yılında sigorta akdeden ilk Amerikan sigorta şirketi olup, onu 1966 yılında *American Home Assurance*⁹⁰ şirketi takip etmiştir⁹¹.

⁸⁷ YOUNGMAN, s. 144, 145.

⁸⁸ SCHEIFELE, s. 5.

⁸⁹ BAKER/ GRIFFITH, s. 498.

⁹⁰ American Home Assurance, bugün American International Group (AIG)'a dahildir.

⁹¹ YOUNGMAN, s. 145.

III. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ DÜNYA ÇAPINDA YAYILMASI

D&O Sigortası'nın yaygınlaşması, yöneticilere karşı açılan dava sayısının aniden arttığı 60'lı yılların sonu, 70'li yılların başlangıcı aralığına rastlamaktadır.

Menkul kıymetlere ilişkin ihlaller ile şirketler hukukuyla ilgili federal ve yerel düzeyde çok sayıda hukuki düzenlemenin yapıldığı yirmi yıllık bir süreç geçmiştir. 70'li yıllara kadar D&O bir sigorta türü olarak kuruluşunu tamamlayıp, takip eden dönemde hızla gelişme göstermiştir⁹². Bunun yanı sıra, 1974'den itibaren giderek artan sayıda pek çok sigortacının katılımı, sigorta kapsamının genişletilmesi ve düşük zarar yükü yüzünden primlerin inmesi sayesinde, 1984'e kadar sürdüğü gözlemlenen D&O poliçe sayısında ve himaye kapsamında hızlı bir artış vuku buldu. Yaklaşık olarak 70'li yılların sonundan itibaren D&O sigortası tedrici olarak "Common Law" ülkelerinde ve İsviçre dahil Batı Avrupa ülkelerinde yayılmaya başladı⁹³. Örneğin İsviçre'de o vakitler yöneticilere karşı açılan davalar seyrek olmasına karşın, yöneticilerin sorumluluğunun artırılmasına yönelik net bir eğilim tespit edilebilir⁹⁴.

⁹² Bu hızlı gelişme sürecinde dahi, sigortalama faaliyeti seçici ve katı niteliklerini korurken madencilik ve ilaç endüstrileri sigorta himayesi elde etme hususunda büyük zorluklar yaşamışlardır. Bkz. **YOUNGMAN**, s. 145.

⁹³ **IHLAS**, s. 103; Dietzi'ye göre 1960'ların başında İsviçre'de Organ sorumluluğu sigortaları, yurtdışındaki İsviçre ana şirketininin oluşturduğu yöneticilerin korunması ve hukuki himayesiyle sınırlıydı. Bkz. **DIETZİ, A. : Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit , Verantwortlichkeit**, 1981, s. 115.; Henüz D&O sigortasının varlığından söz edilmeyeceği belirtilmiştir. Bkz. **FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY**, s. 81.

⁹⁴ İsviçre'de bu sigortanın yayılması ilk defa yabancı sunucuların daha ziyade D&O sigortasını brokerler yoluyla piyasaya sürmesi ile vuku buldu. Bkz. **HALLER**, s. 246.

IV. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ 1980'LERDEKİ ÇÖKÜŞÜ

80'li yıllarda koruma sağlayan sigortacı sayısında artış görülmüş, bunlardan bazıları belirli koruma türlerinde yahut belli konuya özgülenmiş spesifik alanlarda (Niche Areas) uzmanlaşma yoluna gitmişlerdir⁹⁵.

Söz konusu dönemde ABD'de, yöneticilerin sorumluluk sigortası piyasası sürekli bir düzensizlik seyri içindeydi. Şirketler özellikle daha yüksek risk himayelerinde yahut uzmanlık alanlarında düzenli olarak piyasaya girmekte ve piyasadan çıkmaktadır. 80'li yıllarda ve 90'lı yılların başında piyasanın bütünü sıklıkla bir kriz ortamı içerisinde olmuştur⁹⁶. 80'lerin ortalarında ABD'yi sarsan iki olay dikkat çekicidir. Bunlar, piyasa ekonomisini derinden etkileyen genel finansal kriz ve eş zamanlı olarak 1984 ve 1985 yıllarındaki sorumluluk ve mal sigortaları tarihinde kayıt altına alınan en yüksek aktüeryal kayıplardır. Buna ek olarak bankaların yöneticilerine karşı açtıkları davalar, D&O sigortasında yüksek seviyelerde zarar yüküne sebep olmuştur⁹⁷. Bu durum, D&O sigorta primlerinin on katına çıkmasına sebep olmuştur. Buna karşın, kullanılabilir sigorta kapasitesi(her bir risk için maksimum satın alınabilen teminat limiti) 373 milyon dolardan ortalama 50

⁹⁵ YOUNGMAN, s. 145.

⁹⁶ 80'li yıllar ve 90'ların başında ABD finans sektörü sürekli bir kargaşa içerisindeydi, bankacılık sektörünün çoğunluğu altüst olmuş, sabit dönem *Mortgage* sunan tasarruf ve kredi bankaları, ayniyat çöküntüsü ve yeni düzenleyici şartlarla darbe almıştı. Yöneticiler aleyhine ileri sürülen taleplerin çoğunluğu, sıklıkla da büyük ölçekli olanları, yöneticilerin yükümlülük ihlallerini ihmale dayandırmaktaydı. Daha da kötüsü bankaların bir kısmı satışa sunulmuş ve hissedarlar, hisse senedi fiyatlarındaki düşüşü gördükten yahut küçük bir miktarı için satışların gerçekleştiğine tanık olduktan sonra yöneticilere karşı dava açmıştır. Bu durum sigortacıların çoğunluğunun finansal hizmetler alanına karşı temkinli olmasına sebep oldu. Bkz. YOUNGMAN, s. 146.

⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. HALLER, s. 246.

milyon dolara düşmüş, birçok sigortacı mümkün olduğu kadar D&O Risklerini taahhüt etmemeye çalışmıştır⁹⁸. ABD'deki bu gelişme özelde İsviçre örneğinde olduğu gibi tüm dünyada yöneticilerin sorumluluk risklerine karşı yapılan bu sigorta karşı şüpheli bir tavır ve aşırı bir çekingenlik doğurmuş olsa da, 80'li yıllarda İsviçre'de tespit edilebilen sorumluluk davalarındaki ani artış bazı sigortacılar tarafından bir tehdit olmaktan ziyade bir iş fırsatı olarak algılanmıştır⁹⁹. Öncelikle, İsviçre'de D&O sigortasının yaygınlaşması daha ziyade yabancı sigorta şirketlerinin¹⁰⁰ bu ülkedeki aracılılarıyla ilgili sigorta poliçelerini piyasaya sürmesiyle vuku bulmuştur. O tarihlerde İsviçre'de sunulan sigorta himayesi bugün bakıldığında kapsam olarak sınırlı ve sigorta limitleri bakımından son derece mütevazı ölçülerde olduğu görülmektedir¹⁰¹.

Yöneticilere karşı açılan dava sayısının yükselmesi ve buna ilişkin mahkeme içtihatlarındaki artış -bağımsız yönetim kurulu üyelerinin (unabhängige Verwaltungsratsmitglieder/ outside directors) çoğunlukla ücretsiz ya da önemsiz bir miktar ücretle fahri görev bulmasını zorlaştırdığı için- ABD'deki sigorta arzının azalmasına yol açmıştır. Buna karşılık bu durum sigortacı ve yasa koyucu üzerinde ciddi bir ekonomik baskıya sebebiyet vermiştir¹⁰². ABD'de bu bakımdan federal

⁹⁸ **IHLAS**, D&O, s. 99..

⁹⁹ **HALLER**, s. 246.

¹⁰⁰ “Bu yabancı şirketlerden Lyods, ACE ve XL, D&O sigortasının gelişimine paralel olarak ABD başta olmak üzere tüm dünyada ve İsviçre'de de D&O sigorta piyasasının önemli oyuncularını olarak sıralanır. İsviçrede 1986 yılında ilk defa Makler Kessler ilk D&O poliçesini tanzim etmiştir. ABD'deki kriz İsviçre'de D&O piyasasının gelişimine yardım etmiştir, zira İsviçre Konzern'lerine(holdinglerine) bağlı Amerikan şirketleri yerel teminat bulma hususunda zahmet çekiyorlardı. Bu yavru şirketlerin yöneticileri, bir D&O teminatı ayarlanmadığı takdirde, ana şirket ile olan iş ilişkileri feshetmekle tehdit ediyorlardı”. Bkz. 1915-2005 Kessler&Co Skizzen zu einer Chronik, s. 73, **HALLER**, dn. 1357 naklen.

¹⁰¹ **HALLER**, s. 247.

¹⁰² **IHLAS**, D&O, s. 100.

yasa koyucunun etkin olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü yasa koyucu, “*outside directors*” için kısmen yönetmeliklere uygun çözüm yollarına (*Wegbedingung*) ve buna ilaveten bir “tazminat (*indemnification*)” seçeneğini genişletmiş ve organları lehine şirket tarafından organ sorumluluk sigortası yapılmasına açıkça izin vermiştir¹⁰³. Amerikan sigorta şirketleri *AIG* ve *Chubb*, sigorta poliçeleri üzerinde D&O etki alanını genişletmek için ilk olarak ABD’de ve hemen sonrasında da Avrupa’da ve daha özelde İsviçre’de düzenlemelere başlamıştır. İsviçre’de yerel sigortacılar özellikle *Zurich* ve *Winterthur* sigorta şirketleri, ancak 1990’ların başında D&O sigortasının potansiyelinin farkına varabilmişlerdir¹⁰⁴.

Sonuç olarak ABD’de, 80’li yılların başlarından ortalarına kadar yüksek primler ve kapasite yetersizlikleri nedeniyle, katı bir nitelik arz eden piyasa (hard market) söz konusu 10 yıllık dönemin sonunda, 1990’ların başında yeniden katılaşmak üzere yumuşamıştır¹⁰⁵.

V. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ 1990’LARDAKİ GELİŞİMİ

1980’lerde içinde bulunduğu zor durumun ardından D&O sigorta piyasası, 1990’larda toparlanmaya başlamış ve 1980’lerin başındaki kapasitesini aşan bir seyir izlemiştir. Piyasanın yumuşamasıyla, D&O sigortası sunan yeni sigorta şirketleri bu sektöre girmeye başlamıştır. Ancak bununla birlikte artık primler daima 80’li

¹⁰³ **IHLAS**, D&O, s. 101.

¹⁰⁴ **HALLER**, s. 247.

¹⁰⁵ 90’lı yılların sonuna doğru bakıldığında dahi yumuşak bir seyir izlediği gözlemlenmiştir. Bkz. **YOUNGMAN**, s. 145.

yıllardaki primlerin birkaç katına yükselmiş ve D&O işlemini gerçekleştiren eski piyasa sunucularının bir kısmı da bu piyasadan çıkmıştır¹⁰⁶.

Bu dönemde İsviçre D&O sigorta piyasasına bakıldığında, *Zurich* ve *AIG* sigorta şirketlerinin her biri yaklaşık %36 oranla D&O piyasasının liderliğini paylaştığını görülmektedir. Bu iki şirketi %14 oranla *Winterhur*, %5 oranla *Chubb*, %2 oranla *Gerling* ve diğer sigorta şirketleri takip etmiştir¹⁰⁷. Yeni anonim şirketler hukukunun uygulanması ve İsviçre’de D&O rizikolarının kamuoyu tarafından daha fazla tanınması, gittikçe artan bir talebe yol açmıştır. Bunun sonucu olarak İsviçre D&O piyasasındaki prim hacmi, 90’lı yılların başında birkaç milyon Frank civarındayken sonraki yıllarda neredeyse bir patlama yaşayarak 1996’da 40-60 milyon Franka kadar çıkmış, nihayetinde 2001 yılında yaklaşık 100 milyon Frank seviyelerini görmüştür. D&O Sigortasını sunan yeni sigorta şirketlerinin sayısının artması, prim baskısıyla güçlü bir rekabet ortamının oluşmasını ve sigorta kapsamının genişlemesini sağlamıştır¹⁰⁸.

Almanya’da şirket yöneticileri (*Unternehmensleiter*) ve gözetim organı üyeleri için söz konusu olan D&O Sigortası, bu kişilerin sorumluluk risklerinin artmasıyla birlikte özellikle 1990’ların sonu itibariyle hızlı bir gelişme kaydetmiştir. Bu dönemde *Philipp Holzmann*, *Babcock*, *Comroad*, *Mobilcom*, *Kirch-Gruppe*,

¹⁰⁶ **IHLAS**, D&O, s. 99.

¹⁰⁷ 90’lı yıllarda sigorta şirketlerinin profillerinde el değiştirme ya da şirket birleşmeleri yoluyla birtakım değişiklikler olduğu görülmektedir. Bkz. **YOUNGMAN**, s. 209, Bu hususa ilişkin o dönemde ayrıntılar şu şekildedir:

1. *Sun Alliance*, *Royal* ile birleşerek *Royal Sun Alliance*’ı oluşturmuştur. Bu durum aynı zamanda *Sun Alliance*’ın yavru şirketi olan *Legal Protection Group*’uda etkilemiştir.

2. *Zurich*, *Eagle Star* ile birleşmiştir.

3. *Home Insurance* satılmıştır.

4. *UAP*, *AXA*’ya satılmıştır.

¹⁰⁸ **HALLER**, s. 248.

Daimler-Chrysler Başkanı (Vorsitzen) *Schrempp*'e karşı ya da 2000'de *EM.TV* yönetim kurulu üyelerine karşı açılan tazminat talepleriyle ilgili davalar bu trendi güçlendirmiştir¹⁰⁹.

Kurumsal yeniden yapılanma, daha yavaş bir ekonomi ve daha katı sermaye piyasası kurumu (SEC) kuralları, birleşik devletler sigortacılarını daha ucuz fiyata daha geniş koruma sunacaklarını inanma yönünde teşvik etmiştir. Çünkü, ABD'de SEC kuralları uyarınca şirket yönetimi, hissedarlar ile daha fazla iletişim kurmaya yönelmesi neticesinde, yöneticilere karşı ileri sürülen tazminat taleplerinde azalma olmuştur. Söz konusu uzlaşma dönemi, bir balayı müddeti boyunca sürmüş ve ardından pay sahiplerinin muhalif bakış açısı ve tazminat talepleri nedeniyle vuku bulan hukuki soruşturma sürecine yoğun bir şekilde geri dönmüştür. Bazı şirketler, yönetim kurulu üyelerinin daha çok üst gözetim (overseers) olarak faaliyet göstermesini sağlamada ve şirket yönetiminin (management) şirketi idare etmesine izin vermede yoluna giderek, başarılı olmuştur. 1. Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek Türk Ticaret Kanunu'nun "*yönetimin devrini*" düzenleyen 367. maddesi bu uygulamaya kapıyı aralamaktadır¹¹⁰. Bu yöntem, şirketlerin daha ileri görüşlü olmasını sağladığı ve şirket idaresinin daha az karışık bir temelde hareket etmesine imkan verdiği için olumlu bir nitelik taşımaktadır. Aynı zamanda, bu yöntemin olumsuz tarafı, yönetim kurulu üyelerinin geri planda kalarak, yönetim yetkisini devralan yöneticilerin işleri idare etmesine izin vermesi, bir sorun ortaya çıktıktan sonra yönetim kurulunun geç müdahale etmeleri sonucunu doğurur. Devam etmesi

¹⁰⁹ SCHMITT, s. 114.

¹¹⁰ 6102 sayılı kanun, yönetim kurulunun organizasyonu bakımından temel ilkeleri belirlemenin dışında, oldukça geniş bir esnekliğe de yer vermiştir. Bu kapsamda yönetim kurulunun monist, düalist ve Fransız genel müdürlük sistemine göre yapılanması, hatta ABD Hukuku'nda olduğu gibi yönetim hakkı olan-olmayan üyeler şeklinde görev dağılımı yapılması mümkündür) Bkz. TTK m. 367 gerekçesi).

beklenen en büyük değişiklik icrai yetkileri haiz olmayan yöneticilerin artan gücü ve bu itibarla artan sorumluluğu idi. Günümüzde özellikle ABD’de, kendi başlarına yahut denetçiler veya müdürler ile gerçekleşen, icrai yetkileri haiz olmayan yöneticilerin olağan toplantıları standart bir uygulamaya dönüşmüştür. Söz konusu yöneticilerin, şirket yönetimine daha fazla yer almaları sonucunda, daha fazla sorumluluğa maruz kalmalarını beklemek şaşırtıcı olmayacaktır¹¹¹.

VI. 2001 KRİZİNİN YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINA ETKİSİ

Dünya Ticaret Merkezi’ne yapılan saldırı, borsalardaki kriz ve ABD’deki Enron ile İsviçre’deki Swissair skandalları benzeri ulusal ekonomik önemi haiz işletmelerin iflası gibi bir dizi hadise, 2001 ve devamı yıllarda sigorta ettiren bakımından iyimser piyasa döneminin aniden sonlanmasına sebep olmuştur. En son olarak Amerika’da Sarbanes-Oxley Act of 2002 ile şirket sorumluluklarının ve şeffaflıklarının kapsamı genişletilip, yolsuzluklara karşı önlemler alınmıştır. Kanun bunun için “*Public Company Accounting Oversight Board*” u kurmuştur. PCAOB denetim firmalarını denetler. Bu sürecin İsviçre’deki yansıması 2002 tarihli “*Swiss Code of Best Practice for Corporate Governance*” olmuştur. Bir taraftan D&O sigortasını sunan şirketler tamamen ya da kısmen piyasadan çekilirken, diğer taraftan primler üçe katlanmak suretiyle dikkate değer şekilde artmış, söz konusu sigortaya sigortacıların arz, şirketlerin talep kapasitesi düşmüş ve sigorta koşulları daha sınırlandırılmıştır. D&O piyasasının bu krize tepkisi artan olgunluğunu pekiştirir

¹¹¹ YOUNGMAN, s. 148.

şekilde 80’li yılların ortasındaki aşırı hareketten daha düşük seviyede kalan bir şiddetle olmuştur. Birkaç yıl sonra sigortacıların piyasaya olan ilgisi tekrar artmış, son yıllarda da bir kez daha artan sayıda D&O poliçe arzıyla beraber, primler düşmüş, sigortanın teminat sağladığı kapsam genişlemiş, böylece sigorta ettirenler bakımından geçerli olan iyimser bir piyasa dönemine geçilmiştir¹¹².

Satın alınan D&O sigortası miktarı kurumsal alıcının piyasa değeri ile korelasyon içeresindedir. Tillinghast’a göre, 2005 yılında, 400 milyon dolar ile 1 milyar dolarlık piyasa değerine sahip olan küçük sermayeli şirketler, yöneticilerin sorumluluğu koruma sınırları içerisinde ortalama koruma limiti olarak 28,25 milyon dolar tutarında poliçe satın almışlardır. Piyasa değeri 1 ila 10 milyar dolar olan Orta ölçekli şirketler, koruma sınırları içinde ortalama 64 milyon dolar tutarında poliçe satın almıştır. Son olarak piyasa değeri 10 milyar doların üstünde olanlar büyük ölçekli şirketler ise koruma sınırları içerisinde ortalama 157,69 milyon dolar sigorta bedeli tutarında poliçe satın almıştır. Buna ilaveten, mümkün olan en geniş koruma limitinin 300 milyon dolar düzeyinde olduğu düşünülmektedir¹¹³.

Bu aşamada piyasanın geldiği müspet durumu anlatmak için, ABD ve Birleşik Krallık gibi büyük piyasaların yanı sıra, 2006 yılında İsviçre’de dahi D&O piyasasının prim hacminin 120 milyon Frank seviyelerine ulaştığını¹¹⁴ söylemenin yeterli olacağı kanaatindeyiz.

¹¹² HALLER, s. 248.

¹¹³ BAKER / GRIFFITH, s. 503.

¹¹⁴ HALLER, s. 249.

VII. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ GELECEĞİ

1930’larda yaşanan ekonomik krizin modern versiyonunu yaşadığımız şu günlerde, kısa vadede artan primler ve daralan bir sigorta arzının gözlemlenebileceği kanaatindeyiz. Ancak, orta ve uzun vadede piyasa gerek, tazminat limitleri ve gerekse korunması gereken risk türü bakımından büyümeye devam edecektir. Sigortacılar, daha ziyade, spesifik alanlara (Niche Areas¹¹⁵) yönelik ürünler geliştirmek üzerinde yoğunlaşacaktır. Daha fazla sayıda sigortacı, himaye kapsamını buna göre şekillendirerek bu sigorta türünü geliştirecektir.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası, yalnızca bir koruma ürünü olmaktan ziyade kurumsal yönetim gereği bir risk yönetimi faaliyetinin parçası olarak dünyanın önemli ekonomilerinde¹¹⁶ ve Türkiye’de de sigorta piyasasında artan bir eğilimle sunulmaya devam edecektir.

§ 4. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI PİYASALARI

I. ABD

ABD yöneticilerin sorumluluk sigortası piyasası hakkında genel bir kanaate sahip olabilmek için, yukarıda yer alan açıklamaların yanı sıra, toparlanma dönemi olarak da kabul edilen 90’lı yıllardaki piyasa durumuna bakmak yeterli olacaktır. Bu

¹¹⁵ Münhasıran odaklanılan ve uzmanlaşılın alanları ifade eder.

¹¹⁶ YOUNGMAN, s. 155.

dönemde piyasa lideri *AIG*, ikincisi *Chubb* ve üçüncüsü *Aetna/Executive Risk*¹¹⁷ olmuştur. Diğer yerleşik isimler ise *CIGNA*, *CNA*, *Reliance*, *St. Paul*, *Great American* olarak sayılabilir. Ayrıca, *ACE*, *CODA* ve *XL*'inde bu piyasada rolü olan oyuncular olduğu kabul edilmektedir. Son olarak da, *Lloyd's* da dahil olmak üzere Londra sigorta sektörünün temelden en üst seviyeye kadar bu piyasada önemini koruduğu görülmektedir. Kar amaçlı olmayan piyasada ise uzman *United Educators*'un en fazla poliçeye sahip olduğu görülmekle birlikte, *AIG* daha fazla prim kaydetme başarısını göstermiştir. Diğer önde gelen kar amaçlı olmayan uzmanlar ise, *Coregis* ve *Ausco*'dur. Finansal kuruluşlardaki uzmanlardan biri de *Progressive* olup, sözü edilen şirket Amerika bankacılar birliğinin sponsorluğunu yaptığı bir program kullanmaktadır¹¹⁸.

ABD sigorta piyasasına bakıldığında genel, finans ve uzmanlaşmış olmak üzere, üç tane alanın söz konusu olduğu görülmektedir. Büyük oyuncular finans sektörüne yönelik duruşlarıyla farklılık arz etmektedir, *AIG*, *Chubb*'tan daha atak bir görünüm sergilemektedir. Küçük ölçekli sigortacıların çoğu, faaliyetlerini kâr amacı olmayan alanlarla yahut başka uzmanlaşmış, piyasalarla, bu alanların daha az riskli olması sebebiyle sınırlı tutmaktadır. Bazı reasürörler söz konusu durumun bir

¹¹⁷ *Executive Risk* şirketi, *Harris* araştırma şirketine 1992 ve 1995 yıllarında D&O hususunda iki araştırma yapmasını talep etmiştir. Söz konusu iki araştırma, kıyaslanabilir nitelikte değildir, zira ilki en zengin 1000 yönetici ve CEO üzerinde odaklanırken, 1995 deki araştırma aynı zamanda özel şirketler ile daha küçük halka açık firmalarını dahil etmiştir. Her iki araştırmada da yöneticilerin %90'ı, uygun bir poliçenin mevcut bulunmaması durumunun, icrai yetkileri haiz olan yahut olmayan yönetici olmak hususunda caydırıcı bir etken olduğunu ifade etmiştir. 1995'teki araştırmadaki beklenmeyen bir sonuç, büyük ve küçük şirketlerin söz konusu hususa bakışındaki benzerliktir. Şaşırtıcı bir şekilde 1995 yılında özel şirketlerin yöneticileri, halka açık şirketlerdeki meslektaşlarına nazaran söz konusu sorun hakkında daha endişeliydi ve çoğunluğu, özel bir şirkette bulunmanın riskinin harici yöneticilerin şahsi sorumlulukları dikkate alındığında, halka açık şirketlerinden daha büyük olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **YOUNGMAN**, s. 147.

¹¹⁸ **YOUNGMAN**, s. 145, 146.

yanılsama olduğu ve aşırı kapasite ve taleplerin, yakın zamanda kârı sıfırlayacağı kanaatindedir¹¹⁹.

Yeni yüzyıla girerken ABD sigorta piyasasında söz konusu sigorta türüne ait primlerin 3 milyar doları aştığı görülmektedir. Halka açık şirketlerin çok azı korumayı haiz bulunmamaktadır. Sigorta himayesine sahip olmak, tek başına piyasanın varlığına işaret etmeyecektir. Zira limitlerin çok düşük olduğu ve bazı şirketlerin himaye ihtiyaçlarına uygun olmayan korumalar¹²⁰ satın aldıklarından haberdar olmadıkları durumlarda bu husus söz konusu olur¹²¹.

II. BİRLEŞİK KRALLIK

Birleşik Krallık, yöneticilerin sorumluluk sigortası için ABD den sonra dünyanın en gelişmiş ikinci piyasası olarak kabul edilmektedir Londra'nın, sigortanın hazırlanma sürecine ilişkin ve Broker bilgi birikimi bakımından, uzmanlığın bir şehirde yoğunlaşması sebebiyle, birden fazla eyalete bölünen ABD yapısıyla kıyaslandığında daha da üstün olduğu görülmektedir.

1980 den önce yöneticilerin sorumluluk sigortası esas itibariyle ABD etkisi altındaki şirketler ile sınırlıydı. Pek çok şirket ve broker söz konusu sigortanın varlığından habersiz durumdaydı. 1989 yılındaki şirketler hukukuna yönelik

¹¹⁹ YOUNGMAN, s. 146.

¹²⁰ Elbette, bir poliçeye sahip olmak ile uygun korumaya sahip olmak aynı şeyler değildir. Örneğin, ev eşyası sigortasında eğer poliçe seli istisna tutmuşsa ve ev büyük bir sel nedeniyle kayıp gitmişse bu durumda bir poliçeye sahip olmak çok az işlev görecektir. Benzer şekilde yöneticilerin sorumluluk sigortasında da, günümüzde sorumluluk limitlerinin uygun olup olmadığı, poliçeye yönelik ne gibi istisnalar getirildiği ve korumanın ne şekilde genişletilmesi gerektiği hususlarına ağırlık verilmektedir. Bkz. YOUNGMAN, s. 154.

¹²¹ YOUNGMAN, s. 146, 147.

değişikliklere kadar, şirket tarafından finanse edilen yöneticilerin sorumluluk sigortasının uygulanamayacağının ve bu nedenle de satın almaya değer olmayacağının ileri sürülmesi bu sigorta türü için belirsizlik yaratıyordu. 80'lerdeki ve 90'lardaki genel ekonomik durgunluk, şirketleri bu tür çerçeve korumalar satın alma hususunda tasarruflu olmaya yöneltse de, aynı zamanda 90'lardaki derin durgunluk¹²², birçok şirketin kendini risk altında hissetmesine¹²³ ve bu yönde sigorta himayesi satın almasına neden olmuştur¹²⁴.

D&O sigortası 1980'lerde kabul edilebilir bir piyasa haline geldiğinden belirli sigortacılar ve şirketler, baskın konuma gelmiştir. *Llyod* tarafında *Stephen Merrett* birkaç yıldır piyasada faaliyet göstermekteyken, piyasada kalanlar Frank Barber'ın *Denham*'ı ve 1994'teki büyük düşüşüne kadar Reg Brown'un *Octavian*'ıdır. D&O Ltd. Brayn Raincock tarafından kendisine ait olan "Hukuki Koruma Grubu"nun bir parçası olarak 1970'lerde kurulmuştur. 1980'lerde *Sun Alliance* gruba satılmıştır,

¹²² Bu en kötü durgunluk döneminde, D&O' nun önemini kaybetmesi beklenmiş, fakat aksi gerçekleşerek D&O kapasitedeki bir takım azalmalara rağmen büyümesini sürdürmüştür. Bu dönemde koruma satın alınmasa dahi, brokerlerin ve risk yöneticilerin çoğu, muhtemel ihtiyaca dikkat ettiği belirlenmiştir. Bkz. **YOUNGMAN**, s. 154.

¹²³ Kurumsal işlemlerde işler yolunda gitmediğinde giderek artan şekilde bireysel şirket yöneticilerine yönelme söz konusu olmaktadır. Yöneticiler yalnızca finansal yükümlülüklerin ihlalinden ya da yanlış beyanlardan dolayı dava edilmemektedir. Ayrıca, yürürlüğe konulan kanunlar yöneticilerin muhtemel özel hukuk ve cezai sorumluluklarında artışa yol açmış olması da bunda etkilidir. 1985 tarihli şirketler kanununa göre 200 den fazla ihlale ilişkin hüküm giyebilmekte ve sağlık ve güvenlik, çevre, bilginin korunması ve finansal hizmetler yasalarında ilave suçlar öngörülmektedir. Yöneticilere ilişkin olarak şahsi sorumluluğa gidilmesi esas olarak 1986 tarihli iflas kanunu ve 1986 tarihli şirket yöneticilerinin ehliyetsizliği kanunu ile ilave edilmiştir. Avrupa'da çevre ve finansal hizmetlere ilişkin yeni yasalar yapılması ve bu yasaların yeni külfetler yüklemesi beklenmektedir. Bkz. **FINCH, V.** : "Personal Acoountability and Corporate Control: The Role of Directors' and Officers' Liability Insurance", The Modern Law Review, 1994, C. 57, S. 6, s . 880-915, s. 880.

¹²⁴ **YOUNGMAN**, s. 152.

fakat halâ yarı bağımsız olarak faaliyet göstermektedir. Kanadalı *gruo Encon* 1989’da Birleşik Krallıkta kurulmuştur¹²⁵.

90’lı yıllar boyunca piyasada olan önde gelen sigortacılar *AIG, Chubb, Cigna* ve *Royal Sun Alliance*’dır. Sözü edilen süreçte *Prudential*’ın tamamen broker piyasasından çıkmış ve bu arada Zürih piyasaya girmiştir. 1980’ler, *H S Weavers* in çöküşünü çevreleyen ve *Anglo American* ile *Walbrook*’u da içeren fiyaskoya şahit olmuştur. Bu şirketler piyasada rol almış olsa da, her türlü sigorta uygulamasının oldukça talep gördüğü ve sigorta sektörünün gereklerine uymayan, risk analizlerini yeterince yapmayan prensipsiz şirketlerin yalnızca hak ettiklerini aldıkları düşünüldüğünde, söz konusu skandalların piyasaya bir zarar vermemiş olduğu da anlaşılır. 1994’te Bermudalı iki sigorta şirketi *ACE* ve *Starr*, Londra’ya burayı daha sonraki Avrupa’ya yönelik gelişmeleri için temel olarak kullanmak amacıyla giriş yapmıştır. 1995’te “*UAP Executive Partners*” ortakları Londra’da bir ofis kurmuş, fakat *UAP*’ın 1997’de *AXA* tarafından devralınması, ortaklığın dağılmasına ve “*AXA Global* ve *Executive Risk*” in ayrı ayrı faaliyet göstermesine yol açmıştır. 1990’ların sonlarında bazı sigortacılar piyasaya girmiştir. Bunların arasında *Hiscox, Independent, Liberty* ve *St. Paul* yer almaktadır. 1999’da *Chubb Executive Risk*’i satın almış ve *ACE Cigna*’nın portföyünü satın almıştır¹²⁶.

D&O sigortasına yönelik talep aşamalı olarak kaymıştır, öyle ki artık büyük halka açık şirketlerle sınırlı değildir. Söz konusu ağ, emeklilik fonu ve bireysel korumalar gibi uzmanlık alanlarında küçük şirketleri ve özel şirketleri içerecek şekilde genişlemiştir. Birleşik krallık piyasası Avrupa’nın en olgun piyasasıdır¹²⁷.

¹²⁵ YOUNGMAN, s. 153

¹²⁶ YOUNGMAN, s. 154.

¹²⁷ YOUNGMAN, s. 153.

1989'da piyasa büyüklüğü 25 milyon pound düzeyindeyken, iki yıl sonra bu seviye katlanmış, 1997 yılına gelindiğinde 100 milyon pound sınırına erişmiştir. 2000 yılına girerken piyasanın 150 milyon pound değerinde olduğu düşünülmektedir. Birleşik krallık FT-SE 100 şirketinin çoğunluğu korumaya sahip olup, ortalama limit 12 milyon pound ve maksimum limit 30 milyon pound düzeyindedir. Bu olgun piyasada giderek, halka açık şirketlerin çoğunun korumayı haiz olması beklenmektedir¹²⁸. Türk kanun koyucusu da, diğer ülke örneklerinde olduğu gibi Türkiye'de de, söz konusu sigorta türünün Halka Açık Anonim Şirketler açısından taşıdığı potansiyeli öngörerek, 6102 sayılı TTK m. 361'de konuya ilişkin bir çerçeve düzenleme ihdas etmiştir. Buna göre, bir halka açık anonim şirket söz konusu sigortayı yaptırmışsa, durumun Sermaye Piyasası Kurulunun bülteninde duyurulacağı ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk denetiminde keyfiyetin dikkate alınacağı düzenlenmiştir.

III. KITA AVRUPASI

D&O müvekkilliği, çoğunlukla ABD kaynaklı tazminat talep risklerine karşı sigortalanmak isteyen çok uluslu şirketlerden oluştuğundan, 1980'lerin ortalarından itibaren önde gelen sigortacılar Amerikan şirketleri olmuştur. Amerikan sigortacıları, yerel koşullara uydurulmuş ABD ürünlerini sunmak suretiyle piyasada aslan payını kapabilmek için deneyimlerini kullanmıştır¹²⁹.

¹²⁸ YOUNGMAN, s. 155.

¹²⁹ Kıta Avrupa'sında piyasa orijinal olarak yalnızca iştirakleri bulunan ABD şirketleri için söz konusu iken, Avrupa menşei çok uluslu şirketleri de içerecek şekilde gelişme göstermiştir. Bunun amacı öncelikle bu şirketleri ABD'deki faaliyetlerle ilişkili olarak korumaktır. Bir sonraki mantıklı

1980’lerde çok sayıda yerel sigortacı piyasaya girmiş; fakat bu şirketler gerek bu piyasadaki deneyim eksikliğinden özellikle maruz kalınan risk bakımından ve gerekse yerel bir ağıın mevcut olmamasından dolayı yetersiz kalmıştır. Fakat, sigorta şirketleri arasında gerçekleşen çok sayıda birleşme ve sigortacıların deneyim elde etmesi neticesinde bu durum değişmektedir. Bazı önde gelen sigortacılar, D&O sigortasına Kıta Avrupası hukuk sisteminde geçerli olan yöneticilerin sorumluluğu kapsamında bakmakta, deneyimlerini bu çerçevedeki sorumluluğa himaye sağlama yönünde geliştirmektedir. Diğer sigortacılar, birleşmeler sonucu elde edilen deneyimden yarar sağlamaktadır. Her ne kadar bilinen Londra ve ABD piyasaları hayati önemini sürdürmekte ise de, yerel deneyim ve sigortacılık genişleme göstermektedir¹³⁰.

Avrupa sınırları içerisinde yöneticiler, yönetici sıfatıyla icra ettikleri eylemlerinden, yükümlülüklerden ve bu çerçevedeki diğer görevlerinden kaynaklanabilecek taleplere ve şahsi davaya ilişkin sürekli artan bir riskle¹³¹ karşı

adım piyasayı, ABD’de herhangi bir riske maruz kalmayan şirketleri de içerecek şekilde genişlemesi idi. Bkz. **YOUNGMAN**, s. 157.

¹³⁰ **YOUNGMAN**, s. 157.

¹³¹ Şirket yöneticilerinin pozisyonu giderek daha külfetli ve tehlikeli bir hal almakta ve D&O sorumluluğu koruması genellikle hukuken kabul edilmektedir. Her bir ülke için şirketlerin ve yöneticilerin hukuki konumunu ve hangi hususlarda sorumlu tutulup hangilerinde sorumlu tutulamayacaklarının sıralanması oldukça sıkıntı verici bir durumdur. Avrupa’daki davalar sıklıkla hukuki işlemleri kurul başkanıyla sınırlı tutmakta iken bu durum günümüzde bütün kurul üyelerini içerecek şekilde değişmiştir. İcrai yetkileri haiz olmayan bir yönetici olmak, toplantıda bulunmamak yahut sorumluluğun bulunmadığını ileri sürmek artık geçerli gerekçeler olarak kabul edilmemektedir. Daha fazla ulusal mahkeme, iflası müteakip, özellikle şirketin ticari faaliyetini durdurması gerektiği andan sonra bu faaliyetlere devam etmişse yöneticilerin şahsen malvarlığı ve sorumluluk arasındaki farktan sorumlu tutulmasını düzenleyen hükümleri uygulamaktadır. Durumu daha iyiye gideceğini umarak iflastan çıkmak üzere ticari faaliyette bulunmak halâ kötü durumdaki çok sayıdaki şirkette sıklıkla rastlanan bir durumdur. AB direktiflerinin dışında bireysel borsalar, bilginin kamuya ifşası hususunda daha katı hale gelmektedir. Bkz. **YOUNGMAN**, s. 157, 158.

karşıya olmuştur. Kişisel kusur olarak kabul edilen bir prensip olarak tanınmaya başladığı için mahkemeye yansıyan davalar giderek artmaktadır¹³². Hukuki düzenlemelerde yapılan sürekli değişiklikler neticesinde, yöneticilere karşı dava açılması her geçen gün daha da kolay hale gelmektedir. Söz konusu durum, sigorta kapsamının belirlenebilmesini güçleştirmektedir¹³³. Hem 2000 yılındaki hem de hali hazırdaki güncel gelişmeler, Avrupa'daki şirket yöneticilerinin daha büyük risklerle¹³⁴ karşılaştığını göstermiştir. Her geçen gün Avrupa şirketleri, kendi ülke sınırları dışında sermaye arayışına girmekte ve muhatap ülkelerde, alışık olmadıkları sermaye piyasası düzenleyicileriyle karşılaşmaktadırlar. Bunun sonucunda da, yöneticilerin hukuki sorumluluğuna ilişkin farklı yasal düzenlemelerin yol açtığı talep riskinde artış kaçınılmaz olmaktadır.

¹³² ABD de olduğu gibi davaları yahut yaptırım niteliğindeki zararları karşılayabilmek için beklenmedik durum ücreti (contingency fee) sistemi olmamakla birlikte, davaların artmakta olduğu ve bazı belirli taleplerin ödendiğine yönelik emareler bulunmaktadır. Azınlık hissedarları, Belçikada Deminor , Fransa'da ADAM ve ANAF ve Almanya'da DWG' de dahil olmak üzere birlikler oluşturarak giderek daha aktif hale gelmekte ve seslerini daha fazla yükseltmektedir. Şirketler genellikle dava açan grupları ezmeye yönelik kötü karşılıklar vermektedir. **YOUNGMAN**, s. 158.

¹³³ Avrupa'nın büyük bir kısmı, AB hukuku ve anlaşmalarından kaynaklanan, şirketler hukukuna yönelik çok sayıdaki değişikliğe tanık olmuştur. Zira, şirketler hukuku AB ülkeleri arasında harmonize edilmektedir. Lakin bu çabaya rağmen, bugün dahi ulusal hukuki düzenlemeler bakımından ülkeler arasında derin farklılıkla bulunmaya devam etmektedir. Bkz. **YOUNGMAN**, s. 156.

¹³⁴ 6102 sayılı TTK'nın sigorta kitabında büyük risklere ilişkin herhangi bir tanıma ve düzenlemeye yer verilmemiştir.

A. ALMANYA

Alman sigorta piyasasında, yukarıda bahsettiğimiz 19. yüzyıl sonundaki deneyimler¹³⁵ neticesinde uzun süreli bir suskunluk yaşanmıştır. 1970 ila 1980'lerin ortasına kadar geçen dönemde, D&O sorumluluk alanındaki ihtiyaca karşılık malvarlığı zararları sorumluluk sigortacılarının bununla ilgilenmemesi, yöneticilere yönelik hukuki himaye sigortası (Manager-Rechtsschutz-Versicherungen) ile kısmen boşluğu doldurma çabalarını doğurmuştur. Bunu takiben, yöneticilerin sorumluluk sigortası ilk kez 1986 yılında¹³⁶ bir Amerikan sigorta şirketinin yavru ortaklığı tarafından, “Şirket Yöneticileri İçin Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (AVBU 86)¹³⁷” çerçevesi içinde sunulmuştur. Ancak, söz konusu sigortanın uygulanmasında, malvarlığı zararlarına karşı genel sorumluluk sigortası (AVB-Vermögen)¹³⁸ hükümlerinin uyarlanmasıyla yetinildiğinden bu sigorta hizmetinde, mesleki sorumluluk sigortasından öteye gidilmemiştir. Yönetici sorumluluğuna himaye sağlama bakımından söz konusu elverişsiz uygulamalar ve özellikle AVBU 86'da mevcut olan eksiklikler ile yöneticilerin sorumluluğuna uymayan çelişkili hususlar giderilerek, nihayet 1993 yılında¹³⁹ önde gelen yabancı bir sigorta şirketi¹⁴⁰

¹³⁵ 1895 tarihindeki gözetim kurulu üyelerine yönelik ilk deneme.

¹³⁶ Bu dönemde Manager Versicherung olarak adlandırılan söz konusu sigorta türü, şirketin yöneticilerine karşı yöneltilen şirket talepleri için de, kısmen sigorta himayesi sunmaktaydı. Bkz. **HÜBNER**, s. 45; **PAMMLER**, s. 19.

¹³⁷ Allgemeine Bedingungen für die Vermögensschaden – Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern, (AVBU 86).

¹³⁸ Allgemeine Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung von Vermögensschäden (AVB-Vermögen).

¹³⁹ Bu sigorta Almanya'da 1990'ların ortalarında ancak varlık göstermeye başlamıştır. **HENSSLER, M.**: “D&O-Versicherung in Deutschland”, in: RWS-Forum Gesellschaftsrecht 2001, Hrsg. HENZE, H./HOFMANN-BECKING, M., Köln 2001, s.132.

tarafından büyük riskler için, “Organların ve Yöneticilerin Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (AVB OLA 1993)” başlığında himaye sunulmaya başlanmıştır. Söz konusu sigorta bugün bilinen formuyla Almanya’da, bir Alman sigorta şirketi tarafından ilk defa 1995 yılında piyasaya sunulmuştur. Bunun üzerine Alman Sigortacılar Birliği (GDV)¹⁴¹ 1996 yılında münhasıran yöneticilerin sorumluluk sigortasında uygulanmak üzere örnek genel şartlar hazırlanması için bir çalışma grubu (Ad-hoc-Arbeitsgruppe) görevlendirmiştir. Nihayet, çalışma grubunun çabasıyla 1997 yılında GDV tarafından kabul edilen tavsiye niteliğinde bağlayıcı olmayan örnek şartlar, Alman sigorta piyasasında yer alan sigorta şirketlerinin hizmetine sunulmuştur. Yöneticilerin sorumluluk sigortasının Alman sigorta piyasasındaki hızlı gelişimine uyum sağlamak amacıyla, örnek şartlar ilk olarak 2005 yılında değişikliğe tabi tutulsa da, bu yeterli olmamış ve nihayet, bu çalışmada bizim de esas aldığımız 2008 yılındaki son halini almıştır¹⁴².

Sigorta primleri son yıllarda D&O sigortacıları arasındaki artan rekabet nedeniyle azalmıştır¹⁴³. Finans piyasasındaki kriz ve bu bağlamda beklenen sorumluluk olayları dikkate alındığında yakın gelecekte primlerin artması beklenmektedir. 2006 yılında 300-350 milyon Avro civarında bir prim hacmi

¹⁴⁰ Bu sigorta şirketi die CHUBB Gruppe’dır. CHUBB AVB OLA 93’in yanı sıra, Almanya’da aynı şirkete ait CHUBB AVB OLA 98 ve CHUBB AVB OLA 2001’in uygulanmış olduğu anlaşılmaktadır.

¹⁴¹ Der Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft (GDV).

¹⁴² Yöneticilerin sorumluluk sigortasının Alman sigorta piyasasındaki gelişim trendi için bkz. **IHLAS**, 103 vd.

¹⁴³ **BECKMANN** : in: BECKMANN R. M./MATUSCHE-BECKMANN, A. Versicherungsrechts Handbuch, München 2009, § 28 N.7; **IHLAS**, D&O, s. 579 vd..

gerçekleşmişken¹⁴⁴, günümüzde, güncel prim hacmi Almanya için yaklaşık 500 milyon Avro civarındadır¹⁴⁵.

B. İSVİÇRE

İsviçre’de, D&O piyasasında yaşanan dalgalanmalar neticesinde sağlıklı verilere ulaşmakta sıkıntı çekilse de, bir takım veriler¹⁴⁶ ışığında piyasa hakkında bir değerlendirme yapmaya çalışılacaktır¹⁴⁷:

- Bilanço büyüklükleri 10 milyon Frank’ın altında olan, 20 milyon Frank’tan az bir ciroya sahip ve yıllık ortalama azami 50 kişi istihdam eden küçük ve orta ölçekli işletmeler için sigorta limiti mutlak olarak 1 ila 3 milyon Frank arasındadır. Bunun sonucunda, örneğin bir işletmenin, 1 milyon Frank ölçeğinde sigorta himaye limiti için karşılaşacağı prim 2.000-4.000 Frank arasındayken; 2-3 milyon Frank ölçeğinde bir işletme için prim 4.000-10.000 Frank arasında dalgalanır.
- Bilanço büyüklüğü 20 milyon Frank’ı geçmeyen 40 milyon Frank’tan az cirosu olan ve yıllık ortalama azami 200 kişi istihdam eden orta ölçekli işletmeler (Karş. Fus.G 2. lit. e), 5-10 milyon Frank arası sigorta limitine haiz poliçe satın alma

¹⁴⁴ BECKMANN, § 28 N.7.

¹⁴⁵ von LANZENAUER, s. 1846.

¹⁴⁶ Söz konusu veriler, 2007 yılının ikinci çeyreğine ait olup, bugün Avrupa’yı ve dünyanın geri kalanını tamamen etkisi altına alan finansal kriz nedeniyle, günümüze dair piyasa hakkında kanaat oluşturacak sağlıklı bilgiler ya edinilememekte ya da eldeki bilgiler kayda değer değildir.

¹⁴⁷ Bu rakamlar sigorta şirketlerinin işletme sırlarını göstermesi ve İsviçre Sigorta Birliği (SSV-Schweizerischen Versicherungsverband)’nin yayınladığı sorumluluk hacmi için toplam veriler D&O işlemine yönelik bir çıkarımı onaylamaması sebebiyle şirketlerin zarar yüküne ilişkin verilerin güvenilir olmama ihtimali mevcuttur. Ayrıntılı bilgi için bkz. HALLER, s. 250-252.

eğilimindedirler. Buna göre, 5 milyon Frank ölçeğinde sigorta limiti için mutata prim 8.000-15.000 Frank arasında değişirken; sigorta limiti 10 milyon Frank boyutuna ulaştığında, prim %40-50 oranında artmaktadır.

- Bilanço büyüklüğü 100 milyon Frank'a kadar olan, azami 200 milyon frank cirosu olan ve yıllık ortalama en fazla 1000 kişi istihdam eden büyük ölçekli işletmeler için sigorta himaye limiti mutata olarak 10-30 milyon Frank arasındadır. Bununla birlikte işletmenin faaliyet konusuna göre primler sert şekilde değişebilir. Fiyat oluşumu için herhangi bir borsaya kote olmak da etkilidir. Finansal açıdan iyi durumda olan bir işletme, faaliyet konusunun risk taşınamaması ve borsaya kote olmaması durumunda, 10 milyon Frank limitli bir sigorta himayesi için 15.000 ila 25.000 Frank arası prim ödemesinde bulunurken; borsaya kote olmak %50 ila %100 arasında bir artışa sebep olmakta ve sigorta limitinin katlanması %50 daha bir prim artışına yol açmaktadır. Örneğin, Borsaya kote bir işletmenin 20-30 milyon Frank arası bir sigorta himayesine sahip olabilmesi için 35.000 ila 75.000 Frank arası bir prim ödemesi gerekir. Riski yükselten faktörlerin mevcudiyeti, prim maliyetini daha da artmasına neden olmaktadır.

- Asgari 500 milyon Frank bilanço büyüklüğünde olan uluslararası ölçekteki şirketler, 20 ila 50 milyon Frank limitinde bir sigorta himayesine sahip olmak için seçilen limite ve borsaya kote olup olmadığına göre 40.000 Frank'tan 150.000 Frank'a çıkan standart bir primi ödemektedir. Amerika'da bir borsaya kote edilme, riskli faaliyet alanı ya da kötü mali tablo bu prim miktarını artıracak etkenlerdir. İsviçre'de 200 milyon Franka kadar sigorta himaye limitine yönelik bir kapasiteye sahip uluslararası büyüklükte konzerne ve daha büyük çaptaki finansal kurumlar için bu prim skalası daha da açıktır. Öyle ki, limite ve riziko türüne göre primler yüz binli rakamlardan milyonlu rakamlara doğru bir seyir halindedir.

C. TÜRKİYE

Türkiye’deki durum açısından bakıldığında yöneticilerin sorumluluk sigortası, sigorta sektöründe prestijli bir teminat olarak kabul edilmesine karşın, toplam prim portföyü içerisinde önemli bir yer işgal etmemektedir. Türkiye’de faaliyet gösteren hali hazırdaki sigorta şirketlerinin, portföylerinde yer alan yöneticilerin sorumluluk sigortası poliçeleri hakkında yazılı bilgi vermekten kaçınmalarının, bu poliçelerin yurt dışındakilerin benzeri olmaktan öteye gitmediği gerçeği karşısında, ülkemize has bir durum olarak değerlendirmekteyiz. Mamafih, bu tür sigorta himayesine ilk başvuran şirketlerin dünyadaki uygulamaya paralel şekilde yabancı yöneticilere sahip olan şirketler ile başta borsada işlem gören şirketler olmak üzere özellikle bankacılık ve telekomünikasyon sektöründe yer alan şirketler olduğu düşünülmektedir. Bilgisine başvurduğumuz sigorta şirketlerinin ve önde gelen brokerlerin ifadeleri karşısında, bugün için ilgili sigorta türüne olan talep, beklentilerin bir hayli üzerinde olup, giderek artan bir seyir izlemektedir. Söz konusu sigorta şirketlerinin kendi poliçelerinin içeriğini saklama konusunda olağan dışında bir hassasiyet gösterdikleri gözlemlenmiştir.

Türkiye’de tıpkı Avrupa piyasasında olduğu gibi bir takım yerel sigorta şirketlerinin yöneticilerin sorumluluk sigortası piyasasına girme ihtimali -sınırlı düzeyde çoktan girmiş- olsa da, bu tür sofistike ve kompleks bir sigortada, uzman yabancı bir sigorta şirketinin öncülüğünde hareket edilmediği takdirde, mevcut tecrübesizlik ile birlikte, olası yüksek risk ve yerel ağın henüz oluşmaması da eklendiğinde, kötü deneyimlerin yaşanmasının kaçınılmaz olacağı düşüncesindeyiz. Yerel sigortacılar için sorun, kendi ülkelerindeki taleplere yönelik ani bir artış

karşısında yeterince büyük bir portföy oluşturmanın oldukça zor olması ve aynı zamanda şirketin gerekli ve doğru oranın altında kaydetmenin güçlük arz etmesidir.

Yöneticilerin sorumluluk sigortasının Türkiye'deki uygulamasına baktığımızda, Türk hukukuna uyarlanmış bir poliçe metninin sigorta ettiren şirketin merkezinin bulunduğu ülkenin dilinden çeviri yapılarak kaleme alındığı dikkat çekmektedir. Söz konusu sigorta türünün Türk sigorta sektörü için henüz çok yeni olduğu ve uygulamaya yönelik yeknesak şartların ve örneklerin bulunmadığı düşünüldüğünde, zararın gerçekleştiği duru ihtilafların doğmasının kaçınılmaz olacağı aşikârdır. Söz konusu sigorta türünün diğer ülke piyasalarındaki gelişimi dikkate alındığında, Türkiye piyasasında da, ekonominin durumu, finansal gelişmeler, krizler ve yasal düzenlemeler doğrultusunda, benzer bir sürecin izleneceği kabul edilebilir. Türkiyede'de öncelikle uluslararası şirketlerin yöneticilerinin ve ulusal şirketlerdeki yabancı uyruklu yöneticilerin talepleri doğrultusunda D&O sigortası, sigorta şirketlerinin gündemine girmiştir.

§ 5. DİĞER SORUMLULUK SİGORTA TÜRLERİ KARŞISINDA YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ DURUMU

Sorumluluk sigortası farklı türlerde kendini gösterse dahi, esasen üçüncü kişinin haklı ya da haksız tazminat talebinde bulunma riskine karşı kural olarak sigorta ettirene himaye sağlar. Hangi özellikten, hukuki ilişkiden ya da faaliyetten dolayı kural olarak sigorta ettirenin üçüncü kişiye karşı sorumluluğunun doğma

ihtimali varsa, ona göre sadece belirli riskler himaye altına alınır. Burada söz konusu olan, sigortalanan riskin özelliği prensibidir¹⁴⁸.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası yanında şirket tarafından yaptırılan, işletme sigortası, malvarlığı zararları sigortası, mesleki sorumluluk sigortası, ürün sorumluluğu sigortası gibi bir işletmeyle ilgili olması bakımından ilk bakışta benzer himaye sağlandığı izlenimi veren, gerektiğinde kıyaslamak için ölçüt olarak alınabilecek bir dizi sigorta mevcuttur. Birbirinden farklı olan hukuki sorumluluk alanlarının belirlenmesinin ve yöneticilerin sorumluluk sigortasının genel sorumluluk sigortası sistemine dahil edilmesinin önemi burada kendini gösterir. Çünkü, yöneticilerin sorumluluk sigortası şu ana kadar bilinen sorumluluk sigortası alanı dışında bir alana teminat sağlamasından dolayı, halen mevcut olan bir koruma boşluğunu dolduran bir nitelik taşır¹⁴⁹.

I. İLGİLİ DİĞER SORUMLULUK SİGORTALARI

Bu kısımda yöneticilerin sorumluluk sigortasıyla ilgisi bulunan sorumluluk sigortası türlerinden bazıları ele alınacaktır.

A. İŞLETME SORUMLULUK SİGORTASI

Alman hukukunda, “İşletme Sorumluluk Sigortası (Betriebshaftpflichtversicherung)”¹⁵⁰ ile ilgili esas yasal düzenleme, herhangi bir tanım içermemekle birlikte, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nun 102.

¹⁴⁸ SCHMİTT, s.103.

¹⁴⁹ SCHMİTT, s.103.

¹⁵⁰ MEIXNER, O./ STEINBECK, R: Das Neue Versicherungsvertragsrecht, München, 2008, s. 142.

paragrafında bulunmaktadır¹⁵¹. İşletme sorumluluk sigortasının temelinde, “Sorumluluk Sigortası Genel Şartları (AHB)¹⁵²” yatar. Bu genel şartlar özellikle endüstri, ticaret ve sanayi olmak üzere her bir sektör için uygun olan belirli özel şartlar ve riziko tanımlarını (BBR-Betriebshaftpflicht) içine alacak şekilde düzenlenmiştir¹⁵³. Mezkur yasal düzenlemelere göre, zararın karşılanması sigorta ettirenin ticari işletmesinden dolayı olan sorumluluğuna uzanır¹⁵⁴. Bu sorumluluk, yasal temsilcinin sorumluluğu ve şirketin yönetimi ya da gözetimi için görevli kişilerin sorumluluğunu da kapsar. Bu düzenlemeler, BBR’nin 7.1.1 ve 7.1.2.3 hükümlerine¹⁵⁵ uygun olarak uygulamaya sokulmuştur. Organ üyeleri ve sigortalı yasal temsilcileri itibariyle, personelin sigortalanması D&O sigortası ile bir paralellik arz eder¹⁵⁶.

İşletme sorumluluk sigortası koruması, Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartları’nın 1. bendi, 1. fıkrasına göre, esasen sadece şahıs ve eşyaya ilişkin zararlardan kaynaklanan tazminat taleplerle ve bundan dolayı olarak ortaya çıkan malvarlığı zararlarıyla ilgili taleplerle sınırlı olduğundan, yöneticilerin sorumluluk sigortası ile vuku bulabilecek bir arzu edilmeyen çifte sigorta durumunun da önüne geçilir. Zira, yalın malvarlığı zararları yani, ne cismani zararları, ne de eşya zararları, ne de bunlardan türeyen zararlar ile ilgili olmayan malvarlığı zararları, ilke olarak

¹⁵¹ **DEUTSCH, E.** : Das neue Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl., Karlsruhe 2008, s. 191, 192.

¹⁵² Allgemeine Bedingungen für die Haftpflichtversicherung (AHB 2008).

¹⁵³ **SCHWINTOWSKI, H. P./ BRÖMMELMEYER, C./BEARBEİTER:** Praxiskommentar Versicherungsvertragsrecht, Münster, 2008, § 102, N. 1, 2.

¹⁵⁴ **MARLOW, S./ SPUHL, U.:** Das Neue VVG Kompakt, 3. Aufl. , 2008, s. 176.

¹⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için Betriebshaftpflichtversicherung başlığı altında bkz. **PRÖLLS, J/MARTIN, A/VOIT,W.** : Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zum VVG und EGVVG, sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen – unter Berücksichtigung des ÖVVG und Österreichischer Rechtsprechung, 27. Auflage, München, 2004.

¹⁵⁶ **SCHMITT,** s.104.

poliçe kapsamına alınmaz¹⁵⁷. Buna ilaveten, iç sorumluluğa ilişkin (şirketin bizatihi kendisinin ileri sürdüğü) talepler de, işletme sorumluluk sigortasının himaye kapsamında değildir¹⁵⁸. Son olarak, Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun söz konusu paragrafının birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre burada, başkası lehine¹⁵⁹ bir sigorta söz konusu olur. Aynı şekilde, TTK m. 1473 II'de de, sorumluluk sigortasının, sigortalının işletmesi ile ilgili sorumluluğuna ilişkin yapılması durumunda, sigortalının temsilcisi ile işletmenin tamamı ya da bir kısmının yönetiminde, denetiminde ve işletmede çalıştırılan kişilerin sorumluluğuna himaye bahşedeceği hüküm altına alınmıştır. Burada da, Alman sigorta sözleşmeleri kanunundaki söz konusu hükme benzer şekilde, sigortanın bu kişilerin lehine yapılmış sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

B. MALVARLIĞI ZARARI SORUMLULUK SİGORTASI

Alman işletme sorumluluk sigortasında, yalın malvarlığı zararlarının karşılanmayacağı ilkesi geçerli olmasına karşın; özel olarak kararlaştırılması halinde, yalın malvarlığı zararları, sigorta kapsamı içine alınabilirler. Sigorta kapsamın bu şekilde genişletilmesi kural olarak, Alman Malvarlığı Zararlarına İlişkin Sorumluluk

¹⁵⁷ SCHMITT, s.104.

¹⁵⁸ HABETHA, J. : Direktorenhaftung und gesellschaftsfinanzierte Haftpflichtversicherung, 1995, s. 170.

¹⁵⁹ Bu kavrama ilişkin olarak, her ne kadar DVVG § 43 başlığında ve hükmün içeriğinde “für fremde Rechnung”, yani “başkası hesabı için” ifadesi geçmiş olsa dahi, § 43 Abs.2 de açıkça belirtildiği üzere, burada sigorta ettirenin bir temsilci sıfatı, yani dolaylı temsil etme fonksiyonu söz konusu değildir. 6102 sayılı TTK m. 1454, böyle bir tereddütte mahal vermeyecek biçimde “başkası lehine sigorta” kavramı kullanılmak suretiyle, burada 6098 sayılı TBK m.129 anlamında, üçüncü kişi yararına sözleşmenin somutlaştığı bir durumun varlığını, açıkça ortaya koymuştur.

Sigortası Genel Şartları'na (AVB-Vermögen)¹⁶⁰ göre, belirlenir. Burada, AVB-Vermögen 1. bendi 1. fıkrası gereği, sigorta ettirenin ya da bağlı şirketinin yönetim kurulu üyeleri, gözetim kurulu üyeleri ya da yöneticilerinin bu nevi faaliyetini icra ederken işlediği ihlallerden dolayı bir malvarlığı zararından sorumlu tutulması hali için, sigorta himayesi sağlanmaktadır¹⁶¹.

Bir tüzel kişi bizaat sigortalanırsa, bu tüzel kişinin organlarına istinat edilebilecek sorumluluğu doğuran fiil ve işlemler bakımından ve bu kişi bu ihlallerden sorumlu olduğu ölçüde, sigorta koruması mevcut olur. Organlarının zarara yol açan davranışları için Alman Medeni Kanunu'nun 31.paragrafına kıyasla tüzel kişinin sorumlu olduğu ölçüde, tüzel kişiye karşı yöneltilen üçüncü kişilerin talepleri de söz konusu sigorta türü kapsamına dahildir. Yöneticilerin sorumluluk sigortasından farkı da bu noktada ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, Yöneticilerin sorumluluk sigortasında, şirkete karşı doğrudan talep ileri sürülemezken¹⁶², burada münhasıran AVB-Vermögen koşulları altında mümkün olabilmektedir. O halde, belirtilmesi gereken husus, yöneticiye (der Organwalter) karşı doğrudan ileri sürülen taleplerin sadece yöneticilerin sorumluluk sigortasının konusunu teşkil ettiği ve AVB-Vermögen'in koruma alanı kapsamı dışında olduğudur. Ayrıca, malvarlığı zararları sigortası, salt üçüncü kişilerin taleplerinin karşılanmasına yöneliktir. İdare organı tarafından sigorta ettiren şirkete verilen zararlar nedeniyle doğacak talepler ile iç sorumluluk nedeniyle ileri sürülecek talepler, malvarlığı zararları sorumluluk

¹⁶⁰ AVB-AVG başlığı altında bkz. **IHLAS**, s. 656 vd.

¹⁶¹ **SCHMİTT**, s.104, 105.

¹⁶² ABD hukukunun özelliği ve Amerikan Hukuk'unda ilke olarak sigorta himayesine dahil edilmeyen iç sorumluluk nedeniyle, çoğunlukla ABD SPK'sında(SEC: US-Ansprüchen der Börsenaufsichtsbehörde) ve iş uygulamaları sorumluluğu olarak ifade edilen EPL(Employment Practices Liability)'de de bizzat şirkete karşı yöneltilen talepler yöneticilerin sorumluluk sigortası kapsamında himaye altına alınır. Bkz. **SCHMİTT**, s. 105, dn. 402.

sigortası kapsamında değildir. Söz konusu yönleriyle malvarlığı zararı sorumluluk sigortası, yöneticilerin sorumluluk sigortasından ayrılmaktadır¹⁶³.

C. MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI

Genel malvarlığı zararı sorumluluk sigortası dışında; avukatlar, doktorlar, mimarlar, mali müşavirler, muhasebeciler, noterler vb. için olmak üzere bir dizi mesleki türde malvarlığı zararı sorumluluk sigortaları da sunulur¹⁶⁴.

Faaliyet konusu, aynı zamanda bir meslek olarak icra edilen danışmanlık üzerine olan sermaye şirketlerinde, - ülkemizde hukuki olarak mümkün değilse de- sermaye şirketi şeklinde kurulmuş bir avukatlık şirketinde olduğu gibi, söz konusu sigorta türü ile bir kesişme ihtimal dahilindedir. Böyle bir tüzel kişide, örneğin avukat olarak işlevsel görevleri yerine getiren ya da avukatlık faaliyetini yan iş olarak da icra eden organ üyesinin kişiliğinde de bir kesişme olabilir¹⁶⁵.

Yöneticilerin sorumluluk sigortasına ilişkin bir poliçede, sadece yönetim faaliyetinin ortaya çıkaracağı özel riskler kesit halinde ayrı ayrı sigortalanabilir; yoksa yönetim ve gözetimdeki kişilerin tüm hareketleri kapsama alınmaz. Bu husus, AVB-AVG¹⁶⁶ 5.7 bentte somutlaşmıştır. Buna göre, yöneticilerin sorumluluk sigortasının konusu, açık şekilde sigortalanan faaliyetten farklı bir faaliyet sonucu ortaya çıkabilecek ihlallere kadar uzanmaz. Söz konusu bentte, açık bir şekilde serbest meslek faaliyeti ifade edilmiştir. O halde söz konusu sigortanın himayesi kapsamında, tüzel kişili haiz bir avukatlık şirketinin yönetim kurulu, serbest meslek

¹⁶³ SCHMİTT, s.105.

¹⁶⁴ RETTER, , §§ 100 bis 112, N. 3; Özellikle doktor, avukat ve mimarın mesleki sorumluluk sigortası için bkz. ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 1. vd.

¹⁶⁵ SCHMİTT, 2007, s.106.

¹⁶⁶ GDV-Modell (2008)'e ilişkin bkz. von LANZENAUER, s. 1863 vd; IHLAS, s. 656 vd.

olarak yürüttüğü avukatlık çalışmasından ötürü korunmaz; sadece işletmeyi yönetme faaliyetleri çerçevesinde vuku bulan yükümlülük ihlalleri nedeniyle korunur¹⁶⁷. Söz konusu durumu tevsik edecek şekilde, yöneticilerin sorumluluk sigortası bakımından Almanya’da önde gelen sigorta şirketlerinden birinin D&O poliçesinde¹⁶⁸, sigorta korumasını, açık bir şekilde poliçede adı geçen kurullarda yapılan görevler esnasında ya da yürütülen işlemlerde, sigortalanan faaliyetin icrasında yapılan yükümlülük ihlallerine bağlıyor. Sigortalanan mesleki faaliyet dışında, müşterilere ne kadar orjinal hizmetler sunulursa sunulsun, söz konusu hususlar sigorta kapsamı dışına çıkarılmıştır¹⁶⁹. Bunlar için sigorta himayesi, somut örnek olarak avukatlar için mesleğe ilişkin bir malvarlığı zararı sorumluluk sigortası akdedilmesi halinde ancak söz konusu olabilir¹⁷⁰.

Mesleki sorumluluk sigortası poliçeleri münferit sorumluluk türlerinden farklı biçimde, şirketlerin yöneticilerinin, daha doğrusu yönetim ve gözetim kurulu üyelerinin faaliyetlerini istisna tutarak sigorta himayesi kapsamına almamıştır¹⁷¹.

D. ÜRÜN SORUMLULUĞU SİGORTASI

Almanya’da sanayi ve sigortacılık birliklerinin geliştirmiş olduğu ürün sorumluluğu modeli de, esasen AHB’ye dayanır. Ürün sorumluluğu modeli, sanayi ve ticari işletmelerinin ürün sorumluluğu sigortası için özel şartları ve risk

¹⁶⁷ SCHMİTT, s.106.

¹⁶⁸ Ziffer 1.5 Allianz Protect (2003) için bkz. **BARZEN/ BRACHMANN/ BRAUN: D&O-Versicherung für Kapitalgesellschaften**, 2003, s. 110.

¹⁶⁹ Ziffer 4.8 Allianz Protect (2003), için bkz. **BARZEN/ BRACHMANN/ BRAUN** , s. 122.

¹⁷⁰ SCHMİTT, s.106.

¹⁷¹ SCHMİTT, s.107.

tanımlarını (BBR-Produkthaftpflicht) içine alacak şekilde düzenlenir ve işletme sorumluluk sigortasının ikinci kısmı olarak tasarlanmış ve geliştirilmiştir. Nitekim, söz konusu sigorta teminatları ülkemizde de bir çok sigorta şirketi tarafından piyasada bir arada sunulmaktadır. BBR- Produkthaftpflicht 1.1'e göre burada, sigorta ettiren olarak işletmenin ürün ve hizmetler yoluyla oluşan, yani kendi stratejik işletmesel faaliyeti sonucu ortaya çıkan zararı karşılanır. BBR- Produkthaftpflicht 1.3.1 bendi ile de, üretim yapan işletmelerin yasal temsilcilerinin sorumluluğu ile işletmenin yönetiminde ve gözetiminde vazifeli kişilerin sigortalandığı anlaşılmaktadır¹⁷².

Sigortalanan sorumluluk alanının çerçevesi yöneticilerin sorumluluk sigortasında olduğu gibi burada da belirlenmiştir. Şöyle ki, yöneticilerin sorumluluk sigortasının zararı karşılama taahhüdü, organsal faaliyete, yani işletmenin idari faaliyetine dayanmasına karşılık; ürün sorumluluğu talepleri, işletmenin kendi işlevsel faaliyetlerinin neticesinde gündeme gelebileceğinden, kural olarak bu sigortanın himayesi kapsamına girmez. Karşılanan maddi zararların sonucu olmayan yalın malvarlığı zararları, Ürün Sorumluluğu Modelinin 4.1 hükmüne göre ilke olarak himaye dışındadır¹⁷³.

Almanya'da uygulanan *“Gözetim Kurulu Üyelerinin, Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Yöneticilerin Malvarlığı Zararları Sorumluluk Sigortası İçin Sigorta Genel Şartları (AVB-AVG)”* 5.3 numaralı bendine göre, ürün sorumluluğundan doğan talepler hariç tutulur. Söz konusu istisnaya, sıklıkla D&O sigortasında da tesadüf edilir. Poliçede, bu yönde açıkça bir istisnaya yer verilmemiş olsa dahi,

¹⁷² SCHMİTT, s.107.

¹⁷³ SCHMİTT, s.107, 108.

talebin niteliğinden bu husus anlaşılabilir. Ürün sorumluluğu, öncelikli olarak şahsa ve eşyaya ilişkin zararlara yol açar ve kural olarak sadece imalatçıya aittir¹⁷⁴.

Ürün sorumluluğundan kaynaklanan talepler, neredeyse istisnasız biçimde, imalatçı işletmeye karşı yapılır. Söz konusu talepler de ilke olarak yöneticilerin sorumluluk sigortasında teminat dışındadır.

Alman Ürün Sorumluluk Modeli (Produkthaftpflichtmodell) 1.3.1bendine göre, kanuni kişisel sorumluluk, sigorta ettirenin yasal temsilcisi ve işletmenin yönetim ve gözetiminde görevlendirilmiş bu tür kişileri bu sıfatlarıyla birlikte sigorta ettirilir. Burada olduğu gibi, ürün sorumluluğu poliçesinin şirketin yöneticilerini içine alma durumu, bir kesişmeye yol açmamaktadır. Çünkü bu himaye sadece, şahıs ve eşyaya ilişkin zararlara sınırlı spesifik bir koruma alanıdır. Ürün riski ile ilgili himayenin esasında, iç ilişkiden kaynaklanan talepler¹⁷⁵ söz konusu olmaz. Bununla birlikte, söz konusu iç ilişkiden kaynaklanan taleplerle ilgili himaye eksikliğini, yöneticilerin sorumluluk sigortası ile kapatmak mümkün olabilir.¹⁷⁶ Son olarak riziko, yöneticilerin sorumluluk sigortasında, kural olarak talebin ileri sürülmesi ile gerçekleşirken; ürün sorumluluk sigortasında hatalı ürünün piyasaya arz edilmesi ile gerçekleşir¹⁷⁷.

¹⁷⁴ **IHLAS**, s. 531. Üründeki muhtelif ayıplar, yalın malvarlığı zararlarını çok nadiren oluşturur. Bkz. **SCHMITT**, s.108; **ULAŞ**, s. 664.

¹⁷⁵ **IHLAS**, D&O, s. 532; **KÜPPER-DIRKS**, s. 67.

¹⁷⁶ **SCHMITT**, s.108.

¹⁷⁷ **MEIXNER**, / **STEINBECK**, s.146.

II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ DİĞER SORUMLULUK SİGORTA TÜRLERİ İLE ETKİLEŞİMİ

Yöneticilerin sorumluluk sigortasının yukarıda zikredilen her bir sigorta türü ile etkileşimini anlamak için ilk olarak, bir makamı işgal eden gerçek kişi açısından; ikinci olarak, sorumluluğun adresi olan gerçek ve tüzel kişi arasındaki farklılık açısından; son olarak da zarar türünün bakış açısına göre olmak üzere üçlü bir perspektiften değerlendirme yapmak gerekir¹⁷⁸.

Her bir parça sorumluluk dalı bir mozaik halinde bir araya toplandığında, hem işletmenin hem de gerçek kişi olarak organ yöneticilerinin kapsamlı bir şekilde korunması sağlanır. Sorumluluk sigortalarının birleştiği nokta, gerek haksız taleplerin bertaraf edilmesi yoluyla olsun, gerek haklı tazminat taleplerinin tatmin edilmesi yoluyla olsun, üçüncü kişilerin taleplerinden öncelikli olarak sigortalıyı kurtarmaktır¹⁷⁹.

Gerçek bir kişi olarak tüzel kişiyi temsil eden ve soyut organa atfedilen görevlerle gerçekte ilgili olan yönetici, öncelikle kendisinin şahsi aktivitelerinden dolayı karşılaşılabileceği risklere karşı kişisel sorumluluk sigortası yoluyla himaye sağlar. Mesleki alanda söz konusu olan ayrımda ise, gerek mimar, gerek avukat, gerek noter, gerek muhasebeci, gerekse başka meslek grubu olarak işlevsel mesleki faaliyet, her bir mesleki sorumluluk sigortasının birincil konusudur; buna karşılık yöneticilerin sorumluluk sigortası, işletmenin asıl işlevsel faaliyet amacından

¹⁷⁸ SCHMİTT, s.109.

¹⁷⁹ SCHMİTT, s.109.

bağımsız olarak, sadece işletme yönetimiyle ilgili faaliyet çerçevesinde oluşan malvarlığı zararlarını karşılamaya yönelik koruma bahşeder¹⁸⁰.

İşletme, ürün ve malvarlığı zararları sorumluluk sigortalarının öncelikli amacı işletmeyi güvence altına almaktadır. Ancak, bu himayeden yöneticiler de dolaylı olarak yararlanmaktadır. Bu dolaylı yararlanma da, üçüncü şahısların işletme faaliyetinden kaynaklanan zararlarının tazmin edilmesi ve bu şekilde zarar gören kişilerin yönetici organlara karşı doğrudan ileri süreceği taleplerin ve mağdurun zararını önceden tazmin eden işletmenin yöneticilere rücu hakkının, en azından sigorta bedeline kadar, ortadan kaldırılması suretiyle sağlanmış olur¹⁸¹.

Yöneticilerin sorumluluk sigortasının sağladığı teminat, malvarlığı zararı risklerini kapsarken; genel sorumluluk sigortası, özel sorumluluk sigortası, işletme veya ürün sorumluluk sigortası ise, kural olarak eşya ve şahıs zararlarından dolayı vuku bulan taleplere karşı teminatı amaçlar. Bu yönüyle söz konusu sigortalar birbirlerinden ayrılmaktadırlar¹⁸².

Bir nevi malvarlığı zararının teminatına yönelik olan yöneticilerin sorumluluk sigortası, sigorta şirketlerinin bir sigorta programı çerçevesinde sıklıkla işlettiği diğer sigortalarla karıştırılmaktadır. Örneğin, sigorta ettirenin organ üyelerinin sorumluluk risklerini değil de, her durumda öncelikli olarak sigorta ettiren ve onun bağlı şirketinin kendi sorumluluk risklerinin teminat altına alındığı “*hatalar ve ihmaller sorumluluk sigortası*- E&O ¹⁸³ sigortası bunların başında gelir. Girişim

¹⁸⁰ SCHMİTT, s.109.

¹⁸¹ SCHMİTT, s.109.

¹⁸² SCHMİTT, s.109, 110.

¹⁸³ Errors and Omissions Liability Insurance .

sermayesi/risk sermayesi (Private Equity/Venture Capital)¹⁸⁴ alanında ya da bir anonim şirketin borsada işlem görmesinde (IPO) risklerin sigortalanması durumlarında, bir çok sigortacı D&O ve E&O karmasından oluşan bir şekilde teminat sunmaya devam etmektedir. Bu bağlamda yeri gelmişken, istihdam uygulamaları sorumluluğuyla (Employment Practice Liability-EPL) ilgili teminat sağlayan özel ürünlerin de var olduğu belirtilmelidir¹⁸⁵. Hatalar ve ihmaller sorumluluk sigortası (E&O-Insurance) genellikle bağımsız bir sigorta teminatı olarak değerlendirilmektedir. Çünkü söz konusu sigorta türü, ihmalleri ve şirketin mal ve hizmetlerine ilişkin performans başarısızlıklarını kapsamaktadır¹⁸⁶. Bu sigorta türleri yöneticiler tarafından ifa edilen spesifik kilit yönetim yükümlülüklerine ilişkin koruma sağlamaktadır. Her ne kadar bu koruma türleri, D&O sigortası poliçesinde toplanabilmekteyse de, halka açık şirketler, ihtiyaç duyulan düzeyde geniş bir etkin koruma sağlanmasını güvence altına almak üzere bu sigortaları ayrı poliçeler halinde satın almaktadır¹⁸⁷.

Hukuki himaye sigortası¹⁸⁸, tazminat taleplerine karşı ilgili sigortalıyı mahkeme masraflarının üstlenilmesi suretiyle korumakla birlikte, sorumluluk sigortasından farklı olarak haklı taleplerin tazminini kapsamaz. Kuralına uygun olarak özel biçimde tasarlanmış yöneticinin hukuki himaye sigortası (Manager-Rechtsschutzversicherungen), salt özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğa değil,

¹⁸⁴ Bu kavramlar için bkz. Girişim Sermayesi Yatırım Ortaklıkları, SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları-6, Ankara 2010, s. 4, <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=71&fn=71.pdf> (çevrimiçi, 24.11.2011).

¹⁸⁵ **SİEG, O.** :”D&O-Versicherung des Managers”, in: Handbuch Managerhaftung, F , Hrsg. KRIEGER, G./SCHNEIDER, U. H. , 2. Aufl., Köln 2010, § 15, s. 417.

¹⁸⁶ **BARKER, Et. Al.** s. 8.

¹⁸⁷ **BARKER, Et. Al.** s. 8.

¹⁸⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞENOCAK**, Hukuki Himaye s. 3 vd.

ceza hukuku ve is hukuku kaynaklı talepler için de sigorta himayesi sağladığından, bu yönüyle D&O sigortasının kapsamını aşar¹⁸⁹.

Emniyeti suiistimal sigortası¹⁹⁰, yöneticilerin ya da istihdam edilen kişilerin kasıtlı yükümlülük ihlalleri ile dolandırıcılık , zimmete para geçirme , hırsızlık , zimmet , vandalizm , sabotaj vb. haksız fiillerinden ötürü, sigorta himayesini şirketin bizzat kendisine bahşeder. D&O sigortası ise, öncelikle sigorta ettiren olarak şirketin kendisine himaye sağlamadığı gibi, kural olarak sigortalının kasten zarara sebep olma ya da bilinçli şekilde yükümlülüğünü ihlal ettiği durumlara da kayıtsız kalır.

Bir sözleşmenin ifa edilmemesi, sözleşme hukuku kapsamında ele alınması gereken bir konudur. Sözleşmenin taraflarına zarar vermeme yasağında olduğu gibi, sadece sözleşmedeki yan yükümlülükler, sözleşmesel sorumluluğun konusunu oluşturur. Buna karşılık sözleşmedeki edimin ifa edilmesi, sorumluluk hukuku kapsamında bir konu olarak görülmez. Çünkü, sözleşmedeki asıl edimin ifa yükümlülüğü ile vuku bulan bir zarardan kaynaklanan sorumluluk hukuku ile ilgili tazminat yükümlülüğü hukuki dayanakları farklı olan hususlardır. Sorumluluk sigortası, hukuki sorumluluğu esas olarak oluşturulmuştur. Buna göre, üçüncü bir şahıs tarafından sorumluluk talebi ileri sürüldüğü takdirde; talebin muhatabı sigortalı, sorumluluk sigortacısına karşı ifa talebini ileri sürülebilir. Buna karşılık sözleşmede belirlenen ifa talebi, (mali) sorumluluk sigortaları kapsamına alınmaz¹⁹¹. Çünkü, ahde vefa ilkesi gereği sözleşmenin ifası, gerçekleşmesi kesin bir yükümlülük olduğu için, vukuu muhtemel bir olay olarak nitelendirilemez. Bu sebeple de, riziko unsurunu oluşturamaz. Burada ancak, sözleşmenin ifa edilmemesi sebebiyle doğacak

¹⁸⁹ **SCHNEIDER, K.:** Rechtsschutzversicherung, in. van Bühren, H. W., Handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. 2009, § 13, s. 1393 vd.

¹⁹⁰ **von BERGNER, D.:** Vertrauensschadenversicherung, in. van Bühren, H. W., Handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. 2009, § 20, s. 2403 vd.

¹⁹¹ **HALLER,** s. 164, 165.

asıl edimin ifası dışındaki bazı tazminat talepleri, sorumluluk sigortasının konusunu oluşturabilir¹⁹².

Sigortalanamayan “*sözleşmedeki ifa talebi*”¹⁹³’nin, sigortalanan sözleşmesel ya da sözleşme dışı sorumluluk talebinden ayrılması, sigorta literatüründe işletme riski ifadesi ile bilinir ve özellikle de işletme sorumluluk sigortası ve mesleki sorumluluk sigortası bakımından önem arz eder. Akdî ifa talebi ile sorumluluk talebinin hukuken birbirinden ayrılmasının yanı sıra bu hususta özellikle riskin gerçekleşmesinin belirsizliği ile ilgili sigorta tekniği kriteri de dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak, sorumluluk sigortalarında olduğu gibi, yöneticilerin sorumluluk sigortasında da, sözleşmedeki ifa talebi sigorta himayesi kapsamında değildir.

¹⁹² OMAĞ, Halefiyet, s. 98, dn. 19.

¹⁹³ Der Erfüllungsanspruch.

İKİNCİ BÖLÜM

YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİ

Sigorta sözleşmesi temelinde yapılan bir incelemede, sigorta hukukunun genelinde olduğu gibi yöneticilerin sorumluluk sigortasında da, sigorta poliçesi¹⁹⁴ ile söz konusu sigorta sözleşmesinin konusuna uygun sigorta genel şartlarını, özel sigorta şartlarını ve sigorta sözleşmesinde sonradan meydana gelen eklerini her somut sözleşmeye göre ayrı olarak değerlendirmek gerekir. Çünkü akdedilen her bir sözleşme, kendine özgü farklılıkları içinde barındırmaktadır.

Alman sigorta piyasasına bakıldığında, yöneticilerin sorumluluk sigortası alanında uyulması zorunlu yeknesak bir sigorta genel şartlarına rastlanılmadığı gibi, yöneticilerin sorumluluk sigortasının bugünkü anlamıyla neredeyse 30 yıldır uygulanmasına karşın, söz konusu piyasanın sigorta şartlarında belli bir standardizasyonu çıkartmaktan uzak olduğu görülmektedir. Bununla birlikte, sigorta şartnamelerinin neredeyse hepsinde talebin ileri sürülmesi prensibinin¹⁹⁵ esas alınması yüzünden, özellikle risk tanımının ve sigorta şartlarının tamamının bu sigorta türünde kendine özgü bir nitelik arz ettiği tespit edilmiştir. Münferit olarak

¹⁹⁴ Esasen poliçe, sözleşmeyi ispata yönelik (Vertragsurkunde) bir senet olarak ifade edilir. Bu senet de tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini tanımlamaktadır. İsviçre sigorta sözleşmesi kanunu (SVVG) 11 I, sigortacıyı, sigorta ettirene tarafların hak ve borçlarını belirleyen bir poliçe vermekle yükümlü tutmuştur. Bu husus, sigorta sözleşmesinin akdedilmesi için yasal bir şekil şartı değildir. Sigorta sözleşmesi o zaman çıplak bir ispat senedi olmaktan öteye gitmezdi ve bir kıymetli evrak niteliğinde değildir. Ancak bu kanıt, SVVG 12 amir hükmünden dolayı, 4 haftalık düzeltme süresi dolduktan sonra, sözleşme içeriğinin tamamının, tam ve doğru sözleşme içeriği için çürütülemez bir hukuki karineyi (kesin karine) doğurur.

¹⁹⁵ “*Claims Made-Prinzip*” olarak tanınan bu ilke, Alman hukukunda bu şekliyle kullanıldığı gibi, “*Anspruchserhebungsprinzip*” kavramı ile ifade karşılığını bulmuştur.

bakıldığında, bireysel sigortacıların şartnameleri yapısal ve tasarım olarak kısmen de olsa, önem arz edecek şekilde birbirinden ayrılmaktadır. Çok sayıda sigortacı farklı sektörler için farklı sigorta şartları kapsamında sigorta himayesi sunmaktadır. Ayrıca, bireysel sigortacılar sigorta genel şartlarını yıl içinde önemsiz olmayacak şekilde kısmen değiştirmeleri de göz ardı edilmemelidir. Bunun nedeni ise, piyasanın halâ ciddi dalgalanmalara açık olmasıdır. Sigorta genel şartlarının sağladığı benzerliğe rağmen, her bir sigorta ilişkisinde kısmen de olsa önemli hususlarda, özel şartlar ya da zeyilnameler yoluyla bir takım ayırık hususların düzenlenmiş olması işin doğası gereğidir. Bu çerçevede, sigorta himayesinin kapsamının belirlenmesi için münferit sigorta şartlarının analizinin arz ettiği önem ortadadır¹⁹⁶.

Türk sigorta piyasasında, daha emekleme aşamasında olan yöneticilerin sorumluluk sigortası alanında, belirli bir standardın oluşmasının ise, doğrudan ve ivedi biçimde Hazine Müsteşarlığı (Sigortacılık Genel Müdürlüğü) tarafından¹⁹⁷ bu türle ilgili sigorta genel şartlarına ilişkin bir düzenleme yapılmadığı müddetçe, daha uzun yıllar mümkün olmadığı kanaatindeyiz. Türk sigorta piyasasında, özellikle borsada işlem gören şirketlere bu sigortayı tanıtmaya amacı taşıyan bir kıpırdanma gözlemlense bile, bilhassa Amerika'daki uygulamaların – ancak sınırlı bir şekilde - taklit edilmesinin ötesinde, kendiliğinden bir gelişimin sağlanamayacağı düşüncesindeyiz. Bu noktada Türk kanun koyucusu, 6102 sayılı TTK'nın 361. maddesinde, halka açık şirketler tarafından yöneticilerin sorumluluk sigortasının yapılmasına yönelik eksik olmakla birlikte tavsiye niteliğinde bir düzenleme yoluna

¹⁹⁶ SİEG, s. 415.

¹⁹⁷ Sigorta sözleşmeleri, Sigortacılık Kanunu'nun 11. Maddesinin birinci fıkrası gereği, Hazine Müsteşarlığınca onaylanan ilgili sigorta dalı için hazırlanan genel şartlara uygun olarak yapılmalıdır.

gitmiştir. Sonraki kısımlarda bu yetersiz hükmü eleştirmekle birlikte, yöneticilerin sorumluluk sigortasının Türkiye’deki gelişimini bu düzenlemenin tetikleyeceği ve ivme kazandıracığı düşüncesinde olduğumuzu şimdiden belirtmekte fayda görüyoruz.

İlgili ülkenin piyasa düzenleyici kurumu tarafından yayımlanmış o sigorta türüne ilişkin genel şartlar varsa, sigorta şirketlerinin sözleşmeleri bu yönden benzerlik taşıyacaktır. Ancak, sigorta piyasasında olağan akışı içinde, her sigorta şirketinin kendine özgü yapısıyla önceden matbu şekilde hazırlamış olduğu çerçeve sözleşmeleri bulunmakta ve her somut olayda birbirinden farklı şartlar içeren sözleşmelerle karşılaşılacaktır. Bir sigorta sözleşmesi olması sebebiyle, tipik bir borçlar hukuku sözleşmesinden farkı olmayan yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesi, kuruluşu, hüküm ve sonuçlarını meydana getirmesi bakımından genel hükümlere tabi olacağı açıktır.

§ 6. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN YASAL DAYANAKLARI, KONUSU VE GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Bu paragrafta, öncelikle yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin yasal dayanakları ele alınacak, sonra da sözleşmenin konusu ve geçerliliği sorununa değinilecektir.

I. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN YASAL DAYANAKLARI

Türk hukuku açısından henüz yeni bir kurum olma özelliğini sürdüren yöneticilerin sorumluluk sigortasının hukuki dayanaklarının tespiti için, söz konusu sigorta türünün ekonomik anlamda ciddi düzeyde uygulandığı ve literatürü ile yargı kararlarında yoğun şekilde incelendiği bilinen Almanya'daki duruma bakmanın ve bunun ışığında özellikle 6102 sayılı yeni TTK'daki durumun ele alınmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz.

A. ALMAN HUKUKUNDA

D&O sigortası kurumu, dünyanın geri kalanında olduğu gibi Almanya'da da özel olarak yasal bir düzenlemeye kavuşmamıştır¹⁹⁸. Bu nedenle D&O sigortasıyla bağlantı içinde ya da dışında olan sorunların hukuki değerlendirmesi için genel hükümlere ve de emredici olan ve olmayan yasal hükümler kapsamında, somut sigorta sözleşmelerinin mevcut durumuna bakmak gerekir. Yasal düzenlemeler zikredilince öncelikli olarak Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu ve sonrasında Alman Medeni Kanunu önem arz etmektedir.

¹⁹⁸ Bu noktada, AktG § 93 Abs. 2 Satz.3'deki yeni hüküm, doğrudan bir düzenleme niteliğini haiz olmadığını belirtmek gerekir.

Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda ¹⁹⁹, sorumluluk sigortaları §§ 100-124'de düzenlenmiştir. İsteğe bağlı bir sorumluluk sigortası olan D&O sigortasına, zorunlu sorumluluk sigortasıyla ilgili 113. ve devamı paragraflardaki hükümler uygulanmayacağından, burada sadece §§ 100-112 arasındaki hükümler esasen geçerli olacaktır. Aynı zamanda, özellikle başkası hesabına (lehine) sigortayla ilgili 43 ve devamı paragraflar dahil olmak üzere, genel hükümlere ilişkin §§1-73 ve zarar sigortalarıyla ilgili genel kısmın §§ 74-87 düzenlendiği hükümler ile §§ 209-215'deki münferit son hükümler aynı suretle dikkate alınmalıdır. Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu reformuyla yapılan değişikliklerden, D&O sigortası için özellikle sigorta sözleşmesinin kabul ve temlik yasağıyla ilgili yasal kısıtlamalara (§§ 105 ve 108 Abs.2 VVG) ilişkin hükümler önem arz eder.

D&O sigortasına ilişkin sigorta genel şartlarında, BGB § 305 Abs 1 Satz 1 anlamında önceden hazırlanmış sözleşme şartları söz konusu olduğundan, özellikle hukuki işlem ile ilgili borç ilişkisinin düzenlemesi hakkındaki BGB §§305-310, genel işlem şartları çerçevesinde göz önüne alınmalıdır. Burada BGB 307'deki düzenlemeler genel işlem şartlarının içeriğinin kontrolünde özel öneme sahiptir²⁰⁰.

5.8.2009'da, Yönetim Kurulu Üyelerinin Ücretlendirilmesinin Uygunluğu Hakkındaki Kanun (VorstAG)²⁰¹,un yürürlüğe girmesiyle yasa koyucu, D&O sigortasına AktG 93 Abs. 2 Satz 3 yeni hükmünde değinmiştir. Bu hüküm, D&O sigortası akdedildiğinde anonim şirket yönetim kurulu üyeleri için, 01.07.2010 tarihinden itibaren zarara bizzat katılmalarına ilişkin öngörülen oranın

¹⁹⁹ Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen; 13 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 2012'de yürürlüğe girecek olan 6102 TTK'da göz ardı edilmiştir.

²⁰⁰ **StEG**, s. 414.

²⁰¹ Gesetz zur Angemessenheit der Vorstandsvergütung.

kararlaştırılmasını zorunlu kılmıřtır²⁰². Yeni düzenleme Alman Kurumsal Yönetim Kodeksi (DCGK)'nin 3.8 bendi 2. fıkrasında paralel bir h k md r. Alman Kurumsal Yönetim İlkeleri ile birlikte, 2002 yılında ilk kez²⁰³ Almanya'da hukuki bir düzenlemede D&O sigortasına ilişkin dolaylı bir ifade yer almıştır. Burada, yönetim kurulu ve gözetim kurulu için, makul bir katılma payı öngörülmesi tavsiye edilmiştir. Alman Kurumsal Yönetim Kodeksi'nin 2010 yılındaki yeni ifadesi²⁰⁴, yine gözetim kurulunu kapsayacak bir şekilde bugün itibariyle, yönetim kurulu için zararın %10'undan yönetim kurulu üyesinin yıllık kesin ücretinin bir buçuk katına kadar bir mebla ı ve gözetim kurulu için makul bir katılma payı öngörülmesine ilişkin bir düzenlemeyi i ermektedir²⁰⁵.

Alman Paylı şirketler Kanunu paragraf 93 Abs. 2 Satz 3 bundan böyle katılma payının asgari miktarını belirler. Bu hüküm şu řekildedir²⁰⁶:

„şirket, yönetim kurulu üyesini, şirket için yapmış olduğu mesleki faaliyetlerden doğacak risklere karşı güvence altına almak için bir sigorta

²⁰² EGAktG   23 Abs. 1 Satz 1'e göre, AktG 93 Abs.2    nc  cümlesi, yeni akdedilecek olan sözleşmelere 05.08.2009 tarihinden, eski sözleşmelere de 01.07.2010 tarihinden itibaren tatbik edilecektir. şirketin yürürlükteki istihdam sözleşmelerine, zarara iştirak oranı olmadan D&O sigortası sağlaması y k ml l  u yine de yerine getirilebilir (EGAktG  23 Abs.1 Satz2) . Yeni akdedilen ve uzatılan yönetici iş akitleri (Anstellungsvertr ge), buna karşın sigorta himayesini zarara iştirak oranıyla öngörmek zorundadır. Bkz. **MERTENS, H./CAHN, A.**: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Hrsg. WOLFGANG, Z. /ULRICH, N. , Bd 2/1 (   76-94 AktG), 3. Aufl., 2010, s. 811.

²⁰³ 26.2.2002 tarihli ilk metin için bkz. www.corporate-governance-code.de.

²⁰⁴ 26.05.2010 tarihli güncel metin için bkz. . www.corporate-governance-code.de.

²⁰⁵ **SIEG**, s. 415.

²⁰⁶ AktG 93 Abs. 2 Satz 3 “...Schlieřt die Gesellschaft eine Versicherung zur Absicherung eines Vorstandsmitglieds gegen Risiken aus dessen beruflicher Tätigkeit für die Gesellschaft ab, ist ein Selbstbehalt von mindestens 10 Prozent des Schadens bis mindestens zur Höhe des Eineinhalbfachen der festen jährlichen Vergütung des Vorstandsmitglieds vorzusehen.“

akdederse, zararın en az %10'u tutarından, yönetim kurulu üyesinin yıllık sabit gelirin en az bir buçuk katı tutarına kadar, bir bizzat katılma payı (selbstbehalt) öngörülür“.

Alman Paylı Şirketler Kanunu § 93 2. fıkrası 3. Cümlesi, sigortalının bizzat katlanacağı miktarı belirlememiştir. Bilakis iki sınır belirlemiştir: Kanunun gerekçesinden açıkça anlaşılacağı üzere, zararın %10'u miktarındaki asgari zarara iştirak oranı, her zarar durumu için geçerli olacaktır. Buna karşılık, yönetim kurulu üyesinin yıllık ücretinin bir buçuk katı miktarındaki alt sınır, kanunun gerekçesinden açıkça anlaşıldığı üzere bir yıldaki tüm zarar hadiseleri için mutlak üst sınır sayılacaktır. Bizzat katılma payı için ödeme yılı, yükümlülük ihlali yılıdır²⁰⁷.

Böylece, yönetim kurulu üyeleri için bizzat katılma payı kararlaştırılmayan D&O sigortalarına artık izin verilmemektedir. Alman Paylı Şirketler Kanunu § 93 2. fıkrası 3. cümlesi sadece D&O sigortasının akdedilmesi durumu için geçerli olduğundan, sigorta yapmaya ilişkin genel bir yükümlülük getirilmemiştir. Yani, sigorta akdedilmesini zorunlu kılan bir yükümlülük bulunmamaktadır. Sadece, sigorta yapılıyorsa muhakkak bizzat katılmaya ilişkin pay kararlaştırılacaktır. Yeni düzenlemenin lafzından anlaşılacağı üzere gözetim kurulları için yapılan D&O sigortaları bu hüküm kapsamına alınmamıştır. Gözetim kurulu üyeleri için, sadece Alman Kurumsal Yönetim Kodeksi'nin 3.8 bendindeki tavsiye hükmü bulunmaktadır. Ayrıca, bizzat katılma tutarının sadece, sigortalı yönetim kurulu üyesinin kurtarılma/korunma talebi (Freistellungsanspruch) için geçerli olacağı anlaşılır. Sigorta tarafından sağlanan „*taleplerin savuşturulması*“ na ilişkin masrafların mahsup edilmesi söz konusu olmayacaktır. AktG 93 Abs.2, 3. cümle

²⁰⁷ MERTENS/CAHN, s. 811, 812.

lafzı, bu bakımdan bir sınırlandırma getirmese de mecburi zarara iştirak oranı sistematik sebeplerden dolayı sadece iç sorumluluk durumları için geçerlidir. Kanunun gerekçesi de bu yorumu desteklemektedir²⁰⁸.

Hukuki dayanak noktası olarak sigorta sözleşmesinin poliçesi, sigorta genel şartları, özel şartlar ve sonraki ekleri de önem arz eder. Bu noktada, Alman Piyasası'nda D&O sigortası alanında yeknesak bir sigorta genel şartlarına rastlanılmamaktadır. Ancak, Alman Sigorta Şirketleri Birliği (GDV-Gesamtsverband der Deutschen Versicherungswirtschaft) ilk defa 1997 yılında, yönetim kurulu üyelerinin, gözetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin/müdürlerin malvarlığı zararları sorumluluk sigortası için bağlayıcı olmayan örnek şartlar²⁰⁹ yayınlamıştır. Bu şartlar, 2005 yılında yenilemiştir ve en son olarak 2008 yılında GDV D&O örnek şartlarının yeni şekli sunulmuştur²¹⁰. GDV'nin bu örnek şartları piyasada belirli bir standardı oluşturamamıştır. Sigortacılar, her bir sözleşmenin akdedilmesi sırasında, somut duruma göre az ya da çok bu örnek şartlardan ayrılmaktadır²¹¹. Ancak, AVB-AVG dışında piyasada tutulan başka bir örnek şartname bulunmamaktadır.

Bundan başka D&O sigortasındaki klozların bir kısmının, malvarlığı zararı sorumluluk sigortası şartnamesinden (Bedingungswerken zu Vermögensschaden-Haftpflichtversicherungen) ve sorumluluk sigortası genel şartlarından etkilendiği görülse de, D&O sigortasının aksine AHB'nin konusunun yalın malvarlığı

²⁰⁸ **SiEG**, s. 436 vd; **MERTENS/CAHN**, s. 809 vd.

²⁰⁹ AVB-AVG: Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Aufsichtsräten, Vorständen und Geschäftsführern.

²¹⁰ Görünüşte esasen böyle bir amacı olmasa da, ne 1997 deki ne de sonrasında GDV örnek şartları içeriksel olarak Pazar standart yaklaşımı gelişiminde rol oynayabilmiştir. D&O sigortasını izahında referans şartları olarak kullanılan ihtiyari GDV örnek şartları ne olursa olsun piyasada mevcut olan ve tutulan tek çalışmadır. Bkz. **SiEG**, s. 414.

²¹¹ **von LANZENAUER**, s. 1847; **SiEG**, s. 415.

zararlarının teminat altına alınmasına yönelik değil, bilakis cismani ve eşya zararları olduğu unutulmamalıdır.²¹².

B. TÜRK HUKUKUNDA

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun *Ticaret Şirketleri* Kitabı'nda anonim şirket yönetim kurulu ile ilgili genel bilgiler arasında "Sigorta" başlığı altında 361. madde ihdas edilmiştir. Bu hüküm şu şekildedir:

"Yönetim kurulu üyelerinin, görevlerini yaparken kusurlarıyla şirkete verebilecekleri zarar, şirket sermayesinin yüzde yirmi beşini aşan bir bedelle sigorta ettirilmiş ve bu suretle şirket teminat altına alınmışsa, bu husus halka açık şirketlerde Sermaye Piyasası Kurulunun ve ayrıca pay senetleri borsada işlem görüyorsa borsanın bülteninde duyurulur ve kurumsal yönetim ilkelerine uygunluk değerlendirmesinde dikkate alınır."

Türk kanun koyucu, Almanya örneğinde olduğu gibi, yöneticilerin sorumluluk sigortasının yaptırılmasına yönelik emredici bir hüküm ihdas etmiştir. Ancak, Türk hukukunda, sözleşme serbestisinin gereği olarak söz konusu sigorta türünün hukuken geçerli olarak yaptırılabilmesi varsayımından hareket ederek ilgili hükmü yürürlüğe koymuştur. Alman Paylı Ortaklar Kanunu'nun § 93 Abs. 2 Satz. 3 hükmünden farklı olarak, Türk kanun koyucusu 6102 sayılı TTK'da söz konusu sigortanın yaptırılmasıyla ilgili olarak anonim şirket yönetim kurulu ya da yöneticileri için herhangi bir yükümlülük de getirmemiştir. Böylece Alman öğretisindeki söz konusu sigorta türünün anonim şirketler hukuku bakımından

²¹² SİEG, s. 414.

hukuken geçerliliği ile ilgili, özellikle de D&O sigortasının yönetim kurulu üyeleri için öngörülen hukuki sorumluluğun yönlendirici etkisini azalttığı hatta ortadan kaldırdığı hususunda odaklanan ve Alman Paylı Ortaklar Kanunu'nun mezkur hükmünde dahi yansıması bulunan eleştirilerle ilgili TTK bakımından bir yoruma mahal verecek bir düzenleme getirilmemiştir.

TTK'daki söz konusu düzenlemeye baktığımızda, söz konusu sigorta ile şirkete verilen zarar ve şirketin teminat altına alınması kavramlarının vurgulandığını görüyoruz. Madde gerekçesinde ise, yönetim kurulu üyelerinin görevlerini yerine getirirken şirkete verebilecekleri zararların güvence altına alınması yönünde çekingen bir adım atıldığından bahsetmektedir. Ancak bu sigorta ile asıl olarak, profesyonel, sorumluluk bilincine sahip ve görevin gereklerine uygun yetenekleri haiz kişilerden oluşan yönetim kurullarının oluşmasına etkili bir katkının hedeflendiği vurgulanmıştır. Kanun koyucu şirketin uğradığı zarara ilişkin olarak ihdas ettiği TTK m. 555 hükmünde, şirketin uğradığı zararın tazminini, şirketin ve her bir pay sahibinin isteyebileceğini hükme bağlarken, pay sahiplerinin söz konusu tazminatın ancak şirkete ödenmesini talep edebileceklerini ifade etmiştir. Müteakip madde de ise, zarara uğrayan şirketin iflası halinde, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkını şirket alacaklılarının da haiz olduğu, ancak talep önceliğinin iflas idaresinde olduğu hüküm altına alınmıştır. İflas idaresi davayı açmadığı takdirde, her pay sahibi ve şirket alacaklısı söz konusu davayı ikame edebilecek ve elde edilen tazminat, önce dava açan alacaklıların alacaklarına tahsis olunacak; bakiye, sermaye pay oranlarında davacı pay sahiplerine ödenecek; artan ise iflas masasına verilecektir (TTK m. 556).

Öğretide bir görüş²¹³, söz konusu madde hükümlerinden TTK m. 361’de öngörülen yöneticilerin sorumluluk sigortasının, Clause II tipi sözleşme niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Zikrettiğimiz üzere Taraf B türü D&O sözleşmelerinde esasen, şirket tarafından, yöneticilerin üçüncü kişilere vermiş olduğu zararın tazmin edilmesi himaye edilmektedir. Anglo-Amerikan hukukuna özgü bu tazmin sistemi, Taraf B türü D&O poliçeleri ile himayeye kavuşturulmaktadır. Türk hukukunda anonim şirketlerin böyle bir tazmin yükümlülüğü olmadığı gibi 6102 sayılı TTK m. 395 gereği böyle bir işlemin geçersizliği dahi gündeme gelebilir. Diğer hususta burada asıl zarar gören üçüncü kişiler iken TTK m. 361’de şirketin uğradığı zarardan bahsetmektedir. Burada tazminat talebinde bulunacak olan şirket, pay sahipleri ve iflas halinde alacaklılardır. Taraf B türü D&O sözleşmesinde ise talep eden şirket ve himaye konusu, yöneticiler için üçüncü kişilere önceden yapmış olduğu tazminat ödemesidir. Burada himaye konusu bu tazminat (indemnification) olup, sigortacının edim yükümlülüğü bu tazminat bedelinin şirkete ödenmesidir (company reimbursement). Tamamen farklı iki kurum olması sebebiyle açıkladığımız gerekçelerle bu görüşe katılmıyoruz.

6102 sayılı TTK’da m.1473-1485 arasında, sorumluluk sigortalarının düzenlendiği görülür. 6102 sayılı TTK m. 1483 vd. hükümler zorunlu sorumluluk sigortalarına ilişkin olduğu için, m. 1473-1482 arasındaki hükümler isteğe bağlı sorumluluk sigortası niteliğinde olan yöneticilerin sorumluluk sigortasına uygulanacaktır. Genel hükümlere ilişkin 1401-1452. Maddeler ile özellikle başkası

²¹³ bkz. **KERVANKIRAN, E.:** s. 269.

lehine sigortayı düzenleyen m. 1454 başta olmak üzere, ilgili olduğu ölçüde zarar sigortalarına ilişkin m. 1453 vd. hükümleri burada uygulama alanı bulacaktır.

Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü, yöneticilerin sorumluluk sigortası genel şartlarına ilişkin henüz -taslak metin dahil- herhangi bir çalışma yapmamıştır. Bu boşluk nedeniyle, Türkiye’de hazırlanan yöneticilerin sorumluluk sigortasına hali hazırda mevcut olan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarının uygulanabileceği düşünülebilir ya da ülkemizde yapılan yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmelerinde bu genel şartlara atıf yapılması yahut bu şartlar çerçevesinde sözleşmenin yorumlanabilmesi yolu şu an için tercih edilebilirse de, bunun yöneticilerin sorumluluk sigortasının kendine özgü yapısı nedeniyle uygun olmadığı ya da çok sınırlı hükümler için kabul edilebileceği düşüncesindeyiz. Bu nedenle ivedilikle söz konusu sigorta türüne ilişkin genel şartların çıkarılmasının gerekliliğine inanıyoruz. Şimdiye kadar, her sigorta şirketinin her somut olay için ayrı şartları içeren, ama özü itibarıyla söz konusu sigorta türüne kaynaklık eden ve halâ da yön veren ABD sigorta piyasasında uygulanan sigorta poliçelerinden esinlenen sigorta sözleşmelerinin -bizimle paylaşılmasa da- ülkemizde akdedildiği bilinmektedir. Bu nedenle, ülkemizde akdedilen yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmelerine ilişkin farazi olarak madde madde açıklama yapmak yerine, bu sözleşmenin kendine özgü yapısını oluşturan ve özelliklerini belirleyen kurumları ayrıntılarıyla incelemek daha yararlı olacaktır.

II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Yöneticilerin sorumluluk sigortası, ilk piyasaya çıkışından günümüze kadar kamuoyunda esas fonksiyonunun aksine, olduğundan çok farklı biçimde gösterilmiştir. Almanya’da ekonomi sayfalarında D&O sigortasının fonksiyon biçimi hakkında birbirinden farklı türde ve yanlış anlaşılardan kaynaklanan alıntılardan oluşan bu tarz yazılara bugün dahi rastlanılmaktadır²¹⁴. Bu tarz yanlış değerlendirmelerde bulunmamak için, öncelikle zihnimizde var olan hatalı algılamalardan arınmak gerekir. Şöyle ki, yöneticinin yönetim faaliyeti ile ilgili aldığı kararlar sonucu doğan her başarısızlık bir yükümlülüğün ihmalinden kaynaklanmaz. İlk olarak prensipte işletmeyle ilgili kararlarında yöneticiye, kendisini hukuki sorumluluk tehdidi altında hissetmeyecek tarzda geniş bir iş adamı karar alanı (ein weiter unternehmerischer Ermessensspielraum) tanınmalı ve girişimci ruhundaki cesarete ket vurulmamalıdır. Tazminatı ödeme bakımından, sadece yönetim faaliyetine ilişkin yükümlülük ihlalinin varlığına bakmak sorumluluk hukuku açısından doğru ve yeterli bir yaklaşım değildir. Muhakkak, kusura dayanan bir yükümlülük ihlali, talep edenin zararı ve bu ihlal ile zarar arasında bir nedensellik

²¹⁴ Bu alıntılara örnek: “Her iki olayda bir sigorta mesnetsiz argümanlar ileri sürerek teminattan kaçınır ve çoğunlukla haksızdır” in Handelsblatt vom 21.2.1006, “aşırı hassas sigortalar zararı riskten sonra hemen hemen manik deliliğe sığınıyorlar: her yirmi olayın sadece birinde sigorta anlaşmazlık çıkarmıyor. D&O eksperleri böyle değer biçiyor” in Managermagazin Juli 2006, “sigortacı teminat ödemek zorunda kalmamak için kırk dereden su getiriyor” in Handelsblatt vom 30.9.2008, “skandal hadiseler, milyonluk sigorta konzernleri Herrn H.”nin ihmallerinin sorumluluğunu üstlenirse...” in Spiegel vom 10.7.2006 zum Fall Volkswagen AG./. Dr. Peter Hartz. Bkz. SİEG, s. 420, dn. 1-4, naklen.

bağı aranmalıdır. Buna ek olarak, bir sorumluluk söz konusu olsa dahi, bundan bir sigorta himayesi talebi hemen doğmayacaktır. Sigorta sözleşmesinin ilgili koşulları da incelenmelidir. Devam eden süreç bakımından, sigorta himayesine yönelik bir talep olsa bile, bu kendiliğinden sigorta ettirenin ya da zarar görenin ödeme talebine yol açmaz. Özellikle sigortacı sigorta sözleşmesinden doğan yükümlülükleri, haklı talepleri yerine getirerek ya da haksız taleplere karşı koyarak ifa edebilir. Diğer bir husus ise, Alman sigorta hukukuna göre, D&O sigortalarında sigortacıya karşı zarar görenin doğrudan ödemeyi talep hakkı (kein Direktanspruch) bulunmamasıdır²¹⁵. Son olarak da, bastan itibaren açıkça asılsız D&O zararları hariç olmak üzere, taleplerin büyük kısmı, zaman içerisinde sigortalının muvafakatini alarak sigortacı ile talep eden arasında karşılıklı uzlaşmayla ekonomik ve makul şekilde sonuçlandırılır.

D&O sigortasında, kapsamı geniş olmakla birlikte, organ sorumluluğun tüm alanlarına sigorta himayesi bahşetmeyen, zaman ve coğrafi sınırlamalara tabi olan, son derece karmaşık bir sigorta himayesi söz konusudur. Sigorta himayesinin ve sınırlandırmaların boyutu, burada esas olarak, zarar ve sigorta himayesinin kurulduğu piyasa ile ilgili sigortacının tecrübelerine dayanır. -Sigortalı ve sigorta ettiren için uygun (lehine)- “yumuşak” bir piyasanın olduğu dönemlerde, sigortacı bazen şaşırtıcı şekilde, sigorta himayesinin genişletilmesine ve prim indirimlerini kabul etse bile, bu sigorta nev’inde hiçbir zaman her şeyi kapsayan bir sigorta himayesi söz konusu değildir. Kural olarak her yıl yeniden yapılan müzakereler çerçevesinde, sadece primde değişiklikler söz konusu olmaz, aynı zamanda da D&O-piyasasında sıra dışı olarak değişen piyasa koşullarına hızlı bir şekilde tepki gösteren sigorta şartları da değiştirilir.

²¹⁵ TTK m. 1478 ile Türk Hukukunda, sorumluluk sigortalarında, zarar görenin davacıya doğrudan dava hakkı tanınmaktadır.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin konusunun tespiti için, Ocak 2008'den itibaren uygulanmak üzere Alman Sigorta Birliği (GDV) tarafından çıkarılan ihtiyari örnek şartlar bir çerçeve çizer. AVB-AVG 'in 1.1. başlığı altında söz konusu sigortanın konusu şu şekilde belirlenmiştir:

- *sigorta ettiren şirketin ya da bir bağlı şirketinin gözetim kurulu, yönetim kurulu ya da icra kurulunun mevcut veya görevden ayrılmış bir üyesi, yani **sigortalı**,*
- *(yönetim) faaliyetini yerine getirirken işlemiş olduğu bir yükümlülük ihlali nedeniyle,*
- *özel hukuk içerikli yasal mali sorumluluk hükümleri temelinde,*
- *bir malvarlığı zararı için,*
- *sigorta ettiren şirketin ya da bağlı şirketinin yahut diğer sigortalı kişilerden olmayan **3. kişi tarafından***
- *ileri sürülen tazminat talebi*

vuku bulduğu halde ancak, sigorta himayesi söz konusu olabilecektir.

Görüldüğü üzere AVB-AVG'in 1.1. başlangıç hükmü olması nedeniyle, sigorta sözleşmesinin konusunu halihazırda uygulanan poliçelere göre, özellikle olası tazminat talebini ileri sürebilecek kişiler bakımından ve himaye kapsamının belirsizliği göz önüne alındığında, dar bir çerçevede çizmiş olduğu anlaşılmaktadır. Ayrıca, sigorta ettiren şirket tarafından tazminat talebinin ileri sürülmesi, ABD yerleşik uygulamasının aksine özellikle Kıta Avrupası'nda, şirkete karşı sorumluluğun, sigorta teminatı kapsamına alınması sıradan bir durum olarak görülmektedir.

§ 7. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNDA GEÇERLİLİĞİ SORUNU

Bu paragrafta, öncelikle kanuna ve ahlaka aykırılık konusu ele alınacak sonrasında şirketler hukukuna ilişkin değerlendirmelerde bulunulacaktır.

I. KANUNA VE AHLAKA AYKIRILIK

Şirketin, yöneticileri için bir sigorta yaptırmasının aleyhine, kanuna ve ahlaka aykırılık iddiası sürekli başvurulmuş bir argüman olarak dikkat çekmektedir. İsviçre doktrininde, şayet bir sigorta sözleşmesi ile, cezayı görmeyi engellemek ya da zarara yol açan kasıtlı fiillerin ödüllendirilmesi amaçlanıyorsa, bu tür sigorta sözleşmeleri, hukuka ve ahlaka aykırı anlaşmalar olması nedeniyle, OR 20 gereği geçerli kabul edilmeyecektir. Ancak, sigorta himayesinin kapsamı, doğrudan kast (direkter Vorsatz, SVVG 14 I) ile ağır ihmal (Grobfahrlassigkeit, SVVG 14 II) çerçevesinde sınırlandırılmış olabilir. Bu hususta söz konusu sigorta hukukuna ilişkin normların aksi kararlaştırılabilir (dispositiver Natur). Ayrıca hüküm de gözetildiğinde, poliçe ile sigorta himayesinden istisna tutulabileceklerinden yasal açıdan mutlak bir engel de oluşturmazlar²¹⁶.

²¹⁶ DIETZİ, s. 87- 95.

II. ŞİRKETLER HUKUKUNA İLİŞKİN PERSPEKTİFLER

Aşağıda, yöneticilerin sorumluluk sigortasının anonim şirketlere ilişkin yasal düzenlemeler karşısında, hukuken geçerliliği konusu incelenecektir.

A. ALMAN HUKUKUNDA

Yöneticilerin sorumluluk sigortasının, anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin ve diğer yöneticilerinin sorumluluğuna ilişkin emredici nitelikteki kurallar karşısında, geçerli bir sözleşme olarak yapılıp yapılmayacağı sorunu, özellikle Alman doktrininde tartışılmış olsa da, bugün itibarıyla bu konu ilke olarak önemini yitirmiştir. Çünkü Almanya’da 26.2.2002’de yayınlanmış bulunan Alman Kurumsal Yönetim İlkeleri²¹⁷ 3.8 bendi ile Alman Paylı Şirketler Kanunu § 93 Abs. 2 Satz. 3 hükümlerinin dayanak noktası, yöneticilerin sorumluluk sigortasının anonim şirketlerde hukuken geçerli olduğu varsayımdır. Buna karşın, yöneticilerin sorumluluk sigortasının, özellikle yöneticilerin yükümlülük ihlallerini engellemek için davranışları yönlendirme enstrümanı olarak yasada tanzim edilen “*organ sorumluluğunu*” işlevsiz bırakacağı, dolayısıyla da kanun koyucunun hukuk politikasının tersi bir sonuç doğacağı hususundaki görüş²¹⁸, ilk bakışta güçlü bir eleştiri olarak ortaya çıkmış ancak, sonrasında destek bulmamıştır. Bu görüşe göre, sigorta himayesi ile hukuki sorumluluğun yönetici üzerindeki sevk ve idare etkisi bertaraf edilmiş olur. Çünkü yönetici için kişisel sorumluluk, ekonomik olarak artık

²¹⁷ 26.05.2010 tarihli versiyonu yürürlüktedir.

²¹⁸ **HABETHA**, s. 170 vd.

hissedilmeyecektir. Şöyle ki, anonim ortaklığın yöneticiler yararına yaptırdığı ve primlerini ödediği sorumluluk sigortası sayesinde, ortaklığa verdikleri zararlardan aslında kişisel malvarlıklarıyla sorumlu olmalarına rağmen, sigortanın tazmin fonksiyonunun devreye girmesiyle tazminat ödemekten muaf kalacaklardır. Sonuç olarak yöneticilerin sorumluluk sigortası, yükümlülüklerinin ihlali halinde yönetim kurulu üyelerinin müteselsil sorumlu olduklarına hükme bağlayan Alman Paylı Şirketler Kanunu § 93 Abs. 2'deki *ratio legis*'e aykırı gelmektedir²¹⁹. Ayrıca D&O sigortası etkileri itibariyle, adeta bir sorumluluktan feragat (Haftungsverzicht) ile eşdeğer olup, aynı sonucu doğurmaktadır. Bu açıdan da D&O sigortası, Alman Paylı Şirketler Kanunu § 93 Abs. 4. Satz. 3'de düzenlenmiş olan feragat yasağı ilkesini ihlal ettiğinden butlan ile sakattır²²⁰. Bu yasak daha ziyade BGB § 397 Abs. 1'e göre, anonim şirket ile organ üyesi arasındaki ibra sözleşmesi (Erlassvertrag) yoluyla, mevcut bir organ sorumluluk talebinin ibrasına dayanır; böyle bir ibraya, söz konusu AktG hükmü, ancak tazminat talebinin doğumundan itibaren üç yıl sonra, onay veren bir genel kurul kararının varlığı ve esas sermayenin onda birini temsil eden nitelikli azınlık tarafından itiraz edilmemesi durumunda cevaz verir²²¹.

Diğer bir görüşe göre, AktG § 93 Abs. 2. ve § 93 Abs. 4. Satz. 3'de yöneticilerin sorumluluk sigortasına karşı ilkesel bir yasak ortaya çıkmaktadır. BGB § 134'e göre, bu kanuni yasağın sigorta sözleşmesinin butlanına (Nichtigkeit) yol açması gerekir²²². Söz konusu sigorta türünü eleştirenler de, D&O sigortasını ancak

²¹⁹ PAMMLER, s. 47 vd.

²²⁰ HABETHA, s. 183 vd.

²²¹ MERTENS/CAHN, s. 803.

²²² Taraflar için emredici niteliği haiz olan “güvenin korunması/vertrauensschutzes” sebeplerinden dolayı, butlan yaptırımının etkisi doğal olanın aksine geriye olmayacaktır, ancak bu durumun aksi taraflar sözleşmeleri ilgili hukuki duruma uyarlamayı ihmal ettikleri halde ve yüksek mahkeme

anonim şirketler açısından, organ sorumluluğunun “*yönlendirici ve caydırıcı etkisini*” ayakta tutan, adeta yazılı olmayan bir hukuki yükümlülük²²³ niteliğinde olan bir zarara iştirak oranının kararlaştırılması halinde caiz görüyorlar²²⁴. Aksi takdirde, yani yöneticinin sorumluluğunun bir zarara iştirak oranı öngörülmesiyle sorumluluk sigortasına yansımaması durumunda, mezkûr maddelerin ruhuna aykırılık nedeniyle söz konusu sigorta sözleşmesinin geçerli olmayacağı belirtilmiştir.

Alman Hukukunda, yöneticilerin sorumluluk sigortasına karşı hukuk politikası açısından yapılan söz konusu eleştiriler ve ileri sürülen gerekçeler haklı görülmemektedir. Çünkü kanun koyucu istisnasız biçimde her durumda yöneticilerin sorumluluğunu öngörseydi, belirli şartların varlığı aransa dahi, Alman Paylı Şirketler Kanunu § 93 Abs. 4. Satz 3 ile bir sorumluluktan feragat imkânını hiç

tarafından bu durum onaylandıktan sonra söz konusu olabilir. Bkz. **ULMER, P.**: “*Strikte aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung – zwei getrennte Welten?*”, in : FS Claus-Wilhem Canaris zum 70. Geburtstag, Band 2, München 2007, s. 464, 470, 472.

²²³ Başka bir ifade ile böyle bir zarara iştirak oranının kararlaştırılmasının anonim şirketler hukuku kapsamında bir yükümlülük olduğudur. Bkz. **MÖHRLE**, s. 130 vd.; **FERCK, C. C.** : Der Selbstbehalt in der D&O-Versicherung für Organmitglieder von Aktiengesellschaften, 1. Aufl. , Hamburg 2007, s. 119 vd.

²²⁴ **PAMMLER**, s. 85.; bir zarara iştirak oranı kararlaştırılmasının yazılı olmayan bir hukuki yükümlülük olmasını reddeden görüş için bkz. **DREHER, M./THOMAS, S.**: Die D&O-Versicherung nach der VVG-Novelle 2008, ZGR 1/2009, s. 33 vd..; Farklı argümanlarla sonuca katılan için bkz. **ULMER**, s. 467 vd. Zarara iştirak oranının yanı sıra sigorta sözleşmesinde kararlaştırılan sorumluluk istisnaları da, yöneticilerin sorumluluk sigortasına karşı yöneltilen eleştirilere karşı bir savunma gerekçesi olarak ileri sürülmektedir. Bkz. **OLBRICH, C.**: Die D&O-Versicherung, 2. Aufl., Karlsruhe 2007, s. 69. Hatta, söz konusu kanun hükmünde öngörülen organ sorumluluğunun yönlendirme etkisinin işlerliğini sağlayan ekstra unsurlar arasında sayılan, sigorta himayesinin sınırlandırılması; kasıt ve ağır ihmale ilişkin riziko istisnaları ya da belirli risklerin sınırlandırılması ile ilgili çeşitli klostlar, zarara iştirak oranına nazaran şüpheyne mahal bırakmayacak ölçüde, bu hususta daha fonksiyoneldir. Bu sayılan hususlar, zarara iştirak oranı ile birlikte, D&O sigortasının ahlaki riskini azaltır. Bkz. **OSSWALD, F.**: Die D&O-Versicherung beim Unternehmenskauf, Berlin 2009, s. 85.

düzenlememesi gerekirdi. Ayrıca göz ardı edilmemesi gereken diğer bir husus ise, şirketin başarısı için gerekli olan yöneticinin rahat karar vermesi sağlamak için (93 Abs. 1, Satz 2 AktG), yöneticinin olası sorumluluk talepleriyle karşılaşma riskinin sınırlandırılmasında anonim şirketler kanunu bakımından kabul edilen bir menfaatin olduğu gerçeğidir. Böylece, yöneticilerin sorumluluk sigortası, yasal katı organ sorumluluğuna anlamlı bir karşılık oluşturur²²⁵ ve hatta daha açık ifadeyle, organ sorumluluğunun önleyici (Präventivfunktion) işlevi ile bir çatışma içerisinde olduğu da söylenebilir²²⁶. Ancak, salt bu yargı, yöneticinin yükümlülüklerle uygun davranmasını teşvik eden söz konusu hükümlerin etkisinin sigorta himayesinin sağlanmasıyla bertaraf olacağı sonucuna bizi götürmemelidir. Çünkü yükümlülük ihlali yapan bir yöneticiyi, buradaki sorumluluğundan ötürü karşılaşacağı kişisel taleplerin yanı sıra, bir takım başka olumsuz sonuçlar da bekler. Yükümlülüğünü ihlal eden bir yönetici, öncelikle organ üyeliği görevinden alınabileceğini ve bu statüde yeniden görevlendirilmeyeceğini hesaba katmalıdır²²⁷. Yükümlülük ihlalinin herkesçe bilinmesi durumunda “*itibarını kaybetme*” riski ve dolayısıyla da daha sonraki işe alınma durumlarında caydırıcı bir etki doğuracaktır²²⁸. Ayrıca yöneticilerin sorumluluk sigortası, her şeyi içine alan tam kapsamlı bir himaye sunmadığı gibi²²⁹; sağlanan himaye, sigorta ettiren anonim şirketin ya da sigortalının

²²⁵ **SIEPMANN, H.**: Selbstbehalt bei Verbriefungen, Tübingen 2011, s. 64.

²²⁶ **MERTENS/CAHN**s. 804.

²²⁷ **DREHER, M./GÖRNER, A.** : “*Der angemessene Selbstbehalt in der D&O-Versicherung*”, ZIP 2003, s. 2323.

²²⁸ **MÖHRLE**, s.117 f.; **OLBRICH**, s..65 vd.

²²⁹ Kasıtlı olarak zarara neden olma, bilerek yasaları ihlal etme ve belirli riskler sigorta himayesinden çıkarılmıştır. Ayrıca, sigorta himayesinin üst sınırı (Deckungsobergrenzen) mutlak olarak 250.000 Euro ile yaklaşık 300 milyon Euro arasında kararlaştırılmaktadır. Karş. **SEIBT, C. H./SAAMNE**,

sigorta sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmeleri durumunda ortadan kalkabilir. Böylece de, yönetim kurulu üyesinin kendi sorumluluk riski, varlığını sürdürür. Zikredilen sebeplerden dolayı, D&O sigortasının etkileri şirketin sorumluluktan feragatı ile karşılaştırılmaz. Bu sebeple de, Alman Paylı Şirketler Kanunu 93 paragraf Abs.4 üçüncü cümlesine bir tezat teşkil etmez²³⁰. Zorunlu olarak zarara iştirak oranı (93 Abs.2 Satz.3) öngörülmesiyle birlikte, organ sorumluluğunun davranışı yönlendirici etkisi sağlanmış olacağından D&O sigortasına yapılan hukuk politikası ile ilgili eleştirilerin ileri sürülmesinin de bir anlamı kalmamıştır. Günümüz Almanya'sında, kural olarak yöneticilerin sorumluluk sigortasının Alman Paylı Şirketler Kanunu § 93 Abs. 4. Satz. 3 hükmünün dolanılması anlamına gelmediği ve hukuken geçerli bir sözleşme olduğu noktasında, geniş bir mutabakatın varlığından söz edebiliriz²³¹.

Alman doktrinde katılma payının muhakkak öngörülmesi lehinde yapılan eleştiriler, Alman kanun koyucusunu da etkilemiş ve nihayet 5.8.2009 tarihli Yönetim Kurulu Üyelerinin Ücretlendirilmesinin Uygunluğu Hakkındaki Kanun ile Alman Paylı Şirketler Kanunu § 93 Abs. 2 Satz 3 yeni hükmü ihdas edilerek, belirlenen limitlerde katılma payının zorunlu olarak kararlaştırılması hüküm altına alınmıştır. Farazi bir şekilde belirlenen bu limitin yöneticiler için kanunda öngörülen hukuki sorumluluğun yönlendirici ve caydırıcı etkisini ne şekilde tesis edeceği, kanun koyucunun buradaki amacını gerçekleştirip gerçekleştirmeyeceği ve sigortalı yöneticinin D&O kapsamında himayeye kavuşamayacağı bu kısım için başka tür bir

C.: “*Geschäftsleiterpflichten bei der Entscheidung über D&O-Versicherungsschutz*”, in : Die Aktiengesellschaft 24/2006, s. 901-912, s. 907 vd.

²³⁰ PAMMLER, s. 44 vd.;

²³¹ VETTER, s. 454; OSSWALD, s.27; MERTENS/CAHN, s. 804.

sigorta himayesi arayışına gidip gitmeyeceği hususları, önümüzdeki süreçte Alman doktrininden ve yargısından çözüm bekleyen sorunlar olarak masada beklemektedir.

B. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre doktrininde de, ekonomik riskin taşınmasının sigortacının omuzlarına yüklenmesinin netice itibari ile yöneticilerin faaliyetlerini titiz bir şekilde yapmaya (sorgfältigen Tätigkeit) teşvik etmesini amaçlayan yasal sorumluluğu boşa çıkarmaya hizmet edip etmeyeceği hususu tartışılmıştır. Bu argüman, yöneticilerin mali sorumluluğunun geçmişi çerçevesinde gerçi devamlı suretle yumuşak şekilde gündeme getirilmektedir. Diğer sorumluluk sigortalarında da olduğu gibi, yöneticilerin sorumluluk sigortalarında bir sigortanın varlığının, dikkatsizce bir davranışa (sorglosem Verhalten) sevk edebileceğine dair bir işaret gözlemlenmemektedir. O zaman sigorta şirketin menfaatlerinden ayrı olarak düşünülemez²³².

İsviçre’de doktrinde hakim görüş, D&O sigortalarının hukuki geçerliliği konusunda olumlu görüş bildirirken, sigorta primlerinin şirket tarafından ödenmesi hususunda da hemfikirdir. Hatta, özenli bir yönetimin gereği olarak, bugünkü finansal kriz ortamında, sigorta yaptırılmasının zorunlu hale geldiği vurgulanmıştır. Bunun dışında, yöneticilere karşı açılacak davalarda yöneticinin yanında genellikle şirketin de itibarının zedelendiği vurgulanmıştır. Uygun bir sigorta himayesi sunulmadan, bugünkü ortamda yükümlülüğünün bilincinde olan aday yöneticilerin yönetim işlevleri için kazanılamayacağına; şirketlerin ticari hayatta en iyi

²³² HALLER, s. 184.

yöneticilerin kendi şirketlerine kazanılmasında bir rekabet içerisinde bulunduğuna; icrai yetkiyi haiz yöneticilerin sadece toplu bir sigorta kapsamında sigortalanabileceğine; yöneticilerin, kendi üzerlerinde bulunan sorumluluk riskini aşırı bir şekilde düşünerek zaman harcamaması ve bu durumun girişimciliklerine ket vurmaması (risikoavers) belirtilmiştir. Ayrıca, zamanı ve enerjisini işletmeye yoğunlaştırması gerektiğine ve davaların engellenmesine işaret edilmiştir²³³. Yöneticiye karşı ileri sürdüğü tazminat talebinin karşılanmasına yönelik olarak, tazminat alacağını tahsil edebileceği ikame bir kaynak yaratma konusundaki şirketin -iflas durumunda iflas masasının - maddi (pekuniäre) menfaati vardır. Bu husus şirket açısından yöneticilerin sorumluluk sigortasının son derece önemli bir işlevi olabildiği halde²³⁴, İsviçre doktrinde şaşırtıcı bir şekilde bu duruma az işaret ediliyor²³⁵.

C. ANGLO-SAKSON HUKUKUNDA

Anglo-Sakson hukukunda yöneticilerin sorumluluk sigortasının hukuken geçerliliği değerlendirilirken öncelikle Birleşik Krallık, sonrasında ABD Hukukundaki durum ele alınacaktır.

²³³ **DIETZİ**, s. 111 vd. ; **FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY**, **HAFTUNG**, s. 254; **BÖCKLİ**, § 13, Anm. 875.

²³⁴ Alman uygulamasında, özellikle iç ilişkideki sorumluluk durumunda bu işlevin kayda değer önemi vardır.

²³⁵ **HALLER**, s. 181.

1. Birleşik Krallık Hukukunda

D&O sigortasının bir yöneticinin hatalı davranıştan kaçınma motivasyonunu azaltma olasılığı, söz konusu sigortanın hukukten geçerliliği sorusunu gündeme getirmektedir. Bu tür sigortalarda, hatalı davranışa ilişkin ödeme, hatayı işleyen yöneticinin şahsi malvarlığından ziyade sigorta fonlarından yapılacağı için, ahlaki kötülük (*moral hazard*)²³⁶ tehlikesi artmaktadır. Bu sebeple, sigortanın kamu politikasını altüst edebileceği ve yöneticilerin özensiz eylemlere girişmesini destekleyeceği ve dürüst yöneticilerin şirketin üstün çıkarına olarak yükümlölüklerinde ve eylemlerinde dikkatli olma motivasyonlarını düşürebileceği söylenebilir. Öte yandan şahsi sorumluluğun caydırıcı etkisi abartılabilmekte ve sigortacılar, yöneticilerin “*ahladen kötü davranma riskini*”, örneğin kesintiler empoze etmek, korumayı sınırlamak, istisna şartları öngörmek ve söz konusu şirket ve bireysel yöneticilerin performans kayıtlarına bağılı olarak primleri artırmak suretiyle azaltabilmektedir²³⁷.

Şüphesiz, yöneticilerin üzerindeki potansiyel şahsi sorumluluğun dengelenmesi, şirket tarafından finanse edilen yöneticilerin sorumluluğu sigortasının mümkün olup olmadığı sorusuyla bağlantılıdır. İşte bu problem, Birleşik Krallıkta da, yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin hukuki geçerliliği ile ilgili Almanya’daki duruma benzer tartışmaları gündeme getirmiştir. Bunun sebebi, 1985

²³⁶ Moral riziko kavramı için bkz. KUBİLAY, s. 555. Sigortalı bir kimsenin veya onun çalıştırdığı kimselerin dikkatsizliği veya aldatıcı hareketleri sonucu doğan zararın artması, yani “*sübjektif risk*” olarak da ifade edilebilir. PAOLINI/NAMBISAN, s.12.

²³⁷ FİNCH, s. 888.

tarıhli Eski Şirketler Kanunu²³⁸ Sec. 310 (1) ve (2) (2006 tarıhli yeni şirketler kanununda Sec. 232(1) ve (2)²³⁹)’de düzenlenen, yöneticilere karşı ileri sürülen tazminat talepleriyle ilgili olarak şirkete getirilen, feragat yasağı ile masrafların tazmini yoluyla ilgili tazminat ediminin yöneticilere geri ödenmesine ilişkin (*erstatten*) yasaklardır. Bu hükümler nedeniyle şirket tarafından finanse edilen D&O sigortalarının geçersizliği üzerine bir takım sonuçlar çıkartılsa da, İngiliz kanun koyucusu 1989 tarihinde şirketler hukuku alanında yaptığı reform ile 310. bölüme 3. bir fıkra ekleyerek (sec.233 Companies Act 2006), maddede yer alan kısıtlayıcı hükmün, ortaklık tarafından yönetici ve denetçi için sorumluluk sigortası satın alınması işlemini engellemeyeceğini düzenlenmiş ve böylece de, D&O sigortası

²³⁸ 1929 tarihli Şirketler Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce, bir şirketin ana sözleşmesine eklenecek kayıtlarla, yöneticilerin hile veya kasıtlı temerrüt halleri dışında ibra edilebileceği kabul edilmekteydi. Diğer bir ifadeyle yöneticileri hile dışı ve kasıtsız temerrütten doğan sorumluluğa ilişkin korkularını bertaraf etmek üzere şirket ana sözleşmesine muafiyet hükümleri derç etmek bütünüyle hukuki nitelikte idi. 1926’da, Greene Şirketler Hukuku Komitesi tarafından söz konusu prensibin yasaklanması gerektiği yönünde öneride bulunulmuş ve söz konusu öneri 1929 tarihli Şirketler Kanunu’nun 152. bölümü uyarınca uygulanmıştır. Bu kısıtlama, sırasıyla 1948 tarihli Kanun’un 205. Bölümünde ve 1985 tarihli Kanun’un 310.bölümünde korunmuştur. Bkz. **PAOLINI/NAMBISAN**, s.12.

²³⁹ 1 Ekim 2007 tarihinde yürürlüğe giren 2006 tarihli Şirketler Kanunu’na göre:

“(1) Bir şirketin, yöneticisini, aksi durumda ihmal, temerrüt/ihlal (default), yükümlülük ihlali veya şirkete ilişkin olarak güven yükümünün ihlaline yol açabilecek nitelikteki herhangi bir sorumluluktan muaf tutacağı yönündeki her hüküm geçersizdir.

(2) Bir şirketin söz konusu şirket veya iştiraki olan bir şirketin yöneticisini doğrudan veya dolaylı olarak ihmal, temerrüt/ihlal (default), yükümlülük ihlali veya yöneticisi olduğu şirkete ilişkin olarak güven yükümünün ihlaline yol açabilecek nitelikteki herhangi bir sorumluluktan muaf tutacağı yönündeki her hüküm geçersizdir. İşbu hüküm aşağıda sayılan hükümler bakımından geçerli olmayacaktır:

(a) 233. Bölüm (Sigortanın temini)

(b) 234. Bölüm (üçüncü kişi muafiyet (third party indemnity) teminini karşılayan)

(c) 235. Bölüm (Emeklilik planı muafiyet teminini karşılayan)...”

sözleşmesinin akdedilmesinin hukuken geçerli bir işlem olduğu hususunu açıklığa kavuşturmuştur²⁴⁰.

2. ABD Hukukunda

Almanya’da zikredilen bir takım dolaylı düzenlemeler dışında, doğrudan yasal bir hüküm bulunmamasına karşın, ABD’de hemen hemen tüm eyalet yasalarında, şirketin yönetimi için D&O sigortası yaptırmasına izin verilmektedir²⁴¹.

D. TÜRK HUKUKUNDA

Türkiye’de yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin hukuken geçerli olup olmadığı hususunda bir kanaate varmak için öncelikle mevzuata bakılması gerekir. Türk mevzuatında, yöneticilerin sorumluluk sigortasının yapılmasına cevaz veren bir hüküm olmadığı gibi, bu sigortanın yapılmasını engelleyecek bir hüküm de bulunmamaktadır. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı TTK’nın 361. maddesinde bu sigortanın yapılabileceği varsayımından hareket ederek bir düzenlemeye gidildiği görülmektedir. Bu hükmün mevcudiyetinin, sigorta sözleşmesinin geçerliliği noktasında, dolaylı da olsa bir hukuki zemin yarattığı söylenebilir. Bununla birlikte, diğer sorumluluk sigorta türlerinde olduğu gibi

²⁴⁰ FINCH, s. 880; HABETHA, s. 165 vd.; OSSWALD, s. 26.

²⁴¹ Bunlardan bazıları, Cal. Corp. Code §317(i) (West 2007); Del. Code Ann. tit. 8, § 145 (g) (2007);, N.Y. Bus. Corp. Law § 726 (McKinney 2007); Va. Code Ann. § 13.1-703 (West 2007) için bkz. OSSWALD, s. 27, dn. 32, naklen.

yöneticilerin sorumluluk sigortasında da, sorumluluk hukukundaki tazminat fonksiyonuna aykırı bir durum yoktur. Başka bir ifade ile, TTK m. 553 vd. hükümleri başta olmak üzere, öngörülen yasal sorumluluk neticesinde karşılaşılabilecek olası tazminat taleplerine karşı sigorta himayesi sağlanması, söz konusu hukuki sorumluluğu ortadan kaldırmamakta ya da etkisizleştirmemektedir. Ayrıca, bu sigortanın akdedilmesi, sonucu itibarıyla, TTK m. 559 anlamında bir feragata eşdeğer bir hukuki işlem de değildir. Aksi düşünce, sorumluluk sigortalarının gelişimi sırasında, ahlaki kaygılar başta olmak üzere yapılan diğer eleştirilerin²⁴² yeniden gündeme gelmesi gibi bir sonuç doğurur. Anonim şirketin, yöneticileri lehine bu sigortayı yaptırmayı ve primleri ödemesi, ne kanun koyucunun yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin ihdas ettiği hükümleri ortadan kaldıran ya da etkisizleştiren bir fonksiyona ne de söz konusu zarara şirketin katlanması gibi bir sonuca yol açar. Burada esas olarak şirket, yöneticinin malvarlığıyla karşılayamayacağı boyutta bir zararın tazminine teminat sağlamaya yönelik girişimde bulunmaktadır. Buna ilaveten, sorumluluk riskinin sigorta şirketine aktarılması sadece kısmi bir nitelik taşımaktadır. Şöyle ki, ceza hukuku, vergi ve harçlar ile kasıtlı fiiller gibi sorumluluğa ait önemli alanlar sigortalanamaz ya da çok sınırlı bir kapsamda sigortalanabilir (örneğin sadece taleplerin savuşturulmasına yönelik yapılan masraflar, ki bunlarda ileri sürülen suçlama ya da sorumluluğun haksız olduğu ortaya çıktığı hallerde söz konusu olur). Aynı zamanda da sunulan sigorta bedeli kural olarak düşünülebilen toplam zarardan ya da bilanço miktarından

²⁴² ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s.15.

(hukuki sorumluluğa ilişkin ilgili zarar için olası referans büyüklüğü olarak bilanço miktarından) daha düşüktür²⁴³.

TTK m. 395’de düzenlenen şirketle işlem yapma yasağı hükmünün yöneticilerin sorumluluk sigortasının geçerliliğine bir etkisi olup olmayacağı sorusu ayrıca akla gelebilir. Söz konusu maddede, üçüncü kişi konumundaki sigorta şirketi ile anonim şirketin, yönetim kurulu üyelerinin lehine olmak üzere, aralarında akdettiği yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin TTK m. 395’in kapsamı dışında kaldığı anlaşılmakta, dolayısıyla da genel kurulun onayının gerekmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu maddenin karşılığı olan 6762 sayılı TTK m. 334 ile ilgili doktrin ve yargı içtihatlarında da, bu duruma ilişkin yeterli değerlendirmelere rastlanılmadığını belirtmek gerekir²⁴⁴.

Son olarak da, şirketin yöneticilerin sorumluluk sigortasını yaptırmaya ehil olup olmadığı mevzuu da, TTK m. 125, 331 ve 371 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Buna göre, yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesi konu dışı kabul edilip, temsil yetkisinin olmadığından hareketle bu işlemin şirketi bağlamayacağı hususunun ileri sürülemeyeceği düşüncesindeyiz. Çünkü, şirketin esas sözleşmesindeki amaç ve konu kısmında, yöneticilerin sorumluluk sigortası dahil benzeri hiçbir sigortanın yapılmasına ilişkin bir kaydın yazılmış olması beklenemez.

²⁴³ **HALLER, M.** s, 184.

²⁴⁴ Bunun istisnası Tekil ve Çamoğlu’dur. Tekil, Çamoğlu’nun görüşünü yöneticilerin sorumluluk sigortası için yorumlamıştır. Buna göre, madde hükmünün, yönetim kurulu üyelerinin şirketle olan doğrudan ve dolayısıyla işlemleri için ihdas edildiği, üçüncü kişinin şirketle olan işlemleri için, yönetim kurulu üyesi yaralansa dahi, 6762 sayılı TTK 334’ün uygulanmayacağını Çamoğlu muğlak bir ifade ile belirtilmiş, Tekil de konuyu bu yönde değerlendirmiştir. Bkz. **TEKİL**, s. 141, dn. 151.

Ayrıca, zaten yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesi akdedilmesinin, TTK m. 371 çerçevesinde şirketin amacına ve işletme konusuna girmediği kabul edilemez²⁴⁵.

§ 8. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNDE İLGİLİLER VE HUKUKİ İLİŞKİLER

Bu paragrafta öncelikle yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesi çerçevesinde, bu sözleşme çerçevesinde ilgili kişiler ele alınacak, sonrasında söz konusu olan hukuki ilişkiler değerlendirilecektir.

I. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNDE İLGİLİLER

Aşağıda, söz konusu sigorta sözleşmesi taraflarının yanı sıra diğer ilgililer de değerlendirme kapsamına alınacaktır.

A. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

Yöneticilerin sigorta sözleşmesinde, sigortacı ve sigorta ettiren olmak üzere iki taraf bulunmaktadır.

²⁴⁵ Karş. **TEKİL**, s. 141.

1. Sigortacı

Yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin bir tarafında sigorta şirketi yer almaktadır. Sigorta sözleşmesini sigortacı adına kendi yetkilisi ya da akit yapan acente imzalayabilir²⁴⁶.

Ekonomik açıdan D&O sigortaları, şirket tarafından prim ödenmesi ile sorumluluk riskini en azından kısmen organ üyeleri yerine şahsen şirket tarafından ve böylece de dolaylı şekilde hissedarlar tarafından üstlenilmesini sağlar. Bununla birlikte bu bağlamda artık, hukuki açıdan riski taşıyan sigorta şirkettir. Dolayısıyla, yöneticilerin, yükümlülük ihlalleri nedeniyle sorumlulukla devam etse dahi, artık sigortanın devre girmesiyle malvarlıklarının pasifi bundan etkilenmeyecektir²⁴⁷.

2. Sigorta Ettiren

Sigorta sözleşmesinde, sigortacının karşısında sözleşme tarafı olarak yer alan kişi, sigorta ettiren olarak ifade edilir. Yöneticilerin sorumluluk sigortasında, sigorta sözleşmesinden doğan borç ve yükümlülüklerden kural olarak sorumlu olan, sigorta ettiren sıfatını haiz olan anonim şirkettir.

²⁴⁶ **KENDER, R.:** Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, B. 8, İstanbul 2005, s.144.

²⁴⁷ **HALLER, M.** s. 183.

a. Anonim Şirket

Yöneticilerin sorumluluk sigortası, organ kavramı ve sorumluluğu ile ilgili yukarıda kısmen değinildiği üzere, sermaye şirketleri, şahıs şirketleri, kooperatifler, dernekler, vakıflar vb olmak üzere, özel hukuk tüzel kişilerinin organ üyeleri için düşünülmüştür. Kamu hukuku tüzel kişileri için D&O sigortası, idare hukukunda mevcut olan hususiyetlerden dolayı, özellikle de gözetim makamlarının talimat verme hakkı, sorumluluk imtiyazları ve hukuk dalları arasındaki farklılıklar nedeniyle ilke olarak sağlanmamaktadır. Ancak, özel hukuk normlarına göre faaliyet gösteren kamu işletmeleri için bu sınırlamanın söz konusu olmayacağı aşikârdır²⁴⁸.

Sigorta himayesi ile ilgili tasarruf yetkisi doğal olarak sigorta ettirene aittir. Bu husus, bağımsız denetim kuruluşları için mesleki sorumluluk sigortaları benzeri, sigorta ettirenin ve sigortalının aynı kişiler olduğu organ sorumluluk sigortalarında sorun yaratmaz. Bununla birlikte, D&O sigortasının en sık görülen türünde, şirket sigorta ettirendir. Böylece, şirket, sigortanın devam edip etmeyeceğine karar verir. Sigorta ettirenin - çalışma konumuzun kapsamını da belirleyen - bir anonim şirket olduğu durumlarda, kendine özgü yapısıyla D&O sigortası kurumu, tam anlamıyla işlev görebilecektir. Zaten D&O sigortasına, çoğunlukla anonim şirketler başvurmaktadır. Sigorta ettirenin bir sermaye şirketi olması halinde, şirketin kendi tüzel kişiliğinin ve şirketi yöneten kişilerin birbirinden ayrı olarak ele alınması gereken sorumlulukları söz konusu olur. Şahıs şirketlerinde kural olarak böyle bir durum ortaya çıkmaz. Şahıs şirketlerinin yöneticileri kural olarak aynı zamanda şirket ortaklarıdır. Bu kişiler şahıs şirketlerinin borçlarından malvarlıklarıyla sınırsız

²⁴⁸ OLBRİCH, s. 98.

olarak sorumludurlar. D&O sigortası bir şahıs şirketinde işletme sigortası ile aynı fonksiyonu görür. Bununla birlikte şahıs şirketlerinin yöneticilerine, Limited şirket yöneticilerinin sorumlu tutulabildiği vakıalara ilişkin olarak sigorta himayesi sağlanabilmesi mümkün olabilir²⁴⁹.

Sonuç itibarıyla bu çalışmada ele alınan D&O sigortası, sigorta ettiren olarak Anonim şirketin prim ödeme yükümlüsü olarak yer aldığı ve şirketin finanse ettiği bir mali sorumluluk sigortasıdır²⁵⁰.

Alman mevzuatında, D&O sigorta sözleşmesinin akdedilmesine ilişkin yasal bir yükümlülük bulunmamaktadır. Ayrıca yenilenen haliyle de²⁵¹, 26.05.2010 tarihli Alman Kurumsal Yönetim Kodeksi, D&O sigortası yaptırılmasına ilişkin bir tavsiye içermemiştir. Buna rağmen, yönetim ve gözetim kurulu üyeleri için bir sigorta yaptırılması, günümüzde borsaya kayıtlı anonim şirketlerin standart uygulaması arasında yer almaktadır²⁵².

Alman hukukunda isteğe bağlı olarak bu sigorta sözleşmesi akdedildiği takdirde, yönetim kurulu üyelerinin zarara bizzat katılmasının kararlaştırılması

²⁴⁹ Bir D&O sigortasını akdeden şirketler olarak A.Ş'ler, Limited Şirketler ve benzer yapılarından dolayı dernekler, kooperatifler ve vakıflar düşünülebilir. Aynı zamanda Komandit şirkette yöneticilerinin lehine D&O sigortası yaptırılabilir. Bunun yanı sıra D&O sigortaları, yukarıda zikredilen ilkeler dikkate alınarak yurt dışındaki hukuki formlara göre de, örneğin Alman GmbH türüne benzer mahiyette olan İngiliz Ltd (Private Limited Company by Shares)'sinde olduğu gibi, yapılması mümkündür. Bkz. **von LANZENAUER**, s. 1865.

²⁵⁰ **MERTENS/CAHN**, s. 800.

²⁵¹ 26.2.2002'de yayınlanmış bulunan Alman Kurumsal Yönetim İlkeleri 3.8 bendi ile Almanya'da ilk kez D&O sigortasına değinen federal bir düzenleme ortaya çıkmıştır. 2008 yılında Alman Sigorta Sözleşmesi Kanununda yapılan köklü reformda dahi bu hususa yer verilmemesi, şeklen olsa bile ilgili düzenlemenin önemini ortaya koymaktadır. 2002 yılındaki kodekse göre, yönetim kurulu üyeleri bir yıllık gelirleri oranında makul bir şekilde D&O sigortacısının edimine katılmalıdır, daha doğru bir ifadeyle bu düzeydeki zarara bizzat katlanmalıdır.

²⁵² **BECKMANN**, § 28, N.7; **DREHER/THOMAS**, s. 31, 32.

yükümlülüğüne ilişkin AktG § 93 Abs.2 Satz 3 hükmü ise, sözleşmenin yapılmasını zorunlu kılan bir düzenleme değildir.

D&O sigortası yapılmasına ilişkin hukuki bir yükümlülük, şirketin koruma yükümlülüğünden (Fürsorgepflicht § 87) ya da yönetim kurulunun yeterli bir risk denetimini sağlama (AktG §§ 76 Abs.1, ve KonTrag çerçevesinde yönetim kurulunun yükümlülüğüne ek olarak yeni getirilen §91 Abs.2) yükümlülüğünden kaynaklanmaz²⁵³. Bununla birlikte yönetim kurulu, şirket vasıtasıyla bir D&O sigortası yaptırılmasının amaca uygun olup olmadığını özenli bir şekilde incelemekle yükümlüdür. Ayrıca, sigortanın akdedilmesinin şirketin olası bir yükümlülüğü olduğuna dair doktrinde çok az tartışma yapılmaktadır²⁵⁴.

Yöneticilerin sorumluluğunun, anonim şirketler hukuku bakımından emredici yasal bir normdan kaynaklanıyor olması, iş hukuku açısından, istihdam edilen yöneticiler için D&O sigortasının akdedilmesine ilişkin bir yükümlülük doğurmaz. Aksi halde, bir yönetici, şirketin kendisine karşı ileri sürmüş olduğu bir talebe dayanan yöneticilerin sorumluluğu ile ilgili davada, sigorta yaptırılmadığını ya da yeterli sigorta yaptırılmadığını ileri sürebilir, böylece de şirket malvarlığı açısından, her durumda zararın şirket tarafından karşılanması şeklinde döngüsel bir sonuç çıkardı. Şöyle ki, bu esnada, şirket malvarlığı anonim şirketler hukukuna ilişkin bir sorumluluk hukukundan doğan bir talep kadar artardı, aynı zamanda da iş ilişkisinden kaynaklanan (sigorta yaptırılması ve dolayısıyla primlerin ödenmesi hususunda) bir talep miktarınca da azalırdı. Sonuç olarak da, anonim şirketler hukukunda yöneticiler için düzenlenmiş olan sorumlulukla ilgili normların içi boşaltılmış olurdu. Tüm bu mülahazalar neticesinde, şirketin bir sigorta yaptırma

²⁵³ HENSSLER, s. 150.

²⁵⁴ HENSSLER, s. 151.

hakkına sahip olduğunu, ancak bununla yükümlü olmadığı sonucuna varmanın mümkün olduğu söylenebilir²⁵⁵.

Son olarak burada incelenmesi gereken diğer husus, iflas durumunda şirketin sigortanın devam edip etmeyeceği hususunda ne karar vereceği hususudur. Çünkü, sigorta himayesinin sağlanmasıyla ilgili masrafların yüksekliği nedeniyle ve sigorta, ilk aşamada hukuki koruma işlevinden ya da masrafların üstlenilmesinden dolayı iflas masasına karşı yöneleceği için iflas idareleri çoğunlukla sigortayı devam ettirmek istemezler. Bu nokta da yöneticilerin iflas durumunu ve şirket için sigortanın devam ettirilmesi hususunda artık karar veremeyeceklerini öngörerek zamanında tedbir almaları gerekir. Sigortacı açısından genellikle, iflasın ötesinde sigortayı sonradan sağlanan bir himaye olarak ayakta tutmaya hazır olduğu gözlenmektedir. Şüphesiz böyle bir surumda sigortanın devamı için gerekli olan primlerin ödenmesi gerekir. İflas masası çoğunlukla, bu primleri üstlenmeye yanaşmayacağı için, bir taraftan sigorta himayesinde yöneticilerin, iflas halinde sigorta himayesini devam ettirmeye hakkı olacağına dair bir klotun sigorta sözleşmesine dâhil edilmesi, diğer taraftan da yöneticilerin kendi arasında şirketin mali durumunun iyi olduğu dönemlerde, iflas halinde sigorta himayesinin nasıl alınabileceği ve primlerden kimin sorumlu olacağı konusunda bir anlaşma yapılması önerilmektedir²⁵⁶.

²⁵⁵ HALLER, s. 185.

²⁵⁶ HALLER, s. 174, 175.

b. Bağlı Şirket

Kural olarak sigorta ettiren şirketin bağlı (yavru) şirketlerinin organ üyeleri de AVB-AVG 1.1 Bent 1. fıkra 2. cümlede yapılan tanım²⁵⁷ kapsamında sigortalanır. Alman hukuku ve benzer yabancı hukuk düzenlerindeki şahıs şirketlerine ilişkin olarak yukarıda ifade edilen sınırlama burada da aynı şekilde geçerli olur. Sigorta himayesi yeni yavru şirketlerde şirketin kurulduğu ya da yeni devralındığına dair ihbardan ve sigortacının yazılı onayından itibaren başlar. Böyle açık bir düzenleme yoksa sigorta himayesi kapsamına alınan bir bağlı şirketin yeniden devralınması Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 23. paragrafı anlamında riski artıran bir durum olarak değerlendirilir. Bu sebeple bir şirketin devir alınması ihbar yükümlülüğünü gerektirir ve sigorta himayesine dahil edilmesi sigortacının onayına tabidir²⁵⁸.

AVB-AVG 1.1 bendinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, bu hususun Alman hukuku bakımından şahıs şirketleri ve yurt dışındaki benzer türdeki şirketler

²⁵⁷ AVB-AVG 1.1 Bent 1. fıkra 2. Cümle:

Yavru şirketler, HGB §§ 290 I, II, 271 I hükümleri anlamında, sigorta ettiren şirkete yönetim ya da kontrol görevini (Leitung oder Kontrolle) doğrudan veya dolaylı olarak tanıyan işletmelerdir. Bu yönetim ve kontrol şu şekilde sağlanır:

- şirket ortakların oy haklarının çoğunluğuyla ya da
- aynı zamanda şirket ortağı (Gesellschafter) olan gözetim, yönetim ya da başka bir idare organının üyelerinin çoğunluğunu atama (bestelen) ya da azletme (abberufen) hakkı yoluyla ya da
- bu şirketle akdedilen hakimiyet sözleşmesi (Beherrschungsvertrag) ya da bu işletmenin ana sözleşme (Satzungsbestimmung) hükmü ile hakim şirket olarak icraatta bulunma (beherrschende Einfluss) hakkı vasıtasıyla.

Paralel bir düzenleme şirketler topluluğuna ilişkin TTK'nın 195-209. maddeleri arasında ihdas edilmiştir.

²⁵⁸ von LANZENAUER, s.1865.

için geçerli olmadığı belirtilerek; yeni alınan ve kurulan yavru şirketler, bu iktisabın ya da kuruluşun sigortacıya ihbar edildiği andan itibaren geçerli olmak üzere, sigortacının yazılı onayı ile sigorta kapsamına dahil edileceği düzenlenmiştir. Böyle açık bir düzenleme yoksa sigorta himayesi kapsamına alınan bir yavru şirketin yeniden devralınması Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nun 23. paragrafı anlamında riski artıran bir durum olarak değerlendirilir. Bu sebeple bir şirketin devir alınması ihbar yükümlülüğünü gerektirir ve sigorta himayesine dahil edilmesi sigortacının onayına tabidir²⁵⁹. Ayrıca, ilgili gözetim ve icra organlarında, esas sözleşmede yer alan şeklen atanmış üyeler AB üye devletleri hukuk düzenlerine göre aynı şekilde sigortalı sayılacaktır.

B. DİĞER İLGİLİLER

Aşağıda yöneticilerin sorumluluk sigortasının akdedilmesi ve ifası sırasında ilgisi bulunan kişiler ele alınacaktır.

1. Sigortalı

Yöneticilerin sorumluluk sigortasında, sigorta himayesinden yararlanan ve esasen sigortalı menfaatin sahibi olan kişiyi ifade eden sigortalı²⁶⁰, sigorta yaptıran şirketteki ve yavru şirketteki yöneticilerdir. Ancak burada başkası lehine sigorta

²⁵⁹ von LANZENAUER, s.1865.

²⁶⁰ Kavram için Bkz. CAN, Sigorta, s .34.

mevcut olsa da, sigorta tazminatı sigortalının kendisine ödenmemekte, aksine kendisinin sorumluluğu dolayısıyla zarar görene ödenmektedir.

D&O sigortası, genel sorumluluk sigortasına nazaran kendi özel konumunu vurgulayan iki esaslı farka sahiptir. İlk olarak, sigorta ettiren şirketin kendisidir, yönetici değildir. İkinci olarak da, sağlanan sigorta himayesi sigortalı yöneticinin malvarlığına koruma bahşederken, primleri ödeyen işletmenin malvarlığına yönelik esasen bir himaye sağlamaz.

Başkası lehine bir sigorta olması nedeniyle yöneticilerin sorumluluk sigortasında; sigortacı, sigorta ettiren ve sigortalı arasında üçlü bir hukuki ilişki vardır. Yöneticilerin sorumluluk sigortasında, başkası lehine sigorta niteliği nedeniyle, 6098 sayılı TBK m. 129 (BBG § 328) anlamında üçüncü kişi yararına bir sözleşme söz konusu olup, sözleşmeye taraf olan kişi (sigorta ettiren şirket) ile sigorta sözleşmesi kapsamında kararlaştırılan edimi alan kişi (sigortalı yönetici) aynı kişi değildir. Almanya’da DVVG reformuyla, başkası lehine sigorta hükümleri bakımından esasa ilişkin bir değişikliğe gidilmemiş; yasanın eski halinde sadece zarar sigortaları için söz konusu olan istisnai hüküm (a.F. DVVG § 74 ff.), artık tüm sigorta türleri için geçerli olacak şekilde (DVVG § 43 ff.) genişletilmesi suretiyle yasanın sistematüğinde değişikliğe gidilmiştir²⁶¹. Türk hukuku bakımından TTK m. 1454’de başkası lehine sigorta kurumu düzenlenmiştir²⁶². Burada, sigortalar konusunda herhangi bir ayırım yapmaksızın, sigorta sözleşmesinin tam üçüncü şahıs lehine sözleşme olarak yapılabileceği hükme bağlanmıştır.

²⁶¹ MEIXNER./STEINBECK, s. 45,46; DEUTSCH, s. 71, 72; SCHIMIKOWSKI, s. 60-62.

²⁶² Hayat sigortaları ile ilgili TTK m. 1490’da ayrı bir düzenlemeye gidilmiştir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, K. : Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi, Ankara 2009, (Hayat Sigortası).

D&O sigortasında sigortalı kişiler, sigorta yaptıran şirketteki ve bağlı şirketteki yöneticiler den oluşan çok geniş bir topluluktur. Anonim şirketlerde, kural olarak yönetim kurulu (ve gözetim kurulu) üyeleri, icra kurulu (Geschäftsführung) üyeleri, fiili yöneticiler (De-facto-Organe) dahil²⁶³ diğer yöneticiler ile bağlı şirketlerde bu pozisyonda bulunan kişiler sigortalı sayılır. Sigorta himayesinin kapsamının özel bir anlaşma ile genişletilmesi de mümkündür²⁶⁴. Kapsam dahilindeki yöneticiler liste halinde de gösterilebilir. Fakat, böyle bir durumda örneğin yanlış bir şekilde şirket içindeki iç denetçinin (interne Revision) organ olarak ifade edilmesi ya da sadece icra kurulu üyelerinin zikredilmesi gibi karışıklığa sebebiyet verecek sakıncaların yaşanması muhtemeldir²⁶⁵.

İsviçre Anonim Şirketler hukuku (Aktienrecht), duruma göre ticari mümessili (Prokurist) de kapsayabilecek tamamıyla ikinci derece yönetim düzeyinde olan, işlevsel bir organ kavramına dayanır. Bununla birlikte, İsviçre Borçlar Kanunu çerçevesinde sadece icra (Executive) organı, yani yönetim kurulu ile işletme

²⁶³ D&O lafızlarının çoğunda, fiili (olgu) organ niteliğindeki yöneticiler genellikle sözleşmelere açık hüküm konulmak suretiyle himaye kapsamına dahil edilirler. Ancak, çoğunluk hissedarları, bankalar yahut harici danışmanlar gibi yönetici olarak muamele edilebilecek kadar güçlü bir etkisi olduğu kabul edilen kimselerin, yani fiili yöneticilerin anonim şirketin yönetim organizasyonunda hizmet ilişkisi çerçevesinde yer almadığı takdirde sigortalı sayılmayacağı ve himayeden yararlanamayacağına ilişkin şartlar poliçelerde bulunmaktadır. Bkz. **BUNDLE**, s. 315; **TEKİL**, s. 130.

²⁶⁴ Danışma kurulu ya da komisyonlar gibi danışmanlık organları üyeleri ilke olarak sigorta himaye kapsamına alınmaz. Tasfiye memurları ve iflas idaresi görevlileri esasen bir tüzel kişiliğin organı değildir. Bkz. **von LANZENAUER**, s.1865. Türk hukukunda aksi görüş için bkz. **TEKİNALP**, s. 108, N. 11-10, 11-11. Somut olaya göre, sigorta teminatından yararlanacak sigortalılar bakımından, sigorta himayesinin kapsamının özel bir anlaşma ile genişletilmesi de mümkündür.

²⁶⁵ **HALLER**, s. 176.

yönetimi sigorta kapsamına alınırken, denetçiler (die Revisionstelle) ayrı bir sigorta kapsamında sigortalanır. Genel kurul ise, sigorta kapsamına alınmaz²⁶⁶.

İsviçre’de poliçe metinlerinde, sadece gerçek kişilerin sigorta himayesinden yararlanacaklarına ilişkin kesin ve açık bir hüküm bulunması gereklidir. Bu zorunluluğun temelinde ise, sigortalıların kimler olacağı sorusuyla ilgili, Federal Mahkemenin şirketler grubu hukukuna ilişkin (zum Konzernrecht) vermiş olduğu yeni bir içtihat yatmaktadır. Söz konusu içtihatta, tüzel kişiler, OR 707 III’ün lafzının aksine fiili organ kişileri olarak görülmüştür²⁶⁷.

Bu bağlamda, Alman hukukuna tekrar bakıldığında, mevcut olan bir ayrıma dikkat çekmek gerekir, aksi halde sigorta genel şartları ve Alman doktrini ya hiç anlaşılmayacak ya da yanlış yorumlanacaktır. Çünkü Alman hukukunda, organ üyesi ve yönetici pozisyonundaki kişiler farklı sorumluluk konseptine tâbidirler. Bu nedenle, AVB-AVG örnek şartları da, şirketlerin yönetici pozisyonundaki elemanlarını kapsamayacak şekilde düzenlenmiştir. Bu şekildeki düzenlemeye, Alman Federal İş Mahkemesi’nin bir kararı²⁶⁸ dayanak teşkil etmektedir. Söz konusu karara göre, işletme faaliyetleri nedeniyle yönetici pozisyonunda bulunanlar için sorumluluk imtiyazı bulunmaktadır. Sorumluluk imtiyazının yönetici pozisyonundaki kişilerin D&O sigortası kapsamına alınmasıyla tehlikeye düşeceğine ilişkin kaygılar mevcuttur. Federal iş mahkemesinin içtihadına göre, işletme faaliyetleri dolayısıyla sorumluluk imtiyazı, çalışan elemanın gönüllü mesleki sorumluluk sigortasıyla

²⁶⁶ HALLER, s. 177, 178.

²⁶⁷ Vgl. Rz. 100 Fn 256. (Karş. BGE 130 III 213, 219 Erw.2.2.2; FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, § 18, Rz.393. Bununla birlikte Alman hukukunda, kişilerin organ üyesi olarak geçerli bir şekilde atanmaları esastır. Organ faaliyetlerinin fiili olarak icrasının ilke olarak yeterli görülmeceğine dair bkz. OLBRİCH, s. 104.

²⁶⁸ Bkz. BAG NJW 1998, s.1810, 1811.

sorgulanır hale gelmemelidir. Yani, söz konusu olmayan bir hukuki sorumluluğu da kapsayacak şekilde sigorta himayesinin yapılmış olması, böyle bir sigortanın varlığına delalet etmez. Kararda savunulan bu görüşten çıkaracağımız sonuç, aynı esasların D&O sigortaları için de geçerli olacağıdır. Uygulamada ticari mümessiller ya da yönetici pozisyonundaki kişiler kısmen sigorta himayesi kapsamına alınırlar. Çalışan elemanların sorumluluğu organsal (organschaftlichen) ilkelere göre sınırlandırılmak suretiyle, da bu kişiler sigorta himayesi kapsamına kısmen alınırlar. Yönetici pozisyonundaki bir çalışanın organ sorumluluğu Alman hukuk düzenine göre söz konusu olamaz. Çünkü yasal organ sorumluluğu, sadece organ üyeleri için bu kişilerin organ sıfatıyla sahip olduğu yükümlülükleri dolayısıyla söz konusudur²⁶⁹.

Yönetici kavramından ne anlaşılması gerektiğine ilişkin Anglo-Sakson ve Kıta Avrupası hukukunda herhangi bir yasal düzenlemeye rastlanılmamıştır. Türk hukukuna baktığımızda, TTK m. 553’de kurucuların, yönetim kurulu üyelerinin, yöneticilerin ve tasfiye memurlarının sorumluluğuna ilişkin düzenleme yapılmıştır. Bu maddeye kaynaklık yapan hüküm ise İsviçre OR 754. maddesidir. Mezkur hükümde, yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye işi ile uğraşan kişiler ifadesine yer verilmiştir. TTK m. 553’ün madde gerekçesine bakıldığında, kaynak hükümde daha geniş bir ifade olan “uğraşanlar” tabirinin kullanılmasının fiili organların da, madde kapsamında değerlendirilmesine yol açtığı belirtilerek, Türk kanun koyucusunun bunu sakıncalı bulduğundan tercih etmediği, yönetici kavramının doktrin ve içtihatlarla yorumlanması yoluna gidildiği ifade edilmiştir. TTK m. 378’de olduğu gibi, nispi zorunlu organlar ve fiili organlar şartları varsa ve

²⁶⁹ von LANZENAUER, s.1866.

somut olayın özelliklerine göre sorumlu tutulabileceklerdir. Doktrinde buna ilişkin bir tanım şöyle ifade edilmiştir²⁷⁰:

“Anonim ortaklık adına karar alıp onu icra eden veya imza yetkisi bulunan, bu suretle ortaklık adına ortaklığın işletme konusunun gerçekleştirilmesi için kendilerine bırakılan görevler çerçevesinde gerekli olan işlemleri yapan genel müdürü, genel müdür yardımcılarını, müdürleri, CEO, genel koordinatör gibi sıfatları taşıyan kişileri ve benzeri yetkilileri ifade eder.”

AVB-AGB 1.1 bent 3. fıkrada hukuk, vergi, ekonomi alanlarında danışmanlık yapan ve ekonomik denetim mensupları, danışmanlık, denetim ve yargısal görevlerini yerine getirdikleri ölçüde sigorta olunamayacağına dair açık bir düzenleme vardır. Bunun arka planı, common law ülkelerinde de egemen (territorial) uygulama alanıdır. Buna göre uzun bir zaman dilimi süresince işletmede denetim faaliyeti gösteren finansal denetçiler (Wirtschaftsprüfer), bu işletmenin yönetici pozisyonundaki çalışanları sayılırlar ve böylece de çalışan elemanların sorumluluk imtiyazına sahip olurlar²⁷¹.

Sigorta himayesi, her bir sigortalı kişiyi adlandırmadan organ üyesi pozisyonuna soyut olarak bağlıdır. Talep ileri sürme ve geçmişte yapılan yükümlülük ihlalleri için AVB-AVG 3.2 bendine göre öngörülen geçmişe etkili²⁷² sorumluluk nedeniyle sigorta himayesi eski organ üyelerini de kapsar. Bazı şartnameler gelecekteki organ üyelerini de kapsar şekilde düzenlenebilmektedir. Sigorta

²⁷⁰ **TEKİNALP**, s. 271, N. 16-58.

²⁷¹ **von LANZENAUER**, s.1866.

²⁷² Geçmişe etkiden kasıt, esasen sigorta olayı olan tazminat talebine, yani sigorta sözleşmesinin başlangıcından önceki taleplere himaye sağlamak amacıyla değil; yükümlülük ihlali bakımından değerlendirilmelidir.

himayesi sadece sigortalıların organ üyeleri olarak yaptıkları faaliyetten dolayı mali sorumluluklarını kapsayacağını²⁷³ tekrar belirtmekte fayda görüyoruz.

Yönetim kurulu üyelerinin hizmet sözleşmesinde bir D&O sigortası akdedilmesi yükümlülüğünün öngörülmesi²⁷⁴ halinde, bu sigorta yaptırılmadığı takdirde, yönetim kurulu üyesi görevini bırakma hakkına sahip olabilmektedir. Ayrıca yöneticinin şirkete karşı sahip olduğu tazminat talebi, sigortanın yaptırılmamasıyla oluşacak zararın miktarı kadardır²⁷⁵.

Şirketin yöneticilerine karşı açacağı davalarla ilgili poliçede özel bir himaye sınırlandırması öngörülmemiş olması, D&O sigortasının başka bir özelliğidir. Şöyle ki, normalde sorumluluk sigortalarında sigorta himayesi kapsamına alınmayan şahsi zararlar söz konusu olmasına rağmen, burada ilke olarak sigorta ettiren sıfatını haiz olarak şirketin, yöneticilerin hatalı bir davranışı sonucunda uğrayacağı zararlar sigorta himayesi kapsamında görülür. Bir diğer özelliği de, şirketin hem sigorta ettiren hem de prim ödeyen olmasına karşın; sigortanın bir önleme yükümlülüğü (Abwehrpflicht) üstlenmesi durumunda, yöneticileri şirkete karşı olan sorumluluk davası sırasında temsil etmesi de D&O sigortasının diğer bir özelliğidir. Eğer şirket iflas durumuna düşmediyse, İsviçre’de²⁷⁶ bu tür davalar uygulamada bu aralar son

²⁷³ **OLBRİCH**, s. 103.

²⁷⁴ D&O-Versicherungsverschaffungsklausel (D&O sigortası sağlama klotu) olarak adlandırılır.

²⁷⁵ **VON LANZENAUER**, s.1866.

²⁷⁶ Dostane olmayan ele geçirmede (übernahme) bir istisna çıkabilir. Bu bağlamda sigorta himayesi, şirketi bir başka şirket aldığı zaman, derhal sona ermez, oraya aktarılır. Eğer, düşmanca bir devirden sonra, yönetim değiştirilirse ve yeni malikler sorumluluk talepleri ile eski yöneticilere karşı harekete geçerse, o ana kadarki sigorta ilişkisinden bir sigorta himayesi sağlanmaz. Devralan şirketin D&O sigortasının sağladığı sigorta himayesi, ancak devrin yapıldığı andan itibaren etkilidir. Böylece de, gönülsüz olarak ayrılan şirket yöneticileri için sigorta himayesinde hassas bir boşluk da doğabilir. Şirket ele geçirmelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **ŞEHİRALİ ÇELİK**,

derece nadir. Buna karşılık, iflas halinde, iflas masası, sorumluluk taleplerinde sigortaya karşı harekete geçmek durumunda kalacaktır.

Bu kısımda, yöneticilerin sorumluluk sigorta sözleşmesine isim veren *Director* ve *Officer* kavramlarından ne anlaşılması gerektiğine bakmak da yarar vardır.

a. Director

D&O kavramı tüm dünyada yerleşmiş olan “Director’s and Officer’s” için kullanılan İngilizce kökenli bir ibaredir. Anglo-Sakson hukuklarında görülen monist sistem²⁷⁷ hem yönetim hem de gözetim işlevini, tek bir kurulun elinde toplamaktadır.

İsviçre’de anonim şirketler hukukunda geçerli olan ihtiyari sistemde de (OR 716 II), esasen aynı şekilde yönetim ve gözetim yetkileri tek bir elde toplanmasına rağmen, Anglo-Sakson kökenli bu kavramların birebir karşılığı bulunmamaktadır. Bununla birlikte, Amerikan hukukundaki “Direktor” kavramının, yönetim kurulu üyesi (members of management) olarak kabul edilmesi mümkündür²⁷⁸.

b. Officer

Officer kavramıyla, neyin ifade edilmek istendiği ve hangi kişilerin bu kapsamda olduğu, Anglo-Sakson hukuk sistemi çerçevesinde bir poliçenin

F. H. : Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, BTHAE, Ankara 2008.

²⁷⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **AKDAĞ GÜNEY**, s. 19 vd. ; **DOĞAN**, s. 23 vd.

²⁷⁸ **BÖCKLİ**, §13, Anm. 938 vd.

düzenlenmediği durumlarda belirsizlik arz etmektedir. Buradaki sorun, *officer* ibaresinin Anglo-Sakson hukuk sistemine özgü bir kavram olması ve Kıta Avrupa'sı sisteminin yürürlükte olduğu ülkelerde karşılığının bilinmiyor olmasıdır. Zaten bu sebeple, çalışma konumuz olan yöneticilerin sorumluluk sigortası, Kıta Avrupası'nda da, *Directors' and Officers' Versicherung* olarak ifade edilmektedir. Gerek içtihat gerekse kanunlar *officer* a ilişkin açık bir tanıma yer vermemektedir. Dahası söz konusu terim, İngiliz ve Amerikan hukukunda bile, tam olarak aynı anlama gelmemektedir. Amerikan hukukunda *officer*, yönetim işlerinin icrasında görevli yöneticidir. Yani şirketin yönetim stratejisinde karar alıcı pozisyonda olan ve yönetim kurulu tarafından atanan kişilerdir²⁷⁹.

Officer kavramı, icra kurulu üyeleri ve yönetici pozisyonundaki personeli kapsar. Bu hususta *officers* Almanca'da çoğunlukla *Direktoren* olarak nitelendirilir. Bu da, Almanya'da uygulanan yönetim kurulu (veya yürütme kurulu/ *managing board*) ve gözetim kurulu (*supervising board*) şeklinde ikili organ ayrımı, yani düalist sistem (*dual-board*) nedeniyle²⁸⁰, yanlış anlamalara yol açabilmektedir. ABD'de geçerli olan tek kurullu yapıdan dolayı icra kurulu üyeleri özellikle de CEO'lar, kurulun bir parçası da olabilir²⁸¹.

2. Broker

Yöneticilerin sorumluluk sigortası piyasaları, sözleşmenin gerek alıcı gerekse satıcı tarafın, yani şirket ve sigortacının, kendi alanlarında oldukça uzman kuruluşlar

²⁷⁹ BUNDLE, s. 315.

²⁸⁰ AKDAĞ-GÜNEY, s. 20 vd. ; DOĞAN, s. 26 vd.

²⁸¹ BÖCKLİ, §13, Anm. 938 vd.

olduğu sofistike piyasalardır. Ayrıca konusunda uzmanlaşmış yöneticilerin sorumluluk sigortası brokerleri, tipik olarak bu sözleşmenin oluşumuna katkı sağlamaktadır²⁸². Bu noktada, yöneticilerin sorumluluk sigortasının kurumsal alıcı olarak şirketler, satıcı olarak sigorta şirketleri ve sigorta brokerleri olmak üzere, birtakım kilit katılımcılarının bulunduğu belirtilmelidir. Yöneticilerin sorumluluk sigortasının alıcıları büyük oranda her piyasada halka açık şirketler olmuştur. Bu tür şirketlerin yöneticilerin sorumluluk sigortasını yaptırmadaki amaçları, kalifiye yöneticilerin istihdamı ve bu yöneticileri şirkette tutabilme çabasıdır. Şirketler yöneticilerinin şahsi malvarlıklarının şirkette kurul üyeliği yahut diğer bir yönetici pozisyonu kabul etmelerinin neticesi olarak risk altında olmadığını bu şekilde gösterme gayreti içerisindeyler. Büyük ölçekli şirketler açısından sigortanın satın alınması mali işlerden sorumlu yöneticiye (treasurer) ya da CFO'ya (chief financial officer) rapor veren yönetici pozisyonu olan “risk yöneticisi (risk manager)” tarafından yürütülecektir. Bununla birlikte, bu sigortaya ilişkin kararlar ve şirketin müstakbel sigortacılara pazarlanması hususunda yardım verilmesi çoğunlukla şirketin hukuk departmanını ve en üst seviyedeki yönetimini ilgilendiren konulardır²⁸³.

Genel olarak hiçbir sigortacı herhangi bir şirket tarafından satın alınan limitin bütünü/koruma sınırını yüklenmek istemez. Bu durum özellikle büyük ve orta ölçekli şirketler tarafından alınan yüksek limitli poliçeler için geçerlidir. ABD

²⁸² D&O sigorta sözleşmelerinin büyük çoğu bir brokerin yardımıyla akdedilmektedir. Broker başvuru sahibinin ajanı olup, başvuru sahibine bildirim yükümlülüklerini ifa etme hususunda yardım etmesi gerekmektedir. broker ın bu yükümlülüğünü ifa etmede başarısız olması durumunda, aksi halde sigortacıdan talep edilecek olan tazminatı sigortalılara ödemekle yükümlü tutulması mümkündür. Bkz. **BUNDLE**, s. 316.

²⁸³ **BAKER/ GRIFFITH**, s. 502.

uygulamasında genel olarak, tek bir sigortacı tarafından sağlanması mümkün olan en geniş limitin 50 milyon dolar olduğu tespitinin yanı sıra, 2005 yılında hiçbir sigorta şirketinin 25 milyon dolardan daha geniş bir poliçe sunmadığını ve poliçelerin çoğunun 10 milyon dolara ya da daha az limitli olduğunu eklemek gerekir. Bu sınırlamaların sonucu olarak şirketler ulaşmak istedikleri kümülatif sigorta tutarını (aggregate amount of insurance) elde edebilmek için birden fazla D&O poliçesi satın almak zorundadırlar. Söz konusu sebeple sigorta paketlerinin “Kuleler (Towers)” içerisinde ortaya çıktığı söylenmektedir. Aynı sigorta poliçesi katmanları, ulaşılmak istenen toplam sigorta koruması tutarını elde edebilmek üzere kümelenmiştir. D&O kulesinin orta katmanı “temel poliçe/primary policy” olarak ifade edilmekte olup, söz konusu poliçeyi sunan sigorta şirketi ise “temel sigortacı/primary insurer” olarak adlandırılmaktadır. Temel sigortacılar poliçe sahibiyle en yakın ilişkiye sahip olan kişilerdir. Çünkü temel sigortacının poliçesi korunan kayba ilk yanıt verendir ve bu sebeple ödeme yükümlülüğüne maruz kalma ihtimali en fazla olandır; bu itibarla temel sigortacı koruma kulesinin daha üst katmanlarında olan sigortacılara göre daha yüksek bir prim talep etmektedir. Temel sigortacı piyasası az sayıda şirket tarafından yönlendirilmekte olup en fazla ön plana çıkanlar AIG ve Chubb’dır²⁸⁴.

Kulede daha üst konumda olan Excess Sigortacıları korunan kayıplardan katman katman esasına (layer by layer basis) göre sorumlu olacaktır. Zira, temelinde yatan her bir poliçenin limitleri kayıp ödemeleriyle tükenmiş olacaktır. Bu tür poliçeler tipik olarak “ takip eden form” esasına dayanılarak satılmaktadır; Böyle bir

²⁸⁴ Bu ikisi 2005 verileri baz alındığında, prim hacmine göre ölçülen toplam ABD piyasasının %53 ünü kontrol etmektedir ve poliçe sayısı olarak da piyasanın toplam %36’sını kontrol etmektedir. Bkz. **BAKER/ GRIFFITH**, s. 504, 505.

adlandırma, bu tür poliçedeki sözleşme hükümlerinin (limitler ve fiyat dışındakilerin) temelde yatan poliçedekiler ile aynı olması dolayısıyla yapılmaktadır. Söz konusu poliçelerin hepsinde temel poliçeye göre kapsanan kayba yanıt verme olasılığı daha düşüktür. Ayrıca, takip eden her bir aşkın sigorta katmanının hemen bunun altında olan sigortaya göre, bir talebe yanıt verme olasılığı da daha düşük seviyededir. Bu nedenle, söz konusu poliçelere ilişkin primler ne kadar düşük ise koruma kulesinde yer alan poliçe daha yüksektir. Anılan sebeple kurumsal bir sigortacının D&O koruması için ödediği toplam prim birbirinden farklı sigorta şirketlerine ödenen birden fazla ayrı prim tutarının toplamı olacaktır. Bir şirketin satın aldığı limitler ne kadar yüksekse koruma kulesini oluşturan şirket sayısının yüksek olması o kadar muhtemel olacaktır²⁸⁵. İşte yukarıda açıklanan koruma kulesini inşa edenler brokerlerdir.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası piyasası genel olarak kurumsal sigorta piyasasında olduğu gibi aracılık yapılan, yani “brokered market” piyasası niteliğindedir. En büyük perakende sigorta brokerleri – Marsh²⁸⁶, AON, Willis ve diğer ulusal ya da büyük bölgesel broker- kurum içi yöneticilerin sorumluluğuna ilişkin uzmanlara sahip iken daha küçük broker şirketleri, bir müşterinin bu sigorta korumasını inşa ederken veya bunun için araştırma yapmak için bir uzman toptancı broker²⁸⁷ kullanabilmektedir. Sigorta brokerliği endüstrisinde yapılan son araştırmalara göre, aracılar için bunların rolü sonucu ortaya çıkan “bilgiye dayanan tekellerden” yarar sağlayabilecekleri fırsatların bulunduğu görülmüştür.

²⁸⁵ **BAKER/ GRIFFITH**, s. 505.

²⁸⁶ Bu brokerin, henüz nispeten yeni bir piyasa olsa da ülkemizde de, yöneticilerin sorumluluk sigortası piyasasında yoğun bir şekilde faaliyet gösterdiği bilinmektedir.

²⁸⁷ Bir brokerin brokeri olarak da ifade edilebilir.

Brokerlerin²⁸⁸D&O sigorta piyasasındaki temel rolünün şu sebeplerle vazgeçilmez görülmektedir²⁸⁹:

- *D&O sigorta poliçelerinin yeknesak olmayan niteliği,*
- *pek çok farklı sigorta şirketine ait poliçelerden bir koruma kulesi inşa etme ihtiyacı,*
- *satıcı ile alıcı arasında bilgiyi nakledebilmek için güvenilir bir aracıya olan ihtiyaç.*

3. Reasürör

Temel katılımcılara ekleyebileceğimiz kişilerden birisi de, öneticilerin sorumluluğunu sigortalayan her sigortacı başvurmasa dahi reasürörlerdir. Reasürörler daha başka bir risk yayma yöntemini efektif olarak sağlamak suretiyle sigorta şirketlerince yüklenilen riski sigorta etmektedirler. Reasürans aynı zamanda, piyasaya yeni giren sigorta şirketlerinin yöneticilerin sorumluluk sigortası piyasasına kolaylıkla ulaşmasını sağlayama rolünün yanında, mevcut kurulmuş sigortacılara ise sundukları yöneticilerin sorumluluk sigortası portföyünü artırılabilmesi fonksiyonu görmektedir. Benzer şekilde bir sigorta şirketi için mevcut müşterilerini elimine etmeksizin yöneticilerin sorumluluk sigortası sunumlarını azaltmalarının en kolay yolu işletmesinin daha geniş bir hissesini reasüre etmektir²⁹⁰.

²⁸⁸ Türk hukuku açısından sigorta brokerinin hukuki niteliği ve sözleşme çerçevesindeki konumu için bkz. **ÖZDAMAR, M.** : “*Sigorta Brokeri ve Hukuki Niteliği*”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, Bülent Yurt Armağanı, s. 548 vd. , (Broker).

²⁸⁹ **BAKER/ GRIFFİTH**, s. 505, 506.

²⁹⁰ **BAKER/ GRIFFİTH**, s. 506.

4. Underwriter

Sigorta endüstrisinde, risk sigortalanabilir olarak kabul edildikten sonra, “underwriting prozess” adı verilen riskin analiz sürecine geçilir. Burada, sigorta şartlarının tespiti, prim miktarının tespiti ile sigorta limitinin belirlenmesi ifade edilir. Bu vazife ile görevlendirilenlere sigorta dilinde “underwriter” denir. Söz konusu tabir, önceleri ve kısmen de günümüzde, imza atan kişinin yapılan anlaşmayı el yazısıyla imzalamasından kaynaklanmaktadır. Bu sebeple bir sigorta anlaşmasının kesin olarak, yapılması riskin belirlenmesi olarak da adlandırılır.

D&O sigortasında bu “underwriter” usulünde ilke olarak sigorta ettiren şirket analiz edilir. Sigortalanacak yöneticilerin analizi ise yapılmaz. Analizde, sigortacıya verilen bilgilere özellikle de doldurulan D&O sigortasına özgü ankete son iki ila üç yıllık bilançolara ve en son yarıyıl ya da çeyrek yıl raporlarına büyük önem atfedilir. Bu analizin ön planında, işletmenin finansal durumu, faaliyetleri, işletmenin coğrafi olarak yayılımı ile yöneticilere karşı davalara yol açabilecek şirket alımları ile borsa girişleri gibi belli durumlar bulunur. Basın haberleri gibi çok önemli olmayan bilgiler bu görüntüyü netleştirilir. Sigortalanacak yöneticilere ait kişisel veriler kural olarak sadece, örneğin, özellikle bilinen riskli sektörlerde (exponierten branchen) ve “yeni kurulmuş (*start-up*)” işletmelerde olduğu gibi özel durumlarda talep edilir. Zaten, az sayıda sigorta şirketi bu tür riskleri sigortalamaya yanaşır²⁹¹.

²⁹¹ FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY, Rz. 256 vd. ; HALLER, s, 153, 154.

C. GRUP SİGORTASI – BİREYSEL SİGORTA AYRIMI

Sigorta ettirenin şirket ya da yöneticinin kendisi olmasına göre, grup sigortası ya da bireysel sigorta tipinde yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşme akdedilebilir.

1. Grup Sigortası

D&O sigortası esasen bir grup sigortasıdır²⁹². Sigortalılar ilke olarak, sigorta ettiren şirket ile bu şirketin bağlı (yavru) şirketlerindeki yönetim pozisyonundaki kişilerin tümüdür²⁹³. Burada tek bir poliçe ile hem hâli hazırda görev yapan hem de geçmişte görev yapmış hem de gelecekteki yönetici pozisyonundaki kişiler sigorta himayesi kapsamında talep hakkına sahiptir. D&O sigortasında, yönetim pozisyonundaki kişilerin hepsi için ortak bir sigorta limiti bulunan toplu bir sigorta söz konusu olduğundan, her bir yönetici için sigorta limitinin diğer hak sahibi kişiler tarafından tüketilmesi tehlikesi göz ardı edilmemelidir.²⁹⁴

²⁹² **FORSTMOSER, P.** : Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Zürich, 1987, s. 328. TTK m. 1496'da düzenlenen grup sigortası, hayat sigortalarını hedef tutarak ve can sigortaları kısmı altında düzenlenmiştir. En az on kişiden oluşma şartı gibi hükmün genel olarak uygulanmasını sınırlayan hükümler içermektedir.

²⁹³ **BÖCKLİ**, § 13, Anm. 875.

²⁹⁴ **HALLER, M.** , s. 253.

2. Bireysel Sigorta

D&O sigortasının henüz Kıta Avrupa'sında yaygınlaşmadığı dönemde 1990'lı yıllara kadar, mesleki sorumluluk sigortası kapsamında anonim şirkette yer alan yöneticilerin, hatta özellikle denetçilerin kendi ad ve hesabına yaptırdığı bireysel sigortalar mevcuttu. Ancak sigorta şirketleri, anonim şirketin yönetim pozisyonunda aktif şekilde yer alan ve dolayısıyla da sorumluluk riski yüksek olan icra kurulu başkanı, Murahhas üye, müdür ve fiili organ niteliğindeki kişilere sigorta himayesi bahşetmemekteydi²⁹⁵.

İsviçre'de de, grup sigortası olan D&O sigortasının yanı sıra, yönetim kurulu üyeleri için bireysel sigorta bulunmaktadır. Bireysel sigortada, sigorta ettiren ile sigortalı aynı kişidir ve prim borçlusu sözleşmenin tarafı olan sigortalının kendisidir. Bununla birlikte sigorta teminatı, aşırı riskli gördükleri icrai yetkiyi haiz yönetim kurulu üyeleri²⁹⁶ için sağlanmamaktadır.. Yönetici kendisine delege edilen yönetim yetkisinin tüm kapsamını bildirmekle yükümlüdür. Bu bağlamda belirtmek gerekirse, sigortacı, yüksek risk taşıyan Murahhası sigorta himayesi kapsamına almayabilmektedir. D&O sigortası ile karşılaştırıldığında dar bir himaye kapsamı bahşedilmektedir. Sigorta bedeli, bir ila beş milyon Frank olan bir tutarda sigorta himayesi sunulur²⁹⁷.

Delege edilen her bir yetki için ayrı prim hesaplandığından, aynı kişi farklı şirketlerin yönetim kurullarında yer aldığı durumlarda, sigorta tekniği açısından

²⁹⁵ **TEKİL**, s. 129, 130.

²⁹⁶ Halbuki, D&O sigortası bilakis, sorumluluk riski yüksek olan bu konumdaki yöneticiler tarafından talep edilmekte ve bugün dahi onlar hedef tutularak göre dizayn edilmektedir.

²⁹⁷ **BÖCKLİ**, § 13, Anm. 872-874; **HALLER**, s. 293.

farklı şirketlerin riskleri bir araya gelmiş olacağından son derece pahalı bir sigorta ile karşılaşılır. Gerçi, görünürde sigortalı açısından bireysel ihtiyaçlarına çözüm bulma gibi bir faydası da vardır. Farklı risklerin bir poliçede bu şekilde yığılması sigortacı açısından da arzu edilen bir durum değildir. D&O sigortasının hızlı bir şekilde yaygınlaşması ile bireysel sigortaya olan talep de azalmıştır²⁹⁸.

ABD’de, bireysel sigorta yaptıran yöneticiler sigorta teminatındaki mevcut boşluğu kapatmak amacıyla D&O sigortası da talep etmektedir. Burada klasik bireysel sigortanın yanı sıra, yeni bir eğilim ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, yöneticiler D&O sigortasında, bu kişilerin her birine şahsen düşen savunma masrafları miktarında özel olarak ayrılmış limitli bir anlaşmayı akdetmektedirler. Bu trend yakın gelecekte, Avrupa’ya da sıçrayacağı tahmin edilmektedir²⁹⁹.

II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNDE HUKUKİ İLİŞKİLER

Tazminat hukukundaki sorumluluk ilişkisi ile sigorta hukukundaki himaye ilişkisi arasındaki farklılık, yöneticilerin sorumluluk sigortasında önem arz eden bir husustur. Bu nokta da ayrılık prensibi (Trennungsprinzip)³⁰⁰ uygulama alanı bulur. Buna ilaveten, yöneticilerin sorumluluk sigortasının başkası lehine sigorta olmasından doğan kendine özgü yapısı da göz ardı edilmemelidir³⁰¹.

²⁹⁸ ZBINDEN, s. 721 vd. ; HALLER, s. 293.

²⁹⁹ HALLER, s. 293.

³⁰⁰ SCHİMİKOWSKI, s. 67, 68.

³⁰¹ SIEG, s. 418.

A. SORUMLULUK İLİŞKİSİ

Sorumluluk konusundan öncelikle anlaşılması gereken, sorumluluğun yöneticilere isnad edilebilmesi olanağıdır. Zira, TTK m. 553 anlamında, yöneticilerin, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal etmelerinden ötürü sorumlu oldukları hüküm altına alınmıştır. Bu suretle, fiillerinin zarar doğuran sonuçlarının kendilerine izafe olunabileceği ve yöneticilerin tazminat borçlusu konumunda bulunabileceği belirtilmiştir³⁰².

Sorumluluk ilişkisinde talep eden ve talebin muhatabı çatışma halindedir. Kural olarak, talebin muhatabı yöneticiyken; talep eden ise, şirketin kendisi (iç sorumluluk durumu) ya da üçüncü bir kişi (dış sorumluluk) olabilir. Bu yönüyle Alman uygulaması, dış sorumluluk vakıalarıyla sınırlı ABD D&O sigortasından kural olarak ayrılmaktadır.

Sorumluluk sistemlerinden tazminat sistemlerine bir gelişme eğilimi, genel olarak gözlemlenmektedir. Sorumluluk ile sigortanın birbirlerine bağımlı olması - dogmatik olarak ayırım prensibi ile uyumlu olarak- prensipte dikkate alınmaz. Bununla birlikte bir ilişkinin varlığı da inkar edilemez, zira kesin bir sorumluluk dayanağıyla, sigortalı bir yöneticiye karşı harekete geçmek daha caziptir. Başlangıçta zikredilen gelişme, artan biçimde objektivitenin sağlanması (örneğin “Business judgment rule” yoluyla) ve D&O sigortalarının artan şekilde yaygınlaşması sayesinde yöneticilerin sorumluluğunda da kendini göstermektedir³⁰³.

³⁰² ÇAMOĞLU, s. 12.

³⁰³ HALLER, s. 180.

B. HİMAYE İLİŞKİSİ

Burada, sigorta ilişkisi ile himaye ilişkisinin kesin çizgilerle birbirinden ayrıldığı düşüncesi öncelikle kabul edilmelidir. Bu ilişki çerçevesinde bir taraftan, sigortalı ve sigortacı karşı karşıyayken, diğer tarafta, bu bağlamda sigortalı yönetici ve sigorta ettiren şirketin mevcudiyeti ayrıca önem arz eder³⁰⁴.

Yöneticilerin sorumluluk sigortasında, kural olarak zarar gören üçüncü kişinin doğrudan sigortacıya karşı, sigorta teminatının ödemesi ya da sigorta himayesinin sağlaması hususlarını talep hakkı yoktur³⁰⁵. Bu husus dış sorumluluk hallerinde zaten açıkça ortadayken, iç sorumluluk hallerinde söz konusu dahi olmamaktadır. Ancak, iç sorumluluk durumuyla ilgili yine de bir istisnadan söz edilebilir. Şöyle ki, sadece şahsi zarar sigortalarının açıkça kabul edildiği hallerde bu durum söz konusu olabilir. *Company Reimbursement* olarak ifade edilen durumlarda, sigorta ettiren ya da sigorta sözleşmesinde yer alan başka bir şirket, sigortalıyı, 3. kişinin tazminat taleplerinden kurtarır. İç sorumluluk hallerinde, D&O sigortasında şirketin kendisi, yöneticiyle olan ilişkisinde sadece sorumluluk hukukundaki talep eden olarak ortaya çıkmaz, bilakis aynı zamanda sigorta hukukundaki sigorta ettirendir. Buna rağmen, şayet bir sigortayı doğuran olay bildirilmişse, iç sorumluluk durumlarında bile talep eden, daha doğrusu sigorta ettiren olarak ikilem içinde

³⁰⁴ SİEG, s. 418.

³⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZTUNA SOPACI, B. : “Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı”, BATİDER, Haziran 2011 , C. XXVII , S. 2 , s. 15 vd.

bulunan şirketin sigortacıya karşı doğrudan ödemeyi talep hakkı olmadığı yönündeki kanaat, bu bakımdan istikrar bulmuş içtihatlarla³⁰⁶ uygundur³⁰⁷.

Alman Hukukunda Sigorta Sözleşmeleri Kanunu reformunun hükümet taslağında, başlangıçta zorunlu mali sorumluluk sigortalarının hepsinde³⁰⁸, doğrudan talep hakkının kabul edilmesi yönünde kapsamı genişletici bir hüküm öngörülmesine rağmen, bu husus Federal Meclis Adalet Komisyonunda kesin olarak ret edilmiştir. Bunun sonucu olarak, sorumluluk sigortasını yapan sigortacıya karşı, zarar görenin doğrudan talep hakkı kural olarak mer'î Sigorta Sözleşmeleri Kanunu'nda da bulunmamaktadır. Bunun istisnaları, Alman Zorunlu Sigorta Kanunu (PflVG) gereği, bir zorunlu sorumluluk sigortası akdedilmesi (örneğin, motorlu taşıt sigortası³⁰⁹), sigorta ettirenin iflası ve sigorta ettirenin ikametgâhının bilinmemesi durumlarına özgülenmiştir³¹⁰. Sigorta Sözleşmeleri Kanunu 115. paragrafta belirlenen bu üç istisnanın dışında, Alman doktrinde, “*özel durum*” olarak ifade edilen, sigorta ettirenin sigortacıya karşı kurtarılmaya talebini kaybetme tehlikesinin varlığı halinde de, zarar görene doğrudan talep hakkı tanınması gerektiği ileri sürülmüştür³¹¹.

³⁰⁶ OLG München v. 15.3.2005 – 25 U 3940/04, VersR 2005, s. 540.

³⁰⁷ **StEG**, s. 418.

³⁰⁸ 6762 sayılı TTK'nın 1310'uncu maddesinde sadece yangın dolayısıyla sorumluluk sigortalarında, doğrudan sigortacıya dava hakkı düzenlenmişti. Bunun yanında özellikle zorunlu sorumluluk sigortalarında doğrudan talep ve dava hakkı, ya Karayolları Trafik Kanununu ve Borçlar Kanunu örneklerinde olduğu gibi kanunlarla ya da genel şartlarla kabul edilmekteydi. 6102 sayılı TTK'da ise 1478. madde hükmüyle sorumluluk sigortalarının tamamında, zarar görenin doğrudan sigortacıya başvurabileceği hususunu düzenlenmiştir.

³⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **KÄRGER, J. H.** : Kfz-Versicherungrecht (PflVG, AKB 2008, KfzPflVV), in: Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, Hrsg. SCHWINTOWSKI, H-P./BRÖMMELMEYER, C. , Münster 2008, s. 1998 vd.

³¹⁰ **ÖZTUNA SOPACI**, s. 34-36.

³¹¹ **PRÖLLS/MARTİN/VOIT**, § 156, Rdnr. 1.

D&O sigortası bir tür zorunlu mali sorumluluk sigortası olmadığı için, Sigorta Sözleşmeleri Kanunu 117. paragraf kapsamına göre, “*sigortacı, sigorta ettirene karşı ifa yükümlülüğünden kurtulmuş olsa dahi, zarar görenin, zorunlu sigorta miktarına kadar talepte bulunabilme*” ayrıcalığı, burada uygulanmayacaktır³¹².

Türk hukukunda doğrudan talep hakkı, 6102 sayılı TTK’nın “*Genel Hükümler*” kısmında 1478. maddede düzenlenmiştir. Buna göre TTK’nın mezkur hükmü, hem zorunlu hem isteğe bağlı sorumluluk sigortalarının hepsi için, zarar gören kişinin sigortacıya karşı doğrudan talepte bulunma imkânını getirmiştir. Ancak kanun koyucu, doğrudan talep hakkı karşısında sigortacının ifa yükümlülüğünü düzenleyen hükmü, tutarsız bir şekilde “*Zorunlu Sigortalar*” kısmında, TTK m. 1484’de düzenleyerek zarar görenin lehine olan bu imkanı sadece zorunlu sigortalar için tanımıştır. Böylece, isteğe bağlı sorumluluk sigortasında TTK m. 1478 hükmü uyarınca sigortacı, sigorta ettirene karşı ifa borcunun sona erdiği hususunu, doğrudan talepte bulunan zarar görene karşı da ileri sürebilecektir. Buna karşılık zarar gören ise, TTK m. 1484’deki her durumda *zorunlu sigorta miktarına kadar talepte bulunabilme* imkanından yararlanamayacaktır³¹³.

O halde, bir tür isteğe bağlı sorumluluk sigortası olan yöneticilerin sorumluluk sigortasında, TTK’nın m. 1478. hükmü gereği, aksi kararlaştırılmadığı sürece, zarar görenin sigortacıya karşı doğrudan talepte bulunma hakkı vardır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, TTK m. 1473’de ise, sorumluluk sigortalarında sözleşmede aksine hüküm yoksa zararı doğuran eylemin (sebepl olayı) gerçekleştiği tarihte rizikonun doğacağı hükme bağlanmıştır. Doğrudan talep hakkını

³¹² SİEG, s. 419.

³¹³ ÖZTUNA SOPACI, s, 28, 29.

sağlayan TTK m. 1478 hükmünün, genel sorumluluk sigortasındaki sebep olayı ile riskin doğacağı prensibini esas alan bir düzenlemedir. Yöneticilerin sorumluluk sigortasında ise, kural olarak sigortalıya karşı tazminat talebinin ileri sürülmesiyle birlikte rizikonun doğmuş olduğu kabul edilir. O halde, yöneticilerin sorumluluk sigortasında, öncelikle zarar gören yükümlülük ihlaline dayanan tazminat talebini kural olarak sigortalı konumunda olan yöneticiye karşı ileri sürecek ki, Claims Made ilkesine göre risk doğmuş olsun. Yoksa risk gerçekleşmeden yani sorumluluk hukuku kapsamında sigortalıya talepte bulunulmadan; zarar görenin, sigortanın sağladığı himaye kapsamında doğrudan sigortacıya bir talepte bulunması düşünülemez.

C. AYRIM PRENSİBİ

Ayrım prensibi, sorumluluğun esasının ne olduğu sorunu ile sorumluluğun himayesi sorunlarının, sorumluluk sigortası vasıtasıyla ayrılması gerektiği anlamına gelir. Sorumluluk sigortasının genel ilkelerinin söz konusu olduğu bu alanda, sigorta himayesi ile sorumluluk her zaman ayrı bir şekilde değerlendirilmelidir. Burada ilke olarak şu dört olasılık gündeme gelebilir: Sorumluluk ve sigorta himayesinin her ikisinin de mevcut olmaması; mevcut sigorta himayesine rağmen sorumluluğun olmaması; mevcut sigorta himayesinde sorumluluğun kabulü; ilgili sigorta himayesi olmadan sorumluluğun söz konusu olması³¹⁴.

Tüm bu hallerde, hukuki himaye işlevinden (ya da salt yargılama masraflarını üstlenmesinden) dolayı sigortacının sorumluluk sigortası kapsamındaki edimlerini ifa

³¹⁴ HALLER, s. 178.

zorunluluğu söz konusu olabilir. Bu noktada, sigortacının ileri sürülen tazminat taleplerinin usulüne uygun biçimde savuşturulmasını (Abwehr) üstlenmesinden, ne herhangi bir sorumluluğun ne de bir sigorta himayesinin var olduğu sonucu çıkarılabilir. Ayrıca, yıllar süren yargılama sonrasında, somut olayda sigorta himayesinin koşullarının bulunmadığı ve sigortacının ödemiş olduğu bedellerin iadesini talep etmeye çalışacağı bir durum dahi ortaya çıkabilir³¹⁵.

Şu halde, sigorta şirketleri ile sigortalıların menfaatleri her zaman örtüşmez. Yöneticilerin sorumluluğunda kimi zaman sigortalı yöneticiler nezdinde sigortacıları tarafından ihanete uğradığı hissi uyanır, çünkü sigorta bir uzlaşmaya onay vermiştir; buna karşın yöneticiler, sorumluluk şartlarının oluşmadığından emindirler. Daha açık bir ifade ile, sorumluluğunun bilincinde olan bir yönetim kuruluna, özen yükümlülüğünü³¹⁶ ihlal ettiği isnadı ya da bir suçlama yapıldığı durumlarda bu tür bir uzlaşmanın söz konusu olması, şeklen bir suç işlendiğinin itirafı olmasa bile, yönetim kuruluna onurunun lekeliğini hissettirir ve itibarsız bir taviz olarak algılanır. Böyle bir uzlaşmaya varılması sigortacı açısından, sorumluluk meselesinin kesin olarak aydınlığa kavuşturulmasından vazgeçildiği ve aynı zamanda da - sorumluluktan doğan bu davanın sonucuna ve burada ileri sürülen kanıtlara dayanarak - sigorta himayesini reddetme imkanından da feragat edildiği sonucunu doğurur³¹⁷.

Bu da, zarara uğrayan kişiler için, bir uzlaşmaya varmaya yönelik güçlü bir motivasyondur. Şayet kanıtların ortaya konulmasıyla ortaya çıkan sonuç, sigortanın

³¹⁵ HALLER, s. 178.

³¹⁶ TTK m. 369 gereği, yönetim kurulu üyeleri ve yönetimle görevli üçüncü kişiler (yöneticiler), görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.

³¹⁷ HALLER, s. 179.

sigorta himayesini reddetmesine yol açarsa, sorumluluğa ilişkin yıllarca süren davalardan sonra bu davayı kazanmak - somut malvarlığı olmayan yönetim kurullarında - yönetim kurulu üyelerinin bir işlerine yaramaz. Bu menfaat durumu da, çoğu yöneticilerin sorumluluğu ile ilgili davanın er yada geç bir uzlaşma ile sonuçlanmasına katkı sağlar³¹⁸.

D. SİGORTA İLİŞKİSİ - BAŞKASI LEHİNE SİGORTA

Sigorta himayesinin söz konusu olabilmesi için, somut hadiseyi ve zarar veren kişileri kapsayan geçerli bir sigorta sözleşmesi mevcut olmalıdır. Ayrıca sigorta sözleşmesini ilgilendiren ifa bozukluklarının (usulüne uygun olmayan ifa, ifa engelleri) söz konusu olmaması gerekmektedir.³¹⁹

D&O sigortası genel kabul gördüğü üzere, TTK m. 1454 (Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu paragraf 43 vd. ile İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu paragraf 16 ve VE-VVG 4) anlamında başkası lehine sigortadır³²⁰. Sigortacının sözleşme tarafı sigorta ettiren şirketin kendisiyken; sözleşme yararına yapılan menfaatin sahibi olan kişi, yani sigortalı ise bu şirketin yöneticisidir³²¹. Sigortalı, sözleşmenin tarafı olmadığından sigortacıyla bu anlamda karşı karşıya değildir. Sigortalı sigorta sözleşmesinde kural olarak ismen de anılmayacaktır. Dolayısıyla bu tür durumlarda kimin olacaksa onun hesabına sigortadan söz edilecektir (TTK m.

³¹⁸ HALLER, s. 179.

³¹⁹ HALLER, s. 179.

³²⁰ DVVG'deki ifade başkası hesabına sigorta şeklindedir.

³²¹ MUSCHNER, J. : in: Versicherungsvertragsgesetz, Hrsg. RÜFFER, W./SCHMİKOWSKI, P., 1. Aufl., Baden-Baden 2009, s. 383, 484. Burada yönetici organ üyeleri ya da gerekirse de sigorta ettiren ve yavru şirketinin yönetici kadroları olarak anlaşılabilir.

1454 III).³²². Hatta, sigortalı, sigorta sözleşmesinin akdedilmesi hususunda bilgi sahibi dahi olmayabilir. TTK m. 1454 (DVVG 44 Abs.1 Satz 1)’e göre, sigorta sözleşmesinden doğan haklar sigortalıya aittir. Alman hukuku uygulamasında, sigorta sözleşmesinden doğan hakların sigortalıya ait olduğunu düzenleyen mezkur hüküm sıklıkla değişikliğe uğrar. Böylece sigorta ettiren, sigortalının sigorta sözleşmesinden doğan hakları üzerinde kendi adına tasarruf edebilir (DVVG 45 Abs 1. im eigenen Namen verfügen). Böylece sigorta ettiren, sözleşmeyi sona erdirmeye ya da sözleşme içeriğini değiştirmeye kadar olan sözleşmeyle ilgili bütün hakları kullanır. Sigorta ilişkisinden doğan edimlerin tükenmesine oranla, sigortacıyla anlaşılan sigorta ettirenin yetkisi bunu da içerecektir³²³. Türk hukukundaki uygulamaya bakıldığında, TTK’nın “*koruyucu hükümler*”i düzenleyen 1486. maddesinde sıralanan hükümler arasında TTK m. 1454 I bulunmamaktadır. Dolayısıyla, mezkur hükmün aksi kararlaştırılarak, sigortalıya ait olan haklar Türk hukukunda da sigorta ettiren tarafından kullanılması yolu açılabilir.

Başkası lehine sigorta kavramını dar bir çerçevede düşünerek, sözleşmenin yapılmasındaki menfaatin, sadece - sigortalı sıfatıyla - yöneticilerin doğrudan sigortanın muhatabı olma durumuna indirgeyip; bu sigortanın, şirketin kendi menfaatine de yapıldığı hususunu göz ardı etme yanılıgısına düşülmemelidir³²⁴. Yöneticilerin sorumluluk sigortasının akdedilmesinin, sigortalının yanında şirketin

³²² Kural olarak, sigorta ettiren şirkette yönetici sıfatına sahip gruba kimler dâhil oluyorsa onlar yararına, yani sigortalının kimliği gösterilmeden akdedilen bir sigorta söz konusudur. Bu tip sigorta hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ŞENOCAK, K. : “*Kimin Olacaksa Onun Hesabına Sigorta*”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2001 vd, (Armağan).

³²³ SIEG, s. 419.

³²⁴ MÖHRLE, s.171.; ULMER, s. 451, 471.

de menfaatine olma durumu³²⁵ iç sorumlulukta açıkça ortaya çıkar. Şöyle ki, iç sorumluluk durumlarında sigorta, şirket malvarlığını korur. Çünkü zararın organ üyesinin şahsi malvarlığından tam olarak tazmin edilmesi, doğal olarak ödeme gücünü aşacağından, şirketin tazminat talebinin tam olarak karşılanmama ve dolayısıyla da hissedarlar ile şirket alacaklılarının menfaatlerine hanel getirme olasılığı çok yüksektir³²⁶. Dış sorumluluk durumlarında da sigorta himayesi şirketin menfaatinedir, zira zarara uğrayan üçüncü kişi kural olarak doğrudan sorumlu olan yöneticiye yönelecektir³²⁷ ya da “company reimbursement coverage” (Gesellschaftserstattungsdeckung) klotunun varlığı halinde³²⁸ sigorta himayesi organ üyesinin anonim şirkete karşı yönelttiği tazminat talebini de kapsayacaktır³²⁹. Bunun yanında, himaye kapsamına sıklıkla “entity coverage” olarak ifade edilen, yöneticinin faaliyeti nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişilerin doğrudan sorumlu olarak anonim şirkete karşı talep ileri sürme riskini de sigortalaması, işletmenin D&O sigortası yaptırmadaki diğer bir menfaattir³³⁰. Alman hukukunda, Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nda 2008 yılında yapılan yeni düzenleme ile getirilen talebin sigortadan şirket üzerine temlik edilmesi (abtretung) imkanı da bunu desteklemektedir³³¹. Sonuç olarak böylece, şirkete sigortacıya doğrudan başvurusu imkânı sağlanmaktadır. Ayrıca, şirket bir D&O sigortası yaptırarak, kişisel sorumluluk

³²⁵ Zarar sigortalarının başkası yararına yapıldığı hallerde, sigorta ettirenin de çoğu zaman bu işlemde bir menfaati olmaktadır. CAN, Sigorta, s. 36.

³²⁶ PAMMLER, : s.112.

³²⁷ MÖRHLE, s. 172.

³²⁸ Almanya’da Firmen Enthaltungsversicherung olarak adlandırılan, ABD’de sıklıkla yapılan D&O sigortalarından Clause II tipi sözleşme doğrudan buna ilişkindir. 6102 syl. TTK m. 361’deki hükmün de buna yönelik olduğu görüşü için bkz. KERVANKIRAN, s. 269.

³²⁹ OLBRİCH, s. 138 vd.

³³⁰ DREHER/THOMAS, ZGR 2009, s. 31.

³³¹ Bkz. ilerde §11, I, B

riskinin azaltılması neticesinde, işletmenin faaliyetlerinde göstereceği serbestliğin güvence altına alınması; nitelikli yönetici personelin eğitilmesi ve kural olarak acze düşme riskini de düşürdüğünden kredibilitesini artırma hususlarında menfaati vardır³³².

Burada, üçüncü kişi yararına bir sözleşme söz konusu olmasının istisnalarını şu şekilde sıralayabiliriz:

- (1) Bir taraftan nadiren de olsa akdedilen bireysel sigortalar,
- (2) Doğrudan yönetici kişileri (organperson) sigortalayan avukatların bireysel mesleki sorumluluk poliçelerinin özel olarak genişletilmesi,
- (3) Tüzel kişi olarak sorumlu tutulan ve böylece de aynı şekilde doğrudan sigorta himayesine sahip olan bağımsız denetim şirketleri için yapılan sigorta himayeleri.

§ 9. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA RİZİKONUN GERÇEKLEŞTİĞİ AN (SİGORTA OLAYI)

Bu paragrafta sigorta olayı olarak adlandırılan rizikonun, yöneticilerin sorumluluk sigortasındaki durumu ve özellik arz ettiği hususlar ele alınacaktır.

I. GENEL OLARAK

Sigorta olayı esasen, korkulan hadisenin gerçekleşmesi ya da diğer bir ifadeyle sigortacının edim yükümlülüğünü ifa etmesi sonucunu doğuracak olayın

³³² SEİBT/SAAME, s. 906.

sigorta himayesinin devam ettiği süre zarfında gerçekleşmesi anlamına gelir. TTK m. 1473’de sorumluluk sigortalarında sigortacının sorumluluğu, sözleşme süresi içinde sigortalının sorumluluğunu gerektirecek olaylara (sebeup olayına) istinat edilmiştir. Böylece, sigortacının sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için zararın sözleşme süresinden daha sonra doğması ya da talep edilmesi önem arz etmeyecektir. Bununla birlikte, madde hükmü, emredici nitelikte olmadığı için, taraflar sorumluluk sigortası türlerine göre sigorta olayını farklı şekillerde belirleyebileceklerdir³³³.

Diğer bazı sorumluluk (sigorta) dallarının aksine³³⁴, yöneticilerin sorumluluk sigortası (Organhaftpflichtversicherung) alanında, sigortayı doğuran olayın tetikleyicisi olarak, tüm dünyada talebin ileri sürülmesi prensibinin (Anspruchserhebungs-Prinzip)³³⁵ geçerli olduğu kabul edilmektedir³³⁶. Buna göre, poliçedeki riskin gerçekleşmesi için ne yükümlülük ihlalinin yapıldığı an ne de zararın gerçekleşmesi ölçüttür³³⁷. AVB-AVG ikinci bendine göre, zarar gören

³³³ 6102 sayılı TTK madde gerekçeleri.

³³⁴ Örneğin genel sorumluluk sigortasında zararın vukuu; avukatın mesleki sorumluluğunda hukuka aykırılık; mimarın mesleki sorumluluğunda projedeki hata; ürün sorumluluğunda ürünün piyasaya sürülmesi ya da çevre sorumluluk sigortasında zararın tespit edilmesi sigorta olayı tetikleyicisi olarak kabul edilir. Bkz. **MEIXNER/ STEINBECK**, s. 146.

³³⁵ Bu kavramın İngilizcesi “claims-made-trigger” olarak ifade edilmektedir **PAOLINI/ NAMBISAN**, s. 3; **LANGE, O.** : Der Versicherungsfall der D&O-Versicherung, r+s 2006, 177 vd; **THÜMMEL**, s. 214 vd.

³³⁶ **HALLER**, s. 224; **SCHMITT**, s. 121; ; **PAOLINI/ NAMBISAN**, s. 4; Hatta, D&O sigortasının karakteristik özelliği, talebin ileri sürülmesi prensibi ile sigorta olayının belirlenmesidir. Bkz. **SIEG**, s. 421.

³³⁷ Burada ifade edilenler sebep olayı ve zarar olayı prensipleridir. Bkz. **ŞENOCAK**, Mesleki Sorumluluk, s. 79 vd.; **HALLER**, s. 225:

- *İhlal ya da sebep olayı prensibi (das Verstoss- oder Verursachungsprinzip; act committed)*, zararların, zarar yol açıldığı anda mevcut olan poliçeye istinat edilmesini ifade eder. Doğan zararların, poliçe süresi dolduktan sonra dahi ortaya çıkarılması mümkün olduğundan, tazminat

kişilerin şirketin yöneticisine karşı, sigorta sözleşmesi müddetince, taleplerini ilk kez ileri sürdükleri an önem arz eder ve “sigorta olayı” olarak nitelendirilir.

Gerek Anglo Amerikan gerekse Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, D&O poliçelerinin neredeyse tamamının, istisnasız şekilde sadece talebin ileri sürülmesi ilkesi temelinde sunulmasının sebebi, yöneticilerin sorumluluk riskinin yapısıyla doğrudan bağlantılıdır. Sigortanın özü, sigortalanan riskin gerçekleştiği grup içerisindeki kişilere, ortaya çıkan zararın tazminine yönelik sigorta ettirenlerin prim ödemeleri ile sağlanan kaynakların tahsisinde yatar. Esas olarak burada, sigorta ettirenlerin tamamından elde edilen rezervin, tazminat talebine maruz kalanlara dağıtılması söz konusudur. Hali hazırda, zarar beklentisinin öngörülmesi ve buna göre de gerekli prim oranlarını belirlemek doğal olarak zordur. Zira, burada zarar beklentisi gelecekteki vuku bulacak belirsiz hadiselerden kaynaklanacaktır. Zarar beklentisi, yani zararın ne şekilde oluşacağı, trafik sigortası ya da mesleki sorumluluk sigortası gibi yerleşmiş sektörlerde onlarca yıllık tecrübeye binaen gelecekteki gelişmeler için öngörülebilirken, aynı şeyi yöneticilerin sorumluluk sigortası açısından söylemek oldukça zordur. Söz konusu sigorta türünde, riskin tazmini için mutlaka gerekli olan sigorta ettirenlerin sayısı o kadar azdır ki, istatistik

talebi zaman aşımına uğrayıncaya kadar, sigortacının ilave (long tail) sorumluluk durumu ortaya çıkar. Bu ilave sorumluluk sigortacının, iptal edilmiş poliçeler için de, yıllar hatta on yıllar süresince ödeme yapmak tehlikesi ile karşı karşıya kalmasına yol açar.

- *Zarar olayı teorisi (die Manifestationstheorie; occurrence)*, zararların, zarara yol açan hadisenin, dolayısıyla da bir zararın ilk emarelerinin olduğu andaki poliçeye istinat edileceğini ifade eder. Burada salt olarak zarara yol açan hadisenin görülmesinin yeterli olup olmayacağı ya da açık bir zararın gerekli olup olmayacağı konusu tartışmalıdır. Farklı zarar olayı teorileri, uzun bir zaman dilimi boyunca geçerli olabileceğinden, burada da bir ilave sorumluluk riski mevcuttur.

dahi yapılamaz³³⁸. Sorumluluğun ortaya çıkması içtihatlardan³³⁹ ve sürekli değişen hukuki çerçeve koşullarından³⁴⁰ dolayı sadece anlık bir done olarak kullanılabilir³⁴¹.

Sigortacının sigorta tekniğine göre bir edim taahhüdünde bulunması, ancak zorunlu olarak geleceğe yöneliktir ve bu nedenle de sürekli bir değişime tabidir. Sigorta sektörü, hesaplanamayacak olan hususları en azından adım adım kontrol altına almak ve bu şekilde de D&O riskinin sigortalanabilirliğine zemin hazırlamak için, bazı kısıtlamalar yapmak zorundadır. İlk akla gelen kısıtlama, değişen çerçeve koşulları altında, edim vaadinin nasıl ayakta tutulabileceğini her yıl yeniden belirleyebilmek için poliçenin geçerlilik süresinin ilke olarak bir yıl ile sınırlı olmasıdır. Netice itibariyle işletmenin finansal durumu bir yıl içinde temelden değişebilir. Birleşmeler (Fusionen), başka şirketi devir almalar (Akquisition)³⁴², ya da borsaya girişler yeniden değerlendirilmelidir. Kanunlarda yapılacak güncel değişiklikler³⁴³ ya da mahkemelerin ilke kararları da riskin yeni bir görünümle ortaya çıkmasına sebebiyet verebilir ve daha uzun bir bağlamda da hesaplanamaz hale getirebilir. Sonuçta bu hesaplanamayan durumları bertaraf etmek için, sigortacılık

³³⁸ Halbuki riski üstlenmenin temelinde, esas olarak büyük sayılar yasasına dayanan hesap yatar.

³³⁹ Bu konuda dikkat çeken içtihatlar: Z.B. ARAG/ Garmenbeck-Entscheidung des BGH, BGHZ 135, 244 VD, NJW 1997, 1926 VD; Infomatec-Entscheidung des OLG München, NJW 2002, 144 vd.

³⁴⁰ Başlıca yasal düzenlemeler: Corporate Governance (2010), Transparenz und Publizitätsgesetz (TransPubG 2002), Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTrag 1998), Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG 2005).

³⁴¹ SCHMİTT, s. 121,122.

³⁴² Burada “*Merger*” den farklı olarak devir alınan şirketin varlığı korunmaktadır.

³⁴³ Buna iyi bir örnek olarak, 5.8.2009 tarihinde Yönetim Kurulu Ücretlerinin Uygunluğuna İlişkin Kanunun (VorstAG) yürürlüğe girmesi gösterilebilir.

sektörü, D&O sigortası koşulları düzenlenirken, rizikonun gerçekleşeceği an olarak talebin ileri sürme prensibini (Claims-Made-Prinzip) kabul etmiştir³⁴⁴.

II. TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ İLKESİ

Bu kısımda, yöneticilerin sorumluluk sigortasında, sigortalanan rizikonun gerçekleştiği; dolayısıyla, sigortacının sigortalı yöneticiyi, ileri sürülen tazminat taleplerinden kurtarma yükümlülüğünün doğduğu anın, yani sigorta olayının tespitinde esas alınan³⁴⁵ “*talebin ileri sürülmesi ilkesi (anspruchserhebungstheorie; claims made prinzip)*” incelenecektir.

A. GENEL KURAL

Bu prensip gereği sigortayı doğuran olay, sorumluluk talebinin bağlayıcı olarak ilk ileri sürüldüğü anda mevcut olan poliçeye istinat edilecektir. Sebep olayı ve zarar olayı prensiplerinin aksine, burada talebin ileri sürülmesi esas alındığı için yükümlülüğü ihlal eden fiilin ve zararın gerçekleşme anı önem arz etmez³⁴⁶. Bu

³⁴⁴ SCMITT, s. 122, 123.

³⁴⁵ Bu durum, Fransa’da farklı olup, belirtilen hukuk sisteminde temyiz mahkemesi, talep esaslı poliçelerin hukuka aykırı olduğuna kara vermiştir. Mamafih uygulamada Fransız sigortacıları, talep odaklı poliçeler sunmaya devam etmektedir. Bkz. BANDLE, s. 319.

³⁴⁶ Ancak Alman ve Fransız günümüz uygulamasında, talebin ileri sürülmesi odaklı sorumluluk sigortası poliçelerinde, hem sebep ve zarar olayının hem de mağdurun tazminat talebinin sigorta müddeti zarfında gerçekleşmiş olması durumunda himaye sağlanmaktadır. Bu tür sözleşmelerde,

nedenle talebin ileri sürülmesi ilkesine göre, hukuki sorumluluk vuku bulması bakımından sigorta sözleşmesinin akdedilmesinden önceki dönemle de ilgili konularda himaye söz konusu olabilir. Yani, talep odaklı sigorta türünde sigortacı, sigortalıya sigortanın yürürlükte olduğu süre içerisinde, sigortalı aleyhine ileri sürülen her talebe karşı, talebe yol açan olay yıllar önce gerçekleşmiş olsa dahi, himaye bahşetmek durumundadır. Talebin sözleşme kurulmadan önce meydana gelmiş olan bir davranış veya zararla ilgili olabilmesi hususu³⁴⁷, İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu 9. paragrafta düzenlenen geçmişe etki yasağını da ihlal etmez. Çünkü bu prensibin geçerli olduğu durumlarda, sigorta olayını oluşturan talepler için geçmişe etkili bir himaye söz konusu değildir. Geçmiş zaten bilindiği ve analiz edilebileceği için, sigortacılar malvarlığı zararı sorumluluk sigortaları için, talebin ileri sürülmesi ilkesine göre sorumluluğun himaye kapsamına alınmasını diğer ilkelere nazaran tercih ederler. Söz konusu prensipte, kural olarak geleceğe etkili himayenin olmaması, yükümlülük ihlalinin kaynaklanan sorumluluğun zamanaşımı süresi müddetince yöneticilerin kaygılanmalarına neden olur³⁴⁸.

Risk altındaki sigortacı, talebe yol açan olayın hangi anda gerçekleştiğine bağlı olmaksızın, talebin usulüne uygun şekilde ihbar edildiği kişidir. Dogmatik açıdan poliçe anlamında bir talep ileri sürülmesinden söz edilebilmesi için talebin

ancak sigorta süresi içerisinde ileri sürülmekle birlikte sigorta sözleşmesinden evvel gerçekleşen sebep ve zarar olaylarına istinat edilen taleplere de himaye bahşedilebilir, meğer ki sigorta ettirenin sigorta sözleşmesi akdedilirken sorumluluğu doğuran davranışın gerçekleşmiş olduğundan haberi olsun (bilinmeyen geçmiş üstlenme klozu). Bu nedenle de, geçmişe etki klozu Alman ve Fransız uygulamasında ayrı önemi haizdir. Bkz. **ŞENOCAK**, Mesleki Sorumluluk, s. 105, 106 ve dn.146.

³⁴⁷ **ÜNAN**, s. 31. Bu sigorta türünde sigortacı, sigortalıyı sigortanın yürürlükte olduğu süre içerisinde sigortalı aleyhine ileri sürülen her talebe karşı, talebe yol açan olay yıllar önce gerçekleşmiş olsa dahi, muafiyet tanımak durumundadır. Bkz. **PAOLINI/NAMBISAN**, s. 4.

³⁴⁸ **HALLER**, s.225, 226.

sözleşme süresince hangi şekilde ileri sürülmesi gerektiği açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu durumda, sözlü bir talebin ileri sürülmesi yeterli görülecek midir, yoksa yazılı olması mı gerekecektir soruları her bir poliçe hükmünün yorumlanması³⁴⁹ ile cevaplandırılır³⁵⁰. Bu bağlamda hemen belirtmek gerekir ki, D&O sigortalarında genel olarak talebin yazılı şekilde ileri sürülmesi sigorta şartlarında her zaman kararlaştırılan bir esastır. Yazılı şekil şartı sigortalı ile sigortacı arasındaki ilişkide hukuk güvenliği açısından kural olarak son derece karmaşık dava konularında bir ayırım yapılmasına ve ispata yönelik hizmet eder. Aksi takdirde sigortalılar sigortaya neden olan olayın gerçekleştiği anı istedikleri şekilde, uygun bir zamana yerleştirmek için manipüle edebilirler³⁵¹.

Sözleşme süresi, AVB-AVG 3.5 bendine göre, sigorta poliçesinde zikredilen, açıkça uzatılan zaman dilimine tekabül eder. Belirli bir sigorta periyoduna tasnif edilmesi için mali sorumluluk talebinin ilk kez ileri sürülmesi esas alınır. Bundan da, sigortalı kişilerin aynı mali sorumluluk talebinden dolayı daha sonra yeniden bir

³⁴⁹ “Tazminat talebi bunu içeren yazının veya dava dilekçesinin sigorta ettirene(sigortalıya) ilk olarak ulaştığı anda ileri sürülmüş sayılır” şeklinde sigorta genel şartlarında hükümler mevcuttur. Bkz. ÜNAN, s. 31, dn. 89.

³⁵⁰ HALLER, s.226.

³⁵¹ Sigortalıya karşı bir yazılı talep ileri sürülmüş ya da üçüncü bir şahıs sigortalıya karşı bir talebi olduğunu, sigorta ettiren şirkete ya da yavru şirkete yahut sigortalıya yazılı olarak bildirirse, bu sözleşme bağlamında hukuki sorumluluk talebi ileri sürülmüş anlamına gelir. Bkz. von LANZENAUER, s. 1870. Ancak, Zürih sigortasının D&O ilgili sigorta genel şartlarının (AVB ZCH-D&O-08-2010) 1.3 bendine göre, şirketin ya da sigortalı yöneticinin diğer bir sigortalı yöneticiye yönelteceği taleplerin yani iç taleplerin mahkeme kanalıyla ileri sürülmesi öngörülmüştür, http://www.zurich.ch/internet/zurich-ch/SiteCollectionDocuments/site/de/AVB_Organhaftpflicht_d_low.pdf, (çevrimiçi 21.10.2011).

taleple karşılaşmaları yeni bir sigorta olayı olarak değerlendirilmeyeceği sonucu çıkar³⁵².

Sigorta ettiren Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu 104. paragrafa göre, üçüncü kişi tarafından talebin ileri sürülmesini takiben 1 hafta içerisinde, keyfiyeti sigortacıya bildirmekle yükümlüdür³⁵³. VVG § 104, talebin ileri sürülmesi için ciddi bir alacağın olmasını şart koşar. Bu da, ciddi/gerçekçi mahiyette kabul edilebilecek taleplerin bildirilmesi durumunda söz konusu olur. Burada talebin uygulanabilirliği ya da maddi açıdan haklılığı önem arz etmemektedir. Ancak, başka olgulara ya da zarar tespitlerine ilişkin taleplerin alelade bir şekilde bildirilmesi yeterli olmaz. Özellikle, savunma hukukunun gereklerini yerine getirmek kaygısından hareket ederek, karşı tarafın zamanaşımı defini ileri sürmesini engellemeye yönelik dava açma talebi de yeterli olmayacaktır³⁵⁴. Sonuç olarak, talebin ileri sürülmesi anı, yöneticilerin gerçekçi şekilde ilk kez üçüncü kişilere karşı finansal sorumluluk tehlikesini hissettikleri ve tecrübe ettikleri aşamayı yansıtmaktadır³⁵⁵.

³⁵² von LANZENAUER, s.1870.

³⁵³ Talep odaklı sigortalar için çoğunlukla bir gereklilik olduğu üzere sigortalı sigortacılara üçüncü kişilerin talebini poliçe müddeti içerisinde ihbar etmelidir, eğer bu ihbar poliçenin süresinin dolmasından sonra yapılır ise sigortacılar sorumlu olmayacaktır (sigortalı aleyhine ileri sürülen talebin kapsam süresi içerisinde (period of coverage) ileri sürülüp sürülmediğine bağlı olmaksızın). Talep sigortacılara bildirildiği anda, sigortalı sigortacıya ihbar yükümlülüğünden kurtulur ve poliçenin, talebin uzlaşıldığı veya sonuçlandırıldığı anda yürürlükte olması aranmaz. Bkz. PAOLINI/NAMBISAN, s. 4.

³⁵⁴ Sigortacının sigorta himayesini örneğin hizmet sözleşmesini iptal anlaşması kapsamında reddetmesi halinde, sigortalı kişiye karşı ileri sürülen talebin bu kişinin özel malvarlığını kapsamayacağı şeklinde şirket ve sigortalı kişi bir anlaşma yaparlarsa, ciddi bir talep ileri sürme hususu gerçekleşmiş olmaz. Aynı şekilde sigortacının aleyhine olacak şekilde yapılan gizli anlaşmalar ayrıca BGB 138 I e göre butlanla geçersizdir. Şirket bu anlaşmanın butlanı temelinde icraya başlarsa (Vollstreckung betriebs), talebin ciddi olduğu anlamı çıkar. Bkz. von LANZENAUER, s.1870.

³⁵⁵ PAOLINI/NAMBISAN, s. 25.

Türk hukuku açısından belirtilmesi gereken husus, sorumluluk sigortalarında sigortalı kendisine yöneltilmiş olan tazminat talebini, şayet aksi kararlaştırılmamışsa derhal sigortacıya bildirmekle yükümlüdür (TTK m. 1475 II). Aynı şekilde, sorumluluk sigortalarında da uygulanacak zarar sigortası hükmü olan TTK m. 1446'ya göre, sigorta ettiren de rizikonun gerçekleştiğini öğrenince, keyfiyeti gecikmeksizin sigortacıya bildirmelidir Aksi halde, rizikonun gerçekleştiğine dair bildirim yapılmamışsa ya da geç yapılmışsa ve ödenecek tazminatta bu nedenle artış olmuşsa, kusur derecesine göre bunun üzerinden bir indirimle gidilebilir, meğer ki sigortacı rizikonun gerçekleşmiş olduğunu daha önceden öğrenmiş olsun. TTK m. 1446'da düzenlenen rizikoyu bildirme külfeti, sorumluluk sigortaları için 1475. madde de ayrı olarak düzenlenmiştir. Sigortacının tazminat ödeme borcuna ilişkin TTK'nın 1427. maddesi ise sadece TTK m. 1446'ya atıf yapmıştır. Hâlbuki sorumluluk sigortalarına özgü olarak düzenlenen tazminatın zarar görene ödenmesi (TTK m. 1473), zarar görenin doğrudan dava açabilmesi (TTK m. 1478) gibi hükümler, zarar gören ile sigortacı arasındaki ilişki bakımından TTK m. 1427'nin uygulanmasını gerektirir mahiyettedir. Bunu sağlamak üzere de, TTK 1475. maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi ihdas edilmiştir³⁵⁶.

B. TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ İLKESİNİN OLUMLU VE OLUMSUZ YÖNLERİ

Aşağıda, talebin ileri sürülmesi ilkesinin olumlu ve olumsuz yönleri yöneticilerin sorumluluk sigortası bakımından ele alınacaktır.

³⁵⁶ Madde gerekçesi.

1. Talebin İleri Sürülmesi İlkesinin Olumlu Yönleri

Talebin ileri sürülmesi ilkesi, yöneticilerin sorumluluğu ve mesleki sorumluluk gibi maruz kalınan risklerin sigortalanabilmesine imkân sağlar. Teknik konulardaki, şirket nazariyesindeki (özellikle yönetim kurulu üyelerinin yükümlülüklerine yönelik aşırı düzenlemeler ve yöneticilere karşı açılan dava yoğunluğu karşısında) ve yargı kararlarındaki gelişmelerin öngörülemez olması düşünüldüğünde, sorumluluk risklerinin zamanaşımı süresinin sonuna kadar sigorta himayesi altına alınması, sigorta piyasası ve yatırımcılar için son derece riskli bir durumdur³⁵⁷.

Sigorta poliçelerinin uzun bir zaman dilimini kapsayacak şekilde akdedilmesi, sigorta olayını tetikleyecek ânın açık bir şekilde belirlenmediği durumlarda, sigorta piyasası için son derece ağır bir yük oluşturur. Talebin ileri sürülmesi prensibinde sigorta olayını doğuracak ânın (tazminat talebinin ileri sürülmesi olarak) açık bir şekilde formüle edilmesi, bu kötü senaryonun gerçekleşme olasılığını düşürür. Bir Amerikan mahkemesinde, talep odaklı bir poliçenin amacının, sigortalanan olay ile ödeme arasındaki sürenin minimize edilmesi olduğu, hüküm altına alınmıştır³⁵⁸.

Söz konusu ilkenin geçerli olduğu poliçelerde, kural olarak sigorta sözleşmesi nihayete erdikten sonra himaye söz konusu olmadığından, sigortacı sigorta dönemi bittikten sonra mevcut yükü hesaplayarak, buna ilişkin bir yedek ayırmaya gerek duymadan hesaplarını kapatma ve geriye bakmaksızın çarçabuk yeni faaliyetler

³⁵⁷ SCHMİTT, s. 125; HALLER, s. 227.

³⁵⁸ *Chas T Main, Inc v. Fireman's Fund Ins*, 551 NE 2d 28 (Mass 1990), PAOLINI/NAMBISAN, s. 4, dn. 29.

görme imkânına kavuşur³⁵⁹. Sigortacılar için bu husus, talep odaklı poliçenin en önemli unsurlarından biridir. Olay odaklı sigortada sigorta şirketleri, ilgili sigorta müddeti boyunca gerçekleşen ve bildirilen olayları kapsayabilmek için hesaplarını yıllar boyu açık tutmak durumundadırlar³⁶⁰.

Poliçenin talebin ileri sürme ilkesine dayalı olması, sigorta himayesinin sigorta sözleşmesi yürürlükteyken gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitini kolaylaştırır. Zira, sebep olayı ve zarar olayını benimsemiş poliçelerde rizikonun gerçekleştirme ânının ispatının güçlüğü karşısında, burada, taleplerin yazılı olarak ileri sürülmesi ile rizikonun gerçekleşmesi, nispeten daha kolay ispatlanır. Ayrıca, talep odaklı bir poliçe, teminat limitlerinde değişiklik talep edilebilecek ve bireysel koşullardaki değişiklikleri yansıtacak ya da sosyal, ekonomik veya hukuki ortamına uygun yeni koşulları görüşebilecek bir pozisyonadadır³⁶¹.

2. Talebin İleri Sürülmesi İlkesinin Olumsuz Yönleri

Talebin ileri sürülmesi ilkesinin olumsuz yönü, yükümlülük ihlali nedeniyle ileri sürülmesi muhtemel taleplere ilişkin yasal zamanaşımının belirlenmesinde, talebin ileri sürülmesi değil, yükümlülüğün ihlali (sebep olayı) ve zararın bilinmesi (zarar olayı) hususlarının esas alınmasıdır. Böylece de, yöneticiler, genellikle bir yıl süren sigorta himayelerinden yararlanabilirken, daha uzun süreli zaman aşımı müddetince sorumluluk risklerini taşımak durumunda kalmaktadırlar³⁶². Zira sigorta

³⁵⁹ SCMITT, s. 124, 125; HALLER, s. 227.

³⁶⁰ PAOLINI/NAMBISAN, s. 5.

³⁶¹ PAOLINI/NAMBISAN, s. 4; HALLER, s. 227, 228.

³⁶² HALLER, s. 228.

himayesinin hitamından sonra, ileri sürülecek tazminat taleplerinin sigorta güvencesi kapsamına alınmaması yöneticiler açısından ciddi bir sorundur. Bununla birlikte, sigortacının, sabit koşullar altında, belirli bir zaman dilimi boyunca ve ek prim mukabilinde uzatılmış bir bildirim süresi (Nachmeldefrist) hakkı tanınmasıyla, sonraki sorumluluğa dair bu ilkedен kaynaklanan söz konusu himaye eksikliği belirli bir ölçüde azaltılabilir³⁶³. Bu tür bir klotun değeri yöneticiler tarafından çoğunlukla azımsanır. Sözleşme süresinin hitamından sonra bir talep ileri sürüldüğünde uzatılmış bir bildirim süresi³⁶⁴ sözleşme ile kararlaştırılmamışsa sigortalı sigorta teminatından istifade edilemeyecektir. Bu da, sadece yöneticiler için sigorta himayesinin kaybedilmesine değil, aynı zamanda da iflas durumunda iflas masası için bir kaynağın kaybedilmesine yol açar³⁶⁵.

Sigorta şirketinin her yıl değiştirilmesi, talep ileri sürölme ilkesine dayalı sigorta sözleşmelerinde himaye boşluğu tehlikesini bünyesinde bulundurur, meğer ki yeni sigortacı sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşen sorumluluğu sınırsız bir kapsamda sigorta himayesi kapsamına alınmasını üstlensin. Himaye boşluğunu gerçekleştiren bir neden olarak, ileri sürölen taleplerin şirketler topluluğu merkezine çok geç bildirilme ihtimalinin de mevcut olabileceği göz ardı edilmemelidir. Sigorta himayesi süresi dolmadan önce, bir önceki sigorta nezdinde ileri sürölen ve bununla birlikte uzatılmış bildirim süresi dolduktan sonra şirketler

³⁶³ **ŞENOCAK**, Mesleki Sorumluluk, s. 105; **HALLER**, s. 228

³⁶⁴ Extended reported period (Nachmeldefrist) olarak ifade edilen uzatılmış bildirim süresi, sigorta müddetince meydana gelmiş sorumluluğa neden olan yükümlölük ihlali sebebiyle, sigorta süresinin hitamından sonra ileri sürölen tazminat taleplerine de, bazı sınırlamalarla sigorta himayesi bahşedilmesine yönelik sözleşme klotudur. Uzatılmış bildirim süresi, çoğu D&O poliçesinde 30 gün olup, bir kısmında bu süreden daha azı geçerlidir. Bkz. **ÜNAN**, s.100; **HALLER**, s. 230.

³⁶⁵ **HALLER**, s. 228, 229.

topluluğu merkezine ya da sigorta şirketine ulaşan talepler, sigorta himayesi kapsamına alınmaz. Bu tehlike özellikle, D&O poliçelerinin birçoğunda mevcut olan başka bir D&O sigortasının akdedilmesi ile birlikte sigorta himayesinin derhal sona ereceğini ilişkin klozlar nedeniyle tetikte hazır beklemektedir. Uzatılmış bildirim süresi bu durumda mümkün değildir. Bu nedenle de, sigorta himayesi boşluğuna neden olmamak için şirketin kritik dönemlerinde sigortacı değiştirmekten sarfinazar edilmelidir³⁶⁶.

Kıta Avrupası ülkelerinde, talep odaklı poliçelerin, tüketici karşıtı eğilimleri olduğu gerekçesiyle, hukukiliği üzerinde bir tartışma söz konusudur. Talep odaklı poliçenin kamu politikasına aykırı olduğu argümanını desteklemek üzere iki temel gerekçe ön plana çıkmaktadır. İlk olarak, bu poliçe türünde sigortalının kendi kontrolü dışındaki sebeplerden ötürü korumadan yoksun bırakılması acımasızlıktır. Zarar gören talebin geciktirilmesi gerektiği ve aslında hatalı davranışta bulunanın poliçe periyodunun sonuna doğru bir zamanda başlatılması gerektiği şeklinde bir görüşü tercih edecek olur ise, bu durum sigortalının korumayı tetiklemek üzere sigortacıya uygun bir zaman içerisinde ihbarda bulunmasını engelleyebilecektir. Söz konusu dengesizlik, yalnızca sigortacının yararına olacak şekilde ayarlanmış hukuka aykırı bir avantajın bulunduğu yönündeki ikinci büyük endişeye yol açmaktadır³⁶⁷.

Şirketlerin birleşmesinde de talebin ileri sürülmesi ilkesi bakımından özel bir durum söz konusu olur. Buna göre, devirden itibaren yöneticilerin devralan şirket nezdinde sigortalanacağı kuralı geçerlidir. Devralan şirketin sigortacısı birleşme durumunda sözleşme öncesi döneme ilişkin sorumluluk için bir sigorta himayesi bahsetmez. Buna karşılık, devir alınan şirketin önceki sigortacısı da, devirden

³⁶⁶ HALLER, s. 234.

³⁶⁷ PAOLINI/NAMBISAN, s. 6.

sonrası için sorumluluk bahsetmez. Yöneticiler o halde birleşmeden önceki yükümlülük ihlallerine dayanan tazminat talepleri için sahip oldukları sigorta himayesini kaybederler. Sigorta piyasası bu tür durumlar için özel olarak hazırlanmış “run off” sigorta himayeleri sunarlar³⁶⁸.

C. TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ İLKESİNİN SINIRLANDIRILMASI

1. Bilinen Hadiselerin İstisna Tutulması

Tazminat talebinin ileri sürülmesi ilkesine dayanan yöneticilerin sorumluluk sigortası poliçelerinin yanı sıra, İsviçre’de sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşen sorumluluk hadiseleri açısından, talebin ileri sürülmesi ilkesini, sebep olayı ve zarar olayı teorilerinin unsurlarıyla kombine eden yöneticilerin sorumluluk sigortaları da vardır. Bu nevi sigortalarda, Sadece zarara ilişkin talebin poliçenin geçerlilik süresi içinde ileri sürülmesi sigorta himayesinin sağlanması için yeterli değildir. Ayrıca yükümlülük ihlalinin poliçenin işlerlik süresi (Kontinuitätsdatum) başlamadan önce de, ne şirket tarafından ne de sigortalı tarafından bilinmiş olması ya da biliniyor olması gerekir³⁶⁹. Aynı durum Türk hukukunda TTK m. 1458’de

Henüz bir talep ileri sürülmemesine karşılık, sigorta sözleşmesinin kuruluşu esnasında bilinen yükümlülük ihlallerinin sigortalanmayarak sigorta himayesinin zaman olarak sınırlandırılması, suiistimalle mücadele bağlamında,

³⁶⁸ HALLER, s. 235.

³⁶⁹ HALLER, s. 229.

anlaşılır bir husustur. Bununla birlikte sigorta şirketlerinin tamamı, sigorta sözleşmesinin kurulmasına yönelik talep formunda, akit öncesi ihbar külfeti kapsamında bilinen zararlara ilişkin ayrıntılı soru sorarlar. Sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce gerçekleşmiş sorumluluğun himaye kapsamına alınması her zaman bilinmeyen hadiselerle sınırlı kalır³⁷⁰.

2. Önceki Döneme İlişkin Kesin Bir Tarihin Kararlaştırılması

Tazminat talebinin ileri sürülmesi ilkesine dayanan yöneticilerin sorumluluk sigortası poliçelerinde, sigortacı, sigortanın yürürlükte olduğu süre içerisinde sigortalı aleyhine ileri sürülen her talebe karşı, talebe yol açan olay yıllar önce gerçekleşmiş olsa dahi, himaye bahşetmek durumundadır. Uygulamada talebe yol açan olayla ilgili bu belirsizliğin, zarar ve zararı doğuran olay bakımından bir geçmişe etki tarihi öngörülme suretiyle önlenmesine çalışılmaktadır. Böylece, sigortacı, bu kesin tarihten önce vuku bulan olaylar için sözleşme müddetince bir talep söz konusu olsa dahi, sigorta himayesi bahşetmeyecektir. Burada, sözleşmenin kurulmasından önce gerçekleşen sorumluluk hadiseleri açısından, talebin ileri sürülmesi ilkesini, sebep olayı ve zarar olayı teorilerinin unsurlarıyla kombine eden bir yöneticilerin sorumluluk sigortası söz konusudur. Geçmişe etki tarihi, sigortacının sağladığı himayeyi sınırlayan bir mahiyettedir³⁷¹.

Önceki döneme ilişkin kesin bir tarihin kararlaştırılması, sadece sorumluluğa yol açan davranışlar ve zararlar bakımından belirleyicidir. Yoksa sigorta

³⁷⁰ HALLER, s. 229.

³⁷¹ ÜNAN, s. 32; HALLER, s. 229 230.

sözleşmesinin kurulmasından önce vuku bulacak tazminat talepleri, belirlenen geçmişe etki tarihinden sonra ileri sürülseler dahi bunlara himaye bahşedilmez, zira burada geçmişe etkili bir sigorta söz konusu değildir. Önceki dönemi kapsayan bir tarihin kararlaştırılması, bugünkü D&O poliçelerinde çok nadiren rastlanmaktadır³⁷².

D. GEÇMİŞE ETKİ KLOZUYLA TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ İLKESİNİN GENİŞLETİLMESİ

Sigortacının yükümlülüğünü, zarar görenin yöneticiye tazminat talebini ileri sürmesine bağlayan talebin ileri sürülmesi ilkesinin yalın hali, sınırsız şekilde geçmişteki tüm yükümlülük ihlallerine, en azından bundan kaynaklanan taleplerin sigorta sözleşmesinin akdedildiği anda halen zamanaşımına uğramadıysa himaye bahşedecektir³⁷³. Bununla birlikte talebin ileri sürülmesi prensibi özellikle Alman ve Fransız hukukunda³⁷⁴ sınırlı bir şekilde uygulanmaktadır. Şöyle ki, poliçenin geçerlilik süresi içinde hem zarara yol açan yükümlülük ihlalinin vuku bulması hem de buna ilişkin talebin ileri sürülmesi halinde himaye sağlanır. Esasen sigorta piyasalarında genellikle, üç beş yıllık zaman dilimini kapsayan geçmişe etkili himaye yoluyla, sigorta sözleşmesi akdedilmeden önce işlenen yükümlülük ihlalleri dâhil edilmektedir³⁷⁵. Ancak, poliçe akdedildiği sırada bu yükümlülük ihlallerinin

³⁷² ÜNAN, s. 32; HALLER, s. 229 230.

³⁷³ SCHMITT, s. 128.

³⁷⁴ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 105.

³⁷⁵ Türk Hukukunda Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları A.1 maddesi (b) bendinde benzer bir hüküm bulunmaktadır. Buna göre, bu bent uyarınca düzenlenen poliçelerde, sigortanın geçmişe etkili olarak himaye sağlayacağı süre bir yıldan kısa süreyle kararlaştırılamayacaktır. Böyle bir kısıtlamanın uygun olmadığı yönünde bkz. CAN, Mesleki Sorumluluk, s. 19.

bilinmemesi veya ağır ihmal sonucu bilinmiyor olması gerekir³⁷⁶. Aynı durum TTK m. 1458 açısından Türk hukuku için de geçerlidir.

Geçmişe etki klozu, talebin ileri sürülmesi ilkesinden kaynaklanan sigortacının değişmesinde oluşacak himaye boşluklarını kapatır. Şöyle ki, söz konusu klozun kararlaştırılmaması halinde, zarara sebebiyet veren yükümlülük ihlali zaman olarak daha önceki poliçenin kapsamına girdiği durumlarda, yeni poliçeye dayanarak talep ileri sürülmesi halinde, daha önceki sigortacı himayeyi red edebilir. Çünkü önceki poliçenin süresi bittikten sonra talepler ileri sürülmüştür, dolayısıyla riziko sonraki sigorta sözleşmesinin maddi himaye süresi kapsamında gerçekleşmiştir. Aynı zamanda da, yükümlülük ihlali poliçenin akdedilmesinden önce vuku bulduğundan yeni sigortacı da bu sebeple sigorta ediminden muaf olurdu. D&O poliçesini boşluk doğurmayacak şekilde tam olarak akdeden sigorta ettiren, sigortacının değişimi ile geçiş sürecinde himayeyi yitirebilirdi³⁷⁷. Açıkça hakkaniyete aykırı olan ve istenmeyen bu himaye boşluğunu kapatmak için D&O sigortalarında geçmişe etkili olarak himaye standart olarak sunulur³⁷⁸.

E. UZATILMIŞ BİLDİRİM SÜRESİ ARACILIĞIYLA TALEBİN İLERİ SÜRÜLMESİ İLKESİNİN YUMUŞATILMASI

Talebin ileri sürülmesi ilkesinin yumuşatılmasının sebebi, talebin ileri sürülmesi prensibine göre, tazminat talebini tetikleyen hatanın işlendiği sıradaki yöneticilik faaliyetinin süresi ile sigorta himayesinin zaman yönünden sınırı arasında

³⁷⁶ SCHMİTT, s. 128, 129.

³⁷⁷ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s.106; SCHMİTT, s.129.

³⁷⁸ SCHMİTT, s.129; HALLER, s. 230.

bir uyumun (Kongruenz) bulunmamasıdır. Sigortalı açısından talebin ileri sürülmesi ilkesinin olumsuz tarafı burada ortaya çıkmaktadır. Zira, sözleşme süresi dolduktan sonra sigorta himayesinin varlığından bahsedilemeyecektir. Daha açık bir ifade ile, poliçe uzatılmadığı anda, sınırlandırıcı şekliyle talebin ileri sürülmesi ilkesi uyarınca sigorta himayesi de sona erecektir. Sigorta ettiren şirket, iflası halinde D&O poliçesini devam ettirmediği andan itibaren kısa bir süre içinde yöneticilerin sigorta himayesi düşer. Tasfiye sebebiyle D&O poliçesi artık yaptırılmadığı takdirde, karşılaşılması muhtemel himaye boşluğundan kaçınmak için müteakip sorumluluk/sonraya etki klozu ya da uzatılmış bildirim süresi kararlaştırma yoluna giderek, sigorta süresinin hitamından sonra kural olarak geçerliliği sona ermiş olan poliçeye dayanarak sigorta himayesi talep edebilecektir. Böylece de, sınırlı bir ölçüde de olsa, geleceğe etkili sorumluluğun himaye kapsamına alınması mümkün olacaktır³⁷⁹. Burada dikkat edilmesi gereken husus, poliçeye entegre edilen söz konusu bildirim süresinin, poliçe yürürlükteyken ileri sürülmüş taleplere ilişkin bildirim imkanı sağlamasıdır; yoksa poliçe süresinin hitamından sonra ileri sürülen taleplerle ilgili himaye sağlanması gibi bir sonuca varılmamalıdır³⁸⁰. Ancak ilave bir prim karşılığında bu sağlanabilir. Şöyle ki, yalnızca sınırlı bir zaman dilimi için poliçe süresi dolduktan sonra ileri sürülen taleplerin, geçerli bir şekilde ele alınabileceğine ilişkin verilen garanti, sigortacı açısından sigorta himayesindeki boşlukların önlenmesi bakımından son derece önemlidir. Ancak, bu klozla sağlanan sigorta garantisi zaman yönünden sınırlı olup, sigorta sözleşmesinin feshinden ya da

³⁷⁹ SCHMITT, s. 130;

³⁸⁰ HALLER, s. 231.

sigorta sözleşmesinden cayılmasından belirli bir süre içinde ileri sürülen taleplere himaye bahşeder³⁸¹.

Police içerisinde dahil edilen kısa uzatılmış bildirim süresi, sadece poliçenin geçerlilik süresi içerisinde gerçekleşen (ileri sürülen) taleplerin bildirilmesine izin verirken; sigorta ettirene kolaylık sağlayan günümüz piyasasındaki D&O sigortalarının bir çoğu sigorta ettirene, sigorta poliçesinin yenilenmemesi halinde, yıllık primin %50-75'i tutarında ilave bir prim karşılığında, sonradan bildirim yapma süresini 1 yıl olarak satın alma imkanını tanımaktadır³⁸². Sigorta ettiren bu imkânı çok kısa bir süre içerisinde, yani police süresinin hitamından 7-30 gün içerisinde, kullanmak zorundadır. Aksi takdirde, poliçenin uzatılması imkânını yitirir. Şayet bundan yararlanırsa, uzatılmış bildirim süresince ileri sürülen talepler, poliçenin geçerlilik süresinde ileri sürülmüş gibi kabul edilir. D&O piyasasında, sigortacılar tarafından 2 ve 3 yıl süreli sonradan bildirim süresi, yıllık primin %125-200'ü karşılığında sunulmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu himaye, her zaman yeni bir sorumluluk sigortası akdedilmeyeceği koşulu ile sağlanmaktadır. Sigortacının değişmesi halinde, bu nedenle her zaman bir sigorta himayesi boşluğu sorunu çıkar³⁸³.

Sonraki kısa bildirim süresi, geniş faaliyet alanlarına yayılmış şirketler toplulukları için tehlike oluşturur. Şöyle ki, yöneticilerine yöneltilmiş tazminat taleplerini çok kısa sürede topluluk merkezine bildirilmesini sağlamak zorundadırlar.

³⁸¹ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 106.

³⁸² 2001 yılına kadar sonraki himaye geniş ölçüde ücretsizdi ve otomatik olarak sağlanıyordu. 2001 yılından itibaren piyasanın sertleşmesine paralel şekilde bir hayli pahalı olmuştur. 2007 yılından itibaren piyasanın gevşemesi üzerine sonradan sağlanan sigorta himayesi, ancak önceden olduğu gibi şu anda da sadece başvuru üzerine ve ilave prim karşılığında elde edilmektedir.

³⁸³ Mesleki sorumluluk poliçelerinde, sınırsız bir sonradan risk sigortası sunulur. Bkz. HALLER, s. 231, dn. 1285-1287.

İleri sürülen talepler poliçenin geçerlilik süresi içinde ya da kısa bildirim süresi içerisinde bildirilmediği takdirde sigorta himayesinden yararlanamayacaklardır³⁸⁴.

Poliçe her uzatıldığında, sigortacı tarafından birkaç aylığına müteakip sorumluluk süresinin sağlandığı alternatif tasarruf modelleri (*Ansparmodelle*) sunulmaktadır. Buna rağmen; şayet, şirketin iflası ve tasfiyesi halinde, başka poliçe satın alınmaması ve sunulan müteakip sorumluluk süresi, olası tazminat taleplerinin zamanaşımı süresinden daha kısa olması halinde, himaye boşlukları yine de varlığını sürdürür. Bu yeni poliçede bilinen zararlar ilgili durumlar kural olarak kapsam dışı bırakıldığı için, sigortacının değiştiği anda yükümlülük ihlalinin bilinmesine rağmen tazminat talebinin ileri sürülmemesi gibi bir durum söz konusu olduğundan himaye boşlukları yine ortaya çıkabilir. Tam da bu noktada, önceki poliçenin müteakip sorumluluğu sigorta himayesini ikmal eder. Bir kısım piyasaya katılımcılarının şartnamelerine göre, sonraki sorumluluk düzenlemesi, sadece poliçenin tam olarak sona ermesi halinde devreye girer³⁸⁵.

Sigortalı açısından iki sorun ortaya çıkmaktadır. İlk sorun, müteakip sigorta himayesini satın alma kararı için nispeten son derece kısa bir süre olmasıdır. Örneğin, sigorta ettiren şirket, o an için geçici bir krizde bulanabilir. Bu durumda da, sigortayı yenileme imkânından yoksun kalır. Şöyle ki, sigorta şirketinin sigortanın yenilenmeyeceğine dair bir karar vermesi, çoğunlukla sigortanın yenilenmesi gereken tarihten kısa bir süre önce verilir. Bu nedenle, sigorta ettiren şirkete, sonradan sigorta himayesi konusunda karar vermek için sadece birkaç hafta kalır. Böylece de, şirketlerindeki söz konusu krize odaklanan ve başka bir hususla ilgilenemeyen yöneticilerin sonradan sigorta himayesi hususunda karar verme

³⁸⁴ HALLER, s. 231.

³⁸⁵ SCHMİTT, s. 131.

imkânları da ortadan kalkar. İkinci sorun ise, sigorta sözleşmesi akdedildiği sırada poliçede bir klozla, uzatılmış bildirim süresini satın alma imkânının sadece sigorta ettiren şirket için değil, aynı zamanda sigortalı kişiler için de açık şekilde öngörüldüğü hususuna dikkat edilmelidir. Sigorta ettiren şirket sigorta himayesinin doğduğu anda iflas halinde ise, iflas idaresi genellikle, sonradan bildirim süresinin uzatılmasının maliyetlerine katlanmayı tercih etmez. İflas idaresi, D&O sigortasının iflas masası için sorumluluk esası olarak işlevinin çoğunlukla bilincinde olmazlar ya da açılması muhtemel bir sorumluluk davasının başarılı, olma şansını az olarak değerlendirdiler. Yöneticiler bu durum için hazırlıklı olmazlar ya da sonradan bildirim süresini satın alma hakkını haiz değillerse sigorta himayesini kaybederler³⁸⁶.

F. ÖNLEYİCİ BİLDİRİM İMKANI (NOTICE OF CIRCUMSTANCES)

D&O poliçelerinin bir kısmı, üçüncü kişiler tarafından daha talep ileri sürülmeden şirket ya da sigortalı kişilerin sigorta şirketine bir bildirim yapma imkânını öngörür. Bu bildirim, tazminat talebinin poliçenin geçerlilik süresi içerisinde ileri sürülmüş sayılması etkisini doğurur³⁸⁷.

Yüksek bir olasılıkla talep ileri sürülmesine yol açabilecek yükümlülük ihlalinin sözleşme süresi içerisinde ihbar edilebilme imkânı, yöneticilerin korunması

³⁸⁶ HALLER, s. 232.

³⁸⁷ HALLER, s. 234. Amerikan hukukunda, sigorta süresi içerisinde tazminat talebinin ileri sürülmesini ve keyfiyetin sigortalı tarafından sigortacıya aynı süre zarfında bildirilmesini şart koşan “talep ve bildirme” esaslı poliçeler mevcuttur. Bkz. ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 104.

için önemli bir husustur. Bu durum bir taraftan sigorta şirketinin yenileme anketinde, dava açılmasına yol açabilecek şartlarının bilinip bilinmediği sorusu bakımından önem arz eder. İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu (SVVG) § 6’da hükme bağlanan ihbar yükümlülüğünün ihlalinin sonuçlarının engellenmesi isteniyorsa, riziko açısından önemli hususları ihbar etmek durumundadır. Diğer taraftan da tazminat talebine yol açabilecek olayların bildirilmesi klozu, hissedarların, şirketin ya da alacaklıların talep ileri sürmelerinden bağımsız olarak, sigortalıya sigorta himayesini belirli bir hadise için sabitleme imkânı tanır. Buna karşılık, şartların bildirilme imkânı poliçede düzenlenmemişse, üçüncü kişiler sigorta sözleşmesi ile belirlenen süre içerisinde talep ileri sürmedikleri takdirde sigorta himayesi ortadan kalkar, meğerki tamamlayıcı bir uzatılmış (sonraki) bildirim süresi satın alınmış olsun. Şartların bildirilmesi imkân sağlayan poliçeler, kural olarak, şartların bildirilmesinden dolayı sigorta himayesi kapsamında görülmesi gereken hadiseyle ilgili detaylı bilgileri talep eder. Bununla himayenin toptan ve belirsiz verilerle harekete geçirilmesinin engellenmesi amaçlanır³⁸⁸.

§ 10. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA HİMAYE TALEBİ, HİMAYE YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SINIRLARI

Aşağıda yöneticilerin sorumluluk sigortasında - başkası lehine sigorta olması sebebiyle - sigortalının sigorta himaye talebi ile sigortacının himaye sağlama yükümlülüğü ve sınırları ele alınacaktır.

³⁸⁸ HALLER, s. 233, 234.

I. SİGORTA HİMAYESİ TALEBİ

Bu kısımda sigorta himayesi talebine ilişkin genel bilgilere yer verilmekle birlikte, özellikle talebin devri meselesine değinilecektir. Bu hususta, 2008 yılında yürürlüğe giren Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunundaki konuya ilişkin değişiklikler de ele alınacaktır.

A. GENEL OLARAK SİGORTA HİMAYESİ TALEBİ

Sorumluluk sigortasının bir türü olan yöneticilerin sorumluluk sigortasında da, sigortacı, sigortalıya, üçüncü kişinin hem haklı tazminat taleplerine, hem de haksız tazminat taleplerinin savuşturulması şeklinde bir himaye bahşetmektedir.

Sorumluluk sigortalarında ve özelde yöneticilerin sorumluluk sigortasında, sigortalının sigortacı karşısındaki talebinin mahiyeti korunma ya da başka bir ifadeyle kurtarılma talebidir. Yöneticilerin sorumluluk sigortasının bir pasif sigortası olması nedeniyle, üçüncü kişinin sigortalıya yönelttiği tazminat talebinden hareketle şu sonuca varılabilir: Eğer ileri sürülen tazminat talebi haklı ise, sigortalının mevcut malvarlığında meydana gelen pasif kaleminin, haksız ise müstakbel malvarlığında meydana gelen pasif kaleminin ortadan kaldırılması amaçlanır. Bunun dışında herhangi bir pasif kaleminin giderilmesine yönelik bir himaye bahşedilmemektedir³⁸⁹. Nitekim TTK m. 1473'de de, sigortalının hukuki sorumluluğu nedeniyle, sigortacının zarar görene ödeme yapmasından bahsedilmiştir.

³⁸⁹ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 141 vd.

Böylece söz konusu maddede, sigorta ettirenin sigortacı karşısındaki talebinin mahiyetinin kendisine ödeme değil, bilakis kendisinin malvarlığının pasifini etkileyen bu talepten kurtarılması yönünde düzenlemeye gidildiği anlaşılmaktadır. Bu maddeyi müteakip TTK m. 1474 ve 1476'da, sigortacının sigortalıyı taleplerin tazmininden kurtarma yanında, hukuki koruma sağlamasına yönelik hükümler ihdas edilmiştir. Böylece, kanun koyucunun 6102 sayılı yasada, sorumluluk sigortalarında, dolayısıyla yöneticilerin sorumluluk sigortasında, sigortalının sigorta himaye talebinin iki şekilde tezahür ettiği görüşüyle³⁹⁰ paralel bir düzenleme yoluna gittiği anlaşılmaktadır. Ayrıca TTK m. 1475, sigortalıyı, kendisine karşı ileri sürülen taleplerden kurtarıırken, sigorta himayesinin ne şekilde tezahür edeceğini, yani taleplerin haklı mı, haksız mı olduğunu takdir etme hakkını sigortacıya bırakmıştır. Şöyle ki, TTK m.1475'e göre sigortalı, yükümlülük ihlali nedeniyle zarar görenin kendisine yönelttiği tazminat talebini, aksi kararlaştırılmamışsa derhal sigortacıya bildirir; TTK m. 1476'ya göre sigortacı bu bildirimden itibaren beş gün içinde, zarar görenin talebine karşı, masrafları ve sorumluluğu kendisine ait olmak üzere sigortalı adına hukuki işlemleri gerçekleştirmeyi, kararlar alınmasını ve ayrıca savunmaya yardımda bulunmayı üstlenip üstlenmeyeceğini sigortalıya bildirir³⁹¹. Şayet bildirimde bulunmamışsa; sigortalı aleyhine kesinleşen tazminatı öder. Ancak, izni olmadan akdedilen sulh sözleşmesine ilişkin olarak sigortacıya yapılan bildirim

³⁹⁰ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 145.

³⁹¹ Bazı sigortacılar sigortalı yöneticiler adına taleplere yönelik olarak bizatihi savunma yapmayı tercih etmektedir. Bu durum özellikle İsviçre'de geçerlidir. Öte yandan diğer bazı sigortacılar davahılara belirli tutarda bir avans vermekte ve savunmayı kendilerinin yapmasını izin vermektedir. Talebin başarılı olması yahut sigorta kapsamı dışında kalması durumunda sigortacı avans verilen tutarın geri ödenmesini şart koşabilmektedir. Her durumda sigortacıların büyük çoğunluğu savunmaya müdahil olma ve sigortalı kişiler tarafından belirlenen avukatları reddetme hakkını saklı tutmaktadır. Bkz. BUNDLE, s. 316.

takiben 15 gün içinde icazet verilmediği takdirde, bu sözleşme sigortacıya karşı geçersiz olacaktır. Sigortacının icazet verip vermeme kararında dürüstlük kuralına uygun hareket etmelidir. O halde sigortacı; sigortalının, zarar gören üçüncü kişinin talebini - yöneticilerin sorumluluk sigortası bakımından bu durum aynı zamanda sigorta olayı olarak nitelendirilir- derhal kendisine bildirmesi üzerine, 5 gün içinde bu talebin haksız olduğu düşüncesiyle hukuki yollarla önleme yoluna gidecek veya suskun kalacak ve sigortalı adına kesinleşen tazminatı ödeyecek ya da derhal talebi haklı görerek tazminat edimini tercih edecektir. Sigortacının bu tercihinde dürüstlük kuralına uygun şekilde hareket etmesi beklenir. Sigorta bedeli sınırları içerisindeki üçüncü kişinin haksız talebinin sigortacı tarafından karşılanmasında, sigortalının doğrudan doğruya bir zararı bulunmadığından dolayı bir itirazı da söz konusu olmayacaktır. Ancak, sigortalı bedelini aşan bir miktarda talebe ilişkin sigortacının sulh akdetmesi, sigortalının menfaatine aykırı olduğundan mütevellit, bu hususa katlanması beklenemeyecektir³⁹².

Rizikonun gerçekleşmesiyle birlikte, sigortacının edim yükümlülüğü, yani sigortalının himaye talebi meydana gelir. Sigorta talebinin sigortacıdan istenebileceği an ise, sigorta himayesi talebinin muacceliyeti olarak ifade edilir. Zamanaşımı süresi de alacağın muaccel olduğu tarihten başlamaktadır. Zamanaşımına ilişkin düzenleme TTK m. 1427’de hüküm altına alınmıştır. Buna göre, sigorta tazminatı rizikonun gerçekleşmesini müteakip ve rizikoyla ilgili belgelerin sigortacıya verilmesinden sonra sigortacının edimine ilişkin anlaşmalar bitince ve her halde, TTK m. 1446’ya göre yapılacak bildirimden (rizikonun gerçekleştiğini öğrenen sigorta ettirenin keyfiyeti derhal sigortacıya bildirmesi) 45 gün sonra muaccel olacaktır.

³⁹² ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 146.

Sorumluluk sigortalarında, zaman aşımına ilişkin olarak değerlendirmelerin TTK m. 1420 ve 1482 hükümlerinin birlikte ele alınması suretiyle yapılması gerekir. Buna göre, sigorta sözleşmesinden doğan bütün istemler, alacağın muaccel olduğu tarihten başlayarak iki yıl geçmekle ve sigortacıya yöneltilecek tazminata ilişkin istemler her halde rizikonun gerçekleştiği tarihten itibaren on yıl geçmekle zaman aşımına uğrar.

B. SİGORTA HİMAYESİ TALEBİNİN DEVRİ MESELESİ

Sorumluluk sigortasında himaye talebinin esasını kurtarılma talebi olarak kabul etmenin doğal neticesi; himaye talebine, sigortalının zarar verdiği mağdur dışındaki kişilerin el koymasının engellenmesinin sağlanmasıdır. Bu da, himaye talebinin devredilmezliği kuralını karşımıza çıkarır.

Gerçekten de bir edim yükümlülüğünden kurtarılmaya yönelik taleplerin, hukuki ilişkinin niteliği gereği devri mümkün olmamaktadır. Devirle muhtevası değişecek alacaklar, geçerli olarak devredilemeyecektir. Üçüncü kişinin tazminat talebinden kurtarılma talebi şayet devredilirse ödeme talebine dönüşecektir. Bu nedenle devri mümkün değildir. Ancak sigorta himayesi talebinin mağdura devri ve bu talebin ödeme talebin dönüşmesi durumlarında devir mümkün olarak görülebilir³⁹³.

Üçlü yapıdaki sorumluluk ilişkisinde, sigorta himayesi talebi, sigorta ettiren şirkete değil; sadece sigortalıya aittir. Sigorta ettiren olarak anonim şirketin talep ileri sürmesi ancak şirketin aynı zamanda zarara uğrayan olması halinde (Innenhaftung)

³⁹³ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 156 vd.

menfaatinedir. Şu ana kadarki sigorta uygulamasında, kurtarılma talebinin temlik edilmesi (abtretung des Freistellungsanspruchs) kural olarak yasaktı 1.1.2008 tarihinde yürürlüğe giren Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu reformu ile şirketin sigortacıdan doğrudan talepte bulunması imkanı getirilmiştir (VVG § 108 II). Bu imkan, sigorta himayesi süreci ve sorumluluk sürecini bir davada bir araya getireceği için zararın tazmin edilmesini hızlandırır ve usul ekonomisine uygundur. Yönetim kurulu üyesinin kurtarılma talebi (der Freistellungsanspruch), temlik (Abtretung) ile birlikte, sigortacıya karşı, anonim şirket tarafından ileri sürülebilecek bir ödeme talebi haline dönüşür. Şirket bu yolla gerçi orijinal bir doğrudan talep elde etmeyecektir. Ancak, iç sorumluluk taleplerinin güvence altına alınması bakımından hukuki konumunu *quo ante* (önceki durumdaki statüsü oranına) iyileştirilecektir³⁹⁴.

Zikrettiğimiz üzere, Alman hukukunda, doğrudan talep hakkını düzenleyen VVG 115. maddesi, D&O sigortası bu hüküm anlamında zorunlu sigorta (Pflichtversicherung) olmadığından dolayı uygulanamıyordu. Ancak VVG § 108 ikinci fıkrasındaki yeni düzenleme ile, şeklen kararlaştırılan bir temlik yasağının (Abtretungsverbot) geçersiz olması hükme bağlanmıştır. Böylece, anonim şirketin sigortacıdan, temlik edilen haktan dolayı (aus abgetretenem Recht), doğrudan bir talepte bulunmasının yolu da açılmış bulunmaktadır³⁹⁵.

³⁹⁴ MERTENS/CAHN, s. 805, 806; DREHER./THOMAS, s. 41 vd.

³⁹⁵ MERTENS/CAHN, s. 805.

II. SİGORTACININ HİMAYE YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE SINIRLARI

Yöneticilerin sorumluluk sigortasında, sigortacının himaye yükümlülüğü konusunda, sigortacı tarafından üstlenilen edimler ve bu edimlerin sınırları meselelerinin incelenmesi gerekmektedir.

A. SİGORTACININ HİMAYE YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sigorta himayesinin kapsamını, üçüncü kişiye ödenecek tazminat ediminin üstlenilmesi (ödeme fonksiyonu); haksız taleplerin savuşturulması (hukuki himaye fonksiyonu) oluşturur.

1. Tazmin Fonksiyonu

Sigorta himayesi, yargılama dışında veya yargılama sırasında ileri sürülen haksız taleplerin önlenmesi, yani hukuki himaye fonksiyonu ve haklı taleplerin tazmin edilmesi, yani tazmin fonksiyonu şeklinde gerçekleşebilir³⁹⁶.

Sorumluluk sigortasının birincil işlevi, sigortalı yöneticileri, şirket organı faaliyetinden kaynaklandığı sürece sorumluluklarının ifasının finansal yüklerine ve kendilerine dava açılması sonucu oluşacak yargılama masraflarına karşı korumaktır. Sigorta şirketi sigorta ettirene karşı, yöneticilerin yükümlülüklerini ihlal etmesi suretiyle, yalın malvarlığı zararının vuku bulması ve somut olayda mevcut olan

³⁹⁶ KÜPPER-DİRKS, s. 66; MERTENS/CAHN, s. 800.

ihtilaf konusunun sigorta himayesinin sınırlandırılması kapsamı dışında tutulduğu ölçüde, yöneticilere karşı yöneltilen sorumlulukla ilgili alacak taleplerini karşılamakla yükümlüdür. Yöneticilerin sorumluluk sigortasının akdedilmesi ayrıca, hem şirket, hissedarlar, iflas masası, alacaklılar gibi zarara uğrayanların sorumluluk taleplerinin karşılaşılabileceği ödenme aczi riskini, hem de yargılamadaki bir engel sonucunda alacak takibinin fiili olarak imkânsız hale gelme riskini - sadece, taleplerin (alacağın), savunma masrafları çıktıktan sonra geriye kalan sigorta bedelini aşması halinde - üstlenmek zorunda kalması sonucunu doğurur.

Zarar görenin tazminat talebinde bulunmasından sonra, sigortacı öncelikle sigorta meselesini tetkik ederek, talebin haklı olup olmadığını ve sigortalı yöneticinin tazminat yükümlülüğünün olup olmadığını tespit edecektir. Sigortacının meseleyi tetkike başlaması, sigorta himayesi sağlamayı kabul ettiği anlamına gelmeyecektir. Aksine, bu hususta sessiz kalması, meselenin tetkik edilmesini sigorta ettirene (sigortalıya) bıraktığı şeklinde yorumlanacağı gibi, söz konusu sessiz kalmadan dolayı sigortalının uğrayacağı zararlardan da sorumluluğu gündeme gelir³⁹⁷.

2. Hukuki Himaye Fonksiyonu

a. Önleme Talebi (“*abwehranspruch / duty to defend*”)

Üçüncü kişinin haklı tazminat talebinden “*kurtarılma talebi (Befreiunganspruch)*”, her tür sorumluluk sigortasının ana sütununu oluşturur ve

³⁹⁷ Sorumluluk meselesinin tetkiki yükümlülüğü için bkz. ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 161.

sigortalı kişiye karşı ileri sürülmüş başarılı bir şekilde savuşturulamayan taleplere karşı, sigortacının mağdurun zararının tazminine yönelik yükümlülüğünü kapsar³⁹⁸. Sorumluluk sigortasının ikinci önemli sütununu, yine aslı edim niteliğinde olan “*hukuki himaye talebi*” ya da önleme talebi (*Rechtschztanspruch; Abwehranspruch, ”duty to defend”*) oluşturur. Kurtarılma talebi ile hukuki himaye talebi, birbirinden tamamen bağımsız sigorta talepleri olmayıp, sigorta sözleşmesine ilişkin sigorta ettirenin tek ve müttehit talebin yansımalarıdır³⁹⁹. Ancak, söz konusu iki talep tamamıyla sınırsız biçimde bağlantılı da değildir. Şöyle ki, hukuki himaye talebinin sınırını, makul giderler oluşturmaktadır. Makul olmayan, yani sigorta bedelini aşan giderlerin ödenebilmesi için, daha ziyade yöneticilerin sorumluluk poliçesinde, TTK m. 1474 hükmü gereği ilgili bir düzenlemenin olması gereklidir. Sigortacının hukuki himaye sağlama fonksiyonundan, sigortalı yerine zarar görenlerle birlikte müzakere etmesi, uzlaşması, avukat tutması, yargılama ve avukat masraflarını üstlenmesi ve yargılama sürecini yöneten pozisyonda yer alması anlaşılır⁴⁰⁰. Burada, sigortalının, bir miktar paranın ödenmesi talebinden çok daha öteye giden bir hakkı söz konusudur. Sigortacı bu nedenle, sigorta bedeli tüketildikten sonra da, yargılamadan kaçınamaz. Ancak TTK m. 1474 hükmü karşısında, sözleşmeye söz konusu hususla ilgili bir hüküm konulması zorunludur. Bu bağlamda, ABD ve Kanada hariç olmak üzere, özellikle İsviçre’de - Türkiye’de de sigorta bedelini aşan kısım için - önleme

³⁹⁸ HALLER, s.166.

³⁹⁹ ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 145.

⁴⁰⁰ Mesleki sorumluluk sigortalarında da bu savunma yükümlülüğü (pasif hareketin) yanında, sigorta ettirenin (sigortalının) ekonomik menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda, sigortacı üçüncü kişinin dava açmasını beklemeden menfi tespit davası açmakla (aktif hareketle) dahi yükümlüdür. Bkz. ŞENOCAK, Mesleki Sorumluluk, s. 168, 169.

talebini, sigortacı ile müzakere ederek baştan ya da zeyilname ile⁴⁰¹ belirlenmek üzere, yeniden poliçe içerisine dâhil etmek imkânı da vardır⁴⁰². Ancak, özellikle de, sigortanın sigorta himayesini gerekçe göstererek red edilmesinde ve sigortalı yöneticinin iradesi hilafına uzlaşmaya varılması hallerinde görüldüğü üzere, hukuki himaye talebinin muhtemel bir dezavantajı, sigorta şirketi ile yönetici arasında oluşabilecek menfaat çatışmasıdır. Bununla birlikte, genel olarak sigorta şirketleri ile sigortalının menfaatlerini korumakla ve dürüstlük ilkesi gereği yöneticiyi, sigorta himayesinin bulunmadığı konusunda zamanında uyarmakla yükümlü olduklarının bilincindedir. Ayrıca uzlaşma müzakerelerinde, müzakerenin sigortacı tarafından yürütülmesinin, taraflar arasında duygusal olarak gerilmiş ilişkinin nesnelleştirilmesi gibi bir avantajı da olabilir. Göz ardı edilen bir husus ise, sigortacı tarafından yargılama sürecinin yönetilmesinin, yöneticinin işletmenin yönetimine daha güçlü bir şekilde ya da iflas durumunda kendi geleceğine daha fazla yoğunlaşmasına imkan verecek olmasıdır⁴⁰³.

⁴⁰¹ Zürih Sigorta Şirketi tarafından, İsviçre işlemi için kullanılan zeyilname:

“diğer farklı hükümler dikkate alınmadan söz konusu hükümle, AVB 15.1 geçersiz sayılacağı ve şununla ikame edileceği kararlaştırılmıştır: Eğer sigortalıya karşı bir talep tamamen ya da kısmen ABD veya Kanada’da ileri sürülür ya da ABD veya Kanada hukukunun uygulanabildiği bir talep söz konusu olursa, bu durumda sigortalı kişi sahip olduğu tüm kaynaklarla, buna karşı kendini savunmakla yükümlüdür.

Eğer bir sigortalıya karşı sigortalanan talep ABD veya Kanada dışında ileri sürülürse ya da ABD veya Kanada hukukunun uygulanamayacağı bir talep söz konusu ise ve beklenen zarar miktarı kararlaştırılan bizzat katılma payını (Selbstbehalt) aşarsa bu durumda Zürih Sigortası zararın hallini sigortalı adına üstlenir.

Bu poliçenin diğer tüm şartları değiştirilmiş sayılır”. **HALLER**, s.167, dn. 954, naklen.

⁴⁰² **HALLER**, s. 167.

⁴⁰³ **HALLER**, s. 167, 168.

b. Masrafların Üstlenilmesi

Yargılama masraflarının ödenmesi, sigortalılar için yöneticilerin sorumluluk sigortası alanında son derece önemli bir himaye unsurunu oluşturur. Yöneticilerin sorumluluk alacaklarının değerlendirilmesi, kural olarak konusunda uzmanlaşmış avukatları gerektirir. Davalar, hem konunun tespiti hem hukuki sorunların tetkiki bakımından karmaşıktır ve nizalı alacaklar, tarafların açısından yargılama mercilerinin hepsine gitmeyi gerektirecek kadar yüksektir. Yargılama ve avukat masraflarının D&O sigortası ile üstlenilmesi, sadece sigortalılar için önem arz eden bir husus değil, aynı zamanda zararın önemli bir kısmını oluşturan bir unsurdur. Çünkü yargılama masrafları sadece beş haneli değil aynı zamanda, önemli davalarda altı, istisnai durumlarda yedi haneli miktara ulaşabilmektedir⁴⁰⁴.

aa. Önleme Talebinin D&O Poliçelerinde İstisna Tutulması

Önleme fonksiyonunun önemine rağmen, günümüzde İsviçre’de sunulan D&O poliçelerinin çoğunda, sigortacı tarafından pasif hukuki himaye sağlanmasının istisna tutulduğu görülür. Böylece kurtarma talebi, ödeme talebi ile sınırlandırılır. Bu husus da, sorumluluk ile ilgili mutlak olan standarda uygun düşmez. Çünkü olağan olan, sorumlulukta, hem hukuki himaye talebine hem de haklı tazminat taleplerinden kurtarılma talebine yer verilmesidir. Bununla birlikte, sunulan D&O poliçelerinin çoğunda taleplerin savuşturulması sigortacı tarafından üstlenilmez, bilakis sigortalı, bununla yükümlüdür, böylece de yargılama konusunda tasarruf sahibi olur. Sigortacılar himaye kapsamında bir talebin söz konusu olduğu durumlarda ve - TTK

⁴⁰⁴ HALLER, s. 171.

m. 1474 hükmünde de belirtildiği gibi - kural olarak sadece himaye limiti kapsamında, savuşturma masraflarını karşılamakla yükümlüdürler. Yargılamada aktif pozisyonun sigortacının değil de sigortalıya ait olması hususu, daha detaylı bir şekilde bakıldığında ilk etapta sigortalı yöneticilerin bizzat süreci yönetmesine olanak sağlamış gibi gözükse de, aleyhlerine bir durumdur. Çünkü, savunma sigortacıya düşmezse, sigortalı ihtilaf konusu sorunu bizzat kendisi tespit etmek, zararı bulmak, avukatı seçip tutmak, bir bilanço analizi yapmak, kanıtları toplamak, diğer yöneticilerle temas kurmak, soruşturma makamlarınca yapılacak ceza hukukuna ilişkin bir müsadere halinde de gerekli tedbirleri almak ve kendi pozisyonunu da bir risk analizine tabi kılmak durumundadır. Sigortalı yöneticinin tüm bu işler için ek olarak özel bilgi ve becerisi bulunmadığı gibi; aşırı zaman, para ve emek harcaması gereği de ortadadır⁴⁰⁵.

Sigortacının onayı ile tutulan avukatın, uzman olarak burada yardımcı olabileceği düşünülebilir. Buna karşılık her iki durum arasında da önemli bir fark mevcuttur. Şöyle ki, davanın hazırlanması sigortacı tarafından yerine getirilirse, bu durumda harici avukatın masrafı önemli ölçüde düşer, çünkü bu avukat davayı hazırlıklı olarak üstlenebilecektir. Şayet sigortacı savunma yaparsa, bu durumda zarar ile ilgili yaptığı harcamaları, dahili masraf olarak bizzat kendisi taşımak zorundadır ve dava konusu somut olayın sigorta himayesi dışında olduğu ortaya çıksa bile, yaptığı masrafları hiçbir zaman geri talep edemeyecektir. Buna karşın dışarıdan bir avukat tutulacak olursa, söz konusu avukat davaya baştan itibaren

⁴⁰⁵ HALLER, s. 168.

hazırlanmak durumunda olacağından, dava ya da uzlaşma müzakereleri başlamadan çok önce yüksek avukatlık masrafları ortaya çıkabilecektir⁴⁰⁶.

bb. Masraflara İlişkin Avans Verilmesi

Kıta Avrupa'sının D&O sigortasının gelişimine katkıda bulunduğu hususlardan biri de, masraflara ilişkin avans verilmesi meselesidir. Somut olayda, masrafların geçici olarak üstlenilmesiyle ilgili poliçede seçilen ifadeler, kimi zaman ilk bakışta yanılgıya sebebiyet verebilir. Örneğin başlıkta, “*masraf ya da gider avansı*”⁴⁰⁷ olarak nitelendirilen bir kloz, sigortacının ancak detaylı avukatlık faturalarının bulunması halinde bir ödeme yapacağı anlamına gelir. Avans, bu gibi durumlarda sadece, sigortacının kesinleşmiş bir mahkeme kararının bulunmasından ve sigorta himayesi sorununun kesin olarak aydınlığa kavuşturulmasından önce masrafları tazmin etmeye hazır olduğu anlamına gelir. Üçüncü kişinin ileri sürdüğü haksız taleplerin savuşturma masraflarının bu şekilde düzenlenmesi halinde, masrafların karşılanması ilk olarak sigortalıya düşecektir ve ancak gecikmesinde sakınca olan hallerde sigortacı tarafından üstlenilir. Ayrıca, her avukat faturası sigortacı tarafından, söz konusu meselenin sigortalanıp sigortalanmadığı ve avukatın yaptığı ilgili harcamaların haklı olarak görülüp görülemeyeceği bakımından incelenir⁴⁰⁸.

⁴⁰⁶ HALLER, s. 169.

⁴⁰⁷ Sigorta hukuku bakımından gider avansı (Advance of Costs): bir şirket yöneticisine, poliçede belirlenen şartları yerine getirmediği takdirde geri ödemek üzere, işaret edilen bir hukuki sürecin giderleri, cezaları (chargers) ve harcamaları için nakit olarak verilen avansı ifade eder.

⁴⁰⁸ HALLER, s.169, 170.

Önleme talebinin üstlenilmesine nispetle salt olarak masrafların üstlenilmesi her zaman bir avantaj oluşturur. Çünkü burada, hukuki himaye sağlanması durumunda aynı zamanda, sigortalının menfaatlerini ve kendi menfaatlerini gözetmek zorunda olan sigortacının menfaat çatışması söz konusu değildir. Ayrıca, sigortalı kişilerin dava açma yükümlülüğü onları, doğal olarak zararı ihbar etme yükümlülüğünden ve ahde vefa ilkesinden kaynaklanan sigortacı ile görüşme yükümlülüğünden kurtarmayacaktır.

cc. Sigorta Limitinin Tüketilmesi

Birlikte sigortalı yöneticilere karşı çok sayıda talebin ileri sürülmesi neticesinde, D&O sigortasının himaye limitinin tüketilmesi söz konusu olabilir. Çoğu D&O sigortasında olduğu gibi, haksız talepleri savuşturma görevi sigortalıya düşerse, bu durumda sigortacının yükümlülükleri sigorta himayesi limitinin ödenmesi ile sona erer. Bu hususun, özellikle yargılama giderlerinin sigortacılar için özel bir problem oluşturduğu ABD’de, standart haline geldiği anlaşılmaktadır. Sigortacılar, haksız talepleri savuşturma yükümlülüğünü üstlenmesi durumunda kendine özgü bir talep söz konusu olur. Bu nedenle çoğu D&O sigortacısı söz konusu yükümlülüğünden kaçmak için - aynı zaman da sigortacının da masraflardan tasarruf etmesine yarayan - sigorta ettirenin aleyhine olacak şekilde, sigortacının haksız talepleri savuşturma yükümlülüğünün olmadığı sınırlandırıcı Anglo-Sakson modeline yönelmişlerdir⁴⁰⁹.

⁴⁰⁹ HALLER, s. 170.

c. İflas Masası İle Alacaklılar Üzerine Etkisi

Sigortacı tarafından hukuki himaye sağlanması ya da sadece salt yargılama masraflarını üstlenilmesi, uzman avukatlar vasıtasıyla yöneticilere yönelik yargısal girişimde bulunulmasının, iflas masası ya da alacaklılar için zorlaştırılması anlamına gelir. Çünkü yönetici, sigorta himayesi yardımıyla, yargılama giderleri sebebiyle bir baskı altına girmeden, uzun süreli bir sorumluluk davasını sürdürebilir hale gelmektedir. Bununla birlikte sigortanın varlığı, iflas masası ya da alacaklılar için birtakım avantajlar da sağlar. Öncelikle sigortacı, profesyonel ve maddi açıdan yetkin bir muhatap olduğundan uzlaşma müzakerelerini kolaylaştırıcı bir işlev görebilir. Sigorta limiti yargılama giderlerini aştığı miktarda, dava açan iflas masası ya da alacaklıların bir uzlaşma veya bir mahkeme kararı neticesinde parasını alabilmesini de garanti eder. Bu noktadaki sıkıntı ise, çoğunlukla farklı ülkelerde yaşayan yöneticiler için paranın tahsilinde yaşanacak zorluklardır⁴¹⁰.

B. SİGORTACININ HİMAYE YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Aşağıda kısımda yöneticilerin sorumluluk sigortasında, sigortacının himaye yükümlülüğünün miktar ve yer yönünden sınırları meselesi ele alınacaktır.

⁴¹⁰ Eski OR 708’de mevcut olan ikamet yeri yükümlülüğü (Wohnsitzpflicht), uygulamada bu sıkıntıya sebep veriyordu. 16.12.2005 tarihli Borçlar Kanunu değişikliği ile bu hükmün ortadan kalkmasından sonra, her türlü sorumluluk taleplerinin yöneticilerin sorumluluk sigortası sayesinde mahkeme yoluyla kabul ettirilmesinin kolaylaştırılması hususu giderek önem kazanmıştır. Bkz. **HALLER**, s. 173, 174.

1. Miktar Yönünden Sınırları

Sigortacının ediminin miktar yönünden sınırları incelenirken, sigorta bedeli, seri zarar klozu ve sigortalının zararın bir kısmına katlanması konuları üzerinde durulması gerekir.

a. Himaye Limiti (Sigorta Bedeli)⁴¹¹

Genel sigorta tatbikatında olduğu gibi, yalın malvarlığı zararlarının sigortalanmasında da kural olarak toplam sigorta süresi için maksimum himaye limitinin kararlaştırılması yaygın bir uygulamadır. Himaye limiti hukuki açıdan zorunlu bir sözleşme hükmü söz konusu değildir⁴¹². Zira sınırlandırmanın yapılmaması halinde, sigorta edimi zaten gerçekleşen zarara göre belirlenir⁴¹³. Ancak sınırsız sözleşme yükümlülüklerine maruz kalmamak ve rizikoyu hesaplanabilir kılmak için sigortacılar malvarlığı zararı sigortalarında, her zaman gerçekleşen zarara uygun olacak şekilde, tazminat yükümlülüğünün azamî miktarını ifade eden bir sınır getirme yoluna gider. Yöneticilerin sorumluluk sigortasında bu limitler sadece talep

⁴¹¹ Terminolojik açıdan, doktrinde ve sigorta poliçelerinde *sigorta bedeli* ifadesinin çoğunlukla *himaye limiti* kavramı ile eş anlamlı kullanıldığını belirtmekte yarar vardır. Sigorta bedeli kavramı, mal sigortasında sigortalanan malların değerinin tutarına dayanır. Sorumluluk sigortasında ise, sigortalanan malların kümülatif bedeli söz konusu olmaz, bilakis meblağ ölçüsünde kanunen sınırlandırma yapılmayan sorumluluk talepleri bakımından sigorta ediminin sınırlandırılması söz konusudur. Bu nedenle himaye limiti ifadesi tercihe şayandır. Bkz. **HALLER**, s. 237.

⁴¹² Karş. TTK m. 1425.

⁴¹³ D&O sigortası bir zarar sigortası olması nedeniyle, sigortalanan tutar, sigortacının talepleri karşılama sorumluluğu için öngörülen üst limittir. Her durumda, sigortacı sigortalı tarafından maruz kalınan kayıptan daha fazlasını ödemeyecek olup, söz konusu kayıp mağdurlara ödenecek olan savunma giderleri ve tazminatları kapsamaktadır. Bkz. **BANDLE**, s. 316.

başına değil, aynı zamanda kararlaştırılan sigorta süresine göre⁴¹⁴, kural olarak bir yıl⁴¹⁵ olmak üzere (toplam limit) sınırlandırılır. Bu sınırlamaya bir defaya mahsus garanti olarak tanımlanır⁴¹⁶. Himaye limiti sadece tazminat ödemelerini değil, sigortacı tarafından ödenen yargılama ve avukatlık masraflarını da kapsar. Sigortacı, talepleri haksız olarak nitelendirip önleme fonksiyonu biçiminde edim yükümlülüğünü üstlenirse - ki bu pek çok D&O sigortacısı tarafından tercihe şayan değildir- burada kendine özgü bir yükümlülüğün söz konusu olduğu belirtilir. D&O sigortalarının grup sigortası olması nedeniyle, sigorta limitinin tüm sigortalı yöneticiler için müşterek olarak sadece bir kez belirlendiği anlamına gelir. Her sigortalıya riskin gerçekleşmesi durumunda limitin tüketilmesi hakkı tanınır. Ancak, burada sigortalılar, himayenin diğer sigortalılar tarafından da talep edileceğini hesaba katmak zorundadırlar. Himayenin sigortalı tarafından her talep edilişiyle birlikte, arta kalan sigorta limiti de buna uygun olarak azalacak ve duruma göre sigorta limitinin tüketilmesine yol açabilecektir⁴¹⁷.

⁴¹⁴ Ayrıca, yöneticilerin sorumluluk sigortasındaki kombine himayelerde, sıklıkla görülen sigorta sektöründe ifade ediliş biçimiyle alt limitler (sublimit) de bulunur. Banka sorumluluğunda olduğu gibi çok sayıda ürünün kombine edilmesi ya da sağlanan himayenin kendisini aşan sigorta himayelerinde ve sigorta şirketinin sigorta limitinin tamamını sağlamak istemediği sigortalarda ortaya çıkar. Burada münferit limitler mi yoksa sadece kararlaştırılan limit içerisinde talep edilebilen bir alt (kısmi) limit mi söz konusu olduğu poliçe metninden anlaşılabilir. Bkz. **HALLER**, s. 237.

⁴¹⁵ Yöneticilerin sorumluluk sigortaları mutlak olarak bir yıllık poliçe süresi için bir seferlik garanti sağlarlar. Buna karşın, eski tarihli sorumluluk sigortalarında bir yıldan daha uzun süreli poliçelerin de yapıldığı görülmekteydi. Bunlar sadece, talep ya da hadise başına sigorta limitini tespit etmiyorlar, aynı zamanda bir azami artış klotu içermeleri sebebiyle de, tüm sigorta edimlerinin azami tutarını, sigortanın toplam süresi içerisinde talep ya da hadise başına sigorta limitinin birkaç katına sabitleyordu. Bkz. **HALLER**, s. 237.

⁴¹⁶ **HALLER**, s. 234, 235; Mesleki sorumluluk sigortasında da beher olay ve toplam limit olmak üzere benzer sınırlama vardır. Bkz. **ŞENOCAK**, Mesleki Sorumluluk, s. 177.

⁴¹⁷ **HALLER**, s. 236.

Sigorta bedeli, sigorta ettiren şirketin istediği miktara ve buna ilişkin belirlenen primi ödemeye hazır olmasına, finansal durumuna, sigorta piyasasının kapasitesine, riskin tür ve büyüklüğüne, sigorta himayesi sağlanan coğrafi alandaki tecrübelerle göre belirlenir⁴¹⁸. Yöneticilerin sorumluluğunun akla gelebilecek boyutları, burada talî önemdedir. Sigorta limitinin bu şekilde belirlenmesi yöneticilerin olası sorumluluğunun kural olarak sigorta limitinden daha yüksek olması sonucunu beraberinde getirir. Uygulamada sigorta şirketleri çoğunlukla zarar görenlerle anlaşma yolunu seçtikleri için, himaye limiti, masrafların ödenmesine ve uzlaşma çerçevesindeki ödemelere yeterli gelmektedir⁴¹⁹.

b. Seri Zarar Klozu

Sigorta sözleşmesi süresince aynı sebepten kaynaklanıp daha sonra ortaya çıkan müteaddit talepler, ilk talebin ileri sürüldüğü tarihte yapılmış sayılır. Talebin ileri sürülmesi ilkesinde olduğu gibi, seri zarar klozu da, çok sayıda poliçenin daha uzun zaman dilimi içerisinde harekete geçirilmesini önlemeye hizmet eder. İşletme sorumluluk sigortası ve burada sık uygulanan zarara sebep olma ilkesinden doğmuş olan seri zarar klozu, kural olarak sebep olmaya dayanır. Yöneticilerin sorumluluk sigortasında her zaman talebin ileri sürülme ilkesi uygulandığı için seri zarar klozu, sebep olma prensibi ile talebin ileri sürme prensibinin kombinasyonudur. Bu istinat

⁴¹⁸ HALLER, s. 236.

⁴¹⁹ HALLER, s. 236.

prensiplerinin bu şekilde karmasından kaçınan poliçelerde piyasada bulunmaktadır⁴²⁰.

Bu sebeple sigorta himayelerinde talebin ileri sürülmesi ilkesine göre genel olarak seri zarar klozundan vazgeçilip vazgeçilmeyeceği sorusu gündeme gelir. Talebin ileri sürülmesi ilkesinin esas alındığı sigorta himayelerinde, yeni ileri sürülen talepler, yürürlükte olan sigorta teminatlarına dahil edilir. Buradan çıkan sonuç, ilk ileri sürülen talep hakkında uygulanması gereken sigorta teminat limiti tamamen tüketilmişse söz konusu sonraki talep karşılanamayacaktır. Ayrıca uzatılmış bildirim süresi de öngörüldü hallerde seri zarar klozu, daha önceki bir zararla bağlantılı olan hali hazırdaki talepleri, eski bir sigorta periyoduna bağlayarak ileri sürebilmekte ve talep ileri sürme ilkesi aleyhine bir uygulama doğurmaktadır. Poliçe metinleri bir talebin poliçe süresi dolduktan sonra ileri sürülmesine izin vermezken, bunu seri zarar klozu ile öngörmesi hali kendi içinde çelişkili bir görünüm doğurur. Bildirilen zararlar için poliçede, taleplerin zamanaşımına uğramasına kadar kurumlaşmış bir sonradan sigorta himayesi öngörülmesi ve buna karşılık olarak da bildirilen hadiseye dayanan talepleri, sigorta himayesi yenilendiğinde hariç tutmak daha uygun olacaktır⁴²¹.

c. Sigortalının Zararın Bir Kısma Katlanması (Selbstbeteiligung)

Sorumluluk sigortalarının kayıtsız şartsız uygulanması, sigorta himayesinden yararlanan kişinin hareket ve fiillerinde, daha az dikkatli olmasına sebep olabilir. Bunun önünü geçmek için, sigorta ettiren (sigortalı) zararın bir kısmına kendisi

⁴²⁰ HALLER, s. 238.

⁴²¹ HALLER, s. 239; ÜNAN, s.101, 102.

şahsen katlanmakta ve sigortacı zararın tamamını tazmin etme yolundan kaçınmaktadır⁴²².

Sigortalının (mesleki sorumluluk sigortalarında kural olarak sigorta ettirenin) zararın belirli bir kısmına katlanması iki şekilde söz konusu olabilir. Birinci tür, meydana gelen zararın yüzdelik bir kısmının şahsen üstlenilmesi (Selbstbehalt) şeklinde gerçekleşir. Bu sayede, sigortalının zarar olaylarına duyarlılığının artırılarak rizikonun gerçekleşmesindeki aktif ya da pasif rolünün engellenmesi; zararı azaltma ve mümkünse önleme konusunda sigortalının motive edilerek, bu yönde aktif iştirakinin sağlanması, sonuç olarak sorumluluk hissinin güçlendirilmesi amaçlanmaktadır⁴²³. Sigortalının zararın belirli bir kısmına katlanmasının diğer türü ise, muafiyet (franchise) şeklinde olur. Şöyle ki, sigortalı burada zararın belirlenen sınıra ulaşmayan miktarını bizzat üstlenmektedir. Sigortacının sorumluluğu ancak, sigortalının üstlendiği zararın belirlenen azami miktarı aşmasından sonra; ya muafiyet miktarını da kapsayacak şekilde genişleyerek (eklenen muafiyet) ya da sigortalının sorumluluğunun her durumda devam ettiği muafiyet bedeli, tazminat tutarından indirilerek (tenzili muafiyet) söz konusu olur⁴²⁴.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası bakımından sigortalının zararın belirli bir kısmına katılması, zararın bir kısmının şahsen taşınması (Selbstbehalt) şeklinde gerçekleşir⁴²⁵.

⁴²² **BOZER**, s. 259.

⁴²³ **YONGALIK, A. :** “*Sigortalının Zararın Bir Kısmina Katılması (Bizzat Katılma)*”, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, s. 160, 161; **ŞENOCAK**, Mesleki Sorumluluk, s. 190, 191.

⁴²⁴ **YONGALIK**, s. 157, 158; **ŞENOCAK**, Mesleki Sorumluluk, s. 191.

⁴²⁵ Poliçenin lafzında buna dair bir hüküm olup da, sigortalılar yahut şirket tarafından maktu bir para tutarının yahut kaybın belirli bir oranının yüklenilmesini emreden excess Clause veya franchise clause hükmü olup olmadığı belirtilmediğinden mahkemenin sigortalıların daha fazla lehinde

aa. Zararın Bir Kısımının Bizzat Taşınması (Selbstbehalt) Kavramı

Zararın bir kısmının bizzat taşınması kavramı, sigortalının, hukuki sorumluluğunun söz konusu olması halinde ve sigorta himayesi sağlanmasına rağmen, zararı bizzat taşımak zorunda olduğu meblağdır. Sadece bu meblağı aşan kapsamda, sigorta edimleri borçlu olunur, yani bu miktara kadar sigorta edimi söz konusu olmamakta, bizzat sigortalının kendisi bu duruma katlanmaktadır⁴²⁶.

bb. Sigorta Ettiren Şirketin Bizzat Katlanacağı Miktar

Yöneticilerin sorumluluk sigortası alanında, sigorta ettiren olarak şirketin bizzat katlanacağı kısma ilişkin farklı uygulamalara rastlanılmaktadır. Yöneticilerin sorumluluğunu bir paket çözüm kapsamında, mesleki sorumluluk sigortası ile birlikte sigortalatan büyük işletmeler, maddi güçlerine ve sigorta piyasasındaki mevcut duruma göre, taşıyacakları miktarı çok geniş bir aralıkta belirledikleri görülür. Mesleki sorumluluk sigortası bağlamında çok büyük şirketler için çözümler ölçü olarak alınmakla birlikte, bunun piyasa için tipik olduğu söylenemez. Buna karşılık, şirketin vasıtasıyla tazminat (indemnifikasyon) anlaşmalarının İsviçre'nin aksine caiz olduğu ülkelerde, şirkete yapılacak geri ödeme (company reimbursement) şeklinde tazminat için yapılan şahsen taşınacak miktar tipiktir. Piyasa durumu ve sigorta şirketine göre çok fazla farklar çıkmasına şaşırmamak gerekir. Her

olan ikinci türü seçmesinin muhtemel olduğunu belirten farklı bir görüş için bkz. **BUNDLE**, s. 316.

⁴²⁶ **ŞENOCAK**, s. 190.

hâlıkârda bazen de zararın yüzdesi ile karma bir değerlendirme yapılarak, kombine edilmektedir⁴²⁷ .

cc. Yöneticilerin Bizzat Katlanacağı Miktar

İsviçre’de yöneticilerin şahsen taşıyacağı miktar piyasadaki dalgalanmalara tâbidir. Piyasada yeterli sigortacı D&O-himayesi sunarsa ve özel sektör için de yeterli sigorta kapasitesi mevcutsa, kural olarak bizzat katlanacağı miktara ilişkin anlaşma da yapılmamaktadır. Bu husus bu aralar normal bir durum olarak görülebilir. Rekabetin bulunmadığı sigorta kapasitesinin olmadığı ya da yeni piyasa segmentlerinin çıkması halinde istisnalar ortaya çıkabilir⁴²⁸ .

D&O sigortalarında yöneticilerin bizzat katlandığı pay, İsviçre bağlamında (konteksinde) iç sorumluluğun önem ifade etmemesinden dolayı, ilke olarak ne anlamlı ne de geçerlilik şartı olarak ilgilidir. Aynı zamanda D&O sigorta himayeleri sıklıkla dünya çapında himaye sağladığı da göz önüne alınmalıdır. Şirketin yöneticilere(organ üyelerine) karşı iç ilişkiye dayanarak dava açmalarına sıklıkla rastlanılan Almanya ve ABD başta olmak üzere diğer hukuk düzenlerinde ise yöneticilerin sırf sigorta bedelinden yararlanmak için şirket ile kendilerine dava açacak şekilde anlaşmaları belirli bir risk (ein gewisses Risiko; moral hazard) oluşturur. Bu hususta ilgili kişiye kendi şahsi malvarlığının korunacağı güvencesi verilir. Bu durumda Almanya’da, makul bir oranda zararın şahsen yüklenilmesinin kanunen talep edilmesi hususu gündeme gelir. Almanya’daki durum, zikrettiğimiz üzere gerek kanundaki açık hüküm gerekse iç sorumluluk, kurumsal yönetim tavsiyeleri (der Corporate-Governance-Empfehlungen) ve gözetim kurulunun konumu bakımından İsviçre’deki durumdan önemli ölçüde farklılık gösterir. Şöyle

⁴²⁷ HALLER, s. 181, 182.

⁴²⁸ HALLER, s. 182.

ki, Alman Paylı Şirketler Kanunu paragraf 93 Abs. 2 Satz 3'deki amir hükmü ve buna göre güncellenen Alman Kurumsal Yönetim Kodeksinin 3.8 bendi 2.fıkrasının son haline göre, yönetim kurulu üyeleri için, *“zararın en az %10'u tutarından, yönetim kurulu üyesinin yıllık sabit gelirinin en az bir buçuk katı tutarına kadar”* zarara şahsen katılma öngörülür. Kodeks, kanun öngörmese de gözetim kurulu üyeleri için de makul bir zarara şahsen iştirak tavsiye eder⁴²⁹. ABD'de ise, zarara iştirak oranlarının şirket tarafından ödenmesi yaygın bir uygulamadır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus da, sigorta ettirenin üzerinde kalacak şahsi katlanma oranlarının yüksek belirlenmesi, sigortanın şirketler hukuku açısından arzu edilen koruma işlevinin değersiz hale getireceğidir. Bu durum ayrıca, yöneticilerin kazanılmasını zorlaştırılır ve yöneticiler nezdinde şirket yönetimi ile ilgili güçlü bir risk antipatisi yaratır. Bu sebeple yüksek düzeyde bir şahsi katlanma, herkesin kaybettiği bir durum oluşturur ve hiçbir tarafa da esaslı bir fayda sağladığı söylenemez. İç sorumluluğun çok fazla geliştiği bir takım ülkelerde, yöneticilere sigorta himayesi bahşeden poliçelerde, “riskin bizzat katılma ile kontrolü” (die Steuerung des Risikos durch den Selbstbehalt) ile “koruma işlevinin kaybedilmesinin kontrolü” arasında hassas bir dengenin kurulması, iki ucu keskin bir bıçak olarak karşımızda durur⁴³⁰.

D&O sigortasındaki zarara iştirak oranları sigortacıyı, diğer alanlarda olduğu gibi küçük çaplı zararlara karşı korumaz, zira D&O poliçesinde öngörülen zarara yol açan hadiseler, zarara iştirak oranlarını kural olarak sadece savunma masrafları oluşması durumunda aşabilir. Bu husus, D&O sigortası himayesi kapsamında zarara iştirak oranlarının primlerde bir indirimine gidilmeme de sebebidir. Ayrıca, eskiden beri ileri sürülen zarara iştirak oranlarının sigortalıların sorumluluk bilinciyle hareket

⁴²⁹ SİEG, s. 436 vd; MERTENS/CAHN, s. 809 vd.

⁴³⁰ HALLER, s. 182, 183.

etmesini sağlayacağı tezi, bugüne kadar kanıtlanmamış ve tutarlılık kazanmamıştır⁴³¹.

2. Kişi Yönünden Sınırları

Sigorta ettiren şirketin ve bağlı şirketinin hali hazırda, geçmişte ve gelecekteki yöneticileri bakımından, bu kişilerin kişisel özelliklerinden ziyade, şirketteki yönetici konumda bulunmaları ya da istihdam edilmeleri neticesinde, bu yönetici gruba dahil olanların münhasıran yönetim faaliyetlerinden kaynaklanan yükümlülük ihlallerinden doğan sorumluluklarla sınırlı bir himaye sunulmaktadır.

§ 11. SİGORTA ETTİRENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE KÜLFETLERİ

Bu paragrafta sigorta ettirenin yükümlülükleri ve külfetleri konusunda TTK'daki genel hüküm niteliğindeki düzenlemeleri tekrar etmek yerine, yöneticilerin sorumluluk sigortası bakımından söz konusu yükümlülüklerin ve külfetlerin ele alınış biçimine emsal olarak GDV örnek şartları ağırlıklı olarak incelenecektir.

I. SİGORTA ETTİRENİN PRİM ÖDEME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yöneticilerin sorumluluk sigortasında, sigorta sözleşmesinin tarafı ve sigorta ettiren olarak şirket tarafından primler ödenir. Sigorta sözleşmesi gereği sigortacı sigorta himayesi sağlama yükümlülüğünü yerine getirirken, sigorta ettiren ise karşı edim olarak prim ödeme borcunu üstlenmektedir.

⁴³¹ HALLER, s. 183.

İşletmenin ödediği primler^{432,433} ayrıca, diğer sigortalarda olduğu gibi vergi hukukunda işletme masrafı sayılır⁴³⁴. Primler, serbestçe müzakere edilebilir ve bu müzakerelerde doğal olarak piyasanın o anki şartları göz önüne alınır. Prim miktarını belirleyen hususlar, sigortacının sermaye ve reasürans giderleri (Kapital- und Rückversicherungskosten) dışında, sigorta bedeli, bilanço büyüklüğü ve şirketin cirosu, şirketin maddi durumu, coğrafi himaye, sigorta kapsamında uygulanacak istisnalar ve sigorta kapsamının genişletilmeleri, daha düşük bir boyutta süre limitleri ve zarara iştirak oranlarıdır⁴³⁵. Yapılan prim hesabında, sigortalıların sayısı önem arz etmez. Sadece, şirket yeni kurulmalarında, bölünmelerde, “yönetimin şirketi devralması (management buy outs)” ya da “bölünme (spin-offs⁴³⁶)” gibi istisnai durumlarda, yöneticilerin bireysel özellikleri primin hesaplanmasında da dikkate alınır⁴³⁷.

ABD’de primin ödenmesi yükümlülüğünün %90’ı şirkete, %10’u da yöneticilere aittir. Bununla birlikte, D&O sigorta primlerinin şirket tarafından üstlenilmesi, bugün için uluslararası olarak kabul görmüştür. Ekonomik açıdan bakıldığında bu husus, en iyi yöneticiler ile çalışmak için yapılan mücadelede,

⁴³² **ÖZDAMAR, M.** : Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, 2009, s. 80. vd. , (Aydınlatma Yükümlülüğü).

⁴³³ Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nun (DVVG) 36. paragrafında 2008 reformuyla herhangi bir değişikliğe gidilmemiş ve prim ödeme yeri, sigorta ettirenin yerleşim yeri olarak belirlenmiştir. İsviçre Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nun (SVVG) 22. paragrafına göre, prim ödeme borcu sigortacının yerleşim yerinde ödenir. TTK m. 1432’de ise, sigorta priminin, sigorta ettirenin, sigorta sözleşmesinde gösterilen adresinde ödeneceğini hüküm altına almıştır.

⁴³⁴ **VETTER**, s. 457.

⁴³⁵ Karş. **DREHER, M.** : Der Abschluss von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 165 (2001), s. 297 vd.

⁴³⁶ Bir şirketin nispeten küçük bir bölümünün ayrılmasıyla yeni şirketlerin ortaya çıkması, olarak ifade edilebilir.

⁴³⁷ **HALLER**, s. 176.

küçümsenmemesi gereken bir faktördür. İsviçre’de, nerdeyse hiç mevcut olmayan iç ilişkideki sorumluluğa rağmen, primlerin tamamen şirket tarafından üstlenilmesine yönelik uygulama mevcuttur. Bu durum diğer ülkelerle karşılaştırıldığında son derece cömert bir çözüm modelidir. Çünkü, bu ülkelerde iç sorumluluğun mevcudiyeti, primin şirket tarafından üstlenilmesinin, hatta bu sigortanın yapılmasının önemli bir gerekçesi olarak sayılmaktadır. Almanya örneğine bakıldığında, gözetim kurulu istinat edilerek iç ilişki ile ilgili açılan davalar, İsviçre’ye göre çok daha yoğundur, böylece şirketin bu sigortayı yaptırmadaki menfaati doğrudan bununla ilişkilendirilebilir. Ancak iç ilişkideki sorumluluğun doğası gereği, son derece ağır sınırlamalar ve sigortanın kötüye kullanılması sorunları ortaya çıkar⁴³⁸.

Alman doktrininde, sigorta ettiren anonim şirketin ödediği primin yönetim ve gözetim kurulu üyelerine verilen toplam ücretin (Gesamtvergütung) bir parçası olup olmadığı tartışılmıştır. Bu tartışma, AktG §§ 87, 113 ve HGB § 285 Nr. 9 hükümlerinin farklı yorumlanmasından kaynaklanmaktadır. Bir görüş, sigorta primleri ve her türlü yan edimleri ibarelerinin, AktG § 87 hükmünde yönetim kurulu üyelerinin toplam ücreti kapsamında yer alan kalemler arasında sayılması ve benzer şekilde HGB § 285 Nr. 9 hükmünde de yıllık bilanço ile kar ve zarar hesabının ekinde yönetim kurulu üyeleri ve gözetim kurulu üyeleri başta olmak üzere benzeri kişi gruplarına, faaliyetleri nedeniyle iş yılı içinde ödenen toplam ücretin kapsamında yer alan kalemler arasında yer almasından hareketle yöneticilerin sorumluluk sigortası nedeniyle ödenen primin de bu kapsama girdiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, AktG § 113 hükmü gereği de, esas sözleşmede ya da genel kurul tarafından belirlenen ücret, gözetim kurulu üyelerine faaliyetleri nedeniyle verilir. Bu nedenle

⁴³⁸ Karş. **DREHER**,s. 322 vd.

de, gözetim kurulu üyeleri için şirket tarafından bir yöneticilerin sorumluluk sigortası yaptırılabilmesi genel kurulun izni ile mümkün olabilecektir. Aksi durumda, gözetim kurulu üyelerini de kapsamına alan bir yöneticilerin sorumluluk sigortası AktG § 113 emredici hükmüne ihlal ettiğinden yalnızca yönetim kurulu üyeleri için himaye sağlanabilecektir⁴³⁹.

Buna karşılık aksi görüş, primin ödenen ücretin bir parçasının oluşturmadığı, gözetim kurulu üyeleri için bu sigortanın yaptırılmasının genel kurulun muvafakatine ihtiyaç duymadığını iddia etmektedir. Buna göre, kanun koyucu AktG § 87 ve HGB § 285 Nr. 9 hükümlerinin lafzında geçen “sigorta primleri” ifadesini yöneticilerin sorumluluk sigortasını kastederek değil, organ üyelerinin şahıslarıyla ilgili bir takım sigortalar için öngörmüştür. Yöneticilerin sorumluluk sigortası nedeniyle sigorta ettiren anonim şirketin ödediği prim, şirketin yöneticilerine uygun bir çalışma ortamı hazırlamak için sarf ettiği giderdir; yoksa, yöneticilerin şirkete sundukları emeğin karşı edimini oluşturan bir niteliği yoktur⁴⁴⁰. Alman Federal Maliye Bakanlığı da, bu görüşe paralel şekilde, sigortalı yöneticiler açısından, sigorta ettiren anonim şirketin ödediği primlerin vergilendirilebilir gelir niteliğinde olmadığı, ücretler üzerinden alınan vergi ile gelir vergisi matrahının hesaplanmasında dikkate alınmayacağını belirtmiştir. Çünkü bu sigorta kapsamında sigortalı, kural olarak bireysel anlamda tek tek yöneticiler değil, grup halinde yönetimin kendisi olduğundan, yöneticilerin vergilendirilebilir parasal çıkarları konu dışında kalmaktadır. Prim hesaplanmasında esas olan da, sigortalı yöneticilerin kişisel özellikleri ya da bireysel çıkarları değil, sigorta ettiren anonim şirketin uğrayabileceği yalın malvarlığı zararlarını karşılayabilecek bir teminatı sağlamaya yönelik olan, sigorta ettiren anonim

⁴³⁹ KÄSTNER, K: Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, AG 2000, s 116 vd.

⁴⁴⁰ VETTER, s. 456-457.

ortaklığın yapısı, yıllık cirosu, bilanço büyüklüğü, faaliyet gösterdiği sektörlerin risk yapısı vb. işletme verileridir⁴⁴¹.

Bu tartışma, İsviçre için söz konusu değildir⁴⁴². Gerçi aynı şekilde, yöneticilerin sorumluluk sigortasının her zaman nihai belirleyici pozisyonundaki yöneticilere kolaylık sağladığı aşikar olup, menfaat çatışmasına (Interessenkonflikt) neden olmakla birlikte, İsviçre’de OR 716 I’in yasal yetki karinesi, yönetim kurulu lehinedir. Karar verme hususu da (Entschädigungsfrage) hakim olan görüşe göre aynı şekilde yönetim kurulunun yetkisindedir⁴⁴³. Ayrıca, genel kurulun, sigorta bedeli, prim miktarı ve sunulan sigorta himayesine ilişkin olarak piyasaya arz edilen çeşitli ürünler arasında buna ilişkin bir seçim için uygun organ olması hususu da şüphelidir⁴⁴⁴.

Sonuç olarak prim hesabında, öz sermaye, işletmenin faaliyet konusu (örneğin, bio-teknoloji işletmeleri gibi aşırı riskli alanlarda birkaç misli prim ödenir), işletmenin yaşı (fiilen daha 2 ya da 3 yıllık faaliyet geçmişi olan işletmeler genellikle güçlükle sigorta himayesi bulabilirler) ile bilançosu dahil olmak üzere, aylık ve yıllık faaliyet raporuna göre finansal durumu özellikle önem arz etmektedir . Örneğin, İsviçre’de ve Avrupa’da sınırlı bir faaliyet gösteren sağlam bir finansal durumu olan bir işletme için hesaplanan primler önem arz etmeyecek boyuttadır. İşletmenin profilindeki herhangi bir değişiklik primlerde aşırı artışa yol açabilmektedir⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ **TEKİL**, s. 136.

⁴⁴² **DREHER**, s. 295, 308 ve 321 f.

⁴⁴³ **FORSTMOSER/SPRECHER/TÖNDURY**, s. 255.

⁴⁴⁴ **HALLER, M.** , s. 177.

⁴⁴⁵ **HALLER, M.** , s. 250.

II. SİGORTA ETTİRENİN KÜLFETLERİ

Almanya’da, D&O sigortasında, sigorta ettirenin yükümlülükleri ve külfetleri hususunda, sorumluluk sigortası genel şartları ile Alman Sigorta Sözleşmeleri Kanunu’nun sistematığı bakımından özel ya da farklı bir durum bulunmamaktadır. Bu nedenle, söz konusu hususların ayrıntılı şekilde genel hükümlerdeki işlenişine burada tekrar yer verilmeyecektir. Bunun yerine, Alman Sigorta Birliği’nin en son 2008’de yayımlanan örnek şartlarındaki düzenleniş ele alınacaktır.

A. SÖZLEŞME ÖNCESİ İHBAR KÜLFETİ

Alman hukukunda, sigorta ettiren sigortacıya sözleşme yapılması konusundaki iradesini açıklayıncaya kadar, sigortacının bir liste (fragebogen) aracılığıyla⁴⁴⁶ sormuş olduğu ve sigorta sözleşmesinin sigortacı açısından kararlaştırmış içeriğiyle akdedilmesi kararı için önem arz edip kendisi tarafından da bilinen tehlikeyle ilgili tüm durumları ihbarla yükümlüdür. Sigorta ettiren sözleşme iradesini izhar ettikten sonra da, sigortacının icabı kabulünden önce zikrettiğimiz anket formundaki sorularla ilgili ihbar yapmakla yükümlüdür. Sigortacının sözleşmeyi kesin olarak akdetme ya da üzerinden anlaşılan içeriğiyle yapma kararı üzerinde etkili olabilecek durumlar risk açısından önem arz etmektedir. Şayet sözleşme sigorta ettirenin temsilcisi tarafından akdedilir ve bu kişi tehlike arz eden

⁴⁴⁶ TTK m. 1436 çerçevesinde öngörülen liste usulü hakkında bilgi için bkz. **ÖĞÜZ, Z. , Ş. :** Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul 2010, s. 103 vd.

durumu biliyorsa, sigorta ettiren kişinin sanki bu husustan kendisi haberdarmış ve kötü niyetle bu hususu saklamış gibi kabul edilmesi gerekir (AVB-AVG 7.1.1).

Türk hukukunda, tehlikeyle ilgili durumlarda eksik ya da yanlış bilgi verilmesi, sigortacıya sözleşmeden dönme hakkı verir. Bu durumda da, sigorta ettiren sigorta himayesinden yararlanamaz. Ayrıca, sigorta ettirenin kastının varlığı halinde de, sigortacıya rizikoyu taşıdığı süreye ait primleri kazanma hakkı verir (TTK m. 1439, 1440, 1441). Ancak, Alman hukukunda GDV örnek şartlarında, kastın ya da ağır ihmalin olmadığını sigorta ettirenin ispatlaması durumunda sigortacının dönme hakkının kullanılamayacağını düzenlenmiştir. Ayrıca sigortacı, ihbar edilmeyen hususları öğrenmiş olsa dahi, sözleşmeyi yine de akdedeceğini sigorta ettiren ispat ettiği takdirde sigortacının yine cayma hakkı söz konusu olmayacaktır. Ayrıca risk gerçekleştikten sonra sigortacı sözleşmeden dönmüş ise, eksik ya da yanlış bildirilen durumun ne riskin gerçekleşmesi için ne de edimin tespiti ve kapsamı için sebep teşkil etmediğini kanıtlarsa sigortacı sigorta himayesini bahşetmek zorundadır, meğerki sigorta ettiren ihbar külfetini kötü niyetli olarak ihlal etmiş olsun. Sigortacı, cayma iradesi geçerli oluncaya kadar geçen sözleşme süresine uygun olacak şekilde primin belirli bir kısmına hak kazanır. (AVB-AVG 7.1.2). Buna karşılık, TTK m. 1442’de cayma hakkının düşmesini, bu hakkın kullanılmasından açıkça veya zımnen vazgeçilmesi, caymaya yol açan ihlale sigortacının sebebiyet vermesi ve sigortacı, sorularından bazıları cevapsız bırakıldığı halde sözleşmeyi yapması durumlarına hasretmiştir.

İhbar yükümlülüğünün ihlali ne kasta ne de ağır ihmale dayandığı için, sigortacının sözleşmeden dönme hakkı istisna tutulursa, bu durumda sigortacı sözleşmeyi bir aylık süreye uyarak feshi ihbarda bulunabilir. Feshi ihbar hakkı,

sigorta ettirenin sigortacının sözleşmeyi diğer koşullar altında da, bu ihbar edilmeyen durumları bilmesi halinde de sigortayı akdedeceğini kanıtlaması halinde feshi ihbar hakkı söz konusu olmayacaktır. Sigortacı sözleşmeyi ihbar edilmeyen şartları bildiği halde, mevcut diğer şartlarla akdedeceği için sözleşmeden dönemiyor ya da feshi ihbarda bulunamıyorsa, diğer koşullar sigortacının talebi üzerine geçmişe etkili bir şekilde sözleşmenin unsuru haline gelir. Sigorta ettiren şirket, yükümlülük ihlalinin sorumlu değilse diğer şartlar işleyen sigorta süresinden itibaren sözleşmenin bir parçası haline gelir. Sözleşmenin uyarlanması yoluyla prim %10'dan daha fazla artırılırsa ya da sigortacı, ihbar edilmeyen şartlar için riskin üstlenilmesini sigortacı kabul etmezse, sigorta ettiren sözleşmeyi sigortacının yaptığı bildirim kendisine ulaştıktan itibaren bir ay içerisinde süresiz olarak feshi ihbarda bulunabilir.

Sigortacı AVB-AVG 7.1.2 ve 7.1.3 bendinde kendisine tanınan hakları yazılı olarak bir ay içerisinde ileri sürmelidir. Bu süre kendisinin ileri sürdüğü hakkın temelini oluşturan ihbar yükümlülüğü ihlaliyle ilgili bilgi edindiği anda birlikte başlar. Kendi beyanına dayandırdığı durumları da bildirmek zorundadır. Bu bir aylık süre geçmemişse, bu beyanını gerekçelendirmek için sonradan diğer şartlarla ilgili herhangi bir ihbarda bulunabilir. Bu iki bentte tanınan haklar, sadece sigorta ettirenin yazılı olarak metin şeklinde bir bildirimle ihbar yükümlülüğü ihlalinin sonuçlarına işaret etmesi halinde söz konusu olur. İhbar edilmeyen tehlike durumunu ya da ihbarın doğru olmadığını bilmesi halinde, bu bentlerdeki haklara dayanamaz (AVB-AVG 7.1.3).

B. RİZİKONUN AĞIRLAŞMASINA BAĞLI YÜKÜMLÜLÜKLER

Aşağıda rizikonun ağırlaşmasına bağlı yükümlülükleri, yöneticilerin sorumluluk sigortası açısından GDV'nin örnek şartları kapsamında ele alacağız.

1. İhbar Yükümlülüğü

Sigorta ettiren sonradan bir riziko ağırlaşmasına yol açtığını⁴⁴⁷ ya da buna izin verdiğini sonradan farkına varırsa, bu risk artışını sigortacının sorması üzerine derhal bildirmek durumundadır. sigorta ettirenin sözleşmeye ilişkin beyanda (vertragserklärung) bulunduktan sonra, bir tehlike artışı kendi iradesinden bağımsız olarak gerçekleşirse, bunu öğrendikten sonra tehlike artışını sigortacıya soru üzerine gecikmeksizin ihbar etmelidir (AVB-AVG 7.2.1).

2. Feshi İhbar

AVB-AVG 7.2.1'e göre rizikonun ağırlaştığı durumlarda sigortacı, sözleşmeyi bir aylık feshi ihbar süresine uyarak feshedebilir. Hem de, feshi ihbar için gerekli olan şartların sadece sigortalı şirket ya da bağlı şirketlerin kısmında gerçekleşmiş olması halinde dahi fesih hakkı kullanılabilir. Sigortacının rizikonun ağırlaştığı bilgisini edindiği andan itibaren bir ay içerisinde feshi ihbar hakkı kullanılmazsa ya da rizikonun artmasından önceki durum yeniden tesis edilirse, feshi ihbar hakkı ortadan kalkar (AVB-AVG 7.2.2).

⁴⁴⁷ Kavram için bkz. **OMAĞ, M. K.** :Türk Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, 1985, s. 41. vd.

3. Primin Artırılması

Sigortacı sözleşmeyi feshetme yerine rizikonun ağırlaştığı andan itibaren, işlem ilkelerine (Geschäftsgrundsätzen) göre, artan bu risk için uygun bir prim talep edilir ya da daha yüksek bir riskin sigorta edilmesini kabul etmeyebilir. Bu hakkın ortadan kalkması için zikredildiği üzere AVB-AVG 7.2.2 ikinci paragrafındaki hükümleri buna uygun olarak geçerli olur. Prim, rizikonun ağırlaşması sonucu olarak %10'un üzerinde artarsa ya da sigortacı ağırlaşan bir riski sigortalamayı kabul etmezse, sigorta ettiren sigortayı, sigortacının kendisine yaptığı bildirimin eline geçmesini takiben bir ay içerisinde, bu süreye uymadan feshedebilir. Sigortacı sigorta ettirene bildirimde bulunarak bu hak konusunda dikkatini çekmek zorundadır. AVB-AVG 7.2.1 birinci ve ikinci paragrafa göre rizikonun ağırlaşması durumunda, sigortacının tehlikenin arttığını bilmediği sürece, bu ihbarın sigortacının eline geçeceği anı takip eden bir ayı aşkın bir süre sonra sigortayı doğuran hadise gerçekleşirse sigortacı ödeme yapmak zorunda değildir. 7.2.1 birinci ve ikinci paragrafa göre ihbar yükümlülüğünün ihlal edilmesi kasta dayanmadığı müddetçe, sigortacı ödeme yapmakla yükümlüdür. Ağır ihmal halinde ise, sigortacı edimini, sigorta ettirenin kusurunun ağırlığına uygun bir oranda azaltabilir. Ağır bir ihmal olmadığının ispat yükü sigorta ettirene aittir. Rizikonun ağırlaşması, sigortayı doğuran olayın gerçekleşmesinin nedeni ya da edim yükümlülüğünün kapsamı değilse; ya da sigortayı doğuran olayın gerçekleştiği anda sigortacının feshi ihbar yapmak için süre geçmiş ve artık feshi ihbar yapılmamışsa birinci paragraf birinci cümleden farklı olarak sigortacı ödeme yapmakla yükümlüdür (AVB-AVG 7.2.3).

C. SİGORTA ETTİRENİN KÜLFETLERİ

1. Rizikonun Gerçekleşmesinden Önceki Külfetler

Alman hukukunda GDV örnek şartlarına göre, sözleşmenin akdedilmesinden önce sigortacı, başvuruda bulunan şirkete, genellikle bir soru listesi⁴⁴⁸ vasıtasıyla pek çok soru yöneltecektir. Söz konusu sorular sigortalı kişilerden ziyade şirkete ilişkin olacaktır. Aynı zamanda sigortacı şirket tarafından düzenlenen ve şirkete ait muhasebe kayıtları, bilançolar, bildirimler, basın duyuruları ve diğer raporları inceleyecektir. Başvuru sahibi sigortacıya, sigortacının riski kabul yönündeki kararına ve bunu hangi şartlar altında kabul edeceğini etkileyebilecek her türlü vakıa yönelik doğru ve kapsamlı bilgi sunmakla yükümlüdür. İngiliz hukukunda sigortacının söz konusu soruları yöneltmesi dahi gerekmemekteyken, Fransa ve İsviçre’de başvuru sahiplerinin bildirim yükümlülüğü, teklif formunda yer alan sigortacının sorularına ilişkin olarak uygulanmaktadır. D&O sigortasının pek çok sigortalıya yönelik karma bir poliçe olması itibariyle, bölünebilirlik (severability clause) hükmünü içermesi önem arz etmektedir. Söz konusu hususun anlamı bir yöneticinin bildirim yükümlülüklerini ifada başarısızlığa düşmesi durumunda sigortacıya sözleşmenin tamamını feshetme ve diğer masum sigortalıları korumasız bırakma hakkının tanınmayacağıdır.

Sigorta ettiren sigortacının talebi üzerine, makul bir süre içerisinde özel olarak tehlike oluşturabilecek durumları bertaraf etmek zorundadır. Bu husus, her iki

⁴⁴⁸ Örnek olarak bkz. Organhaftpflichtversicherung-Fragebogen, http://www.zurich.ch/internet/zurich-ch/SiteCollectionDocuments/site/de/Organhaft_Offertanforderung_Fragebogen_erweitert_d.pdf, (çevrimiçi 02.09.2011).

tarafın menfaati düşünöldüğünde beklenemiyorsa geçerli değildir. Zarara yol açan bir olayın özel olarak risk oluşturduğu şeklinde yorumlanır(AVB-AVG 7.3.1).

2. Rizikonun Gerçekleşmesinden Sonraki Külfetler

Örnek şartlara göre, sigortayı doğuran her hadise geciktirilmeden yazılı şekilde sigortacıya bildirilmelidir. Bir soruşturma yapılmışsa, bağımsız bir kanıt toplama yapıyorsa ya da bir yakalama emri verilmişse yahut konusu mal varlığı zararının ikamesi olan ya da buna yol açabilecek bir karar verilmişse, bu durumda sigortayı doğuran olaya daha önce ihbar edilmiş olsa dahi, sigorta ettiren ya da sigortalı sigortacıya geciktirmeden keyfiyeti bildirmekle yükümlüdür. Buna ilaveten, sigortalıya mahkeme kanalıyla bir talep ileri sürölmüş veya yargılama masraflarıyla ilgili bir yardım başvurusu yapılmış ise ya da sigortalıya mahkeme tarafından bir davetiye gönderilmişse de bu hususlarında geciktirilmeden sigortacıya bildirilmesi gerekir. Aynı şekilde, bir gözaltı ya da ihtiyati tedbir uygulamasında da bu husus geçerlidir. Sigortacının herhangi bir talimatına ihtiyaç duymadan sigortalı, icra ödeme emrine karşı zamanında itiraz etmek zorundadır. (AVB-AVG 7.3.2.1).

Sigorta ettiren ve sigortalı kişiler imkanları ölçüsünde zararın savuşturulması ve azaltılması için hareket etmelidirler. Sigorta ettiren için beklenebildiği ölçüde, sigortacının vereceği talimatlara burada uyulmalıdır. Sigortalılarla sigorta ettiren şirket, sigortacıya zararla ilgili detaylı ve gerçeğe uygun rapor vermeliler ve onu zararın bildirilmesinde ve değerlendirilmesinde desteklemelidirler. Sigortacının görüşüne göre, zararın ele alınması için önem arz eden tüm durumlar bildirilmelidir. Aynı şekilde bunun için talep edilen bilgiler yazılı bir şekilde sigortacının tahsisine sunulmalıdır.

D. KÜLFETLERİN İHLALİNİN SONUÇLARI

Sigorta ettiren, sigorta olayı gerçekleşmeden önce ifa etmesi gereken sözleşmesel bir yükümlülüğü ihlal ederse, sigortacı sözleşmeyi ihlali öğrendiğinden itibaren bir ay içinde süresiz olarak feshedebilir. Sigorta ettiren ihlalin ne kast ne de ağır ihmale dayandığını kanıtladığı takdirde, sigortacının fesih hakkı bulunmamaktadır. Sözleşmesel bir yükümlülük kasıtlı olarak ihlal edilirse, sigorta ettiren sigorta himayesini kaybeder. Bir yükümlülüğün ağır ihmal sonucunda ihlal edilmesi, sigortacıya edimi konusunda, sigorta ettirenin kusurunun ağırlığı oranında bir kesintiye gitme hakkını tanır. İhbar yükümlülükleri ile külfetler, anlamlarına uygun olarak sigortalılar için geçerli olurlar (AVB-AVG 8).

§ 12. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Yöneticilerin sorumluluk sigortasının sona erme sebepleri, sözleşmenin feshi, sözleşmeden dönme (cayma) ve sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi olarak sıralanabilir. Bu paragrafta, Alman hukukunda AVB-AVG’de özellik arz eden riziko gerçekleşikten sonra tarafların olağan üstü fesih hakkı üzerinde durulacaktır. Yoksa, Türk hukuku bakımından TTK m.1413 ve devamı hükümlerinde düzenlenen sigorta sözleşmesinin sona ermesiyle ilgili hükümlere değinilmeyecektir. Ancak, yine de sözleşme yapılması sırasındaki, TTK m. 1435 ve devamı hükümleri uyarınca beyan yükümlülüğünün ihlalinin yaptırımını olarak sigortacıya tanınan, ihlali öğrenme

tarihinden itibaren 15 gün içinde sözleşmeden cayma hakkını zikretmekte fayda görüyoruz.

Alman hukukunda, sigortacı, sigorta olayı gerçekleştikten sonra, sigortalıların korunma talebini kabul eder ya da haklı olarak red ederse, sözleşmenin her bir tarafı sigorta ilişkisini feshedebilir. Bu husus sigortacının, sigortalıya uyuşmazlık konusuyla ilgili talebini kendisine göndermesi talimatını vermesi durumunda da geçerlidir. Feshi ihbar sadece, korunma talebinin kabulü ya da reddini takiben ya da üçüncü kişi ile yaşanan ihtilaf sonucunda mahkemenin vermiş olduğu kararın kesinleşmesinden itibaren bir ay içerisinde yapılabilir. Sigorta ettiren isteyerek tasfiye edilirse ya da yeni bir hakimiyet doğarsa, o zaman sigorta himayesi tasfiyenin yapılmasıyla veya yeni bir hakimiyet ilişkisinin başlamasıyla otomatik olarak sona erer (AVB-AVG 9).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTA

TEMİNATININ KAPSAMI VE SINIRLARI

§ 13. ZAMANSAL KAPSAM

Bir yıldan uzun süreli poliçelere, D&O sigortasında yaygın olmamakla birlikte, piyasanın yumuşak seyrettiği, yani sigorta ettiren şirket lehine olduğu dönemlerde rastlanılmaktadır. Sigortalıların buradaki avantajı, sigorta şirketinin bu uzun süreçte, sigorta ettiren şirketin finansal durumunun kötüleşmesi sonucunda sigorta himayesini yenilememesi ya da daraltması gibi bir sonucu düşünmek zorunda olmamasıdır. Ayrıca, bir yıldan uzun süreli poliçeler primlerin sabitlenmesini sağlar. Sigorta şartlarını daha uzun bir zaman dilimi boyunca güvence altına alır. Diğer bir husus da, yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesinin süresinin kendiliğinden uzamasının yaygın bir uygulama olmamasıdır. Zaten, İsviçre örneğinde de, böyle bir duruma, SVVG 47'deki emredici hüküm nedeniyle ancak azami 1 yıl için müsaade edilebilir⁴⁴⁹.

§ 14. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASININ MADDİ MUHTEVASI

Bu kısımda, yöneticilerin sorumluluk sigortasının maddi muhtevasını belirleyen konu, yani Türk hukukunda yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin

⁴⁴⁹ HALLER, s. 232, 233.

sorumluluğunun esası ele alınacak, sonra bu sigorta ile teminat altına alınan yalın malvarlığı zararı kavramı üzerinde durulacaktır.

I. SİGORTAYLA TEMİNAT ALTINA ALINAN YÖNETİCİLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Burada esasen sigortanın maddi muhtevasını belirleyen, anonim şirket yöneticisinin, yönetim faaliyeti (Geschäftsführung) sırasında vuku bulan, yükümlülük ihlalinden kaynaklanan sorumluluk ele alınacaktır. Anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerinin hukuki işlemleri sebebiyle akdi sorumluluğu söz konusudur. Ayrıca, şirketi temsil ve idareye yetkili bu kimselerin, görevlerini yerine getirdikleri sırada üçüncü kişilere verdikleri doğrudan zararlardan mütevellit haksız fiil sorumlulukları bulunmaktadır.

Sigorta himayesinin şartı, sigortalı yöneticinin sorumlulukla ilgili olan söz konusu davranışının, sigorta ettiren şirketin ya da bağlı şirketinin yönetim faaliyeti ile ilgili alana girmesidir. Yani, sorumluluk doğuran yükümlülük ihlali, yönetim yetkisi kapsamında yöneticiye tanınan faaliyetler arasında yer almalıdır. Bu husus, kanun hükümlerinden, şirketin tüzüğünden (Gesellschaftssatzung), şirket esas sözleşmesinden (Gesellschaftsvertrag), iç yönergeden, ortakların kararlarından ve mevcutsa hizmet sözleşmesinden anlaşılır. Buna göre, şirket yönetimi, gözetimi ve kontrolü kapsamındaki (AktG § 76, 111) yükümlülük ihlalleri sigortalanır. Bunun yanında, şirketin hizmet edimi bağlamında, yöneticinin, şirket yönetimi veya gözetimi dışında yapmış olduğu mesleki sorumluluk ile ilgili faaliyetler, örneğin bir

bankanın hatalı kredi vermesinde olduğu gibi durumlar nedeniyle vuku bulan yükümlülük ihlalleri de, kural olarak sigorta himayesi kapsamına girer⁴⁵⁰.

GDV'nin örnek şartlarına göre, üçüncü şahıs gibi şirkette görevi olmadığından dolayı ,talepte bulunulamayan hallerde kural olarak sigorta himayesi de söz konusu olmaz. Bu husus özellikle, kişisel güven talep edilmesi nedeniyle ya da sözleşmenin kurulmasında kendi ekonomik menfaati bulunması nedeniyle söz konusu olur. Organ üyelerinin aynı zamanda sigorta ettiren şirketin ya da birlikte sigorta yaptıran bağlı şirketin ortakları olduğu durumlarda, ortaklarının şahsi sorumluluğuna gidilmesi halinde (Durchgriffshaftung) sigorta himayesi söz konusu olmaz. Çünkü, bu durumda sigortalı organ faaliyetini icra etmesinden dolayı değil, bilakis şirket ortağı olarak davranışından dolayı sorumlu olmaktadır⁴⁵¹.

Alman örnek koşullar konseptine göre, birlikte sigortalı olmayan şirketlerde yöneticinin dış vekili (Fremdmandate), yani Outside Directorship'ler için sigorta himayesi bahşedilmez, Bu husus uygulamada özellikle bankalarda ve katılım şirketlerinde rol oynamıştır. AVB-AVG 5.7 bendinde düzenlenen istisnanın nedeni, diğer şirketlerde yapılan faaliyetin sigortalanmasının, müteselsil sorumluluk nedeniyle diğer şirketin icra kurulunun da sigortalanmasını doğuracak olmasıdır. Sigortacı, bu riskin değerlendirilmesi için ihtiyaç duyduğu bilgilere çoğunlukla sahip olamaz. Bunun yanında böyle bir durumda ileri sürülecek taleplerin, tercihen dışarıdan yetkilendirilen sigortalı yöneticiye karşı yapılacağı korkusu da bulunur⁴⁵².

Yasal sorumluluk hükümleri, tarafların iradesinden bağımsız olarak sigorta ile ilgili durumun gerçekleşmesine hukuki sonuçlar bağlayan normlardır. Sözleşmesel

⁴⁵⁰ von LANZENAUER, s. 1867.

⁴⁵¹ von LANZENAUER, s. 1867.

⁴⁵² von LANZENAUER, s. 1867.

yükümlülüklerin ihlalden dolayı ileri sürülen talepler, haksız fiillerden doğan talepler ve organ üyelerinin şirketler hukukuna ilişkin yasal iç sorumluluğu bu kapsam dâhilinde görülür⁴⁵³. AVB-AVG'ye göre kamu hukuku kaynaklı talepler sigorta kapsamı dışında tutulmuştur. Bu durum özellikle vergi mevzuatına aykırılıktan doğan sorumlulukla ilgilidir⁴⁵⁴. Türk hukukunda TTK m. 1404'de, sigorta ettirenin veya sigortalının, kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı bir fiilden kaynaklanan zarara himaye sağlamak için sigorta yaptıramayacağını hüküm altına almıştır.

Şirketin kendi yöneticisi karşısındaki, yani iç ilişkiden kaynaklanan sorumluluk, ABD yöneticilerin sorumluluk sigortasında uygulamasında himaye kapsamına alınmamaktadır. Bununla birlikte Alman hukukunda ise, sigorta şirketini manipüle etme riskine rağmen, sigorta himayesini ilgilendiren tazminat taleplerinin büyük kısmı iç ilişkiden kaynaklanmaktadır⁴⁵⁵.

Şirket ile yönetim kurulu arasındaki ilişki, kural olarak anonim şirketler hukukunun emredici hükümleri çerçevesinde belirlenir. Nitekim, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu mevzuunda özel zaman aşımı süresi öngörülmesi (TTK m. 560), kusur karinesine ve farklılaştırılmış teselsüle dayalı bir sorumluluk sisteminin kurulması (TTK m. 553, 557) gibi düzenlemeler yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun kaynağının sözleşmesel mi, yoksa haksız fiilden mi kaynaklandığı sorusunun önemini azaltan hususlardır.

⁴⁵³ **FLEISCHER, H.** : Handbuch des Vorstandsrechts, 2006, § 12, N. 33.

⁴⁵⁴ **FLEISCHER**, § 12, N. 34.

⁴⁵⁵ **OLBRICH**, s. 140.

A. YÖNETİCİNİN SÖZLEŞMESEL SORUMLULUĞU

Şirketin, yönetim kurulu üyesine karşı yönelteceği talebinin kaynağı sözleşmeye dayanmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin idare ve temsil hakları ile ilgili sorumluluklarının esasını, sözleşmeye aykırılık oluştururken; zarar verici fiillerinin haksız fiil teşkil etmesi, bu iki sorumluluk halini yarışır vaziyette karşımıza çıkmasına sebep olur⁴⁵⁶.

1. Şirket ile Sigortalı Yönetici Arasındaki Sözleşmenin Varlığı

Anonim şirket ile yönetim kurulu üyesinin arasındaki ilişkisini vekalet sözleşmesine⁴⁵⁷, hizmet sözleşmesine⁴⁵⁸ veya nevi şahsına münhasır sözleşmeye⁴⁵⁹ ya da şirketler hukuku ve borçlar hukuku unsurlarını birlikte barındıran sözleşmeye⁴⁶⁰ dayandığına ilişkin görüşler öğretide mevcuttur. Bir uyuşmazlık halinde, yönetici ile şirket arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine ve uyuşmazlığın hukuki kaynağına göre çözüm yolu aranılacaktır⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ AKDAĞ GÜNEY, s. 100.

⁴⁵⁷ ÇAMOĞLU, s. 111.

⁴⁵⁸ Alman doktrinde, ücret, söz konusu akdin bir unsuru olarak ortaya çıkıyorsa hizmet akdi olarak nitelendirilmektedir. Bkz, HÜFFER, U. : Aktiengesetz, 8. Aufl. München, 2008, § 84 Anm 11.

⁴⁵⁹ BÜRGİ, W F. : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. V b/2, Art. 698-739, Zürich 1969, Art. 708, Anm 5 vd.

⁴⁶⁰ BÖCKLİ, Anm. 88.

⁴⁶¹ AKDAĞ GÜNEY, s. 106.

2. Yöneticinin Sözleşmeye Aykırı Fiilinin Niteliği

TTK'da yönetim kurulu üyelerinin ve yöneticilerin (kurucular ile tasfiye memurları da dahil), anonim şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı sorumluluklarının hukuki dayanağı yükümlülüklerinin ihlali olarak belirlenmiştir. TTK m. 369, özen ve bağlılık ilkesine aykırılığı doğrudan yükümlülük ihlali saymıştır. Yükümlülükten ne anlaşılması gerektiğini, TTK m. 553'den hareketle, yönetim kurulunun kanundan veya esas sözleşmeden doğan bir görev ya da yetki kapsamında, yapma ve yapmama zorunlulukları şeklinde ifade edebiliriz. Ayrıca TTK m. 374'de de, genel kurulun yetkisine bırakılanlar haricinde, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her tür iş ve işlemler şeklinde görev ve yetki tanımlamasına yer verilmiştir. Esasen yükümlülükler, yönetim kurulunun, şirketi, pay sahiplerini ve alacaklıları korumaya yönelik görev ve yetkileridir⁴⁶².

3. Sorumluluk Şartları

Genel kural, burada da değişmemekte, sorumluluk şartları olarak, zikredilen hukuka aykırılık ile birlikte, zarar, kusur ve uygun illiyet bağı aranmaktadır.

Yönetim kurulu üyelerinin tüm hukuki aykırılıklardan sorumlu olması gibi geniş bir yorumun önüne geçmek amacıyla, TTK m. 553 III'de kontrolü dışında kalan kanuna veya esas sözleşmeye aykırılıklardan ya da yolsuzluklar sebebiyle hiç kimsenin sorumlu tutulamayacağına ilişkin illiyet bağına özel önem veren bir hüküm ihdas edilmiştir⁴⁶³. Kanun koyucu sorumluluk şartı olarak illiyet bağının aranmasına ilişkin bu düzenlemeyle yetinmemiş, maddenin devamında, söz konusu sorumlu

⁴⁶² TEKİNALP, s. 271, N. 16-59.

⁴⁶³ TEKİNALP, s. 258, N. 16-12.

olmama durumu, gözetim ve özen yükümü gerekçe gösterilerek geçersiz kılınamaz demek suretiyle, sorumluluğu genişletici zorlayıcı yorumlara karşı ikinci bir önlem almıştır. Yönetim kurulunun gözetim sorumluluğunda da, illiyet bağının aranması gereklidir

Yönetim kurulu üyelerinin yükümlükleri olarak, yönetim yükümü, gözetim yükümü, özen yükümü ve sadakat yükümü sıralanabilir⁴⁶⁴.

Yönetim kurulu üyelerinin tümüne ait olan yönetim görev ve yetkisinin, esas sözleşmede dayanağı bulunması şartıyla yönetim kurulu, TTK m. 367'ye göre, 375. maddedeki devredilemez yetkileri dışındaki tüm yetkilerini, tamamen ya da kısmen, yönetim kurulu üyelerinden birine veya bir kısmına ya da üçüncü kişi yahut kişilere bir iç yönerge ile devredebilir. Organsal işlevin devri mahiyetindeki bu işlem neticesinde devredenin sorumluluğu da ortadan kalkacaktır. Sadece TTK m. 375'de sayılan devredilemez görev ve yetkilere ilişkin sorumluluk devam edecektir. Devralanın fiil ve kararlarından devredenin sorumlu tutulabilmesinin çerçevesini TK m. 553 çizmiştir. Buna göre, yönetim işlevini devredenin devralanın fiil ve kararlarından sorumlu tutulabilmesinin tek yolu, devralanın seçiminde makul derecede özen göstermemiş olması durumudur.

B. YÖNETİCİNİN HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

Yöneticilerin sorumluluk sigortasının devreye girmesine yol açacak diğer sorumluluk kaynağı yöneticinin haksız fiile sebebiyet veren davranışlarıdır. TBK. 49

⁴⁶⁴ PULAŞLI, s. 640 vd.

vd. maddelerinde düzenlendiği üzere hukuka aykırılık, kusur, zarar ve uygun illiyet bağı burada da aranacaktır.

Çalışma konumuz bakımından değinilmesi gereken anonim şirket yöneticilerinin her türlü hukuka aykırı eylemi değil, sadece yönetim faaliyeti kapsamındaki kanuna ve esas sözleşmeye aykırı işlem ve kararlarıdır. Çünkü, yöneticinin haksız fiil sorumluluğundan amaçlanan, şirketin iyi şekilde yönetilmesinin tesis edilmesidir. O halde yöneticinin haksız fiilden sorumlu olduğu durumlarda da, ortaya çıkan zararın yükümlüsü olarak kendisine karşı tazminat talebi ileri sürülebilecek, dolayısıyla yöneticilerin sorumluluk sigortasının bahsettiği himaye burada da söz konusu olacaktır.

II. SİGORTAYLA TEMİNAT ALTINA ALINAN ZARAR -YALIN MALVARLIĞI ZARARI

Sorumluluk sigortalarında, sigorta ettirenin (sigortalının) sorumluluğuna sebep olacak zararın çeşitli görünüşleri mevcuttur. Burada, üçüncü kişinin ölümü veya yararlanması söz konusuysa cismani ya da şahsi zarardan; üçüncü kişinin malvarlığında bulunan bir eşyanın zarar görmesi durumunda eşyaya ilişkin zarardan; bir ihmalden ya da ihlalden kaynaklanan mali mükellefiyetle ilgili yalın malvarlığı zararından bahsedilebilir⁴⁶⁵. Yöneticilerin sorumluluk sigortası, sonuncuya yani yalın malvarlığı zararlarına himaye sağlamak üzere yaptırılır.

Yalın malvarlığı zararı kavramı, sorumluluk hukuku ve sigorta hukukunda aynı bağlamda kullanılır. sigorta tekniği açısından yalın malvarlığı zararlarının takip eden malvarlığı zararlarından ayrılması gereklidir. Bununla birlikte takip eden

⁴⁶⁵ KENDER, s. 12.

malvarlığı zararlarının ayrılmasının yanı sıra; yöneticilerin sorumluluk sigortasının, normalde sigortalanmayan her türlü yalın malvarlığı zararları için toplama bir sigorta himayesi (auffangdeckung) olmadığı da belirtilmelidir. Bu nedenle de, yöneticilerin sorumluluk sigortalarının her bir uygulamasında, yalın malvarlığı zararlarının kendine özgü tanımları mevcuttur. Sigorta terminolojisinden doğan takip eden malvarlığı zararı kavramı illiyet bağı içerisinde eşyaya ve şahsa ilişkin zararların sonucu olarak ortaya çıkan malvarlığı zararlarını ifade eder. Sorumluluk hukuku terminolojisinde, takip eden zarar kavramı ile doğrudan eşya ve cismani zararları arasında bir ayrım yapılmadığı gibi bunların bir unsurunu oluşturur. Sorumluluk sigortasının kapsamının, sorumluluk sigortasının himayesini aşması mümkündür. Takip eden malvarlığı zararlarının, sorumluluk sigortasında sigorta edilip edilmeyeceği ya da hangi kapsamda sigorta edileceği, somut olayda uygulanacak olan poliçe metninden anlaşılabilirse de, uygulamada bu husus basit şekilde yer almaz. Sigortalanan eşya ve cismani zararların, sorumluluk hukukundaki eşya ve cismani zararlardan ayrılması sorunu ile işletme riskinin sigortalabilirliği sorusu akla gelmektedir. Yöneticilerin sorumluluk sigortasında sadece yalın malvarlığı zararları sigortalandığından takip eden malvarlığı zararları himaye kapsamına alınmaz. Bu husus özellikle başka bir sorumluluk sigortası içerisinde hariç tutulan takip eden malvarlığı zararları için de geçerli olacaktır⁴⁶⁶. Sonuç olarak, yalın malvarlığı zararları, eşyaya ve şahsa ilişkin zararlar ile bunların sonucu olarak ortaya çıkan malvarlığı zararları dışındaki malvarlığı zararlarını ifade eder.

⁴⁶⁶ HALLER, s. 221.

Genel sorumluluk sigortasında, yalın malvarlığı zararlarına sigorta himayesi sağlanmazken⁴⁶⁷, mesleki sorumluluk sigortalarında yalın malvarlığı zararlarına da sigorta himayesi bahşedilir. D&O sigortası ise, sadece⁴⁶⁸ eşyaya ve şahsa ilişkin zararlar dışında kalan yalın mal varlığı zararlarına koruma sağlanır⁴⁶⁹. AVB-AVG 1.1 bent, 4. fıkrasında yapılan malvarlığı zararları tanımı, malvarlığı zararları sigortaları için genelde yaygın olarak bilinen tanıma uygundur⁴⁷⁰. Buna göre, yalın malvarlığı zararları, negatif bir şekilde şahıs zararlarından, eşya zararlarından ve bu tür bir şahıs ve eşya zararının sonucunda meydana gelen “gerçek olmayan malvarlığı zararlarından” ayrılır⁴⁷¹. Hiçbir şekilde yalın mal varlığı zararı, özellikle bir organ üyesinin neden olduğu şahıs ya da mal zararı nedeniyle üçüncü kişi tarafından şirkete yönelik talepte bulunulmasında ve müteakiben bu nedenle organ üyesine rücu edilmesinde söz konusu olmayacaktır. Yalın malvarlığı zararı sadece üçüncü bir kişiye yalın malvarlığı zararı verilirse söz konusu olur. Şahıs ya da mal zararına uğradığını iddia eden kişi ile gerçek olmayan malvarlığı zararını ileri süren kişinin aynı kişi olması gerekli değildir⁴⁷². Ayrıca, bu tür şahıs ya da mal zararları kural olarak, şirketin işletme mali sorumluluk sigortası (die Betriebshaftpflichtversicherung) kapsamına alınır⁴⁷³.

⁴⁶⁷ PAMMLER, s. 37.

⁴⁶⁸ Çevre zararlarına ve *derivative klagen*’a ilişkin tek tük istisnalar söz konusu olabilir.

⁴⁶⁹ SCHMITT, s. 103 vd.; IHLAS, D&O, s. 58 vd.

⁴⁷⁰ IHLAS, D&O, 62 vd.; OLBRICH, s. 130.

⁴⁷¹ FLEISCHER, § 12, N. 31.

⁴⁷² TERBİLLE/SIEG, § 17 N. 94; FLEISCHER, § 12, N. 32.

⁴⁷³ FLEISCHER, § 12, N. 32.

Sözleşmenin ifasına ya da herhangi bir hukuki temeli olmadan ödenen ücretlerin geri ödenmesine ilişkin talepler başta olmak üzere, zararın ikamesine dayanmayan talepler sigorta himayesinin kapsamına alınmaz⁴⁷⁴.

Sigorta himayesi ayrıca sigortalının şahsi zararlarını kapsamaz. AVB-AVG 4.2 bende göre, sigortalının ya da sigorta ettiren şirketin bir ortağının sigorta himayesi iç sorumluluk halinde sermaye katılımı tutarında (yüzdesi oranında) azaltılır. Bu husus, sigorta ettiren şirketin ya da yavru şirketin ve dolayısıyla da bu şirkete iştirak eden başka bir şirketin doğrudan ve dolaylı olarak dürüstlük ilkelerine göre elinde tuttuğu paylar için geçerlidir⁴⁷⁵. Sigortayı doğuran hadisenin dolayısıyla da burada yükümlülük ihlalinin işlendiği sırada, daha yüksek bir sermaye katılımı esas alınır. Sigorta ettiren şirket içerisinde zarar gören üçüncü kişi olarak bulunan sigortalı bir kişi için, gerçek bir bireysel zarar sigortası durumu söz konusu olur. Sigortalı deyim yerindeyse (quasi) kendi kendine talebi ileri sürmesi gerekir. Böyle bir durum olası manipülasyon riskinden dolayı sigorta ettirilmez.⁴⁷⁶

§ 15. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA SİGORTA HİMAYESİ DIŞINDA BIRAKILAN HALLER (RİZİKO İSTİSNALARI)

Ana kural, bir sorumluluğun en fazla yasada düzenlendiği biçimiyle sigorta teminatı altında olmasıdır. Buna karşılık, sigorta, çoğu halde bir sorumluluğu yasada

⁴⁷⁴ **TERBİLLE/SİEG**, § 17 N. 85.

⁴⁷⁵ Karş. **LANGE**, s. 466; **DREHER**, s. 165, 293, 311.

⁴⁷⁶ **LANGE**, s. 466, 468 vd; **KOCH**, s.18, 20.

düzenlendiği gibi birebir kapsamaz. Riski sigortalanabilir hale getirmek için, yasada öngörülen sorumluluk daha dar bir kapsamda sigorta koruması altına alınır. Yani, yasa uyarınca sigortalının sorumlu olduğu bazı hallerin kapsam dışı bırakılması sıradan bir uygulamadır. Her ne kadar piyasa, D&O korumasına ilişkin olarak bir takım ortak istisna grupları geliştirmişse de, yöneticilerin hatalı davranışlarının (wrongdoings) - özel şartlar kapsamında istisna tutularak- şirketin şemsiye ya da battaniye koruması⁴⁷⁷ içerisinde yer alan diğer bazı hükümler kapsamında korunmasına ilişkin örnekler bulmak da sıklıkla mümkün olmaktadır. Belirtilen hususu somutlaştırmak için şu örnek verilebilir: Olağan D&O poliçeleri, yöneticiler veya şirket (entitiy cover) tarafından gerçek ya da farazi olarak bir eşyaya verilen zararı yahut bir eşyanın ortadan kaldırılmasını istisna tutmaktadır. Fakat bu durum, örneğin yöneticiler tarafından şirket mamelekinin çalındığı hallerde, poliçedeki sadakat hükümleri kapsamında, şirketin korunmasının engellendiği anlamına gelmemektedir⁴⁷⁸.

Uygulamada dar kapsamlı teminat sağlayan poliçeler esasen aşağıdaki harici talepleri koruma kapsamından çıkarmakta ve hissedar davalarını (shareholder litigation) korunan temel risk olarak bırakmaktadır. Aşağıda yer verilen tartışma D&O poliçelerine ilişkin olarak bir takım anahtar hükümlere işaret etmektedir, fakat himaye kapsamının uzlaşılabilir olduğu ve bu sebeple bir genelleme yapılmasının zor olduğunu belirtmekte fayda vardır. Gerek alıcılar gerekse satıcılar oldukça sofistike olup, sigortaya ilişkin tasarruflarındaki hukuki uzmanlık belirgin şekilde

⁴⁷⁷ Söz konusu husus, yönetici pozisyonunda bulunan ve kendisi için bireysel koruma sağlayan solicitor(sigorta anlamında sigorta acentesi adına prim toplayabilir, sigorta sunabilir, ama akdedemez/bir çeşit avukat) yahut muhasebecilere ilişkin mesleki sorumluluk sigortasından en önemli farkıdır. Bkz. **BUNDLE**, s. 315.

⁴⁷⁸ **PAOLINI/NAMBISAN**, s. 67.

gözükmektedir. Ayrıca, bu türden sigortalar için standart bir form bulunmadığını tekrar belirtmekte fayda görüyoruz. Bu sebeple koruma arayışı hem fiyatların hem de hükümlerin kıyaslanmasını ve belirli ölçüde uzlaşılmasını gerekli kılmaktadır. Mamafih bütün D&O poliçelerindeki amaç, hissedarlar tarafından açılacak davalara ilişkin riskin bireysel olarak yöneticilerin ve onların idare ettiği şirketin üstünden alıp, 3. kişi sigortacıya kaydırılması sonucunu doğurmaktadır. Böylece, hissedarların kendi yöneticilerini dava etmeleri halinde, genellikle ödemeyi yapan himayeyi sağlayan sigortacı olacaktır⁴⁷⁹.

Söz konusu istisnaların, aşağıdaki gruplardan birine dâhil olacak şekilde sınıflandırılması yol gösterici olacaktır: Sigortanın genel kabul gören prensiplerinin uygulanacağı temel istisnalar; D&O sigortası bakımından özellik arz eden istisnalar.

I. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDAKİ TEMEL İSTİSNALAR (EXCLUSION)

A. KASIT VE HİLE

Üçüncü kişinin tazminat talebi sigortanın temel prensiplerine aykırılık teşkil eden gerekçelere dayanmakta ise, *ex turpi causa non oritur actio* ilkesi⁴⁸⁰, herhangi bir yöneticiyi teminat altına alınmaktan alıkoyar. Kamu yararı sınırlamaları ve sigortanın, yalnızca sigortalının kontrolü dışında gerçekleşen kayıp veya sorumluluklara yönelik örtüşen kapsamı sebebiyle sigortacının sorumluluğu, D&O'nun geliştirildiği sorumluluk sigortası poliçesi çerçevesindeki ihmali davranışlara hasredilmiştir. Bu ihmali davranıştan kasıt, yönetim faaliyetinin

⁴⁷⁹ **BAKER / GRIFFITH**, s. 501.

⁴⁸⁰ Bu ilke, ahlaka aykırı bir hukuki sebebe dayanan muamele dava hakkını vermez olarak ifade edilir.

icrasında zorunlu olan beceri ve özen düzeyinin gerçekleştirilmesinde başarısız olunmasıdır. Diğer bir ifadeyle kasten, hileli ve/veya bilinçli olarak gerçekleştirilen hatalı bir davranış ile emredici hükümlerin ihlali bir sigorta poliçesi kapsamında tazmin edilmeyi engeller. Bu sebeple, poliçe metnine hukuka aykırı beklenmedik olaylara ilişkin herhangi bir türde istisnanın derç edilmesinin, neyin kapsanıp kapsanmayacağını tespiti bakımından ehemmiyetsiz olduğu, zira her durumda mahkemenin müdahale edip, sigortalının sigorta sözleşmesini yürürlüğü koymasını yasaklayabileceği gerçeği ortadadır. Buna rağmen, piyasa uygulaması bu yöndeki istisnaların derç edilebilmesi opsiyonunu tanımaktadır. Hatta bu istisnalar yeknesak olarak tüm poliçelerde ilgili bölümün başında yer almaktadır. TTK m. 1477’de, sigortalının, sorumluluk konusu olayı kasten gerçekleştirmesinden mütevellit zararların sigortacı tarafından himaye edilmeyeceği yönünde açık bir hüküm varken, ayrıca bu hususa poliçede yer verilmesinin, kanun hükmünü teyitten başka, sigortalıyı bir kez daha keyfi davranmaması yönünde uyarma dışında bir sebebi olmayacağı düşüncesindeyiz⁴⁸¹.

Buna göre, yönetici zimmetine geçirdiği bir mala ilişkin kayıttan doğan sorumluluğuna yönelik olarak sigorta koruması temin edemeyecektir. Daha açık bir ifadeyle, sigortalı yöneticinin gümrükten kaçak olarak soktuğu mallara el koyulması neticesinde doğan hukuki sorumluluğun sigorta tarafından tazmin edilmesine izin verilmeyecektir. Aksi uygulama, sigortalının kendi hatalı davranışından fayda sağlamasına izin vermek olur. Diğer bir örnek de, yönetici hile yahut suiistimalden doğan kendi kayıplarını gündeme getirdiğinde de, herhangi bir talep hakkı bulunmamasıdır. Bir yönetici “bilinçli olarak yahut ağır ihmal ile” kendisini

⁴⁸¹ PAOLINI/NAMBISAN, s. 68.

sorumluluk altına sokmuş ise, davranışlarının sonuçlarına niyet ettiği kabul edilmeli ve bu sebeple sigortacılardan tazminat talep edememelidir . Fakat, yalnızca ihmal (negligence) yeterli değildir. Daha önce belirtildiği üzere, dikkatsizlikten doğan kayıplar ile düşüncesizlik yahut hileden doğan kayıplar birbirinden ayırt edilmelidir. Bu sebeple, yanlış yönlendirme veya şirketin finansal bildirimlerinde yahut izahnamenin hazırlanmasında yatırımcıları kandırma niyetiyle bilinçli olarak yanlışlık (inaccuracy) yapılması istisnanın uygulanacağı bir hatalı davranışı oluşturmaktadır⁴⁸².

Gerçek hile istisnası, gerçek hileyi yahut şahsi zenginleşmeyi içeren talepler için söz konusudur. Hile istisnasında, gerçekten hatalı bir davranış işlediklerinde sigortalıların sigorta himayesinden istifade etmelerini engellenmektedir. Söz konusu hatalı davranış sıklıkla, “ *dürüstlüğe aykırı, hileli, suç niteliği taşıyan eylem yahut ihmaller veya bir kanun hükmünün yahut hukukun kasıtlı olarak ihlali*” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁸³.

Lloyd’un bu konudaki yaklaşımı ve uygulamasına göre, aşağıdaki şekilde herhangi bir kayıp, koruma kapsamında olacaktır: “ *herhangi bir yönetici aleyhine yürütülen duruşma sürecine ilişkin olarak, mahkemenin nihai kararı ve diğer nihai hükümleri uyarınca, söz konusu yöneticinin dürüstlüğe aykırı (dishonest) , hileli veya kötü niyetli (malicious) bir amaca dayanmayan saikle gerçekleştirmiş olduğu hatalı davranışı neticesinde hukuken sorumlu olduğu tespit edilmiş ve yöneticinin söz konusu hatalı davranışına ilişkin olarak dürüstlüğe aykırılıktan, hile veya kötü niyetli*

⁴⁸² PAOLINI/NAMBISAN, s. 69.

⁴⁸³ BAKER, / GRIFFITH , s. 500.

*davranıştan dolayı herhangi bir tespit yapılmamış olduğu durumlarda, ortaya çıkan kayıplar korunmaktadır*⁴⁸⁴ .”

Belirtilen hususa ek olarak, belirli bir davranışın yürürlükte olan bir kanun hükmü uyarınca yasaklandığı durumlarda, söz konusu yasal düzenleme, bir sigorta poliçesi kapsamında tazmin edilmeyi doğrudan ya da dolaylı olarak engelleyebilir. Fakat, yasal düzenlemenin ihlal edilmesi tek başına bir sorumluluk poliçesi kapsamında tazminin *pers e* engellenmesi için yeterli değildir. Sigortacı, aynı zamanda yasal düzenlemenin idari olduğu kadar medeni hukuk ve ceza hukuku bakımından da sonuç doğuracak şekilde dizayn edildiğini göstermelidir. Söz konusu yasal düzenlemenin örnekleri olarak, menkul kıymetler piyasasının manipülasyonu ve hileli iflasla ilgili hükümler verilebilir. Bu tür olaylarda, himayeye izin verilmesinin de kamu yararına aykırılık teşkil edeceği ve D&O poliçesinin talebe yanıt vermeyeceği aşıkardır⁴⁸⁵.

Bu noktada ilgisi bulunan husus genellikle bu istisnaların yalnızca dürüst olmayan yöneticilere uygulanacağı ve halâ sigortacılarından tazmin temin edebilecek durumda olan masum yöneticileri etkilemeyeceğidir. Fakat, sigortalının hatalı davranışının masum bir yöneticiye yüklenmemesini ve sigortacıların korumayı red etmemesini temin etmeye uygun bir tarzda kaleme alınmış bir bölünebilirlik klotunun⁴⁸⁶ öneminin, bu noktada küçümsenmemesi gerekir. Sigortacının, tek bir sigortalı yönetici bakımından korumayı başarılı şekilde hükümsüz kılabilmek için, yeterli derecede gerekçesi olduğu durumlarda, masum yöneticiler bakımından

⁴⁸⁴ PAOLINI/NAMBISAN, s. 70, naklen.

⁴⁸⁵ PAOLINI/NAMBISAN, s. 70.

⁴⁸⁶ HALLER, s. 206.

korumanın mevcut olup olmadığı hususu, söz konusu hükümlerin spesifik ifadesine bağlıdır⁴⁸⁷.

B. PARA CEZALARI VE CEZALANDIRICI TAZMİNAT⁴⁸⁸

Sorumluluk sigortası poliçelerinde özel para cezaları (*Bussen*) standart şekilde hariç tutulur. Bu istisnalar sadece asıl anlamı olan cezalandırıcı tazminat ödemeleri ile sınırlı değil, sözleşmeyle de kararlaştırılan cezai etkisi olan tazminat ödemelerini ya da Common-Law ülkelerinde ve özellikle ABD’de uygulanan pişmanlık sağlayıcı/cezalandırıcı ya da ibret verici tazminatları (punitive or exemplary damages) kapsayan cezai nitelikli olan Kıta Avrupası’ndaki anlamıyla manevi tazminatın da ötesine geçen çok geniş bir formülasyona sahiptir. Bir çok poliçede, bu istisna, istisna listesinde değil malvarlığı zararlarının tanımında yer almaktadır. Bu istisna sözleşmede bulunmazsa, sigorta himayesi kapsamına alınan söz konusu özel nitelikli bu tazminatın düzenleniş amacı da boşa çıkmış olur. Çünkü bu para cezasında amaç, ceza hukuku anlamında devletin müeyyide uygulamasından farklı olarak, faili bu tazminat yükümlülüğü ile karşılaştırarak malvarlığında örnek oluşturacak oranda bir yüke maruz bırakmaktır. Bu nedenle sorumluluk hukuku

⁴⁸⁷ Poliçedeki bu hükümde, bir sigortalı tarafından gerçekleştirilen maddi ihmaller, yanlış beyanlar ve benzeri davranışların diğer yöneticilere yüklenmeyeceğinin tartışmaya mahal vermeyecek şekilde, açıkça ifade edilmesi gerekir. Bkz. **PAOLINI/NAMBISAN**, s. 71.

⁴⁸⁸ Bussen olarak ifade edilen para cezaları buraya girer. Hakaret ve cürüm isnadı nedeniyle meydana gelen manevi zararların tazmini olarak ifade edilir. Bkz. **ÜNAL, M.** : Manevi Tazminat Ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD, C. 35, S.1, 1978, 397-437, s. 403.

anlamında bir zarar söz konusu değildir. Özel nitelikli bu tür tazminatlar ve diğer para cezaları bu sebeple sorumluluk sigortasının konusu da değildir⁴⁸⁹.

II. YÖNETİCİLERİN SORUMLULUK SİGORTASINDA ÖZELLİK ARZ EDEN İSTİSNALAR

A. ÖNCEKİ TALEPLER (PRIOR CLAIMS)

Police müddetinin başlangıcından önce ileri sürülmüş yahut askıda olan talepler için söz konusu olur. Önceki talepler istisnası mevcut poliçenin başlangıcından önce ileri sürülen yahut askıda olan ve olağan olarak önceki police kapsamında korunacak olan herhangi bir talebi oluşturmaktadır⁴⁹⁰.

B. SÖZLEŞMESEL SORUMLULUK

D&O sigortacıları, genellikle saf sözleşmesel sorumluluğa ilişkin koruma sağlama bakımından isteksizdirler. Bu türden istisnanın etkilerinden biri, D&O korumasının, yükümlülüklerini ifa sırasında gerekli beceri ve özen yükümünü yerine getirmede başarısız olarak haksız fiile neden olan şirket yöneticilerine karşı ileri sürülen taleplere hasredilmesidir. Bunun nedeni haksız fiil sorumluluğunda, sigortacılar, riski öngörerek değerlendirebilmek ve primleri tespit edebilmek

⁴⁸⁹ HALLER, s. 242.

⁴⁹⁰ BAKER, / GRIFFITH, s. 501.

imkanını haiz olmalarıdır. Öte yandan, gönüllü olarak yüklenilmesi gerekli olan sözleşmesel yükümlülükler, teorik olarak söz konusu sözleşmenin konusu olan her şeyle ilgili olabilmektedir. Bunun sonucu, haksız fiil sorumluluğundakine eş değer bir risk öngörüsü ve tahmini yapılmasının imkansız olmasıdır. Dahası, zararın ölçüsü potansiyel olarak sözleşmede, haksız fiildekinden daha büyük olmaktadır. Zira, kâr kaybı, yalın sözleşme taleplerinde görülmesi en fazla muhtemel olan kayıp türüdür⁴⁹¹.

Bu itibarla, hemen hemen tüm yöneticilerin sorumluluk sigortası poliçeleri tek başına sözleşmeden doğan sorumluluğu istisna tutmaktadır. Bununla birlikte söz konusu istisna kategorisinin varlık sebebi yalnızca zikredilen teknik gerekçelerden ibaret değildir; aynı zamanda kamu yararı kaygıları da söz konusudur. Gerçekten, sözleşmenin hileli yahut kasıtlı ihlali durumunda teminat sağlanmış olması durumu oldukça şaşılası bir durum doğuracaktır. Böylece, sigorta piyasası, efektif olarak, bir sözleşmenin taraflarını üzerinde anlaşılmaya varılmış hükümlere aykırılığın olağan sonuçlarına ilişkin bir kaçış alanı sunacaktır. *Ahlaki rizikosu* (moral hazard) ilkeleri şu uygulamaları yasaklamaktadır: sözleşme taraflarından birisinin sigortalı olması ve bu nedenle kendini güvende hissederek sözleşmeyi ihlal etmesi neticesinde, masum taraf sözleşme hükümleri kapsamında kendisine vaat edilen her neyse bundan yoksun kalabilmektedir⁴⁹².

⁴⁹¹ PAOLINI/NAMBISAN, s. 72.

⁴⁹² PAOLINI/NAMBISAN, s. 72.

C. SİGORTALI SİGORTALIYA KARŞI (INSURED v. INSURED CLAIMS)

Sigortalı kişiler arasındaki davalar için söz konusu olur. Sigortalı sigortalıya karşı istisnası, örneğin yöneticilerin şirketi yahut diğer yöneticileri dava ettiği veya şirketin bir yöneticiyi dava ettiği hallerde sigortalı taraflar arasındaki davadan kaynaklanan kayıplara yönelik sigorta prosedürlerini sınırlamaktadır⁴⁹³.

Sigortalı sigortalıya karşı istisnası, bir sigortalının diğer bir sigortalının hatalı bir davranışı yahut suiistimalde bulunduğu iddiasından doğan taleplerine yönelik himayeye karşı işlerlik kazanmaktadır. Belirtilen hususun D&O sigortasında iki temel amacı bulunmaktadır: 1- Sigortacının şirket içindeki bir dahili hukuk davasını finanse etmek zorunda kalmaktan kaçınmasını sağlamak 2- mevcut bir şirket korumasını (entity cover) haiz bir şirketin, hatalı yönetim kararlarından kaynaklanan kayıplara ilişkin sigortacının hesabından tazmin edilmesini engellemek⁴⁹⁴.

Belirtilen istisna yalnızca aynı poliçe kapsamındaki sigortalılara uygulanacak olup farklı poliçelerde korunan yöneticilere uygulanmayacaktır. Burada dikkat edilmesi gerek husus, sıklıkla rastlanıldığı üzere yönetici aynı zamanda hissedar olabilir. Bu sebeple hissedarlara ilişkin hukuki çarelere başvurulabilir ve böyle bir durumla karşılaşan D&O sigortacısı, talep sahibinin, söz konusu poliçe kapsamında sigortalı olduğunu ileri sürerek söz konusu istisnaya dayanması beklenebilir. Bir yönetici yalnızca yönetici pozisyonunu işgal ettiği için poliçe tanımları kapsamında bir sigortalı olarak sayılıyorsa; söz konusu istisna, aynı zamanda hissedar olan herhangi bir yöneticinin, talebin niteliğine bağlı olmaksızın, teminat elde etmesini

⁴⁹³ BAKER, / GRIFFITH, s. 501.

⁴⁹⁴ PAOLINI/NAMBISAN, s. 72.

engelleyecektir. Ancak, söz konusu kişi yalnızca sigortalı olarak hareket ettiği için değil aynı zamanda söz konusu talebin niteliği gereğince de sigortalı olarak kabul ediliyorsa, yöneticinin talebi, sigortalı olması sebebiyle reddedilemeyecektir. Bütün bu hususların anlamı talep sahibi yöneticinin yalnızca hissedar sıfatından doğan, haklarına yönelik ileri sürdüğü taleplere karşı, sigortacının bu istisnaya dayanamayacağıdır. Yani, masum ve kurulu yönetmeyen ve aynı zamanda hissedar olan; örneğin diğer yönetim kurulu üyelerinin şirketin malvarlığın kötüye kullandığını ya da hisselerini olumsuz şekilde etkilediğini ileri süren bir yöneticinin hissedar sıfatıyla talepte bulunmasının engellenemeyeceğidir⁴⁹⁵.

Söz konusu istisna kategorisinin temel amacının tasfiyeyi finansa etmekten kaçınmak ve/veya şirketin, sigortacıların zararına olarak ve hukuka aykırı şekilde tazmin edilmesini engellemek olması sebebiyle dar şekilde oluşturulması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁹⁶.

D. YÖNETİCİLERİN VE ÇALIŞANLARIN İŞTEN ÇIKARILMASI

Genellikle bir D&O poliçesi “ *sigortalı tarafından ileri sürülen yahut sürdürülen herhangi bir işe geri alma talebi*” ne ilişkin sorumluluğu istisna tutacaktır⁴⁹⁷. Dolayısıyla bir yöneticinin, işten çıkarılmasına yönelik olarak D&O poliçesi kapsamında herhangi bir talebi bulunmamaktadır. Her ne kadar, bir

⁴⁹⁵ PAOLINI/NAMBISAN, s. 74.

⁴⁹⁶ PAOLINI/NAMBISAN, s. 75.

⁴⁹⁷ ABD’de çalışanlar tarafından açılan davaların sıklığı hissedar taleplerinin hemen arkasından gelmektedir. Sözde hatalı davranışlar, ayrımcılık, haksız fesih ve tacizdir. Mamafih, pek çok lafızda, birleşik devletlerde ileri sürülen yahut bu ülkede hüküm verilen iş uygulamaları sorumluluğu taleplerine(EPL claim) ilişkin olarak bir istisna içermektedir. Bkz. **BUNDLE**, s. 317.

yöneticinin haksız işten çıkarma sebebiyle başlatmış olduğu hukuki süreçlerden ötürü katlandığı giderleri sigortacılarından talep edip edemeyeceğine yönelik bir sorun gündeme gelebilecekse de, bu durumda, himaye genellikle savunma giderlerine hasredildiğinden, muhtemel olmamaktadır. Ancak, şirket, haksız yahut hatalı işten çıkarmalardan soğan sorumluluklara ilişkin olarak, (D&O poliçesinin ayrı bir bölümü olarak düzenlenebilen) iş uygulaması sorumluluğu sigortası (EPL: employment practice liability) olarak bilinen bağımsız bir sigorta temin edecektir. Aynı zamanda, D&O koruması, sorumluluk sigortası olarak sözleşmenin tarafından ziyade 3. kişiye yönelik olduğundan, sigorta korumasına haiz bir şirket, bir yöneticinin işten çıkarılmasından doğan potansiyel kayıplara yönelik olarak, D&O poliçesi kapsamında talepte bulunamayacaktır. EPL koruması, bu itibarla,- yöneticiler dışında kalan- müstakbel, mevcut ya da geçmişteki çalışanların şirket, şirketin yöneticileri ya da diğer çalışanlara karşı talepte bulunduğu faydalı olabilecektir⁴⁹⁸.

E. CİSMANİ ZARAR YA DA EŞYA ZARARI, ÜRÜN SORUMLULUĞU, MESLEKİ SORUMLULUK

Birleşik krallıkta şirket, yasal açıdan çalışan sorumluluğu sigortası (EL: employer's liability) yaptırmak zorunda olup aynı zamanda genel kamu sorumluluğu korunmasında satın alması beklenmektedir. İkinci sigorta türü, şirket çalışanlarının, hizmetlerinin veya temsilcilerinin eylemlerine ve bunlardan doğabilecek takip eden kusursuz sorumluluğa karşı koruma sağlamak ve söz konusu koruma, telif hakları, patent veya marka haklarından doğan sorumluluğu da kapsamaktadır . Eşyaya

⁴⁹⁸ PAOLINI/NAMBISAN, s. 76.

yönelik zararın yanında, yöneticiler ya da diğer şirket çalışanları tarafından maruz kalınan fiziksel zarar, hastalık veya ölüm uzun şekilde oluşturulmuş ticari poliçelerin konusunu oluşturmaktadır. Ürün sorumluluğu sigortası, ayıplı ürünlerden dolayı kişilere ya da diğer ürünlere verilen zararlar bakımından daha uygun olabilecektir. Son olarak D&O poliçeleri mesleki sorumluluk bakımından, bu sorumluluk türü kaçınılmaz olarak mesleki sorumluluk sigortasının konusunu oluşturduğu ve yöneticilik faaliyeti tek başına bir meslek olarak kabul edilmediği için, herhangi bir fayda sağlamayacaktır⁴⁹⁹.

F. ÇEVRE ZARARI

Çevre kirliliği ile ilgili hukuki sorumluluk, genellikle tüm D&O poliçelerinde riziko istisnaları arasında mutlaka yer almaktadır. Çevre sorumluluğundan doğan zararlar son derece yüksek meblağlara karşılık gelmektedir. D&O poliçeleri, gerek çevre zararlarından doğan tazminat taleplerini hariç tutarak gerekse sigorta himayesinin maddi kapsamını belirlerken bu yönde sınırlamaya giderek, çevre sorumluluğunu geniş ölçüde sınırlar. Burada, çevre zararları mümkün olduğu kadar kapsamlı şekilde tanımlanmaya çalışılır. Çoğunlukla ABD ve Kanada dışında çevre zararlarını savuşturmak için yapılan masraflar, sınırlı bir limitle himaye kapsamına alınabilir⁵⁰⁰.

⁴⁹⁹ PAOLINI/NAMBISAN, s. 76, 77.

⁵⁰⁰ HALLER, s. 263, 264.

SONUÇ

Günümüzde uygulandığı şekliyle yöneticilerin sorumluluk sigortası, 1930'larda ABD'de uygulanmaya başlamıştır. ABD'de İngiliz sigorta piyasalarının etkisiyle gelişimini sürdüren söz konusu sigorta türü 1960'larda şirket yöneticilerinin korunma ihtiyacına yönelik farkındalığın artmasına paralel bir şekilde sigorta şirketleri tarafından da tam olarak fark edilmiş ve dünya çapında yaygınlaşması hız kazanmıştır.

Türkiye'de yöneticilerin sorumluluk sigortasının adını duyurmasının, sigorta sektöründeki söz konusu sigorta türünün uzmanları hesaba katılmazsa, neredeyse on yıllık bir geçmişi bulunmaktadır. Henüz kendisine özgü sigorta genel şartları bulunmayan yöneticilerin sorumluluk sigortası, çok sınırlı olmak üzere mesleki sorumluluk sigortası genel şartlarına atıf yapılmak suretiyle Türkiye'de varlığını sürdürdüğü bilinmektedir.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası, sigorta tasnifi içinde edim şekli düşünüldüğünde zarar sigortaları kategorisinde yer almaktadır. Sigortalı menfaatin ilgili olduğu konuya göre bir malvarlığı sigortasıdır. Son olarak da, malvarlığının pasifinde meydana gelen artışların karşılanmasını konu aldığı için zarar sigortalarından bir pasifin sigortasıdır.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası, anonim şirket tarafından yöneticileri lehine bu kişileri şirketin kendisine ve üçüncü kişilere karşı kişisel sorumluluklarından doğan riske karşı sigortalatmak için yaptırdığı bir isteğe bağlı sorumluluk sigortası ve TTK m. 1454 anlamında başkası lehine bir sigortadır.

“Yöneticilerin sorumluluk sigortasının tanımı şu şekilde yapılabilir. Anonim şirket ya da bağlı şirketi tarafından, - esasen yöneticilerin tümü lehine – yönetim fonksiyonunu icra eden organın hali hazırdaki veya eski, hatta gelecekteki bir üyesi lehine, bu kişilerin, iç ilişkide şirketin kendisine ve dış ilişkide üçüncü kişilere karşı söz konusu olan kusura dayalı sınırsız kişisel sorumluluklarından doğan risk bakımından, (bir sorumluluk sigortası olarak) hem yargılama ve/veya yargılama dışı taleplerin savuşturulmasına hem de haklı taleplerin mevcudiyeti halinde tazminine ilişkin teminat sağlamak için yaptırdığı isteğe bağlı bir sorumluluk sigortasıdır. Yöneticilerin sorumluluk sigortasında temel içerik, üçüncü kişilerin sigortalının organ faaliyetlerinden kaynaklanan haksız taleplerine karşı koyma ve bilhassa haklı taleplerin tatmini hususlarında yöneticiye himaye sağlanmasıdır.”

Borsada işlem gören anonim şirketler için söz konusu olan yöneticilerin sorumluluk sigortası esas alındığında üç farklı koruma türü içeren poliçe karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan *Taraf A Himayesi* olarak adlandırılan poliçe, kamuoyunda çoğunlukla D&O sigortası olarak akla gelen koruma türüdür. “Taraf B” türü poliçeler, şirketin hatalı davranışta bulunarak yükümlülüğünü ihlal eden yöneticilere karşı ileri sürülen taleplere ilişkin yapmış olduğu tazminat ödemeleri için himaye sağlamaktadır. Taraf B koruması kapsamında, bireysel olarak yöneticiden ziyade, şirketin kendisi sigortalı olarak değerlendirilmektedir. Taraf C koruması, sigorta ettiren anonim şirketin sigortalıların eylemlerinden dolayı üçüncü kişilere karşı bizzat doğacak hukuki sorumluluğuna himaye bahşedilmektedir.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası sözleşmesini doğrudan düzenleyen bir yasal düzenleme yoktur. Ancak, 2006 tarihli İngiliz Şirketler Kanunu Sec. 232(1) ve (2)’de söz konusu sigorta türünün geçersizliğinin ileri sürülemeyeceğini hüküm altına almıştır . Ayrıca 5.8.2009’da, Yönetim Kurulu Üyelerinin Ücretlendirilmesinin

Uygunluğu Hakkındaki Kanun (VorstAG) ile Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nun 93. Paragrafı ikinci fıkrası üçüncü cümlesi hükmü düzenlenmiştir. Söz konusu hükümle birlikte, yöneticilerin sorumluluk sigortası akdedildiği takdirde yönetim kurulu üyeleri mezkur kanun hükmünde belirtilen oranda zarara şahsen katılmak zorunda kalmışlardır. Böylece Almanya'da yöneticilerin sorumluluk sigortasının anonim şirketler hukukunda geçerliliği ve zarara şahsen katılma zorunluluğu mevzularında yapılan doktrindeki tartışmalar hakim görüş ekseninde son bulmuştur. Nihayet 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 361. maddesinde söz konusu sigorta türünün geçerliliği varsayımından hareketle yetersiz bir düzenleme getirilmektedir.

Yöneticilerin sorumluluk sigortasının konusunu, sigortalı yönetim faaliyetini yerine getirirken işlemiş olduğu bir yükümlölük ihlali nedeniyle özel hukuk içerikli yasal mali sorumluluk hükümleri temelinde bir malvarlığı zararı için 3. kişi tarafından ileri sürölen tazminat talebi oluşturur.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası talep esaslı olarak akdedilmektedir. Bu durumun sonucu olarak, sigortacı aleyhine ileri sürölen talebe ilişkin sigorta himayesi bahşedilebilmesi için sigorta müddeti içerisinde ileri sürölmesi gerekmektedir. Talebin ileri sürölmesi ilkesi bakımından yöneticinin haksız fiili işlediği ya da yükümlölüğünü ihlal ettiği ânın önemi yoktur.

Yöneticilerin sorumluluk sigortasında sadece yalın malvarlığı zararları sigortalanır. Yalın malvarlığı zararları, eşyaya ve şahsa ilişkin zararlar ile bunların sonucu olarak ortaya çıkan malvarlığı zararları dışındaki malvarlığı zararlarını, yani salt mâli zararları ifade eder.

Sigorta himayesinin kapsamını, üçüncü kişiye ödenecek tazminat ediminin üstlenilmesi (ödeme fonksiyonu) ya da haksız taleplerin savuşturulması (hukuki

himaye fonksiyonu) oluşturur. Sigortalı tarafından kendisine karşı bir tazminat talebinin ileri sürüldüğü bildirildiği zaman sigortacı, ya talebi haklı görerek tazmin yoluna gidecek, ya talebi haksız olarak nitelendirip savuşturmaya yönelecek, yani hukuki himaye sağlayacaktır.

Yöneticilerin sorumluluk sigortasında çok farklı riziko istisnaları bulunmaktadır. Bunlarda önem arz eden bir kaç; kasıt ve hile; para cezaları; önceki talepler; sözleşmesel sorumluluk; sigortalı sigortalıya karşı, yöneticilerin ve çalışanların işten çıkarılması; cismani zarar ya da eşya zararı, ürün sorumluluğu ve mesleki sorumluluk; çevre zararı olarak sıralanabilir.

Ülkemizde yöneticilerin sorumluluk sigortası uygulaması ve akdedilen sözleşme sayısı yeni Türk Ticaret Kanunu'nun özellikle konuya ilişkin 361. maddesinin yetersiz haline rağmen yarattığı ivme ile hız kazanacaktır. Bu nedenle en kısa zamanda Hazine Müsteşarlığı Sigortacılık Genel Müdürlüğü'nün yöneticilerin sorumluluk sigortası genel şartlarını çıkartması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

AKDAĞ-GÜNEY, N. : Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2010.

AVB-

Organhaftpflichtversicherung : <http://www.zurich.ch/internet/zurich-ch/SiteCollection>

Documents/site/de/AVB_Organhaftpflicht _d _
low.pdf, (çevrimiçi 21.10.2011).

BUNDLE, D. : L'assurance D&O, Lausanne 1999

BARZEN, C./

BRACHMANN, H./

BRAUN, M-P. : D&O-Versicherung für Kapitalgesellschaften: Haftungsrisiken der Geschäftsleitung und ihre Deckung, Karlsruhe 2003.

BAKER, T./

GRIFFITH S. J. : *“Predicting Corporate Governance Risk: Evidence From The Directors’ & Officers’ Liability Insurance Market”*, Chicago Law Review, 2007, Vol. 74, 487-544.

BARKER, J. Et. Al. : “Directors and Officers (D&O) Insurance: Overview, Trends, and The Effects of Corporate Scandals”, CPCU e Journal, January 2006, C. 59, N. 1, s.1-18.

- BECKMANN** : in: BECKMANN R. M./MATUSCHE-BECKMANN, A. Versicherungsrechts Handbuch, München 2009.
- BERROW, R. J.** : 20 Questions: Directors Should Ask about Directors' and Officers' Liability Indemnification and Insurance, Canada 2008.
- BİLGİLİ, F.** : Yeni Gelişmelerle İsviçre ve Alman Hukuklarında Anonim Ortaklıkların Organlarının Davranışlarından Dolayı Üçüncü Kişiler Karşısındaki Sorumluluğu ve Organların Tazminat Borcu, Ankara 2004.
- BOZER, A.** : Sigorta Hukuku, BTHAE, Ankara 1965.
- BÖCKLİ, P.** : Schweizer Aktienrecht, Zürich-Basel-Genf 2004.
- BÜRGİ, W F.** : Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Bd. V b/2, Art. 698-739, Zürich 1969.
- CAHN, A.** : in : Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Hrsg. WOLFGANG, Z./ULRICH, N. , Bd 2/1 (§§ 76-94 AktG), 3. Aufl., 2010.
- CAN, M.** : Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları-na Genel Bir Bakış, BTHAE, Ankara 2006, (Mesleki Sorumluluk).

- CAN, M.** : Türk Özel Sigorta Hukuku, B.3, Ankara 2009 s. 21 vd. , (Sigorta).
- CAN, M.** : “Gözden Geçirilmeye Muhtaç Hükümler Var mı*” Sorusu Çerçevesinde 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Sigorta Sözleşmesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar, Ankara 2011, s. 4. , (Sigorta Sözleşmesi).
- ÇAMOĞLU, E.** : Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu, İstanbul 2007.
- ŞEHİRALİ ÇELİK,**
- F. H.** : Anonim Şirketlerde Çıkar Çatışmaları Ekseninde Şirket Ele Geçirmelerine Karşı Önlemler, BTHAE, Ankara 2008.
- DEUTSCH, E.** : Das neue Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl., Karlsruhe 2008.
- DIETZİ, A.** : Versicherbarkeit der aktienrechtlichen Verantwortlichkeit Verantwortlichkeit, 1981.
- DİGBY, C. J.** : The Insurance Of Commercial Risks: Law and Practice, London 1986.
- DOĞAN, B. F.** : 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanuna Göre Anonim Şirket Yönetim Kurulunun Organizasyonu ve Yönetim Yetkisinin Devri, B.2, İstanbul 2011.

- DREHER, M.** : Der Abschluss von D&O-Versicherungen und die aktienrechtliche Zuständigkeitsordnung, ZHR 165 (2001).
- DREHER, M./**
- GÖRNER, A.** : *“Der angemessene Selbstbehalt in der D&O-Versicherung”*, ZIP 2003, 2321 vd.
- DREHER, M./**
- THOMAS, S.** : Die D&O-Versicherung nach der VVG-Novelle 2008, ZGR 1/2009, s. 31 vd.
- EDİE, J. A./**
- NOBER J. C.** : Directors And Officers Liability Insurance and Indemnification,, B.2, Washington 2007.
- FERCK, C. C.** : Der Selbstbehalt in der D&O-Versicherung für Organmitglieder von Aktiengesellschaften, 1. Aufl., Hamburg 2007.
- FINCH, V.** : *“Personal Acoountability and Corporate Control: The Role of Directors’ and Officers’ Liability Insurance”*, The Modern Law Review, 1994, C. 57, S. 6, s . 880-915.
- FLEISCHER, H.** : Handbuch des Vorstandsrechts, 2006.
- FORSTMOSER, P.** : Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 2. Auflage, Zürich, 1987.

FORSTMOSER, P./

SPRECHER, T./

TÖNDURY, G. A. : Persönliche Haftung nach Schweizer Aktienrecht, Zurich Basel Genf 2005.

FRAGEBOGEN : Organhaftpflichtversicherung-Fragebogen, http://www.zurich.ch/internet/zurich-ch/SiteCollectionDocuments/site/de/Organhaft_Offertanforderung_Fragebogen_erweitert_d.pdf, (çevrimiçi 2.9.2011)

GİRİŞİM SERMAYESİ

YATIRIM ORTAKLIKLARI: SPK Yatırımcı Bilgilendirme Kitapçıkları-6, Ankara 2010, s. 4, <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=71&fn=71.pdf> (çevrimiçi, 24.11.2011).

HABETHA, J. : Direktorenhftung und gesellschaftsfinanzierte Haftpflichtversicherung, 1995.

HALLER, M. : Organhaftung und Versicherung: Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit und ihre Versicherbarkeit unter besonderer Berücksichtigung der D&O-Versicherung, Zürich 2008.

HELVACI, M. : Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, B. 2, İstanbul 2001.

- HENSSLER, M.** : “*D&O-Versicherung in Deutschland*”, in: RWS-Forum Gesellschaftsrecht 2001, Hrsg. HENZE, H./HOFMANN-BECKING, M. , Köln 2001.
- HÜBNER, U.** : Managerhaftung, München 1992.
- HÜFFER, U.** : Aktiengesetz, 8. Aufl. München, 2008.
- IHLAS, H.** : D&O: Directors & Officers Liability, Berlin 2009.
- İZMİRLİ, Y.** : Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları, Ankara 2001.
- KARAYALÇIN, Y.** : “*Sorumluluk (Mesuliyet) Sigortaları*”, Sigorta Hukuku Dergisi, c. II, S. 1-2, Ankara 1984, s.27-68.
- KÄRGER, J. H.** : Kfz-Versicherungsrecht (PflVG, AKB 2008, KfzPflVV), in: Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, Hrsg. SCHWINTOWSKI, H-P./BRÖMMELMEYER, C., Münster 2008, s. 1998 vd.
- KÄSTNER, K** : Aktienrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, AG 2000.
- KENDER, R.** : “*Mesuliyet Sigortasının Mahiyeti ve Türleri*”, Teori ve Uygulama Açısından Mesuliyet Sigortaları, III. Sigorta Semineri, Ankara 1977, s. 1-15.

- KERVANKIRAN, E.** : “*Sermaye Şirketlerinde Yöneticilerin Ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası (D&O-Insurance)*”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (10. Yıl Kuruluş Armağanı), İstanbul 2008/1, s. 237-274.
- KUBİLAY, H.** : “*Anonim ve Limited Şirketlerde Yönetim Kurulu Üyelerinin ve Müdürlerin Sorumluluk Sigortası*”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: I, İstanbul 2003, s.537-561.
- KÜPPER-DİRKS, M.** : Managerhaftung und D&O-Versicherung, s. Karlsruhe 2002.
- LANGE, O.** : Der Versicherungsfall der D&O-Versicherung, r+s 2006, 177 vd.
- LİMMER, S.** : D&O_Versicherungen in Deutschland, Bremen 2006.
- McCUTCHEON,M.E.** : “*Directors and officers liability insurance: Tensions between corporate and individual insureds*”, International Journal of Disclosure and Governance, Jun 2006, s. 148-155.
- MARLOW, S./**
- SPUHL, U.** : Das Neue VVG Kompakt, 3. Aufl. , 2008
- MEIXNER, O./**

- STEINBECK, R** : Das Neue Versicherungsvertragsrecht, München, 2008.
- MERTENS, H./**
- MONTELEONE, J. P./**
- CONCA, N. J.** : “*Directors and Officers Indemnification and Liability Insurance: An Overview of Legal and Practical Issues*”, The Business Lawyer ABA, 1995-1996, volume. 51, issue 3, p. 573-634.
- MÖHRLE, F.** : Gesellschaftrechtliche Probleme der D&O-Versicherung, Köln 2007.
- MÖLLER, H**
- (Çev. ÖZTAN, F.)** : Menfaat ve Değerlendirmesi, Batider, C. 4, S. 2, Ankara 1967, s. 254 vd.
- MUSCHNER, J.** : in: Versicherungsvertragsgesetz, Hrsg. RÜFFER, W./SCHMIKOWSKI, P., 1. Aufl. , Baden - Baden 2009.
- OLBRICH, C.** : Die D&O-Versicherung, 2. Aufl., Karlsruhe 2007.
- OMAĞ, M. K.** : Türk Hukukunda Rizikonun Ağırlaşması Sorunu, 1985, (Rizikonun Ağırlaşması).
- OMAĞ, M. K.** : Türk Hukukunda Sigortacının Kanunî Halefîyeti, İstanbul 2011, (Halefîyet).
- OSSWALD, F.** : Die D&O-Versicherung beim Unternehmenskauf, Berlin 2009.

- ÖĞÜZ, Z. , Ş.** : Türk Ticaret Kanunu Ve Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Sigorta Sözleşmelerinde Sözleşme Öncesi İhbar Görevi, İstanbul 2010.
- ÖZDAMAR, M.** : “*Sigorta Brokeri ve Hukuki Niteliği*”, AÜHFD, C. 57, S. 3, 2008, Bülent Yurt Armağanı, s. 548 vd. , (Broker).
- ÖZDAMAR, M.** : Sigortacının Sözleşme Öncesi Aydınlatma Yükümlülüğü, Ankara, 2009, (Aydınlatma Yükümlülüğü).
- ÖZTAN, B.** : Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organların Fiillerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 1970.
- ÖZTUNA SOPACI, B.** : “*Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı*”, BATİDER, Haziran 2011 , C. XXVII , S. 2, s. 15 vd.
- PAMMLER, S.** : Die gesellschaftsfinanzierte D&O-Versicherung im Spannungsfeld des Aktienrechts, Berlin 2006.
- PAOLİNİ, A./**
- NAMBİSAN, D.** : Directors’ And Officers’ Liability Insurance, London 2008.

PRÖLLS, J/

MARTIN, A/

VOIT, W. : Versicherungsvertragsgesetz, Kommentar zum VVG und EGVVG, sowie Kommentierung wichtiger Versicherungsbedingungen – unter Berücksichtigung des ÖVVG und Österreichischer Rechtsprechung, 27. Auflage, München, 2004.

PULAŞLI, H. : 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012.

RETTTER, S. : in: Praxiskommentar Versicherungsvertragsrecht, Hrsg. SCHWINTOWSKI, H. P./ BRÖMMELMEYER, C./BEARBEITER, § § 100 bis 122 VVG, Münster, 2008.

SCHAAFF, H. : *“Überlegungen zur D&O-Versicherung und Auslandrisiken – ein Rechtsvergleich”*, Haftpflicht international - Recht und Versicherung (PHi), 2001, Nr. 5, s. 176-179.

SCHEIFELE, B. H. : Die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Manager in den Vereinigten Staaten von Amerika, Karlsruhe 1993.

SCHILLING, J. : Managerhaftung und Versicherungsschutz für Unternehmensleiter und Aufsichtsräte, 2. Aufl. , Karlsruhe 2007.

SCHIMIKOWSKI, P. : Versicherungsrecht, 4. Aufl. München 2009.

- SCHMITT, S. M.** : Organhaftung und D&O-Versicherung zu haftungs- und deckungsrechtlichen Problemen der Managementhaftung, München, 2007.
- SCHNEIDER, K.** : Rechtsschutzversicherung, in: van Bühren, H. W., Handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. 2009, § 13.
- SCHWINTOWSKI, H. P./**
- BRÖMMELMEYER, C./**
- BEARBEITER** : Praxiskommentar Versicherungsvertragsrecht, Münster 2008.
- SEIBT, C. H./**
- SAAMNE, C.** : *“Geschäftsleiterpflichten bei der Entscheidung über D&O-Versicherungsschutz”*, in : Die Aktiengesellschaft 24/2006, s. 901-912.
- SIEG, O.** : *“D&O-Versicherung des Managers”*, in: Handbuch Managerhaftung, F , Hrsg. KRIEGER, G./SCHNEIDER, U. H. , 2. Aufl., Köln 2010, § 15.
- SIEPMANN, H.** : Selbstbehalt bei Verbriefungen, Tübingen 2011.
- ŞENOCAK, K.** : Hukuki Himaye Sigortası, Ankara 1993, (Hukuki Himaye).
- ŞENOCAK, K.** : Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, s. 406, (Mesleki Sorumluluk).

- ŞENOCAK, K.** : “*Kimin Olacaksa Onun Hesabına Sigorta*”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2001 vd., (Armağan).
- ŞENOCAK, K.** : “*Sigortaya İlişkin Hükümler*”, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Konferans, Bildiriler_Tartışmalar, BTHAE, Ankara 2005, s.145-155, (Tasarı).
- ŞENOCAK, K.** : Üçüncü Şahıs Lehine Hayat Sigortası Sözleşmesi, Ankara 2009, (Hayat Sigortası).
- TEKİL, M.** : “*Anonim Ortaklık Yöneticileri ile Denetçileri İçin Sorumluluk Sigortası*”, Prof. Dr. Fahiman TEKİL’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s.115-144
- TEKİNALP, Ü.** : Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları, B. 2, İstanbul 2011.
- THÜMMEL, R. C.** : Persönliche Haftung von Managern und Aufsichtsräten: Haftungsrisiken bei Managementfehlern, Risikobegrenzung und D&O-Versicherung, 4. Aufl. , Stuttgart 2008.
- ULAŞ, I.** : Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları, B. 4, Ankara 2005.

- ULMER, P.** : *“Strikte aktienrechtliche Organhaftung und D&O-Versicherung – zwei getrennte Welten?”*, in : FS Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band 2, München 2007.
- ÜNAL, M.** : Manevi Tazminat Ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü, AÜHFD, C. 35, S.1, 1978, s. 397-437.
- ÜNAN, S.** : İsteğe Bağlı Genel Sorumluluk Sigortasında Riziko, İstanbul 1998.
- von LANZENAUER, H.** : “D&O-Versicherung”, in: VVG Kommentar, Hrsg. LOOSCHELDERS, D/ POHLMANN, P. , Köln 2010.
- von BERGNER, D.** : Vertrauensschadenversicherung, in. van Bühren, H. W., Handbuch Versicherungsrecht, 4. Aufl. 2009, § 20.
- VETTER, M.** : Der verantwortlichkeitrechtliche Organbegriff gemäss Art. 754 Abs. 1 OR, Zürich/St. Gallen 2007.
- WOLNNY, P.** : Die Directors’ and Officers’ Liability Insurance in den Vereinigten Staaten von Amerika (D&O-Versicherung), Frankfurt a. M. 1993.
- YONGALIK, A.** : *“Sigortalının Zararın Bir Kısmina Katılması (Bizzat Katılma)”*, Prof. Dr. Ali Bozer’e Armağan, Ankara 1998, 149 vd.

- YOUNGMAN, I.** : Directors' And Officers' Liability Insurance: A guide to international practice, B. 2, Cambridge 1999.
- ZBINDEN, P.O.** : Versicherbarkeit der zivilrechtlichen Haftung als Organ – Eine Gegenüberstellung der Mandats- und der Organhaftpflichtversicherung, In: Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen. - Schulthess,, Zürich 2010.

ÖZET

Can, Mehmet Çelebi, Yöneticilerin Sorumluluk Sigortası, Doktora Tezi, Danışman: Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK, 232 s.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası, günümüzde yaygın olan şekli ile 1930’larda ABD’de uygulanmaya başlamıştır. Gelişimini söz konusu ülke sigorta piyasasının etkisinde sürdürse de, kısa süre de Kıta Avrupası hukuk sisteminin hakim olduğu ülkelerde de yoğun şekilde uygulanmaya başlamıştır. Türkiye’de, sigorta sektöründeki uzmanlar dışında, henüz pek de fazla tanınmayan söz konusu sigorta türüne, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 361. maddesi ile eksik de olsa değinilmiş ve madde gerekçesindeki ifade ile uygulanmasına yönelik ilk çekingen adım atılmıştır.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası, anonim şirket ya da bağlı (yavru) şirketi tarafından, esasen yöneticilerin tümü lehine iç ilişkide şirketin kendisine ve dış ilişkide üçüncü kişilere karşı söz konusu olan kusura dayalı sınırsız kişisel sorumluluklarından doğan risk bakımından sigorta himayesi sağlamak için yaptırılır.

Yöneticilerin sorumluluk sigortası talep esaslı olarak akdedilmektedir. Yöneticilerin sorumluluk sigortasında temel içerik, üçüncü kişilerin sigortalının organ faaliyetlerinden kaynaklanan haksız taleplerine karşı koyma ve bilhassa haklı taleplerin tatmini hususlarında yöneticiye himaye sağlanmasıdır.

Yöneticilerin sorumluluk sigortasının konusunu, sigortalının yönetim faaliyetini yerine getirirken işlemiş olduğu bir yükümlülük ihlali nedeniyle özel hukuk içerikli sorumluluk hükümleri temelinde yalın bir malvarlığı zararı için 3. kişi tarafından ileri sürülen tazminat talebi oluşturur. D&O poliçesi kapsamında bir malvarlığı zararının korunabilmesi için yöneticinin “yönetici” sıfatı ile işlenmiş bir yükümlülüğün ihlalinden kaynaklanması gerekmektedir.

Bu çalışmada, anonim şirket yöneticilerinin sorumluluk sigortasına ilişkin olarak kapsamlı bir genel bakış sunulması hedeflenmiştir.

ABSTRACT

Can, Mehmet Çelebi, Directors' and Officers Liability Insurance, PhD Thesis, Supervisor: Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK, 232 p.

In the form of which is currently applied, directors' and officers liability insurance (D&O insurance) was introduced to the insurance market in the United States (US) in 1930's. Whilst D&O insurance has resumed its progress in the US, in a short time, jurisdictions within continental law system have commenced applying this type of insurance extensively. From the Turkish law perspective, D&O insurance is not well known except for the experts in insurance market. On the other hand, the Turkish Commercial Act No. 6102, which is entering into force on 1st of July, 2012, refers to the insurance type concerned albeit in a narrow content; and in wording of the recital of Act No.6102, takes the first but hesitant step towards application of D&O insurance policies.

D&O insurance is contracted as claims made policies. The main purpose of D&O policy is to withstand unjust claims of third parties arising from the insured's actions as an organ of a company and particularly, to indemnify directors and officers regarding justifiable claims.

The subject of D&O insurance is a claim for compensation of third party in civil law with respect to naked property damage resulted from infringement of duties of insured in the course of operational activities. In order to indemnify a property loss under D&O policy, the loss shall derive from infringement of duties in the capacity of a director or officer.

This study attempts to provide a comprehensive analysis as to liability insurance of directors and officers of incorporations.