

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde
Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim
Special Audit in Corporation Law, in accordance with
Turkish Commercial Code No. 6102

Şirin Güven*
Çankaya Üniversitesi

ÖZET 6102 sayılı TTK ile, yürürlükte olan 6762 sayılı TTK'nun 348. maddesinde düzenlenmiş olan özel denetim kurumunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Özel denetim, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının devamı niteliğinde olup, şirketin idaresi ile ilgili belirli olaylar hakkında aydınlatıcı bilgiler almasına imkân vererek, pay sahipliğinden doğan haklarını bilinçli ve sağlıklı bir şekilde, şirketin ve sonuç olarak kendi yararına kullanabilmesine hizmet eden bir kurumdur. Özel denetim, pay sahiplerine, şirketin yönetimi konusunda bilgi temin etmek suretiyle dolaylı olarak yönetim kurulunu denetlemeleri, yetkilerini kötüye kullanmasına engel olmaları imkânı verir. Keza, özel denetim, bir taraftan, pay sahiplerinin, talep ettikleri bilgi ve belgelere ulaşmaları suretiyle, bilgi alma haklarının kullanımını genişletmelerine, diğer taraftan, onlara sadece haklarını kullanmaları açısından gerekli olacak bilgileri iletmek suretiyle şirketin ticarî sırlarının gizliliği ilkesine itibar edilmesine imkân sağlar. Böylelikle, özel denetim, pay sahipleri ile şirket menfaatlerinin uzlaşmasına yardımcı olur.

ANAHTAR KELİMELER Özel denetim, özel denetçi, pay sahipliğinden doğan hak, bilgi alma ve inceleme hakkı, pay sahibi, azınlık hak sahibi.

ABSTRACT Substantial amendments on the provisions regulating the institution of special audit in Turkish Commercial Code numbered 6762 were introduced by Turkish Commercial Code numbered 6102. The special audit, is the prolongation of the right of information and examination. It serves the conscious application of shareholder's rights by shareholders, enabling them to provide enlightening information on precise facts related to the administration of the company. The institution of special audit permits shareholders to audit with an indirect manner the executive organ, to prevent their misuse of power, by providing information on the administration of the company. The special audit, also, serves the conciliation of shareholders' and company's interests. As far as shareholders are concerned, the information and the documents they demand will be provided by special audit and thus the scope of application of their right of information will be expanded. From the company's perspective, the principle of discretion will be respected, as only the necessary information will be provided to the shareholders in order to apply their rights by the special audit.

KEYWORDS Special audit, special auditor, shareholder's right, right of information and examination, shareholder, minority shareholder.

I. GENEL OLARAK

A. GİRİŞ

Özel denetim kurumu, 1937 tarihli Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (POK) § 118'den esinlenilerek 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun (6762 sayılı TTK, ETK) 348. maddesi ile Türk hukukuna getirilmişti. Denetim organı üyelerinin tıpkı denetledikleri yöne-

* Çankaya Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı, Öğretim Görevlisi

tim kurulu gibi oyçokluğunu ellerinde tutan ortaklarca seçilip azledildiklerini, bu nedenle denetim görevlerini her zaman etkili bir şekilde yapamayacaklarını göz önünde tutan kanun koyucu, şirket içi denetimin yönetim dışında kalan pay sahipleri yararına etkinliğini artırmak amacıyla özel denetçi atanabilmesi olanağını düzenlemiştir.¹ Bununla birlikte, 6762 sayılı TTK sisteminde, genel kurulda özel denetçi isteminin bir azınlık hakkı olarak düzenlenmiş olması (ETK m. 348), özel denetim isteminin genel kurulda yapılabilmesi için gündemde bu konunun yer almasının gerekli olup olmadığı konusunda açıklık olmaması, genel kurulun özel denetim istemini kabul etmesi halinde özel denetçiyi atama yetkisinin genel kurula ait olması ve genel kurulun da çoğu zaman çoğunluğu elinde bulunduran pay sahiplerinin istediği kişiyi özel denetçi atayarak özel denetimi bu çoğunluğun istediği doğrultuda gerçekleştirmesi ve özel denetçinin hak ve sorumluluğunun yasada açık bir şekilde düzenlenmemiş olması, bu kurumdan beklenen yararları oldukça azaltmış, hatta onu çoğu zaman işlemez hale getirmiştir.² Özel denetime ilişkin düzenlemelerin alındığı kaynak Alman POK'da pek çok kez değişiklikler yapılmasına karşılık, 6762 sayılı TTK'nın ilgili hükümleri aynen kalmıştır. Kaynak kanundaki bu muhtelif değişiklikler, kurumun karmaşık bir yapıya dönüşmesine neden olmuş ve bu sebeple, Türk hukukunun ihtiyaçlarına cevap vermekten uzaklaşmıştır (TTK m. 438 gerekçesi). Tüm bu aksaklık, eksiklik ve gelişmeleri dikkate almak suretiyle kanun koyucu özel denetimi, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'muzun (6102 sayılı TTK, TTK) 438 ilâ 444.maddelerinde yeniden düzenlemiştir. Yeni hükümler kaleme alınırken 1991 tarihli Anonim Şirketler Revizyonu çerçevesinde getirilmiş olan İsviçre Borçlar Kanunu'nun (İBK) 697a ilâ 697g maddeleri göz önünde tutulmuştur. Çalışmada, özel denetim kurumu, 6102 sayılı TTK'nın ve kaynak İBK'nın ilgili hükümleri çerçevesinde, ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır.

B. TANIM

Özel denetim, 6102 sayılı TTK'da dolaylı bir şekilde tanımlanmıştır. Buna göre, "Her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer almasa bile genel kuruldan isteyebilir"(TTK m. 438/I, 1. cümle).³ Bu hükümden hareketle, özel denetim, pay sahibinin hak-

1. Erdoğan Moroğlu: "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", (Özel Denetçi), *İÜHFİM*, C. XLII, S. 1-4, *Ernst HIRSCH'e Armağan*, İstanbul 1976, s. 341.

2. Şafak Narbay: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması", *Prof.Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan*, İstanbul 2007, s. 288-289.

larını kullanabilmesi açısından gerekli olan belirli olayları aydınlatmak amacıyla, bir ya da daha fazla pay sahibinin istemi üzerine gerçekleştirilen ve periyodik olmayan denetim şeklinde tanımlanabilir.⁴

Şirket açısından özel denetim, bağımsız ve tarafsız bir denetçinin, düzenli olarak yapılan denetimlerde hiç incelenmemiş ya da sadece kısmen veya üstünkörü incelenmiş konuları ele aldığı bir soruşturmadır.⁵ Bu inceleme, amaca yararlı bir süre içinde, belli bir usule göre ve şirket idaresi ile ilgili belirli konularla sınırlı olarak yapılır.⁶ Pay sahibi açısından özel denetim, şirketin ne kendiliğinden ne talep üzerine temin ettiği, ancak pay sahibinin haklarını bilinçli olarak kullanması için gerekli olan bilgileri temin etmesine hizmet eder.⁷

C. HAKKIN NİTELİĞİ

Özel denetim isteme hakkı, TTK'da "*Pay sahibinin kişisel hakları*" başlığı altında "*Bilgi alma ve inceleme hakkı*"nı (m. 437) takiben düzenlenmiştir (m. 438).⁸ İBK'da ise özel denetim, "*Pay sahipliğinden doğan ortaklık hakları*" genel başlığı altında, "*genel kurula katılma hakkı*" ve "*oy hakkı*"ndan sonra gelen "*denetim hakları*"⁹ çerçevesinde "*bilgi alma hakkı*" ile birlikte düzenlenmiştir. Pay sahipliğinden doğan bir hak olması nedeniyle özel denetim isteme hakkı, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamaz veya kısıtlanamaz.¹⁰ Aksi yönde esas sözleşme hükümleri, 6098 sayılı TBK m. 27 uyarınca batıldır. Buna karşılık, kanaatimizce, esas sözleşmeye genel kurul tarafından

-
4. Pierre-Alain Killias/Julie Bertholet: "Le contrôle spécial", in: Aspects actuels du droit de la société anonyme, Travaux réunis pour le 20ème anniversaire du CEDIDAC, CEDIDAC 64, Lausanne 2005, s. 244; Bianca Pauli: *Le droit au contrôle spécial dans la société anonyme, Portée et limites après la première décennie*, Travaux de la Faculté de Droit de l'Université de Fribourg No: 232, Thèse fribourgeoise, Fribourg 2004, s. 4; Roland Ruedin: *Droit des sociétés*, Deuxième édition, entièrement revue et augmentée, Berne 2007, s. 261
 5. Pauli, s. 4.
 6. Pauli, s. 4; ileride ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir, bkz. II/B/2/a, s. 15 vd.
 7. Pauli, s. 4; Ömer Özkan: "Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması", *Batider*, Yıl: 1999, C. XX, S. 2, s.29-30; Hasan Pulaşlı: "Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar, İsviçre Federal Mahkemesinin(BGE 133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı", *Prof. Dr. Firat Öztan'a Armağan*, C. II, Ankara 2010, s. 1871.
 8. İBK m. 697a/I.
 9. "*Denetim hakları*" başlığının yerinde olmadığı, çünkü, denetim haklarının dolaylı olarak idarenin denetimine hizmet ettiği, esasen şirketin temin ettiği bilginin, ilk planda, pay sahibine, şirketteki yatırımlarında sağlıklı kararlar alma imkânını sağlamaya yönelik olduğu yönündeki görüş için bkz. Pauli, s. 5.
 10. Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 342, Ali Paşlı: "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini", *Bilgi Toplumunda Hukuk*, *Prof. Dr. Ünal Tekinalp'e Armağan*, C. I, İstanbul 2003, s. 615-616.

azınlığın özel denetçi istemine yönelik hakkının kullanımını kolaylaştıran hükümler konabilir.¹¹

Özel denetim isteme hakkının niteliği, özel denetim usulünün aşamalarına ve talepte bulunanların izlediği yola göre farklılıklar gösterir. Genel kuruldan özel denetim isteminde bulunulması aşamasında bu hak, şüphesiz, bireysel hak niteliğindedir (TTK m. 438, f.1 gerekçesi).¹² Kanun, özel denetim isteme hakkını her bir pay sahibine tanımıştır (TTK m. 438). Tek bir pay sahibinin böyle bir istemde bulunması mümkün olduğuna göre, azınlık pay sahipleri, evleviyetle bu hakka sahip olacaktır. Azınlığın bu hakkı, pay sahipliğinden doğan bir hak olup, azınlık hakkı değildir. Genel kurulun bu talebe ilişkin olarak vereceği karar doğrultusunda, özel denetimi sonuçlandırmak isteyen pay sahiplerine Kanun'da farklı yollar öngörülmüştür:

Genel kurulun istemi kabul etmesi halinde, pay sahibinin mahkemeye başvurup özel denetçi tayin edilmesini istemesi, bireysel hak niteliğindedir.¹³ Kanun, açıkça, genel kurul istemi onaylarsa, şirket veya her bir pay sahibinin otuz gün içinde, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını isteyebileceğini düzenlemiştir (TTK m. 438/II).¹⁴ TTK m. 438 vd.'nin öngördüğü sistem çerçevesinde, genel kurulun özel denetim yapılması talebini kabul etmesi halinde, her bir pay sahibinin özel denetçi tayin edilmesini mahkemeden talep etme hakkı da, esas sözleşme ya da genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamaz veya kısıtlanamaz. Bu istemi, azınlık pay sahipleri de yapabilecektir. Azınlığın bu hakkı, yine, pay sahipliğinden doğan bir hak olup, azınlık hakkı değildir.

Genel kurul özel denetçi istemini reddederse, özel denetim isteme hakkı, azınlık hakkına dönüşür (TTK m. 439 gerekçesi).¹⁵ Kanun, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahiplerinin üç ay içinde mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebileceğini öngörmüştür (TTK m. 439/I).¹⁶ Bir kez daha belirtmek gerekirse, azınlığa tanınan bu hak esas sözleş-

11. Pashı, s. 616, Narbay, s. 316.

12. Pauli, s. 5; Killias/Bertholet, s. 248.

13. Pauli, s. 6.

14. İBK m. 697a/II.

15. Pauli, s. 6; Killias/Bertholet, s. 248.

16. İBK m. 697b/I.

me veya genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamaz ya da kısıtlanamaz.¹⁷ Söz konusu oranların ve sabit miktarın pay sahiplerinin aleyhine olacak şekilde esas sözleşme ile artırılması geçersizdir (TTK m. 439, f.1 gerekçesi). Her bir pay sahibine tanınmış olan bu hakkın, genel kurulun ret kararı üzerine azınlık hakkına dönüşmesinin nedeni, İsviçre kanun koyucusunun, istemi reddedilen her bir pay sahibinin, münferit olarak, yargıçtan özel denetim isteminde bulunmasına, böylelikle resmî makamları ve adlî organları boş yere işgal etmelerine engel olmak istemesidir.¹⁸

Özel denetçi istemine dair bireysel hakkın, genel kurulun ret kararı üzerine azınlık hakkına dönüşmesi, aynı zamanda, pay sahibinin tek başına yaptığı talep ile hayata geçirilemeyen özel denetimin, bir kez de, azınlık pay sahiplerinin istemi üzerine gerçekleştirilebilmesi imkânını tanımaktadır. Keza, genel kurulun istemi kabul etmesi ihtimalinde de, ret etmesi durumunda olduğu gibi, özel denetçiyi mahkeme atayacağı için (TTK m. 440),¹⁹ yürürlükte olan ETK m. 348 uyarınca genel kurulun istediği denetçiyi seçip denetimi istediği gibi yapmasının da önüne geçilmektedir. Tüm bu tedbirler, kurumun etkin bir şekilde işlemlerini ve dolayısıyla pay sahiplerinin (hem münferit hem azınlık) bilgi alma haklarını etkin bir şekilde kullanmalarını sağlamaya yöneliktir.²⁰

D. İŞLEMLERİ

1. PAY SAHİPLERİNİN BİLGİ ALMA HAKLARININ İYİLEŞTİRİLMESİ

Özel denetim, esas olarak, bilgi alma hakkının²¹ devamıdır ve aynı amaca yöneliktir: pay sahiplerinin bilgilendirilmesi.²² Pay sahipleri, hem şirketin, kendiliğinden, incelemeleri için hazır bulundurdukları belgeler (pay sahiplerinin pasif kalarak bilgi alması,

17. Moroğlu, “*Özel Denetçi*” s. 343, aynı yönde bkz. Nejat Aday: “Anonim Şirkette Özel Denetçi”, *Prof. Dr. Hayri Domanıç’e Armağan*, İstanbul 1995, s. 25

18. Message du Conseil fédéral en vue de la révision du droit de la SA, FF 1983 II pp. 935; 6102 sayılı TTK m. 438/I gerekçesinde de bu durum “talebin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılması amacıyla, pay sahibinin bu öneriyi yapabilmesi bir ön şarta ve bazı maddî şartların varlığına bağlanmıştır” şeklinde ifade edilmiştir, s. 157.

19. İBK m. 697c.

20. Message SA, FF 1983 II p. 935; TTK m. 438, f.1 gerekçesi, s. 157.

21. İBK m. 697, karşılığı 6102 sayılı TTK m. 437’de “*bilgi alma ve inceleme hakkı*; anonim şirketlerde pay sahibinin bilgi alma hakkı konusunda bkz. İsmail Kaya: *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Ankara 2001; Rauf Karasu: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, *Batider*, Aralık 2005, C. XXIII, S. 2, s. 104.

TTK m. 437/I),²³ hem istemleri üzerine şirketin temin ettiği bilgiler (pay sahiplerinin aktif olarak bilgi alması, TTK m. 437/II)²⁴ vasıtasıyla şirketin işleyişi hakkında bilgi sahibi olurlar.²⁵

Şirketin kendiliğinden pay sahiplerinin incelemesine sunduğu belgeler, finansal tablolar (eğer varsa konsolide finansal tablolar da dahil), yıllık faaliyet raporu (yönetim raporu, bilanço, kâr ve zarar raporu ve eklerden oluşur), denetleme raporu ve yönetim kurulunun kâr dağıtım önerisidir (TTK m. 437/I). Pay sahipleri ise yönetim kurulundan şirketin işleri; denetçilerden ise denetimin yapılma şekli ve sonuçları hakkında bilgi isteyebilirler (TTK m. 437/II). Pay sahibi, şirketin ticarî defterleri ile yazışmalarını, sadece sorduğu soru ile ilgili olan kısımları çerçevesinde ve genel kurulun açık izni veya yönetim kurulunun bu hususta vereceği karar üzerine inceleyebilir (TTK m. 437/III). Bilgi alma veya inceleme talepleri cevapsız bırakılan, haksız olarak reddedilen, ertelenen ve bu anlamda bilgi alamayan pay sahibi, mahkemeye başvurabileceği gibi (TTK m. 437/IV), koşulları gerçekleşmişse özel denetim isteminde de bulunabilir (TTK m. 438).

Pay sahibinin bilgi alma hakkı, şirketin şirket sırlarının saklanması menfaatinin olduğu yönündeki itirazı nedeniyle sıklıkla reddedilmekte ve bunun sonucu olarak, pay sahibi haklarını kullanamaz hale gelmektedir.²⁶ Özellikle, pay sahibinin, yönetim kurulunun ya da kurucuların hukuka aykırı bir eyleminden veya ihmalden şüphelendiği durumlarda şirkete karşı yasal bir süreç başlatmak istemesi halinde, şirket sırrı itirazı nedeniyle kanıttan yoksun kalmaktadır.²⁷ Benzer bir durum, genel kurulun verdiği bir kararın kanuna ya da esas sözleşmeye aykırı görünmesi halinde pay sahibinin, çoğunluğa sahip pay sahiplerinin kim ve hedeflerinin ne olduğu hakkında bilgisinin olmaması ve söz konusu kararın iptali davası için gerekli olan delillere sahip olmamasıdır.²⁸ İşte, özel denetim, pay sahibinin, şirketin hukuka aykırı işlem veya kararlarını tespit etmesine ve bunların varlığını ortaya koyan delilleri toplamasına yardımcı olmaktadır.

23. İBK m. 696.

24. İBK m. 697.

25. Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu: *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Bası, İstanbul 2000, s. 548.

26. Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s. 550; Karasu, s. 88 vd.

27. Killias/Bertholet, s. 246; Moroğlu, "Özel Denetçi", s. 342.

28. Killias/Bertholet, s. 246; Moroğlu, "Özel Denetçi", s. 342.

2. YÖNETİMİN DENETLENMESİ

Pay sahipleri, şirkete sermaye payı olarak koydukları paraların nasıl idare edildiğini, yönetim kurulu üyelerinin şirket menfaatleri yerine kendi menfaatlerini gözetip gözetmediklerini, şirketin verimliliğini ve değerini, dolayısıyla payların da değerini artıracak yönde hareket edip etmediklerini değerlendirebilmek isterler. Buna karşılık yönetim kurulu, yukarıda da bahsettiğimiz üzere, pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme haklarını, çoğu zaman, talep edilen bilgilerin şirket sırrı niteliğinde olduklarını ileri sürerek reddetmektedir.²⁹ Haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmeleri için gerekli bilgileri alamayan pay sahipleri de denetim yapma imkânından yoksun kalırlar. Bu anlamda özel denetim, pay sahiplerine şirketin yönetimi konusunda bilgi temin etmek suretiyle dolaylı olarak yönetim kurulunu denetlemeleri, yetkilerini kötüye kullanmasına engel olmaları imkânını verir.³⁰

Öte yandan, özel denetim, sadece incelenen konularda yönetimin çalışmalarının denetlendiğini ortaya koyar, açık olmayan bazı maddî vakaları açıklığa kavuşturur. Aynı şekilde, özel denetçi de, sadece araştırma yapar ve açık olmayan belirli vakaları aydınlatır, hukuka uygunluk denetimi yapmaz, atılması gereken uygun adımların ne olacağı konusunda bir karar alamaz.³¹ Dolayısıyla, özel denetim neticesinde yönetimin kusurları ortaya çıkmışsa, o takdirde, pay sahiplerinin, sorumluluk davası açmak gibi, ek adımlar atması gerekecektir.³² Bu noktada, pay sahiplerinin özel denetim sonucu elde ettikleri bilgiler, gerekli delillerin toplanmasını sağlayarak bahsi geçen olası sorumluluk davasının hazırlanmasına yardımcı olabilir ve böylelikle yönetimin daha etkin olarak denetlenmesini temin edebilir.³³

3. PAY SAHİPLERİYLE ŞİRKETİN ÇATIŞAN MENFAATLERİNİ UZLAŞTIRMAK

Pay sahipleri bilgi alma ve inceleme haklarını kullandıkları zaman şirket, eğer şirket sırlarının tehlikeye düşeceği kanaatindeyse pay sahiplerine talep ettikleri bilgilerin tümünü sağlamayacaktır. Eksik veya yetersiz bilgilerle pay sahiplerinin haklarını bilinçli ve yararlı bir şekilde kullanmaları ise beklenemez. İşte, özel denetim, bu menfaatleri uzlaştırmaya yöneliktir.³⁴ Özel denetçi, sır saklama yükümüne tabi olan ve her iki tarafın (şirketin ve pay sahibinin) güvenini haiz, dışardan gelen bir aracı konumundadır. Özel denetim, bir taraftan, pay sahiplerinin, talep ettikleri bilgi ve belgelere ulaşmaları sure-

29. Pauli, s. 17; Kaya, s. 22; Pulaşlı, s. 1870.

30. Pauli, s. 17; Killias/Bertholet, s. 245.

31. Özkan, s. 30.

32. Pauli, s. 17-18.

33. Pauli, s. 18; Pulaşlı, s. 1871.

34. Pauli, s. 23; Narbay, s. 289.

tiyle, bilgi alma haklarını genişletmelerine, diğer taraftan, onlara sadece haklarını kullanmalarını açısından gerekli ve faydalı olacak bilgileri iletmek suretiyle şirket sırlarının gizliliği ilkesine itibar edilmesine imkân sağlar.³⁵ Bu açıdan, ne özel denetim talebinde bulunan ne diğer pay sahiplerinin özel denetim usulü kapsamında dinlenme ya da ibra işlemine katılma hakları vardır.³⁶

E. BENZER KURUMLARDAN FARKI

1. DENETÇİ

ETK'nın anonim şirketin üç zorunlu organından birisi olan denetleme kurulunu düzenleyen hükümleri (m. 347-359), 6102 sayılı TTK ile kaldırılarak yerine bağımsız (dış) denetim sistemi getirilmiş ve denetim görevinin Bağımsız Denetim Kuruluşları (BDK'lar) tarafından yerine getirilmesi kabul edilmiştir. Öte yandan bağımsız denetim, şirketin finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu ve envanter dahil olmak üzere tüm muhasebenin denetimi (TTK m. 397-398) ve risklerin erken teşhisi sisteminin varlığının ve işleyişinin denetimi (TTK m. 398/IV)³⁷ ile sınırlı tutulmuştur. Buna karşılık özel denetçinin hareket alanı, bağımsız denetçiye kıyasla, hem daha geniş hem daha sınırlıdır. Daha geniştir, çünkü özel denetçi, somut olaydaki hedefi doğrultusunda, muhasebe kayıtlarının incelenmesi ile sınırlı olmaksızın, diğer belge ya da olayları da inceleyebilir. Öte yandan, yaptığı inceleme, genel olarak, tüm muhasebe kayıtlarına değil, sadece pay sahibinin yönelttiği belli bir soruya odaklanır.³⁸

Özel denetçi, şirketin dışından bir uzmandır, şirketle organik hiçbir bağı yoktur.³⁹ 6102 sayılı TTK ile getirilen ve yukarıda ifade etmiş olduğumuz değişiklikler neticesinde anonim şirketlerde denetimi gerçekleştirecek BDK'lar ve bu görevi onlar adına ifa edecek olan bağımsız denetçiler de, tıpkı özel denetçi gibi, şirketin dışından, bağımsız⁴⁰ uzmanlar olacaktır. Bağımsız denetçi ile denetlenen şirket arasında bir bağımlılık ilişkisi olmamalı, hatta böyle bir bağımlılık ilişkisi şüphesi dahi bulunmamalıdır.⁴¹ Bu itibar-

35. Killias/Bertholet, s. 246-247; Pauli, s. 23; Kaya, s. 13-14, 274 vd.

36. Message SA, FF 1983 II p. 855.

37. Keza, bağımsız denetçiye, risklerin erken teşhisi için bir komite kurulması konusunda karar verme yetkisi de tanınmıştır, TTK m. 378/I.

38. Pauli, s. 29; Killias/Bertholet, s. 247.

39. Pauli, s. 29; Killias/Bertholet, s. 247.

40. Denetçinin bağımsızlığı konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Aytaç Köksal: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Sermaye Piyasası Mevzuatı, Bankacılık Mevzuatı Açısından ve Karşılaştırmalı Olarak Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, (Bağımsız Denetim Sözleşmesi), İstanbul 2009, s. 268 vd.

41. Bkz. TTK m. 400'de sayılan haller.

la, anonim şirketlerin bağımsız olarak denetlenebilmesini sağlamak amacıyla 6102 sayılı TTK'da düzenlenmiş olan denetçinin, artık, anonim şirketin bir organı olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir.⁴²

Nihayet, bağımsız denetçiler, kanun tarafından belirlenmiş olan konularda (muhabese kayıtları, bilanço, vs.) ve düzenli olarak denetim yaparken; özel denetçi, konusu kanun tarafından belirlenmemiş ve düzenli olmayan bir denetim yapar.⁴³

2. İŞLEM DENETİMİ / İŞLEM DENETÇİSİ

Özel denetim, işlem denetiminden⁴⁴ de farklıdır. İşlem denetimi, 6102 sayılı TTK'nın öngördüğü yeni bir bağımsız denetim faaliyetidir. İşlem denetimine tabi olacak işlemler Kanun'da, şirketin kuruluş, sermaye artırımı, azaltılması, birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul değer ihracı işlemleri olarak belirtilmiş olmakla birlikte, sınırlı sayı ilkesi esas alınmamıştır, dolayısıyla işlem denetiminin kapsamına yeni konular eklenebilecektir.⁴⁵ İşlem denetimi, m. 400'de bağımsız denetçiler için öngörülmüş olan niteliklere sahip uzman işlem denetçisi tarafından yerine getirilecektir (m. 400/IV). Bu itibarla, gerek işlem denetimi gerek özel denetim, uzman kişiler tarafından gerçekleştirilecektir.

Ayrıca işlem denetimi de, tıpkı özel denetim gibi, düzenli olmamakla birlikte, belli koşullar gerçekleştiği takdirde yasal olarak zorunlu hale gelir. Buna karşılık, özel denetim, sadece pay sahiplerinin talebi üzerine yapılabilir.⁴⁶

Son olarak, işlem denetçisi, aksi kanunda ya da esas sözleşmede öngörülmemişse genel kurul tarafından atanır ve görevden alınır (m. 400/IV, istisnası m. 505). İşlem denetçisinin, denetleyeceği şirketin genel kurulu tarafından atanması ve görevden alınması, ücretinin bu şirket tarafından ödenmesi, denetçinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını etkileyebilecek nedenler olup, kanımızca kurumun amacına hizmet etmesine engel teşkil edebilir.⁴⁷ Öte yandan, özel denetçinin, mahkeme tarafından atanması ve görevden alın-

42. TTK m. 397-406 arasında düzenlenen denetçinin anonim ortaklığın bir organı olup olmadığı sorunu ayrıntılı bir şekilde ele alan bir çalışma için bkz. Aytaç Köksal: "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 397 ilâ 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu", *Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan*, C. I, Ankara 2010, s. 1387-1409.

43. Pauli, s. 29; Killias/Bertholet, s. 247.

44. 6102 sayılı TTK'nun işlem denetimine ilişkin olan düzenlemeleri, m. 138, 139, 148, 170, 187, 310/II, 343, 351, 458, 462/II, 469, 470, 473.

45. Aslı Elif Gürbüz Usluel: "Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukukî Sorumluluğu", *Batider*, Yıl: 2011, C. XXVII, S. 2, s. 126.

46. Killias/Bertholet, s. 247.

47. Aynı yönde görüş için bkz. Gürbüz Usluel, s. 134-135.

ması sebebiyle, özel denetim kurumunun bağımsızlığı ve tarafsızlığı açısından sakıncalı bir durum söz konusu değildir.

3. BİLİRKİŞİLİK / HUKUKÎ MÜTALAA

Özel denetim raporu, hukukî mütalaa değildir. Özel denetçi, bilirkişi değildir; sadece olayları tespit eder, hukukî bir değerlendirme yapamaz. Dolayısıyla hazırladığı rapor, olası bir sorumluluk davası ya da başka bir konu kapsamında delil niteliği taşımaz, sadece böyle bir davanın açılabilmesi için gerekli olan delillerin toplanmasına ve davanın hazırlanmasına yardımcı olabilir.⁴⁸ Oysa, bir davada şayet hakim, teknik konulara giren olaylarla ilgili sorunları çözebilmek için uzman bilirkişi görevlendirirse, bilirkişi hem bu teknik olayları hukuk kuralları çerçevesinde nitelendirir, hem de hazırladığı rapor davada delil oluşturur.⁴⁹

II. ÖZEL DENETİM TALEBİNİN HAK SAHİPLERİ VE KOŞULLARI

A. HAK SAHİPLERİ

TTK m. 438/I uyarınca her pay sahibi, payının türünden bağımsız olarak, genel kurula özel denetim talebinde bulunma hakkına sahiptir. Bu, pay sahibinin bireysel bir hakkıdır.⁵⁰ Pay sahibi, bu bireysel hakkını kullanabilmek için bilgi alma ve inceleme hakkını önceden kullanmış olmalıdır.⁵¹ Ayrıca, özel denetim isteme hakkının her bir pay sahibine ait bireysel bir hak niteliğinde olması, genel kurulda bu istemin kabul edilmesi durumuna özgüdür. Eğer genel kurul bu talebi reddederse, o takdirde pay sahibinin bu bireysel hakkı azınlık hakkına dönüşür.⁵² Başka bir deyişle, pay sahibi özel denetim talebinde bulunmuş, ancak bu talep genel kurul tarafından reddedilmişse, bu durumda sadece azınlık mahkemedен özel denetçi atanmasını isteyebilir (TTK m. 439/I).

Azınlık kavramı Kanun'da şirketin halka açık olup olmamasına göre farklı tanımlanmıştır. Buna göre, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde mahkemedен özel denetçi atamasını isteyebi-

48. Bkz. I/D/2.

49. Killias/Bertholet, s. 247-248.

50. Killias/Bertholet, s. 248; Pauli, s. 6; TTK m. 438, f.1 gerekçesi, s. 157.

51. Killias/Bertholet, s. 248; Pauli, s. 6; ATF 123 III 261, 264, JdT 1999 I 27, 29; TTK m. 438, f.1 gerekçesi, s. 157.

52. Bkz. I/C.

lir. Kanun koyucunun, mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunabilecekler için getirmiş olduğu orana ve miktara bağlı bu sınırlamanın⁵³ altında yatan düşünce, özel denetim isteminde bulunanların başta şirket (organları) olmak üzere, resmi makamları ve adlî organları boş yere işgal etmelerinin önüne geçmek; bu pay sahiplerinin kötüye kullanılabilir işlemleri başlatmasına ve yüklü masraflara neden olmasına engel olabilmektir.⁵⁴

Özel denetim, aynı zamanda, şirketler topluluğu ilişkileri ile ilgili olarak hem TTK m. 207’de hem TTK m. 406’da düzenlenmiş olup, TTK m. 438 vd.’ndan farklılık göstermektedir. Öncelikle, TTK m. 207’ye göre, “Denetçi, işlem denetçisi, riskin erken saptanması ve yönetimi komitesi; bağlı şirketin, hâkim şirketle veya diğer bağlı bir şirketle ilişkilerinde hilenin veya dolanın⁵⁵ varlığını belirtir şekilde görüş bildirmişse, bağlı şirketin her pay sahibi, bu konunun açıklığa kavuşturulması amacıyla, şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir”. Bu düzenleme ile, şirketler topluluğu ilişkisi içerisinde bağlı ortaklığın her bir pay sahibine, TTK m. 438/I’de öngörülen koşulları yerine getirmek ve önce genel kurula başvurmak zorunda kalmaksızın, doğrudan doğruya mahkemeye başvurarak özel denetçi atanması isteminde bulunabilme olanağı verilmiştir. Şirketler topluluğu ilişkileri bakımından özel denetim, ikinci olarak, TTK m. 406’da düzenlenmiştir. Buna göre, “özel denetçi, şirketler topluluğunu denetleyen denetçinin, şirketin hâkim şirketle veya topluluk şirketleriyle ilişkileri ile ilgili olarak sınırlı onay veya kaçınma yazısı yazdığı veya yönetim kurulunun, şirketin topluluk tarafından bazı belirli hukukî işlemler veya uygulanan önlemler dolayısıyla kayba uğratıldığını ve bunlar dolayısıyla denkleştirme yapılmadığını açıkladığı durumlarda, herhangi bir pay sahibinin talebi üzerine, şirketin, hâkim şirketle veya hâkim şirkete bağlı şirketlerden biriyle olan ilişkisini incelemek üzere de atanabilecektir”. Bu hüküm de, şirketler topluluğu bünyesinde bulunan bağlı şirketin her bir pay sahibine, maddede ifade edilen iki durumda ve aynen m. 207’de olduğu gibi (TTK m. 438 vd hükümlerde yer alan koşulları yerine getirmek zorunda olmaksızın), doğrudan doğruya mahkemeye başvurarak özel denetçi atanması isteminde bulunma imkânı vermiştir.

53. Bkz. III/B/2.

54. Narbay, s. 317; TTK m. 438/I gerekçesinde de bu durum “talebin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılması amacıyla, pay sahibinin bu öneriyi yapabilmesi bir ön şarta ve bazı maddî şartların varlığına bağlanmıştır” şeklinde ifade edilmiştir, s. 157.

55. Öğretide “hile ve dolan” ifadelerinden, ortaklık malvarlığını kayba uğratabilecek veya pay sahiplerinin hak ve çıkarlarını zedeleyebilecek nitelikte, özellikle aldatıcı veya muvazaalı ya da diğer şekillerde yönetim kurulunun özen borcunu ihlal eden iş ve işlemlerin anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür, Gül Nilsson Okutan, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul 2009, s. 543.

Madde gerekçesinde, burada, her bir pay sahibine tanınan yeni ve güçlü bir bireysel hakkın söz konusu olduğu, hakkın niteliğini, öğretisi ve uygulamanın ortaya koyacağı ve özel denetçiye ilişkin olan TTK m. 438 vd. hükümlerinin kıyas yoluyla şirketler topluluğunda özel denetime de uygulanmasının uygun olacağı ifade edilmiştir (TTK m. 406 gerekçesi).

Kanaatimizce, gerek TTK m. 207 gerek TTK m. 406, TTK m. 438 vd.'nda düzenlenmiş olan özel denetimin, şirketler topluluğu bakımından özel bir uygulaması niteliğinde olup, bağlı şirketin, hâkim şirketle veya hâkim şirkete bağlı şirketlerden biriyle olan ilişkisinin açıklığa kavuşturulması amacıyla bağlı şirketin her bir pay sahibine yeni ve TTK m. 438 vd.'nda düzenlenmiş olan anonim şirket pay sahiplerine tanınan özel denetim hakkından daha güçlü bir pay sahipliği hakkı tanımaktadır. Öğretide de Narbay⁵⁶ tarafından haklı olarak, şirketler topluluğu ilişkileri bakımından özel denetimin iki ayrı maddede ve iki farklı yerde düzenlenmesinin isabetli olmadığı, konunun tek bir maddede ve şirketler topluluğunun düzenlendiği TTK m. 195 ilâ 209 arasında hükme bağlanması gerektiği ve bu maddede, ayrıca, anonim şirkette özel denetime ilişkin TTK m. 438 vd. hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde, şirketler topluluğu ilişkilerinde özel denetim konusunda da uygulanabileceğinin açıkça gösterilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Yazarın görüşüne katılmakla birlikte, kanaatimizce, şirketler topluluğunda özel denetimi düzenleyecek böyle bir maddede açık bir ifade olmasa dahi, özel denetime ilişkin TTK m. 438 vd. hükümlerinin, kıyas yoluyla, buraya da uygulanması yerinde olacaktır.

Katılma senedi sahiplerinin özel denetim talebinde bulunabilip bulunamayacakları konusunda İsviçre öğretisinde, esas sözleşmede açıkça öngörülmesi halinde bunun mümkün olacağı,⁵⁷ eğer, esas sözleşmede böyle bir hak tanınmamışsa, o takdirde katılma senedi sahiplerinin İBK m. 656c/III uyarınca genel kurula yazılı bir talepte bulunabileceği ileri sürülmüştür.⁵⁸

Yine İsviçre öğretisinde intifa hakkı sahibinin de, bilgi alma hakkı çerçevesinde özel denetim talebinde bulunma hakkının mevcut olduğu kabul edilmektedir.⁵⁹ TTK m. 438'in gerekçesinde ise, sadece pay sahiplerinin özel denetim talebinde bulunabileceklerle-

56. Şafak Narbay, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, İstanbul 2010, s. 299.

57. Message SA, FF 1983 II p. 934; Killias/Bertholet, s. 248; Pauli, s. 51 vd.

58. Killias/Bertholet, s. 248; Pauli, s. 77; İBK'ndaki katılma senetlerine ilişkin bu hükümler TTK'na alınmamıştır. Türk hukukunda bu senetlere benzer nitelikte olan katılma intifa senetleri mevcuttur. İsviçre hukukunda ise Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin uygulanmaya başlaması nedeniyle, artık katılma senetleri uygulamadan kaldırılmakta, yerini oy hakkı olan pay senetlerine bırakılmaktadır, bkz. Pulaşlı, s.1876.

59. Pauli, s. 69-70.

ri, intifa hakkı ve tahvil sahibine bu hakkın tanınmadığı ve esas sözleşme ile bu hakkın anılan kişilere verilip verilemeyeceğinin tartışmalı olduğu belirtilmiştir (TTK m. 438, f.1 gerekçesi). Bir payın üzerinde intifa hakkı bulunması halinde, aksi kararlaştırılmamışsa, oy hakkı, intifa hakkı sahibi tarafından kullanılacaktır (TTK m. 432/II). Bu durumda, aksi esas sözleşmede ya da taraflar arasında yapılacak bir sözleşmede kararlaştırılmadıkça, intifa hakkı sahibinin de bilgi alma hakkını kullanabileceğinin kabulü gerekmektedir, aksi takdirde bilgi alma hakkından yoksun intifa hakkı sahibinin genel kurulda oy kullanımının bir anlamı olmayacaktır.⁶⁰ Özel denetim talebine gelince, özel denetim talebinde bulunabilmenin ön şartı, pay sahipliği haklarının kullanımı yönünden özel denetimin gerekli olmasıdır. Dolayısıyla, pay sahibinin oyunu kullanabilmesi yönünden bilgi almasının gerekli olduğu durumlarda özel denetim talebi mümkün olacaktır. Öğretide Narbay⁶¹ tarafından da haklı olarak ifade edildiği üzere, üzerinde intifa hakkı bulunan bir pay açısından oy hakkı, intifa hakkı sahibine ait olduğundan, özel denetim isteme hakkı da intifa hakkı sahibine ait olacaktır.⁶² Aksi takdirde, intifa hakkı sahibinin, genel kurula katılıp oy kullanabildiği, ancak genel kurulda bulunduğu halde özel denetim talebinde bulunamadığı bir durum ortaya çıkacaktır ki, bunun da açıklanabilir bir yanı olmayacaktır.

Buna karşılık, alacaklılar, işçiler, denetçiler ve üçüncü kişiler özel denetim talebinde bulunamaz.⁶³ Özel denetim kurumu pay sahiplerinin korunmasına hizmet ettiğinden ve kurumun şirket alacaklılarının korunması olanaklarını iyileştirme gibi bir amacı bulunmadığından, özel denetim isteme hakkı ortaklık alacaklılarına verilmemiştir; ancak bu kişiler de, özel denetimin yapılmasından ve sonuçlarından faydalanacaklardır.⁶⁴ Alacaklılara şirket yönetimi hakkında bilgi alma hakkının tanınmamıştır. Özel denetim isteme hakkına ise, ancak, bilgi alma hakkının kullanılmış olması halinde başvurulabilmektedir. Bu sebeple, kanaatimizce, alacaklıların özel denetim isteme hakkı yoktur. Özel denetim isteme hakkını, açıkça pay sahibine tanımış olan TTK m. 438/I'ın lafzı da, aksi bir yoruma imkân vermemektedir.

60. Kaya, s. 153, Aydın Çevik: "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini", Doç. Dr. Mehmet Somer'in Anısına Armağan, İstanbul 2006, s. 86.

61. Narbay, s. 295-296.

62. Kendigelen'de, oy hakkının kullanılmasının intifa hakkı sahibine bırakılması karşısında, artık yönetim yetkisi kapsamında değerlendirilebilecek azınlık haklarının da intifa hakkı sahibine tanınmasının gerekli olduğu kanatindedir, Abuzer Kendigelen: *Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı*, İstanbul 1994, s. 332-333.

63. Message SA, FF 1983 II p. 934; Killias/Bertholet, s. 248-249; Pauli, s. 71-72; TTK m. 438, f.1 gerekçesi, s. 157.

64. Narbay, s. 295; öte yandan, İsviçre öğretisinde Kunz, olması gereken hukuk bağlamında, özel denetim talebinde bulunma hakkının alacaklılara da tanınması gerektiğini, şirkete karşı sorumluluk davası açma hakkı verilen alacaklıların, sorumluluk davası ile yakından ilgili olan özel denetim talebinde bulunma hakkının bulunmamasının çelişkili bir durum ortaya çıkardığını ileri sürmüştür, bkz. Pauli, s. 71-72.

B. ÖZEL DENETİM TALEBİNİN KOŞULLARI

1. ÖNCEDEN BİLGİ ALMA VE İNCELEME HAKKININ KULLANILMIŞ OLMASI ÖN ŞARTI

Özel denetim istenen konuda, talebi yapan pay sahibinin, daha önceden bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olması gerekir (TTK m. 438/I).⁶⁵ Diğer bir deyişle, özel denetim talebinde bulunmadan önce pay sahibi, belirli konuları aydınlatmak için genel kurulda bilgi alma ve belgeleri inceleme talebinde bulunmuş, ancak bu girişimi, genel kurulun hareketsiz kalması veya geç tepki vermesi, bilgi vermeyi reddetmesi ya da tatkâr bir cevap vermemesi nedeniyle başarısız olmuş olmalıdır.⁶⁶ Dolayısıyla, özel denetim talebi, bilgi alma veya inceleme yapma hakkının kullanılmasının pay sahibine yardımcı olmadığını durumlarda başvurulabilecek fer'i bir yoldur.⁶⁷

Burada uygulama açısından, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olan kimse ile özel denetim isteminde bulunan kimsenin aynı kimse olup olmaması önem taşımaktadır. İsviçre öğretisinde bir kısım yazarlar (Horber, Böckli) tarafından İBK m. 697a'da özdeşliğin arandığı ve bu yorumun özel denetimin amacına uygun olduğu ileri sürülmüştür.⁶⁸

İsviçre öğretisinde çoğunluğun (Binder, Gabrielli, Montavon) görüşü ise, bu yorumun çok katı olduğu yönündedir. Bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılması yeterlidir, bu hakkı hangi pay sahibinin kullandığının bir önemi yoktur.⁶⁹ Uygulama açısından da, her bir pay sahibinden başka bir pay sahibinin yaptığı bilgi alma ve inceleme talebine şeklen katılmasını istemek gerçekçi olmayacaktır, zira her bir pay sahibi kadar bilgi alma talebinde bulunan pay sahibi de, temin edilen veya reddedilen ya da eksik olan bilgi ile ilgilenecektir. Bu anlamda, eğer bilgi alma ve inceleme hakkını kullanan pay sahibi ile özel denetim talebinde bulunan pay sahibinin aynı kimse olması gerektiği görüşü kabul edilecek olursa, bilgi alma ve inceleme hakkı münferit bir pay sahibi tarafından kullanılmakla tüm pay sahiplerinin bilgilendirilmesi üzerinde sonuç doğurmuş olacaktır.⁷⁰ Bu da, özel denetim talebinde bulunmaya ehil olanları fazlasıyla sınırlandıracaktır.

TTK açısından ise, m. 438/I'in lafzından, özdeşliğin açık bir şekilde arandığı sonucuna varılamamaktadır. Nitekim, madde gerekçesinde de böyle bir zorunluluğun olmadığı

65. İBK m.697a/I.

66. Killias/Bertholet, s. 248, 249; Pauli, s. 217; ATF 123 III 261, 264, JdT 1999 I 27, 29.

67. Message SA, FF 1983 II p. 934; Killias/Bertholet, s. 252; Pauli, s. 212 vd; Ruedin, s. 261; Narbay, s. 301.

68. Pauli, s. 100'den naklen.

69. Pauli, s. 100'den naklen.

70. Pauli, s. 100-101.

ğı, ancak konunun aynı olması gerektiği ifade edilmiştir (TTK m. 438, f. 1 gerekçesi). Öğretide Narbay, madde gerekçesi ile aynı yönde yorumun amaca uygun olacağını, çünkü bir pay sahibinin bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmış olmakla birlikte, yeterince bilgilenmemiş olabileceğini, ancak özel denetim istemi için öngörülmüş olan çok karışık sınırlamalardan dolayı bu bireysel hakkını kullanmak istemeyebileceğini, dolayısıyla böyle bir durumda bir başka pay sahibinin aynı konuda daha önce başka bir pay sahibi tarafından bilgi alma veya inceleme hakkı kullanıldığı halde kendisinin buna rağmen yeterince aydınlanmadığını ileri sürerek özel denetim isteminde bulunabileceğini ileri sürmüştür.⁷¹

Pulaşlı ise, TTK m. 438/II hükmünün “*şirket veya her bir pay sahibi*” sözel ifadesinden, genel kurulda bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olsun olmasın, genel kurulun söz konusu özel denetim istemini onaylaması halinde her bir pay sahibinin mahkemeye özel denetçi atanması için başvurabileceği anlamının çıktığını;⁷² ayrıca, özellikle yönetim kurulu açısından, anonim şirketin tüzel kişiliği adına özel denetim isteminde bulunmanın bir bakıma zorunluluk arz ettiği, aksi takdirde genel kurul kararlarını kusurlu olarak icra etmemesi nedeniyle sorumluluğunun söz konusu olabileceğini, bu nedenle, mahkemeden özel denetim istemini sadece genel kurulda bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış pay sahipleri ile sınırlandırmanın, hem genel kurul kararının etkisi hem özel denetçi atanmasında güdülen yasal amaçla bağdaşmayacağını ileri sürmüştür.⁷³

ETK m. 348’in öngördüğü sistemde, hangi azınlığın mahkemeye başvuracağı hususu bakımından ise Moroğlu’na 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 lehine oy kullanmış olmaları ya da genel kurulun red kararına karşı, kurulda herhangi bir itirazda bulunmuş olmaları da zorunlu değildir.⁷⁴

Kanaatimizce, TTK m. 438/I’de yer alan “her pay sahibi, ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, ...genel kuruldan isteyebilir” ifadesinden, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olan kimse ile özel denetim isteminde bulunan kimse- nin aynı olmayabileceği sonucuna varılabilecek olup, bu yönde bir yorum, yukarıda ileri sürülen görüşler de dikkate alındıktan sonra, özel denetimin amacına daha uygun olacaktır. Aksi takdirde, bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmasına rağmen pay sahibinin yeterin-

71. Narbay, s. 297.

72. Pulaşlı, s. 1873.

73. Pulaşlı, s. 1874.

74. Moroğlu, “*Özel Denetçi*”, s. 349-350.

ce bilgi temin edememiş olması durumunda, sadece kendisi özel denetim talebinde bulunabilecek ve eğer bu talebi yapmazsa, diğer pay sahipleri doğrudan mahkemeye başvurup özel denetim talebinde bulunamayacak, öncelikle genel kurulda bilgi alma veya inceleme hakkını kullanmak zorunda kalacaklardır. Diğer bir ifadeyle, münferit bir pay sahibinin bilgi alma ve inceleme yapma hakkını kullanması, tüm pay sahiplerinin bilgilendirilmesi bakımından sonuç doğurmuş olacaktır ki, bu da, özel denetimin amacı ile bağdaşmayacaktır.

2. ÖZEL DENETİM TALEBİNİN MADDİ KOŞULLARI

Özel denetim talebinin yapılabilmesi için, yukarıda açıklanan ön koşulun yanı sıra, üç maddî koşulun da bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar; özel denetimin konusunu belirli olayların oluşturması, özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılması açısından gerekli olması ve özel denetim talebinin, bilgi alma ve inceleme hakkına yardımcı nitelikte olmasıdır.⁷⁵

a. ÖZEL DENETİMİN KONUSUNU BELİRLİ OLAYLARIN OLUŞTURMASI:

Soruşturma aracı olarak özel denetim kurumu, hukukî sorunları değil, vakaları açıklamaya ve aydınlatmaya hizmet eder.⁷⁶ Eğer pay sahibinin genel kurula sorduğu sorular, şirket yönetiminin genel olarak denetlenmesine yönelik ise, bu koşul yerine getirilmemiş olur.⁷⁷ Özel denetçinin görevi, denetimin konusunu oluşturan vakaları araştırmak ve ulaştığı sonuçları raporunda sunmakla sınırlıdır. Bunun dışında özel denetçi, bahsi geçen vakalar hakkında yargılamada bulunamaz, yerindelik denetimi yapamaz.⁷⁸

Özel denetimin amacı, pay sahiplerine (özellikle azınlıklara), haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmeleri için vakaları doğru bir şekilde değerlendirebilme imkânı vermektir. Dolayısıyla özel denetimin konusunu, şirketin idaresi ile ilgili ve şirket içi vakaların oluşturması gerekir, şirket dışı faktörlere, örneğin piyasanın durumuna dayanılmaz.⁷⁹ Şirketin idaresi ile ilgili vakalar, şirketin ekonomik ve mali durumunu olduğu kadar şirketle doğrudan ilişkisi olan kişilerin (yönetim kurulu üyeleri, denetçiler, işçiler, vb.) eylemlerini de etkilemeye elverişli tüm vakaları kapsayabilir. Özel denetimin konu-

75. Message SA, FF 1983 II p. 934; Killias/Bertholet, s. 249-250; özel denetim talebinin maddî koşullarının ele alındığı bir karar için bkz. Walter Stoffel/Pierre Tercier: "Das Gesellschaftsrecht 2005/2006, Le droit des sociétés 2005/2006", RSDA 2006, s. 435 vd.

76. Message SA, FF 1983 II p. 934; Killias/Bertholet, s. 250; Narbay, s. 304; Pulaşlı, s. 1877-1878.

77. Pauli, s. 234; Killias/Bertholet, s. 250; François Chaudet: *Droit suisse des affaires*, 2ème Édition, Bâle, Genève, Munich 2000, s. 86.

78. Pauli, s. 229-230; Killias/Bertholet, s. 250; Pascal Montavon: *Droit suisse de la SA*, 3ème Édition, Lausanne 2004, s. 749; Narbay, s. 304; Özkan, s. 37.

79. Pauli, s. 227-228; Killias/Bertholet, s. 250; Chaudet, s. 86; ATF 123 III 261, JdT 1999 I 27; Narbay, s. 305; Pulaşlı, s. 1877.

su, şirketin idaresi ile ilgili ve şirket içi vakalarla sınırlandırılmış olmakla birlikte, pay sahiplerinin haklarını kullanmaları açısından önem arz etmesi halinde, şirketin üçüncü kişilerle olan ilişkilerini de kapsayabilecektir. Bu anlamda, birleşme sözleşmesi veya şirket iştirakleri, özel denetimin konusu olabilir.⁸⁰

Özel denetimin konusunu, belirli olaylar oluşturmaldır (TTK m. 438/I).⁸¹ “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.⁸²

Özel denetim talebinin kabul edilebilmesi için, incelenecek olan olayların henüz aydınlatılmamış olması, yani, bu olaylarla ilgili olarak daha önceden genel kurula sorulan soruların cevaplanmamış veya cevabın eksik ya da yetersiz olması gerekir.⁸³ Keza, özel denetime konu olan olaylar, daha önceden, şirketin düzenli olarak yaptığı denetimlerde hiç incelenmemiş ya da üstünkörü bir şekilde incelenmiş olmamalıdır.⁸⁴

Özel denetimin belirli olaylarla sınırlı olması, pay sahiplerinin, talebin kabul edilmesi ve denetimin gerçekleşmesi yolunda aşmaları gereken diğer bir güçlüktür. Şöyle ki; pay sahiplerinin, şirket yönetimi hakkında, hangi olayların incelenmesi gerektiğini açıkça belirleyebilecek kadar fikir sahibi olmaları pek kolay değildir.⁸⁵ Zaten, pay sahiplerinin özel denetim talebinde bulunmalarının nedeni de, şirketin kendilerine talep ettikleri bilgileri temin etme konusunda çoğunlukla isteksiz davranmaları veya eksik ya da yetersiz bilgi vermeleridir. Bu anlamda, belirli olaylar kavramının çok dar yorumlanmaması ve denetçiye, olayların içeriğini ve aralarındaki ilişkileri ortaya koyma imkânının tanınması gerekir.⁸⁶

b. PAY SAHİPLİĞİ HAKLARININ KULLANILMASI BAKIMINDAN ÖZEL DENETİMİN GEREKLİ OLMASI:

Özel denetim, pay sahiplerinin haklarını kullanmaları açısından gerekli olmalıdır (TTK m. 438/I).⁸⁷ Diğer bir ifadeyle, pay sahibinin bu denetimin yapılmasında hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması,⁸⁸ talep edilen bilgi olmaksızın haklarını bi-

80. Killias/Bertholet, s. 251.

81. İBK m. 697a/I.

82. TTK m. 438, f. 1 gerekçesi, s. 157; Killias/Bertholet, s. 250; Pauli, s. 234.

83. Pauli, s. 233-234.

84. Pauli, s. 234.

85. Pauli, s. 234; Killias/Bertholet, s. 251.

86. Pauli, s. 235.

87. İBK m. 697a/I.

88. Narbay, s. 303, yazar bunun gibi, pay sahipliği haklarının kullanılması ile özel denetim istemi arasında anlaşılabilir bir ilişkinin söz konusu olması gerektiğini ifade etmiştir, s. 303.

linçli bir şekilde kullanmasının mümkün olamaması gerekir. Pay sahibinin, şirketin içinde bulunduğu ekonomik durum hakkında fikir sahibi olması, böylece yatırımının geleceği hakkında karar vereceği ya da gündemdeki belli bir konu hakkında oyunu olumlu ya da olumsuz yönde kullanacağı veya şirkete karşı sorumluluk davası açmaya hazırlandığı durumlarda, durum böyledir.⁸⁹ Özel denetim talebinin böyle bir şarta bağlanmasının nedeni, pay sahibinin şirket dışı menfaat sağlamasının, alınacak herhangi bir kararı önlemesinin veya taktik bir üstünlük elde etmek amacıyla bu hakkı kötüye kullanmasının önüne geçilmek istenmesidir (TTK m. 438/I gerekçesi).

c. FER'İ NİTELİKTE OLMASI:

Kanun koyucu, özel denetim kurumuna fer'i bir nitelik kazandırmak istemiştir. Bu fer'ilik, kişisel, maddî ve şeklî bir görünüme sahiptir. Her şeyden önce, pay sahibi, bilgi alma ve inceleme hakkını (TTK m. 437) kullanmalıdır.⁹⁰ Yönetim kurulu, açıkça eksik veya tatminkâr olmayan ya da doğrulukları bakımından var olan şüpheleri ortadan kaldırmayan bu bilgileri pay sahibine vermeyi reddederse, pay sahibi özel denetim talebinde bulunabilir. Özel denetçinin bilgi alma ve inceleme hakkının konusu, özel denetimin yapılacağı olaylarla sınırlıdır.⁹¹ Özel denetim yoluyla talep edilen bilgiler de, önceden yapılan bilgi alma talebinin kapsadığı bilgiler olmalıdır.⁹² Böylelikle pay sahibi, özel denetimin konusunu oluşturacak soruları, önceden yazılı olarak yönetim kuruluna iletme kolaylığına sahip olacaktır.⁹³

III. ÖZEL DENETİM TALEBİNİN AŞAMALARI

Özel denetimin talebi, iki aşamaya tâbidir. Birinci aşama, genel kurul sırasında özel denetim talebinin yapılmasıdır, ikinci aşama ise hâkim tarafından özel denetçinin atanması, yani hâkim önündeki aşamadır. Her ikisi de zorunlu olup, ikinci aşama, genel kurulun verdiği karara göre iki farklı şekilde gelişebilir.⁹⁴

89. Message SA, FF 1983 II p. 934; Killias/Bertholet, s. 251; Pauli, s. 247; Kaya, s. 232, 233; pay sahipliği haklarının kullanılmasından kastedilen, her şeyden önce, sorumluluk davası, yıllık raporun reddedilmesi, yönetim kurulu veya denetçilerin seçimi ve görevden alınmalarına ilişkin davadır, bkz. Narbay, s. 303-304.

90. Narbay, s. 300; Pulaşlı, s. 1871.

91. Karasu, s. 104, Narbay, s. 304.

92. Pauli, s. 218.

93. Killias/Bertholet, s. 252; ATF 123 III 261, JdT 1999 I 27; Pauli, s. 212 vd.

94. Message SA, FF 1983 II p. 935; Killias/Bertholet, s. 254.

A GENEL KURUL SIRASINDA ÖZEL DENETİM TALEBİNİN YAPILMASI

Özel denetim talebi, her bir pay sahibi tarafından genel kurul sırasında yapılabilir. ETK m. 348 düzenlemesinde, genel kurulda yapılan özel denetim talebi hakkında karar alınabilmesi için, konunun gündemde bulunması gerekir gerekmediği konusunda herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle konu, Türk öğretisinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.⁹⁵ Kaynak İBK m. 700/III'de, özel denetim isteminin, gündeme bağlılık ilkesinin bir istisnası olduğu açıkça belirtilmiştir. TTK'da, İBK m. 700/III'ün karşılığı olan bir hüküm kaleme alınmamış olmakla birlikte, kanun koyucu tüm bu tereddütleri ve tartışmaları ortadan kaldırmak amacıyla benzer bir çözüm getirmiştir. TTK m. 438/I'e göre, "her pay sahibi,, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, *gündemde yer almasa bile* genel kuruldan isteyebilir". Dolayısıyla, artık her pay sahibi, genel kurul gündeminde bulunmasa dahi özel denetim isteyebilecektir.

B. MAHKEME TARAFINDAN ÖZEL DENETÇİ ATANMASI

1. GENEL KURULUN ÖZEL DENETİM TALEBİNİ KABUL ETMESİ

Eğer genel kurul, yapılan özel denetim talebini kabul ederse, şirket veya her bir pay sahibi, otuz gün içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki ticaret mahkemesinden bir özel denetçi atanmasını talep edebilir (m. 438/I).⁹⁶

TTK (ve kaynak İBK), ETK'dan (ve kaynak Alman POK'dan) farklı olarak, genel kurul, talebi kabul etmiş olsa bile, özel denetçinin, mahkeme tarafından atanmasını öngörmüştür. Böylelikle, özel denetimin bağımsız ve güvenilir bir denetçi tarafından tarafsız bir şekilde gerçekleştirilmesi ve kuruma güven kazandırılması temin edilmiştir (TTK m. 438, f. 1 gerekçesi).

Maddede geçen "otuz günlük süre"nin niteliğine ilişkin olarak m. 438'in gerekçesinde, bunun bir düzen hükmü olduğu, hak düşürücü nitelik taşımadığı ifade edilmiştir. Bu sürenin Narbay'ın da haklı olarak ileri sürdüğü üzere, hak düşürücü süre olarak kabul edilmesi ve genel kurulun özel denetim talebini onayladığı tarihten itibaren başlaması gerekir, aksi takdirde, şirket sürekli bir özel denetim baskısı altında kalacak ve bu

95. Gündeme bağlılık ilkesinin özel denetim kurumunu işlemez hale getirmesi konusunda ayrıntılı bir çalışma için bkz. Ömer Teoman: "Anonim Ortaklıkta Azınlığın Özel Denetçi Seçilmesini İsteme Hakkı ve Gündeme Bağlılık İlkesi", *İktisat Maliye*, C. XXVII, S. 2, Mayıs 1980, s. 68-75; Paslı, s. 618-620; Çelik, s. 78-81.

96. İBK m. 697a/I.

durum da şirketin işleyişine zarar verebilecektir. Bu nedenle, özel denetçinin vakit geçmeden atanıp, özel denetimi tamamlanması ve böylelikle özel denetim konusu olayı aydınlatması, hem şirketin hem özel denetim talebinde bulunan pay sahibinin lehine olacaktır.

Mahkeme, özel denetçi atanması talebi karşısında şeklî bir inceleme yapacak,⁹⁷ özel denetime karar verilebilmesi için TTK m. 438/I'de öngörölmüş olan koşulların yerine getirilip getirilmediğini araştırmayacaktır. Çünkü bu şartların varlığı, daha önceden, özel denetim talebinin genel kurula yöneltildiği aşamada incelenerek kabul edilmiştir. Bununla birlikte, mahkemenin, şirkete özel denetçi atanmasına ilişkin dilekçede belirtilen konu ile genel kurulun özel denetim talebinin kabulüne dair kararında yer alan konunun aynı olup olmadığını incelemesi, aksi halde talebi reddetmesi gerekir.⁹⁸ Mahkemenin, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, bu aşamada şeklî bir inceleme yapacak olması nedeniyle, özel denetçi atanmasına ilişkin kararını vermeden önce şirketin yönetim kurulu üyelerini ya da denetçilerini dinlemesini gerektiren bir durumun söz konusu olduğu kanaatinde değiliz.⁹⁹ Keza, bu aşamada, şirket tüzel kişiliği ile özel denetim isteminde bulunan pay sahibi hasım değildir, diğer bir ifadeyle, mahkeme, çekişmesiz bir yargı yürütmektedir, çünkü genel kurul, pay sahibinin özel denetim talebini kabul ettiğinden, artık özel denetimin yapılması konusunda bir anlaşmazlık söz konusu değildir. Ancak, ileride de değineceğimiz üzere,¹⁰⁰ genel kurulun, pay sahibinin özel denetim talebini reddetmesi üzerine, azınlık pay sahiplerinin mahkemeye başvurduğu aşamada, taraflardan birinin şirket tüzel kişiliği diğerinin azınlık pay sahiplerinin olduğu çekişmeli bir yargı vardır ve bu aşamada mahkeme kanaatini kuvvetlendirmek için tarafları dinleyebilir, şirket belgelerini inceleyebilir.

2. GENEL KURULUN ÖZEL DENETİM TALEBİNİ REDDETMESİ

Genel kurulun pay sahibinin özel denetim talebini reddetmesi halinde, azınlık pay sahipleri mahkemeden özel denetçi tayin etmesini isteyebilecektir. Diğer bir deyiş-

97. Bu inceleme, mahkemenin görevli olup olmadığı, genel kurulun özel denetimin yapılmasına ilişkin kararının varlığı, başvuru sahibinin başvuru yapmaya yetkili olup olmadığı, atanma isteminin süresi içinde yapılıp yapılmadığı konularını kapsayacaktır, bkz. Narbay, s. 313; Narbay, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi," s. 94.

98. Narbay, s. 312; Narbay, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", s. 91.

99. Nitekim, m. 438/II'nin gerekçesinde de, "Hükmün lafzına göre, incelemenin dosya üzerinden yapılması gerekir. Talebin bir eda davası şeklinde ileri sürülmesine ve mahkemenin tarafları dinlemek istemesine engel bulunmamakla birlikte, zorunluluğun kurumun amacı ile bağdaşmayabileceği düşünülmektedir", s. 158.

100. Bkz. III/B/2.

le, pay sahibinin bireysel hakkı, azınlık hakkına dönüşür (TTK m. 438, f. 1 ve m. 439 gerekçeleri).¹⁰¹ Azınlık kavramı, Kanun'da şirketin halka açık olup olmamasına göre farklı tanımlanmıştır. Buna göre, sermayenin en az onda birini, halka açık anonim şirketlerde yirmide birini oluşturan pay sahipleri veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan pay sahipleri üç ay içinde mahkemeden özel denetçi talebinde bulunabilecektir (TTK m. 439/I).¹⁰² Bu, azınlık pay sahiplerinin yerine getirmesi gereken şekli bir koşuldur. ETK m. 348/II, c.1'de yer alan düzenlemenin ve Alm. POK § 142/II, c.2¹⁰³ hükmünün aksine, TTK m. 439/I'de, özel denetim isteminde bulunabilmek için "azınlığın belirli süreden beri bu payları ellerinde bulundurmaları şartı" da aranmamıştır. Dolayısıyla, burada ispat edilecek olan tek husus, böyle bir istemin mahkemeye yöneltildiği anda azınlık statüsüne sahip olduğudur.¹⁰⁴ Belirlenmiş olan bu oranların ve sabit miktarın esas sözleşme ile artırılması geçersizdir (TTK m. 439, f.1 gerekçesi).¹⁰⁵ Buna karşılık, özel denetim isteminde bulunacak azınlık için öngörülen oran ve miktarın esas sözleşmeye konulacak bir hükümle indirilmesinin geçerli olarak kabul edilmesi gerekir.¹⁰⁶

Sermayenin en az onda birini oluşturma" ölçütünün getirilmesinden amaç, küçük ve orta ölçekteki şirketlerin azınlık pay sahiplerine, çoğunluk hisseye sahip pay sahiplerinin hakimiyeti karşısında, kendi haklarını etkin bir şekilde savunabilecekleri bir konum sağlamak suretiyle yardımcı olmaktır.¹⁰⁷ Tek bir pay sahibinin, Kanun'da öngörülmüş olan "sermayenin en az onda biri tutarında paya veya itibarî değeri toplamı en az bir milyon Türk Lirası olan paylara sahip olma" koşulunu karşılaması, çoğu zaman mümkün olmayacağından, kanun koyucu, pay sahibine, gerekli olan bu minimum azınlığı oluşturması, bir araya getirmesi için üç aylık bir süre öngörmüştür.¹⁰⁸

101. Pauli, s. 6; Killias/Bertholet.

102. İBK m. 697b/I.

103. "Buna göre, mahkemeden özel denetim isteminde bulunabilecek esas sermayenin yüzde onu oranında paya sahip olan pay ya da pay sahiplerinin genel kurul toplantısından itibaren en az üç ay öncesinden bu paylara sahip olduklarını ve mahkeme kararını verinceye kadar bu paylara sahip bulunacaklarını ispat etmek zorundadırlar", Narbay, s. 315, dp. 107.

104. Narbay, s. 315; Narbay, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", s. 98-99.

105. Aynı doğrultuda bkz. Moroğlu, Özel Denetçi, s. 342; Aday, s. 25, 34; Paslı, s. 616; Narbay, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", s. 103.

106. Aynı doğrultuda bkz. Moroğlu, Özel Denetçi, s. 342; Aday, s. 25; Paslı, s. 616; Narbay, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", s. 105-106.

107. Message SA, FF 1983 II p. 935.

108. Message SA, FF 1983 II p. 935-936.

Azınlık pay sahipleri, bu şekli koşul yanı sıra, özel denetim talebinin kabul edilebilmesi için gerekli olan ve yukarıda açıklanan üç koşula¹⁰⁹ ek olarak, Kanun'da öngörülmüş olan iki maddî koşulu daha yerine getirmelidir: Bunlardan birincisi; kurucuların veya organların, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ettiğinin, ikincisi, bu ihlâl yüzünden şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğradıklarının ikna edici bir şekilde ortaya konmasıdır (TTK m. 439/II)¹¹⁰ Mahkeme, özel denetçi atanmasına karar verirken, gerek maddî gerek şekli koşulları inceleyecektir.¹¹¹

Kanun'un öngördüğü "*kurucuların veya organların, kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl ettiğinin ikna edici bir şekilde ortaya konması*" koşulu, genel kurul kararlarının iptali davasını düzenleyen hükümler¹¹² (TTK m. 445 ve 446)¹¹³ ile aynı koşulu esas almaktadır. "*Kanun veya esas sözleşme ihlâlî*" kapsamında, anonim şirketler hukukunun emredici veya düzenleyici kurallarının (örneğin, yönetim kurulunun, kurucuların veya denetçilerin özen yükümü ya da aynı konumda olan pay sahiplerine eşit işlem yapma ilkesi) yanı sıra, hukukun tüm yazılı ve yazılı olmayan kurallarının (örneğin, oransallık ilkesi) ve esas sözleşme hükümlerinin de ihlâlî söz konusu olacaktır.¹¹⁴ "*İhlâlînin ikna edici bir şekilde ortaya konması*", ihlâlî delillerle kesin olarak ispat edilmesi anlamına gelmemektedir. Azınlık pay sahiplerinin mahkemeye sundukları delil ve emarelerle ileri sürdükleri belirli yolsuzluk veya ihlâlîlerin doğruluğunu muhtemel gösterebilmeleri, özel denetçinin mahkeme tarafından atanması isteminin kabulü için yeterli olacaktır.¹¹⁵ Keza, bahsi geçen yolsuzluklar ya da ihlâl yüzünden şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğradıklarının ikna edici bir şekilde ortaya konması da son derece güç olup, bu koşulun "*şirketin veya pay sahiplerinin zarara uğratıldıkları konusunda belirtiler bulunması halinde*" şeklinde yumuşatılması yerinde olacaktır.¹¹⁶ İkinci şarta

109. Bkz. II/B/2.

110. İBK m. 697b/II.

111. Killias/Bertholet, s. 255; Pauli, s. 141; TTK m. 440 gerekçesi, s. 158; Narbay, s. 317-318.

112. TTK m. 445: "*446 ncı maddede belirtilen kişiler, kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kurallarına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine karar tarihinden itibaren üç ay içinde ... iptal davası açabilirler*".

113. İBK m. 706/II, b.1.

114. Pauli, s. 195-196; Killias/Bertholet, s. 255-256; TTK m. 439, f. 2 gerekçesi; aynı yönde bkz. Narbay, s. 318-319; Narbay, "*Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*", s. 111.

115. Moroğlu, *Özel Denetçi*, s. 77; Pulaşlı, s. 1879.

116. Erdoğan Moroğlu: *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, İstanbul Barosu, İstanbul, Mayıs 2005, s. 131; Narbay da, söz konusu ihlâlînin anonim ortaklığın veya pay sahiplerinin zararına yol açtığına inanılır kılınması şartının aranmayacağını, bu ihlâlîlerin bir zarara yol açabileceği olgusunun yeterli kabul edileceğini ileri sürmüştür, "*Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*", s. 115.

ilişkin olarak zarar, borçlar hukuku anlamında şirketin veya pay sahibinin malvarlığında, istemeden, meydana gelen bir azalma veya borçlarında artış ya da uğradığı bir kazanç kaybı olarak anlaşılmalıdır.¹¹⁷

Bu iki maddî koşulun, usul hukuku anlamında geçerli olan delillerle ispatı şart koşulmamış, ikna edici olgularla inandırıcı bir şekilde ortaya konulması yeterli görülmüştür.¹¹⁸ Bu itibarla mahkeme, özel denetim talebinde bulunan azınlığın şüpheleri ile yetinemez. Talepte bulunan azınlık, en azından, ifadelerinin doğru olabileceği sonucuna varılmasını sağlayacak ipuçlarını ortaya koymalıdır.¹¹⁹

TTK m. 439/I'de geçen “üç aylık süre”, daha önce de ifade ettiğimiz üzere,¹²⁰ hak düşürücü süredir (TTK m. 439, f. 1 gerekçesi).

Genel kurulun pay sahibinin özel denetim istemini kabul etmesi üzerine özel denetçi atanması amacıyla pay sahibinin mahkemeye başvurmasının aksine, bu aşamada çekişmeli bir yargı söz konusu olacaktır. Mahkeme kanaatini kuvvetlendirmek bakımından, kendiliğinden, ortaklığın yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerini dinleyebileceği gibi, denetçinin hazırladığı raporları da göz önünde tutabilecek ve gerekli gördüğü takdirde bilirkişi incelemesi de yaptırabilecektir.¹²¹ Çekişmeli yargının söz konusu olması sebebiyle, uyuşmazlığın taraflarına mahkemenin vereceği karara karşı bir üst derece mahkemesine başvurma imkânının verilmesi gerekir. Ancak, TTK m. 440/II düzenlemesinde, mahkemenin özel denetçi atanmasına ilişkin kararının kesin olduğu ifade edilmiştir. Böyle bir düzenleme, kaynak İBK'da yer almamaktadır.¹²² Bununla birlikte, özel denetimin mümkün olduğunca basit ve hızlı bir şekilde gerçekleştirilmesinde hem şirketin hem pay sahiplerinin menfaati söz konusudur.¹²³

117. Borçlar hukukunda zarar kavramı için bkz. Fikret, Eren: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I-II-III, İstanbul 1994, C. II, s. 39 vd; Killias/Bertholet, s. 256; Pauli, s. 204-205; TTK m. 439, f. 2 gerekçesi, s. 158; ileride doğması muhtemel bir zararın varlığının da yeterli olacağını savunan görüş için bkz. Pauli, s. 206.

118. “*İkna edici olgularla inandırıcı bir şekilde ortaya konulması*” kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Pauli, s. 132 vd.; Yargıtay'ın bu yönde bir kararı için bkz. Yargıtay 11. H.D. 15.4.1982, 1269/1727, Gönen Eriş: *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt: Ticarî İşletme ve Ticaret Şirketleri*, 1.Bası, Ankara 1987, no:1305; Message SA, FF 1983 II p. 936; Killias/Bertholet, s. 255; Pauli, s. 200-201; TTK m. 439, f. 2 gerekçesi, s. 158.

119. Pauli, s. 201.

120. Bkz. III/B/1.

121. Moroğlu, “*Özel Denetçi*”, s. 77.

122. Pulaşlı, Kaynak İsviçre hukukunda bu kararın temyizinin kabil olduğu görüşünün benimsendiğini aktarmıştır, s. 1880.

123. Narbay, s. 321; özel denetim sürecinin basit ve hızlı olmasının getireceği yararlar açısından bkz. III/B/1.

IV. ÖZEL DENETİMİN KONUSUNUN BELİRLENMESİ VE ÖZEL DENETÇİNİN ATANMASI

A. ÖZEL DENETİMİN KONUSUNUN BELİRLENMESİ

Özel denetimin konusunu ve kapsamını, mahkeme tayin eder (TTK m. 440/II).¹²⁴ Eğer şirket özel denetimin kapsamını kendisi serbestçe belirleyebilseydi, özel denetim kurumu amacına ulaşamazdı. Mahkemenin, özel denetim talebini yerinde görmesi durumunda, inceleme konusunu, yapılan talep çerçevesinde belirlemesi gerekir (TTK m. 440/II). Özel denetimin konusunu, yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere,¹²⁵ şirketin idaresi ile ilgili ve şirket içi belli vakalar oluşturmaktadır.

B. BİR / BİRDEN FAZLA DENETÇİNİN ATANMASI

Özel denetçinin gerekli olan yetkiye ve bağımsızlığa sahip olabilmesi için şirket değil, mahkeme tarafından atanması gerekir¹²⁶. Kanun koyucu da, bu esastan hareket etmiştir. Buna göre mahkeme, şirketi ve talep sahiplerini dinledikten sonra kararını verir (TTK m. 440/I).¹²⁷ Mahkemenin karar vermeden önce, özel denetim talebinin kabul edilebilmesi için gerekli olan tüm maddî ve şeklî koşulları da aramakla yükümlü olduğu şüphesizdir.¹²⁸ Mahkeme, meslekî bilgi ve deneyimine göre “*ikna edici olma*” unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğine karar verecektir (TTK m. 440 gerekçesi).

Mahkeme talebi yerinde görürse, talep çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir. Mahkemenin kararı kesindir (TTK m. 440/II).¹²⁹ Burada, şüphesiz mahkeme, özel denetim usulünün mümkün olan en kısa sürede tamamlanması zorunluluğunu dikkate alacaktır.¹³⁰

Özel denetçi, mahkemenin atama kararını kabul etmek zorunda değildir, böyle bir yükümlülüğü yoktur.¹³¹ Dolayısıyla, bu görevi kabul etmediği sürece, özel denetçinin yetkilerine sahip olamayacaktır.

124. İBK m. 697c/II.

125. Bkz. II/B/2/a.

126. Killias/Bertholet, s. 256; TTK m. 440 gerekçesi, s. 158.

127. İBK m. 697c/I.

128. Killias/Bertholet, s. 255; Pauli, s. 141; TTK m. 440 gerekçesi, s. 158; Narbay, s. 317-318.

129. İBK m. 697c/II.

130. Message SA, FF 1983 II p. 936.

131. Killias/Bertholet, s. 256-257; Narbay, s. 323.

Mahkemenin, özel denetimin usulüne uygun bir şekilde icra edilebilmesi için gerekli olan niteliklere sahip bir veya daha fazla denetçi ataması gerekir. Mahkemenin arayacağı nitelikler, kısmen, denetimin konusuna bağlıdır. Kanun, bağımsız bir uzmanın atanacağından bahsetmekle birlikte, anonim ortaklığın olağan denetçileri için öngörül­düğü gibi (TTK m. 400/I), özel denetçilerin de hangi meslek grubu içinden atanacakları konusunda herhangi bir açıklama yapmamıştır. Bununla birlikte, şirketin idaresi, iktisat ve hukukun genel ilkeleri hakkında asgari düzeyde bilgi şarttır. Dolayısıyla, özellikle, avukatlar, hesap uzmanları, akademisyenler, şirket danışmanları ya da mühendisler özel denetçi olarak atanabilir.¹³²

Özel denetçi, gerçek kişi olabileceği gibi, tüzel kişi de olabilir.¹³³ Özel denetçinin, özel denetimin konusu olan şirketten bağımsız olması şart olduğundan, bahsi geçen şirketin çalışanı, temsilcisi veya önemli bir hissedarı, yönetim kurulu üyesi ya da denetçisi, özel denetçi olarak atanamaz. Özel denetçinin bir tüzel kişi/şirket olması halinde, özel denetim yetkisine sahip bu şirket ve denetimi bu şirket adına bizzat gerçekleştiren denetçiler ile denetlenen şirketin birbirlerinden bağımsız olmasının temini gerekir.¹³⁴

C. ÖZEL DENETİMDEN KAYNAKLANAN İLİŞKİLERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Özel denetçi, mahkeme tarafından atanır. Özel denetçi ile şirket arasındaki sözleşme, mahkemenin özel denetçiye yaptığı görev teklifini, özel denetçinin kabul etmesi ile meydana gelir. Bununla birlikte, özel denetçi, mahkemenin teklifini kabul etmek zorunda değildir.¹³⁵ Özel denetçinin görevinin kapsamını, mahkeme belirler. Denetlediği şirket, ne atanmasına, ne görevlerinin belirlenmesine müdahale edemez, kendisine talimat veremez, yetkisini geri alamaz. Sadece, özel denetçiye ödeme yapmak ve gerekli bilgileri temin etmekle yükümlüdür.¹³⁶ Diğer yandan, özel denetçi, görevini kabul ettiği andan itibaren, özel denetimin konusuna dâhil olan soruları cevaplayabilmek için elinden gelenin en iyisini, özenle yapmayı taahhüt eder. Vekil, sözleşme veya teamül varsa ücrete hak kazanırken (6098 sayılı TBK m. 502/III), özel denetçinin belirli bir alanda uzmanlık gerektiren özel denetim görevini ücret almadan yerine getirmesinin beklenemeyeceği, bu nedenle ücretin zorunlu unsur teşkil edeceği kanaatindeyiz. Keza, gerek vekâlet verenin, gerek vekilin her zaman, tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirebilmesi

132. Killias/Bertholet, s. 257; Narbay, s. 322.

133. Killias/Bertholet, s. 257; Narbay, s. 322.

134. Killias/Bertholet, s. 257-258.

135. Narbay, s. 323; Narbay, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", s. 159.

136. Pauli, s. 178; Killias/Bertholet, s. 258.

mümkün iken (6098 sayılı TBK m. 512), ne özel denetçinin, ne özel denetçiye, özel denetim yapma yetkisini veren mahkemenin istediği zaman bu yetkiyi, tek taraflı olarak geri almasından söz edilebilir. Mahkeme, ancak belirli koşulların ortaya çıkması halinde, özel denetçinin yetkisini geri alabilir.¹³⁷ Nihayet, sadakat borcunun bir sonucu olarak vekâlet verenin çıkarına uygun hareket etmesi ve ona zarar vermekten kaçınması gerekirken (6098 sayılı TBK m. 506/II), özel denetimde esas olan, özel denetçi ile şirket arasında hiçbir bağın olmaması, diğer bir deyişle, özel denetçinin bağımsız olması, denetlediği şirketten hiçbir talimat almaması,¹³⁸ denetim görevini tarafsız ve dürüst olarak¹³⁹ ve sır saklama yükümüne uyarak yerine getirmesidir. Öte yandan, özel denetçinin bir işi (özel denetim) yerine getirmek üzere atanması, sır saklama yükümünün bulunması, anonim şirkette bir güven ilişkisi içinde hareket etmesi ise, vekâlet ilişkisini andıran olgulardır.

Tüm bu özellikler dikkate alındığı vakit, denetlenen şirket ile özel denetçi arasında saf bir vekâlet ilişkisi¹⁴⁰ söz konusu olmadığı sonucuna varmaktayız. Burada, taraflara çok fazla müdahale olanağı vermeyecek şekilde, şirketler hukukuna ait özel kurallar tarafından düzenlenmiş vekâlet benzeri bir hukuksal ilişki karşımıza çıkmaktadır. Bu ilişkiye de, Kanun'un ya da özel denetimin niteliğinin öngördüğü başka bir çözüm olmadığı sürece, vekâlete ilişkin hükümler (6098 sayılı TBK m. 502 vd.) uygulanacaktır.¹⁴¹

V. ÖZEL DENETİMİN İCRASI

A. ÖZEL DENETÇİNİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Kanun, özel denetçinin, denetimi, amaca yararlı bir süre içinde ve şirket işlerini gereksiz yere aksatmaksızın tamamlamasını öngörmektedir (TTK m. 441/I).¹⁴² 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 (TTK m. 441, f. 1 gerekçesi).

137. Bkz. VI/B.

138. Bkz. V/A.

139. Bkz. VII.

140. Vekâlet sözleşmesinin unsurları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Fahrettin Aral: *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 4. Baskı, Ankara 2002, s. 403.

141. Killias/Bertholet, s. 258; aynı yönde bkz. Narbay, s. 323; Narbay, "Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi", s. 168; Özkan, s. 29; Aday, s. 43.

142. İBK m. 697d/I.

Amaca yararlı süre, açıklanması istenen olaylara ve bunların karmaşıklık düzeyine göre değişebilir, ancak özel denetimin, kural olarak, en geç bir sonraki olağan genel kurula sunulması ve 1 yıldan fazla sürmemesi gerekir. Raporun gecikmesi kurumdan beklenen yararın ortadan kalkmasına sebep olabilir. Hâkim, kesin bir süre de belirleyebilir.¹⁴³

Diğer yandan, özel denetimin, şirketin işleyişini, faaliyetlerini aksatmaması, ona yük olmaması da gerekir.¹⁴⁴ Bu anlamda, özel denetçinin şirket belgelerini uygun zamanlarda incelemesi şirket personeli açısından da yerinde olacaktır.

Özel denetçi, kural olarak, denetim görevini bizzat yürütmekle yükümlüdür. Bununla birlikte, tali çalışmalar için yanına yardımcı alabilir ya da özellikle teknik bilgi gerektiren problemleri açıklayabilmek için bağımsız uzmanlara başvurabilir.¹⁴⁵

Özel denetçi, kendisine özel denetim yapma yetkisini verenin talimatlarına uygun hareket etmekle yükümlüdür. Özel denetim kapsamında özel denetçi, şirketin değil, mahkemenin verdiği talimatlara uyacaktır.¹⁴⁶

Özel denetçi, denetimin kapsamını, kendisine verilen yetkiye uygun biçimde, denetimin konusu ile ilgili olan olgu ve olaylarla sınırlandıracaktır. Yetkisi sona erdiği zaman özel denetçi, hâlihazırda elinde bulunan tüm belgeleri iade etmelidir.¹⁴⁷

Kanun, özel denetçinin, özel denetim kapsamında bilgi alma ve inceleme hakkını düzenlemiştir. Buna göre, yönetim kurulu, şirketin defterlerinin, yazışmaları dâhil yazılarının ve kasa, kıymetli evrak ve mallar başta olmak üzere, varlıklarının incelenmesine izin verir (TTK m. 441/II). İnceleme hakkı, kaynak İBK m. 697d'de yer almayıp, Alm. POK § 145 (1)'den alınmıştır. Madde gerekçesinde,¹⁴⁸ kaynak Alm. POK § 145 (1)'in gerekçesinde, bilgi alma hakkının bu hakkı da kapsadığına işaret edildiği, Alman öğretisinde de çoğunluğun aynı görüşü savunduğu ifade edilmiştir. Özel denetçinin görevini yapabilmesi, bilgi almasından ziyade şirkette bizzat inceleme yapabilmesini gerektirdiğinden, inceleme hakkının, kaynak İBK'dan farklı olarak TTK'da açıkça düzenlendiği belirtilmiştir (TTK m. 441, f. 3 gerekçesi).

Kanaatimizce, özel denetimin amaca yararlı bir sürede, düzgün ve seri bir şekilde yürütülüp tamamlanması, hem pay sahiplerinin bilgi alma haklarının iyileştirilmesi amacıyla, hem şirketin uzayıp gidecek ve sonucu belirsiz bir özel denetimin doğuracağı masraflardan kaçınmasına hizmet edecektir. Özel denetimin yerine getirilmesinde inceleme

143. Killias/Bertholet, s. 258.

144. Message SA, FF 1983 II p. 936; Killias/Bertholet, s. 259; TTK m. 441, f. 1 gerekçesi, s. 158.

145. Killias/Bertholet, s. 259.

146. Killias/Bertholet, s. 259.

147. Killias/Bertholet, s. 259.

148. TTK m. 441, f. 3 gerekçesi, s. 159(f. 2'nin gerekçesi, f. 3'ün gerekçesi içerisinde yer almaktadır).

hakkının pratik açıdan gerekliliği şüphesizdir. Aksi takdirde, özel denetçinin, merak ettiği her konu hakkında şirket yöneticilerine ya da denetçilerine danışması ve bilgi talep etmesi gibi bir durumla karşı karşıya kalınabilir ki, bu da hem şirketin işleyişini hem özel denetimin yürütülmesini aksatabilir. Bu nedenle, özel denetçinin, sadece bilgi alma hakkının değil, aynı zamanda şirket belgelerini inceleme hakkının olmasının, özel denetimin layıkıyla gerçekleştirilmesi açısından gerekli olduğu görüşüdeyiz.

Özel denetçi, sır saklamakla yükümlüdür (TTK m. 441/V).¹⁴⁹ Sır saklama yükümü, sadece şirkete değil, pay sahipleri de dahil herkese karşıdır.dp.(TTK m. 441, f. 5 gerekçesi). Bu yüküm, sadece şirket sırlarını değil, aynı zamanda bilinmeyen ve şirketin ifşa edilmemesinde menfaatinin bulunduğu olguları da içerir. Sır saklama yükümü, hem özel denetim süresince hem özel denetim sona erdikten sonra da devam eder ve zamanla sınırlandırılmamıştır.¹⁵⁰ Özel denetçinin sır saklama yükümünü yerine getirmemesinden doğan sorumluluğu, “VII. Özel Denetçinin Sorumluluğu” başlığı altında incelenecektir.

B. ÖZEL DENETÇİNİN HAKLARI

Özel denetim, belli bir konu ile çerçeveslendiği için bilgi alma ve inceleme hakkı da bu konu ile sınırlı olacaktır.¹⁵¹ Buna göre özel denetçi, şirket belgelerini, muhasebe kayıtlarını, ticarî mektupları, tutanakları, stratejik veya operasyonel planları, pay defterini, vergi kayıtlarını, özel denetim kapsamında açıklanacak olaylarla ilgili olmaları koşuluyla inceleyebilecektir.¹⁵²

Kanun'da özel denetçiye bilgi vermekle yükümlü olan kişiler sayılmış olup, burada sınırlı sayı ilkesi esas alınmamıştır. Buna göre, kurucular, organlar, vekiller, çalışanlar, kayyımlar ve tasfiye memurları önemli olgular konusunda özel denetçiye bilgi vermekle yükümlüdür (TTK m. 441/III).¹⁵³ İlgili organlar, yönetim kurulu, denetçiler, eğer şirketler topluluğu söz konusu ise konsolide hesap organları ve fiilî organlardır. Fiilî organlar, şirket hayatına belirleyici bir tarzda katılan ve ortaklıktan doğan ödevleri bağımsız bir şekilde üstlenen herkesi kapsar. Önemli ya da çoğunluk hisseye sahip hissedar, hissedarlık anlaşması ile birbirine bağlı ve şirkete hâkim olan pay sahipleri grubu, fiilî organ olarak nitelendirilebilir.¹⁵⁴ Keza, maddede yer alan “*kayyım*” sözcüğü yeddi emi-

149. İBK m. 697d/IV.

150. Killias/Bertholet, s. 259; Pauli, s. 169.

151. Killis/Bertholet, s. 261; Montavon, s. 754; TTK m. 441, f. 3 gerekçesi, s. 159.

152. Killias/Bertholet, s. 260.

153. İBK m. 697d/II.

154. Killias/Bertholet, s. 260; Pauli, s. 169.

ni ve benzer koruyucuları da kapsayacak tarzda geniş yorumlanmalıdır (TTK m. 441, f. 3 gerekçesi).

Özel denetçinin bilgi alırken ve incelemesini yaparken güçlüklerle karşılaşması, hatta şirkete sokulmaması, defterlere ve diğer belgelere ulaşmasının engellenmesi, bilgi verilmesinin reddedilmesi ve bu tavrın “görev çerçevesi” ihtilafına dayandırılması olasıdır. Bütün bu hallerde, özel denetçinin görevini yapabilmesi için mahkemeye başvurabilmesi hakkı ona tanınmıştır (TTK m. 441/III, 2.cümle).¹⁵⁵ Madde gerekçesinde, hükümdeki “ihtilaf” sözcüğünün geniş anlaşılması gerektiği, sadece görev konusunun sınırlarından doğan ihtilaflarda değil, denetçinin çalışmasına başka sebeplerle engel olunması hallerinde de mahkemeye başvurulabileceği ifade edilmiştir (TTK m. 441, f. 3 gerekçesi). Mahkemenin vereceği karar, özel denetçinin çalışabilmesine imkân verecek bir karar olmalıdır.

C. ŞİRKETİN ÖZEL DENETİMİN SONUÇLARINA İLİŞKİN GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI

Yanlış anlamaları ve yönlendirmeleri önlemek amacıyla özel denetçi raporunun taslağını şirkete sunar ve tespit ettiği sonuçları şirket (yönetim kurulu) ile görüşür. Bu sonuçların, *inter alia*, doğru olup olmadıkları, yanlış anlamalara dayanıp dayanmadıkları, hatalı belirlemeler içerip içermedikleri karşılıklı tartışılır ve şirketin görüşü alınır.¹⁵⁶

D. ÖZEL DENETÇİNİN RAPORU VE GÖREVİNİN TAMAMLANMASI

Özel denetçi, incelemenin sonucu hakkında şirketin sırlarını da koruyarak mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir (TTK m. 442/I)¹⁵⁷ ve görevini tamamlar. Bu rapor, pay sahiplerinin durumu doğru bir şekilde değerlendirmeleri amacına yönelik olup, tam, anlaşılır, ayrıntılı ve objektif bir şekilde hazırlanmalıdır.¹⁵⁸ Özel denetçi, incelemesi kapsamında ulaştığı her bilgiyi ve yaptığı her tespiti raporuna koyamaz; şirket sırlarını ve şirketin korunacak menfaatlerini gözetmek zorundadır. Müşteri ve tedarikçi firmaları listesi, maliyetler, fiyat oluşumları, patentler ve diğer fikrî mülkiyet hakları ile ilgili bilgiler şirket sırları arasındadır. Şirket sırları, özel denetimin amacı ve konusu yönünden zorunlu ise ve zorunlu oldukları ölçüde açıklanabilir. Aynı kural, şirketin korunmaya değer menfaatleri (projeleri, yatırımları, kurduğu veya kurmakta olduğu ticarî, sınaî, finansal vs. ilişkiler gibi) için de geçerlidir (TTK m. 442, f. 2 gerekçesi).

155. İBK m. 697d/II, 2. cümle.

156. Message SA, FF 1983 II p. 937; TTK m. 441, f. 3 gerekçesi, s. 159.

157. İBK m. 697e/I.

158. Killias/Bertholet, s. 261; Message SA, FF 1983 II p. 937; Pauli, s. 177.

Birinci aşamada mahkeme, raporu şirkete tebliğ eder. Bunun üzerine şirket, raporu inceler ve eğer raporda şirket sırlarına veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerine zarar verecek ve bu nedenle açıklanmaması gereken kısımlar olduğunu düşünüyorsa, mahkemeden raporun talep sahiplerine açıklanmamasına karar vermesini talep edebilir (TTK m. 442/II).¹⁵⁹

İkinci aşamada mahkeme, talebi inceler ve raporda neyin açıklanıp neyin açıklanmayacağına karar verir. Şirketin sırları ve korunmaya değer menfaatleri yönünden raporda (taslak) bir ayıklama işlemi yapar. Bu işlem ile menfaatler dengesi sağlanmış olur çünkü özel denetçinin hazırlayıp yazdığı rapor ile şirketin ve dilekçe sahiplerinin bir sürpriz veya oldu bitti ile karşılaşmaları engellenmiş olmaktadır.¹⁶⁰

Üçüncü ve son aşamada mahkeme şirkete ve dilekçe sahiplerine, ayıklanan raporu tebliğ eder ve hakkında değerlendirmelerini beyan etmeleri ve ek soru sormaları olanağını tanıır (TTK m. 442/III).¹⁶¹ Böylelikle, amaca hizmet etmeyen ve şirkete zarar verebilecek bir rapor verilmesine engel olunmak istenmiştir.¹⁶² Soruların denetimin konusu ve özel denetçinin inceleme yetkisinin kapsamında olup olmadığına ve ayrı bir özel denetim talebinin konusunu oluşturup oluşturmadığına, mahkeme karar verecektir.¹⁶³

E. ÖZEL DENETİM RAPORUNUN İŞLEME KONULMASI VE AÇIKLANMASI

Özel denetim neticesinde ağır kusurların işlendiği ortaya çıkmışsa, raporun sadece talepte bulunan pay sahiplerinin bilgisine sunulması, özel denetimin amacına (pay sahiplerinin şirketin idaresi hakkında aydınlatılmasını istedikleri konular hakkında bilgi almaları) ulaşması bakımından tatminkâr bir sonuç vermeyecektir.¹⁶⁴ Bu nedenle, Kanun'da yönetim kurulunun, özel denetçi raporunu ve buna ilişkin değerlendirmeleri, ilk genel kurula sunması öngörülmüştür (TTK m. 443/I).¹⁶⁵ Her pay sahibi, genel kurul toplantısını izleyen bir yıllık süre içinde şirketten raporun ve yönetim kurulunun görüşünün bir suretinin verilmesini isteyebilir (TTK m. 443/II).¹⁶⁶

Her ne kadar TTK m. 443, f. 2'nin gerekçesinde bir açıklama yapılmamış olsa da, TTK m. 443/II'nin açık lafzı karşısında, alacaklıların ya da işçilerin, raporu inceleme

159. İBK m. 697e/II.

160. Message SA, FF 1983 II p. 937; Killias/Bertholet, s. 262; TTK m. 442, f. 2 gerekçesi, s. 159.

161. İBK 697e/III.

162. Message SA, FF 1983 II p. 937; Killias/Bertholet, s. 263; TTK m. 442, f. 3 gerekçesi, s. 159.

163. Killias/Bertholet, s. 263; Pauli, s. 172-173.

164. Message SA, FF 1983 II p. 937; Pauli, s. 174.

165. İBK m. 697f/I.

166. İBK m. 697f/II.

hakkının bulunmadığı, çünkü özel denetim talebinin, pay sahipliğinden doğan bir hak olduğu ve pay sahibinin menfaatinin korunmasına hizmet ettiği görüşüdeyiz.¹⁶⁷

Genel kurulun bu rapor hakkında bir karar verme yükümlülüğü yoktur. Bununla birlikte, bir önceki faaliyet yılı için şirket organlarının ibrasına ilişkin olan kararı onaylayabilir ya da aksine sorumluluk davası açılmasına karar verebilir ki, çoğu zaman, bu kararı azınlık pay sahipleri vermektedir.¹⁶⁸

F. ÖZEL DENETİM GİDERLERİ

Mahkeme, özel denetçi atanmasını kabul etmişse, şirket tarafından ödenmesi gereken avansı ve giderleri belirtir (TTK m. 444/I)¹⁶⁹.

Genel kurul, özel denetçinin atanmasına karar vermişse, özel denetim giderleri şirkete ait olur (TTK m. 444/II).¹⁷⁰ Eğer genel kurul, özel denetim talebini reddetmişse, özel denetim giderleri, kural olarak, yine şirkete ait olur. Özel hal ve şartların haklı göstermesi halinde giderler kısmen veya tamamen talep sahiplerine yükletilebilir (TTK m. 444/I).¹⁷¹ Özellikle, özel denetim yapılmasının açıkça kötüye kullanma teşkil ettiği, talepte bulunanların, özel denetim kapsamında araştırılmasını istedikleri olayları zaten bildikleri veya talepte bulunanların süreci karmaşık hale getirdikleri ya da özel denetim talebinin kabulüne ilişkin kararın yanlış iddialara dayanılarak temin edildiği durumlar, buna örnek teşkil edecektir.¹⁷² Bu düzenlemenin amacı, pay sahibinin, sadece parasal nedenlerle, özel denetim talebinde bulunma konusunda cesaretinin kırılmasına engel olmaktır.¹⁷³

VI. ÖZEL DENETİMİN SONA ERMESİ

A. OLAĞAN SONA ERME

Özel denetimi düzenleyen TTK m. 438 vd. hükümlerinde, kaynak İBK m. 697a vd. maddelerinde olduğu gibi, özel denetimin sona ermesi ile ilgili bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel denetim, doğal olarak, şirketin ve talepte bulunanların aklanana rapora iliş-

167. Kaynak İBK m. 697f/II'nin gerekçesi için bkz. Message SA, FF 1983 II p. 938; Killias/Bertholet, s. 263.

168. Killias/Bertholet, s. 263, 267; Hirsch, s. 420.

169. İBK m. 697g/I.

170. İBK m. 697g/II.

171. İBK m. 697g/I.

172. Killias/Bertholet, s. 265; Pauli, s. 185.

173. Pauli, s. 185.

kin değerlendirmelerini yapmaları ve özel denetçinin tamamlayıcı nitelikteki muhtemel tüm soruları cevaplandırması ile birlikte sona erer.¹⁷⁴

B. OLAĞANÜSTÜ SONA ERME

Özel denetimi düzenleyen TTK m. 438 vd. hükümlerinde, kaynak İBK m. 697a vd. maddelerinde olduğu gibi, özel denetçinin görevden alınması, yerine yeni bir denetçinin atanması, özel denetçinin istifa etmesi, ölümü veya iş göremeyecek şekilde hastalanması gibi özel denetimi olağanüstü nedenlerle kesin olarak sona erdiren haller hakkında da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Özel denetçi ile denetlenen anonim şirket arasındaki hukukî ilişkinin vekalet benzeri bir hukukî ilişki olarak nitelendirilebileceği ve vekaletle ilişkin kuralların özel denetimin tabiatına uygun düştüğü ölçüde özel denetim ilişkisinde de uygulanabileceği görüşünden hareketle, vekaleti sona erdiren sebepler içinde yer alan “Ölüm, ehliyetsizlik, iflas” başlıklı 6098 sayılı TBK m. 513, kıyasen, özel denetçinin ölümü veya iş göremeyecek şekilde hastalanması hallerine de uygulanabilecek ve bu gibi durumların ortaya çıkması halinde hâkim, özel denetim faaliyetinin yürütülmesi için re’sen yeni bir uzmanı atamakla yükümlü olacaktır.¹⁷⁵

Özel denetçinin görevden alınıp, yerine yeni bir denetçinin atanması, özel denetçinin istifa etmesi veya özel denetimi olağanüstü bir şekilde sona erdirebilecek diğer nedenler açısından, kanaatimizce, denetçinin seçimi, görevden alınması ve denetim sözleşmesinin feshini düzenleyen TTK m. 399 hükmünün özel denetçiye de, kıyasen uygulanabilip uygulanamayacağı incelenmesi gereken bir konudur.

TTK m. 399/II uyarınca, denetçinin denetim görevi, sadece denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin gerektirmesi, özellikle taraflı davrandığı yönünde bir kuşkunun varlığı halinde TTK (m. 399/IV) ve başka bir denetçi atanmışsa geri alınabilir. Denetçinin şahsına ilişkin haklı bir sebebin varlığı halinde yönetim kurulunun veya sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini oluşturan pay sahiplerinin, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurması üzerine mahkeme başka bir denetçiyi atayabilecek ve mevcut denetçiyi görevden alabilecektir (TTK m. 399/IV). Dolayısıyla, denetlenen şirket, denetçiyi sadece dava yoluyla ve denetçinin şahsına ilişkin haklı bir nedenin varlığı halinde görevden alabilir, denetçi ve denetlenen şirket anlaşarak denetim sözleşmesini sona erdiremez.¹⁷⁶ Bu hü-

174. Killias/Bertholet, s. 264; Pauli, s. 177; Narbay, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, s. 279-280.

175. Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, s. 283-284.

176. Köksal, *Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, s. 380.

küm ile TTK'ya hakim olan bağımsız denetim ilkesinin taşıyıcı kolonlarından birisi olan denetçinin güvence altına alınması ilkesi esas alınmıştır (TTK 399, f. 2 gerekçesi). Kanun, haklı sebep kavramını tanımlamamıştır. Hükmün gerekçesinde “haklı sebep”ten, öncelikle, denetçinin kişiliğinden kaynaklanan sebepler, örneğin, meslekî yetersizlik, itibar kaybı kastedilmektedir (TTK 399, f. 4 gerekçesi). Bundan başka, denetçinin çalışma tarzı, şirkete zaman ayıramaması, bilgi sızdırması, taraf tutması da haklı sebep sayılabilir. Buna karşılık, görüş ayrılıkları,¹⁷⁷ haklı sebep olarak ancak somut olay destekliyorsa kabul edilebilir (TTK 399, f. 4 gerekçesi).

Öğretide Narbay¹⁷⁸ tarafından, özel denetçinin denetlenen anonim şirketin talebi üzerine mahkeme tarafından görevden alınması konusunda benzer bir görüş ileri sürülmüştür. Buna göre, özel denetçinin kişiliği ile ilgili, örneğin, özel denetçinin yükümlülüğünü belirgin şekilde ihlal etmesi, bağımsızlığına gölge düşürecek tavır ve davranışlar içinde olması, sır saklama yükümüne aykırı hareket etmesi veya aydınlatması istenilen konu ile ilgili olarak uzman bilgisinin eksikliği gibi, özel denetimin yerine getirilmesini ve başarı ile sonuçlandırılmasını tehlikeye sokan veya özel denetim ilişkisinin sürdürülmesinin, dürüstlük kuralları çerçevesinde anonim ortaklıktan beklenemeyeceği önemli nedenlerin ortaya çıkması halinde, anonim ortaklık, özel denetçinin azlini mahkemeden talep edebilmelidir. Özel denetçinin azlinin sağlanabilmesi amacıyla anonim şirketin mahkemeye başvurabilmesi için genel kurulun basit çoğunlukla karar alması yeterli olacaktır.¹⁷⁹

Denetçi ise, denetim sözleşmesini, ya haklı bir nedenin ortaya çıkması ya da hakkında görevden alma davası açıldığı takdirde sona erdirebilir (TTK m. 399/VIII). Hükmün gerekçesinde, denetçinin sözleşmeyi sona erdirmesini haklı kılan nedenler; çalışma koşullarının uygun olmaması, ücret ve giderlerinin zamanında ödenmemesi ve denetçinin görevini yerine getirmesinin engellenmesi¹⁸⁰ olarak ifade edilmiştir. Eğer görevden alınma davası açılmışsa, denetçinin davanın sonuçlanmasını bekleme zorunluluğu yoktur (TTK m. 399, f. 8 gerekçesi). Denetçi sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını gerekçeli ve yazılı olarak kullanmalıdır (TTK m. 399/VIII). Diğer bir deyişle, denetçi hakkını kullanırken neden belirtmek zorundadır.¹⁸¹ Ayrıca, fesih tarihine kadar denetim çalışmasından

177. Bkz. TTK m. 405.

178. Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, s. 287-288.

179. Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, s. 288.

180. Görevin yerine getirilmesinin engellenmesinden anlaşılması gereken; fizikî engelleme ile denetçilerin denetim elemanlarının istifa etmesi, grev, lokavt ve benzeri durumlardır, bkz. TTK 399, f. 4 gerekçesi, s. 135.

181. Köksal, *Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, s. 385.

elde ettiği sonuçları, TTK m. 402'ye uygun bir rapor halinde genel kurula sunmakla yükümlüdür (TTK m. 399/VIII). Bu yükümlülüğe aykırı hareket eden denetçi, meydana gelen zararlardan şirkete, ortaklara ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu olur (TTK m. 554/I).

Öğretide Narbay,¹⁸² özel denetçinin, özel denetim faaliyetini yürütürken, kendisine verilen aydınlatma görevinin üstesinden gelebilecek bir bilgi donanımından yoksun bulunduğunu tespit etmek durumunda kaldığı, çalışma koşullarının anonim şirket tarafından beklenilmeyecek derecede zorlaştırıldığı veya kişiliğine saygı gösterilmediği ve uygun çalışma koşullarının sağlanmadığı hallerde, kendisini atayan mahkemeye gecikmeksizin başvurarak, özel denetim ilişkisini sona erdirebileceğini, tüm bu sebepler ve benzer durumlar dikkate alınarak özel denetçiye her zaman ve sınırsız bir görevi bırakma, yani özel denetim ilişkisini sona erdirmeye hakkı verilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

İBK'da da, mahkemenin özel denetçiyi görevden alabileceğine dair özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, İsviçre öğretisinde, mahkemenin böyle bir kararı, hem re'sen, hem şirketin ya da özel denetim talebinde bulunan pay sahibinin talebi üzerine verebileceği ileri sürülmüştür.¹⁸³ Özel denetçinin yetersizliği, ehliyetsizliği ya da iflası halinde, mahkeme re'sen özel denetçiyi görevden alabilmelidir. Şirketin işleyişini aksatan, masrafa ve zaman kaybına yol açan böyle bir denetime devam etmekte, özellikle denetim sonucunda tatminkâr bir sonuç alınamayacağı kesin olması halinde, hiçbir yarar bulunmayacaktır.¹⁸⁴ Ayrıca, özel denetçiye, denetim yetkisini veren mahkemedir. Mahkeme, gerekli gördüğü takdirde, özel denetimin icrasına, özel denetçiye talimat vermek ya da özel denetimi sonlandırmak için müdahale edebilecektir. Keza, mahkemenin, özel denetçinin seçiminde ve atanmasında ve genel olarak, özel denetimin gerçekleştirilmesinde sorumluluğunun bulunması da, mahkemenin özel denetçiyi re'sen görevden alma yetkisine sahip olduğu görüşünü kuvvetlendiren diğer bir dayanak olarak ifade edilmiştir.¹⁸⁵

Ayrıca, özel denetime tâbi şirkete özel denetime son verme hakkının verilmesinin, özel denetim ile güdülen amaçlardan birisi olan azınlık pay sahiplerinin korunmasına ters düşeceği, bu nedenle, ne yönetim kurulunun ne genel kurulun özel denetime son veril-

182. Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, s. 285.

183. Killias/Bertholet, s. 264; Pauli, s. 179-180.

184. Pauli, s. 180.

185. Pauli, s. 179.

mesini talep edebileceği ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, özel denetimin devam ettirilmesinde talepte bulunan pay sahiplerinin ve anonim şirketin herhangi bir menfaatinin kalmadığı, örneğin, talepte bulunan azınlık pay sahiplerinin paylarının çoğunluğa sahip pay sahipleri tarafından satın alınması veya yönetim kurulunun bilgi temin etmeye son vermesi gibi durumlarda, genel kurulun özel denetimin sonlandırılması yönünde oybirliği ile alacağı bir karar ile özel denetim yapılmasına karar veren ve özel denetçiyi atayan mahkemeye başvurabileceği ve hâkimin bu karara dayanarak özel denetimi sona erdirebileceği ifade edilmiştir.¹⁸⁶ Genel kurulda oybirliği ile alınacak kararın, özel denetim talebini yapan azınlık pay sahiplerinin, dolaylı olarak, özel denetim talebini geri aldıkları anlamına geleceği ve böylelikle azınlık pay sahipleri de yeterince korunmuş olacakları için, şirketin mahkemeye bu koşullarda özel denetimin sona erdirilmesi için başvurabileceği kabul edilmiştir.¹⁸⁷

Kanaatimizce, özel denetime tabi şirket ile özel denetim talebinde bulunan pay sahibi (tek ya da azınlık) arasında söz konusu olan menfaat çatışması ekseninde, şirkete mahkemeden özel denetime son verme talebinde bulunma hakkının verilmesi, özel denetimin amacına ve işlevlerine ters düşecektir. Bununla birlikte, özel denetçinin şahsı ile ilgili olarak yukarıda ifade edilmiş olan önemli nedenlerin varlığı halinde, gerek denetlenen anonim şirkete gerek özel denetim talebinde bulunan pay sahibine, mevcut denetçinin görevden alınarak yerine yenisinin atanması ve denetimin tamamlanması amacıyla, mahkemeye başvurma imkânı verilmelidir. Böyle bir imkân, TTK m. 399 hükmünün kıyasen uygulanması ile sağlanabilir. Dolayısıyla, özel denetçinin şahsına ilişkin nedenlerin söz konusu olduğu hallerde, şirketin yönetim kurulunun ya da sermayenin yüzde onunu, halka açık şirketlerde esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini oluşturan pay sahiplerinin şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine başvurarak başka bir özel denetçi atamasını isteyebilecekleri görüşündeyiz.¹⁸⁸ İzlenebilecek diğer bir yol, yine TTK m. 399 hükmünden de yararlanılmak suretiyle, özel denetim ilişkisinin sona erdirilmesi ile ilgili konularda somut çözüm öneren bir hükmün, anonim şirkette özel denetimi düzenleyen maddeler arasına eklenmesidir.¹⁸⁹

186. Killias/Bertholet, s. 264; Pauli, s. 181.

187. Pauli, s. 181.

188. Azınlık pay sahiplerinin talebi üzerine mahkemenin özel denetçinin yetkisine son verebileceğini savunan benzer görüş için bkz. Killias/Bertholet, s. 265; Pauli, s. 180.

189. Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, s. 290.

VII. ÖZEL DENETÇİNİN SORUMLULUĞU

A. SIR SAKLAMADAN DOĞAN SORUMLULUK

TTK, ilk olarak, özel denetçinin sır saklamadan doğan sorumluluğunu düzenlemiştir. Özel denetçinin sır saklamadan doğan sorumluluğu, iki ayrı maddede kaleme alınmıştır (TTK m. 441/V ve m. 404). TTK m. 441/V, sadece özel denetçinin sır saklama yükümlünü düzenleyen bir hükümdür. Hükümün gerekçesinde, sır saklama yükümlününün, sadece şirkete değil, herkese karşı olduğu belirtilmiştir (TTK m. 441, f. 5 gerekçesi). TTK m. 404 ise, denetçi ve işlem denetçileri ile birlikte özel denetçinin sır saklamadan doğan sorumluluğunu düzenlemiştir. Buna göre, “denetçi, işlem denetçileri ve özel denetçi, bunların yardımcıları ve bağımsız denetleme kuruluşunun denetime yardımcı olan temsilcileri, denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak ve sır saklamakla yükümlüdürler. Faaliyetleri sırasında öğrendikleri, denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar. Kasten veya ihmal ile yükümlerini ihlâl edenler şirkete ve zarar verdikleri takdirde bağlı şirketlere karşı sorumludurlar. Zarar veren kişi birden fazla ise sorumluluk müteselsildir”(TTK m.404/I).

Her iki maddede de, özel denetçinin davranış yükümünden doğan sorumluluğu düzenlenmiştir. “*Davranış*” sözcüğü, dürüstlüğü, tarafsızlığı ve şirket sırrına bağlılığı içermektedir. “*Dürüst*” sözcüğü ise, meslekî etik dahil her türlü ahlâkî kurallara gönderme yapmakta ve özenli, güvenilir, vicdanlı, sorumluluğunun bilincinde anlamlarını da içine almaktadır. Söz konusu davranış yükümleri, aynı zamanda denetimin de niteliklerini ortaya koymaktadır. Yani, denetim, dürüstçe, ahlâk kurallarına, meslekî etiğe göre, tarafsız bir şekilde ve sır saklama yükümüne uyarak yapılmalıdır (TTK m. 404, f. 1 gerekçesi).

Sır saklama yükümünün ihlâli nedeniyle sorumluluğun ileri sürülebilmesi için, özel denetim faaliyeti sırasında öğrenilen sırrın kullanılmış olması gerekir, ancak kullanma sonucunda bir menfaat elde edilmiş olması şart değildir (TTK m. 404, f. 1 gerekçesi). Sırrın kullanılmasından, üçüncü kişiye aktarma anlaşılacaktır¹⁹⁰ Sonuç itibarıyla, özel denetçinin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için özel denetimden kaynaklanan bu yükümlerini yerine getirmemiş ve bu ihlâlin şirkete zarar vermiş olması gerekmektedir. Ayrıca, şirketin maruz kaldığı zarar ile özel denetçinin hukuka aykırı fiili arasında uygun

190. Madde 404, f. 2 gerekçesi, s. 140; Öğretide Narbay da, kullanmadan kastedilenin, anonim ortaklığa ait ticarî sırların, kanunen bilmesi gerekenler dışında başka kişi ya da kişilere, anonim ortaklığın onayı olmaksızın açıklanması olduğunu ifade etmiştir, Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, s. 323.

bir nedensellik bağı olmalıdır. Şirket/bağlı şirketler, bu üç unsuru ispat etmek zorundadır. Özel denetçinin ise, sadece, kendisine hiçbir kusurun atfedilemeyeceğini ispatlaması yeterlidir.¹⁹¹

Özel denetçinin sır saklama yükümünün hem TTK m. 441/V hem TTK m. 404'te düzenlenmiş olmasının nedeni; TTK m. 441/V hükmünün İBK m. 697d/IV'ten, TTK m. 404 hükmünün ise Alm. POK § 323'ten alınmış olmasıdır. Konunun iki farklı hüküm ile düzenlenmiş olması, bazı çelişkiler ortaya çıkarmaktadır. Örneğin, TTK m. 441/V'in gerekçesinde ifade edilmiş olan sır saklama yükümünün sadece şirkete karşı değil, herkese karşı olduğu bilgisi ile TTK m. 404/I'de sorumlu olunan kişi çevresinin sadece şirket ve zararlarının söz konusu olması halinde bağlı şirketler ile sınırlandırılmış olması birbiriyile çelişmektedir. Sır saklama yükümünün ihlâli nedeniyle şirket hakkında olumsuz nitelik taşıyan bir bilginin üçüncü kişilere ulaşması ve bunun neticesinde şirketin itibarının zarar görmesi ve paylarının değerlerinin düşmesi durumunda, bundan zarar gören sadece şirket değil, aynı zamanda pay sahipleri de olacaktır. Ancak, TTK m. 404/I'in açık lafzı karşısında, pay sahipleri gördükleri zararın telafisini talep edemeyeceklerdir, buna karşılık, eğer koşulları varsa, TBK m. 49 hükmü uyarınca doğrudan uğradıkları zararların tazminini isteyebileceklerdir.¹⁹²

B. HUKUKÎ SORUMLULUK (KANUNÎ GÖREVLERİN YERİNE GETİRİLMESİNDE KUSURLU HAREKET ETME)

Özel denetçinin sır saklama yükümünü ihlâl etmesi dışında kanunî görevlerini yerine getirirken kusurlu hareket etmesinden doğan hukukî sorumluluğu ise TTK m. 554'te düzenlenmiştir. Buna göre, “şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını ve kuruluşunu, sermaye artırımını, azaltılmasını, birleşmeyi, bölünmeyi, nev'i değiştirmeyi, menkul kıymet ihracını veya herhangi bir diğer şirket işlem ve kararını denetleyenler ve özel denetçiler, kanunî görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı, verdikleri zarar dolayısıyla sorumludur. Kusuru iddia eden ispatlar”.

Özel denetçinin görevi, şirketin idaresiyle ilgili ve şirket içi belirli vakaları araştırmak ve ulaştığı sonuçları raporunda sunmaktır. Özel denetçi, denetim görevini yeri-

191. Killias/Bertholet, s. 266.

192. Narbay, *Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, s. 327.

ne getirirken gerekli meslekî yeterliliğe sahip olmalı, özel denetim raporunun teslimine kadar tüm aşamalarda, gerekli meslekî özeni ve titizliği göstermeli, bağımsızlığını ortadan kaldıracak veya kalktığı şüphesini yaratacak herhangi bir çıkar ilişkisinden uzak durmalıdır. Dolayısıyla, maddede geçen “*kanunî görevler*” ile özel denetçinin özen yükümü, dürüstlük kurallarına uygun hareket etmesi ve tarafsız olması kastedilmektedir.

C. DEĞERLENDİRME

Sonuç olarak, özel denetçinin tabi olduğu tarafsızlık ve dürüstlük yükümleri, iki ayrı maddede (TTK m. 404 ve m. 554) karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, söz konusu davranış yükümlerini ihlâl eden özel denetçinin sorumluluğunun yasal dayanağını belirlemede sıkıntı yaratacaktır çünkü iki hüküm arasında uygulama açısından pek çok fark bulunmaktadır.

İlk olarak, gerek TTK m. 404 gerek TTK m. 554’te kusura dayalı sorumluluk esas alınmış olmakla birlikte, TTK m. 554’te kanun koyucu, özel denetçinin kusurlu hareket ettiğini ispat yükünü, bunu iddia edene bırakmış, böylelikle TBK düzenlemesinden ayrılmıştır. Şöyle ki; özel denetçinin, kanunî yükümleri yerine getirmemiş olması nedeniyle sorumluluğu, sadece kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu değil, aynı zamanda sözleşmeden doğan sorumluluktur. TBK m. 112 uyarınca, sözleşmeden doğan bir borcu hiç veya gereği gibi yerine getirmeyen borçlu, kusurlu olmadığını kanıtlayamazsa sorumlu olur. Diğer bir ifadeyle, sözleşmeden doğan borçların yerine getirilmemesi nedeniyle sorumlulukta, borcunu yerine getirmeyen borçlunun kusurlu olduğu kabul edilmiş (kusur karinesi) ve borçluya kusursuzluğunu ispat yükü getirilmiştir. Dolayısıyla, sözleşmeden doğan sorumlulukta, haksız fiil sorumluluğunun aksine olarak kusuru ispat yükü ters çevrilmiş ve böylece alacaklı (özel denetçi ile şirket arasında yapılan sözleşme söz konusu olduğunda alacaklı, şirket olacaktır) borçlunun kusurunu ispat yükünden kurtulmak suretiyle daha iyi bir duruma getirilmiştir.¹⁹³ Öte yandan, adeta özel denetçinin kusursuzluğu karinesini getiren TTK m. 554 karşısında, şirket, özel denetçinin, aralarındaki denetim sözleşmesinden doğan borcunu kusurlu ola-

193. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. III, s. 234; sözleşmeden doğan sorumlulukta kusur ispat yükünün alacaklıya değil de, kusursuzluğunu ispatın borçluya yükletilmiş olmasının sebebi, borçlunun edimin ifasını imkânsız hale getiren olay ve durumları, faaliyet ve işletmesi üzerinde bilgi ve hâkimiyet sahibi olduğu için, alacaklıya oranla daha iyi bilecek durumda bulunması fikrine dayanır. Gerçekten, özel denetçinin, den birebir takibi söz konusu olmadığından, mümkün olmayacaktır. olmayacaktır, Eren, s. 234.

rak yerine getirmediğini ispat bakımından güçlükler yaşayacaktır. Madde gerekçesinde bu tercihe ilişkin olarak herhangi bir açıklamaya yer verilmemesi sebebiyle, kanun koyucunun niyeti hakkında fikir sahibi olunamamıştır. Keza, İBK m. 755 ve Alm. TK § 323 (1)'de de, denetçinin sorumlu olması için, kusurun zarar gören tarafından kanıtlanması zorunluluğu aranmamıştır.

Ayrıca, özel denetçinin yerine getirmesi gereken kanunî yükümlerden tarafsızlık ve dürüstlük, aynı zamanda, TTK m. 404'de düzenlenmiş olup, bu madde gereğince şirket, özel denetçinin kusurunu değil, özel denetçi kusursuzluğunu ispatlayacaktır. Dolayısıyla, TTK m. 404 uyarınca tarafsızlık ve dürüstlük yükümlerini ihlâl eden özel denetçinin kusursuzluğunu ispat etmesi gerekirken, aynı yükümü ihlâl eden özel denetçinin TTK m. 554 uyarınca ispat yükünün olmadığı, aksine şirketin, özel denetçinin kusurunu ispat edeceği bir durum ortaya çıkacaktır ki, bu da iki hüküm arasında çelişkiye yol açacaktır.¹⁹⁴

Özel denetçinin sorumluluğunun düzenlendiği TTK m. 404 ve TTK m. 554 arasındaki diğer bir fark, TTK m. 404/II uyarınca, yükümün ihlâlinde özel denetçinin bir ihmâlinin bulunması halinde, tazminat miktarına bir üst sınır getirilmişken, TTK m. 554'te böyle bir sınırlamanın bulunmamasıdır. Buna ilaveten, TTK m. 404, özel denetçinin sorumlu olduğu kişileri, denetlenen şirket ve bir zararın bulunması koşuluyla bağlı şirket ile sınırlandırmış, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına bu hüküm uyarınca başvuru imkânı tanımamıştır. TTK m. 554'e göre ise, özel denetçi, şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumlu olacaklardır. Son olarak, her iki hükümde öngörülen zamanaşımı süreleri de farklıdır. TTK m. 404/V uyarınca, özel denetçinin bu maddeden doğan sorumluluğuna ilişkin talepler, rapor tarihinden başlayarak beş yılda zamanaşımına uğrayacaktır. Buna karşılık, TTK m. 554'ten doğan tazminat taleplerine uygulanacak zamanaşımı süresi, davacının zararı ve sorumluluğu öğrendiği tarihten itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiillin meydana geldiği günden başlayarak beş yıldır (TTK m. 560).

Tarafsızlık ve dürüstlüğe dair davranış yükümlerinin ihlâlinden doğan sorumluluğun, hem TTK m. 404 hem TTK m. 554'te düzenlenmiş olması, her iki hüküm arasında yukarıda ifade edilen uygulama farklılıklarının bulunması sebebiyle çeşitli sorunlara neden olacaktır. Bu nedenle, öğretide Köksal¹⁹⁵ tarafından haklı olarak ileri sürüldüğü üzere, bu yükümlerin TTK m. 404'ün kapsamından çıkarılması ve maddenin

194. Köksal, *Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, s. 289.

195. Köksal, *Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, s. 355.

sadece sır saklama yükümünün ihlâlinden doğan sorumluluk ile sınırlandırılması yerinde olacaktır.

VIII. SONUÇ

Yönetim kurulu ve denetçinin Kanun'dan doğan bilgi verme yükümlülüğü (pay sahibinin pasif kalarak bilgi alması) dışında, pay sahibinin, şirket idaresiyle ilgili olan belirli olaylar hakkında genel kurulda, yönetim kuruluna ve denetçilere sorular yöneltme ve aydınlatıcı bilgi isteme hakkı bulunmakla birlikte, çoğu zaman, yönetim kurulunun şirket sırlarının veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin varlığı nedeniyle bilgi vermeyi reddetmesi nedeniyle, bu hak işlevsiz kalabilmektedir. Özel denetim, pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının devamı niteliğinde olup, şirketin idaresi ile ilgili belirli olaylar hakkında aydınlatıcı bilgiler almasına imkân vererek, pay sahipliğinden doğan haklarını bilinçli ve sağlıklı bir şekilde, şirketin ve sonuç olarak kendi yararına kullanabilmesine hizmet eden bir kurumdur.

Pay sahipliğinden doğan bir hak olması nedeniyle özel denetim isteme hakkı, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ortadan kaldırılamaz veya kısıtlanamaz. Aksi yönde esas sözleşme hükümleri, 6098 sayılı TBK m. 27 uyarınca batıldır. Buna karşılık, kanaatimizce, esas sözleşmeye genel kurul tarafından azınlığın özel denetçi tayinini talep etmeye yönelik hakkının kullanımını kolaylaştıran hükümler konabilir.

Pay sahiplerinin yanı sıra, intifa hakkı sahiplerinin de, özel denetim isteme hakkının olduğu kabul edilmelidir.

Bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış olan kimse ile özel denetim isteminde bulunan kimsenin aynı olmaması, özel denetimin amacına daha uygun olacaktır.

Pay sahiplerinin, şirket yönetimi hakkında, hangi olayların incelenmesi gerektiğini açıkça belirleyebilecek kadar fikir sahibi olmaları, şirketin kendilerine talep ettikleri bilgileri temin etme konusunda çoğunlukla isteksiz davranmaları veya eksik ya da yetersiz bilgi vermeleri nedeniyle pek kolay olmayacağından, belirli olaylar kavramının çok dar yorumlanmaması ve denetçiye, olayların içeriğini ve aralarındaki ilişkileri ortaya koyma imkânının tanınması gerekir.

6102 sayılı TTK ile artık özel denetim talebi genel kurul gündeminde bulunmasa dahi yapılabilecektir, dolayısıyla gündeme bağlılık ilkesinin açık bir istisnasını oluşturmaktadır.

Özel denetçi atanması için mahkemeye başvuran pay sahiplerine veya şirkete tanınan otuz günlük süre, genel kurulun özel denetim talebini onayladığı tarihten itibaren başlayacak olup, hak düşürücü süre olarak kabul edilmelidir.

Denetlenen şirket ile özel denetçi arasında, taraflara çok fazla müdahale olanağı vermeyecek şekilde, şirketler hukukuna ait özel kurallar tarafından düzenlenmiş vekalet benzeri bir hukuksal ilişki karşımıza çıkmaktadır. Bu ilişkiye de, Kanun'un ya da özel denetimin niteliğinin öngördüğü başka bir çözüm olmadığı sürece, vekâlete ilişkin hükümler (6098 sayılı TBK m. 502 vd.) uygulanacaktır.

Kanaatimizce, özel denetime tabi şirket ile özel denetim talebinde bulunan pay sahibi (tek ya da azınlık) arasında söz konusu olan menfaat çatışması ekseninde, şirkete mahkemeden özel denetime son verme talebinde bulunma hakkının verilmesi, özel denetimin amacına ve işlevlerine ters düşecektir. Bununla birlikte, özel denetçinin şahsı ile ilgili önemli nedenlerin varlığı halinde, gerek denetlenen anonim şirkete gerek özel denetim talebinde bulunan pay sahibine, mevcut denetçinin görevden alınarak yerine yenisinin atanması ve denetimin tamamlanması amacıyla, mahkemeye başvurma imkânı verilmelidir. Böyle bir imkân, TTK m. 399 hükmünün kıyasen uygulanması ile sağlanabilir. İzlenebilecek diğer bir yol, TTK yine m. 399 hükmünden de yararlanılmak suretiyle, özel denetim ilişkisinin sona erdirilmesi ile ilgili konularda somut çözüm öneren bir hükmün, anonim şirkette özel denetimi düzenleyen maddeler arasına eklenmesidir.

Tüm denetçilerin (bağımsız denetçi, işlem denetçisi ve özel denetçi) sır saklamadan doğan sorumluluğunu düzenleyen TTK m. 404/I karşısında, TTK m. 441/V'te ayrıca düzenlenmiş olan sır saklama yükümünden doğan sorumluluğun ileri sürülebileceği kişi çevresinin de şirket ile (zararın bulunması koşuluyla bağlı şirkete karşı da sorumlu) sınırlı kalacağı, bununla birlikte, pay sahiplerinin, eğer koşulları varsa, TBK m. 49 hükmü uyarınca doğrudan uğradıkları zararların tazminini isteyebilecekleri görüşündeyiz

Tarafsızlık ve dürüstlüğe dair davranış yükümlerinin ihlâlinden doğan sorumluluğun, uygulama açısından birbirinden farklılık gösteren TTK m. 404 ve TTK m. 554'te ayrı ayrı düzenlenmiş olmasının yaratabileceği sıkıntılar nedeniyle, bu yükümlerin TTK m. 404'ün kapsamından çıkarılması ve maddenin sadece sır saklama yükümünün ihlâlinden doğan sorumluluk ile sınırlandırılması yerinde olacaktır.

KAYNAKÇA

- Abuzer KENDİGELEN: *Anonim Ortaklık Payı Üzerinde İntifa Hakkı*, İstanbul 1994.
- Alain HIRSCH, Le contrôle spécial (art. 697a-697g CO), in *Le nouveau droit des sociétés anonymes*, édité par Philippe Ciocca, publication CEDIDAC No: 23, Lausanne 1993.
- Ali PASLI, “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini”, *Bilgi Toplumunda Hukuk, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan*, C. I, İstanbul 2003, s. 611-647.
- Aslı Elif GÜRBÜZ USLU, Yeni Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Ticaret Ortaklıklarının Birleşme, Bölünme ve Tür Değiştirmesinde İşlem Denetçisi ve Hukukî Sorumluluğu, *Batider*, Yıl: 2011, C. XXVII, S. 2, s. 123-153.
- ATF 123 III 261, *JdT* 1999 I 27 vd.
- Aydın ÇEVİK, “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, *Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan*, İstanbul 2006, s. 77-113.
- Aytaç KÖKSAL, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nın 397 ilâ 406 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir organı olup Olmadığı Sorunu”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C. I, Ankara 2010, s. 1387-1409.
- Aytaç KÖKSAL, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Sermaye Piyasası Mevzuatı Açısından ve Karşılaştırılabilir Olarak Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, (metin içinde “Bağımsız Denetim Sözleşmesi” olarak kısaltılmıştır), İstanbul 2009.
- Bianca PAULI, *Le droit au contrôle spécial dans la société anonyme, portée et limites après la première décennie*, Travaux de la Faculté de Droit de l’Université de Fribourg, thèse, Schulthess, Fribourg 2004.
- Erdoğan MOROĞLU, Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi, (metin içinde “Özel Denetçi” olarak kısaltılmıştır), *İÜHFİM*, C. XLII, S. 1-4, *Ernst HIRSCH’e Armağan*, İstanbul 1976, s. 341-358.
- Erdoğan MOROĞLU, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler*, (metin içinde “Tasarı” olarak kısaltılmıştır), İstanbul Barosu, İstanbul, Mayıs 2005.
- Fahrettin ARAL, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Genişletilmiş 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.
- François CHAUDET, *Droit suisse des affaires*, 2ème Édition, Bâle, Genève, Munich 2000.
- Fikret, EREN: *Borçlar Hukuku Genel Hükmeler*, C. II, Beta Yayınları, İstanbul 1994.
- Gönen ERİŞ, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Birinci Cilt: Ticarî İşletme ve Ticaret Şirketleri*, 1. Bası, Ankara 1987.
- Gül NILSSON OKUTAN, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, İstanbul 2009.
- Hasan PULAŞLI, “Yönetim Kurulu Üyesinin Bilgi Alma Hakkı ve Mahkemeden Özel Denetim İstemesine İlişkin Koşullar, İsviçre Federal Mahkemesinin (BGE 133 III 133) 20 Aralık 2006 Tarih ve 4C278/2006 Sayılı Kararı”, *Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan*, C. II, Ankara 2010, s. 1857-1883.
- İsmail KAYA, *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Ankara 2001.
- Message du Conséil fédérale en vue de la révision du droit de la SA, FF 1983 II.
- Nejat ADAY, “Anonim Şirkette Özel Denetçi”, *Prof. Dr. Hayri Domaniç’e Armağan*, İstanbul 1995, s. 21-48.
- Ömer ÖZKAN, “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, *Batider*, Yıl: 1999, C. XX, S. 2, s. 27-49.
- Pascal MONTAVON, *Droit suisse de la SA*, 3ème Édition, Lausanne 2004.
- Pierre-Alain KILLIAS/Julie BERTHOLET, Le contrôle spécial, *Aspects actuels du droit de la société anonyme*, CEDIDAC 64, Lausanne 2005.

- Rauf KARASU: “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, *Batider*, Aralık 2005, C. XXIII, S. 2, s. 71-114.
- Reha POROY/Ünal TEKİNALP/Ersin ÇAMOĞLU, *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, Güncelleştirilmiş 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Roland RUEDIN, *Droit des sociétés*, Deuxième édition, entièrement revue et augmentée, Stämpfli Editions, Berne 2007.
- Şafak NARBAY, *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi*, İstanbul 2010.
- Şafak NARBAY, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, (Metin içinde “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi” olarak kısaltılmıştır.) *Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan*, C. I, İstanbul 2007, 287-327.
- Türk Ticaret Kanunu Tasarısı*.
- Walter STOFFEL/Pierre TERCIER, *Das Gesellschaftsrecht 2005/2006, Le droit des sociétés 2005/2006, RSDA 2006*, s. 435 vd.

