

ANONİM ORTAKLIKTA ÖZEL DENETÇİ

Doç. Dr. Erdoğan MOROĞLU

I. GİRİŞ

1. Gerek anonim ortaklığın kuruluşu işlemlerini üstlenen kurucular ve gerekse kurulmuş ortaklığı yöneten organ ve kişiler doğrudan doğruya kendilerine ait olmayan bir malvarlığı üzerinde söz sahibidirler. Bu kurucu ve yöneticilerin, yetkilerini kötüye kullanarak ortaklığı ve dolaylı olarak da öteki pay sahipleri ile ortaklık alacaklılarını zarara uğratmalarının önlenmesi ve yolaçtıkları zararların kendilerinden istenebilmesi bakımından denetlenmeleri zorunludur.

Anonim ortaklık ve dolayısıyla pay sahipleri ile ortaklık alacaklıları yararına kanunlar ve tüzüklerle getirilen denetim, ortaklık içi denetim ve dış (resmi kuruluşlarca yapılan) denetim olmak üzere iki grupta toplanabilir (1). Ortaklık içi denetim en başta sürekli bir organ olan denetim organı (denetçiler) tarafından yürütülür. Ancak, bu organın üyelerinin, tıpkı denetledikleri yönetim kurulu gibi oyçokluğunu ellerinde tutan ortaklarca seçilip azledildiklerini, bu nedenle denetim görevlerini her zaman etkili bir şekilde yapamayacaklarını göz önünde tutan kanunkoyucu, iç denetimin yönetim dışında kalan pay sahipleri yararına etkinliğini artırmak amacıyla, TTK. nun 348 inci maddesinde özel denetçi atanabilmesi olanağını düzenlemiştir.

(1) Anonim ortaklığın dış (resmi kuruluşlarca) denetimi bu yazının konusu dışındadır.

Anılan 348 inci madde hükmü ile güdülen pratik amaç, kurucular ile yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler hakkında tazminat ve ceza davaları açılabilmesine olanak sağlayacak işlem ve eylemleri ortaya çıkarmak, bilançonun gerçeklik ve doğruluk ilkesine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğini anlamak, esas sermaye artırımını ve azaltılması ve tasfiye gibi işlemlerin kanun ve ana sözleşme çerçevesinde yapılıp yapılmadığını saptamak; yolsuz işlemlerin delillerini toplamaktır. Anonim ortaklıkta pay sahiplerinin ortaklığın defterleri ve hesapları ile diğer diğer belgelerini doğrudan doğruya inceleyebilme yetkilerinin ve bireysel denetleme haklarının bulunmadığı (TTK. 363. md) gözönünde tutulursa, kurucular ve yöneticiler ile denetçiler aleyhine tazminat davaları ve bu kimselerin işlemleri hakkında da iptal veya hükümsüzlüğün saptanması davaları (örneğin TTK. 299/5-6; 392/II. md. ler) açılabilmesi bakımından TTK. nun 348 inci maddesinin sağlayabileceği olanakların önemi kolayca anlaşılabilir. Azınlık pay sahipleri, tazminat ve hükümsüzlüğün saptanması davalarına esas olacak yolsuz işlemleri ve bunların delillerini çok defa TTK. nun 348 inci maddesi yoluyla saptayabileceklerdir.

2. Özel denetçi atanmasına ilişkin 348 inci madde hükmü de, denetim hakkına ilişkin diğer hükümler gibi nisbi emredici nitelikte bir hükümdür (2). Bu nedenle, söz konusu hüküm'e pay sahiplerine ve azınlığa tanınmış olan bu hakkın ana sözleşme veya genel kurul kararı ile ortadan kaldırılabilmesine veya kısıtlanmasına (ağırlaştırılmasına) olanak yoktur. Özel denetim hakkını kaldıran veya kısıtlayan bir ana sözleşme hükmü veya genel kararı batıldır (BK. 20. md) ve bu butlan dürüstlük kuralına aykırı olmamak kaydıyla dava ve defii yoluyla süresiz olarak ileri sürülebilir (3). Buna karşılık, ana sözleşmeye genel kurul tarafından özel denetçi atanması olanağını artıran kayıtlar, örneğin esas sermayenin % 5 ini temsil eden paylara sahip azınlığın istemi halinde genel kurulun özel denetçi atamak zorunda olduğu şartı konulabilir.

(2) Nisbi emredici hükmün anlamı konusunda bkz. Erdoğan MOROĞLU, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara 1967, s. 42, 43 vd.

(3) Bkz. MOROĞLU, age. s. 16 vd.

Özel denetçi, TTK. nun 348 inci maddesi çerçevesinde ya genel kurul tarafından veya mahkemece atanır. Her iki halde de, ortaklığın kuruluşuna veya idare ve temsili işlemlerine ilişkin «muayyen hususların» incelenmesi istenilmiş olmalıdır. Genel olarak kuruluş işlemlerinin veya belli bir zaman parçasına sığan bütün idare işlemlerinin incelenmesini amaçlayan özel denetçi atanması istemi ve bu şekilde alınmış olumlu veya olumsuz bir genel kurul kararı TTK. nun 348 inci maddesine uygun bir karar değildir. Böyle genel nitelikte bir inceleme istemini reddeden genel kurul kararına dayanarak mahkemeden özel denetçi atanması isteminde bulunulamaz. Mahkemenin böyle bir karara müstenit istemi kendiliğinden reddetmesi gerekir.

Buna karşılık, ana sözleşmede aksi öngörülmüş olmamak şartıyla, genel inceleme istemini kabul eden kurul kararının sırf bu nedenle iptali dava edilemez. Çünkü, genel kurulca genel bir inceleme için denetçi atanmasını engelleyecek herhangi bir kanun hükmü yoktur. Böyle bir karar sadece TTK. nun 348 inci maddesinin sağladığı olanakları vermez, o kadar.

II. GENEL KURULCA ÖZEL DENETÇİ ATANMASI

1. Özel denetçi, olağan genel kurulda veya olağanüstü genel kurul tarafından atanabilir. Bu atama için ön şart, atamanın genel kurul gündeminde yer almasıdır (TTK. 369. md). Ancak, gündemde yer almış olan bir konu ile doğrudan doğruya ilgili bulunan bir husus için, gündemde yer almasa bile özel denetçi atanması isteminde bulunulabilir ve bu yolda karar alınabilir (4). Gündem dışı alınan karar iptal edilebilir nitelikte bir karar olur. Gündeme bağlılık ilkesini (TTK. 369/son), gündemde yer alan konularla doğrudan doğruya ilgili hususların da ayrı

(4) Ekz. ARSLANLA, Halil, Anonim Şirketler I, s. 247 ve dipnot 195; ayrıca bkz. AŞ. II-III, s. 23; BRODMANN, Aktienrecht § 203, Anm. 1; BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz, 13. Aufl. § 142, Anm. 3; GODİN/WILHELMİ, Aktiengesetz, § 142, Anm. 3; KRONSTEIN/ZÖLLNER, in Köllner Konun. zum AktG. § 142, Anm. 18; BARZ, in Grosskomm. zum AktG. 3. Aufl § 142, Anm. 5; Aksi fikir İMREGÜN, Anonim Şirketlerde Pay Sahipleri Arasında Umumî Heyet Kararlarından Doğan Menfaat İhtilâfları, İstanbul 1962, s. 73.

ayrı gündemde gösterilmesi gerektiği şeklinde yorumlamak doğru değildir. Söz konusu ilke ile güdülen ana amaç, pay sahiplerinin gerek genel kurula katılma kararı verirken ve gerekse kurulda oy kullanırlarken hazırlıklı bulunmalarını sağlamak, onları oldu-bittilere karşı korumaktır. Kurulda görüşülecek konu kendisine duyurulmuş olan bir pay sahibinin, o konu ile doğrudan doğruya ilgili hususları da göz önünde tutarak kurula katılacağı ve oy vereceğinin kabulü gerekir (5). Gündemde yer alan bir konuda, örneğin bilanço, kâr ve zarar hesabının kabulü konusunda yapılan görüşmede kurulun yeterli ölçüde aydınlanabilmesi için özel denetçi atanmasının ve bu nedenle toplantının ertelenmesinin (TTK. 377 md.), sırf gündeme bağlılık ilkesi ileri sürülerek önlenmesi hem ayrı bir genel kurul toplayarak boşuna zaman ve para kaybına, hem ilgili kişilerin bir süre daha zan altında veya görevde tutulmasına ve hem de bu arada delillerin ziyayı tehlikesine yol açması bakımlarından çok sakıncalı olduğu gibi, sözü edilen ilkenin de kötüye kullanılması anlamını taşıyacaktır.

Öte yandan, TTK. nun 348 inci maddesinin «Umumi heyet, bazı muayyen hususların tetkik ve teftişi için LÜZUMU HALİNDE yususi murakıp seçebilir.» şeklindeki hükmünün lâfzı da yukarıki görüşü doğrular niteliktedir. Ancak, bu hükmü gündeme bağlılık ilkesinin mutlak bir istisnası olarak yorumlamak da (6) doğru değildir. Aksi halde, pay sahipleri genel kurula katılma ve oy verme bakımlarından önceden hesaba katabilmeleri olasılığı bulunmayan durumlar ve oldu-bittilerle karşı karşıya bırakılabilecekler ve ayrıca genel kurul gündem dışı konuların tartışma alanı haline gelebilecek ve böylece kurulun gündemi çerçevesin-

(5) Yargıtay Tic. D. 2.6.1959 gün ve E. 1959/507, K. 1632 sayılı kararında, esas sermayenin artırılması dolayısıyla çıkarılacak yeni payların dağıtılması veya bu paylara ilişkin öncelik (rüçhan) hakkının kısıtlanması yahut kaldırılması meselesinin sermaye artırımını konusunun tabii ve zaruri bir sonucu olduğu, bu nedenle, gündemde ayrıca gösterilmemiş olsa bile, yeni payların dağıtılması konusunda alınan genel kurul kararının gündem dışı bir karar olarak nitelenemeyeceği sonucuna doğru olarak varmıştır. (Bu konuda bkz. MÖROĞLU, Anonim Ortaklıkta Esas Sermaye Artırımı, Ankara 1972, s. 43, s. 129 vd.).

(6) ARSLANLI, Anonim Şirketler II-III, s. 23; İMREGÜN, age, s. 73-74.

de karar alması engellenebilecek, çeşitli hesaplarla özel denetçi hakkının kötüye kullanılması olanağı yaratılmış olacaktır.

2. Genel kurulda kimin özel denetçi atanması isteminde bulunabileceği konusu TTK. nun 348 inci maddesinde açık bir şekilde düzenlenmemiştir. İlk bakışta bu istemin sadece % 10 azınlık tarafından yapılabileceği izlenimi doğmaktadır.

Halbuki, 348 inci maddenin 1. fıkrasına göre, bir pay sahibinin ve genel kurulda belli konularda haksız ve asılsız eleştirilere uğrayan yönetim veya denetim kurulları ile bu kurulların üyelerinin istemleri üzerine de genel kurul tarafından özel denetçi atanabilir. Böyle bir istem, *gündemde yer alan bir konu ile doğrudan doğruya ilgili olması* ve «*muayyen hususların tetkik ve teftişine*» ilişkin bulunması dışında hiçbir şarta bağlı değildir. Ancak, bu şekilde özel denetçi atanması istemi genel kurul kararıyla reddedilirse, istemde bulunan organ ve kişiler daha ileri giderek mahkemece özel denetçi atanmasını dava edemezler. Sadece, özel denetçi isteminin reddi kararının iptalini veya hükümsüzlüğünün tesbitini dava edebilirler (TTK. 381. md).

Buna karşılık, % 10 azınlık tarafından genel kurulda kanuni şartlara uygun olarak yapılmış olan özel denetçi atanması istemi, kurul tarafından olumsuz karara bağlanması halinde mahkeme önünde de ileri sürülebilecek bir azınlık hakkı olarak daha etkili biçimde düzenlenmiştir.

Aslında, genel kurulda özel denetçi isteminin bir azınlık hakkı olarak düzenlenmesi kanunun sistemine aykırı ve yanlıştır. Kanunda azınlık hakkı olarak düzenlenmesi gereken husus, mahkemedен özel denetçi atanması istemidir.

Genel kurulda herhangi bir pay sahibi tarafından TTK. nun 369 uncu maddesinin sonuncu ve 348 inci maddesinin 1. fıkrasına göre yapılabilecek bir istemin, % 10 azınlık için 348 inci maddenin 2. fıkrasındaki ek şartlara bağlı tutulmasının hiçbir anlamı yoktur. En üst karar organı, ortaklığın bir çeşit forumu ve ortakların üst düzeyde denetim haklarını kullandıkları yer olan genel kurulda pay sahiplerinin belli konuların araştırılması isteminde bulunmalarının, gündeme bağlılık veya gündemle doğrudan doğruya ilgili olma dışında başkaca ağır şartlara tâbi tutulmasının haklı bir gerekçesi olamaz. Nitekim, TTK. nun anılan 348 inci

maddesinin kaynağı olan Alman Hukukunda (gerek 1897 tarihli Alman Ticaret Kanununun mülga 266. paragrafıda, gerek mülga 1937 tarihli Pay senetli Ortaklıklar Kanununun 118. paragrafında, ve gerekse halen yürürlükte olan 1965 tarihli Pay Senetli Ortaklıklar Kanununun 242. paragrafında) sadece mahkemeden özel denetçi isteminde bulunulması bir azınlık hakkı olarak düzenlenmiştir. TTK. nun 348 inci maddesinin metni bu yolda bir yoruma elverişli değildir. Gerçekten özel denetçi atanması isteminin genel kurulca reddedilmesi halinde mahkemeye başvurmayı hesaplayan bir azınlığın, daha genel kurulda istemde bulunurken 348. maddenin 2. fıkrasında belirlenen şartları yerine getirmiş olması gerekir (7).

Bu şartlar; a) Genel kurula başvuran azınlığın esas sermayenin 1/10'unu temsil eden paylara toplantı vaktinden itibaren en az altı ay önceden beri sahip olduklarının sabit bulunması; b) Özel denetçi tarafından incelenmesi istenilen «muayyen hususun», son iki yıl içerisinde kuruluş veya yönetim işlemlerinde bir suistimale yahut kanun veya ana sözleşme hükümlerine önemli bir aykırılığa ilişkin bulunması; veyahut bilânçonun gerçeğe uygun olup olmadığının araştırılmasının istenmiş olmasıdır. Sayılan bu şartlar çerçevesinde 1/10 azınlık tarafından genel kurulda yapılan özel denetçi atanması önerisi kurul tarafından reddedildiği takdirde; azınlığın mahkemeye başvurması yolu açılmış olur (8).

Ayrıca belirtelim ki, TTK. nun 356 ncı maddesine göre organ denetilerden belli hususlarda inceleme istenilmiş olması, genel kuruldan özel denetçi atanması isteminde bulunulmasına engel değildir.

3. Genel kurulun özel denetçi atanmasına hangi nisapla

(7) Alman Hukukunda ister bir pay sahibi, ister bir organ veya azınlık tarafından genel kurulda yapılmış bir talep reddedilirse, azınlık için mahkemeye başvurma şartı bu bakımdan gerçekleşmiş olur. Herhalde azınlığın mahkemeye başvurabilme şartlarını haiz olarak genel kurula başvurmuş olması gerekli değildir. Ekz. BARZ, in Grosskomm. § 142, Anm. 9; BRODMANN, § 266 Anm. 2/c; KRONSTEIN/ZÖLLNER, in Köllner Komm. § 142 Anm. 28,

(8) Söz konusu şartları, 1/10 azınlığın mahkemeye başvurabilmesi şartları çerçevesinde aşağıda ele alıp inceleyeceğiz.

karar vereceği 348 inci maddede belirtilmemiştir. Buna göre, atama kararının oyçokluğu ile alınması gerekir (TTK. 378 md.). Bu nisabı ağırlaştırıcı nitelikteki ana sözleşme hükümleri geçersizdir (9). Çünkü, paysahiplerine ve azınlığa kanunen tanınan denetleme hakkına ilişkin hükümler ve bu arada özel denetçi atanmasını isteme hakkına ilişkin 348. madde hükmü nisbi emredici niteliktedir. Bu tür hükümleri iptidaen kaldıran veya kısıtlayan ana sözleşme hükümleri veya bu yolda alınmış genel kurul kararları geçersizdir.

4. TTK. nun 374 üncü maddesinin oydan yoksunluğa ilişkin hükmü özel denetçi seçiminde de uygulanır. Örneğin, özel denetçi tarafından incelenmesi öngörülen belirli bir kuruluş veya yönetim işleminden dolayı ortaklığa karşı kurucu, yönetici veya denetçi sıfatıyla sorumlulukları söz konusu olan kimseler özel denetçi seçiminde oy haklarını şahsen veya bir vekil aracılığıyla kullanamazlar. Aksi halde, seçime ilişkin genel kurul kararının iptali TTK. nun 381. ve 361/son fıkra hükümlerine göre dava edilebilir.

5. TTK. nun 348 inci maddesinin 1. fıkrası metninden de anlaşıldığı üzere, özel denetçinin bizatihi genel kurul tarafından seçilmesi zorunludur. Genel kurul özel denetçiyi belirleme yetkisini devredemez. Bu durumda, özel denetçiyi seçen genel kurul, ortaklık ile özel denetçi arasındaki sözleşmenin kurulmasında ortaklığın kanuni temsilcisi durumundadır (10). Özel denetçi ile ortaklık arasındaki hizmet veya vekâlet sözleşmesi, icap niteliğindeki seçimin özel denetçi tarafından açık veya kapalı olarak kabulü ile kurulur. Özel denetçiyi seçen genel kurul, onun ücretini de belirleyebilir. Ancak, kurulun incelenmesi öngörülen «*belli hususları*» saptaması zorunludur.

6. Kimlerin özel denetçi seçilebilecekleri ve kimlerin seçilemeyecekleri hususu da TTK. da düzenlenmemiştir (11). Organ denetçilere ilişkin 349 uncu madde hükmünün kıyasen uygulanana-

(9) Ekz. ARSLANLI, Anonim Şirketler II-III, s. 10.

(10) GODİN/WILHELMİ, § 142 Anm. 3; KRONSTEIN/ZÖLLNER, § 142 Anm. 19.

(11) Alman Hukukunda 1937 tarihli mülga AktG'in § 119 ve yürürlükteki 1965 tarihli AktG'in § 143 de gerek genel kurulca ve gerekse mahkemece seçilecek özel denetçilerin seçilebilmeleri şartları belirlenmiştir.

bilmesi olasılığı bu konudaki kanun boşluğunu doldurmak için yeterli değildir.

Nekadar sayıda özel denetçi seçilebileceği de kanunda gösterilmemiştir. TTK. nun 348 inci maddesine göre bir veya birden çok gerçek kişilerin özel denetçi seçilebilecekleri kuşkusuzdur. Alman Hukukunda, tüzel kişiliği olan ve olmayan ortaklıkların da özel denetçi seçilebilmeleri öngörülmüş ve bunun şartları belirtilmiştir.

7. Genel kurul tarafından seçilen özel denetçinin şahsına mahkemede itiraz edilebilmesi olanağının, hiç olmazsa 1/10 azınlık için tanınmamış olması da önemli bir eksikliklerdir.

Özellikle, oy çokluğunu elde tutan ve yönetimi elinde bulunduran pay sahiplerinin, mahkemece tarafsız bir özel denetçi seçilebilmesi olanağını ortadan kaldırmak için herhangi bir % 10 azınlığın istemini fırsat bilerek, ya da bizzat bir istem yaptırarak, kendilerine (yönetime) yakın bir kimseyi özel denetçi seçtirmeleri clasılığı, 348 inci maddenin etkinliğini hiçe indirebilecek önemdedir.

Genel kurulun özel denetçi seçim hakkını yukarıki biçimde kötüye kullanması durumunda, diğer pay sahiplerinin ellerindeki tek olanak genel kurulun seçim kararının dürüstlük kuralına aykırılık nedeniyle iptalini dava etmektir (TTK. 381 md.). Bunun dışında azınlığın mahkemeden başka bir denetçi atanmasını isteyebilmesine 348. madde hükmü olanak vermemektedir. Anılan maddede, ancak özel denetçi atanması isteminin genel kurulca reddedilmesi halinde mahkemeye gidilebilmesi öngörülmüştür (12). Genel kurul tarafından atanan özel denetçi, sözleşmeden ve kanundan doğan hakları saklı kalmak şartıyla, genel kurulun oyçokluğu ile alacağı kararlar her zaman azledilebilir. Azil kararı alınmasında gündeme bağıllık ilkesi yürümez (13).

(12) Mahkemece atanan özel denetçinin şahsına aynı mahkemede HUMK. nun bilirkiçiliğe ilişkin hükümleri çerçevesinde itiraz edilebilir.

(13) TTK. nun 350. maddesi denetçilerin genel kurul tarafından «her vakit» azil edilebileceklerini ve yerlerine başka kimselerin atanabileceklerini hükme bağlamıştır.

III. MAHKEMECE ÖZEL DENETÇİ ATANMASI

Mahkemece özel denetçi atanabilmesi için 348 inci maddenin öngördüğü şartlar, *usule* ve *esasa* ilişkin şartlar olmak üzere iki grupta toplanabilir.

A. Usule İlişkin Şartlar

Mahkemece özel denetçi atanması isteminde bulunulabilmesi için şu ön şartların gerçekleşmiş olması gerekir :

1. *Esas sermayenin en az 1/10'unu temsil eden azınlık pay sahipleri tarafından 348 inci maddenin 2. fıkrasının birinci cümlesinde belirtilen şartlara uygun olarak yapılan özel denetçi seçilmesi istemi genel kurul tarafından reddedilmiş olmalıdır.* Eğer, azınlığın genel kuruldaki istemi kanuni şartlara uygun değilse, mahkemeden istemde bulunabilmesi şartı gerçekleşmemiş olur ve istemin reddi gerekir. Daha önce genel kurul tarafından alınmış olan özel denetçi atanmasına ilişkin kararı kaldıran genel kurul kararı ile (14) gündem çerçevesi içerisinde olmasına rağmen özel denetçi seçilmesinin ertelenmesine veya bu konuda bir karar alınmasına gerek olmadığına dair alınan genel kurul kararları da red kararı niteliğindedir (15). Genel kurulun red kararından sonra ne kadar süre içerisinde mahkemeye başvurabileceği 348. maddede gösterilmemiştir. Görüşümce bu bir eksiklikler. Eğer genel kurul, bir grup azınlık pay sahibi tarafından yapılan istemi kabul ederek özel denetçi seçmişse artık mahkemeden istemde bulunulamaz.

2. *Esas sermayenin 1/10'una eşit itibari değerde paya sahip kimseler tarafından mahkemeden özel denetçi atanması talep edilmiş bulunmalıdır* (16). Mahkemeden istemde bulunan

(14) SCHLEGELBERGER / QUASSOWSKI, Aktiengesetz § 118 Anm. 13; RGZ. 143, 401 (410); BARZ, in Grosskomm. zum AktG. § 142 Anm. 9; KRONSTEIN/ZÖLLNER, Köllner Komm. zum AktG. § 142 Anm. 28; BAUMBACH/HUECK, Aktiengesetz § 142 Anm. 7.

(15) KRONSTEIN/ZÖLLNER, age. § 142 Anm. 28.

(16) Yürürlükteki 1965 tarihli Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanununda (§ 142), esas sermayenin 1/10'unu temsil eden paylara sahip

azınlığın, genel kuruldan özel denetçi atanmasını istemiş olan azınlık olması gerekmediği gibi (17), bu azınlığın atama isteminin reddedildiği genel kurulda hazır bulunmuş veya atama lehinde oy kullanmış olmaları yahut genel kurulun red kararına karşı, kurulda herhangi bir itirazda bulunmuş olmaları da zorunlu değildir. Ayrıca, mahkemedен istemde bulunan azınlığın oy hakkından yoksun olup olmamaları da önemsizdir (18).

1/10 azınlığın hesabında payların itibari değerlerinin esas alınacağı kuşkusuzdur.

3. *Özel denetçi tarafından incelenmesi istenilen «belli husus», son iki yıl içerisinde vukubulmuş kuruluş veya yönetim işlemlerindeki bir yolsuzluğa yahut kanun veya ana sözleşme hükümlerine önemli bir aykırılığa ilişkin bulunmalı veyahut bilânçonun gerçekliğinin araştırılması istenmiş olmalıdır.* Gerek genel kuruldan ve gerekse mahkemedен, kuruluş veya yönetim işlemleriyle yahut normal veya ara bilânço ile ilgili olarak özel denetçi atanmasını isteyen 1/10 azınlık, araştırılması istenilen yolsuzluk veya suistimalin ne olduğunu, ana sözleşmeye ve kanuna ne şekilde aykırı hareket edildiğini bilânçonun hangi kelimeleri itibariyle gerçeği aksettirmediğini açıkça bildirmek zorundadır. Kuruluşa veya yönetime yahut bilânçonun gerçekliğine ilişkin *genel nitelikte* ve belli konulara ilişkin bulunmayan bir iddia üzerine yahut iki yıldan daha eski olaylar için özel denetçi atanamaz (19). Aksi halde, genel kurulun seçime ilişkin kararı iptal edilebilir ve mahkemenin atama kararı ise kanuna aykırı ve bozulması gereken bir karar olur.

Görüşümüzce, iki yıllık sürenin hesabında, genel kurulda istemde bulunulması tarihi esas alınmalıdır. Örneğin, genel kurulda özel denetçi seçilmesi istemi 1.3.1977 günü yapılmışsa, in-

azınlık yanında, sahibi oldukları payların itibari değeri 2 Milyon D. Mark tutan azınlığa da mahkemedен özel denetçi atanmasını isteme hakkı tanınmıştır.

(17) RG. in Juristische Wochensdirift, 1903, 233 ve yukarıda dip not 14 ve 15 de anılan yazarlar.

(18) Bkz. yukarıda dip not 14, 15 ve 16.

(19) ARSLANLI, Anonim Şirketler I, s. 247 dip not 194; DOĞANAY, İsmail, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ankara 1975, C. II, s. 789; WÜRDINGER, Aktien- und Konzernrecht, 3. Auflage, s. 115.

çelenmesi istenilen belirli kuruluş veya idare işleminin en geç 1.3.1975 günü yapılmış olması gerekir.

Türk Ticaret Kanununda, bir yandan, kurucular ile yönetim ve denetim kurulu üyelerine karşı tazminat istemek hakkı davacının zararı ve sorumlu kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıllık ve (fiil cezayı gerektirip de daha uzun bir ceza zamanaşımı söz konusu değilse) herhalde beş yıllık zamanaşımına tâbi tutulmuşken, öte yandan 348 inci maddede öngörülen özel denetim ve incelemenin en çok iki yıllık olaylara hasredilmesi çelişkili bir tutumdur (20).

Zararın ve/veya failin iki yıllık sürenin bitiminden sonra öğrenilmesi halinde de, sorumlulardan tazminat isteminde bulunulabildiğine göre, 1/10 azınlığın, üç veya dört yıllık olaylar için de özel denetçi incelemesi istemekte yararı vardır. Nitekim, 348 inci maddenin kaynağı olan eski Alman Hukukunda sadece idare işlemleri bakımından varolagelen iki yıllık sınırlama, yürürlükteki 1965 tarihli Pay Senetli Ortaklıklar Kanununda beş yıla çıkarılmıştır (21).

4. *Mahkemeden istemde bulunan pay sahiplerinin genel kurulun toplantı gününden itibaren en az altı ay önceden beri esas sermayenin en az 1/10'u oranında paya sahip buldukları sabit olmalıdır* (22). TTK. nun 348. maddesinin metnine göre, altı aylık süre, genel kurulun özel denetçi isteminde bulunulan toplantı gününden geriye doğru hesaplanmak gerekir. Örneğin, özel denetçi seçilmesi isteminde bulunulan genel kurul toplantısı 1.3.1977 de yapılmışsa, istemde bulunan azınlığın en az 1.9.1976'dan beri esas sermayenin 1/10'una eşit itibari değerinde paylara sahip bulunması zorunludur.

(20) Bkz. İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, 3. Bası İstanbul 1974, s. 253, dip not 69.

(21) Yürürlükteki Alman Ticaret Kanununun mülga § 206'da ve mülga 1937 tarihli Pay Senetli Ortaklıklar Kanunundan (§ 118/2 de) sadece idare işlemlerinin incelenmesi bakımından sözkonusu olan iki yıllık sınırlama, yürürlükteki 1963 tarihli Pay Senetli Ortaklıklar Kanununda (§ 142 de), § 93 de yer alan beş yıllık zamanaşımı süresiyle uyum sağlanması zorunluğu ile beş yıla çıkarılmıştır. Bkz. KROPF Bruno, Aktiengesetz, Düsseldorf 1965, s. 209.

(22) Almanya'da bu süre 1965 tarihli Pay Senetli Ortaklıklar Kanununda (§ 142'de) üç ay olarak saptanmıştır.

Altı aylık sürenin kabul edilmesinin nedeni, özel denetçi seçilmesi veya atanması istemini sırf ortaklığa karşı bir baskı aracı olarak kötüye kullanmak amacıyla genel kuruldan hemen önce geçici bir süre için pay iktisabedilmesi yolunu kapamaktır.

Eğer anonim ortaklık kurulalı henüz altı ay olmamışsa, kuruluştan beri aralıksız olarak 1/10 sermayeyi temsil eden paylara sahip bulunmak yeterlidir (23). Pay üzerinde intifa hakkı bulunan kimseler de, paydan doğan hakları kullanabildiklerine göre (TTK. 360/son), intifa hakkı süresinin de altı ayın hesabında gözönünde tutulması gerekir. Pay üzerindeki rehin, vedia ve ariyet hakkı süreleri, altı aylık sürenin hesabında gözönünde tutulmaz.

Anonim ortaklıkta, pay senedi çıkarılmamışsa veya nama yazılı pay senetleri çıkarılmışsa altı ay süreli pay veya intifa hakkı sahipliği, kural olarak pay sahipleri defteri kayıtları ile (TTK. 326. md) isbat edilir. Ancak, pay üzerindeki mülkiyet payın devir ve temlik (BK. 163. md.) veya nama yazılı pay senedi çıkarılmışsa bu senedin cirosu ve teslimi ile devredilebildiğine göre, pay veya nama yazılı pay senedi sahipliğinin herhalde pay sahipleri defteri kayıtları ile isbatı şart olmayıp, bunun dışında diğer delillerle de pay sahipliği süresi isbat edilebilir.

Hamiline yazılı pay senetlerine toplantı gününden önce en az altı aydan beri malik bulunulduğu hususu ortaklık kayıtları (özellikle pay senedi dağıtılmadan önceki pay sahipleri defteri kayıtları, genel kurul hazurun cetveli, vaktiyle şirketçe hisse senetleri dağıtım sırasında ilgiliden alınmış tesellüm makbuzu) ile üçüncü şahıslarla yapılmış pay ve pay senedi devri sözleşmeleri, banka kayıtları, şahit, yemin dahil olmak üzere her türlü delille isbat edilebilir.

5. Özel denetçi atanması için gerekli masraflar da davanın açılması sırasında mahkeme veznesine peşinen ödenmelidir. Bu masrafların kesin tutarı davanın açılması sırasında bilinemez. Bu nedenle, Yargıç tarafından geçici masraf avansı şeklinde belirlenen tutarın ödenmesiyle yetinilir. Yargıç, avansın tutarını, inceleme giderleri ile özel denetçi ücretini gözönünde tutarak belirlemelidir.

(23) KRONSTEIN/ZÖLLNER, age § 142 Anm. 31.

6. Mahkemedен özel denetçi atanması isteminde bulunan 1/10 azınlık, sahip oldukları payları temsil eden ilmühaberleri veya pay senetlerini, dava açtıkları sırada, dava sonuna kadar merhun kalmak üzere muteber bir bankaya tevdi etmek zorundadırlar. Bu zorunluk, ilmühaber veya pay senetlerinin davacı tarafından kendisine tevdi edilmiş olduğunu bildiren banka yazısı dava dilekçesine eklenmek suretiyle yerine getirilir.

Özel denetçi atanması talebinde bulunan pay sahipleri esas sermayenin 1/10'undan fazla paylara sahip iseler bu fazla payları temsil eden ilmühaberleri veya pay senetlerini de bankaya tevdi zorunlu değildirler. Eğer pay senetleri bir başka nedenle daha önce tevdi edilmiş bulunuyorsa, ilgili bankanın bunu teyid eden yazısı ile yetinilir. 348 inci maddede pay senetlerinin «dava sonuna kadar merhun kalmak üzere» tevdiinden söz edilmesinden, kanun koyucunun davalı şirketin zararlarına ve tazminat alacağına karşılık olarak tevdi emretmediği; bu hüküm ile bir veya birden çok davacının en az 1/10 sermayeye sahipliğinin dava sonuna kadar korunmasının amaçlanmış olduğu anlaşılmaktadır.

Yukarıda belirlenen 6 şart, özel denetçi atanmasına ilişkin davanın dinlenebilmesi şartlarıdır. Bu şartlar, mahkemece re'sen nazarı itibara alınır. Davalı ortaklık tarafından da davanın her safhasında iddia ve isbat edilebilir.

Söz konusu şartlar yerine getirilmeksizin açılmış olan özel denetçi atanması davasının başkaca incelemeye gerek olmaksızın reddi gerekir.

Özel denetçi atanmasına ilişkin yukarıki şartlar davanın dinlenmesi şartları olarak muhakeme usulüne ilişkin şartlar olduklarından kanunen açıkça cevaz verilmiş olmadıkça ana sözleşme ile değiştirilemezler (24).

TTK. nun 356 ncı maddesine göre organ denetçilerden belli konularda inceleme isteminde bulunulmuş olması mahkemedен özel denetçi atanması isteminde bulunulmasına engel değildir. Ancak, davalı ve davacı, takdiri mahkeme ait olmak üzere delil olarak bu rapora istinat edebilirler.

(24) BAUMBACH/HUECK, age. § 142 Anm. 13; BARZ, age. § 142 Anm. 10.

B. Esasa İlişkin Şartlar

Özel denetçi atanmasına ilişkin 1/10 azınlık isteminin mahkemece kabul edilebilmesi için, dava dilekçesinde yer almış olan belli hususlara ilişkin yolsuzluk iddialarıyla kanuna veya ana sözleşmeye önemli ölçüde aykırı davranışlar konusunda şüpheyi haklı kılacak yeterli delil ve emare gösterilmesi zorunludur. Ancak, 1/10 azınlık, ileri sürdüğü belirli olayları göstereceği delillerle kesin olarak isbat etmek zorunda değildir. Bunların sabit olup olmadığını atanacak olan özel denetçilerin incelemeleri ortaya çıkarabilecektir (25). Azınlık mahkemeye sunduğu delil ve emarelerle ileri sürdüğü belirli yolsuzluk veya aykırılıkların doğruluğunu *muhtemel gösterebilirse* özel denetçinin atanması isteminin mahkemece kabul edilmesi gerekir. Mahkeme kanaatini kuvvetlendirmek bakımından kendiliğinden ortaklığın yönetim kurulu üyeleri ile denetçilerini dinleyebileceği gibi, organ denetçiler tarafından TTK. nun 356 ncı maddesine göre veya sair suretlerle hazırlanmış olan raporları da gözönünde tutar ve bunlar süresinde gerekli gördüğü takdirde bilirkişi incelemesi de yaptırabilir. Azınlık tarafından sunulan delil ve emareler ve mahkemece yapılan incelemeler sonucunda yolsuzluk ve kanuna ve ana sözleşmeye aykırılık iddiaları muhtemel görülmezse azınlığın davası reddedilir. Red kararı temyiz edilebilir.

C. Taraflar, Yetkili ve Görevli Mahkeme, Dava, Muhakeme Usulü :

Özel denetçi atanmasına ilişkin davanın, esas sermayenin en az 1/10 una sahip azınlık tarafından açılabileceğini yukarıda belirttik. Bu dava anonim ortaklık tüzel kişiliği aleyhine açılır.

Yetkili ve görevli mahkeme anonim ortaklığın merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesidir. Ortaklığın merkezinin bulunduğu yerde asliye ticaret mahkemesi yoksa, davaya asliye hukuk mahkemesi bakar (TTK. 5. md). Davada basit muhakeme usulü uygulanır (TK. 1460. md). Özel denetçi atanmasına ilişkin dava bir eda davasıdır (26). Bu nedenle, azınlığın mahke-

(25) ARSLANLI, age, I, s. 243; İMREGÜN, age. s. 253.

(26) HGK. nun 26.10.1966 ve T/1409 K. 276 sayılı kararı (Ankara Baro Dergisi 1966 Sayı 6, s. 1068-1069).

meden özel denetçi atanmasını talebetmesi mümkün iken, bunun yerine özel denetçi atanmasının reddine dair genel kurul kararının iptalini dava etmekte hukuki menfaati yoktur. Bu nedenle söz konusu iptal davasının dinlenmemesi ve reddi gerekir.

Ç. Mahkemece Atanan Özel Denetçi ile Ortaklık Arasındaki Hukuki İlişki :

Mahkeme tarafından atanan özel denetçinin atamayı açık veya kapalı olarak kabul etmesi halinde, ortaklıkla kendisi arasında bir özel hukuk ilişkisi, yani sözleşme kurulmuş olur. Ancak, özel denetçi anonim ortaklığın organı değildir (27). Özel denetçiyi seçen mahkemenin gerektiğinde bu kimsenin görevine son vermesi imkânı bulunduğuna göre, özel denetçinin şahsına, onu seçen mahkeme nezdinde haklı nedenlerle itiraz edebilmek ve değiştirilmesini isteyebilmek de mümkün olmak gerekir.

D. Özel Denetçinin Görevi ve Hakları :

1. RAPOR :

Özel denetçinin ana görevi, kendisini seçen genel kurul veya mahkeme tarafından saptanan belli konularda inceleme yaparak rapor hazırlamak ve bu raporu duruma göre genel kurula veya mahkemeye sunmaktır. Özel denetçi raporunu hazırlarken, ortaklığın defterlerini, bilânçolarını, belgelerini, kasasını, taşınır ve taşınmazlarını inceleyebilir. Ayrıca, yönetim kurulu üyeleri ile diğer yöneticilerden ve denetçilerden incelemeleriyle ilgili olarak bilgi açıklama ve belgeler isteyebilir. Yazılı olarak hazırlanması gereken raporda varılan sonuçların delillere dayalı ve gerekçeli olması zorunludur. Ortaklık ile özel denetçi arasındaki hukuki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olduğunu yukarıda belirtmiştik. Bu nedenle, özel denetçi, sebebiyet verdiği zararlardan dolayı, kendisine herhangi bir kusur yüklenemeyeceğini isbat etmedikçe, ortaklığa karşı sorumludur (BK. 96. md.). Örneğin, incelemeleri sırasında öğrendiği ticari sırları, görevi gerektirmediği halde açıklarsa, bu nedenle ortaklığın uğrayacağı zararlardan sorumlu olur.

(27) ARSLANLI, age I, s. 249 dip not 199; KRONSTEIN/ZÖLLNER, age. § 142 Anm. 34; BARZ, age. § 142 Anm. 18.

2. ÜCRET :

Özel denetçiyi atayan mahkeme ücretini de belirlemelidir. 348 inci maddenin 2. fıkrasında, masrafların peşinen ödenmesi şartı konulurken güdülen amaç, görüşümüzce, zorunlu inceleme giderleri yanında özel denetçi ücretinin de belirlenip ödenebilmesini sağlamaktır. İlgililerin talebi üzerine veya re'sen ücretin azaltılmasına veya artırılmasına mahkemece karar verilebilir.

E. Kötü Niyetli Davacıların Sorumluluğu :

TTK. nun 348 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının son cümlesi hükmü ile 4 üncü fıkrası hükmüne göre, özel denetçi atanması istemi mahkemece reddedildiği veya atanan özel denetçilerin verdikleri rapora göre bu istemin haklı nedene dayanmadığı anlaşılırsa, kötüniyetle hareket ettikleri isbat edilen pay sahipleri şirketin bu yüzden gördüğü zararlardan müteselsilen sorumlu olurlar. Azınlığın talebi üzerine genel kurul tarafından özel denetçi seçilmiş olması halinde de hukuki durum aynıdır. Anılan 3. fıkranın son cümlesi hükmü ile 4. fıkra hükmü önemsiz ifade değişikliği dışında birbirinin aynıdır ve bunlardan birisi fazladır. Üstelik bu düzenleniş şekliyle etkili bir hüküm niteliğinde de değildir.

IV. SONUÇ :

Anonim ortaklıkta yönetim ve denetim organı üyelerinin genel kurulda pay veya oy çokluğunu ellerinde bulunduran ortaklarca seçildikleri gözönünde tutulursa, genel kurulda ve mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyebilmek konusunda azınlık pay sahiplerine tanınmış olan hakkın önemi ve yararı kolayca anlaşılır. TTK. nun özel denetçi atanması olanağını düzenleyen hükmünün azınlık ve çoğunluk arasındaki dengenin daha verimli bir biçimde kurulmasına katkıda bulunduğu kuşkusuzdur.

Ancak, 348 inci madde hükmünün önemi boşlukları ve gereksiz tekrarları ile günümüzün gereksinmelerine cevap vermekten uzak kaldığı da bir gerçektir. Bir kere, genel kurulda özel denetçi atanması isteminin değil, sadece mahkemeden özel de-

netçi atanması isteminin bir azınlık hakkı olarak düzenlenmesi yeterlidir. İkincisi, sermayesi ve ortak sayısı çok olan ortaklıklarda özel denetçi atanması istemi bakımından % 10 oranı yanında 2 milyon TL. gibi bir rakam ölçüsünün getirilmesi ve böylece bu tür ortaklıklarda mahkemeden özel denetçi isteme hakkının kullanılabilmesi olanağının artırılması yararlı olacaktır. Üçüncü olarak, bilânço kâr ve zarar hesabı ancak belirli kalemlerine ilişkin iddialar bakımından özel denetim konusu yapılmalı ve bunun dışında bağımsız, her yıl için zorunlu bir denetim sağlanmalıdır (28). Dördüncü olarak, özel denetçi olabilme şartları turulmalıdır (X). Dördüncü olarak, özel denetçi olabilme şartları ile seçilebilme ve atanabilme engelleri belirlenmeli; ayrıca genel kurul tarafından seçilen veya mahkemece atanan özel denetçilerin şahsına itiraz edilebilmesi ve belli bir süre içerisinde mahkemeden başka bir kimsenin özel denetçi atanmasının istenebilmesi hakkı azınlık pay sahiplerine tanınmalıdır. Beşinci olarak, özel denetçilerin ortaklık defterleri ile belgelerini inceleme ve bilgi toplama yetkileri ile mali hakları ve hazırlayacakları rapora ilişkin temel ilkeler açık bir şekilde saptanmalıdır. Bütün bu konularda 1965 tarihli Alman Pay Senetli Ortaklıklar Kanununun 142 ilâ 146. paragrafları hükümleri örnek olabilecek niteliktedir.

Her hak gibi, özel denetçi atanmasını isteme hakkının da kötüye kullanılması mümkündür. Bu hakkı kötüye kullananların anonim ortaklığın uğradığı zararlardan müteselsilen sorumlu oldukları 348 inci maddede iki defa tekrarlanmıştır. Aslında, bu hüküm ile özel denetçi atanması isteminin kötüye kullanılmasını önleyebilme olanağı çok azdır. Çünkü, özel denetçi isteminde bulunan azınlık pay sahiplerinin tazminat için şart koşulan «kötü niyetlerini» ispat etmek uygulamada çok güçtür. Kötüye kullanmalara karşı en etkili yol, özel denetçi atanması davalarına bakan mahkemelerin 348 inci maddede öngörülen davaya bakılabilmesi şartlarının davacı azınlık tarafından yerine getirilip getirilmediğini dikkatle araştırmaları ve ayrıca davacılar tarafından sunulan delil ve emarelerin davalı ortaklık mukabil delilleri karşısında, iddia edilen yolsuzluk ve aykırılıkların varlığını

(28) Eu denetim yeminli muhasiplik kurumu çerçevesinde sağlanabilir.

muhtemel gösterip göstermediğine özen göstermeleridir. Aksi halde, özel denetçi atanmasını isteyebilme hakkı bir kısım pay sahipleri tarafından kişisel hesapları için ortaklık yönetimine karşı bir baskı ve yıldırma aracı olarak kullanılabilir ve bunu önlemeye 348 inci maddenin 3. ve 4. fıkralarında tekraren yer alan sorumluluk hükmü de yetmeyecektir.