

ÖZEL DENETİMİN KONUSU

Topics of Special Audit

Arş. Gör. Kağan TURAN*

Geliş Tarihi: 20.02.2020 Kabul Tarihi: 03.04.2020

ÖZET

Özel denetim istenecek konular ETK’da tahdidi olarak sayılmıştır. TTK sisteminde ise, Kanun koyucu hangi olayların ve konuların özel denetimi kapsayacağı noktasında sessiz kalmıştır. Kanun özel denetimin yapılacağı konularda sessiz kalmasına karşın, bu hususta çok önemli bir ilke koymuştur: Belirlilik İlkesi. Belirlilik ile belli türde, nitelikte ve önemde olay kastedilmemekte; “belirli” kavramı ile olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan konular ifade edilmektedir. İlke, taşıdığı soyutluk sebebiyle uygulamada farklı yorumlanarak problemlere yol açabilecektir. Özel denetim konusunun çok geniş olması, pay sahiplerine şirketin gözetici veya denetleyici bir organı olma kapısını açabilir; dar olmasıysa, istenilen bilgilere erişilememesine yol açarak özel denetimin amacını ortadan kaldıracaktır. Bu nedenle, özel denetimin konusu belirlenirken hassas bir çalışma yapılması zorunludur.

Anahtar Sözcükler: Özel Denetim, Özel Denetçi, Özel Denetimin Konusu, Belirlilik İlkesi.

ABSTRACT

The subjects to be asked for a special audit were counted as the Turkish Commercial Code Numbered 6762. In the new (Turkish Commercial Code Numbered 6102) system, the legislator has remained silent on the basis of which events and issues will involve special audit. Despite the fact that the law remains silent on topics of special inspection, it has adopted a very important principle in this respect: Principle of Certainty. Certain types, qualifications and important events are not meant by certainty. Certainty refers to subjects that are identifiable in the context of the event and whose content and boundaries are specific and which are not of general nature. The fact that the issue of special audit is very wide can open the door for shareholders to be a supervisor or auditing body of the company. The narrowness of topics of special audit, may lead to the access to the desired information and eliminate the purpose of the specific audit. Therefore, a delicate assessment is mandatory when determining the subject of the specific audit.

Keywords: Special Audit, Special Auditor, Topics of Special Audit, Principle of Certainty, Special Audit’s Report.

* Trabzon Üniversitesi Hukuk Fakültesi, e-posta: av.kagan.turan@gmail.com, ORCID ID:0000-0002-7698-9316.

GİRİŞ

Anonim ve limited şirketlerde kural olarak pay sahiplerinin yönetime katılma yetkisi bulunmamaktadır. Pay sahipleri çoğu zaman şirket işleyişi hakkında yalnızca genel kurul toplantılarında ve kendilerine sunulan finansal tablolar çerçevesinde bilgi sahibi olurlar¹. Buna karşın, şirketin işlerinin sağlıklı şekilde yürütülmesinde en fazla menfaati olanlar da yine pay sahipleridir². Dolayısıyla şirket işlerinin kanun ve esas sözleşme hükümlerine uygun şekilde yürütülüp yürütülmediği ve özellikle pay sahiplerinin menfaatlerinin korunup korunmadığının tespiti büyük önem taşır³. İşte, özel denetim kurumu, ortaklık sırları bakımından pay sahiplerinin menfaatleri ile ortaklık menfaati arasında köprü kurarak hayati bir işlev üstlenir⁴.

Özel denetim talebinde bulunmanın ana gayesi, pay sahiplerini şirketle ilgili belirli olaylar hakkında daha iyi bilgilendirmek ve böylece pay sahipliği haklarının genel kurulda daha anlamlı ve bilinçli şekilde kullanılmasını temin etmektir⁵. Özel denetim, pay sahipleri ve özellikle de azlık bakımından net olmayan belirsiz bir olgunun, olayın, konunun, durumun aydınlatılmasını sağlar⁶. Özel denetim faaliyeti, anonim ve limited şirkette pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının etki alanını genişletmiş olup her iki kurum da temelde aynı amaca hizmet eder⁷. Özel denetim bu yönüyle “bilgi alma

¹ Moroğlu, Erdoğan; “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, İÜHFİM, C. 42, Sa. 1-4, Y. 1976, ss. 341-358, s. 342; Topsoy, Fevzi; “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteme Hakkı”, Erol Ulusoy (edt.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, 2. Bası, Ankara 2016, s. 291-337, s. 291; Kaya, Arslan; “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, *BATİDER*, C. 31, Sa. 1, Y. 2015, ss. 61-83, s. 62-64; Kocabıyık, Sami; *Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu*, Ankara 2018, s. 27-28.

² Topsoy, s. 291; Kocabıyık, s. 27-28. Pay sahipleri ekonomik anlamda şirketin sahibi ve aynı zamanda şirketin finansmanını sağlayan kişiler olduğundan, koydukları sermayenin nasıl yönetildiğini ve akıbetinin ne olduğunu şirket yöneticilerinden öğrenme hakları bulunmaktadır, bkz. Pulaşlı, Hasan; “İsviçre Federal Mahkemesinin Yeni Kararları Işığında Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Özel Denetçi Atama İsteminin Değerlendirilmesi” *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, C. XXIX, Ankara 2015, s. 13.

³ Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal/Çamoğlu, Ersin; *Ortaklıklar Hukuku*, C.I, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 455; Arı, Zekeriyya; *Anonim Şirketlerin Denetimi*, Bursa 2019, s. 53; Uçar Bulut, Gülnur Ceren; *Anonim Şirketlerde Özel Denetim*, Ankara 2018, s. 17.

⁴ Yurtbaşı, Fatih; *Anonim Ortaklıklarda Özel Denetim*, İstanbul 2020, s. 55.

⁵ Narbay, Şafak; *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim*, İstanbul 2010, s. 33; Pulaşlı, Hasan; *Şirketler Hukuku Şerhi*, C. II, 3. Bası, Ankara 2018, s. 1629; Uçar Bulut, s. 17; Gencer, Hakan; *Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları*, Ankara 2019, s. 92; Yurtbaşı, s. 1-2.

⁶ Narbay, Özel Denetim, s. 33.

⁷ Bilgi alma ve inceleme hakkında amacın aydınlanma, özel denetimde ise amacın denetim olduğu yönünde bkz. Dolu, Ali Murat; *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı*, İstanbul 2017, s. 232.

hakkının uzatılmış kolu” (der verlängerter Arm des Auskunftsrechts) olarak isimlendirilmektedir⁸.

TTK’nın öngördüğü sistemde özel denetim, pay sahipliği hakkının ayrılmaz bir parçası olarak bağımsız ve vazgeçilmez nitelikte bireysel bir haktır⁹. Özel denetime ilişkin hükümler nispi emredici nitelikte olduğundan, özel denetim isteme hakkının kullanımı esas sözleşme veya genel kurul kararı ile güçleştirilemez veya ortadan kaldırılamaz; ancak kolaylaştırılabilir¹⁰. Özel denetim, şartları iyileştiren ve kendisine etkili sonuçlar bağlanan bir hak olarak paya bağlı yönetsel hakları daha bilinçli ve anlamlı şekilde kullanmaya hizmet eder¹¹. 6335 sayılı Kanunla¹² işlem denetçisinin kaldırılmış olması karşısında, özel denetim hükümlerinin pay sahiplerinin daha çok başvurmayı düşünecekleri bir hak olarak ortaya çıkacağı tahmin edilmektedir¹³.

Davaya bakan hâkim dilekçe sahiplerinin taleplerine olumlu yaklaşır ve özel denetçi atanmasına karar verirse, henüz özel denetimi gerçekleştirecek bağımsız uzman kişi veya kişileri tayin etmeden istem çerçevesinde özel denetimin konusunu da belirlemelidir¹⁴. Zira seçilecek kişi veya kişilerin hangi uzmanlık alanına vakıf olması gerektikleri, özel denetimin içerik olarak tarifine ve kapsamına bağlı olacaktır¹⁵. Konu sınırlaması, özel denetçinin inceleyeceği alanların çerçevesini de çizeceğinden önemlidir¹⁶. Bu konunun çok geniş olması, pay sahiplerine şirketin gözetici veya denetleyici bir organı olma kapısını açabilir; dar olmasıysa, istenilen bilgilere erişilememesine yol açarak özel denetimin amacını ortadan kaldırabilir¹⁷. Özel denetçi bu konuların sınırlarını genişletirken çok dikkatli davranmalıdır.

⁸ Çelik, Aydın; “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul 2006, ss. 77-115, s. 85; Narbay, Özel Denetim, s. 33; Wehner, Markus; *Die Sonderprüfung bei Kapitalgesellschaften*, Wien 2011, s. 39; Uçar Bulut, s. 17.

⁹ Narbay, Özel Denetim, s. 40; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-I*, s. 613; Şener, Oruç Hami; *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı*, 4. Bası, Ankara 2019, s. 523; Güven, Şirin; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”, Çankaya Üniversitesi Journal of Law, C. 8, Sa. 2, Y. 2011, ss. 134-175, s. 136; Değirmencioglu Aydın, Nihan; *Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı*, İstanbul 2015, s. 17; Gencer, s. 92; Yurtbaşı, s. 28.

¹⁰ Narbay, Özel Denetim, s. 40; Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-I*, s. 613; Şener, s. 523; Değirmencioglu Aydın, s. 15; Paslı, Ali; “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, (Bilgi Toplumunda Hukuk), C. I, İstanbul 2003, ss. 612-640, s. 615

¹¹ Kaya, “Özel Denetim”, s. 62.

¹² “Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”. (R.G. 30.06.2012 T., 28339 Sa.).

¹³ Korkut Özkorkut, *Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim*, Ankara 2013, s. 25.

¹⁴ Narbay, Özel Denetim, s. 119; Uçar Bulut, s. 130.

¹⁵ Narbay, Özel Denetim, s. 119.

¹⁶ Wehner, s. 174.

¹⁷ Narbay, Özel Denetim, s. 71-72; Wehner, s. 174.

Özel denetim istenecek konular ETK’da (m. 348) tahdidi olarak sayılmıştı. TTK sisteminde ise, Kanun koyucu hangi olayların ve konuların özel denetimi kapsayacağı noktasında sessiz kalmıştır. Kanunda belirli bir sınırlama yapılmayarak hakkın işlevsiz kılınmasının önüne geçilmesi yerinde olmuştur. Bununla birlikte, özel denetimin hangi konulara ilişkin yapılabileceği hususu yoruma muhtaç kalmaktadır. Ayrıca öğretilde, belirlilik kriterinin taşıdığı soyutluk sebebiyle, özel denetimin uygulamada farklı yorumlanarak problemlere yol açabileceği ifade edilmektedir¹⁸.

İşte, çalışmamız tam da bu noktaya odaklanarak özel denetimin konusunun nelerden oluşabileceği ve sınırlarının nasıl tespit edilebileceği üzerine yoğunlaşmaktadır. Bu endişeyle, öncelikle özel denetim kurumunun amacı ve bağımsız denetimden farkları ortaya konularak özel denetimin konusu bağımsız denetimden ayrıştırılacaktır. Daha sonra, özel denetim konularının sınırlarını tespit edebilmek adına, özel denetimin şartları ele alınacaktır. Zira özel denetimin şartları, özel denetim konusunun doğal sınırlarını oluşturacaktır. Nihai olarak da esas meselemiz olan özel denetim konusu üzerinde durulacaktır. Özel denetimin hangi konulardan oluşabileceğini somutlaştırabilmek adına, öğretilde ortaya konulan görüşlerin yanı sıra Türk ve İsviçre Mahkemelerinin özel denetim konusuna yönelik verdikleri kararlar incelenecektir. TTK m. 635 atfı ile anonim şirketlerde özel denetime ilişkin hükümler limited şirkete de uygulanacağından, çalışmada ele aldığımız hususlar limited şirketler bakımından da geçerli olacaktır. Şirketler topluluğunda özel denetime ilişkin düzenlemeler (TTK m. 207, m. 406) anonim ve limited şirketlere nazaran ayrık kriterler getirdiği ve ancak müstakil bir çalışmada ele alınması gerekecek hacimde olduğundan, çalışmamızın kapsamına alınmamıştır.

I. BAĞIMSIZ DENETİMİN KONUSU

6102 sayılı TTK, Kanunen zorunlu olan bağımsız (olağan) denetimin yanında, belirli hususların denetlenmesi ve tespiti amacıyla özel denetim imkânı tanımaktadır. Burada akla “*anonim şirkette bağımsız bir denetim mekanizması varken özel denetime ihtiyaç olup olmadığı*” sorusu gelebilir. Gerçekten de bağımsız denetim, şirketin iş ve işleyişini denetleyerek, dönemsel olarak sunulan raporlar aracılığıyla, ortakların bilgilendirilmesine hizmet etmektedir¹⁹. Buna karşın, bağımsız denetimdeki asıl amaç, yasalar ve genel kabul görmüş muhasebe ilkelerinin işletme faaliyetlerinin yapılması sırasında dikkate alınp

¹⁸ Narbay, Özel Denetim, s. 72; Değirmencioğlu Aydın, s. 36.

¹⁹ Arı, Ahmet; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Özel Denetim”, *Legal Hukuk Dergisi*, C.9, Sa. 100, Y. 2011, ss. 1413-1442, s. 1413; Manavgat, Çağlar; “Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı”, *BATİDER*, C. XXX, Sa. 3, Y. 2014, ss. 41-61, s. 44; Özdamar, Mehmet; “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, Erol Ulusoy (edt.), *Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları*, 2. Bası, Ankara 2016, ss. 259-290, s. 261; Uçar Bulut, s. 51.

alınmadığının tespit edilmesi ve bunun açıklanmasıdır²⁰. Özel denetim ise, belirli olayların aydınlatılması ve bilgisel anlaşmazlıkların çözümü amacıyla yönelik olarak özel denetçiler tarafından yapılan denetim faaliyetidir²¹. Zaten özel denetim teknik anlamıyla bir denetim faaliyeti olmaktan çok, ortakların bilgi alma hakkına hizmet eden bir kurumdur. Ancak, aydınlanma hakkı pay sahiplerine şirketin gidişatı hakkındaki bilgileri sunduğundan, dolaylı yoldan denetime de katkıda bulunur²².

Bağımsız denetim, standart nitelikte ve ağırlıklı olarak muhasebe ve hukuk bilgisini gerektiren hususları içermektedir ve kural olarak “*mali denetimi*” (hesap/muhasebe denetimi) kapsamaktadır²³. TTK’nın 397. ilâ 406. maddeleri arasında düzenlenen bağımsız denetimin konusu, şirketin finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu ve envanter dâhil olmak üzere tüm muhasebenin denetimi (TTK m. 397-398) ve risklerin erken teşhisi sisteminin varlığının ve işleyişinin denetimi (TTK m. 398/4) ile sınırlı olup, pay sahiplerini çoğunluk karşısında koruyacak denetimi kapsamamaktadır²⁴. Özel denetim ise, anonim ortaklığı ilgilendiren bütün maddi sorunlar hakkında ve hatta anonim şirketin hesap işleriyle bağlantılı alanları da kapsamak suretiyle, farklı şekil ve içeriği barındıran geniş bir yelpaze içerisinde olabilir²⁵. Özel denetçi atanması talebi, açık ve anlaşılır olmayan belirli konulara yönelik olup kapsamlı bir bilanço incelemesi değildir²⁶. Bağımsız denetimden temel farkı da budur. Yoksa onun bir tekrarı niteliğinde değildir²⁷.

Bağımsız denetçiler kanun tarafından belirlenmiş konularda (muhasebe, bilanço vs.) ve düzenli olarak denetim yaparken; özel denetçi/denetçiler

²⁰ Özkorkut, s. 213-214; Bahtiyar, Mehmet; *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul 2019, s. 249-250; Toroslu, Mahmut Vefa; *Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim*, Ankara 2015, s. 3; Kocabıyık, s. 92.

²¹ Bahtiyar, s. 263; Özdamar, s. 261; Arı, Zekerriya, *Denetim*, s. 53; Gencer, s. 92; Akbay, s. 647.

²² Kaya, Arslan; *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Ankara 2001, s. 29-30; Dolu, s. 233; Uçar Bulut, s. 17.

²³ Altay, Sıtkı Anlam; “Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi”, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan)*, C. 2, Sa.1, Y. 2010, ss. 963-989, s. 968; Topçuoğlu, *Bağımsız Denetçi*, s. 15; Manavgat, s. 44; Kocabıyık, s. 27-28.

²⁴ Topçuoğlu, *Bağımsız Denetçi*, s. 39-40; Özkorkut, s. 214; Arı, Zekerriya, *Denetim*, s. 59; Değirmencioğlu Aydın, s. 2; Güven, s. 140.

²⁵ Narbay, *Özel Denetim*, s. 21-22; Altaş, Soner; *Şirket Denetimi (Bağımsız Denetçi, Denetçi ve Özel Denetçi)*, Ankara 2015, s. 271; Schmidt-Pachinger, Sabine; *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 3: §§ 118-178*, Goette, Wulff/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (edt.), 4. Auflage, München 2018, s. 885; Şener, s. 523.

²⁶ Narbay, *Özel Denetim*, s. 38; Kendigelen, Abuzer; *Hukukî Mütalâalar*, Cilt: XIII, İstanbul 2013, s. 333; Gencer, s. 94; Uçar Bulut, s. 51.

²⁷ Özkan, Ömer; “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, *BATİDER*, C. XX, Sa. 2, Y.1999, ss. 27-49, s. 37; Narbay, *Özel Denetim*, s. 38; Wehner, s. 170.

sınırları pay sahiplerinin sorduğu sorularla çizilmiş belirli konularda düzenli olmayan bir denetim yapar²⁸. Faaliyetini Türkiye Denetim Standartları'na (bağımsız denetim standartlarına) uygun olarak yürütmekle yükümlü olan bağımsız denetçi, esas itibarıyla şirket tarafından üç kıstasın yerine getirilip getirilmediğini sınar: Finansal tabloların Türkiye Muhasebe Standartları'na ve gerçeğe uyumluluğu, yıllık faaliyet raporunda yer alan finansal bilgilerin gerçeğe uygunluğu ve finansal tablolarla tutarlılığı (TTK. m. 397/1)²⁹. Özel denetim, sadece muhasebe kayıtlarıyla sınırlı bir inceleme yapmaz. Kendisine tevdi edilen görevle ilgili diğer belge ve olayları da inceleyebilir. Buna karşın, özel denetçinin inceleme konusunu, tüm muhasebe kayıtları değil, yalnızca hedefte olan “*kritik*” tartışmalı bölümü oluşturmaktadır³⁰. Bağımsız denetimde, özel denetimde olduğu gibi şirket yönetiminin amaçlarının veya faaliyetlerinin uygunluğu, yapılacak olan denetimin kapsamında değildir³¹.

Bağımsız denetim, bağımsız denetime tabi şirketler açısından zorunlu olup, bu yükümlülüğün yerine getirilmesine ve getirilmemesine birtakım hukuki sonuçlar bağlanmıştır. Bağımsız denetim, her yıl tekrarlanması gereken bir denetim müessesesi olarak “*sürekliliği*” ve “*zorunluluğu*” bünyesinde barındırır. Özel denetimse, bilgi alma ve inceleme hakkından yeterince yararlanamamış pay sahibinin harekete geçmesiyle ortaya çıkan “*ihtiyari*” bir kurumdur.

Bağımsız denetimde, standartları belirlenmiş olan bağımsız denetim teknikleri kullanılarak şirket mali kayıt ve belgeleri üzerinden denetlenme yapıldıktan sonra, ilgili sonuçlar raporlanır. Bu raporlar aracılığı ile finansal tabloların doğruluğu ya da hataları saptanır³². TTK m. 397/2 uyarınca, denetime tabi olan şirketler, hazırlanmış olan finansal tablolarının denetimden geçip geçmediğini, denetimden geçmiş ise denetçi görüşünü ilgili finansal tablonun başlığında açıkça belirtmek zorundadır. Bu hüküm, yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu için de uygulanır (TTK m. 397/2, c. 2). Denetime tâbi olduğu hâlde, denetletirilmemiş finansal tablolar ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, düzenlenmemiş hükmündedir (TTK m. 397/2, c. 3). Böylece, finansal tablolar gereken ölçütlere uyumlu olmadığı için hukuki işlemlere esas olamayacağı gibi genel kurulun müstakbel mali kararlarına zemin oluşturmayacaktır³³.

Denetçi, denetimin sonucunu görüş yazısında açıklar. Bu yazı, Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'nun belirlediği esaslar çerçevesinde, denetimin konusu, türü, niteliği ve kapsamı yanında denetçinin

²⁸ Özkorkut, s. 30-33; Güven, s. 141, Özdamar, s. 261; Kocabıyık, s. 31-32.

²⁹ Özkorkut, s. 214; Altay, “Bağımsız Denetim”, s. 968; Uçar Bulut, s. 51; Kocabıyık, s. 100-104.

³⁰ Narbay, s. 71; Kendigelen, s. 168; Güven, s. 140.

³¹ Kocabıyık, s. 100-101.

³² Manavgat, s. 49.

³³ Altay, “Bağımsız Denetim”, s. 965.

değerlendirmelerini de içerir (TTK m. 403/1). Olumsuz görüş yazılan hâllerde yönetim kurulu, görüş yazısının kendisine teslimi tarihinden itibaren dört iş günü içinde, genel kurulu toplantıya çağırır ve genel kurul yeni bir yönetim kurulu seçer (TTK m. 403/5).

Özel denetçinin ana görevi, kendisini atayan mahkeme tarafından sınırları çizilmiş belirli konularda inceleme yaparak rapor hazırlamak ve bu raporu duruma göre genel kurula veya mahkemeye sunmaktır³⁴. Özel denetim raporu, tartışmalı konulara karşı pay sahiplerinin somut ve doğru bir karara ulaşmasını sağlayan açıklayıcı bir rapordur³⁵. Özel denetçinin hazırlayacağı rapor, sonraki aşamada yönetici ve denetçilerin sorumluluğuna gidilmesine dayanak teşkil edecektir³⁶. Bu rapor sorumluluk davası açılabilmesinin ön şartı olmamakla birlikte, özel denetim raporunda bir takım usulsüzlüklerden bahsedilmesi, davanın daha kolay ilerlemesine yardımcı olur³⁷. Benzer şekilde, özel denetim raporu ortağın açacağı şirketin haklı sebeple feshi davasına da dayanak teşkil edebilir³⁸.

Bağımsız denetçi ile finansal tablolara gereksinim duyan menfaat sahipleri arasındaki iletişimi sağlayan en önemli araç bağımsız denetim raporudur³⁹. Denetim raporu, denetçinin yönetim kurulundan bağımsız ve uzman bir görüşle genel kurulun denetim konusu hakkında bilgilendirme yapılmasını amaçlar⁴⁰. Bağımsız denetçi, denetim raporunda şirketin içinde bulunduğu finansal durumun şirket hesaplarına ve muhasebe standartlarına uygunluğu hususundaki görüş ve bulgularını menfaat sahibi kişilere açıklamaktadır⁴¹.

II. ÖZEL DENETİME BAŞVURUNUN ŞARTLARI ÇERÇEVESİNDE ÖZEL DENETİMİN KONUSUNUN TESPİTİ

Anonim şirket pay sahibinin şirkete ilişkin elde ettiği bazı bilgileri kendi veya başkaları menfaatine ve şirket aleyhine kullanmayacağını garanti etmek mümkün değildir⁴². Kanun koyucunun anonim şirket pay sahibini sınırlı

³⁴ Moroğlu, Özel Denetçi, s. 355.

³⁵ Narbay, Özel Denetim, s. 69.

³⁶ Özkan, s. 39; Narbay, s. 304; Pulaşlı, Şerh, s. 1250; Özdamar, s. 261; Akbay, Direnç; "Ortaklıklarda Özel Denetimin Konusu", *DEÜHFD*, C. 21, Y. 2019, Sa. 2, ss. 629-660, s. 641.

³⁷ Pulaşlı, Şerh, s. 1629; Özdamar, s. 261; Gencer, s. 93.

³⁸ Altay, Sıtkı Anlam: "Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. II, Sa. 2, Y. 2013, ss. 55-76, s. 67; Akbay, s. 641.

³⁹ Toroslu, s. 397; Kocabıyık, s. 93.

⁴⁰ Arı, Zekerrıya, *Denetim*, s. 101-102; Kocabıyık, s. 93.

⁴¹ Metin Topçuoğlu, *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre İşlem Denetçisi ve Sorumluluğu (Niteliği, Görevleri, İşlem Denetçisi ve Denetçinin Sorumluluğu)*, Ankara 2011, s. 41-42; Kocabıyık, s. 94.

⁴² Karasu, Rauf; "Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı", *BATİDER*, C. XXIII, Sa. 2, Y. 2005, ss. 71-114, s. 90; Gürbüz Usluel, Aslı E., *Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması*, İstanbul 2009, s. 170.

sorumlu olarak belirlemesi ve rekabet yasağı getirmemiş olması bunun en önemli göstergesidir⁴³. Anonim şirketin belgelerinin incelenmesiyle özellikle şirketin pazar durumu, fiyat politikası, arge çalışmaları gibi alanlarda pay sahibi tarafın elde edilecek bilgiler, kendisi veya üçüncü kişiler tarafından kullanıldığında şirketin sonunu getirebilir. Dolayısıyla pay sahibinin, yatırımlarını değerlendirmek amacıyla şirketin işleyiş ve faaliyetleri hakkında bilgi alması ile şirketin korunmaya değer menfaatleri arasındaki dengenin şirket aleyhine olduğu bir gerçektir⁴⁴.

Hâl böyle olunca, anonim şirkette pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkının sınırsız bir serbestiyi ihtiva etmemesi hakkaniyet gereği olacaktır. Nitekim TTK m. 437/3 hükmü de *“bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir”* şeklindeki düzenlemesiyle bu durumu Kanuni düzeyde kayıt altına almıştır⁴⁵. Öte yandan, 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. Oysa haklarını bilinçli bir şekilde kullanabilmeleri için gerekli bilgileri alamayan pay sahipleri de denetim yapma imkânından yoksun kalırlar. Görüldüğü üzere anonim şirketlerde (ve limited şirketlerde) pay sahibinin bilgi alma hakkı ile şirketin gizliliğinin korunması arasında bir çıkar çatışması bulunmaktadır⁴⁶.

Özel denetim talebinin kötüye kullanılması ve şirkete zarar vermesi tehlikesinin azaltılması amacıyla, pay sahibinin bu öneriyi yapabilmesi bazı maddi ve şekli şartların varlığına bağlanmıştır. Özel denetim konusunun muhtevasını belirleyebilmek için, özel denetim talebinde aranan şartların irdelenmesi gerekir. Zira özel denetim talep edilemeyecek hâller, özel denetimin konusunun doğal sınırlarını oluşturacaktır. Özel denetimin konusunu tayin eden şartlara, TTK m. 438/1’den hareketle ulaşılmaktadır. TTK m. 438/1 uyarınca, 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.

⁴³ Karasu, s. 90; Gürbüz Usluel, s. 170.

⁴⁴ Gürbüz Usluel, s. 170.

⁴⁵ Limited şirketler bakımından da benzer bir düzenleme TTK m. 614/2’de yer almaktadır: *“Ortağın, elde ettiği bilgileri şirketin zararına olacak şekilde kullanması tehlikesi varsa, müdürler, bilgi alınmasını ve incelemeyi gerekli ölçüde engelleyebilir; bu konuda ortağın başvurusu üzerine genel kurul karar verir”*.

⁴⁶ Özkan, s. 27.

TTK m. 438’de yer alan koşullar, konu bakımından özel denetimin en dış sınırını oluşturmaktadır⁴⁷. Bu doğrultuda ikincillik, gereklilik ve belirlilik olmak üzere üç koşul özel denetimin konusunun çerçevesini oluşturması bakımından ön plana çıkar⁴⁸.

A. Özel Denetime Başvurmanın Ön Şartı: Bilgi Alma ve İnceleme Hakkının Kullanılmış Olması

Özel denetim isteminin ön şartı, özel denetim istenen konuda, bilgi alma veya inceleme hakkının kullanılmış olmasıdır⁴⁹. Ön şart, özel denetimi bilgi alma hakkına bağlamakla, iki kurumun birlikte yorumunu gerekli duruma getirmektedir. Bu yönüyle bilgi alma ve inceleme hakkı ile özel denetim siyam ikizlerine benzetilmektedir⁵⁰. 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 tatminkâr bir cevap vermemesi nedeniyle sonuçsuz kalmıştır⁵¹. Özel denetim talebi, bilgi alma veya inceleme yapma hakkının kullanılmasının pay sahibine yardımcı olamadığı bu tip durumlarda başvurulabilecek tâli/ikincil (*subsidiarität*) bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır⁵².

Özel denetimin ikincil bir araç yahut son çare (letztes Mittel) olarak nitelendirilmesi, anonim şirkette pay sahiplerinin sadakat yükümlülüğünün

⁴⁷ Akbay, s. 656.

⁴⁸ Altay, s. 63; Yurtbaşı, s. 144.

⁴⁹ “Mahkemece, somut olayda bilgi alma, inceleme ve devamındaki prosedürün halen derdest bir davanın konusunu oluşturduğundan, özel denetçi tayini için yasanın aradığı anlamda ön koşulun gerçekleşmediği gerekçesiyle 26.03.2014 tarihli karar ile davanın reddine karar verilmiştir” [Yarg. 11. HD., E. 2015/97 K. 2015/13293, T. 10.12.2015]. Aynı yöndeki bir başka karar ise şu şekildedir: “Mahkemece, tüm dosya kapsamına, toplanan delillere ve düzenlenen bilirkişi raporuna göre, davacıların davalı şirketten bilanço taleplerinin açıklığa kavuşturulması için özel denetim talep haklarının bulunduğu, ancak özel denetim talebinden önce bilgi alma hakkının kullanılmasına ilişkin şartın gerçekleşmediği gerekçesiyle, davanın reddine karar verilmiştir.” [Yarg. 11. HD., E. 2014/5692 K. 2014/14031 T. 18.9.2014]. (<https://www.lexpera.com.tr/>, erişim: 10.04.2018).

⁵⁰ Narbay, Özel Denetim, s. 62; Pulaşlı, Özel Denetim Atama İstemi, s. 16.

⁵¹ Güven, s. 146; Kaya, Özel Denetim, s. 79-80; Akbay, s. 633.

⁵² Kunz, Peter V.; “Zur Subsidiarität der Sonderprüfung”, *SJZ* 92, Sa. 1, Y. 1996, ss. 1-5, s.3; Özkan, s. 38; Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 16; Güven, s. 146; Şener, s. 523; Wehner, s. 39; Günay, s. 149; “Anonim Şirketlerde Özel Denetime İlişkin TTK md. 438 ve 439’a İlişkin Değerlendirmeler”, *Sabih Arkan’a Armağan*, İstanbul 2019, ss. 55-76, s. 56. Moroğlu, bu koşulun varlığının özel denetçi talebi hakkının kullanımını geciktireceğini ve hâkim durumda olan pay sahiplerine “kanuni bir bahane” ileri sürme fırsatının verileceğini ileri sürmektedir, bkz. Moroğlu, Erdoğan; *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler*, 8. Bası, İstanbul 2016, s. 255.

bulunmadığı kabulünden ortaya çıkmaktadır⁵³. Nitekim ortaklığın gizliliğine ilişkin bilgilerin, ortaklık sırlarının dışarıya karşı korunması gerekir. Ayrıca, özel denetim sürecinde küçümsenmeyecek masraflar ortaya çıkabilir ve mahkemeler açısından aşırı iş yükü teşkil edebilir⁵⁴. İkincilik nitelemesi, özel denetim isteme hakkının bağımsız bir hak olma özelliğine hanel getirmez; sadece sonuçları itibariyle aslında başka hakların uygulanmasını mümkün kıldığını gösterir⁵⁵. Ön şart, bilgi vermenin baştan savarcasına yapılmasını önlemektedir⁵⁶. Diğer bir ifadeyle, pay sahibinin genel kurulda ilgisiz birkaç soru sormuş veya inceleme isteminde bulunmuş olması yeterli değildir. Sorulara bilinçli bir şekilde cevap aramıyorsa şart yerine getirilmiş sayılmaz⁵⁷. Sonuç olarak, şirket sırlarının korunması, şirkete ilave maliyet getirmesinin önüne geçmesi ve usul ekonomisine hizmet etmesi bakımından “ikincilik ilkesi” yerinde görünmektedir⁵⁸.

Özel denetçi atanmasının tali niteliğinden çıkan bir başka netice de sadece “reddedilmiş bulunan bilgi alma veya inceleme talebi konusu olan hususlar”ın özel denetime konu olabileceğidir⁵⁹. Bunun dışında, zaten genel kurul, web sitesi, Kamuyu Aydınlatma Platformu vb. mecralarda ilan edilen konularla ilgili olarak da özel denetim talep edilemez. Zira pay sahibi söz konusu hususlar ile ilgili olarak bilgi alma ve inceleme hakkını kullanmış sayılmaktadır. Aynı şekilde, pay sahiplerine öğrenmek istedikleri hususlarda bilgi ve belgeler verilmiş veya kendilerine her türlü kolaylık sağlanmış olmasına karşın, kendileri incelemekten imtina etmiş veya bu hususları incelemekte ihmalleri olmuşsa, özel denetçi talebinde bulunamazlar.

B. Özel Denetimin Maddi Şartları

1. Gereklilik Şartı Bağlamında Özel Denetimin Konusu

Özel denetçi atanmasına ilişkin maddi şartlar bir anlamda gereklilik şartlarıdır. Birinci maddi şart, özel denetim kapsamında istenilen bilgilerin, pay sahipliği haklarının kullanılması bakımından “objektif olarak yararlı ve gerekli”

⁵³ Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf; *Basler Kommentar II*, 4. Auflage, Basel 2012, s. 886; Narbay, Özel Denetim, s. 62; Pulaşlı, Özel Denetim Atama İstemi, s. 16; Akdağ Güney, s. 56.

⁵⁴ Narbay, Özel Denetim, s. 62.

⁵⁵ Altay, “Özel Denetim”, s. 67.

⁵⁶ TTK madde gerekçeleri, m. 438.

⁵⁷ Tekinalp, Ünal; “Özel Denetim Talebinin Genel Kurul Tarafından Kanuna Uygun Olarak Reddedilmesi Halinde AO’nun Kendini Koruması Sorunu”, *Sabih Arkan’a Armağan*, İstanbul 2019, ss. 1275-1284, s. 1277; Gencer, s. 98.

⁵⁸ Pulaşlı, Şerh, s. 1563; Günay, s. 135; Gencer, s. 99; Akbay, s. 634.

⁵⁹ Özkan, s. 41.

olmasıdır⁶⁰. Başka bir deyişle, pay sahibinin bu öneriyi yapabilmesi için, oyunu kullanabilmesi yönünden bilgi alması gerekli olmalıdır. Bu bağlantı ile şirket dışı menfaat sağlamak, bir kararı önlemek veya taktik bir üstünlük elde etmek amacıyla talepte bulunarak özel denetim kurumunun kötüye kullanılmasının önlenmesi amaçlanmıştır⁶¹. Gereklilik şartı, özel denetim müessesesinin gereksiz ve keyfi uygulamalardan arındırılmasını sağlama yönünden oldukça yerinde bir şarttır⁶². Gereklilik şartı bağlamda, şirket organlarında görevli kişilerin kişisel ilişkileri hakkında bilgi istenilmesi, zaten bilinen konularla ilgili veya rakiplerin açık bir şekilde merak ettikleri ve elde etmek istedikleri bilgilerle ilgili soru sorulması açıkça hakkın kötüye kullanılması anlamına geleceğinden, anılan hususlar özel denetimin konusunu oluşturamaz⁶³.

Şirketten özel denetçi atanmasını talep eden pay sahibinin, bu konuda *“hukuken korunabilir güncel bir menfaati”* olmalıdır⁶⁴. Yine, yönetim kurulunun verdiği bilgiler özel denetimle ilgili konuyu zaten açıklığa kavuşturmuşsa, bu konularda da özel denetim talep edilemez⁶⁵. Gereklilik koşuluna dâhil *“pay sahipliği hakları”* ise geniş yorumlanmalıdır⁶⁶. Bunun kapsamına, yıllık hesapların onaylanmaması, yönetim kurulunun azli gibi hususların da dâhil olduğu öğretide ifade edilmektedir⁶⁷. Keza iptal davası açılması bakımından bir görüş oluşturması dâhi gereklik koşulu için yeterli sayılmalıdır⁶⁸. Ancak, istemde bulunan pay sahibinin ilişki kurduğu hak, zamanaşımı, hak düşürücü süre veya başka sebeplerle kullanılamayacak durumda olursa gereklik koşulu oluşmayacaktır⁶⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin 6.08.2013 tarih ve 4A_260/13 sayılı kararında da belirttiği üzere, hiçbir bilgisinin olmadığı bir hakkın ihlâl edilmiş olabileceği ümidiyle tamamen araştırmaya yönelik bir özel denetim

⁶⁰ Özkan, s. 38; Narbay, Özel Denetim, s. 68; Pulaşlı, Şerh, s. 1635; Kendigelen, s. 166; Üçışık/Çelik, s. 685; Akdağ Güney, s. 65; Gencer, s. 100.

⁶¹ TTK madde gerekçeleri, m. 438.

⁶² Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 19; Akbay, s. 645.

⁶³ Özkan, s. 38; Narbay, Özel Denetim, s. 67; Akdağ Güney, s. 65-66; Güney, s. 159; Uçar Bulut, s. 80; Akbay, s. 644.

⁶⁴ Narbay, Özel Denetim, s. 66-67; Değirmencioğlu Aydın, s. 37; Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 17; Üçışık/Çelik, s. 684; Güney, s. 157; Akbay, s. 642.

⁶⁵ Özkan, s. 38. Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 17. Narbay, Özel Denetim, s. 67; Akdağ Güney, s. 65-66; Güney, s. 159; Uçar Bulut, s. 80; Akbay, s. 644.

⁶⁶ Akbay, s. 641.

⁶⁷ Akbay, s. 641.

⁶⁸ Nitekim *“kurucuların veya şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmeyi ihlâl etmesi”* ifadesinin genel kurul kararlarının iptaline yönelik TTK m. 445 ile paralel olduğu söylenebilir, bkz. Akbay, s. 652.

⁶⁹ Akbay, s. 642.

talebinde bulunulamaz⁷⁰. Aynı kararında Mahkeme, davalı şirketin çoğunluk pay sahiplerinin ve yönetim kurulu üyelerinin şirket ile kısmen rekabet eden bir işe girmiş olmalarının ve davalı şirket ile aynı adrese taşınmış olmalarının bir menfaat çatışması yaratması ve yönetim kurulu üyesi olarak sadakat yükümlülüğünü ihlâl etmelerinin sadece dava edilmiş olmasını yeterli saymamıştır. Mahkeme'ye göre, özel denetime karar verilmesinde belirleyici husus, soyut bir menfaat uyumsuzluğu tehlikesi olmayıp, somut bir menfaat çatışmasının mevcudiyetidir⁷¹.

Gerekliklik koşulu bağlamında ayrıca, pay sahipliği haklarının kullanımıyla özel denetim talebi arasında “*anlaşılabilir bir bağlantı*” bulunmalıdır⁷². Zira özel denetim sonucunda davacı pay sahiplerinin oy kullanma, açılan davalardan sonuç alabilme, gibi pay sahipliği haklarını kullanma ile özel denetim arasında bir bağlantı kurulamıyorsa, özel denetçi atanması kararı verilmemelidir⁷³. Bu çerçevede örneğin, ihtilafın olduğu genel kurula katılarak olumsuz oy veren ve kararın iptali için dava açan pay sahibinin, görünen başkaca menfaati bulunmadığı takdirde, söz konusu genel kurul ile ilgili özel denetçi talebi kabul edilmemelidir⁷⁴. Nitekim pay sahibi, genel kurula zaten katılmış ve geçersizliği için dava açmıştır. Buna karşın, özel denetim yapılmadığı için pay sahipleri oylarını gerçek arzularına aykırı şekilde kullanmış ya da çekimser kalmışlarsa, özel denetim talebi haklı görülebilir⁷⁵.

⁷⁰ Kararın Türkçe özetini için bkz. Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 33-35.

⁷¹ Federal mahkemenin bu görüşü Türk Hukuk öğretisi ve uygulaması tarafından da benimsenmektedir. Kendigelen, “*grup şirketlerinin pek çoğu dağıttığı kârdan çok daha yüksek oranda sermaye artışına gittiğinden kendileri bakımından ödeme güçlüğü doğabileceği*” iddiasının somut duruma gelmiş bir olgu yerine olması muhtemel bir durumu gösterdiğinden, özel denetime konu edinemeyeceğini ifade etmiştir, bkz. Kendigelen, s. 173. Yargıtay'ın TTK m. 440 nedeniyle temyiz incelemesini reddettiği bir karardan, ilk derece mahkemesinin bu yönde hüküm tesis ettiği anlaşılmaktadır: “*Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamı uyarınca; davacı E. T. vekili A. S. K.'ın Altaş Alüminyum Tic. San. Tic. A.Ş. 2010 yılı faaliyetine ilişkin 12/05/2011 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantıda şirket hesap kayıtlarının soyut ifade ile özel denetçi tarafından incelenmesi talep ettiği, talebe dayanak bilgi ve belgelerin bulunmadığı, şirketin 2010 yılına ait yönetim kurulu faaliyet raporu ile denetçi M. A. tarafından sunulan denetim raporunun genel kurula sunulduğu, genel kurul toplantısında davacı vekilinin özel denetçi atanması talebinin reddedildiği, TTK'nın 438. maddesinde, özel denetim isteme hakkının bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmamışsa belirli olayların özel bir denetim ile açıklığa kavuşturulması gerektiği hallerde söz konusu olduğunun ifade edildiği, davacının denetimle açıklığa kavuşması gereken olayı belirtmediği gerekçesiyle şartları oluşmayan davanın reddine karar verilmiştir*”. [Yarg.11.HD., 11.06.2014 T., 2013/16879 E., 2014/11122 K., 11.06.2014 T.]. (<http://www.kazanci.com>, E.T. 01.02.2020).

⁷² Özkan, s. 37; Narbay, Özel Denetim, s. 67; Değirmencioğlu Aydın, s. 37; Pulaşlı, Özel Denetçi Atama İstemi, s. 17; Kendigelen, s. 166; Günay, s. 159; Akbay, s. 644.

⁷³ Kendigelen, s. 167.

⁷⁴ Kendigelen, s. 167.

⁷⁵ Kendigelen, s. 167.

2. Belirlilik Şartı Bağlamında Özel Denetimin Konusu

Özel denetim istenecek konular ETK m. 348'de tahdidi olarak sayılmıştı. Hükme göre, *“son iki yıl içinde şirketin kuruluşuna veya idare muamelelerine mütaalik bir suiistimalin vuku bulduğunu veya kanun yahut esas mukavele hükümlerine önemli bir surette aykırı hareket edildiğini”* iddia ettikleri takdirde, bunları veya *“bilançonun gerçekliğini tahkik”* için özel denetçi tayinini isteyebilirlerdi. TTK sisteminde ise, Kanun koyucu hangi olayların ve konuların özel denetimi kapsayacağı noktasında sessiz kalmıştır. Kanımızca bu yerinde bir düzenlemedir; nitekim Kanunda belirli sınırlama yapılması hakkı işlevsiz kılabilirdi. Kanun özel denetimin yapılacağı konularda sessiz kalmasına karşın, bu hususta çok önemli bir ilke koymuştur: *“Belirlilik ilkesi”*.

Pay sahibinin bilgi almak istediği hususları somut ve anlaşılabilir bir şekilde ortaya koyması, konuyla ilgili karar alma sürecini kolaylaştıracaktır⁷⁶. Bu nedenle, pay sahibi genelleme yapmaktan kaçınarak bilgi almak istediği hususları somutlaştırmalı ve sınırlandırmalıdır⁷⁷. Özel denetim talebinde bulunacak pay sahipleri, araştırılmasını istedikleri hususları açıkça belirtmek zorundadır⁷⁸. Bu ilkeye aykırı şekilde hazırlanmış talepler karşısında ilk derece mahkemesi, *“davayı aydınlatma ödevi”* çerçevesinde ön inceleme duruşmasında davacı pay sahiplerine uygun bir süre vererek özel denetçi talep ettikleri hususu açıklamaları ve hangi somut olaylar için özel denetçi tayini talep ettiklerini somutlaştırmalarını ihtar etmelidir⁷⁹. İhtara rağmen özel denetim talep edilen

⁷⁶ Özdamar, s. 269; Günay, s. 155.

⁷⁷ Çelik, s. 87; Akdağ Güney, s. 58.

⁷⁸ Moroğlu, “Özel Denetçi”, s. 350; Narbay, Özel Denetim, s. 70-72; Kaya, “Özel Denetim”, s. 77-78; Tekinalp, “Özel Denetim”, s. 1280; Üçışık/Çelik, s. 685.

⁷⁹ İstanbul 44. Asliye Ticaret Mahkemesi, önüne gelen bir dosyada, liste usulü ile kendisine gelen özel denetçi atanmasına ilişkin talepler ile ilgili olarak öncelikle, ön inceleme duruşmasında, davacı tarafın taleplerini somutlaştırarak hangi konulara ilişkin özel denetçi talep ettiğine ilişkin muğlaklıkları giderilmesi amacıyla kendisine iki haftalık kesin süre vermiştir. Sonraki safhada, tarafların verdiği dilekçeler üzerinden özel denetime ilişkin maddi ve şekli şartlar doğrultusunda analiz yapmış, gerekçelerini de belirtmek sureti ile şartlara aykırılık taşıyan talepleri elemiş, özel denetime konu olabilecek talepleri liste usulü ile aşağıdaki şekilde ortaya koyarak şirkete özel denetçi atanmasına karar vermiştir:

“....1- (A) Holding AŞ ile sınırlı olmak şartı ile 2012 yılına ilişkin finansal tabloların ve mali kayıtların gerçeği yansıtır yansıtmadığı,
2- (A) Holding AŞ ve bağlı şirketler üzerinden çeşitli amaçlarla yapılan bağış ve hibelerin neler olduğunun tespiti,
3- Ortaklardan alacaklılara piyasa koşullarına oranla çok cüz’i faiz tahakkuk ettirilmediği,
4- Mahiyeti belli olmayan kanunen kabul edilmeyen gider hesapları bulunup bulunmadığı,
5- (A) Holding AŞ’deki yöneticileri (3. Dereceye kadar kan ve sıhrî hısımlarına) sağlanan mali hakların ve onlar adına çeşitli şekillerde yapılan ödemelerin neler olduğunun tespitine,
6- İncelemelerin sadece (A) Holding AŞ ile sınırlı olmak üzere yapılmasına, bağlı şirketler ile ilgili talepler ile diğer inceleme taleplerinin inceleme dışı ve kapsam dışında tutulmasına....”

hususlar somutlaştırma yükü çerçevesinde belirlenip netleştirilmediyse, bu hâlde her ne kadar dilekçenin kanuni unsurlarında bir noksanlık bulunmasa da işin esası bakımından özel denetim talebinin kabulü güçleşebilecektir⁸⁰. Talep edilen konular anlaşılacakla birlikte sınırları çizilmemiş ise, hâkim özel denetimin amaca uygun şekilde gerçekleşmesini sağlayacak şekilde konuları belirleyip özel denetçi atanmasına karar vermelidir. Diğer taraftan, tarafların ileri sürdüğü hususlarla bağlı olan hâkim, davacı pay sahibinin dilekçesinde ortaya koymadığı hususları, re'sen özel denetiminin konusu yapamaz (HMK m. 26).

İkinci maddi şart olan özel denetimin konusunu belirli olayların oluşturması, bir sonraki bölümde detaylı olarak incelenecektir.

III. ÖZEL DENETİMİN KONUSU

A. Genel Bilgiler

İsv. BK m. 697a'da yer alan ve “*belirli konu*” anlamına gelen “*bestimmte Sachverhalte*” ifadesinin karşılığı olarak Kanunda yer alan belirlilik şartı, talebin bir veya birden çok belirli, somut, açıkça tanımlanmış bir olayı içermesini zorunlu kılmaktadır⁸¹. “*Olay*” ibaresi ile ifade edilmek istenen husus bir vakıalar bütünüdür⁸². Özel denetimin amacı, pay sahipliği haklarının kullanılması için -gerektiğinde- dava malzemesi olarak kullanılacak somut bilgilerin edinilmesi olduğundan, özel denetim isteme hakkını kullanan pay sahibi daha baştan bu hakkı somut olarak hangi bilgileri edinmek üzere kullandığını açıklıkla ortaya koymalıdır⁸³. Mesela, araştırılması istenilen yolsuzluk veya suistimalin ne olduğunu, esas sözleşmeye ve kanuna ne şekilde aykırı hareket edildiğini, bilançonun hangi kalemleri itibarıyla gerçeği aksettirmediğini yap sahibi/sahipleri açıkça bildirmek zorundadır⁸⁴. Genel nitelikte ve belli konulara ilişkin bulunmayan bir iddia üzerine özel denetçi atanamaz⁸⁵. Örneğin, “*oy hakkını kullanmak*”, “*bilançoda açıklanan kârın doğru olup olmadığına karar vermek*” ve “*dürüst resim ilkesine uyulup uyulmadığını anlamak*” bakımından belirlilik

[İstanbul 44. Asliye Ticaret Mahkemesi, 03.12.2013 T., 2013/83 E., 2013/241 K.]. Karar için bkz. Kendigelen, s. 344-350.

⁸⁰ Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 235.

⁸¹ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 65; Akbay, s. 645; Yurtbaşı, s. 76-77.

⁸² Narbay, *Özel Denetim*, s. 71; Akbay, s. 645.

⁸³ Altay, “*Özel Denetim*”, s. 58; Yurtbaşı, s. 63.

⁸⁴ Moroğlu, “*Özel Denetçi*”, s. 350; Tekinalp, “*Özel Denetim*”, s. 1280; Üçışık/Çelik, s. 685.

⁸⁵ “*...davacının denetimle açıklığa kavuşması gereken olayı belirtmediği gerekçesiyle şartları oluşmayan davanın reddine karar verilmiştir.*” [Yarg. 11. HD., E. 2013/16879 K. 2014/11122 T. 11.6.2014]. (<https://www.lexpera.com.tr/> erişim: 10.04.2018).

şartı yerine getirilmiş olmaz⁸⁶. Diğer taraftan, özel denetçinin de mahkemece belirlenecek inceleme konusuna bağlı kalarak denetim yapması şarttır⁸⁷.

Özel denetim istenilen olaylarla ilgili belirli bir sayı sınırı bulunmamakla birlikte, aşırı ve ölçüsüz taleplerde bulunulması özel denetimi kullanılamaz hâle getirebilir⁸⁸. Özel denetimin amacına ulaşması, ancak açıklanması istenen vakıalar bütünüünün sınırlandırılması ile mümkün olabilir⁸⁹. Bununla birlikte, belirlilik ilkesi (*Die Bestimmtheit der Vorgänge*), denetimin konusunu tek bir olay veya olguyla sınırlandırmayı zorla dikte etmemektedir⁹⁰. Özel denetim konusu, gerekli olduğu takdirde birkaç olayı içerebilir⁹¹. Bu bağlamda, 30-40 olayın açıklanması istemi ölçüsüz olarak değerlendirilerek, talep edilen konuların mahkemece belirli başlıklar altında toplanıp buna göre özel denetçi atanması, kurumun işlevselliğini arttıracaktır⁹².

TTK m. 438'in gerekçesinde, “*belirli*” ifadesi ile belli türde, nitelikte ve önemde olay kastedilmediği; “*belirli*” kavramının, olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan anlamına geldiği kaleme alınmıştır. Belirli konu, şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hâkim şirketin (işletmenin) kararları veya şirkete verdiği kayıplar olabilir.

Denetim konusunun belirli olması, varlığının tespitinde güçlükler yaşanacak subjektif bir kavramdır⁹³. Bu kavramı yorumlarken, özel denetçi tayinini talep eden pay sahibinin ya da azlığın, genellikle, şirketin dışında ve çoğunlukla yönetime dâhil edilmeyen, ortaklıkla ilişkisi genel kurula katılmak ve finansal tablolar ile raporlardan bilgi edinmekle sınırlı olduğu gerçeği dikkate alınmalıdır⁹⁴. Kanunda yer alan bu ilkenin, pay sahipleri yararına geniş yorumlanması gerekmektedir⁹⁵. Dolayısıyla olayların belirliliğini ararken, her yönüyle somut bir şekilde ortaya konulmuş olanı değil, çerçevesi az çok çizilmiş olayları da bu kapsama dâhil etmek gerekir⁹⁶.

İsviçre Hukuku'nda özellikle ifade edildiği üzere, bilgi istenen konuların yazılı bir katalog hâlinde toplantı başkanına verilmesi veya sözlü olarak ifade ediliyorsa mutlaka toplantı tutanağına yazılmış olması gerekir, zira istenilen

⁸⁶ Tekinalp, “Özel Denetim”, s. 1280.

⁸⁷ Altaş, s. 273.

⁸⁸ TTK madde gerekçeleri, m. 438.

⁸⁹ Akbay, s. 649.

⁹⁰ Wehner, s. 173.

⁹¹ Wehner, s. 173.

⁹² Pulaşlı, Şerh, s. 1639.

⁹³ Topsoy, s. 315.

⁹⁴ Kaya, “Özel Denetim”, s. 77.

⁹⁵ Değirmencioglu Aydın, s. 36.

⁹⁶ Kaya, “Özel Denetim”, s. 77; Altay, “Özel Denetim”, s. 58.

bilgilerle özel denetimin konusu aynı olacaktır⁹⁷. Tâbi burada genel kurulda sorulan sorularla özel denetimin konusunun bire bir aynısı olması gerekmez⁹⁸. Sorulan sorular doğrultusunda özel denetimin kapsamını belirlerken hâkimin takdir yetkisi olmalıdır⁹⁹. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bu konuda görüşü şu şekildedir: Pay sahipleri bilgi alma hakkını kullanırken istedikleri kadar soru sorabilirler. Fakat bunun uzantısı olarak belirli olayların özel denetçi vasıtasıyla açıklığa kavuşturulması gerektiğinde, bilgi alma hakkının kötüye kullanılması mümkün olabileceği gibi bilgi alma hakkını zorlaştıracak şekilde yığınlarca soru sorulduğunda, hakkın amacına uygun olarak kullanılamaması da söz konusu olabilir¹⁰⁰. Hiç şüphe yok ki, bu ihtimalleri hâkim göz önünde bulundurmak zorundadır.

Özel denetimle pay sahiplerinin haklarını bilinçli bir şekilde kullanılabilmesi amaçlandığından, özel denetimin konusunu oluşturan meselelerin şirket dışı faktörler yerine şirketi ilgilendiren olaylar olması gerekir¹⁰¹. Piyasanın genel

⁹⁷ Pulaşlı, Hasan; "Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Hamdi Yasaman'a Armağan*, İstanbul 2017, ss. 589-613, s. 594. Ülkemizde de sayısal olarak az da olsa pay sahiplerinin liste halinde özel denetim talep ettikleri konuları ortaya koydukları görülmektedir: "*Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporları ve tüm dosya kapsamına göre, davacıların 27/04/2009 tarihli olağan genel kurul toplantısında azlık hakları kapsamında özel denetçi tayinine ilişkin önergelerinin reddedildiği, aynı toplantıda hakim ortak... vasisinin 5 başlık adı altında toplanan konularda özel denetçi tayini konusundaki önergesinin kabul edildiği, ancak bu önerge ile davacıların özel denetçi tayini taleplerinin konularının farklı olduğu, TTK'nun 348. maddesinde düzenlenen koşullarının oluştuğunun bilirkişi raporları ile de belirlendiği gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir*". (<https://www.lexpera.com.tr/> erişim: 10.04.2019).

⁹⁸ Nitekim öğretilerde Akbay, özel denetime yönelik karar önerisinin konusu belirlenirken somut olayın büyük önem taşıdığını ve pay sahiplerine bilgi vermekle görevli olanların (özellikle yönetim kurulunun) hareket tarzının değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yazara göre, bilgi alma hakkının kullanımı karşısında yönetim kurulunun hiç bilgi paylaşmaması veya yetersiz bilgi paylaşması hâlinde, pay sahibinin sırf bilgi alma hakkının devamındaki haklarını koruyabilmek için tüm olası soruları sormasını beklemek uygun olmayacaktır. Buna karşın, yönetimin açıklıkla bazı bilgileri vermesi ve sadece belirli alanlarda bilgiler vermemesi hâlinde, özel denetime ilişkin karar önerisinin bilgi verilmeyen bu alanlarla sınırlandırılması uygun olacaktır. Bkz. Akbay, s. 639.

⁹⁹ Pulaşlı, *Mukayeseli Hukuk*, s. 595.

¹⁰⁰ Pulaşlı, *Mukayeseli Hukuk*, s. 595.

¹⁰¹ Narbay, s. 71; Kendigelen, s. 332; Değirmencioğlu Aydın, s. 34; Üçışık/Çelik, s. 685. Şirket ile bağlantılı konuların kapsamıyla ilgili Akbay'ın şu tespitlerine iştirak etmekteyiz: "*TTK m. 438'in olaylar olarak ifade ettiği vakıalar bütününe çoğunlukla ortaklık yönetiminin eylem ve işlemleri oluşturur. Buradan sağlanacak bilgi, özellikle ortaklık içi ilişkileri ilgilendirmelidir. Ancak dış ilişkide etkili olan olayların içerikleri de pay sahiplerinin haklarının kullanılmasını ilgilendirdiği ölçüde özel denetimin konusu olabilir. Örneğin, sözleşme taraflarının, rakiplerin veya müşterilerin davranışlarını ilgilendiren sorular sorulamaz. Buna karşın hâkim pay sahibinin ilişkileri olan bir ortaklığa, çok düşük bir fiyattan ürün satılması halinde, söz konusu ürünlerin ilgili işletmeye hangi fiyat üzerinden satıldığı sorulabilir*", bkz. Akbay, s. 646. Aynı yönde bkz. Yurtbaşı, s. 69-72.

durumunun araştırılması, şirketin genel gidişatı, piyasadaki genel konumu, kâr-zarar durumunun tespiti gibi genel konularda özel denetim talep edilemez¹⁰². Belirli hususlar yerine genel bir araştırma ve inceleme yapmak üzere özel denetçi atanması talebinde bulunulamaz¹⁰³. Bu çerçevede, “*anonim şirketin hesaplarının ve yazışmalarının özel denetimle incelenmesi*” yönündeki bir talep, yeterli açıklık ve belirlilik taşımadığı için reddedilmelidir¹⁰⁴. Özel denetim, belirli hedefi olmadan yapılan bir inceleme (*fishing expedition/ins Blaue hinein*) olmayıp, olayları tespit eden bir rapor (*fact finding mission*) niteliğindedir¹⁰⁵. Özel denetim, hukuka uygunluk denetimi olmadığından, bir davranışın hukuka uygun olup olmadığı, mantıkî illiyet bağının bulunup bulunmadığı, ne miktarda tazminat hakkının olduğu türünden hukuki sorunların aydınlatılmasını konu edinemez¹⁰⁶.

Özel denetim bilgi ve olguları tespit edici bir karaktere sahip olup onları değerlendirmez¹⁰⁷. Özel denetimle organların yaptığı işlemlerin hukuka

¹⁰² Narbay, s. 71; Pulaşlı, Şerh, s. 1639; Kendigelen, s. 332. Özkorkut, s. 23; Değirmencioğlu Aydın, s. 34; Topsoy, s. 315; Özdamar, s. 269; Ayrıca bkz. BGE 4_A.319/2014. (<https://www.bger.ch/> erişim: 03.04.2018).

¹⁰³ Jänig, Ronny; *Die Aktienrechtliche Sonderprüfung*, Baden 2005, s. 47 vd.; Wehner, s. 170; Üçışık/Çelik, s. 685; Akbay, s. 645.

¹⁰⁴ Kendigelen, s. 170. Anılan ilke uygulamada da kabul edilmektedir: “*Davacı vekili, müvekkilinin %11,25 oranında pay sahibi olduğu davalı şirket yöneticilerinin devamlı suretle yasalara aykırı davrandıklarını, özellikle Odac isimli Libya firmasından yapılan 48.000.000. KABD Doları tahsilatın 1997 ve 1998 yılları bilançolarında gösterilmemesi ve STFA Holding bünyesindeki bir başka şirkete, üstelik rayiç değer in altında fiyatlarla makine ile ekipman devri yapılmak suretiyle 1997 ve 1998 tarihli bilançoların gerçeğe aykırı düzenlendiğini ve 13.4.1999 tarihli genel kurulda özel denetçi tayini taleplerinin reddedildiğini ileri sürerek, söz konusu yıllar için inceleme yapılmak üzere özel denetçi tayinini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının genel kuruldaki talebinin TTK nun 348. maddesine uygun olmadığını ve özel denetçi tayini için gerekli şartların bulunmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan deliller ve yapılan bilirkişi incelemesi sonucuna göre, davacının genel kurula yaptığı talebin belirli bir konuyu kapsamaması nedeniyle dava şartının oluşmadığı; ayrıca davacı iddialarının özel denetçi tayinini gerektirmediği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekilleri temyiz etmişlerdir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve esasen dava konusunu teşkil eden davalı şirketin 13.4.1999 tarihli genel kurul toplantısındaki özel denetçi tayinine ilişkin istek genel nitelikte olup, TTK.nun 348.maddesinde öngörülen unsurları taşımamakla bu talebin genel kurulca reddolunmasında yasaya aykırılık görülmediğinden mahkemece davanın reddine ilişkin karar yerinde görülmele davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi ile hükmün onanması gerekmiştir.*” [Yarg.11.HD., 14.11.2000 T., 2000/6576 E., 2000/8928 K., 14.11.2000 T.]. (<http://www.kazanci.com> , E.T. 20.02.2020).

¹⁰⁵ Jänig, 50; Wehner, s. 169; Narbay, Özel Denetim, s. 71; Pulaşlı, Şerh, s. 1639; Günay, s. 150; Akdağ Güney, s. 58; Gencer, s. 100; Akbay, s. 648.

¹⁰⁶ Narbay, Özel Denetim, s. 70.

¹⁰⁷ Akdağ Güney, s. 58.

uygunluğu veya takdir yetkilerini nasıl kullandıkları (“*yerindelik denetimi*”) incelenemez¹⁰⁸. Zira özel denetim ortaklık işleyişinin “*amaca uygun*” olarak yürütülüp yürütülmediğinin tespitine yönelik bir çalışma değildir¹⁰⁹. Özel denetimde karanlıkta kalmış, aydınlatılmamış belirli konuların açıklaması yapılır. Özel denetçinin görevi, sadece sorulan olaylara ilişkin tespitler yapmaktan ibaret olup, yönetim kurulu kararlarının amaca uygunluğu veya diğer bir değer yargılaması yahut özel denetimin konusunun hukuki bir değerlendirmesini yapmak değildir¹¹⁰. Benzer şekilde, özel denetçinin geçmiş, güncel veya gelecekle ilgili hipotezler üretmesi veya pay sahibinin buna ilişkin sorular sorması mümkün değildir¹¹¹. Özel denetim ile var olan hususlar kontrol edilir olmayanlar ise tespit edilir¹¹².

TTK m. 437/3 uyarınca, bilgi verilmesi, sadece, istenilen bilgi verildiği takdirde şirket sırlarının açıklanacağı veya korunması gereken diğer şirket menfaatlerinin tehlikeye girebileceği gerekçesi ile reddedilebilir. Dolayısıyla “*şirket sırrı*” veya “*diğer bir şirket menfaatini gerektiren hususlar*” özel denetimin konusu yapılamayacaktır^{113, 114}. Fakat burada dikkat edilmelidir ki, incelenecek konunun bu kapsamda olup olmadığı kararını (nihai olarak) yönetim kurulu değil, TTK m. 442 uyarınca hâkim verir¹¹⁵. Özel denetim istemine konu vakıalar şirket sırları kapsamında ise, mahkemenin özel denetçi istemini reddederek yargılamanın uzamasına ve ilave külfetlere engel olması gerekir. Zira özel denetçi de en nihayetinde anılan hususların şirket sırrı kapsamında olduğu sonucuna vararak özel denetim raporunda TTK m. 442 uyarınca söz konusu hususlara yer

¹⁰⁸ Narbay, Özel Denetim, s. 38; Günay, s. 153; Akdağ Güney, s. 58; Akbay, s. 647.

¹⁰⁹ Özkan, s. 37; Narbay, Özel Denetim, s. 38; Akdağ Güney, s. 58.

¹¹⁰ Pulaşlı, Şerh, s. 1629.

¹¹¹ Günay, s. 154.

¹¹² Akdağ Güney, s. 58.

¹¹³ “*Şirket sırrı*” ve “*korunması gereken şirket menfaati*” kavramları TTK’da tanımlanmamıştır. Bunun sebebi, dar veya geniş bir tanımla uygulamayı dondurmamak veya genişletmemek özenidir. Şirket sırrında, rakip bir şirketin bilmediği, öğrenmemesi gereken, şirketin zararına kullanabileceği, elde etmek için çalıştığı, peşinde olabileceği “bilgi” ölçüsü kabul edilebilir. Rakiplerin ulaşabileceği, çeşitli kaynaklar aracılığı ile elde edebileceği, verileri ve bilgileri kullanarak yorumlama/değerleme ile çıkarabileceği bilgiler sır olamaz. Şirket menfaatlerinin zarara uğraması, şirket işletmesinin, bağlı şirketlerinin, müşteriler çevresinin, dağıtım kanallarının ve ilişkilerinin vs. kayba uğraması veya bu nitelikte pek de uzak olmayan bir tehlikenin varlığı demektir. Zarar ile sadece malvarlığı zararı kastedilmemiştir”, bkz. TTK madde gerekçeleri, m. 437.

¹¹⁴ Öğretide, şirket sırrı ve şirket menfaati kavramları yer yer eş anlamlı olarak kullanılmakla birlikte, şirket menfaati şirket sırlarının açıklanması dışında başka bir nedenle de zarar görebilir. Örneğin, pay sahibinin sorusu, yönetim kurulu üyeleri veya denetçilere yönelik hakaret içeriyorsa, bu durumda anılan kişilerin ve şirketin itibarının zedelenmesi, dolayısıyla şirket menfaatinin zarar görmesi gündeme gelir. Bkz. Karasu, s. 91.

¹¹⁵ Pulaşlı, “Özel Denetçi Atama İstemi”, s. 21.

vermekten imtina etmek zorunda kalacaktır¹¹⁶. Ancak talep edilen konuların şirket sırrı kapsamında olup olmadığı ilk bakışta (talep anında) tam olarak tespit edilemiyor ise, kaçınılmaz olarak mahkeme öncelikle özel denetçi atanmasına karar verecek, ardından özel denetçinin raporu doğrultusunda pay sahiplerine talep edilen konuları açıklayıp açıklamayacağına hükmedecektir.

Özel denetimin konusunu sınırlayabilecek bir diğer hâl de “*objektif imkânsızlık*” durumudur. Eğer pay sahibinin talep ettiği hususlara ilişkin özel denetçinin bilgi edinebilmesi veya inceleme yapabilmesi olanaksızsa, hâliyle özel denetim yapılamayacaktır. Pay sahibinin bilgi almak istediği hususlar ancak özel denetçinin belirli belgeleri incelemesiyle mümkün olacak ve bu belgeler de yangın, deprem vb. sebeplerle yok olmuş veya saklanma süresi geçtikten sonra şirket tarafından yok edilmiş ise bu durumda objektif fiili bir imkânsızlıktan söz edilebilir¹¹⁷. Dolayısıyla özel denetime konu hususların incelenmesi objektif olarak imkânsız ise, bu konularda özel denetçi atanması talebinin reddedilmesi yerinde olacaktır.

B. Özel Denetimin Konusuna Giren Olgulara Öğretinin Yaklaşımı

Kanunda yer alan belirli olaylar şartının, aşağıda sayılan şu hususlarda özel denetim taleplerinin reddini gerektirdiği öğretide kabul edilmektedir:

- X yılı bilançosunun, finansal tabloların veya mali kayıtların kanuna uygunluk açısından değerlendirilmesi¹¹⁸,
- Yılsonu finansal tablolarının tamamının incelenmesi, beş yıllık bir süre içinde yönetim kurulunun yüz bin Türk Lirası’nı aşan işlemlerinin neler olduğu veya nakit sıkışıklığını gidermek için ne tür önlemler aldığı¹¹⁹,
- Anonim şirketin hammadde alım politikasının doğru olup olmadığı¹²⁰,
- Anonim şirketin çalıştığı sektördeki pazar durumu¹²¹ ve yönetim kurulunun bu pazarın isteklerine uygun çalışıp çalışmadığı¹²²,

¹¹⁶ TTK m. 442: “(1) Özel denetçi, incelemenin sonucu hakkında, şirketin sırlarını da koruyarak, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir.

(2) Mahkeme, raporu şirkete tebliğ eder ve şirketin, raporun açıklanmasının şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğratıp uğratmayacağına ve bu sebeple istem sahiplerine sunulmamasına ilişkin istemi hakkında karar verir.

(3) Mahkeme, şirket ve istem sahiplerine, açıklanan rapor hakkında, değerlendirmeleri bildirmek ve ek soru sormak imkânını tanır.”

¹¹⁷ Karasu, s. 89.

¹¹⁸ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66; Kendigelen, s. 311; Akdağ Güney, s. 58.

¹¹⁹ Akbay, s. 650.

¹²⁰ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

¹²¹ Akdağ Güney, s. 58.

¹²² Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

- Anonim şirketin herhangi bir ürününün piyasadaki durumu¹²³,
- Pay sahibinin herhangi bir bilgisi olmadığı bir hakkın ihlâl edilmiş olabileceği ümidiyle tamamen araştırmaya yönelik bir talep¹²⁴,
- Faaliyet raporunun değerlendirilmesi¹²⁵,
- 2001-2011 yılları arasındaki ortaklığın tüm iş ve işlemleri ile muhasebesi¹²⁶,
- Davalı şirket ve bağlı şirketlere ait X şehrindeki arsaya yapılacak inşaat ile ilgili sözleşmelerin verimlilik, etkinlik ve piyasa koşullarına uygunluk bakımından denetlenmesi¹²⁷,
- (A) Holding AŞ ve bağlı şirketlere ait yurt dışı yatırımların denetimi, (A) Holding AŞ ve bağlı şirketlerde sermaye artırımını gerektiren yeni yatırımların olup olmadığını tespiti¹²⁸.

Öğretide şu hususların ise özel denetime konu olabileceği kabul edilmektedir:

- Yatırım kararında belirlenen finansman ihtiyacının gerçek olup olmadığı, alınan ihalenin usulüne uygun yürütülüp yürütülmediği, kâr payının kanuna ve esas sözleşmeye uygun olarak dağıtılıp dağıtılmadığının tespiti¹²⁹,
- Bilgi asimetrisinin giderilmesi¹³⁰,
- Birbirine bağlı işletmelerin arasındaki ilişki, kuruluş işlemleri, sermaye tedbirleri¹³¹,
- Birleşme sözleşmeleri, ortaklığa katılımlar, yönetim kurulu üyelerinin davranış ve harcamaları¹³²,
- Anonim ortaklığın ürünlerinin pay sahiplerinden bazılarına düşük fiyata devredilip devredilmediği¹³³,
- Yönetim kurulu üyelerinin her birine (X) yılında ödenen ücret, ikramiye, prim, kâr payı miktarlarıyla, her bir üyenin yaptığı yurt içi ve yurt dışı seyahatlerin tutarları¹³⁴,

¹²³ Günay, s. 154.

¹²⁴ Pulaşlı, Şerh, s. 1639.

¹²⁵ Akdağ Güney, s. 58.

¹²⁶ Kendigelen, s. 160.

¹²⁷ Kendigelen, s. 170.

¹²⁸ Kendigelen, s. 332.

¹²⁹ Topsoy, s. 315; Günay, s. 154.

¹³⁰ Hänni, s. 467.

¹³¹ Jänig, s. 47 vd.

¹³² Şener, s. 523; Akbay, s. 650.

¹³³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 65; Bilgili/Demirkapı, s. 65.

¹³⁴ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 65; Bilgili/Demirkapı, s. 65; Akdağ

- Kanuni yedek akçelerden harcama yapılıp yapılmadığı, yapıldıysa harcama miktarı ve yerleri¹³⁵,
- Hammadde fiyatının altında mamul ürün satılıp satılmadığı, sebebi ve miktarı¹³⁶,
- Anonim şirketin kendi paylarını satın aldığı pay sahiplerinin isimleri, satın alma tarihi ve fiyatları¹³⁷,
- Sermaye arttırımında yeni pay alma hakkının kabul edilmemesinin gerekçeleri, şirkete katılımlar, maddi kaynakların kesilmesi, akrabalık ilişkileri ve bunun şirket işleyişindeki rolü¹³⁸,
- Yönetim kurulunun hazırladığı bilançonun gerçeği yansıtıp yansıtmadığı veya şirketin yaptığı satın almanın piyasa koşullarına göre gerçekleşip gerçekleşmediği¹³⁹,
- Şirketin yapmış olduğu bir sözleşmenin içeriği ve koşullarına, yönetim kurulu tarafından yapılan indirimler ve bunların nedenleri¹⁴⁰,
- Maddi kaynakların kesilmesi, hâkim şirketin kararları veya şirkete verdiği kayıplar, şirketin içinde bulunduğu ekonomik veya finansal durum¹⁴¹,
- Yönetim kurulu üyelerinin kontrolünde olan bir aile şirketine satılan mallara ilişkin değerlendirme, yönetim veya gözetim kurulunun, şirketle akit taraflarla aralarında bir ilişkinin olup olmadığı, şirketi iflasa götüren sebeplerin neler olduğu¹⁴²,
- Şirketin yaptırmakta olduğu işlere ilişkin usulsüzlük incelemesi¹⁴³,
- (A) Holding AŞ ve bağlı şirketler üzerinden çeşitli amaçlarla yapılan bağış ve hibeler¹⁴⁴,
- (A) Holding AŞ ve bağlı şirketlerdeki yönetim kurulu üyeleri ve üst düzey yöneticilere sağlanan mali haklar ve onlar adına çeşitli şekillerde yapılan ödemeler¹⁴⁵,

Güney, s. 58. Öğretide Akbay, yönetim kurulu üyelerinin aldıkları bu ücretlerin vergilerini ödeyip ödemedikleri gibi hususların özel denetime konusu olamayacağını belirtmiştir. Zira şirket dışı diğer özel ya da kamusal menfaatlerin korunması hakkın kapsamında değildir. Bkz. Akbay, s. 644.

¹³⁵ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

¹³⁶ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

¹³⁷ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), *Ortaklıklar Hukuku-II*, s. 66.

¹³⁸ Değirmencioglu Aydın, s. 34; Akbay, s. 646.

¹³⁹ Arı, s. 1413.

¹⁴⁰ Narbay, *Özel Denetim*, s. 69; Akdağ Güney, s. 57-58.

¹⁴¹ Pulaşlı, Şerh, s. 1639; Üçışık/Çelik, s. 584-685.

¹⁴² Wehner, s. 171-174.

¹⁴³ Altaş, s. 271; Gencer, s. 92.

¹⁴⁴ Kendigelen, s. 308.

¹⁴⁵ Kendigelen, s. 308.

- Mahiyeti belli olmayan “kanunen kabul edilmeyen gider” hesaplarının bulunup bulunmadığı ve bunun muhtevası¹⁴⁶,
- Alacaklılara piyasa koşullarına oranla çok cüz’i faiz tahakkuk ettirilip ettirilmediği¹⁴⁷,
- Belirli ihalelerin, projelerin, inşaatların yapımı ve akıbeti¹⁴⁸.

Öğretide Tekinalp, şu örneklerde talep sahibinin belirlilik şartını gerçekleştirdiğini kabul etmektedir¹⁴⁹:

Örnek 1.

“Hâkim pay sahibi (A), iki yıl önce Hollanda’da bir limited ortaklık kurmuştur. Bu iki yılda ciromuz arttığı hâlde kârımız ortalama %30 azalmıştır. Özel denetimle bizim anonim ortaklığımızın, Hollanda’daki ortaklıkla yazışmalarının, ilgili muhasebe kayıtlarının “ilişkili kişiler”le yaptığı işlemlerin aydınlatılmasını istiyorum. Özel denetimin sonucuna göre yönetim kurulu aleyhine sorumluluk davası açıp açmamaya karar vereceğim”.

Örnek 2.

“Yönetim kurulu geçen yıldan beri nakde ihtiyacı olduğunu belirtmektedir. Daha önce uzmanlara yaptırttığım incelemelerde son yıllara ait böyle bir ihtiyacın varlığına inanmadım. Elimdeki mali müşavir raporlarını başkanlığa sunuyorum. Başkanlık raporu genel kurula okutabilir. Yönetim kurulu şimdi TTK m. 408/2 (f) hükmü gereğine mevkiindeki büyük bir arsanın TL’ye satışı için onayımızı istemektedir. Önerilen fiyatın arsanın gerçek değerinin çok altında olduğu düşüncesindeyim. Özel denetim yolu ile nakit ihtiyacının nereden doğduğu, mutabakata varılan fiyatın düşük olup olmadığının aydınlatılmasını talep ediyorum. Satışa onay oylamasında oyumun yönünü belirleyebilmek için özel denetim talep ediyorum”.

C. Özel Denetimin Konusuna Giren Olgulara Mahkemelerin Yaklaşımı

Özel denetimin konusunu ve kapsamını, mahkeme tayin eder (TTK m. 440/2). Eğer şirket özel denetimin kapsamını kendisi serbestçe belirleyebilseydi, özel denetim kurumu amacına ulaşamazdı¹⁵⁰. Mahkemenin, TTK m. 440/2 uyarınca, özel denetim talebini yerinde görmesi durumunda, inceleme konusunu,

¹⁴⁶ Kendigelen, s. 311.

¹⁴⁷ Kendigelen, s. 311.

¹⁴⁸ Özdamar, s. 54.

¹⁴⁹ Tekinalp, “Özel Denetim”, s. 1280-1281.

¹⁵⁰ Güven, s. 156.

yapılan talep çerçevesinde belirlemesi gerekir¹⁵¹. Bu çerçevede, mahkemelerin verdikleri kararların incelenmesi, konunun somutlaşması bakımından yerinde olacaktır. Fakat belirtelim ki, özel denetim taleplerinde konu sınırlamasının nasıl yapılacağı hususunda ülkemiz mahkemelerinin yaklaşımı, mevcut yüksek mahkeme kararları çerçevesinde tam anlamıyla anlaşılamamaktadır.

TTK m. 440/2 hükmü gereği, mahkemenin özel denetçi atanmasına ilişkin kararlarının kesin olarak uygulanması ve Yargıtay'ın verdiği kararların önemli bir kısmının salt bu hükme dayanarak reddedilmesi ve ayrıca ülkemizde ilk derece mahkemesi kararlarına erişimin pek mümkün olmaması, özel denetimin konusu ile ilgili tam olarak fikir sahibi olmaya yetecek içeriğe ulaşmayı engellemektedir. Bu gerekçeyle, çalışmamızda İsviçre Hukuku'nda yer alan ilgili kararlara da yer verilmesi kaçınılmaz olmuştur.

1. Türk Mahkemelerinin Yaklaşımı

Örnek 1: Yarg. 11. HD.'nin 2015/9484 E., 2016/4234 K., 18.4.2016 T. kararı¹⁵²:

Karara konu olayda, şirketin sürekli zarar ettiği ve faaliyet konusu ile ilgili olmayan harcamalar ile şirketin borçlandırıldığı gerekçeleriyle davacı pay sahibi tarafından olağan genel kurul toplantısında özel denetçi atanması talebinde bulunulmuştur. Talebin genel kurul tarafından reddedilmesi üzerine pay sahibi şirkete özel denetçi atanmasını dava etmiştir.

¹⁵¹ Güven, s. 156.

¹⁵² "DAVA : Taraflar arasındaki davadan dolayı ... Asliye Ticaret Mahkemesi'nce verilen 11.3.2015 gün ve 2014/65-2015/333 Sayılı hükmün Yargıtayca incelenmesi tarafların vekilleri tarafından istenilmekle dosyadaki kağıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

KARAR : Davacı vekili; müvekkilinin davalı'nin %23,84 oranında hissedarı olduğunu, şirketin diğer %76.02 hissesinin ise ortaklardan'ye ait olduğunu, davalı Şirketin sürekli zarar ettiğini ve faaliyet konusu ile ilgili olmayan harcamalar ile şirketin borçlandırıldığını, bu sebebiyle müvekkili tarafından 18.12.2013 tarihli olağan genel kurul toplantısında özel denetçi atanması talebinde bulunulduğunu, bu talebin genel kurul tarafından reddedildiğini ileri sürerek davalı şirkete özel denetçi atanmasını talep ve dava etmiştir. Davalı vekili; özel denetçi atanmasını gerektiren şartların oluşmadığını savunarak davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davacının davalı Şirkette azınlık hakkı sahibi olduğu, davacının özel denetçi talebinin şirket genel kurulunda reddedildiği, davacının belirli olaylara yönelik iddiaları karşısında konusunda uzman bir özel denetçinin seçilmesinin faydalı olacağı gerekçesiyle davalı Şirkete finans uzmanı ... 'nın özel denetçi olarak tayinine karar verilmiştir.

Kararı, tarafların vekilleri temyiz etmiştir. 6102 Sayılı TTK'nın 440/2 maddesi uyarınca, mahkemece şirkete özel denetçi atanması talepleri hakkında verilen kararlar kesindir. HUMK'nın 432/4. maddesine göre, temyizi kabil olmayan kararların temyiz istemleri hakkında mahkemece bir karar verilebileceği gibi, 1.6.1990 gün ve 3/4 Sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca Yargıtay'da bu konuda karar verebileceğinden, taraf vekillerinin temyiz isteminin reddine karar vermek gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıdaki bentte açıklanan sebeplerle taraf vekillerinin temyiz isteminin REDDİNE, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 18.4.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." (<http://www.kazanci.com>, erişim: 10.04.2018).

İlk derece mahkemesinin “davacının belirli olaylara yönelik iddiaları karşısında konusunda uzman bir özel denetçinin seçilmesinin faydalı olacağı gerekçesiyle” özel denetçi ataması yerinde olmakla birlikte, hangi konuların özel denetim çerçevesinde irdelenmesi gerektiği belirli bir konu sınırlaması yapılarak ortaya konulmadığından, özel denetçinin faaliyetlerini oldukça zorlaştıracak ve özel denetim raporu eğer konuyu aydınlatmada yetersiz kalırsa, yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verecektir.

Örnek 2: Yarg.11. HD’nin 2013/18345 E., 2014/6983 K., 9.4.2014 T. kararı¹⁵³:

Karara konu olayda, davacı pay sahipleri davalı şirketin öz sermayesinin % 69,4746 oranında yitirdiğinin mahkeme kararı tespit edildiğini, davalı şirketin 30.10.2012 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında şirkete özel denetçi atanması taleplerinin reddedildiğini, oysa davalı şirket hesaplarında usulsüzlükler bulunduğu gerekçesiyle şirkete özel denetçi atanmasını talep etmişlerdir.

¹⁵³ “DAVA : Taraflar arasında görülen davada ... 2. Asliye Hukuk Mahkemesi’nce verilen 28/03/2013 tarih ve 2012/581-2013/280 Sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi ... tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR : Davacılar vekili, davacıların davalı şirketin ortakları olduğunu, davalı şirketin öz sermayesinin % 69,4746 oranında yitirdiğinin mahkeme kararı tespit edildiğini, davalı şirketin 30.10.2012 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısında şirkete özel denetçi atanması taleplerinin reddedildiğini, oysa davalı şirket hesaplarında usulsüzlükler bulunduğu gerekçesiyle 6102 Sayılı TTK’nın 439. maddesi gereğince davalı şirkete özel denetçi atanmasını talep ve dava etmişlerdir. Davalı vekili, şirket öz sermayesinin tespitine dair kararın bu davaya dayanak yapılmayacağını, davacıların şirketi elbirliği ile batırmak için çabaladıklarını, gerçeğe aykırı alacak iddiasında bulunduklarını, fahiş miktarlarla alacaklar talep ettiklerini şirket ortaklığından ayrılarak rekabet yasağını aşarak ayrı bir şirket ile ticaret yapmak istediklerini belirterek davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre davanın kabulüyle davalı şirkete şirketin altı aya aşkın bir zamandan öz sermayesini büyük oranda yitirip yitirmediğini büyük ortak “... Gıda Yağ Tarım San. İth. İhr. Ve Tic. Ltd. Şti.’nin alacaklarının ortaklar cari hesabına değil satıcılar hesabına kaydederek faiz işletilip işletilmediği, bu bedeller karşılığında herhangi bir mal ve hizmet alımı yapıp yapılmadığı, ortaklardan ...’nin şirkete vermiş olduğu danışmanlık hizmeti kapsamında kesmiş olduğu fatura bedellerinin cari hesaba kaydedilip kaydedilmediği hususlarında özel denetçi olarak “... Acar’ın bağımsız denetçi olarak atanmasına karar verilmiştir.

Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir Dava, 6102 Sayılı TTK’nın 439. maddesi gereğince davalı şirkete özel denetçi atanmasına dair olup, mahkemece verilen karar aynı Kanun’un 440. maddesi gereğince kesin olduğundan davalı vekilinin temyiz isteminin reddi gerekmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan sebeplerle davalı vekilinin temyiz isteminin REDDİNE, alınmadığı anlaşılan 119,00 TL temyiz başvuru harcı ile 25,20 TL temyiz ilam harcının temyiz eden davalıdan alınmasına, 09.04.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (<http://www.kazanci.com>, erişim: 10.04.2018).

Bunun üzerine ilk derece mahkemesinin verdiği karar aynen şu şekildedir:

“Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre davanın kabulü ile davalı şirkete şirketin altı aya aşkın bir zamandan öz sermayesini büyük oranda yitirip yitirmediğini büyük ortak “... Gıda Yağ Tarım San. İth. İhr. Ve Tic. Ltd. Şti.’nin alacaklarının ortaklar cari hesabına değil satıcılar hesabına kaydederek faiz işletilip işletilmediği, bu bedeller karşılığında herhangi bir mal ve hizmet alımı yapıp yapılmadığı, ortaklardan ...’nin şirkete vermiş olduğu danışmanlık hizmeti kapsamında kesmiş olduğu fatura bedellerinin cari hesaba kaydedilip kaydedilmediği hususlarında özel denetçi olarak... Acar’ın ... atanmasına karar verilmiştir”.

Kanımızca ilk derece mahkemesinin davacı talepleri karşısındaki yaklaşımı oldukça isabetlidir. Zira pay sahibinin bilgi almak istediği karanlıkta kalmış konu doğru şekilde tespit edilmiş ve özel denetçinin amaca uygun bir çalışma yapmasını sağlayacak sorular sınırları çizilerek, oldukça net bir şekilde ortaya konmuştur.

Örnek 3: Yarg. 11. HD’nin 2015/1150 E., 2015/13896 K., 24.12.2015 T. kararı ¹⁵⁴:

Karara konu olayda, davacı pay sahiplerinden N.E. ihtarname ile şirketten bilgi ve inceleme talebinde bulunmuş, bunun üzerine davalı şirket talebi kabul ederek 15.05.2013 tarihinde bilgi ve belgelerin hazır edileceğini kendisine bildirmiştir. Buna karşın, pay sahibinin iddiasına göre, bu tarihte belgelerin tümü hazır edilmemiş, bir kısım belgeler kendisine hiç verilmemiş, dolayısıyla bilgi ve inceleme hakkını ancak kısmi olarak kullanabilmiştir.

Öte yandan, diğer davacı pay sahiplerinin iddiasına göre, şirketten talep ettikleri bilgi ve belgeler, olağan genel kurul toplantısından bir gün önce ve eksik olarak kendilerine teslim edilmiştir. Pay sahipleri, şirketin peynir sektörüne ilişkin imalat tablolarının ibrazından kaçınıldığını, kendilerine sadece özet olarak tek sayfalık bir tablo verildiğini, bu nedenle davalı şirketin kapasitesi ve elde ettiği gelir konusunda inceleme yapamadıklarını ileri sürmektedirler.

¹⁵⁴ “..DAVA : Taraflar arasında görülen davada..... verilen 15.10.2014 tarih ve 2014/1041-2014/450 Sayılı kararın duruşmalı olarak incelenmesi davacılar vekili tarafından istenmiş olup, duruşma için belirlenen 22.12.2015 günü hazır bulunan davacılar vekili Av. ile davalı vekili Av. T. Y. dinlenildikten sonra duruşmalı işlerin yoğunluğu ve süre darlığından ötürü işin incelenerek karara bağlanması ileriye bırakıldı. Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlenildikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:

KARAR : Davacılar vekili, peynir ve mamulleri sektöründe faaliyet gösteren davalı şirketin 1996 yılında şirketleştiğini, mevcut duruma göre davalı şirketin toplam hisse adedinin 280.000 olduğunu, müvekkillerinin bunun 75.712 adedine sahip bulunduklarını, şirketin hakim ortaklarının şirketin işleyişi, ciro, kar dağılımı gibi konularda müvekkillerine bilgi

Yaşanan bu gelişmeler üzerine, bilgi alma ve inceleme haklarını yeterince kullanamadıklarını düşünen pay sahipleri, olağan genel kurul toplantısında özel denetçi atanması talebinde bulunmuşlar, ancak talepleri reddedilmiştir. Bunun üzerine, pay sahipleri, şirketin hâkim ortaklarının şirketin işleyişi, ciro, kar dağılımı gibi konularda kendilerine bilgi vermekten kaçındıklarını, şirketi kendi inisiyatifleri ve kendi menfaatleri doğrultusunda yönettiklerini ileri sürerek, “*şirketin üretim miktarı ile bu üretim miktarıyla elde edilecek kâr durumu, randıman, maliyet ve satış analizi*” konularında mahkemeden özel denetçi atanması talebinde bulunmuşlardır.

Mahkeme inceleme sonucunda, “*dava tarihi itibarıyla davalı şirketin ekonomik durumunun iyi olduğu süreç içerisinde de kârını arttırarak ekonomik faaliyetini devam ettirdiği, özel denetçi atanması gerektiren bir koşulun bulunmadığı*” gerekçesiyle davanın reddine karar vermiştir. Kanımızca mahkemenin bu yaklaşımı, özel denetim müessesinin amacına aykırıdır. Zira özel denetim, bir şirketin kârlılığının devam edip etmediğine veya pay

vermekten imtina ettiklerini, şirketi kendi inisiyatifleri ve kendi menfaatleri doğrultusunda yönettiklerini, müvekkillerinden N.. E.’un ihtarname ile bilgi inceleme talep ettiğini, davalı şirket tarafından bunu kabul edilerek 15.5.2013 tarihinde bilgi ve belgelerin hazır edileceğinin bildirildiğini ancak bu tarihte belgelerin tümünün hazır edilmediğini, bir kısım belgelerin müvekkiline verildiğini, bu sebeple müvekkilinin bilgi inceleme hakkını kısmi olarak kullanabildiğini, eksik kalan belgelerin de müvekkilleri tarafından ihtarname ile istendiğini, 2013 Mart ayı sonuna kadar yapılması gereken genel kurul toplantısının 20.6.2013 tarihinde yapıldığını, diğer müvekkillerince istenilen bilgi ve belgelerin genel kurul toplantısından bir gün önce müvekkillerine teslim edildiğini, ancak müvekkilleri tarafından talep edilen peynir sektörüne dair şirkete ait imalat tablolarının ibrazından kaçınıldığını, sadece özet olarak tek sayfalık bir tablo verildiğini, bu sebeple davalı şirketin kapasitesi ve elde ettiği gelir konusunda inceleme yapamadıklarını, 20.6.2013 tarihinde yapılan olağan genel kurul toplantısında şirkete özel denetçi atanmasını talep ettiklerini ancak bu istemlerinin reddedildiğini ileri sürerek, TTK’nın 438. maddesi uyarınca davalı şirketin üretim miktarı ile bu üretim miktarıyla elde edilecek kar durumu, randıman, maliyet ve satış analizi konusunda özel denetçi atanmasını talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacı tarafın bilgi edinme hakkını kullandığını, yeterli bilgiyi elde edip mütalaa da aldığını, davacılardan aynı sektörde faaliyet gösteren başka bir şirkette yönetici ve ortak konumunda olduğunu, bu sebeple rekabet kuralları çerçevesinde bilgi edinme haklarının sınırlı olduğunu, özel denetçi atanması için de ön koşulların oluşmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, toplanan kanıtlar ve bilirkişi raporuna göre, dava tarihi itibarıyla davalı şirketin ekonomik durumunun iyi olduğu süreç içerisinde de karını artarak ekonomik faaliyetini devam ettirdiği, özel denetçi atanması gerektiren bir koşulun bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiştir. Kararı, davacılar vekili temyiz etmiştir. 6102 Sayılı TTK’nın 440. maddesi gereğince özel denetçi atanması istemine dair olarak mahkemece verilen kararlar kesin olmakla davacılar vekilinin temyiz isteminin reddine karar verilmiştir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan sebeplerle davacılar vekilinin temyiz isteminin REDDİNE, takdir olunan 1.350 TL duruşma vekalet ücretinin davacılardan alınarak davalıya verilmesine, ödedikleri temyiz peşin harcın istekleri halinde temyiz edenlere iadesine, 24.12.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (<http://www.kazanci.com>, erişim: 10.04.2018).

sahiplerinin salt mali haklarının miktarını tespitine yönelik bir faaliyet değildir. Bu çerçevede, mahkemelerin odak noktasının “*pay sahibinin bilgi alma ve inceleme hakkını kullanıp kullanmadığı*” olması gerekirken, verilen karar yerinde değildir. Yapılması gereken, TTK m. 438’de belirtilen şartların oluşup oluşmadığının incelenmesidir.

Örnek 4: Yarg. 11. HD., 2015/5678 E., 2015/12747 K., 30.11.2015 T. kararı¹⁵⁵:

Karara konu olayda, davacı pay sahibi şirketin idaresi ve mali yönetimi hakkında bilgi alamadığını, bu hususta ihtarname ile bilgi istendiği hâlde

¹⁵⁵ “*DAVA : Taraflar arasında görülen davada Ankara 10. Asliye Ticaret Mahkemesi’nce verilen 17/12/2014 tarih ve 2013/218-2014/667 sayılı kararın Yargıtayca incelenmesi davalı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla, dava dosyası için Tetkik Hakimi tarafından düzenlenen rapor dinlendikten ve yine dosya içerisindeki dilekçe, layihalar, duruşma tutanakları ve tüm belgeler okunup, incelendikten sonra işin gereği görüşülüp, düşünüldü:*

KARAR : Davacı vekili, müvekkilinin davalı şirketin toplam sermayesinin yüzde 30,3’üne sahip olduğunu, şirket ortakları ile varılan mutabakat sonucu genel müdürlük ve yönetim kurulu üyeliği görevinden ayrıldığını, bilahare şirketin idaresi ve mali yönetimi hakkında bilgi alamadığını, bu hususta ihtarname ile bilgi istendiği halde cevap verilmediğini, bilgi alma ve inceleme hakkına istinaden şirketin genel merkezine gittiği halde belgelerin şirket merkezinde olmadığı ve şirket merkezinin terk edildiği bilgisinin verildiğini, şirket gelirlerinin yurt dışı iştiraklerine aktarılaraq şirketin içinin boşaltıldığını, müvekkilinin kar payı hakkından mahrum bırakıldığını, şirketin mali durumunun aydınlatılabilmesi için şirket defterlerinin yeminli mali müşavir tarafından incelenmesi yönündeki talebin genel kurulda oy çokluğu ile reddedildiğini, yönetim kurulunun şirketi ve pay sahiplerini zarara uğrattığını ileri sürerek, davalı şirketin yurt dışındaki iştiraki ile şubeleri ve Türkmenistan’daki projelerle ilgili ve genel olarak mali durumunun aydınlatılabilmesi için 6102 sayılı TTK’nın 439. maddesi gereğince bir yeminli mali müşavirin, özel denetçi olarak atanmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davacının iddialarının gerçeği yansıtmadığını, şirkete özel denetçi atanmasını gerektirir şartların oluşmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir. Mahkemece iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre; davalı şirketin yurt dışındaki iştirakleri ve şubeleri ile Türkmenistan’daki projelerle ilgili mali durumu ile bağlantılı olarak şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmenin ihlal edip etmedikleri, pay sahiplerini zarara uğratmış olup olmadıkları hususlarında Mali Müşavir A. A.’ın davalı şirkete 6102 sayılı TTK’nın 442. maddesine uygun rapor düzenlemek üzere denetçi olarak atanmasına karar verilmiştir. Kararın, davalı vekili temyiz edilmesi üzerine, mahkemece 09.12.2015 tarihli aynı esas üzerinden verilen ek kararla, verilen kararın kesin olduğu, temyizi kabil olmayan dava türünden olduğu gerekçesiyle temyiz isteminin reddine karar verilmiştir. Ek karar, davalı vekilince temyiz edilmiştir. Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.

SONUÇ : Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, davalı vekilinin bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan ek kararın ONANMASINA, temyiz harcı peşin alındığından başkaca harç alınmasına mahal olmadığına, 30/11/2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” [Yarg. 11. HD., E. 2015/5678 K. 2015/12747 T. 30.11.2015] (<http://www.kazanci.com>, erişim: 10.04.2019).

kendisine cevap verilmediğini, bilgi alma ve inceleme hakkına istinaden şirketin genel merkezine gitmesine rağmen belgelerin şirket merkezinde olmadığı ve şirket merkezinin terk edildiği bilgisinin kendisine verildiğini, şirket gelirlerinin yurt dışı iştiraklerine aktarılarak şirketin içinin boşaltıldığını, kendisinin kâr payı hakkından mahrum bırakıldığını, şirketin mali durumunun aydınlatılabilmesi için şirket defterlerinin yeminli mali müşavir tarafından incelenmesi yönündeki talebin genel kurulda oy çokluğu ile reddedildiğini, yönetim kurulunun şirketi ve pay sahiplerini zarara uğrattığını ileri sürerek, “*şirketin yurt dışındaki iştiraki ile şubeleri ve Türkmenistan'daki projelerle ilgili ve genel olarak mali durumunun aydınlatılabilmesi*” amacıyla mahkemeden özel denetçi atanmasını dava etmiştir.

Mahkeme yaptığı inceleme sonucunda “*davalı şirketin yurt dışındaki iştirakleri ve şubeleri ile Türkmenistan'daki projelerle ilgili mali durumu ile bağlantılı olarak şirket organlarının kanunu veya esas sözleşmenin ihlal edip etmedikleri, pay sahiplerini zarara uğratmış olup olmadıkları hususlarında*” rapor hazırlamak üzere özel denetçi atanmasına karar vermiştir.

Yargıtay'ın TTK m. 440 nedeniyle temyiz incelemesini reddettiği bu kararında, ilk derece mahkemesi, pay sahipliği haklarının kullanımıyla özel denetim talebi arasında “anlaşılabilir bir bağlantı” kurarak özel denetçi atanması talebini kabul etmiştir. Nitekim söz konusu projelerde şirket organları kanunu veya esas sözleşmenin ihlâl etmiş yahut pay sahiplerinin mali haklarını zarara uğratmışsa, kendilerine karşı sorumluluk davası açılabilecektir. Diğer taraftan, özel denetim faaliyeti sonucunda elde edilecek rapor, yaptığı tespitler itibarıyla, genel kurul veya yönetim kurulunun aldığı kararların geçersizliğine karşı açacağı muhtemel davalarda pay sahibine ispat kolaylığı sağlayacaktır.

“*Şirketin yurt dışındaki iştirakleri ve şubeleri ile Türkmenistan'daki projelerle ilgili mali durumu ile bağlantılı*” tüm hususların özel denetime konu edilmesi ilk bakışta “*belirlilik ilkesi*” bağlamında tartışmaya açık görülebilir. Zira salt şirket faaliyetlerinin yurt dışında gerçekleşiyor olması, pay sahiplerinin bu işlemler ile ilgili olarak bilgi almadığı veya alamayacağı anlamına gelmemektedir. Neticede yurt dışındaki faaliyetlerin icrası amacıyla yapılan yatırımlar ve bunların neticeleri, şirketin zorunlu olarak tutması gereken defterlerinde genel hatları ile ortaya konulacaktır. Ancak, somut olaydaki “*ihhtarname ile bilgi istendiği halde cevap verilmediği, bilgi alma ve inceleme hakkına istinaden şirketin genel merkezine gidilmesine rağmen belgelerin şirket merkezinde olmadığı ve şirket merkezinin terk edildiği bilgisinin verildiği, şirket gelirlerinin yurt dışı iştiraklerine aktarılarak şirketin içinin boşaltıldığı, pay sahibinin kâr payı hakkından mahrum bırakıldığı*” iddiaları karşısında, söz konusu kararın yerinde olduğu anlaşılabilecektir.

2. İsviçre Mahkemelerinin Yaklaşımı

Ülkemiz uygulamasının aksine, özel denetim kurumuyla ilgili köklü bir geçmişe sahip olan İsviçre Mahkemeleri, TTK m. 438’de (İsv. BK. m. 697a) yer alan belirlilik kriterinin nasıl uyguladıklarına ilişkin fikir verebilecek örnek kararlara aşağıda yer verilmiştir.

Örnek 1: İsviçre Federal Mahkemesi’nin BGE 4A_180/2017 sayılı kararı¹⁵⁶:

Olayın Özeti:

Davacı pay sahibi BB’nin beyanlarına göre, E, F ve G anonim şirketleri, ana şirket olarak yine bir anonim şirket olan H holding şirketinde doğrudan ve dolaylı olarak paya sahiptir. Bu şirketler daha sonra A grup şirketlerini oluşturmuşlardır; ancak bu gruptaki pay sahipliği yapısı (pay sahipleri ve pay oranları) çeşitli açılardan net değildir. H Holding Şirketi’nde yönetim kurulu, I (başkan), abisi CB ve davacı BB’den oluşmakta iken; BB, 28.04.2016 yönetim kurulundan istifa etmiştir.

Davacı pay sahibi, Holding’in 2015 tarihli olağan genel kurulunda yönetim kurulunun A Grup şirketleri ile ilgili bir dizi soruyu yanıtlamasını talep etmesine rağmen sorularının cevaplanmaması üzerine, 14.01.2016 tarihli olağan genel kurul toplantısında, özel denetçi talep etmiş; genel kurul tarafından yapılan oylamada % 45’in olumlu oyuna karşı % 55 olumsuz oyu karşısında talep reddedilmiştir. Bunun üzerine pay sahibi, 29.03.2016’da, üç alanla ilgili belirli konuları netleştirmek için mahkemeden özel bir denetçi atanmasını talep etmiştir:

- E Anonim Şirketi’nde yönetim kurulu üyesi olarak I’nın atanmasından sonra, şirketin faaliyetlerinin durdurulması,
- H Holding Şirketi’ne yapılan kira ödemelerinde, CB tarafından yapılan indirimler,
- E Anonim Şirketi’ndeki yönetim kurulu faaliyetleri sebebiyle I’ya yapılan ödemeler.

Davacının iddiasına göre, CB ve I, H Holding Şirketi’nin tüm yapısını değiştirerek, iştiraklerini ticari amaçlar dışında tasfiye etmeyi amaçlamaktadır. Ayrıca, I, yöneticisi olarak faaliyetlerde bulunduğu ana şirket ve bağlı şirketlerde aldığı ücretleri, gerçek olandan farklı şekilde yansıtmaktadır.

01.03.2017 tarihli kararla, Mahkeme talebi kısmen onaylayarak özel denetçinin tayin edilmesine karar vermiştir. Mahkeme kararında özel denetçiden aşağıdaki soruların cevaplanmasını istemiştir:

1.1. BB’nin ayrılmasından itibaren E Anonim Şirketi tarafından verilen hizmetlere ilişkin olarak ne zaman ve hangi miktarlarda müşterilere muafiyet sağlanmıştır?

¹⁵⁶ (<https://www.bger.ch/>, erişim: 03.04.2018).

1.2. BB'nin ayrılmasından itibaren E Anonim Şirketi tarafından elde edilen net gelir nedir?

1.3. BB'nin ayrılmasından itibaren kaç tane müşteri E Anonim Şirketi ile olan sözleşmesini feshetmiştir ve tam tersine, E Anonim Şirketi ve I, kaç tane müşterisiyle arasındaki sözleşmeyi feshetmiştir?

1.4. Müşterilerin yararına E Anonim Şirketi tarafından sağlanan hizmetler karşılığı olarak müşteriler tarafından ödenmemiş fatura bedellerinin toplamı nedir ve bu faturalar ne zamandan beri tahsil edilmemektedir?

1.5. I'nın E Anonim Şirketi yönetim kuruluna seçilmesinden bu yana, kaç tane sözleşme sona erdirilmiştir ve bu sona erdirilen sözleşmeler hangileridir? Ayrıca, sona erdirilen sözleşmelerin şirketin geçen mali yıl içerisindeki toplam gelirine oranı nedir?

1.6. I'nın E Anonim Şirketi yönetim kuruluna seçilmesinden bu yana, yeni müşterilerle kaç tane sözleşme yapılmıştır ve bu sözleşmeler hangileridir?

1.7. E Anonim Şirketi'nin müşterileri ve üçüncü kişiler, BB'nin yönetim kurulundan istifası ve şirketle olan iş akdinin sona erdirilmesiyle ilgili olarak ne zaman, kim tarafından ve nasıl haberdar edildiler?

1.8. Yönetim kurulu seçimlerinden bu yana I ile E Anonim Şirketi, var olan müşterileri korumak için ne gibi önlemler almıştır?

1.9. Yönetim kurulu seçimlerinden sonra I, E Anonim Şirketi'nin müşterileriyle ne zaman ve hangi şekilde iletişime geçmiştir?

1.10. BB'nin yönetim kurulundan ayrılmasının ve E Anonim Şirketiyle aralarındaki iş akdinin feshedilmesinin şirkete olan maliyeti nedir?

1.11. E Anonim Şirketi tarafından yönetim kurulu üyesi I'ya ödenecek olan ücretler nelerdir?

1.12. I, E Anonim Şirketi yönetim kurulu üyesi olarak görev yaptığı süre içinde hangi esaslara göre ücret aldı?

Örnek 2: İsviçre Federal Mahkemesi 20.06.2013 tarih ve 4A_129/2013 Sayılı Kararı¹⁵⁷:

Federal Mahkemenin kararına yansıyan bu olayda, ilk derece mahkemesinin liste hâlinde tespit ettiği özel denetim konuları dikkat çekicidir:

Olayın Özeti:

2011 yılında, X Holding AŞ, şirket yönetim kurulu başkanı B'ye 1.250.000 CHF tutarında bir kredi vermiştir. 26.06.2012 tarihinde, davacı pay sahibi olan azınlık hissedarı A, bu krediyle ilgili olarak kredi karşılığında alınan teminatlar, karşılıklı alacaklar ile şirket ve yönetim kurulu üyeleri veya onların aile üyeleri arasında çıkar çatışmalarını önlemek için alınan tedbirler hakkında sorular

¹⁵⁷ (<https://www.bger.ch/>, erişim: 03.04.2018).

yönelmiştir. A tarafından yöneltilen sorularla ilgili olarak yönetim kurulu başkanı tarafından verilen cevapta yeterince bilgilendirme yapılmadığından A, 26.09.2012 mahkemeden özel denetim talebinde bulunmuştur. Mahkeme, 04.01.2013 tarihli kararla, aşağıda yer alan soruları cevaplamak ve şu hususları araştırmak üzere avukat C'yi özel denetçi tayin etmiştir: *“2011 yılında B'ye sağlanan 1.25 milyon CHF krediyle bağlantılı olarak alınan teminatlar ve yönetim kurulu üyeleri (ve aileleri) ile şirket arasındaki çıkar çatışmasından kaçınmak için alınan tedbirler”*.

Kararın 3. maddesine göre, özel denetçi aşağıdaki soruları netleştirmelidir:

3.1. Kredinin amacı nedir?

3.2.1. Kredi için şirkete verilen teminatlar nelerdir (ayrıntılı bilgi) ?

3.2.2. Aldığı krediye karşılık teminat olarak şirketten alacağı primleri gösteren B, şirket kâr elde etmediği takdirde krediyi nasıl ödeyecektir?

3.2.3. Kredi karşılığında teminat olarak gösterilen (B'ye ödenecek) primlerin dağıtılmasının kriterleri nelerdir?

3.2.4. Yönetim kurulu ve/veya yönetim kurulu başkanı, niçin potansiyel bir ikramiyeyi mevcut bir krediye ilişkin geçerli bir teminat olarak kabul etmektedir?

3.2.5. 2011 yıllık raporunun (İşletme Raporu) 24. sayfasında verilen krediyle ilgili olarak yer alan “diğer teminatlar” nelerdir (ayrıntılı bilgi)?

3.3. Şirket ile yöneticiler arasında kredi ile bağlantılı olarak ortaya çıkacak muhtemel çıkar çatışmasından kaçınmak için hangi önlemler alındı?

3.4. Özel denetçi, mevcut olay bağlamında tamamlayıcı nitelikte ve kredi ile ilgili önemli nitelikte başka bulgular tespit etti mi?

Federal Mahkeme, kararında esas itibarıyla şirketin yönetim kuruluna kredi verilmesiyle ilgili olarak özel denetim talep eden pay sahibinin hukuken korunabilir güncel bir menfaatinin olup olmadığını incelemiştir. Yapılan inceleme sonucunda Mahkeme, şirketin “mevcut piyasa koşullarına uygun olmayan şartlarda bir işlem yapmış” veya “pay sahiplerine bir zarar vermiş” olma ihtimaline binaen, “kredi sözleşmesinin şartlarının uygun olup olmadığının tespiti” için özel denetçi atanmasına karar vermiştir.

3. Kararların Toplu Değerlendirilmesi

Ülkemiz özel denetim uygulaması bakımından özel denetim müessesinin gelişimini engelleyen en önemli sebebin, ilk derece mahkemesi tarafından verilen özel denetim talebinin reddi kararlarının, temyiz safhasında kesin hüküm olarak değerlendirilerek esasa ilişkin değerlendirme yapılmaması olduğu görülmektedir. Hâl böyle olunca, uygulamada birlik sağlanamadığı gibi özel denetim konuları sağlıklı tespit edilememektedir. Diğer bir önemli sebep ise, ilk derece mahkemelerinin özel denetçi atanmasına karar

verdikleri olaylarda, özel denetim konularını açık ve net bir şekilde ortaya koyamamalarıdır. Türk Mahkemelerinin verdiği kararlar incelendiğinde, özel denetimin hangi pay sahipliği hakkını kullanması için gerekli olduğunu sorgulamadan veya aydınlatılması istenen konu somut şekilde tanımlanmadan özel denetçi isteminde bulunduğu görülmektedir. Bu durum, özel denetçinin faaliyetlerini oldukça zorlaştıracak ve özel denetim raporu eğer konuyu aydınlatmada yetersiz kalırsa, yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebebiyet verecektir.

İsviçre uygulamasına bakıldığında, İsviçre Mahkemelerinin kendilerine gelen talepleri titizlikle inceleyerek özel denetimin konu sınırlamasını liste usulüyle yaptığı görülmektedir. Bu yaklaşım, bir taraftan özel denetçinin işlerini oldukça kolaylaştırırken, diğer taraftan davalı şirketin de özel denetim incelemesi sırasında neyle karşılaşacağını belirli olmasını sağlar. Böylelikle, özel denetim, amaca yararlı bir süre içinde ve şirket işleri gereksiz yere aksatılmaksızın yapılmış olacaktır. Kanaatimizce bu yaklaşım, özel denetim kurumuyla hedeflenen amacın gerçekleşmesi ve davaların seri şekilde sona ermesi bakımından oldukça yerinde olup, Türk Mahkemelerine de yol gösterici niteliktedir.

İsviçre Federal Mahkemesi, özel denetime ilişkin kararın yerinde olup olmadığını incelerken, özel denetim şartlarının yerine getirilip getirilmediğini somut olayla bağlantılı olarak ortaya koymaktadır. Böylece, bir taraftan özel denetim şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediği doğru bir şekilde tespit edilmekte iken, diğer taraftan, sonraki olaylar bakımından ilk derece mahkemelerine yol gösterici ilkeler ortaya çıkabilmektedir.

SONUÇ

Pay sahiplerinin pay sahipliği haklarını kullanabilmeleri tam ve doğru bilgilendirilmiş olmalarına bağlıdır. Özel denetim kurumuyla, paya bağlı haklarını kullanmalarını kolaylaştırmak amacıyla pay sahiplerinin bilgi düzeyini artırmak hedeflenmektedir. Zira özel denetim isteme hakkı, pay sahipliği hakkının genel kurulda daha bilinçli ve etkin şekilde kullanımına hizmet eden en etkin yoldur. Özel denetim kurumuyla güdülen pratik amaçsa, kurucular, yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler hakkında tazminat ve ceza davası açılmasına olanak sağlayabilecek işlem ve eylemleri ortaya çıkarmak, bilançonun gerçeklik ve doğruluk ilkesine uygun olarak düzenlenip düzenlenmediğini anlamak, esas sermaye arttırımı, azaltımı, tasfiye gibi işlemlerin kanun ve esas sözleşmeye uygun yapıp yapılmadığını saptamak ve yolsuz işlemlerin delillerini toplamaktır. Bu yönüyle özel denetim, pay sahiplerine yasal olarak verilmiş yönetim kuruluna yönelik genel bir tehdit veya baskı aracıdır.

Anonim şirketlerde hali hazırda zorunlu nitelikte bağımsız bir denetim mekanizması varken özel denetime ihtiyaç var mıdır sorusu akıllara gelse

de her iki kurum incelendiğinde, amaç ve metot bakımından birbirinden oldukça farklı işlevlere sahip oldukları görülecektir. Bağımsız denetçiler kanun tarafından belirlenmiş konularda (muhasabe, bilanço vs.) ve düzenli olarak denetim yaparken; özel denetçiler, sınırları pay sahiplerinin sorduğu sorular doğrultusunda mahkeme tarafından çizilmiş belirli konularda düzenli olmayan bir denetim yapar. Özel denetçinin denetim konusu ile ilgili bütün belge ve bilgileri inceleme yetkisi bulunmaktadır ve tüm işlemlerin genel bir incelemesi yapılır. Bağımsız denetimin konusunu ise, şirketin finansal tabloları ile yıllık faaliyet raporunda yer alan finansal bilgiler oluşturur (TTK m. 398).

Özel denetim tâli nitelikte bir kurumdur. Özel denetim talep edilebilmesi için pay sahibinin öncelikle bilgi alma ve inceleme hakkının kullanılmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla bilgi alma ve inceleme kapsamında elde edilmiş veya talep halinde elde edilecek konularla ilgili özel denetime doğrudan başvurulamayacaktır. Buradan hareketle, özel denetim talep edilen konunun, önceden kullanılan bilgi alma ve inceleme konusuyla sınırlı olduğu sonucuna da varılır. Özel denetimin pay sahipliği haklarının kullanılması için gerekli olması gerekir. Pay sahibinin *“hukukun korunması gereken objektif güncel bir menfaatin”* olmaması durumunda özel denetim talep edilemeyecektir. Özel denetimin konusunu sadece belirli olaylar, özellikle ortaklıkla ilgili belirli vakıalar oluşturmaktadır.

Denetim konusunun belirli olması, varlığının tespitinde güçlükler yaşanacak subjektif bir kavramdır. Bu kavramı yorumlarken, özel denetçi tayinini talep eden pay sahibinin ya da azlığın, genellikle, şirketin dışında ve çoğunlukla yönetime dâhil edilmeyen, ortaklıkla ilişkisi genel kurula katılmak ve finansal tablolar ile raporlardan bilgi edinmekle sınırlı olduğu gerçeği dikkate alınmalıdır. Kanunda yer alan bu ilkenin, pay sahipleri yararına geniş yorumlanması gerekmektedir. Dolayısıyla olayların belirliliğini ararken, her yönüyle somut bir şekilde ortaya konulmuş olanı değil, çerçevesi az çok çizilmiş olayları da bu kapsama dâhil etmek gerekir.

Kanunun gerekçesinden, *“belirli”* ifadesiyle, belli türde, nitelikte ve önemde olay kastedilmediği; *“belirli”* kavramının, olay bağlamında tanımlanabilen, içeriği ve sınırları belirli olan, genel nitelik taşımayan anlamına geldiği ortaya konulmuştur. Belirli konu şirketin herhangi bir işi, işlemi, kararı, finansal durumu, finansman ihtiyacı, hâkim şirketin (işletmenin) kararları veya şirkete verdiği kayıplar olabilir.

Özel denetim, *“amaca uygunluk”* (yerindelik) denetimi olmadığından, ortaklık işleyişinin amaca uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin tespiti (organların takdir yetkisini inceleme) özel denetime konu olamaz. Yine, hukuka uygunluk denetimi olmadığından, bir davranışın hukuka uygun olup olmadığı, mantıkî illiyet bağının bulunup bulunmadığı, ne miktarda tazminat hakkının olduğu türünden hukuki sorunların aydınlatılmasını konu edinemez. Buradan

hareketle, X yılı bilançosunun kanuna uygunluk açısından değerlendirilmesi, anonim şirketin hammadde alım politikasının doğru olup olmadığı veya anonim şirketin çalıştığı sektördeki pazar durumu ve yönetim kurulunun bu pazarın isteklerine uygun çalışıp çalışmadığı türünden konular, özel denetimin konusunu teşkil edemez.

Özel denetim, pay sahiplerini ilgilendiren belirli olayları açıklığa kavuşturmayı hedef tutan bir inceleme aracı olduğundan, şirketin genel durumuyla ilgili özel denetim talebinde bulunulamaz. Zira özel denetim, belirli bir hedef olmadan yapılan bir inceleme aracı olmayıp, olayları tespit eden bir rapor niteliğindedir. Dolayısıyla şirketin genel durumunun araştırılması, kâr-zarar durumunun tespiti yahut belirli kararların kanuna uygunluğu türünden vakıalar özel denetime konu olamaz. Özel denetimin konusu, içeriği ve sınırları belli olan genel nitelik taşımayan somutlaştırılmış olaylardır. Dolayısıyla pay sahibinin bir hakkın ihlâl edilmiş olabileceği ümidiyle tamamen araştırmaya yönelik bir talep, özel denetime konu olamaz. Şirket sırrı ve araştırma konusunun objektif imkânsız olması da özel denetimin kapsamına dâhil olamaz.

Öğretide de isabetli şekilde belirtildiği üzere, *“anonim ortaklığın ürünlerinin pay sahiplerinden bazılarına düşük fiyata devredilip devredilmediği, şirketin yapmış olduğu bir sözleşmenin içeriği ve koşullarına, yönetim kurulu tarafından yapılan indirimler ve bunların nedenleri, sermaye arttırımında yeni pay alma hakkının kabul edilmemesinin gerekçeleri, şirkete katılımlar, maddi kaynakların kesilmesi, akrabalık ilişkileri ve bunun şirket işleyişindeki rolü, hammadde fiyatının altında mamul ürün satılıp satılmadığı, sebebi ve miktarı”* türünden konular, özel denetim kurumunun amacına uygun konulardır.

Yayınlanmış Yargıtay kararları incelendiğinde, ülkemiz uygulamasında, bilgi alma ve inceleme hakkı tam olarak kullanılmaksızın özel denetim isteminde bulunulduğu ve talep sahiplerinin konuyu sınırlandırmaksızın genel geçer ifadelerle talepte bulundukları görülmektedir. Öte yandan, mahkemeler de önlerine gelen olaylarda, kabul ettikleri özel denetim taleplerini, belirli bir süzgeçten geçirip hukuki probleme çözüm bulmaya çalışacak bir yaklaşımla irdeleyerek özel denetim konusunu sınırlayamamaktadır. Özel denetimi uzun yıllardır uygulayan İsviçre Mahkemeleri, somut uyuşmazlıkta kendilerine yöneltilen talepleri analiz ederek, sistematik şekilde katalog sorular hazırlamak suretiyle özel denetçiye görevlendirmektedirler. Kanaatimizce bu yaklaşım, özel denetim kurumuyla hedeflenen amacın gerçekleşmesi ve davaların seri şekilde sona ermesi bakımından oldukça yerinde olup, Türk Mahkemelerine de yol gösterici niteliktedir. Böylece, özel denetim, amaca yararlı bir süre içinde ve şirket işleri gereksiz yere aksatılmaksızın yapılmış olacaktır.

KAYNAKÇA

- AKBAY, Direnç; “Ortaklıklarda Özel Denetimin Konusu”, DEÜHFD, C. 21, Sa. 2, Y. 2019, ss. 629-660.
- AKDAĞ GÜNEY, Necla; “Anonim Şirketlerde Özel Denetime İlişkin TTK md. 438 ve 439’a İlişkin Değerlendirmeler”, Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, ss. 55-76.
- ALTAŞ, Soner; Şirket Denetimi (Bağımsız Denetçi, Denetçi ve Özel Denetçi), Ankara 2015.
- ALTAY, Sıtkı Anlam; “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetimin Koşullarına İlişkin Düşünceler”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, Sa. 2, Y. 2013, ss. 55-76 (Özel Denetim).
- ALTAY, Sıtkı Anlam; “Bağımsız Denetim Karşısında Anonim Ortaklık Organlarının İşleyişi”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan), C. 2, Sa.1, Y. 2010, ss. 963-989 (Bağımsız Denetim).
- ARI, Ahmet; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Özel Denetim”, Legal Hukuk Dergisi, C. 9, Sa. 100, Y. 2011, ss. 1413-1442.
- ARI, Zekeriyya; Anonim Şirketlerin Denetimi, Bursa 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet; Ortaklıklar Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2019.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan; Şirketler Hukuku, Bursa 2013.
- ÇELİK, Aydın; “Anonim Ortaklıklarda Özel Denetçi Tayini”, Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan, İstanbul 2006, ss. 77-115.
- DEĞİRMENCİOĞLU AYDIN, Nihan; Anonim Şirketlerde Özel Denetim İsteme Hakkı, İstanbul 2015.
- DOLU, Ali Murat; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı, İstanbul 2017.
- GENCER, Hakan; Anonim Şirketlerde Azınlık ve Azınlık Hakları, Ankara 2019.
- GÜNAY, Gözde Engin; Anonim Ortaklıklar Hukuku’nda Özel Denetim, İstanbul 2018.
- GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E., Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul 2009.
- GÜVEN, Şirin; “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde Anonim Şirketler Hukukunda Özel Denetim”, Çankaya Üniversitesi Journal of Law, C. 8, Sa. 2, Y. 2011, ss. 134-175.
- HANNİ, Lino; “Worbereitung und Durchsetzung von Aktionärsklagen wie kann die Informationsasymmetrie überwunden werden?”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Sa. 4, Y. 2017, ss. 468-480.

- HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/WATTER, Rolf; Basler Kommentar II, 4. Auflage, Basel 2012.
- JANIG, Ronny; Die Aktienrechtliche Sonderprüfung, Baden 2005.
- KARASU, Rauf; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı”, BATİDER, Y. 2005, C. XXIII, S. 2, s. 71-114.
- KAYA, Arslan; Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı, Ankara 2001. (Bilgi Alma Hakkı).
- KAYA, Arslan; “Özel Denetim İsteme Hakkının Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı ile İlişkisi”, BATİDER, C. 31, Sa. 1, Y. 2015, ss. 61-83. (Özel Denetim).
- KENDİGELEN, Abuzer; Hukukî Mütalâalar, Cilt: XIII, İstanbul, 2013.
- KUNZ, Peter V.; “Zur Subsidiarität der Sonderprüfung”, SJZ 92 (1996), N. 1, ss. 1-5.
- KOCABIYIK, Sami; Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişilere Karşı Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2018.
- MANAVGAT, Çağlar; “Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Kapsamı”, BATİDER, C. XXX, Sa. 3, Y. 2014, ss. 41-61.
- MOROĞLU, Erdoğan; “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi”, İÜHFM, C. 42, Sa. 1-4, Y. 1976, ss. 341-358. (Özel Denetçi).
- MOROĞLU, Erdoğan; 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Değerlendirme ve Öneriler, 8. Bası, İstanbul 2016.
- NARBAY, Şafak; “Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’na Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim Yapılması Şartları ve Özel Denetçinin Atanması Usulü”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. I, İstanbul 2007, ss. 287-329.
- NARBAY, Şafak; Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Anonim Ortaklıkta Özel Denetim, İstanbul 2010. (Özel Denetim).
- ÖZDAMAR, Mehmet; “Anonim Şirketlerde Özel Denetim”, Erol Ulusoy (edt.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Bası, Ankara 2016, ss. 259-290.
- ÖZKAN, Ömer; “Türk ve İsviçre Anonim Ortaklıklar Hukukunda Özel Denetçi Atanması”, BATİDER, Y.1999, C. XX, Sa. 2, s. 27-49.
- ÖZKORKUT, Korkut; Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim, Ankara 2013.
- PASLI, Ali; “Anonim Ortaklıkta Özel Denetçi Tayini”, Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, (Bilgi Toplumunda Hukuk), C. I, İstanbul 2003, s. 612-640.
- PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2019.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar Hukuku, C.I, 13. Bası, İstanbul 2014. (Ortaklıklar Hukuku-I).

- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin; Ortaklıklar Hukuku, C.II, 13. Bası, İstanbul 2017. (Ortaklıklar Hukuku-II).
- PULAŞLI, Hasan; “Anonim Şirketlerde Özel Denetçi Atanması İsteminin Mukayeseli Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hamdi Yasaman’a Armağan, İstanbul 2017, ss. 589-613. (Mukayeseli Hukuk).
- PULAŞLI, Hasan; “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, ss. 1857-1888. (Karar).
- PULAŞLI, Hasan; “İsviçre Federal Mahkemesinin Yeni Kararları Işığında Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Özel Denetçi Atama İsteminin Değerlendirilmesi” Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C. XXIX, Ankara 2015. (Özel Denetçi Atama İstemi).
- PULAŞLI, Hasan; Şirketler Hukuku Şerhi, C. II, 3. Bası, Ankara 2018. (Şerh).
- SCHİMİDT-PACHİNGER, Sabine; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz: AktG Band 3: §§ 118-178, Goette, Wulf/Habersack, Mathias/Kalss, Susanne (edt.), 4. Auflage, München 2018.
- ŞENER, Oruç Hami; Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 4. Bası, Ankara 2019.
- TEKİNALP, Ünal; “Özel Denetim Talebinin Genel Kurul Tarafından Kanuna Uygun Olarak Reddedilmesi Halinde AO’nun Kendini Koruması Sorunu”, Sabih Arkan’a Armağan, İstanbul 2019, ss. 1275-1284.
- TOPÇUOĞLU, Metin; Yeni Türk Ticaret Kanunu’na Göre İşlem Denetçisi ve Sorumluluğu (Niteliği, Görevleri, İşlem Denetçisi ve Denetçinin Sorumluluğu), Ankara 2011.
- TOPSOY, Fevzi; “Anonim Ortaklıklarda Pay Sahiplerinin Özel Denetim İsteme Hakkı”, Erol Ulusoy (edt.), Anonim Şirketlerde Bireysel ve Azınlık Pay Sahibi Hakları, 2. Bası, Ankara 2016, ss. 291-337.
- TOROSLU, Mahmut Vefa; Türk Ticaret Kanunu Kapsamında Anonim Şirketlerde Denetim, Ankara 2015.
- UÇAR BULUT, Gülnur Ceren; Anonim Şirketlerde Özel Denetim, Ankara 2018.
- ÜÇİŞİK, Güzin/ÇELİK, Aydın; Anonim Ortaklıklar Hukuku, C.I, Ankara 2013.
- WEHNER, Markus; Die Sonderprüfung bei Kapitalgesellschaften, Wien 2011.

İnternet Kaynakları

- <https://www.bger.ch/> (son erişim: 03.04.2019).
- <https://www.lexpera.com.tr/> (son erişim: 10.12.2019).
- <http://www.kazanci.com/> (son erişim: 02.02.2020).
- <http://legalbank.net/> (son erişim: 20.02.2020).