

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ANONİM ŞİRKETLERDE ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

NIHAN DEĞİRMENCİOĞLU

KOCAELİ 2015

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ANONİM ŞİRKETLERDE ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

NIHAN DEĞİRMENCİOĞLU

DANIŞMAN: YRD. DOÇ. DR. MUZAFFER EROĞLU

KOCAELİ 2015

**T.C. KOCAELİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

ANONİM ŞİRKETLERDE ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tezi Hazırlayan: Nihan DEĞİRMENCİOĞLU

Tezin Kabul Edildiği Enstitü Yönetim Kurulu Karar ve No: 2015/13

Jüri Başkanı: Prof. Dr. Mehmet BAHTİYAR

(İmza)

Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Eylem APAYDIN

(İmza)

Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Muzaffer EROĞLU

(İmza)

KOCAELİ 2015

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	v
KISALTMALAR	vii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK

1. TARİHİ GELİŞİM	5
2. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI'NIN DÜZENLEMESİ	6
2.1. Genel Olarak.....	6
2.2. Hükmün Amacı	7
2.3. Hükmün Niteliği.....	11
2.4. Özel Denetim Sisteminin Benzer Sistemlerden Farkı	13
2.4.1. Bağımsız Denetim.....	13
2.4.2. İşlem Denetçisi	15
2.4.3. Bilirkişi	15

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL DENETÇİNİN ATANMASI

1. GENEL OLARAK	17
2. GENEL KURUL TARAFINDAN ÖZEL DENETİME KARAR VERİLMESİ	17
2.1. Özel Denetim Talebinde Bulunma Hakkına ve Yetkisine Sahip Olanlar	17
2.1.1. Pay Sahipleri	17
2.1.2. Azınlık	21
2.2. Özel Denetim İsteminin Koşulları.....	22
2.2.1. Özel Denetim Talebinin Ön Şartı	22
2.2.1.1. Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkını Kullanmış Olması ..	22
2.2.2. Özel Denetim Talebinin Maddi Koşulları	27

2.2.2.1. Özel Denetimin Belirli Olayların Açıklığa Kavuşturma Amacının Olması	27
2.2.2.2. Özel Denetimin Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilmesi İçin Gerekli Olması	29
2.3. Genel Kurul Sırasında Özel Denetim İsteminde Bulunulması.....	30
2.4. Gündeme Bağlılık Hususu.....	32
2.5. Toplantı ve Karar Nisabı	33
2.6. Genel Kurulun Özel Denetçi İstemini Kabul Etmesi Halinde.....	36
2.6.1. Genel Olarak	36
2.6.2. Mahkemeye Başvuru İmkânına Sahip Olanlar	37
2.6.3. Mahkemeye Başvuru Süresi	40
2.6.4. Yetkili ve Görevli Mahkeme	41
2.6.5. Yargılama Usulü ve İlgililer	42
2.6.6. Mahkeme Kararı	43
3. GENEL KURULUN ÖZEL DENETİM İSTEMİNİ REDDETMEŞİ HALİNDE MAHKEME TARAFINDAN ÖZEL DENETİME KARAR VERİLMESİ.....	44
3.1. Genel Olarak.....	44
3.2. Özel Denetime Karar Verilebilmesi İçin Usule İlişkin Şartlar.....	45
3.2.1. İstemde Bulunma Hakkına Sahip Olanlar	45
3.2.1.1. Azınlık.....	45
3.2.1.2. Belli İtibari Değerde Paya Sahip Olan Pay Sahipleri.....	49
3.2.2. Başvuru Süresi	50
3.2.3. Yetkili ve Görevli Mahkeme	51
3.3. Özel Denetime Karar Verilebilmesine Yönelik Maddi Şartlar	51
3.3.1. TTK md. 438/1 Hükmünde Öngörülen Şartların ve Özel Denetim İsteminin Genel Kurulca Reddine İlişkin Kararın Somut Olayda Mevcut Olması	51
3.3.2. Kurucuların veya Organların Kanunu veya Esas Sözleşmeyi İhlal Etmesi	53
3.3.3. Dilekçe Sahiplerinin İhlal Sebebiyle Şirket veya Pay Sahiplerinin Zararını İkna Edici Bir Şekilde Ortaya Koymaları.....	54
3.4. Davanın Niteliği	56
3.5. Mahkemenin Özel Denetim Kararı	58
3.6. Mahkeme Kararının Temyiz Edilip Edilmeyeceği Sorunu	59

3.7. Özel Denetçi İstemi Talebinin Genel Kurulca Reddedilmesi Halinde Genel Kurul Kararının İptali Davası Açılıp Açılmayacağı Sorunu	62
4. KÖTÜNYET TAZMİNATI.....	67

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL DENETÇİNİN TAYİNİ VE SONUÇLARI

1. MAHKEMENİN ÖZEL DENETÇİ TAYİNİ.....	69
1.1. Genel Olarak.....	69
1.2. Özel Denetçinin Nitelikleri.....	69
1.3. Özel Denetçi ile Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği	71
2. ÖZEL DENETİMİN İCRASI	74
3. ÖZEL DENETÇİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	77
3.1. Özel Denetçinin Hakları	77
3.1.1. Özel Denetçinin Ücret Hakkı.....	77
3.1.2. Özel Denetçinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı	77
3.1.2.1. Genel Olarak	77
3.1.2.2. Özel Denetçinin Bilgi Alma Hakkı	78
3.1.2.2.1. Genel Olarak.....	78
3.1.2.2.2. Bilgi Alma Hakkının Sınırı	79
3.1.2.3. Özel Denetçinin İnceleme Hakkı	80
3.1.2.4. İhtilaf Halinde Hakimin Rolü.....	81
3.2. Özel Denetçinin Yükümlülükleri	82
3.2.1. Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü.....	82
3.2.1.1. Genel Olarak	82
3.2.1.2. Sır- Şirket Sırrı Kavramları	83
3.2.1.3. Şirket Sırrını Saklama Yükümlülüğü	84
3.2.1.4. İçerden Öğrenenlerin Ticareti (Insider Muameleleri)	86
3.2.2. Özel Denetçinin Özen Yükümlülüğü.....	87
3.2.3. Anonim Şirketinin Görüşünün Alınması Yükümlülüğü.....	88
4. ÖZEL DENETİM RAPORU	90
4.1. Genel Olarak.....	90
4.2. Özel Denetim Rapor Taslağının Hazırlanması ve Mahkemeye Sunulması	90

4.3. Özel Denetim Rapor Taslağının Şirkete Tebliğ ve Şirketin Müdahalesi	92
4.4. İlgililerin Değerlendirme Yapma ve Tamamlayıcı Soru Sorma İmkânı	93
4.5. Özel Denetçinin Nihai Raporunun Açıklanması ve İşleme Konulması	94
4.6. Özel Denetim Raporunun Hukuki Niteliği	97
5. ÖZEL DENETİME İLİŞKİN GİDERLER	98
6. ÖZEL DENETÇİNİN GÖREVİNİN SONA ERMESİ	99
6.1. Özel Denetçinin Görevinin Olağan Sona Ermesi	99
6.2. Özel Denetçinin Görevinin Olağandışı Sona Ermesi	100
7. ÖZEL DENETÇİNİN SORUMLULUĞU	102
7.1. Genel Olarak	102
7.2. Özel Denetçinin Kanuni Görevlerini Yerine Getirmesinde Kusurlu Hareketlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk	105
7.2.1. Genel Olarak	105
7.2.2. Sorumluluk Davası	107
7.3. Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğünü İhlal Etmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk	110
SONUÇ	117
KAYNAKÇA	123

ÖZET

Çalışmamızda pay sahiplerini koruyan önemli bir hak olan özel denetim isteme hakkı ele alınmış ve özel denetim hakkı detaylı şekilde incelenerek varılan sonuçlar ortaya konulmuştur. eTTK'da md. 348'de düzenlenen özel denetim isteme hakkı özel denetim kurumundan beklenen yararı sağlamadığı için 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu özel denetim kurumunda önemli değişiklikler yapmıştır.

Özel denetim kurumu pay sahiplerine bilgi sahibi olarak yönetimi denetlemesini, sorumluluk davası açmasını hatta şirketin haklı nedenle feshi gibi önemli haklar sağlar. Özel denetim isteme hakkı şirket sırlarının korunması ile bilgi alma ve inceleme hakkının elde edilmesi arasında denge sağlar. Böylece özel denetim şirket ile pay sahipleri arasındaki çıkar çatışmalarını dengeler.

Bu çalışmanın amacı anonim şirketlerde özel denetim isteme hakkı konusunun detaylı bir şekilde incelenerek, Türk Ticaret Kanunu'ndaki eksiklikleri ve uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları tespit edilmesi ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerilerinin sunulmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Özel Denetim, Özel Denetçi, Pay Sahibi, Azınlık, Pay Sahipliğinden Doğan Hak, Özel Denetim Raporu.

ABSTRACT

In this study, right to request special audit, an important right that protects the shareholders is examined and presenting the achieved results by examining in detail the right to special audit. Turkish Commercial Code numbered 6102 has introduced significant changes regarding the right to special audit as the right to request special audit regulated by article 348 of Turkish Commercial Code numbered 6762 did not produce expected level of shareholder benefit.

The special audit leads to better other use of important sharehold rights like management audit as the owner of information, opening liability prosecution, even dissolution by just case to shareholders. The right to request special audit provides a balance between protection of company secrets and obtaining right to receive information and examine. Thus, special audit balances conflicts of interest between company and shareholders.

The aim of this study is to determine the deficiency in the related provision of Turkish Commercial Code and problems that may ve arised in practice and to present the solutions to these problems by examine the subject of the right to request special audit.

Key words: Special Audit, Special Auditor, Shareholder, Minority, Shareholder's Right, Special Audit Report.

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
Alman POK	: Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu
Alman TK	:Alman Ticaret Kanunu
An.	: Anayasa
Ank. Bar. Der.	:Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	:Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGE	:Bundesgerichts- Entscheidungen
Bkz./bkz.	:Bakınız
C.	:Cilt
c.	:Cümle
DEÜHFD	:Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn.	:Dipnot
E.	: Esas
eBK	: 818 sayılı Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör/Editor
eSPK	:2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
eTTK	:6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu
EÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	:Hukuk Dairesi
HGK	:Hukuk Genel Kurulu
HMK	:6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İkt. Mal. D.	:İktisat ve Maliye Dergisi
İnönüHFD	: İnönü (Üniversitesi) Hukuk Fakültesi Dergisi
İsv. BK	:İsviçre Borçlar Kanunu

İÜHFM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
KİS	:Katılma İntifa senetleri
md.	:Madde
N.	:Numara
s.	:Sayfa
S.	:Sayı
SPK	:6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
TBB	:Türkiye Barolar Birliği
TBK	:6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	:5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	:4721 sayılı Türk Medeni Kanun
TTK	:6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
UYAP	:Ulusal Yargı Ağı Projesi
vb.	:ve benzeri
vd	:ve diğerleri
vd.	:ve devamı
Vol.	: Volume
Yarg.	:Yargıtay
YÜHFD	:Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GİRİŞ

Gerek büyük çaplı sermayenin aktif hale getirilmesi ile gerekse dağılık ve küçük tasarrufları bir araya getirerek büyük sermayelerin oluşmasını sağlayan anonim şirketler, hem küçük tasarruf sahiplerinin büyük iş ve yatırımların ortağı olarak gelir elde etmesini sağlaması hem de sermaye birikiminin gerçekleştirdiği iktisadi faaliyetlerin ülke ekonomisine katkısı açısından büyük bir öneme sahiptir (Bahtiyar, 2012: s. 91-92; Paslı, 2003: s. 611; Sivas, 1992: s. VIII).

Sermaye şirketi olmanın temel yapısına özgü özelliklere sahip olan anonim ortaklıklar, organları aracılığıyla yönetilirler. Bu organlar ise (özellikle genel kurul) çoğunluk ilkesine¹ göre karar alırlar. Genel kurulun belli bir yönde çoğunlukla aldığı kararlar tüzel kişiliğin kararı olup, TTK md. 423 gereği alınan kararlar toplantıda hazır bulunmayan veya hazır bulunup olumsuz oy veren pay sahipleri hakkında da geçerlidir. Genel kurulda oy çoğunluğuna sahip pay sahiplerinin genel kurulda sağladığı çoğunluk şirketin sevk ve yönetimini sağlayacak yönetim kurulunu seçmektedir. Diğer bir deyişle genel kurulda çoğunluğu elde eden pay sahipleri şirket yönetimine de sahip olabilir (İmregün, 1964 (Azınlığın Himayesi): s. 171). Genel kurulda çoğunluğa sahip pay sahipleri tarafından seçilen yönetim kurulu bu çoğunluk tarafından her an görevden alınma korkusu taşıyabilir. Bu sebeple de yönetim kurulunun, şirketin sevk ve idaresi sırasında kendilerini seçen çoğunluğun çıkarları doğrultusunda hareket etme ihtimali vardır (Ulaş Kısa, 2003: s. 508). Bu ihtimalle beraber anonim şirkette kurucu olan ve yönetimde görev alan kişiler kendi çıkarları uğruna şirketi kötüye kullanabilir, dolayısıyla pay sahipleri ve alacaklıları zarara uğratabilirler. Bu nedenle anonim şirketler açısından çeşitli seviyelerde denetim

¹ Çoğunluk ilkesinin anlamı, kesin olarak sermayenin veya oyların çoğunluğu anlamına gelmez. Özellikle kapalı anonim şirket ile halka açık anonim şirket arasında çoğunluk ilkesinin anlamı da farklılık göstermektedir. Kapalı anonim şirketlerde çoğunluk ilkesi, çoğu zaman sermayenin yarısından fazlasını temsil eden pay sahipleri anlamına gelirken; halka açık anonim şirketlerde sermayenin %25-30'unu temsil eden paylara sahip pay sahipleri anlamına gelebilmektedir; çünkü bu tür şirketlerde pay sahiplerinin sayısı yüz binleri aşmaktadır. Uygulamada pay sahipleri elektronik genel kurul aracılığıyla katılma imkânı olmalarına rağmen genellikle genel kurula katılmamaktadırlar. Bu sebeple çoğunluk ilkesi genel kurula katılan payların temsil ettikleri sermayenin veya bu paylara bağlanan oyların çoğunluğudur. TTK md. 418'e göre sermayenin en az dörtte birini karşılayan payların sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanır ve kararlar toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu ile verilir. Sonuç olarak bazen bir genel kurulda çoğunluğu sağlayan payların, ortaklığın tüm sermayesi içinde azınlıkta kalan bir oranda payı temsil etmesi söz konusu olabilir (İmregün, 1964 (Azınlığın Himayesi): s. 172; Birsnel, 1970: s. 626-627; Ulaş Kısa, 2003: s. 509).

sisteminin kurulması tartışılmaz bir zorunluluk oluşturmaktadır (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 341) ².

TTK'da denetim kurumu anonim şirketler hukuku hükümlerinin üçüncü bölümünde “Denetleme” üst başlığı ile düzenlenmiştir. TTK md. 397 vd. maddelerinde düzenlenen bağımsız denetimin konusu, şirketin veya topluluğun finansal tablolarının, yönetim kurulu faaliyet raporlarının, envanterin ve muhasebenin denetimi ile sınırlı olup, pay sahiplerini çoğunluk karşısında koruyacak denetimi kapsamamaktadır³.

Bununla birlikte anonim ortaklıkta her pay sahibi kendisine kanunen veya esas sözleşme ile tanınan belli haklara sahiptir. Genel kurula katılma, konuşma ve öneride bulunma (TTK md. 415), oy kullanma (TTK md. 434), sermaye artırımında rüçhan hakkını kullanma (TTK md. 461), genel kurul kararlarını iptal davası açma (TTK md. 445 vd.) gibi haklar bunlara örnek gösterilebilir. Pay sahiplerinin bu haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmesi ve payının değerine yön verebilmesi için bu hususlarda yeterli derecede bilgilendirilmesi gerekir (Kaya, 2001: s. 21-28; Narbay, 2007: s. 299-300). Diğer bir anlatımla bilgi alma hakkının tam anlamıyla kullanılması halinde pay sahipleri haklarını etkin bir şekilde kullanacaklardır. Bu nedenle pay sahiplerini çoğunluk karşısında korumayı amaçlayan önemli kurumlardan bir tanesi “*pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı*”dır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 3) ⁴.

Bilgi alma ve inceleme hakkı TTK md. 437. maddesinde düzenlenmiş olup, pay sahibi bu hak sayesinde şirketin iktisadi yapısı, ekonomik durumu, faaliyetleri ve yönetimi hakkında yeterli bilgi sahibi olarak pay sahipliğinden doğan haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilecektir (Kaya, 2001: s. 1-2; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 3). Bununla birlikte uygulamada pay sahibinin bu istemi, yöneticiler

² *Karayalçın* Türk Ticaret Kanunu'nun 30. Yılı Seminerinde anonim şirkette denetim kurumunun varlığının önemini şu şekilde özetlemiştir: “*Bir söz vardır. ‘Yerden göğe küp dizeseler, birbirine berkitseler, altından birini çekseler, seyreyle gümbürtüyü’.* Türkiye'deki gümbürtünün sebebi bu en alta yatan küptür. Yani denetçiliktir.” (Tekinalp, 1988: s. 249).

³ Bağımsız denetim hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Köksal, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 1 vd.; Özkorkut, 2013: s. 1 vd.; Özkorkut, 2005 (Bağımsız Denetleme Kuruluşları): s. 31 vd.; Akbulak, 2013: s. 105 vd..

⁴ Bilgi alma ve inceleme hakkı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu, 2005: s. 73-107; Kaya, 2001: s. 1-358; Pulaşlı, 2011 (Şerh II): s. 1346-1372; Kaya, 1997 (Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı): s. 155-161.

veya çoğunlukla genel kurul tarafından ertelenebileceği gibi cevapsız da bırakılabilir. Hatta ortaklık bilgi alma talebini çoğu zaman şirket sırlarını⁵ açıklayıcı nitelikte olması veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye gireceği gibi gerekçelerle haksız olarak reddedilebilir (Doerig, 2007). Pay sahibinin çoğunluk karşısında korunması ve örtülü kalan olayların aydınlatılması amacıyla TTK, pay sahibinin “*bilgi alma hakkının uzatılmış kolu*” olarak nitelendirilen “*özel denetim isteme hakkı*”nı düzenlemiştir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 33).

Özel denetim TTK’da iki farklı yerde düzenlenmiştir. Bunlardan ilki TTK’nın getirdiği önemli yeniliklerden biri olan “*Şirketler Topluluğu*” (TTK md. 195-210) kısmı içerisinde “*IX. Çeşitli Hükümler*” üst başlığı altında “*I. Özel Denetim*” kenar başlığını taşıyan md. 207 hükmüdür. Bu hükümde bağlı şirketin, hakim şirketle veya diğer bağlı şirketle ilişkileri hakkında bağlı şirketin her pay sahibinin özel denetim isteyebileceği düzenlenmektedir. İkinci olarak ise anonim ortaklık hükümleri içerisinde “*F. Pay Sahibinin Kişisel Hakları*” üst başlığında, “*V. Özel Denetim İsteme Hakkı*” kenar başlığı altında 438-444. maddeler arasında düzenlenmiştir⁶. Çalışmamızın kapsamı anonim şirketlerde özel denetim olması sebebiyle, burada özel denetim anonim şirket ile sınırlı olmak üzere incelenecektir.

Çalışmamız üç bölümden oluşmakta olup, ilk bölümde özel denetimin eTTK’daki düzenlemesi ile bu düzenlemenin değişim gerekçeleri tarihi gelişimde anlatılacaktır. Ardından özel denetim müessesinin daha iyi anlaşılmasına yönelik olarak özel denetimin amacı hakkında açıklama yapılacaktır. Daha sonra özel denetimin hukuki niteliği ve benzer sistemlerden farkları ortaya konulacaktır. İkinci bölümde ise özel denetçinin atanma usulü anlatılacaktır. İlk olarak genel kurul tarafından özel denetçi atanmasına karar verilmesi ihtimalinde, özel denetim talebine hak sahibi olanlar ile bu talebin koşulları ve mahkemeye başvuru süreci ele alınacaktır. Ardından genel kurulun özel denetçi talebini reddetmesi halinde özel denetim istemine hak sahibi olanlar ile bu talebin koşulları ve mahkemenin özel denetim kararı anlatılacaktır. Son bölümde ise özel denetçinin atanmasının sonuçları konusu ele alınacak olup, bu kapsamda özel denetçinin konumu, özel denetimin

⁵ Şirket sırrı kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gürbüz Usluel, 2009: s. 5-23.

⁶ *Moroğlu*, yedi maddede düzenlenen özel denetim isteme hakkının en çok dört maddede (örneğin TTK md. 440-444’inci maddelerin 439’uncu maddenin sonraki fıkraları olması gibi) toplanabileceğini ileri sürmüştür (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 241).

icrası ile görevinin sona ermesi ve sorumluluk hususlarında ayrıntılı bir şekilde bilgi verilecektir. Çalışmamızın sonuç kısmında ise verilen bilgiler ışığında elde edilen bulgular, yaptığımız değerlendirmeler, uygulamada ortaya çıkan/çıkabilecek sorunlar ve bunlara ilişkin çözüm önerilerimiz ele alınacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK

1. TARİHİ GELİŞİM

Özel denetçi isteme hakkı 1937 tarihli Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanununun 118'inci paragrafından esinlenerek⁷ 6762 sayılı Türk Ticaret Kanununun (eTTK) 348'inci maddesinde düzenlenmişti. eTTK sisteminde azınlık⁸ hakkı olarak düzenlenen özel denetim hakkından faydalanmak isteyen hak sahiplerinin genel kurul toplantı tarihinden itibaren en az 6 ay önceden beri şirkette esas sermayenin en az onda birine sahip olmaları gerektiği hükme bağlanmıştı. eTTK md. 348'e göre genel kurulun özel denetim isteme hakkını kabul etmesi halinde özel denetçi genel kurul tarafından seçilirken; genel kurulun bu istemi reddetmesi durumunda azınlığın bu talebi için mahkemeye başvurması gerekiyordu.

eTTK dönemindeki düzenleme birçok açıdan özel denetim isteme hakkından beklenen yararın elde edilememesine sebep oluyordu. Şöyle ki ilk olarak özel denetçi isteme hakkının gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olup olmadığı hususunda kanunda bir açıklık olmaması farklı görüşlere ve bu konuda bir belirsizliğe neden oluyordu⁹. İkinci olarak özel denetçinin genel kurul tarafından çoğunluğun oyları ile atanması özel denetim isteme hakkının amacı ile bağdaşmamaktaydı. Genel kurul çoğunlukla özel denetim istemini kabul ederek¹⁰ kendisine yakın olan bir kişiyi özel denetçi seçerek taraflı olan bir rapor hazırlanmasına sebep oluyordu. Ayrıca özel denetçinin raporuna itiraz edilip edilmeyeceği ve özel denetçinin hak, yetki ve sorumluluğu hususlarında da kanunda açık bir düzenleme mevcut değildi (Tekinalp,

⁷ 1936 tarihli İsv. BK sisteminde özel denetim hususunda kanunda herhangi bir düzenleme bulunmaması sebebiyle özel denetim konusunda Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanunu'ndan esinlenerek eTTK md. 348 kaleme alınmıştır (Narbay, 2007: s. 287, dp. 3).

⁸ Her ne kadar TTK 208/1- 360/1- 399/5- 420/2- 478/4- 486/3- 617/3 maddelerinde "azlık" kavramı kullanılmış olsa da çalışmamızda "azınlık" kavramı kullanılacaktır. Çünkü "azlık" kelimesinin anlamı sözlükte "Az olma durumu, azınlık" olarak tanımlanırken, "azınlık" kelimesinin anlamı "Bir oylama sırasında sayıca az olma durumu" olarak tanımlanmıştır. "Azlık" kelimesine oranla "azınlık" kelimesi anlamını doğrudan ve daha iyi yansıttığı kanaatinde olduğumuzdan çalışmamızda azınlık kelimesi kullanılacaktır (<http://www.tdk.gov.tr/>), (28.01.2015). TTK'da kullanılan "azlık" kavramına yönelik eleştiri için bkz. Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 215; Bahtiyar, 2005 (Tasarı): s. 50.

⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. "İkinci Bölüm 2. Genel Kurul Tarafından Özel Denetime Karar Verilmesi 2.4. Gündeme Bağlılık Hususu" başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁰ Aksi halde azınlık özel denetim istemini mahkemeye yöneltmekte ve mahkeme bağımsız bir kişiyi özel denetçi seçeceğinden genel kurul çoğunlukla özel denetim istemini kabul ediyordu.

1988: s. 238; Narbay, 2007: s. 289) ¹¹. Bu nedenlerden dolayı özel denetim kurumu gereksinimlere cevap vermemektedir.

Alman POK'a bakıldığında ise 1969, 1985 ve 1998 yıllarında birçok değişiklikler yapılmıştır (TTK md. 438'in Gerekçesi). Bu değişiklikler Alman hukuk sisteminde özel denetim konusunu karmaşık bir yapıya dönüştürmüştür. Bu sebeple Alman POK'da düzenlenen özel denetim kurumu Türkiye'nin gereksinimlerine cevap vermekten uzaklaşmıştır (TTK md. 438'in Gerekçesi). Bununla beraber İsviçre hukuk sisteminde 1992 yılındaki Anonim Ortaklıklar Reformu sonucu özel denetim isteme hakkı İsv. BK md. 697a-697g maddelerinde düzenlenmiştir. Bunun üzerine kanun koyucu Alman POK yerine, İsv. BK md. 697a-697g maddeleri mehzaz olarak özel denetim isteme hakkını TTK md. 438 ile 444'üncü maddeleri arasında düzenlemiştir¹².

2. TÜRK TİCARET KANUNU'NUN ÖZEL DENETİM İSTEME HAKKI'NIN DÜZENLEMESİ

2.1. Genel Olarak

Özel denetim, pay sahipliğinden kaynaklanan hakların bilinçli kullanılması amacıyla bir veya birden fazla pay sahibinin istemi üzerine karanlıkta kalan hususların aydınlatılması için mahkeme tarafından seçilen bağımsız ve tarafsız bir denetçi tarafından yapılan denetimdir (Özkan, 1999: s. 38; Güven, 2011: s. 134-135).

¹¹ Bu durum TTK Genel Gerekçe kısmında şu şekilde açıklanmıştır. "...(b) Azlık hakları sisteminin merkezinde özel denetçi atanması yer alır. Çünkü onun raporu, sorumluluk davasına giden yolu açabilecek; gereğinde bilanço müzakereleri ertelenebilecektir. Özel denetçi mekanizması işlemezse, azlık haklarından beklenen yarar elde edilemez. 6762 sayılı Kanunda sistem doğru işlemiyordu. Çünkü, bir taraftan gündemde madde bulunmasının gerekip gerekmediği tartışmalara yol açıyor, diğer taraftan özel denetçiyi genel kurul yani çoğunluk seçiyordu. Tasarı, bu aksaklıkları gidermiş, denetçinin mahkeme tarafından seçilmesi sağlanmış ve özel ihtiyaçlara cevap verecek şekilde denetçi yeniden kaleme alınmıştır (438 ilâ 440'uncü maddeler)." (Bkz. Genel Gerekçe 133 numaralı paragraf).

¹² Bu husus TTK md. 438'in gerekçesinde "1937 tarihli Alm. POK 118 inci paragrafından esinlenilerek 6762 sayılı Kanununun 348 inci maddesi ile Türk hukukuna getirilen özel denetçi, bu Kanunun altmış yıllık uygulamasının sonuçları ve Avrupa'daki gelişmeler göz önünde tutularak Tasarının 438 ilâ 444 üncü maddelerinde yeniden düzenlenmiştir. Yeni hükümler kaleme alınırken İsv. BK m. 697a-697g göz önünde tutulmuştur. Alm. POK'da sırasıyla 1969, 1985 ve 1998 yıllarında yapılan değişikliklerle söz konusu kurum Almanya'da oldukça karmaşık bir yapıya dönüşmüş, üç yerde farklı hükümlere konu olmuştur. Bu sebeple, Türkiye'nin gereksinimlerine cevap vermekten uzaklaşmıştır. Bu sebeple yeni düzenlemelerde İsviçre'den yararlanılmıştır." şeklinde açıklanmıştır (Bkz. TTK md. 438 Gerekçesi).

TTK md. 438/1'e göre her pay sahibi pay sahipliği haklarını kullanabilmek amacıyla ve bilgi alma ve inceleme hakkını daha önceden kullanmış olma şartıyla belirli olayların açıklığa kavuşturulması için gündemde yer alması dahi genel kuruldan özel denetçi atanmasını talep edebilir. Genel kurul bu istemi onaylaması halinde şirket veya herhangi bir pay sahibi 30 gün içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebilir. Genel kurulun bu talebi reddetmesi halinde sermayenin en az onda birini (halka açık anonim şirketlerde ise yirmide birini) oluşturan pay sahipleri veya itibari değeri en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilirler. Görüldüğü üzere genel kurulun özel denetçi talebini hem onaylaması hem de reddetmesi hallerinde özel denetçi mahkeme tarafından atanacaktır.

Bununla beraber bazı yabancı ülke kanunlarında özel denetçi TTK'da olduğu gibi mahkeme tarafından atanırken, bazı yabancı ülke kanunlarında da idari makam tarafından atanabilir. Örneğin İngiltere'de özel denetçi, Dışişleri Bakanı tarafından atanır (Perakis, 2004: s. 71). Almanya sisteminde ise Türk hukukundan farklı olarak özel denetçi, özel denetim talep etme hakkına sahip kişilerin istemi üzerine genel kurul tarafından atanır. Genel kurul özel denetim istemini reddetmesi halinde talep etme hakkına sahip kişilerin mahkemeden istemi üzerine mahkeme tarafından atanır (Hopt, 2004: s. 400; Perakis, 2004: s. 73, dp. 299). TTK'da her halde özel denetçinin bağımsız bir kurum olan mahkemeler tarafından atanması özel denetim kurumunun daha etkin bir şekilde işlemesine hizmet etmesi açısından yerinde bir düzenlemedir.

2.2. Hükümün Amacı

Anonim şirketlerde her pay sahibi kendisine kanunen veya esas sözleşme ile tanınan belli haklara sahiptir. Genel kurula katılma, konuşma ve öneride bulunma, oy kullanma, sermaye artırımında rüçhan hakkını kullanma, ortaklıkta kalma veya payını devretme gibi haklar bunlara örnek gösterilebilir. Pay sahiplerinin bu haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmesi ve payının değerine yön vermesi için bu hususlarda yeterli derecede bilgilendirilmesi gerekir (Kaya, 2001: s. 21-28; Narbay, 2007: s. 299-300). TTK md. 437'de düzenlenen bilgi alma ve inceleme hakkı hususunda şirket; finansal tabloları, konsolide finansal tabloları, yönetim kurulunun yıllık

faaliyet raporunu, denetleme raporlarını ve yönetim kurulu kar dağıtım önerisini kendiliğinden pay sahibinin incelemesine hazır bulundurur (TTK md. 437/1). Yönetim kurulundan şirket işleri hakkında, denetçilerden ise denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi talebi, istemin pay sahibi tarafından genel kurulda yapılmasına bağlıdır (TTK md. 437/2). Şirketin ticari defterleriyle yazışmalarının incelenmesi ise pay sahibinin sorusunu ilgilendiren kısmı ile sınırlı olup, genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun kararına bağlıdır (TTK md. 437/4). Pay sahibinin talebine rağmen, bilgi verilme hususunda istenilen bilgi şirket sırlarını açıklayıcı nitelikte olması veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye gireceği gibi haksız gerekçelerle reddedilebilir (TTK md. 437/3). Sonuç olarak bilgi alma veya inceleme talepleri cevapsız bırakılabilir veya ertelenebilir. Bu gibi durumlarda pay sahibi bilgi alma ve inceleme hakkını mahkeme kararı yoluyla elde etmek için mahkemeye başvurabilir (TTK md. 437/5). Pay sahibi bilgi alma ve inceleme hakkını kullanabilmek için bilgi alma ve inceleme hakkını kullandıktan sonra daha kuvvetli bir hukuki yol olan özel denetim kurumundan yararlanabilir (Zeren, 2010: s. 66). Böylece pay sahipleri özel denetim sayesinde bilgi seviyelerini arttıracaklardır (Kunz, 2010: s. 117). Diğer deyişle pay sahipleri özel denetim hakkı sayesinde, şirket sırrı ve menfaati gibi haksız gerekçelerle reddedilen bilgi alma ve inceleme haklarını elde edeceklerdir. Bunun sonucunda da pay sahibi özel denetim sayesinde aldığı bilgi doğrultusunda anonim şirkette kalıp kalmama, diğer bir anlatımla payını devredip devretmeme hususunda veya oyunu edindiği bilgi doğrultusunda ne yönde kullanacağı gibi konularda karar verebilecektir. Özel denetim pay sahibi haklarının bilinçli bir şekilde kullanılmasını sağlayacaktır¹³. Böylece özel denetimin ilk olarak pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının sağlaması amacı olduğunu söyleyebiliriz.

Bununla beraber pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme istemleri gerçekten de şirket çıkarlarının korunması amacıyla haklı olarak da reddedilebilir. Bu nedenle özel denetim pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkının sağlanması ile şirket sırlarının korunması arasındaki dengeyi sağlayarak, şirket ile pay sahipleri arasında

¹³ Özel denetim pay sahipliği haklarının bilinçli bir şekilde kullanılmasının yanında azınlık haklarının kullanılmasını da sağlayacaktır. Gerekçede bu durum şöyle ifade edilmiştir: “Azlık hakları sisteminin merkezinde özel denetçi atanması yer alır. Çünkü onun raporu, sorumluluk davasına giden yolu açabilecek; gereğinde bilanço müzakereleri ertelenebilecektir. Özel denetçi mekanizması işlemezse, azlık haklarından beklenen yarar elde edilemez.” (Bkz. Genel Gerekçe 133 nolu paragraf).

çıkar çatışmalarını azaltmak amacını da bünyesinde barındırır (Doerig, 2005 (Appointment); Hersberger, 2014: s. 1; Timmerman/ Doorman, 2002: s. 196).

Bununla birlikte özel denetimin amacı sadece pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının sağlanması değildir. Özel denetim kurumunun diğer bir amacı da yönetimin denetlenmesidir. Şöyle ki anonim şirket genel kurul ve yönetim kurulu olmak üzere iki organa sahip bir tüzel kişiliktir. Genel kurul pay sahiplerinin ve temsilcilerinin bir araya gelip belirli bir gündemin görüşülüp karar alındığı, şirket işlerine ilişkin bazı hakların kullanıldığı bir kuruldur (Pulaşlı, 2013: s. 334). Genel kurul bir karar organı olup, şirketin aynı zamanda yönetilmeye ihtiyacı vardır; fakat bütün pay sahiplerinin bir araya gelip şirketin yönetimi hususunda karar alması zor olması sebebiyle bir yönetim kuruluna ihtiyaç duyulmuştur. Ancak kendilerine ait olmayan bir malvarlığı üzerinde söz sahibi olan yönetim kurulu, pay sahiplerinin aleyhine davranış ve işlemler içerisine girebilirler. Bunun üzerine pay sahipleri yönetimin şirket menfaatleri yerine kendi menfaatlerini gözetip gözetmediği hususunda bilgi sahibi olmak isteyebilir (Güven, 2011: s. 139). Bununla birlikte pay sahibinin yönetim kurulundan şirketin işleri hakkında bilgi alma ve inceleme talepleri çoğunlukla “şirket sırrı kalkanı” (Öztek, 1986: s. 321) ile karşılaşılarak reddedilebilir (Kaya, 2001: s. 22; Güven, 2011: s. 139). Bu anlamda pay sahipleri özel denetim sayesinde yönetimin davranış ve eylemlerini denetleme imkânı elde edeceklerdir. Özel denetim sayesinde yönetimin denetlenmesi sadece pay sahiplerini ve şirket alacaklılarını koruması açısından önem arz etmez. Gelecekteki pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının yatırım kararı olarak anonim şirkete güven duymalarını sağlaması açısından da özel denetim ayrı bir öneme sahiptir (Zeren, 2010: s. 73).

Yönetimin denetlenmesi amacına hizmet eden özel denetim sayesinde pay sahipleri, şirket yöneticilerinin kanuna veya esas sözleşmeye aykırı eylemlerini tespit etmesi halinde yöneticilerin aleyhine sorumluluk davası açabilirler (Hopt, 2004: s. 399; Kunz, 2010: s. 117). Özel denetim sayesinde sadece yönetimi değil, diğer kimselerin aleyhine de sorumluluk davası açılabilir. Şöyle ki anonim şirketin kuruluşu, yönetimi, denetimi veya tasfiyesi sırasında yapılması gereken işlemler kurucular, yöneticiler, denetçiler ve tasfiye memurları tarafından yerine getirilir. Çoğu zaman pay sahipleri yöneticilerin yaptığı işlemler hakkında bilgi sahibi

olmadığı gibi kurucuların, denetçilerin ve tasfiye memurlarının işlemlerin yapılması sırasında kendi menfaatinin gözetilip gözetilmediğini, işlemlerin kanun ve esas sözleşme hükümleri çerçevesinde yapılıp yapılmadığını hususunda da bilgi sahibi değillerdir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 342; Güven, 2011: s. 139; Sivas, 1992: s. 6). Bazı durumlarda da bilgi sahibi olmasına rağmen sorumluluk davası açmak için ellerinde somut bilgi ve belgeye sahip değillerdir. Bu anlamda özel denetim sorumluluk davasının ön basamağıdır. Pay sahipleri özel denetçi basamağına basarak sorumluluk davası açılmasına olanak sağlayan işlem ve eylemleri ortaya çıkararak, ikinci basamak olan sorumluluk davası basamağına çıkacaktır (Paslı, 2003: s. 642; Zeren, 2010: s. 71)¹⁴. Böylece özel denetim sorumluluk davası için gerekli bilgi ve belgelerin toplanması amacına da hizmet etmektedir¹⁵.

Bununla beraber kanımızca özel denetim, TTK ile anonim ortaklıklar hukukunda düzenlenmiş önemli bir yenilik olan haklı sebeple fesih hakkının kullanabilmesinin sağlanması amacını da sağlamaktadır¹⁶. Şöyle ki haklı sebep öğretide, sürekli hukuki ilişkinin devam edilmesinden beklenen faydanın ortadan kalktığı, ilişkiyi sona erdirecek hukuki durumu ifade eder (Erdem, 2014: s. 180; A. Çelik, 2009: s. 567). Çalışmamız kapsamında anonim ortaklığın haklı sebeple feshine sebep teşkil edebilecek hallerde kar payı hakkının ihlali, organların işlevsiz, çalışamaz hale gelmesi, amaç ve konunun öznel olarak imkânsız hale gelmesi örnek olarak verilebilir (Erdem, 2014: s. 180-181). Uygulamada azınlığın mahkemeden şirket hakkında haklı sebeple fesih kararı alabilmesi için doğruluğundan, güvenilirliğinden şüphe duyduğu işlem ve eylemleri incelemesi, bunun sonucunda da şirketin feshi açısından haklı bir sebebin varlığını ispatlaması gerekmektedir. Özel denetim bu

¹⁴ Bununla birlikte TTK'nın ilgili hükümlerine baktığımızda yönetim kurulu üyeleri aleyhine açılacak olan sorumluluk davası, özel denetçinin vereceği ve durumu aydınlatacağı varsayılan raporu üzerine kurulmuştur. Bu rapora dayanarak pay sahipleri sorumluluk hükümlerini harekete geçireceklerdir (Tekinalp, 1997 (Bireysel Haklar): s. 152).

¹⁵ Burada dikkat edilmesi gereken husus özel denetimin sorumluluk davası açılabilmesi için bilgi ve belge toplaması amacına hizmet etmesinin, özel denetim sonucunda yazılan özel denetim raporunun sorumluluk davasında delil olduğu anlamına gelmediğidir. İleride ayrıntıları ile göreceğimiz üzere özel denetim raporu daha sonra açılacak davalara dayanak teşkil eden bir belge niteliğindedir. Bağlayıcı olmamakla birlikte hakimin dikkate alması gereken deliller arasında yer alan bir belgedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. "Üçüncü Bölüm 4. Özel Denetim Raporu 4.6. Özel Denetim Raporunun Niteliği" başlığı altındaki açıklamalar. *Narbay* ise özel denetim yapılmasını isteme hakkının sorumluluk davası için "belge/delil" sağlama olanağı vermediğini, yönetim organına yönelik genel bir "zorlama/baskı gücü" olduğunu ifade etmiştir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 36-37).

¹⁶ Haklı sebeple fesih hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdem, 2014: s. 175-194; Sumer, 1990: s. 1 vd.; Şahin, 2011: s. 1 vd.; A. Çelik, 2009: s. 559-592.

kapsamda haklı sebeple fesih hakkının kullanılabilmesi için iddia edilen haklı sebep hallerinin varlığına ilişkin bilgi ve belge toplanmasını amaçlamaktadır.

2.3. Hükümün Niteliği

TTK md. 438 ila 444 maddeleri arasında düzenlenen özel denetim isteme hakkı nispi emredici nitelikte bir haktır. Nispi emredici hükümler doğrudan doğruya kamu çıkarının değil, özellikle iktisadi bakımdan zayıf olan kişilerin çıkarlarını diğer bir anlatımla özel çıkarların korunduğu hükümlerdir. Anonim ortaklıkta iktisadi açıdan zayıf olan pay sahiplerinin özel çıkarlarını koruyan emredici hükümler nisbi emredici olup, pay sahibinin özel denetçi isteme hakkını düzenleyen bu hükümler de nisbi emredici hükümler arasındadır (Moroğlu, 2012 (Hükümsüzlük): s. 60; Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 342; Paslı, 2003: s. 615). Hükümün nispi emredici olması, pay sahiplerine ve azınlığa tanınan özel denetim isteme hakkının esas sözleşme ile veya genel kurul kararı ile kullanımının güçleştirilmesini ya da ortadan kaldırılmasını imkânsız kılmaktadır. Örneğin, “Genel kurul özel denetçi tayini talebine karar veremez.” şeklinde esas sözleşme hükümleri veya genel kurul kararları kesin hükümsüzdür. Şöyle ki böyle bir genel kurul kararı pay sahibinin özel denetim isteme hakkını kanunun izin verilen ölçüler dışında sınırlandırdığından TTK md. 447/1- (b) gereği kesin hükümsüzdür. Bununla beraber özel denetim isteme hakkının kullanımını güçleştiren veya ortadan kaldırılmasına yönelik kanun hükmünden açıkça sapılabilmesine yönelik izin verilmediğinden TTK md. 340 gereği de esas sözleşme ile böyle bir hüküm getirilemez. Böyle bir esas sözleşme veya genel kurul kararı emredici hükümlere aykırılık sebebi ile TBK md. 27 açısından da kesin hükümsüzdür. Bu hükümsüzlük, dürüstlük kurallarına aykırı olmaması şartıyla dava ve defî yoluyla her zaman ileri sürülebilir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 342; Aday, 1995: s. 25; Paslı, 2003: s. 615; Güven, 2011: s. 135; Sivas, 1992: s. 6; Zeren, 2010: s. 75).

Görüldüğü üzere özel denetim isteme hakkı genel olarak nispi emredici nitelikte olmakla birlikte, ayrıca hakkın niteliği özel denetim usulünün aşamalarına göre farklılık gözetir. TTK md. 438/1 gereği her pay sahibinin özel denetçi isteme

hakkı bireysel hak¹⁷ niteliğindedir (TTK md. 438'in Gerekçesi). Diğer bir anlatımla özel denetçi isteme hakkı pay sahipliği sıfatından doğan bir haktır¹⁸. Özel denetim isteme hakkına her pay sahibi sahip olduğuna göre azınlık pay sahiplerinin de bu hakka evleviyet ilkesi gereği sahip olması gerekmektedir; fakat azınlığın bu hakkı pay sahipliği sıfatından doğan bir haktır (Domaniç, 1978: s. 697; Güven, 2011: s. 136).

Genel kurulun özel denetim istemini kabul etmesi halinde her pay sahibinin mahkemeye başvuru hakkı da (TTK md. 438/1) pay sahipliği sıfatından doğan bireysel haktır. Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde ise özel denetim isteme hakkının hukuki niteliği bir azınlık hakkıdır; çünkü genel kurulun istemi reddetmesi, hakkı azınlık hakkına¹⁹ dönüştürmektedir (TTK md. 438 ve 439'un Gerekçesi).

Bununla birlikte ileride ayrıntılı bir şekilde açıklanacak olmakla birlikte bu hakkın kullanım şartları doğrudan doğruya başvurulabilecek bir yol değildir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 44). Bunun sebebi özel denetimin talep edilebilmesi için daha önceden bilgi alma hakkının kullanılmış olması gerekmesidir. Bu nedenle özel denetim isteme hakkı bilgi alma ve inceleme hakkına bağlı ikincil nitelikte bir haktır (Kaya, 2015 (Özel Denetim): s. 63; Pulaşlı, 2013: s. 489-490; Özkan, 1999: s. 38; Şener, 2012: s. 498; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 61).

Özel denetimin hukuki niteliği hususunda son olarak önemle üzerinde durulması gereken diğer bir husus bu hakkın müktesep hak²⁰ veya vazgeçilemez hak²¹ olup olmadığı hususudur. Doktrinde her ne kadar müktesep hak olduğuna ilişkin görüş olsa da (Tekil, 1998: s. 406), kanımızca özel denetim isteme hakkı

¹⁷ Bireysel haklar, kullanılmaları belirli bir azınlık veya çoğunluğun sağlanması şartına tabi olmayan pay sahipliği sıfatından doğan haklardır (Poroy vd, 2005: N. 751).

¹⁸ Öğretide *Kaya*, özel denetim isteme hakkının tam manasıyla pratikte bir pay sahipliği hakkı olarak değerlendirilemeyeceğini ifade etmiştir. Yazar maddenin düzenlenmesinde pay sahibinin sadece genel kurulun özel denetçi talebini kabul etmesi halinde mahkemeye başvurabileceğini, genel kurulun istemi reddetmesi halinde işletebilecek herhangi bir mekanizma olmadığını ve talebin hukuki koruması olmaması sebebiyle gerçek anlamda kişisel pay sahipliği hakkının bulunmadığı ileri sürmüştür (Kaya, 2015 (Özel Denetim), s. 67).

¹⁹ Azınlık hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Poroy vd, 2005: N. 753 vd.; Birsal, 1970: s. 621-659.

²⁰ Müktesep haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp vd, 2014 (Ortaklık): N. 866-870d; Erdem, 2012: s. 29-44; Kaya, 1997 (Müktesep Haklar): s.147-151.

²¹Vazgeçilmez haklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp vd, 2014 (Ortaklık): N. 870e-870i.

vazgeçilmez hak niteliğindedir. Öncelikle mütesep hak genel kurulun veya yönetim kurulunun kararlarına tabi olmayan, pay sahibinin rızası olmaksızın çoğunluk tarafından ihlal edilemeyen, diğer bir anlatımla hakkın değiştirilmesi için bütün pay sahiplerinin oybirliğini gerektiren haktır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 42; Tekinalp vd, 2014 (Ortaklık): N. 868; Erdem, 2012: s. 31). İleride ayrıntılı bir şekilde göreceğimiz özel denetimi düzenleyen TTK md. 438-444 maddelerine baktığımızda ise hakkı pay sahibinin rızası veya ortaklık menfaati gibi sebeplerle sınırlandıran bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte özel denetim isteme hakkının değiştirilmesinde, sınırlandırılmasında veya kaldırılmasında pay sahibinin bir iradesi yoktur. Bu nedenle pay sahibinin özel denetim isteme hakkı kanımızca vazgeçilmez hak niteliğindedir²². Nihayet pay sahibinin vazgeçilmez nitelikteki hakkı olan özel denetim isteme hakkını ihlal eden veya bu hakkın kullanımını kısıtlayan ya da güçleştiren yönetim kurulu kararları TTK md. 391/1- (c) gereği kesin hükümsüzdür.

2.4. Özel Denetim Sisteminin Benzer Sistemlerden Farkı

2.4.1. Bağımsız Denetim

TTK ile kanunumuzda düzenlenmiş olan bağımsız denetim kurumu (TTK md. 397-406), özel denetim kurumundan birçok yönden farklılık göstermektedir. İlk olarak bağımsız denetimin kapsamı anonim ortaklığın ve topluluğun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu ve bunlar bağlamında tüm ortaklık muhasebesi ile sınırlıdır. Özel denetimin kapsamı bazı açılardan bağımsız denetimin kapsamından geniş iken, bazı açılardan da bağımsız denetimin kapsamından sınırlıdır. Şöyle ki özel denetçinin, denetimin konusu ile ilgili bütün belge ve olayları inceleyebilme yetkisi olması bakımından kapsamı geniştir. Bununla birlikte tüm işlemlerin genel bir incelenmesi amacıyla özel denetim yapılmayıp, belirli bir olayın veya konunun açıklığa kavuşturulmasını sağlaması açısından kapsamı sınırlıdır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 19; Özkan, 1999: s. 42; Güven, 2011: s. 140).

²²Aynı yönde görüşler için bkz. Tekinalp vd, 2014 (Ortaklık): N. 870e; Şener, 2012: s. 497; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 44.

Bağımsız denetçi kural olarak genel kurul tarafından seçilirken, istisnai hallerde mahkeme tarafından atanır²³. Özel denetimde ise herhangi bir pay sahibinin genel kuruldan özel denetçi atanmasına yönelik istemi genel kurulca kabul edilmesi halinde şirket veya herhangi bir pay sahibi özel denetçinin atanması mahkemeden talep edecektir. Genel kurulun bu istemi reddetmesi halinde de azınlık veya belli itibari değerde paya sahip pay sahipleri özel denetçinin atanmasını mahkemeden talep edecektir. Görüldüğü üzere özel denetim kurumunda, bağımsız denetimden farklı olarak her durumda özel denetçi şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesi tarafından atanacaktır²⁴.

Bağımsız denetimde, denetçinin denetimine tabi olan finansal tablolar ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu denetletirilmemesi halinde düzenlenmemiş hükmünde (TTK md. 397/2) olması sebebiyle bağımsız denetimin bağlayıcı niteliği vardır. Özel denetimde ise, özel denetim raporu belirli bir olayın aydınlanması amacıyla yapılan bir yönlendirme, başvuru ve bilgi alma kaynağıdır (TTK md. 443'in Gerekçesi). Diğer bir anlatımla özel denetim raporu bağlayıcı değildir.

Diğer yandan bağımsız denetim periyodik olarak yürütülen bir faaliyettir ve her şirket bağımsız denetime tabi olmayıp, belirli şartları taşıyan şirketler denetime tabidir²⁵. Özel denetim ise, pay sahibinin isteğine bağlı olarak herhangi bir zamanda

²³ TTK md. 399/1 gereği bağımsız denetçi kural olarak şirket genel kurulunca; topluluk denetçisi ise ana şirketin genel kurulunca atanır. TTK md. 399/6 gereği faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar denetçi seçilememesi, seçilmiş denetçinin görevi reddetmesi, seçilmiş denetçinin sözleşmeyi feshetmesi, seçilmiş denetçinin görevlendirme kararının iptal olması veya butlanına karar verilmesi, seçilmiş denetçinin kanuni sebeplerle veya diğer herhangi bir nedenle görevini yerine getirmemesi veya seçilmiş denetçinin görevini yapmasının engellenmesi hallerinde yönetim kurulu, yönetim kurulu üyelerinin her biri veya herhangi bir pay sahibinin istemi halinde denetçi istisnai olarak mahkeme tarafından atanır. Mahkeme kararı kesindir.

²⁴ Gerekçede bu durum "Gerçekten bir pay sahibi özel denetim talebinde bulunmuşsa, genel kurulun bu talebi reddetmesi mekanizmayı durdurmadığı gibi, genel kurul talebi kabul edip, istediği kişiyi özel denetçi seçerek denetimin istediği gibi yapılmasını sağlayamayacaktır. Her iki halde de, özel denetçiyi mahkeme seçecek, özel denetim gerçekleşecektir. Bu, kurumu işlemezlikten kurtaracak önemli bir yeniliktir." şeklinde ifade edilmiştir (TTK md. 438/1'in Gerekçesi).

²⁵ Bağımsız denetime tabi olacak şirketlerin belirlenmesine dair 19.12.2012 tarihli ve 2012/4213 sayılı Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Belirlenmesine Dair Karar'ın 3. maddesinin 1. fıkrası 01.02.2015 tarih ve 29254 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan 2014/7149 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değişen (a), (b) ve (c) maddelerine göre bağımsız denetime tabi olacak şirketler şu şekilde düzenlenmiştir: "Tek başına veya bağlı ortaklıkları ve iştirakleriyle birlikte aşağıdaki üç ölçütten en az ikisini sağlayan şirketler ile ekli (I) sayılı liste kapsamında yer alan şirketler, 6102 sayılı Kanun ile 26/09/2011 tarihli ve 660 sayılı Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümleri çerçevesinde bağımsız denetime tabidir: a) Aktif toplamı 50 milyon ve üstü Türk Lirası, b) Yıllık net satış hasılatı 100 milyon ve üstü Türk Lirası, c) Çalışan sayısı 200 ve üstü."

gerçekleştirilebilen periyodik olmayan bir faaliyettir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 18-19). Bununla birlikte özel denetim talebinde bulunmak için şirketin herhangi bir koşulu taşıması şart olmayıp, her anonim şirkette gerekli şartları taşıyan pay sahibi özel denetim isteminde bulunabilir.

2.4.2. İşlem Denetçisi

İşlem denetimi, içerisinde denetim sözcüğünün geçmesi sebebiyle özel denetim ile karıştırılabilir bir kurumdur. Her ne kadar işlem denetimi kurumu 6335 sayılı kanun²⁶ ile yürürlükten kaldırılmış olsa da, işlem denetçisinin özel denetçiden farkları hususunda açıklama yapmakta fayda görmekteyiz. İlk olarak TTK ile kanuna girmiş olan işlem denetçisi²⁷, şirketteki belirli işleri, diğer bir anlatımla şirketin kuruluşunu, sermaye artırımını, birleşmeyi, bölünmeyi, tür değiştirmeyi, yüksek hacimli menkul değer ihracını gibi konuları denetleyen bir kurumdu (TTK md. 400'ün Gerekçesi).

İşlem denetimi periyodik olmayan bir denetim olmakla birlikte belirli şartların gerçekleşmesi halinde, yasal olarak zorunlu hale gelen bir denetim türüydü. Özel denetim ise sadece pay sahibinin talebi halinde yapılan bir denetimdir (Güven, 2011: s. 141).

İşlem denetçisi, aksi kanunda ve esas sözleşmede öngörülmedikçe kural olarak genel kurul tarafından (istisnası 6335 sayılı kanun değişikliği öncesi TTK md. 458/1-505) atanması ve görevden alınması düzenlenmişti. Özel denetçi ise, daha önce de bahsedildiği üzere her durumda mahkeme tarafından atanır.

2.4.3. Bilirkişi

Özel denetçinin her durumda mahkeme tarafından atanması, özel denetim kurumunun bilirkişi vasfını taşıyıp taşımadığı sorununu gündeme getirmektedir. Kanaatimizce özel denetim bilirkişi incelemesi değildir. Şöyle ki bilirkişi incelemesi özel hukukta HMK'nın 266 ila 287. maddeleri arasında düzenlenmiş olup, çözümünü hukuk dışında özel teknik ve belge gerektiren hallerde başvuru olan bir yoldur (HMK

²⁶26.06.2012 tarihinde TBMM'de kabul edilen ve 30.06.2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun.

²⁷ İşlem denetçisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gürbüz Usluel, 2011: s. 123-153.

md. 266). Özel denetim ise şartların gerçekleşmesi halinde, belirli hususların aydınlatılması amacıyla her halükarda mahkemenin atadığı kişi tarafından gerçekleştirilen bir denetimdir. Bununla birlikte bilirkişinin yaptığı inceleme sonucunda hazırladığı rapor takdiri delil niteliğinde iken (Pekcanıtez vd, 2014: s. 457), özel denetim raporunun bağlayıcılığı olmayıp, belirli konuların aydınlatılmasında bilgi alma aracı niteliğini taşır.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL DENETÇİNİN ATANMASI

1. GENEL OLARAK

Her pay sahibinin özel denetim isteme hakkı olup, pay sahibi tarafından özel denetim talebinde bulunması halinde genel kurul bu talebi kabul edebileceği gibi reddedebilir. Bu bölümde genel kurulun özel denetim talebini kabul etmesi (TTK md. 438) veya reddetmesi (TTK md. 439) ihtimallerinin gerçekleşmesi halinde izlenilecek yol ayrıntılı olarak anlatılacaktır.

2. GENEL KURUL TARAFINDAN ÖZEL DENETİME KARAR VERİLMESİ

2.1. Özel Denetim Talebinde Bulunma Hakkına ve Yetkisine Sahip Olanlar

2.1.1. Pay Sahipleri

eTTK'da özel denetim hakkını düzenleyen md. 348'de özel denetçi atanmasını kimlerin talep edeceğine ilişkin açık bir düzenleme mevcut değildi. Bununla beraber öğretilerde her pay sahibinin ve genel kurulda belirli konularda haksızlığa uğrayan denetim ve yönetim kurulları ve üyelerin özel denetçi talebinde bulunacağına ilişkin bir görüş mevcut idi²⁸. Bununla birlikte TTK, ihtiyaçlar doğrultusunda önemli değişiklikler yapılan özel denetim kurumunda eski kanundan farklı olarak özel denetim talep hakkına sahip olan kişileri kısmen düzenlemiştir. Şöyle ki TTK md. 438/1'e göre "*Her pay sahibi..*" özel denetim talebinde bulunabilir. Görüldüğü üzere özel denetim isteme hakkı her pay sahibine tanınmış bireysel bir hak niteliğindedir²⁹. TTK pay oranlarına bakılmaksızın tek bir paya dahi sahip olan her pay sahibine belli

²⁸ Doktrinde bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: TTK md. 348'inci maddeye ilk bakıldığında özel denetim isteminin sadece %10 azınlık tarafından yapılabileceğine ilişkin bir izlenim oluşsa da bir pay sahibi ve genel kurulda belli konularda asılsız veya haksız eleştirilere uğrayan yönetim ve denetim kurulları ve üyelerinin muayyen hususların tetkik ve teftişine ilişkin olması şartına bağlı olarak özel denetim talebinde bulunabilirler (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 345; Domaniç, 1978: s. 697; Domaniç, 1988 (Şerh): s. 738; Sivas, 1992: s. 9).

²⁹ Kanun koyucu TTK md. 438/1'in gerekçesinde özel denetim isteminin her pay sahibine tanınmış "*birel bir hak*" olduğunu ifade etmiştir (Bkz. TTK md. 438/1'in Gerekçesi). Kanımızca birel ifadesi yerinde bir ifade olmayıp, bireysel bir hak olduğu şeklindeki ifade daha yerinde olacaktır.

şartların gerçekleşmesi halinde özel denetim isteme hakkı tanımıştır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 48; Özdamar, 2014: s. 55; Narbay, 2007: s. 294)³⁰.

Kanun koyucu özel denetim isteme hakkına sahip olanları kısmen düzenlemiştir. Burada kanun koyucunun kısmen düzenlediğini ifade ediyoruz; çünkü TTK md. 438/1'de sadece pay sahiplerinin özel denetim isteme hakkına sahip olduğunu düzenlenmiştir. Bununla birlikte TTK md. 438/1'in gerekçesinde özel denetim talebinde sadece pay sahibinin bulunabileceğini belirterek intifa hakkı ve tahvil sahiplerine ve alacaklara böyle bir hakkın tanınmadığı düzenlenmiştir. Söz konusu hak sahiplerine de esas sözleşme ile böyle bir hak tanınıp tanımayacağına ilişkin tartışmayı ise doktrine bırakmıştır (TTK md. 438/1'in Gerekçesi). Bu hususta doktrinde ise çeşitli görüşler mevcuttur:

Eriş'e göre, kanun koyucu yasada bu hususun aksine bir emredici hüküm düzenlememiştir. Bu nedenle paydaşlar dışında olup, şirketle doğrudan veya dolaylı olarak ilgisi olan kişilerin haklarının korunması şirkete fayda sağlaması şartıyla bu kişilere esas sözleşme ile özel denetim hakkının tanınması gerekmektedir (Eriş, 2013: s. 2960). *Pulaşlı'ya* göre ise şirket alacakları, hisse senedi ile değiştirilebilir tahvil sahiplerinin ve katılma senedi sahiplerinin özel denetçi isteme hakkı yoktur (Pulaşlı, 2013: s. 490-491). *Özdamar'a* göre, TTK md. 340'ta düzenlenen emredici hükümler ilkesi gereği esas sözleşmeye konulabilecek hususların sınırlı olması sebebiyle pay sahipleri dışındaki ilgililere (intifa veya rehin hakkı sahiplerinin, şirket alacaklılarının) özel denetim isteme hakkının tanınmaması gerekir (Özdamar, 2014: s. 55)³¹.

Kanımızca bu kişilerin özel denetim isteme hakkına sahip olup olmadığı ayrı ayrı incelenmelidir. İlk olarak TTK md. 432/2 gereği aksi kararlaştırılmadıkça oy

³⁰ Her ne kadar TTK ve 6362 sayılı SPK'da oydan yoksun pay düzenlenmemiş olsa da, TTK md. 140/3, 146/1-c, 167/1-c ve 183/1 hükümlerinde oydan yoksun pay terimi kullanılmıştır. Kanımızca bu düzenleme eSPK md. 14/A'ya dayanılarak çıkarılmış olup, TTK'nın oydan yoksun payı tanıdığı anlamına gelmemektedir (Tekinalp vd, 2014 (Ortaklık), N. 775-775a). Bununla birlikte eSPK döneminde çıkarılan oydan yoksun pay sahipleri için özel denetim isteme hakkına sahip olup olmadığı hususunda açıklama yapmakta fayda vardır. Oy hakkı hariç olmak üzere şirket kar ve tasfiye payından imtiyazlı olarak yararlanma hakkına sahip olan oydan yoksun pay sahipleri şirketten bilgi alma ve inceleme hakkına sahip olduğundan kanımızca özel denetçi atanması hakkına da sahiptir (Aynı doğrultuda Turanboy, 2011 (Sempozyum): s. 19; Narbay, 2007: s. 295).

³¹ Bu hususta doktrindeki diğer tartışmalar için bkz. Narbay, 2010 (Özel Denetim): s.51-52; Güven, 2011: s. 144-145; Narbay, 2007: s. 295-296.

hakkı intifa hakkı sahibi tarafından kullanılabilir. İntifa hakkı sahibinin bilgi alma hakkına sahip olup olmadığına ilişkin ise kanunda açık bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte bilgi alma oy hakkının doğal bir uzantısı olup, intifa hakkı sahibi bilgi alma hakkını kullanmadan oy hakkını sağlıklı bir şekilde kullanamaz. Diğer bir anlatımla bilgi alma hakkını kullanmayan bir intifa hakkı sahibi TTK md. 432/2 gereği pay sahibinin menfaatlerine, hakkaniyete uygun bir şekilde hareket etmiş olmaz (Teoman, 1978 (İntifa Senetleri): s. 57, dp. 29; Oğuz, 1991: s. 40; Güven, 2011: s. 145). Bu sebeplerle kanımızca intifa hakkı sahibi bilgi alma hakkını kullanabilir. Özel denetim kapsamından incelersek özel denetim talebi TTK md. 438 gereği pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olmalıdır. Diğer bir deyişle pay sahibi, pay sahipliği haklarını özellikle oy hakkını kullanabilmesi yönünden bilgi almanın gerekli olduğu hallerde özel denetim mümkün olacaktır. Bu nedenlerden dolayı oy hakkına sahip olan intifa hakkı sahibi özel denetim isteme hakkına da sahip olacaktır (Domaniç, 1978: s. 697; Kendigelen, 1994 (İntifa Hakkı): s. 322; Paslı, 2003: s. 617; Sivas, 1992: s. 9; Güven, 2011: s. 145; Bay, 2012: s. 23). Öğretide *Narbay* tarafından da ifade edildiği üzere kanunun gerekçesinde intifa hakkı sahiplerinin özel denetim talebinde bulunamayacağına ilişkin düzenleme değiştirilmelidir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 51,52; Narbay, 2007: s. 295-296). Aksi halde, özel denetim talebinde bulunamayan intifa hakkı sahibinin genel kurulda oy hakkını pay sahibinin menfaatine göre nasıl kullanılacağına ilişkin anlaşılmayan bir durum ortaya çıkacaktır (Güven, 2011: s. 14)³².

Öte yandan işçilerin, denetçilerin, üçüncü kişilerin ve alacaklıların özel denetim isteme hakkının esas sözleşme ile tanınamayacağı kanaatindeyiz³³. Çünkü özel denetim müessesesi pay sahipliği haklarının kullanılmasına, diğer bir anlatımla pay sahiplerinin korunması amacına hizmet eder. Bu kişiler özel denetimin yerine getirilmesi sonucu hazırlanan özel denetim raporundan yararlanmakla birlikte, özel denetim isteme hakkına sahip değillerdir (Narbay, 2007: s. 295; Güven, 2011: s. 145; A. Arı, 2011: s. 1416).

³² İsviçre öğretinde ise intifa hakkı sahibinin de bilgi alma hakkı yönünden özel denetim isteme hakkına sahip olduğu kabul edilmektedir (Güven, 2011: s. 144).

³³ Aynı doğrultuda Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 51; Güven, 2011: s. 145; Narbay, 2007: s. 295; A. Arı, 2011: s. 1416.

Son olarak üzerinde önemle durulması gereken bir konu bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış pay sahibi ile özel denetim isteyen pay sahibinin aynı kişi olup olmadığı sorunudur. Kanun gerekçesinde bu sorun “*Bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış pay sahibi ile özel denetim isteyen pay sahibinin aynı kişi olması zorunlu değildir; ancak konu aynı olmalıdır.*” şeklinde düzenlenmiştir (TTK md. 438/1’in Gerekçesi). Kanımızca daha önceden herhangi bir pay sahibi tarafından bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması halinde aynı konu olması şartıyla başka bir pay sahibi özel denetim talebinde bulunabilir³⁴. Şöyle ki pay sahibi belli bir konuda bilgi alma amacıyla şirkete başvurmuş ve tatmin edici bir bilgi almış olduğundan özel denetim müessesine başvurmak istemeyebilir; fakat başka bir pay sahibi verilen bu bilgi çerçevesinde yeterince aydınlanmamış olduğundan özel denetime başvurmak isteyebilir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 52-53; Narbay, 2007: s. 296). Bununla birlikte bilgi alma talebinde bulunmuş pay sahibi verilen bilgiyi her ne kadar yeteri kadar aydınlatıcı nitelikte bulmasa da doktrinde de bazı yazarlar tarafından ileri sürüldüğü gibi özel denetim sistemini çok karmaşık ve ayrıntılı bulduğundan başvurmak istemeyebilir³⁵. Bu halde başka bir pay sahibi aynı konuda bilgi alma ve inceleme hakkının kullanıldığını ve kendisinin yeterince aydınlanmadığı sebebiyle özel denetim isteme hakkına başvurması hükmün amacına da uygun olacaktır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 53; Narbay, 2007: s. 296-297). Bununla beraber özel denetim isteme hakkına sahip olan kişiler TTK md. 438/1’de “*her pay sahibi*” şeklinde düzenlenmiştir. Bu ifadeden her pay sahibinin daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkının o pay sahibi veya herhangi bir pay sahibi tarafından kullanılmış olması fark etmeksizin özel denetim talebinde bulunabileceği anlamı çıkmaktadır. Aksine bir yorum TTK md. 438’deki “*her pay sahibi*” şeklindeki açık hükmüne aykırılık teşkil edebilir (Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1874).

³⁴ Doktrinde aynı doğrultudaki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1873-1874; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 52-53; Güven, 2011: s. 147-148.

³⁵ Ulaş’a göre, özel denetim isteme hakkı olması gerekenden ayrıntılı, kapsamlı ve karışık bir prosedüre bağlanmıştır. Özel denetim sisteminin bu karmaşık yapısından daha basite indirgenmesi denetimden beklenen amacı gerçekleştirebilir (Ulaş, 2005: s. 197). Narbay ise, özel denetim yapılması istemini “*çok karmaşık sınırlamalar sistemi*” olarak değerlendirmiştir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 53; Narbay, 2007: s. 296).

2.1.2. Azınlık

TTK md. 438/1’de özel denetim isteminde bulunma hakkının “*her pay sahibine*” tanındığı düzenlenmiş olmasına rağmen, kanımızca azınlık da genel kuruldan özel denetim talebinde bulunma hakkına sahiptir³⁶. Diğer bir anlatımla halka kapalı şirketlerde sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya itibari değeri toplamı en az birmilyon Türk Lirası olan pay sahipleri genel kuruldan özel denetim talebinde bulunabilir. Her pay sahibine tanınan bu hak, azınlığa “evleviyet ilkesi” gereği tanınması gerekir (Domaniç, 1978: s. 698; Paslı, 2003: s. 618). Azınlığın bu talep hakkı pay sahipliği sıfatından doğan bir hak olup, azınlık hakkı değildir. Bu nedenle azınlığın özel denetim teklifini genel kurulun reddetmesi halinde azınlık TTK md. 439/1’e dayanarak gerekli şartları yerine getirerek mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 57-58; Narbay, 2007: s. 297).

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerine baktığımızda özel denetim hakkı bazı ülkelerde TTK’da düzenlendiği gibi her pay sahibine tanınmış bireysel hak iken, bazı ülkelerde ise azınlığa tanınmış bir haktır. Şöyle ki Kanada ve İsviçre’de özel denetim hakkı her pay sahibine tanınmış bireysel haktır. Japonya ve Fransa gibi ülkelerde ise sadece azınlığın başvurabildiği bir haktır. Japonya’da sermayenin %3’ü, Fransa’da ise sermayenin %5’ini oluşturan azınlık pay sahipleri özel denetim isteminde bulunabilirler. İtalya’da ise kanun koyucu ikili bir ayrıma giderek borsa şirketlerinde sermayenin %5’ine, diğer şirketlerde ise sermayenin %10’unu oluşturan azınlık pay sahipleri özel denetim isteminde bulunabilir (Perakis, 2004: s. 71)³⁷. Almanya’da ise sermayenin %1’ine sahip pay sahipleri veya nominal değeri 100.000 Euro’ya sahip pay sahipleri özel denetim isteme hakkına sahiptir. İngiltere ise diğer ülkelerdeki düzenlemelerden farklı bir düzenlemeye giderek en az 200 pay sahibi veya ihraç edilen payların en az 1/20’sine sahip olan pay sahipleri, sermayenin ihraç edilmemesi halinde ise pay sahiplerinin en az 1/5’i özel denetim isteminde bulunabileceğini

³⁶ Doktrindeki aynı doğrultuda görüşler için bkz. Domaniç, 1978: s. 698; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 57-58; Paslı, 2003: s. 617-618; A. Çelik, 2006: s. 82; Narbay, 2007: s. 297.

³⁷ İsveç ve Finlandiya’da sermayenin 1/10’una veya toplantıda temsil edilen payların 1/3’üne sahip pay sahiplerinin oluşturduğu azınlık, Polonya’da sermayenin 1/10’una, Yunanistan’da ise sermayenin %5’i veya temsil edilen payların 1/3’üne sahip pay sahiplerinin oluşturduğu azınlık özel denetim hakkına sahiptir (Perakis, 2004: s. 71).

düzenlemiştir (Perakis, 2004: s. 71, dp. 288)³⁸. Görüldüğü üzere TTK birçok farklı ülke kanunlarındaki düzenlemelerden farklı olarak özel denetim isteme hakkını her pay sahibine tanıyarak, pay sahibini korucuyu bir düzenleme getirmiştir.

2.2. Özel Denetim İsteminin Koşulları

Pay sahibinin özel denetim isteyebilmesi için bazı koşulların gerçekleşmesi gerekir. Çalışmamızda bu koşullar kanun gerekçesindeki sınıflandırmaya³⁹ uygun olarak özel denetim talebinin ön şartı ve özel denetim talebinin maddi koşulları şeklinde incelenecektir.

2.2.1. Özel Denetim Talebinin Ön Şartı

2.2.1.1. Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkını Kullanmış Olması

Pay sahibinin özel denetim isteminde bulunabilmesi için aynı konuda daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olması gerekir. Diğer bir anlatımla özel denetim yapılması istenilen konuda daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması özel denetim isteme hakkının ön şartıdır. Kanun koyucunun düzenlediği mantıki sıra doğru bir sıradır. Şöyle ki pay sahibi belli bir konuda genel kurulda bilgi alma ve inceleme hakkını kullandığında, yönetim kurulu veya denetçilerin verdikleri bilgiler doğrultusunda özel denetim isteme hakkını kullanıp kullanmayacağına karar verecektir⁴⁰. Örneğin verilen bilgi sonucunda pay sahibinin yeterince bilgilendirilmesi/ aydınlatılması halinde özel denetime gerek kalmayacaktır (Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1874; Zeren, 2010: s. 66). Bu nedenle düzenleme usul ekonomisine hizmet eder niteliktedir. Bununla birlikte pay sahibinin bu istemi cevapsız bırakılabilir, haksız sebeplerle reddedilebilir, ertelenebilir veya pay sahibine tatmin edici bir cevap verilmeyebilir. Bu durumda da bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış; fakat

³⁸ Belçika'da sermayenin %1'ine veya nominal değeri 1.250.000 Euro'ya sahip pay sahipleri, Hollanda'da ise sermayenin %10'una veya nominal değeri 225.000 Euro'ya sahip pay sahipleri özel denetim hakkına başvurabilirler (Perakis, 2004: s. 71, dp. 288).

³⁹Kanun gerekçesindeki sınıflandırma için bkz. TTK md. 438/1'in Gerekçesi.

⁴⁰Moroğlu, özel denetim talebi için pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması koşulu yanında daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olma şartını, egemen pay sahiplerinin önce bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmaları şeklinde itiraz yaparak, konunun bir sonraki genel kurul toplantısına bırakılması hususunda kanuni bir bahane fırsatı yarattığını ifade ederek ön şartı eleştirmiştir (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 241). *Bilgili/Demirkapı*'nın bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetçi atanmasını isteme hakkının birinin diğerinin şartı olacak şekilde öngörülmesinin sistemin oluşturduğu koruma açısından anlamlı olmadığı eleştirisi için bkz. Bilgili ve Demirkapı, 2013: s. 509, dp. 1329.

yeterince aydınlanmamış pay sahibi özel denetim hakkını kullanabilir. Bu açıdan pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarının bitiminde, özel denetçinin faaliyetleri başladığı söylenebilir (Doerig, 2005 (Appointment)). Pay sahibinin özel denetime başvurabilmesi için bilgi alma ve inceleme hakkını kullandığını ispat etmesi, bunun yanında hakkı kullanmasına rağmen yeterince aydınlanmadığını veya tatmin olmadığını da ispatlaması gerektiği anlamına gelmez (Kaya, 2015 (Özel Denetim): s. 71- 72). TTK md. 438/1'e baktığımızda bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olması gerektiği ifade edildiğinden, bu hakkın kullanıldığının ispatı yeterli olacaktır.

Özel denetim isteminin, bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması ön şartına bağlanması bilgi alma hakkının baştan savarcasına yapılmasını önleme amacına da hizmet etmektedir (TTK md. 438/1'in Gerekçesi). Nihayet yönetim kurulu veya denetçiler özel denetim sonucunda ortaya çıkabilecek sorumluluk veya haklı sebeple fesih gibi durumlardan kaçınmak için pay sahibine tatmin edici bilgiler sunmak durumunda kalacaklardır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 61; Narbay, 2007: s. 300; A. Arı, 2011: s. 1420).

Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olmasının ön şart olması anonim şirketin de yararına bir düzenlemedir. Şöyle ki pay sahibi bilgi alma ve inceleme hakkı ile aydınlanarak özel denetim isteminden vazgeçebilir. Bu durum da hem ticari sırların şirket dışarısına çıkma tehlikesinden korunması hem de özel denetim sonucunda oluşacak masrafların önlenmesi açısından anonim şirketin lehine bir düzenlemedir (Bay, 2012: s. 23).

Bilgi alma ve inceleme hakkını daha önceden kullanılmış olma şartında bahsedilen “daha önce” ifadesi mutlak bir şekilde bir önceki genel kurulda bu hakkın kullanılması gerektiği anlamına gelmez. Pay sahibi bu hakkını bir önceki genel kurulda kullanabileceği gibi, aynı genel kurul toplantısında bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmasının ardından özel denetim isteminde de bulunabilir. Burada önemli olan bilgi alma ve inceleme hakkının zaman olarak özel denetim isteminden önce kullanılmış olmasıdır (Kaya, 2015 (Özel denetim): s. 76).

Bununla birlikte üzerinde önemle durulması gereken bir husus vardır: Kanun koyucu TTK md. 438/1'de ön şartı “*bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa*” şeklinde düzenlenmiştir; fakat bilgi alma ve inceleme hakkının

kullanılmış olmasının kapsamı ne kanunda ne de gerekçede düzenlenmiştir. Hangi durumlarda pay sahibi bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış sayılacağı hususunun açıklanmaya ihtiyacı vardır. Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış sayılması için ilk olarak pay sahibinin bilgi alma ve inceleme talebini genel kurulda veya dışında kullanması gerekir⁴¹. Bununla beraber pay sahibinin bilgi alma ve inceleme talebinin haksız olarak reddi halinde pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı kullanılmış sayılacaktır⁴². Pay sahibinin genel kurulda yönetim kurulundan şirketin işleri, denetçilerden ise denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteminin yönetim kurulu veya denetçiler tarafından haksız olarak reddedilmesi, cevapsız bırakılması, tahmin edici bir cevap verilmemesi veya daha sonraki bir zamana ertelenmesi halinde pay sahibi bilgi alma hakkını kullanmış sayılacaktır. Bu durum pay sahibinin yönetim kurulundan veya genel kuruldan belgeleri inceleme hususunda izin isteminin haksız olarak reddedilmesi, tatmin edici bir cevap verilmemesi, cevapsız bırakılması veya ertelenmesi halinde de geçerlidir. Ayrıca pay sahibinin yönetim kurulundan belgeleri incelemek için izin istemesi halinde bu istemin geri çevrildikten sonra inceleme hakkının kullanılmış sayılması için pay sahibinin genel kuruldan izin isteme gibi bir yükümlülüğünün de olmadığı kanaatindeyiz⁴³. Kanun koyucu pay sahibine yönetim kurulu veya genel kurul şeklinde seçenek sunmuştur. Bir diğerine başvuru bir hak olup başvurup başvurmama pay sahibinin ihtiyarındadır.

Bununla beraber kanun koyucu pay sahibine TTK md. 437/5’de bilgi alma ve inceleme isteminin cevapsız bırakılması, şirket sırrı, korunması gereken şirket menfaatleri gibi sınırlamalara dayanılarak haksız olarak reddedilmesi, ertelenmesi

⁴¹ Bilgi alma ve inceleme hakkının nerede kullanılacağı tartışmalı bir konudur. TTK md. 437/2’de pay sahibinin bilgi alma hakkını genel kurulda kullanacağı hususundaki düzenleme inceleme hakkının da genel kurulda kullanılacağı gibi bir kanı uyandırmaktadır; fakat TTK md. 437/4’de inceleme hakkı hususunda genel kurul dışında yönetim kurulunun da izin verebileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle inceleme hakkı genel kurul dışında da kullanılabilir (Aynı doğrultuda Tekinalp vd, 2005: N. 1014; Öztekin, 1986: s. 313).

⁴² Kaya bu şartları TTK md. 437/5’de düzenlenen pay sahibinin mahkemeye başvuru için gereken maddi şartlarda ifade etmiştir (Kaya, 2001: s. 324-327). Kanımızca bu şartlar pay sahibinin bilgi alma hakkının kullanılmış olması için de kıyasen uygulayabiliriz.

⁴³ Benzer şekilde Zürih Kantonu Temyiz mahkemesi bilgi alma istemi yönetim kurulu tarafından reddedilen pay sahibinin ret cevabını alması veya yetersiz bilgi verilmesinin yeterli olduğunu, hakime bilgi alma hususunda başvuru için ayrıca genel kurula başvurarak buradan da ret cevabı alınmasına gerek olmadığına karar verilmiştir (Mahkeme kararı için bkz. Öztekin, 1986: s. 317-318, dp. 89; Kaya, 2001: s. 325-326).

halinde mahkemeye başvuru imkânı tanımıştır⁴⁴. Bu halde özel denetime başvuru için ön şart niteliğinde olan bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması için pay sahibinin mahkemeye de başvurmak zorunlu olup olmadığı hususu üzerinde önemde durulması gereken bir konudur.

Öğretide bir görüşe göre bilgi istemi reddedilen, cevapsız bırakılan, ertelenen pay sahibi öncelikli olarak TTK md. 437/5’de öngörülen mahkemeye başvuru olanağından yararlanmalıdır; çünkü bilgi alma ve inceleme hakkı ve özel denetim isteme hakkı ile istenilen sonuç aynıdır. Diğer bir deyişle her iki hak da pay sahipliği haklarının bilinçli kullanılmasını amaçlamaktadır. Pay sahibinin istemi sonucu mahkeme aracılığıyla kendisine verilen bilgi pay sahibini tatmin etmezse özel denetim isteme hakkının ön şartı gerçekleşmiş olur. Her ne kadar özel denetçinin TTK md. 441/5 uyarınca sır saklama yükümlülüğü olsa da şirket sırları şirket karşısında yabancı bir kişi tarafından öğrenilecektir. Bu sebeplerle öncelikle TTK md. 437/5’te düzenlenen dava yoluna başvurulduktan sonra istenilen bilgilendirilme sağlanmazsa ön şart gerçekleşmiş olacaktır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 64,65; Narbay, 2007: s. 301-302). Diğer görüşe göre ise özel denetçi atanmasını isteyen pay sahibinin ön şartın gerçekleşmesi için bilgi alma ve inceleme hakkını dava yoluyla sağlaması şart değildir (Kaya, 2015: s. 73; Özkan, 1999: s. 38).

Kanımızca özel denetçi isteme hakkında kanunda düzenlenen ön şartın gerçekleşmesi için bilgi alma ve inceleme hakkı isteminin reddedilmesi yeterlidir. Diğer bir anlatımla pay sahibinin bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılması, haksız olarak reddedilmesi, ertelenmesi veya yeterli bilgi verilmemesi hallerinden birinin gerçekleşmesi halinde bu ön şart gerçekleşmiş olur. Bu durumda pay sahibinin iki seçimlik hakkı olup özel denetim isteme hakkını kullanabileceği gibi, isterse TTK md. 437/5’te düzenlenen dava yoluna da başvurabilir⁴⁵. Ön şartın gerçekleşmesi için dava yoluna başvurulmasına gerek yoktur. Mahkemeye başvuru, hakkı kuvvetlendirmek amacıyla getirilmiş bir yoldur (TTK md. 437/5’in Gereği).

⁴⁴ TTK md. 437/5 şöyle düzenlenmiştir: “*Bilgi alma veya inceleme istemleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu fıkra anlamında bilgi alamayan pay sahibi, reddi izleyen on gün içinde, diğer hâllerde de makul bir süre sonra şirketin merkezini bulunduğu asliye ticaret mahkemesine başvurabilir. Başvuru basit yargılama usulüne göre incelenir. Mahkeme kararı, bilginin genel kurul dışında verilmesi talimatını ve bunun şeklini de içerebilir. Mahkeme kararı kesindir.*”.

⁴⁵ Aynı doğrultuda Şener, 2012: s. 498. Aynı doğrultuda İsviçre öğretisindeki görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 65-66.

Ayrıca TTK md. 438/1'in gerekçesinde bu şartın gerçekleştiği genel kurul tutanağı ile ispatlanır şeklindeki ifadesinden pay sahibinin TTK md. 437/5'deki hakkını kullanmak zorunda olmadığı anlamı çıkmaktadır.

Nihayet bu durum usul ekonomisi ilkesine (An. md. 141/4; HMK md. 30) hizmet etmektedir⁴⁶. Şöyle ki pay sahibi bilgi alma ve inceleme hakkını mahkeme yoluyla tükettikten sonra ön şartın gerçekleşmiş olması ihtimalinde, pay sahibi mahkemeye başvurduktan sonra dahi yeterince aydınlatılmayabilir, tatmin edici bir bilgi elde edemeyebilir. Bu nedenle pay sahibinin özel denetim seçeneğini kullanmak yerine, gereksiz olarak TTK md. 437/5'e dayanarak dava açmak zorunda olması usul ekonomisine aykırılık teşkil edecektir. Bununla birlikte pay sahibinin bilgi alma ve inceleme talebinin karşılanması için açtığı davada gerekli masraflar kural olarak pay sahibinden peşin olarak alınacaktır (Pekcanitez vd, 2014: s. 596). Yargılama giderlerinden sorumluluk hususundaki genel kural ise yargılama giderleri, aleyhine hüküm verilen taraftan alınacaktır (HMK md. 326/1). Pay sahibi bilgi veya inceleme hakkını somut bir şekilde talep ederek, bu talebinin haksız olarak reddedildiğini kanıtlanamaması ihtimalinde dava reddedilecek, yargılama giderlerinden de pay sahibi sorumlu olacaktır. Ayrıca açılan davanın bir süre sürmesi, ardından ortaklık organlarından bilgi talep edilip, bu bilginin verilmesi ve bilginin verilmesi için bir sonraki genel kurul toplantısını bekleme ihtimalleri göz önünde bulundurulunca bu davanın sonuçlanması ortalama iki yıl sürebilir. Bu süre zarfında pay sahipliği haklarının kullanılması amacıyla özel denetim isteme hakkından beklenen fayda önemini yitirebilir (Kaya, 2015 (Özel Denetim): s. 75). Bu sebeplerden dolayı özel denetimin talep edilmesi için bilgi alma veya inceleme talebinin reddedilmesi, ertelenmesi yeterli olup, bilgi alma ve inceleme isteminin mahkemeye yöneltilmesine gerek olmamalıdır.

Görüldüğü üzere pay sahibinin özel denetim talebinde bulunabilmesi için bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması ön şartının gerçekleşmesi gerekir. Karşılaştırmalı hukuk sistemlerine baktığımızda bazı ülkelerde pay sahiplerinin doğrudan özel denetim talebinde bulunamadığını görüyoruz. Bazı ülkelerde özel denetim talebinde bulunabilmek için olumsuz genel kurul kararı veya en azından özel

⁴⁶ Usul ekonomisi ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, 2008: s. 243-274; Kuru vd, 2013: s. 341 vd.; Pekcanitez vd, 2014: s. 233 vd..

denetim talebinde bulunulduğu hususunda şirkete önceden haber verilmesi gibi bazı koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Örneğin Fransa’da özel denetim talebinde bulunmak için sermayenin %5’ine sahip azınlık pay sahipleri, şirketin yönetimi hakkında yönetim kuruluna soru sorma ön şartını gerçekleştirmesi gerekir (Perakis, 2004: s. 72 dp. 299).

2.2.2. Özel Denetim Talebinin Maddi Koşulları

2.2.2.1. Özel Denetimin Belirli Olayların Açıklığa Kavuşturma Amacının Olması

Özel denetim talebinde bulunan pay sahibinin, şirketin işleyişine ilişkin belirli olayların özel denetim sayesinde açıklığa kavuşturulması amacı olmalıdır⁴⁷. TTK “belirli olayların özel denetimle açıklığa kavuşturulması” şeklinde düzenleyerek özel denetim konusunun kapsamını eTTK’daki düzenlemeye göre genişletmiştir⁴⁸. Görüldüğü üzere özel denetimin konusu belirli olayları kapsamakla birlikte bu olayların hangi olaylar/konular olduğu hususunda düzenleme mevcut değildir. Bununla beraber pay sahipleri belirli olayların açıklığa kavuşturulması kapsamında şirketin genel durumu hakkında özel denetim talebinde bulunulamaz (Perakis, 2004: s. 73)⁴⁹. Diğer bir deyişle belirli olay ile kastedilen belli türde ve nitelikte olan, şirketin genel durumunun araştırılması, kar-zarar durumunun tespiti veya belli kararların yasaya uygunluğu gibi olaylar değildir (TTK md. 438/1’in Gerekçesi; Pulaşlı, 2013: s. 494; Özdamar, 2014: s. 54; Bay, 2012: s. 24). Belirli olaylar ile kastedilen içeriği ve sınırları belli olan genel nitelik taşımayan somutlaştırılmış

⁴⁷ Özel denetim talebinin koşulu olan belirli olayların açıklığa kavuşturulması şartı TTK md. 438/1’in gerekçesinde şu şekildedir: “İkinci şart, özel denetimin konusunu belirli olayların oluşturmasıdır. “Belirli” ile, belli türde, nitelikte ve önemde olay kastedilmemiştir. “Belirli”, olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan anlamına gelir. Belirli konu şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hakim şirketin (işletmenin) kararları veya şirkete verdiği kayıplar olabilir. Bağlı şirket veya şirketler hakkında özel denetim talebinde bulunmak ise, “bağlılık” unsuruna rağmen, bağlı şirketin ayrı tüzel kişiliği sebebiyle sınırlara tabidir. Özel denetimin ilgili şirkette, yani yerinde yapılamaması, bağlı şirketten kanunî şartlara bağlı kalınarak bilgi alınabilmesi şirketteki “sınırlar”ın bazılarını oluşturur.” (TTK md. 438/1’in Gerekçesi).

⁴⁸ eTTK özel denetimin konusunu md. 348’de, son iki yıl içindeki kuruluş veya yönetim işlemlerine ilişkin suiistimal iddiaları ile kanun veya esas sözleşme hükümlerine önemli aykırılık iddiaları ve bilançonun gerçekliği konuları ile sınırlamıştır. TTK bu açıdan “belirli olayların” şeklinde düzenlemesi ile konu açısından herhangi bir sınırlama getirmemesi kanımızca yerinde bir düzenleme olmuştur.

⁴⁹ Ancak Yunanistan’da özel denetim talebi sermayenin 1/3’üne sahip pay sahiplerinin oluşturduğu azınlık tarafından talep edilmesi halinde özel denetim şirketin işlerini de kapsar (Perakis, 2004: s. 73, dp. 303).

olaylardır (TTK md. 438/1'in Gerekçesi; Kendigelen, 2012: s. 341). Özel denetim ile pay sahibinin haklarını bilinçli bir şekilde kullanması amaçlandığından özel denetimin konusunu oluşturan olayların şirket dışı faktörler yerine, şirketi ilgilendiren olaylar olması gerekir. Şirket içi yönetim ile ilgili, şirketin maddi ve ekonomik durumu, sermayenin artırılması veya azaltılması ile ilgili olaylar olabilir (Hopt, 2004: s. 400; Güven, 2011: s. 148; Narbay, 2007: s. 305). Belirli olaylara “birleşme sözleşmeleri”, “şirketin yapmış olduğu bir sözleşmenin içeriği, yapılan indirimler”, “yönetim kurulu üyelerinin davranışları ve harcamaları”, “bir sermaye artırımında yeni pay alma hakkının kabul edilmemesinin gerçek sebepleri”, “ortaklığa katılımlar”, “maddi kaynakların kesilmesi”, “akrabalık ilişkileri ve şirketin işleyişindeki rolü” örnek verilebilir (Şener, 2012: s. 498; Narbay, 2007: s. 304; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 70-71).

Özel denetim ile belirli olayların hukuka uygunluğu, yerindelik denetimi veya organların takdir yetkilerinin incelenmesi konu yapılamaz (Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1872; Narbay, 2007: s. 304; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 70; Güven, 2011: s. 148). Özel denetim ile sadece belirli olaylar hakkında gerekli araştırma yapılarak, olayların açıklığa kavuşturulması amaçlanır⁵⁰. Bunun için de açıklığa/aydınlığa kavuşturulması gereken durumların karanlıkta bulunması gerekir. Diğer bir deyişle pay sahibi daha önceden yönetim kurulu veya denetçilerden belirli bir konu hususunda bilgi edinmişse, artık o konuda özel denetim talep edilemez (Özkan, 1999: s. 38; Güven, 2011: s. 149).

Özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin açıklığa kavuşturulmasını istediği belirli olayı, diğer bir anlatımla özel denetimin konusunu belirlemesi önemli olduğu kadar, güç bir durumdur. Şöyle ki bilgi alma ve inceleme istemi reddedilen pay sahibi özel denetime başvurduğunda hangi olayların incelenmesi gerektiği hususunda fikri olmayabilir. Bu nedenle güç bir durumdur (Güven, 2011: s. 149). Bununla birlikte özel denetim incelemesi sonucunda yönetim kurulu, denetçilerin ve diğer ilgililerin sorumluluğuna gidilebilme veya şirketin haklı sebeple fesih gibi imkânları olduğundan önemlidir (Özdamar, 2014: s. 54). Pay sahibinin belirli

⁵⁰ Pulaşlı, özel denetimin pay sahibini ilgilendiren belirli olayları açıklığa kavuşturmasını sağlayan bir inceleme aracı olduğunu bir “fishing expedition” olmayıp “fact finding mission” niteliğinde olduğu şeklinde açıklamıştır (Pulaşlı, 2013: s. 494).

olayları yeterli açıklık ve belirlilik içinde somut bir şekilde belirtmesi gerekir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 72; Özdamar, 2014: s. 54). Kanımızca kanunda ifade edilen belirlilik kriteri taşıdığı soyutluk nedeniyle uygulamada farklı yorumlanarak problemler yaşanmasına neden olabilir. Bu sebeple “belirli olayların açıklığa kavuşturulması amacı olması” maddi koşulunda belirli olayların pay sahibinin yararına olacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

2.2.2.2. Özel Denetimin Pay Sahipliği Haklarının Kullanılabilmesi İçin Gerekli Olması

Pay sahibinin özel denetim talebinde bulunabilmesi için gerekli maddi koşullardan biri de özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olmasıdır. Diğer bir deyişle özel denetim sonucunda pay sahipliğinden doğan bir hakkın kullanılabilmesi sonucu doğmayacaksa özel denetim talep edilemez. Özel denetim sonucunda kullanılacak pay sahipliği haklarına kurucular, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler ve tasfiye memurları aleyhine sorumluluk davası açılması, kar dağıtım kararının butlanını talep etme, rüçhan hakkı, genel kurul kararlarının iptalini isteme gibi haklar örnek verilebilir (Tekinalp, 2011 (Yeni Anonim ve Limited Ortaklık Hukuku): N. 14-87; Şener, 2012: s. 498; Kaya, 2015 (Özel Denetim): s. 78).

Pay sahipliği hakları öğretide yapılan bir sınıflandırmaya göre malvarlıksal haklar, katılma hakları, aydınlatıcı haklar ve koruyucu haklar olmak üzere dört farklı kategoride sınıflandırılmıştır⁵¹. Bu haklar içerisinde pay sahipliği haklarının kullanılmasına en önemli katkı sağlayan hak ise katılma haklarından olan oy hakkıdır (TTK md. 438 Gerekçesi; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 66; Narbay, 2007: s. 302). Kanun koyucu özel denetim istemi için gereklilik şartının ölçütünü iptal davası açma veya yöneticilerin/denetçilerin sorumluluğuna gitme şeklinde bir sınırlandırmaya gitmeyerek, pay sahipliği haklarının özellikle de oy hakkının kullanılması için gerekli olması şartını aramıştır. Böylece pay sahibi oy hakkının kullanmadan önce belli hususlarda bilgi edinmesinin gerekli olduğu durumlarda özel denetim isteminde bulunabilir (A. Arı, 2011: s. 1420).

⁵¹ Öğretide bu sınıflandırılan haklar hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp vd, 2014 (Ortaklık): N. 873-877. *Bozgeyik* ise pay sahibinin haklarını konusuna göre mali haklar, idari haklar ve dava hakları şeklinde sınıflandırmıştır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Karahan ve Bozgeyik, 2015: s. 636 vd..

Pay sahipliği haklarını kullanılabilmesi ile özel denetimin gerekliliği arasındaki bağlantıyı ispat yükü istemde bulunan pay sahibine aittir (Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1878). Kanun koyucunun bu bağlantıyı düzenlemesindeki nihai amaç özel denetim kurumunun kötüye kullanılmasını engellemektir (TTK md. 438 Gerekçesi). Buna dair pay sahibinin özel denetim talebinin pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması kriterini düzenlememesi halinde, özel denetim kurumu şirket dışı menfaat sağlamak, genel veya yönetim kurulunca alınacak bir kararı önlemek veya şirkete karşı taktiksel bir üstünlük elde etmek amacıyla kullanılacaktır. Bu durum da özel denetimden beklenen fayda ve amaca uymayacaktır.

Gereklilik kriterinin belirlenmesi, pay sahibinin güncel/korunmaya değer bir menfaatinin olup olmaması açısından incelenebilir (Narbay, 2007: s. 303; Güven, 2011: s. 149). Özel denetim sonucunda pay sahibinin korunmaya değer bir menfaatinin olması halinde özel denetim isteminin gereklilik şartının gerçekleştiği kabul edilebilir. Öğretide pay sahipliği haklarının kullanılması ile kastedilen yönetim kurulu veya denetçilerin seçimi ve azledilmesi, kuruluş ve sermaye artırımında kurucuların ve yönetim kurulu üyelerinin ibrasına engel olma, şirketin yılsonu finansal tablolarının onaylanmasına engel olma, sorumluluk davası, yıllık raporun reddedilmesi vb. şeklinde olan davalardır (Narbay, 2007: s. 302-303)⁵². Son olarak üzerinde önemle durulması gereken husus pay sahibinin hak düşürücü süre, zamanaşımı veya başka nedenlere dayanarak hakkını kullanabilecek durumda değilse, “*pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi*” şartı gerçekleşmemiş olduğundan özel denetim isteminin reddi gerektirir (Pulaşlı, 2013: s. 494).

2.3. Genel Kurul Sırasında Özel Denetim İsteminde Bulunulması

Özel denetçinin atanabilmesi için her pay sahibi özel denetim istemini genel kurul sırasında yapması gerekir. Genel kurul sırasında özel denetçi atanmasını talep etme mahkemeye başvuru sürecinin ilk adımı niteliğindedir. Diğer bir anlatımla pay sahibi genel kuruldan talepte bulunmaması halinde, mahkemeye başvuru süreci başlamayacaktır (TTK md. 438 Gerekçesi; Özkan, 1999: s. 39, dp. 58). Bu genel kurul toplantısı olağan veya olağanüstü genel kurul toplantısı olabilir (Moroglu, 1976

⁵² Olumsuz azınlık hakları da pay sahipliği haklarının kullanılması olarak göz önüne alınabilir (Bkz. Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1878).

(Özel Denetçi): s. 343; Eriş, 2013: s. 2959; Narbay, 2007: s. 293; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 46; A. Arı, 2011: s. 1416). Genel kurul sırasında özel denetçi atanmasına ilişkin istemin ne şekilde olacağı hususunda maddede veya gerekçesinde herhangi bir düzenleme yoktur. Kanımızca özel denetçi istemi genel kurul sırasında başkanlık divanına yazılı bir dilekçe ile yapılabileceği gibi, sözlü istemde de bulunabilir (Eriş, 2013: s. 2959)⁵³.

Bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış pay sahiplerinin genel kurul toplantısının hangi aşamasında özel denetim isteminde bulunacağı kanunda açıkça belirtilmemiştir. Anonim şirketler genel kurulun çalışma esas ve usulleri hakkında iç yönergesinde pay sahiplerinin genel kurul toplantısının hangi aşamasında özel denetim talebinde bulunulacağını düzenleyebilirler⁵⁴. İç yönergede böyle bir hüküm olmadıkça pay sahipleri genel kurul sırasında herhangi bir zamanda özel denetim isteminde bulunabilirler (Doerig, 2007).

Bununla beraber pay sahiplerinin başkanlık divanına sunduğu yazılı veya sözlü özel denetim istemini, başkanlık divanının genel kurul oylamasına sunmaması ihtimalinin ne gibi bir sonuç doğuracağı önem arz eden bir konudur. Bu hususta kanunda bir düzenleme yoktur. Başkanlık divanı genel kurul oylamasına sunmadığından başkanın sorumluluğuna gidilebilir. Ancak bu konuda divan başkanın sorumluluğu hususunda da kanunda bir düzenleme yoktur. Bu durumda öğretide isabetle ifade edildiği üzere özel denetim isteminin genel kurul sırasında cevapsız bırakılması veya ertelenmesi halleri genel kurul tarafından verilmiş bir ret kararı olarak nitelendirilebilir (Kaya, 2015 (Özel Denetim): s. 79). Böylece azınlık ve belli itibari değerde paya sahip pay sahipleri TTK md. 439'daki hakkını kullanarak mahkemeden özel denetim isteminde bulunabilirler.

⁵³ Özel denetim yapılmasına yönelik istemin yazılı yapılması gerektiği yönünde aksi görüş için bkz. Narbay, 2007: s. 293; Özkan, 1999: s. 39; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 46; A. Arı, 2011: s. 1427.

⁵⁴ İncelediğimiz bazı şirketlerin iç yönergesinin md. 10/3-(b) bendinde “*Kanunun 438 inci maddesi uyarınca, herhangi bir pay sahibinin özel denetim talebi, gündemde yer alıp almadığına bakılmaksızın genel kurulca karara bağlanır.*” şeklinde düzenleme yapılmıştır. Görüldüğü üzere bu iç yönergelerde genel kurulun hangi aşamasında özel denetim talebinde bulunulacağı düzenlenmemiştir (Bkz. Turkcell İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi, Türkiye Garanti Bankası Anonim Şirketi, GSD Holding Anonim Şirketi, Turkland Bank Anonim Şirketi Genel Kurulunun Çalışma Esas ve Usulleri Hakkında İç Yönergesi).

2.4. Gündeme Bağlılık Hususu

Anonim şirket genel kurulunda kural olarak sadece ilan edilerek gündemde yer alan hususlar görüşülerek karara bağlanabilir. Bu durum TTK md. 413/2’de “*Gündemde bulunmayan konular genel kurulda müzakere edilemez ve karara bağlanamaz. Kanuni istisnalar saklıdır.*” şeklinde düzenlenmiş olup, öğretide bu ilkeye gündeme bağlılık ilkesi denilmektedir⁵⁵. Görüldüğü üzere bir konu genel kurul gündeminde görüşülebilmesi için bunun genel kurul gündeminde yer alması gerekmektedir. Özel denetim isteminde bulunmak isteyen pay sahibinin bu isteğini genel kurula sunması gerekir. Bununla birlikte genel kurul gündeminde özel denetim talebinin görüşülebilmesine yönelik madde olmamasına rağmen bu talebin genel kurulda görüşülüp görüşülemeyeceği hususunun incelenmesi gerekir.

İlk olarak eTTK’daki düzenlemeye baktığımızda genel kuruldan özel denetçi atanabilmesi konusunda gündemde bu konuda bir madde bulunması gerekip gerekmediğine ilişkin bir düzenleme yoktu. Bu durum öğretide farklı görüşlerin ortaya çıkmasına neden olmuştu⁵⁶. Yargıtay kararlarına baktığımızda ise özel denetim talebinin görüşülmesi için genel kurul gündeminde madde olması aranmamaktadır⁵⁷.

⁵⁵ Gündeme bağlılık ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çamoğlu vd, 2014 (Ortaklık): N. 695 vd..

⁵⁶ Öğretide bir takım yazarlar özel denetçi tayininin gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olduğu kabul etmekteydi (Tekinalp, 1988: s. 238; Birsal, 1970: s. 642; İmregün, 1964 (Azınlığın Himayesi): s. 190; Poroy vd, 2005: N. 642a; Paslı, 2003: s. 618-620; A. Çelik, 2006: s. 78-81;). *Arslanlı* kural olarak gündeme bağlılık ilkesini savunurken, bazı istisnai hallerde gündemde yer alması dahi özel denetçi tayinine başvurulabileceğini düzenlemiştir. Örneğin bilançonun veya yönetim kurulu tarafından yapılan bir işlemin onaylanacağı hallerinde istisnai olarak genel kurulun veya gereğinde azınlığın gündemde açıklık bulunması dahi kendiliğinden özel denetçi atanabileceğini ileri sürmüştür. (Arslanlı, 1960: s. 247). *Moroğlu ve Domaniç* gündemde yer alan diğer konular ile bağlantı kurma koşulu ile azınlığın gündemde açıkça yer alması dahi, genel kuruldan özel denetçi isteminde bulunabileceğini savunmuştur (Domaniç, 1978: s. 698; Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 343-344). *Teoman* ikili bir ayrıma giderek eTTK md. 348/2’de düzenlenen azınlık hakkının gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olup, genel kurul gündeminde özel denetçi seçimine ilişkin bir maddenin bulunması gerekmediğini ileri sürmüştür. Bununla birlikte eTTK md. 348/1 açısından gündeme bağlılık ilkesinin geçerli olduğu ve ilan edilen maddelerden biri ile bağlantılı olması halinde gündemde yer alması bile genel kurulca özel denetçi atanabileceği görüşündedir (Teoman, 1980 (Gündeme Bağlılık): s. 68-75. Aynı doğrultuda Sumer, 1990: s. 61).

⁵⁷ “...Ancak, TTK’nun 369 /son maddesi uyarınca gündem de gösterilmeyen hususlar müzakere edilemez ise de, gündemde yer almış olan bir konu ile ilgili bulunan hususlarda gündemde yer alması bile özel denetçi atanması genel kurula teklif edilebilir ve bu yolda karar alınabilir.”, Yarg. 11. HD, 15.01.2007, E. 2005/13236, K. 2007/204; “TTK’nun 364 ve 369. maddelerinde yer alan emredici hükümlere göre, bir anonim ortaklık genel kurulu, ancak gündemde gösterilen hususları görüşüp karara bağlayabilirler. Gündemde olmayan konular hakkında karar verildiği taktirde gündeme bağlılık ilkesi ihlal edilmiş olur. Hiç şüphesiz her kuralın olduğu gibi bu kuralın da bazı istisnaları vardır. Örneğin, belli hususların tetkik ve teftişi için lüzumu halinde genel kurul, özel denetçi

Bunun üzerine kanun koyucu TTK md. 438/1’de bu konudaki tartışmaları ortadan kaldıracak nitelikte bir hüküm düzenlemiştir. TTK md. 438/1’e göre “*Her pay sahibi.... özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir.*” şeklinde düzenlemesi ile özel denetim talebinin açıkça gündeme bağlılık ilkesinin (TTK md. 413/2’nin) istisnası olduğunu düzenlemiştir⁵⁸. Böylece özel denetim kurumunu işlemeziğe mahkûm eden gündeme bağlılık tartışmalarının önüne geçilmiştir (TTK md. 438/1’in Gerekçesi). Buna göre her pay sahibi belirli olayların açıklığa kavuşturulması amacıyla genel kurul gündeminde ilgili madde olup olmadığına bakmaksızın özel denetim talebinde bulunabilir. Genel kurulun da bu talebi gündeme bağlılık ilkesini ihlali sebebiyle reddedemeyeceği açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır.

2.5. Toplantı ve Karar Nisabı

Genel kurulun özel denetçi atayabilmesi için hangi nisap ile toplanacağı ve karar vereceği üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. TTK’da bu konuda bir düzenleme yoktur. Bu nedenle genel kurul tarafından özel denetçi atanmasına yönelik toplantı ve karar nisabının belirlenmesinde TTK md. 418 uygulama alanı bulacaktır. TTK md. 418’e göre genel kurul kanunda veya esas sözleşmede aksine ağır bir nisap düzenlenmedikçe, sermayenin en az dörtte birini karşılayan pay sahiplerinin veya temsilcilerinin varlığıyla toplanacaktır. Görüldüğü üzere toplantı yeter sayısı sermayenin en az dörtte birine karşılık gelen pay sahiplerinin varlığıdır. Bu nisabın toplantı süresince korunması gerekmektedir⁵⁹. İlk toplantıda istenilen

seçilmesine karar verebilir (TTK md. 348).”, Yarg. 11. HD, 02.07.1979, E. 1979/1882, K. 1979/3487 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (23.12.2014).

⁵⁸ Mevzuat Kanun İsv. BK md. 700/3’de de özel denetim isteminin gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olduğunu açıkça ifade etmiştir (Bkz. TTK md. 438/1’in Gerekçesi). Bununla beraber özel denetçi isteminin gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olduğu Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları İle Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmeliğin 25. maddesinin 1-b fıkrasında şu şekilde düzenlenmiştir: “*Aşağıda belirtilen istisnalar dışında, toplantı gündeminde yer almayan konular görüşülemez ve karara bağlanamaz: b) Kanunun 438 inci maddesi uyarınca, herhangi bir pay sahibinin özel denetim talebi, gündemde yer alıp almadığına bakılmaksızın genel kurulca karara bağlanır.*”.

⁵⁹ TTK md. 418’inci maddenin gerekçesinde bu maddenin eTTK md. 372 ve 378’inci maddelerin devamı olduğu belirtilmiştir. Oysa ki TTK md. 418’de, eTTK’den farklı olarak sermayenin en az dörtte birini karşılayan yetersayının “toplantı süresince” korunması şart kılınmıştır. Bu nedenle TTK md. 418, eTTK md. 372 ve 378’in tekrarı değildir (Bahtiyar, 2012 (Ortaklık): s. 147-148; Kendigelen, 2012: s. 317; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 75-76, dp. 174). Bununla birlikte yetersayının toplantı süresince aranması gündem çerçevesinde alınan her kararın diğerinden bağımsız olduğu ilkesine aykırılık oluşturur. Örneğin genel kurul gündemini oluşturan beş maddenin dördü görüşüldükten sonra toplantı nisabının bozulması halinde önce alınan dört karar geçersiz sayılacaktır (Moroğlu, 2012

nisaba ulaşılmaması halinde ikinci toplantının yapılması için nisap aranmayacaktır⁶⁰. Karar yeter sayısı hususunda da genel kurulca özel denetçi isteminin kabulüne ilişkin kanunda özel bir düzenleme olmadığından TTK md. 418/2 gereği genel kurul toplantıda hazır bulunan oyların çoğunluğu (olağan karar nisabı- adi karar yetersayısı) ile karar verecektir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 347; Özkan, 1999: s.33, 39; Birsnel, 1970: s. 643; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 77; Narbay, 2007: s.307; Paslı, 2003: s. 622; Aday, 1995: s. 34)⁶¹. Bununla birlikte özel denetçi atanmasına ilişkin genel kurul karar nisabının esas sözleşme ile ağırlaştırılması mümkün değildir. İlk olarak özel denetim isteme hakkı daha önceden ayrıntılı olarak incelediğimiz gibi nispi emredici hüküm niteliğindedir⁶². Bu nedenle esas sözleşme ile hakkın kullanımını zorlaştırmaz (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 347; Birsnel, 1970: s. 643; Paslı, 2003: s. 62). Ayrıca esas sözleşme ile genel kurul karar nisabının ağırlaştırılması pay sahiplerinin kontrol ve denetim hakkını kısıtlayacağından ve çoğunluğunun gücünün sınırlandırmasını engelleyeceğinden karar nisabını ağırlaştıran esas sözleşme hükümleri geçersizdir (Pulaşlı, 2013: s. 491, dp. 427; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 78).

(Değerlendirme): s. 223; Bahtiyar ve Hamamcıoğlu, 2012: s. 368). Bu konuda *Pulaşlı*, sermayenin en az dörtte biri ile toplanan genel kurulda birkaç madde görüşüldükten sonra pay sahiplerinin veya temsilcilerin toplantıyı terk etmesi halinde (toplantı nisabının ¼ oranının altına düşmesi halinde) çağrısız genel kurul toplantısındaki gibi (TTK md. 416/1) bundan sonra alınan kararların yokluk yaptırımına tabi olacağını ifade etmiştir. Ancak toplantı nisabı bozulmadan önce usulüne uygun olarak alınan kararların geçerliliğini koruyacağını ileri sürmüştür (Pulaşlı, 2011(Şerh I): s. 782). TTK md. 418/1'de öngörülen durum TTK md. 416/1'den farklıdır. TTK md. 416/1'de çağrısız toplanan genel kurul toplantı nisabı var olduğu sürece karar alabileceği belirtilmiştir. Diğer bir anlatımla nisabın bozulma anına kadar alınan kararlar çağrısız toplanan genel kurulda geçerli olacaktır. TTK md 418/1'de ise nisabın toplantı süresince korunması açıkça düzenlenmiştir. Bu sebeple toplantı nisabının bozulması bozulma anından önce alınan kararları da geçersiz kılacaktır (Bahtiyar ve Hamamcıoğlu, 2012: s. 368, 369).

⁶⁰*Teoman*, “nisap aranmaz” ibaresinin eTTK md. 372'de düzenlenen “*İkinci toplantıda hazır bulunan pay sahipleri, temsil ettikleri sermayenin miktarı ne olursa olsun müzakere yapmaya ve karar vermeye yetkilidirler.*” hükmündeki gibi temsil edilen sermayenin miktarının ne olursa olsun genel kurulun toplantı yapmaya yetkili olduğunu veya genel kurul toplantısında şirkette var olan en düşük itibari değerde paya sahip pay sahibinin veya temsilcisinin hazır bulunmasının dahi yeterli sayılacağı şeklinde anlaşılıp, yorumlanacağını ifade etmiştir (Teoman, 2012 (Genel Kurul Toplantı Nisabı): s. 3-7). *Kendigelen* ise kanundaki bu düzenlemenin eTTK md. 372'deki hükmünü yansıtıyor gibi gözüke de nisabın aramayacağına ilişkin ifadenin hatalı olduğunu beyan etmiştir. Bunun üzerine en azından tek paya sahip olan bir pay sahibi veya temsilcisinin katılmadığı bir toplantının yapılması mümkün olmadığına göre, ikinci toplantı için nisabın aranmayacağından söz etmenin yerinde olmayacağını ileri sürmüştür (Kendigelen, 2012: s. 317-318).

⁶¹ *Kendigelen*, haklı olarak “*hazır bulunan oyların çoğunluğu*” ifadesini eleştirerek oyların hazır bulunmadığını temsil edildiğini, bu nedenle de “*temsil edilen oyların çoğunluğu*” ifadesinin daha uygun olacağını belirtmiştir (Kendigelen, 2012: s. 318).

⁶² Bkz. “Birinci Bölüm 2. Türk Ticaret Kanunu'nun Özel Denetim İsteme Hakkı Düzenlemesi 2.3. Hükümün Niteliği” başlığı altındaki açıklamalar.

Genel kurulun özel denetçi istemini ret veya kabulüne ilişkin oylamada oy hakkındaki imtiyazların kullanılıp kullanılmayacağı uygulamada ortaya çıkabilecek önemli bir sorundur. Kanun koyucu TTK md. 479/3’de oyda imtiyazın kullanılmayacağı kararları düzenlerken özel denetçi seçimi için herhangi bir düzenlemeye gitmemiştir. TTK md. 479/3’te “*Oyda imtiyaz aşağıdaki kararlarda kullanılamaz: a) Esas sözleşme değişikliği, c) İbra ve sorumluluk davası açılması.*” şeklinde bir düzenleme vardır⁶³.

Öğretideki bir görüş 6335 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılan “*b) İşlem denetçilerinin seçimi*”⁶⁴ ifadesini geniş yorumlayarak oy hakkındaki imtiyazın denetçi ile özel denetçi seçimlerinde de etkisizleşeceğini ifade etmiştir. Bu görüşe göre özel denetim seçiminde oyda imtiyazın kabul edilmesi TTK md. 479/3’ün gerekçesinde belirtilen oyda imtiyazın etkisizleştirilmesinde ki amaç olan hakimiyet kurulması aracı olarak kullanılmasına engel olma amacına uygun düşmeyecektir (Pulaşlı, 2008 (Oyda İmtiyaz): s. 24)⁶⁵. Diğer bir görüş ise, özel denetim yapılması hususunda genel kurulda karar verilmesinde oy hakkına ilişkin imtiyazların geçerli olmayacağını aksi halde, genel kurulda özel denetçi atanmasına ilişkin kararın verilmesinin çok zor olacağını, bunun da pay sahibinin hakkının özünü zedeleyebileceğini ifade etmiştir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 80; Narbay, 2007: s. 309; Bay, 2012: s. 24).

Kanımızca da özel denetim yapılması hakkında genel kurulda karar nisabında oy hakkındaki imtiyazlar geçerli olmaması gerekir. Şöyle ki oyda imtiyazın kullanılmayacağı kararları düzenleyen TTK md. 479/3’ün gerekçesinde oyda imtiyazın etkisizleştiği kararların hem önem hem de oyda imtiyazın hâkimiyet kurulması aracı olarak kullanılmasına engel olmak kriterlerine göre belirlendiği; baskı aracı olan, hâkimiyeti güvence altına alma düşüncesine yönelik imtiyazların

⁶³ İsv. BK md. 693/3 hükmünde genel kuruldaki oylamada imtiyazın etkisiz olduğu haller dört bent halinde düzenlenmiştir. Bunlar; 1. Şirket denetçilerinin seçiminde (İsv. BK md. 730), 2. Bilirkişi atanmasında (İsv. BK md. 731a/3), 3. Özel denetçi seçiminde (İsv. BK md. 697a), 4. Şirket yöneticileri ve diğer ilgililer hakkında sorumluluk davası açılmasında (İsv. BK md.752) (Peyrot, 2006: s. 2; Pulaşlı, 2008 (Oyda İmtiyaz): s. 23).

⁶⁴ TTK md. 479/3- (b) “*İşlem denetçilerinin seçimi*” 30.06.2012 tarih ve 28339 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 26.06.2012 tarih ve 6335 sayılı kanun’un 43/14. maddesi hükmü gereğince yürürlükten kaldırılmıştır.

⁶⁵ Pulaşlı, başka bir makalesinde de ölçünün oy gücü olmayıp, sermaye olduğundan oy hakkındaki imtiyazların dikkate alınmayacağını ifade etmiştir (Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1877).

yasaya aykırı olduğu ifade edilmiştir (Bkz. TTK md. 479/3'ün Gerekçesi). Oyda imtiyazın geçerli olması halinde özel denetim istemi imtiyazlı oylar sayesinde genel kurulda reddedilebilir. Bu da imtiyazın hâkimiyet sağlamak, baskı aracı olarak kullanılmasına sebep olacaktır ki bu oyda imtiyaz tanınmasının temelinde yatan akılcı, çağdaş, kurumsal yönetim ilkelerine dayalı amaca aykırılık teşkil edebilir (Bkz. TTK md. 479/3'ün Gerekçesi). Nasıl ki sorumluluk davası açılmasında oyda imtiyaz kullanılmazken, sorumluluk davasının ön basamağını oluşturulan özel denetim yapılmasına ilişkin genel kurul kararında oyda imtiyazlar geçerli olmaması gerekir. Ayrıca 6335 kanun değişikliğinden önce, TTK'nın ilk halinde oyda imtiyazın geçerli olmadığı kararlar içerisinde “İşlem denetçilerinin seçimi” de mevcuttu (TTK md. 479/3- (b)). 6335 sayılı kanun ile işlem denetçiliği kurumu TTK'dan kaldırıldığından bu maddeden de işlem denetçilerinin seçimi hususunda oyda imtiyazın geçerli olmayacağı hükmü kaldırılmıştır. Yukarıda açıkladığımız nedenlerle birlikte kanun koyucu TTK'nın ilk halinde işlem denetçilerinin seçiminde oyda imtiyazın geçerli olmadığını düzenlediğinden, özel denetçinin seçiminde de kıyasen oyda imtiyazın geçerli olmaması gerekir. Bununla beraber mevcut sistemimizde imtiyaz sadece kanunla sınırlanabileceğinden kanunda da açıkça özel denetçi seçiminde imtiyazın kullanılmayacağına yönelik hüküm olmadığından oyda imtiyaz özel denetçi seçiminde geçerlidir. Ancak olması gereken hukuk açısından kanımızca kanun koyucunun oyda imtiyazın kullanılmadığı kararları düzenleyen TTK md. 479/3'e özel denetçilerin seçiminin de eklenmesi gerektiği kanaatindeyiz (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 80; Narbay, 2007: s. 309).

2.6. Genel Kurulun Özel Denetçi İstemini Kabul Etmesi Halinde

2.6.1. Genel Olarak

Gerekli koşulları taşıyan pay sahibinin özel denetim istemi, genel kurul tarafından kabul edilmesi halinde dahi özel denetçi mahkeme tarafından atanacaktır. TTK, eTTK ve Alman POK 142'inci paragrafından farklı olarak genel kurulun özel denetçi istemini kabul etmesi halinde denetçinin mahkeme tarafından atanacağını düzenleyerek özel denetim kurumunun ruhuna uygun bir düzenleme getirmiştir (Bkz. TTK md. 438'in Gerekçesi). Aksi halde -eTTK'da olduğu gibi- özel denetçinin genel kurul tarafından atanması halinde genel kurulda çoğunluğu elinde bulunduran pay sahipleri kendi lehlerine karar verecek kişileri seçeceklerdir. Diğer bir anlatımla

çoğunluk pay sahipleri taraflı bir denetim yapacak denetçiyi seçerek denetimin istedikleri gibi yapılmasını sağlayacaktır. Bu nedenle TTK ile düzenlemeye giren genel kurulun özel denetçi istemini kabul etmesinde dahi özel denetçinin mahkeme tarafından seçileceği hükmü hem tarafsızlığı sağlaması, hem de özel denetim kurumuna duyulan güveni sağlaması bakımından bu kurumu işlemezlikten kurtaran önemli bir yeniliktir (Bkz. TTK md. 438'in Gerekçesi)⁶⁶.

2.6.2. Mahkemeye Başvuru İmkânına Sahip Olanlar

Genel kurulun özel denetçi istemini kabul etmesi halinde mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunma imkânına sahip olan kişiler TTK md. 438/2'de “... şirket veya her pay sahibi” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere her pay sahibi veya şirket adına yönetim kurulu mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunabilir⁶⁷. Bununla birlikte mahkemeye başvuru imkânına sahip olan pay sahibi hususunda üzerinde durulması gereken iki önemli konu vardır: Bunlardan ilki mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyen pay sahibinin, genel kurulda bilgi alma ve inceleme hakkını kullanan pay sahiplerinden olup olmaması hususudur. Kanımızca yasanın lafzında bilgi alma ve inceleme hakkını kullanıp kullanmadığına bakılmaksızın her pay sahibinin özel denetçi seçilmesi isteminde bulunacağı anlamı çıkmaktadır⁶⁸. Bununla birlikte özel denetçinin atanması istemine genel kurul toplantıya katılanların oy çoğunluğu ile verdiği göre, bu genel kurul kararı her pay sahibi için geçerli olduğundan bu kararın yerine getirilmesini talep hakkı her pay

⁶⁶ *Moroğlu*, genel kurulun istemi kabul etmesi halinde pay sahibinin mahkemeden özel denetçi istemesinin gereksiz olduğunu onun yerine pay sahibinin kendisinin özel denetçiyi şahsen belirlemesi gerektiği, şirketin özel denetçinin şahsına itiraz edilmesi halinde ancak pay sahibi aracılığı ile mahkemece atanması yoluna gidilmesinin dava ekonomisi ilkesine uygun olacağını belirtmiştir (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 242). Kanımızca pay sahibinin özel denetçiyi seçmesi halinde özel denetçinin atanması süreci uzayacaktır. Şöyle ki bu ihtimalde pay sahibi kendisine yakın bir özel denetçi seçebilir. Bunun üzerine şirket itiraz edecek ve özel denetçi şu an ki düzenlemede olduğu gibi mahkeme tarafından atanacaktır. Görüldüğü üzere her halde şirketin itirazı sonucu özel denetçi mahkeme tarafından atanacaktır. Bu nedenle bu görüş özel denetçinin atanması işlemlerinin uzamasına neden olacağından bu görüşe katılmamaktayız.

⁶⁷ *Eriş*, şirket ile pay sahibinin birlikte mahkemeye başvurmasının şartı olacağını, uygulamada genellikle ayrı ayrı başvuru ile karşılanabileceğini ifade etmiştir. Ayrıca mahkemenin bu ayrı talepleri birleştirerek yapacağı değerlendirmeye göre her iki istemi de kabul veya mevcut delil durumuna göre bir istemi ret ederken, diğer istemi kabul etmesinin mümkün olduğunu ifade etmiştir (Eriş, 2013: s. 2960).

⁶⁸ İsv. BK md. 697a/2 hükmünde de “her pay sahibi” ifadesi olmasına rağmen İsviçre öğretisinde *Böckli*, mahkemeden özel denetçi seçilmesini isteyen pay sahibi ile genel kurulda bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış kişiler olması gerektiğini ileri sürmüştür. *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel* ve *Weber* ise, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanıp kullanmadığı dikkate alınmaksızın her pay sahibinin mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunabileceğini ileri sürmüşlerdir (Pulaşlı, 2011 (Şerh I): s. 1136).

sahibine ait olacaktır (Pulaşlı, 2011 (Şerh I): s. 1137). İkinci olarak da mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyen pay sahibi ile genel kurulda özel denetim isteminde bulunan pay sahibinin aynı kişi olup olmadığı hususudur. Burada yukarıda açıkladığımız sebepler geçerli olup genel kurulda özel denetim isteminde bulunup bulunmadığına bakılmaksızın her pay sahibi mahkemeden özel denetçi atanmasını talep edebilir. Mahkemeden özel denetçi atanması talebinde bulunan pay sahibinin genel kurul toplantısına katılmış olma gibi zorunluluğu da bulunmamalıdır (Narbay, 2007: s. 311).

Bununla birlikte kanun koyucunun şirkete mahkemeden özel denetçi atanmasını talep etme yetkisi vermesi yerinde bir düzenlemedir. Şöyle ki pay sahiplerinin mahkemeye başvurma konusunda ihmalkâr davranması halinde özel denetim istenen konu tekrar tekrar gündeme gelerek genel kurulu gereksiz yere meşgul edebilir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 89). İşte böyle bir durumun önüne geçmek adına şirket tüzel kişiliği adına yönetim kurulu mahkemeden özel denetim talebinde bulunabilecektir.

Bu konuda üzerinde önemle durulması gereken bir husus yönetim kurulunun şirketi temsilen özel denetim talebinde bulunma hususunda bir yükümlülüğü olup olmadığıdır. Öğretide *Pulaşlı* genel kurulun özel denetim istemini kabul etmesi halinde şirket tüzel kişiliği adına yönetim kurulunun mahkemeden özel denetçi atanmasını talep etme zorunluluğu altında olduğunu, aksi halde genel kurul kararlarını kusurlu olarak yerine getirmemesi nedeniyle yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilebileceğini ifade etmiştir (Pulaşlı, 2011 (Şerh I): s. 1137). Kanımızca yönetim kurulunun böyle bir yükümlülüğü yoktur. Şöyle ki ilk olarak hükmü lafzen incelediğimizde “...*şirket veya pay sahibi otuz gün içinde, ... bir özel denetçi atanmasını isteyebilir*” şeklindeki ifadesinden bunun bir yükümlülük olmadığı anlamı çıkmaktadır. Bununla beraber genel kurul özel denetçinin atanmasını kabul etmiştir. Özel denetçinin atanma amacının yönetimi denetlemek olduğu göz önünde bulundurulduğunda kanun koyucu yönetim kuruluna kendini aklamak ve şaibelerin giderilmesi amacıyla böyle bir hak tanımış olabilir. Yönetim kurulunun kendisini aklama hususundaki bu hakkı kullanmak ise bir yetki olup, yükümlülük değildir. Diğer bir anlatımla yönetim kurulunun inisiyatifine kalmış bir

durumdur. Yönetim kurulunun mahkemeye başvurma zorunluluğu olduğu şeklinde aksi bir düşünce maddenin amacını aşan bir yorum olacağı kanaatindeyiz.

Buna karşın şirket çalışanlarının, şirket alacaklılarının, intifa senedi sahiplerinin, tahvil sahipleri ile pay senedi ile değiştirilebilir tahvil sahiplerinin mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakları yoktur⁶⁹. İntifa hakkı sahiplerinin ise kanımızca mahkemeden özel denetçi isteme hakkı vardır⁷⁰. Katılma intifa senetleri (KİS) sahiplerinin ise mahkemeden özel denetçi atanmasını talep hakkı olup olmadığı hususunda kanunda bir açıklama yoktur. KİS'ler Türk hukukunda ilk olarak Seri: III, No: 1 tebliğinde düzenlenmiş olup, ardından yapılan değişiklikle Seri: III, No: 10⁷¹ tebliğinden düzenlenmiştir. Bu tebliğinde 16. maddesinde KİS sahiplerinin bilgi alma hakkı şöyle düzenlenmiştir: “Ortaklara, ortaklıkla ilgili olarak TTK'nun 362'nci maddesi uyarınca, verilen bilgilerin KİS sahiplerine de verilmesi zorunludur.”. Bu düzenlemeye dayanarak Kaya, KİS sahiplerin bilgi alma haklarının pasif ve retrospektif (dünden bugüne) bir bilgi alma hakkı olduğunu, aktif bilgi alma hakkının sadece esas sözleşmede düzenlenmesi halinde mümkün olacağını ileri sürmüştür (Kaya, 2001: s. 144)⁷². Bu nedenle de aktif bilgi alma haklarına ilişkin esas sözleşmede bir düzenleme olması halinde KİS sahiplerinin mahkemeden özel denetçi isteme hakkının olabileceğini ifade etmiştir (Kaya, 2001: s. 144; Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1876; Pulaşlı, 2011 (Şerh I): s. 1139)⁷³.

⁶⁹ Aynı doğrultuda Pulaşlı, 2011 (Şerh I): s. 1138; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 89; Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1875. İntifa senedi sahipleri ile şirket çalışanlarının özel denetçi atanmasını talep hakkına sahip olduğu aksi görüşü için bkz Turanboy, 2011 (Sempozyum): s. 20.

⁷⁰ Aynı doğrultuda Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 89. İntifa hakkı sahibin genel kuruldan özel denetim isteminde bulunabileceğine ilişkin gerekçeler mahkemeden özel denetim talebinde bulunması hususunda geçerlidir.

⁷¹ 14.07.1992 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan “Katılma İntifa Senedi İhracına İlişkin Esaslar Tebliği”.

⁷² Aynı doğrultuda Pulaşlı, 2011 (Şerh I): s. 1139. Turanboy ise Seri: III, No: 10 sayılı SPK tebliği md. 16'da ortaklara verilen bilgilerin KİS sahiplerine de verilmesi gerektiği düzenlendiğinden aktif-pasif bilgi alma hakkı ayrımı yapmadan KİS sahiplerinin de özel denetçi talep edebilecek kişiler arasında TTK da yer alması gerektiği görüşü için bkz. Turanboy, 2011 (Sempozyum): s. 19-20.

⁷³ Teoman, intifa senetlerinin sermaye sağlayıcı araç olarak kullanılmalari halinde, diğer bir anlatımla KİS ihracı halinde bilgi alma ve denetleme hakkına ilişkin hükümlerin örneksene yoluyla intifa senedi sahiplerine de uygulanabileceğini belirtmiştir (Teoman, 1978 (İntifa Senetleri): s. 257). Tekinalp, ortaksal araçların örneksene yolu ile uygulanmasında tereddüt duyduğunu belirterek, bilgi alma ve denetleme imkânlarının yaratılmasınının BK sözleşmeleri çevresi içinde mümkün olduğunu belirtmiştir (Tekinalp vd, 2005: N. 1250).

Bununla birlikte daha sonra Sermaye Piyasası Kurulu KİS'lerin düzenlendiği tebliğ'de değişikliğe giderek KİS'leri "Pay Tebliğ"inde (VII-128.1) düzenlenmiştir⁷⁴. Tebliğin 39. maddesinin 1. fıkrasında katılma intifa senetlerin (KİS) bilgi alma hakları hususunda şöyle bir düzenleme vardır: "*KİS sahiplerinin, ortaklıkta oy hakkına sahip diğer ortaklar gibi, TTK'nın 437'nci maddeleri hükümleri çerçevesinde bilgi alma ve inceleme hakları vardır.*". Görüldüğü üzere KİS sahiplerinin oy hakkına sahip diğer pay sahipleri gibi bilgi alma ve inceleme hakları vardır. Yeni düzenlemeye dayanarak kanımızca Pay Tebliğinde KİS sahiplerinin aktif veya pasif bilgi alma hakkı olduğuna ilişkin ayırım yapmadan TTK md. 437'nci madde kapsamında bilgi alma ve inceleme hakkı olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle KİS sahiplerinin esas sözleşmede düzenlenmesine gerek olmaksızın hem aktif hem de pasif bilgi alma hakkı olduğundan mahkemeden özel denetçi atanmasını isteme hakkı olduğu kanısındayız.

2.6.3. Mahkemeye Başvuru Süresi

Genel kurulun özel denetim istemini onaylamasından itibaren şirket veya pay sahiplerinin ne kadar bir süre içerisinde mahkemeye başvuracağı TTK md. 438/2'de düzenlenmiştir. Buna göre otuz günlük süre içerisinde mahkemeye başvurulması gerekir⁷⁵. Diğer bir anlatımla genel kurulun istemi onaylaması halinde otuz gün içinde ilgililerin mahkemeden özel denetçi atanmasını talep etmesi gerekecektir. Kanun gerekçesinde otuz günlük sürenin bir düzen hükmü olduğu, hak düşürücü nitelik taşımadığı ifade edilmiştir (Bkz. TTK md. 438/2'nin Gerekçesi).

Öğretide *Narbay*, gerekçeye rağmen sürenin hak düşürücü nitelik taşıdığı aksi halde ortaklığın sürekli bir özel denetim baskısı altında kalarak şirketin işleyişinin zarar görebileceğini ileri sürmüştür (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 91; Narbay, 2007: s. 312)⁷⁶. Kanımızca da bu süre hak düşürücü süre niteliğindedir. Özel denetim istenen konunun bir an önce aydınlatılması hem istemde bulunan pay sahibinin bilgilendirilmesini sağlayacak, hem de şirketin özel denetim baskısı olmadan sağlıklı işleyişine katkıda bulunacaktır. Ayrıca ileride ayrıntıları ile işleyeceğimiz genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde azınlığın

⁷⁴ 22.06.2013 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan Pay Tebliği (VII-128.1).

⁷⁵ Burada dikkat edilmesi gereken husus sürenin bir ay değil, otuz gün olduğudur.

⁷⁶ Aynı doğrultuda Eriş, 2013: s. 2960, dp. 115; Şener, 2012: s. 499; Güven, 2011: s. 151-152; Bay, 2012: s. 25.

mahkemeye üç aylık başvuru süresini kanun koyucunun hak düşürücü süre olarak nitelendirdiği göz önünde alındığında, otuz günlük sürenin de hak düşürücü süre olarak yorumlanması uygun olacaktır. Bu nedenle gerekçede bu sürenin hak düşürücü süre olmadığı hususundaki ifadenin düzeltilmesi gerekmektedir.

2.6.4. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Genel kurulun istemi onaylaması halinde ilgili kişilerin hangi yetkili ve görevli mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyeceği TTK md. 438/2'de şöyle açıklanmıştır: “... şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinde özel denetçi atanmasını isteyebilir.”. Görüldüğü üzere yetkili mahkeme şirket merkezinin bulunduğu yer iken, görevli mahkeme ise asliye ticaret mahkemesidir.

Şirket merkezinin bulunduğu yer kesin yetkili mahkemedir (Eriş, 2013: s. 2960; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 90; Narbay, 2007: s. 312)⁷⁷. Kesin yetki bir dava şartı olmakla birlikte (HMK md. 114/1-ç) özel denetçi atanması istemine ilişkin davanın yetkisiz bir mahkemede açılması halinde yetki itirazını taraflar her zaman yapabilirler. Hakim de davanın sonuna kadar mahkemenin yetkili olup olmadığını re'sen araştırmak zorundadır (HMK md.19/1- 115/1). Bununla beraber burada düzenlenen yetki kesin yetki olduğundan yetki sözleşmesi yapılamaz (HMK md. 18/1).

Ayrıca TTK'nın ilk halinde asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasında iş bölümü ilişkisi varken, 6335 sayılı kanunda yapılan değişiklik sonrasında görev ilişkisi olduğu düzenlenmiştir⁷⁸. Bu yeni düzenleme ile birlikte TTK md. 438/2 gibi görevli mahkemeye ilişkin maddeler anlamını yitirmiş olup, aksine hüküm olmadığı sürece dava olunan şeyin değerine ve tutarına bakılmaksızın TTK md. 4 hükmünün kapsamına giren tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine asliye ticaret mahkemesi bakmakla görevlidir

⁷⁷ Kendigelen, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki mahkemenin yetkili kılınması ile ilgili olarak HMK md. 14/2'de düzenlenen bir kesin yetki kuralının olduğunu bu nedenle de TTK'da yetkiye ilişkin böyle düzenlemelerin büyük bir kısmına ihtiyaç olup olmadığının tartışmalı bir husus olduğunu ifade etmiştir (Kendigelen, 2012: s. 32).

⁷⁸ 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu İle Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 2. maddesi ile TTK md. 5/3-4 şu şekilde değişmiştir: “3) Asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi ve diğer hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olup, bu durumda göreve ilişkin usul hükümleri uygulanır. (4) Asliye ticaret mahkemesi bulunmayan yargı çevresindeki bir ticari davada görev kuralına dayanılmamış olması, görevsizlik kararı verilmesini gerektirmez; asliye hukuk mahkemesi, davaya devam eder.”.

(TTK md. 5/1) (Kendigelen, 2012: s. 31). Asliye ticaret mahkemesinin olmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemesi, asliye ticaret mahkemesi sıfatıyla davaya bakacaktır. Bu görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğundan görevli mahkemede davanın açılıp açılmadığını mahkeme re'sen dikkate alır. Görevli mahkemede dava açılması dava şartı olup (HMK md. 114/1-c) taraflar davanın her safhasında görevsiz olduğunu ileri sürebilirler (Pekcanitez vd, 2014: s. 100-101).

2.6.5. Yargılama Usulü ve İlgililer

Pay sahibinin özel denetçi atanması istemini genel kurulun onaylaması üzerine şirketin veya pay sahibinin mahkemeden özel denetçi atanmasına ilişkin bulunduğu istemde hasmın kim olacağı uygulamada ortaya çıkabilecek bir sorundur. Bu husus belirlenmeden önce genel kurulun özel denetimi kabul etmesi halinde mahkemeden özel denetçi atanmasına ilişkin istemin çekişmeli yargı ya da çekişmesiz yargı işi olup olmadığının tespiti gerekir. Kanımızca mahkemeye yöneltilen özel denetçi atama istemi çekişmesiz yargı işidir⁷⁹. Şöyle ki HMK md. 382/1'e göre ilgiler arasında uyumsuzluk olmayan hallerde, ilgililerin ileri sürebileceği herhangi bir hakkının bulunmadığı hallerde ve hakimin re'sen harekete geçtiği hallerinden biri veya birkaçına giren işler çekişmesiz yargı faaliyetidir. Buna göre pay sahibinin mahkemeden özel denetçi atanmasına ilişkin istemi karşısında genel kurul, özel denetim istemini kabul ederek uyumsuzluğu çözüme kavuşturmuştur. Bu nedenle ortada herhangi bir uyumsuzluk yoktur. Mahkeme kendisine yöneltilen özel denetçi atanması isteminde sadece gerekli vasıflara sahip bir özel denetçi seçecektir. Bu sebeple mahkemeye özel denetçi atanmasına ilişkin yöneltilen istem çekişmesiz yargı işi olduğu kanısındayız. Mahkemeye yapılan istem çekişmesiz yargı işi olması sebebiyle de karşı taraf bulunmayıp, çekişmesiz yargı sonunda verilen kararlar hukuki durumları etkilenen ilgililer vardır (Pekcanitez vd, 2014: 69-70). Diğer bir anlatımla mahkemeden özel denetim talebinde bulunacak olan pay sahibi ve şirket, hukuki yararı olan ilgililerdir⁸⁰.

⁷⁹ Aynı yönde Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 96; Güven, 2011: s. 152. Çekişmesiz yargı işi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru vd, 2013: s. 737 vd.; Pekcanitez vd, 2014: s.68 vd..

⁸⁰ Eriş ise istemde bulunan pay sahibinin şirkete karşı dava açabileceğini, şirketin açtığı davanın ise hasımsız olarak açılacağını, bu davaya karşı da ilgililerin (pay sahiplerinin) ferî müdahil olarak davaya katılabilecekleri yönündeki görüş için bkz. Eriş, 2013: s. 2960-2961.

Kanun koyucu özel denetçinin atanmasını talep ettiği yetkili ve görevli mahkemeyi kanunda açıkça belirlerken özel denetim isteme hakkını düzenleyen TTK md. 438- 444'üncü maddeler arasında hangi yargılama usulüne göre yargılamanın yapılacağı düzenlenmemiştir. Bu nedenle hangi yargılama usulünün uygulanacağı sorusuna şirket davalarında uygulanacak yargılama usulünü düzenleyen TTK md. 1521 genel hükmü cevap verecektir. Bu hükmü göre özel denetçinin atanması istemi mahkemede basit yargılama usulüne göre karara bağlanacaktır⁸¹. Bununla birlikte yukarıda belirttiğimiz üzere mahkemeden özel denetçi atanmasına yönelik istem çekişmesiz yargı işi olması sebebiyle de basit yargılama usulü uygulanır (HMK md. 385). Basit yargılama usulü⁸² basit, kolay ve kısa sürede sonuçlanması bakımından istemi en kısa zamanda sonuçlandırması özel denetimin kurumundan beklenen yararı ve kurumun işlerliğini arttıracak bir düzenlemedir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 93-94).

2.6.6. Mahkeme Kararı

İlgilerin özel denetçi atanmasına ilişkin istemi karşısında mahkeme şekli bir inceleme yaparak kararını verir. Diğer bir anlatımla mahkeme şirket merkezinin bulunduğu (yetki) asliye ticaret mahkemesinde (görev) istemin yapılıp yapılmadığını, pay sahibi veya şirketin (istemde bulunmaya hak sahibi olanların) istemde bulunup bulunmadığını, istemin 30 gün içerisinde yapılıp yapılmadığını ve genel kurul tarafından özel denetime ilişkin verilen kararın varlığını inceler. Bununla birlikte genel kurulda özel denetim yapılması hususundaki konu ile mahkemeden özel denetçi atanmasına ilişkin konunun da aynı olması gerektiğinden, mahkeme bu hususun varlığını da inceleyecektir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 94; Güven, 2011: s. 152).

Görüldüğü üzere mahkemenin incelemesi bu konuların varlığı ile sınırlı olup kanımızca TTK md. 438/1'de öngörülen şartların varlığını incelemeyiz; çünkü genel kurul özel denetime karar vermeden önce bu şartların varlığı halinde karar

⁸¹ TTK md. 1521 hükmü şöyledir: *“Ticaret şirketlerinde, ortakların veya pay sahiplerinin şirketle veya birbirleriyle şirket ortaklığından veya pay sahipliğinden kaynaklanan davalarda veya şirketin yönetim kurulu üyeleri, yöneticileri, müdürleri, tasfiye memurları ya da denetçilerine karşı açılacak davalarda basit yargılama usulü uygulanır.”*

⁸² Basit yargılama usulü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru vd, 2013: s. 733 vd.; Pekcanitez vd, 2014: s. 499 vd..

verdiğinden mahkemenin yeniden bu şartların varlığını incelemesine gerek yoktur (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 94; Güven, 2011: s. 152).

Mahkeme karar vermeden önce ilgilileri (pay sahibi, yönetici veya denetçileri vb.) dinlemesi hususunda bir zorunluluk olmamakla birlikte engelde bulunmamaktadır⁸³. Bu konuda öğretilerdeki istemin karara bağlanmasından önce ilgililerin dinlenmesinin yargılamayı gereksiz şekilde uzatabileceği ve kurumdan beklenen yararı azaltabileceği şeklinde gerekçeye katılmakla birlikte dinleyemez şeklinde bir zorunluluğun olmadığı kanaatindeyiz⁸⁴. Kanımızca hakim gerekli görmesi halinde ilgilileri dinleyebilmelidir.

Yukarıda ifade edildiği üzere mahkeme şekli incelemesini yaptıktan sonra kararını verir. Mahkemeye yapılan istem çekişmesiz yargı işi olması sebebiyle mahkemenin kararı maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez (HMK md. 388). Bununla birlikte mahkemenin özel denetçi atamasına yönelik kararına karşı kural olarak temyiz yolu kapalıdır. Bu karara karşı hukuki yararı olan ilgililer istinaf yoluna başvurabilir (HMK md. 387); fakat kanunda istinaf hükümleri olmasına rağmen istinaf mahkemelerinin kurulmamış olması sebebiyle bu mahkemeler kuruluncaya kadar yargı kararlarının denetimsiz kalmaması için temyiz kanun yolu uygulanması uygun olacaktır.

3. GENEL KURULUN ÖZEL DENETİM İSTEMİNİ REDDETMEŞİ HALİNDE MAHKEME TARAFINDAN ÖZEL DENETİME KARAR VERİLMESİ

3.1. Genel Olarak

Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde özel denetim hususunda “*Genel Kurulun Reddi*” başlıklı TTK md. 439’uncu madde gündeme gelecektir. Buna göre genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi özel denetime karar verilmesine ilişkin şartları değiştirecektir (TTK md. 439/1’in Gerekçesi). Diğer bir anlatımla özel denetçi atanması istemi genel kurul tarafından ret edilmesi halinde

⁸³ Bu durum gerekçede şu şekilde açıklanmıştır: “*Talebin bir eda davası şeklinde ileri sürülmesine ve mahkemenin tarafları dinlemek istemesine engel bulunmamakla birlikte, zorunluluğun kurumun amacı ile bağdaşmayabileceği düşünülmektedir.*” (Bkz. TTK md. 438/2’nin Gerekçesi).

⁸⁴ Öğretilerdeki aksi görüş için bkz. Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 96.

mahkemenin özel denetime karar verebilmesi için bazı usulü ve maddi koşulların gerçekleşmesi gerekecektir. Bu koşullar güçleştirilmiş/ağırlaştırılmış koşullar olup bu bölümde bu güçleştirilmiş şartlar ayrıntıları ile incelenecektir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 97).

3.2. Özel Denetime Karar Verilebilmesi İçin Usule İlişkin Şartlar

3.2.1. İstemde Bulunma Hakkına Sahip Olanlar

3.2.1.1. Azınlık

Pay sahiplerine tanınan özel denetim hakkının genel kurul tarafından reddedilmesi halinde özel denetim isteme hakkı, azınlık hakkına dönüşür⁸⁵. Diğer bir anlatımla mahkemeden özel denetçi tayini isteminde sadece azınlık pay ya da pay sahipleri bulunabilir (TTK md. 439/1'in Gerekçesi). Kanun koyucu azınlık kavramını şirketin halka açık olup olmamasına göre farklı tanımlamıştır⁸⁶. Şöyle ki halka kapalı anonim şirketlerde sermayenin onda birini, halka açık anonim şirketlerde ise sermayenin yirmide birini oluşturan pay sahipleri mahkemeden özel denetime karar verilmesi hususunda istemde bulunabilirler.

Bununla birlikte İsviçre Borçlar Kanununa baktığımızda özel denetimi düzenleyen md. 697b'de halka kapalı/açık ayrımı yapmadan sermayenin yüzde on'unu temsil eden pay sahiplerinin özel denetçi isteme hakkı olduğunu düzenlemiştir (Doerig, 2007; Hersberger, 2014: s. 1; Peyrot, 2006: s. 5). Hollanda'da da halka kapalı/açık ayrımı yapılmamış olup, çıkarılmış sermayenin yüzde onunu temsil eden pay sahiplerinin özel denetçi isteme hakkı olduğunu düzenlemiştir (Timmerman/ Doorman, 2002: s. 197; Perakis, 2004: s. 47).

⁸⁵ Özel denetim isteme hakkının, azınlık hakkına dönüşmesinin İsviçre kanun koyucusuna göre sebebi; özel denetçi atanmasını talep eden her pay sahibinin mahkemeye başvurarak özel denetim talebinde bulunmasını engellemektir. Diğer bir anlatımla özel denetim isteminin genel kurulca reddi ile hakkın azınlık hakkına dönüşmemesi ihtimalinde her pay sahibi mahkemeye başvurarak özel denetim talebinde bulunacak bu durumda resmi makamların ve adli organların gereksiz yere işgal edilmesine sebep olacaktır. Bu durumun engellenmesi amacıyla hak, azınlık hakkına dönüşmektedir (Güven, 2011: s. 137).

⁸⁶ Bkz. TTK md. 411/1, 420/1, 439/1, 531/1, 559/1. Bununla birlikte kanun koyucu TTK md. 399/4-b bendinde diğer maddelerden farklı olarak azınlık kavramını halka kapalı şirketlerde sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini oluşturan pay sahipleri şeklinde tanımlamıştır.

eTTK md. 348/2'den⁸⁷ farklı olarak TTK, "azınlığın belirli bir süreden beri bu payları elinde bulundurmaları şartı" aranmamıştır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 98-99; Narbay, 2007: s. 315; Güven, 2011: s. 153). Diğer bir deyişle mahkemeden özel denetime karar verilmesi hususunda başvuruda bulunan azınlığın ispat etmesi gereken tek husus istem anında azınlık statüsünde olduğudur. Ayrıca mahkeme kararını verinceye kadar azınlığın, azınlık statüsünün devam etmesi gerekir. Özel denetim sırasında ise azınlık sahip olduğu payları satabilir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 99; Narbay, 2007: s. 315).

Burada önem taşıyan husus kanunda öngörülen azınlığı oluşturan oranın esas sözleşme ile değiştirilip değiştirilemeyeceğidir. TTK md. 411/1'de⁸⁸ yer alan çağrı hakkının daha az sayıda pay sahiplerine esas sözleşme ile tanınabileceğine ilişkin hükmüne dayanarak öğretide iki farklı görüş ortaya çıkmıştır. Bir görüşe göre olumlu azınlık haklarının sadece azınlığın korunması amacı olmayıp, genel kurulda çoğunluk ile azınlık arasında meydana gelebilecek menfaat ihtilaflarının uzlaşma amacı olduğundan kanunen tespit edilen oranlar esas sözleşme ile ağırlaştırılmayacağı gibi, hafifletilemeyeceğini ileri sürmüştür (İmregün, 1962: s. 82). Diğer bir görüş, esas sözleşme ile bu oranın artırılmayacağını; fakat TTK md. 411/1 hükmünün kıyasen uygulanarak düşürülebileceğini kabul eder (Arslanlı, 1960: s. 237; Helvacı, 1998: s. 302; Ulaş Kısa, 2003: s. 522; Sivas, 1992: s. 8)⁸⁹.

Bu görüşler doğrultusunda kanun gerekçesinde kanunda belirtilen yüzdelerin ve sabit miktarın esas sözleşme ile artırılmasının geçersiz olacağı açıkça belirtilmiştir (TTK md. 439/1'in Gerekçesi). Uygulamada ortaya çıkabilecek asıl sorun ise yüzdenin ve sabit miktarın azaltılıp azaltılamayacağıdır. Bu konuda kanunda ve

⁸⁷ eTTK md. 348/2'deki düzenleme "Umumi heyetin toplantı vaktinden itibaren en az altı ay önceden beri esas sermayenin en az onda birine muadil paylara sahip oldukları sabit olan pay sahipleri hususi murakipler tayinini umumi heyetten isteyebilirler." şeklindedir.

⁸⁸ TTK md. 411/1 şu şekilde düzenlenmiştir: "Sermayenin en az onda birini, halka açık şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri, yönetim kurulundan, yazılı olarak gerektirici sebepleri ve gündemi belirterek, genel kurulu toplantıya çağırmasını veya genel kurul zaten toplanacak ise, karara bağlanmasını istedikleri konuları gündeme koymasını isteyebilirler. Esas sözleşmeyle, çağrı hakkı daha az sayıda paya sahip pay sahiplerine tanınabilir."

⁸⁹ Aynı doğrultuda özel denetçinin atanması hükmünün nispi emredici hüküm olması nedeniyle hakkın kullanımının esas sözleşme ile veya genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamayacağını ve kısıtlanamayacağını; fakat hakkın kullanımını kolaylaştıracak azınlığın oranının azaltılması gibi esas sözleşme değişikliklerinin geçerli olacağına ilişkin görüş için bkz. Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 342; Sumer, 1990: s. 57-58; Paslı, 2003: s. 616. Tekinalp de esas sözleşme ile azınlık haklarının tanınabileceğini veya bu hakları kullanabilmek için kanunda öngörülen yüzdelerin azaltılabileceği kanısındadır (Tekinalp vd, 2014 (Ortaklık): N. 872)

gerekçede herhangi bir açıklama bulunmadığından TTK md. 340'inci maddede “*Emredici Hükümler*”⁹⁰ başlığı ile düzenlenen hükme bakılması gerekmektedir. TTK md. 340'a göre; “*Esas sözleşme, bu Kanunun anonim şirketlere ilişkin hükümlerinden ancak Kanunda buna açıkça izin verilmişse sapabilir. Diğer kanunların, öngörülmesine izin verdiği tamamlayıcı esas sözleşme hükümleri o kanuna özgülenmiş olarak hüküm doğururlar.*”. Buna göre anonim şirketlere ilişkin bir hükmün aksinin düzenlenmesine açıkça izin verilmesi halinde sapılacaktır. Bunun tespitinde ise hükmün lafzı ile beraber özüne de bakılarak özü ile sözünün birbirine uymaması halinde hükmün özünün temel alınması gerekir (Karasu, 2012 (Emredici Hükümler): s. 316). TTK md. 439/1'e lafzen baktığımızda “...*sermayenin en az..*” ifadesinden bu oranın asgari bir oran olduğu, dolayısıyla da azınlık oranının düşürülmesine izin verilmediği açıkça düzenlenmiştir. Hükmü amaçsal yorumladığımız takdirde de aynı sonuç ortaya çıkacaktır. Şöyle ki kanun koyucu sadece TTK md. 411/1'de azınlık oranının indirilmesine açıkça izin verirken, özel denetçinin atanması ve diğer azınlık haklarında⁹¹ böyle bir izin vermemiştir. Ayrıca aksine düzenlenmenin açıkça izin verilip verilmediğinin saptamasında kıyas anlamına gelecek yorumlar yapılamaz. Bu nedenle TTK md. 411/1'de aksine düzenleme yapılmasına kanun koyucu açıkça izin verdiğinden istisnai olarak sadece TTK md. 411/1'de azınlık oranı indirilebilir (Karasu, 2012 (Emredici Hükümler): s. 317).

Görüldüğü üzere TTK ile düzenlenen emredici hükümler ilkesi uyarınca azınlık oranı esas sözleşme hükmü ile indirilemeyecektir. “...*kanunda buna açıkça izin verilmişse*” sınırlaması anonim ortaklığa bir çelik korse giydirmekte ve sermaye şirketlerinin gelişimini engellemektedir (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 139). Bununla birlikte kanımızca azınlık oranının esas sözleşme ile indirilebilir olması gerekir; çünkü bu oranın indirilmesi hakkın kullanımı kolaylaştırarak özel denetim kurumunun amacına hizmet edecektir. Ancak yukarıda ayrıntıları ile açıkladığımız üzere TTK md. 340 hükmü böyle bir esas sözleşme düzenlemesine imkân vermemektedir. Bu nedenle öğretilerde *Narbay'ın* isabetle belirttiği üzere TTK md. 439/1'e “*Esas sözleşmeyle, özel denetçi atanmasını isteme hakkı daha az oran ve*

⁹⁰ Emredici hükümler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Karasu, 2012 (Emredici Hükümler): s. 312-331.

⁹¹ Bkz. TTK md. 399/4-b, 411/1, 420/1, 439/1, 531/1, 559/1.

itibari değerde paya sahip pay sahiplerine tanınabilir” şeklinde hüküm eklenmelidir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 106). Böylece hem TTK md. 340 engeli ile karşılaşılmayacaktır, hem de hakkın kullanımını kolaylaştırarak çoğunluğun gücü sınırlandırılacaktır.

Yukarıda belirttiklerimizin yanı sıra üzerinde durulması gereken diğer bir husus genel kuruldan özel denetçi atanmasını talep eden azınlığın⁹² mahkemeden özel denetime karar verilmesini talep eden azınlık olmasının gerekip gerekmediği hususudur. Kanımızca genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteyen azınlık ile mahkemeden özel denetime karar verilmesi hususunda istemde bulunan azınlığın aynı azınlık olması gibi bir zorunluluğu yoktur. Aksi halde böyle bir zorunluluk getirmek mahkemeden özel denetim talebinde bulunmak için gidilmesi gereken prosedürün yeniden uygulanması sonucunu doğuracaktır ki bu da hakkın kullanımını güçleştirecektir⁹³.

Bununla birlikte azınlığın özel denetim talebinde bulunma hakkını kullanabilmesi için halka kapalı anonim şirkette sermayenin en az onda birine, halka açık anonim şirkette ise sermayenin en az yirmide birine sahip olduğunun/olduklarının ispat edilmesi gerekir. Azınlığın ispatı ise payın senede veya ilmühaberler bağlanıp bağlanmamasına göre farklılık arz eder. İlk olarak pay senede bağlanmamışsa diğer bir anlatımla öğretilen ve Yargıtay kararlarının da benimsediği şekilde çıplak pay⁹⁴ söz konusu ise senede bağlanmamış nama yazılı paylar pay defteri aracılığıyla ispatlanır (TTK md. 426/1). Bununla birlikte hisse senedi bastırılıncaya kadar onların yerlerini tutmak amacıyla çıkarılan ilmühaberler de pay

⁹² Yukarıda da daha önceden belirtildiği üzere özel denetim isteme hakkına her pay sahibi sahip olduğuna göre azınlık pay sahiplerinin de bu hakka evleviyet ilkesi gereği sahip olması gerektiğinden dolayı azınlığın genel kuruldan istemde bulunduğu ihtimali göz önünde bulundurulmuştur (Bkz. “İkinci Bölüm 2. Genel Kurul Tarafından Özel Denetime Karar Verilmesi 2.1. Özel Denetim Talebinde Bulunma Hakkına ve Yetkisine Sahip Olanlar 2.1.2. Azınlık” başlığı altındaki açıklamalar).

⁹³ Aynı doğrultuda Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 349-350. Yazara göre, “Mahkemeden istemde bulunan azınlığın, genel kuruldan özel denetçi atanmasını istemiş olan azınlık olması gerekmediği gibi, bu azınlığın atama isteminin reddedildiği genel kurulda hazır bulunmuş veya atama lehinde oy kullanmış olmaları yahut genel kurulun ret kararına karşı, kurulda herhangi bir itirazda bulunmuş olmaları da zorunlu değildir. Ayrıca, mahkemeden istemde bulunan azınlığın oy hakkından yoksun olup olmamaları da önemsizdir.” Dava açan azınlık ile genel kuruldan özel denetçi tayinini isteyen azınlığın aynı azınlık olması gerektiği görüşü için bkz. Domaniç, 1988 (Şerh): s. 752; Paslı, 2003: s. 630; Aday, 1995: s. 38.

⁹⁴ Bkz. Yarg. HGK, 04.07.2007, E. 2007/12-332, K. 2007-446; Yarg. HGK, 12.11.2014, E. 2014/11-801, K. 2014/891 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (15.03.2015). Çıplak pay teriminin öğretilen kullanılması hususunda bkz. Tekinalp vd, 2014 (Ortaklık): N. 767a vd.; Kaya, 2001: s. 131; Kendigelen, 2004 (Çıplak Pay): s. 381 vd..

defteri aracılığıyla ispatlanabilir (TTK md. 426/1)⁹⁵. Payın senede bağlanması durumunda ise payın nama veya hamiline yazılı olması farklılık gösterir. Nama yazılı pay senetleri pay defteri yoluyla ispatlanırken, buna karşılık hamiline yazılı pay senetleri zilyetliğinin bulunması ile ispat edilebilir (TTK md. 426/1-2).

3.2.1.2. Belli İtibari Değerde Paya Sahip Olan Pay Sahipleri

Genel kurul tarafından özel denetim isteminin reddedilmesi halinde mahkemeden özel denetime karar vermesi hususunda talepte bulunabilecek kişiler arasında azınlığın yanında belli itibari değerde paya sahip olan pay sahibi/sahipleri düzenlemiştir. eTTK'dan farklı olarak TTK mehzaz kanundaki düzenleme doğrultusunda paylarının itibari değerlerinin toplamı bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerine de mahkemeye başvuru hakkı tanımıştır (TTK md. 439/1). Kanun koyucunun böyle bir düzenleme getirmesinin sebebi sermayesi çok büyük olan şirketlerin azınlığı oluşturan oranı bulması zor olabileceğinden sabit bir miktar öngörerek bu miktara sahip pay sahibinin/sahiplerinin kendi haklarını etkin bir şekilde korumasını sağlamaktır (TTK md. 439/1'in Gerekçesi; Güven, 2011: s. 153; Özdamar, 2014: s. 56-57). Diğer bir anlatımla özel denetim talebinde bulunmak isteyen pay sahipleri sermayesi çok büyük olan şirketlerde sermayenin en az onda birine (halka açık şirketlerde ise sermayenin yirmide birine) ulaşamamış olsalar bile kanunun sağladığı imkân ile paylarının itibari değerlerinin toplamı bir milyon Türk Lirasına ulaşması daha kolay olacağından bu kişilerinde özel denetim kurumundan yararlanmalarının önü açılmıştır⁹⁶. Bu açıdan düzenleme özellikle halka açık anonim şirket pay sahiplerini koruyan bir düzenlemedir.

Bununla beraber kanun koyucu belli itibari değerde paya sahip olan pay sahiplerine azınlık hakları içerisinde sadece özel denetçi isteminde bulunma hakkı vermiştir. Belli itibari değerde paya sahip olan pay sahipleri diğer azınlık haklarından yoksun bırakılmıştır. Bu açıdan azınlık hakları içerisinde yeknesaklık yoktur (Kendigelen, 2012: s. 342-343). Bu nedenle kanımızca diğer belli itibari değerde

⁹⁵ TTK md. 426'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere pay defteri pay sahipliğinin ispatında karine niteliğindedir (Bkz. TTK md. 426'nın Gerekçesi).

⁹⁶Bununla beraber azınlık kısmında azınlığın oranının artırılması veya azaltılması hususunda yaptığımız açıklamalar itibari oran için de geçerlidir (Bkz. "İkinci Bölüm 3. Genel Kurulun Özel Denetim İstemini Reddetmesi Halinde Mahkeme Tarafından Özel Denetime Karar Verilmesi 3.2. Özel Denetime Karar Verilebilmesi İçin Usule İlişkin Şartlar 3.2.1. İstemde Bulunma Hakkına Sahip Olanlar 3.2.1.1.Azınlık" başlığı altındaki açıklamalar).

paya sahip pay sahiplerine diğer azınlık haklarını kullanma hakkının tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Böylece özellikle halka açık anonim şirketlerdeki pay sahipleri sermayenin yirmide birini oluşturamasa dahi, belli itibari değerde paya sahip ise bu haklardan yararlanabilecektir.

Karşılaştırmalı hukuk sistemlerine baktığımızda ilk olarak İsviçre genel kurulun istemi reddetmesi halinde esas sermayenin %10'una sahip pay sahipleri ve payların nominal değeri 2 milyon İsviçre Frankı değerinde sahip olanlara böyle bir hak tanımıştır. Görüldüğü üzere TTK'da belirtilen miktardan daha yüksek bir miktar olan 2 milyon İsviçre Frankı belirlenmiştir. Almanya'da ise genel kurulun istemi reddetmesi halinde esas sermayenin en az %1'ine sahip pay sahiplerinin yanında paylarının itibari değeri 100.000 Euro tutarındaki pay sahiplerine böyle bir hak tanınmıştır (Alman POK md. 142/2) (Perakis, 2004: s. 71, dp. 288). Hollanda Medeni Kanunu'na göre ise paylarının nominal değeri 225.000 Euro olan pay sahiplerine veya esas sözleşme ile kararlaştırılmış daha az miktara sahip pay sahiplerine böyle bir hak tanınmıştır (Timmerman/Doorman, 2002: s. 197). İngiltere ise diğer ülkelerdeki düzenlemelerden farklı bir düzenlemeye giderek en az 200 pay sahibi veya ihraç edilen payların en az 1/20'sine sahip olan pay sahipleri, sermayenin ihraç edilmemesi halinde ise pay sahiplerinin en az 1/5'i özel denetim isteminde bulunabileceğini düzenlemiştir (Perakis, 2004: s. 71, dp. 288). Görüldüğü üzere yabancı ülke kanunlarında da azınlığı oluşturan orana ulaşılması zor olabileceğinden sabit bir miktara sahip pay sahiplerine veya İngiltere'de olduğu gibi belirli sayıda pay sahiplerine özel denetim hakkı tanınmıştır.

3.2.2. Başvuru Süresi

Genel kurulun özel denetçi istemini reddetmesi halinde özel denetim isteminde bulunma hakkına sahip olan hak sahipleri kararın alındığı tarihten itibaren ortaklık hasım gösterilerek "*üç ay içerisinde*" mahkemeye başvurabilirler (Şener, 2012: s. 500-501). Görüldüğü üzere kanun koyucu, eTTK'da düzenlenmeyen başvuru süresi hususunda üç aylık bir süre olduğunu açıkça düzenlemiştir. Bununla birlikte kanun koyucunun mahkemeye başvuru hususunda pay sahiplerinin sermayenin en az onda birine (halka açık anonim şirketler sermayenin en az yirmide birine) veya itibari değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirasına sahip pay sahiplerini bir araya getirmesi hemen mümkün olmadığından üç aylık gibi makul bir süre belirlemesinin

yerinde bir düzenleme olduğu kanısındayız⁹⁷. Ayrıca kanun koyucu TTK md. 438'deki otuz günlük süreden farklı olarak gerekçede sürenin hak düşürücü süre olduğunu düzenlemiştir (TTK md. 439/1'in Gerekçesi). Bu nedenle üç aylık sürenin dolumu halinde hakim hak düşürücü süreyi re'sen nazara alarak özel denetim istemini reddedebilir. Pay sahipleri için üç aylık hak düşürücü süre karar tarihinden itibaren başlayacaktır.

3.2.3. Yetkili ve Görevli Mahkeme

Genel kurulun reddi halinde özel denetim yapılması hususunda istemde bulunma hakkına sahip kişilerin hangi görevli ve yetkili mahkemeye başvuracağı hususunu kanun koyucu açık bir şekilde düzenlemiştir. TTK md. 439/1'e göre görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olup, yetkili mahkeme ise şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir.

Şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesi kesin yetkili mahkeme olup, kesin yetki ve görevli mahkeme de dava şartıdır (HMK md. 114/1-c-ç). Hakim davanın sonuna kadar mahkemenin yetkili ve görevli olup olmadığını re'sen araştırabileceği gibi taraflar davanın her safhasında bu durumu ileri sürebilirler⁹⁸.

3.3. Özel Denetime Karar Verilebilmesine Yönelik Maddi Şartlar

3.3.1. TTK md. 438/1 Hükmünde Öngörülen Şartların ve Özel Denetim İsteminin Genel Kurulca Reddine İlişkin Kararın Somut Olayda Mevcut Olması

Mahkemenin özel denetime karar verebilmesi için mevcut olması gereken maddi şartlardan ilki TTK md. 438/1'de öngörülen şartların somut olayda yerine getirilmiş olmasıdır. Diğer bir anlatımla mahkeme kendisine yöneltilen özel denetim istemini karara bağlamadan önce “daha önceden pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olmaları”, “özel denetimin konusunun belirli olayları açıklığa kavuşturması” ve “özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi

⁹⁷ Üç aylık sürenin çok uzun bir süre olduğunu, sorunun en kısa sürede aşılmasının istemde bulunanlarla şirketin yararına olduğu göz önüne alınırsa, bir aylık sürenin yerinde olacağı görüşü için bkz. Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 242-243.

⁹⁸ TTK md. 438/2'de görevli ve yetkili mahkeme hususundaki yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

için gerekli olması” şartlarının somut olayda mevcut olup olmadığına bakacaktır⁹⁹. Öğretide bir görüş TTK md. 439’a dayanarak özel denetçi atanması istenebilmesi için ayrıca TTK md. 438’deki şartların varlığının aranmayacağını ve bu şartların aranacağına ilişkin açık bir hüküm de olmadığını ileri sürmüştür. Buna göre gerçek anlamda hak olarak düzenlenmeyen TTK md. 438’in, azınlığın hakkı olarak düzenlenen TTK md. 439’in kullanılması için aranması hakkın sınırlanması sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir (Kaya, 2015 (Özel Denetim): s. 68). Kanımızca bu fikre katılmak pek mümkün değildir. Şöyle ki mahkemenin azınlığın talebi üzerine özel denetçi atayabilmesi için TTK md. 438’deki şartların somut olayda var olup olmadığını incelemesi gerektiği gerekçede açıkça ifade edilmiştir (TTK md. 439/2’nin Gerekçesi). Bununla birlikte genel kurul özel denetim istemini reddettiğinden mahkemenin bu şartların varlığını araması gerektiği kanaatindeyiz. Bu nedenle mahkeme bu koşulların varlığını somut olayda mevcut olup olmadığına re’sen araştırarak, mevcut olmaması halinde istemi reddedecektir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 110).

Bununla beraber mahkeme gerekli şartları taşıyan pay sahibi/sahiplerinin genel kurulda yaptığı özel denetim istemine ilişkin ret kararının varlığını da araştıracaktır. Daha önce özel denetçi atanmasına yönelik genel kurul karar almasına rağmen, sonrasında bu kararı kaldıran genel kurul kararı ret kararı niteliğindedir. Ayrıca özel denetçi seçilmesinin ertelenmesi veya özel denetçi seçimine ilişkin karar alınmasına gerek olmadığına ilişkin alınan genel kurul kararları da ret niteliğindedir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 349). Azınlığın veya belli itibari değerde paya sahip pay sahibinin/ sahiplerinin mahkemeden özel denetim isteminde bulunmaları için ellerinde genel kurul tarafından verilmiş bir ret kararı olmalıdır. Aksi halde mahkemeye başvurulamaz (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 109-110; Narbay, 2007: s. 317-318; Özkan, 1999: s. 32-33). Başvurulsa dahi bu istem mahkemenin ret kararı ile sonuçlanmaya mahkûmdur¹⁰⁰.

⁹⁹ TTK md. 438/1’de öngörülen koşullar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. “İkinci Bölüm 2. Genel Kurul Tarafından Özel Denetime Karar Verilmesi 2.2. Özel Denetim İsteminin Koşulları” başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁰⁰ “Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere ve TTK.nun 348/2. maddesi hükmü gereğince özel denetçi seçimi için, önce genel kurula başvurma ve bu isteğin genel kurulca reddi koşulunun gerçekleşmiş olması lazım gelmesine; ortada redde ilişkin bir genel kurul kararı mevcut olmadıkça özel denetçi seçimi için mahkemeye başvurulamayacağına, bu hususun madde hükmünden açıkça

3.3.2. Kurucuların veya Organların Kanunu veya Esas Sözleşmeyi İhlal Etmesi

Mahkemenin özel denetime karar verebilmesi için kurucuların veya organların kanuna veya esas sözleşmeye aykırı bir işleminin mevcut olması gerekir. Diğer bir deyişle bu ihlalin “kurucular” veya “organlar” tarafından gerçekleştirilmesi gerekir. Kanun koyucu TTK’da tedrici kuruluşa yer vermediği için ani kuruluş sistemine göre “kurucuları” TTK md. 337’de şu şekilde tanımlamıştır: “(1) Pay taahhüt edip esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler kurucudur. (2) Kurucular, birinci fıkrada yazılı işlemi, üçüncü bir kişinin hesabına yaptıkları takdirde, bu kişi de kuruluştan doğan sorumluluk bakımından kurucu sayılır. Söz konusu üçüncü kişi, kendisi hesabına iş gören kimsenin bildiği veya bilmesi gereken bir hususu kendisinin bilmediğini ileri süremez.”. Görüldüğü üzere kanun koyucu pay taahhüt ederek esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler ile bu işlemi üçüncü bir kişi hesabına yapan ve hesabına yapılan kişileri kurucu olarak tanımlamıştır.

Görüldüğü üzere kişilerin kanuna veya esas sözleşmeye aykırı bir işlem/işlemlerinin mevcut olması maddi şartlar arasındadır. Bu doğrultuda düzenlemede “kanunu... ihlal ederek” ifadesinden sadece anonim ortaklıkları düzenleyen hükümlerin veya TTK’nın değil, yürürlükteki tüm kanun maddelerinin ihlali bu madde kapsamında olduğu anlamı çıkmaktadır (Paslı, 2003: s. 629; Zeren, 2010: s. 111). Yönetim kurulunun rekabeti sınırlayıcı anlaşma yaparak Rekabetin Korunması Hakkında Kanunu (md. 4) ihlal etmesi veya fabrikanın yapı ruhsatının olmaması sonucu İmar Kanunu’na (md. 21) aykırı vb. işlemler örnek olarak verilebilir¹⁰¹. Bununla birlikte madde gerekçesinde “ihlal” ifadesinin “anonim şirketler hukukunun yazısız kurallarına aykırılığı”¹⁰² da kapsadığı belirtilmiştir (TTK md. 439/2’nin Gerekçesi). Buna göre yürürlükte anonim şirketlerin yazılı ve yazılı olmayan bütün kuralları başta olmak üzere yürürlükte tüm kanunların ve şirket esas sözleşmesinin kurucular veya organlar tarafından ihlali söz konusu olmalıdır.

anlaşılmasına;...”, Yarg. 11. HD, 24.06.1982, E. 82/2952, K. 82/3061 (<http://kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>) (23.12.2014).

¹⁰¹ Öğretide Aday, şirketin yasa dışı yollarla kazanç sağlaması örneğin silah veya uyuşturucu kaçaklığı yapması, hatta şirketin Çevre Kanuna aykırı uygulamaların araştırılması amacıyla özel denetim isteminde bulunulabileceğini ifade etmiştir (Aday, 1995: s. 33).

¹⁰² Haklardan yararlanmada esas sermayeye katılma oranının, yararlanılan hakkın toplam miktarını belirlemesine denilen oransallık ilkesi, anonim şirketin yazısız kurallarına örnek olarak verilebilir (Tekinalp vd, 2014 (Ortaklık): N. 878).

3.3.3. Dilekçe Sahiplerinin İhlal Sebebiyle Şirket veya Pay Sahiplerinin Zararını İkna Edici Bir Şekilde Ortaya Koymaları

Mahkemenin özel denetime karar verilmesi konusunda somut olayda mevcut olması gereken son maddi şart ise başvuru sahiplerinin kurucuların veya şirket organlarının, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlal ederek, şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici bir şekilde ortaya koymalarıdır (TTK md. 439/2). Kurucuların veya şirket organlarının kanun veya esas sözleşme ihlali tek başına özel denetim istemi için yeterli olmayıp, bu ihlal sonucunda bir zarar ortaya çıkmış olmalı ve bu zararın varlığı ikna edici bir şekilde ortaya konulmalıdır. Bu açıdan kanun koyucu özel denetim istemi yapılabilmesini zorlaştırmıştır.

İlk olarak “zarar” kavramı ile kastedilen borçlar hukuku anlamında malvarlığı eksilmesidir (TTK md. 439/2’nin Gerekçesi). Diğer bir anlatımla şirketin veya pay sahiplerinin malvarlığında istenmeden meydana gelen eksilme veya borçlarındaki artıştır¹⁰³. Görüldüğü üzere şirketin veya pay sahiplerinin malvarlığındaki bu eksilme somut bir eksilme olup, gelecekteki olması ihtimal olan malvarlığı azalması zarar kavramı kapsamında değildir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 113).

Bununla birlikte kanun koyucu başvuru sahiplerinin iddiasını ispat etmesi hususunda özel bir düzenleme getirerek “zarara uğrattıklarını, ikna edici bir şekilde ortaya koymaları” şeklinde bir şart getirmiştir. İkna edici bir şekilde ortaya konulması/inandırıcılık şartı ile kastedilen iddia edilen hususların kesin olarak ispat edilmesi, diğer bir anlatımla usul hukuku anlamında mutlak bir ispat değildir (İmregün, 1989 (Anonim): s. 319; Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 354; Poroy vd, 2005: N. 642g; Paslı, 2003: s. 634; Özkan, 1999: s. 40; TTK md. 439/2’nin Gerekçesi) ¹⁰⁴. Zira iddia edilen hususların kesin bir biçimde kanıtlanmasının

¹⁰³ Borçlar hukuku anlamında zarar kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Nomer, 2012: s. 118 vd.; Oğuzman ve Öz, 2014: s. 395 vd.; Kılıçoğlu, 2012: s. 291 vd..

¹⁰⁴ Aynı doğrultuda eski kanun dönemindeki Yargıtay kararlarında da iddiaların mutlak şekilde ispatlanması gerektiğini şu şekilde ifade etmiştir: “TTK md. 348/2. maddesi azınlık pay sahipleri tarafından özel denetçi tayinine ilişkin nedenlerin varlığının, kesin biçimde kanıtlanması şart değildir. Kanun koyucu özel denetçi tayinine ilişkin olarak öne sürülen vakıaları az çok doğrulayan delil ve emareleri yeterli saymıştır. Olayda, davacı, bilançonun gerçek durumu yansıtmadığını ileri sürdüğüne göre ve mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesi esnasında bilançoda yer alan bir kısım gelir ve gider kalemlerinin hatalı yerleştirilmek suretiyle yanlış olabileceği belirtilmiş bulunmasına nedeniyle, sadece bu durumun dahi özel denetçi tayini istemini haklı kılacak nitelikte olması sonucunda davanın kabulüne karar verilmesi gerekir.” Yarg. 11. HD, 03.07.2000, E. 2000/5472, K. 2000/6335; “TTK.nun 348/2. maddesi uyarınca azınlık pay sahiplerinin, özel denetçi tayinine ilişkin nedenlerin

istenmesi, özel denetimden beklenen faydayı ortadan kaldıracaktır (İmregün, 1989 (Anonim): s. 319; Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 354; Arslanlı, 1960: s. 248; Poroy vd, 2005: N. 642g; Birsnel, 1970: s. 643; Sumer, 1990: s. 62; Paslı, 2003: s. 634; Özdamar, 2014: s. 58; Özkan, 1999: s. 34). Mahkemenin iddia edilen hususların gerçekleştiğine ilişkin tamamen ikna olması gerekmeyip, olayın gerçekleştiğine yönelik belirli oranda inandırıcı olması, kanaate varması yeterlidir (Doerig, 2005 (Appointment)). Burada bahsedilen husus kurallara aykırılık ve zararın istemde bulunan kişiler tarafından ikna edici gerekçelerle mahkemeye sunulmasıdır. İkna edici gerekçeler maddi veya hukuki konulara ilişkin olabilir (Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1879). Mahkeme kanaatini kuvvetlendirmek için re'sen yönetim kurulu ile denetçileri dinleyebileceği gibi, özel denetim talebinde bulunan istem sahipleri mahkemeyi ikna etmek amacıyla ticari defterleri, yönetim kurulu raporlarını, denetim raporlarını, bilançoları, genel kurul tutanağı gibi belgelere başvurabilir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 354; Domaniç, 1988 (Şerh): s. 746-747). Dilekçe sahiplerinin iddiaların varlığını net bir biçimde tasvir ederek, objektif ipuçları ve delillerle ortaya koymalıdır ki bunun sonucunda mahkeme iddiaların varlığının olası olduğuna kanaat getirsin (Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1879; Özkan, 1999: s. 40).

TTK'da “*şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğratıldıklarını ikna edici bir şekilde ortaya konulması*” şartı hakkın kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla

varlığını, kesin biçimde kanıtlanması şart değildir; öne sürdükleri vakıaları, az çok doğrulayan delil ve emareler yeterlidir. Anılan madde metninde yer alan hususların, olayda var olup olmadığı yönü, özel denetçilerin yapacağı inceleme ve araştırma sonucu ortaya çıkacaktır.” Yarg. 11. HD, 20.01.2002, E. 2002/44, K. 2002/577; “*TTK'nun 348/2. Maddesine göre, azınlık pay sahipleri tarafından özel denetçi tayinine ilişkin nedenlerin varlığının kesin biçimde kanıtlanması şart değildir. Kanun koyucu, özel denetçi tayinine ilişkin olarak öne sürülen vakıaları az çok doğrulayan delil ve emareleri yeterli saymıştır. Gerçekten, 31.8.1981 günü itibarıyla; fabrika inşaatı, makine tesisat ve demirbaşlar ile elektrik donanımının saptanan değerleri 81.134.057 liradır. Bilirkişilerce, inşaat doğrudan şirketçe yapıldığından, birim fiyatta yer alan % 25 müteahhit karının saptanan bu değerden düşülmesi gereği ayrıca vurgulanmıştır. Böylece, belirlenen değerinde daha da düşmesi söz konusu iken, davalı şirketçe düzenlenen 31.12.1980 günlü bilançoda anılan kalemler 130.474.994 lira olarak gösterilmiştir. Sadece bu çelişki dahi, özel denetçi murakıp tayini istemini haklı kılacak bir niteliktedir.*” Yarg. 11. HD, 15.04.1982, E. 1982/1269, K. 1998/1727 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (23.12.2014); “*Özel denetçi atanması isteminde, atanmaya ilişkin nedenlerin mahkemede kesin biçimde ispatı gerekmez. Ancak, yasa ve ana sözleşmeye aykırı davranışlar konusunda şüpheyi haklı kılacak yeterli delil ve emareler gösterilmesi gerekir.*”, Yarg. 11. HD, 12.02.1993, E. 470, K. 879 (ERİŞ, 2004 (Ticari İşletme): s. 2041). Bununla beraber medeni usul hukukunda bu tür ispata “yaklaşık ispat” denir. Yaklaşık ispat hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Albayrak, 2012: s. 1 vd..

getirilmiş olmasına rağmen (Özkan, 1999: s. 40; Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1879), öğretilerde bu şart yerine getirilmesi zor olması sebebiyle eleştirilmiştir. Şöyle ki *Moroğlu*, şartın gerçekleşmesinin imkânsız olduğunu ileri sürerek şartın “*şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğratıldıkları konusunda belirtiler bulunması halinde*” şeklinde yumuşatılması gerektiğini belirtmiştir (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 243)¹⁰⁵. *Narbay* ise İsv. BK md. 697/2'nin yeni düzenlemesindeki gibi ihlalin şirketin veya pay sahiplerinin zararına yol açığının inanılır kılınması şartı aranmayacağını, bu ihlallerin bir zarara yol açabilme eğiliminde olmasının yeterli olacağını belirtmiştir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 115). *Özdamar*, özel denetimin gerekçesini oluşturan olayların ikna edici şekilde ortaya konulmasının hakkaniyete aykırı olacağını ileri sürerek, mahkemenin tüm olayların bütün çıplaklığı ile ortaya konulması yerine, iddianın gerçek olduğunu gösteren kuvvetli emare ve bu doğrultuda belgelerin varlığının yeterli olacağını ileri sürmüştür (Özdamar, 2014: s. 58).

Kanımızca da kanun koyucunun zarara uğratıldıklarının ikna edici bir şekilde ortaya konulması şartı uygulamada, özel denetim kurumuna başvuruyu zorlaştıracak nitelikte bir şarttır. Bu nedenle hükmün uygulanmasında “*şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğratıldıklarına ilişkin kanıt ve emare/belirtilerin*” varlığı yeterli görülmelidir (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 243). Böylece zarar hususunda belirtiler aranarak hem hakkın kötüye kullanılması önlenecek, hem de inandırıcılık gibi yerine getirilmesi zor bir şart aranmadığından ilgililer özel denetim kurumuna kolaylıkla başvurabilecektir.

3.4. Davanın Niteliği

Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde azınlığın ve belli itibari değerde paya sahip olan pay sahiplerinin mahkemeden özel denetime karar verilmesi hususunda istemlerinin niteliği büyük bir öneme sahiptir. Şöyle ki bu davanın niteliğine bağlı olarak mahkemenin verdiği kararın temyiz edilip edilmemesi gibi konulara cevap verilecektir (Paslı, 2003: s. 635).

Mahkemece özel denetime karar verilmesi davasının niteliği hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre, başvuru sahiplerinin bu yöndeki

¹⁰⁵ Aynı doğrultuda Güven, 2011: s. 154.

istemi bilirkişi incelemesi niteliğini taşımayan, hatta itiraz edilmediği takdirde kesinleşen bilirkişi raporu seviyesine ulaşmayan özel denetim incelemesi yapılmasını emreden karar olup, bu karar hiçbir uyuşmazlığı kesin olarak çözüme bağlamamaktadır (Domaniç,1988 (Şerh): s. 749-752). Bu nedenle de davanın delil tespiti veya ihtiyati tedbir talebi niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Diğer bir görüşe göre ise istem eda davası¹⁰⁶ niteliğindedir; çünkü kanun koyucu eTTK md. 348/2’de “dava” ifadesini kullanmış olup başvuru hakkı sahiplerinin mahkemeden özel denetçi istemlerinin dava şeklinde görüleceğini kabul etmiştir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 354; Teoman, 1981: s. 1154; Doğanay, 2004: s. 1031)¹⁰⁷.

Kanımızca mahkemece özel denetime karar verilmesi hususundaki istem çekişmeli yargı kapsamındadır¹⁰⁸. Çünkü pay sahibinin genel kuruldan özel denetçi atanması hususunda istemde bulunmuş ve genel kurul bu istemi reddetmiştir. Bunun üzerine azınlık veya belli itibari değerde paya sahip olan pay sahipleri mahkemeden özel denetime karar vermesi hususunda istemde bulunmuştur. Görüldüğü üzere bir tarafta azınlık ve belli itibari değerde paya sahip olan pay sahipleri özel denetçi atanması hususunda istemleri varken, diğer yandan özel denetçi atanmaması hususunda bir genel kurul kararı vardır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 118). Diğer bir anlatımla karşılıklı uyuşmazlığın varlığı sebebiyle çekişmeli yargı söz konusudur. Bununla beraber eda davası niteliğinde de olmayıp kendine özgü (sui generis) bir çekişmeli yargı faaliyetidir¹⁰⁹. Çünkü eda davası davacının bir şeyi yapmayı, bir şey vermeyi veya bir şeyi yapmamayı davalıdan istediği dava türüdür (Pekcanitez vd, 2014: s. 250). Oysaki bu davada özel denetime karar verdikten sonra kararı, diğer bir anlatımla özel denetçiyi atayan davalı değil, mahkemenin kendisidir (Paslı, 2003: s. 637). Bununla birlikte eda davasında mahkemenin kararının ardından hükmün kesinleşmesi ile birlikte mahkemenin görevi sona ererken, özel denetimde mahkeme denetçiyi ataması ardından ileride ayrıntıları ile göreceğimiz üzere¹¹⁰ özel denetçi,

¹⁰⁶ Eda davası hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru vd, 2013: s. 257 vd.; Pekcanitez vd, 2014: s. 250 vd..

¹⁰⁷ Aynı doğrultuda Hukuk Genel Kurul Kararında “*Gerek murakıpların tayini, gerekse genel kurulun toplantıya davetine izin verilmesi hususlarında mahkemeye dava açılması T.T. Kanununun 351 ve 367’inci maddelerinde belirtildiği şekilde birer eda davasının konusunu teşkil eder.*”, Yarg. HGK, 26.10.1966, E. 1409, K. 276 (Ank. Bar. Der., 1966, S. 6: s. 1068-1069).

¹⁰⁸ Aynı doğrultuda Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 118; Güven, 2011: s. 155.

¹⁰⁹ Benzer şekilde Paslı, 2003: s. 636-637; Zeren, 2010: s. 130-131.

¹¹⁰ Bkz. “Üçüncü Bölüm 4. Özel Denetim Raporu 4.2. Özel Denetim Rapor Taslağının Hazırlanması ve Mahkemeye Sunulması” başlığı altındaki açıklamalar.

hazırladığı raporu kendisini atayan mahkemeye sunacaktır. Özel denetçi tayin eden mahkemenin görevi hala sona ermemiştir (Paslı, 2003: s. 637). Bu nedenlerden dolayı mahkemeden özel denetime karar verilmesi hususundaki dava kendine özgü bir çekişmeli yargı faaliyetidir.

Çekişmeli yargı faaliyeti olması sebebiyle bu tür bir davada, davacı ve davalı olmak üzere iki taraf vardır. Mahkemeden özel denetim yapılması hususunda istemde bulunan azınlık veya belli itibari değerde paya sahip olan pay sahipleri davacı, davalı ise anonim şirket tüzel kişiliğidir (Moroğlu, 2010 (Özel Denetçi): s. 354; Paslı, 2003: s. 635).

Yargılama usulü hususunda kanun koyucu özel denetimi düzenleyen TTK md. 438-444 hükümlerinde açık bir düzenleme yapmaması sebebiyle “*Şirket Davalarında Yargılama Usulü*” başlıklı TTK md. 1521’inci hükmü geçerli olacaktır. Hükme göre özel denetime karar verilmesi hususundaki davada mahkeme basit yargılama usulüne göre karar verecektir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 119-120; Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1878).

3.5. Mahkemenin Özel Denetim Kararı

Mahkeme azınlığın veya belli itibari değerde paya sahip pay sahibinin/sahiplerinin özel denetçi atanmasına yönelik istemleri karşısında özel denetime karar vermeden önce somut olayda bulunması gereken usulî ve maddi şartları aramakla yükümlüdür (TTK md. 440/1’in Gerekçesi). Mahkeme bu şartların mevcut olup olmadığına, gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verir (TTK md. 440/1’in Gerekçesi). Ardından mahkeme şirketi temsilen yönetim kurulunu ve istem sahiplerini mahkemeye davet ederek dinler. Mahkeme bu kişileri dinlemeden karar veremez (TTK md. 440/1). Mahkeme gerekiyorsa genel kuruldan özel denetim isteminde bulunmuş; fakat bu istemi reddedilmiş olan pay sahiplerini de dinleyebilir (Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1878-1879; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 119). Mahkeme gerekli kişileri dinledikten sonra somut olayda gerçekleşmesi gereken bütün usulü ve maddi şartların gerçekleştiğine mesleki bilgi ve birikimine dayanarak ikna olması halinde özel denetim istemini kabul ederek, istem çerçevesinde bir özel denetçi atayacaktır.

Şartların varlığına ikna olmaması halinde mahkeme özel denetim istemini reddedecektir.

Konuyla ilgili olarak üzerinde önemle durulması gereken bir diğer konu mahkemenin özel denetim şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti için bilirkişiye başvurup başvuramayacağı hususudur. Uygulamada da sıkça karşılaşıldığı üzere mahkeme özel denetim şartlarının oluşup oluşmadığının tespiti için bilirkişi tayin edebilir mi? Öğretide mahkemenin gerekli görmesi halinde bilirkişi incelemesi yaptırabileceği savunulmakla birlikte kanımızca bu soruya ikili bir ayrıma gidilerek cevap verilebilir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 354; Zeren, 2010: s. 126). İlk olarak özel denetim şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde hakimin genel hayat tecrübesi ve hukuki bilgisi ile çözümlenebilecek bir konu varsa hakim bilirkişi atayamaz (HMK md. 266). Ancak bazı durumlarda özel denetim talebinde bulunan kişiler hakimin hukuki bilgisi veya genel hayat tecrübesi ile çözümlenemeyecek teknik ve özel bilgiyi gerektiren hususlarla ilgili olarak bilirkişi atanabilir. Bilançonun gerçek durumu yansıtmaması iddiasını buna örnek olarak verebiliriz. Kanımızca bilançonun gerçeği yansıtmadığı gibi teknik ve özel bilgiyi gerektiren hususlarda özel denetim talebinde bulunan kişilerin iddia ettiği hususların varlığına ilişkin kanıt ve emarelerin var olup olmadığına ikna olması için bilirkişi atayabilir. Ancak burada önemle durulması gereken husus bilirkişinin yapacağı inceleme bir özel denetim incelemesi olmadığıdır. Bilirkişinin yapacağı inceleme hakimde sadece iddia edilen emarelerin varlığına ilişkin kanaat oluşturacak sınırdaki bir inceleme olmalıdır. Bilirkişinin aksi bir incelemesi özel denetim incelemesi gibi olacak olup, özel denetimden beklenen faydaya hizmet etmeyecektir.

3.6. Mahkeme Kararının Temyiz Edilip Edilmeyeceği Sorunu

Mahkemenin özel denetçi atamasına veya özel denetçi atanması istemini reddetmesine yönelik kararın temyiz edilip edilmeyeceği eTTK döneminde kanunda açık bir düzenleme olmadığı için uygulamada birtakım sorunlara yol açıyordu. Bu konuda öğretilerde bir takım görüşler mevcut olup yukarıda anlattığımız üzere bu görüşler davanın niteliği kapsamında cevaplandırılmaktadır¹¹¹. *Domaniç*'e göre mahkemenin vermiş olduğu olumlu veya olumsuz kararın delil tespiti veya tedbir

¹¹¹ Bkz. "İkinci Bölüm 3. Genel Kurulun Özel Denetim İstemini Reddetmesi Halinde Mahkeme Tarafından Özel Denetime Karar Verilmesi 3.4. Davanın Niteliği" başlığı altındaki açıklamalar.

kararı niteliğinde olması sebebiyle kesin hüküm teşkil etmez. Bu nedenle yazar temyizın mümkün olmadığını, sadece karara karşı itiraz edilebileceğini ileri sürmüştür (Domaniç, 1988 (Şerh): s. 753; Domaniç, 1978: s. 709-711)¹¹².

Moroğlu ise mahkemenin özel denetçi istemi kabul kararına karşı bir görüş belirtmeyerek, özel denetçi isteminin ret kararına karşı temyiz yoluna başvurulabileceğini belirtmiştir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 354)¹¹³.

eTTK döneminde bu konuda çıkan bir Yargıtay kararında özetle eTTK md. 348'inci maddesi uyarınca özel denetçi istemini reddeden kararın kesin hüküm niteliğinde olup temyizinin mümkün olduğunu belirtilmiştir. Bununla birlikte özel denetçi istemini kabul eden kararın ise genel kurul kararının iptali niteliğinde bir karar olmayıp, herhangi bir uyuşmazlığın da giderilmesi söz konusu olmadığını, eTTK md. 348/2'de ifade edilen "dava" ibaresinin eTTK md. 348/3-4 göre azınlığa açılacak sorumluluk davasını ifade etmesi gerekçeleri ile temyizinin mümkün olmadığı belirtilmiştir¹¹⁴.

Yargıtay'ın bu kararı oy çokluğu ile alınmıştır. Karardaki karşı oy yazısına göre bir istem hakkında ret kararı verilmesi halinde temyiz edilebilirken, kabul kararı verilmesi halinde temyizinin mümkün olmadığı şeklinde bir kararın hukuk ve usul açısından mantığa aykırı olduğu ileri sürmüştür. Buna göre bir istem hususunda karar ne olursa olsun ya bir davadır ya da dava değildir. eTTK md. 348/2'de belirtilen özel denetçi seçiminin dava şeklinde görüleceği açık bir şekilde ifade edildiğinden, kararın

¹¹² Aynı doğrultuda *Aday*, mahkemenin özel denetçi atanmasına yönelik olumlu (kabul) veya olumsuz (ret) kararlarının kesin hüküm niteliğinde olmaması sebebiyle temyiz edilmeyeceğini ileri sürmüştür (Aday, 1995: s. 37).

¹¹³ Aynı doğrultuda Poroy vd, 2005: N. 642h.

¹¹⁴ "Genel kurulun özel denetçi tayinini hakkındaki istemin reddi kararı üzerine mahkemece azınlığın başvurusuyla özel denetçi tayin edilmesi halinde ise durum mahkemenin red kararı ile hasil olan durumdan farklıdır. Çünkü TTK.nun 348. maddesinin ikinci fıkrasında özel denetçi (son iki yıl içinde şirketin kuruluşuna veya idare muamelelerine müteallik bir suistimalin vukubulduğunun veya kanun yahut esas mukavele hükümlerine önemli bir surette aykırı hareket edildiğini iddia ettikleri takdirde, bunların ve bilançonun geçerliliğini tahkik için) mahkemece tayin edilebilecektir. Bu suretle mahkemenin özel denetçi tayinini, bir uyuşmazlığın giderilmesi yahut genel kurul kararının kaldırılması için verilmiş bir karar niteliğinde karar verilmesi sonucunu doğurmaz. Bu sonucu doğurmayan mahkeme kararı ise belli hususların saptanmasını amaçlayan anonim şirket bünyesinde belli işleri yapmak için özel denetçi tayini keyfiyeti, bir anlamda delil tesbitini yapacak ve ilerde açılacak sorumluluk davasına esas olacak denetçiler raporunu hazırlamak üzere özel denetçiler tayinini amaçlamaktadır. Böyle bir karar istemin kabulünü içeren olumlu bir karar olduğuna ve eda davası niteliği de bulunmadığına göre temyiz kabiliyetinin de olmaması gerekir.", Yarg. 11. HD, 30.06.1980, E. 1980/3183, K. 1980/3534 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (23.12.2014).

kabul (olumlu) veya ret (olumsuz) olması fark etmeksizin temyizın mümkün olması gerektiği belirtilmiştir¹¹⁵.

TTK'da öğretilerdeki bu tartışmalara son vererek TTK md. 440/2, c. 2'de "*Mahkemenin kararı kesindir.*" şeklinde bir düzenleme öngörmüştür. Bu hükme pay sahibinin bilgi alma hakkında (TTK md. 437/5) olduğu gibi mahkemenin vereceği olumlu veya olumsuz karar fark etmeksizin karar temyiz edilemeyecektir¹¹⁶. Bununla beraber TTK döneminde verilen Yargıtay kararlarında da kanun hükmü doğrultusunda karar verilmiştir. Buna göre Yargıtay, mahkemenin verdiği kararın kesin hüküm teşkil etmesi sebebiyle temyiz edilemeyeceğine yönelik karar vermiştir¹¹⁷. Kanun koyucu niçin böyle bir düzenleme yaptığı hususunda kanun gerekçesinde bir açıklama yapmamıştır. Mevzuat kanun İsv. BK'da böyle bir düzenleme mevcut olmamakla birlikte İsviçre öğretisinde bu kararın temyiz edilebileceği yönünde görüş hakimdir (Pulaşlı, 2010 (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi): s. 1880; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 132-133; Güven, 2011: s. 155).

Her ne kadar mahkemenin verdiği kararın temyiz edilememesi sürecin uzamamasına ve pay sahiplerinin kısa sürede özel denetimden etkili sonuç alarak haklarını daha etkin bir şekilde kullanması amacına hizmet etse de (Özdamar, 2014: s. 59), TTK md. 440/2, c. 2 hükmünün yerinde bir düzenleme olmadığı kanısındayız¹¹⁸. Şöyle ki yukarıda daha önce ifade ettiğimiz üzere azınlığın veya belli itibari değerde paya sahip olan pay sahiplerinin mahkemeden özel denetime karar verilmesi hususunda istemi kendine özgü (sui generis) bir çekişmeli yargı faaliyetidir. Özel denetim isteminde bulunan taraf ile bu istemi reddeden genel kurulun çıkarları birbirleri ile uyuşmadığından kararın hukuka aykırı olduğunu

¹¹⁵ Bkz. Yarg. 11. HD, 30.06.1980, E. 1980/3183, K. 1980/3534 sayılı kararın Karşı Oy Yazısı (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (23.12.2014). Aynı doğrultuda Paslı, 2003: s. 637-638; Özkan, 1999: s. 36; Doğanay, 2004: s. 1031-1032.

¹¹⁶ Aynı doğrultuda *Eriş*, mahkemenin verdiği kararın ister duruşmalı ister dosya üzerinden karar verilmesi hususunda fark gözetmeksizin, mahkeme kararına karşı itiraz ve temyiz yolunun kapalı olacağını belirtmiştir (Eriş, 2013: s. 2964).

¹¹⁷ "6102 sayılı TTK'nın 440. maddesi gereğince özel denetçi atanması istemine ilişkin olarak mahkemece verilen kararlar kesin olmakla davacı vekilinin temyiz isteminin reddine karar verilmiştir.", Yarg. 11. HD, 11.06.2014, E. 2013/16879, K. 2014/11122; "...özel denetçi tayinine dair kararın 6102 Sayılı TTK'nın 440/2 maddesi uyarınca kesin olması sebebiyle mahkemenin bu karara yönelik olarak verilen temyiz isteminin reddine..", Yarg. 11. HD, 25.06.2014, E. 2014/6398, K. 2014/12133 (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (23.02.2015).

¹¹⁸ Aynı doğrultuda Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 133-134.

düşünen ve bu konuda somut sebepler sunan tarafın kanun yoluna başvurması gerekmektedir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 134; Güven, 2011: s. 155). Özellikle istemin reddedilmesi halinde mahkemenin hukuka aykırı karar vermesi ihtimalinde özel denetim isteminde bulunan tarafın bu kurumdan etkili bir şekilde yararlanmasının önü kapatılacaktır. Ayrıca kararın temyizinin mümkün olmaması, diğer bir deyişle Yargıtay incelemesinden geçmemesi ayrı mahkemelerde verilen kararların arasında görüş birliğinin olmasını engellemektedir (Özdamar, 2014: s. 59). Bu sebeplerden dolayı “*Mahkemenin kararı kesindir.*” şeklindeki düzenlemenin kanundan çıkarılması gerektiği kanaatindeyiz¹¹⁹.

3.7. Özel Denetçi İstemi Talebinin Genel Kurulca Reddedilmesi Halinde Genel Kurul Kararının İptali Davası Açılıp Açılmayacağı Sorunu

TTK md. 438’inci maddesi uyarınca gerekli şartları yerine getirmiş olan pay sahibi veya pay sahibi sıfatıyla azınlığın genel kuruldan özel denetçi atanması istemini reddetmesi üzerine bu ret kararına karşı iptal davası açılıp açılmayacağı sorunu eTTK döneminde olduğu gibi TTK kapsamında da önemi korumaktadır.

Bu konuda öğretilerde farklı nedenlere dayanan birçok görüş vardır. İlk olarak *Moroğlu* özel denetçi atanmasına ilişkin davanın bir eda davası olduğunu, bu sebeple de azınlığın mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunması imkânı var iken, özel denetçi atanmasının reddine ilişkin genel kurul kararının iptalini dava etmekte hukuki menfaatinin olmadığını belirtmiştir. Diğer bir anlatımla genel kurul kararının iptali davasının açılmasında hukuki menfaatin bulunmadığı gerekçesiyle açılan iptal davasının dinlenilmeyerek reddedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 354-355)¹²⁰. Aynı şekilde *Poroy* özel denetçi atanması isteminin reddi halinde şartları gerçekleştiren azınlığın mahkemeye başvurarak özel denetçiyi atanmasını sağlama imkânı varken, iptal davası açmasının hukuk mantığına aykırı olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca genel kurulun özel denetçi isteminin reddi ardından mahkemeye özel denetçi atanması için başvurulması halinde, aynı zamanda genel kurul kararının iptali için dava açılması halinde davanın

¹¹⁹ Narbay “*Mahkemenin kararı kesindir.*” hükmünün TTK md. 438/2’ye ikinci bir cümle olarak eklenmesi gerektiğini belirtmiştir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 133).

¹²⁰ Aynı doğrultuda Özkan, 1999: s. 35.

derdestlik sebebiyle reddedilmeyeceğini davalar arasında konu birliğinin olmadığını ifade etmiştir (Poroy vd, 2005: N. 642f).

Domaniç ise özel denetçi isteminin reddine ilişkin genel kurul kararının iptali konusunda dava açma zorunluluğu olmamakla birlikte, özel denetçi atanması için azınlığın mahkemeye müracaatı mümkünse, iptal davası açmak için eTTK md. 381’de düzenlenen üç aylık hak düşürücü süre dolmadan önce genel kurulun ret kararının iptali konusunda dava açılması ve zorunlu olmamakla beraber bu süre içerisinde özel denetçi atanması için mahkemeye başvurulabileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte açılan davalardan birinin sonucu diğerine etki edeceğinden, özel denetçi istemi ve iptal davalarının birlikte açılabileceği gibi, ayrı ayrı açılan davalarında birleştirilebileceğini aksi halde en son açılan davanın yargılması, daha önce açılan davanın karara bağlanmasının sonucuna bırakılarak bekletici mesele yapılabileceğini ifade etmiştir (Domaniç, 1978: s. 702)¹²¹.

Teoman’da *Domaniç*’in görüşünü benimseyerek azınlığın her iki yolu da birlikte izleyebileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte davaların tarafları ve sebepleri aynı olmasına rağmen, konularının farklı olması açısından derdestlik iddialarının ileri sürülemeyeceğini belirtmiştir (Teoman, 1981 (Azınlığın İzleyebileceği Yollar): s. 1153-1154; Teoman, 2012 (Kısa Notlar): s. 566-567). Yazar davaların birleştirilmesi ve bekletici sorun yapılmasının uygulamada güçlük yaratabileceği gerekçesiyle *Domaniç*’ten ayrılmaktadır. Bununla beraber genel kurul kararının iptali davasının özel denetçi atanması davasından önce sonuçlanması ihtimalinde toplanılacak ilk genel kurulda özel denetçi atanması isteminin tekrar görüşülerek olumlu bir karara bağlanabilmesi olasılığında azınlığın iptal davası açmasında hukuki yararının olduğunu belirtmiştir (Teoman, 1981 (Azınlığın İzleyebileceği Yollar): s. 1155-1156; Teoman, 2012 (Kısa Notlar): s. 567-568). Böylece eTTK md. 348’e dayanılarak açılan özel denetçi atanması davası, konunun kalmaması sebebiyle reddedilecek, mahkemelerin iş yükü de azalmış olacaktır. Toplanılacak ilk genel kurul toplantısında genel kurul yeniden özel denetçi atanması istemini reddetmesi ihtimalinde ise eTTK md. 348’e dayanılarak açılan dava devam

¹²¹ Aynı doğrultuda Kayar, 1989: s. 95-96; Kavasoglu, 1999: s. 71.

edilerek koşulların varlığı halinde mahkeme istemi kabul ederek özel denetçiyi atayacaktır (Teoman, 1981 (Azınlığın İzleyebileceği Yollar): s. 1156)¹²².

Paslı ise genel kurul kararının iptalinde mahkemenin sadece kararı kaldırdığını, ne genel kurulun özel denetçi istemini reddettiği kararı düzelttiği, ne de genel kurulun yerine geçerek karar verebildiğini ifade ederek olumsuz genel kurul kararının iptalinin davacıya bir yarar sağlamadığını belirtmiştir. Bununla birlikte azınlığın eTTK md. 348/2'ye dayanarak mahkemeden özel denetçi talep edebilme imkânı varken, eTTK md. 381 uyarınca genel kurulun ret kararının iptalini mahkemeden istemekte hukuki menfaatin olmadığını ifade etmiştir (Paslı, 2003: s. 638-639).

Yargıtay kararlarına baktığımızda ise çelişkili kararlar mevcuttur. Yargıtay 19.12.1980 tarihli bir kararında genel kurulun özel denetçi tayini talebinin reddine ilişkin kararların iptalinin istenebileceğine karar vermiştir¹²³. 26.02.1982 tarihli başka bir kararında da genel kurulun kararının iptali davası yanında özel denetçi atanması davasının açılabilirliğini derdestlik iddiasının ileri sürülmeyeceğine karar vermiştir¹²⁴. Bu kararın hemen ardından 24.06.1982 tarihli kararında ise içtihat değiştirerek genel kurulun özel denetçi istemini reddetmesi halinde iptal yoluna gidilmeyerek, özel denetçinin mahkeme kanalıyla seçilmesi gerektiğine karar vermiştir¹²⁵. 04.06.2009 tarihli bir başka kararında ise ilk derece mahkemesinin özel

¹²² Aynı doğrultuda Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 142-145; Aday, 1995: s. 36-37; Sumer, 1990: s. 66; Ulaş Kısa, 2003: s. 526; Sivas, 1992: s. 35-36.

¹²³ Yarg. 11. HD, 19.12.1980, E. 5866, K. 5942 (Kavasoglu, 1999: s. 68).

¹²⁴ “Davacılar vekili, müvekkillerinin davalı şirkette %30 pay sahibi olduklarını, 12.05.1980 günlü genel kurul toplantısında özel denetçi tayini isteklerinin reddedildiği iddiayla özel denetçi tayinini istemiş ve mahkemece, daha önce genel kurul toplantısında alınan kararların iptali için dava açıldığı, derdest bir dava varken bu davanın dinlenemeyeceği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Derdestlik itirazının kabul edilebilmesi için her iki davanın tarafları ve konusunun aynı olması lazımdır. İşbu davanın konusu, TTK'nın 348'inci maddesine dayanan özel denetçi tayini olup, Asliye Üçüncü Ticaret Mahkemesinin 980/474 sayılı dosyasında ise, 13.05.1980 günlü genel kurul toplantısında alınan kararların iptali TTK'nın 381'inci maddesi hükmüne göre istenmiştir. Davalar arasında konu birliği yoktur. Genel kurul kararı mahkemece iptal edilse dahi bu durum kendiliğinden özel denetçi tayinini gerektirmez. Yine de mahkemeye başvurulması lazımdır. Esasen, özel denetçi tayini konusunda mahkemeye başvurabilmek için genel kurulca bu isteğin reddedilmiş olması gerekir. Diğer yandan, 980/474 sayılı dosyadaki dava dilekçesi incelendikte davacıların TTK'nın 348'inci maddesi gereğince özel denetçi seçimi için mahkemeye başvuru haklarını saklı tuttukları gözlenmektedir. Bu nedenlerle, mahkemece işin esasına girilerek hüküm tesisi gerekirken, derdestliğe dayanılarak davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.”. Yarg. 11. HD, 26.02.1982, E. 757, K. 770 (Eriş, 2004 (Ticari İşletme): s. 2038-2039).

¹²⁵ “Yargıtay ilamında belirtilen gerektirici sebeplere ve TTK'nun 348/2. maddesi hükmü gereğince özel denetçi seçimi için, önce genel kurula başvurma ve bu isteğin genel kurulca reddi koşulunun

denetçi istemini reddedildiği genel kurul kararının iptalini talep etmeden eTTK md. 348'e dayanarak özel denetçi istemeyeceğine ilişkin kararını bozmuştur. Kararda genel kurul kararının iptali yoluna gidilemeyeceğini açıkça belirtmeyerek, genel kurul kararının iptali yoluna gitmek zorunda olmadığını, doğrudan özel denetçi talebinde bulunabileceğine karar vermiştir¹²⁶. Bu kararın hemen ardından 09.11.2009 tarihli kararda ise açıkça genel kurul kararının iptali davasının dinlenmeyeceğini, kanunun özel bir düzenleme getirdiğini, özel denetçi atanması için mahkemeye başvurulması gerektiğine karar vermiştir¹²⁷.

Yukarıda açıkladığımız öğretilerdeki görüşler ve Yargıtay kararları ışığında mahkemeden özel denetçi atanması davası yanında genel kurul kararının iptali davasının açılabilirliği düşüncesindeyiz. Şöyle ki pay sahibinin özel denetçi atanması isteminin genel kurulca reddedilmesi halinde kanun koyucunun özel olarak düzenlediği özel denetçinin atanmasının mahkemeden talep edilme hakkı (TTK md. 439) varken, olumsuz genel kurul kararının iptalini talep etmede hukuki yararın olmadığına ilişkin eleştiriler gelecektir. Şöyle ki "hukuki yarar"¹²⁸ dava şartı olup, mahkeme davanın başında hukuki yararın varlığını inceleyecek, mevcut olması

gerçekleşmiş olması lazım gelmesine; ortada redde ilişkin bir genel kurul kararı mevcut olmadıkça özel denetçi seçimi için mahkemeye başvurulamayacağına, bu hususun madde hükmünden açıkça anlaşılmasına; bu durumda TTK'nun 381. maddesine dayanılarak özel denetçi seçimi isteminin reddine ilişkin genel kurul kararının iptali yoluna gidilmeyeceğinin kabulü gerekmesine, aksi halde yani, bu konudaki genel kurul kararının iptal edilmesi halinde, özel denetçi seçimi için mahkemeye başvurma koşulu olan redde ilişkin genel kurul kararının varlığının ortadan kalkacağına ve bu koşulan yokluğu halinde mahkemeden özel denetçi tayini isteminin de reddi gerekeceğine, kanun koyucunun bu çelişkiyi önlemek amacıyla TTK'nun 348. maddeyi düzenleyerek, istemin reddi halinde iptal yoluna gidilmeyip, özel denetçi seçiminin mahkeme kanalıyla sağlanması hükmünü getirmiş olmasına göre davalı şirket vekilinin HUMK'nun 440. maddesinde sayılan hallerden hiçbirisini ihtiva etmeyen karar düzeltme isteğinin reddi gerekir." Yarg. 11. HD, 24.06.1982, E. 1982/2952, K. 1982/3061. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (23.12.2014).

¹²⁶ "Buna göre anılan madde ile (TTK md. 348/2) genel kurul tarafından özel denetçi tayini isteminin reddine ilişkin olarak verilen kararın TTK'nun 381. maddesi uyarınca iptalini sağlamaya gerek olmaksızın özel denetçi tayini istemi ile doğrudan mahkemeye başvuruda bulunma hakkı elde edilmektedir. Esasen, mahkemeye söz konusu istem ile başvuruda bulunabilmek için genel kurul tarafından özel denetçi tayini isteminin reddedilmesi gerekmektedir. O halde özel denetçi tayini isteminin reddine ilişkin genel kurul kararına yönelik yasal başvuru yolu konusunda TTK'nun 348. maddesi hükmüne aykırı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir." Yarg. 11. HD, 04.06.2009, E. 2008/3010, K. 2009/6881 (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 141).

¹²⁷ "Mahkemece, yazılı gerekçelerle davanın reddine karar verilmiş ise de, mahkemenin kabulünün aksine yüzde on azınlığın özel denetçi atanması isteminin genel kurulda reddedilmesine ilişkin kararın TTK md. 381 ve devamı maddelerine göre iptali istense bile bu dava dinlenemez. Çünkü, TTK'nın 348'inci maddesinde genel kurulun özel denetçi atanması istemini reddetmesi halinde yapılacak işlem konusunda özel bir düzenleme getirilmiş ve özel denetçi atanması için mahkemeye başvurulması öngörülmüştür." Yarg. 11. HD, 09.11.2009, E. 7291, K. 11574 (Eriş, 2013: s. 2961).

¹²⁸ Hukuki yarar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanitez vd, 2014: s.246-247.

halinde davanın esasını incelemeye geçecektir (HMK md. 114/1-h). Diğer bir anlatımla davacının dava açmada korunmaya değer bir hukuki yararı olmaması halinde mahkeme davayı usulden reddedecektir (Pekcanitez vd, 2014: s. 246-248). Olumsuz genel kurul kararının iptalini istemede pay sahibinin veya azınlığın hukuki yararının olduğu kanısındayız. Olumsuz genel kurul kararının iptali halinde mahkeme genel kurul kararını değiştiremeyeceği gibi, yerine geçip özel denetçinin atanmasına da karar veremez. Fakat öğretilerde *Tekinalp'in* isabetle ifade ettiği üzere genel kurul kararının iptali halinde, teklif yeniden genel kurula gelerek “kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kurallarına” (TTK md. 445/1) uygun bir karar alınması imkânı sağlar¹²⁹. Bu açıdan pay sahibinin veya azınlığın hukuki bir menfaati olduğu kanısındayız. Şöyle ki genel kurul toplantı çağrısının usulüne göre yapılmaması, genel kurula katılma yetkisi bulunmayan kişilerin veya temsilcilerin toplantıya katılıp oy kullanmaları veya genel kurula katılmasına veya oy kullanmasına haksız olarak izin verilmediği (TTK md. 446/1-b) gibi hallerde pay sahibinin veya azınlığın genel kurul kararının iptalini talep etmede hukuki yararı olduğu aşikârdır. Bu iptal sebepleri nedeniyle genel kurulda özel denetim talebinin kabulü için gerekli çoğunluğa ulaşılamaması gibi bir ihtimali göz önünde bulundurmakta fayda vardır. İptal sebebi nedeniyle gerekli çoğunluğa ulaşılmadığından özel denetim talebi reddedilecek, her pay sahibinin talep etme hakkı olan özel denetim hakkı azınlık hakkına dönüşecektir. Diğer bir anlatımla bu halde özel denetçi atanması zorlaşacaktır. Bununla beraber hiç değilse iptal kararının ardından ilk genel kurul toplantısında kanuna, esas sözleşmeye ve dürüstlük kurallarına uygun bir karar verilmiş olacaktır (Tekinalp, 1965 (İptal Davası): s. 260; Teoman, 1981 (Azınlığın İzleyebileceği Yollar): s. 1155-1156).

Yukarıda anlatılan nedenlerin yanı sıra genel kurulun ret kararının iptali azınlık statüsünde olmayan veya belli bir itibari değerde paya sahip olmayan pay sahipleri açısından başvurabilecekleri tek yoldur (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 142). Şöyle

¹²⁹ *Tekinalp* olumsuz genel kurul kararının iptal edilmesindeki hukuki yararı şöyle ifade etmiştir: “Evet, iptal teklifinin kabulü sonucunu doğurmaz ama teklifin yeniden genel kurula getirilip, kanuna, ana sözleşmeye ve özellikle dürüstlük kurallarına uygun bir karar alınması imkânını hazırlar. Bu imkân da olumlu bir imkânıdır ve TTK md. 381'in koruduğu menfaatin aynısıdır. Üstelik iptal kararı – biraz evvel söylediği gibi- genel kurul için, red sebeplerinin gerekçeleri bakımından ciddi bir disiplindir. Bu sebeple TTK md. 381'de öngörülen her halde ve bu maddenin koruduğu menfaate benzer ve onunla aynı paralelde bir menfaatin bulunduğu hallerde iptal davası açma imkânı vermek gereklidir. Böylelikle maddenin konulması ile izlenen gayeye uygun hareket edilmiş olunacaktır.” (Tekinalp, 1965 (İptal Davası): s. 260).

ki pay sahibinin özel denetim talebi genel kurulca reddedilmesi halinde, TTK md. 439/1 gereği ancak azınlık veya belli itibari değerde paya sahip olan pay sahipleri mahkemenen özel denetim talebinde bulunabileceklerdir. Oysa azınlığı oluşturamayan veya belli bir itibari değerde paya sahip olmayan pay sahibinin başvurabileceği tek yok, genel kurul kararının kanuna, esas sözleşmeye veya dürüstlük kuralına aykırı olduğu iddiası halinde genel kurul kararının iptali yoluna başvurmak olacaktır.

Genel kurul kararının iptali davasının yanında azınlığın açtığı mahkemenen özel denetim talebinde bulunulması davasının derdest olması sebebiyle reddedilemeyeceği kanaatindeyiz. Şöyle ki “*aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması*”, diğer bir anlatımla davanın derdest olmaması dava şartlarından (HMK md. 114/1-ı). Bunun içinde davanın tarafları, dava sebepleri ve dava konusu (talep sonucunun) aynı olmaması gerekir (Pekcanıtez vd, 2014: s. 247). Bu iki davada da tarafları ve sebepleri aynı olduğu kabul edilse dahi, kanımızca dava konuları birbirinden farklıdır. Birinde genel kurul kararının iptali talebi varken, diğer davada özel denetçinin atanması talep edilmektedir. Bu sebeple açılan dava derdestlik sebebiyle reddedilemeyecektir (Teoman, 1981 (Azınlığın İzleyebileceği Yollar): s. 1153; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 144-145). Yukarıda anlatılan nedenlerden dolayı özel denetim talebi genel kurulca reddedilmesi halinde her ne kadar azınlığın mahkemenen özel denetçi atanması isteme hakkı bulunmasına rağmen kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kurallarına aykırılık sebebiyle genel kurul kararının iptali davası açılabileceği kanaatindeyiz.

4. KÖTÜ NİYET TAZMİNATI

eTTK’da kötü niyetle mahkemenen özel denetçi atanmasını talep eden pay sahiplerinin sorumluluğu TTK md. 348/3’de açıkça düzenlenmiştir. Hükme göre özel denetçi istemlerinin mahkeme tarafından reddedilmesi veya özel denetçi verdiği rapora göre bu talebin haklı sebebe dayanmadığı anlaşılması halinde, kötü niyetle hareket ettikleri ispat edilen pay sahipleri, şirketin bu denetim sebebiyle gördüğü zarardan müteselsilen sorumlu tutulmuştur.

TTK’da ise ne özel denetimi düzenleyen maddeler de, ne de TTK’nın “Hukuki Sorumluluk” başlıklı onbirinci bölümünde azınlığın veya belli itibari değerde paya

sahip pay sahiplerinin şirkete karşı sorumluluğu düzenlenmiştir. Bununla beraber TTK hükümlerine baktığımızda özel denetim konusu dışında kötüniyetle hareket eden pay sahiplerinin sorumluluğu iki farklı maddede düzenlenmiştir. Bunlardan ilki TTK md. 202'inci maddenin birinci ve ikinci fıkralarından öngörülen davaların kötüniyetle açılması halinde davalının uğradığı zararı tazmin edebileceğini öngören TTK md. 202/3 hükmüdür. Diğeri ise genel kurulun kararına karşı, kötüniyetle iptal veya butlan davası açıldığı takdirde, davacıların şirketin bu sebeple uğradığı zararlardan sorumlu olduğunu düzenleyen TTK md. 451 hükmüdür. Görüldüğü üzere TTK kötüniyetle dava açan kişilerin tazminatla sorumluluğunu düzenlediğinden, kötüniyetle mahkemeden özel denetim isteminde bulunan kişilerin de sorumluluğuna gidilebilir. TTK'da bu konuda açıkça bir düzenleme olmadığından genel hükümlere başvurulabilir. Buna göre kanuni haklarını kötüye kullanan azınlık pay sahipleri ile belli itibari değerde paya sahip pay sahiplerini MK. md. 2 uyarınca şirkete karşı sorumlu tutulabilir. Bununla birlikte TTK'daki yeni düzenleme ile mahkemeden özel denetim isteme koşulları çok katı bir şekilde düzenlendiğinden, uygulamada özel denetim isteminin hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi az karşılaşılabılır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 277). Buna rağmen kanuni haklarını kötüye kullandığı iddiası halinde bu pay sahiplerinin sorumluluğuna MK. md. 2 uyarınca gidebilme imkânı vardır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL DENETÇİNİN TAYİNİ VE SONUÇLARI

1. MAHKEMENİN ÖZEL DENETÇİ TAYİNİ

1.1. Genel Olarak

Hem genel kurulun olumlu kararı üzerine şirketin veya her bir pay sahibinin başvurusu, hem de genel kurulun olumsuz kararının ardından azınlığın veya belli itibari değerde paya sahip olan pay sahiplerinin başvurusu üzerine özel denetçi tayini mahkeme tarafından yapılır. Mahkeme özel denetçi atanması için gereken şartların varlığı halinde şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını verir (TTK md. 440/1). Mahkemenin kararı kesindir (TTK md. 440/2, c. 2). Mahkeme istem sahiplerinin dilekçeleri çerçevesinde özel denetçinin faaliyet alanını/konusunu belirler. Buna göre genel kurulun özel denetçi atanmasına ilişkin isteminin kabul edilmesine dayanarak mahkemeye başvurulması halinde, mahkeme genel kurula sunulan dilekçe çevresinde özel denetim konusunu belirler. Ancak genel kurulun reddi üzerine azınlık veya belli itibari değerde paya sahip olan pay sahiplerinin mahkemeye başvurusu varsa, mahkeme ikna edici bir şekilde ortaya konulan kurucuların veya şirket organlarının kanuna veya esas sözleşmeye aykırılığı ve bununla bağlantılı belirsiz durumlar çerçevesinde özel denetim konusunu belirler (Özkan, 1999: s. 41-42).

1.2. Özel Denetçinin Nitelikleri

eTTK'da özel denetçi seçilecek kişilerde bulunması gereken nitelikler hususunda kanunda açık bir düzenleme mevcut değildi. Bu nedenle öğreti bu boşluğu organ denetçilere ilişkin hükümlerin (eTTK md. 347-359) uygun olduğu ölçüde kıyasen uygulanarak doldurmaktaydı (Kavasoğlu, 1999: s. 104; Sivas, 1992: s. 56). TTK, eTTK'dan farklı olarak TTK md. 440/2'de özel denetçi seçilecek kişilerde bulunması gereken nitelikleri açıkça belirtilmiştir. Hükümde "*Mahkeme... bir veya*

birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir” şeklinde düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere özel denetçi “uzman” ve “bağımsız” olmakla birlikte, “bir veya birden fazla kişiden” oluşabilir¹³⁰.

İlk olarak özel denetçi seçilecek kişi alanında uzman olmalıdır. Burada aranılan uzmanlık alanı özel denetim talebinde bulunulan konu hakkındadır. Özel denetimin konusuna göre özel denetçiler yeminli mali müşavir, ticaret hukukunda uzman bir hukukçu, mühendis, gayrimenkul değerlendirme uzmanı, işletmeci, avukat veya akademisyenden oluşan bir grup olabilir (Pulaşlı, 2013: s. 496; Özkan, 1999: s. 41, dp. 69; Özdamar, 2014: s. 59; Güven, 2011: s. 157). Özel denetçinin en azından şirketin yönetimi, iktisat ve hukukun genel ilkeleri hakkında temel bilgilere sahip olması şarttır (Özkan, 1999: s. 29; Güven, 2011: s. 157). Özel denetçinin alanında uzman olmasının yanında istediği şeyleri kabul ettirme yeteneği olması da gerekmektedir (Narbay, 2007: s. 322)¹³¹.

İkinci olarak kanun koyucu özel denetçi seçilecek kişinin uzman olmasının yanında bağımsız olmasını aramaktadır. Bağımsız kelimesinin sözlük anlamı *“Davranışlarını, tutumunu, girişimlerini herhangi bir gücün etkisinde kalmadan düzenleyebilen, özgür, hür”* şeklindedir¹³². Özel denetçide aranan bağımsız olma şartı, bağımsız denetçide aranan bağımsız olma şartından daha ağırdır¹³³. Böylece özel denetimin yerine getirileceği şirketin çalışanı, pay sahibi, yönetim kurulu üyesi, halen görev yapan denetçisi özel denetçi olamayacağı gibi, özel denetçinin bu kişilere de bağımlı olmaması gerekmektedir (Pulaşlı, 2013: s. 496; Narbay, 2007: s.

¹³⁰ *Kendigelen*, hesap denetçisi açısından aranan koşulların, mahkeme tarafından atanacak olsa da benzer konumdaki özel denetçiler bakımından da aynen geçerli olması gerektiğini, buna ilişkin bir düzenleme olmamasını eleştirmiştir (Kendigelen, 2012: s. 297). Bilgili/ Demirkapı ise özel denetçinin inceleyeceği konuların her zaman şirketin finansal tabloları gibi konular olmadığını, özel denetçinin niteliğine bağlı olarak farklı uzmanlık alanına sahip kişilerin atanması gerekeceğinden hesap denetçilerine ilişkin sınırlandırmaların, özel denetçiler açısından kabul edilmemesi gerektiğini ifade etmiştir (Bilgili ve Demirkapı, 2013: s. 512).

¹³¹ Kanımızca özel denetçide “istediği şeyleri kabul ettirme yeteneği” aranmasındaki amaç özel denetimin amacına uygun şekilde yapılmasını sağlamak olabilir. Böylece özel denetçi özel denetim konusu hakkında raporunu hazırlarken istediği bilgi ve belgeye daha kolay ulaşabilecektir.

¹³² (<http://www.tdk.gov.tr>), (28.01.2015).

¹³³ Öğretide özel denetçide aranan bağımsız olma şartının en az anonim şirket denetçisinde aranan şartlar kadar olması gerektiği yönünde bkz. Pulaşlı, 2013: s. 496. Kanımızca özel denetçide aranması gereken şartlar daha da ağır olmalıdır; çünkü bağımsız denetçi muhasebe ilkeleri ve esasları ışığında mali tabloların gerçeği yansıtmadığı hususunda inceleme yapar. Oysa özel denetçinin inceleme konusu her ne kadar belirli konularla sınırlı olsa da inceleme yapabildiği alan bağımsız denetimden geniştir. Bu nedenle özel denetçide aranan bağımsız olma şartı, bağımsız denetçide aranan bağımsız olma şartından daha ağırdır.

322; Güven, 2011: s. 157). Aksi halde bağımsız bir özel denetçiden söz etmek mümkün değildir.

Son olarak mahkeme bir veya birden fazla özel denetçiyi görevlendirebilir. Mahkeme tek bir denetçinin raporu makul bir sürede bitiremeyeceği anlaşıldığı veya sadece bir denetçinin özel denetim konusu hakkında birden fazla alanla ilişkili olması hallerinde birden fazla özel denetçiyi görevlendirebilir (Narbay, 2007: s. 322; Özkan, 1999: s. 41). Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanununda da özel denetçilere ilişkin şartlar açıkça düzenlenmiştir. Buna göre özel denetçi muhasebe alanında yeterince eğitilmiş ve deneyimli, ayrıca bağımsız olmalıdır (Hopt, 2004: s. 400).

Özel denetçide bulunması gereken nitelikler hususunda üzerinde durulması gereken bir diğer husus tüzel kişinin özel denetçi olup olmayacağıdır. Kanunda bu konuda açık bir hüküm yoktur. Kanımızca tüzel kişi de özel denetçi olarak atanabilir¹³⁴. Tüzel kişi özel denetçiye TTK md. 400/1'de "...bağımsız denetim yapmak üzere, ...yetkilendirilen.... sermaye şirketi" kıyasen uygulanarak örnek verilebilir. Daha önce ifade ettiğimiz gibi denetim yapmak üzere görevlendirilen sermaye şirketi, özel denetim yapılacak şirkette denetçi olmaması şartıyla özel denetçi olabilir.

1.3. Özel Denetçi ile Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği

Mahkeme somut olayda gerekli şartların gerçekleştiğine karar vermesi halinde istem çerçevesinde özel denetçi atar. Özel denetçi görev teklifini açık veya örtülü kabul etmesi ile özel denetçi ile özel denetime konu olan anonim şirket arasında bir ilişki kurulur (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 355; Aday, 1995: s. 100; Kavasoglu, 1999: s. 110). Bu ilişkinin niteliğinin ne olduğu hususu uygulamada sıkça karşılaşılabilecek bir konudur.

6762 sayılı eTTK döneminde bu ilişkinin niteliği hususunda kanunda herhangi bir düzenleme mevcut değildi. Öğretide ise özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olduğu kabul edilmekle birlikte sözleşmenin niteliği hususunda farklı görüşler mevcuttur (Arslanlı, 1960: s. 249, dp. 199). *Domanıç*, şirket ile özel

¹³⁴ Aynı doğrultuda Pulaşlı, 2013: s. 496; Özkan, 1999: s. 29; Narbay, 2007: s. 322; Güven, 2011: s. 157.

denetçi arasındaki ilişkinin hizmet ilişkisi olduğunu ileri sürmüştür (Domaniç, 1988 (Şerh): s. 748). *Moroğlu*, genel kurulun icap niteliğindeki seçiminin özel denetçi tarafından kabulü ile şirket ile özel denetçi arasında hizmet veya vekâlet ilişkisi kurulacağını ifade etmiştir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 347)¹³⁵. *Poroy*, özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğunu; fakat özel denetçinin sonuç ortaya çıkarması beklendiğine göre şartlar uygunsa eser sözleşmesinin de düşünülebileceğini ifade etmiştir (Poroy vd, 2005: N. 642d). *Özkan* ise özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkinin hizmet ilişkisi olduğu görüşüne karşı çıkmıştır. Hizmet sözleşmesinde işveren ile işçi arasında daima bağımlılık söz konusu iken, özel denetçinin bağımsız olması gerektiğini ileri sürmüştür. Bu sebeple özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkinin saf bir vekâlet ilişkisi olmayıp, özel denetçinin şirket yetkililerinden inceleme konusu hususunda emir ve talimat almasını gerektirmeyecek (diğer bir deyişle bağımlılık unsuru olmayan) kendine özgü bir vekâlet ilişkisi mevcut olduğunu belirtmiştir. Burada vekâlet ilişkisinin anonim ortaklıklar hukukuna özgü düzenlendiğini ve bu kuralların temel olarak uygulanacağını, boşluk halinde ise Borçlar Kanunundaki vekâlete ilişkin özel hükümlerin uygulanacağını ifade etmiştir (Özkan, 1999: s. 29)¹³⁶. *Aday*, hukuki ilişkinin niteliği hususunu, özel denetçinin genel kurulca veya mahkeme tarafından görevlendirilmelerine göre ayrı ayrı incelemiştir. Özel denetçiyi genel kurulun ataması durumunda ilişkiyi herhangi bir sözleşme tipi içerisine sokmaya gerek olmadığını, özel denetçinin atipik bir iş görme edimini yüklediğini ifade etmiştir. Özel denetçi yapacağı inceleme sonucunda bir rapor hazırlaması, eser sözleşmesinde yüklenicinin borcuna benzetilebilirken, özel denetim konusunu inceleme esnasında görülen işte vekâlet edimine de benzetilebilir. Bu sebeple olayın özellikleri göz önüne alınarak eser veya vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile uygulanabileceğini ifade etmiştir. Özel denetçiyi mahkemenin ataması durumunda da genel kurulun ataması halinde ifade edilen ilişkinin burada da mevcut olduğunu belirtmiştir (Aday, 1995: s. 42-43).

¹³⁵ Yazar, mahkeme tarafından görevlendirilen özel denetçinin görevi kabul etmesi halinde ise, ilişkinin sözleşmesel bir ilişki olduğunu ifade etmekle birlikte ne tür bir sözleşme olduğu hususunda herhangi bir açıklama yapmamıştır (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 355).

¹³⁶ Aynı doğrultuda A. Çelik, 2006: s. 101. *Sivas* ise özel denetçinin görevini kendisine verilen görev sınırları dahilinde serbestçe yaptığından, ortaklıkça atanan özel denetçinin görevine ortaklığın; mahkeme tarafından atanan özel denetçinin görevine de mahkeme her zaman son verebildiğinden şirket ile özel denetçi arasında vekalet ilişkisi olduğunu ifade etmiştir (Sivas, 1992: s. 64).

TTK ile hem genel kurulun istemi kabul etmesi hem de reddetmesi hallerinde özel denetçi mahkeme tarafından atanır. Özel denetçinin görevi kabulü ile sözleşme ilişkisi kurulur. Kanımızca özel denetçinin kabul beyanı ile kurulan sözleşmeyi herhangi bir sözleşme çerçevesinde sınırlandırmak mümkün değildir. Özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliği eser¹³⁷ ve vekâlet sözleşmelerine¹³⁸ benzer yönleri bulunmakla birlikte birçok farklılıkları da vardır.

İlk olarak eser sözleşmesinde yüklenicinin eser meydana getirmeyi üstlenmesi, özel denetçinin yapacağı denetim sonucu özel denetim raporunu hazırlamayı üstlenmesi ile benzerlik gösterir¹³⁹. Ayrıca hem yüklenici, hem de ileride ayrıntıları ile göreceğimiz üzere özel denetçi ücret karşılığında eseri meydana getirirler (TBK md. 470)¹⁴⁰. Bununla beraber eser sözleşmesinde yüklenici kural olarak işi kendi yapmak veya kendi yönetimi altında yaptırmakla yükümlü iken, yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşımadığı durumlarda işi başkasına da yaptırabilir (TBK md. 471/3). Özel denetçide ise yukarıda belirttiğimiz üzere mahkeme belirli alanda uzman olması ve işi bizzat yapacak olmasından dolayı o alanda etkin bir kişiyi özel denetçi olarak seçmektedir. Eser sözleşmesinde yüklenicinin kişisel özelliklerinin önem taşıdığı durumlarda yüklenicinin bizzat kendisi işi yapması ile özel denetçinin özel denetim faaliyetini bizzat kendisi yerine getirmesi benzerlik gösterir. Ancak eser sözleşmesinde iş sahibi istediği bir yüklenici ile sözleşme yapma özgürlüğü var iken, özel denetçi mahkeme tarafından atanmakta olup, şirketin özel denetçinin seçiminde herhangi bir müdahalesi olmamaktadır (TTK md. 438-439).

Bununla beraber özel denetçinin belirli bir iş görme borcu altına girmesi, sır saklama yükümlülüğü olması vekâlet sözleşmesine benzerlik göstermesine rağmen vekilden ayrılan farklılıkları mevcuttur. Vekâlet sözleşmesinde vekil sadakat borcunun sonucu olarak iş görme borcunun ifası sırasında vekâlet verenin çıkarı doğrultusunda hareket eder (TBK md. 506/2). Özel denetimde ise özel denetçi

¹³⁷ Eser sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral ve Ayrancı, 2012: s. 313 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, 2013: s. 453 vd.; Yavuz, 2012: s. 435 vd..

¹³⁸ Vekalet sözleşmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aral ve Ayrancı, 2012: s. 387 vd.; Zevkliler ve Gökyayla, 2013: s. 589 vd.; Yavuz, 2012: s. 521 vd..

¹³⁹ Özel denetçinin üstlendiği özel denetim raporunun, eser sözleşmesindeki eser olarak nitelendirilemeyeceği karşı görüşü için bkz. Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 166.

¹⁴⁰ Özel denetçinin ücret hakkı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. “Üçüncü Bölüm 3. Özel Denetçinin Hak ve Yükümlülükleri, 3.1. Özel Denetçinin Hakları, 3.1.1. Özel Denetçinin Ücret Hakkı” başlığı altındaki açıklamalar.”

şirketten herhangi bir talimat almadan bağımsız şekilde özel denetim faaliyetini yerine getirmelidir. Vekil sözleşmede kararlaştırılması halinde veya teamül halinde istisnai olarak ücrete hak kazanır (TBK md. 502/3). Özel denetimde özel denetçi bir ücret karşılığında özel denetim faaliyetini yerine getirecektir. Bununla birlikte vekâlet sözleşmesinde vekâlet veren veya vekil her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak bir neden göstermeksizin sona erdirebilirken (TBK md. 512), özel denetimde ne mahkeme, ne şirket ne de özel denetçi tek taraflı olarak herhangi bir neden göstermeksizin özel denetçinin görevini sona erdirir. İleride ayrıntıları ile göreceğimiz üzere mahkeme sadece belirli şartların gerçekleşmesi halinde özel denetçinin görevine son verebilir¹⁴¹.

Görüldüğü üzere özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliği eser ve vekâlet sözleşmelerine benzemekle birlikte, birçok farklılıklar da mevcuttur. Kanunda düzenlenen bu sözleşme tiplerine tamamen uymadığından hukuki ilişkinin niteliği bu sözleşmelerden biri ile sınırlandırmak doğru bir yorum olmayacaktır. Bununla birlikte kanımızca özel denetçi ile anonim şirket arasındaki ilişkinin niteliği bir “isimsiz (atipik) iş görme sözleşmesidir”. Bu isimsiz iş görme sözleşmesi kanunda düzenlenmediğinden uygulanacak hükümler hususuna TBK md. 502/2’inci fıkrası cevap verecektir. TBK md. 502/2’ye göre “*Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanır.*”. Nihayet özel denetçi ile anonim şirket arasındaki ilişki isimsiz iş görme sözleşmesi olup, vekâlet sözleşmesi değildir. Vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümler ise doğrudan doğruya değil, nitelikleri uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır¹⁴².

2. ÖZEL DENETİMİN İCRASI

Mahkemenin özel denetçiyi görevlendirmesinin ardından özel denetçi görevlendirmeyi kabul etmesi halinde göreve başlar. Özel denetçinin çalışma esaslarına ilişkin hüküm “*Görev*” başlığı ile TTK md. 441’inci maddede

¹⁴¹Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. “Üçüncü Bölüm 6. Özel Denetçinin Görevinin Sona Ermesi” başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁴²Zevkliler ve Gökyayla, 2013: s. 594. Özel denetçi ile şirket arasındaki ilişkinin “*vekâlet benzeri bir hukuki ilişki*” olduğu hususundaki görüşü için bkz. Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 168; Güven, 2011: s. 158.

düzenlenmiştir¹⁴³. TTK md. 441/1'e göre özel denetimi “*amaca yararlı bir süre içinde*” ve “*şirket işleri gereksiz yere aksatılmadan*” yapmalıdır.

İlk olarak denetimin amaca yararlı bir süre içinde olmasını inceleyelim. Kanun koyucu özel denetçinin çalışma esaslarına ilişkin olarak raporunu amaca yararlı bir süre içinde hazırlaması gerektiği şeklinde düzenleme getirmiştir. “Yararlı süre” ibaresini ise gerekçede şu şekilde açıklamıştır: “*“Yararlı Süre” ibaresi açıklamayı gerektirmektedir. Çünkü, kastedilen makul süre değildir. Bu ibare (mehazda olduğu gibi) bilinçle kullanılmıştır. Özel denetim, pay sahipliği haklarının kullanılması ile bağlantılı olduğundan bu denetimin amaca yararlı olabilecek bir süre içinde bitirilmesi ve aynı süre içinde raporun verilmesi gerekir. Raporun gecikmesi kurumdan beklenen yararın ortadan kalkmasına sebep olabilir. Yararlı süre amaca uygun süre anlamına gelir*” (TTK md. 441/1'in Gerekçesi). Görüldüğü üzere kanun koyucunun makul süre yerine bilinçli olarak yararlı süre kavramını kullanmıştır.

Özel denetim pay sahipliği haklarının bilinçli bir şekilde kullanılması amacına hizmet ettiğinden, özel denetim raporunun en kısa zamanda hazırlanması bu açıdan ayrı bir öneme sahiptir (Özkan, 1999: s. 43). Öyle ki özel denetim raporu sonucunda pay sahibi oyunu bu rapor doğrultusunda kullanacak, gerekiyorsa yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidecek ve yahut şirketin haklı nedenle feshini talep edecektir. İşte bu haklarını kullanabilmesi için amacına yararlı bir süre içerisinde özel denetimin sonuçlandırılması gerekmektedir. Aksi halde raporun gecikmesi özel denetim müessesinde beklenen yararı ortadan kaldıracaktır (Pulaşlı, 2013: s. 499; Güven, 2011: s. 159).

Bununla birlikte öğretide de haklı olarak eleştirildiği üzere süre hususunda “amaca yararlı bir süre” şeklinde belirsiz (muğlâk) bir ifade kullanması uygulamada bir takım sorunlar ortaya çıkarabilir¹⁴⁴. Bu düzenleme ile amaca yararlı sürenin belirlenmesi özel denetçinin inisiyatifine bırakılmış olup, suiistimale açık bir düzenlemedir (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 244; Özdamar, 2014: s. 62). Bu nedenle mahkeme özel denetçiye özel denetimi yerine getirmesi için özel denetim

¹⁴³ Eriş'in “Görev” başlığının eksik bir başlık olduğu “Özel Denetçinin Görevi” şeklinde düzenlenmesinin daha uygun olacağı şeklindeki eleştirisi için bkz. Eriş, 2013: s. 2965.

¹⁴⁴ Öğretideki eleştiriler için bkz. Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 244; Eriş, 2013: s. 2965; Özdamar, 2014: s. 62.

isteminin konusuna göre belirli bir süre belirleyebilmelidir (Eriş, 2013: s. 2965; Pulaşlı, 2013: s. 499; Özkan, 1999: s. 43; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 170; Özdamar, 2014: s. 62; Güven, 2011: s. 159)¹⁴⁵. Bununla birlikte mahkemenin belirleyeceği süre hususunda HMK md. 274/1’de düzenlenen “*Bilirkişi raporunun hazırlanması için verilecek süre üç ayı geçemez. Bilirkişinin talebi üzerine, kendisini görevlendiren mahkeme gerekçesini göstererek, süreyi üç ayı geçmemek üzere uzatabilir.*” hükmünün kıyasen uygulanabileceği hususunda öğretide görüşler vardır (Eriş, 2013: s. 2965; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 170-171). Kanımızca hakimin özel denetim konusunun kapsamı çerçevesinde belirli bir süre tayin etmesi özel denetim kurumundan beklenen amaca daha iyi hizmet edecektir. Çünkü özel denetimin üç aydan daha kısa sürede tamamlanabileceği hallerde özel denetçi nasıl olsa üç aylık süresi olduğu için bu sürenin sonuna kadar bekleyerek, süreyi istismar edebilir. Bu gibi durumları engellemek amacıyla hakim, olayın özelliklerine göre belirli bir süre tayin etmelidir. Bu sürede özel denetim raporunun hazırlanamaması halinde haklı gerekçelerin olması kaydıyla hakim olayın niteliğini göz önüne alarak ek süre verebilir.

Özel denetim şirket işlerini gereksiz yere aksatmadan yapılması gerekmektedir. Şirket içerisinde üçüncü bir kişi olan özel denetçi tarafından yapılan denetim şirket faaliyetlerini aksatabilir, yöneticilerde huzursuzluğa yol açabilir (Özkan, 1999: s. 43). İşte kanun koyucu böyle bir durumu öngörerek denetimin şirket işlerini “gereksiz” yere aksatmaması gibi bir kriter getirmiştir. Diğer bir anlatımla kanun koyucu burada “çıkarlar dengesini” gözetmiştir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 172-173). Bir yandan özel denetçi belirli bir olayın aydınlatılması/açıklığa kavuşturulması amacıyla denetim faaliyetini yerine getirirken, diğer yandan bu denetim faaliyetinin ortaklığa bir yük olmaması, şirketin işleyişini aksatmaması gerekmektedir (TTK md. 441/1’in Gerekçesi). Bunun için özel denetçi denetim konusu çerçevesinde gerekli bilgi ve belgeleri uygun zamanda inceleyerek şirketin işleyişini gereksiz yere aksatmamış olacaktır (Güven, 2011: s. 159). Bununla beraber

¹⁴⁵ Moroğlu amaca yararlı bir süre içinde denetimin yapılması düzenlemesinin doğru bir yaklaşım olmadığını ileri sürerek maddenin şu şekilde değiştirilmesini önermiştir: “(1) Özel denetim, mahkemece belirlenecek olan amaca yararlı bir süre içinde ve şirket işleri gereksiz yere aksatılmadan yapılmalıdır.” (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 244). Öğretide özel denetim raporunun gelecek olağan genel kurul toplantısına kadar sunulması veya bir yıldan fazla sürmemesi şeklindeki görüşler için bkz. Özkan, 1999: s. 43; Güven, 2011: s. 159.

özel denetim konusunun aydınlatılması için şirket, özel denetçinin görevini yerine getirmesi için gerekli olduğu ölçüde ve takdirde özel denetime katlanmalıdır (Özkan, 1999: s. 43).

3. ÖZEL DENETÇİNİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

3.1. Özel Denetçinin Hakları

3.1.1. Özel Denetçinin Ücret Hakkı

Özel denetçi özel denetim faaliyetini yerine getirmesi karşılığında ücrete hak kazanır. Alanında uzman ve bağımsız özel denetçinin belli bir konuda anonim şirkette yaptığı denetimi ücretsiz yapması hayatın olağan akışına uymayacağından, kanımızca özel denetçinin ücret hakkı zorunludur¹⁴⁶. Bununla birlikte mahkeme özel denetçiyi atadığı kararda özel denetçinin ücretini de açıkça belirtmesi gerekir (Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 342; Aday,1995: s. 44; Sivas, 1992: s. 69; Kvasoğlu, 1999: s. 114). Kanımızca özel denetçinin özel denetim faaliyetini yerine getirmesi sonucu hak ettiği ücret, bilirkişi ücretinden fazla olmalıdır; çünkü bilirkişilik görevi kamu görevi olup, kamu hizmeti sunarken; özel denetçinin görevi kamu görevi olmadığından özel denetçinin bilirkişiden daha fazla ücret alması gerektiği kanaatindeyiz.

Özel denetçinin, özel denetimin yerine getirilmesinden doğan ücretinden kimin sorumlu olacağı hususunda ise TTK md. 444'üncü madde cevap verebilir. TTK md. 444'üncü madde ileride ayrıntıları ile göreceğimiz üzere yargılama giderlerinden kimin sorumlu olacağını düzenlemiştir¹⁴⁷. Bu konuda ileriki bölümlerde ayrıntılı bir şekilde açıklama yapılacağından burada TTK md. 444'üncü maddeye atıf yapılmakla yetiniyoruz.

3.1.2. Özel Denetçinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı

3.1.2.1. Genel Olarak

Özel denetim faaliyetinin yerine getirilmesi için bilgi alma ve inceleme hakkı özel denetçi için ayrı önem taşıyan bir haktır. Özel denetçi, denetim kapsamında

¹⁴⁶ Aynı doğrultuda Özdamar, 2014: s. 64; Güven, 2011: s. 157.

¹⁴⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. "Üçüncü Bölüm 5. Özel Denetime İlişkin Giderler" başlığı altındaki açıklamalar.

gerekli bilgi ve belgeler sayesinde özel denetim raporunu hazırlayacaktır. Böylece pay sahiplerin/azınlığın özel denetim kurumundan beklediği amaç da gerçekleşmiş bulunacaktır. İşte bu durumu göz önünde bulunduran kanun koyucu özel denetçinin bilgi alma ve inceleme hakkını iki ayrı madde de düzenlemiştir. TTK md. 441/3'de özel denetçinin bilgi alma hakkı düzenlenirken, TTK md. 441/2'de de inceleme hakkı düzenlenmiştir. Çalışmamızda bu iki hak ayrı başlıklar altında incelenecektir.

3.1.2.2. Özel Denetçinin Bilgi Alma Hakkı

3.1.2.2.1. Genel Olarak

TTK md. 441/3'de özel denetçinin bilgi alma hakkı *“Kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayyımlar ve tasfiye memurları önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür. Uyuşmazlık halinde kararı mahkeme verir. Mahkemenin kararı kesindir.”* şeklinde düzenlenmiştir.

İlk olarak kanun koyucu özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü kişileri kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayyımlar ve tasfiye memurları şeklinde saymış olup, bu sayımın sınırlı sayı ilkesi (*numerus clausus*) ile gösterilmediğini açıkça ifade etmiştir (TTK md. 441/3'ün Gerekçesi). Bilgi vermekle yükümlü kişi olan anonim şirket kurucuları daha önce de ayrıntıları ile incelediğimiz üzere TTK md. 337 gereği pay taahhüt ederek esas sözleşmeyi imzalayan gerçek ve tüzel kişiler ile bu işlemi üçüncü bir kişi hesabına yapan ve hesabına yapılan kişilerdir. Organlar ifadesi ise dar anlamda genel kurul (karar organı) ve yönetim kuruludur (yönetim ve temsil organı). Böylece TTK'da denetçiler, anonim şirket organı olmaktan çıkarıldığından denetçilerin özel denetçiye bilgi verme yükümü olmadığı gibi bir anlam çıkabilir¹⁴⁸. Bu nedenle organ ifadesini geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz¹⁴⁹.

Bununla birlikte TTK md. 437/2'nin gerekçesinde *“Denetçinin bağımsızlığı, yani şirketin dışında bulunması, bir görüş uyarınca şirketin organı olmaması*

¹⁴⁸ Denetçilerin anonim şirketin organı olmadığına ilişkin bkz. TTK Genel Gerekçesi 129 numaralı paragraf. Öğretide de aynı yönde görüş için bkz. Köksal, 2010: s. 1390 vd.; Özkorkut, 2013: s. 264 vd..

¹⁴⁹ Öğretide kural olarak pay sahiplerinin bilgi verme yükümü olmamakla birlikte doğrudan doğruya şirket işlerine müdahale ederek fiili organ gibi davranan pay sahibinin de şekli organa eş tutularak bilgi verme yükümünde olduğu ileri sürülmüştür (Özkan, 1999: s. 43-44; Pulaşlı, 2013: s. 498). Uygulamada fiili organların tespit edilmesi sorunu göz önüne alındığında, fiili organ gibi davranan pay sahibinden özel denetçinin bilgi istemesinin uygulanabilirliğinin zor olduğu kanısındayız.

(tartışmalı) onun bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez. Denetçinin bilgi verme yükümü yüklendiği görevden (işlevinden) doğar.” şeklinde ifade edildiği üzere denetçi yüklendiği görev sebebiyle özel denetçiye de bilgi vermekle yükümlü olduğu kanaatindeyiz (TTK md. 437/2'nin Gerekçesi)¹⁵⁰.

Bilgi verme yükümlülerinden vekil, şirket ile vekâlet ilişkisi içerisinde olan avukat veya eski özel denetçi gibi kişiler olabilir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 198). Diğer bir bilgi verme yükümlüsü kayyım ise şirkete kayyım olarak atanan kişi olup, kayyım sözcüğü yeddi emini ve benzer koruyucuları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanabilir (TTK md. 441/3'ün Gerekçesi). Son olarak şirketin tasfiye sürecine girmesi halinde ise genel kurul veya esas sözleşme ile atacak kişi olan tasfiye memuru da özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür.

3.1.2.2.2. Bilgi Alma Hakkının Sınırı

Özel denetçinin bilgi alma hakkı ilk olarak özel denetimin yapılacağı konu ile sınırlıdır (Karasu, 2005: s. 104; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s.199). Diğer bir anlatımla özel denetimle açıklığa kavuşturulması amaçlanan belirli olaylarla sınırlıdır. Bununla birlikte kanun koyucu TTK md. 441/3'de bilgi vermekle yükümlü kişilerin “*önemli olgular konusunda*” özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü olduğunu düzenleyerek, bilgi alma hakkının sınırını önemli olgular hususunda olması konusunda ayrıca sınırlandırmıştır. Böylece önemli olmayan olgular hususunda bilgi verme yükümlüleri bilgi vermekten kaçınabilirler.

Bununla birlikte TTK md. 369 gereği özen ve bağlılık hükümleri kapsamında sır saklama yükümü olması sebebiyle yönetim kurulu veya TTK md. 404 gereği denetçiler, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri sır saklamadan doğan sorumluluk sebebiyle bilgi vermekten kaçınıp kaçınmayacağı üzerinde durulması gereken bir husustur. Kanımızca bu kişilerin “sır saklama yükümlülüğü” paravanının arkasına saklanarak bilgi vermekten kaçınmaması gerekir¹⁵¹. Şöyle ki ileride ayrıntıları ile göreceğimiz üzere ilk olarak TTK md. 442/1 gereği özel denetçi şirket sırlarını koruyarak bir rapor hazırlamalıdır. Kanun koyucu özel denetçinin şirket sırlarını raporda açıklayabilme ihtimaline karşı TTK md.

¹⁵⁰ Aynı doğrultuda Pulaşlı, 2013: s. 497; Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 355; Özkan, 1999: s. 43.

¹⁵¹ Aynı doğrultuda Özkan, 1999: s. 44; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 203.

442/2’de ayrıca şirket sırlarını korucuyu (bir nevi emniyet kemeri konumunda) bir hüküm düzenlemiştir. Buna göre mahkeme özel denetçinin hazırladığı raporu şirkete tebliğ ederek, şirket sırları veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerinin rapor ile üçüncü kişilere sunulmaması hususunda şirkete istemde bulunma hakkı tanınmıştır. Bu sebeplerle bilgi verme yükümlülerinin şirket sırrının açığa çıkarılmasından doğan sorumluluk sebebiyle bilgi vermekten kaçınmaması gerekir.

3.1.2.3. Özel Denetçinin İnceleme Hakkı

Özel denetçinin inceleme hakkı TTK md. 441/2’de şöyle düzenlenmiştir. *“Yönetim kurulu, şirketin defterlerinin, yazışmaları dahil yazılarının, kasa, kıymetli evrak ve mallar başta olmak üzere, varlıklarının incelemesine izin verir.”*. Buna göre özel denetçi özel denetim konusu çerçevesinde *“şirket defterlerini”, “şirket yazılarını”* ve *“şirket varlıklarını”* inceleyebilir. İlk olarak şirket defterleri ibaresinden TTK’nın birinci kitabının beşinci kısmında 64 ila 88’inci maddelerinde düzenlenen tüm ticari defterler anlaşılmalıdır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 180). Şirket yazışmaları dahil olmak üzere tüm şirket yazılarını da özel denetçi özel denetim konusu çerçevesinde inceleme de bulunabilir. Şirket varlıkları ise kasa, kıymetli evrak ve mallar gibi varlıklardır. Kanun koyucunun *“...başta olmak üzere”* ifadesinden düzenlemede belirttiği varlıkların sınırlı sayıda olmadığı, bunun gibi diğer varlıkların da özel denetçinin inceleme hakkı kapsamına girdiği anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte özel denetçinin inceleme hakkını düzenleyen TTK md. 441/2’de *“Yönetim kurulu ...incelenmesine izin verir”* ibaresi üzerinde önemle durulması gereken bir husustur. Bu konuda *Moroğlu* mahkemenin özel denetçiyi ataması ardından artık yönetim kurulunun şirketin defter ve belgelerinin incelenmesi hususunda izin verilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Bununla beraber düzenlemede iznin hangi sürede verileceği de hükümde belirtilmediğinden izin konusu işin savsaklanmasına sebep olacağından TTK md. 441/2’nin kanun hükmünden çıkarılması gerektiği ileri sürmüştür (*Moroğlu*, 2012 (Değerlendirme): s. 244). Kanımızca bu tür anlam karmaşasına engel olmak amacıyla hüküm, *“Yönetim kurulu...varlıkların incelenmesine izin vermekle yükümlüdür”* şeklinde kaleme

alınmalıdır¹⁵². Bu şekilde düzenleninceye kadar hükmün yönetim kurulunun izin vermekle yükümlü olduğu şeklinde yorumlanmasının özel denetimin amacına hizmet etmesi bakımından uygun olacağı kanaatindeyiz. Yönetim kurulunun izin vermesi sözde verilen bir izin olmamalıdır. Yönetim kurulu özel denetçinin gerekli belge ve evrakları incelemesi için yardım edici bütün imkânları sağlaması ve inceleme yapmasına engel olan bütün tedbirleri alması gerekir. Örneğin özel denetçinin özel denetim konusu ile ilgili belgeleri bulup, incelemesine sunması için yönetim kurulu bir kişiyi görevlendirebilir.

Son olarak özel denetçinin inceleme hakkının sınırı konusunda kanunda herhangi bir açıklama yoktur. Kanunun lafzından ise özel denetçinin şirketin defterlerini, yazılarını ve bütün varlıklarını inceleyebileceği şeklinde bir anlam çıkmaktadır. Ancak özel denetim belirli olayların açıklığa kavuşturulması amacıyla yapıldığından, belirli olayları aydınlatmakla görevli özel denetçinin inceleme hakkının sınırı da özel denetim konusu ile sınırlı olacaktır. Özel denetim konusu dışındaki konularla ilgili belgeleri özel denetçinin inceleme hakkı bulunmamaktadır. Yönetim kurulunun da özel denetim konusu dışındaki bu belgeleri inceleme hususunda izin verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla beraber özel denetçinin özel denetim konusu dışında inceleme talebi hakkın kötüye kullanılması gerekçesine dayanarak reddedilebilir. İnceleme talebinin özel denetim konusu dışında olduğu ve hakkın kötüye kullanıldığını ispat yükü ise yönetim kuruluna aittir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 185-186).

3.1.2.4. İhtilaf Halinde Hakimin Rolü

TTK md. 441/3'de özel denetçinin bilgi alma hakkının ardından fıkranın ikinci cümlesinde “*Uyuşmazlık halinde kararı mahkeme verir. Mahkemenin kararı kesindir.*” şeklinde bir düzenleme vardır. Bu düzenleme ilk bakışta bilgi verme hususunda bir uyuşmazlık halinde uygulanacak bir hüküm şeklinde görünse de kanımızca bilgi alma ve inceleme hakkında uyuşmazlık olması halinde uygulanacak bir hüküm şeklinde yorumlanmasında fayda vardır. Aksi halde özel denetçinin inceleme hakkını kullanması sırasında uygulamada yönetim kurulunun ve diğer

¹⁵² Aynı doğrultuda Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 177.

yükümlülerin bir uyuşmazlık çıkarması ihtimalinde nasıl bir yol izleneceği hususunda bir belirsizlik oluşabilir.

Bu bilgiler ışığında inceleme veya bilgi alma sırasında şirkete sokulmama, defterlere ve diğer belgelere ulaşılmasının engellenmesi gibi ihtilaflar halinde özel denetçi, görevini yapabilmesi için mahkemeye başvurabilir. “İhtilaf” sözcüğü özel denetim konusunun sınırlarından doğan ihtilaf olarak anlaşılmayıp, özel denetçinin çalışmasına başka hallerde engel olunması hallerinde de mahkemeye başvurabileceği şeklinde geniş yorumlanmalıdır (TTK md. 441/3’ün Gerekçesi).

3.2. Özel Denetçinin Yükümlülükleri

3.2.1. Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğü

3.2.1.1. Genel Olarak

Özel denetçi özel denetim görevinin yerine getirilmesi sırasında şirket hakkında birtakım bilgi ve belgeler edinmektedir. Bu bilgilerden bazıları ise ortaklık için ayrı bir önem arz etmekte olup, şirket dışarısında üçüncü kişilerin hatta pay sahiplerinin bu bilgi ve belgeleri edinmesi ortaklığa zarar verebilmektedir. İşte bu sebeple kanun koyucu özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünü düzenlemiştir. Kanun koyucu “Görev” başlıklı TTK’nın 441’üncü maddesinin 5’inci fıkrasında özel denetçinin sır saklamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. TTK md. 442’de ise “*Özel denetçi, incelemenin sonucu hakkında, şirketin sırlarını da koruyarak, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir.*” şeklinde ifade ederek özel denetçinin “şirket sırlarını” korumakla yükümlü olduğunu ifade etmiştir. Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü özel denetçiyi düzenleyen TTK md. 441 ve 442’inci maddelerinde düzenlenmesinin yanı sıra ayrıca denetçilerin sır saklamadan doğan sorumluluğunu düzenleyen TTK md. 404/1’de de düzenlenmiştir. TTK md. 404/1’e göre “*Denetçi, özel denetçi,sır saklamakla yükümlüdür.*” şeklinde düzenlenmiştir¹⁵³. Görüldüğü üzere kanun koyucu özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünün varlığını üç farklı maddede düzenlemiştir. Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünü hususunun daha

¹⁵³ Narbay, özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünü TTK md. 404/1’de denetçiler ile yeniden düzenlemesini olağan denetçiler ile özel denetçileri paralel bir konuma koyduğunu eleştirerek, olağan denetçiler ile özel denetçilerin işlevlerinin ayrı olması sebebiyle TTK md. 404/1 hükmünden özel denetçi kavramının çıkarılması gerektiğini belirtmiştir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 211-212).

iyi anlaşılması amacıyla “sır”, “şirket sırrı” kavramları hakkında kısaca bilgi verilecektir.

3.2.1.2. Sır- Şirket Sırrı Kavramları

Sır kelimesinin sözlük anlamı “*Varlığı veya bazı yönleri açığa vurulmak istenmeyen, gizli kalan, gizli tutulan şey*”dir¹⁵⁴. Sır kavramının tanımı hususunda öğretilerde çeşitli görüşler olup¹⁵⁵, bu görüşler çerçevesinde sırrı şu şekilde tanımlayabiliriz: Gizli kalması sır sahibinin menfaatine olan herkesçe bilinmemesi arzu edilen ve bilinmeyen fikir, iş, görüş ve işlemlerdir (Aytaç, 1979: s. 184; Gürbüz Usluel, 2009: s. 10). Pozitif hukukta birçok sır türü olmakla birlikte konumuzla ilişkili olan “şirket sırrı” (F. Nomer, 1998: s. 124; Gürbüz Usluel, 2009: s. 52; Karasu, 2005: s. 88 vd.) kavramı ile beraber öğretilerde “ortaklık sırrı” (Aytaç, 1979: s. 187 vd.; Tekinalp vd, 2005, N. 1015; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 212; Kaya, 2001: s. 265) “ortaklığın ticari sırrı” (İmregün, 1989 (Anonim): s. 307) gibi kavramlarda kullanılmıştır. Çalışmamızda TTK’da yer alan “şirket sırrı” kavramını kullanılacaktır¹⁵⁶. Şirket sırrının tespitinde şirket menfaati göz önüne alınarak pay sahipleri veya üçüncü kişiler tarafından bilinmesi şirketin menfaatine aykırılık teşkil edecek bilgileri şirket sırrı kapsamında değerlendirebiliriz (F. Nomer, 1998: s. 125; Karasu, 2005: s. 89). Şirket sırrına örnek olarak “*şirketin mal ve üretim usulleri*”, “*finans tekniği*”, “*yatırım planları*”, “*özel olarak tasarlanmış bilgisayar programları*”, “*yapılmış ya da yapılacak olan sözleşmeler veya geleceğe dair projeler*” verilebilir (Tekinalp vd, 2005: N. 1015; F. Nomer, 1998: s. 125).

TTK ise şirket sırrı kavramı kanunda birçok yerde geçmesine rağmen herhangi bir tanıma yer vermemiştir. Tanım yapılmamasının sebebi de TTK md. 437/3’ün

¹⁵⁴ (<http://www.tdk.gov.tr>), (28.01.2015).

¹⁵⁵ Kaya, sırrı “..herkes tarafından bilinen veya görülebilir, idrak edilebilir olmayan ve açıklanması sırrın sahibi gerçek veya tüzel kişinin menfaatlerine zarar veren veya zarar verme tehlikesi olan husus, iş veya olay” şeklinde tanımlarken (Kaya, 2001: s. 263), Aytaç ise, “İşitmek, görmek veya sair suretlerle öğrenilen ve maddi varlığa sahip bulunmayan, gizli yani aleni olmayan veya mahdut şahıslar tarafından bilinen ve saklı tutulması lazım olan husustur” şeklinde tanımlamıştır (Aytaç, 1979: s. 183). Gürbüz Usluel de sırrı, “Gizli kalması sahibi veya sahiplerine menfaat sağlayan, bu nedenle sahibinin başkaları tarafından öğrenilmesini istemediğini, tek bir kişi ya da belli bir topluluğa ait her türlü iş, işlem ya da olaya ilişkin bilgidir.” şeklinde tanımlamıştır (Gürbüz Usluel, 2009: s. 7). Sırrı oluşturan unsurlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aytaç, 1979: s. 184-185; Gürbüz Usluel, 2009: s. 7- 12. TTK md. 404/1’in gerekçesinde “Sır ile denetleme faaliyeti sırasında öğrenilen bilgiler anlaşılır” şeklinde bir ifade vardır (TTK md. 404/1’in Gerekçesi). Kanımızca bu ifade yanlış bir ifade olup, denetleme faaliyeti sırasında öğrenilen her bilgi sır kapsamında değildir.

¹⁵⁶ TTK md. 437/3, md. 442/2 ve md. 613/1’de “şirket sırrı” ifadesi kullanılmıştır.

gerekçesinde dar ve geniş bir tanımlama yaparak uygulamayı dondurmama ve genişletmeme özeni olduğunu ifade edilmiştir (TTK md. 437/3'ün Gerekçesi). Gerekçe tanım yapmamakla birlikte şirket sırrının çerçevesinin belirlenmesi hususunda ipuçları vermiştir. Buna göre “*rakip şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği ‘bilgi’ ölçüsü*” şirket sırrının tespitinde kullanılabilir (TTK md. 437/3'ün Gerekçesi). TTK md. 442/1'in gerekçesinde ise “*müşteri ve tedarikçi firmaları listesi, maliyetler, fiyat oluşumları, patentler ve diğer fikri mülkiyet hakları ile ilgili bilgiler*” şirket sırlarına örnek olarak verilmiştir (TTK md. 442/1'in Gerekçesi). Bu çerçevede özel denetçinin özel denetim faaliyeti sırasında öğrendiği, sırrın sahibi/sahipleri dışında bilinmeyen ve kolaylıkla öğrenilemeyen, gizli tutulmasında şirketin menfaatine olan, ekonomik değer taşıyan her bilgi şirket sırrı kapsamındadır (Gürbüz Usluel, 2009: s. 29-43; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 215; Karasu, 2005: s. 89)¹⁵⁷.

3.2.1.3. Şirket Sırrını Saklama Yükümlülüğü

Şirket sırrını saklama yükümlülüğü, özel denetçinin özel denetimin yerine getirilmesi sırasında öğrendiği şirket sırrı niteliğindeki bilgileri sadece şirkete değil, hiç kimseye karşı açıklamama yükümlülüğüdür (TTK md. 441/5'in Gerekçesi). Özel denetçinin şirket sırlarını saklama yükümlülüğü kanunda açıkça düzenlendiği gibi (TTK md. 404/1, TTK md. 441/5, TTK md. 442/1), özel denetçi ile şirket arasındaki hukuki ilişkiden de bu yükümlülük tespit edilebilir. Daha önce ayrıntıları ile

¹⁵⁷ Bir önceki yasama döneminde tasarı iken kanunlaşmaması sebebiyle hükümsüz kalan, bunun üzerine yeniden Meclise sunulan “Ticari Sır, Banka Sırrı Ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarı”nın (Esas no.1/517) 2'inci maddesinin 1'inci fıkrasının a bendinde ticari sırrı şu şekilde tanımlamıştır: “*Ticari sır: Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri ifade eder.*” (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0483.pdf>), (25.02.2015). Ticari sır kavramı ile şirket sırrı kavramları farklı olup, kanımızca şirket sırrı kavramı, ticari sır kavramı altında ele alınmalıdır (Aynı doğrultuda Gürbüz Usluel, 2009: s. 54-55; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 217-218). Aksi görüş için bkz. Kaya, 2001: s. 266; Aytaç, 1979: s. 187-188. Bu nedenle özel denetçilerin elde ettiği hangi bilgilerin şirket sırrı olduğunun tespitinde ticari sırrın tanımından da yararlanılabilir (Ticari sır hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Turanboy, 2006: s. 349 vd.; Gürbüz Usluel, 2009: s. 16 vd.).

açıkladığımız üzere şirket ile özel denetçi arasındaki hukuki ilişki isimsiz (atipik) iş görme sözleşmesi olup, TBK md. 505/2 gereği kanunda düzenlenmeyen iş görme sözleşmelerine niteliklerine uygun düştüğü ölçüde vekâlet hükümleri uygulanır¹⁵⁸. Vekilin sadakat borcunu düzenleyen TBK md. 506/2'e göre "*Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.*". Böylece özel denetçi sadakat borcunun bir sonucu olarak da sır saklamakla yükümlüdür (Yavuz, 2012: s. 554; Kvasoğlu, 1999: s. 117). Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü ayrıca kişilik haklarının korunmasına da dayandırılabilir. Tüzel kişilerinde gerçek kişiler gibi kişilik hakları olup, TMK md. 23 ve 24 ekonomik özgürlüklerinin de korumasını sağlar. Şirketlerin de gerçek kişiler gibi korunmaya değer gizlilik alanları olup, bu alanların ihlali ekonomik özgürlüklerinin, diğer bir anlatımla kişilik haklarının ihlali anlamına gelir (Köksal, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 342-343). Bu kapsamda da özel denetçinin şirket sırrını saklama yükümlülüğü vardır.

Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğün süresi hususunda kanunda bir açıklama yoktur. Kanımızca özel denetçinin özel denetimin yerine getirilmesi sırasında elde ettiği şirket sırlarını saklama yükümlülüğü sadece özel denetim sırasında değil, özel denetimin sonuçlanmasından sonra da devam edecektir¹⁵⁹. Çünkü şirket sırlarının pay sahipleri veya üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesi şirketin menfaatlerine aykırılık teşkil edecekse, diğer bir anlatımla özel denetimin faaliyetinin sonuçlanması halinde de şirket sırrı olma niteliği devam etmesi halinde özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü söz konusu olacaktır. Bununla birlikte TBK md. 506/2'de düzenlenen sadakat borcunun bir sonucu olan sır saklama yükümlülüğünden olan vekil iş görme borcunun yerine getirilmesinden sonra da sır saklama yükümlülüğü olduğundan, özel denetçinin de denetimin sonuçlanmasından sonra da sır saklama yükümlülüğü devam eder (Zevkliler ve Gökyayla, 2013: s. 610; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 220). Özetle şirket sırrı olma özelliği devam ettiği sürece özel denetçi sonsuza kadar sır saklamakla yükümlüdür. Özel denetçinin bu yükümlülüğü süre ile sınırlandırılmayıp, hiçbir koşulda da sır açıklanamaz.

¹⁵⁸Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. "Üçüncü Bölüm 1. Mahkemenin Özel Denetçi Tayini 1.3. Özel Denetçi ile Şirket Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği" başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁵⁹ Aynı doğrultuda Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 220-221; Sivas, 1992: s. 70; Güven, 2011: s. 160.

3.2.1.4. İçerden Öğrenenlerin Ticareti (Insider Muameleleri)

Burada ilk olarak içerden öğrenenlerin ticareti (insider trading) kavramını kısaca açıklamakta fayda olacaktır¹⁶⁰. İlk olarak içerden öğrenen, halka açık anonim şirketteki görevi nedeni ile sermaye piyasası tarafından bilinmeyen şirketin hisse senedi fiyatlarını etkileyebilecek gizli bilgilere¹⁶¹ sahip olan ve bu bilgileri kendi veya üçüncü kişiler lehine kötüye kullanan kişidir (Aytaç, 1979: s. 207; Turanboy, 1988 (İnsider): s. 55; Tekinalp, 1981 (İçerden Öğrenenler): s. 310; Bakkalcı, 2007: s. 7). İçerden öğrenenlerin ticareti ise sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek nitelikte olan veya makul bir yatırımcı tarafından önemsenen ve henüz kamuya açıklanmamış sermaye piyasası araçlarına ilişkin gizli bilgilere konumları nedeniyle sahip olan kişilerin bilgileri kullanarak sermaye piyasasında muamele yapanlar arasında fırsat eşitliği bozacak şekilde kazanç sağlamaları veya zarardan kurtulmaları amacıyla yapılan işlemlerdir (Turanboy, 1988 (İnsider): s. 55; Tekinalp, 1981 (İçerden Öğrenenler): s. 310; Aytaç, 1979: s. 207; Köksal, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 351; F. Nomer, 1998: s. 127). Hukukumuzda içerden öğrenenlerin ticareti eSPK md. 47/1-A)1'de "*Sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek, henüz kamuya açıklanmamış bilgileri kendisine veya üçüncü kişilere menfaat sağlamak amacıyla kullanarak sermaye piyasasında işlem yapanlar arasındaki fırsat eşitliğini bozacak şekilde mameleki yarar sağlamak veya bir zararı bertaraf etmek, içerden öğrenenlerin ticaretidir.*" şeklinde düzenlenmişti. SPK'da ise içerden öğrenenlerin ticareti "*Bilgi Suiistimali*" olarak md. 106/1'de "*Doğrudan ya da dolaylı olarak sermaye piyasası araçları ya da ihraççılar hakkında, ilgili sermaye piyasası araçlarının fiyatlarını, değerlerini veya yatırımcıların kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ve henüz kamuya duyurulmamış bilgilere dayalı olarak ilgili sermaye piyasası araçları için alım ya da satım emri veren veya verdiği emri değiştiren veya iptal eden ve bu suretle kendisine veya bir başkasına menfaat temin eden.... kişiler...*" şeklinde düzenlemiştir. Maddede SPK'daki düzenleyişi ile bilgi suiistimalinde bulunan kişiler hakkında idari para cezası ve cezai yaptırım

¹⁶⁰ İçerden öğrenenlerin ticareti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Turanboy, 1988: 1 vd.; Tekinalp, 1981 (İçerden Öğrenenler): s. 310 vd.; Bakkalcı, 2007: s. 1 vd..

¹⁶¹ Gizli bilgilere sermaye artırım ve indirim ile ilgili önlemler, planlanan ortaklıklar arası birleşme ve katılmalar, önemli nitelikteki satış değişiklikleri, temerrüt oranının değiştirilmesi, tür değiştirme örnek olarak verilebilir (Aytaç, 1979: s. 207).

düzenlemiştir¹⁶². İçeriden öğrenenlerin ticareti yasaklanmasının diğer bir deyişe suç olarak sayılmasının sebebi sermaye piyasasına duyulan güveni sağlamaktır (Köksal, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 350; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 346).

İçerden öğrenenlerin ticareti yasağı da sır saklama yükümlülüğü içerisinde olup, bu konuda üzerinde önemle durulması gereken konu özel denetçinin içerden öğrenen olup olmadığıdır (Aytaç, 1979: s. 206; Sivas, 1992: s. 70). Öğretide eTTK açısından olağan denetçilerin içerden öğrenen olduğu kabul edilmekteydi (Turanboy, 1988 (İnsider): s. 96; Aytaç, 1979: s. 206; Köksal, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 349; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 346-347; Sivas, 1992: s. 70). Aynı doğrultuda eSPK md. 47/1-A)1 c. 2’de içerden öğrenenlerin ticareti yasağı suçunu işleyen kişiler arasında denetçiler açıkça sayılmıştı. SPK’da ise denetçiler açıkça sayılmayıp SPK md. 106/1- c’de iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler içerden öğrenen (bilgi suiistimaline bulunan) kişi olarak açıkça sayılmıştır. Bu doğrultuda özel denetçiler de özel denetim faaliyeti yerine getirilmesi sırasında özel denetçi sıfatından kaynaklı olarak şirket hakkında sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek nitelikte kamuya açıklanmamış gizli bilgilere sahip olabilirler. Ayrıca özel denetçiler her ne kadar sır saklamakla yükümlü olsalar da (TTK md. 441/5- 442/1) bu bilgileri kendilerine veya üçüncü kişilerin menfaatine kullanabilirler. Bu nedenle içerden öğrenenlerin ticareti yasağının özel denetçiler içinde geçerli olduğu kanaatindeyiz.

3.2.2. Özel Denetçinin Özen Yükümlülüğü

Özel denetçi ile şirket arasından isimsiz iş görme sözleşmesi olup, vekâlet sözleşmesi hükümleri niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağından TBK md. 506/2 gereği özel denetçinin özen yükümlülüğü olduğunu söyleyebiliriz. Buna göre özel denetçi denetimin yerine getirilmesi sırasında şirketin haklı menfaatlerini gözeterik özen göstermekle yükümlüdür. Özel denetçinin görevlerini yerine getirirken gösterecekleri özen konusunda TTK md. 404/1’deki düzenleme yardımcı olabilir. Hükme göre “... özel denetçi... denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde

¹⁶² SPK md. 106’da bilgi suiistimalinin failleri ise şu şekilde sayılmıştır: İhraççıların veya bunların bağlı veya hâkim ortaklıklarında pay sahibi olmaları nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, bu ortaklıkların yöneticileri, iş, meslek ve görevlerinin icrası nedeniyle bu bilgilere sahip olan kişiler, bu bilgileri suç işlemek suretiyle elde eden kişiler, sahip oldukları bilginin SPK md. 106/1’de belirtilen nitelikte bulunduğunu bilen veya ispat edilmesi hâlinde bilmesi gereken kişilerdir.

yapmak ve sır saklamakla yükümlüdür.”. Görüldüğü üzere özel denetçi denetimi dürüst ve tarafsız şekilde yapmakla yükümlüdür. Kanun koyucu dürüstlük ile “*mesleki etik dahil her türlü kurallara gönderme*” yapmıştır. Alman TK md. 323’te geçen “*gewissenhaft*” sözcüğün “*dürüst, vicdanlı, özenli, güvenilir*” anlamları olup, dürüst kelimesinin anlamı TMK md. 1 gereği yorumlamada bu anlamlar da dikkate alınmalıdır (TTK md. 404/1’in Gereçesi). Tarafsızlık ise özel denetçinin özel denetimin yerine getirilmesi sırasında anonim şirket ile şirketin pay sahipleri, çalışanları, iştirakleri ile hiçbir bağlantı ve ilişki içerisinde olmaması anlamındadır (Tekinalp, 2011 (Yeni Anonim ve Limited Ortaklık Hukuku): N. 17-13; Gürbüz Usluel, 2009: s. 130).

Özel denetçinin özen yükümü özel denetçinin bağımsız olması ve bu şekilde hareket etme yükümünü de ifade etmektedir. Bu hukuki çıkarım TTK md. 440/2’de özel denetçinin bağımsız uzman olması gerektiğini düzenleyen hükümden çıktığı gibi, bağımsız denetçinin ve yürürlükten kaldırılan işlem denetçisinin taşıması gereken niteliklerden de kıyas yoluyla çıkarılabilir¹⁶³. Böylece denetçinin özen borcu “*dürüst, tarafsız, bağımsız, dikkatli ve basiretli bir denetçi gibi hareket etme*” yükümlülüğünü ifade etmektedir (Çevik; 1988: s. 642; Sivas, 1992: s. 70; Kvasoğlu, 1999: s. 117).

3.2.3. Anonim Şirketinin Görüşünün Alınması Yükümlülüğü

Kanun koyucu TTK md. 441/4’de “*Özel denetçi, şirketin özel denetimin sonuçlarına ilişkin görüşünü alır.*” şeklinde düzenleme ile özel denetçiye anonim şirketin dinlenilmesi, görüşünün alınması hususunda yükümlülük getirmiştir. Her ne kadar kanunun lafzından “*görüşünü alır*” ifadesinden bunun bir yükümlülük olmadığını anlamı çıksa da, gerekçede açıkça belirtildiği üzere anonim şirketin görüşünün alınması bir yükümlülüktür¹⁶⁴. Bu yükümlülüğün yerine getirilme sebebi ise gerekçede yanlış anlaşılmalara ve yönlendirmeleri önlemek olduğu ifade edilmiştir (TTK md. 441/4’in Gereçesi).

¹⁶³ İşlem denetçisinin tarafsızlığı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürbüz Usluel, 2009: s. 130 vd..

¹⁶⁴ TTK md. 441/4’ün gerekçesinde “*Bu yükümlüğün dayanağı vekâlet sözleşmesinin vekâletin iyi bir şekilde ve özenle yerine getirilmesidir. Yükümlüğün yapılış şekli...*” şeklinde ifadesi ile açıkça yükümlülük olduğunu düzenlenmiştir.

Özel denetçinin anonim şirketin diğer bir anlatımla yönetim kurulunun görüşünün alınması özel denetçinin yaptığı incelemenin ardından gerçekleşmektedir (Özkan, 1999: s. 43). Buna göre özel denetçi belirlediği inceleme sonuçlarını şirketle görüşerek sonuçların, *inter alia*, “doğru olup olmadığını”, “yanlış anlaşılmalara dayanıp dayanmadıklarını”, “hatalı belirlemeler içerip içermediklerini” karşılıklı tartışarak şirketin bu konuda görüşünü alır (TTK md. 441/4’in Gerekçesi). Özel denetçi şirketin görüşünün alınması için raporun taslağını şirkete sunar. Burada şirketin raporun taslağı hakkında görüş vermesi özel denetim sürecini uzatmaması gerekir. Bunun için kanımızca şirkete rapor hakkında görüş vermesi için mahkeme tarafından uygun bir süre verilmesi gerekir. Bu süre içerisinde şirket rapor hakkındaki görüşünü vermezse anonim şirketin görüşü alınmış sayılmalıdır. Görüldüğü üzere özel denetçi raporun taslağı hakkında şirketin görüşünü almak zorundadır; ancak şirket görüş vermek zorunda değildir.

Bu konuda üzerinde önemle durulması gereken husus şirketin görüşünün alınmasının ardından özel denetçi takdir hakkına dayanarak incelemede vardığı sonuçlarını değiştirebileceğidir. Diğer bir anlatımla şirketin görüşünün alınması, sonuçlara şirketin müdahale edebileceği anlamına gelmeyip özel denetçi bu görüşün ardından sonuçların değiştirilip değiştirilmeyeceğine kendisi karar verecektir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 207).

Bununla birlikte özel denetçinin şirketin görüşünü alması hususunda yükümlülüğün yapılış şekli ve kapsamı ile ilgili olarak TTK md. 404/1’in kıyas yoluyla uygulanacağını ifade etmiştir (TTK md. 441/4’in Gerekçesi). Öğretide *Narbay*’ın haklı olarak eleştirdiği üzere yapılan yollama doğru değildir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 207-208). Şöyle ki TTK md. 404/1 denetçilerin, özel denetçilerin, bu kişilerin yardımcıları ile bağımsız denetleme kuruluşların denetleme yapması hususunda yardımcı olan temsilcilerin davranış yükümünden doğan sorumluluğunu düzenlemektedir (TTK md. 404/1’in Gerekçesi). Bu düzenleme ile özel denetçinin anonim şirketin görüşünü alması arasında bir ilişki olmadığından yerinde bir yollama olmadığı kanaatindeyiz.

Özel denetçinin şirketin görüşünü alması bir yükümlülük, diğer bir deyişle özel denetçi açısından şekli bir gerekliliktir. Bu şekli gerekliliğin yerine getirilmemesi

halinde nasıl bir sonuç ortaya çıkacağı hususu ise önem arz eder. Kanun koyucu bu konuda açık bir düzenleme yapmamıştır. Kanımızca özel denetçinin bu yükümlülüğü yerine getirmeden hazırladığı rapor nihai rapor olmayacaktır. Bu nedenle özel denetçinin özel denetim faaliyeti sonucunda hazırladığı raporu mahkemeye sunması halinde, mahkeme anonim şirketin görüşünün alınması yükümlülüğünü yerine getirmediğinden raporu özel denetçiye geri gönderecektir. Mahkeme bu durumda özel denetçiye anonim şirketin görüşü alınarak nihai raporun yazılması hususunda talimat vermesi gerektiği kanaatindeyiz.

4. ÖZEL DENETİM RAPORU

4.1. Genel Olarak

Belirli olayların açıklığa kavuşturulması amacıyla yapılan özel denetim faaliyetinde özel denetçi gerekli incelemelerinin sonuçları hakkında özel denetim raporu hazırlayacaktır. Özel denetim raporu hazırlanmasının ardından bu rapor nihai halini almadan önce belli prosedürlerden geçmesi gerekmektedir. Bu prosedürler kanunda iki ayrı maddede düzenlenmiştir. Biri “*Rapor*” üst başlığı ile TTK md. 442’de düzenlenirken; diğeri ise “*İşleme Konulma ve Açıklama*” üst başlığı ile TTK md. 443’de düzenlenmiştir. Bu maddeler kapsamında çalışmamızda bu prosedür dört ayrı başlık altında incelenecektir.

4.2. Özel Denetim Rapor Taslağının Hazırlanması ve Mahkemeye Sunulması

Özel denetçi kendisine verilen görev çerçevesinde yaptığı inceleme sonucunda şirketin sırlarını da koruyarak bir rapor hazırlar (TTK md. 442/1). Özel denetçinin hazırlayacağı raporda tespit ettiği her bilgiyi rapora koyamaz. Şöyle ki özel denetçi “*müşteri ve tedarikçi firmaları listesi, maliyetler, fiyat oluşumları, patentler ve diğer fikri mülkiyet hakları ile ilgili bilgiler*” gibi şirket sırlarının yanında “*projeler, yatırımlar, kurduğu, kurmakta olduğu ticari, sınai, finansal vs. ilişkiler gibi*” şirketin korunmaya değer menfaatleri gözeterek raporu hazırlaması gerekir (TTK md. 442/1’in Gerekçesi). Bu konuda akla ilk olarak özel denetçinin mutlak olarak şirket sırlarını ve şirketin korunmaya değer menfaatlerini raporda yazıp yazmayacağı hususu akla gelmektedir. Bu konuyu gözeten kanun koyucu maddenin gerekçesinde özel denetimin amacı ve konusu yönünden zorunlu olduğu ölçüde açıklanabileceği

hususunu belirterek bu konuya açıklık getirmiştir (TTK md. 442/1'in Gerekçesi). Diğer bir anlatımla bu konuda takdir hakkı özel denetçide olup özel denetimin amacı ve konusu açısından açıklanmasının zorunlu olduğu takdirine varması halinde şirket sırlarını ve şirketin korunmaya değer menfaatlerini raporda açıklayabilir.

Özel denetçinin hazırlayacağı rapor nihai bir metin olmayıp, taslak niteliğindedir. Bu raporun taslak olduğu TTK md. 442'inci maddeden anlaşılmaktadır. Şöyle ki özel denetçinin hazırladığı raporun mahkeme tarafından ayıklama işlemi yapılması için şirkete sunulmasından, hazırlanan raporun taslak metin olduğu açıkça anlaşılmaktadır. TTK md. 442/1 gereği rapor ayrıntılı olmak zorundadır. Bununla birlikte raporun dilekçe sahiplerinin özel denetim konusu hakkında bizzat kanaate varmasını sağlayacak şekilde eksiksiz, objektif, delillere dayalı, gerekçeli tam ve açık (net) olması gerekir (Pulaşlı, 2013: s. 500; Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 355; Özkan, 1999: s. 44; Şener, 2012: s. 502). Özel denetim incelenen olayların değerlendirilmesi olmayıp, aydınlatılması istenen olayların "fotoğrafının çekilmesi"dir (Özdamar, 2014: s. 63)¹⁶⁵. Aydınlatılması istenen olayın fotoğrafı çekilirken hukuki sorunların saptanıp analiz edilmesi, açıklanması, şirketin içerisinde bulunduğu mali ve idari durum hakkında analiz yaparak önerilerde bulunması, hüküm vermesi veya genel kurula, yönetime ve denetçilere tavsiyede bulunması mümkün değildir (Pulaşlı, 2013: s. 501; Özdamar, 2014: s.63; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 237).

Kanun koyucu raporun ayrıntılı ve şirket sırlarını koruması gibi ölçütler koyarak raporun nasıl hazırlanması gerektiği hususunda düzenleme yaparken, raporun yazılı mı yoksa sözlü mü olup olmayacağı hususunda bir açıklama yapmamıştır. Bununla beraber özel denetim raporunu düzenleyen TTK md. 442 ve 443'üncü maddelerine bakıldığında raporun yazılı olması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁶⁶. Özellikle TTK md. 443/2'de "*Her pay sahibi, genel kurul toplantısını izleyen bir yıllık süre içinde şirketten raporun ve yönetim kurulunun görüşünün bir suretinin verilmesini isteyebilir*" şeklindeki düzenlenmesindeki "*suret*" ibaresinden raporun yazılı olması gerektiği açıkça anlaşılmaktadır.

¹⁶⁵ Pulaşlı raporun "algıya dayalı bir çalışma (kognitive arbeit)" olduğunu belirtmiştir (Pulaşlı, 2013: s. 500-501).

¹⁶⁶ Aynı doğrultuda Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 231; Moroğlu, 1976 (Özel Denetçi): s. 355.

Son olarak mahkeme özel denetim faaliyetinin yerine getirilmesi amacıyla birden fazla özel denetçi atayabilir. Bu durumda özel denetçiler arasında görüş aykırılıkları olması halinde ayrı ayrı rapor hazırlayabilecekleri gibi, bir veya birkaç denetçinin karşı oy yazma suretiyle imzalayarak oybirliği ile birlikte bir rapor da hazırlayabilirler; ancak raporun birlikte veya ayrı ayrı yazıldığı raporda açıkça belirtilmesi gerekir¹⁶⁷. Bunun belirtilmesi özellikle özel denetçinin sorumluluğu hususunda önem arz edecektir. Böylece yukarıda bahsedildiği doğrultuda hazırlanan rapor taslağı mahkemeye sunulur.

4.3. Özel Denetim Rapor Taslağının Şirkete Tebliğ ve Şirketin Müdahalesi

Özel denetçi tarafından hazırlanan rapor taslağının mahkemeye tebliğinin ardından mahkeme şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğratıp uğratmayacağına ilişkin şirketin istemlerini sunması üzerine rapor taslağını şirkete tebliğ eder¹⁶⁸. Bu aşamada şirketin diğer bir anlatımla yönetim kurulunun özel denetçinin raporuna iki sebebe dayanarak müdahale etme imkânı vardır. Yönetim kurulu raporun açıklanmasının “*şirket sırlarını*” veya “*şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini*” zarara uğratacağı sebeplerine dayanarak rapora müdahale edebilir. Yönetim kurulunun rapora yaptığı müdahale mutlak bir müdahale değildir. Diğer bir deyişle şirket rapordaki itirazları ileri sürmesine rağmen nihai kararı verecek olan merci mahkemedir¹⁶⁹.

Mahkeme şirketin itirazları karşısında rapor taslağında “bir ayıklama (temizleme) işlemini” özel denetçiye yaptıracaktır (TTK md. 442/1’in Gerekçesi). Mahkeme şirketin itirazları karşısında doğrudan ayıklama işlemi yapmadan, önce raporun açıklanmasının şirket sırlarını ve şirketin korunmaya değer diğer menfaatleri ile pay sahibinin özel denetimden beklediği çıkarları doğrultusunda kararını verir. Böylece mahkeme menfaatler dengesini sağlayan bir karar verecektir. Aksi halde özel denetim kurumu özel denetçinin raporu hemen yazıp verilmesi sonucu şirketin

¹⁶⁷ Domaniç, 1988 (Şerh): s. 754; Aday, 1995: s. 44; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 232.

¹⁶⁸ Kendigelen, şirket sırlarının korunması amacıyla itirazlarını sunması üzerine raporun şirkete tebliği amaca uygun gözükmeyle birlikte, ülkemizdeki yargılamanın mevcut işleyişi göz önüne alındığında amacın gerçekleşmesinin uzun zaman alacağı hususundaki eleştirisi için bkz. Kendigelen, 2012: s. 344.

¹⁶⁹ Söz konusu mahkeme özel denetçiyi atayan mahkemedir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 239).

ve özel denetim talebi sahiplerinin bir sürpriz veya oldubitti ile karşılaşmalarına müsait olmayan bir kurumdur (TTK md. 442/1'in Gerekçesi).

Bununla birlikte mahkeme, raporun açıklanması halinde şirketin şirket sırları ve şirketin korunmaya değer menfaatlerini zarara uğratacağına ilişkin itirazlarını yerinde görmesine rağmen bazı hallerde sırların gizli kalmasına üstünlük tanımayabilir. Örneğin, sırrın açıklanması özel denetimin konusunun aydınlatılması açısından vazgeçilmez ise veya raporun anlaşılabilirliği için kaçınılmaz olması halinde şirketin itirazlarına rağmen mahkeme ayıklama işlemi yapmayabilir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 240-241).

Mahkemenin rapor taslağına itirazlarını sunması hususunda şirkete göndermesi sırasında taslağın özel denetim talebinde bulunan başvuru sahipleri ile paylaşılması ilk aşamada şirket sırlarının korunması açısından yerinde olacaktır. Bununla birlikte raporun mahkemece şirkete tebliğ edilmesi sırasında özel denetim talebinde bulunan davacıların veya üçüncü kişilerin rapora erişebilme imkânları olabilir. Özellikle raporun şirkete UYAP kanalı ile gönderilmesi halinde davacı veya davalının avukatları rapora kolaylıkla erişebileceklerdir (Özdamar, 2014: s. 63-64). Böylece şirket sırlarının korunması amacıyla raporun şirkete tebliğ edilmesinin bir anlamı olmayacaktır. Bu nedenle raporun mahkemeye tebliği ve mahkemenin raporu şirkete tebliği sırasında davacıların veya üçüncü kişilerin rapora erişmemeleri hususu ayrı bir önem arz etmektedir. Bu konuda gerekli tedbirleri mahkeme ve özel denetçinin alması gerekmektedir.

Yukarıda anlatılan bilgiler ışığında mahkeme şirketin itirazları üzerine raporda yapılacak ayıklama işlemleri hususunda kararını verir. Böylece özel denetçi de mahkemenin ayıklama talimatı çerçevesinde raporu gözden geçirecektir.

4.4. İlgililerin Değerlendirme Yapma ve Tamamlayıcı Soru Sorma İmkânı

Mahkeme TTK md. 442/3 gereği şirkete ve istem sahiplerine ayıklanmış rapor taslağı hususunda değerlendirme yapma ve tamamlayıcı soru sorma imkânı tanımaktadır. Bunun üzerine mahkeme özel denetçiye tamamlayıcı sorular sorulması ve değerlendirme yapılması için ayıklanmış rapor taslağını şirkete ve istem sahiplerine gönderir. Mahkeme yönetim kurulu ve özel denetim talebinde bulunan

dilekçe sahiplerine değerlendirme yapmaları ve soru sormaları hususunda uygun bir süre tanınmalıdır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 245). Bu süre içerisinde ilgililer tamamlayıcı nitelikteki sorularını veya görüşlerini yazılı olarak özel denetçiye iletebilirler (Pulaşlı, 2013: s. 500). Soruları özel denetimin konusu çerçevesinde ve özel denetçinin inceleme yetkisi kapsamında olmalıdır. Denetim konusu veya inceleme yetkisi kapsamında olup olmadığına ilişkin uyuşmazlık halinde mahkeme karar verecektir (Güven, 2011: s. 162). Bunun üzerine özel denetçi raporda sorulan soruların cevaplamasının ardından rapora nihai şeklini verecektir.

Gerekçede ayıklanmış rapor taslağı hakkında ilgililere değerlendirme yapma ve ek sorular sorma imkânının getirilmesi ile amaca hizmet eden ve şirkete zarar veremeyecek bir rapor hazırlanması istendiğı belirtilmiştir (TTK md. 442/3'ün Gerekçesi). Bununla birlikte ayıklanmış raporun yeniden ilgililere verilerek soru sorma ve değerlendirme yapma imkânı verilmesinin özel denetim sürecini uzatacağı gerçeğini göz önünde bulundurmak gerekir. Bu nedenle en azından raporun sadece başvuru sahiplerine verilmesi daha uygun olacaktır. Daha önceden özel denetim raporunu şirket gördüğünden tekrar tekrar şirkete raporun gönderilmesinin özel denetim sürecini uzatacağı kanaatindeyiz.

4.5. Özel Denetçinin Nihai Raporunun Açıklanması ve İşleme Konulması

İlgililerin değerlendirmeleri ve soruların cevaplanması ile birlikte özel denetçi tarafından hazırlanan nihai rapor mahkemeye sunulur. Mahkeme raporun nihai halini şirkete gönderir. Bunun üzerine TTK md. 443 gereğı yönetim kurulu nihai raporu ve buna ilişkin değerlendirmeleri ilk genel kurula sunar. Raporun ilk genel kurula sunulması ile birlikte pay sahipleri şirket idaresi hakkında aydınlatılması istenilen konular hakkında bilgi sahibi olacaktır. Özel denetim raporunun sadece özel denetim isteminde bulunan pay sahiplerine verilmesi halinde, pay sahiplerinin özel denetim konusu hakkında aydınlatılamaması sonucunu doğurarak özel denetimden beklenen faydaya hizmet etmeyecektir (Güven, 2011: s. 162). İşte bu sebeple kanun koyucu tüm pay sahiplerinin bilgilendirilmesi amacıyla raporun ilk genel kurulda sunulacağını düzenlemiştir.

Yönetim kurulu raporun şirkete sunulmasından itibaren gelecek ilk olağan genel kurul toplantısında raporu sunabileceğı gibi, gerekli görmesi halinde olağan

üstü genel kurul toplantısında da raporu sunabilir. Diğer bir anlatımla yönetim kurulun genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırma yükümlülüğü yoktur (TTK md. 443'ün Gereğesi). Bununla beraber yönetim kurulu genel kurulu olağanüstü toplantıya çağırmaya gerek görmemesi halinde TTK md. 439/1'de düzenlenen azınlık¹⁷⁰ TTK md. 411'inci maddede düzenlenen genel kurulu toplantıya çağırma hakkını kullanabilir (TTK md. 443'ün Gereğesi; Pulaşlı, 2013: s. 501; Özkan, 1999: s. 45; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 252)¹⁷¹. Azınlığın genel kurulu toplantıya çağırma hakkı özellikle ilk genel kurul toplantısına uzun bir süre olması halinde ayrı bir önem taşır. Bunun üzerine azınlık pay veya pay senetleri sahipleri veya temsilcileri tarafından imzalanmış çağrı isteminin gerektirici sebepleri ve gündemi belirten yazılı bir beyan ile istemi yönetim kuruluna yöneltilmesi gerekir (Çamoğlu vd, 2014 (Ortaklık): N. 677c; Can, 2014: s. 86; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 252). Azınlığın genel kurulu çağrı istemi noter aracılığıyla yapılır (TTK md. 411/3). Yönetim kurulu istemi kabul ederse, 7 işgünü içerisinde noter aracılığıyla istemi kabul ettiğini bildirmelidir (Çamoğlu vd, 2014 (Ortaklık): N. 677c-677d; Can, 2014: s. 87). Bu halde yönetim kurulunun istemi kabul tarihinden itibaren 45 gün içerisinde genel kurulu toplantıya çağırması gerekir (TTK md. 411/4'ün Gereğesi). Bu süre içerisinde yönetim kurulu genel kurulu toplantıya çağırmasa genel kurul çağrısı azınlık tarafından yapılacaktır (TTK md. 411/4). Yönetim kurulunun 7 işgünü içerisinde reddetmesi veya olumlu bir cevap vermemesi halinde azınlık şirket merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesinden genel kurulun toplantıya çağırılması isteminde bulunabilir (TTK md. 412). Azınlığın genel kurulun toplantıya çağırılması istemini mahkeme gerek görmesi halinde toplantı çağrısı yapması için bir kayyım atayacaktır. Böylece azınlığın istemi ile genel kurul toplanacak ve yönetim kurulu özel denetim raporunu genel kurula sunacaktır. Bununla beraber TTK md. 411/1 gereği esas sözleşme ile çağrı hakkı daha az sayıda pay sahiplerine tanınmaması halinde azınlık statüsünde olmayıp paylarının itibari değeri toplamı en az birmilyon Türk Lirası olan pay sahipleri çağrıda bulunamayacaklardır.

¹⁷⁰ Pulaşlı, TTK md. 439'da sadece esas sermayenin %10'na sahip pay sahipleri ifade edilmesine rağmen, halka açık anonim şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin %5'ine sahip olan pay sahiplerine de bu hakkın tanınması gerektiği ileri sürmüştür (Pulaşlı, 2013: s. 501, dp. 471).

¹⁷¹ Azınlığın genel kurulu toplantıya çağırma hakkı hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Can, 2014: s. 75 vd..

Yönetim kurulu özel denetim raporunu sunmasının ardından rapor genel kurulda görüşülür ve müzakere edilir: fakat rapor hakkında bir karar alınması söz konusu değildir (Özkan, 1999: s. 46; Pulaşlı, 2013: s. 501-502). Genel kurul toplantısının ardından her pay sahibi TTK md. 443 gereği genel kurul toplantısını izleyen 1 yıllık süre zarfında özel denetim raporunun ve yönetim kurulunun görüşünün bir suretini talep edebilir. Böylece genel kurula katılmamış pay sahipleri de rapor hakkında bilgilendirilmiş olacaktır.

Kanun koyucu TTK md. 443/2’de her pay sahibinin şirket raporu ile birlikte ayrıca yönetim kurulunun görüşünün bir suretini isteyebileceğini düzenlemiştir. Hükmün lafzından nihai raporun şirkete sunulmasının ardından yönetim kurulunun nihai rapor hakkında bir görüş yazması gibi zorunluluğu olduğu anlamı çıkmaktadır. Öğretide yönetim kurulunun görüşünün bir suretinin istenebilmesi hükmünün mehz kanun İsv. BK md. 697f/2’de raporun ve rapora ilişkin değerlendirmelerinin bir suretinin istenebileceği şeklinde düzenlendiği, mehz kanundaki “değerlendirmeler” ifadesi yerine “yönetim kurulunun görüşünün” istenebilmesinin çeviri hatası olduğu ileri sürülmüştür (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 258). Kanımızca bu bir çeviri hatası olmayıp, rapor hakkındaki görüşlerin yazılması yönetim kurulu açısından bir zorunluluk olabilir. Özel denetimin özellikle yönetimin denetlenmesi amacıyla yapıldığı düşünüldüğünde, yönetim kurulunun rapor hakkındaki görüşleri, raporda belirtilen durumlar hakkında bir savunma niteliğinde olabilir.

Bununla beraber kanun koyucu raporun suretinin talep edilmesi süresini neden 1 yıl ile sınırladığı hususunda bir açıklama yapmamıştır. Kanımızca bu gelecekte doğması ihtimali olan birden fazla istemi sınırlandırmak amacıyla yapılmış olabilir (Eriş, 2013: s. 2969).

Kanunda açıkça her pay sahibinin raporun suretini talep etme hakkı olduğu düzenlenmiştir. Böylece özel denetçinin hazırladığı rapordan sadece azınlık değil, bütün hak sahiplerinin kullanabileceği bireysel bir ortaklık hakkı tanınmıştır (Şener, 2012: s. 503). Bununla beraber şirket alacaklılarının ve işçilerinin raporu inceleme hakları yoktur; çünkü özel denetim kurumu pay sahiplerinin pay sahipliği haklarının kullanabilmesi amacına hizmet etmektedir (Özkan,1999: s. 46; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 259; Güven, 2011: s. 162-163). Diğer bir anlatımla özel denetim

kurumu alacaklıların veya işçilerin değil, pay sahiplerinin menfaatine hizmet ettiğinden, bu kişilerin raporu inceleme hakları yoktur.

4.6. Özel Denetim Raporunun Hukuki Niteliği

Pay sahiplerinin belirli konularda aydınlatılmasını sağlayan özel denetim raporunun hukuki niteliği belirlenmesi gerekir. Özellikle kanuna veya esas sözleşmeye ihlalleri sebebiyle kurucuların, yönetim kurulunun veya denetçilerin aleyhine sorumluluk davası açılmasında veya bu ihlallere dayanarak şirketin haklı sebeple feshini talep etmede özel denetim raporunun hukuki niteliği ayrı bir önem taşır. İlk olarak özel denetimi düzenleyen maddelerde herhangi bir düzenleme yoktur. Bununla beraber TTK md. 443'ün gerekçesinde raporun bir yönlendirme, mütalaa, başvuru ve bilgi alma kaynağı olduğu, diğer bir anlatımla bağlayıcı olmadığını düzenlenmiştir (TTK md. 443'ün Gerekçesi). Öğretide ise çoğunlukla raporun en çok bir bilirkişi raporu veya delil tespiti seviyesinde bir belge olduğunu, şirketin, azınlığın veya ortakların bu rapordan faydalanmakla birlikte bu rapora bağlı olmadıklarını ileri sürülmüştür. Diğer bir anlatımla raporun daha sonra açılacak sorumluluk davalarında bir fikir vererek takdiri delil niteliğinde olduğu belirtilmiştir (Domaniç, 1978: s. 714) ¹⁷².

Kanımızca özel denetim raporu daha önceden de ayrıntıları ile incelediğimiz üzere bilirkişi raporu niteliğinde değildir¹⁷³. Bununla birlikte özel denetim raporu HMK md. 199'da düzenlendiği gibi belge niteliğindedir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 265). HMK md. 199'a göre "*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir*". Özel denetim raporu daha sonra açılacak davalara dayanak teşkil ederek, bağlayıcı olmamakla birlikte hakim dikkate alması gereken deliller arasında yer alan bir belgedir (Eriş, 2013: s. 2968; Özdamar, 2014: s. 63).

¹⁷² Aynı doğrultuda A. Çelik, 2006: s. 107; Sivas, 1992: s. 79-80; Kvasoğlu, 1999: s. 122. Benzer şekilde *Çevik*, raporun kanuni bir delil niteliği taşımadığını, bir bilirkişi raporu niteliğinde olduğunu ifade etmiştir (Çevik, 1988: s. 634).

¹⁷³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. "Birinci Bölüm 2. Türk Ticaret Kanunu'nun Özel Denetim İsteme Hakkı Düzenlemesi 2.4. Özel Denetim Sisteminin Benzer Sistemlerden Farkı 2.4.3. Bilirkişi" başlığı altındaki açıklamalar.

5. ÖZEL DENETİME İLİŞKİN GİDERLER

Özel denetçinin mahkeme tarafından atanması ile birlikte özel denetçinin ücreti ve özel denetim sırasında yapılan masrafların karşılanması sorunu ortaya çıkacaktır. Özel denetimden kaynaklanan giderlerin kimin tarafından karşılanacağı sorunu ayrı bir önem arz etmektedir. Şöyle ki özellikle özel denetim talebinde bulunan küçük pay sahiplerinin bu tür masrafları ödeme gücü olmayabilir. Bunun sonucunda da masrafları ödeyememe veya giderleri kendi ödemek zorunda kalma çekincesi karşısında özel denetim kurumuna başvurmaktan vazgeçebilir. Özellikle anonim şirket sermaye bakımından büyüklüğü doğrultusunda geniş bir coğrafi alana yayılabilir. Bu şirketin denetimi sırasında farklı işletmelere gidilmek zorunda olunması sebebiyle masraflar artabilir (Özdamar, 2014: s. 64-65). Bütün bunları göz önünde bulunduran kanun koyucu TTK md. 444’de “*Giderler*” başlığı altında özel denetime ilişkin giderlerden kimin sorumlu olacağını düzenlemiştir. Öğretide TTK md. 444’ün (dolayısıyla İsv. BK md. 697g’nin) özel denetimin yürütülmesi ile ilgili giderleri düzenlediğini, özel denetçinin atanmasına ilişkin yargılama giderlerine HMK hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir (Narbay, 2010 (Özel Denetçi): s. 269-270; Özkan, 1999: s. 47). Ancak TTK md.444’ün gerekçesinde “*Bu madde, özel denetçi isteminde önemli bir sorunu çözmekte ve yargılama giderlerinin avans olarak şirket tarafından ödenmesine ilişkin bir hükme yer vermiş bulunmaktadır.*” ifadesinden hükmün özel denetimin yürütülmesi ile ilgili giderlerle birlikte yargılama giderlerini de kapsadığı kanaatindeyiz.

Kanun koyucu giderlerin kime ait olacağı hususunda ikili bir ayrıma gitmiştir. İlk ayrımda TTK md. 444/2’de pay sahibinin genel kurul sırasında özel denetim isteminde bulunması ve genel kurulun bu istemi kabul etmesi halinde giderlerden kimin sorumlu olacağını düzenlemiştir. Buna göre genel kurulun istemi kabul etmesi halinde özel denetim giderlerinde şirket sorumlu olacaktır. Diğer bir ayırım ise TTK md. 444/1’de genel kurulun istemi kabul etmemesi ve azınlığın veya belli bir itibari değerde paya sahip pay sahiplerinin mahkemeden özel denetim isteminde bulunması ve mahkemenin istemi kabul etmesi halinde özel denetim giderlerinden kimin sorumlu olacağına ilişkindir. Buna göre kural olarak avans ve giderlerden anonim şirket sorumludur. Bununla birlikte kanun koyucu TTK md. 444/1 c. 2’de bir istisna getirmiştir. Buna göre özel hal ve şartların haklı göstermesi halinde giderlerden

kısmen veya tamamen istem sahipleri sorumlu tutulabilir. Burada istem sahipleri azınlık veya belli bir itibari değerde paya sahip pay sahipleridir. Görüldüğü üzere kanun koyucu özel hal ve şartların varlığı halinde istem sahiplerini sorumlu tutabilir. Bu özel hal ve şartlara ise “*özel denetçi atanmasına ilişkin dilekçenin dürüstlük kuralına aykırı olarak verilmiş olması*”, “*hakkın açıkça kötüye kullanılması*”, “*anonim şirkete zarar verme veya huzursuz etme kastı ile özel denetim talebinde bulunulması*” veya “*özel denetim talebinde bulunulan konunun zaten bilinmesi*” örnek olarak verilebilir (Özkan, 1999: s. 47; Şener, 2012: s. 502; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 273; Güven, 2011: s. 163). Bu gibi hallerde mahkeme giderlerin bir kısmını istem sahiplerine yükletebileceği gibi, tamamını da yükletebilir. Burada taktir hakkı mahkemeye aittir.

Son olarak mahkemenin özel denetim istemini reddetmesi halinde yargılama giderlerinden sorumluluk HMK hükümlerine göre karar verilecektir. HMK md. 326/1’e göre yargılama giderlerinden özel denetim isteminde bulunan azınlık veya belli itibari değere sahip pay sahibi sorumlu olacaktır.

6. ÖZEL DENETÇİNİN GÖREVİNİN SONA ERMESİ

6.1. Özel Denetçinin Görevinin Olağan Sona Ermesi

Özel denetim kurumunu düzenleyen TTK md. 438 ila 444’üncü maddelerinde özel denetçinin görevinin olağan sona ermesi ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla beraber özel denetçinin görevinin olağan sona ermesi hususunda en doğal olanı şöyledir: Özel denetçi yaptığı inceleme sonucu hazırladığı rapor taslağını mahkemeye verir. Mahkeme de raporu şirkete tebliğ ederek şirketin bu konudaki istemleri hakkında karar verir. Ardından özel denetçi bu doğrultuda raporu hazırlar. Hazırlanan bu rapor mahkeme aracılığıyla ilgililere soru sorma ve değerlendirme imkânı için verilir. Bunun üzerine özel denetçi ilgililerin bu sorularının cevapları ve değerlendirmeleri ile birlikte nihai raporu hazırlayarak mahkemeye sunulması ile özel denetçinin görevi olağan şekilde sona erecektir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 279-280; Sivas, 1992: s. 74; Güven, 2011: s. 163-164; Kvasoğlu, 1999: s. 121).

6.2. Özel Denetçinin Görevinin Olağandışı Sona Ermesi

Özel denetçinin görevinin olağandışı sona erme halleri hususunda, olağan sona ermede olduğu gibi kanun koyucu herhangi bir düzenlemeye gitmemiştir. Kanunda bu konuda düzenleme olmamakla birlikte özel denetçinin görevinin olağandışı sona erme hallerinin belirlenmesi önem arz eden bir konudur. İlk olarak daha önce de ayrıntıları ile gördüğümüz üzere özel denetçi ile şirket arasındaki ilişki isimsiz iş görme sözleşmesi olup, bu isimsiz iş görme sözleşmelerine TBK md. 502/2 gereği niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmeleri hükümleri uygulanacaktır. Vekâlet sözleşmeleri hükümlerinde vekâleti sona erdiren sebepler TBK md. 513’de “ölüm”, “ehliyetin kaybedilmesi” ve “iflas” olarak düzenlenmiştir¹⁷⁴. Bu hükmün kıyasen özel denetçiye uygulanması halinde özel denetçinin ölümü, ehliyetini kaybetmesi veya iflası halinde hakim re’sen yeni bir özel denetçi ataması gerekir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 284; Güven, 2011: s. 164). Burada özel denetçinin iflası halinde özel denetçinin görevi sona erecektir. Anonim şirketin iflası halinde ise özel denetçinin görevi sona ermeyecektir. Şöyle ki iflas halinde şirket tasfiyesi, tasfiye memurları tarafından yapılacak olup, şirketin organları varlığını devam ettireceklerinden özel denetçinin görevi tasfiye sürecince devam edecektir (Aday, 1995: s. 45; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 284; Kavasoglu, 1999: s. 122).

Bununla beraber her ne kadar özel denetçi ile şirket arasında özel denetim ilişkisi olsa da vekâlet sözleşmesi hükümlerinde olduğu gibi vekâlet veren şirket, özel denetçinin görevine kendisi son veremez. Şöyle ki özel denetçiyi atayan merci mahkeme olduğundan, denetçiyi sadece mahkeme görevden alabilir. Şirket ise özel denetçinin görevden alınmasını sadece mahkemeden talep edebilir. Bunun sonucunda mahkeme özel denetçinin görevden alınması hususunda takdir hakkına dayanarak karar verecektir. Şirketin özel denetçinin görevden alınması sebepleri hususunda ise bağımsız denetçinin görevden alınmasını düzenleyen TTK md. 399/2’inci maddeler kıyasen uygulanabilir (Güven, 2011: s. 164). TTK md. 399/2’ye göre denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin varlığı, özellikle de denetçinin taraflı davrandığı

¹⁷⁴ TBK md. 513: “Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur.”.

yönünde bir kuşkunun olması halinde¹⁷⁵ denetçi geri alınabilir. Görüldüğü üzere özel denetçinin şahsına yönelik haklı bir sebebin varlığı halinde özel denetçinin görevine son verilecektir. Kanun koyucu düzenlemede haklı sebepleri tanımlamamıştır. Bununla birlikte gerekçede haklı sebeplere “*mesleki yetersizlik (denetleme elemanlarının bilgilerindeki, okul sonrası uyum eğitimlerindeki noksanlık, yardımcı eleman, uzman, cihaz donanımı eksikliği)*”, “*itibar kaybı*” gibi denetçinin kişiliğinden kaynaklanan sebeplerin yanında “*denetçinin çalışma tarzı*”, “*denetçinin şirkete zaman ayıramaması*”, “*bilgi sızdırması*”, “*taraf tutması*” da haklı sebep olarak sayılmıştır (TTK md. 399/4’ün Gerekçesi). Bu gibi hallerde yönetim kurulu veya halka kapalı şirketlerde sermayenin yüzde onu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini oluşturan pay sahipleri şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçinin azlini talep edebilirler¹⁷⁶.

Görüldüğü üzere şirketin veya özel denetim isteminde bulunan pay sahiplerinin özel denetçinin görevden alınmasını talep etme hakkı vardır. Bununla birlikte özel denetçinin kendisinin özel denetimi sona erdirebilme hakkı olup olmadığı hususu akla gelmektedir. Kanunda bu konuda düzenleme olmamakla birlikte bağımsız denetçinin denetim ilişkisini sona erdirme hususunu düzenleyen TTK md. 399/8 hükmü özel denetçiye kıyasen uygulanabilir (Güven, 2011: s. 165). Buna göre denetçi haklı sebeplerin varlığı halinde veya biraz önce ayrıntıları ile gördüğümüz üzere kendisine görevden alınma davasının açılması halinde özel denetim ilişkisini sona erdirebilir. Haklı sebepler kanunda tanımlanmamış olup, gerekçede “*çalışma şartlarının müsait olmaması*”, “*ücret ve giderlerin zamanında ödenmemesi*” ve

¹⁷⁵ Buna örnek olarak “denetçinin ortaklıkta pay sahibi olması” örnek olarak verilebilir. Burada denetçinin mutlaka taraflı davranacağı anlamına gelmemekle birlikte, bu yönde bir kuşkunun varlığına neden olması açısından haklı nedendir (Köksal, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 383-384, dp. 12).

¹⁷⁶ Öğretide *Narbay*, denetçinin görevden alınmasını düzenleyen TTK md. 399/2’ye kıyasen bir yollama yapmadan; fakat benzer şekilde özel denetçinin azlinin sebeplerini şu şekilde açıklamıştır. Yazar ilk olarak özel denetçinin yükümlülüğünü ihlal ettiği açıkça ortaya çıkması, özel denetçinin bağımsızlığına gölge düşürecek tavır ve davranışlar içinde olması veya sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranılması halinde genel kurulun basit çoğunlukla alacağı bir karar ile şirket mahkemenin özel denetçinin görevden alınmasını talep edebileceğini düzenlemiştir. Bununla beraber özel denetim isteminde bulunan pay sahiplerinin TTK md. 537/2 uyarınca haklı sebeplerin varlığı halinde özel denetçinin azlinin mahkemeye talep edilebileceğini ileri sürmüştür (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 287-289).

“denetçinin görevini yerine getirmesinin engellenmesi”¹⁷⁷ haklı sebebe örnek olarak verilmiştir (TTK md. 399/8’in Gerekçesi). Kanun koyucu düzenlemede haklı sebebi tanımlamamakla birlikte, hangi sebeplerin haklı sebep sayılmayacağını açıkça düzenlemiştir (TTK md. 399/8). Buna göre görüş yazısının içeriğine ilişkin fikir ayrılıkları, denetlemenin şirketçe sınırlandırılmış olması veya görüş yazısı vermekten kaçınma haklı sebep sayılamaz. Bununla beraber özel denetçinin görevden alınma davası açılması halinde özel denetçi davanın sonuçlanmasını beklemeden özel denetim ilişkisini sona erdirebilir. Bu gibi hallerde özel denetçi görevini sona erdirmeye gerekçelerini içeren yazılı bir belge ile özel denetçi özel denetim ilişkisini sona erdirebilir (TTK md. 399/8)¹⁷⁸.

Özel denetçinin görevinin olağandışı sona ermesi sebepleri kanunda düzenlenmemesi sebebiyle gerek vekâlet sözleşmesi hükümlerine, gerek bağımsız denetçinin görevden alınması ve bağımsız denetçinin bağımsız denetim ilişkisini sona erdirmesi hükümlerine yapılan atıflara dayanılarak çözüm yolları bulunulmaya çalışılmıştır. Bu hükümlerin uygulanabilirliği ile birlikte özel denetimin sona erdirilmesine yönelik somut bir hükmün özel denetimi düzenleyen maddeler arasında düzenlenmesinin daha faydalı olacağı kanaatindeyiz¹⁷⁹.

7. ÖZEL DENETÇİNİN SORUMLULUĞU

7.1. Genel Olarak

Özel denetçinin özel denetimi yerine getirmesi sonucunda nihai raporunu hazırlayıp mahkemeye sunması ile özel denetim görevi sona erecektir. Özel denetim görevinin sona ermesi ile birlikte özel denetimin yerine getirilmesi sırasında veya sonrasında kusurlu davranması ihtimalinde bir sorumluluğu olacaktır. Özel denetçinin özel denetim faaliyeti sırasında öğrendiği sırları üçüncü kişiler ile paylaşmaması,

¹⁷⁷ Görevinin yerine getirilmesinin engellenmesinden anlaşılması gereken fiziki engelleme ve denetçinin elemanlarının istifası, grev, lokavt ve benzeri durumlar kastedilmiştir (TTK md. 399/6’nın Gerekçesi).

¹⁷⁸ Öğretide *Narbay*, özel denetçinin özel denetim ilişkisini tek taraflı olarak sona erdirmeye sebeplerine şu şekilde örnek vermiştir. Özel denetçi denetim faaliyetinin başlamasının ardından kendisine verilen belirli olayların açıklığa kavuşturulması görevini yerine getirebilecek bilgi donanımının olmadığını tespit etmesi halinde veya özel denetim sırasında özel denetçinin kişiliğine saygı gösterilmediği veya uygun çalışma koşullarının sağlanmadığı durumlarda sona erdirebileceğini belirtmiştir. Diğer bir anlatımla özel denetçinin bu sayılan nedenler ile buna benzer nedenlerin varlığı halinde özel denetçiye özel denetim görevini sona erdirmeye hakkı verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür (*Narbay*, 2010 (Özel Denetim): s. 285).

¹⁷⁹ Aynı doğrultuda *Narbay*, 2010 (Özel Denetim): s. 290; *Güven*, 2011: s. 167.

özel denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapması veya kanun koyucunun öngördüğü görevlerini yerine getirirken kusurlu davranmaması gerekir. Bu gibi yükümlülükler aykırılık halinde özel denetçinin sorumluluğu doğacaktır. Özel denetçinin sorumluluğu hususunda ilk olarak eTTK'ya baktığımızda bu konuda bir düzenlemenin olmadığını görüyoruz. Öğretide ise özel denetçinin sorumluluğu hususu özel denetçi ile şirketin arasındaki sözleşme ilişkisine dayanarak çözüme kavuşturulmuştur (Sivas, 1992: s. 71-73; Kavasoglu, 1999: s. 119). Buna göre ortaklık şirket ile özel denetçi arasındaki sözleşmesel ilişkiye dayanarak özel denetçinin şirkete verdiği zararlardan dolayı dava açabilecektir. Böylece zararın varlığı ile birlikte özel denetçinin kasten veya ihmaline dayanarak bir kusuru olması ve özel denetçi kusursuz olduğunu ispatlamaması hallerinde (eBK md. 96) özel denetçi sorumlu olacaktır (Sivas, 1992: s. 71; Kavasoglu, 1999: s. 119) ¹⁸⁰.

TTK'da ise özel denetçinin sorumluluğu özel denetim faaliyetini düzenleyen TTK md. 438 ila 444'üncü maddeler arasında düzenlenmemiştir. Bu sebeple anonim ortaklığın hukuki sorumluluğunu düzenleyen TTK md. 549 vd. maddelerine bakmak gerekecektir. Bununla beraber öğretide *Pulaşlı*, özel denetçinin mahkemece belirlenen görev alanı içerisinde inceleme yaptığından sözleşme benzeri bir sorumluluk veya vekâletsiz iş görme kurallarına göre sorumlu olmayacağını, özel denetçinin BK'daki vekâlet hükümlerine göre sorumlu olması gerektiğini ileri sürmüştür (Pulaşlı, 2013: s. 647-648). Kanun koyucu TTK md. 554 "*Denetçinin Sorumluluğu*"¹⁸¹ başlıklı maddede özel denetçinin de sorumluluğu açıkça düzenlendiğinden vekâlet hükümlerinin uygulanmasına gerek olmadığı kanaatindeyiz¹⁸².

Bununla birlikte üzerinde önemle durulması gereken bir konu kanun koyucunun özel denetçinin sorumluluğu hususunda ikili bir ayrıma gitmiş olmasıdır. Özel denetçilerin kanuni görevlerini yerine getirmeleri sırasında kusurlu hareketlerinden doğan sorumluluk TTK md. 554'de düzenlenmiştir. Bununla beraber özel denetçinin denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmaması ve sır saklama

¹⁸⁰ Sivas, ayrıca pay sahiplerinin ve alacaklıların "dolayısıyla" zararları sebebiyle özel denetçi aleyhine tazminat davası açabileceğini ifade etmiştir (Sivas, 1992: s. 73).

¹⁸¹ TTK md. 554'de "işlem denetçilerinin" de sorumluluğu düzenlenmiş iken, 6335 sayılı kanun ile "işlem denetçilerinin sorumluluğu" hükümden çıkarılmıştır.

¹⁸² Aynı doğrultuda Özdamar, 2014: s. 66.

yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak hüküm ise “*Denetçilerin Sır Saklamadan Doğan Sorumluluğu*”¹⁸³ başlıklı TTK 404’üncü maddesidir. Özel denetçinin kanuni görevlerini yerine getirmesinde kusurlu davranması halindeki sorumlulukta özel denetçinin uymakla yükümlü olduğu kanuni görevleri arasında özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü de vardır. Diğer bir anlatımla sır saklama yükümlülüğü de özel denetçinin kanunen yerine getirmesi gereken görevlerdendir. Buna rağmen kanun koyucu ikili ayrıma giderek, bu hususların ihlali halinde uygulanacak hükümleri ayrı maddelerde düzenlemiştir¹⁸⁴. Kanun koyucu niçin böyle bir ayırım yaptığı hususunda da bir açıklama yapmamıştır. Sadece TTK md. 554’ün gerekçesinde denetçilerin sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde tabi oldukları sorumluluk TTK md. 404’üncü maddede düzenlendiğinden, TTK md. 404’ün kapsamına giren ihlallerde kural olarak TTK md. 554’ün uygulanmayacağını açıkça belirtmiştir (TTK md. 554’ün Gerekçesi). Bununla birlikte özel denetçinin sır saklamadan doğan sorumluluğunun ihlali halinde ileride ayrıntıları ile göreceğimiz üzere her denetim için yüzbin Türk Lirası, halka açık anonim şirketlerde ise üçyüz bin Türk Lirasına kadar tazminata hükmedilebilir (TTK md. 404/2)¹⁸⁵. Oysa denetim görevinin gereği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan sorumlulukta böyle bir sınırlama yoktur. Kanunun niçin böyle bir ayırım yaptığı hususu anlaşılmamakla birlikte, kanunda ikili bir ayırım yapıldığından çalışmamızda özel denetçinin hukuki sorumluluğu “Özel Denetçinin Kanuni Görevlerini Yerine Getirmesinde Kusurlu Hareketlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk” ile “Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğünü İhlal Etmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk” adı altında iki ayrı başlıkta incelenecektir¹⁸⁶.

¹⁸³ *Moroğlu*, maddenin kenar başlığındaki “sır saklamadan sorumluluk” ifadesinin bozuk olduğunu kenar başlığının “*Denetçilerin Sır Saklama Yükümlülüğü*” şeklinde olması gerektiğini ifade etmiştir (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 206). Benzer şekilde *Kendigelen*, TTK md. 404’de sır saklama yükümlülüğünün yanı sıra dürüst ve tarafsız davranma yükümlülüğüne aykırılığı da hükümde düzenlemesine rağmen madde kenar başlığında sadece sır saklama yükümünden bahsetmesini haklı olarak eleştirmiştir (Kendigelen, 2012: s. 302-302).

¹⁸⁴ TTK md. 554 İsv. BK md. 755’den esinlenirken, TTK md. 404 Alman TK md. 323’e paralel şekilde düzenlenmiştir (Odman Boztosun, 2012: s. 2).

¹⁸⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. “Üçüncü Bölüm 7. Özel Denetçinin Sorumluluğu 7.3. Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğünü İhlal Etmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk” başlığı altındaki açıklamalar.

¹⁸⁶ *Odman Boztosun*, bu konuda kanun koyucunun TTK md. 404’de sadece denetçilerin sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin doğan sorumluluğunu düzenlemek isterken, Alman TK md. 323’üncü maddesinin tamamını kanuna yanlışlıkla aynen aldığını ifade etmiştir. Bunun sonucunda denetçilerin kanuni görevlerini yerine getirmesi hususunda kusurlu davranmaları halinde sorumluluğu TTK md.

7.2. Özel Denetçinin Kanuni Görevlerini Yerine Getirmesinde Kusurlu Hareketlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk

7.2.1. Genel Olarak

TTK md. 554’de hukuki sorumluluk “*Denetçinin Sorumluluğu*”¹⁸⁷ başlığı altında şöyle düzenlenmiştir: “*Şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçi ve özel denetçiler; kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar dolayısıyla sorumludur*”. Hükme göre özel denetçilerin sorumluluğuna gidebilmek için şartlar özel denetçinin “*kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket etmeleri*” (hukuka aykırılık), “*anonim şirketin*” veya “*pay sahiplerinin*” veyahut “*şirket alacaklarının*” “*zarar*” görmesi (zarar) ve son olarak zararın özel denetçinin kusurlu hareketi sebebiyle doğması gerekir (uygun illiyet bağı).

Özel denetçinin sorumluluğuna gidebilmek için ilk şart olan denetçilerin kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket etmelerine şunlar örnek olarak verilebilir: Özel denetçinin denetimi amaca yararlı bir süre içerisinde bitirmemesi, özel denetim faaliyetini yerine getirirken şirket işlerini gereksiz yere aksatılmasına sebep olması, özel denetimin yerine getirilmesi sırasında şirkete yeterli zaman ayırmayarak denetimi özensiz yapması vb.. Bunun yanında özel denetimin yerine getirilmesi hususunda görevlendirilen denetçinin özel denetim konusu hakkında uzman olmamasına rağmen görevi kabul etmesi veya uzman olmadığını denetim faaliyetinin yerine getirilmesi sırasında fark etmesine rağmen bunu hakime bildirmemesi gibi örnekler de özel denetçinin kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu davranışlara örnek teşkil edebilir (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 316). Görüldüğü üzere özel denetçinin sorumluluğu kusur sorumluluğudur (Kendigelen, 2012: s. 461; Tekinalp, 2011 (Yeni Anonim ve Limited Ortaklık Hukuku): N. 16-102; Karahan ve Doğrusöz Koşut, 2015: s. 801; Özdamar, 2014: s. 66). Diğer bir anlatımla kanuni görevlerinin yerine getirilmesinden sadece

554’de düzenlemiş olmasına rağmen, TTK md. 404’üncü maddenin de varlığı ile sorumluluğu yeniden düzenlemiş olma olasılığının olduğunu ifade etmiştir (Odman Boztosun, 2012: s. 3).

¹⁸⁷ Kanun koyucu madde içeriğinde özel denetçilerinde hukuki sorumluluğunun düzenlemesine rağmen, hükmün kenar başlığını “Denetçinin Sorumluluğu” şeklinde düzenlemiştir. Bu durum kenar başlığı ile içerik arasında uyumsuzluğa neden olduğundan kenar başlığının “*Denetçinin ve Özel Denetçilerin Sorumluluğu*” şeklinde düzeltilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Aynı doğrultuda Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 327; Kendigelen, 2012: s. 461; Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 315.

kusurlu olması halinde sorumluluğu doğacaktır. Kusurunun kast veya ağır/hafif ihmal olması ise tazminat miktarının belirlenmesi konusunda dikkate alınacaktır (Özdamar, 2014: s. 66).

TTK'nın ilk halinde TTK md. 554'ün son cümlesi "*Kusuru iddia eden ispatlar*" şeklinde düzenlenmişti. Buna göre kanuni görevlerinin yerine getirilmesi sırasında özel denetçinin kusurlu olduğunu iddia eden, bu iddiasını ispatla mükellefti. Bununla beraber 6335 sayılı Kanun'un 29'uncu maddesi gereği bu son cümle madde metninden çıkarılmıştır. Böylece özel denetçinin sorumluluktan kurtulabilmesi için kusursuz olduğunu ispat etmesi zorunda olduğundan, sözleşme hukukunda geçerli olan temel ilke (kusur karinesi) geçerli olacaktır (TBK md. 112) (Kendigelen, 2012: s. 461-462; Özdamar, 2014: s. 67; Özkorkut, 2013: s. 294-295; Karahan ve Doğrusöz Koşut, 2015: s. 801)¹⁸⁸. Böylece TTK md. 554, TTK md. 553'deki düzenlemeye uyum sağlamıştır¹⁸⁹.

Özel denetçinin sorumluluğuna gidebilmek için diğer bir şart anonim şirketin, pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının bir zarara uğramasıdır. Zarar bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen bir azalmadır (Oğuzman ve Öz, 2014: s. 395). Özel denetçinin sorumluluğuna gidebilmek için gereken son şart ise illiyet bağıdır. İlliyet bağı olay veya davranış ile zarar arasında bir sebep- sonuç ilişkisinin bulunmasıdır. Diğer bir anlatımla özel denetçinin kanuni görevlerini yerine getirmesinde kusurlu davranışı sonucunda şirketin, pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının zarara uğraması gerekir.

¹⁸⁸ Moroğlu, madde metninde kusur karinesine yer verilmemiş olmasını bir eksiklik olarak nitelendirmiştir. Bununla beraber TBK md. 112'inci maddesi olan kusur karinesini öngören hükmün bu eksikliği gidereceğini ifade etmiştir (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 328).

¹⁸⁹ TTK md. 553/1'in ilk hali "*Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar*" şeklinde idi. Hükmün bu hali kusur karinesi benimsemiştir. 6335 sayılı kanun'un 41/16'ncı maddesi gereği "*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça*" ifadesi madde metninden çıkarılarak yerine "*...kusurlarıyla*" ifadesi gelerek "*kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde*" şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile de ispat külfeti yer değiştirmemiştir. TTK md. 553/1'de sayılan kişiler ile şirket arasında sözleşmesel bir ilişki olup, TBK md. 112 gereği borcunu gereği gibi yerine getirmeyen kişi sorumluluktan kurtulmak için herhangi bir kusurunun olmadığını ispatla mükelleftir. Bu sebeple kanun ilk halinde de kusur karinesini benimsemiş olup, 6335 sayılı değişiklikten sonra da kusur karinesi geçerlidir (Kendigelen, 2012: s. 459-460; Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 327). Moroğlu, 6335 sayılı kanun ile "*kusurlarıyla*" ibaresinin eklenmesi ve "*kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça*" ibaresinin çıkarılmasının ispat külfeti açısından hiçbir değişikliğe sebep olmaması sebebiyle yapılan değişikliği anlamsız ve gereksiz olduğunu ifade etmiştir (Moroğlu, 2012 (Değerlendirme): s. 327).

7.2.2. Sorumluluk Davası

Özel denetçinin kanuni görevlerini yerine getirilmesinde kusurlu davranması sonucu sorumluluk davası açma hakkına sahip olanlar TTK md. 554'de "*anonim şirket*", "*pay sahipleri*" ve "*şirket alacaklıları*" olmak üzere üç grup olarak kanunda sayılmıştır. Buna göre özel denetçinin kusurlu hareketi sonucunda zarara uğrayan anonim şirket, pay sahipleri ve ortaklık alacaklıları özel denetçinin kusurlu davranışı sonucu zarar gördüklerini, zarar ile kusurlu davranış arasındaki uygun illiyet bağıını ispatlamaları halinde özel denetçi aleyhine sorumluluk davası açabileceklerdir¹⁹⁰. Bunun yanında kanun koyucu özel denetçinin kusurlu davranışı sonucu şirket faaliyette iken şirketin zarar görmesi halinde şirketin zararının tazmini TTK md. 555'de düzenlemiştir. Hükme göre şirket faaliyette iken şirketin uğradığı zararların tazminini şirket ve pay sahipleri isteyebilecektir. Şirketin zararının tazmini hususunda sadece anonim şirkete ve pay sahiplerine dava hakkı tanınmasının sebebi ise anonim şirketin malvarlığı ile pay sahibinin katılma değerinin korunması olduğu ifade edilmiştir (Tekinalp, 2011 (Yeni Anonim ve Limited Ortaklık Hukuku): N. 16-105; Karahan ve Doğrusöz Koşut, 2015: s. 802).

Görüldüğü üzere özel denetçinin kusurlu davranışı sonucu şirketin zarar görmesi sonucunda ilk olarak anonim şirketin diğer bir anlatımla yönetim kurulunun şirketi temsilen dava açma hakkı vardır. Özel denetçinin kusurlu eylem ve işlemleri sonucu şirket doğrudan zarara uğradığından özel denetçiden doğrudan zararını isteyebilir. Bununla beraber TTK md. 555/1 gereği pay sahipleri de şirketin uğradığı zararın tazmini amacıyla özel denetçinin sorumluluğuna gidebilir. Şirketin zararının tazmini için pay sahiplerine böyle bir hak verilmesinin amacı şirketin ihmali veya sorumluların şirkete hakim olmaları sebebiyle davayı açmama ihtimalidir (TTK md. 555/1'in Gerekçesi). Bu ihtimali göz önünde bulunduran kanun koyucu pay sahiplerine de dava açma hakkı tanımıştır. Pay sahipleri anonim şirketten farklı olarak dolaylı zararlarını da talep edebilir (Tekinalp, 2011 (Yeni Anonim ve Limited Ortaklık Hukuku): N. 16-105; Karahan ve Doğrusöz Koşut, 2015: s.802-803). Şirketin malvarlığının azalması sonucu şirketin doğrudan gördüğü zarar pay sahibi

¹⁹⁰ *Özdamar* şirket alacaklılarının özel denetçi aleyhine dava açmalarını uygulamada çok zayıf bir ihtimal olduğunu, pay sahibinin talebi üzerine şirketi denetleyen özel denetçilerin genel bir inceleme sonucu yerel bir denetleme yaparak hazırladığı raporun şirket alacaklılar açısından kullanılabilir olmadığını ifade etmiştir. Bu sebeple bu rapora dayanarak işlem oluşturmayan alacaklıların özel denetçi hakkında sorumluluk davası açmasının zor olduğunu belirtmiştir (Özdamar, 2014: s. 68).

için dolaylı zarardır. Diğer bir anlatımla şirketin zarar görmesi pay sahiplerinin paylarının değerlerini ve kar payları vb. durumlarını etkilemesi bakımından dolaylı zarardır (Z. Arı, 2010: s. 171, dp. 1). Gerekçede TTK md. 555/1 için doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapılmadığı ifade edilmiştir (TTK md. 555/1'in Gerekçesi). Kanımızca bu ifade yerinde değildir; çünkü anonim şirketin zararının tazmini hususunda şirket doğrudan zararlarını talep ederken, pay sahipleri ise dolaylı zararlarını talep edebilir¹⁹¹. Gerekçenin devamında “*Pay sahibi dolayısıyla zarara uğradığı taktirde, tazminatın şirkete verilmesi suretiyle payındaki değer düşüklüğünü gidermek amacıyla dava açabilir*” ifadesinden kanun koyucunun TTK 555'inci maddesinin birinci fıkrasında doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yaptığı anlamı çıkmaktadır. Kanımızca kanun koyucunun birinci fıkrada doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapılmadığı ile kast ettiği kişi anonim şirkettir. Diğer bir anlatımla anonim şirketin uğradığı zarar hususunda doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı yapılmamıştır. Gerekçede anonim şirketin TTK md. 553 vd. hükümler çerçevesinde dolaylı zarara uğrama olasılığı olmadığı ifadesinden de bu anlamı çıkarmak mümkündür (TTK md. 555/1'in Gerekçesi). Fakat yukarıda bahsettiğimiz üzere ifade yerinde olmayıp, anonim şirketin uğradığı zararlar hususunda doğrudan ve dolaylı zarar ayrımına gidilmediği açıkça ifade edilmesi gerekir.

TTK md. 555/1'in gerekçesinde pay sahiplerinin hem doğrudan hem de dolayısıyla uğradığı zararların tazminini talep edebileceği düzenlenmiştir (TTK md. 555/1'in Gerekçesi). Ancak TTK md. 555/1'de düzenlenen hüküm, dolayısıyla zararlar içindir. Diğer bir anlatımla yukarıda da bahsedildiği üzere pay sahibi özel denetçinin kusurlu hareketi sonucunda uğradığı doğrudan zararın tazmini için özel denetçiye başvurabilir. Pay sahibinin uğradığı doğrudan zarar özel denetçinin kusurlu eylem ve işlemleri sonucu şirket zararından bağımsız olarak uğramış olduğu zarardır (Z. Arı, 2010: s. 174). Bunun sonucunda pay sahibi, özellikle özel denetim talebinde bulunan pay sahibi zarar gördüğünden dava, zarar gören pay sahiplerinin zararını gidermek amacıyla açılır. Bununla beraber pay sahibinin zararı dolaylı zarar ise TTK md. 555/1 gereği açtığı sorumluluk davasında hükmedilecek tazminatın şirkete ödenmesini talep etmek zorundadır.

¹⁹¹ Aynı doğrultuda Kendigelen, 2012: s. 463.

Görüldüğü üzere kanun koyucu şirket faaliyette iken özel denetçinin kusurlu hareketi sonucu şirketin zararının tazmini için dava hakkını ortaklığa ve pay sahiplerine tanıırken, şirket alacaklılarına böyle bir hak tanımamıştır. Alacaklılara dava hakkının tanınmamasının sebebini ise gerekçe de “*Kanun şirketin borçlarını ödemediği sürece alacaklıların zarara uğramadığı varsayımını kabul etmiştir*” şeklinde açıklamıştır (TTK md. 555/1’in Gerekçesi). Bununla beraber kanun koyucu sadece zarara uğrayan şirketin iflası halinde şirket alacaklılarına dava hakkı tanımıştır (TTK md. 556). TTK md. 556/1’de “*Zarara uğrayan şirketin iflası halinde, tazminatın şirkete ödenmesini isteme hakkını şirket alacaklıları da haizdir*” ifadesinden anonim şirketin ve pay sahiplerinin yanında şirket alacaklılarının da dava hakkı olduğu anlamı çıkmaktadır. Diğer bir anlatımla şirketin iflası halinde anonim şirketin, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının şirketin zararının tazmini için dava etme hakları vardır. Ancak anonim şirket doğrudan zararını, pay sahipleri ve şirket alacaklıları ise dolaylı zararlarını talep edebilirler (Karahana ve Doğrusöz Koşut, 2015: s. 803)¹⁹².

Özel denetim faaliyetinin yerine getirilmesi hususunda mahkeme birden fazla kişiyi özel denetçi olarak ataması halinde, bu kişilerin görevlerini yerine getirmeleri sırasında kusurlu davranışları veya tek başına atanan özel denetçi ile birlikte şirket yönetim kurulunun (veya belirli yöneticilerin) sorumluluğunu gerektiren bir olayın gerçekleşmesi halinde doğan zararlardan bu kişiler müteselsilen sorumludur (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 318; Özdamar, 2014: s. 67). Kanun koyucu bu kişilerin sorumluluğunu TTK md. 557’de “*Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur.*” şeklinde düzenlemiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu eTTK’den farklı olarak mutlak teselsül yerine “farklılaştırılmış teselsül”ü¹⁹³ kabul etmiştir. Buna göre her bir sorumluluk süjesi şahsi kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağının derecesi oranında, diğer bir anlatımla kusurlu davranışı ile verdikleri zarara

¹⁹² Özel denetçinin kusurlu davranışı sebebiyle şirketin uğradığı doğrudan zarar sonucu alacaklıların alacaklarını elde edememesi şirket alacaklılarının dolaylı zararlarıdır (Z. Arı, 2010: s. 171, dp. 1).

¹⁹³ Farklılaştırılmış teselsül hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tekinalp, 2011 (Yeni Anonim ve Limited Ortaklık Hukuku): N. 16-129 vd.; Çamoğlu vd., 2014 (Ortaklık): N. 591a; Helvacı, 2001 (Sorumluluk): s. 219 vd.; Göktürk ve Can, 2011: s. 247 vd.; Kendigelen, 2012: s. 464-466; Pulaşlı, 2013: s. 661 vd..

etkisi oranında sorumlu olacaktır (Çamoğlu vd, 2014 (Ortaklık): N. 591a; Göktürk ve Can, 2011: s. 249).

Son olarak özel denetçiye karşı açılacak sorumluluk davasında görevli mahkeme Asliye Ticaret Mahkemesi olup, yetkili mahkeme şirket merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir (TTK md 561). Sorumluluk davasına uygulanacak zamanaşımı süresi TTK md. 560'da düzenlenmiş olup, dava açma hakkına sahip olanların zararı ve sorumluyu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her hâlde zararı doğuran fiilin meydana geldiği günden itibaren beş yıldır. Fiilin cezayı gerektirmesi ve bu fiilin TCK'ya göre daha uzun bir zamanaşımını süresine tabi olması halinde, tazminat davasında TCK'daki zamanaşımı süre uygulanacaktır (TTK md. 560, c. 2).

7.3. Özel Denetçinin Sır Saklama Yükümlülüğünü İhlal Etmesinden Doğan Hukuki Sorumluluk

Özel denetçinin genel sorumluluk halini düzenleyen TTK md. 554 hükmü dışında, özel hüküm niteliğinde olan özel denetçinin sır saklamadan doğan sorumluluğu TTK md. 404'de düzenlenmiştir. Hükme göre özel denetçi denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdür. Madde başlığının "*Denetçilerin Sır Saklamadan Doğan Sorumluluğu*" olması sebebiyle madde metninde sadece sır saklama yükümlülüğünün ihlalden doğan sorumluluk düzenlenmiş gibi bir kanı uyandırmasına rağmen, denetimin dürüst ve tarafsız şekilde yapılmamasından doğan sorumluluğu da bünyesinde barındırır (Köksal, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 361-362).

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali için özel denetçinin denetleme faaliyeti sırasında öğrendiği bilgi olan sırrı kullanması gerekir; fakat özel denetçinin sorumluluğunun doğması için kullanma sonucunda bir yarar/menfaat elde edilmiş olması şart değildir (TTK md. 404/1'in Gerekeşi). Kanun koyucu kullanmanın anlamını belirleme hususunda öğreti¹⁹⁴ ve mahkeme kararlarına atıf yaparken, gerekçenin ikinci fıkrasında "*Kullanma ile, inter alia, üçüncü kişiye aktarma anlaşılır. Herkes tarafından bilinen olgular- denetim faaliyeti sırasında öğrenilmiş olsalar bile- hükmün kapsamına girmez*" şeklinde ifade ile kullanmanın anlamını

¹⁹⁴ Öğretide *Narbay* kullanmanın anlamını anonim şirkete ait ticari sırların, kanunen bilmesi gerekenler dışında anonim şirketin izni olmaksızın başka kişi ya da kişilere açıklanması şeklinde tanımlamıştır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 323).

açıklamıştır (TTK md. 404/1-2'nin Gerekçesi). Görüldüğü üzere özel denetçinin denetim faaliyetinin yerine getirilmesi sırasında öğrendiği sırrı üçüncü kişiye aktarması sonucunda sorumluluğu doğacaktır. Ancak özel denetçi bu sırrı anonim şirketin kanuni temsilcisinin izni sonucu üçüncü kişiye aktarması halinde özel denetçinin sorumluluğuna gidilemeyecektir (TTK md. 404/1, c. 2)¹⁹⁵. Diğer bir anlatımla anonim şirketin kanuni temsilcisinin özel denetçiye sırrı üçüncü kişilerle paylaşması hususundaki izni, denetçinin sorumluluğunu ortadan kaldıracaktır.

Özel denetçi sır saklama yükümlülüğünü kasten veya ihmal sonucu ihlal edebilir. Özel denetçinin zarara ihmal ile sebebiyet vermesine şunlar örnek gösterilebilir¹⁹⁶: Özel denetim yerine getirilmesi sırasında (şirket sırlarını barındıran) şirket evraklarını orta yerde bırakması sonucu bu evrakların üçüncü kişinin eline geçmesi veya birden fazla şirkette özel denetçi olarak atanması ihtimalinde şirketin evraklarını karıştırması sonucu şirket sırlarının üçüncü kişilerin eline geçmesi.

Kanun koyucu kusurun kast veya ihmal sonucu gerçekleşmesi halinde zararın tazmini hususunda ikili bir ayrıma gitmiştir. Bu ayrım AB'nin bu konuya ilişkin çıkarmış olduğu tavsiyede vardır. Tavsiyede denetçilerin sorumluluğunun sınırlı olması gerektiğini; bununla birlikte denetçilerin kasten kusurlu davranmaları halinde sorumluluğun sınırlı olmaması gerektiğini ifade etmiştir¹⁹⁷. TTK md. 404/2 özel denetçinin ihmal sonucu sır saklama yükümlülüğünün ihlalinde verilen zararın tazmini için bir üst sınır belirlerken, kasten ihlal etmesi halinde de sınır düzenlememiştir. Zarara ihmalleri ile sebebiyet verenler hususunda da şirketin payları borsada işlem görüp görmemesine göre ikili bir ayrıma gitmiştir. Hükme göre yükümlülüğün ihlalinde ihmali bulunan özel denetçinin verdiği zarar sebebiyle "*payları borsada işlem görmeyen anonim şirketlerde*" en fazla yüzbin (100.000) Türk Lirası, "*payları borsada işlem gören anonim şirketlerde*"¹⁹⁸ ise en fazla

¹⁹⁵ Bu husus TTK md. 404/1'in gerekçesinde "*Sırrın izinle kullanılması sorumluluğu ortadan kaldırır. İzin denetlenenin kanuni mümessili tarafından verilmesi gerekir*" şeklinde ve TTK md. 404/2'nin gerekçesinde de "*İzin, sorumluluğu kaldırır*" şeklinde de açıkça ifade edilmiştir.

¹⁹⁶ Kanun koyucu ihmal bakımından ağır ihmal ve hafif ihmal ayrımı yapmaması sebebiyle her türlü ihmal halinde özel denetçinin sorumluluğu söz konusu olacaktır.

¹⁹⁷ Commission Recommendation of 5 June 2008 Concerning The Limitation of The Civil Liability of Statutory Auditors and Audit Firms (Notified Under Document Number C(2008) 2274) (Text with EEA relevance) (2008/473/EC), s. 2. (<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008H0473&from=EN>), (16.04.2015).

¹⁹⁸TTK'da kullanım alanı bulan "*pay senetleri borsada işlem gören anonim şirket*" ibaresi için bkz. Genel Gerekçe N. 117-118.

üçyüzbin (300.000) Türk Lirasına hükmedilebilir¹⁹⁹. Bu halde üç tür anonim şirket ortaya çıkmıştır. Bunlar halka kapalı anonim şirket ve pay sahibi sayısının 500'ü aşması sebebiyle hisse senetleri halka arz olmuş sayılan ve bunun sonucunda halka açık anonim şirket hükümlerine tabi olan anonim şirket (SPK md. 16/1) ve son olarak payları borsada işlem gören anonim şirkettir. İlk iki şirket için tazminat yüzbin Türk Lirası iken, son şirket için üçyüzbin Türk Lirası tazminat öngörülmüştür.

Kanunda belirtilen sorumluluğun üst sınırı ise “her bir denetim”²⁰⁰ için öngörülmüş olup (TTK md. 404/2), bu hükümlerden doğan tazmin yükümü sözleşme ile kaldırılamaz ve sınırlanmaz (TTK md. 404/2). Görüldüğü üzere TTK md. 404/1’de öngörülen yükümlülüklerin ihlalinde özel denetçinin ihmali olması halinde hükmedilecek tazminatta üst sınır varken, ihlalin kasten olması halinde üst sınır geçerli olmayacaktır. Gerekçede bu farklılığın eBK md. 43’e (TBK md.51) hakim olan düşünceye paralel olduğu belirtilmiştir. Ancak TBK md. 51’de hakim, somut olayın gereği ve özellikle kusurun ağırlığını göz önünde bulundurarak tazminatın kapsamını belirlerken; kanun koyucu TTK md. 404/2’de tazminatın üst sınırını belirlemiştir (TTK md. 404/2’nin Gerekçesi). Hakimin bu üst sınır çerçevesinde somut olayın gereği ve özellikle kusurun ağırlığını göz önünde bulundurarak tazminatın miktarını belirlemesi açısından, hüküm TBK md. 51’den ayrılacaktır. Kanımızca kanun koyucunun özel denetçinin ihmali sonucu zarara sebebiyet vermesi halinde tazminat konusunda üst sınır getirmesi yerinde bir düzenleme değildir. Şöyle ki her ne kadar özel denetçi zarara ihmal sonucu sebebiyet verse de yükümlülüğün ihlali şirket açısından kanunda belirtilen (yüzbin- üçyüzbin) sınırından daha fazla bir zarara yol açabilir. Özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde özel denetçiden şirketin zararının tamamı tazmin edilemeyecektir. Bu sebeple tazminat hususunda böyle bir üst sınırı içeren düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz²⁰¹.

¹⁹⁹ Benzer bir ayırım için bkz. TTK md. 378.

²⁰⁰ Özel denetçi için her bir denetimin anlamı, belirli olayların açıklığa kavuşturulması amacıyla yaptığı denetimdir.

²⁰¹ Aynı doğrultuda Alman Federal Mahkemesi denetçilerin ihmali sebebiyle medeni hukuk sorumluluğunda düzenlenen üst sınırı kıyas yoluyla uygulamayı reddetmiştir (Karahan ve Arı, 2015: s. 501, dp. 1). *Ayhan* Türk Ticaret Kanun Tasarısı Toplantılarında sır saklamadan doğan sorumlulukta tazminat adı altında “*sınırlı bir para cezası*” öngörüldüğü belirtmiştir. Tazminat yerine para öngörülmesinin uygun olmadığını eleştirerek, anonim şirketin zararının daha fazla olabileceği ihtimalinde tazminatın kusurun derecesine göre hakime bırakılmasının daha uygun olacağını ifade

Bununla beraber özel denetçi TTK md. 404/1'deki yükümlülüğün ihlalinde şirkete ve zarar verdiği takdirde bağlı şirketlere karşı sorumludur. Zarar gören bu kişilerin zararın tazmini için dava ehliyeti olup, şirketin veya bağlı şirketlerin pay sahiplerinin ise dava açma ehliyetleri yoktur (TTK md. 404/1'in Gerekçesi)²⁰². TTK md. 404'den doğan sorumluluğa ilişkin istemlerin zamanaşımı TTK md. 404/5'de düzenlenmiştir. Hükme göre sorumluluğa ilişkin istemler “*rapor tarihinden başlayarak*” beş yılda zamanaşımına uğrar. Öğretide bu düzenleme eleştirilerek farklı görüşler ortaya koyulmuştur. İlk olarak *Ulusoy* beş yıllık zamanaşımı süresinin başlangıç tarihinin rapor tarihi olmayıp, sır saklama yükümlülüğünün ihlal edildiği fiilden itibaren olmasını gerektiği ifade etmiştir. Aksi halde sır saklama yükümlülüğü rapor tarihinden itibaren beş yıllık sürede korunacak, beş yıllık sürenin bitiminden sonra ise sır kapsamında olan her türlü bilgi kullanılabilir. Bu sebeple yazar TTK md. 404/5'in kanundan çıkarılarak herhangi bir süre kısıtlaması getirilmeden sırrın koruma altına alınması gerektiğini ifade etmiştir (*Ulusoy*, 2007: s. 175).

Köksal TTK md. 404'de belirtilen yükümlülüğün ihlal edilebilmesi ve tazminat hakkı doğabilmesi için denetim faaliyetleri sırasında öğrenilen sırrın, yine denetim faaliyeti sırasında kullanılmış olması gerektiğini savunmaktadır. Bu sebeple sır saklama yükümlülüğünün ihlalinden doğan sorumluluğun rapor tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresine tabi tutulmasını TTK md. 404 ile bir çelişki oluşturmadığını ifade etmiştir. Yazar ayrıca denetim faaliyeti sona erdikten sonra sırların kullanılarak ortaklığın ticari sırlarının korumasız kalacağı sonucu çıkarılmayacağını belirtmiştir. Bu halde ortaklığın ticari sırlarının açıklanması haksız rekabet sayılacağından, haksız rekabet hükümlerine göre korunacaktır (*Köksal*, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 357-358).

Narbay ise ikili bir ayırım yaparak ilk olarak “*özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünün*” zamanaşımı süresine tabi olmadığını, bilginin sır olma niteliği devam ettiği sürece özel denetçinin denetim faaliyeti sırasında öğrendiği bilgileri

etmiştir (*Ayhan*, 2008: s. 74). *Moroğlu* da TTK md. 404/2'de belirtilen sınırlamanın bazen suça bile teşvik edecek haksız ve gereksiz bir koruma olduğunu, verebilecekleri zararların milyonları bulabilecek denetçilerin sınırlı sorumlu tutulmalarının kabul edilemez olduğunu ifade ederek hükmü eleştirmiştir (*Moroğlu*, 2012 (Değerlendirme): s. 206).

²⁰² Pay sahipleri ve üçüncü kişilerin yükümlülüğün ihlali sebebiyle zararının tazmini için TTK md. 404 veya 554 hükümleri uyarınca değil, koşullarının varlığı halinde TBK md. 49 (eBK md. 41) uyarınca zararlarının giderilmesi yönünde bkz. *Köksal*, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 355-356; *Narbay*, 2010 (Özel Denetim): s. 327; *Güven*, 2011: s. 169.

saklamakla yükümlü olduğunu belirtmiştir. Diğer ayırım ise özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde TTK md. 404/5’de düzenlenen beş yıllık zamanaşımı süresinin “*özel denetçiden tazminat isteme süresi*” olduğunu ifade etmiştir. Özetle özel denetçinin sır saklama yükümlülüğünün zamanaşımına uğramadığı, bilginin sır niteliği devam ettikçe sır saklama yükümlülüğünün devam edeceğini; fakat sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde özel denetçiden tazminat isteme süresinin beş yıl olduğunu savunmaktadır (Narbay, 2010 (Özel Denetim): s. 329-330).

Kanımızca rapor tarihinden itibaren beş yıllık zamanaşımı süresinin başlaması, beş yılın sonunda ortaklık sırlarını korumasız bırakacaktır. Beş yıllık süreyi tazminat isteme süresi olarak nitelendirdiğimizde ise, özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü zamanaşımına uğramasa da, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinden doğan zarar tazmin edilmediği takdirde sır saklama yükümlülüğünün bir anlamı olmayacaktır. Öte yandan sır saklama yükümlülüğünün ihlalini haksız rekabet olarak vasıflandırıp, haksız rekabete ilişkin hükümlerini uyguladığımız zamanda TTK md. 60’daki zamanaşımı süresi ile karşılaşırız. Bu halde dava hakkı, davaya hakkı olan tarafın bu hakların doğumunu öğrendiği günden itibaren bir yıl ve her hâlde bunların doğumundan itibaren üç yıl geçmekle zamanaşımına uğrayacaktır. Diğer bir anlatımla bu sürenin sonunda ortaklık sırrı yine korumasız kalacaktır. Bu sebeplerden ötürü kanımızca TTK md. 404/5 kanun hükmünden çıkarılarak özel denetçinin özel denetim faaliyeti yerine getirmesi sırasında öğrendiği sırların sır niteliği devam ettiği sürece sorumluluğa ilişkin dava açma hakkı devam etmelidir.

Bununla beraber TTK md. 554’de özel denetçinin kanuni görevlerini yerine getirmesinde kusurlu davranmaması gerekir. Bu kanuni görevlerin içerisinde şüphesiz özel denetçinin özel denetim faaliyetini yerine getirirken bağımsız olması da vardır. Bağımsızlık ise özel denetçinin denetimi dürüst ve tarafsız olarak yapması anlamına da gelmektedir (Köksal, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 362). Görüldüğü üzere bağımsızlık ile dürüstlük ve tarafsızlık birbirine bağlı sözcüklerdir. Bu durumda uygulamada şöyle bir sorun ortaya çıkabilir. Özel denetçi özel denetim faaliyetini yerine getirmesi sırasında tarafsız davranmayıp, şirket lehine bir rapor yazması ihtimalinde dürüst davranmadığından TTK md. 404’ün mü, yoksa tarafsız dolayısıyla bağımsız olmadığından gerçeğe uygun bir rapor hazırlamayı kanuni

görevini yerine getirmede kusurlu davrandığından TTK md. 554'ün mü ihlali söz konusu olacaktır? Başka bir örnek daha vermek gerekirse, mahkemenin atadığı özel denetçi şirketi incelemeye başladığında özel denetim hakkında uzman olmadığı kanaatine varmasına rağmen bunu mahkemeye bildirmemiştir. Bunun sonucunda kanuni görevi olan özel denetimi yerine getirilmesinde uzman özel denetçi olmadığı için gerçeği yansıtan bir rapor hazırlayamayacağından kusurlu davranmış olacaktır. Bunun sonucunda TTK md. 554'e göre sorumluluğu söz konusu olabilir. Bunun yanında dürüstlük gerekçede “*mesleki etik dahil her türlü ahlaki kural*” olarak tanımlandığından özel denetçi hem mesleki etik gereği bunu mahkemeye söylemesi gerektiğinden hem de ahlaki kurallara dayanarak dürüst davranmadığından TTK md. 404'e göre sorumlu olması gerekir (TTK md. 404/1'in Gereğesi). Görüldüğü üzere dürüstlük ve tarafsızlık bağımsızlık yükümü ile sıkı sıkıya bağlı olmakla birlikte denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılmaması bazı durumlarda kanuni görevlerini yerine getirilmesinde kusurlu davranmaya da yol açacaktır. Diğer bir anlatımla davranışın TTK md. 404 veya TTK md. 554'ün kapsamına girip girmediğinin tespiti uygulama güç olacağından öğretide Köksal dürüstlük ve tarafsızlık yükümlerinin TTK md. 404'den çıkarılması gerektiğini ifade etmiştir (Köksal, 2008 (Bağımsız Denetim): s. 363-364)²⁰³.

Gerçekten de denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılmaması hem 554'üncü maddenin, hem de TTK md. 404'ün kapsamına girmektedir. Her iki maddenin de kapsamına giren bir konuda hangi hükmün uygulanacağı uygulamada ortaya çıkabilecek bir sorundur. Bunun yanında kanımızca sır saklama yükümlülüğü, TTK md. 554'de belirtilen özel denetçinin yerine getirmesi gereken kanuni görevleri arasındadır. Buna rağmen sır saklama yükümlülüğünün ihlalden doğan sorumluluk ayrı bir maddede TTK md. 404'de düzenlenmiştir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde zararın tazmini hususunda üst sınır getirilmesi ve zamanaşımı hususları da ayrı bir sorundur. Bütün yapılan açıklamalar ışığında kanımızca TTK md. 404'üncü madde hükmü kanundan çıkarılmalıdır²⁰⁴. Böylece sır saklama yükümlülüğünün ihlali ve denetimin dürüst ve tarafsız şekilde yapılmaması halinde genel hüküm olan TTK md. 554'üncü madde uygulama alanı bulacaktır.

²⁰³ Aynı doğrultuda Güven, 2011: s. 171-172.

²⁰⁴ Aynı doğrultuda Odman Boztosun, 2012: s. 6-7.

Olması gereken hukuk açısından önerimiz TTK md. 404'ün kanun maddesinden çıkarılması olmakla birlikte, TTK md. 404 halen mevcut olduğundan aynı anda hem TTK md. 404'ün, hem de TTK md. 554'ün ihlali halinde hangi maddenin uygulanacağı sorununun çözüme kavuşturulması gerekmektedir. İlk olarak özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü özel olarak düzenlendiğinden bu yükümlülüğün ihlali halinde TTK md. 404'üncü madde uygulama alanı bulacaktır. Bununla birlikte sır saklama yükümlülüğünün özel denetçinin ihmali sonucu gerçekleşmesi halinde TTK md. 404/2'deki üst sınır uygulanacaktır. Sır saklama yükümlülüğünün kasten ihlali halinde bu üst sınır uygulanmayacak mahkeme zarar oranında tazminata hükmedecektir. Bununla beraber özel denetçinin dürüst ve tarafsız davranma yükümlülüğü özel denetçinin ihmali sonucu ihlal edilebilecek nitelikte bir yükümlülük değildir. Hayatın olağan akışı içerisinde özel denetçi ancak kasten dürüst ve tarafsız davranma yükümlülüğünü ihlal edebilir. Bu nedenle dürüst ve tarafsız davranma yükümlülüğünün ihlali halinde uygulanacak hüküm konusunda TTK md. 404/2'nin tartışılmasına gerek yoktur. Bununla birlikte özel denetçinin dürüst ve tarafsız davranma yükümlülüğünün ihlali aynı zamanda özel denetçinin uymakla zorunlu kanuni görevlerinden bağımsız olma yükümlülüğünün de ihlali anlamına gelmektedir. Dürüst ve tarafsız davranma yükümlülüğünün ihlali halinde mahkemenin bu ihlali özel denetçinin uymakla zorunlu kanuni görevlerinden bağımsız olma yükümlülüğünün de ihlali olarak yorumlayarak TTK md. 554 vd. maddelerini uygulaması gerektiği kanaatindeyiz.

SONUÇ

Özel denetim isteme hakkı pay sahiplerinin bilgi sahibi olarak pay sahipliği haklarını bilinçli kullanmasına hizmet eden bir haktır. TTK'da düzenlenen pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkı, özel denetim isteme hakkı, sorumluluk davası açma hakkı ve haklı sebeple fesih hakkı birbirlerini takip eden haklardır. Diğer bir anlatımla bir hakkın kullanımı, diğer hakkın kullanımının ön basamağı niteliğindedir. Özel denetim isteme hakkı da bu şema içerisinde en önemli haktır. Şöyle ki bilgi alma ve inceleme hakkı uygulamada şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği haksız gerekçelerle reddedilebilir. Sorumluluk davası açmak isteyen pay sahibi veya şirketin haklı sebeple feshini talep etmek isteyen azınlık bilgi alma ve inceleme hakkı reddedildiği ya da tatmin edici bir cevap verilmediği için bu davaları açarak iddiasını destekleyecek bilgilere sahip olmayabilir. İşte bu şema içerisinde bu haklarının kullanımı özel denetim sayesinde kullanılabilir.

Görüldüğü üzere yukarıda saydığımız vb. hakların kullanımına yol açan özel denetim kurumu pay sahibine getirdiği koruma ile kanımızca TTK'da ayrı bir öneme sahiptir. Kanun koyucu eTTK'da uygulamada ortaya çıkan sorunları göz önünde bulundurarak TTK'da özel denetçi isteme hakkı düzenlemiştir. Bu açıdan özel denetim isteme hakkı eTTK'daki düzenlemeye kıyasla yerinde bir düzenlemedir. Bununla birlikte düzenleme bazı eksiklikleri ve açıkça düzenlenmeyen konularda uygulamada ortaya çıkabilecek sorunları da bünyesinde barındırmaktadır. Çalışmamızda özel olarak vardığımız önemli sonuçları ve eksiklikleri şöyle sıralayabiliriz:

Kanun koyucu özel denetim isteme hakkını her pay sahibine tanımış olup, TTK md. 438/1'in gerekçesinde intifa hakkı ve tahvil sahiplerine ve alacakların özel denetim isteme hakkının bulunmadığını, esas sözleşme ile böyle bir hak tanınıp tanımayacağına ilişkin tartışmayı ise doktrine bıraktığını ifade etmiştir. Kanımızca intifa hakkı sahipleri pay sahipleri gibi özel denetim isteme hakkına sahip olup, bu kişilerin özel denetim talebinde bulunamayacağına ilişkin gerekçedeki ifadenin kaldırılması gerekmektedir. Bununla beraber özel denetim kurumu pay sahipliği haklarının kullanılması amacına hizmet etmesi sebebiyle kanımızca işçilerin,

denetçilerin, üçüncü kişilerin ve alacaklıların özel denetim isteme hakkı yoktur. Esas sözleşme ile de tanınmayacağı kanaatindeyiz.

Kanun koyucu pay sahibinin özel denetim talebinde bulunması için bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olma ön şartını düzenlemekle birlikte hangi durumlarda bu hakkın kullanılmış sayılması gerektiğini düzenlenmemiştir. Kanımızca pay sahibinin genel kurulda veya dışında bilgi alma ve inceleme talebinde bulunması ve bu istemin haksız olarak reddedilmesi, cevapsız bırakılması, tahmin edici bir cevap verilmemesi veya daha sonraki bir zamana ertelenmesi gibi durumlarda bu hak kullanılmış sayılmalıdır. Pay sahibinin ön şartın gerçekleşmesi için TTK md. 437/5’de düzenlenen mahkemeye başvuru olanağını kullanmasına gerek yoktur. Bu durum hem usul ekonomisi ilkesine hizmet edecek, hem de TTK md. 437/5’e dayanarak dava açan pay sahibinin iddiasını kanıtlayamaması halinde yargılama giderlerinden sorumlu olmasının önüne geçebilecektir. Aksi halde davanın sonuçlanması ve bilginin ortaklık organlarından istenmesi sonucu geçen bu süre zarfından özel denetime isteme hakkından beklenen fayda önemini yitirebilir.

Pay sahiplerinin özel denetim isteminde bulunması için gereken şartlardan belirli olayların açıklığa kavuşturulma amacı olmasında ifade edilen, özel denetimin de konusunu da oluşturan belirlilik kriteri taşıdığı soyutluk sebebiyle uygulamada farklı yorumlanarak problemler yaşanmasına sebep olabilir. Bu nedenle belirlilik kriterinin uygulamada pay sahibinin yararına olacak şekilde geniş yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz.

Pay sahiplerinin genel kurulda özel denetim istemini başkanlık divanı tarafından genel kurula sunmaması veya bu istemi ertelemesi halinde bu durumun ne gibi sonuç doğuracağı kanunda düzenlenmemiştir. Kanımızca genel kurulda özel denetim isteminin cevapsız bırakılması veya ertelenmesi halleri genel kurul tarafından özel denetim istemine ilişkin ret kararı verdiği şekilde nitelendirilebilir. Böylece azınlık ve belli itibari değerde paya sahip pay sahipleri TTK md. 439’da düzenlenen yola başvurabilir.

Genel kurulda özel denetim isteminin oylanması hususunda oy hakkında imtiyazlı pay sahiplerinin imtiyazlarının kanımızca kullanılmaması gerekir. Aksi halde imtiyazlı oylar sayesinde özel denetim istemi reddedilebilir. Bu da imtiyazın

baskı ve hakimiyet aracı olarak kullanılmasına neden olabilir ki bu oyda imtiyaz tanınmasının temelinde yatan düşüncelere aykırılık teşkil edecektir. Olması gereken hukuk açısından önerimiz oyda imtiyazın kullanılmadığı kararları düzenleyen TTK md. 479/3'e "*Özel denetçilerin seçimi*"nin de eklenmesi şeklindedir.

Genel kurulun özel denetim istemini kabul etmesi halinde her pay sahibi ve şirketin mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunabileceği düzenlenmiştir. Bununla birlikte yönetim kurulunun mahkemeye başvuru zorunluluğu olup olmadığına kanunda açıkça ifade edilmemesi uygulamada sorunlara neden olabilir. Kanımızca yönetim kurulunun mahkemeden özel denetçi atanması hususunda talep etme gibi zorunluluğu olmamalıdır. Özellikle uygulamada özel denetim isteminin yönetimin işlemlerini denetlemek gibi bir amacı olduğunu hesaba katıldığında yönetim kuruluna verilen bu hakkı kullanmak onun inisiyatifine kalmış olup, aksi bir düşüncenin maddenin amacını aşan bir yorum olacağı kanaatindeyiz.

Mahkemeden özel denetçi atanması hususunda talep etme hakkına sahip olanların mahkemeye başvuru süresi olan otuz günlük süre her ne kadar gerekçede açıkça hak düşürücü süre niteliğinde olmadığı belirtilse de, kanımızca "*hak düşürücü süre*" niteliğindedir. Bu nedenle gerekçede bu sürenin hak düşürücü süre olmadığı hususundaki ifadenin düzeltilmesi gerekmektedir.

Genel kurulun özel denetim istemini kabul etmesi halinde mahkemeden özel denetçi atanmasına ilişkin istemin çekişmesiz yargı işi olduğu TTK'da açıkça düzenlenmelidir.

Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde mahkemeden özel denetim talebinde bulunma hakkına sahip olan azınlığı oluşturan ve belirli oranda itibari değerde paya sahip olan pay sahiplerinin oranı TTK md. 340 hükmü engeli sebebiyle de azaltılamayacaktır. Olması gereken hukuk açısından kanaatimizce oranın azaltılması hakkın kullanımını kolaylaştırılması sebebiyle oran azaltılabilmelidir. Bu sebeple TTK md. 439/1'e esas sözleşme ile bu oranların azaltılabileceğine ilişkin hüküm konulmalıdır.

Kanun koyucu belli itibari değerde paya sahip olan pay sahiplerine azınlık hakları içerisinden sadece özel denetim isteme hakkı tanımıştır. Kanımızca hem diğer

azınlık hakları ile yeknesaklık sağlanması açısından hem de sermayesi çok büyük şirketlerde gerekli yüzdeyi sağlanması diğer azınlık hakları içinde güç olacağından belli itibari değerde paya sahip pay sahiplerine de diğer azınlık haklarını kullanma imkânı tanınmalıdır

Özel denetçi atanması isteminde bulunan dilekçe sahipleri kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlali sonucu şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını ikna edici bir şekilde ortaya koymaları gerekir. Şirketin ve pay sahiplerinin zarara uğradıkları hususunu ikna edici bir şekilde ortaya konulması şartı ise uygulamada gerçekleştirilmesi zor bir şarttır. İkna edici bir şekilde ortaya koyma özel denetime başvuruyu zorlaştırabileceğinden dolayı hüküm yumuşatılarak “*şirketin veya pay sahiplerinin zarar uğratıldıklarına ilişkin kanıt ve emare/belirtilerin ispatlanması*” şeklinde değiştirilmesinde fayda olacaktır.

Genel kurulun ret kararı üzerine özel denetim isteminde bulunulan mahkemenin özel denetim şartlarının oluştuğunun tespiti için bilirkişi tayin etme hakkı olup olmadığı hususu uygulamada sıkça karşılaşılabilecek bir konudur. Kanımızca burada ikili bir ayırım yapılmalıdır. Hakimin genel hayat tecrübesi ve hukuki bilgisi ile çözümlenebilecek bir konu varsa hakim bilirkişi atayamaz. Hakimin hukuki bilgisi veya genel hayat tecrübesi ile çözümlenemeyecek teknik ve özel bilgiyi gerektiren hususlarla ilgili olarak bilirkişi atanabilir. Ancak bilirkişinin bu incelemesi iddia edilen emarelerin varlığına ilişkin kanaat oluşturacak sınırdaki bir inceleme olup, özel denetim faaliyeti değildir.

Genel kurulun ret kararının ardından dilekçe sahiplerinin mahkemeden özel denetçi atanmasına ilişkin talepleri karşısında mahkemenin vereceği kararın kesin olduğuna ilişkin TTK md. 440/2 c. 2 hükmü kanımızca yerinde bir hüküm değildir. Açılan dava çekişmeli yargı faaliyeti olup, kararın hukuka aykırı olduğunu düşünen tarafa özellikle özel denetim isteminde bulunan taraf açısından temyiz hakkı verilmesi gerekirdi. Bu nedenle “*Mahkemenin kararı kesindir.*” şeklindeki düzenlemenin kanundan çıkarılması gerekir.

Genel kurulun özel denetim istemini reddetmesinin ardından uygulamada sıkça karşılaşılan özel denetim istemini reddeden genel kurul kararının iptali davası açılıp açılmayacağı hususu TTK’da düzenlenmemiştir. Kanımızca pay sahiplerinin veya

azınlığın bu genel kurul kararını iptal ettirmede hukuki bir yararı vardır. Her ne kadar mahkemenin iptal kararının ardından genel kurul yine ret kararı verme ihtimali bulunmasına rağmen iptal davası açılması engellenemez. Şöyle ki hem kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve dürüstlük kurallarına aykırılık sebebiyle genel kurulun ret kararı vermesi ihtimali açısından, hem de en azından karar iptal edilerek kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve dürüstlük kurallarına uygun bir genel kurul kararı alınacak olması açısından pay sahipleri iptal davası açabilirler. Ayrıca azınlık statüsünde olmayan veya belirli değerde paya sahip olmayan pay sahipleri açısından da tek çıkar yolu genel kurul kararının iptali davasıdır.

Özel denetçi ile şirket arasındaki ilişki kanımızca isimsiz (atipik) iş görme sözleşmesi olup, bu ilişkinin niteliği TTK'da açıkça düzenlenmelidir.

Özel denetçi özel denetim faaliyetini “*amaca yararlı bir süre içerisinde*” yapılacağını düzenlenmiş olup, kanımızca kanun koyucunun amaca yaralı bir süre gibi belirsiz bir süre belirlemesi özel denetçinin istismarına açık bir şekilde uygulanabilir. Bu sebeple hakim, olayın özellikleri çerçevesinde belirli bir süre tayin etmelidir.

Özel denetçinin özel denetim faaliyetini yerine getirmesi sırasında yönetim kurulunun şirketin defterlerini, yazışmaları dahil yazılarını, kasa, kıymetli evrak gibi varlıklarını incelemesi hususunda özel denetçiye izin vereceği düzenlenmiştir. Yönetim kurulunun izin vereceğine ilişkin ifade ve izni ne kadar süre de vereceği gibi hususlarda düzenleme yapılmaması uygulamada yönetim kurulunun izin vermek zorunda olup olmadığı hususunda tartışma yaratabilir. Kanımızca böyle bir tartışmanın önün geçebilmek için hükmün “*Yönetim kurulu...varlıkların incelenmesine izin vermekle yükümlüdür*” şeklinde kaleme alınması gerekir.

Hazırlanan rapor taslağını özel denetçiden alan mahkeme, şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğratıp uğratmayacağına ilişkin şirketin itirazları için raporu şirkete gönderir. Burada raporun üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesi önem arz eder. Ancak uygulamada raporun özellikle UYAP kanalıyla gönderilmesi halinde davacı veya davalının avukatlarının rapora ulaşma gibi bir sorun ortaya çıkması bakımından raporun şirkete tebliği hususunda dikkat edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Özel denetçinin görevinin olağan veya olağanüstü sebeplerle sona ermesine ilişkin özel denetimin düzenlendiği maddelerde herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Kanımızca özel denetçi raporunu mahkemeye sunması ile özel denetçinin görevi olağan şekilde sona erecektir. Olağan şekilde sona ermede ise vekâlet sözleşmesi hükümlerinden ve bağımsız denetim sözleşmesinin ilgili hükümlerine kıyas ile çözüm yolu bulunulmaya çalışılabilir. TBK md. 513'ün kıyasen uygulaması ile ölüm, ehliyetin kaybedilmesi veya özel denetçinin iflası halinde veya bağımsız denetçinin görevden alınmasını düzenleyen TTK md. 399/2'de denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin varlığı halinde özel denetçinin görevi olağanüstü şekilde sona erebilir. Bununla beraber TTK md. 399/8'in kıyasen uygulanması ile özel denetçi haklı sebeplerin varlığı halinde özel denetim ilişkisini sona erdirebilir.

Özel denetçinin hukuki sorumluluğu özel denetimin düzenlendiği maddeler TTK md. 438-444'üncü maddelerde düzenlenmemekle birlikte hukuki sorumluluğun düzenlendiği TTK md. 554'de ve bağımsız denetimin düzenlendiği TTK md. 404'de düzenlenmiştir. TTK md. 554'de özel denetçinin kanuni görevlerini yerine getirilmesinde kusurlu davranmalarından doğan sorumluluk düzenlenirken, TTK md. 404'de özel denetçinin denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmaması ve sır saklama yükümlülüğünün ihlalden doğan sorumluluk düzenlenmiştir. Kanımızca denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılması denetçinin bağımsız olması ile sıkı sıkıya bağlıdır. Diğer bir anlatımla denetimin dürüst ve tarafsız şekilde yapılmaması denetçinin kanuni görevleri olan bağımsız olma şartının ihlali anlamını taşır. Bu şekilde denetçinin denetimi dürüst ve tarafsız şekilde yapmaması halinde TTK md. 404'ün mü yoksa, TTK md. 554'ün mü uygulama alanı bulacağı uygulamada ortaya çıkabilecek bir sorundur. Bunun yanında TTK md. 404/1'de düzenlenen yükümlülüğün ihmal sonucu ihlali halinde tazminat konusunda sınırlama getirmesi, zararın daha fazla olması ihtimalinde uygulama da birçok sorun ortaya çıkarabilir. Bununla beraber kanımızca özel denetçinin sır saklama yükümlülüğü, yerine getirilmesi gereken kanuni görevler arasındadır. Bütün bunların ışığında kanun koyucunun TTK md. 554'deki düzenleme varken, niçin TTK md. 404'ü düzenlediğini anlamak zor olmakla birlikte uygulamada ortaya çıkan sorunların çözümü hususunda önerimiz TTK md. 404'ün kanundan çıkarılmasıdır.

KAYNAKÇA

- ADAY**, Nejat (1995). “Anonim Şirkette Özel Denetçi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınevi, s. 21-47.
- AKBULAK**, Yavuz (2013). “Bağımsız Denetime Tabi Şirketlere İlişkin Düzenlemeler”, REGESTA, C. III, S. 1, s. 105-126.
- ALBAYRAK**, Hakan (2012). Yaklaşık İspat. Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya.
- ARAL**, Fahrettin, Hasan **AYRANCI** (2012). 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- ARI**, Ahmet (2011). “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Özel Denetim”, Legal Hukuk Dergisi, S. 100, s. 1413-1441.
- ARI**, Zekeriyya (2010). “Alacaklı veya Ortakların Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Doğrudan Zararlar Nedeniyle Açabilecekleri Davalarda Zamanaşımı” (Doğrudan Zarar), EÜHFD, C. XIV, S. 1-2, s. 171-198.
- ARSLANLI**, Halil (1960). Anonim Şirketler, C. I, Umumi Hükümler. İstanbul: Fakülteler Matbaası.
- AYHAN**, Rıza (2008). “Özet”, Türkiye Barolar Birliği Türk Ticaret Kanunu Tasarı Toplantıları I-II-III, Ankara: Şen Matbaa, s. 1-96.
- AYTAÇ**, Zühtü (1979). “Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, BATİDER, C. X, S. 1, s.177-218.
- BAHTİYAR**, Mehmet (2005). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın Dili ve Bazı Hükümlerin Değerlendirilmesi” (Tasarı), TBB Dergisi, S. 61, 2005, s. 47- 106.
- BAHTİYAR**, Mehmet (2012). Ortaklıklar Hukuku (Ortaklık). İstanbul: Beta Yayınları.
- BAHTİYAR**, Mehmet, Esra, **HAMAMCIOĞLU** (2012). “Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirket Genel Kurulunun Fiziken Yapılması”, Prof. Dr. Erhan Adal’a Armağan, YÜHFD, C. VII, S. 2, 2011- C. IX, S. 1, s. 333-381.
- BAKKALCI**, Şebnem Meral (2007). İçerden Öğrenenlerin Ticareti ve Sorumluluğu. Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir.
- BAY**, Emir (2012). “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim İsteme Koşullarının 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Açısından Karşılaştırılması”, Terazi Hukuk Dergisi, S. 69, s. 20-28.
- BİLGİLİ**, Fatih, Ertan **DEMİRKAPI** (2013). Şirketler Hukuku. Bursa: Dora Yayıncılık.

- BİRSEL**, Mahmut (1970). “Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları”, İmran Öktem’e Armağan. Ankara: Sevinç Matbaası, s. 621-659.
- CAN**, Mustafa Erdem (2014). “Azlığın Genel Kurulun Toplantıya Çağırılması Ve Gündemin Belirlenmesi Konusundaki Yetkileri”. (Ed.) Erol Ulusoy. Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları. Ankara: Bilge Yayınevi: s. 75- 96.
- ÇELİK**, Aydın (2006). “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 77- 113.
- ÇELİK**, Aytekin (2009). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerin Haklı Sebep Feshi” (Fesih), BATİDER, C. XXV, S. 4, s. 559-592.
- ÇEVİK**, Orhan Nuri (1988). Anonim Şirketler. Ankara: Seçkin Kitabevi.
- DOERİĞ**, Markus (2005). “Appointment of Special Auditors (Appointement)”. http://www.b-legal.ch/images/4_ILO_MD_14_02_2005.pdf/ 07.05.2015.
- DOERİĞ**, Markus (2007). “Shareholders' Right to Initiate a Special Audit”. <http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=0a22a770-9c55-4bb3-940e-db6365a2ae6e/> 07.05.2015.
- DOĞANAY**, İsmail (2004). Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II. İstanbul: Beta Yayınları.
- DOMANIÇ**, Hayri (1978). Anonim Şirketler. İstanbul: Eğitim Yayınları.
- DOMANIÇ**, Hayri (1988). Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, TTK Şerhi (Şerh), C. II. İstanbul: Temel Yayınları.
- ERDEM**, Nuri (2012). “6102 Sayılı Yeni TTK’ya Göre Anonim Ortaklık Pay Sahiplerinin Müktesep (Kazanılmış) Hakları”, Regesta, C. II, S. 1, s. 29-44.
- ERDEM**, Nuri (2014). “Azınlığın Anonim Ortaklığın Haklı Sebep Feshini Mahkemeden Talep Etme Hakkı”. (Ed.) Erol Ulusoy. Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları. Ankara: Bilge Yayınevi: s. 175-194.
- ERİŞ**, Gönen (2004). Açıklamalı- İctihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu Ticari İşletme ve Şirketler (Ticari İşletme), C. 2. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- ERİŞ**, Gönen (2013). Gerekçeli- Açıklamalı- İctihatlı- 6335 Sayılı Kanunla Güncellenmiş Yeni TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme Ve Şirketler (417-644. Maddeler), C. 3. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- GÖKTÜRK**, Kürşat, Mehmet Çelebi **CAN** (2011). “Farklılaştırılmış Teselsülün – Özellikle- Dış İlişki Bakımından Anlamı Ve Bankacılık Kanununun Şahsi İflas Sorumluluğu İle Karşılaştırılması”, İnönü HFD, C. 2, S. 2, s. 247- 282.
- GÜRBÜZ USLUEL**, Aslı E. (2009). Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması. İstanbul: Vedat Kitapçılık.

- GÜRBÜZ USLUEL**, Aslı E. (2011). “Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi Ve Hukuki Sorumluluğu” (İşlem Denetçisi), *BATİDER*, C. XXVII, S. 2, s. 123-153.
- GÜVEN**, Şirin (2011). “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”, *Çankaya University Journal of Law*, C. 8, S. 2, s. 133-175.
- HELVACI**, Mehmet (1998). “Anonim Ortaklıkta Ticaret Kanunundan Kaynaklanan Haklarının Hukuki Niteliği ve Tanımı”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 297-310.
- HELVACI**, Mehmet (2001). “Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğunun Müteselsil Olmasının Anlamı ve İsviçre Borçlar Kanununun 759. Maddesi İle Getirilen Müteselsil Sorumluluğun Anlamının Tanıtılması” (Sorumluluk), Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 219- 232.
- HERSBERGER**, Eva (2014). “Clarifications by the Federal Supreme Court in Regard to the Conduct of a Special Audit”, s. 1-2. http://www2.eycom.ch/publications/items/jus/news_201401/201401_EY_legalnews_e.pdf/ 05.05.2015.
- HOPT**, Klaus J. (2004). “Rights of Minority Shareholders Under German Law”. (Ed.) Evangelos Perakis. *Rights of Minority Shareholders, XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law*. Belgique: Bruylant Bruxelles: s. 389-412.
- İMREGÜN**, Oğuz (1962). *Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumi Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilafları ve Bunları Telif Çareleri*. İstanbul: İsmail Akgün Matbaası.
- İMREGÜN**, Oğuz (1964). “Anonim Şirketlerde Azınlığın Himayesi”(Azınlığın Himayesi), III’üncü Ticaret ve Banka Hukuku Haftası. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 171-206.
- İMREGÜN**, Oğuz (1989). *Anonim Ortaklıklar (Anonim)*. İstanbul: Yasa Yayınları.
- KARAHAN**, Sami (Ed.) (2015). *Şirketler Hukuku*. Konya: Mimoza Yayınevi.
- KARASU**, Rauf (2005). “Türk Ticaret Kanunu Tasarı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, *BATİDER*, C. XXIII, S. 2, s. 71-114.
- KARASU**, Rauf (2012). “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’na Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi” (Emredici Hükümler), *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Sempozyumu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Özel Sayı*, C. 18, S. 2, s. 312-331.

- KAVASOĞLU**, Abdurrahman (1999). Anonim Şirketlerde Özel Denetçi. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- KAYA**, Arslan (1997). “Müktesep Haklar” (Müktesep Haklar), 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu. İstanbul: Beta Yayıncılık, s.147-151.
- KAYA**, Arslan (1997). “Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı” (Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı), 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 155-161. 1997
- KAYA**, Arslan (2001). Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- KAYA**, Arslan (2015). “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı İle İlişkisi” (Özel Denetim), BATİDER, C. XXXI, S. 1, s. 61-83.
- KAYAR**, İsmail (1989). Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- KENDİGELEN**, Abuzer (1994). Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı (İntifa Hakkı). İstanbul: Beta Yayınları.
- KENDİGELEN**, Abuzer (2004). “Anonim Şirketlerde Çıplak Payların Haczi” (Çıplak Pay), İÜHFİM, C. 62, S. 1-2, s. 381-402.
- KENDİGELEN**, Abuzer (2012). Türk Ticaret Kanunu Değişiklikler, Yenilikler ve İlk Tespitler. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- KILIÇOĞLU**, Ahmet (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi.
- KÖKSAL**, Aytaç (2008). Bağımsız Denetim Sözleşmesi (Bağımsız Denetim). Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.
- KÖKSAL**, Aytaç (2010). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 397 ila 406. Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. I. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1387-1409.
- KUNZ**, Peter V. (2010). “Swiss Corporate Governance – An Overview”. Swiss Reports Presented at the XVIIIth International Congress of Comparative Law, s. 99- 134. http://www.iwr.unibe.ch/content/e7137/e7138/e8539/e8655/099-134KUNZ_ger.pdf 05.05.2015.
- KURU**, Baki, Ramazan **ARSLAN**, Ejder **YILMAZ** (2013). Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı). Ankara: Yetkin Yayıncılık.
- MOROĞLU**, Erdoğan (1976). “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi” (Özel Denetçi), İÜHFİM, Ord. Prof. Dr. Ernst E. Hirsch’e Armağan, Özel Sayı, C. XLII, S. 1-4, s. 341-358.

- MOROĞLU**, Erdoğan (2012). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme Ve Öneriler (Değerlendirme). İstanbul: On İki Levha Kitabevi.
- MOROĞLU**, Erdoğan (2012). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü (Hükümsüzlük). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- NARBAY**, Şafak (2007). "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları Ve Özel Denetçinin Atanması Usulü", Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, s. 287-327.
- NARBAY**, Şafak (2010). Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim (Özel Denetim). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- NOMER**, Haluk (2012). Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Beta Yayınları.
- NOMER**, N. Füsün (1998). Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Sadakat Yükümlülüğü. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- ODMAN BOZTOSUN**, Ayşe (2012). "Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçinin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?", Halil Arslanlı Bilim Arşivi, s. 1-8.
<http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/AyşeOdmanBoztosun.pdf> / 02.04.2015.
- OĞUZ**, Arzu (1991). "Pay Senetleri Üzerinde İntifa Hakkı Kurulması ve İntifa Hakkının Kapsamı", Ankara Barosu Dergisi, S. 1, s. 23-44.
- OĞUZMAN**, M. Kemal, Turgut **ÖZ** (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I. İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- ÖZDAMAR**, Mehmet (2014). "Anonim Şirketlerde Özel Denetim". (Ed.) Erol Ulusoy. Anonim Şirketlerde Azınlık Hakları. Ankara: Bilge Yayınevi: s. 45-74.
- ÖZKAN**, Ömer (1999). "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması", BATİDER, C. XX, S. 2, s. 27-49.
- ÖZKORKUT**, Korkut (2005). "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerin Denetiminde Yeni Bir Dönem: Bağımsız Denetleme Kuruluşları, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Ve Yeminli Mali Müşavirler" (Bağımsız Denetleme Kuruluşları), BATİDER, C. XXIII, S. 2, s. 31-69.
- ÖZKORKUT**, Korkut (2013). 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
- ÖZTEK**, Selçuk (1986). "Şirketler Gruplarında Yavru Şirketlerdeki Azınlık Pay Sahiplerinin Türk Ticaret Kanunu m.363/ İsviçre Borçlar Kanunu m.697 Çerçevesinde Bilgi Alma Hakkı", Prof. Dr. Ernst E. Hirsch'in Hatırasına

- Armağan (1902-1985). Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 293- 327.
- PASLI**, Ali (2003). “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 611-647.
- PEKCANITEZ**, Hakan, Oğuz **ATALAY**, Muhammet **ÖZEKES** (2014), Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı. Ankara: Yetkin Yayınları.
- PERAKIS**, Evangelos (2004). “Rights of Minority Shareholders General Report”. (Ed.) Evangelos Perakis. Rights of Minority Shareholders, XVIth Congress of the International Academy of Comparative Law. Belgique: Bruylant Bruxelles: s. 9-111.
- PEYROT**, Paul (2006). “Let’s Fight. Minority Shareholders and Capital Investors” (National Report of (Switzerland)), s. 1-12. [http://www.peyrot-schlegel.ch/upload/6-Referat.pdf/](http://www.peyrot-schlegel.ch/upload/6-Referat.pdf) 08.05.2015.
- PULAŞLI**, Hasan (2008). “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Oy Hakkındaki İmtiyazın Sınırı ve Etkisiz Olduğu Haller” (Oyda İmtiyaz), BATİDER, C. XXIV, S. 3, s. 19-32.
- PULAŞLI**, Hasan (2010). “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemedен Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE 133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı” (Yönetim Kurulunun Bilgi Alma ve Özel Denetim İstemi), Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 1857-1883.
- PULAŞLI**, Hasan (2011). Şirketler Hukuku Şerhi (Şerh I), C. I. Ankara: Adalet Yayınevi.
- PULAŞLI**, Hasan (2011). Şirketler Hukuku Şerhi (Şerh II), C. II. Ankara: Adalet Yayınevi.
- PULAŞLI**, Hasan (2013). Şirketler Hukuku Genel Esaslar. Ankara: Adalet Yayınevi.
- SİVAS**, Ahmet (1992). Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- SUMER**, Ayşe (1990). Anonim Ortaklıklarda Azınlık Haklarının Korunması ve Anonim Ortaklığın Haklı Nedenle Feshi. Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- ŞAHİN**, Ayşe (2011). Anonim Ortaklığın Haklı Sebep ile Fesih. Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul.
- ŞENER**, Oruç Hami (2012). Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku- Ders Kitabı. Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TEKİL**, Fahiman (1998). Anonim Şirketler Hukuku. İstanbul: Alkım Yayınevi.

- TEKİNALP, Ünal** (1965). “Anonim Ortaklığın Genel Kurulunda Bir Teklifin Reddine Karşı İptal Davası Açılabilir Mi?” (İptal Davası), İstanbul Barosu Dergisi, C. 39, S. 7-8-9, s. 249-260.
- TEKİNALP, Ünal** (1981). “İçerden Öğrenenlerin Ticareti Sorunu” (İçerden Öğrenenler), İktisat ve Maliye Dergisi, C. XXXIII, S. 9, s. 310-318.
- TEKİNALP, Ünal** (1988). “Otuz Yıllık Uygulamanın Işığında Azınlık Hakları Sisteminin Uygulamasının Değerlendirilmesi”, Türk Ticaret Kanunu’nun 30. Yılı Semineri. İstanbul: İstanbul Ticaret Odası, s. 231- 254.
- TEKİNALP, Ünal** (1997). “Azlık Hakları ve Bireysel Haklar” (Bireysel Haklar), 40. Yılında Türk Ticaret Kanunu, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 152-154.
- TEKİNALP, Ünal** (2011). Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları (Yeni Anonim ve Limited Ortaklık Hukuku). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TEKİNALP, Ünal, Reha POROY, Ersin ÇAMOĞLU** (2005). Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım.
- TEKİNALP, Ünal, Reha POROY, Ersin ÇAMOĞLU** (2014). Ortaklıklar Hukuku I (Ortaklık). İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- TEOMAN, Ömer** (1978). Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri (İntifa Senetleri). İstanbul: İstanbul Üniversite Kitapevi.
- TEOMAN, Ömer** (1980). “Anonim Ortaklıkta Azınlığın Genel Kuruldan Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı Ve Gündeme Bağlılık İlkesi (Gündeme Bağlılık)”, İkt. Mal. D., C. XXVII, S. 2, s. 68-75.
- TEOMAN, Ömer** (1981). “Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar”, Yasa Hukuk Dergisi, C. IV, S. 9, s. 1152-1156.
- TEOMAN, Ömer** (1981). “Özel Denetçi Atanması İstemi Genel Kurulca Reddedilen Azınlığın İzleyebileceği Yollar” (Azınlığın İzleyebileceği Yollar), Yasa ve Hukuk Dergisi, C. IV, S. 9, s. 1152-1156.
- TEOMAN, Ömer** (2012). “Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin Özel Denetçi Konusundaki Bir Kararı Üstüne Kısa Notlar” (Kısa Notlar), Tüm Makalelerim, C. I-II (1971-2001). İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 563-568.
- TEOMAN, Ömer** (2012). “Yeni Türk Ticaret Kanunu ile Yürürlük Kanununun Anonim ve Limited Ortaklık Genel Kurullarında Toplantı Nisabı Aranmayacağını Öngören Hükümleri” (Genel Kurul Toplantı Nisabı), REGESTA, C. 2, S. 2, s. 3-7.
- TİMMERMAN, L., A. DOORMAN** (2002). “Rights of Minority Shareholders in the Netherlands”, Electronic Journal of Comparative Law, Vol. 6.4., 2002, s. 181- 211.

TURANBOY, Asuman (1988). İnsider Muameleleri (İnsider). Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

TURANBOY, Asuman (2006). “Ticari Sır”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan. Ankara: Turhan Kitabevi, s. 349-369.

TURANBOY, Asuman (2011). “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Sermaye Piyasası Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” (Sempozyum). 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, 2-3 Haziran 2011. Ankara: Öz-gem Matbaacılık: s. 11-27.

ULAŞ KISA, Seda (2003). “Anonim Ortaklıkta Yaşanan Çıkar Çatışmasının Azınlıkta Kalanlara Zarar Vermemesi İçin Öngörülen Önleyici Hukuki Araçlar”, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, C. I. İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 507-536.

ULAŞ, Işıl (2005). “Uygulamacı Gözü İle Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Bakış”, BATİDER, C. XXIII, S. 2, s. 189- 207.

ULUSOY, Yasin (2007). Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim. Ankara: Seçkin Yayıncılık.

YAVUZ, Cevdet (2012). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler). İstanbul: Beta Yayınları.

YILMAZ, Ejder (2008). “Usul Ekonomisi”, AÜHFD, C.57, S.1, s. 243-274.

ZEREN, Banu (2010). Anonim Ortaklıkta Azınlığın Özel Denetçi Atanmasını Talep Hakkı. Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

ZEVKLİLER, Aydın, K. Emre **GÖKYAYLA** (2013). Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri. Ankara: Turhan Kitabevi.

DiĞER KAYNAKLAR

Ankara Barosu Dergisi, 1966, S. 6: s. 1068-1069.

Commission Recommendation of 5 June 2008 Concerning The Limitation of The Civil Liability of Statutory Auditors and Audit Firms (Notified Under Document Number C(2008) 2274) (Text with EEA relevance) (2008/473/EC), s. 1-2. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32008H0473&from=EN> / 16.04.2015.

<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>

<http://www.tdk.gov.tr/> / 28.01.2015.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0483.pdf> / 25.02.2015.

ÖZGEÇMİŞ

Nihan DEĞİRMENCİOĞLU

Kişisel Bilgiler:

Doğum Tarihi : 02.09.1990

Doğum Yeri : Söke/AYDIN

Eğitim:

Lisans :2008-2012 Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yüksek Lisans :2012-... Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı

Çalıştığı Kurumlar:

Şubat 2013'den itibaren Pamukkale Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi
İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalında Araştırma Görevlisi.

İletişim Bilgileri:

E- mail: ndegirmenciogluaydin@gmail.com