

# AVUSTURYA ANONİM ŞİRKETLER HUKUKUNA GÖRE ÖZEL DENETÇİ

Dr. Erol ULUSOY

M.Ü. İ.İ.B.F. Ticaret Hukuku, Yardımcı Doçent

## Zusammenfassender Überblick

*Sonderprüfung ist eine Maßnahme insbesondere für die Kapitalgesellschaften, Unredlichkeiten und Vorschriftenverletzungen bei der Geschäftsführung aufzudecken. Daher haben die Gesetzgeber mit der Entscheidung über Bestellung eines Sonderprüfers die Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft ermächtigt und daneben wurden den Minderheitsaktionären trotz negativer HV-Entscheidung ein diesbezügliches gerichtliches Antragsrecht zugebilligt. In dieser Abhandlung werden die Regelungen nach dem österreichischen Aktienrecht, die mit den deutschen Bestimmungen (§§ 142 bis 147 AktG) wesentlich gleich sind, erläutert. Dann werden als Resümee die Anwendungsmöglichkeiten der österreichischen Bestimmungen über Gesetzeslücke bezüglich der Sonderprüfung nach dem türkischen Handelsgesetz erwähnt.*

## I-ÖZEL DENETİM TÜRLERİ

1965 tarihli Avusturya Anonim Şirketler Kanunu=AAŞK (Aktiengesetz=AktG), en az üç üyeden meydana gelen ve daimi şirket organı olan, üyelerinin arasında en az bir tane şirket çalışanlarının temsilcisinin de bulunduğu ve bir kurul halinde çalışan ve asli görevi şirket yönetiminin gözetimi olan gözetim kurulunun yaptığı olağan denetim faaliyetinin yanında<sup>1</sup>, bilirkişiler aracılığıyla yapılması gereken dört çeşit özel denetim türü düzenlemiştir: kuruluş işlemlerinin denetlenmesi (AAŞK md. 25), kuruluştan sonraki iki yıl içerisinde esas sermayenin % 10'unu aşan miktardaki ayınlara ilişkin muamelelerin özel denetimi (AAŞK md. 45/3), gözetim kurulunun bilirkişilere yaptırdığı özel uzmanlık gerektiren münferit hususların denetimi (AAŞK md. 95/3) ve bu makalenin konusu olan özel denetim (AAŞK md 118 vd.)<sup>2</sup>.

## II-GENEL KURUL KARARI İLE ÖZEL DENETÇİ TAYİNİ VE ÖZEL DENETİMİN KONUSU

Özel denetimin amacı kuruluştaki belirli bazı işlemlerin veya şirket organlarının faaliyetlerinin otaklık çıkarlarına aykırı davranıp davranmadıklarının, kanun ve şirket sözleşmesi ile kendilerine verilen görevlerini yerine getirip getirmediğinin tespit edilmesidir<sup>3</sup>. Özel denetim sonucuna göre hazırlanacak raporun aleni nitelik taşıması ve bu rapor sonucuna göre sorumluların görevlerinden azledilip azledilmeyecekleri, tazminat davası açılıp açılmayacağına karar verilecektir. Bu bağlamda özel denetim şirket menfaatlerinin korunması, dolaylı olarak da (azınlık) paydaşların paydaşlık sıfatlarından doğan gerek mali haklarının gerekse idari haklarının korunması amacıyla başvurulabilecek bir haktır, bir nevi silahtır. Bunun ötesinde özel denetimin yapılmasında iştirakların ve bağlı ortaklıkların, ortaklık personelinin, ilgili sendikanın ve otaklık alacaklılarının, şirketin faaliyette bulunduğu sektörün, şirket uluslararası alanda faaliyette bulunuyorsa global ekonominin menfaatleri de bulanmaktadır<sup>4</sup>.

Denetim faaliyetleri kural olarak gözetim kurulu tarafından yürütülmektedir. Bu nedenle gözetim kurulunun yetki ve görevlerinin devri anlamına gelecek şekilde, şirketle ilgili faaliyetlerin tamamının veya çoğunun özel denetçiler vasıtasıyla denetime tabii tutulmasına dair genel kurul kararları iptal edilebileceği gibi, azınlık ortakların bu yöndeki istemleri de sonuç doğurmaz. Özel denetime yalnızca kuruluşla veya şirket yönetimi ile ilgili belirli ve münferit işlemleri konu edilebilir<sup>5</sup>. Bu nedenle özel denetimin kapsamını, denetimi yapılması gereken muameleyi ferdan belirlemek gerekmektedir.

Genel kurulun özel denetçi atayabilmesi için herhangi bir toplantı nisabı öngörülmemiştir, bu nedenle genel kurul toplantıda hazır bulunan veya temsil edilen paydaşların oy çokluğuyla özel denetçi atanmasına karar verebilir (AAŞK md 108/4). AAŞK md. 118/1 gereğince sorumlu oldukları işlemler için özel denetçi tayininin gerek

<sup>1</sup> Gözetim kurulunun en önemli idari görevi, yönetim kurulu üyelerinin tayinidir (AAŞK md. 75). AK md 95/5 şirket yönetimine ilişkin yetkilerin gözetim kuruluna devredilemeyeceğini belirttiğinden sonra, yönetime ilişkin hangi işlemlerin gözetim kurulunun onayına-tabii olduğunu da 10 bend halinde saymıştır, örnek olarak, ticari mümessil atanması, ticari politikanın esaslarının saptanması, belirli bir meblagi asan kredi, istikraz işlemleri, yan işletmelerin acıması, kapatılması.

<sup>2</sup> Tacirlerin düzenlemeleri gereken bilanço ve kar zarar hesabının esaslarını belirten kanuna göre (Rechnungslegungsgesetz) yılsonu kapanış hesapları da özel bir denetçi tarafından denetlenmek zorundadır.

<sup>3</sup> Schiemer, § 118, Anm. 1.1; Keinert, 19; Kraft, 53; Jansen, 2

<sup>4</sup> Ulusoy E. 93

<sup>5</sup> OGH 27.9.1961 SN 34/127 GZ 5 Ob 266/61; Schiemer in Schiemer-Jabomeg-Strasser, § 118 Rz 2; Keinert, 19; Ritter, § 118 Rz 2a; Schlegelberger-Quassowski, § 118 Rz 2; Jansen 24; Brodmann, § 266 Anm 2c

olup olmadığına dair alınacak genel kurul kararları için sorumlu paydaşlar ne kendileri ne de diğer paydaşların temsilcisi olarak oy kullanabilirler<sup>6</sup>.

Genel kurulda müzakere edilen hususlarla en azından dolaylı bir bağlantısı olması koşuluyla, örneğin ibraya konu olan işlemler, bilanço ve kar zarar hesabının görüşülmesi sonucu ortaya çıkan kuşkulu muamelelerin araştırılması için, gündemde özel denetçi tayinine ilişkin bir maddenin bulunmasına lüzum yoktur<sup>7</sup>. Dolayısıyla, her olağan genel kurul toplantısında, gündemde yer almasa dahi özel denetçi atanabilmesi olanağı, halka açık anonim şirketlerin genel kurul toplantılarına olan ilgiyi daha canlı tutacaktır. Genel kurulda hazır bulunan her paydaş, temsilciler ise o yönde yazılı yetkileri bulunmaları şartıyla özel denetçi tayinine ilişkin karar alması için divan başkanlığına başvurabilir. Aynı şekilde otaklık organları da kendileri üzerindeki kuşkuların yok olması için özel denetçi tayinini talep edebilmelidirler.

Özel denetçinin şahsen belirlenmesi yetkisi yine genel kurula aittir, zira yaptıkları işlemleri özel denetime tabii olan şirket organlarının, kendilerini denetliyecek kimseleri kendilerinin seçmeleri özel denetimin amacına aykırı düşmektedir. A.AŞK md. 119/2'ye göre ne gözetim ve yönetim kurulu üyeleri ne de şirket çalışanları özel denetçi olarak seçilebilirler veya tayin edilebilirler. Aynı şekilde özel denetim yapılacak bir şirketin hakim olduğu veya bağlı olduğu diğer bir şirketin yönetim ve gözetim kurulu üyeleri ile çalışanları da özel denetçi olarak seçilemezler<sup>8</sup>. Bu yasağa rağmen yapılan seçimler mutlak butlan ile batıldır. Ancak genel kurul oy çokluğu ile özel denetimi gereği gibi yürütebilecek bilgi ve tecrübeye sahip olmayan kimseleri seçebileceği gibi, özel denetimin gereği gibi yapılmamasında menfaati olan kimselerin bizzat kendilerini de özel denetçi olarak seçebilir. Esas sermayenin % 10'una sahip azınlık paydaşlar mahkemeye müracaat ederek, genel kurulun özel denetçi olarak tayin ettiği kimseden başka birisinin özel denetçi olarak atanmasını talep edebilirler (A.AŞK md. 118/3). Özel denetimin yapılmasına karşı oy kullanan bir paydaşın özel denetçi olarak seçilmesi ise, sırf bu nedene dayanarak

azınlığın başka birisinin özel denetçi tayinini istemesini haklı kılmaz kanaatindeyim.

Azınlığın mahkemeye müracaatını genel kurul toplantısını müteakiben iki hafta içerisinde yapması gerekmektedir. Mahkeme kararından önce yönetim kurulu ve gözetim kurulunu da dinlemek zorundadır. Şirketin, talep etmesi ve azınlığın talebi doğrultusunda karar verilmesi halinde zarara uğrayabileceğine dair mahkemeye inandırıcı emareler sunması halinde, mahkeme başka bir kimsenin özel denetçi olarak atanmasını azınlığın teminat göstermesine bağlayabilir. Dava masraflarını, başka bir kimsenin özel denetçi olarak tayinini isteyen azınlığın ödemesi gerekmektedir. Özel denetime ilişkin masrafları ise, özel denetim genel kurul kararı uyarınca yapıldığından otaklık karşılar.

Genel kurul toplantı tarihinde zaman aşımına uğramış veya ibra kararlarının kapsamı içinde kalmış olsa dahi, kuruluştaki münferit işlemler ile gerek yönetim ve gözetim organlarının gerekse üst düzey yetkililerinin görevlerini ifa ederken yaptıkları münferit işlemler ile tasfiye memurlarının tasfiyeye ilişkin yaptıkları işlemler yine münferiden özel denetime konu olabilir. Hatta işleme konulmamış olsa dahi yönetim organları tarafından alınan kararların tetkiki bile, o kararı alan şirket organının azli veya yeniden secilmelerine ilişkin kanaatlerde etkili olacaksa, yine özel denetime konu olabilirler. Rüçhan hakkını fiilen engelleyici çok yüksek sermaye artırımına dair işlemler ile kara istirak payını düşürmek amacıyla sermaye azaltılmasına dair işlemler de bu anlamda özel denetime konu olabileceklerdir.

### III-MAHKEME KARARI İLE ÖZEL DENETÇİ ATANMASI

Genel kurulun oy çokluğu ile özel denetçi tayinin reddedileceği ihtimalini hesap eden kanun koyucu, esas sermayenin % 10'una sahip azınlık paydaşların özel denetçi atanmasını mahkemeden talep edebileceklerini öngörmüştür (A.AŞK md.118/2).

#### Koşulları (A.AŞK md. 118/2):

1) Azınlık paydaşların mahkemeden özel denetçi tayinini talep edebilmeleri için ilk koşul, özel denetçi atanmasının reddine dair geçerli bir genel kurul kararının varlığıdır. Genel kurul kararının hukuken iptali mümkün bir karar olması halinde ise, azınlığın önce iptal davası acma zorunluluğu yoktur<sup>9</sup>. Özel denetçi atanmasına ilişkin istemin gündemde yer almadığı gerekçesiyle hic müzakere edilmemesi de mahkeme açısından, özel denetime tabii muamelenin gündemdeki konularla bağlantısı olması şartıyla, genel kurulun bu istemi ret kararıyla aynı sonucu

<sup>6</sup> karşılaştığımız, Keinert, 21. Kanaatimce tüzel kişilerin kendi temsilcileri olarak seçtikleri veya seçtirdikleri otaklık organı üyelerinin sorumluluklarının tetkiki için özel denetçi atanmasına dair yapılacak genel kurul oylamasında, söz konusu tüzel kişi de oy hakkından mahrum olmalıdır. Bunun dışında, sorumluluğu araştırılacak olan organ üyesinin yönetimine hakim olduğu tüzel kişilerin otaklıkta pay sahibi olması halinde, bu tüzel kişiler dahi oy hakkından mahrum kabul edilmelidirler.

<sup>7</sup> Gadow-Heinichen, § 118 Anm 3; Godin-Wilhelmi, § 142 Anm 3; Schiemer, § 118, Anm 2.2; Schiemer in Schiemer-Jabornegg-Strasser, § 118 Rz 5; Henn, Handbuch des Aktienrechts, 383; Keinert, 22; Jansen, 15

<sup>8</sup> Bunun dışında aynı hüküm kimlerin yıl sonu kapanış hesap denetçisi seçilemeyeceğini ayrıntılı bir şekilde düzenleyen Avusturya Ticaret Kanununun md. 271/2'ye atıf yapmaktadır (A.AŞK md. 119/2 son cümle).

<sup>9</sup> Kastner-Doralt-Nowotny, 393, Dipnot 185

doğurur. Bunun dışında genel kurulun daha aydınlığa kavuşturulup bilgi edinerek özel denetçi tayini için karar vermesi amacıyla oylama yapılmaması, toplantının makul bir süre için ertelenmesi, red kararı sonucunu doğurmaz. Ancak genel kurulun karar almadan gereksiz yere ertelenmesi halinde bu, mahkeme açısından yine özel denetçi tayininin genel kurul tarafından reddedilmesi sonucunu doğurmalıdır. Tayin edilmiş özel denetçiyi tekrar azletmek veya yetkilerini, özel denetimin amacına uygun bir şekilde gerçekleştirmesini engelleyici bir şekilde kısıtlayarak özel denetçi tayin etmek de aynı sonucu doğuracaktır<sup>10</sup>.

2) Mahkemeden özel denetçi atanmasını talep eden azınlık paydaşın esas sermayenin % 10'una sahip bulunması gerekmektedir. Bu oran mahkeme karara varıncaya kadar korunmalıdır. Mahkeme kararından önce esas sermayenin azaltılması yolu ile bu oranın altına düşülmüş olması halinde azınlık özel denetçi tayini istemini geri çekmiş sayılmamalıdır. Mahkemeye müracaat hakkı oy hakkından bağımsız bir azınlık hakkı olduğundan, azınlık paydaşların oy hakkından mahrum hisse senedi sahibi olmalarının bir önemi yoktur. Mahkemeye müracaat eden azınlık paydaşlarının genel kurul toplantısına katılmış olmaları koşulu aranmamıştır<sup>11</sup>. Bu nedenle genel kurul toplantısına katılmayan azınlık paydaşlar dahi bu hakkı kullanabilmelidirler.

3-) Azınlık paydaşların yeterli miktarda paya, genel kurul toplantısından önceki son üç aydan beri malik olması gerekmektedir<sup>12</sup>. Burada aranan gerçek pay sahipliğidir. En az üç aydan beri gerçek pay maliki olma koşulunun sebebi, özel denetimin şirket için doğurabileceği olumsuz sonuçları hesab ederek şirketi zor duruma düşürmek maksadıyla hisse senetlerini kısa bir süre önce iktisap eden suiniyetli üçüncü kişilere karşı şirketin korunmasıdır. Ancak üç aylık süre dolduktan sonra üçüncü kişilerin hangi niyetle ortaklığın paylarını iktisap ettiklerinin bir önemi yoktur<sup>13</sup>. Eğer şirket kurulalı henüz üç aydan kısa bir süre olmuş ise, kurulustan beri pay sahibi olmak yeterlidir. Azınlığın sahip olduğu payların üç aydan kısa bir süre önce gerçekleşen sermaye artırımından kaynaklanan yeni paylardan mevcut olması halinde de çözüm aynıdır<sup>14</sup>. Üç aylık sürenin kesintisiz olması gerekmektedir. Payın bedelsiz veya hukuki halefiyet yolu ile iktisap edilmiş olması halinde

üç aylık süre kesintiye uğramış olmaz, bir önceki malikin iktisap süresi yeni malikin iktisap süresine eklenir (AAŞK md. 64). Paya birden fazla kimsenin malik olması halinde ise aynı koşullarla yeni müsterek malik açısından da üç aylık süre kesintiye uğramış kabul edilmez. Müsterek maliklerin paydan doğan azınlık haklarını kullanma koşulları ise esya hukuku hükümlerine göre belirlenir. Azınlık üç aydan beri pay sahibi olduğunu mahkeme huzurunda her türlü delil ile kanıtlayabileceği gibi, AAŞK md 118/2'nin son cümlesine göre noter önünde yapılan yeminli beyan dahi yeterlidir.

4-) Mahkemeye müracaat eden azınlığın paylarını mahkemeye veya notere tevdi etmesi gerekmektedir. Öğretide pay senetlerinin, şirketin kabul etmesi halinde, şirkete dahi tevdi edilebileceği görüşü genel kabul görmektedir. Payların tevdi ile azınlığın yeterli oranda paya sahip olup olmadığı tespit edilebilecektir. Kanun açıkça mahkeme kararına kadar tevdi zorunluluğunu öngördüğü için, azınlık sözleşme ile paylarını tevdi zorunluluğundan kısmen dahi muaf tutulamaz<sup>15</sup>. Çünkü genel kurul kararına rağmen özel denetçi atanması için mahkemeye müracaat eden azınlık paydaşların ne istediklerini iyi ölçüp biçmeleri, özel denetimin otaklık için hangi olumsuz sonuçları olabileceğini iyi hesap etmeleri, deyim yerinde ise her fırsatta özel denetçi atanmasını talep etmemeleri gerekir. Payları tevdi zorunluluğu mahkeme kararına kadar devam ettiğinden, azınlık otaklıkla bağlı kalmakta, deyim yerinde ise şirketin kaderine ortak olmaktadır<sup>16</sup>, özeldenetimin neden olduğu hisse senedi değer kaybına katlanmak zorunda kalmaktadırlar. Bu nedenle yönetim kurulu, mahkeme karar verinceye kadarki süre içerisinde paylara ilişkin devirleri pay defterine kayıt etmekten imtina etme zorunluluğu, kanaatimce özen borcu ve şirket çıkarlarını gözetme borcu içerisinde yer alır<sup>17</sup>. Tevdi edilen payların yeterli miktarın altına düşmesi halinde, azınlık özel denetçi tayini isteminden vaz geçmiş sayılır.

Henüz hisse senedi ihraç edilmemişse, hisse senedi yerine kaim olmak üzere çıkarılan ilmühaberlerin, bunların dahi bulunmaması halinde ise, mahkeme veya noter vasıtasıyla pay defterine düşülecek bir şerh ile payların tevdi koşulu yerine getirilmiş sayılmalıdır. Kanun payların tevdiinden söz etmekte, fakat esas sermayenin % 10'undan daha fazla bir paya sahip olunması halinde azınlığın sahip olduğu payların tamamını mi tevdi etmek zorunda olduğu konusunda bir açıklık yoktur. Fakat her pay diğerinden ayrı olmak üzere paydaşlık sıfatı kazandırdığından ve % 10 payın hesaplanmasında payların itibari değerleri göz

<sup>10</sup> Bu yönde limited şirket için verilmiş Keinert, 23'e atfen bir karar, OGH HS 275/25

<sup>11</sup> Hatta toplaniya katılıp özel denetçi tayinin reddi yönünde dahi oy kullanmış olabilirler, Ulusoy E, 96; Keinert, 23; Ritter, § 118 Rz 3a; Brodmann, § 266 Anm 2c

<sup>12</sup> daha geniş çerçevede, Ulusoy E, 98

<sup>13</sup> Jansen, 45

<sup>14</sup> Godin-Wilhelmi, § 142 Anm 5

<sup>15</sup> Schiemer in Schiemer-Jabornegg-Strasser, § 118 Rz 10

<sup>16</sup> Ulusoy E, 99; Brodmann, § 266 Anm 3c

<sup>17</sup> Avusturya Limited Şirketler Kanunu md. 45/2 mahkemeye müracaat eden ortakların sermaye paylarını ancak limited şirketin onayı ile devredebileceklerini öngörmektedir. Anonim şirket paydaşları açısından ise devir yasağı yalnızca tevdi edilen paylar açısından geçerlidir, yoksa azınlığın sahip olduğu bütün paylar açısından değil.

önünde bulundurulduğundan, azınlığın yeterli oranı aşan miktarda paya sahip olması halinde yalnızca esas sermayenin % 10'una tekabül eden miktardaki payı tevdi etmesinin kafi olacağı kabul edilmelidir. Aksi takdirde, aynı otaklıkta yalnızca % 10 kadar paya sahip olan azınlık paydaşlara göre, bu hakkın kullanımı açısından daha olumsuz bir koşul söz konusu olacaktır, ki, azınlık statüsü devam ettiği sürece iktisap edilen her pay mahkemeden özel denetçi tayini istemeyi güçleştirecektir.

Kanaatimce, azınlığın payları arasında imtiyazlı payların bulunması halinde, azınlık hangi paylarını tevdi edeceğine kendisi karar verecektir, imtiyazlı paylarını öncelikle tevdi etme zorunluluğu yoktur. Fakat tevdi edilecek payların her halükarda en az üç aydan beri sahip olunan paylardan olması zorunludur. Aksi takdirde, üç aydan beri yeterli oranda hisse sahibi olma koşulu dolanılmış olurdu.

5-) Münferit olarak belirli olması koşulu ile kuruluşla ilgili işlemlerin araştırılması için özel denetçi tayini istenebilir. Kuruluşa dair işlemlerin azınlığın talebi üzerine özel denetime tabii olmaları açısından zamanaşımına uğrayıp uğramadıklarının bir önemi yoktur. Fakat yönetime dair işlemler için son iki yıla dair olmaları koşulu aranmıştır; azınlık mahkemeden ancak genel kurul toplantısından önceki son iki yıl içerisindeki şirketin yönetimine dair işlemlerin denetimi için özel denetçi atanmasını isteyebilir. Genel kurulun ise özel denetim yapılmasına karar verme yetkisi, araştırılacak husus açısından her hangi bir zamanla sınırlandırılmamıştır. Dolayısıyla genel kurulun, şirketin idaresiyle ilgili bir hususa dair özel denetçi tayininin reddi kararından sonra azınlık mahkemeden ancak o husus son iki yıl içerisinde gerçekleşmiş ise özel denetçi atanmasını talep edebilecektir. İki yıllık süre hak düşürücü süre olduğundan mahkemenin resen araştırması gereklidir. Son iki yıl şartının azınlık açısından geçerli olmasının gerekçesi ise, keza yine suiniyetli yeni pay sahiplerine karşı şirketi koruma gereği olmalıdır. Sürenin bitim tarihi, genel kurul toplantısı tarihidir. Özel denetimi istenen faaliyet mütemaadi bir faaliyet ise, yani son iki yıldan önce başlanmış olupta, icrasının bir kısmının son iki yıl içerisinde sarkmış olması halinde de süre şartı gerçekleşmiş kabul edilir. Dolayısıyla söz konusu faaliyetin yalnızca son iki yıl içerisinde sarkan icrai kısmı değil, o faaliyet bir bütün olarak özel denetimin kapsamına tabii tutulur<sup>18</sup>.

Azınlığın mahkemeye özel denetimi için başvuruda bulunduğu hususların genel kurulun özel

denetimini reddettiği hususlarla aynı olması gerekmektedir. Azınlık mahkemeye müracaatında bunların kapsamını genişletemez ise de, daraltılabilmektedir. Ortaklık tarafından yapılabilecek olan, kapsamı daraltılsaydı genel kurulun kararı ret olmayacaktı yönündeki bir itiraz dikkate alınmamalıdır. Çünkü genel kurul özel denetime dair bir öneriyi her zaman değiştirerek kabul etme yetkisine sahiptir.

6-) Azınlık paydaşlar mahkemeden, kuruluş veya yönetimle ilgili bir yolsuzluğun, sözleşme ve kanun hükümlerine ilişkin ağır bir ihlalin araştırılması için özel denetçi tayinini istemektedir. Bu nedenle azınlık iddialarına dayanak teşkil eden özel denetimin gerekliliğine dair haklı kanaat uyandıracak emare veya delilleri de mahkemeye sunmak zorundadır. Ortaklık yönetimi hakkında bilgi isteme hakkı (AAŞK md. 112) dışında, şirket defterlerini, belgelerini, kasasını inceleme yetkisine sahip olmayan paydaşların bu emare ve kanıtları nasıl temin edebilecekleri ayrı bir sorundur. Dolayısıyla bu koşul azınlığın istemi doğrultusunda karar verilmesini oldukça zorlaştırmaktadır. Ancak azınlığın iddiasını kesin delillerle ispat etmesine gerek yoktur. Özel denetçi tayini hakkındaki iddialarını yeterli derecede kanaat uyandırıcı emarelerle, belgelerle desteklemesi kafi kabul edilmelidir.

Genel kurul herhangi bir gerekçe olmadan özel denetçi tayinine karar verebilirken, mahkemeye başvuran azınlık için bu, yolsuzluklar veya kanun veya esas sözleşmenin ağır ihlali durumlarına münhasır kılınmıştır. İddia edilen kanun veya esas sözleşmeye dair ihlalin ağır bir ihlal teşkil edip etmediği, ortaklığın mali durumu, ekonomik koşullar, ortaklığın halka açık bir ortaklık olup olmadığı dikkate alınarak somut olaya göre hakim tarafından serbestçe takdir edilmelidir.

7-) AAŞK md. 118/4'e göre, mahkeme özel denetçi tayinini şirketin talebi üzerine uygun bir teminat gösterilmesine bağlayabilir. Bunun için özel denetçi tayini isteminin reddedileceğinin veya özel denetim sonucuna göre hazırlanacak rapordan, azınlığın iddialarının mesnetsiz çıkacağına dair kanaat uyandırıcı delil ve emarelerin varlığı gereklidir. Azınlığın teminat gösterme zorunluluğu koşulunun pratikte pek bir önemi yoktur, çünkü, özel denetçi atanması için yöneticilerin yolsuzluklarına veya ağır ihmallerine dair inandırıcı emareler sunmak zorunda olan azınlığa karşı, bu sefer ortaklığın azınlığın suiniyetli olarak özel denetçi atanmasını talep ettiğine dair karşı emare ve delil sunabilmesi, gerçekleşmesi pek mümkün olmayan bir ihtimaldir.

Teminatın miktarını ve niteliğini mahkeme belirler. Fakat azınlığın tevdi ettiği paylar da teminat olarak kabul edilebilir.

<sup>18</sup> Schiemer, § 118 Anm 4.1; aynı yazar, Schiemer-Jabornegg-Strasser, § 118, Rz 7; Keimert, 20; Gadow-Heinichen, § 118 Anm 8

Azınlığın genel kurulun ret kararından sonra ne kadar bir süre içerisinde mahkemeden özel denetçi atanmasını isteyeceğine dair hüküm bulunmamaktadır. Gereksiz gecikmeler azınlık paydaşlar açısından zimni feragat anlamına gelebileceği gibi hakkın suistimali şeklinde de karşımıza çıkabilir. Hukuk politikası açısından altı aylık bir süre önerilmektedir ki<sup>19</sup>, kanaatimce bu oldukça uzun bir süre teşkil etmektedir. Bu nedenle azınlığa, iddiasına dayanak teşkil edecek olan emare ve delilleri temin edebileceği kadar uygun bir süre tanımak gerekmektedir. Genel kurula katılmayan paydaşların da bu haktan yararlanabileceğini de göz önünde bulundurarak, iki aylık bir süre tanımak hukuk politikası açısından daha doğru olacaktır. Çünkü şirketi, şirketle ilişki içinde bulunan üçüncü kişileri, özel denetimde haklı bir çıkarı olanların plan ve programlarını altı ay gibi uzun bir süre sürüncemede bırakmak ekonomik hayatın hızlı akışına uygun düşmemektedir. Ancak süreye ilişkin bu tartışma aslında şekle ilişkin bir tartışma olduğundan fazla derinleştirme gereği bulunmamaktadır.

#### **Mahkemenin vereceği karar ve uygulaması:**

Bütün bu koşulların yerine getirilmesi halinde, mahkeme yönetim ve denetim kurulunu da dinledikten sonra özel denetçi atamak zorundadır. Koşulları yerine getirilmişse hakimin özel denetimin yapılması hususunda takdir yetkisi yoktur. Mahkeme genel kurul tarafından özel denetçi olarak seçilme yasağına tabii olan kimseleri özel denetçi olarak tayin edemez. Bu yasağı girmeyenlerden ise yalnızca AAŞK md. 119/1'de belirtilen mesleklerden olan uzman kimseleri özel denetçi olarak atayabilir.

Mahkeme kararına karşı öğretilde azınlığın ve şirketin acele itiraz yoluna baş vurulabileceği kabul edilmektedir.

Gerek genel kurulun seçtiği gerekse mahkeme tarafından tayin edilen özel denetçi ile şirket arasında iradelerin uyumu ile bir sözleşme meydana gelmektedir. Özel denetçi azınlığın istemi üzerine mahkeme kararı ile tayin edilmiş, hatta özel denetim masraflarını dahi azınlık üstlenmiş olsa, hukuki ilişki şirket ile doğmakta, azınlık paydaşlara karşı hukuki bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu sözleşmenin hukuki niteliği tartışmalı olmakla beraber, -vekalet akdi ya da istisna akdi-<sup>20</sup>, özel denetçi ile şirket arasındaki hukuki ilişki ayrıntılı bir biçimde düzenlendiğinden (AAŞK md 119-121) bu tartışmanın pratikte büyük bir önemi yoktur. Özel denetçi şirketin

bir organı değildir<sup>21</sup>, çünkü yaptığı özel denetim faaliyetleri, zorunlu şirket organlarının faaliyetlerinin aksine şirketin faaliyetlerine dahil değildir.

#### **Özel Denetçinin Hak ve Yükümlülükleri**

AAŞK md 120 özel denetçinin yükümlülüklerine Ticaret Kanununun yıl sonu hesap denetçisinin sorumluluğunu düzenleyen 275 inci maddesinin mahiyetine uygun olarak uygulanacağını belirtmektedir. Emredici nitelikteki bu hükme göre ise denetçiler ve yardımcıları, denetçi tüzel kişi ise temsilcileri tarafsızlık ve ihtimam göstererek faaliyette bulunmakla ve sır saklamakla mükelleftirler. Edindikleri işletme ve ticari sırları izinsiz olarak ifşa edemezler. Yükümlülüklerini kasten veya ihmal ile yerine getirmeyen denetçiler, bundan doğan şirketin zararını ve eğer bağlı bir şirket de zarara uğramışsa onu da tazmin etmek zorundadırlar. Birden fazla denetçinin tazmin sorumluluğu şirkete karşı müteselsildir. Ancak tazminat sorumluluğu 5 milyon Schilling ile sınırlandırılmıştır.

AAŞK md. 121 ise denetçilerin sır saklama borcunu yalnızca şirket açısından değil, ulusal güvenlik açısından genişletmektedir. Buna göre denetçiler, yönetim kurulu tarafından, ifşalarının Federal Devletin ulusal güvenliğine veya diğer resmi kurumların ekonomik çıkarlarına aykırı olacağı belirtilen hususları, hazırlayacakları özel denetim sonuç raporuna alamazlar. Bunun yanında özel denetçiler kendileri de, yönetim kurulu ikazına gerek olmaksızın ihtimam ve basiretli bir tacir yorumu ile ifşa edilmelerinin şirket ve kamu çıkarlarına aykırı olabileceği sonucuna vardıkları hususlara da raporlarında yer veremezler.

Özel denetçiler denetim faaliyetlerinin sonucunu yazılı bir rapor ile belirtmek zorundadırlar (AAŞK md. 121/3). Hazırladıkları bu raporu gecikmeksizin yönetim kuruluna ve gözetim kuruluna sunmak zorundadırlar. Keza raporun bir nüshasını ticaret siciline vermek zorundadırlar. Ticaret sicilinin aleniliğinden dolayı, özel denetim sonucunu gösteren bu raporu dileyen herkes inceleyebilecektir. Bu da özel denetimin ortaklık için ne kadar olumsuz sonuçlar yaratabileceğine, bu nedenle kanun koyucunun azınlığın mahkemeye müracaat ederek özel denetçi tayini istemini sıkı koşullara bağlamasının gerekçesini göstermektedir. Rapor sonucuna göre genel kurul sorumlulara karşı tazminat davası açılmasına karar verebileceği gibi sorumluluk açıkça tespit edilmiş ise esas sermayenin % 10'una sahip azınlık paydaşlar da tazminat davası açılmasını talep edebilir (AAŞK md. 122/1). Aynı hükme göre, eğer kuruluşa dair bir sorumluluk veya yönetim kurulu ile gözetim kurulu üyelerinin sorumluluğu tespit edilmişse azınlığın tazminat davası açılmasını talep

<sup>19</sup> Keimert, 24

<sup>20</sup> Schlegelberger-Quassowski, § 118 Rz 12; Godin-Wilhelmi, § 142 Anm 3; Ritter, § 118 Anm 2b; Jansen, 36 vd

<sup>21</sup> Özel denetçi bir görüşe şirketin daimi olmayan, arazi bir organıdır, Ritter, § 118 Anm 2b; Brodmann, § 267 Anm 1a

edebilmesi için esas sermayenin % 5'ine sahip olması yeterlidir.

Raporun denetçiler tarafından teslimi ile şirketle özel denetçi arasındaki akdi ilişki de sona erer. Taraflar azil ve istifa ile akdi ilişkiye, özel hukuktan doğabilecek tazminat haklarına halel gelmeden her zaman son verebilirler. Özel denetçinin azli genel kurula münhasırdır<sup>22</sup>. Ancak genel kurul mahkeme tarafından tayin edilen özel denetçiyi azledemez. Keza bu denetçinin de mahkemenin onayı olmadan istifa edememesi gerekmektedir<sup>23</sup>. Ölüm, hacir altına alınma, şirketin iflası özel denetçi ilişkisini sona erdiren sebeplerdendir. Şirketin tasfiye haline girmesi ise özel denetim ilişkisini sona erdirmez, çünkü özel denetim tasfiye sonucunu etkileyebilecektir.

Yönetim kurulu şirketin ticari defterlerinin ve diğer belgelerinin, malvarlığına ilişkin unsurların, bilhassa şirket kasasının ve kıymetli evraklarla diğer emtiaların incelenmesine izin vermek zorundadır (AAŞK md. 121/1). Denetçiler yönetim kurulundan denetim yükümlülüklerini lüzumu gibi yerine getirmek için ihtiyaç duydukları bütün bilgi ve açıklamalar ile delilleri talep edebilirler (AAŞK md. 121/2).

Özel denetçi yapacağı faaliyetten dolayı bir ücrete hak kazanır. Ücreti şirket tespit edecektir.

#### **Azınlığın tazminat ve özel denetim masraflarına ilişkin sorumluluğu**

Azınlık paydaşların genel kurulun ret kararına rağmen özel denetçi tayinine ilişkin mahkemeye yaptıkları baş vurunun reddedilmesi halinde sorumlulukları söz konusu olmaktadır. AAŞK md. 121/4'e göre, mahkemenin azınlığın başvurusunu reddetmesi halinde, şirket bu başvurudan dolayı bir zarar uğramış ise, azınlık paydaşlardan suiniyetli olanlar ve ağır ihmalleri bulunanlar bu zararı tazmin ile mükelleftirler. Bunun için şirketin veya bağlı şirketlerden birisinin zarara uğramış olması, zarar ile mahkemeye müracaat arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Ancak tazminat yükümlülüğü yalnızca kasıtlı olan veya ağır ihmalleri sonucu mahkemeye müracaat eden azınlık paydaşlar açısından mevcuttur. Özel denetçinin hazırladığı sonuç raporuna göre azınlığın iddialarının mesnetsiz çıkması halinde de azınlık paydaşların tazmin sorumluluğu da aynı koşullarla doğmaktadır.

Mahkeme masraflarını, özel denetçi tayinini talep eden azınlık paydaşlar kendileri üstlenir. Bundan sonra yapılan özel denetime ilişkin masrafların ise ortaklık tarafından üstlenilip üstlenilmeyeceğine genel kurul karar verecektir (AAŞK md. 121/4). Bu hususun, özel denetim raporunun görüşüldüğü genel kurul toplantısında ayrıca gündemde bulunmasına gerek yoktur. Daha önce özel denetimin yapılmasını reddeden genel kurulun, yapılmasını reddettiği bir özel denetimin masraflarını ortaklığın üstlenmesi yönünde karar vermesini düşünmek pek fazla iyimserlik olacaktır. Genel kurulun özel denetim masraflarını şirketin üstlenmesini reddetmesi durumunda azınlığın yapabileceği tek şey, genel kurul kararı açıkça objektif iyi niyet kurallarına aykırılık teşkil ediyorsa, örneğin özel denetim sonucuna göre sorumlulara karşı tazminat davası açılmasına karar verilmiş, ve fakat özel denetime ilişkin masrafları şirketin üstlenmesi reddedilmiş ise, söz konusu genel kurul kararının iptalini dava etmek olacaktır. Ancak burada yalnızca genel kurul kararı iptal edilebilecek, mahkeme şirketi özel denetim masraflarını üstlenmeye mahkum edemeyecektir. Bu nedenle özel denetçi tayinini talep etme hakkı anonim şirketler hukukunun azınlık hakları sisteminde uygulamada en nadir kullanılan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.

#### **IV-SONUÇ**

Görülmektedir ki, özel denetime ilişkin düzenleme AAŞK'nda Ticaret Kanunu (TK)'muza göre daha kapsamlı olarak düzenlenmiştir -buna karşılık Alman Anonim Şirketler Kanunu sistematüğinde özel denetim 142 ile 147. maddeler arasında daha da ayrıntılı olarak karşımıza çıkmaktadır-. Özel denetim müessesesinin, özellikle oydan yoksun payları da düşünürsek, şirket yönetimine hakim olamayan azınlık paydaşlar ve üçüncü kişiler için ne kadar önemli bir müessese olduğunu yeniden vurgulamak gerekmektedir. Paydaşların gerçek anlamda bilgi alma hakları yoktur. Bilgi alma hakkının paydaşlara geniş bir şekilde tanınması binlerce ortağı olan anonim şirketlerde paydaşlar iyi niyetli de olsalar idare organlarının faaliyetlerinin engellenmesine ve genel kurulun felç olmasına neden olacağı da açıktır. Bu durumda paydaşların özel denetim yoluyla hem bilgi alma haklarını kullanmaları hem de her an özel denetime tabii olabileceği endişesiyle şirket organlarının görevlerini daha özenle yerine getirmeye gayret etmeleri sağlanmış olacaktır. Fakat şüphesiz ki, yalnızca özel denetim müessesinin varlığı yetmemekte, genel kuruldan ziyade azınlık paydaşlar açısından özel denetçi tayinini talep etmenin koşulları bu müessesenin pratikte bir anlamı olup olmadığını belirlemektedir. Örneğin TK 348/2'ye göre genel kurulda özel denetçi atanmasını talep etme hakkı azınlık paydaşlara tanınmıştır. Oysa AAŞK'na göre her paydaş genel kurulda bu yönde karar alınmasını talep edebilir. TK'na göre mahkemeye ancak genel kurulda istemde bulunan azınlık baş

<sup>22</sup> Schiemer, § 118 Anm 6.3; Gadow-Heinichen, § 121 Anm 10; Ritter, § 118 Erl 2b

<sup>23</sup> karşılaştırınız, Hämmerle-Wünsch, 276

vurabilirken, AASK'na göre genel kurula katılmış olma koşulu dahi aranmamaktadır.

TK md. 348/2 azınlık için belirli bir süreden beri pay sahibi olma koşulunu 6 ay olarak belirlemektedir. Bu, gerekçesini aşan, oldukça uzun bir süredir. Azınlığın noter huzurundaki yeminli beyanıyla dahi süre koşulunu yerine getirdiğini ispat edebileceğine dair Avusturya düzenlemesi bizim sistemimizde de uygulama alanı bulabilmelidir.

AASK düzenlemesinde kuruluşla ilgili işlemler için süre koşulu aranmaz iken, TK kuruluşu veya şirket yönetimine dair olup olmadığına bakılmaksızın özel denetime tabii işlemlerin son iki yıl içerisinde vukuu bulmuş olmasını şart koşmaktadır. TK md. 348/2 mahkemeye baş vuran azınlığın lüzumlu masrafları peşin ödemesinden söz etmektedir. Lüzumlu masraflar özel denetime ilişkin masraflardır, HMUK'na göre belirlenecek olan dava masrafları değildir. Özel denetim sonucu şirketin uğradığı zararların tazmini olanağı doğabileceğinden, azınlığın lüzumlu masrafları peşin ödemesi, daha da ötesi genel kurula bu masrafları şirketin üstlenip üstlenmeyeceğine dair karar alma zorunluluğu getirilmemesi -buna ilişkin Avusturya düzenlemesinin eleştirisi de dikkate alınarak-, kanunun azınlığa bir haksızlığı olarak yorumlanabilir. Buna mukabil, Türk doktrininde gereğinde ek teminat istenebileceği savunulsa da, azınlığın yalnızca paylarını rehin olarak tevdi etmesinin yeterli olması TK'nun azınlık yandaşı bir düzenlemesidir. AASK mahkemeye baş vuruda ağır ihmalleri bulunan azınlık paydaşları da şirkete karşı tazminle sorumlu tutmuş iken, TK md. 348/3 yalnızca suiniyetli paydaşlar için tazminat sorumluluğunu söz konusu yapmaktadır. Oysa şirket bir zarara uğramışsa, ağır ihmali bulunan paydaşlar da, genel kurulun daha önce özel denetçi tayinini müzakere edip reddettiğini dikkate alarak, sorumlu olmalıydılar. Keza bağlı işletmelerin uğramış oldukları zarar da azınlığın tazminat sorumluluğu kapsamına dahil olmalıdır.

Avusturya doktrininde özel denetçi atanmasına dair gündemde bir madde bulunup bulunmaması gerektiği tartışmalı olmakla beraber, bunun gündeme bağlılık kuralının bir istisnası olduğu genel kabul görmektedir. Bizde ise Sermaye Şirketlerinin Genel Kurul Toplantıları ve Bu Toplantılarda Bulunacak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı Komiserleri Hakkındaki Yönetmelik md. 25/2 uyarınca gündemde bulunmasa dahi azınlığın istemi üzerine genel kurul özel denetçi tayini hakkında karar almak zorundadır.

Her iki hukuk sisteminde de mahkemenin azınlığın talebi hakkında vereceği karar karşı

gidilebilecek kanun yolları tartışmalıdır. Avusturya'da doktrine göre gerek şirket gerekse azınlık mahkemenin kararına karşı acele itiraz yoluna başvurulabilirler. Bizde ise Yargıtay, olumsuz bir genel kurul kararının sırf bu nedenle iptalinin dava edilemeyeceğini belirtmekte, mahkemenin ret kararını azınlığın temyiz edebileceğini, ancak ortaklığın da mahkemenin azınlığın talebini kabul kararına karşı temyiz yoluna gidebileceğini, özel denetçi tayinine ilişkin davanın bir tespit davası olduğu gerekçesiyle kabul etmemektedir<sup>24</sup>

TK sisteminde özel denetçinin hak ve borçlarına ilişkin özel düzenlemeler bulunmayıp, TK md. 447'deki şirket organı olan murakıplara dair düzenlemeler geçerli kabul edilmektedir. Özel denetimin önemine binaen, ortaklığa karşı sorumluluklarının da daha sıkı değerlendirilmesi, kanaatimce özel denetim müessesine daha ciddi bir işlev kazandıracaktır. Özel denetçilerden bu anlamda ağır bir sorumluluk beklemek ise, onların uzman olmaları zorunluluğunun bulunması halinde sorumluluğa dair sistem tamamlanmış olabilecektir.

TK'na göre özel denetçinin hazırlayacağı raporun ticaret siciline de verilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır. Oysa özel denetimden yalnızca iç ilişkide ortaklar değil, dış ilişkide bütün kamuoyunun menfaati bulunmaktadır. Bu nedenle, AASK'nda olduğu gibi ulusal çıkarılara ve ortaklık çıkarlarına hanel getirmemesi koşulu ile hazırlanacak rapora bütün hususlar alınmalı ve raporun bir nüshası da ticaret sicili memuruna teslim edilmelidir.

Özel denetçi seçilme yasağı yalnızca kan ve sihri husumet ilişkisi yönünden ele alınmamalı (TK md. 349), özel denetçi tüzel kişi ise, bu tüzel kişi üzerindeki hakimiyet ilişkisi de yasak kapsamında kabul edilmelidir.

Azınlığın mahkemeden, genel kurulun seçtiği kişiden başka bir kişinin özel denetçi olarak tayin edilmesini isteme hakkı ise bizim hukuk sistemimize yabancıdır.

Ticaret Kanununun bir çok hükmünün olduğu gibi özel denetçiye dair hükmünün de yetersiz bir düzenleme içerdiği, günün ekonomik koşullarına ve fiilen var olan ortaklık içi ve ortaklıkla üçüncü kişiler arasındaki ilişkilerden doğan sorunların çözümünde ne kadar yetersiz kaldığı da bilinen bir gerçektir. Bu makalenin amacı, bu gerçeği bir kez daha ortaya çıkarmak değil, genel hukuk formasyonuna bir nebze fikir zenginliği katmaktır. Nitekim görüldüğü üzere, bütün hukuk sistemlerinde yetersiz düzenlemeler olabilmektedir.

<sup>24</sup> 11. HD 30.6.1980 E. 3183, K. 3534, atfen, Moroğlu-Moroğlu, Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, 1997 İstanbul, TK. M. 348

**KAYNAKÇA**

- Brodmann**, Erich, Aktienrecht, Kommentar, 1928, Berlin:  
Leipzig
- Gadow-Heinichen**, Aktiengesetz, Großkommentar, erster  
Band §§ 1-144, 2. Auflage Berlin 1961
- Godin-Wilhelmi**, Aktiengesetz, Kommentar Band I, 1967  
Berlin
- Hämmerle-Wünsch**, Handelsrecht, II Band, 3. Auflage,  
1983 Wien
- Henn**, Günter, Handbuch des Aktienrechts, 1978  
Kronberg/Ts.
- Jansen**, Michael Georg, "Die Sonderprüfung der  
Geschäftsführung nach dem Aktiengesetz",  
Frankfurter Dissertation 1974
- Kastner-Doralt-Nowotny**, Grundriß des österreichischen  
Gesellschaftsrechts, 5. Auflage, 1990 Wien
- Keinert**, Heinz, Sonderprüfungen im Recht der  
Kapitalgesellschaften, in Gesellschafter  
1976, 18 ff
- Krafft**, Werner, Beiträge zur Reform des Aktienrechts,  
Innsbrucker Dissertation 1959
- Ritter**, Carl, Aktiengesetz, 2. Auflage des Kommentars zum  
Handelsgesetzbuch, 1939 Berlin und  
München
- Schiemer**, Handkommentar zum Aktiengesetz, 2. Auflage,  
1986 Wien
- Schiemer-Jabornegg-Strasser**, Kommentar zum  
Aktiengesetz, 3. Auflage, 1993 Wien
- Schlegelberger-Quassowski**, Kommentar zum  
Aktiengesetz, 3. Auflage, 1939 Berlin
- Ulusoy, Erol**, Minderheitenschutz in Aktiengesellschaften,  
Wiener Dissertation 1995.