

ANONİM ŞİRKETLERDE ÖZEL DENETİM İSTEMİNİN İLK DERECE MAHKEMESİ TARAFINDAN REDDİ KARARI KESİN MİDİR?

Hayrettin ÇAĞLAR*

ÖZ

Anonim şirketlerde pay sahiplerine belirli konularda özel denetim isteme hakkı tanınmıştır. Bu hak öncelikle genel kurulda ileri sürülmeli, genel kurul tarafından talebin kabul edilmemesi halinde ise azınlık pay sahipleri tarafından mahkemeye başvurulmalıdır. Azınlığın özel denetim talebiyle ilgili olarak Asliye Ticaret Mahkemesince karar verilmelidir. 6102 sayılı TTK m. 440 hükmüne göre mahkeme talebi kabul ederek özel denetçi atayabilir. Bu halde mahkeme kararı kesindir. Anılan hükümde mahkeme tarafından özel denetim talebinin reddi halinde kararın kesin olup olmadığına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Yargıtay'ın her iki halde de mahkeme kararının kesin olduğu şeklindeki yaklaşımı ise azınlık haklarını daraltmaktadır. Kanun yollarına başvurma hakkını kısıtlayan TTK m. 440/2 hükmünün dar yorumlanması bu sorunu ortadan kaldırabilir.

Anahtar Kelimeler: anonim şirketler, özel denetim, denetçi atanması, mahkeme kararının kesin olması, kanun yolları.

IS THE DECISION OF REJECTION OF THE SPECIAL REQUEST IN JOINTSTOCK COMPANIES MADE BY THE COURT OF FIRST INSTANCE CONSIDERED AS FINAL DECISION?

ABSTRACT

Shareholders in joint stock companies have been given the right to request special audit on certain issues. This right must first be brought forward in the general assembly, and if the request is not accepted by the general assembly, the minority shareholders must apply to the court. The minority's request for special audit must be decided by the Commercial Court of First Instance. According to Art. 440 of Turkish Commercial Code (TCC) Law No. 6102, the court can accept the request and appoint a special auditor. In this case, the court decision is final. In the above-mentioned

* **Prof. Dr.**, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku ABD Öğretim Üyesi /ANKARA **e-posta:** hayrettin.caglar@hbv.edu.tr

ORCID: 0000-0001-5203-5684

DOI : 10.34246/ahbvuhfd.870927

Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih : 08/01/2021

Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih: 25/01/2021

provision, it is not regulated whether the decision is final in case the special audit request is rejected by the court. The Supreme Court's approach that the decision of the court is final in both cases, narrows the minority rights. With strict interpretation of Art. 440/2 TCC, which restricts the right to apply for legal remedies, this problem may be resolved.

Keywords: *stock companies, special audit, assignment of auditor, finalization of court decision, legal remedies.*

I. GİRİŞ VE KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Türk Ticaret Kanunu (TTK) hükümlerine göre, anonim şirket pay sahipleri önceden bilgi edinme ve inceleme hakkını kullanmış olmaları koşuluna bağlı olarak genel kurulda özel denetim talep edebilirler (m. 438). Bu talep genel kurulda kabul edilerek mahkemece özel denetçi tayin edilmek suretiyle pay sahiplerinin özel denetim isteği yerine getirilebilir. Ancak uygulamada pay sahiplerinin özel denetim talebi genel kurulda çoğunluk tarafından reddedilmekte ve azınlığın mahkemeye başvurarak özel denetim yapılmasını istemekten başka çaresi kalmamaktadır. İşte bu halde Asliye Ticaret Mahkemesinin **vereceği kararın kesin olup olmadığı** konusunda doktrinde ve yargı kararlarında farklı görüşler ileri sürülmekte ve konu tartışılmaktadır. Tartışma, anonim şirketler yanında limited şirketler için de önem taşımaktadır. Zira kanun koyucu, limited şirketlerde özel denetim hakkında 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda doğrudan bir düzenleme yapmak yerine m. 635 hükmünde yer alan yollama gereği, anonim şirketlerde özel denetime ilişkin hükümlerin limited şirketlere de uygulanmasını tercih etmiştir. Bu sebeple, anonim şirkette özel denetim isteminin ilk derece mahkemesi tarafından reddi halinde bu kararın kesin olup olmadığına ilişkin tartışma aynen limited şirketler için de geçerlidir.

Anonim şirketlerde özel denetim konusu başlı başına bir monografik çalışmanın konusu olacak kadar geniş olduğundan biz aşağıda sadece özel denetimin temel esaslarını zikrederek somut soruna ilişkin değerlendirmelerde bulunacağız.

II. ANONİM ŞİRKETLERDE ÖZEL DENETİMİN ESASLARI

Anonim şirketlerde genel kuruldan özel denetçi atanmasını isteme hakkı, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda (m. 348) sadece azınlık pay sahiplerine

tanınan bir hak olmasına karşılık, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda her pay sahibine verilmiştir (m. 438).¹

TTK m. 438 hükmünde, özel denetçi atanması hususunda birtakım maddi şartların varlığının arandığı görülmektedir. Özel denetim talebinde bulunabilmek için öncelikle pay sahiplerince bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olması gerekmektedir. Buna ek olarak özel denetimin, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olması şartı da aranmaktadır. Başka bir ifade ile pay sahibinin oyunu kullanabilmesi için gerekli bilgiyi alabilmesi, özel denetim ile mümkün olabilmelidir. Son olarak özel denetimin konusunun belirli olması gerekmektedir. Kanun koyucunun bu şartları aramakta gözettiği amaç, özel denetim hakkının kötüye kullanılması ve şirkete zarar verilmesi tehlikesinin önüne geçilmesidir².

TTK'nın 438. maddesi 1'inci fıkrası uyarınca her pay sahibi genel kuruldan, gündemde olmasa dahi, belirli olayların özel denetim suretiyle açıklığa kavuşturulmasını isteyebilir. Genel kurul tarafından talebin yerinde görülmesi halinde, şirket veya istemde bulunan pay sahiplerinin talebi ile bu kez Asliye Ticaret Mahkemesi tarafından özel denetçi olarak görev yapacak kişilerin belirlenmesi gerekir. Buna karşılık özel denetçi atanması talebini genel kurulun reddetmesi durumunda ancak azınlık pay sahipleri veya paylarının itibari değeri en az bir milyon TL olan pay sahipleri³ mahkemeye başvurarak özel denetçi atanmasına yönelik taleplerini ileri sürebilecektir (TTK m. 439)⁴.

Özel denetçi atanması hususunda, genel kurulun özel denetçi atanması talebini kabul edip etmemesine göre iki farklı ihtimal söz konusu olabilir. Bu iki ihtimale göre mahkemeye iletilecek talebin içeriği ve niteliği de değişmektedir. Şöyle ki, TTK'nın 439. maddesi, genel kurulun özel denetim istemini reddetmesi halinde mahkemeye başvurabilecek olan kimseleri, halka

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mehmet Özdamar, Anonim Şirketlerde Özel Denetim/ULUSOY Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Baskı, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2016, s. 270vd.

² Bkz. m. 338 gerekçesi. Ayrıca bkz. Soner Altaş, Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 594, 595.

³ İsviçre hukukunda 19.06.2020 tarihinde kabul edilen reform kanunu ile halka açık olmayan anonim şirketlerde dava açma hakkına sahip olanlar arasına oy haklarının yüzde onuna sahip olanlar da eklenmiştir (Art.697d nOR). Ayrıntılı bilgi için bkz. D. Gericke/A. Müller/ D. Häusermann/N. Hagmann, Neues Aktienrecht: Tour d'Horizon, GesKR 2020, s. 323vd.

⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Rıza Ayhan/Hayrettin Çağlar/Mehmet Özdamar, Şirketler Hukuku, 2. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020, s. 395.

açık olmayan anonim şirketlerde sermayenin en az onda birini oluşturan veya paylarının itibarî değeri toplamı en az bir milyon TL olan pay sahipleri ile sınırlamaktadır. Bu sebeple doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüş, TTK'nın 439. maddesinde hükme bağlanan özel denetim davası açma hakkının bir azınlık hakkı olduğu yönündedir⁵.

III. ÖZEL DENETİM TALEBİ HAKKINDA GENEL KURUL KARARI

A. ÖZEL DENETÇİ ATANMASI İSTEMİNİ GENEL KURULUN KABUL ETMESİ

Pay sahibinin özel denetçi atanmasına ilişkin talebinin genel kurul tarafından kabul edilmesi üzerine, anonim şirket veya pay sahibi, şirketin merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesine özel denetçi atanması (tayin edilmesi) talebi ile başvurabilecektir. Asliye ticaret mahkemesine başvurulması hususunda şirket tüzel kişiliği veya pay sahiplerine tanınan başvuru süresi otuz gündür (TTK m. 438/2). Burada esasen mahkemeden özel denetçi olarak görev yapacak kişinin belirlenmesi talep edilmektedir.

Genel kurulun özel denetçi atanması istemini kabul etmesi halinde mahkemeye yapılan başvurunun bir çekişmesiz yargı işi olduğu kabul edilmelidir⁶. Bir işin çekişmesiz yargı işi olup olmadığının belirlenmesi hususunda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382. maddesi incelenmelidir. Söz konusu maddede üç ölçüt belirlenmiş ve bu ölçütlerden birine veya birden çoğuna dahil edilebilen bir işin çekişmesiz yargı işi olarak nitelendirilebileceği ifade edilmiştir. Buna göre bir iş hakkında; 1) ilgililer arasında uyuşmazlık olmaması 2) ilgililerin ileri sürülebilecek herhangi bir hakkının bulunmaması 3) hâkimin kendiliğinden harekete geçtiği hallerden biri olması, kriterlerinden birine dahil edilebilmesi halinde çekişmesiz yargı işi söz konusu olacaktır (HMK m. 382)⁷. Genel kurulun özel denetçi atanması istemini kabul etmesi ve bunun üzerine mahkemeye denetçinin belirlenmesi için başvurulması halinde

⁵ Arslan Kaya, Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi, C: XXXI, S: I BATİDER, 2015, s. 68. Benzer şekilde Şirin Güven, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim, C: VII, S: II, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2011, s. 136. Gözde Engin Günay, Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 61.

⁶ Aynı yönde Engin Günay, s. 64; Fatih Yurtbaşı, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 184-186; Güven, s. 152.

⁷ Ayrıca bkz. Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/ Emel Hanağası, Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 80-81

özel denetim isteyen pay sahibi ile anonim şirket arasında bir uyuşmazlık bulunmadığı gibi, pay sahiplerinin ileri sürebileceği herhangi bir hakkı da bulunmamaktadır. İşte bu sebeplerle söz konusu işin çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul etmek doğru olacaktır. Dolayısıyla TTK m. 438/2 hükmüne göre mahkemeden özel denetçinin belirlenmesini talep etme işlemi HMK m. 382 hükmüne göre çekişmesiz yargı işidir.

B. ÖZEL DENETÇİ ATANMASI İSTEMİNİ GENEL KURULUN REDDETMESİ

Özel denetçi atanması istemini genel kurulun reddetmesi halinde azınlık pay sahiplerinin veya paylarının itibarı değeri toplamı en az bir milyon TL olan ortakların, üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atamasını talep etme yetkisi bulunmaktadır (TTK m. 439). Bu halde mahkemeden istenen TTK m. 438/2 hükmünde olduğu gibi sadece özel denetçilerin kim olacağını belirlenmesi değil; özel denetim isteme hakkının koşullarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin incelenerek, şartların varlığına kanaat getirilmesi halinde özel denetçi tayin etmesidir⁸.

Görüldüğü üzere pay sahipleri tarafından özel denetçi atanması isteme hakkının kullanılması ve genel kurulun bu talebi kabul etmesi halinde mahkeme sadece özel denetçiyi belirlemede, talebin genel kurulca reddedilmesi halinde ise özel denetim isteme koşullarının oluşup oluşmadığını inceleyerek olumlu kanaate varırsa, özel denetçi atamaktadır. Dolayısıyla mahkemenin vereceği kararın hukuki niteliğinin ve içeriğinin belirlenmesinde genel kurulun verdiği kararın belirleyici olduğu açıktır. Başka bir ifade ile genel kuruldan çıkan kararın olumlu veya olumsuz olması mahkeme tarafından verilecek kararın niteliğine de etki edecektir.

Genel kurulun özel denetçi atanması talebini reddetmesi halinde mahkemeye yapılan başvurunun hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmektedir.

*Domaniç,*⁹ mahkemeye yapılan başvurunun hiçbir uyuşmazlığı

⁸ Aynı görüşte *Kaya* TTK m. 439 hükmüne göre özel denetçi atanması talebinde bulunduğu hallerde m. 438 hükmünde yer alan özel denetim isteme koşullarının aranmayacağını dile getirmektedir, s. 68, 70. Karşı görüş için bkz. Ünal Tekinalp, *Özel Denetim Talebinin Genel Kurul Tarafından Kanuna Uygun Olarak Reddedilmesi Halinde AO'nun Kendini Koruması Sorunu*, Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan, İstanbul 2019, s. 1282.

⁹ Hayri Domaniç, *Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II*, İstanbul, Temel Yayınları, 1988, s. 749.

çözmekle birlikte en fazla delil tespiti ya da bir tedbir niteliğinde kalan bir talep olduğunu belirtmektedir. Yazar, buradan hareketle özel denetçi atanması sonucunda verilen kararın maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğini kabul etmektedir. Fakat bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira mahkemenin vereceği karar ile aslında taraflar arasındaki uyuşmazlık tamamen çözülmektedir. Gerçekten de mahkemenin vereceği karar sonucunda ya özel denetçi atanacaktır ya da atanmayacaktır ve bu sayede uyuşmazlık azlık pay sahiplerinin lehine veya aleyhine olmak üzere sonuçlanacaktır.

Paslı' ya göre genel kurulun özel denetçi atanmasına ilişkin talebi reddetmesi üzerine mahkemeye yapılan başvurunun eda davasına benzer özellikleri ön planda olsa da kimi özellikleri açısından bu talep eda davasından ayrılmaktadır.¹⁰ Yazara göre bu talep kendine özgü (*sui generis*) bir taleptir. İlk olarak eda davasında yapma ediminin karşısındaki taraf davalı olmasına rağmen özel denetçi atanması için mahkemeye başvurulması halinde özel denetçiyi atayacak olan makam mahkemedir. Buna ek olarak eda davasında, eda hükmünün kesinleşmesi ile mahkemenin görevi son bulurken özel denetçi atanmasına ilişkin kararın verilmesinin ardından mahkemenin görevi devam etmektedir. Fakat bu talebin *sui generis* bir talep olduğunun kabul edilmesi, gündeme gelen tartışmalara son verme kabiliyetinden uzaktır. Bu sebeple anılan görüş pratik anlamda bir yarar sağlamamaktadır.

Bazı yazarlar¹¹ genel kurulun özel denetçi atanması talebini reddetmesi üzerine azınlığın mahkemeye yapacağı başvurunun da bir çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul etmektedir. Genel kurulun özel denetim talebini reddetmesi ile artık şirket ve özel denetim isteyen ortaklar arasında bir uyuşmazlık söz konusu olmaktadır. Bu sebeple burada, genel kurulun bu istemi kabul ettiği hallerdeki gibi, uyuşmazlık olmaması sebebiyle bu işin çekişmesiz yargı işi olduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır. Fakat, bu görüşü savunan yazarlar burada HMK m.382/1-b uyarınca sübjektif hak yokluğu sebebi ile bir çekişmesiz yargı işi olduğunun kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır¹². Bu görüşü savunanlara göre özel denetim hakkı tali hak olduğundan özel denetçi atanması sonucunda azlığa herhangi bir hak intikali olmayacaktır. Bu nedenle talebin HMK'nın m. 382/1-b bendinde düzenlenen, ilgililerin ileri sürebileceği

¹⁰ Ali Paslı, Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, Beta Yayınları, 2003, 636-637.

¹¹ Engin Günay, s. 79.

¹² Engin Günay, s. 79.

bir hak bulunmaması, yani sübjektif hak yokluğu kriterine sokularak bir çekişmesiz yargı iŐinin meydana getirildiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bu görüşe katılmak da pek mümkün değildir. Çünkü yukarıda aıklanığı ũzere, genel kurulun özel denetim talebini kabul etmesi veya etmemesine bağlı olarak özel denetim talep etme hakkının niteliği de değişmektedir. Genel kurulun özel denetim talebini kabul etmesi halinde, ortaya çıkan bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Fakat, genel kurulun bu istemi reddetmesi halinde genel kurulun özel denetim talebini reddetmesine sebebiyet veren Şirket menfaatleri ve azınlık pay sahipleri menfaatleri çatıŐmaktadır. Ayrıca TTK'nın 439. maddesi bir azınlık hakkı niteliğinde olduğundan özel denetim isteme hakkı sübjektif hak yokluğu kriterine baŐvurulmasını da imknsız hale getirmektedir. Bu gerekçe ile burada bir çekişmesiz yargı işi bulunduğunu kabul etmek doğru olmayacaktır.

Doktrinde mahkemeye yapılan başvurunun bir eda davası niteliğinde olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır¹³. Bu görüş uyarınca mahkemenin kararının pay sahipleri ve genel kurul arasındaki uyuşmazlığı çözecek nitelikte olmasından bahisle bunun bir eda davası olduğunu kabul etmek gerekir. Fakat eda ediminin niteliğinin bir “yapma edimi” olduğu kabul edilecek olursa, yukarıda söz konusu talebi *sui generis* bir talep olarak niteleyen yazarların bu görüşe getirdiği eleŐtiriler geçerliliğini koruyacaktır. Gerçekten de burada bir “yapma edimi” bulunduğunun kabul edilmesi halinde bu talebin eda davasından ayrılan nitelikleri göze çarpmaktadır. Bu sebeple yazarlar burada bir eda davası olduğunu kabul etmekle beraber esasında bir yapmama ediminin söz konusu olduğunu ileri srmektedir¹⁴. Çünkü davanın kabul edilmesi ile ortaklık özel denetimin gerçekleŐmesine katılma borcu altına girecektir.

TTK'nın 439. maddesi dilekçe sahiplerinin, kurucuların veya Şirket organlarının kanunu veya esas sözleŐmeyi ihlal ederek, Şirketi veya pay sahiplerini zarara uğrattıklarını, ikna edici bir Şekilde ortaya koymaları halinde özel denetçi atanacağını düzenlemektedir. İhlalin ikna edici bir Şekilde ortaya konulması, ihlalin kesin delillerle ispatlanması Şeklinde anlaŐılmamalıdır. Mahkeme, ilgililerden gelen talep ũzerine bütün maddi ve Őekli Şartların varlığını tetkik ederek kendisine sunulan delillerin “ikna edici” olup

¹³ Erdoğan Moroğlu, Makaleler, Anonim Ortaklıkta zel Denetçi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 82; benzer Şekilde, mer zkan, Türk ve İŐvire Ortaklıklar Hukukunda zel Denetçi Atanması, C: XX, S: II, BATİDER, 1999, s. 33.

¹⁴ Yurtbaşı, s. 225, 226.

olmadığına göre karar verecektir. Başka bir ifade ile “ikna edicilik” unsuruna göre hareket edecek olan mahkeme, yeterli delil ve emarelerin sunulup sunulmamasına göre bir karar verecektir¹⁵. Fakat doktrinde bazı yazarlar bu hükmü eleştirmektedir¹⁶. Esasen ispat şartının yerine getirilmesi oldukça zordur. Şöyle ki, özel denetim hakkı tanınması ile amaçlanan zaten gereken delillere ulaşmaktan aciz olan azınlığın bu delillere ulaşmasını sağlamaktır. Bu sebeple, pay sahiplerinin ortaya koyduğu delil ve emareler açısından büyük bir ispat gücü beklemek söz konusu hükmün ölü doğmasına sebep olacaktır¹⁷. Nitekim İsviçre hukukunda özel denetim konusunda yapılan değişiklik ile özel denetim isteyen kişinin, şirket kurucularının veya organlarının kanuna veya esas sözleşmeye aykırı davrandıklarına ve bu hukuka aykırı davranışın şirkete veya pay sahiplerine zarar verebileceğini inandırıcı şekilde ortaya koymaları yeterli görülmüştür (Art. 697d/3, nOR¹⁸). Yeni düzenlemeyle birlikte artık bir zararın değil; Kanunun veya esas sözleşmenin ihlal edildiğinin ispatı yeterli görülmektedir.¹⁹

IV. MAHKEME KARARININ NİTELİĞİ VE KESİNLEŞMESİ

A. GENEL OLARAK

Mahkeme, şirketi ve talep sahiplerini dinledikten sonra karar verecektir. TTK'nın 440. maddesine göre mahkemenin istemi yerinde görmesi halinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla uzmanı görevlendirmesi gerekir. Anılan maddede ayrıca mahkeme kararının kesin olduğu ifade edilmektedir. TTK'nın gerekçesine bakıldığında özel denetçi kurumuna ilişkin düzenlemelerin kaynağının 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu olduğu fakat, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda esasen İsviçre Borçlar Kanunundan esinlenildiği ifade edilmektedir.²⁰

¹⁵ Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, Türkiye Büyük Millet Meclisi, S: 96, s. 213.

¹⁶ Erdoğan Moroğlu, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 256.

¹⁷ Kaya, s. 80.

¹⁸ Das neue Obligationenrecht.

¹⁹ Bkz. Gericke/Müller/Häusermann/Hagmann, s. 333; Urs Schenker, Die Sonderprüfung-ein schwieriges Instrument, GesKR 2019, s. 31; değişikliğin eleştirisi için bkz. Bruno Tringaniello/ Garry-Philippe Obertin, Vereinfachte Sonderprüfung- Führt die kommende Aktienrechtsrevision zu vermehrten Verantwortlichkeitsklagen? TREX 2015, s. 333.

²⁰ TTK m. 438 gerekçesi.

B. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre Borçlar Kanunu'nda, mahkemenin özel denetçi atamasını düzenleyen ne önceki Art. 697c Obligationenrecht (OR) hükmü ne de Art. 697d nOR hükmü (*Recht auf Einleitung einer Sonderuntersuchung*) mahkemenin verdiği kararın kesin olup olmadığı hakkında bir düzenleme içermektedir. Özel denetim talebinin genel kurul tarafından kabul edildiği ve mahkemeye sadece denetçilerin belirlenmesi için yapılacak başvurunun çekişmesiz yargının konusu olacağı ve bu konuda mahkemece verilecek karara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği görüşü 2007 yılından itibaren terkedilmiştir²¹. Genel kurul tarafından özel denetim talebinin reddi üzerine mahkemeye başvurulması halinde ise bir uyuşmazlığın (çekişmenin) söz konusu olacağı ve verilecek kararın istinaf ve temyizinin de mümkün olduğu 2007 öncesinde de kabul edilmekte idi²². Art. 72 Abs. 1 Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) hükmü özel hukuka ilişkin her tür uyuşmazlığa karşı, mülkiyet hakkı ile ilgili olsun olmasın, çekişmeli veya çekişmesiz olmasına bağlı olmaksızın kanun yollarına gidilmesine imkân tanımaktadır.²³

C. ALMAN HUKUKUNDA

Buna karşılık Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu'nda, özel denetçi atanması hususunu hükme bağlamakta olan § 142 Abs. 6 Aktiengesetz (AktG) hükmü, mahkemenin vereceği karara karşı istinaf yolunun açık olduğunu; temyiz yolunun ise kapalı olduğunu düzenlemektedir.²⁴

D. TÜRK HUKUKUNDA

Türk hukukunda özel denetçinin mahkeme eliyle atanmasını düzenleyen m. 439 ve 440 hükümleri farklı görüşlerin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Bu görüşleri üç grupta ele almak mümkündür.

Bazı müellifler TTK m.440/2 son cümle hükmünün mevcut haliyle yerinde olduğu, yani mahkemenin özel denetim hakkında verdiği kararın kesin olması ve kanun yollarının kapalı olmasının hakkın daha etkili bir şekilde

²¹ Rolf H. Weber, BSK OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 697c, N. 4a.

²² Weber, BSK OR II Art. 697c, N. 4.

²³ Nicolas von Werdt/ Andreas Güngerich, Staempflis Handkommentar (SHK) BGG, 2. Aufl., 2015, Art. 72, N. 7ff.

²⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Mock, BeckOGK AktG § 142 Rn. 240.

kullanılmasına yardımcı olacağı düşüncesindedirler.²⁵

Buna karşılık bazı yazarlar hükmün mevcut haliyle davanın kabulü veya reddi açısından kesin olup olmamasının farklı şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı, ancak yapılacak bir değişiklik ile bunun önünün açılmasının uygun olacağı kanaatindedirler.²⁶

Diğer bir görüş ise mahkeme kararının kesin hüküm teşkil etmesi halinde, mahkemenin özel denetim istemini reddettiği halleri kapsamaması gerektiği yönündedir.²⁷

Yargıtay da eski kanun döneminde verdiği bir kararda, özel denetçi atanmasının kabulüne ilişkin kararların kesin karar olduğunu; fakat redde ilişkin kararların üst mercilerin denetimine açık olduğunu kabul etmiştir²⁸. Bununla birlikte aksi yönde kararları da söz konusudur.

Yargıtay, 6102 sayılı TTK döneminde verdiği kararlarında ise Asliye Ticaret Mahkemesince verilen kararların içeriğinden bağımsız olarak kesin olduğunu ifade etmektedir.²⁹

Bununla birlikte son dönemde verilen bazı kararlarda karşı oy yazılarına da rastlanmaktadır. Bu karşı oy yazılarında mahkeme kararının kesin olmasının sadece mahkemece özel denetim talebinin kabul edilerek özel denetçi atanmasına yönelik kararın verilmesi halini, yani davanın kabulü durumunu kapsadığı ileri sürülmüştür³⁰. Karşı oy yazısında aynen;

²⁵ Özdamar, s. 275;

²⁶ Hasan Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, C: II, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018, s. 1650; Şafak Narbay, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, C. I, İstanbul 2007, s. 321; Yurtbaşı, s. 259, 265; Engin Günay, s. 203.

²⁷ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2019 N. 1017f. *Tekinalp*, aksini kabul etmenin önemli bir pay sahipliği/azlık hakkı olan özel denetim sisteminin reddedilmesi sonucunu doğuracağı kanaatindedir.

²⁸ Yargıtay 11. HD, E: 1980/3183, K: 1980/ 3534, T: 30.06.1980, bkz. Gönen Eriş, Açıklamalı-İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, 2. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2010, s. 2465.

²⁹ Yargıtay, 11 HD, E: 2014/3016, K:2014/9744, T: 27.05.2014. Söz konusu karara konu uyuşmazlıkta ilk derece mahkemesi özel denetim talebini kabul etmiş, şirket kararı temyiz etmiş ve Yargıtay 11. HD. ise temyiz talebini reddetmiştir. Özel denetim talebinin mahkemece reddi üzerine yapılan temyiz başvuruları da yine reddedilmektedir, bkz. Yargıtay, 11 HD, E: 2019/539, K:2019/7422, T: 25.11.2019; Yargıtay, 11 HD, E: 2018/3448, K:2019/7870, T: 05.12.2019.

³⁰ Yargıtay, 11 HD, E: 2019/539, K:2019/7422, T: 25.11.2019.

“Dava, Anonim Şirkette paysahibinin özel denetim istemine ilişkindir. 6102 sayılı TTK 440 maddesinde “mahkemenin, şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını vereceği, mahkemenin istemi yerinde görmesi durumunda, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendireceği, mahkemenin kararının kesin olduğu” düzenlenmiştir. Madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere mahkeme kararının kesin olması, mahkemece özel denetçi atanmasına karar verilmesi, davanın kabulü durumu için düzenlenmiştir. Mahkemece, davanın kabulü dışında bir karar verilmesi halinde kararın kesinliğinden söz edilmesi, T.C. Anayasası’nın 36. maddesinde ifade edilen adil yargılanma ve hukuki güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurabilecektir. Somut uyuşmazlıkta, ilk derece mahkemesince davanın reddine karar verildiğinden, verilen karar niteliği itibari ile temyizi kabil bir karardır. İlk Derece Mahkemesince davanın reddine ilişkin kararın davacı vekilince istinaf edilmesi üzerine Bölge Adliye Mahkemesince 11.10.2018 tarihli kararla, ilk derece mahkemesi kararının kesin olduğundan bahisle istinaf başvurusunun usulden reddine karar verilmesi yukarıda açıklanan yasa hükmüne aykırılık teşkil ettiğinden, Bölge Adliye Mahkemesinin 10.12.2018 tarihli temyiz isteminin reddine ilişkin kararın kaldırılarak, uyuşmazlığın esası incelenmek üzere Bölge Adliye Mahkemesinin 11.10.2018 tarihli kararının bozulması gerekirken, yazılı şekilde Bölge Adliye Mahkemesinin 10.12.2018 tarihli ek kararının onanmasına ilişkin çoğunluk görüşüne karşı olduğu” ifade edilmiştir.

Benzer bir kararla ilgili farklı bir karşı oy yazısında ise, özel denetim talebi ile mahkemeye başvurulduğunda davanın kabulü dışında bir halde mahkeme kararının kesinliğini kabul etmenin, Anayasa’nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma ve hukuki güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir³¹. Söz konusu karşı oy yazısında bu görüş aynen;

“Dava, Anonim Şirkette paysahibinin özel denetim istemine ilişkindir. 6102 sayılı TTK 440 maddesinde “mahkemenin, şirketi ve istem sahiplerini dinledikten sonra kararını vereceği, mahkemenin istemi yerinde görmesi durumunda, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendireceği,

³¹ Yargıtay, 11 HD, E: 2018/3448, K:2019/7870, T: 05.12.2019.

mahkemenin kararının kesin olduğu” düzenlenmiştir. Madde metninde de açıkça ifade edildiği üzere mahkeme kararının kesin olması, mahkemece özel denetçi atanmasına karar verilmesi, davanın kabulü durumu için düzenlenmiştir. Mahkemece, davanın kabulü dışında bir karar verilmesi halinde kararın kesinliğinden söz edilmesi, T.C. Anayasası'nın 36. maddesinde ifade edilen adil yargılanma ve hukuki güvenlik hakkının ihlali sonucunu doğurabilecektir. Somut uyuşmazlıkta, yerel mahkemece davanın kabulüne karar verilmediğinden, verilen karar niteliği itibari ile temyizi kabil bir karardır.

Açıklanan nedenle, davacı vekilinin karar düzeltme isteminin kabulü ile Dairenin Temyiz İsteminin Reddine ilişkin 04.04.2018 tarihli kararının kaldırılarak davacının temyiz isteminin incelenmesi gerekirken yazılı şekilde karar düzeltme isteminin reddine ilişkin çoğunluk görüşüne karşıyız”

şeklinde ifade edilmiştir.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Özel denetim isteme hakkının amacı ortakların belirli olaylar hakkında bilgilenmesine imkân vererek pay sahipliği haklarını daha bilinçli bir şekilde kullanmalarını sağlamaktır. Kanun koyucu da bu hakkın kullanılması için birtakım maddi şartlar belirleyerek, bilgi alma ve inceleme hakkı kullanılmış olmasına rağmen anlaşılır olmayan ve konusu belirli olan hususların aydınlatılması amacını taşıyan sınırlı bir denetim faaliyeti öngörmüştür. Dolayısıyla özel denetim, sınırlı olarak bazı somut olayların aydınlatılmasına yönelik olup kapsamlı bir incelemenin yapılması amacına hizmet etmez. Bu sebeple özel denetçi atanması durumunda şirketin ya da diğer ortakların menfaatlerinin zedelenmesi söz konusu olmayacaktır. Başka bir ifade ile özel denetim talep eden azınlık pay sahiplerinin karşısında korunmakta olan değer bulunmamaktadır. Dolayısıyla önemli bir azınlık hakkı olan özel denetim isteme hakkına ilişkin Asliye ticaret mahkemesi kararının özellikle olumsuz olması halinde, azınlık hakkı etkisizleşecektir.

Özel denetim isteme hakkının genel kurul tarafından reddedilmesi üzerine azınlık pay sahiplerinin açtığı dava sonucunda mahkemenin de bu talebi reddetmesi halinde başvurabilecek bir başka merci bulunmamaktadır. Uygulamada sıklıkla pay sahiplerinin bilgi alma ve inceleme hakkının yönetim kurulu tarafından, talep edilen bilgilerin şirket sırrı niteliği taşıdığı

gerekçesiyle reddedildiği görülmektedir³². Bu nedenle haklarını bilinçli bir şekilde kullanmak isteyen pay sahipleri açısından hukuka aykırı işlem veya kararların tespit edilmesi ve bunların varlığını ortaya koyan deliller toplayarak sorumluluk davası açması olanağını tanıyan özel denetim kurumu oldukça büyük bir önem taşımaktadır. Genel kurul tarafından özel denetçi atanması talepleri reddedilen azınlık pay sahiplerinin mahkeme tarafından da bu taleplerinin reddedilmesi halinde başvurabilecekleri bir mekanizma bulunmaması, azınlık pay sahiplerinin menfaatlerini zedelemektedir.

Mahkemenin özel denetçi atanması talebini reddetmesi halinde kanun yollarına başvurulması imkanının TTK m.440/2 hükmü ile ortadan kaldırıldığı şeklindeki görüşe aşağıdaki gerekçelerle katılamıyoruz. TTK m. 440/2 hükmü aynen “*Mahkeme istemi yerinde görürse, istem çerçevesinde inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirir. Mahkemenin kararı kesindir*” şeklindedir. Hükmün ifadesinin farklı şekillerde yorumlamaya yol açacak mahiyette olduğu ileri sürülse³³ de yakından incelendiğinde esasen çok da yoruma açık olmadığı görülmektedir. Zira mahkeme, özel denetim istemini yerinde görürse, inceleme konusunu belirleyerek bir veya birden fazla bağımsız uzmanı görevlendirecektir. Burada sadece mahkemenin talebi uygun bulması hali düzenlenmiş; kararın kesin olduğuna da işaret edilmiştir. Kanun koyucu, özel denetçi atanması halinde sürecin kesintiye uğramasını ve işin gecikmesini istemediği, bu kararın şirket açısından somut bir hak kaybı yaratması da söz konusu olmadığı için bu şekilde bir düzenleme yapmıştır³⁴. Her ne kadar bu hükmün “mahkemenin istemi yerinde görmemesi halinde uzman görevlendirmeyeceği, yani istemi reddedeceği” ve yine bu kararın da kesin olduğu şeklinde yorumlanabileceği akla gelebilirse de kararın kesinliğine ilişkin son cümlelerin genişletici şekilde yorumlanması doğru olmayacaktır. Gerçekten de TTK m. 439 hükmünde düzenlenen özel denetim istemi, HMK m. 382 anlamında çekişmesiz yargı işlerinden olmadığından ve HMK m. 341 hükmü de ilk derece mahkemelerinin nihai kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulmasına, m. 361 ve 362 hükümleri de temyiz yoluna başvurulmasına cevaz verdiğiinden, diğer bir ifadeyle aksine düzenleme yoksa kanun yollarına başvurulmasının genel kural olduğundan hareketle esasen Anayasanın 2, 36 ve 40. maddeleri gereğince hak arama özgürlüğünün de bir gereği olarak, kanun yollarına başvurulması mümkündür.

³² Güven, s. 139.

³³ Yurtbaşı, s. 259.

³⁴ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, N. 1017f.

Kanun koyucu sadece mahkemenin özel denetçi talebini kabul etmesi halini düzenleyerek kararın kesin olacağını hükme bağlamış ve mahkemenin talebi reddetmesi hali için bir hüküm sevk etmemiştir. HMK m. 341, 361, 362 ve 382 hükümleri bir arada değerlendirildiğinde, çekişmeli yargı işlerinde kanun yollarına başvurulmasının esas olduğu; yasaklamanın yani kanun yollarının kapalı olmasının istisna olduğu ve istisna hükümlerinin yorum yoluyla genişletilmesinin ise Anayasanın 2, 36 ve 40. maddelerinde yer alan hak arama özgürlüğüne ilişkin düzenlemelere aykırı olacağı gerekçesiyle mahkemenin özel denetçi atanması isteminin reddine ilişkin kararlarına karşı kanun yollarına başvurulabileceği kanaatindeyiz.

Doktrindeki ve uygulamadaki görüş farklılıklarının ortadan kaldırılması için TTK'nın 440'inci maddesi 2'nci fıkrası son cümlesi değiştirilerek mahkemenin özel denetim talebini kabul kararları ile sınırlı olarak kesinliğine, ret kararlarına karşı en azından istinaf yolunun açık olduğuna ilişkin düzenleme yapılmalıdır. Böylece mehaz Alman ve İsviçre hukuklarıyla da uyum sağlanmış; azınlık pay sahiplerinin hakları tartışmasız bir korumaya kavuşmuş olur.

KAYNAKÇA

- Altaş S.; Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Şirketler, 9. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arslan R./ Yılmaz E./ Taşpınar Ayvaz S./ Hanağası E.; Medeni Usul Hukuku, 5. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Ayhan R./Çağlar H./Özdamar M.; Şirketler Hukuku, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2020.
- Domaniç H.; Anonim Şirketler Hukuku Uygulaması, Türk Ticaret Kanunu Şerhi, C. II, İstanbul, Temel Yayınları, 1988.
- Engin Günay G.; Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Güven Ş.; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim, Çankaya Üniversitesi Hukuk Dergisi, C. VII, S. II, 2011, s. 133-175.

Kaya A.; zel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi, BATİDER, C. XXXI, S: I, 2015, s. 61-83.

Mock; BeckOGK, AktG § 142.

Moroğlu E.; Makaleler, Anonim Ortaklıkta zel Denetçi, 1. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 69-86.

Moroğlu E.; 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve neriler, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Narbay Ő.; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta zel Denetim Yapılması Şartları ve zel Denetçinin Atanması Usulü, Prof. Dr. Hüseyin lgen'e Armağan, C.I, İstanbul 2007, s. 287-327.

zdamar M.; Anonim Şirketlerde zel Denetim/ULUSOY Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azımlık Pay Sahibi Hakları, 2. Baskı, Ankara, Bilgi Yayınevi, 2016 s. 259-290.

zkan .; Türk ve İsviçre Ortaklıklar Hukukunda zel Denetçi Atanması, BATİDER, C. XX, S: II, 1999, s. 27-49.

Paslı A.; Anonim Ortaklıklarda zel Denetçi Tayini, Bilgi Toplumunda Hukuk nal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, Beta Yayınları, 2003.

Pulaşlı H.; Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2018.

Poroy R./ Tekinalp ./amoğlu E.; Ortaklıklar Hukuku II, 14. Baskı, İstanbul Vedat Kitapçılık, 2019.

Schenker U.; Die Sonderprüfung-ein schwieriges Instrument, GesKR 2019, s. 18-36.

Tringaniello B./Obertin G.P.; Vereinfachte Sonderprüfung-Führt die kommende Aktienrechtsrevision zu vermehrten Verantwortlichkeitsklagen? TREX 2015, s. 332ff.

Weber R. H.; BSK OR II, 5. Aufl., Basel 2016, Art. 697c.

von Werdt N./Güngerich A.; Staempflis Handkommentar (SHK) BGG, 2. Aufl., 2015, Art. 72,

Yurtbaşı F.; Anonim Ortaklıklarda zel Denetim, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.

