



**SERMAYE PİYASALARINDA BAĞIMSIZ DENETİM VE BAĞIMSIZ
DENETİMDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK**

Ercan URKAN

**DOKTORA TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

ŞUBAT 2015

ERCAN URKAN tarafından hazırlanan “**Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim ve Bağımsız Denetimden Kaynaklanan Sorumluluk**” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / ~~OY ÇOKLUĞU~~ ile Gazi Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Cemal OĞUZ

Özel Hukuk (Medeni Hukuk), Gazi Üniversitesi

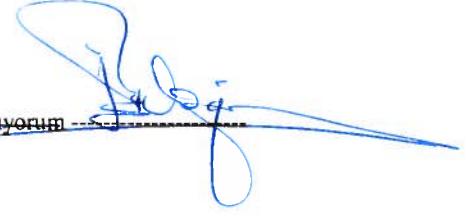
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Başkan : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Özel Hukuk (Medeni Hukuk), Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Mehmet DEMİR

Özel Hukuk (Medeni Hukuk), Ankara Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU

Özel Hukuk (Medeni Hukuk), Ankara Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Özel Hukuk (Ticaret Hukuku), Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Tez Savunma Tarihi: 18 / 02 / 2015

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Hikmet KAVRUK
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Ercan URKAN

18./02/2015

SERMAYE PİYASALARINDA BAĞIMSIZ DENETİM VE BAĞIMSIZ DENETİMDEN
KAYNAKLANAN SORUMLULUK

(Doktora Tezi)

Ercan URKAN

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Şubat 2015

ÖZET

Bu çalışmamızda bağımsız denetimin hukuki yönü ile sermaye piyasaları ile olan ilişkisi, bağımsız denetim sözleşmesi, bu sözleşmenin tarafları ile karşılıklı hak ve yükümlülükleri, bağımsız denetimden kaynaklanan sorumluluk hususları incelenmiştir. Bağımsız denetim faaliyetleri genel ekonomiyi, ortaklıkları ve yatırımcıları etkilemekte olup, yatırımcıların korunması ve kamunun aydınlatılması prensipleriyle yakından ilişkilidir. Denetim standartları çerçevesinde, etik kurallar ve sözleşme hukukunun gereklilikleri uyarınca denetim faaliyetleri sonunda denetçi tarafından bir görüş oluşturulur. Bu görüşün oluşturulması sürecinde tarafların özen, sır saklama, bilgi verme, ücret gibi karşılıklı hak ve yükümlülükleri bulunmaktadır. Denetim faaliyetlerinin sonucu ortaklık ve kamuyla paylaşılır. Denetim sonuçlarının ortaklık ve yatırımcıları etkileme kabiliyeti, ulaşılan sonucun gerçek olmaması halinde sorumluluğu da beraberinde getirmektedir. Ortaklığa karşı sözleşmeye aykırılık nedeniyle oluşan bu sorumluluk, üçüncü kişiler bakımından uğranılan saf malvarlığı zararlarının tazmini çerçevesinde haksız fiil hukukuna dayandırılmaktadır.

Bilim Kodu : 501

Anahtar Kelimeler : Bağımsız denetim, Sorumluluk, Sözleşme, Kamunun Aydınlatılması, Sermaye Piyasası

Sayfa Adedi : 412

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Cemal OĞUZ

EXTERNAL AUDITING IN CAPITAL MARKETS
AND RESPONSIBILITIES FROM EXTERNAL AUDITS

(Ph. D. Thesis)

Ercan URKAN

GAZİ UNIVERSITY
INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES
February 2015

ABSTRACT

In this study on external auditing in capital markets and responsibilities from external audits, the issues such as legal aspects of external auditing and its interconnectedness with capital markets, external auditing agreements, the parties along with their mutual rights and responsibilities arising from external auditing are examined. External auditing is a field closely related to investor protection and public disclosure which also has several effects on general economy, corporations and investors. At the end of an on-site audit, the auditor generally constructs the basis of his final opinion on the related financial statements in accordance with the ethical standards and the requirements from contractual law pursuant to the auditing standards in place. In the formation of this opinion; parties have mutual rights and responsibilities such as requesting sufficient care, obeying to privacy and secrecy rules, sharing of information and audit fee. The final audit report is publicly disclosed and is also submitted to the related corporation. Influential capacity of such audit reports on corporations and investors brings along responsibilities in cases where the reports do not reflect reality. This responsibility to the related corporation that results from acting against the contractual agreement can as well be attributed to tort law pursuant to the recovery of incurred pure economic losses by third parties.

Science Code : 501

Key Words : External Auditing, Responsibility, Agreement, Public Disclosure, Capital Markets.

Page Number : 412

Supervisor : Prof. Dr. Cemal OĞUZ

TEŞEKKÜR

Çalışmalarım boyunca değerli yardım ve katkılarını sunan, kendi deneyimlerinden faydalandıran, yaptıkları eleştiri ve yol göstermeler ile beni yönlendiren, bu şekilde tezin içerik ve şekil bakımından daha zengin olmasına, dayanaklarının sağlamlaştırılmasına ve mukayeseli hukuk bakımından olgunlaşmasına dair katkılarından dolayı danışmanım Prof. Dr. Cemal OĞUZ ile Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Prof. Dr. Mehmet DEMİR, Prof. Dr. Hasan Seçkin OZANOĞLU ve Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR’a teşekkürü bir borç bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xiv
GİRİŞ	1
I. BÖLÜM.....	7
SERMAYE PİYASASI VE BAĞIMSIZ DENETİM.....	7
A) SERMAYE PİYASASI VE GÜVEN UNSURU.....	7
1) Sermaye Piyasaları	7
2) Sermaye Piyasalarında Güven Unsuru	10
a) Tasarruf Sahibinin Korunması Prensibi	11
b) Kamunun Aydınlatılması Prensibi.....	13
c) Bağımsız Denetimin Tasarruf Sahibinin Korunması ve Kamunun Aydınlatılması Prensipleri Arasındaki İlişki.....	17
B) BAĞIMSIZ DENETİM	20
1) Genel Olarak	20
2) Tanım	22
3) Muhasebe ve Denetim Kavramları Arasındaki İlişki.....	25
4) Bağımsız Denetimin Varsayımları	26
5) Bağımsız Denetimin Yararları	28
6) Bağımsız Denetimin Türleri.....	31
a) Sermaye Piyasası Mevzuatı Uyarınca Bağımsız Denetim Türleri	31
(1) Yıllık Bağımsız Denetim	31
(2) Sınırlı Bağımsız Denetim.....	32
(3) Özel Bağımsız Denetim	33
b) TTK Uyarınca Öngörülen Denetim Türleri.....	34
c) Diğer Denetim Türleri	35
(1) İşletimsel ya da Operasyonel Denetim	35
(2) Uygunluk Denetimi.....	36
(3) Zorunlu-İsteğe Bağlı Denetim	37
7) Bağımsız Denetim İle İlgili Düzenlemeler.....	37
a) Türkiye'deki Mevzuat	38
(1) Sermaye Piyasası Mevzuatı Bakımından.....	38
(2) TTK Bakımından	42
(3) Diğer Mevzuat Hükümleri Bakımından.....	44
b) ABD Düzenlemeleri	46
c) AB Düzenlemeleri	48

d) PIOB, IAASB ve IFAC Düzenlemeleri.....	50
II. BÖLÜM.....	51
BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ	51
A. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ’NİN TANIMI VE ŞEKLİ.....	52
B. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ’NE UYGULANACAK HUKUK.....	54
C. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ’NİN ÖZELLİKLERİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	55
1) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Özellikleri.....	55
a) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Tarafları Dışındaki Kişiler Bakımından Etkili Olması.....	56
b) Bağımsız Denetim Sözleşmeleri Yapılması Zorunlu Olan Bir Sözleşmedir	58
2) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	59
a) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin İsimli Bir Sözleşme Olup Olmadığı Hususu.....	62
b) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Tipikliği	64
(1) Bağımsız Denetim Sözleşmesi ile Hizmet Sözleşmesi Arasındaki İlişki	65
(2) Bağımsız Denetim Sözleşmesi ile Vekâlet Sözleşmesi Arasındaki İlişki	67
(3) Bağımsız Denetim Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesi Arasındaki İlişki.....	72
c) Kanaatimiz.....	77
D. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ’NİN UNSURLARI	78
1) Esaslı Unsurlar	78
2) Yan Unsurlar	83
E. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ’NİN KURULMASI	83
1) Anonim Ortaklıklar Tarafından Yapılan Bağımsız Denetim Sözleşmesi Teklifi ve BDK’nın Belirlenmesi	84
a) Bağımsız Denetim Kuruluşunun Seçimi	85
(1) Anonim Ortaklık Genel Kurulunca Bağımsız Denetim Kuruluşunun Seçimi.....	85
(2) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunca Bağımsız Denetim Kuruluşunun Seçimi.....	89
(3) Mahkeme Tarafından Bağımsız Denetim Kuruluşunun Seçimi	91
i. Mahkemece Denetçi Atanmasını Gerektiren Haller	93
ii. Görevli ve Yetkili Mahkeme ile Diğer Usule İlişkin Haller	95
b) Ortaklık Tarafından BDK Seçiminde Dikkat Edilecek Hususlar	97
2) Bağımsız Denetim Kuruluşu’nun Anonim Ortaklığın Teklifini Değerlendirmesi	98
a) Genel Olarak.....	98
b) Denetim Standartları Bakımından	100
(1) Bağımsız Denetim Kuruluşu’nun Teklif Edilen Denetim Faaliyetini Yürütüp Yürütemeyeceğine Dair Yeterliliğine İlişkin Araştırma (KSS/ISQC 1/26-a).....	104
(2) Etik kurallara uyum konusundaki araştırma (KSS/ISQC 1/26-b).....	105
(3) Denetlenecek ortaklığın ortakları ve yöneticilerinin finansal tablo hazırlanmasındaki mevzuata uyum konusundaki dürüstlüğünün değerlendirilmesi (KSS/ISQC 1/26-c)	106

3) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Kurulması ve Bildirimi.....	107
F. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ’NİN TARAFLARI.....	108
1) Halka Açık Anonim Ortaklık	109
a) Tanım.....	109
b) Türleri	110
c) Sermaye Piyasaları Bakımından Bağımsız Denetime Tabi Olan Ortaklıklar..	112
(1) TTK Hükümlerine Göre Bağımsız Denetime Tabi Olan Anonim Ortaklıklar	112
(2) SPKı Düzenlemeleri Bakımından.....	114
2) Bağımsız Denetim Kuruluşu	116
a) Genel Olarak.....	116
b) TTK ve KGK Düzenlemeleri Bakımından BDK	117
c) SPKn Bakımından BDK.....	118
(1) SPKı Tarafından Aranılan İlave Şartlar	121
(2) BDK’nun Listeye Alınmak Üzere SPKı’na Başvurusu.....	122
d) Yurtdışı Uygulamalarında BDK.....	122
(1) AB Uygulamasında BDK	122
(2) ABD Uygulamasında BDK.....	124
e) BDK’ların Organizasyon Yapıları.....	125
(1) Genel Olarak	125
(2) BDK’nun Pay Sahipleri	126
(3) BDK’nun Faaliyetlerini Gerçekleştiren Çalışanları.....	127
(4) Sorumlu (Ortak Baş) Denetçi ve Niteliği.....	128
f) Bağımsız Denetçilerin Organ Niteliği	131
G. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİNİN KONUSU.....	136
H. BAĞIMSIZ DENETİMDEN MUAFİYET HALLERİ.....	137
III. BÖLÜM.....	139
BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	139
A. BAĞIMSIZ DENETİM KURULUŞU’NUN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	139
1) BDK’nun Yükümlülükleri.....	139
a) Bağımsız Denetim Faaliyetlerini Standartlarına Uygun Olarak Yürütme ve Tamamlama Yükümlülüğü	139
b) Bağımsız Denetim Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü.....	140
c) Mesleki Yeterliliğe ve Organizasyona İlişkin Yükümlülük	141
d) Etik kurallar ve kalite kontrol düzenlemelerine uyma yükümlülüğü	143
e) Makul güvence, mesleki şüphe, denetim riski ile önemlilik konularındaki yükümlülük	144
f) Reklam yasağına ve haksız rekabete ilişkin yükümlülük.....	146
g) Sır Saklama Yükümlülüğü.....	147
(1) Genel Olarak	147
(2) TTK Bakımından Sır Saklama Yükümlülüğü.....	150
(3) SPKı Düzenlemeleri Bakımından Sır Saklama Yükümlülüğü	152

(4) KGK ve Etik Yönetmeliği Bakımından Sır Saklama Yükümlülüğü	153
(5) IFAC Düzenlemeleri Bakımından Sır Saklama Yükümlülüğü.....	154
(6) Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları	155
h) Çalışma Kâğıtlarını Saklama Yükümlülüğü.....	159
i) Mesleki Özen ve Titizliğe İlişkin Yükümlülük	159
j) Bağımsızlığa İlişkin Yükümlülük.....	163
(1) Genel Olarak	164
(2) Bağımsızlık Kavramı	168
(3) Türk Hukukunda Denetçinin Bağımsızlığına İlişkin Düzenlemeler.....	171
i. TTK Uyarınca Denetçinin Bağımsızlığı	171
ii. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği Uyarınca Bağımsızlığı	176
iii. SPK Faaliyet Tebliği Taslağı Bakımından Bağımsızlığı	178
(4) Denetçinin Bağımsızlığına İlişkin Yurtdışı Düzenlemeleri	181
i. ABD Düzenlemeleri	181
ii. AB Düzenlemeleri.....	184
iii. IFAC Düzenlemeleri	185
(5) Denetçinin Bağımsızlığına Yönelik Tedbir ve Öneriler	187
i. Zorunlu Rotasyona İlişkin Düzenlemeler	187
ii. Denetçinin Kamu Kuruluşlarınca Atanması	193
iii. Pay Sahibi ya da Diğer İlgililer Tarafından Denetçi Atanması.....	194
iv. Denetim Komitesi	195
k) Görüşünü de İçeren Bağımsız Denetim Raporunu Teslim Etme Yükümlülüğü	197
(1) BDK'nun Denetim Raporunda Görüş Bildirme Yükümlülüğü	197
i. Olumlu Görüş.....	202
ii. Olumsuz görüş.....	202
iii. Şartlı Görüş (Sınırlı Olumlu Görüş).....	203
iv. Görüş bildirmekten imtina edilmesine/kaçınılmasına dair görüş.....	204
v. Denetçi Görüşlerinin Etkileri	205
(2) BDK'nun Denetim Raporunu Ortaklığa Teslim Etme Yükümlülüğü	206
2) BDK'nun Hakları	208
a) Ücret	208
(1) Taraflarca Belirlenen Ücretin Sözleşmede Yer Alması Zorunluluğu.....	209
(2) Ücretin Belirlenme Şekli.....	210
b) Bilgi ve Belge Alma Hakkı	212
c) Ortaklık Genel Kuruluna Katılma Hakkı.....	215
d) Diğer Toplantılara Katılma Hakkı	216
B. DENETLENEN ORTAKLIĞIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	217
IV. BÖLÜM	219
BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ.....	219
A. SÖZLEŞMENİN TARAFLARININ SÖZLEŞMEYİ SONA ERDİRMESİ	219
1) Sermaye Piyasası Mevzuatı Bakımından Sözleşmenin Sona Ermesi	219
a) Ortaklık Tarafından Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi	220

b) BDK Tarafından Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi	222
2) TTK ve KGK Düzenlemeleri Bakımından Sözleşmesi Sona Ermesi	226
a) BDK Bakımından	227
b) Denetlenen Ortaklık Bakımından	230
c) Haklı Sebebin KGK tarafından benimsenmesi ile sözleşmenin sona ermesi ..	231
3) TTK ve SPKr Düzenlemeleri Bakımından Sözleşmenin Sona Ermesi Hususunda Yer Alan Farklılıkların Değerlendirilmesi	232
4) Denetim Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Usul	234
B. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ’NİN SÜRESİNİN SONA ERMESİ	234
C. BDK’NUN DENETİM FAALİYETLERİNDE BULUNMA YETKİSİNİN İPTALİ	235
V. BÖLÜM	241
BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK	241
A. BAĞIMSIZ DENETÇİLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU	241
1) Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluklarına İlişkin Düzenlemeler	241
2) Denetçinin Sözleşmenin Karşı Tarafına Olan Hukuki Sorumluluğu	242
a) Genel Olarak	242
b) Sözleşmeden Doğan Borca Aykırılık Halleri	243
(1) Borcun Hiç İfa Edilmemesi Hali	243
(2) Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi Hali	245
c) Borca Aykırılığın Sonuçları	246
(1) Aynen İfayı Talep ve Dava Etme	246
(2) Tazminat Talep Etme	247
i. Borca Aykırı Bir Davranış Bulunmalıdır	248
ii. Zarar	248
iii. Kusur	249
iv. Uygun İliyet Bağı	250
(3) Tazminat Talebinde Dikkat Edilmesi Gereken SPKn ve TTK Düzenlemeleri	251
i. Konuya İlişkin TTK Düzenlemeleri	251
ii. Konuya İlişkin SPKn Düzenlemeleri	255
- SPKn md. 10 Hükmünün Uygulanabilirliği	256
- SPKn md. 32 Hükmünün Uygulanabilirliği	258
- SPKn md. 63 Hükmünün Uygulanabilirliği	259
(4) BDK’nun Temerrüdü ve Buna Bağlanan Sonuçlar	260
i. Temerrüt Kavramı ve Koşulları	261
ii. Temerrüdün Sonuçları	265
Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talebi	265
Beklenmedik Halden Kaynaklanan Sorumluluğun BDK’ya Geçmesi	266
TBK md. 125 Hükmünde Öngörülen Seçimlik Haklar	267
3) Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiye Karşı Hukuki Sorumluluğu	272

a) Üçüncü Kişilerin Zararının Niteliğinin Belirlenmesi – Saf Malvarlığı Zararı Kavramı.....	274
b) Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmin Edilebilirliği Sorunu.....	279
(1) Türk Hukukunda Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmini	279
i. Saf Malvarlığı Zararlarının Haksız Fiil Hukuku Uyarınca Tazmini	280
ii. Saf Malvarlığı Zararlarının Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Uyarınca Tazmini	282
iii. Saf Malvarlığı Zararlarının Güven Sorumluluğu Uyarınca Tazmini	284
Güven Sorumluluğuna İlişkin Genel Açıklamalar.....	287
Güven Sorumluluğunun Uygulama Koşulları	290
(2) Mukayeseli Hukukta Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmini	292
i. ABD Hukukunda Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmini	293
ii. AB Hukukunda Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmini	295
4) Türk Hukukunda Bağımsız Denetçilerin Üçüncü Kişilere Karşı Haksız Fiil Sorumluluğunun Koşulları	300
a) Bağımsız Denetçinin Sorumluluğunda Öngörülen Mevzuat Hükümlerinin Önceliği Sorunu	300
b) Türk Hukukunda Bağımsız Denetçinin Sorumluluğunu Düzenleyen SPKn Hükümleri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi Sorunu – SPKn md. 10 ile SPKn md. 32 Arasındaki İlişki.....	301
c) Bağımsız Denetçinin Sorumluluğunun Koşulları.....	309
(1) Yanıltıcı, Yanlış veya Eksik Bağımsız Denetim Raporu.....	309
(2) Zarar.....	314
i. Alman-İsviçre Hukukunda Tazmini Gereken Zarar.....	316
ii. ABD Hukukunda Tazmini Gereken Zarar	318
iii. Türk Hukukunda Tazmini Gereken Zarar	321
(3) Hukuka Aykırılık	329
(4) Kusur.....	330
(5) İliyet (Nedensellik) Bağı.....	336
5) Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğun Doğmadığı Haller	342
a) İşlem İliyetinin (Transaction Causation) Bulunmaması.....	343
b) Yanıltıcı, Yanlış ve Eksik Bilginin Bilinmesine Rağmen İşlemin Yapılması.	345
c) Zarar Doğuran İşlemlerden Önce Gerçek Bilginin Yayınlanması	346
d) Zarar İliyetinin (Loss Causation) Bulunmaması	347
6) Sorumluluğun Sınırlandırılması	354
a) Denetlenen Ortaklığa Karşı Olan Sorumluluk Bakımından	354
b) Üçüncü Kişilere Olan Sorumluluk Bakımından	359
c) Sorumluluğun Sigortalanması	362
7) Davanın Tarafları	364
a) Davalı Taraf.....	364
(1) Bağımsız Denetim Kuruluşu.....	364
(2) Diğer Kişiler.....	365
b) Davacı Taraf	365
8) Zamanaşımı	366

a) Denetlenen Ortaklığa Karşı Olan Sorumluluk Bakımından	366
b) Üçüncü Kişiyeye Karşı Olan Sorumluluk Bakımından	367
9) Denetçilerin İbrasının Hukuki Sorumluluklarına Etkisi.....	369
10) Mukayeseli Hukukta Bağımsız Denetçilerin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumlulukları	370
a) ABD Hukukunda Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluğu ..	370
(1) Ultramares Doktrini (Privity Approach).....	371
(2) Haksız Fiil Doktrini (The Restatement Approach).....	373
(3) Makul Öngörülebilirlik Doktrini (Reasonable Foreseeability Approach) ...	375
b) İngiliz Hukukunda Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluğu	376
c) Alman Hukukunda Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluğu	380
d) İsviçre Hukukunda Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Sorumluluğu	382
B. BAĞIMSIZ DENETÇİLERİN CEZAI SORUMLULUĞU	382
1) Suç Bakımından Cezai Sorumluluk	383
2) Kabahat Bakımından Cezai Sorumluluk	384
C. BAĞIMSIZ DENETÇİLERİN İDARİ SORUMLULUKLARI	386
SONUÇ.....	387
KAYNAKÇA	395

KISALTMALAR

AAA	: American Accounting Association
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AB'nin 8. Direktifi	: Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council
AICPA	: The American Institute of Certified Public Accountants
AOA	: Federal Act on the Licensing and Oversight of Auditors Act (Auditor Oversight Act), Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren (Revisionsaufsichtsgesetz)
APB	: The Auditing Practices Board
ASB	: The Auditing Standards Board
aşa.	: Aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK	: Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu
BDK	: Bağımsız Denetim Kuruluşu
BDS	: Bağımsız Denetim Standardı
BİST	: Borsa İstanbul A.Ş.
bkz.	: Bakınız
BörsG	: Börsengesetz, German Stock Exchange Act, Alman Menkul Kıymet Borsa Kanunu
C.	: Cilt
CPA	: Certified Public Accountant
dn.	: Dipnot
EPDK	: Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu

Exchange Act of 1934	: ABD Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun
FEE	: Fédération des Experts Comptables Européens
FRC	: Financial Reporting Council
GAAP	: Generally Accepted Accounting Principles
GAAS	: Generally Accepted Auditing Standards
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜİİBFD	: Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
HAAO	: Halka Açık Anonim Ortaklık
HD	: Hukuk Dairesi
HGB	: Alman Ticaret Kanunu, Handelsgesetzbuch
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IAASB	: International Auditing and Assurance Standards Board
IAPC	: International Auditing Practices Committee
IAS	: International Accounting Standart
IASB	: International Accounting Standards Board
IASC	: International Accounting Standard Committee
IESBA	: The International Ethics Standards Board for Accountants
IFAC	: International Federation of Accountants
IFRS	: International Financial Reporting Standards
IOSCO	: International Organization of Securities Commissions - Uluslararası Sermaye Piyasası Kurumları Teşkilatı
ISA	: International Standard on Auditing
ISRE	: International Standard on Review Engagements
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası

İÜHFİM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KGK	: Kamu Gözetimi Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KSS	: Kalite Kontrol Standardı
md.	: Madde
OECD	: Organisation for Economic Co-Operation and Development
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
PCAOB	: Public Company Accounting Oversight Board
PIOB	: Public Interest Oversight Board
RG	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SASs	: Statements on Auditing Standards
SBDS	: Sınırlı Bağımsız Denetim Standardı
SEC	: Securities and Exchange Commission
Securities Act of 1933	: ABD 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu
SMMM	: Serbest Muhasebeci Mali Müşavir
SOX	: Sarbanes-Oxley Act of 2002
SPKn	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPKr	: Sermaye Piyasası Kurulu
SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı	: Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Faaliyeti Hakkında Tebliğ Taslağı
SPKr Seri: X, No:22 sayılı Tebliğ	: Sermaye Piyasalarında Bağımsız Denetim Standartları Hakkında Tebliğ

SPKr Seri: XI, No:29 sayılı Tebliğ	: Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği
SPKr Tebliğ Taslakları	: SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı ve SPKr Yükümlülük Tebliğ Taslağı
SPKr Yükümlülük Tebliğ Taslağı	: Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Yükümlülüğüne İlişkin Esaslar Tebliğ Taslağı
SPKr (II-5.1) Tebliği	: İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği
SPKr (II-14.1) Tebliği	: Sermaye Piyasasında Finansal Raporlama İlişkin Esaslar Tebliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDS	: Türkiye Denetim Standartları
TDSK	: Türkiye Denetim Standartları Kurulu
TFRS	: Türkiye Finansal Raporlama Standartları
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TMS	: Türkiye Muhasebe Standartları
TMSK	: Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
TTSG	: Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi
TUDES	: Türkiye Denetim Standartları Kurulu
TURMOB	: Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği
UDS	: Uluslararası Denerim Standartları
UMS	: Uluslararası Muhasebe Standartları (Uluslararası Finansal Raporlama Standartları)
vd.	: ve devamı
Vol.	: Volume
Y.	: Yıl

YMM	: Yeminli Mali Müşavir
yuk.	: Yukarıda
WpHG	: Wertpapierhandelsgesetz (Alman Menkul Kıymet İşlemleri Kanunu)
WpPG	: Wertpapierprospektgesetz (Alman Menkul Kıymet İzahname Kanunu)

GİRİŞ

Konunun Sunumu

Bir kişi veya kuruluşun kendi sunduğu bilgi yahut veriler ile üçüncü kişilerden bir şey istediği durumlarda her zaman bir soru işareti gündeme gelir. Hazırlayıcısının sunulan bilgide kendi lehine yanlışlık, yanıltıcılık veya eksiklik yaratıp yaratmadığı alıcısı tarafından bilinmemektedir. Bu genel perspektifin bir uzantısı ekonomi bilimi içerisinde de görölür. Bir malın satıcısı her zaman o mala ait bilgiyi tam olarak alıcıya vermeyebilir. Bu durumda satıcı kısa vadede amacına ulaşabilir ama uzun vadede zarar edebilir. Zira bu satıcının sattığı mal hakkında verdiği bilginin doğru olmayabileceği algısı potansiyel diğer alıcılarda olduğu zaman bu satıcı gittikçe daha az satış yapmak durumunda kalabilir.

Bir bilginin gerçekliği ile sunucusunun güvenilirliği günümüzde artık kolayca ortaya çıkmakta ve yayılmaktadır. Gerek internet gibi bilgi dağılımının süratle sağlanması gerek tüketim toplumunun gerektirdiği hassasiyetlerin gelişmesi bu çıkarımda oldukça etkilidir. Tüm bu gelişmeler, bilginin sunucusunun bilgisi ve kontrolü dışında olmaktadır. Zira kişiler bunu daha güvenilir addetmektedirler.

Ortaklıkların kendilerini geliştirme amacıyla yapacakları yatırımlar için ekonomik kaynaklara ihtiyaçları bulunmaktadır. Bu kaynakların maliyetinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Ortaklıkların aradıkları kaynağı bulmada kabaca iki seçenekleri bulunmaktadır. Bunlar bankadan kredi temin etmek veya şirkete yeni ortak yahut banka dışında borç verebilecek kişileri bulma seçenekleridir. İlki para piyasasını ikincisi sermaye piyasalarını oluşturur. Para piyasasından kredi temin etmenin maliyeti faizdir. Sermaye piyasalarında ise bankanın aracılığına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle de daha ucuz bir kaynaktır.

İşte, ülke içinden veya dışından kaynak sağlamak isteyen şirketlerin güvenilirliklerini sağlamakta kullandıkları en etkili araç finansal tablolarıdır. Finansal tablolar, ortaklıkların mali durumuna dair bir fotoğrafa benzetilmektedir. Bir ortaklığın finansal tablolarına bakıldığında kaynaklarını nerede ve ne şekilde kullandığı, borçları, alacakları, karlılığı gibi pek çok hususa vakıf olmak mümkün hale gelmektedir.

Bu aşamadan sonra ise finansal tabloların gerçekliği sorununun çözülmesi aşamasına gelinmektedir. Finansal tablolar, şirketlerin yönetim kurulu tarafından hazırlanmaktadır. Dolayısıyla, kendi hazırladığı bir veriye güvenilmesi ile kendisine kaynak aktarılmasının istendiğinde bu finansal verilerin teyit edilmesi gerekliliği ortaya çıkar. İşte bu sorunun aşılması ise finansal verilerin bağımsız denetimi ile gerçekleştirilmektedir. Finansal verilerin denetimini gerçekleştirecek olanların bağımsız ve tarafsız olması ise onların yaptığı işin güvenilirliğinin bir parçasını teşkil etmektedir. Denetimin önceden belirlenmiş kurallar ile gerçekleştirilmesisuretiyle de piyasaya güven verilmeye çalışılmaktadır.

Genel hatları ile bu şekilde gerçekleşen bu oyun içerisinde herhangi bir kademedeki olumsuzluk sisteme olan güvenin zedelenmesine yol açabilecektir. Bu ise sistemden beklenen amacın elde edilememesi ile sonuçlanabilecektir. Bunun yanında, gelişen ekonomi ile birlikte şirketlerin büyümeleri ve bu şirketlere yatırım yapan kişilerin şirketlerin yönetiminden uzaklaşmaları onları koruyacak bir iç mekanizmanın da oluşumuna öncülük etmiştir. Bu vesileyle ortaya çıkan kurumsal yönetim ilkeleri ve kamunun aydınlatılması ilkesi aracılığı ile şirketlerin şeffaflaştırılması ve ilgili kişilere istedikleri zaman ihtiyaç duydukları verilere ulaşma imkânının sağlanması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Özetle, kendi hazırladığı finansal tablolarına dayanılarak kaynak arayan şirketin şeffaf olması ve bu finansal tablolarının bağımsız ve tarafsız denetçiler tarafından belirlenen standartlar uyarınca denetimden geçirilmesi oluşturulan sistemin merkezinde yer almaktadır.

Şüphesiz ki, insanoğlunun olduğu her yerde bir sübjektiflik olduğu gibi bir takım etik dışı davranışlar da meydana gelebilecektir. Bu çerçevede, finansal verileri hazırlayan şirket yönetimi ile bunların denetimini yapan denetçiler arasında olması gereken bağımsızlığın sağlanamaması ve dolayısıyla bu kişilerin birlikte hareket etmeleri halinde piyasa katılımcısı olan tasarruf sahipleri aleyhine bir durum yaratılmış olunacaktır. Bu durum ise piyasaya olan güven zedeleyeceği gibi piyasanın gelişimini de engelleyecektir.

Ekonomik gelişmişliklerini göreceli olarak sağlayan ülkeler bakımından iki yüzyılı aşkın bir süre içerisinde oluşan ve gelişen bu sistem, süreç içerisinde yaşanan tikanıkları aşmak için sürekli ihtiyaç duyduğu çıkışı bulmak suretiyle günümüze kadar gelmiştir. Bu yüzyılın başında yaşanan muhasebe skandallarının ardında yatan asıl sebep denetçiler ile şirketler arasındaki etik dışı davranış kalıplarından ileri gelmiştir.

Çalışmamızda, bir bütün olarak sermaye piyasaları ve bu piyasaların gelişimi açısından vazgeçilmez bir unsur olarak karşımıza çıkan bağımsız denetim faaliyetleri ve bu faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluk hususları incelenmeye çalışılmıştır.

Konunun Amacı

Çalışma konumuzun amacı, kendi sınırları dâhilinde olmak üzere, bağımsız denetim faaliyetlerinin yürütülmesi amacıyla denetçi ve ortaklık arasında yapılan bağımsız denetim sözleşmesi, bu sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülükleri ile bu faaliyetler sonucunda tarafların veya üçüncü kişilerin uğradıkları zararların tazmini hususlarını ele almaktır.

Bu genel amacın gerçekleştirilebilmesini teminen tezimizde, bağımsız denetim sözleşmelerinin hukuki niteliğinin belirlenmesine, tarafların hak ve yükümlülüklerin tespit edilmesine, bu hususlardaki ilgili mevzuatın değerlendirilmesine, zarara uğrayan kişilerin tazmin taleplerinin hukuki dayanaklarının oluşturulmasına ihtiyaç duyulmaktadır. Özellikle, bağımsız denetçilerin sorumluluğu bahsinde zarara uğrayanların zararlarının hukuki niteliğinin ortaya konulması ve tazmin edilebilir olup olmadığının ortaya konulması önem arz etmektedir.

Konunun Önemi

Bağımsız denetim faaliyetleri sermaye piyasaları bakımından vazgeçilmez bir mekanizmadır. Ortaklıklar tarafından istenilen mali kaynağın sağlanması bakımından sahip olduğu önem yanında, bağımsız denetim mevzuat bakımından bir zorunluluk olduğu gibi muhatap yatırımcıları ikna etmek için sunulan çabayı ifade etmektedir.

Sermaye piyasaları bakımından öngörülen bağımsız denetim yaptırma zorunluluğunun TTK uyarınca da anonim ortaklıklar bakımından kural olarak öngörülmesi çalışma konumuzun önemini artırmıştır. Bu bağlamda, sermaye piyasaları ve diğer ticari ilişkilerde bağımsız denetime ilişkin hukuki sorunların ele alınması gerekliliği ortaya çıkmıştır. Özellikle, bağımsız denetim faaliyetleri sürecinde tarafların yükümlülükleri ile bağımsız denetçinin hukuki sorumluluğu ön plana çıkmaktadır.

Bu şekilde bağımsız denetimin yaygınlaştırılması ile denetçilerin hukuki sorumluluğu bahsinde sorumluluğun kaynağı, zararın belirlenmesi ve niteliğinin ortaya konulması, zararın tazmin edilebilirliği ve bunun koşullarının değerlendirilmesi sorunları çalışma konumuzun önemini ortaya koymaktadır.

Konunun Sınırlandırılması

Ülkemizde de bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğü mülga 2499 sayılı SPKn’nda olduğu gibi 6362 sayılı SPKn uyarınca halka açık anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumları bakımından öngörülmüştür. Eski TTK bakımından ise şirketlerin finansal verilerinin denetimi şirket içi bir organ konumunda olan denetleme kurulları tarafından yapılmakta idi. Ancak denetleme kurullarının genellikle ortaklık yönetimini seçen grup tarafından belirlenmesi ve bağımsız/objektif kriterler çerçevesinde denetimleri gerçekleştirmemeleri nedenleriyle piyasa katılımcıları tarafından aranan güven unsurunu oluşturması mümkün olamamıştır. Bu nedenle, yeni TTK ile eski TTK dönemindeki denetim kurulları kaldırılarak halka kapalı ortaklıklar bakımından da, kural olarak, finansal veriler üzerinde bağımsız denetim yaptırılması zorunluluğu öngörülmüştür. TTK bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğüne tabi ortaklıkları belirleme konusundaki yetkiyi Bakanlar Kuruluna bırakmış olup, bu yetkiyi kullanan Bakanlar Kurulu tarafından bağımsız denetime tabi ortaklıklar belirlenmiştir.

Çalışmamızda, sermaye piyasaları bakımından bağımsız denetim faaliyetleri ele alınmış olup, halka kapalı anonim ortaklıklar bakımından bağımsız denetim faaliyetleri ile bağımsız denetçileri inceleme kapsamına alınmamıştır. Ancak, TTK ve SPKn ile öngörülen bağımsız denetim faaliyetleri ile bağımsız denetim standartları aynı hususlara işaret etmektedir. Bu nedenle, çalışmamızda halka açık şirketler için yapılan açıklamalar kural olarak halka kapalı şirketler bakımından da geçerlidir. Bununla birlikte, SPKn ile bağımsız denetçilere ait kalite kontrol ve bağımsız denetçiler için öngörülen ilave kıstasların belirlenme yetkisinin SPKr’na bırakılması bağımsız denetçilerin farklılaşmasına neden olmaktadır.

Çalışmamızda, sermaye piyasalarındaki bağımsız denetim faaliyetleri esas alındığı için bağımsız denetim standartları dışında SPKr düzenlemeleri esas alınmış, KGK düzenlemelerine ise genellikle paralel olması bahsi ile yer verilmiştir. Bunun yanında denetim standartları ile yakından ilgili bir takım hususların TTK içerisinde yer almasından hareketle bu açıklamalarımız TTK ile uyumlaştırılmaya çalışılmıştır.

Sonuç olarak, çalışmamızda sermaye piyasalarında yer alması bahsi ile halka açık anonim ortaklıklar ve sermaye piyasaları bakımından bağımsız denetim faaliyetleri ile bu faaliyetleri yürütecek olan bağımsız denetçiler ele alınmış olup, bu kapsamda denetim faaliyetinden kaynaklanan sorumluluk bahsi incelenmiştir.

İnceleme Planı

Yukarıda belirtilen sınırlamalar dâhilinde bağımsız denetim faaliyetleri ve bu faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluğu incelediğimiz bu çalışmamız beş bölümden oluşturulmuştur.

Çalışmamızın birinci bölümünde, sermaye piyasaları ve bağımsız denetim konularına genel bir bakış yer almaktadır. Bu bölümde sermaye piyasaları ile bağımsız denetim faaliyetlerinin kesiştiği noktalara değinilerek, bağımsız denetim faaliyetlerinin sermaye piyasalarındaki yatırımcıların korunması, kamunun aydınlatılması ve kurumsal yönetim ilkeleri ile olan ilişkileri ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ayrıca, bu bölüm içerisinde, ilerleyen bölümlerde de kullanılacak olan bağımsız denetim ile ilgili düzenlemelere genel olarak yer verilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise denetlenen ortaklık ile bağımsız denetçi arasındaki bağımsız denetim sözleşmeleri incelenmiştir. Bu bölüm içerisinde bağımsız denetim sözleşmelerinin tanımı ve şekli, genel özellikleri ile hukuki niteliği ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bu tespitlerin ardından bağımsız denetim sözleşmesinin unsurları, konusu ile kuruluşuna ilişkin özel durumlara değinilmiştir. Bu bölümde son olarak ise bağımsız denetim sözleşmesinin tarafları hakkında açıklamalarda bulunulmuştur.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde bağımsız denetim sözleşmesinin taraflarının sahip olduğu hak ve yükümlülükler incelenmiştir. Bu bağlamda, denetçilerin sır saklama yükümlülükleri, bağımsızlıkları, mesleki organizasyonları, tabi oldukları etik yükümlülükleri, reklam yasağı gibi pek çok yükümlülük bu bölümde irdelenmeye çalışılmıştır. Denetçinin temel hakkı olan ücret konusu ise bağımsızlığını da etkilemesi bahsi ile ayrı bir başlık altında açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmamızın dördüncü bölümünde ise bağımsız denetim sözleşmelerinin sona ermesi bahsi incelenmiştir. Bu sözleşmelerin, sona erme aşamasında idari otoritelerin devreye girmesi gibi bir takım özelliklere sahip olmasından hareketle sözleşmenin sona ermesi ilgili düzenlemeler esas alınmak suretiyle konu çeşitli açılardan ele alınmıştır.

Çalışmamızın son bölümünde ise bağımsız denetçilerin sorumlulukları ele alınmaya çalışılmıştır. Bu bölümde bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklığa ve üçüncü kişilere karşı olan sorumlulukları ayrı ayrı incelenmiştir. Denetçinin, ortaklığa karşı sorumluluğu sözleşmeye aykırılık hükümlerine tabi bir hukuki sorumluluk olduğu hususunda tartışma

bulunmamaktadır. Bununla birlikte sözleşmenin nispileği ilkesinin bir istisnası olarak bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklık dışındaki kişilere karşı da hukuki sorumluluğu bulunduğu kabul edilmiştir. Bu bölümde denetçilerin üçüncü kişilere verdikleri zararların niteliği üzerinde durulmuş ve saf malvarlığı zararları ile bunların tazmini hususunda mukayeseli hukuk düzenlemeleri de dikkate alınarak açıklamalarda bulunulmaya çalışılmıştır. Üçüncü kişilerin uğradıkları zararın niteliğini bu şekilde belirledikten sonra bu zararların tazmininde kullanılacak hukuki rejimin diğer bir ifade ile hangi hükümlerin bu tazmin talebinde uygulama alanı bulacağı üzerinde durulmuştur. Üçüncü kişilere karşı sorumluluğa dair açık yasa hükümlerinin varlığı da dikkate alınarak, bu konuda haksız fiil hükümlerinden yararlanılmasının uygun olacağından hareketle denetçilerin sorumluluğunun koşulları ele alınmıştır.

I. BÖLÜM

SERMAYE PİYASASI ve BAĞIMSIZ DENETİM

A) SERMAYE PİYASASI ve GÜVEN UNSURU

Çalışma konumuzun sermaye piyasalarında sunulan bağımsız denetim faaliyeti ile sınırlandırılması nedeniyle öncelikle sermaye piyasaları hakkında açıklamalarda bulunulması gerekmektedir. Ancak sermaye piyasalarının bir bütün olarak incelenmesi başlı başına ayrı bir araştırma konusu olabileceğinden, bu piyasaların genel özellikleri ile çalışma konumuz olan bağımsız denetimle bağlantılı olan yönlerini açıklamakla yetinilmiştir. Bu bağlamda, bağımsız denetim alanı ile ilgili olan ve sermaye piyasalarındaki güven unsuru ile yatırımcının korunması ve kamunun aydınlatılması prensiplerinden de söz edilmesinde yarar bulunmaktadır. Çalışma konumuz olan bağımsız denetim, sermaye piyasası alanında muhasebe ve finans kapsamında ele alınmakla birlikte, yatırımcıların korunması amacından hareketle yatırımcılara sunulması gereken bilgilerin başında yer almaktadır. Böylelikle, bağımsız denetim sürecinin güven unsuru içerisinde yatırımcıların korunması ve kamunun aydınlatılması prensipleri çerçevesinde değerlendirilmesi kaçınılmazdır.

1) Sermaye Piyasaları

Kişiler birer ekonomik varlık olarak kazandıkları tüm gelirlerini harcamazlar. Kişilerin harcamadıkları kısım, kişinin kendi kaynaklarından yaptığı tasarruf miktarını oluşturur. Fakat bu tasarruf edilen miktarın toplamının büyüklüğü ve kişilerin belirsiz bir dönem içinde bu miktarı makroekonomik düzeyde hareketsizleştirmesi ekonomik bir risk oluşturmaktadır. Tasarruf edilen bu miktarın tekrar ekonomiye kazandırılması ve kişinin kendisi tarafından ya da bir üçüncü kişi aracılığı ile yapılacak olan yatırımlarda kaynak olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durum tasarruflarını korumak yahut artırmak isteyen kişiler bakımından da yararlı sonuçlanabilecektir.

Bu nedenle devletler, özel ve kamu sektöründeki yatırımlar için kaynak yaratmak amacıyla tasarrufu özendirici politikalar üreterek ülkenin toplam tasarrufunu artırmak yoluna giderler. Ancak kişiler tasarruflarının korunması bakımından güvenli bulmadıkları bir ortamda tasarruflarını değerlendirmek istemezler. Böylelikle de tasarruf sahibinin ekonomiye güvenmesinin sağlanması yanında, bu güveni yaratmak amacıyla tasarruf sahibinin korunması gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

Fon arz eden tasarruf sahibi ile fon talep eden taraf¹ bu anlamda karşılıklı ilişki içerisinde. Bu ilişkinin kurulması ekonomik anlamda çeşitli piyasa veya pazarlarda meydana gelmektedir. Alıcı ve satıcının karşı karşıya geldikleri yer olan pazarlar, genel anlamda piyasaların oluşmasını sağlarlar. Bu piyasalar çeşitli açılardan alt bölümlere ayrılmakla birlikte en önemli bölümlerden biri konumuzu da ilgilendiren finansal (mali) piyasalardır.

Şirketler yeni yatırımları için kaynak arar iken, tasarruf eden kişiler yukarıda ifade edildiği üzere tasarruflarının azalmasını yahut tamamen yok olmasını engellemek ve mümkün ise oldukça az bir risk ile artırmak isterler. İşte finansal piyasalar bu iki tarafı buluşturan piyasalardır.

Finansal piyasalar, fonların tasarruf eden kesimden kaynak arayan kesimine aktarılmasına yardımcı olurlar. Bu fon aktarım süreci ile finansal piyasalar tasarrufların yatırıma dönüşmesine, dolayısıyla sermaye birikimine ve bunun için gerekli araç ve kurumların oluşmasına hizmet ederler². Finansal piyasalar, genel olarak para ve sermaye piyasaları olarak ikiye ayrılırlar.

Para piyasaları, genellikle kısa vadeli taleplerin karşılandığı ve araçlarının nakit, döviz, altın, kambiyo senetleri gibi unsurlar olduğu piyasalardır. Bu piyasanın temel müesseselerinin başında bankalar gelir. Bankalar kişilerin tasarrufunun erimemesi amacıyla genel ekonomik konjonktüre bağlı olarak değişen oranlarda faiz teklif etmek suretiyle kişilerin tasarruflarına talip olurlar. Bankalar, tasarruf sahiplerinden topladıkları bu paraları tasarruf sahiplerine verdikleri faiz oranından daha yüksek bir oran ile geri verilmek üzere yatırım yapmak isteyen gerçek ya da tüzel kişilere kredi olarak verirler. Böylece de tasarruf sahiplerinin tasarrufları bankalar aracılığı ile kaynak arayan şirketlere aktarılmış olur. Bu yüzden bu tip kaynak arayışı “dolaylı finansman” olarak adlandırılır³.

¹ Şüphesiz ki, yatırım yapmayı amaçlayan taraf sadece şirketler diğer bir ifade ile özel sektör temsilcileri değildir. Kamu sektörü de bir kamu politikası olarak yatırım yapmak durumunda olup, yapacağı tüm yatırımlarında kendi öz sermayesini kullanmak zorunda değildir. Bu nedenle Devlet de bu anlamda fon talep eden taraf olabilecektir. Ancak çalışma konumuzda kamu kesiminin fon talep etmesi hususu incelenmeyecektir. Çalışmamız içerisinde yapılacak açıklamalarda fon talep eden yahut yatırım yapmayı amaçlayan tarafın özel sektör olduğu kabul edilmiş olup, özel sektör içinde de çalışma konumuzu ilgilendirmesi bahsiyle bir sermaye piyasası aktörü olan halka açık anonim ortaklıklar fon talep eden taraf olarak belirlenmiştir.

² Derin, S. (1991). *Evrensel Bankacılık Sistemi ve Türk Sermaye Piyasalarında Bankalar*, Yayınlanmamış SPKr Yeterlilik Etütü, Ankara, s. 8 vd.

³ Yasaman, H. (1992). *Menkul Kıymetler Borsası Hukuku*, İstanbul, s. 5 vd., Karslı, M. (1994). *Sermaye Piyasası, Borsa, Menkul Kıymetler*, 4. Baskı, İstanbul, s. 25 vd.

Alternatif bir finansman modeli olan sermaye piyasalarında ise tasarruf sahibi ile kaynak arayan tarafın doğrudan buluşması söz konusudur. Bu nedenle bu tip finansman modeli “doğrudan finansman” olarak da adlandırılır. Bu modelde şirketler⁴, tasarruf sahiplerine çeşitli sermaye piyasası araçları aracılığıyla teklif sunarak onlardan tasarruflarını talep etmektedirler. Tek başına fazla bir değeri olmayacak küçük tasarrufların bazı özel haklar sağlayan değerli belgelere bağlanarak yatırımlara kaydırılması sermaye piyasalarının temel fonksiyonudur⁵. Şirketlerin sunduğu teklifler şirketin ortağı yapma, borç-alacak ilişkisine girme gibi basit şekillerde olabileceği gibi bir varlığa dayalı olarak çıkartılan menkul kıymetlerini satma şeklinde de olabilmektedir. Bu suretle de kişilere kar payı yahut faiz gibi gelir elde etme imkânı sunmaktadırlar. Bu imkânlar tasarruf sahibinin tasarruf miktarını arttırıcı unsurlardır.

Bu sistemin iyi bir şekilde işleyebilmesi ve gelişmesi genel olarak ekonomik koşulların uygunluğuna ve kişilerin tasarruf yapma konusundaki alışkanlıklarına bağlıdır. Bunun yanında, şirketlerin, bu şekilde bir tasarruf yapmanın diğer modellere göre daha uygun ve karlı olduğu, daha az riskli olduğu, yapılan tasarrufların kendilerinde güvende olduğu veya kendilerinin güvenli bir şirket olduğu gibi tasarruf sahibini inandıracak psikolojik unsurların da gerçekleşmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, tasarruf sahiplerinin bu piyasaya çekilmesi güçleşecektir. Zira kişiler küçük sermayeli şirketlere tasarruflarını vermek yerine, tasarruflarının bir kısmının veya tamamının Devlet tarafından da güvence altına alınmış olduğu ve olağan şirketlere nazaran daha büyük sermayeli bankalarda tasarruflarını değerlendirmek isteyeceklerdir.

Tasarruflarını sermaye piyasalarında değerlendiren kişinin, almak istediği risk derecesine bağlı olarak gelir getirecek olan sermaye piyasası aracına yatırım yapma hususunda bir tercihi bulunmaktadır. Bu noktadaki risk, tasarruf sahibinin tasarrufunun azalması ya da tamamen ortadan kalkmasıdır. Tasarruf sahipleri aldıkları riski kontrol etmek amacıyla tasarruflarının şirketler tarafından nasıl kullanıldığını da takip etmek istemektedir. Bu nedenle yatırımlarını yaptığı şirket hakkında bilgi istemek, finansal tablolarını ve hedeflerini görmek, bu bilgilerin güncellenmesini istemek, yönetimine katılmayı istemek gibi hakları kendisinde bulmaktadır. Bu nedenle de sermaye piyasalarındaki tasarruf sahiplerine “aktif yatırımcı” da denilmektedir. Para piyasalarında tasarruf sahiplerinin,

⁴ Sermaye piyasalarının bir aktörü olan şirketlerin, halka açık anonim ortaklıklar olarak anlaşılması gerekmekte olup, çalışmamız bu çerçevede hazırlanmıştır.

⁵ Aytaç, Z. (1988). *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri*, Ankara, s.2.

kaynak arayan şirketler ile doğrudan bir ilişkilerinin olmaması nedeniyle aktif bir rolleri de bulunmamaktadır. Bu nedenle de bu tip tasarruf sahiplerine “pasif yatırımcı” da denilmektedir⁶.

Yatırımcı, tasarruflarını sermaye piyasalarında değerlendiren gerçek ya da tüzel kişileri ifade eder⁷. Küçük yatırımcı, sofistike yatırımcı⁸, ortalama yatırımcı gibi sıfatlar kullanılsa da yatırımcı genel olarak bireysel ve kurumsal yatırımcı olarak ikiye ayrılabilir. Bizim konumuz itibarıyla önemli olan husus ise yatırımcının her ne büyüklükte olursa olsun yahut her ne sıfatı haiz olursa olsun sermaye piyasalarında korunması gerekliliğidir. Gireceği piyasada korunduğunu hisseden tasarruf sahibinin o piyasaya güveni artacaktır.

2) Sermaye Piyasalarında Güven Unsuru

Yatırımcıların sermaye piyasalarına ve aktörlerine olan güveninin sağlanması onun bu piyasa girmesindeki en önemli etkidir. İşte bu piyasadaki güveni sağlamadaki mekanizmalar ise yatırımcıların korunması ve kamunun aydınlatılması prensibidir. Bu mekanizmalar çalışma konumuz olan bağımsız denetim faaliyetleri ile ilgilidir. Şöyle ki, bağımsız denetim faaliyetleri sonucunda oluşan bilgi ile bunun yatırımcılara sunulması yatırımcının bilgilendirilmek suretiyle korunmasını ifade etmektedir.

Yatırımcının sermaye piyasasına çekilebilmesi aynı zamanda onun piyasaya güvenmesini gerektirmektedir. Yatırımcının piyasa içerisinde korunmasını sağlayan unsurlar onun piyasaya olan güvenini sağlamakta etkin rol oynamaktadır. Bu nedenle de yatırımcı açısından cazip ve uygun bir ortamın oluşturulması bu piyasanın oluşturucularına düşmektedir⁹. Bu nedenle de sermaye piyasalarının temel düzenlemesi olan ve bir çerçeve

⁶ Yanlı, V. (2005). *Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması*, İstanbul, s. 4., Tanör, R. (2000). *Türk Sermaye Piyasası, 2. Cilt, Halka Arz*, İstanbul, s. 569. Yatırımcı, “daha fazla gelir elde etmek amacıyla fon ihtiyacı içinde olan çeşitli kurum ve ortaklıklar tarafından sunulan sermaye piyasası araçlarına tasarruf ve birikimlerini yatıran kişi, kurum ve işletmelerdir” şeklinde tanımlanmıştır. Karababa, S. (2001). *Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması*, Ankara, s. 40.

⁷ Benzer bir tanım için bkz. Karababa, s.40 ve dn. 88.

⁸ Bu tip yatırımcıya rasyonel yatırımcı da denilmekte olup, tasarrufunu değerlendirmede pek çok hususu göz önünde tutan, ortaklık hakkında içeriden bilgiye sahip, yönetici ve diğer kişilerin ortaklık parası üzerinde yasal ya da yasal olmayan işlemleri olabileceğini dikkate alan yatırımcı olarak da tanımlanabilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Stout, L.A. (2002). *The Investor Confidence Game*, *University of Los Angeles School of Law Research Series*, Research Paper No: 02-18, s. 5 vd.

⁹ Sermaye piyasalarının düzenlenmesinde devletin rolünün olması gerektiği ve piyasanın kendi kendisini oluşturmakta başarısız olduğuna dair görüşler için bkz. Ersel, H., SAK, G. (1996). *Düzenleme ve İktisat Kuramı*, Prof. Dr. İsmail Türk’e Armağan, SPK Yayın No: 54, Ankara., Temir, B. (1990). *Piyasa Ekonomisine Geçiş, Sermaye Piyasalarında Devletin Rolü ve Kamu Müdahalesi, Sermaye Piyasalarında Kamu Otoritesi ve Yatırımcıların Korunması, Sermaye Piyasası Uluslararası Semineri*, Ankara 31 Ekim – 2 Kasım 1990.

kanun niteliğindeki¹⁰ SPKn'nun amaç maddesini düzenleyen birinci maddesinde, sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda çalışması kanunun amaçları arasında yer almaktadır. Piyasanın güven ve şeffaflık içerisinde çalışması yatırımcının korunmasını gerektirmektedir. Bu nedenle anılan hükümde tasarruf sahibinin hak ve menfaatlerinin korunması hususu da kanunun amaçları arasında yer almıştır. Tasarruf sahibinin sermaye piyasalarına çekilmesi amacıyla sermaye piyasalarının nihai hedefinin yatırımcıların korunması olduğu dahi ileri sürülmüştür¹¹.

Sermaye piyasalarında, yatırımcının karşısında doğrudan kendisi ile orantısız büyüklükte bir ekonomik gücün bulunması bu korumayı kaçınılmaz kılmaktadır. Bu anlamda yatırımcının korunması, yatırımcının bu piyasaya çekilmesini mümkün hale getiren bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak burada yatırımcı ekonomik gücü olmadığı için hukuk düzeninin öngörmüş olduğu hususlar dışında fon talep eden şirketten bir takım bilgi ve belgeler talep edememektedir. Bu nedenle sermaye piyasasının düzenleyici otoriteleri yatırımcıların korunmasını genellikle yatırımcıya bilgi aktarılması perspektifinden değerlendirmek durumunda kalmaktadırlar.

a) Tasarruf Sahibinin Korunması Prensibi

Bankacılık sektörünün aksine sermaye piyasalarında risk-getiri dengesi oldukça yüksek seviyededir. Bu piyasada fon arz eden ile fonu talep eden taraflar doğrudan karşı karşıyadırlar. Fon talep eden hedeflerini, faaliyetlerini, mali durumunu, kendisine verilecek

¹⁰ Sermaye piyasalarını düzenleyen ana düzenlemeler genellikle çerçeve düzenlemeler şeklinde olup, ayrıntılı düzenlemeler düzenleyici otoritelere bırakılmıştır. Kılıç, S. (1997). *Sermaye Piyasalarında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları*, SPK Yayın No:95, Ankara. Bu noktada ilginç bir görüşten de bahsedilmesinde yarar vardır. Buna göre kanun koyucular yatırımcıların ne şekilde korunacağını kazuistik olarak düzenlememekte ve bu konuda genel amaç ve çerçeveyi çizdikten sonra meydana gelen hukuki sorunların çözümünü uygulamaya bırakmışlardır. Ancak anglo sakson hukuk sistemlerinin bu açıdan kara Avrupası hukuk sistemlerine göre yatırımcıyı daha etkin ve geniş bir çerçevede korudukları ileri sürülmüştür. Bunun nedeni olarak ise anglo Amerikan hukuk sistemlerinde hâkimlerin geçmişten gelen içtihatları da dikkate alarak daha geniş bir yetki çerçevesinde sorunu ele aldığı ve fakat kara Avrupası hukuk sistemlerinde ise hâkimin sadece önündeki yasayı uygulamakla yükümlü olduğu ifade edilmiştir. Bu görüşün dayanaklarından biri de anglo Amerikan hukuk sisteminde hâkimin uyguladığı “*smell test*”ini, kara Avrupası hukukundaki hâkimin uygulayamayacak olmasıdır. La Porta, R., Silanes, F. L., Shleifer A., Vishny, R. (2000). Investor Protection and Corporate Governance, *Journal of Financial Economics*, Vol. 58, s. 7-9., Coffee, J. C. (1999). Privatization and Corporate Governance: The Lessons from Securities Market Faliure, *Columbia Law School The Center for Law and Economic Studies*, Working Paper No: 158, s. 51 vd.

¹¹ İnternet: Mayer, C. (2000). Regulatory Principles and the Financial Services and Market Act, s.2. Web: http://users.ox.ac.uk/~ofrcinfo/file_links/finecon_papers/2001fe09.pdf adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Ferran, E., Goodhart, C. (2001). *Regulating Financial Services and Markets in the Twenty First Century*, Oxford, s. 26.

olan tasarrufun nerelerde kullanılacağını açıklamak suretiyle tasarruf sahibinden fon talep etmektedir. Yatırımcı ise kendi risk-getiri tercihine göre yatırım kararını verecektir.

Yatırımcı, sermaye piyasalarında fon arz eden yahut şirketleri finanse eden taraf olarak rol almaktadır. Ancak, yatırımcılar sadece şirketleri finanse etmek suretiyle bu piyasada yer almazlar. Yatırımcı sermaye piyasalarında üç değişik rol oynamakta olup, bunların her birinde ayrı ayrı korunması gerekmektedir. Yatırımcı bir şirketi birincil piyasada finanse etmesi ile katılımcı sıfatını haizdir. Yatırımcı, ikincil piyasada işlem gerçekleştirirken piyasa oyuncusu olarak hareket etmektedir. Üçüncü olarak yatırımcı, finansal yardımcı kuruluşlardan hizmet alır iken onların müşterisi konumundadır¹².

İlk aşamada yatırımcının korunmasını gerektiren husus yatırımcının şirket yöneticileri yahut hâkim ortak tarafından sahip olunan şirket hakkındaki tüm bilginin yatırımcıya da yansıtılıp yansıtılmamasıdır. Buna asimetrik bilgi dağılımı sorunu da denilebilir. Bu noktada yatırımcıların tam, doğru ve zamanında bilgilendirilmesi ile onun korunması sağlanmış olacaktır. İkinci aşamadaki sorun ise yatırımcı sadece şirketler ile karşı karşıya değildir. Yatırımcı aynı zamanda piyasadaki diğer yatırımcılar ile de karşılaşmaktadır. Bu noktada sadece şirket yöneticileri yahut hâkim ortağı değil piyasadaki diğer yatırımcılardan da korunması gündem gelmektedir¹³. Üçüncü aşamada ise yatırımcı hizmet alan müşteri konumundadır. O nedenle de yatırımcının piyasadaki yardımcı kuruluşlar karşısındaki ekonomik güç, bilgi, değerlendirme ve karar almadaki eksikliklerine dair ve sunulan hizmetlerin kalite ve güvenliği konusunda korunması gerekmektedir¹⁴.

¹² Çetin, N. (2011). Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi, *GÜHFD*, C. XV, S. 1, s. 5 vd. Bu husustaki farklı yaklaşımlar ve ayrımlar için bkz. Porta, Silanes, Shleifer, Vishny, s. 13 vd.

¹³ Çetin, s. 7.

¹⁴ Moloney, N. (2008). *EC Securities Regulation*, Second Edition, s. 536. Çalışma konumuzu aşmakla birlikte bu hususta kısaca belirtilmesi gerekmektedir ki, yatırımcıların bu aşamada tüketici oldukları ve bu nedenle tüketici hukukundan ileri gelen korunmadan da faydalanılması gerektiği hususu doktrinde tartışılmaktadır. Bu konuda bkz. Moloney, N. (2010). *How to Protect Investors, Lessons from the EC and the UK*, Cambridge, s. 39-40., Karmel, R.S. (2003). Reconciling Federal and State Interests in Securities Regulation in the US and Europa, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 28, s. 495 vd. Kanaatimizce yatırımcıların bir hizmet alımından faydalanması ve verilen hizmetlerin son tüketicisi olması nedeniyle bir tüketici olarak kabulü gerekmektedir. 28.11.2013 tarih ve 28835 sayılı RG de yayınlanan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun md. 3/1-k hükmündeki tüketici tanımı içerisine küçük yatırımcıların girebileceği, aynı hükmün (l) bendindeki tüketici işlemi kavramı içerisine ise küçük yatırımcı ile yatırım kuruluşları arasındaki ilişkinin girdiği ileri sürülebilir.

b) Kamunun Aydınlatılması Prensibi

Kamunun aydınlatılması prensibi sermaye piyasalarında hem piyasaların çekiciliğinin sağlanması hem de yatırımcının korunması bakımından önem arz etmektedir. Sermaye piyasalarının üç temel amacı olduğu ileri sürülmektedir. Bunlar, yatırımcıların korunması, piyasaların adil, etkin ve şeffaf olmasının sağlanması ve sistemik riskin azaltılmasıdır¹⁵. Yatırımcıların korunması konusunda hangi aşamada olunursa olsun ana sorun yatırımcının bilgilendirilmesidir. Diğer bir ifade ile yatırımcı bilgilendirilmek suretiyle korunmaktadır.

Kamuyu aydınlatma sistemi, isminden de açıkça anlaşılacağı üzere kamuyu aydınlatma kavramı¹⁶ üzerine inşa edilmiş olup, genellikle ortaklıkların bazı bilgileri kamuya sunmak zorunda oldukları bir yükümlülüğü ifade etmede kullanılmaktadır¹⁷. Ülkemizde olduğu gibi ABD ve İngiliz hukuklarında da yasa metinleri içerisinde yer alan bu kavramın tanımı söz konusu yasa metinleri içerisinde yer almamaktadır¹⁸.

Ülkemizde kavram olarak ilk defa 1963 yılında Ticaret Bakanlığı'na sunulan bir raporda yer almış ve daha sonra doktrinde kabul görmüştür¹⁹. Kamunun aydınlatılması prensibi tarihsel olarak öncelikli olarak TTK'da değil SPKn'da düzenlenmiştir. Kamunun aydınlatılması kavramı SPKn içerisinde başta md. 15 ve 32 hükmünde olmak üzere pek çok hükmünde bahsedilmekle birlikte, kanun koyucu tarafından SPKn içerisinde tanımlanmamıştır. Aynı şekilde TTK'da da md. 460/2 ve 1524/1-h hükmünde de bu

¹⁵ IOSCO. (2003). *Objectives and Principles of Securities Regulation*, s. 5 vd. Web: <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Çetin, s. 4.

¹⁶ Amerikan ve İngiliz hukukunda “disclosure” kavramı ile ifade edilmekte olan bu kavram, Alman ve İsviçre hukuklarında “puplizitaet”, Fransız hukukunda “publicité” olarak ifade edilmektedir.

¹⁷ Kamuyu aydınlatma kavramının tarihsel gelişiminin detayı için bkz. Şiramun, S. (1991). *Avrupa Topluluğu Sermaye Piyasası Bakımından Kamuyu Aydınlatma*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 20 vd., Kabaalioglu, H. (1985). *Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, İstanbul, s. 32 vd., İhtiyar, M.(2006). *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, İstanbul, s. 11 vd., Üçışık, G.(2009). Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, *Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.3, S.1, s. 4 vd.

¹⁸ 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanununda, 1934 tarihli Menkul Kıymet Borsası Kanununda, İngiltere'deki 2006 tarihli Şirketler Kanununda bu kavramın tanımı yer almamıştır. Benzer şekilde bu kavramın tanımına 2004/109/EC sayılı AB Şeffaflık Direktifinde, 2003/71/EC sayılı AB İzahname Direktifinde ve IOSCO'nun 2009 yılında yayınladığı kamuyu aydınlatma prensiplerinde de yer verilmemiştir. Söz konusu kaynaklar sırasıyla Web: http://www.esma.europa.eu/system/files/TD_2004_109_CE_.pdf, http://www.esma.europa.eu/system/files/ProspectusDir_2003_71.pdf, <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD296.pdf> adreslerinden 23.1.2014'de alınmıştır. Keza OECD tarafından yayınlanan kurumsal yönetim ilkelerinin, beşinci bölümünde de “disclosure” kavramının tanımı yapılmamış ve fakat şirketlerin finansal durumu, ortaklık yapıları, yönetimi, performansı, faaliyeti hakkındaki değişiklikleri açıklamalarının bir kurumsal yönetim ilkesi olarak benimsendiği ifade edilmekle yetinilmiştir. Web: <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

¹⁹ Tekinalp, Ü. (1979). *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Bası, İstanbul, s.5 vd., Yanlı, Kamunun Aydınlatılması, s. 95., Kaya, A. (2001). *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Ankara, s. 15 ve aynı sayfadaki 45 nolu dipnotta yer alan yazarlar.

kavramdan bahsedilmekle birlikte bu prensibin tanımı TTK içerisinde de bulunmamaktadır²⁰.

Doktrinde de bu prensibin tanımında bir birlik bulunmamaktadır²¹. Bu prensibin mahiyetinin geniş, unsurlarının ucunun açık olması ve gelişerek daha karmaşık bir hal alan ekonomik ve hukuki ilişkilerin varlığı bu kavramın tanımında bir birlik oluşmasını engellemektedir. Bu kavram, Tekinalp²² tarafından “*Pay sahipleri ile alacaklıların menfaatlerinin korunmasına ve hakların bilinçli bir şekilde kullanılmasına yardım eden, sermaye piyasasındaki yatırımcıların aldatılmalarını önleyip, bu piyasa için kazanılmalarını sağlayan, gerek iç gerek dış denetime yardımcı olan ilkelerin tümüdür.*” şeklinde tanımlanmıştır. Erem²³ tarafından daha dar olarak yapılan tanıma göre ise kamuyu aydınlatma, “*pay sahiplerine, işletmenin durumu ve iktisadi gücü hakkında bilgi vermek, birbiri ile çatışan ekonomik menfaatleri göstermek ve bu doğrultuda pay sahiplerinin haklarını bilinçli olarak kullanmalarını sağlamak amacını taşıyan bir ilkedir.*” Başka bir tanımda ise anonim şirketin ekonomik durumu ve faaliyetleri hakkında yapılan açıklamaların tümü olarak ifade edilmiştir²⁴.

²⁰ Aslında TTK’nun genel gerekçesi incelendiğinde; özellikle şirketler hukuku alanında kamunun aydınlatılması/şeffaflık konusuna ayrı bir önemin verildiği, adillik, hesap verilebilirlik ve sorumluluk prensipleri yanında bu kavramın kurumsal yönetim ilkelerini taşıyan dördüncü önemli kolon olduğu, pek çok düzenlemenin ilham kaynağı olduğu ve sadece halka açık anonim ortaklıklara has bir kavram olmadığının ifade edildiği görülmektedir. Bu nedenle TTK içerisinde sadece birkaç maddede isminin zikredilmesine rağmen bu prensibin TTK’nun ruhunda yer aldığını söylemek yanlış olmayacaktır. Eski TTK’dan farklı olarak mevcut yeni TTK içerisinde halka açık anonim ortaklıklara ilişkin düzenlemelere de yer verilmesi nedeniyle bu sonucun doğmuş olması kaçınılmazdır. TTK içerisinde kamunun aydınlatılması prensibinin hangi alanlarda yer verildiğine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Yanlı, V. (2010). *Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Kamunun Aydınlatılması*, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri-Uluslararası Konferans, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 158 vd. Ayrıca bkz. Tekinalp, Ü. (2010). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına ve Sermaye Piyasası Kanununa İlişkin Hükümleri*, Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri-Uluslararası Konferans, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 22 dn. 1.

²¹ Kaya, s. 17-18 ve dn. 57’de yer alan yazarlar., Yanlı, *Kamunun Aydınlatılması*, s. 96., Kabaalioğlu, *Kamunun Aydınlatılması*, s. 12., Turanboy, A. (1990). *İnsider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı)*, Ankara, s. 187., Manavgat, Ç. (1997). *Aleni Pay Alım Teklifi*, Ankara, s. 235., İhtiyar, s. 60-61 ve dn. 6-10’da yer alan yazarlar.

²² Tekinalp, Ü., Poroy, R., Çamoğlu, E. (2003). *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, 9. Bası, İstanbul, s. 772, N.1457a. Söz konusu tanım yazar tarafından daha önce “*Ortaklık pay sahibi ve alacaklılarının menfaatlerini korumaya ve haklarını bilinçli ve etkili bir tarzda kullanmaya yardım eden; gelecekteki pay ve tahvil sahiplerinin ve sermaye piyasasının diğer ilgililerinin aldatılmalarını önleyip, ortaklık yararına kazanılmalarını sağlayan, özel ekonomik gücün, milli iktisadın gereklerine ve faydasına uygun olarak çalışmasını gerçekleştiren; gerek iç gerek dış denetimi kapsamı içine alan kurallar bütünüdür.*” şeklinde yapılmıştır. Tekinalp, Ü. (1979). *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Bası, İstanbul, s. 53.

²³ Erem, T. (1968). *Sermaye Şirketlerinin Memleketimizdeki Durumu ve Halka Açık Şirketler Haline Getirilmesi Yönünde Yapılması Gereken İşlemler*, Sermaye Piyasasının Teşekkülü ve Menkul Kıymetler Kambyo Borsasının Rolü, İstanbul, s. 71.

²⁴ Kırca, İ., Şehirli Çelik, F. H., Manavgat, Ç. (2013). *Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlkeler*, Kuruluş, Yönetim Kurulu, Ankara, s. 199.

Söz konusu tanımlarda kavram için pek çok unsur belirlenmekle birlikte, kavramın özünde yatırımcıların korunması amacı ve yatırımcılara yönelik bir bilgi aktarımının varlığı açıktır.

Hukuk ve ekonomi doktrininde ortaklığa ait gizli bilgilerin varlığının piyasanın etkinliği konusunda bir engel teşkil ettiği iddia edilmektedir²⁵. Bu nedenle de ortaklık ve onun menkul kıymetlerine ilişkin bilgilerin açıklanması esastır. Bu prensibin esası ilgililere yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki ortaklık hakkındaki bilgileri sunmaktır²⁶. Kamunun aydınlatılması prensibinin iki yönü bulunmaktadır; bunlar yatırımcılara tam, doğru ve ayrıntılı bilgi verme yolu ile yatırımcıların aldatılmasını önlemek ve müstakbel yatırımcıları aydınlatmak suretiyle onları piyasaya çekmektir²⁷. Buna karşılık, kamunun aydınlatılması prensibinin üç fonksiyonu bulunmaktadır. Bunlar, koruyuculuk, caydırıcılık ve aydınlatıcı fonksiyonlarıdır²⁸.

Kamunun aydınlatılması, sermaye piyasasının temel kavramlarının merkezinde yer almaktadır. Zira piyasa açısından önemi tartışmasız olan bilgi akışının kaynağını ve gerekçesini ifade etmektedir. Bağımsız denetim konusu kamunun aydınlatılması prensibi çerçevesinde kamuya açıklanacak olan ortaklığa dair finansal bilgilerin doğruluğunu ve gerçeği dürüst bir şekilde yansıttığını işaret etmekte olup, kamunun aydınlatılmasının önemli bir ayağını oluşturmaktadır.

Ortaklığa dair bilgilerin ilgililere akışının sağlanmasının gerekçesi sadece yatırımcıları aydınlatarak sermaye piyasalarının gelişmesini sağlamak değildir. Bunun yanında çok ortaklı halka açık anonim ortaklıklardaki yönetim boşluğundan ileri gelen bir takım problemlerin çözümünde de kullanılmaktadır. Halka açık ortaklıklardaki pay sahibi ile

²⁵ Talley, E. (2001). Disclosure Norms, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, s. 1955.

²⁶ TTK'nun genel gerekçesinde de kamunun aydınlatılmasının pay sahipleri ile sermaye piyasasındaki tüm aktörlerin tam bilgilendirilmesi ve aydınlatılmasını hedeflediği ifade edilmiştir. SPKn'nun 15 inci maddesinde de yatırımcı kararını etkileyebilecek bilgi, olay ve gelişmelerin ihraççı veya ilgili taraflarca kamuya açıklanması gerekliliği ifade edilmiştir.

²⁷ Turanboy, *Insider*, s. 187, 188. Kamuyu aydınlatma prensibi ile yatırımcılar işletmelerin gerçek durumunu görebilmekte ve bunu değerlendirme imkânına sahip olmaktadır. Karayalçın, Y. (1988). *Muhasebe Hukuku*, Ankara, s. 86. Şiramun, s. 11.

²⁸ Caydırıcılık fonksiyonu, kamuyu aydınlatma prensibinin gereklerinin yerine getirilmemesi halinde hukuki ve cezai müeyyideler ile karşılaşılmasını; Koruyucu fonksiyonu yatırımcının bilgilendirilmek suretiyle aldatılmasının engellenmesini; Aydınlatıcı yahut bilgilendirme fonksiyonu ise bu prensibin temelini teşkil etmekte olup, ilgililere tam, zamanında ve doğru bilginin verilmesini ifade etmektedir. Küçüksözen, C. (1999). *Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi*, Ankara, s. 25., Çelik, A. (2005). *Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu*, Ankara, s. 28., İhtiyar, s. 94., Turanboy, *Insider*, s. 188., Karababa, s. 50., Sayar, Z. (2003). *Bankaların Halka Açılması ve Banka Yatırımcısının Korunması*, Ankara, s. 73., Tyson, W. (1985). Legal Aspects of Securities Regulation in the U.S. Recent Developments in Capital Markets in Turkey, *OECD-CMB Conference*, Çeşme-İzmir, 1985, s. 206.

yöneticiler arasındaki ayrışma ABD hukukundaki “agency” konusu içerisinde irdelenmektedir²⁹. Varlık yöneticileri ile sahipleri³⁰ arasında temsil ilişkisinden kaynaklanan sorunlar doğmaktadır. Sorunların kaynağında ise yatırım kararlarını etkileyecek nitelikteki bilgilerin çoğunlukla temsil edilen pay sahiplerinde değil temsilci niteliğindeki şirket yönetiminin elinde olması hususu yatmaktadır. Buna bilgi asimetrisi denilmektedir³¹. Bilgi akışının sağlanması aynı zamanda bir temsil ilişkisinin zorunlu unsuru olarak dikkate alınmalıdır. Aynı hususa finans penceresinden bakıldığında ise var olan bu bilgi eşitsizliğinin yahut asimetrisinin giderilmesi bir maliyet kalemidir. Diğer bir ifade ile ortaklık sahiplerinin kendilerinin bilgilendirilmesi suretiyle temsilcileri olan yöneticilerini gözetim ve denetim altında tutmak istemeleri ortaklık için bir maliyettir. Bilgi paylaşımından kaynaklanan maliyet sadece bir bilginin karşı tarafa ulaştırımadaki aracılar³² dair bir maliyet

²⁹ Bu konudaki ayrıntılı bilgi ve mahkeme kararları için bkz. Jensen, M.C., Meckling, W.H. (1976). Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics*, Vol. 3, No. 4, s. 305-360; Fama, E.F./Jensen, M.C. (1983). Separation of Ownership and Control, *Journal of Law & Economics*, Volume 26, No. 2, s. 301-325. Thompson, R.B., O’Kelley, C.R.T. (2006). *Corporations and Other Business Associations, Cases and Materials*, 5. Edition, New York, s. 14 vd.; Klein, W.A., Ramseyer, J.M., Bainbridge, S. M. (2008). *Busienss Associations, Agency, Partnerships, and Corporations, Cases and Materials*, New York, s. 1 vd., Armour, J., Hansmaan, H., Kraakman, R. (2010). *The Anatomy of Corporate Law, A Comparative and Functional Approach*, New York, s. 36 vd., Parkinson, J. E. (1993). *Corporate Power and Responsibility, Issues in the Theory of Company Law*, New York, s. 51 vd., İnternet: Hansmann, H., Kraakman, R. Agency Problems and Legal Strategies, *Yale Law School Research Paper No. 301*. Web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=616003 24.1.2014’de alınmıştır., Armour, J., Hansmaan, H., Kraakman, R. Agency Problems, Legal Strategies, and Enforcement, *Yale Law School, Research Paper No: 388*. Web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436555 24.1.2014’de alınmıştır. Bu konu İngiliz hukukunda ise şirketler hukukunda yöneticilerin yükümlülükleri ve kurumsal yönetim konuları altında el alınmaktadır. Bkz. Hannigan, B. (2009). *Company Law*, 2. Edition, s. 180 vd., Dignam, A., Lowry, J. (2009). *Company Law*, Oxford University Press, 1. Edition, s. 357 vd.

³⁰ Burada varlıkların sahiplerinden genlikle pay sahipleri kastedilmekle birlikte şüphesiz ki bu temsil sorunu sadece pay sahipleri ile ortaklık yöneticileri arasında gerçekleşmeyip, ortaklık yöneticileri ile borçlanma araçları sahipleri gibi ortaklık dışında yer alan diğer sermaye piyasası araçları sahipleri arasında da gerçekleşebilecektir.

³¹ Asimetrik bilgi sorunu olarak da adlandırılan bu konu doktrinde George A. AKERLOF tarafından betimlenmiştir. AKERLOF örnekleme yolu ile sorunu açıklamakta ve ulaştığı sonucu bazı alanlarda uygulamaktadır. Yazar ünlü makalesinde ikinci el piyasadaki iyi ve kötü arabaların durumlarını piyasada sadece satıcı konumundaki kişilerin bildiklerini, alıcıların ise bu konuda yeterli olarak bilgilendirilmediklerini ifade ederek, bu bilgi eşitsizliğinin piyasadaki olumsuz etkilerini tartışmaktadır. Ulaştığı sonuçları ise sigorta ve azınlıkların çalışma ve iş bulmaları alanlarına da uygulamıştır. Aslında asimetrik bilgi sorununun olumsuz sonuçlarından biri de yatırımcı, şirket ve ülke bakımından bir maliyet yaratması olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. **Akerlof, G.A. (1970)**, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, s. 488-500. Amerikalılar kötü otomobiller için “lemon” kelimesini kullanmaktadırlar. Benzer bir anoloji ise ev alıcısı ve satıcısı arasında yapılmış olup, bu noktadan hareketle bağımsız denetim ihtiyacı ortaya konulmaya çalışılmıştır. Messier, W.F.Jr./Glover, S.M., Prawitt, D.F. (2008). *Auditing and Assurance Services, A Systematic Approach*, 6. Bası, New York, s. 8. Ayrıca bkz. Küçüksözen, Yatırımcının Korunması, s. 10., Sayar, Z. (2006). Sermaye Piyasalarında Kamuyu Aydınlatma ve Muhasebe Standartlarıyla Olan İlişkisi-Türkiye’de Muhasebe Standartları Alanında Yaşanan Gelişmeler, *Mali Pusula*, Yıl. 2 S. 18, s. 22.

³² Örneğin bir izahnamenin yayınlandığı gazeteye verilecek ücret ya da açıklanacak olan finansal tabloların hazırlanması nedeniyle muhasebeci yahut denetçiye verilen ücret. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Derin, S. (2006). *Kurumsal Yönetim İlkelerinin Bileşeni Olarak Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık: Türk Sermaye*

değildir. Buna ilaveten paylaşılmayan bilgilerin varlığı piyasada güven sorunu yaratmakta olup, sermaye piyasalarının gelişimini engellemekte ve şirketlerin fon ihtiyacını karşılanmasında zorluklara yol açmaktadır. Bu durumda ise şirketler daha maliyetli olan diğer alternatif finans modellerine yönelmek durumunda kalacaktır.

Temsil ilişkisinin var olduğu bir piyasada bilgi asimetrisinin de var olması ortaya iki sorun çıkarmaktadır. Bunlar ahlaki risk (*moral hazard*) ve ters seçimdir (*adverse selection*). Ortaklık yöneticileri kendi menfaatlerini şirket sahiplerinin menfaatlerinden üstün tutmak suretiyle onların zararına olabilecek işlere girişebilirler, riskler alabilirler, zararlı faaliyetlere yönelebilirler. Bu ahlaki risk, temsil ilişkisinin var olmasından kaynaklanan bir sorun olup, maliyetli de olsa kamuyu aydınlatma araçları ile giderilmeye çalışılmaktadır. Ters seçim durumu ise bilgi akışının olmadığı ve bu nedenle de saydam olmayan bir piyasada gerçek değerinden farklı bir biçimde ortaklık yahut sermaye piyasası araçlarının piyasaya sürülebilmesidir. Verilen örnek üzerinden ifade edilecek olur ise aslında kötü bir araba alıcının bilgi eksikliği nedeniyle iyi bir araba olarak algılanabilir³³. Bu durumun sonradan anlaşılması ise piyasaya olan güveni sarsacak ve piyasanın çökmesine neden olabilecektir.

Sonuç olarak, kamunun aydınlatılması prensibi, hem yatırımcıların korunması suretiyle piyasaların çekiciliğinin artırılması hem serbest ekonomi politikalarının uygulanmasında yatırımcının kararının ön planda olmasının sağlanması hem de piyasanın devamlılığı ile güvenilirliğinin sağlanması ve ahlaki bir çöküş yaşanmasının önüne geçilmesindeki temel taşıdır.

c) Bağımsız Denetimin Tasarruf Sahibinin Korunması ve Kamunun Aydınlatılması Prensipleri Arasındaki İlişki

Tasarruf sahibi sermaye piyasalarında kural olarak bilgilendirilmek suretiyle korunmaktadır. Bilgi akışını sağlayan mekanizma ise kamunun aydınlatılmasıdır. Kamunun aydınlatılması perspektifinden ortaklıkların ilgililere sunmaları gereken bilgiler, ilgililerin yatırım kararlarını vermede etkili olabilecek bilgilerdir³⁴.

Piyasaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, s. 12 vd.

³³ Akerlof, s. 490.

³⁴ Amerikan hukukunda bu hususa “*materiality*” denilmektedir. Açıklanması gereken bilginin bu niteliği haiz olması gerekmektedir. Her ne kadar bu hususun somut olaya bakılarak çözülmesi gerekmekte ise de Amerikan Menkul Kıymetler ve Borsalar Komisyonu (Securities and Exchange Commission-SEC) tarafından 1933 tarihli Menkul Kıymetler Yasasına ilişkin olarak çıkarılan 405 numaralı kural içerisinde “*material*” kavramının

İlgililerin yatırım kararlarını etkileyen bilgilerin başında ise ortaklığa ait finansal bilgiler³⁵ ile bunların denetimine ilişkin bilgiler yer almaktadır. Finansal bilgiler, şirketlerin finansal tabloları³⁶ ve diğer finansal bilgileri ifade eder. Söz konusu finansal tablolar ve diğer finansal bilgiler bağımsız denetimden geçirilmek suretiyle kamuya duyurulurlar. Hukukumuzda SPKn md. 14/5 uyarınca halka açık şirketlerin hazırlamakla yükümlü oldukları finansal tablolarının kamuya açıklanması esası benimsenmiştir³⁷. Bu

tanımına yer verilmiştir. Buna göre bir bilgi makul bir yatırımcı tarafından kayıt altındaki bir menkul kıymetin alım satımı konusunda önemli addediliyor ise o bilgi *material* bir bilgidir. Bu husus benzer şekilde Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi tarafından da *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.*, 426 U.S. 438, 449 (1976) ve *Basic v. Levinson*, 485 U.S. 224, 231 (www.westlaw.com) kararlarında aynen bu şekilde kabul edilmiştir. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Cox, J.D., /Hillman, R.W., Langevoort, D.C. (2009). *Securities Regulation, Cases and Materials*, 6. Edition, New York, s. 585 vd. Ayrıca yine SEC tarafından çıkarılan “*Regulation FD*” (*Fair Disclosure*) düzenlemesinin gerekçesi de bu konuda ayrıntılı bilgiler içermektedir (Web: http://www.sec.gov/rules/proposed/34-42259.htm#P53_31961 adresinden 23.1.2014’de ulaşılmıştır). *Materiality*, ABD’deki The Financial Accounting Standards Board tarafından da kamuya sunulan finansal bilgilerin yanıltıcı, yanlış veya eksikliğinin önemi yahut büyüklüğünü ifade etmekte kullanılmakta olup, bu büyüklükteki veya önemli yanıltıcı, yanlış veya eksik bilginin, subjektif koşullar da dikkate alınmak suretiyle, bu bilgiye güvenen makul bir kişinin kararını değiştirebilecek veya etkileyebilecek nitelikte olması gerekmektedir. Messier, Glover, Prewitt, s. 15. Bu tanım ABD’deki SASs 107 numaralı denetim standardında da kullanılmıştır. BDS-ISA 320 düzenlemesine göre önemlilik kavramı, bilginin açıklanmaması, yanlış veya eksik açıklanması nedeniyle finansal tabloları esas alarak karar veren finansal tablo kullanıcılarının ekonomik kararlarını etkilemesi makul olan hususları kapsamaktadır. SPKn md. 15/1 hükmü uyarınca ise sermaye piyasası araçlarının, fiyatını, değerini veya yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek nitelikteki bilginin kamuya açıklanması gerektiği ifade edilmiştir. Bu bakımından “*materiality*” kavramının karşılığı bağımsız denetimdeki önemlilik kavramından bağımsız olarak SPKn içerisinde yer almaktadır.

³⁵ Finansal bilginin tanımı “*bir şirketin muhasebe ve dış raporlama sistemi tarafından üretilen, şirketin finansal durum, faaliyet ve faaliyet sonuçları ile ilgili, para ile ifade edilen ve bağımsız denetimden geçirilerek ilgililere finansal tablo ve raporlar ile özel durum açıklaması şeklinde sunulan bilgi*” olarak yapılmıştır. Bkz. Küçüksözen, C. (2004). *Finansal Bilgi Manipülasyonu: Nedenleri, Yöntemleri, Amaçları, Teknikleri, Sonuçları ve İMKB Şirketleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Bölümü, 2004, s. 14. Faydalı finansal bilgi kavramı ve nitelikleri için ayrıca bkz. İnternet: KGK. *Finansal Raporlamaya İlişkin Kavramsal Çerçeve*, 3. Bölüm, Web: [http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TFRS_2013/F_R_I_K_C\(1\).pdf](http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TFRS_2013/F_R_I_K_C(1).pdf) adresinden 24.1.2014’de alınmıştır.

³⁶ Kurul (II-14.1) sayılı Sermaye Piyasasında Finansal Raporlamaya İlişkin Esaslar Tebliği md. 4/1-(b) ve (c) bentlerinde, finansal tablo tanımı “*Dipnotlarıyla birlikte finansal durum tablosu, kapsamlı gelir tablosu, nakit akış tablosu ve özkaynak değişim tablosunu*”, finansal raporlar ise “*Finansal tablolar, yönetim kurulu faaliyet raporları ve sorumluluk beyanlarından oluşan raporları*” ifade etmektedir. SPKr’nun bağımsız denetime dair “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Faaliyeti Hakkında Tebliğ Taslağı” ile “Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Yükümlülüğüne İlişkin Esaslar Tebliği Taslağı”nda da (SPKr Tebliğ Taslakları) benzer tanımlar korunmuştur. (Web: <http://spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20140411&subid=0&ct=c&yanmenuid=1> adresinden 29.1.2014’de alınmıştır).

³⁷ SPKn md. 36/1 uyarınca bu hüküm sermaye piyasası kurumlarını da kapsamaktadır. TTK md. 528 çerçevesinde, halka açık ortaklıklar bakımından SPKn hükümlerini saklı tutulmuştur. Öte yandan, TTK md. 528/1 hükmüne girmeyen ortaklıklar bakımından ise TTK md. 514 uyarınca genel kurula sunulan finansal tabloların md. 524 uyarınca da TTSG’de yayınlattırılması öngörülmüştür. Ancak 6335 sayılı Kanun md. 42 hükmü ile TTK md. 524 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Bu şirketler bakımından bir hukuki boşluk olmakla birlikte yakın zamanda bu hususta bir düzenleme yapılması gerektiği inancındayız. Zira halka açılmaksızın borçlanma araçları ihracı yapan anonim şirketlerin de bu kapsamda olması nedeniyle konu sermaye piyasalarını da ilgilindirmekte olup, mali yapısı büyük olan şirketlerin mali tablolarını kamuya açıklamaktan imtina etmelerine izin veren haklı bir gerekçe bulunmadığı düşünülmektedir.

bilgiler/tablolar üzerinde yapılan bağımsız denetim sonuçları da yine kamuya açıklanan bilgiler arasında yer alır.

Bu açıdan bakıldığında kamuyu aydınlatma prensibinin en önemli ayağını finansal tablolar ve bunlar üzerindeki bağımsız denetim faaliyetleri oluşturmaktadır. Bu nedenle çalışma konumuz olan bağımsız denetim faaliyeti ile kamuyu aydınlatma prensibi arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır.

Sonuç olarak, birbirleri ile ilişkileri olan yatırımcının korunması ve kamunun aydınlatılması prensibi açısından bağımsız denetim kaçınılmaz ve vazgeçilmez bir unsurdur. Finansal veriler ile bunların gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıttığına ilişkin bağımsız denetim raporlarının kamuya açıklanacak olması bu kavramların birbiri ile ilişkili olduğunu göstermektedir. Hatta denilebilir ki, bağımsız denetim ve denetim sonucunun kamuya açıklanması olmaksızın gelişmiş bir sermaye piyasasının varlığından söz etmek mümkün değildir.

Bu nedenle bağımsız denetim alanında hassas ve detaylı düzenlemelere gidilmiş olup, hukuk ve finans doktrininde bu konu geniş bir çerçevede incelemeye tabi tutulmuştur. Bu kapsamda, bağımsız denetim faaliyetleri ile uğraşan kuruluşlarının yaptıkları faaliyet kendi ticari faaliyetlerini aşarak, yatırımcılar ve düzenleyici otoriteler bakımından kamusal bir faaliyet haline geldiğini söylemek yanlış olmayacaktır³⁸. Devletin taraflar arasındaki sözleşmenin içeriğine karışmak suretiyle özel hukuk alanına müdahalesinin belki de en fazla görüldüğü alanlardan birisi olmasının ardında da bu gerekçe yatmaktadır.

Kamunun aydınlatılması konusunda zamansal olarak ikili bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre, kamunun aydınlatılması sermaye piyasası araçlarının ihracı ve daha sonrasında ikincil piyasanın işleyişi sürecinde uygulama alanı bulur. Bunlar ihraç esnasındaki kamunun aydınlatılması ile sürekli kamunun aydınlatılması olarak ifade edilmektedir. İhraç esnasında ortaklıkça çıkarılan izahnamenin ekinde ortaklığın finansal tabloları ile bunlara dair bağımsız denetim raporu bulunmaktadır. İkincil piyasa sürecinde ortaklıkların kendileri ve ihraç ettikleri sermaye piyasası aracının değerini etkileyebilecek hususları sürekli olarak

³⁸ ABD Yüksek Mahkemesi, bir kararında bağımsız denetçileri bir bekçi köpeğine (*watchdog*) benzeterek, denetçilerin hem ortaklık, hem ortaklık ortağı ve alacaklıları hem de kamu yararı bakımından sadakat yükümlülüğüne vurgu yapmıştır. Mahkeme ayrıca, bağımsız denetimin bu özelliğinin gerekliliği olarak denetçinin müşterisine karşı tam bir bağımsızlığının olması ve kamuya karşı tam bir sadakat yükümlülüğünün olduğunu ifade etmiştir. *United States v. Arthur Young & Co.* (465 U.S. 805, 817-18 (1984) (www.westlaw.com)).

açıklamaları gerekmektedir. Kamunun aydınlatılmasının bu ayağında özel durumların kamuya açıklanması³⁹ konusu ile finansal tabloların düzenli olarak bağımsız denetime tabi olmak suretiyle kamuya açıklanmasına yönelik kurallar getirilmiştir. Sonuç olarak, bağımsız denetim ile yatırımcının korunması ve kamunun aydınlatılması arasında sıkı bir ilişki bulunmaktadır.

B) BAĞIMSIZ DENETİM

1) Genel Olarak

Yatırımcılar açısından uygun olan ortam, yatırımcının piyasanın bütünü, yatırım yapacağı/yaptığı ilgili ortaklık ve onun ihraç edeceği/ettiği sermaye piyasası aracı hakkında bilgi sahibi olunmasına bağlıdır. Yatırımcı, ancak yatırım araçları hakkında doğru, gerçeğe uygun ve zamanında bilgi sahibi olması halinde kararlarını doğru bir şekilde verebilecektir⁴⁰. Tam, doğru ve zamanında bilgilendirilen yatırımcının yatırım kararının yanlışlığından kaynaklanan zararın sorumluluğu da kendisine ait olacaktır. Bu şekilde bilgilendirilmeyen yatırımcı öngöremediği riskler ile karşı karşıya bırakılmış olacaktır. Yüksek riskli piyasalar veya yatırım kararları, yatırımcı uygun bir şekilde bilgilendirildiği müddetçe güvensiz bir ortam anlamına gelmez. Yatırımcının bilgilendirilmesi suretiyle öngörülemeyen risklerle karşılaşılması önlenmiş olup, yatırımcının hak ve yararlarının korunması ve güvenliğinin sağlanması bakımından büyük bir görev yerine getirilmiş olmaktadır⁴¹.

Yatırımcı açısından önemli olan öncelik ise yatırım yapacağı ve muhtemelen yönetimine yabancı olacağı şirketin mali durumu hakkında doğru, tam ve detaylı bilgi sahip olup olunmadığı hususudur⁴². Bu bilgi yatırım yapılacak olan sermaye piyasası aracının değeri ile doğrudan ilgilidir. Bu bilgiyi yatırımcıya veren ise şirketlerin finansal tablolarıdır. Buna göre yatırımcıların yatırım kararlarını vermelerindeki en önemli etken yatırım yapacakları şirketlerin finansal tabloları ve bunların doğruluğudur. TTK md. 514 vd. hükümlerine göre anonim şirketlerde dürüst resim ilkesine göre finansal tablo hazırlama yükümlülüğü şirketin yönetim kuruluna aittir. Anonim şirketin finansal tablolarının büyüklüğü ve kendine özgü terminolojiye sahip olması nedeniyle kişiler tarafından kolayca

³⁹ Bu konuda SPK'nın 23.1.2014 tarih ve 28891 sayılı RG'de yayınlanan (II-15.1) sayılı Özel Durumlar Tebliği bulunmaktadır.

⁴⁰ Küçüksözen, *Denetim*, s. 1.

⁴¹ Kabaalioğlu, s. 232., Arkan, S. (1976). *Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri*, Ankara, s. 48., Karababa, s. 108.

⁴² Cook, J.W., Winkle, G.M. (1984). *Auditing*, ABD, s. 3

yorumlanması mümkün değildir. Bu nedenle zaman içerisinde finansal tabloların tipikleşmesi ve bir terminoloji birliğinin sağlanması gerekmiştir. Bu terminolojik yeknesaklık hem yurtiçi hem de yabancı yatırımcı açısından oldukça önemlidir.

Ülkemiz bakımından TTK md. 88/1 uyarınca halka açık anonim ortaklıkların finansal tabloları TMS temel alınmak suretiyle hazırlanırlar. 660 sayılı KHK⁴³ ile kurulan KGK tarafından çıkarılan bu standartlar 6335 sayılı yasa ile değişik TTK Geçici md. 1/2-a ve md. 1534 uyarınca tüm halka açık anonim ortaklıklar bakımından da uygulanmak durumundadır⁴⁴. SPKn md. 14/1 ve Kurul (II-14.1) sayılı Tebliği md. 5/1 uyarınca halka açık ortaklıklar finansal tablolarını hazırlarken KGK tarafından çıkarılan TMS'yi kullanırlar.

Bu noktada bir diğer önemli sorun karşımıza çıkmaktadır. Tasarruf sahibinin bu standartlara göre hazırlanan finansal tablolara inanması ve güvenmesi gerekmektedir. Ortaklığın yönetimine, faaliyetlerine, işleyişine, yapısına oldukça uzak olan yatırımcının, ortaklık yönetim kurulunun hazırladığı finansal tabloların şirket lehine olan bir takım gerçeklerin değiştirilerek düzenlendiğini denetlemesi imkânı hemen çoğu kez bulunmamaktadır. TTK md. 438 hükmünde yer alan pay sahibinin özel denetçi talep etme hakkı da genel kurul onayına tabi tutulduğu için yeterli koruma sağlayamayacaktır. Kaldı ki müstakbel pay sahipleri açısından bu düzenlemenin uygulanma alanı dahi bulunmamaktadır.

Bu durumda hazırlanan finansal tabloların şirket dışında kişilerce incelenmesi gerekliliği ortaya çıkmıştır. Buna bağımsız (dış) denetim de denilmektedir. Çalışmamızın konusunu teşkil eden dış denetim bu anlamda yatırımcı açısından oldukça önem arz eden ve onun risk değerlendirmesi yaparak karar almasında önemli bir görevi ifa etmektedir. Dış denetimin en önemli özelliği bağımsız ve tarafsız olmasıdır. 6102 sayılı TTK'dan önceki TTK zamanında bulunan ve anonim ortaklığın zorunlu organlarından olan denetim kurulu mevcut TTK ile kaldırılmıştır. Bu anlamda oldukça yerinde bir düzenleme yapıldığını ifade etmek gerekmektedir. Denetim kurullarının çoğu kez şirketin hâkim ortak ya da gruplarınca seçildiği dikkate alınırsa şirket içi denetimden beklenen fayda çoğu kez elde edilememiştir. Mevcut TTK md. 397 ile eskiden halka kapalı anonim ortaklıklar bakımından isteme bağlı

⁴³ Bu KHK'nun tümünün ve herbir maddesinin ayrı ayrı Anayasa'ya aykırı olduğu için iptali talebiyle açılan dava Anayasa Mahkemesi'nin 31.1.2013 tarih ve E.2011/144, K. 2013/23 sayılı kararıyla (KGK personeline ilişkin md. 16/2-4 hükümleri hariç) reddedilmiştir. Bu karar 10.12.2013 tarih ve 28847 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

⁴⁴ KGK'nun 14.11.2012 tarihli toplantısında alınan karar uyarınca da halka açık anonim ortaklıklar bakımından TMS'nin uygulanmasına karar verilmiştir. Bu karar, 17.11.2012 tarih ve 28470 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

olan dış denetim, TTK md. 397/4 uyarınca Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek olan tüm anonim ortaklıklar için zorunlu hale getirilmiştir⁴⁵.

2) Tanım

Denetim (*audit*) kavramı, hukuki ya da maddi bir hususta genellikle kamuya açık bir şekilde yapılan muhakeme faaliyeti (oturum ya da celse de denilebilir) anlamına gelen Latince “*hearing*”⁴⁶ kelimesinden türemiştir. Denetim kavramının kökeni iki bin yılı aşkın bir süre öncesine kadar gitmekte olup, ilk önce Mısır ve daha sonraları Yunan ve Roma dönemlerinde, kamu kaynaklarını toplayan ve bunların dağıtımını sağlayan güvenilir vatandaşların, sorumlu bir kamu görevlisi önünde bu kaynakları nasıl idare ettiklerini sözlü olarak açıklamaları ve bundan önce kendilerini kamu nezdinde tanınır hale getirmeleri gerekliliğinden doğmuştur⁴⁷.

Denetim kavramı günümüze gelene kadar ekonomik, demografik ve hesap verilebilirlik açısından gerçekleşen siyasi gelişmeler ile birlikte değişime uğramıştır. Yukarıdaki tanım ve kapsam artık günümüz karmaşık ekonomik ilişkilerinde kullanılabilecek niteliği ve kapsamı haiz değildir. Denetim kavramının anlaşılabilmesi için günümüze dair bir tanıma ihtiyaç vardır. Uluslararası denetim standartlarını yayınlayan

⁴⁵ 6335 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan önce TTK uyarınca tüm anonim ortaklıkların bağımsız dış denetim yapması öngörülmüş idi. Ancak, 6335 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile bağımsız denetime tabi olan anonim ortaklıkları belirleme yetkisi Bakanlar Kuruluna verilmiştir. Bakanlar Kurulu tarafından alınan 2012/4213 sayılı karar, 23.1.2013 tarih ve 28537 sayılı RG’de yayınlanmıştır Bkz. Web: http://www.kgk.gov.tr/contents/files/Pdf/bagimsiz_denetim_sirketleri_bkk.pdf adresinde 24.1.2014’de alınmıştır. Bu karara bağlı olarak KGK tarafından ise Bağımsız Denetime Tabi Olacak Şirketlerin Dair Bakanlar Kurulu Kararına İlişkin Usul ve Esaslar yayınlanmıştır. Bkz. Web: http://www.kgk.gov.tr/contents/files/tms_seti/TMS/BKK_Usul_ve_Esas.pdf adresinde 24.1.2014’de alınmıştır. Bakanlar Kurulu tarafından denetime tabi olunmayı gerektiren koşulları hafifleten 2014/5973 sayılı ikinci bir karar daha alınmıştır. Bu değişiklik 14.3.2014 tarih ve 28941 sayılı RG’de yayınlanmıştır. Çalışma tarihi itibarıyla koşulları hafifleten üçüncü bir değişiklik ise 2014/7149 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile yapılmış olup, 01.02.2015 tarih ve 29524 sayılı RG’de yayınlanmıştır. Söz konusu kararlarda sermaye piyasası kurumları ile halka açık anonim ortaklıkların bazıları bağımsız denetime tabi tutmuştur. Ancak çalışma konumuz itibarıyla halka açık anonim ortaklıklar bakımından bağımsız denetim yaptırma yükümlülüğü SPKn’dan ileri geldiği için Bakanlar Kurulu kararında sermaye piyasası araçları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklar bakımından öngörülen kısıtlama ile bağlı olunmaksızın sermaye piyasası kurumları ve halka açık anonim ortaklıkların bağımsız denetim yaptırma zorunlulukları bulunmaktadır. Öte yandan, Bakanlar Kurulu tarafından bağımsız dış denetime tabi olmayacağı belirlenen halka kapalı anonim ortaklıklar bakımından denetim kurullarının da kaldırılmış olması nedeniyle ne şekilde denetlenecekleri TTK Geçici md. 6/2 hükmünde açık bir şekilde düzenlenmemiştir. Bu konuda TTK md. 397/5 hükmü bir yönetmelik çıkarılacağını öngörmekte olup, çalışmamız tarihi itibarıyla henüz yayımlanmamıştır.

⁴⁶ Garner, A. B. (Ed.) (2009). *Black’s Law Dictionary*, Deluxe 9. Edition, USA, s. 788.

⁴⁷ Porter, B., Simon, J., Hatherly, Y.D. (2008). *Principles of External Auditing*, 3. Edition, West Sussex, s. 3., Brown, R. (2004). *History of Accounting and Accountants*, New York 2004, s. 74.

kuruluşlar tarafından her ne kadar denetim standartları yayınlanmış ve denetimin kapsamı, amacı ve hedefleri belirtilmiş olmakla birlikte denetim kavramının tanımı yapılmamıştır⁴⁸.

Mülga Sermaye Piyasasındaki Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmelik⁴⁹ md. 5/1 uyarınca *“Bağımsız denetleme, ortaklıkların ve yardımcı kuruluşların hesap ve işlemlerinin bağımsız denetleme kuruluşlarının görevlendirilen yetkili denetleme elemanları tarafından bu kuruluşlar adına, denetleme ilke, esas ve standartlarına göre incelenmesi ve bu inceleme sonuçlarına dayanılarak, düzenlenmiş mali tabloların, 2499 sayılı Kanun çerçevesinde gerçeği yansıtır yansıtmadığının tespiti ve rapora bağlanması”* nı ifade etmektedir. .

SPKr’nun Seri: X, No: 22 sayılı Tebliği’nin başlangıç hükümlerinin 4/b maddesine göre bağımsız denetim, *“İşletmelerin kamuya açıklanacak veya Kurulca istenecek yıllık finansal tablo ve diğer finansal bilgilerinin, finansal raporlama standartlarına uygunluğu ve doğruluğu hususunda, makul güvence sağlayacak yeterli ve uygun bağımsız denetim kanıtlarının elde edilmesi amacıyla bağımsız denetim standartlarında öngörülen gerekli tüm bağımsız denetim tekniklerinin uygulanarak, defter, kayıt ve belgeler üzerinden denetlenmesi ve değerlendirilerek rapora bağlanmasını”* ifade etmektedir. SPKr Tebliğ Taslakları md. 4/1-a hükümlerinde de aynı tanım korunmuştur.

Bankacılık mevzuatında ise bağımsız denetim, *“bankaların hesap ve kayıt düzeni ile finansal tablolarının doğruluğunun, güvenilirliğinin, bankacılık düzenlemelerine uygunluk derecesinin araştırılması ve sonuçlarının ilgili taraflara bildirilmesi amacıyla kanıt toplanması ve bu kanıtların değerlendirilmesi sonucunda görüş oluşturulması ve rapora bağlanması aşamalarından oluşan süreç”* olarak tanımlanmıştır⁵⁰.

AB’nin 8. Direktifinin ikinci maddesinde ise denetim, topluluk hukukunun gerektirdiği konsolide olanlar dahil yıllık hesapların denetlenmesi olarak tanımlanmıştır⁵¹.

⁴⁸ ISA 200 ve 210’da denetim kavramının tanımı yer almamaktadır. Benzer şekilde ABD’de uygulanan denetim standartları arasında da denetim kavramının tanımı bulunmamaktadır.

⁴⁹ 13.12.1987 tarih ve 19663 sayılı RG’de yayınlanan bu Yönetmelik, 28.5.2013 tarih ve 28660 sayılı RG’de yayınlanan “Sermaye Piyasasındaki Bağımsız Dış Denetleme Hakkında Yönetmeliğin Yürürlükten Kaldırılmasına Dair Yönetmelik” ile yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁰ 01.11.2006 tarih ve 26333 sayılı RG’de yayınlanan “Bankalarda Bağımsız Denetim Gerçekleştirilecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik” md. 5/1.

⁵¹ Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006L0043:20080321:EN:PDF> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

Başka bir tanıma göre ise “denetim, oluşturulan kriterler (standartlar) ile iddia edilen hususlar arasındaki uygunluğun derecesini belirlemek için doğruluğu iddia edilen bu ekonomik faaliyet ve olaylara dair delillerin objektif olarak toplanması, bunların değerlendirilmesi ve sonuçların ilgillerine duyurulmasına ilişkin sistematik bir süreçtir⁵²”.

Aynı yönde olan doktrindeki diğer bir tanıma göre ise denetim “oluşturulan kriterler ve sunulan veri arasındaki uygunluk derecesini belirlemek amacıyla söz konusu veri ile ilgili olarak delil toplama ve değerlendirme” olarak tanımlanmıştır⁵³.

Denetim⁵⁴ kavramının özü, durum ve koşulları resmeden finansal verilerin güvenilirlikleri hakkında hüküm vermek amacıyla uygulanan doğrulama ya da tasdik etme fiili ile ilgilidir. Finansal veriler temelde birer soyut iddialar bütünüdür. Finansal veriler, bu verilerin sahiplerine ait olan varlıkların hangi kaynaklar ile finanse edildiğini yahut elde edilen faaliyet sonucunun ne olduğunu diğer bir ifade ile kar yahut zararın kaynağını gösteren iddialardır. Finansal verilerin doğruluğunun tasdiki için ise gerekli olan bir takım teknikler ve kanıt yöntemlerinin varlığıdır⁵⁵. Bu çerçevede denetim, olan ile olması gerekenin karşılaştırılmasıdır.

Buna göre finansal tabloların bağımsız denetiminin tanımını, gerçek ya da tüzel kişiler tarafından gerçekleştirilen ekonomik faaliyetlere ilişkin iddiaların oluşturduğu finansal tabloların, daha önceden oluşturulan muhasebe standartlarına yahut mevzuat uyarınca belirlenen diğer kriterlere ne derece uyumlu olduğunu ve doğruluğunu ortaya koymak

⁵² American Accounting Association (1973). Committee on Basic Auditing Concepts, *A Statement on Basic Audit Concept*, Sarasota-Florida USA, s. 8. Benzer bir tanım da 03.01.1990 tarih ve 20391 sayılı RG’de yayınlanan Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 48/2 hükmünde “Denetim, kurum ve kuruluşların finansal bilgilerinin mevzuat ve genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine uygun olarak ekonomik olayların gerçek mahiyetinin kayıtlarda yer alıp almadığını tarafsız olarak kanıtları ile araştırarak sonuçlandıran ve onaylayan sistematik bir süreç” olarak yapılmıştır. Benzer nitelikteki tanımlar için bkz. Köksal, A. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Sermaye Piyasası Mevzuatı, Bankacılık Mevzuatı Açısından ve Karşılaştırmalı Olarak Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, İstanbul, s. 13, 14., Çelik, s. 38., Özkorkut, K. (2013). *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim*, Ankara, s. 3-4.

⁵³ Arens, A.A., Elder, R.J., Beasley, M.S. (2008). *Auditing and Assurance Services, An Integrated Approach*, 12. Edition, New Jersey, s. 4. ARENS tarafından aynı kitabın James LEOBBECKE ile birlikte çıkarılan baskısında denetimin tanımı “veri ile oluşturulan kriterler arasındaki uyum derecesini belirlemek ve raporlamak amacıyla ekonomik tüzel kişinin ölçülebilir verileri hakkındaki delillerin toplanması ve değerlendirilmesi” olarak yapılmıştır. Arens, A.A., Leobbecke, J. (1999). *Auditing: An Integrated Approach*, New York, s. 5.

⁵⁴ Denetim, genelde anlaşıldığı üzere şirketlerin sayısal verileri üzerinde yapılmaktadır. Ancak denetim, şirketlerin vergi alanındaki etkinlikleri, bilgisayar sistemlerinin etkinliği, üretime yönelik faaliyetlerinin etkililiği gibi daha özel konularda da yapılabilmektedir. Ancak biz çalışma konumuz itibarıyla finansal tabloları ele aldığımız için diğer denetim halleri çalışmamız kapsamı dışında bırakılmıştır.

⁵⁵ Mautz, R.K., Sharaf, H.A. (1997). *The Philosophy of Auditing*, 18. Edition, USA, s.17.

amacıyla, objektif ve tarafsız denetçi tarafından bir takım teknikler kullanmak suretiyle bu hususa ilişkin objektif delillerin toplanması ve bu delillerin değerlendirildikten sonra varılacak olan sonucun rapora bağlanmasını ve bunun kamuya duyurulmasını içeren sistematik bir süreç olarak verebiliriz.

3) Muhasebe ve Denetim Kavramları Arasındaki İlişki

Muhasebe ve denetim disiplinleri birbirleri ile oldukça sıkı bir iletişim içerisinde olmakla birlikte birbirlerinden farklı alanlar ile ilgilenmektedirler. Bu ayrımın önemi ise çalışma konumuzun denetim ile ilgili olup muhasebe disiplinini kapsamamasıdır. Dolayısıyla muhasebeci ile şirket arasındaki ilişki ya da muhasebecinin sorumluluğu çalışma konumuza girmemektedir.

Muhasebe, iş hayatının dili (*language of business*) olarak tanımlanmaktadır⁵⁶. Muhasebeciler şirketlerin gelir, giderlerini ve ödemelerini içerecek şekilde günlük mali kayıtlarını tutmakla yükümlüdürler. Günlük kayıtlarını tuttukları şirketlerin dönemsel ve yıllık mali tablolarını hazırlamak da muhasebecilerin görev alanına girmektedir.

Muhasebe, finansal tablonun kullanıcılarına ortaklık ile ilgili mali bilgileri tanımlama, ölçme ve birbirleri ile bağlantı kurma konusundaki bir süreci ifade etmektedir. Muhasebeci tarafından tutulan kayıtlar sonucunda oluşturulan finansal tablolar şirketin mali durumunu göstermektedir. Günümüzde muhasebe işlemleri ile ilgili olarak TTK md. 88 ve md. 515 uyarınca KGK tarafından çıkarılacak olan TMS uygulanmak durumundadır. Ancak, TTK md. 88/2 uyarınca TMS'nin Uluslararası Muhasebe Standartları⁵⁷ ile uyumlu olması gerekmektedir.

⁵⁶ Cox, Hillman, Langevoort, s. 546.

⁵⁷ Uluslararası Muhasebe Standartları, Uluslararası Muhasebe Standartları Kurulu (IASB-International Accounting Standards Board) tarafından kabul edilerek yayınlanan Uluslararası Finansal Raporlama Standartlarını (IFRS- International Financial Reporting Standards) ifade etmektedir. Muhasebe standartlarının hazırlanması daha eski tarihlere dayanmaktadır. 1973 yılında kurulan International Accounting Standard Committee (IASC) tarafından 2001 yılına kadar 41 adet muhasebe standardı yayınlanmıştır. Bunlara IASs (International Accounting Standards) denilmektedir. IASC'nin yerine kurulan IASB tarafından ise söz konusu standartlar kabul edilmiş ve bu tarihten itibaren muhasebe standartları yayınlamaya devam edilmiştir. İşte IASB tarafından 2001 yılından itibaren yayınlanan standartlara ise IFRS denilmektedir. Hali hazırda IASB tarafından kabul edilmiş 41 adet IASs ve 13 adet IFRS standardı bulunmaktadır. ABD uygulamasında ise IFRS değil Finansal Muhasebe Standartları Kurulu (FASB-Financial Accounting Standards Board) tarafından hazırlanan US-GAAS (Generally Accepted Accounting Principles) uygulanmaktadır. ABD'de her ne kadar 1934 tarihli Menkul Kıymet Borsaları Kanunu ile muhasebe standartları belirleme konusunda yetkili olsa da SEC tarafından ayrıca bir muhasebe standartları belirlenmemiş olup, borsa şirketleri tarafından FASB tarafından hazırlanan bu prensiplerin (US-GAAS) uygulanması yoluna gidilmiştir. Bu nedenle de ABD'de muhasebe standartları kamu otoriteleri tarafından değil, kamusal bir idari birim olmayan FASB aracılığı ile

Buna karşılık denetim disiplini ise kural olarak muhasebeciler tarafından yöneticiler adına hazırlanan finansal tabloların belirlenen muhasebe standartlarına uygun olup olmadığını denetlemekle ilgilenmektedir. Denetim, şirket finansal tablolarının sadece muhasebe standartlarına uygunluğunu değil bu tabloların gerçeği dürüst bir şekilde yansıtıp yansıtmadığını da incelerler⁵⁸.

Yukarıdaki açıklamalar çerçevesinde muhasebe ve denetim, birbirleriyle ilişkili olan ve birinin diğerini hazırladığı finansal tabloların kullanıcılar açısından doğruyu yansıtıp yansıtmadığı konusunda denetlemesini içeren farklı disiplinlerdir.

4) Bağımsız Denetimin Varsayımları⁵⁹

Doktrinde *Mautz/Sharaf* tarafından 1961 yılında ileri sürülen denetimin varsayımları günümüzde de geçerliliğini korumaktadır. Bu varsayımlar denetçinin sorumluluğunun incelenmesinde de dikkate alınacak hususlar olup, bu varsayımlar aracılığı ile bağımsız denetimin kendisi de denetlenmiş olmaktadır. Yazarlar bağımsız denetim ile ilgili sekiz ayrı postulat olduğunu ileri sürmektedirler⁶⁰. Bunlar;

Finansal tablolar ve verilerin doğruluğu kanıtlanabilir. Aksi kanıtlanamayan yahut doğruluğu tartışılmayan bir verinin denetiminden bahsedilemez.

özel sektör tarafından hazırlandığını söyleyebiliriz. ABD uygulaması ile IFRS uygulaması arasındaki temel fark IFRS'in prensipler üzerine kurulmuş olmasına rağmen US-GAAS kural bazında düzenlenmiştir. Diğer bir ifade ile IFRS prensipleri düzenlerken, US-GAAS fazlasıyla kazuistik bir metot ile hazırlanmıştır. Ancak ikisi arasındaki farklar sadece bununla ilgili olmayıp, muhasebeleştirme işlemlerin yapılmasına ilişkin pek çok farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle aynı ortaklığın finansal durumu hakkında iki standardın uygulanması halinde farklı sonuçların çıkması muhtemeldir. Bununla birlikte, SEC'nin kanundan gelen –halka açık anonim ortaklıklar bakımından-yetkisi saklıdır. 2007 yılından bu yana SEC tarafından yabancı ihraççılar için IFRS uygulanmasına izin verilmektedir. SEC'nin tüm ortaklıklar bakımından IFRS uygulamasına geçmesi ise 2015 yılına kadar yapmayı planladığı bir hedeftir.

⁵⁸ Cox, Hillman, Langevoort, s. 554.

⁵⁹ Doktrinde denetimin varsayımları konusunda başka bir kaynağa göre denetim teorisini destekleyen hiyerarşi üç seviyeden oluşmaktadır. En üst seviyede denetimin sosyal amacı yer almakta olup, denetçilerin ortaklıkların hesap verilebilirlik ve şeffaflıkları konusunda bir sosyal kontrol mekanizmasının temsilcisi olduğu ifade edilmektedir. İkinci seviyede ise denetimin varsayımları yer almaktadır. Bunlar, (a) hesap verilebilir bir ilişki, (b) denetim mekanizmasının olmaması halinde denetimin konusu olan hususun çok karışık, önemli ve uzak bir alan olması, (c) bağımsızlık, (d) denetim konusunun doğrulanabilir olması, (e) hesap verilebilirliğin mevcut kriterler ile karşılaştırılabilir standartlarının oluşturulabilmesi, (f) denetimin kredibilitesi, (g) denetim aracılığıyla sağlanan finansal ve diğer verilerin açıklanabilmesi ile denetimin sosyal ve ekonomik bir yararının olması hususlarıdır. Üçüncü seviyede ise denetimin kilit konseptleri bulunmaktadır. Bunlar dört alt gruba ayrılmaktadır. İlki denetim faaliyetinin kredibilitesini göstermekte olup, objektiflik ve bağımsızlık, mesleki yeterlilik, etik kurallar ve dürüstlük kavramlarından oluşur. İkinci grup denetim süreci olup, delil, önemlilik, denetim riski, muhakeme, şüphelilik kavramlarından oluşur. Üçüncü alt grup denetim sonucunun bildirilmesi olup, denetimin raporlanmasını ifade eder. Son grup ise denetim faaliyetlerinin standardına yönelik olup, özen yükümlülüğü ile denetimin kalitesinin kontrolünden oluşmaktadır. Porter, Simon, Hatherly, s. 63.

⁶⁰ Mautz, Sharaf, s. 49 vd.

Denetçi ile denetimi yapılan teşebbüs/ortaklık yönetimi arasında çıkar çatışması olması gerekmemektedir. Yönetim, doğrulanmış finansal veriler ile ortaklığı yönetebilir, daha doğru kararlar alabilir yahut işletmeyi ilerletebilir.

Doğrulanmak üzere sunulan finansal tablolar ve diğer bilgiler gizli anlaşma yahut diğer olağan dışı düzensizlik ya da usulsüzlükten arıdırler. Sunulan finansal verilerde olağandışı usulsüzlüklerin olduğu varsayımı ile hareket edilecek olur ise denetçinin asıl faaliyet bunu bulmak olacaktır.

Yeterli düzeydeki iç kontrol ya da denetim sisteminin varlığı usulsüzlüklerin gerçekleşme olasılığını azaltır. İyi işleyen bir iç denetim yahut kontrol mekanizması bağımsız dış denetimin işini kolaylaştırır.

Genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine uymadaki tutarlılık, finansal durum ve faaliyet sonuçlarının gerçeği tam olarak yansıtılması sonucunu doğurur. Bu standartlar genel kabul görmüş muhasebe standartlarıdır. Bu standartlar olmaz ise denetçinin görüşü kişisel düzeyde kalır ve üçüncü kişiler açısından bir anlam ifade etmez.

Aksine açık deliller mevcut olmadığı hallerde, teşebbüsün geçmişte gerçekleştirdiği doğru uygulama gelecekte de doğru olacaktır. Bu varsayım kabul edilmez ise denetçinin, kendisinden önce yapılan tüm değerlemeleri, ortaklık malvarlıkları, nakit akışları vs. gibi konuları kendi denetim faaliyetlerinde baz alması mümkün olamayacaktır.

Denetçi, bağımsız görüş belirtmek amacıyla finansal verileri değerlendirirken herhangi bir denetçinin olduğu kapasitede hareket eder. Bu varsayım ile ifade edilmek istenen husus bir işletmenin muhasebesini yapan kişinin daha sonradan denetçi olarak görev alması halinde bu görev süresinde bağımsız bir uzman denetçi gibi hareket edecek olmasıdır.

Bağımsız denetçinin profesyonel olma statüsü ona profesyonellere özgü yükümlülükler yüklenmesini de gerektirir. Toplum tarafından, denetçilerin profesyonel meslek grubu statüsüne sahip olması gerektiğinin kabul edilmesi, denetçiye aynı şekilde profesyonel yükümlülüklerin de yüklenmesini gerektirmektedir.

5) Bağımsız Denetimin Yararları

Bağımsız denetimin yararlarından bahsedilmesi için öncelikle neden bağımsız denetime ihtiyaç duyulduğunun açıklanması gerekmektedir. Yukarıda⁶¹ ifade edilen “agency” problemi ortaklıkların ekonomik büyümeleri sonucunda malvarlığının sahipliği ile bunların yönetimi arasında oluşan bir boşluktan ileri gelmektedir. Bu gelişme aynı zamanda malvarlığının sahiplerini yönetimden uzaklaşması sonucunu doğurmuş ve onları sadece yatırımlarından gelir bekleyen ve finansal veriler ile ilgilenmeyen pasif birer yatırımcı haline getirmiştir.

Bununla birlikte, ortaklıklardaki gelişim, şirketin varlığını yönetenlerin anılan varlığın asıl sahiplerine ve diğer fon sağlayıcılarına (kredi veren banka yahut diğer alacaklılar gibi) faaliyetleri konusunda rapor hazırlamalarını gerektirmiştir. Bu raporu ortaklığın finansal durumunu gösteren finansal tablo ve raporlar olarak anlamak gerekir. İşte bu raporun muhataplarının söz konusu raporun güvenilirliğini algılamaları ihtiyacı doğmuştur⁶². Neden ortaklıklar, mevzuat uyarınca bir yükümlülük olmadığı dönemlerde dahi, oldukça yüksek paralar ödeyerek kendi finansal tablolarını başkalarına denetlettirmektedir? Neden yöneticilerin hazırladığı rapor güvenilmezdir ve bağımsız denetçi tarafından denetlenmelidir? Neden raporun muhatapları bakımından raporda yer alanların güvenilir olması önemlidir? Neden raporun muhatapları raporun güvenilirliğini kendileri araştırmamaktadırlar? Bu soruların cevapları aslında bağımsız denetimin ihtiyaçlarını yahut yararlarını belirlemektedir. Bunların temelinde “agency” problemi nedeniyle yöneticilerin, varlıkların sahiplerine ve varlıklara dayanarak işlem gerçekleştiren ortaklık dışındaki (tahvil sahibi, kredi veren, tedarikçi gibi) kişilere varlıkların iyi yönetildiğine dair bilgi verme gerekliliği ile yöneticiler lehine bilgi asimetrisi hususları yatmaktadır⁶³.

Bağımsız denetimin yararlarını da gösterecek olan anılan sorulara verilen cevaplar ise şu şekilde özetlenebilir⁶⁴:

- Çıkar çatışmasının varlığı (*conflict of interest or biases and motives of the provider*); Finansal raporlama ile yöneticiler aslında kendi performanslarını ortaya koymaktadırlar. Bu nedenle objektif bir bakış açısı ile hazırlandığı hususu her zaman şüpheli kalabilecek bir

⁶¹ Bkz. yuk. I/A/2/b.

⁶² Porter, Simon, Hatherly, s. 9.

⁶³ Messier, Glover, Prawitt, s. 5-7.

⁶⁴ Porter, Simon, Hatherly, s. 10, Arens, Elder, Beasley, s. 6-7., Chow, C.W. (1982). The Demand for External Auditing: Size, Debt and Ownership Influences, *The Accounting Review*, Vol. LVII, No: 2, s. 273, 274.

durumdur. Yöneticilerin kendileri ile ilgili olumsuz bir durumu gizlemek veya haksız kazanç elde etmek amacıyla finansal tablolar üzerinde lehlerine olabilecek bazı değişiklikler yapması yahut şirket kaynaklarını kendi şahsi ihtiyaçlarında kullanmaları mümkündür⁶⁵. Eğer bir bilgi, kullanıcılarının yahut bu bilgi üzerine yatırım kararı vereceklerin çıkarlarını dikkate almayan birisi tarafından hazırlanıyor ise, bu bilginin hazırlayıcısının gerçekleri saklayabileceği de öngörülmelidir. Bu nedenle finansal raporların kullanıcıları, kendilerine sunulan finansal verilerin doğruluğunu öğrenmek isterler. Finansal tabloların gerçekliği ve objektifliği her ne kadar yöneticinin çıkarına hizmet etse de kötü niyetli bir yöneticinin elindeki gücü kullanmak suretiyle finansal tablolarda kendi lehine değişiklik yaparken ne mevcut ortakları ne de müstakbel yatırımcıları dikkate alması beklenmez. Bu durumda da kendilerini dikkate almayacak yöneticinin hazırladığı finansal tabloların gerçeği tam, doğru ve dürüst bir şekilde yansıtıp yansıtmadığına inanmaları gerekmekte olup, bu inanç bağımsız denetim ile sağlanmaktadır.

- Güvenilmez bilgi nedeniyle yanlış yatırımın yapılabilmesi (*consequences of error*); Finansal tablolara bakılarak bir yatırım yapılması yahut yapılan yatırımdan vazgeçilmesi kararı alınacak ise yanlış hazırlanmış olan finansal tablolara göre bu kararları veren kişilerin maddi zarara uğramaları mümkündür. Bu nedenle kullanıcılar finansal tabloların güvenilirliğini arayacaklardır. Finansal tabloların güvenilirliği için bağımsız denetimden geçirilmesine ihtiyaç duyulmaktadır.

- Finansal verilere ulaşma imkânının kısıtlılığı (*remoteness of information*); Hukuki, fiziksel ve ekonomik gerekçeler ile (bilgi alma hakkının sınırlı olması, zaman ve para bulunmasındaki zorluk, mesafelerin varlığı yahut ticari sır gibi nedenlerle) ortaklıkların finansal tablolarının kullanıcıları- ortaklığın büyük ortağı olsalar dahi- tarafından güvenilirliklerinin tasdik edilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, her bir kullanıcının bu finansal verileri ayrı ayrı tasdik etmeye çalışmalarının imkânsız olması yanında ekonomik de değildir⁶⁶. Bu nedenle de finansal verilerin kullanıcılar adına bağımsız kişilerce güvenilirliğinin tasdik edilmesi ihtiyacı vardır.

⁶⁵ Mesela Tyco International Ltd. şirketinin eski genel müdürü (CEO) Dennis Kozlowski, kendi duş kabini için altı bin doları şirket kasasından harcaması, yetkisiz yıllık bonus alması, yüksek meblağlı sanat eserleri alması ve yine yüksek miktarda eski yöneticinin şirketine yatırım danışmanlığı ücreti ödemesi nedeniyle ceza almıştır. Keza, Enron şirketinin finansal işlerden sorumlu müdürü (CFO) şirket hakkındaki finansal durumu en gerçekçi yönü ile bildiği için yüksek miktarda bonus aldıktan sonra kendi hisselerini yüksek fiyattan önceden satması üzerine ceza almıştır. Messier, Glover, Prawitt, s. 6.

⁶⁶ Bu durum her zaman geçerli değildir. Mesela büyük sigorta şirketleri yahut yatırım fonu gibi kolektif yatırım kuruluşları yapacakları yatırım kararlarından önce ilgili şirketin finansal verilerini kendileri kontrol etmek

- Ekonomik faaliyet ve işlemlerdeki yoğunluk (*complexity or complex exchange transactions*); Son yıllarda ortaklıkların girdikleri ticari ilişkilerin yoğunlaşması, bunların kaydının muhasebe sistemlerine entegre edilmesinde yapılan hataları da artırmıştır. Ayrıca bu yoğunluk finansal tablo kullanıcılarının tabloları değerlendirmesinde de zorluk yaşaması olasılığını artırmıştır. Bu nedenle finansal tablo kullanıcılarının, bu tablolarda yer alan verilerin, ortaklıkların faaliyetlerinin, ticari ilişkilerinin ve muhasebe sistemlerinin bağımsız kişilerce değerlendirilmesi ihtiyacını doğurmuştur.

Yukarıda yer alan hususlar çerçevesinde bağımsız denetimin en büyük yararı finansal verilerin kullanıcıları olan yatırımcıların yatırım kararlarını vermeleri aşamasında yaşayacakları bilgi kirliliğinin engellenmesidir. Buradaki amaç, yatırımcının karşılaştığı tüm riskleri kaldırmak değil, öngörülebilir hale getirmektir. Böylelikle de sermaye piyasalarının bütünü üzerinde şeffaflık ve güvenilirlik sağlanmaya çalışılmış olunacaktır.

Bağımsız denetim, yöneticilerin şirket ortaklarına karşı hesap vermeleri gerekliliğini sağlayan en önemli yollardan biridir. Şöyle ki, ortaklıklardaki ekonomik güç yöneticiler tarafından kullanılmaktadır. Ancak mutlak güç demokratik toplumlarda bir şey ifade etmez. Zira güç hile yapmaya meyilli olur ise mutlak güç her şeyi yok edebilir⁶⁷. Bu kapsamda bağımsız denetim, ortaklık yöneticilerinin ortaklarına yönelik vermek durumunda oldukları hesabın güvenilirliğini teyit etme görevini ifa etmektedir. Bu yolla da şirket ortakları, tasarruflarını emanet ettikleri şirket yöneticilerinin faaliyetlerinin hukuka uygunluğunu yahut yöneticilerin hileli davranışlarının olup olmadığını denetleyebilmektedirler. Dolayısıyla bağımsız denetimin yatırımcılara ve genelde sermaye piyasalarına olumlu faydası bulunmaktadır.

Bağımsız denetimin şirket bakımından da yararları bulunmaktadır. Zira denetim süresince denetçi şirketin faaliyetlerini, işleyişini, muhasebe sistemini ve tüm finansal aktivitelerini detaylı olarak öğrenmek suretiyle şirkete oldukça yaklaşmaktadır. Denetçi, konusunda uzman bir kişi olarak, bu süreçte bağımsız hareket ettiği ve şirket dışında bir konumda olduğu için şirket hakkındaki görüşleri ve tavsiyeleri şirket bakımından oldukça değerlidir⁶⁸. Bu tür finansal denetimler sayesinde ortaklık ve yönetimi kendi muhasebe sistemindeki eksiklikleri, muhasebe standartlarının yorumlanmasındaki hatalarını, iç

isteyeceklerdir. Keza vergi daireleri de tam ve doğru vergi tahakkuk ettirmek için ilgili şirketlerin finansal verilerini kendileri incelemek isteyebileceklerdir.

⁶⁷ Porter, Simon, Hatherly, s.15.

⁶⁸ Bu konu ileride denetçinin bağımsızlığı konusunda da ele alınacaktır. Bkz. aşa. III/A/1/j.

denetimin işlerliliğini ve eksikliklerini, faaliyetlerindeki etkinliği konularında fikir sahibi olabilecek ve var olan sorunlarını düzeltme imkânı bulabilecektir.

Bunun dışında bağımsız denetim SPKr ya da BDDK gibi düzenleyici otoritelerin yapmakla yükümlü oldukları şirket denetimlerini kolaylaştırmakta olup, bu düzenleyici otoriteler bakımından da yararlı sonuçları bulunmaktadır. Keza, bağımsız denetim aracılığı ile vergi yasalarına uygun hareket edilip edilmediği yahut tam ve eksiksiz verginin tahakkuk ettirilmesine ve bu yolla da vergi gelirlerinin artması hususunda da yardımcı olunmaktadır⁶⁹.

Sonuç olarak bağımsız denetimin, ortaklığa ve yönetimine, ortaklık ortaklarına, ortaklık alacaklılarına ve diğer ilgililerine, kamuya, devlete yararları bulunmaktadır⁷⁰.

6) Bağımsız Denetimin Türleri

a) Sermaye Piyasası Mevzuatı Uyarınca Bağımsız Denetim Türleri

(1) Yıllık Bağımsız Denetim

Kamuyu aydınlatma kavramı açıklanırken bahsedilen “sürekli kamuyu aydınlatma”dan anlaşılması gereken temel husus halka açık anonim ortaklıkların dönemsel olarak finansal durumları hakkında başta ortaklarına olmak üzere tüm ilgililere açıklama yapmasıdır. İşte yıllık olarak açıklanan finansal tabloların bağımsız denetime tabi tutulması yıllık bağımsız denetim olarak ifade edilir. SPKr Seri: X, No:22 sayılı Tebliğ’in Başlangıç Hükümleri 4/1-b ve 5/1 hükümlerinde bağımsız denetimin yıllık olarak yapılacağı ifade edilmiştir. SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı md. 5/1 hükmünde de kapsam dâhilindeki işletmelerin yıllık finansal raporlarını bağımsız denetime tabi tutmak zorunda oldukları ifade edilmiştir.

Bu tür bağımsız denetimde, denetimi yapan kuruluş ve/veya denetçi herhangi bir kısıtlama olmaksızın mevzuatın kendisine tanıdığı tüm denetim tekniklerini uygulayabilir ve

⁶⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, C. (2007). *Türkiye’de Bağımsız Dış Denetleme Kuruluşlarının Vergi Denetimi Üzerindeki Etkisi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2007.

⁷⁰ Bağımsız denetimin yararları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. İnternet: Çelen, E. (2001). Bağımsız Denetimin Önemi, Yararları ve Kamuyu Aydınlatma İlkesi, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı:55. Web: <http://www.istanbulsmmmmodasi.org.tr/yayinlar.asp?Gid=1&Yid=55> adresinde 23.1.2014’de alınmıştır.

yeterli miktarda denetim kanıtı toplayabilecektir. Bu tür denetimde uygulanacak olan denetim kuralları ise Türk denetim standartları⁷¹ içerisinde yer almaktadır.

(2) Sınırlı Bağımsız Denetim

SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı md. 5/2 ve SPKr Seri: X, No:22 sayılı Tebliğ'in Başlangıç Hükümlerinin 4/1-f hükmünde "inceleme" veya "sınırlı bağımsız denetim" olarak tanımlanan bu denetim türü "ara denetim" olarak da adlandırılır⁷². Sınırlı bağımsız denetim, SPKr Tebliğine göre "*ara dönem finansal tablolarının Kurulca yayımlanan finansal raporlama standartlarına uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadıklarının öncelikle bilgi toplama (soruşturma) ve analitik inceleme teknikleri kullanılarak incelenmesi ve değerlendirilerek rapora bağlanması*" ifade etmektedir. SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı md. 4/1-d hükmüne göre ise ara dönem finansal raporların TMS ve Kurulca belirlenen düzenlemelere uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadıklarının TDS'de öngörülen esaslara göre incelenmesi ve değerlendirilerek raporlanmasıdır.

Sermaye piyasası mevzuatına tabi ortaklıkların bir kısmı üçer aylık dönemler halinde finansal tablo düzenlemekle yükümlüdürler⁷³. Ara dönem finansal tabloların da bağımsız denetimden geçirilmesi gerekmektedir. Ara tabloların denetimi, SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ'in Başlangıç Hükümleri md. 4/1-f ve aynı Tebliğ'in 34 üncü Kısım md.1 uyarınca ortaklığın yıllık finansal tabloları üzerinde bağımsız denetim yapan bağımsız denetim kuruluşu tarafından gerçekleştirilecektir. Bu nedenle de ortaklığın finansal durumu hakkında bilgi sahibi olan denetim kuruluşunun gerçekleştireceği bu denetim faaliyetlerinde sınırlı denetim teknikleri uygulanması yeterli görülmüştür. Bu bağlamda sınırlı bağımsız denetimde bilgi toplama ve analitik inceleme teknikleri öncelikle kullanılır⁷⁴. Ara dönem finansal tabloların bağımsız denetiminde, hazırlanacak olan denetim raporunda "finansal

⁷¹ KGK tarafından çıkarılan Türk Denetim Standartları (TDS), Bağımsız Denetim Standardı (BDS) adıyla çıkarılmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda TDS ve BDS ile kastedilen hususlar aynı olup, bu iki kısaltma birbirleri yerine kullanılmıştır. Ancak BDS'lerin tamamına atıf yapılmak yerine tam set BDS'ler TDS olarak ifade edilmiştir.

⁷² Gürbüz, H. (1995). *Muhasebe Denetimi*, Eskişehir, s. 16.

⁷³ SPKr (II-14.1) sayılı Tebliğ md. 7 uyarınca, sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde işlem gören ortaklıklar ile yatırım kuruluşları, yatırım ortaklıkları, portföy yönetim şirketleri, ipotek finansmanı kuruluşları ve varlık kiralama şirketlerinin 3, 6 ve 9 aylık olmak üzere ara dönem finansal raporlama yapmaları zorunludur. SPKn md. 16/2 uyarınca halka açıklık statüsünün kazanılmasının ardından iki yıl içerisinde bu ortaklıkların paylarının borsada işlem görmesi talebiyle borsaya başvurmaları zorunluluğu bulunduğundan sermaye piyasalarındaki hemen hemen tüm halka açık ortaklıklar ile çoğu sermaye piyasası kurumunun ara dönem finansal tablo hazırlama yükümlülüğü bulunmaktadır.

⁷⁴ Uygulanabilecek diğer teknikler Tebliğ'in 34 üncü kısmının 6 ncı maddesinde belirtilmiştir. Bilgi toplama ve analitik inceleme tekniklerinin tanımı ise Tebliğ'in 14 üncü kısmının 10 ve 14 üncü maddelerinde düzenlenmiştir.

tablolar ile ilgili önemli yanlışlıkların bulunmadığı” şeklinde bir sonuca ulaşılması amaçlanmaktadır.

KGK tarafından yayınlanan SBDS-ISRE 2410 standardı sınırlı bağımsız denetimi düzenlenmektedir. Bu standardın 3 üncü paragrafından sınırlı bağımsız denetimin işletmenin yıllık denetçisi tarafından yapılmak zorunda olmadığı sonucu çıkarılmaktadır. Öte yandan, sınırlı bağımsız denetimde uygulanacak prosedürler ve denetim teknikleri 19 uncu paragrafından sonra gelmek üzere ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

(3) Özel Bağımsız Denetim

SPKn md. 14/4 hükmünde SPKr’nun, halka arzda, borsada işlem görme başvurusunda, Kanunun 23 üncü maddesinde tanımlanan önemli nitelikteki işlemlerde ve ortaklığın faaliyetleri ile finansal durumunu önemli derecede etkileyen olay ve gelişmelerde işlemlerin tarafı ortaklıklardan bağımsız denetim raporu isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu kapsamda, özel bağımsız denetim, SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı md. 6 ve SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ’in Başlangıç Hükümleri md. 6/1 hükümlerinde düzenlenmiştir.

Buna göre belli bazı özel nitelikteki işlemlerin gerçekleşmesi esnasında ortaklıkların hazırlayacakları finansal tabloların bağımsız denetimden geçirilmesi amaçlanmaktadır. Buradaki özel nitelikteki işlemlerde kullanıcıları bakımından finansal tabloların büyük önem arz etmesi nedeniyle bunların güvenilirliğinin de sağlanması amacıyla bağımsız denetime tabi tutulması istenmiştir. Her ne kadar çalışmamız sermaye piyasası mevzuatı ile sınırlı olsa da doktrinde bir yolsuzluğun araştırılması, vergisel incelemeler, mahkemeler tarafından yapılan özel nitelikli incelemeler ve kredi işlemlerinden önce yapılan gibi konularda özel amaçlı bağımsız denetim yapılabileceği de ifade edilmiştir⁷⁵.

Bu konuda ifade edilmesi gereken bir diğer husus ise “*özel amaçlı bağımsız denetim*”dir. SPKr Seri: X, No:22 sayılı Tebliği’nin 33 üncü kısmında yer alan özel amaçlı bağımsız denetim, anılan kısmın 2 nci maddesi uyarınca, finansal tabloların unsurlarına, finansal tabloların birine veya finansal tablolarda yer alan belirli hesap gruplarına yahut herhangi bir hesap kalemine, sözleşmelere uygunluğunun tespitine, özet yıllık finansal tablolara, SPKr tarafından gerekli görülecek diğer hususlara ilişkin olarak yapılan bağımsız

⁷⁵ Gürbüz, s. 14, Köksal, s. 26, Karanfiloğlu, Y. (1999). Muhasebe Denetimi, Kavram İlke ve Yöntemleri, *Sayıştay Dergisi*, S. 35, s. 31

denetimi ifade eder. ISA-BDS 800 standardında düzenlenen bu husus SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı md. 6 hükmünde özel denetim ile birlikte ele alınmıştır.

b) TTK Uyarınca Öngörülen Denetim Türleri

TTK md. 397 vd. hükümlerinde düzenlenen asıl denetim türü bağımsız denetimdir. Bu kapsamda TTK öncesi sadece SPKn'na tabi anonim ortaklıklar bakımından öngörülen bağımsız dış denetim, yeni TTK ile Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ortaklıklar bakımından yasal ve zorunlu denetim haline getirilmiştir. Denetim bu şekilde şirketin dışına çıkartılmıştır. Denetimi yapacak olanın kişi ya da kuruluş olması bu esası değiştirmemektedir⁷⁶.

TTK içerisinde bağımsız denetim türleri olarak adlandırılabilinecek birden fazla bağımsız denetim hali düzenlenmemiştir. Bu kendi içerisinde tutarlı bir yaklaşımdır. Şöyle ki, TTK uyarınca bağımsız denetim UDS ile uyumlu TDS tarafından yapılacağına için ve UDS içerisinde bağımsız denetim türleri, SPKr düzenlemelerinde olduğu gibi, bulunduğu TTK içerisinde ayrıca belirtilmesine gerek bulunmamaktadır.

TTK içerisinde bağımsız denetim dışında sadece özel denetim hali düzenlenmiştir. İsviçre OR md. 697a- 697g hükümlerinden esinlenilerek düzenlenen özel denetim tanımına TTK'da yer verilmemiştir. Bu tür denetim eski TTK döneminde de md. 348 hükmünde de öngörülmekteydi. Sermaye piyasası alanında olduğu gibi TTK anlamında da özel denetim kanunda yer alan belli bazı özel durumlar⁷⁷ için öngörülmüş olup, denetlenen husustaki hukuki güvenilirliği sağlama hedeflenmektedir. Burada denetimin sınırı finansal tablo denetimi ile sınırlı olmayıp, belirlenen hususa ait her türlü veri yahut durumun denetlenmesini içermektedir. Özel denetçilerin sır saklama yükümlülükleri md. 404 hükmü ile bağımsız denetçi ile eşitlenmiştir. Aynı şekilde özel denetçilerin hukuki sorumlulukları md. 554 ile TTK'da yer alan diğer denetçiler ile benzer şekilde düzenlenmiştir.

TTK'da düzenlenen özel denetçi, bireysel ya da toplu pay sahipliği hakkının kullanması suretiyle mahkemece atanmaktadır. Bu nedenle düzenli, devamlı olarak yapılan bir denetim türü değildir. Özel denetçi, bir bağımsız denetçi olabilir ancak bu bir zorunluluk değildir. Konusunda uzman birinin olması yeterlidir.

⁷⁶ TTK md. 400/1 hükmüne göre SMMM ve YMM'ler de bağımsız denetçi olarak atanabilecektir. Özkorkut, s. 223-224.

⁷⁷ Bu durumlara ilişkin ilgili hükümler bkz. TTK md. 207, 406, 438-444.

Özel denetim dışında TTK içerisinde düzenlenen “işlem denetimi” 6335 sayılı yasa ile kaldırılmıştır⁷⁸. Doktrinde daha evvel yeterince incelenmemiş ve tartışılmamış olan bu tür denetimin, bağımsız denetim ile olan ilişkisinin belirsizliği ve ortaklıklara olan mali külfetlerinin de fazla olacağı düşüncesiyle söz konusu düzenlemelerin kaldırılması kanaatimizce yerindedir.

c) Diğer Denetim Türleri

Bu aşamaya kadar açıklanan bağımsız denetim türleri finansal tablolar üzerinde yapılan muhasebe/finans denetimi olarak adlandırılabilir. Bu tür denetimler dışında da bağımsız denetçilerce de yapılabilen denetim türleri de bulunmaktadır.

(1) İşletimsel ya da Operasyonel Denetim⁷⁹

Bu tür denetim işletmelerin bir bölümünün verimlilik ve etkinlik⁸⁰ bakımından denetime tabi tutulmasını ifade etmektedir. Bu denetim aracılığıyla ortaklık yönetimine denetim sonuçları dikkate alınmak suretiyle bazı önerilerde bulunmaktadır. Örneğin, ödeme sistemindeki etkinliği üzerine yapılan denetim sonucunda yeni bir bilgisayar yazılımının kurulması öngörülebilir⁸¹. Finansal denetim tarihsel finansal verilerin doğruluğu amacıyla yapılmakta iken bu tür denetim etkinlik ve verimlilik amacıyla yapılmaktadır.

Bu tür denetime performans, faaliyet ya da yönetsel denetim de denilmektedir⁸². Bu tür denetim sadece sermaye piyasası mevzuatı kapsamında yapılan bir denetim türü olmayıp, daha çok şirketlerin kendi gelişmelerindeki engelleri kaldırmak, kaynaklarını daha etkin kullanmak yahut eksik yönlerini bularak bu eksikliklerini gidermek amacıyla danışmanlık şeklinde yaptırdıkları bir denetim türüdür. Bu tür denetimin sınırları muhasebe yahut

⁷⁸ TTK’da 6335 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önce “işlem denetimi” adı altında bir denetim türü daha bulunmaktaydı. Türk hukukuna özgü bir müessese olan işlem denetiminin sermaye piyasaları bakımından zaten özel denetim gerektiren hallerde uygulanacak olması nedeniyle ortaklıkların maliyetini artıracığı şüphesizdir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi ve farklı görüş için bkz. Özkorkut, s. 19 vd.

⁷⁹ Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Arens, Elder, Beasley, s. 842-851. Bu konuda OECD tarafından hazırlanmış olan rapordan da yararlanılması mümkündür. Bkz. İnternet: OECD (1996). *Performance Auditing and the Modernisation of Government*, s. 57 vd. Web: <http://www.oecd.org/dataoecd/17/55/36144824.pdf#page=58> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁸⁰ Etkinlik kavramı hedefler ile gelinecek nokta arasındaki ilişkiyi ifade ederken; verimlilik kavramı kaynakların kullanımı yahut en az girdi ile en çok çıktının elde edilmesini ifade etmektedir.

⁸¹ Arens, Elder, Beasley, s. 14.

⁸² Arens, Elder, Beasley, s. 842. Faaliyet denetimi de denilmektedir. bkz. Karanfiloğlu, s. 31., Bu tür denetim hakkında genel bilgi için bkz. İnternet: Uzay, Ş. (2007, 25-29 Nisan). *Faaliyet Denetimine Genel Bakış*, VIII. Muhasebe Denetimi Sempozyumu, II. Uluslararası Muhasebe Denetimi Sempozyumu, Web: http://archive.ismmmo.org.tr/docs/Sempozyum/08sempozyum/kitap/09_1saban%20uzay.pdf adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

finansal tablolar ile belirlenmiş olmayıp, bunların dışında organizasyon yapısı, bilgisayar sistemleri, üretim metotları, pazarlama teknikleri veya denetçinin yetkin olduğu diğer alanları da kapsamaktadır. Bu tür denetimi denetim kuruluşlarının bilinen finansal denetim dışında müşterilerine verdikleri hizmetler içerisinde değerlendirmek de mümkündür. Bununla birlikte bu tür denetimin bağımsız denetim şirketleri yanında iç denetçiler veya kamu denetçileri tarafından da yapılması mümkündür⁸³. TTK'da belirlenen denetim sisteminde bağımsız denetim kuruluşlarının denetim faaliyetleri bu tür bir denetim değildir. Ancak denetçiler TTK md. 400/3 hükmünün aksinden bağımsız denetim kuruluşlarının faaliyet dönemi dışında şirketlere bu tür denetim hizmetleri verebilecekleri sonucuna ulaşılmaktadır. Buradan da bu tür denetimin bir tür denetim-dışı hizmet olduğu sonucu çıkarılabilir.

(2) Uygunluk Denetimi

Bu tür denetimde denetlenen ortaklığın belirli prosedürlere, düzenlemelere yahut daha üst otoritelerin kurallarına uyup uymadığına karar verilmesi amaçlanmaktadır. Bir bankanın bir müşteriye verilmesi gereken kredi miktarını sınırlayan hükme uyup uymadığının yahut bir şirketin özel durum açıklamalarına dair SPK düzenlemelerine uyup uymadığının veya şirketin vergi yasalarına uyup uymadığının denetlenmesi bu tür denetime örnek olarak verilebilir. Bu tür denetim şirket kayıtları üzerinde yapılmaktadır.

Bu denetimin sonucu işletimsel denetimlerde olduğu gibi şirket yönetimine sunulmaktadır. Dolayısıyla kamuyu aydınlatma açısından bir hukuki sonucu bulunmamaktadır.

⁸³ Bu konuda belirtmek gerekir ki, 6085 sayılı Sayıştay Kanunu kapsamında Sayıştay tarafından yapılan performans denetimleri bu başlık altındaki denetim içerisinde değerlendirilebilir. Şöyle ki, kaynakların kullanımı ve belirlenen hedeflere ulaşılıp ulaşılmadığı konuları ile sınırlı olarak Sayıştay tarafından yapılan performans denetimi bir tür işletimsel denetimdir. ABD Sayıştayı olarak adlandırabileceğimiz U.S. Government Accountability Office tarafından yapılan performans denetimleri kendi iş yoğunluklarının büyük bir bölümünü oluşturmakta olup, yıllar içerisinde denetlenecek pek çok kamu kurumunun varlığı nedeniyle elde ettikleri denetim birikimlerinin bağımsız denetçilere yol gösterecek olgunlukta olduğu ifade edilmektedir. Web: <http://www.gao.gov/govaud/yb/2003/html/chap25.html> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Ayrıca bkz. Arens, Elder, Beasley, s. 17., Benzer şekilde AB'nin beş önemli kuruluşundan biri olarak kabul edilen AB Sayıştayı (European Court of Auditor) da benzer şekilde AB içindeki fonun toplanması ve kaynakların harcanması ile ilgili olarak bağımsız dış denetim yaparken performans denetimi de yapmaktadır. Bkz. Web: <http://eca.europa.eu/portal/page/portal/audit/PerformanceAuditManual> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Ancak bu tür denetim mevzuatları kapsamındaki kamu yahut birlik kuruluşları üzerinde olduğu için anonim ortaklıklar üzerindeki bağımsız denetimine ilişkin çalışma konumuz dışında yer almaktadır. Bu konuda ayrıntılı inceleme için bkz. Özer, H. (1992). Performans Denetimi, *Sayıştay Dergisi*, S.7, s. 30 vd.

SPKı Yüğümlölük Tebliğı Taslağı md. 7 hükmünde uygunluk denetimi düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca uygunluk denetimi, işletmelerin iş süreçleri ile iç kontrol sistemleri gibi hususların doğruluğı, güvenilirliğı ve Kurul düzenlemelerine uygun derecesi hakkında görüş bildirilmesini ifade eder. İşte bu tür bir denetimi, Kurul bir bağımsız denetçiden talep edebilecektir. Bu tür bir denetimin sonucunun kamuya açıklanıp açıklanmayacağı hususunda bir açıklık bulunmamakla birlikte, kural olarak bu tür bir denetimin sonucunun kamu ile paylaşılmasının gerek olmadığı kanaatindeyiz.

(3) Zorunlu-İsteğe Bağlı Denetim

Zorunlu denetim yasa yahut diğler alt düzenlemeler ile ilgili mevzuatta belirlenen ortaklıklar bakımından yaptırılması bir yüğümlölük teşkil eden denetim türüdür⁸⁴. SPKn md. 14/3 hükmünde belirtilen bağımsız denetim yaptırma yüğümlölüğü ve yukarıda değinilen özel denetim bu anlamda bir zorunlu denetim türüdür. Keza TTK md. 397’de öngörülen denetim de kapsam dâhilindeki ortaklıklar bakımından zorunlu denetimdir. Zorunlu denetimin yaptırılmaması bir yüğümlölüğün yerine getirilmemesi olup, müeyyide ile karşılaşılır. TTK md. 397/2 ve 6 uyarınca denetimden geçmemiş finansal tablolar düzenlenmemiş hükmünde olduğu ifade edilmiştir. SPKn uyarınca da zorunlu olmasına rağmen finansal tablolarını bağımsız denetimden geçirttirmeyen ortaklığa SPKn md. 103 hükmü uyarınca idari para cezası verilmesi mümkündür.

İsteğe bağlı denetim ise herhangi bir düzenlemede bir yüğümlölük olarak öngörölmemekle birlikte bir kısım menfaat sahiplerinin talebi üzerinde yapılan denetim türüdür. İsteğe bağlı denetimin çeşitli gerekçeleri olabilir. Mesela, bir evin alınmasından önce yaptırılan bilirkişi incelemesinde olduğu gibi bir ortaklık diğler bir ortaklık üzerinde hâkimiyet sağlamadan önce hedef ortaklığın finansal tabloları üzerinde bağımsız denetim yaptırılmasını isteyebilir. Keza bankalar kredi vermeden önce kredi talebinde bulunan ortaklığın mali tabloları üzerinde bağımsız dış denetim yaptırılmasını isteyebilir.

7) Bağımsız Denetim İle İlgili Düzenlemeler

Mali tablo hazırlanması ve bunların denetlenmesi uzmanlık gerektiren bir alandır. Bu nedenle doğrudan kamu kurumları tarafından gerçekleştirilmezler. Mali tabloların hazırlanması ortaklık yönetim kurullarına bırakılmış iken bunların denetlenmesi bağımsız

⁸⁴ Gürbüz, s. 15, Köksal, s. 31.

denetçilere bırakılmıştır. Özellikle son yıllarda yaşanan muhasebe/denetim skandalları ile bağımsız denetçilerin önemi ve dolayısıyla üzerlerindeki gözetim/denetim faaliyetleri de artmıştır.

Diğer yandan, uluslararası ticaretin ve yabancı yatırımların artması ve sermaye piyasalarının yerel piyasa olmaktan çıkıp tüm finansal merkezleri içeren global bir yapı haline gelmesi sonucunda mali piyasalardaki güven unsurunun varlığı ve mali piyasaların denetimi konusunda standartlaşmaya gidilmiştir. Ortaklıkların finansal tablo hazırlarken kullandıkları muhasebe standartları ile bu finansal tabloların gerçeği dürüst bir şekilde yansıttığına dair yapılan denetimin standartları pek çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de kural olarak kabul edilmiştir.

a) Türkiye’deki Mevzuat

(1) Sermaye Piyasası Mevzuatı Bakımından

SPKn md. 14/1 ve 36/1 hükümleri uyarınca ihraççı ve sermaye piyasası kurumları⁸⁵ mali tablolarını TMS çerçevesinde Kurulca belirlenen düzenlemelere uygun olarak hazırlamakla yükümlüdürler. SPKn md. 14/3 uyarınca da hazırlanan bu finansal tabloların bağımsız denetim kuruluşlarınca denetlettirilmesi zorunlu tutulmuştur.

SPKr (II-14.1) sayılı Tebliği md. 5/1 uyarınca finansal tabloların hazırlanmasında KGK tarafından çıkarılan TMS/TFRS esas alınacaktır⁸⁶. Öte yandan, KGK’nun 14.11.2012

⁸⁵ İhraççı kavramı SPKn md.3/1-h hükmünde; sermaye piyasası kurumları ise SPKn md. 35 hükmünde tanımlanmıştır.

⁸⁶ Bu standartlar TTK md. 88/2 uyarınca uluslararası standartlarla uyumlu olmak durumunda olup, söz konusu UMS/UFRS ise IASB tarafından yayınlanan IFRS’i (ve IASs) ifade etmektedir. Söz konusu muhasebe standartları hemen çoğu ülkede uygulanmakta olup, ülkemizdeki TMS’nin de kaynağını teşkil etmektedir. AB düzenlemeleri bakımından da 19.7.2002 tarihli AB Konseyi kararı – “*IAS Regulation*” olarak da adlandırılmaktadır - (Regulation EC No: 1606/2002) uyarınca üye ülkelerin IFRS’i uygulamaları gerekmektedir.

Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:243:0001:0004:EN:PDF> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. AB Komisyonu’nun 3.11.2008 tarihli düzenlemesi (Commission Regulation No: 1126/2008) ile IFRS ve IASs kabul edilmiştir. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/ias/index_en.htm adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Kabul edilen standartların listesi ve ilgili kabul edilme düzenlemeleri için bkz. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/ias/standards_en.htm#ias_1 adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Üye ülkelerin durumu hakkındaki tablo için bkz. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/ias/ias-use-of-options_en.pdf adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Ayrıca AB’nin 8 nci Direktifi’nin 2/12 hükmünde de uluslararası muhasebe standartlarının IASB tarafından çıkarılan IFRS olduğu ifade edilmiştir. Bu konudaki ayrıntılı bir çalışma için bkz. Whittington, G. (2005). The Adoption of International Accounting Standards in the European Union, *European Accounting Review*, Vol. 14, No. 1, s. 127 vd.

tarihli kararıyla⁸⁷ KHK md. 2/1-ğ uyarınca halka açık anonim ortaklıkları da kapsayan “kamuya yararını ilgilendiren kuruluşlar” ile Bakanlar Kurulu tarafında bağımsız denetime tabi olacak ortaklıklar bakımından uygulanacak olan muhasebe standartları TMS olarak belirlenmiştir. Dolayısıyla çalışma konumuz olan halka açık anonim ortaklıklar bakımından uygulanacak muhasebe standartları uluslararası finansal raporlama standartları ile uyumlu olan TMS’dir. Ancak ifade edildiği üzere bu karar olmasaydı dahi SPKr’nun (II-14.1) sayılı Tebliği uyarınca KGK tarafından çıkarılan TMS, halka açık ortaklıklara da uygulanacaktır.

Bağımsız denetim standartları bakımından ise TTK md. 397/1 uyarınca KGK tarafından UDS ile uyumlu olan TDS geçerli olacaktır. 6362 sayılı SPKn kendinden önceki 2499 sayılı Kanun md. 22/1-e hükmünün aksine denetim standartlarını yayınlama yetki ve görevini Kurula bırakmamıştır. Bu nedenle SPKn md. 14/3 hükmünde geçen TDS ifadesi ile kastedilen husus TTK md. 397/1 hükmü uyarınca KGK tarafından çıkarılan TDS’dir. Bununla birlikte, sermaye piyasalarındaki denetim standartlarını içeren SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ hükümlerindeki standartlar, 6362 sayılı SPKn, 660 sayılı KHK ve TTK md. 397 hükümlerinden önce yürürlükte olup, çalışmamız tarihi itibarıyla de henüz yürürlükten kaldırılmamıştır. KGK tarafından yayınlanan/yayınlanacak denetim standartları ile SPKr Tebliğinde yer alan standartlar aynı kaynağa dayanmaktadır. Bu nedenle uygulamada bu geçiş döneminde bir aksaklık yaşanmamaktadır⁸⁸.

Bu noktada KGK tarafından peyder pey çıkarılan denetim standartları, kendilerine tekabül eden SPKr Tebliğinde yer alan standartlara göre öncelikle uygulanıp uygulanmayacağının çözümlenmesi gerekmektedir. KGK tarafından tam set bağımsız denetim standartları yayınlandığında SPKr Tebliğinde yer alan standartlara tekebül eden hükümlerin uygulamasının zımnen yürürlükten kalktığı kabul edilmelidir. Denetim standartları bir bütün olup, kendi içerisinde birbirlerine atıfta bulunmaktadır. Bu nedenle KGK tarafından yayınlanan standartlar ile SPKr Tebliğinde yer alan standartların kısmı uygulanması mümkün görülmemektedir⁸⁹.

⁸⁷ Söz konusu KGK kararı 17.11.2012 tarih ve 28470 sayılı RG’de yayınlanmıştır. Karara ilişkin ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Özkorkut, s. 66 vd.

⁸⁸ Benzer görüş için bkz. Özkorkut, s. 100-101. 660 sayılı KHK Geçici md. 1/2 uyarınca bağımsız denetim standartlarına ilişkin olarak diğer düzenlemelerin aykırılık teşkil eden hükümleri geçersiz kılınmıştır. Kanunlar arasında öncelik-sonralık ilişkisi bulunduğundan 6362 sayılı SPKn sonraki kanun olmakla birlikte SPKn md. 14/3 hükmü KGK’nin TDS’lerini kabul ettiği için ileride KGK tarafından çıkarılan denetim standartları ile SPKr’nun denetim standartları arasındaki farklılıklarda KGK düzenlemelerinin esas alınması gerekecektir.

⁸⁹ Çalışma tarihimiz itibarıyla KGK tarafından denetim standartları tam set olarak yayınlanmamıştır. Denetim standartlarının, muhasebe standartlarında olduğu gibi, bir bütün olarak ele alınması gerekmektedir. Bir faaliyeti

Kanun koyucu, TTK md. 88/4 hükmü uyarınca muhasebe standartları konusunda ayrıntı ile sınırlı da olsa farklılaşmaya gidilebilmesi imkânına denetim standartları bakımından izin vermemiştir⁹⁰. Buna karşılık, SPKn md. 62/1 ve 128/1-c hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden SPKr'nun kendi alanı ile sınırlı olarak bağımsız denetim alanında önemli addedilebilecek yetkilerini tamamen KGK'ya bırakmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Şöyle ki, SPKn md. 62/1 hükmünde, Kurul'un; (a) KGK tarafından yetkilendirilen bağımsız denetçilerden sermaye piyasalarında bağımsız denetim yapabilmeleri için ilave şartlar öngörebileceği, (b) bu şartları taşıyanları listeler halinde yayımlayacağı, (c) listede yer alan denetçilerin faaliyetleri üzerinde kalite kontrol ve denetim çalışmaları yapabileceği ve (d) bunun sonucunda standart ve mevzuata aykırılıkları tespit etmesi halinde bu denetçileri listeden çıkarabileceği, (e) kalite kontrol ve denetim çalışmalarının sonuçlarını da KGK'ya göndereceği düzenlenmiştir. SPKn md. 128/1-c hükmünde ise Kurul'un, kanun kapsamında ortaklık ve kurumların bağımsız denetimi faaliyetine ilişkin şartları, çalışma esaslarını belirlemek ve bu şartları taşıyanları listeler halinde ilan etme yetkisini haiz olduğu ifade edilmiştir.

Bu durumda, görüldüğü üzere bir tarafta TTK ve 660 sayılı KHK tarafından yetkilendirilen KGK, diğer tarafta ise SPKn ile yetkilendirilmiş SPKr bulunmaktadır. Kanaatimizce, SPKn ile SPKr'na bağımsız denetim standartlarını belirleme yetkisi verilmemiştir. Denetim standartlarının KGK tarafından belirlenmesi, SPKn md. 62 ve 128 hükümleri çerçevesinde bağımsız denetim alanında denetçilerin belirlenmesinde söz sahibi

düzenleyen kuralların bir kısmının uygulanıp bir kısmının uygulanmaması söz konusu olamaz. Aksi takdirde anılan faaliyetin bir bütün olarak yürütülmediği sonucuna ulaşılır. Örneğin, bir muhasebe standardının yayınlanıp da ortaklıkça bilanço düzenlenirken kullanılacak olması ve fakat başka bir standardın yayınlanmaması nedeniyle aynı bilançoda kullanılmaması halinde ilgili bilançonun gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıttığı sonucuna ulaşmak mümkün değildir. Denetim standartları bakımından da aynı sonuç geçerlidir. Bir bağımsız denetim raporunun bir kısım standartta uygun olması o raporun gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıttığı anlamına gelmez. Kaldı ki, KGK tarafından yayınlanan bir takım denetim standartların da henüz yayınlanmamış başka bir standarda atıfta bulunulduğu görülmektedir. Çalışmamızda, KGK tarafından tüm standartların yayınlandığı varsayımı altında hareket etmeyi tercih ettik. Bu standartların tamamının yayımı kısa bir süre içerisinde gerçekleşecektir. Bu tarihte de SPKr Tebliğinde yer alan standartların uygulaması kalmayacaktır. Çalışmamızda, yayınlanan bir standart bakımından atıf yapılmakla birlikte, henüz KGK tarafından yayınlanmamış bir standarda atıf yapılmayarak yalnızca ilgili UDS standardına atıf yapılmakla yetinilmiştir. Ayrıca, SPKr Tebliğ Taslaklarında TDS kavramının tanımı KGK tarafından çıkarılan denetim standartları olarak tanımlanmış ve SPKr Tebliğinin yürürlükten kaldırıldığı düzenlenmiştir.

⁹⁰ 6362 sayılı SPKn md. 148 hükmü ile değiştirilmeden önce 660 sayılı KHK md. 27/3 hükmü “*Kanunlarla belirli alanları düzenlemek ve denetlemek üzere kurulmuş bulunan kurum ve kurullar, Kurulun onayını almak ve Kurul tarafından yayımlanan standartlarda yer alan esaslara uygun olmak kaydıyla Türkiye Muhasebe ve Denetim Standartlarına ek olarak kendi alanları için geçerli olacak ayrıntıya ilişkin sınırlı düzenlemeler yapabilirler*” şeklinde olduğu için denetim standartları bakımından ayrıntıya dair farklılaşma TTK nedeniyle değil anılan KHK bakımından mümkün olabilmekte idi. Ancak söz konusu değişiklik ile bu imkân hâlihazırda bulunmamaktadır.

olunması ve kalite kontrol denetimlerinin yapılması yetkilerinin Kurul'a bırakılması yanında ciddi bir önem arz etmemektedir. Denetim standartlarının Kurul tarafından çıkarılması halinde dahi Kurulca uluslararası ekonomik/finansal gelişmelere uygun olarak KGK tarafından muhasebe ve denetim standartlarının aynısı belirlenecektir. Bu nedenle denetim standartlarının belirlenmesi ciddi bir yetki olarak değerlendirilmemelidir. Buna karşın, bağımsız denetçilerin görevlendirilmesi bakımından aranan koşulların belirlenmesi ve denetçilerin kalite kontrol denetimlerinin yapılması daha önemli bir fonksiyon olarak görülmelidir⁹¹.

Kanunkoyucunun böyle bir tercih yapmasının ardında yatan nedenin KGK gibi yeni kurulmuş bir kurumun halka açık anonim ortaklıkların bağımsız denetimini yapan denetçilerin faaliyetlerinin kalite kontrol, gözetim ve denetimlerini yapabilecek seviyede yetişmiş uzman personelinin olmamasından ileri gelmediğini düşünmekteyiz⁹². Kanaatimizce, kanun koyucunun gerekçesi ne olursa olsun halka açık anonim ortaklıkların bağımsız denetimi konusunda Kurula bir takım yetkinin tanınması olumlu ve olması gereken bir sonuçtur. Şöyle ki, 660 sayılı KHK ile kurulan KGK'nun orijinali ABD'de SOX yasasının 101 nci bölümü ile kurulan *Public Company Accounting Oversight Board* (PCAOB)'dur. Bu kurul, KGK gibi bağımsız idari otorite olarak kurulmuştur. Ancak KGK'dan farklı olarak ülkemizdeki SPKr'nun muadili olan SEC'nin gözetimi altında olup, tüm üyeleri SEC tarafından atanmaktadır. Görevleri arasında halka açık anonim ortaklıklar bakımından uygulanacak denetim standartlarını belirlemek ve denetim kuruluşları ve denetçilerin etik kuralları ve bağımsızlığı dâhil pek çok çalışma düzenini düzenlemek yer almaktadır.

Görüldüğü üzere 660 sayılı KHK ile getirilen sistemin kaynağında sermaye piyasası otoritesi soyutlanmamıştır. Bilakis sermaye piyasası otoritesinin gözetimi altındadır. Kanaatimizce sorun, kanun koyucu tarafından KGK'ya yüklenilmek istenen misyonun yanlış olmasından ileri gelmektedir. KGK gibi muhasebe ve denetim standartlarını yayınlamak kuruluşun ülkedeki tüm şirketler bakımından geçerli olacak standartları belirleme yetkisini haiz olması gerekmemektedir. Yukarıda değinildiği üzere KGK'nin

⁹¹ İşte bu nedenle KGK'nun Kurul karşısında tali bir kurum halinde dönüştüğü de ileri sürülmüştür. Özkorkut, s. 96-97. Kanaatimizce, SPKn md. 62 ve 128 hükümlerinde yer alan bağımsız denetimin faaliyet şartlarını ve çalışma esaslarını belirleme yetkisi ile SPKr'na, denetim standartlarını belirleme yetkisi verilmemekle birlikte, halka açık anonim ortaklıkların ne şekilde denetlenmesi gerektiği ve bağımsız denetçiler üzerinde gözetim konusunda yetki verilmiştir. Bu yetki de KGK tarafından yayınlanan standartların uygulanmasına yönelik ayrıntıya dair farklılaşmayı beraberinde getirebilecektir.

⁹² Söz konusu yaklaşım için bkz. Özkorkut, s. 97.

kaynağı olan PCAOB, ABD’deki tüm şirketler bakımından değil SEC kapsamındaki halka açık şirketlerin (*public companies*) denetimleri bakımından standartları yayınlamaktadır. ABD’de SEC ile PCAOB arasında bir amaçsal farklılık bulunmamaktadır. Ancak ülkemizce KGK’ya, PCAOB’dan farklı olarak halka açık veya neredeyse halka kapalı tüm anonim şirketler bakımından geçerli olacak bağımsız denetim standartlarını yayınlama yetkisi verilmiştir⁹³. Bu noktada, bağımsız denetim faaliyetlerinin asıl olarak halka açık ortaklıkların yatırımcıları veya diğer ilgilileri bakımından önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Zira halka kapalı ortaklıklarda, ortakların yönetim ile ayrışmaları veya ortaklığın finansal durumu hakkında yeteri kadar bilgilendirilememesi söz konusu değildir. Bu tür sorunlar daha ziyade halka açık ortaklıklarda görülmekte olup, bu nedenle halka açık ortaklıkların bağımsız denetimi konusunda bu ortaklıkların düzenleyici ve denetleyici otoritelerinin yetkileri bulunmaktadır.

Ülkemizde de, daha evvel halka açık ortaklıkların bağımsız denetimi konusunda hem standartları hem de denetçilerin üzerindeki gözetim, kalite kontrol gibi yetkilerini haiz olan SPK’r’nun bu yetkileri 6362 sayılı SPKn ile yeniden değerlendirilmiştir. Bu yetkilerden bağımsız denetim standartları belirleme ve yayınlama KGK’ya devredilmiştir. Ancak halka açık ortaklıklar ve bunların yatırımcıları bakımından hayati önemi haiz bağımsız denetim faaliyetleri bakımından SPKn md. 62 ve 128/1-c hükmünde yer alan yetkilerin Kurula tanınmış olması doğaldır. Aslında bu durum, kanaatimizce, KGK düzenlemeleri ile yapılan yanlışlığın bir anlamda telafi edilmesidir. Bu nedenle de Kurul tarafından anılan yetkinin etkin bir şekilde kullanılması gerekmektedir. Bu çerçeveden konuya bakıldığında, ABD’de olduğu gibi KGK yapılanmasının SPK’r ve diğer ilgili otoriteler ile ilişkilendirilmesi gerekmekte olup, gerekli yasal değişikliklerin yapılması da tartışılabilir.

(2) TTK Bakımından

6102 sayılı TTK md. 88/1 uyarınca ticaret şirketleri finansal tablolarını hazırlarken KGK tarafından yayınlanan TMS’yi uygulamak durumundadırlar. Öte yandan, TTK md. 88/4 hükmünde “*Kanunlarla, belirli alanları düzenlemek ve denetlemek üzere kurulmuş bulunan kurum ve kurullar, Türkiye Muhasebe Standartlarına uygun olmak şartıyla, kendi*

⁹³ İleride ifade edileceği üzere ABD’de halka açık ortaklıklar bakımından yetkili PCAOB standartları uygulanmakta iken, bu standartların da kaynağı olan AICPA standartları diğer ortaklıklar bakımından uygulanmaya devam etmektedir. Bkz. aşağıda. I/B/8/b.

alanları için geçerli olacak standartlar ile ilgili olarak ayrıntıya ilişkin sınırlı düzenlemeleri yapabilirler.” denilmektedir.

Benzer bir düzenleme 660 sayılı KHK md. 27/3 hükmünde de yer almaktadır. Bu kapsamda, Türk sermaye piyasalarını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulmuş SPK tarafından kendi yasası ile verilen yetkiye dayanarak ve TTK md. 88/4 hükmünde yer alan şartlara uyulmak kaydıyla, KGK tarafından yayınlanan muhasebe standartlarından ayrıntı ile sınırlı kalmak kaydıyla ayrılabilir⁹⁴. Bu nedenledir ki, Kurul (II-14.1) sayılı Tebliğ md. 5/2 hükmünde Kurulca, finansal raporlama ilke, usul ve esaslarının, açık ve anlaşılabilir hale gelmesini veya uygulama birliğinin sağlanmasını teminen, gerekli görülmesi halinde uygulamayı belirlemek üzere Kanunun 14 üncü maddesi kapsamında kararlar alınabileceği ifade edilmiştir. Bu kararlara uyum zorunlu olup, aynı Tebliğin 18 inci maddesi uyarınca bu kararlara uyumu içermeyen finansal tabloların kullanımı yasaklanmıştır. Aksi halde gerçeğe aykırı bilgi verilmiş sayılacağı ifade edilmiş olup, bu husus SPKn md. 10 ve 32 hükümleri bakımından sorumluluk gerektirebilecektir.

Bununla birlikte, TTK md. 88/4 hükmü, farklılaşmayı sadece “ayrıntıya ilişkin sınırlı” hallere inhisar ettirmiştir. Bu kapsam sınırlandırılması, teknik bir alan olan sermaye piyasalarını olumsuz şekilde etkileyeceği düşünülmektedir. Zira genel bir düzenleme

⁹⁴ Bu konuda ISA 210/18 hükmünden de bahsedilmesi gerekmektedir. Bu standart bağımsız denetim sözleşmesinin denetçi tarafından kabulü aşamasında geçerli olan bir standarttır. Anılan standart uyarınca denetçinin dikkate alacağı finansal raporlama-muhasebe standartlarının bir mevzuat hükmü veya eki haline getirilmesi halinde bu standartlara ilave yükümlülükler öngörülebileceği dikkate alınarak orijinal standartlar (ISAs) ile bu ilave yükümlülükler arasında bir farklılık olup olmadığının öncelikle belirlenmesi gerekmektedir. Eğer denetçi bir farklılık olduğunu tespit ederse bunu ilk olarak denetlenen ortaklık ile müzakere etmesi gerekir. Bu müzakerede de eğer farklılığın finansal raporlara bir ilave olarak kamuya açıklanmasının mümkün olup olmadığına veya finansal raporlamaya ilişkin çerçevenin bu farklılıklara göre değiştirilmesinin mümkün olup olmadığına (ISA 210/19 da dikkate alınmak kaydıyla) karar verilir. Bunların herhangi biri mümkün olmuyor ise denetçi o zaman olumlu görüş dışında bir görüş verip veremeyeceğine karar verecektir. İşte bu standart Türk hukuku bakımından BDS 210/18 düzenlemesinde de yer almaktadır. Bu kapsamda, SPK tarafından TTK md. 88/4 hükmüne uygun olarak, KGK tarafından çıkarılan muhasebe standartlarına “sınırlı ve ayrıntıya” ilişkin olmak üzere ilave yükümlülük öngörülmesi halinde, bağımsız denetçinin bu ilaveyi söz konusu ISA-BDS 210/18 standardı çerçevesinde değerlendirmesi ve sonuçta olumlu görüş dışında başka bir görüş vermesini gerektiği sonucuna ulaşması halinde sorun ne şekilde çözülecektir? Bu durumda denetlenen ortaklık bağımsız denetim sözleşmesi yapmak istemeyecektir ancak mevzuat uyarınca bunu yapmak zorunda bırakılacaktır. Kanaatimizce, SPK tarafından TMS’ye ilave olarak öngörülecek yükümlülüklerin böyle bir sonuca yol açmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir. Zira denetçilerin tabi olduğu tek denetim standardının KGK tarafından çıkarılan TDS/BDS’ler olduğu ve sermaye piyasaları bakımından da denetçilerin bu standartları uygulamak durumunda oldukları dikkate alındığında halka açık anonim ortaklıkların böyle bir durumla karşılaşmalarının önlenmesini teminen gerekli idari tedbirlerin alınmasında yarar bulunmaktadır. Buna göre de SPK tarafından öngörülecek ilave yükümlülüklerin UMS’den ileri gelmesi gerekmektedir. Aksi halde hakkında sürekli olumlu görüş dışında başka bir görüş verilen bir ortaklığın maddi ve manevi zararı söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte, Kurul tarafından öngörülecek ilave yükümlülüklerin muhtemelen ISA 210/18 sınırları içerisinde kalan ve ilgili finansal rapora ilave olarak eklenip kamuya duyurulabilecek niteliği haiz olacağı da gözden uzak tutulmamalıdır. Zira Kurul tarafından baz alınan muhasebe ve denetim standartları KGK’nun baz aldığı standartlar ile aynı kaynağa sahiptir.

niteliğini haiz olan TTK içerisinde sermaye piyasaları, bankacılık mevzuatı, enerji piyasaları, sigorta mevzuatını ilgilendiren finansal raporlamaya ilişkin düzenlemelerin tamamını alacak şekilde bir düzenleme yapılmasının tehlikeleri bulunmaktadır. Finansal raporlama standartlarını düzenleyecek olan KGK ancak sınırlı ve ayrıntıya ilişkin hallerde kendi standartlarından ayrılmaya izin vermektedir. Finansal raporlama standartlarında tek otorite olmak veya yeknesaklık yaratmaya çalışmak her zaman doğru sonuçlar vermeyebilir. Birbirlerinden oldukça farklı sektör ve faaliyetleri yürüten farklı büyüklükteki ortaklıklar bakımından sadece ayrıntılarda farklılaşan benzer standartları uygulamak adil ve doğru sonuçlar elde edilmesinin önüne geçebilecektir. Her bir sektör ve faaliyet alanı kendi uluslararası gelişmelerine paralel olarak kendine yönelik kuralları güncellemek durumundadır. Bu kadar geniş bir yelpazedeki alanın tamamının gelişimini ve güncellenmesinin bir kurum tarafından yapılması ise mümkün görülmediği gibi olması gereken bir hal de değildir. Bu nedenle özellikli kurum ve kuruluşlar bakımından standartlarda farklılaşmaya gidilmesi, sistemi bozmak anlamına gelmemektedir. Asıl sistemi bozan tüm bunları tek potada birleştirme metotunun benimsenmiş olmasıdır.

TTK, muhasebe standartları yanında denetim standartlarını da düzenlemiştir. TTK md. 397 hükmüne göre anonim ortaklıklar ve şirketler topluluğu bakımından uygulanacak denetim standartları uluslararası denetim standartları ile uyumlu olan TDS'dir. Anılan hüküm, muhasebe standartlarında olduğu gibi TDS'nin hazırlanması ve yayınlanması yetkisini KGK'ya vermiştir. Bu hüküm 660 sayılı KHK ile kurulan KGK'ya anılan KHK'nun md. 9/1-c hükmü ile verilen denetim standartlarını belirleme görevini teyit etmektedir.

(3) Diğer Mevzuat Hükümleri Bakımından

Bağımsız denetime ilişkin uluslararası standartlar belirlenmiş olmakla birlikte, sermaye piyasası mevzuatında olduğu gibi bu standartları baz alan ve kendi sektörlerine ilişkin özel halleri de içeren bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır.

Bunların başında bankacılık mevzuatı gelmektedir. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu md. 15 ve 88 hükümleri uyarınca bankaların bağımsız denetimi hususunda Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu yetkilidir. Bu çerçevede BDDK tarafından Bankalarda Bağımsız Denetim Gerçekleştirilecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri

Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır⁹⁵. Söz konusu Yönetmelik md. 5/4 hükmüne göre de denetim faaliyetleri uluslararası denetim standartlarına göre gerçekleştirilecektir. Benzer şekilde Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimi Hakkında Yönetmelik⁹⁶ yayınlanmıştır. Bu Yönetmeliğin 42 nci maddesinde de hüküm bulunmayan hallerde uluslararası denetim standartlarının uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu hüküm denetim standartlarının sektörel bazda değişiklik gösterebileceğini göstermekte olup, bu nedenle tek bir düzenleme ile herhangi bir farklılaşmaya izin verilmeksizin tek denetim standartları oluşturmanın olumsuz sonuçları yaratabileceğini yansıtmaktadır.

BDDK tarafından çıkarılan Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik⁹⁷'in 26 ncı maddesinde bu Yönetmelik kapsamındaki şirketlerin finansal tablolarının Bankalarda Bağımsız Denetim Gerçekleştirilecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik çerçevesinde bağımsız denetime tabi olduğu düzenlenmiştir.

Bağımsız denetime ilişkin bir diğer özel düzenleme ise yine kendisine has kuralları içeren sigortacılık sektörüne ilişkidir. Sigorta ve reasürans şirketlerinin bağımsız denetimine ilişkin olarak Sigortacılık Bağımsız Denetim İlkelerine İlişkin Yönetmelik⁹⁸ ve Sigorta ve Reasürans ile Emeklilik Şirketlerinde Bağımsız Denetim Yapılmasına İlişkin Yönetmelik⁹⁹ bulunmaktadır. Anılan Yönetmeliklerin sırasıyla md. 2/2 ve md. 4/1-c hükümlerinde uluslararası denetim standartlarına yollama yapılmaktadır.

Kendine özgü yapıları olan ve bir bağımsız idari otoritenin düzenlemesi ve denetlemesi altında olan enerji piyasalarında da Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik¹⁰⁰ uyarınca bağımsız denetim faaliyetleri sürdürülmektedir. Anılan Yönetmelik'in md. 24

⁹⁵ 1.11.2006 tarih ve 26333 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

⁹⁶ Yönetmeliğin son hali 26.7.2011 tarih ve 28006 sayılı RG'de yayınlanmıştır. Bu Yönetmelik'in ayrıntılarına ilişkin olarak ise 13.1.2010 tarih ve 27461 sayılı RG'de yayınlanan Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Gerçekleştirilecek Banka Bilgi Sistemleri ve Bankacılık Süreçlerinin Denetimine İlişkin Rapor Hakkında Tebliğ bulunmaktadır.

⁹⁷ 10.10.2006 tarih ve 26315 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

⁹⁸ 8.9.2003 tarih ve 25223 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

⁹⁹ 12.7.2008 tarih ve 26934 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

¹⁰⁰ 3.10.2003 tarih ve 25248 sayılı RG'de yayınlanmıştır. Bu konuda ayrıca EPDK tarafından çıkarılan ve en son güncellenmiş hali ile 29.11.2011 tarih ve 28127 tarihli RG'de yayınlanan Enerji Piyasasında Faaliyet Gösteren Gerçek ve Tüzel Kişilerin Bağımsız Denetim Kuruluşlarınca Denetlenmesi Hakkında Tebliğ bulunmaktadır.

hükmü denetim faaliyetlerinde SPK tarafından uygulanan denetim standartları ile uluslararası denetim standartlarına atıfta bulunmaktadır.

Bu düzenlemelerin genelinde sermaye piyasası mevzuatının aksine uluslararası denetim standartlarına atıfta bulunulduğu görülmektedir. Bununla birlikte, KGK tarafından çıkarılan standartların öncelikle uygulanacak olması nedeniyle anılan düzenlemelerin TTK ve KGK düzenlemeleri ile uyumlu olması gerekmektedir. Bu çerçevede, UDS'ye atıf yapan veya Kurul düzenlemelerine atıf yapan mevzuatın bu konuda mevzuat değişikliği gerekebilecektir.

b) ABD Düzenlemeleri

Sermaye ve para piyasalarının gelişmişliğine paralel olarak ABD'de bağımsız denetim faaliyetleri konusunda yaşanan gelişmeler gerçekleşmesinden kısa bir süre sonra neredeyse tüm dünyayı etkilemektedir. Örneğin son olarak 2000'li yılların başında yaşanan muhasebe/denetim skandalları sonrasında çıkarılan 2002 tarihli SOX yasası, ülkemiz dâhil neredeyse tüm dünyayı etkilemiştir.

ABD'de bağımsız denetim faaliyetleri ile ilgilenen en eski kurum 1887 tarihinde kurulmuş olan ve hâlihazırda dünyada yüzün üzerindeki ülkeden toplam üçyüzelli binin üzerinde üyesi bulunan Amerikan Sertifikalı Kamu Muhasebecileri Enstitüsü'dür¹⁰¹ (*The American Institute of Certified Public Accountants- AICPA*). Muhasebe alanında dünyadaki en büyük organizasyon ve bir meslek örgütü olan AICPA bağımsız denetim faaliyetine

¹⁰¹ Üyelerine CPA-Certified Public Accountant- unvanı verilmektedir. Şirket şeklinde örgütlenen CPA firmaları, denetim hizmetleri yanında muhasebe, defter tutma, vergi ve yönetsel danışmanlık hizmetleri de vermektedir. ABD'de yıllık gelirlerine göre yapılan sıralamada sürekli başlarda yer alan ve tüm denetim hizmetlerinin yaklaşık %80'ini paylaşan CPA şirketleri vardır. Bunlara Big-Four denilmektedir. Aslında bunlar Big-Five olarak anılmaktaydı ancak Arthur Anderson adlı denetim firmasının Enron skandalı sonrasında kapanması ile hali hazırda dört şirket için bu tanımlama yapılmaktadır. Bu firmalar Deloitte&Touche, Ernst&Young, PricewaterhouseCoopers ve KPMG adlı CPA firmalarıdır. Diğer taraftan, sorumluluk hukukunun da etkisiyle büyük denetim firmalarının bu şekilde sınırlı sayıda olması nedeniyle denetim faaliyetleri bakımından finansal bir sistemik krize neden olunabilecektir. Şöyle ki, bu firmaların birinin iflas etmesi yahut haklarında ciddi cezai yaptırımlar uygulanması halinde denetim sektöründe kolaylıkla çözümlenemeyecek bir krize yol açılabilecektir. Bu iflasın kendi alacaklıları bakımından olumsuz yönleri yanında iflas eden denetim firmasının hizmet verdiği ortaklıkların durumu, daha önce denetlediği ortaklıkların finansal tabloların güvenilirliği gibi piyasada pek çok sorunu beraberinde getirecektir. Bu gibi durumlar, ekseriyetle bankacılık sektörü için kullanılmakla birlikte, “*too big to fail*” olarak değerlendirilmektedir. İşte bu nedenle ABD'deki muhasebe skandalları sonrasında gelen SOX yasası muhtemel denetim firmalarının batmalarını engellemek için hizmetlerinin sınırlandırılması, bağımsızlık kriterlerinin sıkılaştırılması ve sorumluluk prensiplerinin yeniden değerlendirilmesi gibi pek çok hususu ele almak suretiyle yasalaştırılmıştır. Bu konuda bkz. Cunningham, L.A., (2006). Too Big to Fail: Moral Hazard in Auditing and the Need to Restructure of Industry Before It Unravels, *Columbia Law Review*, Vol. 106, s. 1968-1748.

ilişkin standartları ile meslek etiğine dair kuralları düzenlemiştir¹⁰². 2002 yılındaki SOX yasasına kadar kamu yapılanması içerisinde yer almayan ve bir meslek kuruluşu olan AICPA tarafından denetim standartları belirlenmiş ve SEC tarafından bu standartların halka açık şirketler bakımından uygulanması kabul edilmiştir. AICPA içerisinde kurulan teknik komitelerden biri olan Denetim Standartları Kurulu (*The Auditing Standards Board-ASB*) denetim konusundaki standartları hazırlamak ve yayımlamak ile görevlidir. ASB tarafından 1947 yılında genel kabul görmüş denetim standartları (*Generally Accepted Auditing Standards – GAAS*) kabul edilerek yayınlanmıştır. Bu denetim standartları on adet olup, ilk üçü genel standart, sonraki üçü denetim araştırmasına sonraki dört tanesi ise raporlama standartlarına ilişkidir¹⁰³. Ancak bu standartların günün koşullarına göre değerlendirilmesi ve detaylandırılması gerekliliğinden hareketle ASB tarafından GAAS yorumlanarak yeni standartlar yayınlamaktadır. ASB tarafından yayınlanan bu yeni standartlar *Statements on Auditing Standards* (SASs) olarak adlandırılmaktadır. AICPA üyelerince uymaları gereken bu denetim standartları çalışmamız yazım tarihi itibarıyla en son Temmuz 2014 tarihinde güncellenmiş olup, en son SASs No: 129 yayınlanmıştır¹⁰⁴. 1934 tarihli Menkul Kıymet Borsaları Hakkında Kanun (*Exchange Act of 1934*) uyarınca muhasebe ve denetim standartları konusunda yetkili kamu otoritesi olan SEC tarafından AICPA tarafından yayınlanan denetim standartları halka açık şirketler bakımından geçerli kabul edilmiştir. SEC tarafından bir meslek örgütü tarafından kabul edilen standartların kabul edilmesi özel sektör içerisindeki gelişmelerin bu konuda temel alınması gerekliliğinden ileri gelmektedir.

Bununla birlikte, yaşanan denetim skandalları sonucunda çıkarılan 2002 tarihli SOX yasası ile halka açık şirketler bakımından denetim standartları konusundaki yetki bu yasa ile kurulan PCAOB'a devredilmiştir. Bu yetkiye binaen PCAOB tarafından yeni genel denetim standartları belirlenmiş ve SEC tarafından onaylanmıştır¹⁰⁵. Bununla birlikte anılan kurul tarafından hazırlanacak olan yeni standartlar yayınlanıncaya kadar genel standartların yorumlanmasına dair olan geçici denetim standartları da kabul edilmek durumunda

¹⁰² AICPA tarafından denetim ve etik standartları dışında danışmanlık hizmetlerinin standartları, vergi ve değerlendirme hizmetleri standartları da yayınlanmıştır. Web: <http://www.aicpa.org/Research/Standards/Pages/default.aspx> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

¹⁰³ Web: <http://www.aicpa.org/Research/Standards/AuditAttest/DownloadableDocuments/AU-00150.pdf> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

¹⁰⁴ Son standart SASs 122'de değişiklik yapmaktadır. İç denetçilerin çalışmalarından yararlanılmasına ilişkin SASs 128 ise Şubat 2014'de yayınlanmıştır. Gerek doktrindeki eserlerde gerek uygulamada GAAS ile kastedilmek istenen husus AICPA tarafından kabul edilen on başlık halindeki bu genel standartlar ile bunlara dair yorumları içeren SASs standartlarıdır. Kaldı ki, SASs 95'te belirtilen 10 adet standart yer almaktadır.

¹⁰⁵ Web: <http://pcaobus.org/Standards/Auditing/Pages/default.aspx> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

kalmıştır¹⁰⁶. Bu standartlar, ASB tarafından kabul edilen standartlar (on adet GAAS ve SASs) ile benzerlik taşımaktadır. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, AICPA tarafından kabul edilen standartlar halka açık olmayan şirketler bakımından uygulanmaya devam etmektedir. PCAOB tarafından çıkarılan standartlar ise (her ne kadar AICPA standartları ile paralel olsa da) halka açık şirketler bakımından uygulanmak durumundadır.

c) AB Düzenlemeleri

ABD’da yaşanan skandallar sonrası yürürlüğe giren SOX yasası başta gelişmiş piyasalara sahip olan AB ve Avrupa’daki common law temsilcisi olan İngiltere’de ve dünyanın geri kalan ülkelerinde etkili olmuştur. Özellikle AB tarafından kabul edilen 8. Şirketler Hukuku Direktifi SOX’un muadili olarak anılmaktadır¹⁰⁷. AB’nin 8 inci Direktifi¹⁰⁸ Mayıs 2006 yılında kabul edilmiş ve 9 Haziran 2006 tarihli AB Resmi Gazetesinde yayınlanmıştır. Direktifin 35 nci maddesinde üye devletlere Direktifteki görevleri ifa edecek bir idari otorite kurmaları gerekliliğini düzenlemektedir. Bu otorite Direktifin 2 nci maddesi uyarınca denetçiler ile ilgili düzenlemeleri yapması ve denetçi ile denetim kuruluşlarını denetleme konusunda yetkili olmalıdır. Ayrıca bu otorite, denetçilerin eğitimi, stajları, Direktif gereğince karşılanması gereken sürekli eğitimleri, etik kuralları, denetçilerin bağımsızlığı, AB tarafından kabul edilen denetim standartlarına uyumu, kalite kontrol sisteminin kurulması, denetçilerin disiplin ve cezalandırılmaları gibi konularda da yetkili olacaktır.

Direktifin 26 ncı maddesinde üye devletlerin Komisyonca kabul edilen uluslararası denetim standartlarının uygulanmasını sağlamaları gerektiğini öngörmektedir. Direktifin “tanımlar” başlıklı 2 nci maddesinin 11 nci paragrafında ise Direktifte geçen “uluslararası

¹⁰⁶ Messier, Glover, Prawitt, s. 41, 43. PCAOB tarafından kabul edilen ve GAAS’a karşılık gelen standartlar 15 adet olup, AS (Auditing Standards) kısaltması ile adlandırılırken, SASs’a karşılık gelen standartlar ise “Interim Standards” olarak kabul edilip AU kısaltması ile adlandırılmaktadır. Ayrıca dn. 104’te belirtilen hususa benzer şekilde, AU 150 standardı, yukarıda belirtilen on adet genel standardı içermektedir. Dolayısıyla “PCAOB’nin denetim standartları” ifadesi AS ve AU standartlarını birlikte içermektedir.

¹⁰⁷ İnternet: Turley, J. S. *Get Ready For EU’s 8th Directive*, web: www.ebscohost.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Bu konudaki ayrıntılı çalışma için bkz. Dagneu, I. *Sarbanes –Oxley Act of 2002 vs. The 8th Company Law Directive*, University of Oslo, bkz. Web: <http://eternity.iu.hio.no/theses/master2008/iman.pdf> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. SOX yasasına paralel olan gelişmelerin ardından İngiltere’de de PCAOB benzeri yetkileri haiz Financial Reporting Council (FRC) kurulmuştur.

¹⁰⁸ İnternet: Directive 2006/43/EC of the European Parliament and of the Council. Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2006L0043:20080321:EN:PDF> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. AB düzenlemelerinde daha evvel 78/660/EEC, 83/349/EEC ve 84/253/EEC numaralı direktifler mevcut idi. Bu eski düzenlemelere ilişkin eksiklikler ve 8 inci Direktifin getirilmesinin gerekçeleri 8 inci Direktifin maddelere başlamadan önce oluşturulan giriş kısmının 2. ve 3. sayfalarında ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu konuda ayrıca bkz. Köksal, s. 43-45.

denetim standartları” ifadesinin “*International Standards on Auditing (ISAs)*” anlamına geldiği belirtilmiştir¹⁰⁹. Direktifin 26 ncı maddesinde Uluslararası Muhasebeciler Federasyonu (*International Federation of Accountants-IFAC*) tarafından yayınlanan denetim standartlarına doğrudan atıf yapılmaması, üye ülkelerin kendi ülkelerinde Komisyonca benimsenen standartların dışında kalmak üzere kendi denetim standartlarını belirleyebileceklerinin düzenlenmesi ve Komisyonca herhangi bir standardın kabul edilerek AB Resmi gazetesinde yayınlanmaması nedeniyle Direktifin yayımından bu yana hangi denetim standartlarının uygulanacağı açık değildir¹¹⁰. Bununla birlikte çoğu AB üyesi ülke tarafından IFAC gözetimindeki Uluslararası Denetim ve Güvence Standartları Kurulu (*IAASB-The International Auditing and Assurance Standards Board*) tarafından çıkarılan denetim standartları uygulanmaktadır¹¹¹. Ancak IAASB tarafından denetim standartlarında yapılan değişiklik çalışmaları¹¹² AB Komisyonu tarafından henüz kabul edilmediği için üye ülkelerin denetim konusundaki otoriteleri tarafından bu değişiklikler kabul edilmektedir.

IAASB tarafından çıkarılan ve AB ülkeleri tarafından da genel kabul gördüğü üzere uygulanan bu standartlar (ISAs), ülkemiz bakımından da TTK md. 397/1 hükmünde yer alan “uluslararası denetim standartları” ifadesinin karşılığını oluşturmakta¹¹³ olup, KGK tarafından TDS’nun uyumu amacıyla güncellemelerinin takip edilmesi gereken standartlardır¹¹⁴.

¹⁰⁹ Çalışma konumuza girmemekle birlikte, ifade etmek gerekir ki, AB içerisindeki Birlik kuruluşlarının bağımsız dış denetimi ile ilgilenen Avrupa Sayıştay’ı (The European Court of Auditor-ECA) kendi uyguladığı denetim standartlarını IFAC tarafından yayınlanan ISAs’lardan oluşturmuştur. Bkz. Web: <http://eca.europa.eu/portal/pls/portal/docs/1/8998734.PDF> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

¹¹⁰ AB Komisyonu tarafından 2003 yılında üye devletlere yönelik yapılan tavsiyede IAASB tarafından yayınlanan standartların uygulanması öngörülmüştür. Ancak Direktifteki Komisyonun kabul ettiği standartlar ifadesi nedeniyle eski tarihli tavsiye tartışmalı hale gelmiştir. Bunun yanında AB tarafından, IAASB tarafından çıkarılan denetim standartlarının AB açısından yarar ve zararları, IAASB tarafından çıkarılan denetim standartlarının AB tarafından kabul edilmesinin sonuçları ile AB bakımından IAASB tarafından çıkarılan standartların mı yoksa PCAOB tarafından çıkarılan denetim standartlarının mı daha uygun olacağı hususunda çeşitli raporlar hazırlanmıştır. Bkz. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/isa/index_en.htm adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

¹¹¹ Bu konudaki karşılaştırmalı tabloyu da içeren detaylı çalışma için bkz. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/studies/201111-study_en.pdf, s. 53 vd. (23.1.2014).

¹¹² IAASB tarafından yapılan bu çalışmalar “*Clarity Project*” adı altında gerçekleştirilmiş olup, Şubat 2009 yılında tamamlanmıştır. Bu çalışma sonucunda denetim standartlarında bazı değişiklikler gerçekleştirilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Web: <http://www.ifac.org/auditing-assurance/clarity-center> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

¹¹³ Tekinalp, Ü. (2013). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku- Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme*, Güncelleştirilmiş 3. Bası, İstanbul, s. 418, paragraf 17-04.

¹¹⁴ Çalışmamızda “uluslararası denetim standartları”, “UDS” veya “ISA” kavramları ile kastedilen hususun aynı olduğu kabul edilerek, bu kavramlar birbirleri yerine kullanılmıştır.

d) PIOB, IAASB ve IFAC Düzenlemeleri

Ülkeler arasındaki denetim standartları arasındaki farklılık, gelişen ticaret hayatının bir uzantısı olarak yatırım yapılacak şirketler bakımından da finansal tablolarının denetimi hususunda standartlaşmaya gidilmesine yol açmış ve bu şekilde ülkeler arasında bu konuda uyumlaştırma yoluna gidilmiştir. Bu konudaki en önemli uluslararası kuruluş IFAC'tır¹¹⁵.

AB tarafından ve pek çok ülke tarafından uygulanan denetim standartları, IFAC adlı bir uluslararası kuruluş gözetiminde olan IAASB tarafından yayınlanmıştır¹¹⁶. IAASB tarafından çıkarılan uluslararası denetim standartlarına “*International Standards on Auditing*” (ISAs) denilmektedir. ABD’de ve AB’de yaşanan muhasebe skandalları sonrasında IFAC ve IAASB faaliyetlerini gözetmek amacıyla Kamu Yararı Gözetimi Kurulu (PIOB-*The Public Interest Oversight Board*) kurulmuştur. PIOB, IFAC tarafından çıkarılan denetim, eğitim ve meslek etiği¹¹⁷ konularındaki aktiviteleri konularında bir üst gözetim görevini ifa etmektedir.

Bu noktada ifade edilmelidir ki, ABD’de uygulanan denetim standartları ile IAASB tarafından çıkarılan denetim standartları arasında bir paralellik bulunmaktadır¹¹⁸.

¹¹⁵ IFAC, 7 Ekim 1977 tarihinde yapılan 11. Uluslararası Muhasebeciler Kongresi sonucunda kurulmuş olup, hali hazırda Türkiye’den TÜRMÖB dâhil 167 ülke ve organizasyon üyesi bulunmaktadır. Bkz. Web: <http://www.ifac.org/about-ifac/organization-overview/history> adresinde 23.1.2014’de alınmıştır.

¹¹⁶ ISSAB, Mart 1978 tarihinde kurulmuş olup, eski adı The International Auditing Practices Committee-IAPC’dir. 2002 yılındaki yeniden yapılandırma ile bugünkü adını almıştır.

¹¹⁷ IFAC tarafından kabul edilen denetim, eğitim ve meslek etiği standartları sırasıyla, IAASB, IAESB (*The International Accounting Education Standards Board*) ve IESBA (*The International Ethics Standards Board for Accountants*) tarafından yayınlanmıştır.

¹¹⁸ Arens, Elder, Beasley, s. 37.

II. BÖLÜM

BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ

SPKn md. 14 ve 36 hükümleri halka açık anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumları bakımından bağımsız denetim yaptırılması hususunda zorunluluk öngörmektedir. Keza, TTK md. 397 hükmünde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen anonim ortaklıkların finansal tablolarının bağımsız denetiminin yaptırılması zorunluluğu öngörülmüştür.

Halka açık anonim ortaklıkların finansal tabloları üzerinde yürütülen bağımsız denetim faaliyeti her ne kadar kamuyu ilgilendiren sonuçları olan bir süreç olsa da kamu tarafından yürütülen bir faaliyet değildir. O nedenle kamu değil özel sektör içerisinde yer alan kişi ya da kuruluşlarca yürütülmektedir. Bağımsız denetim faaliyetini gerçekleştiren kuruluşlar denetleyecekleri işletmeleri kendileri belirlemezler yahut ilgili kamu otoriteleri tarafından denetlenecek şirketlerin listesi onlara sunulmamaktadır. Bağımsız denetim faaliyetlerinin gerçekleştirilebilmesi denetleyen kuruluş ile denetlenen işletme arasında bir sözleşme yapılmasına bağlıdır.

Bağımsız denetim TTK uyarınca kapsam dâhilindeki ortaklıklar bakımından bir yükümlülük olmakla birlikte TTK içerisinde bağımsız denetim sözleşmesine ilişkin detaylı düzenlemelere yer vermemiştir¹¹⁹. Bununla birlikte, TTK bazı hükümlerinde bağımsız denetim sözleşmesinin içeriğine ilişkin bir takım hususları düzenlemiştir. Örneğin, TTK md. 399 hükmünde denetçi seçimi, görevden alınması ve sözleşmenin feshi; TTK md. 401 hükmünde denetçinin sahip olduğu bilgi alma hakkı ile denetlenen şirketin ibraz yükümlülüğü; TTK md. 404 hükmünde denetçinin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. Aslında TTK'nun denetim sözleşmesine ilişkin detayları belirtmesine gerek de bulunmamaktadır. Şöyle ki, TTK md. 397 hükmünün atıf yaptığı uluslararası denetim standartları içerisinde (BDS-ISA 210) bağımsız denetim sözleşmesine ilişkin ayrıntılı hükümler bulunmaktadır. Öte yandan, SPKı Seri: X, No. 22 sayılı Tebliğ'in 3 üncü kısmında da bağımsız denetim sözleşmesine ilişkin bir kısım düzenlemeler yer almaktadır. Bu kısım

¹¹⁹ TTK bu hususta sadece "sözleşme" ifadesini kullanmış olup, bu sözleşmenin isminin "denetleme" veya "denetçi" sözleşmesi olabileceği ileri sürülmüştür. Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 427, No. 17-26. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29 hükmünün başlığı "Denetim Sözleşmesi"dir. Bununla birlikte biz çalışmamızda uygulamadaki algılamaya paralel olarak TTK'da yer verilen sözleşmenin "Bağımsız Denetim Sözleşmesi" olarak adlandırmayı uygun bulduk. Ayrıca bu adlandırma, önerilen diğer sözleşme isimlerinden daha net bir şekilde finansal tabloların bağımsız denetimini ifade etmesi nedeniyle tercih edilmiştir.

içerisinde sözleşmenin tanımı, zorunlu unsurları, yürürlüğü, sona ermesi gibi hususlara dair hükümler bulunmaktadır. SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı md. 9 hükmünde de denetim sözleşmesine ilişkin özel hükümler bulunduğu gibi bu hususta KGK düzenlemelerine atıfta bulunulmuştur.

A. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ’NİN TANIMI ve ŞEKLİ

Bağımsız denetim sözleşmesinin tanımı TTK ve SPKn’da yapılmamıştır. Bağımsız denetim sözleşmesi, UDS’de ve buna bağlı olarak hazırlanan SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ’de sözleşmenin kapsamında yer alması gereken unsurlar belirtilmek suretiyle tanımlanmaya çalışılmıştır. Tebliğ’in 3. Kısım md. 3 hükmüne göre bağımsız denetim sözleşmesi *“bağımsız denetim kuruluşunun bağımsız denetim görevini üstlenmeyi kabul ettiğini, bağımsız denetimin amacını ve kapsamını, bağımsız denetçinin müşteriye ve müşterinin bağımsız denetçiye karşı sorumluluklarını ve bağımsız denetim sonunda müşteriye verilecek olan bağımsız denetim raporu türlerine ilişkin hükümleri kapsar”* denilmek suretiyle tanımlanmıştır. Ancak bu ifade bir kavramın tanımından ziyade içeriğini belirleyen bir yaklaşımı ifade etmektedir.

Yapılan bir tanıma göre bağımsız denetim sözleşmesi, *“bağımsız denetim kuruluşu ile müşteri arasında imzalanan, bağımsız denetim kuruluşunun, müşteriye ait mali tabloların gerçeği yansıtıp yansıtmadığının ve muhasebe ilkelerine uygun olup olmadığının tespit edilmesini ve elde edilen sonuçların rapora bağlanmasını borçlandığı, buna karşılık müşterinin ücret ödeme borcu altına girdiği sözleşme”* olarak tanımlanmıştır¹²⁰. Bir diğer tanıma göre ise bağımsız denetim sözleşmesi, *“bağımsız denetim kuruluşunun, düzenlemeler uyarınca bağımsız denetim kapsamında olan denetlenen ortaklığa ait finansal bilgilerin, yine düzenlemelerde belirtilen standartlara ve mevzuata uygunluğunu inceleme, bilgilerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığını denetim standartlarına uygun olarak denetleme ve elde ettiği görüşünü bir raporla açıklama; bağımsız denetimden geçecek ortaklığın ise ücret ödeme ve denetimin yapılabilmesini olanak sağlama ve bu amaçla, bağımsız denetçilerin ihtiyaç duydukları tüm bilgi ve belgeleri verme borçlarını yükledikleri bir sözleşme”* olarak tanımlanmıştır¹²¹.

¹²⁰ Çelik, s. 61.

¹²¹ Köksal, s. 64.

Söz konusu tanımlar incelendiğinde, tanımın bağımsız denetim faaliyeti kapsamında tarafların hak ve borçlarına yer verilmek suretiyle yapılmaya çalışıldığı görülmektedir. Şüphesiz ki, TBK’da olduğu gibi bir sözleşmenin tanımı yapılırken o sözleşmeye ait esaslı unsurların değerlendirilmesi ve tanımda yer almasında yarar bulunmaktadır. Ancak bu tür bir tanımlamada sözleşmeye ilişkin tüm unsurların tanım içerisinde yer alması gerekmemektedir. Bu nedenle bağımsız denetim sözleşmesinin tanımının kısa, genel ve esaslı unsurları barındıracak bir şekilde verilmesinde yarar bulunmaktadır.

Buna göre de kanaatimizce, bağımsız denetim sözleşmesi, bir tarafın diğer tarafa ait finansal tablo ve mevzuat uyarınca denetime tabi olan diğer dokümanlarını belirlenen standartlara uygun olup olmadığına ilişkin faaliyet gerçekleştirme ve sonuçları hakkında rapor hazırlama yükümü altında olduğu, diğer tarafın ise ücret ödeme yükümü altında olduğu sözleşmedir.

Bağımsız denetim sözleşmesinin esaslı unsurlarını denetim faaliyetinin gerçekleştirilmesi ve rapor hazırlama yükümü ile ücret ödeme yükümü oluşturmaktadır. Esaslı unsurlar sözleşmenin tür ve karakterini belirlemektedir¹²². Bunun dışındaki yan edim yükümleri sözleşmenin asli edim yükümüne bağlı olan ve asli edimi yerine getirmeyi sağlayıcı, onu tamamlayıcı yahut kalıcı kılan unsurlar olarak tanımlanabilir. Bu tür yan edim yükümlülükleri, içerik olarak farklı oldukları asli edim yükümünden farklı bir amaca hizmet ettikleri için asıl edim yükümünden bağımsız olarak talep edilebilirler. Örneğin, denetçinin sır saklama yükümlülüğü denetçi açısından bir yan edim yükümü, denetlenen ortaklık bakımından ise sırrının açıklanmaması isteği bir hak niteliği taşır. Yan edim yükümlülükleri, kanundan, sözleşmeden ya da dürüstlük kuralından kaynaklanabilir¹²³. Örneğin denetçinin sır saklama ya da özen yükümü kanundan kaynaklanırken, denetçiye sağlanacak yere ilişkin haller sözleşmeden kaynaklanabilir.

TBK md. 12 hükmünde özel hukuk sözleşmelerinde şekil serbestisi prensibi kabul edilmiştir. Bu husus irade serbestisi prensibinin uzantısıdır. TBK md. 12/2 uyarınca da kanunda bir sözleşme için şekil şartı öngörülmüş ise onun geçerlilik şartı olduğu, şekle uyulmaması halinde ise sözleşmenin hüküm doğurmayacağı belirtilmiştir. Yasanın verdiği yetkiye dayanılarak çıkarılan alt düzenlemeler ile öngörülen şekil şartlarının da bu kapsamda

¹²² Eren, F. (2006). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, İstanbul, s. 32.

¹²³ Eren, s. 35, 36.

ele alınması gerekmektedir¹²⁴. TTK'nun atıf yaptığı BDS-ISA 210'da sözleşmenin ve sözleşmedeki değişikliklerin yazılı olması gerektiği pek çok kez ifade edilmiştir¹²⁵. Ayrıca SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ'in 3 üncü Kısımının 2 nci ve 5/1 maddelerinde de bağımsız denetim sözleşmesinin yazılı yapılacağı ifade edilmiştir. Benzer şekilde Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 51/1 ve KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1 hükümlerinde denetim sözleşmesinin yazılı yapılacağını düzenlemiştir. SPKr Yükümlülük Tebliğ Taslağı md. 9/1 hükmünde de bağımsız denetim sözleşmesinin imzalanmasından bahsedilmek suretiyle yazılı olması gerektiği zımnen ifade edilmiştir.

Bu şekil şartı TBK md. 12 anlamında bir geçerlilik şartıdır. Bu nedenle de bağımsız denetim sözleşmelerindeki değişikliklerin de TBK md. 13/1 uyarınca yazılı olarak yapılması gerekmektedir. Son olarak ifade edilmelidir ki, kanun ve diğer düzenlemelerde bu sözleşmelerin resmi yazılı şekil ile yapılacağı açıkça düzenlenmediği için burada aranan yazılı şekil şartı TBK md. 17/2 uyarınca adi yazılı şekildir.

B. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ'NE UYGULANACAK HUKUK

Türk hukukunda özel borç ilişkileri genel olarak TBK'nun ikinci kısmında düzenlenmiştir. Ancak hukukumuzdaki özel borç ilişkileri sadece TBK içerisinde belirtilen sözleşme tipleri ile sınırlı değildir. TBK dışındaki yasalarda da özel borç ilişkileri düzenlenmiş olabileceği gibi kanunlarda yer almayan ve sözleşme özgürlüğü sınırları içerisinde taraflar kendi aralarında mevzuattaki tipe uygun olmayan (atipik) sözleşmeler de kurabilirler¹²⁶. Bu noktada söz konusu sözleşmelere uygulanacak hukuk bakımından TBK'daki genel-özel hükümlerinin, diğer kanun hükümlerinin yahut taraf iradelerinin hangisinin öncelikle uygulanacağı önem arz etmektedir.

Çalışma konumuz açısından, bağımsız denetim sözleşmeleri kanunlarımızda açıkça düzenlenen bir sözleşme değildir. Ancak TTK md. 397/1 uyarınca bağımsız denetim

¹²⁴ Eren, s. 240.

¹²⁵ Örneğin ISA 210/10. Ayrıca ISA 210 Ek.1'de de bir sözleşme örneği verilmiştir. Buna paralel BDS 210/10, A22 hükümlerinde yazılılık şartı ve EK.1 de de örnek sözleşme metni yer almaktadır. Keza SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ Ek.2'de de genel bağımsız denetim sözleşmesi örneği verilmiştir.

¹²⁶ Aral, F. (2002). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, s. 4, Oğuzman, M.K., Öz, M.T. (2006). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, İstanbul, s. 43, Tekinay, S.S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, 7. Bası, s. 60, Eren, s. 192, Tandoğan, H. (1985). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, C:1/1, 4. Bası, Ankara, s. 9, Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (1992). *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul, s. 35 vd., Oktay, S. (1996). *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması*, *İÜHFM*, C. 55, S. 1-2, s. 264.

faaliyetleri KGK tarafından yayınlanacak olan ve uluslararası denetim standartları ile uyumlu olan TDS kapsamında yerine getirilecektir. Gerek ISA 210 gerek KGK tarafından çıkarılan BDS 210 nolu¹²⁷ standartta bağımsız denetim sözleşmelerinden bahsedilmektedir. Keza KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29 hükmünde de bu sözleşmeye ilişkin ayrıntılı hükümler yer almaktadır.

TBK dışında yer alan bağımsız denetim sözleşmesine öncelikle uygulanacak hukuku belirlerken TBK ile özel kanun arasında mukayese yapılması gerekmektedir. Aynı konunun TBK içerisinde hem genel hükümler hem de özel hükümler içerisinde düzenlenmesi halinde özel hükümlerin öncelikle uygulanacağı kabul edilmektedir¹²⁸. Diğer kanunlarda düzenlenen sözleşmelere ise öncelikle kendi mevzuatlarında öngörülen düzenlemelerin TBK'nun ise mahiyeti ile bağdaştığı şekilde genel hüküm olarak uygulanması gerekmektedir. Bununla birlikte, bağımsız denetim sözleşmesinin kamuyu da ilgilendirmesi nedeniyle kanun koyucunun emredici nitelikteki hükümlerinin öncelikle dikkate alınması gerekmektedir.

Sonuç olarak, bağımsız denetim sözleşmelerine öncelikle TTK, SPKn ve KGK düzenlemeleri içerisinde yer alan emredici düzenlemeleri uygulanacaktır. Bundan sonra sırasıyla TTK md. 397 ve sözleşmenin bir unsuru olması nedeniyle uluslararası denetim standartları ile uyumlu Türkiye Denetim Standartları, tarafların iradelerini yansıtan bağımsız denetim sözleşmesinin hükümleri, kanun koyucunun bağımsız denetim sözleşmesine ilişkin tamamlayıcı hükümleri, TBK'nun genel hükümleri, Medeni Kanun md. 1 uyarınca hâkim tarafından yaratılan hukuk uygulanacaktır.

C. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ'NİN ÖZELLİKLERİ ve HUKUKİ NİTELİĞİ

1) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Özellikleri

Bağımsız denetim sözleşmeleri, yukarıda da ifade edildiği üzere yasa ve diğer alt düzenlemelerde öngörülmeyle birlikte aşağıda incelenecek olan hukuki niteliği kapsamında bir takım kendine has özellikleri de barındırmaktadır. Bu noktada ifade edilmelidir ki, bu

¹²⁷ Bağımsız denetim sözleşmesinin sözleşmesinin şartları üzerinde anlaşmaya varılmasına ilişkin bu standart 14.11.2013 tarih ve 28821 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

¹²⁸ Tandoğan, C:I/1, s. 1., Aral, s. 2., Yavuz, C. (2007). *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul, s. 3, 6

özellikler bağımsız denetim sözleşmesinin bir özel hukuk sözleşmesi olma niteliğini değiştirmemektedir.

a) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Tarafları Dışındaki Kişiler Bakımından Etkili Olması

Bağımsız denetim sözleşmesinde bağımsız denetim kuruluşları denetim faaliyetleri sonucunda elde ettikleri tespitleri bir rapora bağlarlar. Bağımsız denetim faaliyeti sonucunda hazırlanan rapor TTK md. 402/7 ve SPKı Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 2. Kısım md. 23/2 uyarınca denetlenen ortaklığın yönetim kuruluna sunulmaktadır. Bu rapor ayrıca SPKn md. 14/5 uyarınca kamuya da açıklanmaktadır. Bu açıklanmanın ne şekilde yapılacağı SPKı'nın (II-14.1) sayılı Tebliğ md. 10 hükmü ile (VII-128.6) sayılı Kamuyu Aydınlatma Platformu Tebliğinde¹²⁹ düzenlemektedir. SPKı Faaliyetler Tebliği Taslağı md. 25/2 ve 26/1 hükümlerinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. TTK md. 524'ün yürürlükten kaldırılması ile denetim sonucunun TTSG'de yayınlanmasına yönelik uygulama ise başlamadan sona ermiştir.

Bağımsız denetim faaliyeti sonuçlarının kamuya açıklanmasının nedeni bağımsız denetim faaliyetinin sonuçlarının sadece sözleşmenin bir tarafı olan denetlenen ortaklığı ilgilendirmemesidir. Bağımsız denetim faaliyeti ortaklık faaliyetlerinin ve finansal tablolarının muhasebe standartlara uygun olarak hazırlanıp hazırlanmadığının denetim standartları çerçevesinde tespit edilmesini ifade etmekte olup, ortaklık yönetimi yanında şirket ortakları, alacaklıları, tedarikçileri ve muhtemel yatırımcılar açısından da önem arz etmektedir¹³⁰. Ayrıca ifade edilmelidir ki, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 7 hükmünde, ilgili mevzuatında hedeflenen “kullanıcılar” denetimin tarafları arasında

¹²⁹ 27.12.2013 tarih ve 28864 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

¹³⁰ Muhasebe ve denetim kavramlarının tarihsel sürecine bakıldığında günümüzdeki anlamına gelmesinde İngiltere'de yaşanan gelişmelerin neden olduğu görülmektedir. İngiltere'de ilk şirketleşme kralın ticaret yapma konusunda imtiyaz (*charter*) tanıdığı kişi ya da kişiler aracılığı ile olmaktadır. Dolayısıyla kurulan ortaklıklar faaliyetlerini kral adına sürdürdüklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Kral ya da devlet her şeyin sahibi idi. Bu sahiplik, ayrı bir hukuki kişilik olarak algılanmayan ortaklıklar bakımından da muhasebe ve denetiminin bu sahipliğin kontrolü olarak değerlendirilmesini gerektirmekteydi. Buna “*proprietorship theory*” denilmektedir. Zaman içerisindeki gelişim ile ortaklıklara dışarıdan kaynak sağlanması ile ortaklıklardaki ortakların korunması gerekliliğinin doğması ile *Jonit Stock Companies Act of 1844* ve *Companies Clauses Consolidation Act in 1845* kanunlarının içerisinde denetim ve denetçiye dair hükümler yer almaya başlamıştır. Ortaklıkların ayrı bir kişilik olarak algılanması ile ortaklığın malvarlığının sadece ortaklığın amaçları için kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bununla da ortaklık dışındakiler için ortaklığın muhasebe sistemi kurması ve bunun denetiminin yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna da “*entity theory*” denilmektedir. O'Connor, S.M. (2004). *Be Careful What You Wish For: How Accountants and Congress Created the Problem of Auditor Independence*, *Boston Law Review*, Vol. 8, s. 750. Sonuç olarak, ortaklık dışındakiler için de denetim önem arz etmektedir.

sayılmıştır. Bu noktada hareketle, denetim faaliyeti sonunda hazırlanan raporun standartlara uygun olmayan bir biçimde gerçeği yansıtmaması halinde sözleşmenin karşı tarafı yanında anılan üçüncü kişilere karşı da sorumluluk söz konusu olacaktır.

Bağımsız denetim faaliyeti sadece sözleşmenin karşı tarafı açısından değil yatırımcıların korunması prensibi bağlamında sözleşme dışında yer alan kişileri de etkilemektedir¹³¹. Devletin ilgili kurumlarının bağımsız denetim faaliyetinin ne şekilde, ne zaman, kimler tarafından, ne sürede yapılacağı gibi pek çok hususu içeren düzenlemeler veya standartlar yapabilmesi ancak bağımsız denetim sözleşmesinin bu özelliğinin kabul edilmesi ile mantıklı hale gelmektedir. Bu özelliğine bağlı olan bazı sonuçları ise aşağıdaki şekilde özetleyebiliriz.

Bağımsız denetim sözleşmelerinde, denetim kuruluşu denetlenen ortaklığın finansal tablolarını ve denetlenmesi öngörülen diğer dokümanlarını denetim standartlarına göre denetlemek durumundadır. Uygulanacak denetim standartları TTK ve SPKn çerçevesinde KGK tarafından belirlenmiştir. Denetim kuruluşunun üstlendiği işte ne şekilde hareket edeceği ilgili kamu otoriterleri tarafından belirlenmiştir. Sözleşmede taraf olmayanlar açısından da sonuçlar doğurabilecek bu sözleşmede bir tarafın ne şekilde hareket etmesi gerektiği taraflar dışındaki bir irade tarafından belirlenmesi doğaldır.

Benzer şekilde sözleşmeler hukukunda yer alan irade serbestisinin bir uzantısı olan sözleşmenin içeriği belirleme serbestisi bağımsız denetim sözleşmelerinde sınırlandırılmıştır. Bağımsız denetim sözleşmesinin içeriğinde bulunacak asgari unsurlar KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29, SPKı Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 3 üncü Kısım md. 5, ISA-BDS 210/9-12 hükümlerinde düzenlenmiştir.

Keza, sözleşme özgürlüğü kapsamında ele alınan sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü bağımsız denetim sözleşmeleri bakımından sınırlandırılmıştır. TTK md. 400/1 hükmüne göre denetim faaliyetlerini yapabilecek denetçi ancak yeminli mali müşavir ya da serbest muhasebeci mali müşavir ünvanını taşıyan ve KGK tarafından yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bunlardan oluşan sermaye şirketleri olabilir. 660 sayılı KHK md. 9/1-f uyarınca KGK denetim yapabilecek kişileri yetkilendirmeye yetkili olup, bu kişiler anılan KHK md. 23'te yer alan halka açık anonim ortaklıklar dâhil tüm kamu yararını ilgilendiren

¹³¹ Bu nedenle doktrinde bağımsız denetim sözleşmelerinin yarı-resmi sözleşme olduğu ileri sürülmüştür. Köksal, s. 66., Çelik, s. 74., Ulusoy, Y. (2007). *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim*, 1. Baskı, Ankara, s. 159., Karayalçın, s. 218.

kuruluşları¹³² da denetleyebileceklerdir. Ancak SPKn md. 62/1 uyarınca sermaye piyasalarında bağımsız denetim faaliyetine bulunabilmek için SPKr tarafından ilave şartlar öngörülebilir. SPKr Faaliyetler Tebliği Taslağı md. 8 hükmünde anılan ilave şartlar düzenlenmiştir. Bu çerçevede, bağımsız denetimi gerçekleştireceklerin ortaklığın güvenini kazanmaları yanında ilgili idari otoritelerin de güvenini kazanmaları gerekmektedir. Buradaki amaç, kamunun güvenini sağlayabilecek ekonomik güce ve itibara sahip firmalarca denetim faaliyetlerinin gerçekleştirilmek istenmesi ve kamunun bu yolla korunacağı düşüncesidir. Hatta TTK md. 399 hükmü uyarınca koşulların oluşması halinde Mahkeme tarafından atanan bağımsız denetçi ile ortaklık sözleşme yapmak zorundadır. Bu halde denetlenen ortaklığın seçme özgürlüğü ise tamamen sona ermektedir.

Sözleşmenin kurulma aşamasındaki özgürlüğün sınırlandırılması sözleşmenin sona erdirilmesi aşamasında da kendini göstermektedir. Bağımsız denetim sözleşmelerinin tarafları dışındaki kişileri de ilgilendirmesi nedeniyle taraflar bağımsız denetim sözleşmesini anlaşılarak sona erdiremezler. Sona erdirmenin nedenleri kamu otoritelerini ilgilendirdiği gibi kamuyu da doğrudan ilgilendiren bir konudur¹³³. Zira denetlenen ortaklığın hukuka aykırı olarak bazı hesaplardaki hataların gizlenmesini talep etmesi yahut denetim ücretini ödemeyi reddetmesi gibi nedenler ilgili ortaklık finansal tabloları üzerinde şüphe yaratabilecek niteliktedir.

b) Bağımsız Denetim Sözleşmeleri Yapılması Zorunlu Olan Bir Sözleşmedir

Türk hukukunda sözleşme yapma özgürlüğü çerçevesinde hiç kimse istemediği bir sözleşmeyi yapmaya zorlanamaz. Fakat kamu için önemli bir takım ihtiyaçların giderilmesini amaçlayan bazı sözleşmeler kişiler bakımından zorunlu tutulabilmektedir¹³⁴. Sözleşme yapma zorunluluğunun temelinde bazı hizmetlerin sadece kamu yahut kamu

¹³² Kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar 660 sayılı KHK md. 2/1-ğ uyarınca “*halka açık şirketler, bankalar, sigorta, reasürans ve emeklilik şirketleri, faktoring şirketleri, finansman şirketleri, finansal kiralama şirketleri, varlık yönetim şirketleri, emeklilik fonları, ihraççılar ve sermaye piyasası kurumları ile faaliyet alanları, işlem hacimleri, istihdam ettikleri çalışan sayısı ve benzeri ölçütlerle göre önemli ölçüde kamuoyunu ilgilendirdiği için Kurum tarafından bu kapsamda değerlendirilen kuruluşları*” ifade etmektedir. Çalışma konumuz olan halka açık ortaklıklar bakımından denetim faaliyetinin sadece BDK’lar tarafından yapılabilecek olması nedeniyle, aksi belirtilmedikçe çalışmamızda geçen “denetçi” veya “BDK” ifadesi ile aynı husus kastedilmiştir.

¹³³ Bu husus ileride ayrıntılı olarak incelendiğinden atıf yapılmakla yetinilmektedir. Bkz. aşağı. IV.

¹³⁴ Bu zorunluluk genellikle elektrik, su, telefon gibi hayati ihtiyaçları içermesi nedeniyle kamu hukuku kaynaklı olabileceği gibi taşıma sözleşmesi gibi zayıfın korunması amacından hareket eden özel hukuktan da kaynaklanabilir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 365., Kılıçoğlu, A. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara, s. 74., Oğuzman, Öz, s. 144-146.

tarafından belirlenen bir grup tarafından yerine getirilmesi nedeniyle zayıf olan tarafın korunması ihtiyacı bulunmaktadır.

Sermaye piyasaları bakımından SPKn md. 14/3 ve SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ Başlangıç Hükümleri md. 5/1 (SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı md. 5) hükmünde öngörülen ortaklıklar bakımından bağımsız denetim yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır.

Sözleşme yapma zorunluluğu sadece denetlenen ortaklık bakımından söz konusu değildir. Kamu tarafından bağımsız denetim yapabilecekler sınırlı bir şekilde belirlenirken bağımsız denetim kuruluşlarının da kural olarak ilgili ortaklık ile sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak denetim firmaları her şart altında sözleşme yapmak zorunda değildirler. Örneğin, denetim standartlarına uymamasını gerektiren yahut bağımsızlığını zedeleyen koşulları içeren sözleşmeleri yapmamaları gerektiği gibi kendi imkânları ile gerçekleştiremeyeceği bir denetim faaliyetine ilişkin sözleşme de yapmak zorunda değildirler.

Bağımsız denetim sözleşmesi kurulduktan sonra taraflar arasında bir eşitsizlik söz konusu değildir. Denetçinin bağımsızlığı bu noktada da belirleyici faktördür. Denetçi, denetlenen ortaklığa müdahalede bulunamayacağı gibi denetlenen ortaklık da denetçinin bağımsızlığını ve tarafsızlığını kaybettirecek davranışlarda bulunamayacaktır.

2) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

Kural olarak bir hukuki işlem dolayısıyla karşılaşılan sorunlar ile bu sorunların nasıl değerlendirilmesi gerektiği sorunu o hukuki işlemin niteliğine bağlı olarak çözülür¹³⁵. Bu nedenle bir sözleşmenin hukuki niteliğinin belirlenmesi hem bu sözleşmelere uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde hem de sözleşmelerin yorum ve tamamlanmasında önem arz etmektedir.

Türk hukukunda sözleşmeler çeşitli bakımlardan ayrımlara tabi tutulmaktadır¹³⁶. İlk olarak borç doğuran sözleşmeler ile diğer sözleşmeler ayrımı yapılmaktadır. Bağımsız denetim sözleşmesi, taraflarının karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin bulunması nedeniyle tam iki tarafa borç yükleyen ivazlı bir sözleşme niteliğindedir. Yazılı şekle tabi bir sözleşme

¹³⁵ Kuntalp, E. (2013). *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, 2. Bası, Ankara, s. 20.

¹³⁶ Tandoğan, C. I/1, s. 2 vd., Kılıçoğlu, s. 40 vd., Eren, s. 189 vd., Yavuz, s. 15 vd., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 56 vd.

olup, kurulması için taraf iradeleri dışında ek bir hususun aranmaması nedeniyle aynı değil rızai bir sözleşmedir.

Borç doğuran sözleşmeler de kanun ile düzenlenmiş olup olmamasına göre isimli-isimsiz sözleşme ayrımı yapılmaktadır. İsimli sözleşmeler, zorunlu unsurları ile birlikte TBK ya da başka bir kanunda düzenlenen sözleşmeler; isimsiz sözleşmeler ise tanım ve unsurları kanunda düzenlenmemiş sözleşmelerdir. İsimsiz sözleşmeler ise içerdikleri unsurların kanunen düzenlenmiş tipik sözleşmelere ait olup olmamasına göre kendine özgü yapısı olan (sui generis¹³⁷) sözleşmeler ve karma sözleşmeler olarak ikiye ayrılmaktadır¹³⁸. Bir sözleşmenin isimli sözleşme olarak nitelendirilebilmesi için kurucu-zorunlu unsurlarının (*essentialia negotii*) kanunda belirlenmesi gerekli ve yeterlidir¹³⁹. Sözleşmenin zorunlu unsurları o sözleşmeye karakterini veren unsurlardır. İsimli sözleşmelerin zorunlu unsurları sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan asgari unsurları ifade etmektedir. İsimsiz sözleşmelerde esaslı noktalar ise sözleşmenin mana ve niteliğinden anlaşılmaktadır¹⁴⁰.

Sözleşmelerin hukuki niteliğinin ve uygulanacak kuralların belirlenmesinde bir diğer önemli faktör onun tipikliğidir. Bu nedenle sözleşmelerin tipikliği ve tip kavramı üzerinde kısaca durulmasında yarar bulunmaktadır.

Sözleşmeler tipik ve atipik olarak ikiye ayrılmaktadır. Bir sözleşme herhangi bir ad altında nitelendirilen sözleşme türünün bütün özelliklerini barındırıyorsa tipik bir sözleşmeden, aksi durumda atipik bir sözleşmeden bahsedilir¹⁴¹. Tipik bir sözleşmenin isimli

¹³⁷ Atipik sözleşmeler ile sui generis sözleşmelerin doktrinde bazen aynı anlamda kullanılmasına rağmen bunun doğru olmadığını ifade etmek gerekmektedir. Sözleşmenin sui generis olması onun isimli bir sözleşme olup olmadığı ve unsurlarının kanundaki sözleşme tiplerine uygunluğu hususu ile ilgili iken tipik-atipik olması onun muhtevası ile ilgilidir. Kuntalp, s. 7. Bu bağlamda, bir sözleşmenin isimli olup olmadığı hususu taraf iradelerinden ziyade kanun koyucunun iradesine bağlıdır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bir sözleşmede atipikliğin artması onun sui generis olma olasılığını artırmaktadır. Ozanoğlu, H.S. (2009, 17-18 Nisan). *Yeni Sözleşme Türlerinde Sözleşmenin Tipinin ve Sözleşmeye Uygulanacak Kuralların Belirlenmesi Sorunu, Sözleşme Boşluklarının Doldurulmasında İzlenecek Yöntem, Norm Koyma ve Hüküm Verme*, Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 279, 2009, s. 386 dn. 2 ve 397.

¹³⁸ Tandoğan, C. I/1, s. 12., Eren, s. 199., Zevkililer, A. (2004). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara, s. 37 vd., Oktay, s. 272 vd., Yavuz, s. 19 vd. KUNTALP ise isimsiz sözleşmeleri sui generis ve karışık muhtevalı akit olarak ikiye ayırmaktadır. Kuntalp, s. 13 vd. KUNTALP anılan eserin ilk baskısında atipik, karışık muhtevalı ve bu iki sözleşme arasında kalan akitler olarak üçe ayırmaktadır. Kuntalp, E. (1971). *Karışık Muhtevalı Akit*, AÜHF Yayınları. 291, Ankara, s. 10-13. Birleşik sözleşmelerin isimsiz sözleşmelerin üçüncü alt kategorisi olup olmadığı hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bkz. Eren, F. (2007). İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, *Prof. Dr. Turgut AKINTÜRK'e Armağan*, Ankara, s. 91 ve aynı sayfadaki dn. 25'te yer alan yazarlar.

¹³⁹ Oktay, s. 264-265., Eren, *İsimsiz Sözleşmeler*, s. 85.

¹⁴⁰ Bu noktalara objektif esaslı unsurlar da denilmektedir. Eren, s. 210-211., Oğuzman, Öz, s. 64., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 75., Kılıçoğlu, s. 55.

¹⁴¹ Ozanoğlu, *Yeni Sözleşme Türleri*, s. 386.

sözleşme olma zorunluluğu bulunmamaktadır. Tip kavramı sözleşmesel ilişkinin anlamının diğer bir ifadeyle görevinin, niteliklerinin ve yapısal farklılıklarının ortaya konulmasında kullanılmaktadır¹⁴².

Hukuk kuralları toplumların ihtiyaçları üzerine oluşur ve gelişir. Amaçları çıkar çatışmalarını ve menfaatler dengesini düzenlemektir¹⁴³. Çıkar çatışmaları arasında kurulacak denge alelade bir tercih olmayıp eşitlik, güven, iyiniyet, zayıfın korunması gibi bir takım toplumsal değerler çerçevesinde belirlenir¹⁴⁴. Benzer şekilde sözleşmesel ilişkiler de çatışan menfaatler arasında bir denge kurmaya çalışır ve taraflarının erişmek istedikleri amaçlarına (ifaya) hizmet etmek için oluşurlar. Dolayısıyla sözleşme tipleri rastgele oluşmazlar ve sözleşmeler sırf yapılmak için değil belli bir amaca ulaşmak için yapılmaktadırlar¹⁴⁵.

Tip kavramı ile bir sözleşmenin varlık nedeni olan sosyal ihtiyaçlar (taraf menfaatleri), unsurların nitelikleri ve diğer ilişkilerden farklılıkları belirlenmektedir. Bu nedenle tip kavramı sözleşmenin normatif yönüyle değil içeriği ile ilgilenir ve amaçsal olarak hangi ihtiyaç yahut menfaat amacıyla yapıldığını belirlemeye çalışır.

Bir sözleşmenin tipik hale gelmesi o ilişkinin unsurları ile birlikte sürekli tekrarlanmasını ve benzerlerinden farklılaşmasını gerektirir. Bir sözleşme tipi soyut olarak kanun koyucunun iradesi dışında sosyal hayat içerisinde ihtiyaçlara binaen oluşmaktadır¹⁴⁶. Bazen kanun koyucu hukuksal güvenlik ve içtihat yeknesaklaştırılması gibi amaçlarla bir sözleşmeyi tanım ve esaslı unsurları ile birlikte düzenlenerek isimli-kapalı tip haline getirebilir. Ancak bu tipik-isimli sözleşmeler de isimsiz sözleşmeler gibi yasadan önce toplumda uygulanmaktadır¹⁴⁷.

Kişiler kendi sonsuz ihtiyaç ve manfaatlere uygun olarak sayısız tipte sözleşme yapabilmelidirler. Hukukumuzda da geçerli olan sözleşme serbesitisi ilkesi bu anlayışa hizmet etmektedir. Bu ilke uyarınca taraflar, kanunlar ile belirlenmiş sözleşmeler dışında da

¹⁴² Kuntalp, s. 64 ve 66. Yazar bu durumda tipolojik düşüncenin “eşyanın doğasına” yöneldiği sonucuna ulaşmaktadır. Ayrıca bkz. Ozanoğlu, H. (1999). *Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi*, Ankara, s. 79., Ozanoğlu, *Yeni Sözleşme Türleri*, s. 390., Pekküçlü Karabulut, G. (2007). *Türk Özel Hukukunda Yap-İşlet-Devret (YİD) Sözleşmesi*, Ankara, s. 78.

¹⁴³ Ozanoğlu, *Yeni Sözleşme Türleri*, s. 388.

¹⁴⁴ Kuntalp, s. 55-56., Pekküçlü Karabulut, s. 79.

¹⁴⁵ Kuntalp, s. 63., Ozanoğlu, *Taksitle Satım Sözleşmesi*, s.81., Ozanoğlu, *Yeni Sözleşme Türleri*, s.390.

¹⁴⁶ Bu itibarla kanuni sözleşme tiplerinin tündengelim (deduktif) değil tümevarım (indüktif) yoluyla oluştuğu ifade edilir. Kuntalp, s. 65, 75-76., Ozanoğlu, *Taksitle Satım Sözleşmesi*, s. 79.

¹⁴⁷ Ozanoğlu, s. 79., Kuntalp, s. 7, 65 ve 79.

sözleşmeler yapabilirler. İşte bu gibi durumlarda taraflar arasındaki ilişkiye hangi düzenlemelerin uygulanacağı sorunu ile karşılaşılır.

Tipikliğin tespiti sözleşme tiplerinin ortak özellikleri dikkate alınarak yapılabilir. Buna göre bir sözleşme tipi tek başına bir anlamı olmayan ancak birlikte anlamlı olan çeşitli unsurlardan oluşan bir bütündür¹⁴⁸. Bu anlamda tip bir yapı planı ve unsurlar bütünüdür. Bu özelliğin bir sonucu olarak da tipler arasında geçiş mümkün olup, unsurlardaki farklılaşma başka bir tipin alanına girmeye yol açar. Bir sözleşme tipi özel bir durumu genel olarak düzenler. Diğer bir ifade ile tip bütün sözleşmesel ilişkileri değil bunun yalnız bir türünü genel olarak düzenler¹⁴⁹.

Bu durumda bir sözleşmenin tipini belirlerken, tipin tanımı gereği sözleşmeyi doğuran ihtiyaçlara, içerdiği niteliklere ve esaslı unsurlara, benzerlerinden farklılıklarına ve bir tipte bulunması gereken ortak özellikleri taşıyıp taşımadığına bakılmalıdır. Bunun için öncelikle bu sözleşmenin isimli olup olmadığı incelenmelidir.

a) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin İsimli Bir Sözleşme Olup Olmadığı Hususu

Bir sözleşmenin isimli olması, kanunda o sözleşmenin esaslı unsurları ile birlikte tanımlanarak düzenlenmesini gerektirir¹⁵⁰. Dolayısıyla bir sözleşmenin adının kanunda sadece zikredilmiş olması onun isimli sözleşme olması için yeterli değildir.

Kanun koyucunun bazı sözleşmeleri isimli sözleşme haline getirmesinin sebepleri bulunmaktadır. Kanun koyucu bir takım sözleşmeleri kanunda düzenleyerek içtihat yeknesaklığı yanında esaslı unsur ve sonuçlarını belirleyerek de onlara kanuni himaye sağlamaktadır. Keza zayıf tarafın korunması ve tarafların öngörmediği hususlardan kaynaklanabilecek ilerideki ihtilafların önlenmesi de bu amaca hizmet eder¹⁵¹. Ayrıca bir sözleşmenin kanun içine alınıp alınmaması, o sözleşme tipi hakkında verilecek bir değer yargısından ziyade tarihi sebeplerle açıklanabilir¹⁵². Buna göre toplum içerisinde kullanılan ve mahkeme içtihatlarına çoğu kez konu olan sözleşmelere kanun içerisinde yer verilmesi yoluna gidilmektedir. Bir sözleşmenin isimli bir sözleşme olarak kanun içerisinde yer

¹⁴⁸ Kuntalp, s. 66-67.

¹⁴⁹ Kuntalp, s. 76.

¹⁵⁰ Oktay, s. 264-265. KUNTALP ise isimli sözleşmeleri “*unsurları ve bunların bir araya geliş tarzları kanunda açıkça düzenlenmiş bulunan sözleşmeler*” olarak tanımlamaktadır. Kuntalp, s. 3.

¹⁵¹ Ozanoğlu, *Yeni Sözleşme Türleri*, s. 391.

¹⁵² Tandoğan, H. (1987). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. II*, 3. Bası, Ankara, s. 8., Yavuz, s. 1. Bu nedenle isimli sözleşmelerin isimsiz sözleşmelere kıyasen daha öncelikli olduğu sonucuna ulaşılmamalıdır.

almasının asıl sebebi toplum içerisinde ve yargı makamları önünde çok kez kullanılmasından ileri gelmektedir.

Kanun koyucunun dinamik bir şekilde ilerleyen sosyal hayatta kişiler arasındaki tüm sözleşmeleri kazuistik olarak belirlemesi mümkün değildir. Ayrıca Türk özel hukukunda geçerli olan irade serbestisi buna engel teşkil etmektedir. 1982 Anayasasının 48. maddesi uyarınca kişilerin sözleşme hürriyeti bulunmaktadır. TBK md. 26 hükmünde tarafların sözleşmenin içeriğini kanuni sınırlar dâhilinde serbestçe belirleyebileceği ifade edilmiştir. Sözleşme özgürlüğü sözleşmenin yapılıp yapılmayacağı yanında sözleşmenin içeriğini belirleme hususunu da kapsar¹⁵³. Buna tip serbesitisi de denilmektedir. İsimsiz sözleşmelerinin geçerlilik nedeni irade serbestisi ve kanun koyucunun sonsuz olasılıkları barındıran hayat içerisindeki taraf iradelerini öngörerek her tip sözleşmeyi düzenlemesinin imkânsız olmasıdır.

Bir sözleşmenin isimli olabilmesi için kanunda düzenlenmiş olma gerekliliğindeki “kanun” ifadesi dar yorumlanmalıdır. Diğer bir ifadeyle buradaki kanun ifadesinin alt düzenlemeleri de kapsayan “mevzuat” kavramının karşılığı olduğu kabul edilmemelidir. Şöyle ki, isimsiz sözleşmeler Anayasa ve TBK ile koruma altına alınan sözleşme özgürlüğünün uzantısı olup, normlar hiyerarşisi gereği kanundan daha alt bir düzenleme ile bu özgürlüğün sınırlandırılması mümkün değildir. Böylelikle, kanun koyucunun sadece ismini zikrettiği yahut esaslı unsurlarını belirtmediği bir sözleşmeye ilişkin olarak alt düzenlemelerde ayrıntılı hükümlerin getirilmesi o sözleşmeyi isimli sözleşme haline getirmemektedir.

Yönetmelik yahut tebliğ ile bir sözleşmenin tanımı ve unsurları belirlenir ise kişilerin kanunen korunan irade serbestisinin bu düzenlemeler ile sınırlandırıldığı sonucuna varılır. Bu durumda da normlar hiyerarşisi gereği doğrudan bir isimli sözleşmenin varlığını ileri sürmek mümkün görülmemektedir. Dolayısıyla kanun düzeyinin altındaki bir mevzuatta yer alan hükümlerde ilgili sözleşmede bulunması gereken asgari unsurlara yer verilmesi ile bir sözleşmenin isimli sözleşme haline getirilmesi mümkün değildir. Bu noktadan hareketle çalışma konumuz olan bağımsız denetim sözleşmelerine bakıldığında, bu sözleşmelerin mevzuatta sadece adı geçen bir isimsiz sözleşme olduğu sonucuna varılmaktadır.

¹⁵³ Aral, s. 4-5., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 362-363., Eren, s. 19., Reisoğlu, S. (2000). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara, s. 101., Oğuzman, Öz, s. 19., Kılıçoğlu, s. 73 vd., Tandoğan, C:I/1, s. 9 vd.

Şöyle ki, kanun koyucu TTK, SPKn ve 660 sayılı KHK içerisinde bağımsız denetim sözleşmesini tanımlamamış ve unsurlarıyla bunların bir araya gelme tarzlarını da açıkça düzenlememiştir. Bağımsız denetim sözleşmesinin esaslı unsurları denetçinin denetim faaliyetlerini gerçekleştirmesi ve sonunda denetim raporu hazırlaması ile ortaklığın ücret borcudur. Diğer taraftan kanun koyucu TTK md. 397/1 ve 400/1 hükümlerinde bağımsız denetim sözleşmesinin anonim ortaklıklar ile bağımsız denetim kuruluşu ya da denetçi ile yapılabileceğini; TTK md. 398 hükmünde denetimin konu ve kapsamının ne olduğunu; TTK md. 399 hükmünde sözleşmenin sona erme hallerini; TTK md. 401, 402 ve 404 hükümlerinde de tarafların bir takım hak ve yükümlülüklerini düzenlenmiştir. Ayrıca hem KGK tarafından yayınlanan BDS 210 standardında hem de KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliğinde bağımsız denetim sözleşmesinde bulunması gereken asgari unsurlara yer verilmiştir. Ayrıca TTK md. 397/1 hükmü ile denetimin uluslararası denetim standartları ile uyumlu TDS çerçevesinde yürütülmesi gerektiğini ifade ederek bu sözleşmeden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü için uygulanacak kurallar işaret edilmiştir. Ancak yukarıda da ifade edildiği üzere denetim sözleşmesinin isimli bir sözleşme olarak sayılması için kanun içerisinde bu sözleşmenin tanım ve unsurlarının birlikte düzenlenmesi gerekmektedir. Kanun içerisinde bu sözleşmeden bahsedilmesi ve taraflarının bir takım hak ve yükümlülüklerinin belirtilmesi bu sözleşmeyi teorik olarak isimli bir sözleşme haline getirmediği kanaatindeyiz.

b) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Tipikliği

Tipiklik bir sözleşmenin normatif yönünden ziyade içeriği ile ilgilidir. Diğer bir ifadeyle sözleşmeye analitik bir perspektiften yaklaşılmasını gerektirir. Bu bağlamda bağımsız denetim sözleşmesinin amaç, nitelik ve yapısal farklılıklarına bakılmalıdır.

Çalışma konumuz olan bağımsız denetim sözleşmelerinin günümüzde yapılma amacına bakıldığında bu sözleşmenin esasen şirketlerin yöneticilerine teslim edilen sermayenin ne şekilde kullanıldığını ve şirketin mali durumunu gösteren finansal tablolarının gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıtır yansıtmadığını ortaklarına, üçüncü kişi yatırımcılara ve ilgili idari otoritelere gösterme amacıyla yapıldığı görülmektedir. Ancak bu sözleşmenin bir tarafı olan denetlenen şirketin amacıdır. Denetim şirketinin amacı ise bu sözleşme ile kendine yüklenen yükümlülüğü yerine getirip belirlenen denetim ücretini almaktır. Dolayısıyla bu sözleşmenin esaslı unsurları denetlenen şirketin ücret ödeme borcu ile denetçinin belirlenen denetim standartlarına göre denetim faaliyetinde bulunarak

sonucunu raporlama (işgörme) borcu oluşturmaktadır. İlk bakışta kanuni tipik bir sözleşme olan eser sözleşmesi olduğu intibainı yaratmaktadır. Ancak bu sonuca ulaşmak için sözleşmenin gidermeyi amaçladığı sosyal ihtiyaçlara ve buna uygun tüm unsurlarına bakılmalıdır. Bu açıdan denetçinin bağımsızlığı bu sözleşmenin yapılmasındaki amaç ile doğrudan ilgili olup, onu tipik bir eser sözleşmesinin sınırları dışına çıkarmaktadır. Şöyle ki, bağımsız denetim sözleşmesi, tarafları dışındaki kişileri de etkileyebileceğinden bağımsız olan denetçilerce yapılabilecektir. Burada sözleşmenin bir tarafı olan denetçinin tam ve mutlak bağımsızlığı bu sözleşmenin benzer sözleşmelerden farklılaştıran esaslı bir bileşen olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir.

İsimsiz bir sözleşme olan bağımsız denetim sözleşmesinin tipini belirlerken onun asli edim yükümlerine de bakılmalıdır. Bu noktada yönetmelik yahut tebliğ gibi alt düzenlemelerdeki hükümlerden yararlanılabilir. Bu aşamada sözleşmenin asli edim yükümleri dikkate alınarak TBK içerisindeki iş görme sözleşmeleri¹⁵⁴ ile karşılaştırılması gerekmektedir. Burada bir uyuşma olduğu sonucuna varılır ise bağımsız denetim sözleşmesinin tipi de belirlenmiş olur. Aksi halde bağımsız denetim sözleşmesinin tipik bir sözleşme olmadığı sonucuna varılabilecektir.

(1) Bağımsız Denetim Sözleşmesi ile Hizmet Sözleşmesi Arasındaki İlişki

TBK hizmet sözleşmelerini genel hizmet sözleşmesi, pazarlamacılık sözleşmeleri ve evde hizmet sözleşmeleri olarak üçe ayırmıştır¹⁵⁵. Konumuz itibariyle değerlendirilecek olan ve diğer iki tür bakımından da genel hüküm niteliğinde olan (TBK md. 469) genel hizmet sözleşmeleridir.

TBK md. 393/1 uyarınca hizmet sözleşmesi, *“işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle işgörmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir”*. Hizmet sözleşmesinin temel unsurlarına bakıldığında bir tarafın diğer tarafa bağımlı olması, belirli ya da belirsiz olmak üzere süreli

¹⁵⁴ TBK’da yer alan sözleşme tipleri edim yükümlerinin muhtevasına yahut amaçlarına göre temlik doğuran sözleşmeler, kullandırma sözleşmeleri, iş görme sözleşmeleri, muhafaza sözleşmeleri, teminat sözleşmeleri, sonuçları kesin ya da tahmine bağlı sözleşmeler, irat sözleşmeleri, şirket sözleşmeleri olarak gruplandırılmaktadır. Tandoğan, C. II, s. 2., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 56., Aral, s. 2-3., Oğuzman, Öz, s. 42-43. İş görme sözleşmeleri, taraflardan birinin edimini bir iş görme, bir insan faaliyetinin teşkil ettiği sözleşmelerdir. Hizmet, vekâlet, istisna ve çeşitleri (itibar emri, itibar mektubu, tellallık, komisyon) bu kategorideki sözleşmelerdir. Bu tip sözleşmelerde edim fiili-sonucu ayrımı önem teşkil etmektedir. Tandoğan, C. II, s. 4, Aral, s. 3.

¹⁵⁵ 4857 sayılı İş Kanunu md. 8 vd. hükümlerinde düzenlenen iş sözleşmeleri de aslında bir hizmet sözleşmesidir. Ancak çalışma konumuz itibariyle kapsam dışında kalması nedeniyle değerlendirilmemiştir.

olması, bir tarafın işgörme edimine karşılık diğer tarafın ücret ödeme borcunun bulunmasıdır.

Bağımsız denetim sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki benzerlik, edim borcunun işgörme şeklinde olması ve karşı edimin ücret olması unsurlarındadır. Gerçekten bağımsız denetim faaliyeti, denetlenen ortaklık finansal tablolarının belirlenen standartlara uygunluğunun tespit edilmesi ve bunun raporlanması bir işgörme edimidir. Buradaki edimin niteliği bir yapma borcu şeklindedir¹⁵⁶. Bağımsız denetçinin, denetim faaliyetleri ve sonucunda hazırlayacağı rapor da yapma borcu niteliğini haizdir.

Ayrıca işgörme edimi ücret karşılığında yapılmıyorsa bir hizmet değil vekâlet sözleşmesinden bahsedilir¹⁵⁷. Bağımsız denetim sözleşmesinde denetçinin ücreti sözleşmede belirtilmesi gereken zorunlu unsur olmasının yanında denetçinin bağımsızlığını doğrudan etkileyen ve sözleşmenin sona erme nedenlerinden biri olacak kadar önemli bir unsurdur.

Öte yandan, iki sözleşme arasındaki bir diğer benzerlik de işgörme edimini yerine getirecek olan tarafın kişiliğinin önemli olmasıdır. Hizmet sözleşmelerinde, TBK md. 395 uyarınca, aksi öngörülmemiş ya da durumdan aksi çıkarılamıyorsa işgören taraf işi bizzat kendisi ifa etmek durumundadır¹⁵⁸. Bağımsız denetim sözleşmelerinde de denetimi gerçekleştirecek bağımsız denetim kuruluşu ve bağımsız denetçi önemli olup, işgörme edimini bizzat ifa etmek durumundadırlar. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-f, SPK'r Seri: X, No. 22 sayılı Tebliğ 3. Kısım md. 5/2-g hükmü ile BDS 210/A23 düzenlemesi uyarınca bağımsız denetimi gerçekleştirecek ekibin sözleşmede yer alması zorunludur. Belirtilen kişiler dışında başka bir denetçinin denetim faaliyetinde bulunması mümkün değildir¹⁵⁹.

Bağımsız denetim sözleşmesi ile hizmet sözleşmesi arasındaki en önemli ayrılık “bağımlılık” unsurunda yatmaktadır. Hizmet sözleşmesinin temel unsuru olan “bağımlılık”, bağımsız denetim sözleşmesinde adında da yer aldığı gibi olmaması gereken bir unsurdur. Bağımsız denetimin amaçları ve yararları konusunu incelerken ayrıntıları ile belirtilen ve

¹⁵⁶ İşgörme sözleşmelerindeki işgörme kavramı tanımlanırken, bir “yapmama” edimi yahut sadece bir eylemden kaçınma halinin işgörme olarak nitelendirilemeyeceği ifade edilmektedir. Tandoğan, C.II, s. 356, Aral, s. 227., Akipek, Ş. (2003). *Alt Vekâlet*, Ankara, s. 42, dn. 38.

¹⁵⁷ Yavuz, s. 438-439, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 306.

¹⁵⁸ Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 315

¹⁵⁹ Bu nedenledir ki, denetçinin bağımsızlığının korunmasını teminen TTK md. 400/2 ve SPK'r Seri: X, No. 22 sayılı Tebliğ bağımsız denetim konusunda, hem bağımsız denetim firmasının hem de bağımsız denetçinin zorunlu rotasyonunu öngörmüştür.

ileride¹⁶⁰ ayrıntılı olarak incelenecek olan bağımsızlık unsuru bağımsız denetim sözleşmesi için vazgeçilmez bir unsurdur.

Öte yandan, hizmet sözleşmelerinde işgörme edimi sonucunda bir sonuç yaratılması sözleşmenin ifası anlamında bir zorunluluk değildir. İşgören taraf edimini diğer bir ifade ile yüklediği işi özenle yerine getirmekle borcunu ifa etmiş olacaktır. Bu özellik bağımsız denetim sözleşmelerinde söz konusu değildir. Şöyle ki, bağımsız denetim faaliyetleri sonucunda bağımsız denetçi bir rapor hazırlamak ve bunu denetlenen ortaklığa sunmak zorundadır.

Sonuç olarak, ortak paydalarının varlığına rağmen, bağımsızlık unsurundan dolayı bağımsız denetim sözleşmesi bir hizmet sözleşmesi niteliğini haiz değildir.

(2) Bağımsız Denetim Sözleşmesi ile Vekâlet Sözleşmesi Arasındaki İlişki

Bir işgörme sözleşmesi olan vekâlet sözleşmeleri TBK md. 504/1 uyarınca “*vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme*”lerdir. Doktrinde yapılan bir diğer tanıma göre ise vekâlet sözleşmesi, vekile vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi rizikosuna ait olmamak üzere yükleyen sözleşmedir¹⁶¹.

Vekâlet sözleşmesinin zorunlu unsurlarına bakıldığında yapma edimi şeklinde bir işgörme unsuru, vekâleten yapılan işin vekâlet verenin menfaatine ve iradesine uygun olarak yapılması, zaman sınırı olmaksızın işgörme ediminin ifa edilmesi, işgörme edimi nihayetinde bir sonuç ortaya çıkma zorunluluğunun bulunmaması unsurları görülmektedir¹⁶². Ücret hususu, vekâlet sözleşmelerinde zorunlu unsur olarak yer almamaktadır. TBK md. 502/3 uyarınca vekil ancak sözleşme ya da teamül var ise ücrete hak kazanmaktadır. Diğer bir ifade ile kural olarak vekâlet sözleşmesinde vekil ücret hak etmez ancak sözleşme ya da teamül gereği aksi mümkündür¹⁶³. Bu nedenledir ki vekâlet

¹⁶⁰ Bkz. aşa. III/A/1/j.

¹⁶¹ Tandoğan, C.II, s. 356.

¹⁶² Tandoğan, C.II, s. 355 vd., Yavuz, s. 608 vd., Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 395 vd., Akipek, s. 32 vd.

¹⁶³ Tandoğan, C.II, s. 364, 365., Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 422, Yavuz, s. 616, 617.

sözleşmesi hizmet ve istisna sözleşmelerinin aksine eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşme olarak kabul edilmektedir¹⁶⁴.

Bu noktada çalışma konumuzu da ilgilendirmesi nedeniyle vekâlet sözleşmeleri ile ilgili bir tartışmaya değinilmesinde yarar bulunmaktadır. TBK md. 502/2 hükmünde *“Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.”* denilmektedir. Bu hüküm eski BK döneminde de yer almaktaydı. Bu hüküm nedeniyle doktrin ve yargı kararlarında işgörme sözleşmelerinde sınırlı sayı prensibinin olup olmadığı tartışması bulunmaktadır. Şöyle ki, anılan hüküm, Kanunda düzenlenmemiş her tür işgörme sözleşmesine vekâlet sözleşmesi uygulanacağını ifade ederken, Kanunda yer alan işgörme sözleşmeleri dışında başka bir sözleşme yaratılıp yaratılmayacağı tartışmasını başlatmıştır. Anılan hüküm nedeniyle irade serbestîsi çerçevesinde taraflar vekâlet hükümlerinin uygulanmayacağı bir işgörme sözleşmesini düzenleyip düzenleyemeyecekleri açık değildir. Doktrinde baskın olarak kabul edilen görüşe göre vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerden sıyrılarak kendine has özellikleri ve yapısı bulunan bir işgörme sözleşmesi yapmak mümkündür. Bu tip sözleşmelere de gerekiyorsa vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin gerekiyorsa başka işgörme sözleşmelerine ilişkin hükümlerin ya da kendine has yeni kurallar öngörmek suretiyle öngörülen bu yeni hükümlerin uygulanması mümkündür¹⁶⁵. Bu durumda da bağımsız denetim sözleşmelerinin hukuki niteliğinin Kanunda yer alan bir işgörme sözleşmesi olarak belirlenememesi halinde bu tip sözleşmelere vekâlet sözleşmesi hükümlerinin doğrudan uygulanması kabul edilemez.

Aksi görüş kanun koyucunun söz konusu düzenleme ile TBK’nun temel felsefesi olan irade serbestîsi ilkesi ile çelişecektir. Kanun koyucunun bu hüküm ile kanun dışında yer alan bir işgörme sözleşmesine mahiyeti uyduğu sürece vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanmasını istediği anlaşılmaktadır. Ancak vekâlet sözleşmeleri kendine has özellikleri, kuruluşu, unsurları, sona ermesi gibi özellikleri bakımından pek çok işgörme sözleşmesine uygulanmaya müsait hükümler içermemektedir. Kaldı ki, kanunda yer alan diğer işgörme sözleşmeleriyle bile aralarında temel farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle taraflar arasında yapılan ve kanunda yer almayan tipteki bir işgörme sözleşmesine vekâlet değil hizmet ya da

¹⁶⁴ Aral, s. 227., Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 391., Yavuz, s. 620., Akipek, s. 43.

¹⁶⁵ Tandoğan, C.II, s. 384, 385, Yavuz, s. 613, 614. TBK’nun yasalaşma sürecinde Adalet Komisyonu tarafından önerilen metin ve hazırlanan raporda Kanunun 502/2 hükmünün hükümet tasarısındaki hali ile aynen kabul edilmesi benimsenmiştir. Hükümün gerekçesinde de söz konusu tartışmaya ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır.

eser sözleşmelerinden birine daha yakın olabilecek ve ona ilişkin hükümleri kıyasen uygulamak gerekebilecektir. Hatta taraflar arasındaki sözleşmenin unsurları öyle belirlenebilir ki, Kanunda yer alan tüm işgörme sözleşmelerinden hiçbirine benzemeyebilir. Bu durumda da bu tip sözleşmelere vekâlet ya da diğer işgörme sözleşmesine ilişkin hükümleri kıyasen uygulamak haksız sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle bu tip sözleşmelerin kendine has özellikleri çerçevesinde sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması gerekebilecektir.

Güven unsuru vekâlet sözleşmelerinde hizmet sözleşmelerinden daha fazla önem arz etmektedir. Zira bu sözleşme ile vekâlet veren, kendisinin yapabileceği bir eylem yahut işlemi kendisi adına ve/veya hesabına hareket eden başka bir kişi tarafından yerine getirilmesine izin vermektedir. Genellikle konusunda uzman olan kişiler ile yapılan bu sözleşmelerde vekâlet alanın sır saklama yükümü, hesap verme yükümü, kural olarak işi bizzat yerine getirme yükümü bu anlayışın bir uzantısıdır. Vekâlet veren kişi hem vekilinin kişiliğine hem de uzmanlığına güvenmelidir.

Bu açıklamalar çerçevesinde bağımsız denetim sözleşmesi ile vekâlet sözleşmesi arasındaki ilişkiye bakılacak olur ise iki sözleşme arasındaki benzerlik ve farklılıklar olduğu görülmektedir.

İki sözleşme arasındaki benzerlik güven unsurudur. Şöyle ki, her ne kadar vekâlet sözleşmesinin bir zorunlu unsuru olmasa dahi sözleşmenin muhteviyatı gereği bulunması gereken tarafların birbirlerine güven tesis etmesi gerekliliği bağımsız denetim sözleşmesinde de bulunmaktadır. Bağımsız denetim sözleşmesi uyarınca finansal tablolarını denetlettirecek olan ortaklığın denetçinin uzmanlığına ve objektifliğine güvenmesi gerekmektedir. SPK'r Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 3. Kısım md. 4/1 uyarınca denetlenen ortaklık denetçi seçiminde onun uzmanlık, imkân ve deneyimlerini dikkate almalıdır. Buna karşılık da denetim kuruluşları da sahip oldukları imkân, uzmanlık ve organizasyon olarak da gerçekleştiremeyecekleri denetim faaliyetleri kabul etmemeleri gerekmektedir. Bu amaçla da denetim sözleşmesi imzalamadan önce denetlenen ortaklık ve onu etkileyen diğer unsurlar hususunda bir ön inceleme yaparak karşılaşacağı riskleri, denetimin kapsamını ve planlamasını belirlemek durumundadır. Keza, denetim kuruluşlarının denetlenen ortaklık ile bilgi ve belge paylaşımı yahut ücretinin ödenip ödenmemesi konusunda sorun yaşamayacağını öngörmesi gerekmektedir.

Vekâlet sözleşmesi ile bağımsız denetim sözleşmesi arasındaki farklılıklar ise daha fazladır. Şöyle ki,

Öncelikle, vekâlet sözleşmesinin konusu vekil verenin bir işinin veya işleminin yerine getirilmesidir. Bağımsız denetim sözleşmesi özelinde ortaklığın finansal tabloları üzerinde bağımsız denetim yapma işi ortaklığın yapabileceği bir iş değildir. Bu nedenle, ortaklığın vekiline bırakabileceği bir durum söz konusu değildir. Diğer bir ifadeyle, bağımsız denetim faaliyeti ortaklığın normalde yapamayacağı bir iş olup, vekâleten bağımsız denetçiye bırakılamadığı için vekâlet sözleşmesinin konusunu teşkil etmemektedir.

Vekâlet sözleşmesi edim sonucunun taahhüt edilmediği bir işgörme sözleşmesidir. Sözleşmenin tanımında da ifade edildiği üzere sözleşmeden kaynaklanabilecek sonucun elde edilip edilmemesi riski vekâlet verene aittir¹⁶⁶. Vekilin borcu, sözleşme gereği ifa edeceği edimi özen, sadakat ve vekâlet verenin talimatları çerçevesinde yerine getirmektedir. Bu şekilde hareket ettikten sonra belirli bir sonuç elde etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bağımsız denetim sözleşmelerinde ise edim konusu denetim faaliyetlerinin belirlenen standartlar çerçevesinde yerine getirilmesi ve elde edilen sonuçların rapora bağlanmasıdır. Bu anlamda denetim raporu, denetim faaliyetlerinin sonucudur. Her denetim faaliyetinde bir sonuç olmak zorundadır. Rapor yazılmaksızın, denetim faaliyetlerinin bağımsız denetim sözleşmesi çerçevesinde ifa edilmesi mümkün değildir. Bu nedenle bağımsız denetim sözleşmeleri, vekâlet sözleşmesinden farklı olarak edim sonucunun taahhüt edildiği bir sözleşmelerdir.

Bu noktadan hareketle bir diğer farklılık da, vekâlet sözleşmesinde edimin ne sürede ifa edilmesi gerektiğidir. Vekâlet sözleşmelerinde, vekil kural olarak belli bir süre ile sınırlı olmaksızın edimini yerine getirecektir. Bağımsız denetim sözleşmelerinde ise denetçi denetlediği finansal tabloları en geç genel kurul toplantısından onbeş gün öncesinde pay sahiplerine sunulması gerekmektedir (TTK md. 437/1, SPKı Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 2. Kısım md. 24/2). Ayrıca Kurul (II-14.1) sayılı Tebliği md. 10/1 uyarınca bağımsız denetim raporlarının hesap dönemini takip eden kural olarak 60 gün¹⁶⁷ içerisinde kamuya duyurulması gerekmektedir. Bu nedenle anılan süreden önce denetim raporunun ortaklığa teslim edilmiş olması gerekmektedir.

¹⁶⁶ Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 388., Tandoğan, C.II, s. 356., Yavuz, s. 615-616.

¹⁶⁷ Konsolide finansal tablo söz konusu ise bu süre 70 gündür. Çalışmamızda bu farklılığı esas almaksızın bu hususta 60 günlük süreyi baz almaktayız.

Keza, vekâlet verenin talimatlarına uygun olarak vekilin davranması yükümü (TBK md. 505) denetimin bağımsızlığı ile uyum içerisinde değildir. Vekâlet sözleşmelerinde vekilin nispi olarak bağımsız olduğundan bahsedilmektedir¹⁶⁸. Denetim faaliyetlerinin denetlenen ortaklık talimatlarına uygun olarak ifa edilmesi ve denetçinin nispi bağımsızlığının kabul edilmesi ise bağımsız denetim anlayışı ile bağdaşmamaktadır. Denetçi bir etik kuralı¹⁶⁹ olarak faaliyetlerini bağımsız, tarafsız ve objektif olarak yürütmek zorunda olup, bu özelliklerini yitirmesine yol açacak olan denetlenen ortaklığın talimat vermesi, çalışma ortamını ve süresine ilişkin olumsuz davranışlarının bulunmaması gerekmektedir.

Diğer bir farklılık da ücret konusundadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere vekâlet sözleşmelerinde ücret TBK md. 502/3 uyarınca sözleşmenin geçerliliği için bulunması gereken bir şart değildir. Bağımsız denetim sözleşmelerinde ise ücret, sözleşmenin en önemli unsurları arasında yer almakta olup, sözleşmede bulunması gereken zorunlu unsurlar arasında yer almaktadır. Ücret hususu denetçinin bağımsızlığı bakımından da önemli olarak addedilmiş ve ücret konusundaki sorunların bağımsızlığı ortadan kaldıran haller arasında yer verilmiştir.

Bu başlık altında değerlendirilmesi gereken bir diğer husus da vekâlet sözleşmesinde vekilin vekâlet verenin menfaatlerine hareket etmesi gerekmekte olup, bağımsız denetim sözleşmesinde vekil konumunda olduğu düşünülen denetçinin kimin menfaatine hareket etmesi gerektiği hususudur. Diğer bir ifade ile bağımsız denetim sözleşmelerinde vekâlet veren kimdir? Denetçi denetim faaliyetlerini kimin adına yapmaktadır? Bu hususta açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte denetim faaliyetleri sonucundan kimin yararlandığına bakılarak bir sonuca ulaşmak mümkündür. Denetim faaliyetleri, denetlenen ortaklık menfaatine sonuçlar doğurabilecektir. Şöyle ki, denetim sonucunda ortaklık eksik yönlerini, iç denetimindeki boşluklarını ya da iş risklerini yönetme bakımından denetim sonucundan yararlanabilecektir. Kaldı ki, denetim faaliyetlerinin gerçekleştirilmesi ile ortaklık SPKn'ndan ileri gelen bir yükümlülüğü yerine getirmiş olmaktadır. Öte yandan,

¹⁶⁸ Tandoğan, C.II, s. 374-375. Nispi bağımsızlık unsurunun olmaması halinde bir vekâlet değil hizmet sözleşmesinden bahsedilecektir.

¹⁶⁹ ISA 200 Standardının 14 üncü paragrafı bu hususa ilişkindir. KGK tarafından 13.10.2013 tarih ve 28794 sayılı RG'de yayınlanan BDS 200 Standardının 14 üncü paragrafı da aynı hususu düzenlemektedir. Ayrıca IFAC bünyesindeki bir kurul olan Muhasebeciler için Uluslararası Etik Standartları Kurulu (IESBA-The International Ethics Standards Board for Accountant) tarafından yayınlanan kurallar, 1 Ocak 2011 tarihinden itibaren yürürlükte olacak şekilde bağımsızlık konularında revize edilmiştir. Bu kuralların 290 ve 291 nci bölümleri denetçinin bağımsızlığına ilişkin detaylı kuralları içermektedir. Bkz. Web: <http://www.ifac.org/publications-resources/2010-handbook-code-ethics-professional-accountants> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

denetim faaliyetleri sonucundan denetlenen ortaklık pay sahipleri de açık bir şekilde yararlanabilecektir. Ortaklar, denetim faaliyetleri sonucunda ortaklığa bıraktıkları sermayelerinin ne durumda olduğunu ya da ne şekilde yönetildiğini öğrenecekler ve yatırımlarının karlılığı ya da zararı konusunda bilgi edineceklerdir. Denetim faaliyetlerinden ortaklar dışındaki kişiler (*outsiders*) de yararlanabilecektir. Şöyle ki, şirket ortağı olmayı planlayan müstakbel yatırımcı-ortaklar, şirkete borç veren ya da borç verecek olan müstakbel borçlanma aracı sahipleri, şirketin tedarikçileri-alacaklıları da denetim raporu sonucundan faydalanan grup içerisinde yer almaktadırlar¹⁷⁰. Şimdi denetçi bu kişilerden hangisinin adına ve menfaatine hareket etmektedir. Cevabı vermek kolay olmamakla birlikte, cevabın sadece bir gruba inhisar ettirilemeyeceği kolaylıkla söylenebilecektir. Denetçinin bir kişi ya da grubun menfaatlerini gözetmekten ziyade bir durum tespiti yapmakla yetindiği göz önüne alındığında bağımsız denetim sözleşmesinin bir vekâlet sözleşmesi olmadığı açıktır.

(3) Bağımsız Denetim Sözleşmesi ile Eser Sözleşmesi Arasındaki İlişki

Eser sözleşmesi, TBK md. 470 hükmünde “*yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Eser sözleşmelerinin esaslı unsurları eser meydana getirme ve ücrettir. Eser sözleşmelerinde, bir işgörme edimi sonucunda bir eser meydana getirilmesi taahhüt edilmektedir. Bu nedenle de bu sözleşmelerde edim sonucu, edim fiilinden daha önemlidir¹⁷¹.

Eser sözleşmesinin esaslı unsuru olan “eser” kavramı üzerinde doktrinde bir birlik bulunmamaktadır. Mülga 818 sayılı Borçlar Kanun’unda eser sözleşmeleri istisna sözleşmeleri olarak adlandırılmış ve esaslı unsur olarak “bir şeyi imal etme” kavramı kullanılmış idi¹⁷². Söz konusu kelime sadeleştirilmesinden başka bir değişiklik yapılmaması

¹⁷⁰ Aslında bu grubu finansal tablonun kullanıcıları olarak ifade etmek gerekir. TMS Kavramsal Çerçeve’sinin 9 uncu paragrafı uyarınca yatırımcılar, çalışanlar, borç verenler, satıcı ve diğer tedarikçiler, müşteriler, hükümetler ve kamu işletmeleri ile kamu finansal tablonun kullanıcıları içerisinde yer almakta olup, bu finansal tabloların bağımsız denetimden standartlara uygun olarak geçirilmesi onları da ilgilendirmektedir.

¹⁷¹ Yavuz, s. 491., Tandoğan, C.II, s. 1.

¹⁷² TBK md. 470 hükmünün gerekçesinde “imal etme” kavramı yerine “meydana getirme” kavramının kullanılması ile mevcut bir eserin üzerindeki değişikliklerin de bu sözleşme kapsamında olabileceği ifade edilmiştir. Keza “şey” kavramı ile ifade edilmek istenenin “eser” olduğu ifade edilerek yeni metnin bu doğrultuda kaleme alındığı belirtilmiştir. Doktrinde aynı gerekçeler ile “imal” kavramı yerine “ortaya koyma” yahut “husule getirme” ifadesinin; “şey” ifadesi için de “eser” ifadesinin kullanılması gerektiği ifade edilmekte idi. Tandoğan, C.II, s. 2, 22-23., Aral, s. 189., Tunçomağ, K. (1997). *Türk Borçlar Hukuku C. II, Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, s. 955-956.

nedeniyle eski Kanun döneminde tartışılan bir husus yeni kanun döneminde de devam etmektedir. Buna göre bir kısım yazarlar¹⁷³ eser kavramı ile ifade edilmek istenen hususun maddi varlığa sahip olan şeylere özgülemektedir. Bugün, kanaatimizce de haklı olarak, doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşe göre ise eser sözleşmeleri ile meydana getirilecek olan eser, maddi varlığı olmayan varlıkları da kapsayacak şekilde kabul edilmektedir¹⁷⁴. Bu görüşü savunan yazarlar tarafından eser kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ileri sürmekte olup, bu şekilde “fikri istisna” sözleşmesi kavramına ulaşılmıştır. Buna göre de emek ürünü olan ve maddi varlığı bulunmayan sonuçların da eser sözleşmesi içerisinde yer alması gerektiği savunulmaktadır¹⁷⁵. Bununla birlikte ikinci görüşü savunan yazarlar arasında maddi olmayan varlıkların eser sayılabilmesi için fikri istisna kavramının sınırlandırılması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu sınırlamalar, (a) maddi olmayan bir sonucun mahiyeti bakımından bir çalışma sonucu olarak vaad edilmeye elverişli olması ve (b) istisna sözleşmesine ait kuralların maddi olmayan sonucun belirli ölçüde cisimleşmesidir¹⁷⁶. Bu şartlar altında, bir mimari eser gibi cisimleşmemekle birlikte maddi olmayan bir sonucun sürekli olarak varlığını sürdürebilmesi ve objektif olarak tespitini mümkün kılmaya yaramaktadır. Buna göre de belli bir zaman bir taşınmazın idaresi bir eser sözleşmesinin konusu olamazken, bir mağaza vitrinin düzenlenmesi bir eser sözleşmesine konu olabilecektir. Sonuç olarak, objektif olarak tespiti mümkün, insan emeğinin ürünü olan, önceden objektif olarak taahhüt edilebilen ve sonradan denetlenebilen maddi yahut maddi olmayan bir sonucun meydana getirilmesi eser sözleşmesinin konusu olabilecektir¹⁷⁷. Buna

¹⁷³ Tandoğan, C.II, s. 3, dn. 9. ve 19-20., Yavuz, s. 492, dn. 12’de yer alan yazarlar. Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 353.

¹⁷⁴ Tunçomağ, s. 953., Aral, s. 191., Yavuz, s. 492, dn. 13’te yer alan yazarlar. Bilgili, F. (2007). Yükleme ve Boşaltma İşlerinin Eser Sözleşmesine Konu Olup Olmaması Sorunu-Eser Unsuru Açısından Bir Değerlendirme, *Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN’e Armağan*, C.II, s. 1753,1754.

¹⁷⁵ TBK md. 502/2 hükmündeki bu Kanunda yer almayan işgörme sözleşmelerine vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağına yönelik düzenleme nedeniyle, bu tip sözleşmelerin vekâlet sözleşmesi olması gerektiğinden hareket eden İsviçre Federal Mahkemesi ve aynı yöndeki GAUTSCHI tarafından ileri sürülen görüşe karşılık JAGGI tarafından fikri bir çalışma sonucunun borçlanıldığı sözleşmelerin hemen vekâlet olarak tanımlanmaması gerektiği (Federal Mahkemenin bu yönde kararları olduğunu ifade ederek) ileri sürülmüştür. Bu görüşün bir uzantısı olarak da, maddi varlığa sahip olmayan bir eser meydana getirmeyi konu alan bu tür kendine özgü işgörme sözleşmesinin “fikri istisna sözleşmesi” olarak tanımlanması sonucuna ulaşılmıştır. İki yazar arasındaki görüş farklılıkları için bkz. Tandoğan, C.II, s. 7-14. Fikri istisna kavramı için ayrıca bkz. Yavuz, s. 493., Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 353.

¹⁷⁶ Tandoğan, C.II, s. 21-22., Yavuz, s. 494-495., Aral, s. 192-194.

¹⁷⁷ Tandoğan, C.II, s. 4, dn. 16’da yer alan Federal Mahkeme kararı, Yavuz, s. 494., Kurşat, Z. (2009). Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükümü, *İÜHFM*, C. 62, S.1-2, s. 148-149.

göre de plan hazırlamak, rapor ve mütalaa vermek gibi maddi olmayan sonuçlar da eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilecektir¹⁷⁸.

Eser sözleşmesinin ikinci esaslı unsuru ise ücrettir. Vekâlet sözleşmesinden farklı olarak eser sözleşmeleri tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup, iş sahibinin iş gören tarafa ücret ödemesi zorunlu bir unsur teşkil etmektedir. Ücret ödenmemesi halinde eser sözleşmesi, vekâlet sözleşmesi ya da isimsiz bir sözleşme olarak kabul edilmektedir¹⁷⁹. Ücretin ne şekilde belirleneceği önemli olmadığı gibi nakit olarak ödenmesi de zorunlu değildir¹⁸⁰.

Bağımsız denetim sözleşmelerinin perspektifinden bakıldığında, bağımsız denetim sözleşmesinin de sonuç elde etmeye yönelik olduğu ve bir ücret karşılığında yapıldığı kabul edilerek, bu sözleşmelerin doğrudan eser sözleşmesi olarak nitelendirmek doğru bir yaklaşım olmayacaktır. İki sözleşme arasında diğer iki tür işgörme sözleşmelerine göre daha fazla benzerlik bulunmakla birlikte ciddi farklılıklar da bulunmaktadır.

Yukarıda da ifade edildiği üzere bağımsız denetim sözleşmesi ile belirlenen standartlar çerçevesinde yürütülen denetim faaliyetlerinden elde edilen sonuçlar bir rapora bağlanarak denetlenen ortaklık yöneticilerine sunulur ve kamuya duyurulur. Bir raporun hazırlanması bir bedeni çalışmadan ziyade fikri bir çalışmayı gerektirmektedir. Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde maddi varlığı olmayan bu fikri çalışma, raporlanma ile birlikte maddi bir varlığa sokularak cisimleştirilmektedir. Ayrıca, bu fikri faaliyet bağımsız denetim raporu ile devamlılık arz eden bir niteliğe sahiptir¹⁸¹. Bu şekilde de rapor objektif olarak tespit edilebilen ve bağımsız bir hukuki varlık olarak eser sözleşmesine konu olabilecek niteliğe kavuşmaktadır.

Eser sözleşmesinde olduğu gibi bağımsız denetim sözleşmeleri de tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bağımsız denetçinin denetim faaliyeti ve bunu raporlaması şeklindeki borcuna karşılık, denetlenen ortaklığın da denetçiye ücret ödeme borcu bulunmaktadır. Taraflarca serbestçe belirlenecek olan ücretin bir asgari tarifesi bulunmaktadır. Bağımsız denetçilerin YMM veya SMMM olmaları zorunluluğu nedeniyle

¹⁷⁸ Bir doktorun bir hastanın sağlık durumunu tespit eden rapor vermesinin eser sözleşmesi olduğu yönündeki kararlar için bkz. Tandoğan, C.II, s. 6-7., Yavuz, 494.. Benzer şekilde fizibilite raporunun hazırlanmasının bir eser sözleşmesi olduğuna ilişkin Yargıtay kararı için bkz. Karahasan, M. R. (2004). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul, C. 4, s. 826.

¹⁷⁹ Tandoğan, C.II, s. 24., Tunçomağ, s. 956., Aral, s. 195.

¹⁸⁰ Tandoğan, C.II, s. 28.

¹⁸¹ Köksal, s. 83.

her yıl Maliye Bakanlığı tarafından yayınlanan asgari ücret tarifesine göre belirlenen ücreti nakden ödenir¹⁸². Ancak burada eser sözleşmesinden farklı olarak bağımsız denetim sözleşmesinde ücretin nakit olarak ödenmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Hâlbuki eser sözleşmelerinde böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Öte yandan, bağımsız denetim sözleşmelerinde nakit dışında bir edim ifası denetçinin bağımsızlığını etkileyecek nitelikte olabilecektir. Şöyle ki, bağımsız denetim ücretinin piyasa rayicinden farklı olması, denetçinin denetlenen ortaklık ile bir menfaat ilişkisine girmesi ya da alacak-borç ilişkisine girmesi KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 22/3 ve SPKı düzenlemeleri uyarınca denetçinin bağımsızlığını etkileyen hususlar arasında belirtilmiştir.

Eser sözleşmelerinden farklı olarak bağımsız denetim sözleşmesinde edim konusu olan eser (denetim raporu) kesin olarak belirlenmiş bir süreden önce bitirilmelidir. Bu süreden önce teslim edilmesini ise taraflar belirleyebilirler.

Eser sözleşmesinde TBK md. 471/2 uyarınca edim fiili kural olarak bizzat iş gören tarafından ya da onun gözetiminde yapılmalıdır. Ancak iş görenin kişisel becerilerinin önemli olmadığı hallerde işi başkası da yapabilir. Bağımsız denetim faaliyeti bağımsız denetçiler tarafından yürütülür ve denetçilerin kimler olduğu sözleşmede yer alır. Bağımsız denetim faaliyetini yürütecek olan denetçinin kişisel özellikleri bağımsız denetim sözleşmesinde önem arz eden bir husustur.

Eser sözleşmeleri, diğer iş görme sözleşmelerine nazaran iş gören taraf bakımından daha zayıf bir tabiiyet ilişkisini öngörmektedirler. TBK md. 471 uyarınca iş gören taraf iş sahibinin haklı menfaatlerini gözetmeli, özen ve sadakat yükümlülüğü uyarınca hareket etmek durumundadır. İş gören tarafın özen borcunda da objektif bir kıstas belirlenerek, benzer alanlardaki işleri üstlenen basiretli bir diğer iş görenin göstermesi gereken mesleki ve teknik kurallara uygun davranışının esas alınması benimsenmiştir. Bununla birlikte iş gören tarafın bağımsızlığı eser sözleşmelerini ayırt eden temel bir özelliktir. Buradaki bağımsızlık tam bir bağımsızlığı ifade etmemektedir¹⁸³. Zira iş sahibinin iş görene talimat verme hakkı bulunmaktadır. Ancak iş görenin ihtarına rağmen bu talimatlar nedeniyle eserde bir ayıp meydana gelir ise iş sahibi ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan haklarını

¹⁸² 2015 yılı için belirlenen tarife 31.12.2014 tarih ve 29222 sayılı RG’de yayınlanmıştır. Ayrıca KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 32/2 uyarınca Kurum tarafından denetim ücreti tarifesi bilerlenebileceği düzenlenmiş olup, çalışma tarihimiz itibarıyla Kurum tarafından yayınlanan bir tarife bulunmamaktadır.

¹⁸³ Yargıtay buradaki bağımsızlığın belirlenmesinde “her an ve durumda çalışanı denetleme veya buyruğuna göre edimini yaptırma olanağını işverene tanıyan, çalışanın, edimi ile ilgili buyruklar dışına çıkma olanağı bulamayacağı nitelikte bağımlılık” olmamasını esas almaktadır. Karar için bkz. Tandoğan, C.II, s. 37-38.

kullanamayacaktır (TBK md. 476). Bağımsız denetim sözleşmelerinde ise öncelikle ifade edilmelidir ki, işin görülmesi bakımından denetlenen ortaklığın herhangi bir talimat vermesi söz konusu olmayacaktır. Bağımsız denetim sözleşmelerindeki denetçinin bağımsızlığı tam ve mutlaktır. Bu bağımsızlık herhangi bir talimat almayı dışladığı gibi, eser sözleşmelerinin aksine denetçinin denetlenen ortaklık menfaatlerini dikkate almamasını da gerektirmektedir. Bu çerçevede, denetçinin denetlenen ortaklığa karşı bir sadakat yükümlülüğü de bulunmamaktadır. Ancak denetçinin denetlediği ortaklığa karşı bir özen borcu bulunmaktadır. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 21/1-c ve SPKr Faaliyet Tebliği Taslağı md. 15 ile Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 2. Kısım md. 14 uyarınca denetçi, denetim faaliyetlerinin planlanmasından sonuçlandırılmasına kadar gerekli mesleki özen ve titizliği göstermek ve buna raporunda yer vermek zorundadır. Burada da eser sözleşmelerinde olduğu gibi objektif bir kıstas belirlenerek denetçinin, basiretli bir bağımsız denetçinin aynı koşullar altında nasıl davranacağı ölçüt olarak belirlenmiştir. Ayrıca özen borcundan kaynaklanan sorumlulukta denetim standartlarının tamamına uyumlu davranma asgari bir ölçüt olarak belirlenmiştir.

Sözleşmenin sona ermesi, sözleşmelerin içeriğinin ve karşı tarafının belirlenmesindeki sınırlamalar, üçüncü kişilere karşı olan sorumluluk gibi bağımsız denetim sözleşmesinin özellikleri hususlarında yukarıda yapılan açıklamalar eser sözleşmesi bakımından da geçerli olup, bağımsız denetim sözleşmesi ile eser sözleşmeleri arasındaki diğer farklılıklar olarak değerlendirilmektedir.

Eser sözleşmesi ile bağımsız denetim sözleşmesinin amaçsal bakımından karşılaştırıldıklarında da aralarında bir farklılık olduğu sonucuna varılabilecektir. Şöyle ki, eser sözleşmesinde işgören tarafın taahhüt ettiği sonuç işverene ait bir eser niteliğindedir. Bağımsız denetim sözleşmelerinde ise sözleşmenin sonucunu olan bağımsız denetim raporu sadece denetlenen ortaklığa ait bir eser olarak değerlendirilemeyecektir. Bu rapor, ortaklık yanında kişiler ve kamu idaresini de ilgilendirmekte olup, kamuya duyurulmaktadır. Bu nedenle, bu sözleşmelerin konusunu ve taahhüt edilen sonuçları arasında amaçsal bir farklılık bulunmaktadır.

Sonuç olarak, eser sözleşmesi bakımından zorunlu unsurları teşkil eden eser ve ücret kural olarak bağımsız denetim sözleşmeleri ile eser sözleşmeleri birbirlerine benzemektedirler. Ancak ücretin nakit olması, sözleşmenin içeriğini ve taraflarını belirlemedeki irade serbestisinin sınırları, iş gören tarafın mutlak bağımsızlığı, eser

(sonucun) amaçlarının farklı olması, özen ve sadakat borcu gibi hususlardaki farklılıklar aslında bu iki sözleşmenin birbirinden oldukça farklı olduğunu ortaya koymaktadır. Bu nedenle de bağımsız denetim sözleşmelerini bir eser sözleşmesi olarak değerlendirmek mümkün değildir¹⁸⁴.

c) Kanaatimiz

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde bir işgörme sözleşmesi niteliğinde olan bağımsız denetim sözleşmesini tarafları ve bunların hak ve yükümlükleri perspektifinden değerlendirildiğinde TBK içerisinde yer alan işgörme sözleşmelerinin tip alanına sığdırmak mümkün değildir. Özellikle bağımsız denetim sözleşmesinin bağımsızlık unsuru ve üçüncü kişileri de etkilemesi bu sonuca varılmasında etkindir.

Bu değerlendirme neticesinde bağımsız denetim sözleşmesinin atipik isimsiz (sui generis) bir sözleşme olduğu sonucuna varmaktayız. Bağımsız denetim sözleşmesini doğuran ihtiyaçlar, unsurlarındaki farklılaşma, koruduğu menfaat dengesi onu atipik bir sözleşme haline getirmektedir. Yukarıda da ifade edildiği üzere sözleşmelerin sui generis olması ile atipikliği arasında muhtemel bir ilişki bulunmaktadır. Bu şekilde nitelendirilecek bir sözleşmede yer alan boşlukların ne şekilde doldurulacağı önem arz etmektedir. Sözleşmelerin tamamlanması ve yorumlanmasında atipikliğin artması ile taraf iradelerinin ön plana çıkması arasında bir paralellik bulunmaktadır¹⁸⁵. Tamamlanma yöntemi hususunda ise isimsiz sözleşmelerin yorum ve kıyas yoluyla tamamlanması mümkündür¹⁸⁶.

İsimsiz sözleşmelerde atipikliğin artması ile sözleşme boşluklarının doldurulmasında öncelikle taraf iradelerine başvurulmalıdır. Taraflar bu konuda bir kural koymamışlar ise hâkimin TBK'daki genel hükümler ile TTK, SPKn ve KGK düzenlemelerine başvurması, daha sonra TBK'daki özel hükümlere o da olmaması halinde ticari örf ve adeta başvurması mümkündür. Bu noktada bağımsız denetim sözleşmelerinin bir parçası olan bağımsız denetim standartları aracılığı ile sözleşme boşluklarının doldurulması mümkün olup, taraf iradelerinin bu yönde olduğu kanaatindeyiz. Denetim standartları sözleşmenin bir parçasını teşkil etmektedir. Zira TTK md. 397 uyarınca bağımsız denetim TDS çerçevesinde yürütülecek bir faaliyettir. Bu aşamadan sonra borçlar hukukuna ait genel hükümler ve

¹⁸⁴ Aksi görüş için bkz. Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 428, No. 1727., Özkorkut, s. 276.

¹⁸⁵ Ozanoğlu, *Yeni Sözleşme Tipleri*, s. 387, 397.

¹⁸⁶ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Oktay, s. 279 vd. İsimsiz sözleşmelerdeki boşlukların doldurulması hususunda izlenecek yöntemler hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ozanoğlu, *Yeni Sözleşme Tipleri*, s. 400 vd.

devamına bakılmalıdır. Bu aşamalara rağmen boşluk doldurulamıyor ise hâkim tarafından sözleşmenin ruhuna, sözleşme adaletinin gerekliliklerine, kanun koyucunun amacına vs. de bakılmak suretiyle hukuk yaratılması mümkündür.

D. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ'NİN UNSURLARI

Kanun koyucu tarafından ismi zikredilmekle birlikte, bağımsız denetim sözleşmesi unsurları belirtilmek suretiyle tanımlanmamıştır. Bu nedenle bağımsız denetim sözleşmesinin unsurlarının belirlenmesinde TTK'da yer alan hükümlerin yanında SPKn ve diğer alt düzenlemelere de bakılması gerekmektedir.

TBK md. 1 uyarınca sözleşmeler tarafların karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarının açıklanması ile kurulur. Tarafların iradelerinin uyuşması sözleşmenin unsurları üzerine olmak durumundadır. Sözleşmenin unsurları ise esaslı noktalar ile yan noktalar olmak üzere ikiye ayrılır. Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmaları yeterli ve gereklidir. Sözleşmelerin esaslı unsurları, tarafların üzerinde anlaşmak zorunda oldukları ve sözleşmenin tipi için zorunlu olan unsurlardır¹⁸⁷. Sözleşmelerin esaslı unsurları sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan asgari unsurları ifade etmektedir¹⁸⁸. İsimli sözleşmelerde esaslı noktalar ise sözleşmenin mana ve niteliğinden anlaşılmaktadır¹⁸⁹. Bunun dışındaki ikinci derecedeki yan noktalar üzerinde uyuşma sözleşmenin kurulması için zorunluluk değildir. Bir hususun esaslı ya da yan nokta olduğu anlaşmazlık halinde hâkim tarafından belirlenmektedir (TBK md. 2).

1) Esaslı Unsurlar

Bağımsız denetim sözleşmesinin esaslı unsurları denetçinin iş görme borcu ile ortaklığın ücret borcudur. Ancak KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29 hükmünde ve BDS - ISA 210'da bağımsız denetim sözleşmesinin bir takım zorunlu unsurlarından bahsedilmiştir. Bu hususların, sözleşmede yer almasının zorunlu tutulması nedeniyle bu başlık altında değerlendirilmesi gerekmiştir.

¹⁸⁷ Eren, s. 209.

¹⁸⁸ Bu noktalara objektif esaslı unsurlar da denilmektedir. Eren, s. 210-211., Oğuzman, Öz, s. 64., Tekinay, Akman, Altop, Burcuoğlu, s. 75., Kılıçoğlu, s. 55.

¹⁸⁹ Eren, s. 211.

Çalışmamızın kapsamı da dikkate alınmak suretiyle bunlardan önemli gördüklerimizin kısaca açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

- Finansal tabloların bağımsız denetiminin amacı ve dönemi (KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-b, SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 3. Kısım md. 5/2-a, BDS-ISA 210/10-a):

Finansal tabloların bağımsız denetimi yıllık, sınırlı ve özel denetim olarak üçe ayrılmaktadır¹⁹⁰. Her tür bağımsız denetimin amacı ve kapsamı farklıdır. Bu amaç ve kapsam doğrultusunda tarafların hak ve yükümlülüklerinde değişiklik olabilmektedir.

Bağımsız denetim sözleşmeleri belli bir dönemdeki finansal tablolar üzerinden yapılmaktadır. Bu nedenle sözleşmede, üzerinde bağımsız denetim faaliyeti yürütülecek olan finansal tabloların hangi döneme ait olduğunun da belirtilmesi gerekmektedir.

- Denetlenen ortaklığın finansal tablolara ilişkin sorumluluğu (KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-ç, SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 3. Kısım md. 5/2-a, ISA 210/10-c, 12, BDS 210/10-b):

TTK md. 514 uyarınca anonim ortaklıklarda geçmiş döneme ait finansal tabloları muhasebe standartlarına uygun olarak hazırlama yükümlülüğü yönetim kurulundadır. Aynı husus SPKn md. 14/2 hükmünde de tekrarlanmıştır¹⁹¹. İşte bu hususun da bağımsız denetim sözleşmesinde belirtilmesi zorunludur. Kanaatimizce kanunda yer alan bu hususun bağımsız denetim sözleşmesinde yer alması gereken bir zorunlu unsur olarak belirtilmesi gerekli değildir. Ayrıca BDS-ISA 210/12 uyarınca kanunda yer alan bir hususun sözleşmede yer almasında bir zorunluluk bulunmadığı da ifade edilmiştir.

- Finansal Tabloların Hazırlanmasında Kullanılan Muhasebe Standartları (KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-d, SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 3. Kısım md. 5/2-c, BDS-ISA 210/10-d):

Bağımsız denetim faaliyetinin temel hedefi denetlenen ortaklığın finansal tablolarının kullanılan muhasebe standartlarına uygun olup olmadığının tespit edilmesidir. Bu nedenle denetim faaliyetinde bulunan denetçilerin muhasebe standartlarına da hâkim olmaları gerekmektedir. Denetlenecek olan finansal tabloların hangi muhasebe standardına göre

¹⁹⁰ Bkz. yuk. I/B/6/a.

¹⁹¹ Benzer bir düzenleme SPKr (II-14.1) sayılı Tebliği md. 9/1 hükmünde de yer almaktadır.

hazırlandığı bağımsız denetçi açısından önemli bir husus olup, bir yanlış anlaşılmanın önüne geçilmesi amacıyla kullanılan muhasebe standartlarının bağımsız denetim sözleşmesinde yer alması zorunludur.

- Bağımsız denetçinin uymakla yükümlü olduğu bağımsız denetim standartlarına atıf da dâhil olmak üzere bağımsız denetimin kapsamı (KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-b, SPKr Tebliği 3. Kısım md. 5/2-ç, BDS-ISA 210/10-a):

Denetim faaliyetleri belirlenen denetim standartları çerçevesinde yürütülmek durumdadır. Dolayısıyla denetlenecek olan ortaklığa, yapılacak edim fiili olan denetim faaliyetinin hangi kurallara göre gerçekleştirileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

Denetimin kapsamının da bağımsız denetim sözleşmesinde yer alması zorunludur. Denetimin kapsamından anlaşılması gereken denetimin amacına uygun olarak hangi finansal veriler üzerinde gerçekleşeceğinin belirlenmesidir. Eğer bu hususta bir belirleme olmaz ise bağımsız denetçi, denetim standartlarının her hükmünü uygulayarak denetlenen ortaklığın her finansal bilgisini denetlemek zorunda kalacaktır. Bağımsız denetimde kural olarak denetlenen ortaklığın tam set yıllık finansal tabloları¹⁹² bağımsız denetimin kapsamına girmektedir. Bunun yanında SPKr uygulamasında sınırlı bağımsız denetimde sadece ara dönem finansal tablolar bağımsız denetime tabi tutulmaktadır. Bunun dışında TTK md. 397/1 ve 398/1 uyarınca ortaklıkların finansal tabloları yanında yönetim kurulunca hazırlanacak yıllık faaliyet raporunun¹⁹³ da kısmen bağımsız denetimden geçirilmesini zorunlu tutmuştur.

- Bağımsız denetim faaliyeti sonucunda düzenlenecek olan denetim raporu türleri (SPKr Tebliği 3. Kısım md. 5/2-d, BDS-ISA 210/10-d):

¹⁹² SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ Başlangıç Hükümleri md. 4/1-e uyarınca finansal tablo kavramı dipnotlarıyla birlikte konsolide olanlar dahil bilanço, gelir tablosu, nakit akım tablosu ve özsermaye değişim tablosunu ifade eder. SPKr Tebliğ Taslaklarında ise finansal tablo kavramı dipnotlarıyla birlikte finansal durum tablosu, kapsamlı gelir tablosu, nakit akış tablosu ve özkaynak değişim tablosu ile Kurulun ilgili düzenlemelerinde öngörülen diğer tabloları; finansal rapor ise finansal tablolar ile yönetim kurulu faaliyet raporları ve sorumluluk beyanlarından oluşan raporları ifade etmektedir. TTK md. 68/3 uyarınca bilanço ve gelir tablosu yıllık finansal tabloları ifade eder. TTK md. 514 hükmünde ise TMS’de öngörülen finansal tablolar esas alınmıştır.

¹⁹³ Bu görev TTK md. 514 uyarınca yönetim kuruluna verilmiş olup, TTK md. 375/1-f uyarınca yönetim kurulunun devredilemez görevleri arasında yer almaktadır. Bu faaliyet raporları TTK md. 524 uyarınca finansal tablolar gibi kamuya açıklanırlar (bkz. yuk. dn. 37). Bu konuda 28.8.2012 tarih ve 28395 sayılı RG’de yayınlanan “Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik” bulunmaktadır. SPKr (II-14.1) sayılı Tebliğ md. 8 hükmü de halka açık ortaklıklara ilişkin faaliyet raporunun ne şekilde yapılacağı ve yayımı hususunu düzenlemektedir.

Bağımsız denetimin amaç ve kapsamına göre hazırlanacak olan bağımsız denetim raporu farklılık göstermektedir. Taraflar yıllık finansal tablolara ilişkin genel bağımsız denetim faaliyeti yanında özel amaçlı ya da sınırlı denetim de yapılması hususunda anlaşabilirler. Her birinin bağımsız denetimi sonucunda hazırlanacak olan denetim raporu farklıdır. Bu raporlar sırasıyla BDS-ISA 700, 800 ve SBDS/ISRE 2400-2410 standartlarında ele alınmıştır.

- *Bağımsız Denetçinin Sorumluluğu (KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-ç, ISA-BDS 210/10-b):*

Denetimin asıl amacı ortaklığın finansal durum ve performansını gösteren fotoğrafların gerçek durumu yansıtip yansıtmadığının tespiti ve ilgililere bildirilmesidir. Bağımsız denetim faaliyeti ortaklıkların finansal tabloları üzerinde yapılan bir faaliyet olup, ortaklıklarca bir yıl süresince yapılan yahut gerçekleştirilen ve finansal veri olarak tablolarda yer alması gereken her hususun tek tek incelenmesini gerektirmemektedir. Bu noktadan hareketle denetçinin tüm finansal olayları denetlemesi söz konusu değildir¹⁹⁴. Bu nedenledir ki, bağımsız denetimin tanımı yapılırken “makul güvence¹⁹⁵” sağlamasından bahsedilmektedir (BDS-ISA 200/17).

İşte bu nedenle bağımsız denetim sözleşmesinde “*bağımsız denetimin örnekleme yöntemiyle yapılan testlere dayanması, muhasebe ve iç kontrol sistemleri ile bağımsız denetimin doğasından kaynaklanan kısıtlamalar nedeniyle önemli yanlışlıkların ortaya çıkarılamaması gibi kaçınılmaz bir riskin söz konusu olduğu hususu*” sözleşmede yer alması gereken bir zorunlu unsur olarak değerlendirilmiştir¹⁹⁶.

¹⁹⁴ Örneğin denetlenen ortaklığın bir faaliyet dönemi içerisinde 200.000 adet tedarikçi faturası olsun. Bu durumda denetçinin tüm bu faturaların; konusunu teşkil eden malın alım ve teslim alma belgelerini karşılaştırması, doğru bir şekilde muhasebe gruplaştırıldığını, aritmetik olarak doğru olduğunu, doğru muhasebe kalemine işlendiğini, miktarlarının yapılan muhasebe kayıtlarında doğru bir şekilde yansıtıldığını, doğru bir dönem için muhasebeleştirdiği gibi hususların tamamına bakması gerekecektir. Bir kısmı denetlenen ortaklığın iç kontrol sistemini bir kısmı ise muhasebe politikaları ile ilgili olan bütün bu hususların bir denetçi tarafından bütün bu faturalara ilişkin olarak bu şekilde incelemesi mümkün değildir. Bu nedenle 20. yüzyılın ortalarından itibaren denetim faaliyetleri bakımından kabul edilen örnekleme yönetiminin kullanılması bir zorunluluktur. Bkz. Porter, Simon, Hatherly, s. 448-449.

¹⁹⁵ Makul güvence, bir bütün olarak finansal tabloların nitelik ve nicelik bakımından önemli bir yanlışlık içermediğine dair bir sonuca varmada yeterli ve uygun bağımsız denetim kanıtının toplanmasını ifade etmektedir. SPKr Tebliği 1. Kısım md. 6/1. Ayrıca bkz. BDS-ISA 200/5.

¹⁹⁶ Bu husus, her ne kadar BDS 210/10 düzenlemesinde açıkça yer almasada, anılan standardın ekinde yer alan örnek bağımsız denetim sözleşmesinin md. 3/2-ç hükmünde yer almaktadır.

- *Bağımsız denetimle ilgili olarak istenen her türlü kayıt, doküman ve diğer bilgilere sınırsız bir şekilde erişimin gerekliliği hususu (KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-d, SPKr Tebliği 3. Kısım md. 5/2-f, BDS-ISA 210/6-b-iii):*

Böyle bir kaydın bağımsız denetim sözleşmesinde zorunlu unsur olarak yer alması UDS içerisinde yer almamaktadır. Zira bu husus bağımsız denetim faaliyetinin içeriğinde olan bir kayıttır. Diğer bir ifade ile sözleşmede yazmasaydı dahi ISA/210/6-b-(iii)-(a) gereğince uygulama alanı bulacaktır. Öte yandan TTK md. 401 uyarınca da denetçinin talep edeceği tüm bilgi ve belgelerin kendisine verilmesi gerektiğinden, bu hususun sözleşme içerisinde yer almasına gerek bulunmamaktadır¹⁹⁷.

- *Bağımsız denetimden sorumlu ekibin unvanları, öngörülen çalışma süreleri ve her biri için uygun görülen ücret tutarının ayrıntılı dökümü ile toplam bağımsız denetim ücreti (KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-f, SPKr Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 3. Kısım md. 5/2-g):*

Bağımsız denetim sözleşmelerinde işgören taraf olan bağımsız denetçinin kişiliğinin önemli olduğu bu sözleşmelerin hukuki niteliği incelenirken bahsedilmiştir¹⁹⁸. İşte bağımsız denetim faaliyetini yürüten denetçilerin kimler olduğunun sözleşme metnine yazılması gerekmektedir.

- *Diğer Hususlar:*

BDS-ISA/10 içerisinde düzenlenmemekle birlikte KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29 içerisinde düzenlenen diğer bir takım hususların da sözleşmede yer alması ve tarafların bu hususlar üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir. Bunlar, sözleşmenin dayanağını teşkil eden genel kurul veya mahkeme kararı bilgileri, sorumlu denetçinin raporu BDK adına imzalamaya yetkili olduğu, denetimin başlangıç ve bitiş tarihleri, mesleki sorumluluk sigortasının yaptırılacağı, rapor tarihinden sonra ve fakat finansal tabloların yayımından önce gerçekleşen olayların denetçiye haber verileceği, sözleşmenin ancak mevzuat çerçevesinde sona erdirilebileceği hususlarıdır.

¹⁹⁷ BDS-ISA 210/12 hükmünde de mevzuatta yer alan hak ve yükümlülüklerin sözleşme metnine alınmasının gerekli olmadığı ifade edilmiştir.

¹⁹⁸ Bkz. yuk. II/C/2.

2) Yan Unsurlar

Yukarıdaki hususlarda tarafların karşılıklı iradelerinin birbirine uygun olması sözleşmenin kurulması için bir zorunluluktur. Bunun dışında sözleşmede yer alması mümkün olan ve fakat taraf iradelerinin uyuşmaması halinde de sözleşmenin kurulabileceği yan unsurlara da sözleşmede bulunabilir. Bağımsız denetim sözleşmelerinin uygulamada tek tip sözleşme haline gelmesi nedeniyle bu tür esaslı olmayan unsurlar çoğu kez kanun yahut diğer düzenlemeler veya denetim standartları aracılığı ile doldurulmuş olmaktadır.

Öte yandan ISA 210/12 hükmünde mevzuatta yer alan taraf yükümlülüklerin zorunlu bir unsur olarak sözleşmede yer verilmesine gerek bulunmadığını ifade etmiştir. Bu çerçevede, mevzuata yahut SPKr düzenlemelerine yapılan atıflar gibi denetim faaliyetinin detayına ilişkin hükümler, denetçinin mesleki sorumluluk sigortasına ilişkin hükümler¹⁹⁹, denetim çalışma kâğıtlarının diğer tarafa sunulmasına ilişkin hükümler denetim sözleşmesine konulabilir.

E. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ'NİN KURULMASI

Bağımsız denetim sözleşmeleri de her borç sözleşmesi gibi iki tarafın sözleşmede olması gereken esaslı unsurlardaki karşılıklı birbirine uygun irade beyanları ile kurulmaktadır. İrade beyanlarının karşılıklı olması irade beyanlarının karşı tarafa iletilmesi anlamına gelmektedir. Böylelikle de her iki taraf, karşı tarafa irade beyanını gönderen ve aynı zamanda kendisine yönelen karşı taraf irade beyanının muhatabıdır²⁰⁰. İletilen bu irade beyanlarından zaman olarak önce yapılan TBK md. 3 uyarınca “öneri” diğerine ise “kabul” denilmektedir.

Sözleşme yapma konusunda zamansal olarak önce davranan ya da kendi irade beyanını karşı tarafa gönderen, sözleşmenin karşı tarafına bir öneride bulunur. Öneride bulunan tarafın önerisini değerlendiren karşı taraf da bu öneride mutabık olur ise sözleşme taraflar

¹⁹⁹ Mesleki sorumluluk sigortası hususu SPKr Tebliği 3. Kısım md. 5/2-ğ hükmünde sözleşmede yer alması gereken zorunlu bir unsur olarak yer almaktaydı. Ancak 25.10.2009 tarih ve 27387 sayılı RG’de yayınlanan SPKr Seri: X, No: 25 sayılı Tebliğ ile anılan hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. TTK’da da denetçilerin mesleki sorumluluk sigortası yapması zorunluluğu düzenlenmemiştir. Bankacılık Kanunu md. 36 uyarınca bankaların denetimini gerçekleştirecek olan BDK’ların bu tür bir sigorta yaptırmaları zorunlu tutulmuştur. Öte yandan, 660 sayılı KHK md. 24 uyarınca tüm BDK’ların mesleki sorumluluk sigortaları yapmaları zorunlu tutulmuştur. Keza SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 8/1-e hükmünde de 660 sayılı KGK’ya atıfta bulunulmuştur. BDS 210 standardının ekinde yer alan örnek sözleşmenin 4 üncü maddesi ise mesleki sorumluluk sigortasına ilişkindir. Sorumluluk sigortası hususu ileride denetçilerin sorumluluklarını hafifleten bir unsur olarak incelenecektir. Bkz. aşağıda V/A/6/c.

²⁰⁰ Eren, s. 218

arasında kurulmuş olmaktadır. O zaman öncelikle bir bağımsız denetim sözleşmesinin kurulmasının kim tarafından öncelikle önerildiğine bakılması gerekmektedir.

Bağımsız denetim sözleşmelerinde öneride bulunan taraf denetlenecek olan anonim ortaklıklardır. TTK md. 397 uyarınca finansal tablolarını denetlettirmek yükümlülüğü anonim ortaklık üzerinde olup, anonim ortaklık bu yükümlülüğü yerine getirmek üzere bir BDK bulmak durumundadır. TTK md. 399/1 hükmünde de denetçi seçiminden bahsedilmektedir. Diğer bir ifade ile kanun denetçilerin anonim ortaklık seçiminden değil, anonim ortaklığın denetçi seçiminden bahsederek de öneren tarafın anonim ortaklık olduğunu işaret etmiştir²⁰¹. Ayrıca birer YMM ve SMMM olarak 3568 sayılı Kanuna tabi olan denetçiler bakımından, anılan Kanunun 28 vd. maddeleri uyarınca kurulmuş olan TÜRMOB tarafından çıkarılan Haksız Rekabet ve Reklam Yasağı Yönetmeliği²⁰² hükümleri uyarınca BDK'ların müşteri bulmak amacıyla öneren taraf olması meslek kurallarına aykırılık teşkil edebileceği gibi haksız rekabet yaratabilecektir. Keza, TÜRMOB tarafından çıkarılan Etik Yönetmeliği²⁰³ md. 33 ve 34 hükümlerinde de müşteri kabulü ile sözleşme kabulünden bahsedilmektedir. SPKı Tebliği 2. Kısım md. 16 hükmünde de BDK'ların müşteri elde etmek amacıyla reklam yapamayacakları ya da reklam sayılabilecek iş öneremeyecekleri düzenlenmiştir. SPKı Faaliyet Tebliği Taslağı md. 17 ve 19 hükümleri de aynı hususu düzenlemektedir.

Sonuç olarak, anonim ortaklık tarafından yapılan bağımsız denetim sözleşmesi önerisini alan BDK'nın sözleşmeyi kabul eden taraf olarak iradesini ortaya koyması gerekmektedir²⁰⁴. İşte bu noktada BDK'ların kendisine yönelen her teklifi bağımsız denetim standartları ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde değerlendirerek kabul ya da reddetmesi gerekmektedir.

1) Anonim Ortaklıklar Tarafından Yapılan Bağımsız Denetim Sözleşmesi Teklifi ve BDK'nın Belirlenmesi

Halka açık anonim ortaklıklar, SPKn md. 62 uyarınca Kurulca belirlenen ilave şartları da taşıyan ve KGK tarafından yetkilendirilerek hem KGK hem de SPKı listesinde yer alan

²⁰¹ Keza, TTK md. 399/6 hükmünde de denetçinin görevi reddetmesinden bahsetmekte olup, bu husus da anonim ortaklığın öneride bulunan taraf olduğunu göstermektedir. Köksal, s. 115.

²⁰² 21.11.2007 tarih ve 26707 sayılı RG'de yayınlanan "Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Mesleklerine İlişkin Haksız Rekabet ve Reklam Yasağı Yönetmelik".

²⁰³ 19.10.2007 tarih ve 26675 sayılı RG'de yayınlanan "Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Mesleki Faaliyetlerinde Uyacakları Etik İlkeler Hakkında Yönetmelik".

²⁰⁴ Benzer bir yaklaşım için bkz. Köksal, s. 115., Özkorkut, s. 275.

BDK'lar arasından bir seçim yapma imkânına sahiptir. Anonim ortaklıklar, yetkili BDK'lar arasından belirlediği birine denetim sözleşmesi yapma konusunda teklif sunarlar. Bu teklif sözleşmenin kurulması bakımından bir öneri niteliğini taşımaktadır.

a) Bağımsız Denetim Kuruluşunun Seçimi

TTK md. 399/1 uyarınca BDK seçimi yetkisi anonim ortaklıkların genel kurullarına verilmiştir. Bu yetki TTK md. 408/2-c uyarınca genel kurulların devredilemez nitelikteki görev ve yetkileri arasında yer almaktadır. Ancak kanun “kanundaki istisnaların” saklı olduğunu da ifade etmiştir. Belirtilen bu istisnalar kapsamında yönetim kurulu veya mahkeme tarafından da BDK seçimi mümkündür.

(1) Anonim Ortaklık Genel Kurulunca Bağımsız Denetim Kuruluşunun Seçimi

Ortaklık sermayesini ve faaliyetlerini temsil etme ve yönetme hakkına sahip olan yönetim kurulunun ortaklığın finansal durumunu ortaya koyan finansal tabloların da hazırlayıcısı olması nedeniyle, ortaklığın finansal tablolarını denetleyecek olanların yöneticiler dışındaki bir organ tarafından belirlenmesi gerekmektedir. Finansal kaynakları kullanan ve bunlara dair finansal tabloları düzenleyen yöneticilerin kendi iş ve işlemlerinin denetlenmesinde söz sahibi olmaması doğal bir durumdur²⁰⁵.

Denetçi seçiminde yetkili ve görevli olan genel kurulun bu görevi ne şekilde başlatacağına ve sürdüreceğine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Anonim ortaklıklarda genel kurullar kural olarak bir karar organı olup, herhangi bir iş ya da işlemi kendiliğinden gerçekleştiremezler. Genel kurullar, sürekli çalışan bir organ olmadıkları için anonim ortaklıkta yönetim kurulunun devredilemez yetkileri arasında yer alan yönetim ya da yürütme yetkisini kullanamazlar²⁰⁶. Bu nedenle de her ne kadar BDK seçimi genel kurula bırakılmış ise de genel kurul sadece önüne getirilecek BDK ya da BDK'lar arasında seçim

²⁰⁵ Anonim ortaklık yöneticileri genellikle ortaklığın genel kurulunda da etkili bir oranda pay sahipliğe yahut bu oranı sağlayacak imtiyazlı paylara sahip olmasından hareketle, İsviçre OR md. 693/3-1 hükmünde dış denetçi seçiminde imtiyazlı pay kullanılamayacağını düzenlemektedir (İsviçre OR md. 698/2-2 ve 730/1 uyarınca dış denetçiyi genel kurul seçmektedir). Buna karşılık TTK md. 479/3-b düzenlemesinde işlem denetçisinin seçiminde imtiyazlı oy kullanılamayacağı düzenlenmiştir. Ancak 6335 sayılı yasa ile de işlem denetçisi kavramının kanun sisteminden çıkarılması ile Türk hukukunda hâlihazırda bağımsız denetçi seçiminde imtiyazlı payların imtiyazlarını kullanmalarına bir engel bulunmamaktadır. Kanaatimizce, bağımsız denetimden beklenen faydanın ve bu bağlamda denetimin güvenilirliğinin sağlanması ve denetçinin bağımsızlığı ve tarafsızlığının sağlanması amacıyla bağımsız denetçi seçiminde imtiyazlı oy sahiplerinin imtiyazlarının kullanılamayacağını düzenlemesi gerekmektedir.

²⁰⁶ Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, No: 666., Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 255, No. 13-06., Yiğit, İ. (2005). *Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, İstanbul, s. 5.

ve oylama yapabilecektir. Genel kurul olağan ve olağan üstü olmak üzere dönemsel olarak toplanır ve kural olarak yönetim kurulu²⁰⁷ tarafından belirlenen gündemde yer alan konularda karar alabilen organdır. Dolayısıyla genel kurulun ortaklık finansal tablolarını denetleyecek olan BDK'yı bulması değil gündeme konulan BDK'yı seçip seçmemesinden bahsedilebilir. Denetimi gerçekleştirecek olan BDK'yı bularak genel kurul gündemine ekleyecek olan ise TTK md. 374 uyarınca anonim ortaklıkta genel yetkili olan yönetim kuruludur. Ancak yönetim kurulu dışındaki bir grubun gündemi belirlemesi halinde BDK'nın yönetim kurulu dışında yer alan bir grup tarafından belirlenmesi de mümkündür. Mesela TTK md. 411/1 uyarınca halka açık bir ortaklığın yüzde beşine sahip olan azlık genel kurul gündemi belirleyebileceği gibi var olan gündeme BDK önerisini içeren madde de ekleyebilecektir.

Kanaatimizce, şirketin işleyişini, faaliyetini, büyüklüğünü daha iyi bildiği için BDK belirleme görevinin yönetim kuruluna bırakılmasında fayda vardır. Kaldı ki, gerek TTK gerek SPKn ve diğer mevzuat uyarınca yönetici ve denetçilerin hukuki ve cezai sorumlulukları öngörüldüğünden yönetim kurulunun belirlediği BDK nedeniyle anılan kişilerin sorumluluklarına her zaman gidilebilecektir. Ayrıca bağımsızlık kriterlerinin TTK md. 400/1 hükmünde yer alması nedeniyle yönetim kurulu tarafından bulunan her BDK'nun faaliyetlerini taraflı olacağı ön yargısında bulunulmaması gerekmektedir. Yöneticiler ile pay sahipleri arasında ortaklık içerisinde yaşanması muhtemel olan görüş ve teklif farklılıklarının yaratacağı bölünmeden sakınılması amacıyla BDK belirleme konusunda açık bir düzenlemeye TTK'da yer verilmesinin uygun olacağı düşüncesindeyiz²⁰⁸.

KGK ve SPK'r düzenlemelerinde BDK belirleme sürecinin ne şekilde sürdürüleceğine ilişkin açık düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte SPK'r (II-17.1) sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği md. 4 uyarınca halka açık şirketler bakımından uyulması zorunlu olan (4.5.9) sayılı kurumsal yönetim ilkesi²⁰⁹ uyarınca bağımsız denetçinin seçimi ve denetim

²⁰⁷ TTK md. 413/2 uyarınca kural olarak genel kurul gündemde bulunan konularda karar alır. Gündem ise genel kurul toplantıya çağırın tarafından belirlenir. TTK md. 410 uyarınca genel kurul, kural olarak yönetim kurulu tarafından; istisnai olarak ise tasfiye memurları yahut Mahkemece çağırılır.

²⁰⁸ Benzer görüş için bkz. Köksal, s. 117-118.

²⁰⁹ Söz konusu ilkeler kural olarak tavsiye niteliğinde yayınlanmıştır. Bununla birlikte SPK'r (II-17.1) sayılı Kurumsal Yönetim Tebliğinde denetim komitesini düzenleyen (4.5.9) nolu ilke aynı Tebliğin 4 üncü maddesi uyarınca uyulması zorunlu ilkeler arasında yer almaktadır. Bu zorunluluk payları halka arz edilmiş veya arz edilmiş sayılan ortaklıklar bakımından geçerlidir. ABD'de 1940'lı yıllardan beri sermaye piyasası otoritesi olan SEC tarafından yasal zorunluluk olmamasına rağmen uygulanmasını salık verdiği bu komiteler, 1970'li yıllarda New York Borsası tarafından payları işlem görecekt şirketler bakımından bir zorunluluk olarak öngörölmeye başlanmıştır. Muhasebe skandalları sonrasında yürürlüğe giren SOX yasası ile değişik 1934 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu'nun 10A maddesi ile bu komiteler bir zorunluluk olarak kanun ile

sürecinin başlatılması denetimden sorumlu komiteye²¹⁰ aittir. Böylelikle denetimi gerçekleştirmesi planlanan BDK, denetim komitesince belirlenerek yönetim kurulunun onayına sunulur ve bu onayı müteakip yönetim kurulu tarafından genel kurulun onayına sunulur. SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı md. 10/1 hükmünde ise denetim komitesi olmayan işletmelerde bu görev doğrudan yönetim kurulu tarafından yerine getirilecektir. TTK düzenlemesi uyarınca yönetim kurulu yanında azlık (TTK md. 411, SPKn md. 29/4) yahut mahkeme (TTK md. 399/4) tarafından da BDK belirlenebilecek ve genel kurula sunulabilecektir.

Yönetim kurulunun önceden bir BDK ile anlaşp, bu anlaşmayı genel kurulun onayına sunması şeklinde bir seçimin TTK sistemine uygun olmadığını düşünmekteyiz. TTK md. 399/1 hükmünde seçimden sonra denetçinin ilanından; TTK md. 399/6 hükmünde seçilen denetçinin görevi reddetmesinden bahsetmektedir. Buna göre genel kurul tarafından yapılan seçim sonrasında yönetim kurulunun BDK'ya bir teklifte bulunması şeklinde bir yöntemin belirlendiğini düşünmekteyiz. Aksi halde yönetim kurulu, genel kuruldan önce bir sözleşme yapmış ve bu denetçi genel kurulca onaylanmaz ise denetçinin ortaklığa karşı bir sorumluluk davası açma olasılığı bulunmaktadır.

Yönetim kurulunun BDK'yı belirleyerek genel kurula sunması için öncelikle kendisinin bir karar alması gerekmektedir. Kanun ve SPKr düzenlemelerinde bu konuda özel bir düzenleme bulunmadığı için yönetim kurulu TTK md. 390/1 uyarınca çoğunluk ile toplanır ve hazırların çoğunluğu karar ile BDK'yı belirleyecektir.

Genel kurul, denetçi seçimine karar vermesi ile yönetim kurulunu da bağımsız denetim sözleşmesini yapmak üzere görevlendirmiş olur. Yönetim kurulu, genel kurulca belirlenen BDK ile ortaklığı temsilen sözleşme imzalama konusunda yetkilidir. Bu sonuca TTK md. 365 ve 371 uyarınca da ulaşmak mümkündür.

düzenlenmiş ve özellikleri, yetki ve sorumlulukları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda III/A/1/j/(5)/iv.

²¹⁰ TTK md. 366/2 hükmü uyarınca yönetim kurulu işlerin gidişini izlemek, kendisine sunulacak konularda raporlar hazırlamak, kararlarını uygulatmak veya iç denetim amacıyla içlerinde üyelerinin de bulunabileceği komiteler kurabilecektir. Oluşturulan bu komiteler, yönetim ve temsil hakkının devri anlamına gelmemektedir. Komiteler sadece yönetim kuruluna yardımcı görevini üstlenmekte olup, bu nedenle hükmün dokuzuncu fıkrasında da belirtildiği üzere yöneticilerin sorumlulukları genel hükümler uyarınca devam etmektedir. Yargıtay bir kararında da zorunlu organların yetkilerini devretmemek kaydıyla yönetim kurulunun şirket işlemlerinin yürütülmesinde yardımcı olmak üzere ihtiyari komitelerin kurulabileceğini ifade etmek suretiyle bu komitelerin yardımcı niteliğini vurgulamıştır. Yargıtay 11. HD. 18.5.2005 tarih ve E. 2005/115, K.2005/5309. Bkz. Eriş, G. (2007). *Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler*, C.2, 4. Bası, Ankara, s. 1732.

Genel kurulun denetçiyi seçme tarihi ise kural olarak faaliyet döneminin dördüncü ayından önceki bir tarih olmalıdır. TTK md. 399/1 uyarınca denetçinin faaliyet dönemi bitmeden seçilmesi gerekmektedir. Ancak TTK md. 399/6 uyarınca denetçinin faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar seçilememiş olması halinde ilgililer mahkemeden ortaklığa denetçi atanmasını talep edebilirler. Burada kanun koyucunun olağan genel kurul toplantısında bu hususu karara bağlamak istediği görülmektedir. Buna göre, kural olarak, 2014 yılı faaliyet dönemi için atanacak denetçinin, 2014 yılı (mart ayı) sonuna kadar seçilmesi gerekmektedir. Doktrinde bu hüküm uyarınca her faaliyet dönemi için ayrı ayrı denetçi seçiminin yapılması gerektiği, bir faaliyet dönemini aşan seçimler ve kendiliğinden uzayan sözleşmelerin geçersiz olduğu, yeni seçim yapılmaksızın devam eden denetçinin raporunun yok hükmünde olacağı ifade edilmiştir²¹¹. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/3 hükmünde denetim sözleşmesinin seçimin yapıldığı hesap yılı için yapılacağı düzenlenmiştir. Her ne kadar uygulamanın bu açık hüküm karşısında ileri sürülen görüş doğrultusunda oluşturulması öngörülmekle birlikte, kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. TTK'nun atıfta bulunduğu ISA 210/13 ve BDS 210/13 hükmünde dahi birden fazla dönemi kapsayan denetim yapılması mümkündür. Denetçinin bağımsızlığının sağlanması, rotasyona ve denetçinin sorumluluğuna ilişkin etkin hükümlerin bulunması, faaliyetlerinin idari otoritelerce gözetilmesi gibi hususlar denetim faaliyetinin objektif ve olması gerektiği gibi ifa edilmesine yöneliktir. Her yıl sözleşmenin yenilenmesi hem piyasada talebi artırmak suretiyle ortaklığın maliyetini artırması hem de değişik denetçilerin ortaklığı denetlemesi suretiyle denetim hafızasına sahip olunamaması riskini barındırmaktadır. Ayrıca bu durum her yıl denetimin baştan başlanmasına ve emek sarfiyatına sebep olabilecektir. Bu nedenle, birden fazla faaliyet dönemine ilişkin bağımsız denetim sözleşmesi yapılabilmesi imkanının tanınması gerektiğini düşünmekteyiz. Kaldı ki, amaçlanan anlamı tam verememesi nedeniyle gramer olarak hatalı olan TTK md. 399/1 hükmünün ikinci cümlesi “*Denetçinin, her faaliyet dönemi (için) ve her hâlde görevini yerine getireceği faaliyet dönemi bitmeden seçilmesi şarttır.*” şeklindedir. Söz konusu hükmün denetçinin her faaliyet yılı seçilmesine ilişkin bölümünün, ortaklıkların herhangi bir faaliyet dönemi için bağımsız denetim yaptırmama hakkı bulunmadığı yahut bağımsız denetim konusundaki idari otoritelerin ortaklıkların herhangi bir faaliyet dönemi için bağımsız denetim yaptırmama hususunda bir muafiyet tanıyamayacakları şeklinde de yorumlanabilmesi mümkündür.

²¹¹ Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 425, No. 17-18., Özkorkut, s. 268-269.

TTK ve SPKn genel kurulun denetçi seçimine ilişkin kararında olması gereken toplantı ve karar nisabında özel bir düzenleme öngörmemiştir. Bu nedenle, SPKn md. 29/3 hükmü de dikkate alınarak, genel kurul TTK md. 418 uyarınca ilk toplantıda sermayenin en az dörtte birinin²¹² hazır olduğu genel kurul toplantısında katılanların çoğunluğu kararı ile denetçi seçebilecektir.

BDK'nun genel kurul tarafından seçilmesinin ardından, yönetim kurulu tarafından gecikmeksizin denetleme görevinin hangi BDK'ya verildiği hususunun ticaret siciline tescil ettirilir ve TTSG ile kendi internet sitesinde ilan ettirmek zorundadır (TTK md. 399/1). Ortaklıkların kendi internet sitelerinde bu hususu ilan etmeleri 31.5.2013 tarih ve 28663 sayılı RG'de yayınlanan Sermaye Şirketlerinin Açacakları İnternet Sitelerine Dair Yönetmelik md. 6 hükmünde yer almamakla birlikte, TTK md. 399/1 hükmü nedeniyle bir zorunluluktur.

(2) Anonim Ortaklık Yönetim Kurulunca Bağımsız Denetim Kuruluşunun Seçimi

TTK sınırlı koşulların varlığı halinde genel kurulun denetçiyi belirleme yetkisini yönetim kuruluna vermiştir. Buna göre TTK md. 399/9 hükmü uyarınca denetçinin aynı hükmün altıncı fıkrası²¹³ uyarınca fesih ihbarında bulunması halinde yönetim kurulu hemen

²¹² Kanun bu toplantı nisabını ilk toplantı için öngörmüş olup, ikinci toplantıda katılanların çoğunluğu sermayenin dörtte birine ulaşmasa dahi denetçi seçimine karar verebilecektir.

²¹³ TEKİNALP tarafından anılan atfın doğru olduğu zira hükmün altıncı fıkrasında denetçinin henüz göreve başlamadığı bir halin düzenlendiği, sekizinci fıkra ise görevine başlamış bir denetçinin düzenlenmiş olduğu ve bu hallerdeki feshi ihbar ile denetçiliğin boşalmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 427, dn. 7. Kanaatimizce, Kanun bu düzenlemesinde sekizinci fıkra yerine sehven altıncı fıkra hükmüne atıfta bulunulmuştur. Zira denetçinin fesih ihbarı hükmün altıncı değil sekizinci fıkrasında düzenlenmiştir. TEKİNALP tarafından ifade edildiği gibi hükmün altıncı fıkrasının ikinci cümlesinde de denetçinin feshi ihbarından bahsedilmektedir ancak kanaatimizce bu feshi ihbar da sekizinci fıkradaki fesih halini ifade etmektedir. Kaldı ki, denetçinin göreve başlaması sözleşmenin kurulmasından sonra olup, henüz kurulmamış bir sözleşmenin denetçi tarafından feshedilmesi mümkün değildir. Bu durumda, denetçinin fesih ihbarında da mahkemece denetçi atanması öngörülme istenmekte ise bunun ancak hükmün altıncı fıkrasının birinci cümlesinde belirtildiği şekilde ilgililerce mahkemeye başvurulmaması haline inhisar ettirilmesi gerekmektedir. Bu durumda da yönetim kurulunun altıncı fıkra uyarınca mahkemeye başvurarak denetçi atanmasını sağlaması ile dokuzuncu fıkra uyarınca kendiliğinden denetçi atayarak genel kurul onayına sunmak şeklinde bir seçimlik hakkı bulunduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ya da dokuzuncu fıkra göre yönetim kurulunun seçtiği denetçi, altıncı fıkra göre mahkeme tarafından yeni bir denetçi atanmasına kadar görev yapmak üzere belirlenmiş olacaktır. Ancak bu durumda da denetimden beklenen faydanın sağlanamamasının yanında bu değişimlerin ortaklığa maliyetinin dikkate değer olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Öte yandan, TTK md. 399/6 hükmünde yer alan “fesih” ifadesinin sekizinci fıkradaki fesih dışında bağımsız denetim sözleşmesinin sona erdiği haller olarak da anlamak mümkündür. Örneğin, BDK'nun yetki belgesinin KGK tarafından iptali halinde bağımsız denetim sözleşmesinin fesih dışında sona ermesi gündeme gelebilir. Bağımsız denetim sözleşmelerinin sürekli borç doğuran bir sözleşme niteliği nedeniyle kanun koyucu “fesih” ifadesini anılan hükme koyduğu düşünülmekle birlikte, teknik olarak doğru bir durumu göstermemesi nedeniyle değiştirilmesinde yarar bulunmaktadır. Kaldı ki, TTK md. 399/6 ve 8 hükümlerinin karşılığı olan mezarh Alman HGB md. 318/4 ve 6 hükümlerinde sırasıyla “*weggefallen*” ve “*gekindigt*” ifadeleri kullanılmış olup, ilkinin

geçici olarak bir denetçi seçer ve fesih ihbarını genel kurulun bilgisine, seçtiği denetçiyi ise yine genel kurulun onayına sunar.

Bu hükmün amacı, hükmün gerekçesinde de ifade edildiği üzere ortaklığın denetiminde herhangi bir boşluğun bulunmaması gerekliliğidir. Hükümde yönetim kurulu tarafından seçilen denetçinin ne zaman ve hangi genel kurulun onayına sunacağı açıkça yazılmamıştır. Bu olasılığın örnek üzerinden açıklanmasında yarar olduğu düşünülmektedir.

Uygulama çalışma tarihimiz itibariyle henüz olgunlaşmamış olmakla birlikte, ortaklıklar TTK md. 409/1 uyarınca her faaliyet döneminin sonundan itibaren üç ay içerisinde yapılan olağan genel kurullarında o yıla ait denetçiyi de belirleyeceklerdir. Bu durumda da 2015 yılı Mart ayında, geçmiş yıl olan 2014 yılı finansal tabloların değerlendirileceği genel kurulunu toplayan bir ortaklık, 2015 yılı faaliyet dönemi için de denetçi belirleme yolunu seçecektir. Bu halde, 2015 yılı Mart ayında atanan bir denetçinin aynı yılın Kasım ayında fesih ihbarında bulunması halinde yönetim kurulu TTK md. 399/9 uyarınca derhal yeni bir denetçi seçecektir. İşte bu yeni denetçi 2015 yılı Mart ayındaki olağan genel kurulda seçilen denetçi ile aynı hak ve yükümlülüklerle sahiptir²¹⁴. Bu yeni denetçinin yönetim kurulunca atandığı dönemde denetlenecek olan finansal tablolara ilişkin faaliyet dönemi henüz bitmemiş olup, denetlenecek olan finansal tablolar da oluşturulmamıştır. Ancak faaliyet döneminin bitimi ile denetim raporlama faaliyetlerine başlayacak olan denetçi bir sonraki faaliyet dönemi (diğer bir ifade ile Ocak 2016 tarihinden itibaren) içerisinde yapılacak olan olağan genel kuruldan önce raporunu teslim etmesi gerektiğinden, kanaatimizce yönetim kurulu yeni denetçiyi atamasını müteakip o faaliyet yılı sona ermeden ortaklığı olağanüstü genel kurul toplantısına çağırmalıdır. Zira TTK md. 399/1 uyarınca denetçinin ilgili faaliyet yılı sonuna kadar seçilmesi gerekmektedir. Şüphesiz ki, daha sonradan yeni bir denetçi atanarak²¹⁵ geçmiş yıl finansal tabloların bağımsız denetimi

ortadan kalkma ikincisinin fesih olarak anlaşılması mümkündür. Ayrıca TTK md. 399/9 hükmünün mehzazı olan HGB 318/7 hükmündeki atf TTK md. 399/8 hükmünün karşılığı olan HGB 318/6 hükmüne yapılmıştır. Sonuç olarak, TTK md. 399/6 hükmünün ikinci cümlesinde yer alan “veya sözleşmeyi feshetmesi” ifadesinin metinden çıkarılarak, dokuzuncu fıkradaki atfın düzeltilmesi gerekmektedir.

²¹⁴ Bu kapsamda eğer faaliyet dönemi içerisinde yapılacak bir görevi var ise onu da ifa edebilir.

²¹⁵ Örneğin 20 Mart 2016 tarihinde toplanan olağan genel kurul, 2015 yılına ait faaliyet dönemi için yönetim kurulunun atadığı denetçiyi onaylamaz ise, TTK md. 416 uyarınca tüm pay sahiplerinin ya da temsilcilerinin bulunması halinde genel kurulun çağrıya ilişkin zaman sınırlamalarına uyulmaksızın da 31 Mart tarihine kadar olağanüstü genel kurul yapılarak yeni bir denetçi seçebilir ya da yönetim kurulunun belirlediği denetçiyi onaylayabilir. Bu durumda da kar payını geç alan pay sahipleri faiz talebiyle yöneticilerin sorumluluğuna gidebilecektir. Ancak bu durum genel kurula katılımın az olduğu halka açık anonim ortaklıklar bakımından oldukça zor bir ihtimaldir. Bu nedenle olağan genel kurul öncesinde yeni denetçinin genel kurula onaylatılması gerekmektedir. Bununla birlikte bu olasılığın gerçekleşmesi zor görünmektedir. Zira tüm bu

yaptırılabilir ancak bu süreçte ortaklığın uğrayabileceği zarardan dolayı yöneticilerin sorumluluğu doğabileceğinden yönetim kurulunun, faaliyet dönemi bitmeden, yeni bir denetçi atamasının ardından genel kurulu olağanüstü olarak toplantıya çağırması gerekmektedir. Öte yandan, faaliyet dönemi sonuna kadar denetçi seçilemez ise ortaklık denetçisiz kalmış demektir. Bu halde de TTK md. 397/2 uyarınca bağımsız denetimden geçmeyen geçmiş yıl finansal tabloları düzenlenmemiş varsayılacağından o finansal tablolara dayanılarak kar dağıtımı ve diğer finansal tablolara bağlı kararların alınması mümkün olmayacaktır.

Sonuç olarak, yönetim kurulu ilgili faaliyet yılı içerisinde bir denetçi atamış ise bunu derhal, mümkün olması halinde olağanüstü genel kurulda onaylattırması gerekmektedir. Bu hukuken bir zorunluluk olmamakla birlikte, yöneticilerin sorumluluğunu doğurabileceğinden fiili bir zorunluluk olarak değerlendirilebilir.

(3) Mahkeme Tarafından Bağımsız Denetim Kuruluşunun Seçimi

TTK, denetçinin ortaklığın genel kurulu tarafından seçilmesi kuralına yönetim kurulunun denetçiyi seçmesi yanında iki ayrı halde Mahkeme tarafından seçilebileceğini öngörerek bir istisna daha öngörmüştür. Denetçinin mahkeme tarafından seçilmesi halleri TTK md. 399/4 ve 6 ncı fıkralarında düzenlenmiştir.

TTK md. 399/2 hükmünde denetim sözleşmesinin kural olarak feshedilemeyeceği ve yönetim kurulu tarafından istenmeyen denetçinin görevine tek taraflı olarak son verilememesi gerektiği kabul edilerek, sözleşme ile belirlenen denetçinin ancak anılan hükmün dördüncü fıkrasındaki hallerde ve ortaklığa başka bir denetçinin atanması halinde görevinden alınabileceğini ifade edilmiştir. Hükmün gerekçesinde ortaklığın tek taraflı olarak denetçinin görevine son verilmesinin önüne geçildiği ifade edilmiştir. Bu kural KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği ve SPK'r düzenlemeleri ile de uyumludur. Anılan düzenlemede denetçinin görevinin yeni bir denetçi atanması ile sona erdirilebileceği düzenlenirken ortaklığın denetiminde bir boşluk yaratılmamasının hedeflendiği görülmektedir. Bununla birlikte, denetçinin görevden alınması amacıyla hükmün dördüncü fıkrası uyarınca açılacak olan davada davacıların yeni bir denetçi belirleme zorunluluğu öngörülmemiştir. Kanaatimizce, dördüncü fıkra uygulamasında davacılar yeni bir denetçi

süreçten evvel TTK md. 399/6 uyarınca ilgililerin başvurusu üzerine mahkemece bir denetçi atanması yoluna gidilmiş olması kuvvetle muhtemeldir.

talebinde bulunmasalar dahi Mahkemece hükmün ikinci fıkrası gereği olarak yeni bir denetçi atanması zorunludur. Aksi halde mevcut denetçinin görevden alınması mümkün değildir.

TTK md. 399/7 hükmünde, denetçinin mahkemece atandığı tüm durumlarda mahkeme tarafından emsal denetim ücreti ve muhtemel giderlerin mahkeme veznesine ödeme olarak yatırılması gerektiği, buna üç iş günü içerisinde itiraz edilebileceği ve mahkemece verilen kararın kesin olduğu düzenlenmiştir.

Öncelikle mahkeme kararının kesin olması, denetçisi olmayan ortaklığa bir an evvel denetçi atanmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle olumlu bir düzenlemedir. Ancak, genel olarak denetçinin mahkeme tarafından atanması UDS ile uyumlu olmayan bir denetçi belirleme yöntemidir. Zira UDS içerisinde mahkemece denetçi atanması öngörülmediği gibi denetçinin bağımsızlığı konusunda önemli bir yere sahip olan denetim ücreti konusunda mahkemeye yetki tanınmış olması olumsuz bir yaklaşımdır. TÜRMOB tarafından TTK Taslağı üzerine hakkındaki görüş ve önerilerinde de benzer bir görüş ileri sürülmüş²¹⁶ ve serbest piyasa ilkeleri ile de çelişen bu hükmün tasarı metninden çıkarılması gerektiği ifade edilmiştir. Bu durumu, TTK tarafından ortaklıkların denetimi bakımından tek yol olarak bağımsız dış denetimin kabul edilmesinin bir sonucu olarak değerlendirmek gerekir. Buna karşılık, denetimden geçmeyen finansal tabloların yok hükmünde olduğu, bu tablolara dayanılarak finansal herhangi bir karar alınamaması, ilgili otoritelerce idari para cezası dâhil diğer idari yaptırımların uygulanması gibi yaptırımlar yeterli görülmeyip, ortaklıkta bir denetçi boşluğunun yaşanmaması gerekliliğinden hareket edilerek mahkemece denetçi atanması yolunun öngörülmesi sakıncalıdır.

Denetçilik mesleği 3568 sayılı yasa uyarınca bir serbest meslek faaliyetidir. Her ne kadar denetlenecek ortaklıklar bakımından denetim yaptırmak bir zorunluluk haline getirilmiş ise de denetimi gerçekleştirecekler bakımından müşterileri kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Şöyle ki, denetim firmaları gerek kendi imkân ve ölçütlerini gerek denetlenecek şirketin finansal durumu ve riski konularında bir fikre sahip olduktan sonra ücret dâhil diğer şartlar üzerinde uzlaşılması halinde denetim sözleşmesini imzalamak durumundadırlar. Oysaki mahkemece atanacak denetçinin, denetlenen ortaklık ile ilgili herhangi bir araştırma yapma imkânı bulunmadığı gibi ücret konusunda herhangi bir uzlaşma sağlaması da söz konusu olamayacaktır. Ücret konusunda öngörülen itiraz

²¹⁶ Köksal, s. 132.

müessesesinin ise uygulamada ne şekilde gelişeceği belirsizlik yaratmaktadır. Ayrıca mahkemenin seçeceği denetçinin, denetlenen ortaklığa nazaran, uygun bir yapıya sahip olup olmadığı, itibarının yeterli olup olmadığı, bağımsızlığına ilişkin hükümlere uyup uymadığı gibi pek çok konuda titiz bir inceleme yapması gerekmektedir. Ayrıca BDK'nun sözleşme teklifini değerlendirme aşamasında bağımsız denetim riskini belirleme sürecinde denetlenecek ortaklığa ilişkin pek çok detaylı hususu inceleyecek ve araştırarak olması, denetimin kalitesinin sağlanması gerekliliği gibi hususların da Mahkemece göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu durumda ise mahkemece denetçi atanması sürecinde beklenen hızlılığın uygulamada sağlanması konusunda şüpheler doğmaktadır.

i. Mahkemece Denetçi Atanmasını Gerektiren Haller

TTK'nun Mahkeme tarafından denetçi atanmasının öngörüldüğü ilk hal TTK md. 399/4 hükmünde düzenlenmiştir. Anılan düzenleme uyarınca, (a) yönetim kurulu veya (b) sermayenin²¹⁷ yüzde onunu (halka açık ortaklıklarda esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşini) oluşturan pay sahipleri tarafından açılacak davada denetçi ve ilgilileri dinledikten sonra Mahkemece denetçinin şahsına ilişkin haklı sebebin (özellikle taraflı davrandığı yönünde bir kuşkunun) varlığı halinde yeni bir denetçi atanabilir. Yeni denetçinin atanması ile eski denetçinin görevi sona ermektedir.

Hükümde “haklı sebep” kavramı taraflı davranma hali dışında tanımlanmamıştır. Ancak hükmün gerekçesinde mesleki yetersizlik, itibar kaybı, ortaklığa zaman ayırmaması, bilgi sızdırması gibi hallerin de haklı sebep olabileceği ifade edilmiş iken, görüş ayrılıkları ancak somut olay tarafından desteklenmesi halinde haklı sebep olarak değerlendirilebileceği ifade edilmiştir. Şüphesiz ki, hükmün gerekçesi konu hakkında sadece bir tutam aydınlık sağlamaktadır. Ancak denetim mekanizmasının bu şekilde tanımlanmamış ve muğlâk bir kavram çerçevesinde dava konusu haline getirilmesi UDS ile bağdaşmadığı gibi denetçinin bağımsızlığı, güvenilirliği, itibarı ve tarafsızlığını zedeleyici nitelikte olduğu düşünülmektedir.

Gerçekte bir haklı sebep bulunmazken ortaklık yönetim kurulu tarafından denetçi aleyhine dava açılması ve davanın reddedilmesi halinde dahi denetçi ile ortaklık arasında hukuki bir husumetin bulunması denetçinin tarafsızlığı bakımından oldukça zedeleyici bir

²¹⁷ Halka kapalı anonim ortaklıklar bakımından da kayıtlı sermaye sisteminin kabul edilebilmesi TTK md. 332 uyarınca mümkün hale geldiğinden, hükümdeki sermaye ifadesini halka açık anonim ortaklıklarda olduğu gibi esas veya çıkarılmış sermaye olarak anlaşılması gerekmektedir.

rol oynayabileceği ileri sürülebilir²¹⁸. Hatta böyle bir davanın reddinden sonra yönetim kurulu tarafından denetçinin daha önceki dava nedeniyle tarafsız olmadığı gerekçe gösterilerek yeni bir davanın açılmasına da neden olunabilmektedir. Şüphesiz ki, denetlenen ortaklığın soyut olarak bir önceki davayı ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün değildir. Ancak bu yolla denetçinin görevini yapmasında bir takım engeller yaratması ve denetçinin tarafsızlığını zedelemesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle kanaatimizce, denetçinin Mahkeme tarafından görevine son verilmesi yolunun benimsenmemesi gerekmektedir. Bunun yerine belirlenen somut haller için denetim konusunda hem uygulama hem oluşturulan uluslararası düzenlemelerde uzman olan yetkili bir idari otoritenin somut olay hakkında daha pratik bir şekilde sonuca ulaşması ve denetim sözleşmesinin devamı hakkında karar vermesi daha isabetli olacaktır. Konunun mahkemelerce çözümü, taraflar açısından hukuki güvenilirlik sağladığı düşüncesi ilk bakışta hâsıl olsa da sonuçta bu yol denetçinin tarafsızlığı ve objektifliği üzerinde olumsuz etki ederek denetim mekanizmasına düşünülenenden daha fazla zarar verebilecek niteliği haizdir.

Mahkeme tarafından denetçi atanmasına ilişkin ikinci hal TTK md. 399/6 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, (i) denetçinin faaliyet döneminin dördüncü ayına kadar denetçinin seçilememiş olması, (ii) denetçinin görevi reddetmesi, (iii) denetçinin sözleşmeyi feshetmesi²¹⁹, (iv) denetçinin görevlendirilmesine ilişkin ortaklık genel kurul kararının iptal edilmesi yahut butlanına karar verilmesi, (v) denetçinin kanuni sebeplerle veya diğer herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi yahut görevini yapmaktan engellenmesi hallerinde, (a) yönetim kurulu, (b) her bir yönetim kurulu üyesi, (c) herhangi bir pay sahibi tarafından açılacak davada Mahkeme tarafından ilk defa yahut yeni bir denetçi atanır. Bu hükme göre açılan davada ikinci fıkrada belirtilen eş zamanlı olarak yeni bir denetçi atanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak hükmün gerekçesinde de ifade edildiği üzere denetimde bir boşluk olmamasını teminen Mahkemece denetçinin görevden alınması ile yeni bir denetçinin de atanmasına özen gösterilmesi gerekmektedir.

Hüküm incelendiğinde oldukça geniş bir alanı özensiz bir şekilde düzenlemeye çalıştığı gözlemlenmektedir. Öncelikle ifade edilmelidir ki, denetim mekanizmasının sona ermesini sağlayacak bu sistemin bu kadar geniş bir davacı yelpazesini içermesi olumsuz

²¹⁸ IESBA tarafından yayınlanan *Code of Ethics for Professional Accountants*'ın (290.231) nolu paragrafında denetçi ile denetlenen ortaklık arasındaki açılan ya da açılma ihtimali olan davanın denetçinin bağımsızlığını etkileyebileceği ifade edilmiştir.

²¹⁹ Hükümün bu kısmının kanundan çıkartılması gerektiğine yönelik olarak bkz. yuk. dn. 213.

olarak değerlendirilmektedir. Bağımsız denetim süreci içerisinde denetçinin herhangi bir ilişkisinin olmadığı yahut oldukça sınırlı bir şekilde ilişkisi olduğu pay sahiplerine de bu yetkinin verilmiş olması, denetim mekanizmasının pay sahipliği haklarının genişletilmesine feda edildiğini göstermektedir²²⁰.

ii. Görevli ve Yetkili Mahkeme ile Diğer Usule İlişkin Haller

TTK md. 399/6 hükmüne göre denetçi atanmasının talep edilebileceği mahkeme aynı hükmün dördüncü fıkrasındaki mahkemedir. Buna göre de denetçi atanmasına ilişkin yetkili mahkeme ortaklık merkezinin bulunduğu yer mahkemesi olup, görevli mahkeme ise asliye ticaret mahkemesidir.

Denetçi atanmasına ilişkin davalarda denetçi atanmasını talep edebilecek kişiler; TTK md. 399/4 hükmü uyarınca açılacak davalarda (i) ortaklık yönetim kurulu veya (ii) ortaklık sermayesinin yüzde onuna (HAAO'lar bakımından esas veya çıkarılmış sermayenin yüzde beşine) sahip pay sahipleridir. TTK md. 399/6 hükmüne göre denetçi atanması için dava açabilecekler ise (i) ortaklık yönetim kurulu, (ii) her bir yönetim kurulu üyesi veya (iii) her bir pay sahibi olarak belirlenmiştir.

TTK md. 399/6 hükmü çerçevesinde dava açabilecek kişilerde bulunması gereken herhangi bir özellik aranmamıştır. Denetçi atanmasına ilişkin genel kurul kararının iptalini talep etmek için aranan olumsuz oy kullanma gibi bir şart, bu durumda aranmamıştır. Keza dava açıldıktan sonra pay sahibinin elindeki tüm hisse senetlerini satarak pay sahipliğinden çıkması halinde de denetçi atanmasına ilişkin dava devam edecektir. Denetim görevi, denetçinin atanması tarihinde içinde bulunulan faaliyet dönemi için yürütülmekte olduğundan ve pay sahipliğinin dava esnasında yitirilmesinin bir önemi bulunmamalıdır. Zira kişi, pay sahibi olduğu dönem için denetçi atanmasını talep etmekte olup, buna ilişkin subjektif hakkının olduğu kabul edilmelidir. Bu nedenle bu şekilde bir şartın aranmaması olumlu bir düzenlemedir.

Buna karşın TTK md. 399/4 hükmü çerçevesinde denetçi atanmasını talep eden kişilerde bir takım şartlar aranmıştır. TTK md. 399/5 hükmüne göre azınlığın bu davayı açabilmesi için denetçi seçiminde muhalif oy kullanmalı, bunu tutanağa geçirmeli ve genel kuruldan önceki üç ay boyunca pay sahipliği sıfatını haiz olması gerekmektedir. Bu hükme

²²⁰ BDS-ISA 260 hükümleri denetçi ile denetlenen ortaklık yönetimi arasındaki iletişimi düzenlemekte olup, kapsam, konu, zaman ve şekil yönünden sınırlı bir iletişim öngörülmektedir.

göre açılacak davaların denetçinin seçiminin yayınlanmasından itibaren üç hafta içerisinde açılması gerekmektedir.

Denetçinin mahkemece atanmasına yönelik bu iki hüküm arasında bu şekilde bir farklılık yaratılmış olması işin mahiyeti ile uygundur. Şöyle ki, TTK md. 399/4 hükmü uyarınca dava açacaklar herhangi bir sınırlama olmaksızın haklı olan her türlü gerekçe ile dava açabilecektir. Ancak kanun koyucu bu haklı sebebin denetçinin seçiminden önce var olması ve sonradan haklı sebep yaratılmasına izin vermemek adına süre şartı öngörmüştür. Keza bu hallerde davacının ileri sürdüğü haklı sebebini derhal genel kurulda muhalefet şerhi yazmak suretiyle ortaya koyması nedeniyle davacının pay sahipliği önem arz edecektir. Buna karşın, TTK md. 399/6 hükmüne göre mahkemece denetçi atanması halleri hükümde belirtilen spesifik sebeplere dayanmakta olup, denetim faaliyetlerinin başından sonuna kadar geçen süre içerisinde gerçekleşebilecektir. Bu nedenle bir zaman kısıtlaması öngörülmemesi normaldir. Benzer şekilde davacıların herhangi bir haklı sebep ileri sürmesi söz konusu olmadığından pay sahipliğinin aranmaması da olağandır.

Denetçi atanmasına ilişkin davalarda karşı taraf olarak denetlenecek olan ortaklık gösterilmelidir. Zira davacının niteliği, iddialarının haklılığı gibi hususlarda denetlenecek ortaklığın da korunması gereken menfaatleri bulunmaktadır²²¹. Eğer davayı pay sahipleri yahut yönetim kurulunun çoğunluğunu teşkil etmeyen üye ya da üyeleri açmış ise TTK md. 365 uyarınca ortaklığı yönetim kurulu temsil edecektir. Ancak davayı yönetim kurulu yahut yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğu açmış ise ortaklığı TMK md. 427/4 uyarınca atanan kayyum temsil edecektir.

Denetçi atanmasına ilişkin davalar kural olarak çekişmez yargı işidir²²². Ancak burada karşı taraf olan denetlenecek olan ortaklığın tutumu ile denetçi atanmasını gerektiren nedene bakılması gerekmektedir. Buna göre denetçi atanması denetçinin görevi reddetmesi ya da sözleşmeyi feshetmesi gibi ilgili genel kurul iradesinden bağımsız bir nedenden kaynaklanıyor ise denetlenen ortaklığın da davada bir çekişme yaratması söz konusu olmamalıdır. Ancak denetçi atanması talebi genel kurul iradesi ile çelişen bir nedenden kaynaklanmakta ise o zaman davanın çekişmeli bir yargı işi olduğu kabul edilmez.

²²¹ Köksal, s. 129.

²²² Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E. (2009). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 20. Bası, Ankara, s. 68 vd., Pekcanitez, H., Atalay, O., Özkes, M. (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 11. Bası, Ankara, s. 81 vd.

TTK md. 1521 uyarınca pay sahiplerinin şirket ile olan davalarında basit yargılama usulü uygulanır. Anılan hüküm yöneticilerin ortaklıkla olan davalarında hangi usulün uygulanacağını düzenlememiştir. Öte yandan, TTK md. 4/1-a uyarınca TTK'da yer alan denetçi atanmasına ilişkin dava bir mutlak ticari dava niteliğindedir.

Çekişmesiz yargı işlerinde görevli mahkeme kural olarak HMK md. 383 uyarınca sulh hukuk mahkemeleridir. Ancak burada mutlak bir ticari davanın olması ve HMK dışındaki bir kanunda açıkça bu tür davaların ticaret mahkemesinde görüleceği ifade edildiğinden görevli mahkeme ticaret mahkemeleridir. Ayrıca bu davada uygulanacak olan muhakeme usulü hükümleri, gerek pay sahipleri bakımından TTK md. 1521 gerek diğer davacılar bakımından HMK md. 385 uyarınca HMK md. 316-322 hükümlerinde düzenlenen basit yargılama usulü kurallarıdır. Ancak yönetim kurulu tarafından çekişmeli olarak ortaklığa karşı açılacak davalarda yazılı yargılama usulü uygulanmalıdır.

b) Ortaklık Tarafından BDK Seçiminde Dikkat Edilecek Hususlar

TTK içerisinde denetimi gerçekleştirecek olan BDK'nun belirlenmesi konusunda herhangi bir sınırlama belirtilmemiştir. Çalışma konumuz bakımından, KGK ve SPKn düzenlemelerinin birlikte değerlendirilmesinde, halka açık ortaklıkların KGK tarafından yetkilendirilmiş ve SPK'r tarafından aranan ilave şartları taşıdığı için Kurulca yayınlanan listede yer alan BDK'lar arasından bir seçim yapılması gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır.

Öte yandan, anonim ortaklığın her halde gerek KGK gerek SPK'r tarafından yetkilendirilmiş olan BDK'yı seçerken bazı hususlara dikkat etmesi gerekmektedir. Bu hususların başında denetçinin bağımsızlık unsurunu taşıyıp taşımadığının değerlendirilmesi gerekmektedir. Anonim ortaklık tarafından TTK md. 400/1 hükmü uyarınca bağımsızlık şartını taşımayan bir BDK'ya bağımsız denetim sözleşmesi yapma konusunda bir teklifin sunulmaması gerekmektedir²²³.

Ayrıca, anonim ortaklık, denetim sözleşmesi teklifini sunacağı BDK'nun imkân, uzmanlık ve deneyimlerini dikkate almak durumundadır. Ticari hayat içerisinde TTK md. 332 hükmünde belirlenen asgari miktardaki esas sermayeye sahip anonim ortaklıkların yanında ekonomik gücü oldukça büyük anonim ortaklıklar ile de karşılaşılabilir. Bu durumda da her iki tip ortaklığın aynı denetim firması tarafından denetlenebileceğini ileri

²²³ BDS-ISA 220/11 uyarınca bu hususa BDK'nun da dikkat etmesi gerekmektedir.

sürmek ticari hayatın olağan akışına uygun olmayacaktır. Yapıları, personeli, faaliyet alanları, muhasebesel kayıtlarının fazlalığı, bilanço kalemlerinin büyüklüğü gibi pek çok bakımdan büyük olarak nitelendirilebilecek olan anonim ortaklıkların kendi finansal raporlarının denetleyebilecek kapasitedeki denetim kuruluşları arasında bir seçim yapması beklenmektedir. BDK'lar ekip olarak çalışmakta olup, denetleyecekleri ortaklıkların büyüklüklerine göre ekip içerisindeki denetim elemanı sayısını değiştirebilmektedirler. Bu durumda büyük şirketlerin kendi kapasitelerine uygun denetim ekibini oluşturabilecekleri BDK'lar arasından bir seçim yapmalarında yarar bulunmaktadır. Keza belirleyecekleri bu BDK'nun ortaklık için iş yoğunluğunu değerlendirilerek kendilerine yeteri zamanı ayırabileceğini, daha evvel bu büyüklükteki şirketleri denetlediklerini, denetim elemanlarının niteliklerini ve uzmanlıklarını dikkate almaları gerekecektir.

Anonim ortaklıklarda yönetim kurulu yahut denetimden sorumlu komitenin ortaklığı denetleyecek olan BDK'yı belirleme aşamasında bu hususlara dikkat etmemek suretiyle denetimin standartlara uygun olmayan bir şekilde ortaklığı denetlettirmesine yol açması yahut denetimin hiç gerçekleşmemesi hallerinde, özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle genel hükümler çerçevesinde sorumluluğu söz konusu olmalıdır.

2) Bağımsız Denetim Kuruluşu'nun Anonim Ortaklığın Teklifini Değerlendirmesi²²⁴

a) Genel Olarak

Mevzuat gereği²²⁵ finansal tablolarında bağımsız denetim yaptıracak olan anonim ortaklığın denetimi gerçekleştirecek olan BDK'ya yapmış olduğu icabın kabulü ile sözleşme kurulmaktadır. Bu aşamada BDK tarafından, kendisine yapılan teklifin değerlendirilerek kabul ya da reddine karar vermesi ve bu kararını ortaklığa bildirmesi gerekmektedir. TBK

²²⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Khalil, S.K., Cohen, J.R., Schwartz, K.B. (2011). Client Engagement Risks and the Auditor Search Period, *Accounting Horizons*, Vol. 25, No. 4, s. 685-702., Huss, H.F., Jacobs, F.A. (1991). Risk Containment: Exploring Auditor Decisions in the Engagement Process, *Auditing, A Journal of Practice & Theory*, Vol. 10 (2: Fall) s. 16-32., Davutyan, N., Kavut, L. (1997). Bağımsız Denetimde Müşteri Kabul Riskinin Veri Zarflama Analizi Yoluyla Ölçülmesi, *İMKB Dergisi*, C. 9, S. 33, s. 85-106., Johnstone, K.M. (2000). Client-Acceptance Decisions: Simultaneous Effects of Client Business Risk, Audit Risk, Audit Business Risk, and Risk Adoption, *Auditing, A Journal of Practice & Theory*, Vol. 19, No: 1, s. 1-25.

²²⁵ Ortaklıklar kendi istekleri ile yahut alacakları kredi veya başka bir gerekçeyle de kendi finansal tablolarında bağımsız denetim yaptırtabilirler. Keza, SPK'r gibi düzenleyici kamu kurumlarca da çeşitli gerekçeler ile anonim ortaklık ya da sermaye piyasası kurumlarından bağımsız denetim yaptırmaları istenebilir. Çalışmamızda sadece mevzuat uyarınca yaptırılması zorunlu olan bağımsız denetim esas alınmış olup, bağımsız denetime ilişkin açıklamalarımızın tamamı zorunlu bağımsız denetime ilişkindir. Çalışmamızdaki açıklamalarımız niteliğine uygun düştüğü müddetçe zorunlu olmayan bağımsız denetim hallerinde de uygulama alanı bulabilecektir.

md. 3 vd hükümlerinde, icapta bulunan tarafın bir süre belirleyip belirlememesine ve tarafların hazır olup olmadığına göre bir ayırım belirleyerek kabul için süreler belirlenmiştir.

TTK içerisinde bağımsız denetim sözleşmesinin kuruluşuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, kendisine bağımsız denetim sözleşmesi yapılması teklif edilen BDK tarafından müstakbel sözleşmenin karşı tarafına ilişkin araştırma yapması ve bu araştırma sonucunda kabul veya red kararını bildirmesi ISA 220/12-13 (BDS 220/18-19) hükmünün bir gereğidir. Keza IFAC Kalite Kontrol Standardı²²⁶ – ISQC/26-28 düzenlemelerinde de denetçinin sözleşmesinin kabulünden evvel ilgili ortaklık hakkında bilgi edinmesi zorunlu kılınmıştır. Bu nedenle hem UDS'ye yollama yapan TTK md. 397 uyarınca hem de KGK düzenlemeleri uyarınca beklenilmesi gereken bir sürenin varlığından söz edilebilecektir. Keza bağımsız denetim faaliyetinin mahiyeti gereği BDK'nın derhal icaba cevap vermesi beklenmemelidir²²⁷. Buna göre bağımsız denetim sözleşmesinin kurulmasında BDK'nun kabul iradesi hususunda belli bir sürenin beklenilmesi gerekmekte olup, bu sürenin sonunda BDK'nun kabul iradesi ile sözleşme kurulmuş olacaktır.

Öte yandan, bağımsız denetim sözleşmesi iradi bir sözleşme olup, tarafların karşılıklı birbirlerine uygun irade beyanlarının varlığı ile kurulmaktadır. BDK'nun her anonim ortaklığın sözleşme önerisini kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu kuralın bir istisnası TTK md. 399 uyarınca Mahkeme tarafından denetçi atanmasında kendisini göstermektedir. Bu halde Mahkemece belirlenen BDK'nun anonim ortaklık ile sözleşme yapması zorunludur²²⁸. Dolayısıyla, mevzuatımızda bağımsız denetim sözleşmesinin icap kısmında zorunluluk bulunmakta iken, kabul kısmında kural olarak bir zorunluluk bulunmamaktadır²²⁹.

²²⁶ Bu standart, KGK tarafından KSS 1 (Kalite Kontrol Standardı) olarak 02.10.2013 tarih ve 28783 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

²²⁷ Özel, S. (2005). *Yeminli Mali Müşavirlerin Tasdik İşlemlerinden Doğan Sorumluluğu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, s. 250. Yazar yeminli mali müşavirin muhasebe ve vergi denetimi işlevini yapacağını önceden herkesçe bildiğinden hareketle, vekâlet sözleşmeleri için öngörülen 818 sayılı Borçlar Kanunu md. 397 hükmüne (Yeni TBK md. 503) dayanarak sözleşme teklifinin hemen reddedilmediği halde sözleşmenin kurulmuş olacağı sonucuna ulaşmaktadır. Ancak yukarıda bağımsız denetim sözleşmesinin hukuki niteliği incelenirken, bu tip sözleşmelerin eser ve vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı sonucuna ulaşılmış olduğundan, söz konusu TBK md. 503 hükmünün bağımsız denetim sözleşmesinin kuruluşunda uygulanmayacağı kanaatindeyiz.

²²⁸ Bu durumda Mahkemece atayacağı BDK'nun görüşünün alınması gerektiği düşünülmektedir. Aksi takdirde, mahkemece BDK adına denetlenecek ortaklık hakkında araştırma yaptığı kabul edilerek, denetim faaliyetlerindeki başarısızlık halinde tarafların yöneticilerinin özen yükümlülüğüne aykırılık nedeniyle sorumluluklarında bu hususun tazminatın kapsamının hesaplanmasında değerlendirilmesi gerekebilecektir.

²²⁹ Bu husus, 3.1.1990 tarih ve 20391 sayılı RG'de yayınlanan Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Malî Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları hakkında Yönetmelik md. 52/1 hükmünde de

Bu çerçevede, bağımsız denetim sözleşmesinin kabul edilmesinden önce BDK tarafından denetlenecek ortaklık bağlamında bir takım araştırmalar yapılması gerekmektedir. BDK'lar müşterileri ile bağımsız denetim sözleşmesi yapmadan önce, üstlenecekleri bağımsız denetimin kendilerine getirebileceği riski tespit etmek, bağımsız denetimin kapsam ve planlamasını belirlemek amacıyla gerekli ön araştırmaları yapmak zorundadırlar. Bu araştırmanın denetlenecek ortaklığın sektörü, varsa SPK'ya da BDDK gibi düzenleyici kuruluşları ve ilgili mevzuatı, ortaklığın amaçları, faaliyetleri, stratejileri, ilgili iş kolları, iş riskleri, finansal performansı, iç denetimi, organizasyonu, yönetimi gibi alanları içerecek şekilde kapsamlı bir şekilde yapılması gerekmektedir.

Her ticari faaliyette olduğu gibi bağımsız denetim sektöründe de piyasada oluşan rekabet koşulları uyarınca BDK'lar arasında müşteri elde etme hususunda bir yarış bulunmaktadır. Ancak her BDK'nun her müşteriyi kabul etmesinin bağımsız denetimden elde edilecek faydanın sağlanamamasına yol açabileceği gibi bu imkân bağımsız denetimin amacı ile kalitesi bakımından olması gereken bir durum değildir. Bu nedenle, BDK'nun kendisi ve denetlenecek ortaklık bakımından bir takım araştırma ve değerlendirme yaptıktan sonra sözleşme teklifini kabul ya da reddetmesi gerekmektedir. Buradaki genel amaç, bağımsız denetim faaliyetinin standartlara uyumlu olarak yapılabilmesinin sağlanması ve denetçinin bağımsızlığının korunmasıdır.

BDK bu araştırmayı yaparken, daha önceki bağımsız denetçiyle yahut denetlenecek ortaklığın yöneticileriyle veya varsa ortaklığın denetim komitesi, ortaklığın avukatı, iş ilişkilerinin olduğu diğer ortaklıklar yahut banka vs. ile mevzuat çerçevesinde görüşmesi ve bir takım bilgi belgeler talep etmesi mümkündür. Ayrıca ifade edilmelidir ki, BDK bu değerlendirmeyi mevcut müşterisi ile denetim sözleşmesini devam ettirmeden önce de yapmak durumundadır. Zira zaman içerisinde BDK'nun kendisinde de denetlediği mevcut müşterisinde de değişiklikler meydana gelmiş olabilir.

b) Denetim Standartları Bakımından

Bağımsız denetim kuruluşları, bağımsız denetim standartlarını uygulayamayacakları bir denetim faaliyetine başlayamazlar, bu yöndeki teklifleri de kabul edemezler. Bu durumu gerektiren haller denetlenecek ortaklıktan kaynaklanabileceği gibi BDK'nun kendisinden de

yer almaktadır. Söz konusu hükümde denetim firmalarının bakacakları hususlar sınırlı olmamak kaydıyla detaylı olarak sayılmıştır.

kaynaklanabilir. Buna BDK'nun personel kapasitesinin eksikliği, denetlenecek ortaklığın büyüklüğü, BDK'nun firmaya yeterli zaman ayıramayacak olması gibi örnekler verilebilir.

Bağımsız denetim faaliyetinin başarı ile sonuçlandırılması denetim faaliyetinin başından sonuna kadar belirlenen standartlara uygun olarak gerçekleştirilmesine bağlıdır. Finansal verilerin güvenilirliği bağımsız denetim raporları ile sağlanmakla birlikte, bağımsız denetimin güvenilirliğinin ne şekilde sağlanacağı açık değildir. Açıklanan bağımsız denetim sonucunun da kullanıcılar tarafından güvenilir bulunması bir denetim mekanizmasına dayanmak durumundadır. Bağımsız denetimin denetiminin ne şekilde yapılacağına ilişkin denetim standartları ise bulunmamaktadır. Bu noktada, bağımsız denetimin denetimi konusunda "bağımsız denetimin kalitesinden"²³⁰ söz edilmekte olup, denetimin kalitesinin sağlanması ve artırılması hedeflenmektedir.

Yaşanan muhasebe skandallarının ardından bağımsız denetimin kalitesi ve bunun artırılması gerekliliğinden hareketle, IFAC tarafından bağımsız denetimin kalitesinin sağlanması amacıyla 2002 yılında yayınlanan ISA 220 standardı ve yine IFAC bünyesindeki ISSAB tarafından 2004 yılında yayınlanan ISQC 1 standardı bu konuya ilişkin temel standartlardır²³¹. Ayrıca denetimin kalitesinin yükselmesi denetim standartlarına uyumun yanında denetim faaliyetlerini gerçekleştirenlerin etik kurallara olan uyumuna bağlıdır.

Öte yandan, bağımsız denetimin sonucunun güvenilir ve değerli addedilebilmesi için denetimi gerçekleştiren BDK ve denetçinin faaliyetleri özenli, güvenilir bir şekilde yürüttüğünün varsayılması gerekmektedir. Gerekli özenin sağlanması konusundaki kıstas ise denetim faaliyetlerindeki zaman içerisindeki gelişim ve somut olaya göre değişiklik arz etmektedir²³².

Bu kapsamda, bağımsız denetim sözleşmesi önerisini alan BDK'nun sözleşme teklifini kabul etmesi, denetim faaliyetleri sonucunu kullanıcılarının güvenilir addetmesine, bu varsayım ise gerçekleştirmesi amaçlanan bağımsız denetimin kalitesine ve etik kurallara

²³⁰ Bağımsız denetimin kalitesi ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Altıntaş, A.T. (2011). *Halka Açık Anonim Şirketlerin Bağımsız Denetiminin Kalitesi*, İstanbul. Bu konudaki analitik bir çalışma için bkz. Kavut, L. (2001). Bağımsız Denetçiler ile Bağımsız Denetim Hizmeti Alan İşletmelerin Yöneticilerinin Denetim Kalitesine İlişkin Görüş ve Tutumları, *İMKB Dergisi*, C. 5, S. 20, s. 1-30.

²³¹ ISQC 1 (International Standard on Quality Control), finansal tabloların denetimi ve incelenmesi, diğer güvence ve ilgili hizmetleri sunan denetim firmalarının kalite kontrolü hakkındadır. ISA 220 standardı da bağımsız denetimin kalitesi hakkındadır. ISQC 1 denetimi gerçekleştirecek olan denetim firması düzeyindeki bağımsız denetim kalitesini düzenlerken, ISA 220 denetim firmasının gerçekleştirdiği münferit denetim faaliyetleri düzeyindeki bağımsız denetim kalitesini düzenlemektedir.

²³² Porter, Simon, Hatherly, s. 93-94.

uyuma bağlıdır. Dolayısıyla bağımsız denetimin kalitesi ile BDK'nun potansiyel müşterinin sözleşme teklifinin değerlendirilmesi arasında paralel bir ilişki bulunmaktadır.

KSS-ISQC 1 standardının 26 ncı paragrafı uyarınca, denetimi gerçekleştirecek olan BDK'nun mevcut müşterisi ile devam etmesini yahut yeni bir müşteriyi kabul etmesinde makul bir güvence sağlamak amacıyla bir müşteri kabul politika ve prosedürünün olması gerekmektedir²³³. Bunu BDK'nun “müşteri kabul politikası” olarak adlandırmak mümkündür. Bu makul güvence, BDK'nun (a) denetim faaliyetini gerçekleştirebilecek yeterlilikte olduğu ve bunu yerine getirmek üzere yeterli kapasite, zaman ve kaynağa sahip olduğu, (b) etik kurallara uyabileceği ve (c) müşterisinin güvenilirlik ve dürüstlük konularındaki uyumu hakkındaki görüşünün olumlu olduğu hallerde mümkündür. KSS-ISQC 1 standardının 27 nci paragrafına göre ise BDK'nun belirleyeceği bu prosedür ve politikalar; (a) BDK'nun yeni bir müşteri ile sözleşme imzalamadan önce yahut mevcut müşterisi ile devam edip etmeme konusunda karar vermeden önce veya mevcut müşterisinin yeni bir denetim işini almadan önce denetlenecek ortaklık hakkında bilgi elde etmesi, (b) yeni yahut mevcut müşteri ile potansiyel bir çıkar çatışmasının belirlenmesi halinde BDK'nun bu durumun uygunluğunu değerlendirmesi, (c) eğer BDK ile potansiyel müşterisi arasında olan bir takım sorunların varlığının tespit edilmesine rağmen sözleşme imzalanmış ise bu sorunların ne şekilde çözüldüğünün belgelendirilmesi hususlarını içermelidir. Anılan standardın 28 nci paragrafına göre de BDK'ların devam eden müşterileri ile ilgili olarak daha önceden var olan bir nedenden dolayı bir müşterisini reddetmesini gerektirecek bir halin ortaya çıkması halinde ne şekilde hareket edeceğine ilişkin bir politikasının var olması gerekmektedir.

BDS-ISA 220 standardının 12 ve 13 üncü paragrafları da bu konuyla ilgili olup, KSS-ISQC 1 standardına ek olarak denetimi gerçekleştiren denetçinin müşteri kabul ya da devam etme konusundaki takip edilen BDK politikalarının karşılandığı sonucunu elde etmiş olmasını aramaktadır.

BDK'nun potansiyel müşteri teklifini değerlendirmesi aslında denetim planının öncüsünü teşkil etmektedir. BDK'lar denetime başlamadan önce BDS-ISA 300 standardında düzenlenmiş olan bir denetim planı ve stratejisi belirlemek durumundadırlar. Bu denetim

²³³ Müşteri kabul politikasının varlığı, BDK'nun dürüst olmayan müşterilerin tekliflerinin kabul edilmemesi konusundaki ilk önlem olarak değerlendirilmelidir. Kepekçi, C. (2004). *Bağımsız Denetim*, 5. Bası, İstanbul, s. 35.

planının oluşturulmasının başında ise potansiyel müşterinin anlaşılması ve tanınması aşaması gelmektedir. Denetim planının amacı; (a) ileride karşılaşılabilecek sorumluluk ihtimalini minimize etmek amacıyla potansiyel müşteri ve denetim konusunda yeterli ve uygun delil elde etme, (b) piyasadaki rekabet ile mücadele edebilmek amacıyla denetim maliyetlerini düşürme ve (c) gerekli olan iyi müşteri ilişkilerinin korunması ve yüksek kalitede başarılı bir denetim gerçekleştirmek amacıyla potansiyel müşteriyi iyi tanımayı sağlamaktır²³⁴. Bu şekilde de denetim riskinin makul bir seviyeye inmesi hedeflenmektedir.

Denetlenecek müşteri hakkındaki ön araştırmanın yapılabilmesi ve buna bağlı olarak denetim planının oluşturulabilmesi müşterinin riskli yönleri dâhil tüm iş çevresi ve faaliyetlerinin BDK tarafından tanınmasına bağlı bir süreçtir²³⁵. Böylelikle denetlenecek olan finansal tabloların tam ve doğru bir şekilde hazırlanıp hazırlanmadığı ve dolayısıyla önemli hata ve hile içerip içermediği hakkında fikir elde edilebilmektedir. Bu husus ise BDK'nun kendisine yönelen sözleşme teklifini değerlendirmede önem arz etmektedir. Zira denetim riskinin yüksek bulunması halinde sözleşme teklifinin reddi gerekmektedir.

Her halde BDK'nun potansiyel müşterisi hakkındaki araştırması denetim riskini makul seviyeye indirmeye matuftur²³⁶. Denetim riski ise denetlenecek ortaklığın bilanço büyüklüğü ile halka açık olup olmaması ile doğrudan ilişkidir. Şöyle ki, bilançosu kabarık olan bir ortaklığın finansal tablolarında hata ve hilelerin olması ihtimali normal bilançooya sahip bir ortaklığa göre daha fazladır. Keza finansal tabloların ve bunların denetim sonuçlarının kullanıcılarının daha fazla olduğu halka açık anonim ortaklıkların denetiminde daha dikkati olunması gerektiği açıktır²³⁷.

Bu kapsamda BDK'nun yeni bir müşteri teklifini kabul etmeden yahut mevcut müşterisi ile olan ilişkisini devam ettirmeden önceki bu süreçteki ön inceleme konusunda dikkat edeceği başlıkları KSS-ISQC 1/26 standardına uygun olarak üç başlık altında toplayabiliriz²³⁸.

²³⁴ Arens, Elder, Beasley, s. 208.

²³⁵ Porter, Simon, Hatherly, s. 313. Bu husus BDS-ISA 315 bölümünde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

²³⁶ Bu husus denetim ücretinin belirlenmesinde de dikkate alınabilmektedir. Örneğin hiçbir riski barındırmayan ortaklığın denetim ücreti ile makul bir seviyede denetim riski barındıran ortaklığın denetim ücreti birbirinden farklı olmak durumundadır.

²³⁷ Arens, Elder, Beasley, s. 211.

²³⁸ Bu başlıklar ISA-BDS 220/12-13 düzenlemelerinde de benzer şekilde ele alınmıştır.

(1) Bağımsız Denetim Kuruluşu'nun Teklif Edilen Denetim Faaliyetini Yürütüp Yürütemeyeceğine Dair Yeterliliğine İlişkin Araştırma (KSS/ISQC 1/26-a)

BDK bir sözleşme kurma ya da devam ettirme²³⁹ teklifini aldıktan sonra denetlenecek ortaklığa göre bağımsız denetim faaliyetini yürütebilecek düzeyde deneyim ve yeterliliği olup olmadığını kontrol edecektir²⁴⁰. Bu kapsamda da,

- BDK'nun denetimi gerçekleştirebilecek teknik altyapısını ve denetim deneyimini, potansiyel müşterisinin faaliyet gösterdiği sektörlerle ilişkin yeterli bilgisinin olup olmadığını, denetlenecek ortaklığa göre ilgili düzenleyici ve finansal raporlamaya ilişkin yeterli bilgisinin olup olmadığını kontrol etmesi gerekmektedir²⁴¹.

- BDK'nun denetimi gerçekleştirmek için zaman ve lojistik bakımdan uygun olması gerekir.

- BDK'nun denetim faaliyetini gerçekleştirecek denetim elemanlarını denetleyebilecek ve emir verebilecek konumda olması, onlar üzerindeki gözetimini sağlayabilecek kapasitede olması gerekmektedir.

- BDK'nun ortaklık hakkında uzmanlardan görüş alabilecek yahut denetimin bir bölümünü başka bir BDK yapıyor ise onlardan görüş alabilecek kadar zaman ve imkâna sahip olması gerekmektedir.

- BDK'nun denetim faaliyetini zamanından önce bitirebileceğini öngörmesi gerekmektedir.

²³⁹ BDK'nun sözleşmesel ilişkisinin bulunduğu ortaklıklar ile devam edip etmeme konusunda da benzer bir ön araştırma yapması beklenmektedir. Bunun nedeni zaman içerisinde denetlenecek ortaklığın yapısındaki veya faaliyet konusundaki değişiklikler gibi denetim sözleşmesinin kurulmasını/sürdürülmesini etkileyecek hususlarda gelişmeler yaşanmış olma olasılığıdır. Dolayısıyla BDK faaliyet dönemi için denetim yapmadan önce ilk defa sözleşme yapacakmış gibi bir ön inceleme yapması beklenmektedir. Şüphesiz ki, bu halde ilk defa karşılaştığı bir ortaklığa nazaran daha fazla bilgi sahibi olması nedeniyle bu inceleme daha kısa ve kolay olacaktır.

²⁴⁰ Porter, Simon, Hatherly, s. 299.

²⁴¹ Messier, Glover, Prawitt, s. 153. Bu konunun hassasiyetini belirtmek üzere ABD'de yaşanan bir olay dikkat çekicidir. Buna göre Ernst&Young in Dublin adlı denetim firması SkillSoft Plc. adlı bir yazılım şirketinin denetimini gerçekleştirirken yazılım şirketi denetimini sonuçlandırabilecek uygun bir denetçi atanması konusundaki başarısızlığı nedeniyle bağımsız denetim faaliyetini başarı ile sonuçlandıramamıştır. Bu nedenle SEC tarafından anılan denetim firmasının denetim yapması yasaklanmış fakat daha sonra denetim firmasının 725,000.00 ABD Doları ödemesi karşılığında söz konusu yasağın kaldırılması konusunda uzlaşa sağlanmıştır. Bkz. Web: <http://www.sec.gov/news/press/2007/2007-137.htm> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

Bu gibi hususların yanında BDK'nun eğer sözleşme teklifini yapan ortaklığın teklifini kabul etmesi halinde denetim yaptığı diğer ortaklıklar bakımından da kendi portföyünü kontrol etmesi gerekmektedir. Şöyle ki, eğer kendisine yapılan bir teklifi kabul etmesi halinde hâlihazırda denetim görevini üstlendiği başka bir ortaklık bakımından bir çıkar çatışması doğma ihtimali var ise o teklifi reddetmesi gerekmektedir. Örneğin, X bankasının kredi verip vermemek üzere Y ortaklığı üzerinde denetim yapmasını istemesi üzerine denetim yapan BDK'nun, Y ortaklığının büyük ortağı olan Z ortaklığının denetim sözleşmesi yapma teklifini reddetmesi gerekebilecektir. Zira bu halde X bankası ile Z ortaklığı arasında bir çıkar çatışması bulunmaktadır.

(2) Etik kurallara uyum konusundaki araştırma (KSS/ISQC 1/26-b)

BDK'nun kendisine yönelen sözleşme teklifini değerlendirme yapmasındaki asıl amaçlardan biri denetim faaliyetini bağımsız bir şekilde yürütüp yürütemeyeceği hususunda bir sonuca ulaşmasını sağlamaktır. Zira bağımsızlık unsuru olmaksızın yürütülen denetim faaliyetlerinde UDS kurallarının teknik tüm unsurları uygulansa dahi UDS anlamında bir bağımsız denetim faaliyetinde bulunulmamıştır.

Bu durumda BDK, sözleşme teklifini değerlendirirken standartlara göre belirlenen bağımsızlık kriterlerinin, teklifi kabul etmesi ile bir değişikliğe uğrayıp uğramayacağını değerlendirecektir. Şüphesiz ki, bu halde BDK'nun kurumsal olarak sadece kendi bağımsızlığını değil kişi seviyesinde denetimi gerçekleştirecek olan muhtemel denetçi/lerin de bağımsızlığını korunacağı hususunu da dikkate alması gerekecektir.

IFAC bünyesindeki IESBA tarafından çıkarılan Etik Standartlarında (*Code of Ethics*) da bu husus ayrı bir başlık halinde ele alınmıştır²⁴². Ancak burada sadece bağımsızlık unsuru ele alınmamış, bağımsızlık prensibini de kapsayacak şekilde temel denetim prensiplerine aykırılık olup olmayacağı bakımından BDK'nun değerlendirme yapması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre Etik Standartlarının (210.1) paragrafına göre BDK, yeni bir müşteri kabul etmeden önce bu sözleşmenin kabulü ile uyması gereken denetim standartları

²⁴² BDS-ISA 200/14 uyarınca denetçilerin ilgili etik kurallara uyması gerektiğini ifade etmektedir. Söz konusu düzenlemenin açıklamalarının yer aldığı ISA 200/A-14, 15 düzenlemelerinde ise ilgili etik kuralların IESBA tarafından yayınlanan Code of Ethics olduğu ifade edilmiştir. Bu nedenle, çalışma tarihi itibarıyla KGK tarafından (Bağımsız Denetçiler İçin Etik Kurallar) yayınlanmamakla birlikte, etik kurallar UDS'nin bir parçası olup, bu yönü ile TTK'nun atfı yaptığı UDS kapsamındadır.

ile temel prensiplere²⁴³ halel getirilip getirilmeyeceğine karar vermelidir. BDK ile potansiyel müşteri arasındaki ilişkiden ileri gelebilecek tehditler sadece kurumsal olarak müşteri ortaklığı değil onun yöneticileri, ortakları yahut faaliyetleri ile ilgili de olabilir.

Etik Standardının (210.3) ve (210.4) paragraflarının birlikte değerlendirilmesinde ise BDK'nun sözleşme teklifini kabul etmeden önce standartlara uyum konusunda öngördüğü tehdit edici hali elimine etmesi yahut kabul edilebilir bir seviyeye indirmesi gerekmektedir. Bu amaçla denetlenecek olan ortaklığın faaliyetleri veya operasyonlarının kapsamı hususunda detaylı bilgi edinme yahut uzman kişi/kuruluşlardan yararlanma gibi yollara başvurusu mümkündür. Buna rağmen tehdit edici olan sorunlu unsur makul bir seviyeye indirilemiyorsa BDK'nun kendisine yönelen teklifi reddetmesi gerekmektedir.

(3) Denetlenecek ortaklığın ortakları ve yöneticilerinin finansal tablo hazırlanmasındaki mevzuata uyum konusundaki dürüstlüğünün değerlendirilmesi (KSS/ISQC 1/26-c)

Bağımsız denetim faaliyetlerinin konusunu oluşturan ortaklık finansal tabloları ise ortaklığın yöneticileri²⁴⁴ tarafından hazırlanmaktadır. Bu nedenle de finansal tablolar üzerindeki manipülatif hareketlerin hemen tamamı ortaklığın yöneticilerinden kaynaklanmaktadır. Ortaklık yöneticilerinin mevzuata uyum konusundaki seviyeleri bu bakımdan önem arz etmektedir. Özellikle de denetlenecek ortaklık yöneticilerinin daha önceden bu yönde bir eylemi gerçekleştirmiş olmaları halinde BDK'nun daha dikkatli olması gerekmektedir²⁴⁵.

KKS-ISQC 1/26-c standardının açıklaması olan (A19) paragrafına göre BDK'nun, potansiyel müşterisinin düzenlemelere uyum konusunda; (a) ortaklığın yöneticilerinin kimliği ve ticari itibarı, (b) ortaklığın operasyonları ve iş uygulamaları, (c) ortaklığın hakim

²⁴³ Bunlara örnek olarak dürüstlük, tarafsızlık, objektiflik, profesyonel yeterlilik, özen yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, bağımsızlık gibi temel prensipler verilebilir. Porter, Simon, Hatherly, s. 300. Bunlar BDS-ISA 200/A-15 düzenlemesinde de yer almaktadır.

²⁴⁴ ISA 200/13-h (BDS 200/13-n ve l) düzenlemesine göre yönetici kavramı, ortaklığın yönetimi ile yükümlü olan herkesi kapsamaktadır. Buna göre ortaklığın yönetim kurulu üyeleri, genel müdürü, hâkim ortağı da yönetici kavramı içerisinde değerlendirilebilecektir.

²⁴⁵ ABD ve İngiltere'de denetçi ve yöneticilerin sorumluluklarına ilişkin davaların çoğunda, bu kişilerin somut olaydan daha önce de benzer şekilde hukuka aykırı eylemleri nedeniyle mahkûm oldukları tespit edilmiştir. Porter, Simon, Hatherly, s. 305. Aynı sayfada Yazar tarafından yapılan atıf ile ARENS tarafından da ABD uygulamasında benzer bir sonuca ulaşıldığı ifade edilmiştir. Kanaatimizce, bu husus bir ön yargı oluşturmamalı ve BDK'nun mutlak bir şekilde kendisine yönelen teklifi reddetmesi gerektiği anlamına gelmemelidir. Ancak BDK'nun bu durumda daha dikkatli olması ve bu unsuru diğer veriler ile birlikte değerlendirilerek sonuca ulaşması gerekmektedir. Sonuçta, BDK tarafından bu unsur göz ardı edilebilir bir seviyeye indirilebiliyor ise sözleşmenin kabul edilmesinde bir hukuka aykırılık bulunmamaktadır.

ortakları ile yöneticilerinin özellikle agresif bir şekilde muhasebe standartlarını yorumlama konusundaki davranışları, (d) ortaklığın denetim ücretini düşürme konusundaki yoğun çabasının olup olmadığı, (e) ortaklığın denetimin çalışma kapsamını sınırlama konusundaki uygunsuz davranışları, (f) ortaklığın daha önceden kara para aklama yahut diğer suçlara katılıp katılmadığı gibi hususlara bakması gerekmektedir.

3) Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Kurulması ve Bildirimi

Finansal tablolarını BDK'ya denetlettirmek isteyen ortaklığın teklifinin, BDK tarafından, standartlara uygun bir denetim gerçekleştirme hususunda kendisinin ve ortaklığın durumunun uygun olduğu ve denetim riskinin makul bir seviyede olduğunu yaptığı araştırma neticesinde ulaşılması durumunda kabul edilmesi ile taraflar arasında bağımsız denetim sözleşmesi kurulmuş olmaktadır.

Sözleşmenin kurulması aşamasında, BDK'nun kabul iradesinin denetlenecek ortaklığa iletilmesi ile sözleşmenin kuruluş aşaması tamamlanmış olmaktadır. Bu durumda TBK md. 6 anlamında kabul için belli bir sürenin beklenilmesi gerektiren bir hal olmakla birlikte, sözleşmenin kurulması için açık bir kabul iradesi gerekmektedir. Bu nedenle açık bir kabul beyanının arandığı TBK md. 5 kapsamında hazır olmayanlar arasında bir sözleşme kurulması söz konusudur. Bu çerçevede, denetlenecek ortaklığın önerisi, BDK'nun *“zamanında ve usulüne uygun olarak gönderilmiş yanıtının ulaşmasının beklenebileceği ana kadar”* onu bağlayacaktır. Bu sürenin hesaplanmasında BDK'nun gerekli ön araştırmayı yapma ve bunu değerlendirme süresi ile sonucun denetlenecek ortaklığa ulaştırılmasını gerektiren sürenin dikkate alınması gerekmektedir. Bu sürenin sonunda BDK'dan cevap gelmemesi halinde denetlenecek ortaklık yaptığı teklif ile bağlı olmayacaktır. Ancak bu süre içerisinde BDK'nun kabul iradesinin denetlenecek ortaklığın hâkimiyet alanına ulaşması ile sözleşme kurulmuş olmaktadır²⁴⁶.

Bağımsız denetim sözleşmesinin kamunun aydınlatılması bakımından arz ettiği önem nedeniyle bu sözleşmenin kamuya ve ilgili otorite olan SPKr'na bildirilmesi gerekmektedir. SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 27/1-e uyarınca bağımsız denetim sözleşmelerinin kurulmasını takip eden en geç altı iş günü içerisinde imzalanan sözleşmenin bir örneğinin

²⁴⁶ Sözleşmenin kurulması anına ilişkin olarak açıklama, gönderme ve varma teorileri bulunmaktadır. Hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelere ilişkin olarak TBK md. 5 hükmünde *“bir yanıtın ulaşması”* ifadesinin kullanılması nedeniyle kabul edilen sistem varma teorisi ile uyumludur. Buna göre de BDK'nun kabul iradesinin denetlenecek ortaklığın hâkimiyet alanına vardığı anda sözleşme kurulmuş olmaktadır. Sözleşmenin kurulması için denetlenecek ortaklığın kabul iradesini öğrenmesi zorunlu değildir. Eren, s. 242.

SPKr'na göndermeleri gerekmektedir. Bağımsız denetim sözleşmelerinin iradi bir sözleşme olması nedeniyle BDK tarafından sözleşme yapıldığının SPKr'na bildirilmemesi sözleşmenin geçerliliğini etkileyen bir unsur değildir.

TTK md. 399/1 uyarınca, denetlenecek ortaklık tarafından denetçinin ticaret sicile tescil edilmesi ve ortaklık internet sitesi ile TTSG'de bu hususun ilan edilmesi gerekmektedir. Bu hüküm ile kanun koyucunun denetim sözleşmesinin imzalanmasına şeffaflık ve kamunun aydınlatılması bakımından önem atfetmiş olduğu görülmektedir. Belirlenen BDK'nun sonradan değişmesi halinde öncekinin terkinin ile bu yeni BDK'nun da ticaret sicile tescili, ortaklık internet sitesi ile TTSG'de yeniden ilan yaptırılması gerekmektedir. Ayrıca denetim sözleşmesinin imzalanması ile sözleşmenin imzalandığı hususunun ya da sözleşmenin örneğinin ortaklık internet sitesinde TTK md. 1524/1-g hükmü uyarınca yayınlanması gerekmektedir. Bu konunun önemi ise bu hükme aykırılığın TTK md. 562/12 uyarınca cezalandırılacak olmasıdır.

Ayrıca BDK tarafından Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 51/1 uyarınca sözleşmenin imzalanmasından itibaren bir ay içerisinde sözleşmenin yapıldığı tarih ve sözleşmede yer alan hususlar ile TÜRMOB tarafından gerekli görülecek diğer hususlar BDK'nun bağlı olduğu odaya bildirilir. Buna aykırılık halinde ise disiplin cezası verilebilir²⁴⁷.

F. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİ'NİN TARAFLARI

Çalışma konumuz kapsamında bağımsız denetim sözleşmelerinin taraflarını sermaye piyasasında faaliyet gösteren anonim ortaklıklar ile bağımsız denetim kuruluşları oluşturmaktadır²⁴⁸.

²⁴⁷ 31.10.2000 tarih ve 24216 sayılı RG'de yayınlanan Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Disiplin Yönetmeliği md. 6/q.

²⁴⁸ KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 7 hükmünde denetimin tarafları olarak denetlenen ortaklık, denetimi yapan kişi/kuruluş ve ilgili mevzuatlarında hedeflenen kullanıcılar belirtilmiştir. Çalışmamızın bu bölümünde denetimin değil, denetim sözleşmesinin tarafları açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak sorumluluk bahsi incelenirken anılan hükümdeki üçüncü kişilerin denetimin tarafı olarak nitelendirilmesi önem arz etmektedir.

1) Halka Açık Anonim Ortaklık

a) Tanım

TTK md. 329/1 hükmünde anonim şirket “*sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirket*” olarak tanımlanmıştır. Buna karşın TTK içerisinde pek çok yerde belirtilen halka açık anonim şirket hakkında bir tanım verilmemiştir.

Ülkemizde sermaye piyasaları ve ona bağlı olarak halka açık anonim ortaklık kavramları 1960’lı yıllardan itibaren kullanılmaya başlanmış olup, ilk olarak 1981 tarihli mülga 2499 sayılı SPKn ile yasal zemine kavuşmuştur. Mülga 2499 sayılı SPKn md. 3/1-g hükmünde halka açık anonim ortaklık “*hisse senetleri halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklık*” olarak tanımlanmıştır. Halen yürürlükte olan 6362 sayılı SPKn md. 3/1-e hükmünde de aynı tanım korunmuştur.

Dolayısıyla sermaye piyasası alanında halka açık anonim ortaklık statüsü iki şekilde kazanılmaktadır. Bunlar anonim ortaklığın paylarını halka arz etmesi hali ile ortaklığın halka arz edilmiş sayılan hale gelmesidir.

Bu açıdan bakıldığında SPKn, halka açık anonim ortaklık statüsünün sağlanmasında pay senetlerinin halka dağıtılmasını esas almıştır²⁴⁹. Halka arzı gerçekleştirmek suretiyle halka açık anonim ortaklık statüsünün kazanılmasında temel kavram halka arzıdır. SPKn md. 3/1-f hükmü uyarınca halka arz, “*sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan yapılan genel bir çağrıyı ve bu çağrı devamında gerçekleşen satışı*” ifade etmektedir. Böylelikle, paylarını halka satmak üzere bir çağrı yapan anonim ortaklık halka açık anonim ortaklık sayılmaktadır²⁵⁰. Ancak bu çağrının halk nezdinde karşılık bulması diğer bir ifade ile çağrı sonunda bir satışın yapılması da gerekmektedir.

Diğer taraftan, halka arz yapmadan da halka açık ortaklık statüsü kazanılabilecektir. SPKn md. 16/1 hükmünde ortak sayısı beşyüz kişiyi aşan ortaklıkların hisse senetlerini halka

²⁴⁹ Buna karşın halka açık ortaklığa nazaran daha geniş bir alanı kapsayan ihraççı kavramında sadece pay senetlerinin değil tüm sermaye piyasası araçları ve bunların ihraç edilmesi esas alınmıştır.

²⁵⁰ SPKr’nun 22.6.2013 tarih ve 28685 sayılı RG’de yayınlanan (VII-128.1) sayılı Pay Tebliği uyarınca halka arzın daha evvel halka kapalı olan anonim ortaklıklar tarafından yahut halihazırda halka açık olan ortaklıkların kendi sermaye artırımlarıyla veya ortaklarının kendi paylarını satmaları suretiyle yapılması mümkündür.

arz etmiş sayılan ortaklık olarak kabul edildiği ifade edilmiştir²⁵¹. SPKn md. 136/5 hükmünde ise bankaların ortak sayısı bakımından bu kanuna tabi olmadıkları düzenlenmiştir.

b) Türleri

Anonim ortaklıklar hukukunda “tip” kavramı, dar ve geniş olarak tanımlanmaktadır. Dar anlamda tip kavramı, yapısı kanun tarafından emredici hükümler ile belirlenmiş ticaret ortaklıkları biçimlerini ifade etmektedir. Geniş anlamda tip kavramıyla ise kanuni tipi model olarak alan, ancak ondan gerektiğinde kanunun izin verdiği ölçüde ayrılan ve uygulamanın yarattığı sınıflar ifade edilmektedir. Bu anlamda, anonim ortaklık dar anlamda bir tip iken, halka açık anonim ortaklık başka bir dar anlamdaki tip değildir. Bu nedenledir ki, kanun koyucu da halka açık anonim ortaklık *statüsünün* kazanılmasından bahsetmektedir²⁵². Bu bakımdan halka açık anonim ortaklıklar, öncelikle TTK anlamında birer anonim ortaklık olup, ondan ayrılan yönlerinin kanun koyucu tarafından belirlenmiş olması nedeniyle anonim ortaklığın bir sınıfını oluştururlar.

Bununla birlikte, halka açık anonim ortaklıklar da kendi içerisinde alt sınıflara ayrılmaktadır. Halka açık anonim ortaklıklar genel olarak TTK’da da çeşitli hükümlerde yer verildiği üzere paylarının borsa işlem görüp görmemesine göre ikiye ayrılmaktadırlar²⁵³. Bir halka açık anonim ortaklığın paylarının borsada işlem görmesi bir zorunluluk değildir²⁵⁴. Payları borsada işlem gören anonim ortaklık farklı özellikler arz eden bir halka açık anonim ortaklık türüdür. Öncelikle ifade edilmelidir ki, burada söz konusu olan borsalar her türlü

²⁵¹ SPKn md. 16/2 uyarınca ortak sayısı nedeniyle halka açık anonim ortaklık statüsü kazanan anonim ortaklıkların bu statüsü elde etmelerinden itibaren iki yıl içerisinde paylarını borsada işlem görmesi için Borsa’ya başvuruda bulunması gerekmektedir.

²⁵² Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, s. 125 ve 254. Konu hakkındaki ayrıntılı bilgi ve doktrindeki farklı yaklaşımlar için bkz. Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, s. 219 vd. Yazarlar yeni TTK’nun farklı bir yaklaşımı benimsediği, genel ifade ile tipik bir modelin benimsenmediğini, ancak halka açıklık oranının düşüklüğü nedeniyle olsa olsa tipik modelin halka kapalı aile şirketi yapılanması olduğunun ifade edilebileceğini ileri sürmektedirler. Bkz. s. 225-226.

²⁵³ Doktrinde halka açık anonim ortaklıkları paylarının borsalarda, teşkilatlanmış diğer piyasalarda ve tezgâh üstü piyasalarda işlem görmesine göre üçe ayrıldığı da görülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yanlı, *Kamunun Aydınlatılması*, s. 58 vd.

²⁵⁴ SPKn md. 16/2 hükmü ile payları borsada işlem görmeyen halka açık ortaklıkların, halka açıklık statüsünün kazanılmasından itibaren iki yıl içerisinde paylarının borsada işlem görmesi için borsaya başvuruları zorunlu kılınmıştır. Söz konusu hükme dayanarak Kurul tarafından 30.12.2013 tarih ve 28867 (Mükerrer) sayılı RG’de (II-16.1) sayılı Ortaklıkların Kanun Kapsamından Çıkarılması ve Paylarının Borsada İşlem Görmesi Zorunluluğuna İlişkin Esaslar Tebliği yayınlanmıştır. TTK’nun Genel Gerekçesinin 102 nolu paragrafında ise yeni TTK’nun hedefleri arasında halka açık ve halka kapalı şirket ayrımı arasındaki farkların en aza indirilmesi hedefi bulunmaktadır. Bu iki yaklaşımı birlikte değerlendirdiğimizde, Türk anonim ortaklıklar hukukunda anonim ortaklıkların borsa şirketlerine ilişkin düzenlemelere tabi kılınmasının hedeflendiği ileri sürülebilir.

ticari ürünün işlem gördüğü borsalar değil SPKn md. 3/1-ç hükmünde yer alan “borsa” tanımında²⁵⁵ belirtildiği şekilde sermaye piyasası araçlarının, kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin işlem gördüğü borsalardır.

Borsalar menkul kıymetlerin alınıp satılabildiği bir pazar yerini ifade etmektedir. Ülkemizde hali hazırda menkul kıymetlerin işlem görebileceği yegâne borsa Borsa İstanbul A.Ş.’dir. Borsaların ekonomik yönden çeşitli fonksiyonları bulunmaktadır. Bunların başında, menkul kıymetler alanında sürekli ve likit bir pazar oluşturması, adil bir fiyat oluşumunu sağlaması, mülkiyeti halka doğru yaygınlaştırması, ekonomiye kaynak sağlaması, güvence ortamı sağlaması ve ekonomik barometre görevini üstlenmesi gelmektedir²⁵⁶.

Bir ortaklığın paylarını borsada işlem görmesini istemesinin çeşitli sebepleri olabilir. Bunların başında ortaklığın paylarının likiditesini artırmak istemesi ile itibar sağlama amacı yer almaktadır. Bir ortaklığın paylarının borsada alım satımının sağlanması gerçekte ilgili ortaklığın sermayesinde bir değişikliğe yol açmamaktadır. Zira borsalar sermaye piyasaları alanında ikincil piyasalarda yer almakta olup, ortaklığa dışarıdan bir kaynak girdisi sağlamazlar.

TTK içerisinde halka açık anonim ortaklık kavramı yanında “sermaye piyasası araçları borsada veya teşkilatlanmış diğer bir piyasada işlem gören” ortaklıklar ile “pay senetleri borsaya kote edilmiş” ortaklıklardan bahedilmiştir. Söz konusu iki ortaklığın, halka açık ortaklığın bir alt sınıfı veya türü olarak değerlendirilmesi gerekmektedir²⁵⁷. Bu iki şirket türünü “borsa şirketi” kavramı altında değerlendirmek mümkün olmakla birlikte, ifade edilmelidir ki borsada işlem görme ile borsada kote olma durumları birbirinden farklı

²⁵⁵ SPKn md. 3/1-ç hükmünde borsa kavramı “anonim şirket şeklinde kurulan, sermaye piyasası araçları, kambiyo ve kıymetli madenler ile kıymetli taşların ve Kurulca uygun görülen diğer sözleşmelerin, belgelerin ve kıymetlerin serbest rekabet şartları altında kolay ve güvenli bir şekilde alınıp satılabilmesini sağlamak ve oluşan fiyatları tespit ve ilan etmek üzere kendisi veya piyasa işleticisi tarafından işletilen ve/veya yönetilen, alım satım emirlerini sonuçlandıracak şekilde bir araya getiren veya bu emirlerin bir araya gelmesini kolaylaştıran, bu Kanuna uygun olarak yetkilendirilen ve düzenli faaliyet gösteren sistemleri ve pazar yerlerini” ifade eder.

²⁵⁶ Çapanoğlu, M. B. (1993). *Türkiye ve Dış Ülkelerde Sermaye Piyasası Özelleştirme Uygulamaları ve Menkul Kıymet Borsaları*, İstanbul, s. 44 vd., Yasaman, s. 6 vd.

²⁵⁷ TTK’da benimsenen bu üçlü ayrımın AB hukukundaki karşılığı için bkz. Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, s. 228. Yazarların da atıf yapmış oldukları Yüksek Düzeyli Şirketler Hukuku Uzmanlar Grubu tarafından hazırlanan raporda da halka açık ve kapalı ortaklık ile borsa şirketi ayrımı yapılmıştır. Söz konusu rapor metni için bkz. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/report_en.pdf s. 34-35 adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

durumları ifade etmektedir²⁵⁸. Bir sermaye piyasası aracının borsaya kote edilmesi hususunda SPKn md. 68/1 uyarınca çıkarılacak alt düzenlemelerde yer alacak şartları taşınmasını gerektirmektedir. Genel olarak kotasyon kavramı işlem görme kavramından daha geniş bir alanı ifade etmektedir.

c) Sermaye Piyasaları Bakımından Bağımsız Denetime Tabi Olan Ortaklıklar

(1)TTK Hükümlerine Göre Bağımsız Denetime Tabi Olan Anonim Ortaklıklar

TTK md. 397/1 uyarınca²⁵⁹ hükmün dördüncü fıkrasında belirtildiği şekilde Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen anonim ortaklıklar bakımından finansal tabloları üzerinde bağımsız denetim yaptırılması zorunluluk olarak öngörülmüştür²⁶⁰.

Anonim ortaklıklar içerisinde yer alan denetleme kurullarının kaldırılması ve denetimin bir zorunluluk olması nedeniyle böyle bir sistemin kabul edilmesi oldukça doğal bir sonuçtur. Bu durum bilanço değeri küçük olan anonim ortaklıklar bakımından ek bir maliyet anlamına gelmektedir. Ayrıca Ülke düzeyinde tüm anonim ortaklıkların denetimini gerçekleştirebilecek olan kişi ve/veya şirketi ağı oluşturulmadığı da gözden uzak tutulmamalıdır. Öngörülen sistemin söz konusu olumsuz sonuçlar vermesinin önünde geçilmesini sağlayacak tek imkân bu tip şirketler bakımından bağımsız denetim yaptırma zorunluluğunun Bakanlar Kurulu tarafından öngörülmemesidir.

TTK md. 397/4 hükmüne binaen Bakanlar Kurulu tarafından hangi ortaklıkların bağımsız denetime tabi olacakları belirlenmiştir²⁶¹. Söz konusu Bakanlar Kurulunun 2012/4213 sayılı kararı md. 4/6 hükmüne dayanarak KGK tarafından da söz konusu kararın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yayınlanmıştır²⁶². Çalışma konumuzun sınırları da

²⁵⁸ Bu hususta bkz. 19.10.2014 tarih ve 29150 sayılı RG’de yayımlanan Borsa İstanbul A.Ş. Borsacılık Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Yönetmeliği md. 14 vd, 24 vd.

²⁵⁹ Hükmün ilk cümlesi 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hali şu şekildedir: “Anonim şirketin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları denetçi tarafından, uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye Denetim Standartlarına göre denetlenir.”

²⁶⁰ İsviçre BK md. 727 hükmünde ise tüm ortaklıkların değil hükmünde belirtilen kriterlere uygun olan ortaklıkların bağımsız dış denetime tabi tutulması gerektiği düzenlenmiştir. Çalışma konumuz olan halka açık anonim ortaklıklar ise söz konusu hüküm kapsamında bağımsız denetime tabi ortaklıklar arasında sayılmıştır. Keza Alman HGB md. 316/1 hükmünde de aynı kanunun 267/1 hükmünde belirtilen sermaye sınırlarının üzerinde olan ortaklıklar bakımından öngörülmüştür. ABD uygulamasında da 1934 tarihli Menkul Kıymet Borsaları Kanunu md. 10A uyarınca tüm halka açık anonim ortaklıklar bağımsız dış denetime tabidirler.

²⁶¹ Bu hususa ilişkin Bakanlar Kurulu’nun 2012/4213 sayılı kararı 23.1.2013 tarih ve 28537 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

²⁶² 12.3.2013 tarih ve 28585 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

dikkate alınmak kaydıyla, söz konusu düzenlemelerin detaylarına²⁶³ girilmeksizin, sermaye piyasaları bakımından sermaye piyasası araçları borsada işlem gören halka açık anonim ortaklıklar ile sermaye piyasası kurumları bağımsız denetime tabi tutulan ortaklıklar arasında yer almaktadırlar. Bakanlar Kurulunun ilgili kararında değişiklik yapan 2014/5973 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile nitelikli yatırımcılara satılmak üzere pay hariç sermaye piyasası aracı ihraç eden anonim ortaklıklar da bu kapsamda yer almaktadır.

Anılan Bakanlar Kurulu Kararı md. 3/1 uyarınca karar ekinde bulunan (I) nolu listede yer alan ortaklıklar herhangi bir kıstasa tabi olmaksızın doğrudan bağımsız denetime tabi olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu (I) nolu listenin birinci bendinde SPKn md. 35 hükmüne paralel olarak sermaye piyasası kurumları ile payları borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasada işlem gören ortaklıklar sayılmıştır.

Söz konusu düzenlemede doğrudan tüm halka açık anonim ortaklıklar değil sermaye piyasası araçlarının borsa ve/veya teşkilatlanmış diğer piyasalarda işlem gören halka açık anonim ortaklıkların bağımsız denetime tabi olduklarını ifade etmektedir. Payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklar ise anılan Bakanlar Kurulu kararının (II) nolu ekinde düzenlenmiştir. Anılan (II) nolu listeye ilişkin olarak, Bakanlar Kurulu kararı md. 3/2 uyarınca (II) nolu listede belirtilen sınırlamaları²⁶⁴ sağlayanlar bağımsız denetime tabi olup, bu sınırlamaların içerisinde olmayanlar bağımsız denetim zorunluluğundan muaf olacaklardır. Bu ortaklıklar bakımından ise 6445 sayılı yasa ile değişik TTK md. 397/5, 6 hükümleri uyarınca Gümrük ve Ticaret Bakanlığınca hazırlanarak Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelik²⁶⁵ çerçevesinde denetime tabi olunması söz konusudur.

SPKn md. 14/3 uyarınca ihraççılar ve sermaye piyasası kurumları anılan hükmün birinci fıkrasına göre hazırlayacakları finansal tablolardan Kurulca belirlenenler TDS çerçevesinde denetlettirmek zorundadırlar. SPKn md. 3/1-h hükmünde tanımlanan ihraççı kavramı sermaye piyasası araçları borsada işlem görsün veya görmesin tüm halka açık ortaklıkları kapsamaktadır. Kanun uyarınca bağımsız denetim yaptırmak zorunda olan diğer grup ise sermaye piyasası kurumlarıdır. SPKn md. 36/1 hükmü uyarınca aynı kanunun 35

²⁶³ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özkorkut, s. 123 vd.

²⁶⁴ Anılan (II) nolu listede yer verilen sınırlamalar ise liste yer alan yedi farklı grup şirket için ayrı ayrı belirlenen ölçütlerin en az ikisini sağlamaktadır. (II) nolu listenin beşinci bölümünde belirtilen payları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklar bakımından bu ölçütler; (a) Aktif toplamının onbeşmilyon ve üstü Türk Lirası olması, (b) Yıllık net satış hasılatının yirmimilyon ve üstü Türk Lirası olması ve (c) çalışan sayısının elli ve üstü olmasıdır.

²⁶⁵ Çalışma tarihi itibarıyla Bakanlık tarafından hazırlanan “Anonim Şirketler ile Tarım Satış Kooperatifleri ve Üst Kuruluşlarının Denetlenmesine Dair Yönetmeliği” taslağı yayınlanmamıştır.

inci maddesinde sayılan sermaye piyasası kurumları bakımından da SPKn md. 14 hükmü kıyasen uygulanacaktır.

TTK md. 397/1 hükmü uyarınca anonim ortaklıkların yanında şirketler topluluğu²⁶⁶ da bağımsız denetime tabi tutulmuştur. Şirketler topluluğu TTK md. 195 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. Buna göre bir ticaret ortaklığının başka bir ticaret ortaklığının²⁶⁷, doğrudan veya dolaylı olarak, (a) oy haklarının çoğunluğuna sahip olması, (b) ortaklık sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturacak üyenin seçim hakkına sahip olması, (c) kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturması halinde bir şirketler topluluğunun varlığından söz edilir. Keza bir ticaret şirketi diğer bir ticaret şirketini bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutuyorsa ortada yine bir şirketler topluluğundan bahsedilmektedir. Benzer şekilde belirtilen bu haller dışında bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylara sahip olması halinde de birinci şirketin hâkimiyetine ve dolayısıyla şirketler topluluğuna karine teşkil etmektedir. Şirketler topluluğu bir hâkim ortaklık ile bir bağlı ortaklıktan oluşmaktadır. Her iki tip ortaklık beraber bir araya gelmek suretiyle bir şirketler topluluğu meydana getirmektedirler. Bu iki tip ortaklık arasında mali tablolar bakımından karşılıklı bir çıkar birlikteliği yahut paralelliği bulunmaktadır. Bu nedenle birinin mali tablosu yekdiğerinden tamamen bağımsız olarak ele alınamazlar. Bu nedenle TTK bu iki tip ortaklığın oluşturduğu şirketler topluluğunun da finansal tablolarının bağımsız denetimden geçirilmesini zorunlu tutmuştur.

(2) SPKr Düzenmeleri Bakımından

SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı md. 5 hükmünde bağımsız denetim yaptırmakla yükümlü olanlar düzenlenmiş olup, bu hüküm TTK hükümlerine aykırılık teşkil etmemektedir.

²⁶⁶ Şirketler topluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Okutan Nilsson, G. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul.

²⁶⁷ Kanun şirketler topluluğunun oluşumu için mutlak bir şekilde anonim ortaklıkları esas almamıştır. Bu nedenle TTK md. 124 hükmünde düzenlenen ve anonim ortaklık dışındaki ticaret şirketleri de şirketler topluluğu meydana getirebilirler. Bu şirketler toplulukları da bağımsız denetime tabi tutulurlar. Ancak bu tip şirketler sermaye piyasalarının kapsamına girmedikleri için konu çalışmamız içerisinde ayrıntılı olarak incelenmemiştir.

Bununla birlikte Kurulun anılan Tebliğ Taslağında SPKn'nun kapsamına uyulmak suretiyle bağımsız denetimin türlerine göre bağımsız denetime tabi işletmeler²⁶⁸ belirlenmiştir. Anılan düzenlemelerde yapılan ayırımın temelinde ise ortaklıklarca hazırlanacak olan finansal tabloların türü bulunmaktadır. SPKr (II-14.1) sayılı Tebliğ md. 6 ve 7 hükümleri uyarınca ortaklıklar kendileri için öngörülen finansal tabloları yıllık ve üçer aylık dönemler itibariyle düzenlerler. Üçer aylık hazırlanan finansal tablolara “ara dönem finansal rapor” adı da verilmektedir.

SPKn, SPKr (II-14.1) Tebliği ve Yükümlülük Tebliğ Taslağı kapsamındaki tüm ortaklıkların yıllık finansal tablo hazırlaması zorunludur. Buradaki yıllık finansal tablo ile TTK md. 514 hükmünde yer alan finansal tablo aynı kavramı ifade etmektedir.

SPKn kapsamında olan her ortaklığın ise üçer aylık finansal tablo hazırlama yükümlülüğü ise bulunmamaktadır. Ayrıca her ara dönem finansal tablonun bağımsız denetime tabi olması da söz konusu değildir. SPKr (II-14.1) sayılı Tebliğ md. 7/1 uyarınca sadece (a) ihraç ettiği sermaye piyasası araçları bir borsada ve/veya teşkilatlanmış diğer pazar yerlerinde işlem gören ortaklıklar, (b) yatırım kuruluşları, (c) yatırım ortaklıkları²⁶⁹, (ç) portföy yönetim şirketleri, (d) ipotek finansmanı kuruluşları ve (e) varlık kiralama şirketlerinin ara dönem finansal rapor hazırlama yükümlülükleri vardır²⁷⁰. SPKr Yükümlülük Tebliğ Taslağı md. 5/2 hükmü uyarınca ise bu ortaklıkların altı aylık finansal raporları sınırı bağımsız denetime tabidir.

SPKr Yükümlülük Tebliğ Taslağı md. 6 hükmünde özel denetime tabi işletmeler tek tek sayılmamıştır. Bunun yerine hangi hallerde özel denetim yaptırılacağı düzenlenmiştir. Bu kapsamda, SPKn uyarınca bağımsız denetim yaptırma zorunluluğu bulunan ihraççı ve sermaye piyasası kurumları anılan hükümdeki hallerin varlığı halinde özel denetim yaptırmak zorundadırlar.

²⁶⁸ Burada “işletme” teriminin kullanılmasının bilinçli olduğu düşünülmektedir. Zira işletme terimi anonim ortaklık teriminden geniş bir anlamı ifade etmekte olup, SPKr Tebliğ Taslaklarında işletme kavramı ihraççı ve sermaye piyasası kurumlarını ifade etmektedir.

²⁶⁹ SPKn md. 3/1-m uyarınca “kollektif yatırım kuruluşları” kavramı yatırım fonları ve yatırım ortaklıklarını ifade etmektedir. Yatırım ortaklıklarının finansal tabloları ve bunların bağımsız denetimi burada düzenlenmiş iken yatırım fonlarının finansal rapor ve bunların bağımsız denetimi hususu SPKr'nun 30.12.2013 tarih ve 28867 (mükerrer) sayılı RG'de yayınlanan Yatırım Fonlarının Finansal Raporlama Esaslarına İlişkin Tebliğinde düzenlenmiştir.

²⁷⁰ Anılan Tebliğ md. 22/1 hükmünde bu ortaklıkların ara dönem raporlama yapma yükümlülüğünden muafiyet halleri sayılmıştır.

2) Bağımsız Denetim Kuruluşu

a) Genel Olarak

6335 sayılı yasa ile değişik²⁷¹ TTK md. 400/1 uyarınca bağımsız denetimi yapacak olanlar 3568 sayılı yasa uyarınca ruhsat alarak²⁷² yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir unvanını taşıyan ve KGK tarafından yetkilendirilen kişiler ve/veya ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketleridir.

Ortakları bu kişilerden oluşan sermaye şirketlerine²⁷³ BDK denilmektedir. Çalışma konumuz itibarıyla halka açık anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumları, 660 sayılı KHK md. 2/1-ğ hükmünde yer alan kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar arasında yer almaktadır. 660 sayılı KHK md. 23/1 uyarınca da kamu yararını ilgilendiren kuruluşların denetimini sadece bağımsız denetim kuruluşları gerçekleştirebilirler²⁷⁴. Anılan KHK'nun md. 2/1-c ve KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 4/1-ç hükümleri uyarınca da BDK'lar KGK tarafından yetkilendirilen sermaye şirketleridir. Bu hüküm ile TTK md. 400/1 hükmünün birlikte değerlendirilmesi neticesinde, halka açık anonim ortaklıkların denetimini ortakları 3568 sayılı kanun uyarınca ruhsat almış ve KGK tarafından yetkilendirilmiş olan YMM ve SMMM olan BDK'lar tarafından gerçekleştirileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu belirleme dışında TTK'da denetimi gerçekleştirecek olan kişi ya da kuruluş hakkında herhangi bir detay verilmemiştir. Bu konuda uygulamaya yön verecek olan

²⁷¹ 6335 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önce TTK md. 400/1 hükmünde; denetimi yapabilecek olanların sadece BDK olabileceği ancak küçük ve orta ölçekli anonim ortaklıklar bakımından bir veya birden fazla YMM yahut SMMM'nin yeterli olabileceği ile BDK'ların kuruluş, çalışma esasları ile denetim elemanlarının nitelikleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan ve Bakanlar Kurulu tarafından yürürlüğe konulacak olan bir yönetmelikte düzenleneceği ifade edilmiş idi. Hükmün eski hali mehz Alman HGB md. 319 hükmü ile uyumlu idi. Bu hususta bkz. Özkorkut, s. 224-225, dn. 354.

²⁷² Hükmün eski halinde 3568 sayılı yasaya atıf bulunmadığından, 3568 sayılı yasa uyarınca ruhsat almayanların da bağımsız denetim yapabileceği sonucu çıkmaktaydı. Hatta 6335 sayılı yasa md. 37 ile değişik TTK Geçici md. 6/4 hükmünde bu yönde bir düzenleme getirilmiştir. Ancak meslek kuruluşlarından gelen yoğun eleştiriler üzerine 11 gün gibi kısa bir süre sonra 6353 sayılı Kanun md. 64 ile bu fıkra hükmü kaldırılmıştır. Hâlihazırdaki durumda sadece 3568 sayılı yasa uyarınca ruhsat almış olanlar bağımsız denetim faaliyetini yürütebileceklerdir.

²⁷³ TTK md. 124/2 uyarınca sermaye şirketleri, anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerdir. Dolayısıyla bağımsız denetim şirketlerinin kolektif ve komandit şirket olarak örgütlenmeleri mümkün değildir.

²⁷⁴ Bu noktada bir hususun ifade edilmesinde yarar bulunmaktadır. 660 sayılı KHK md. 23 hükmünde sadece kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar bakımından BDK kullanılmasını zorunlu kılmıştır. Buna karşın KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 11/3 hükmünde kamu yararını ilgilendiren kuruluşların yanında “faaliyet alanları, işletme büyüklükleri, çalışan sayısı ve benzeri ölçütlere göre Kurumca belirlenen işletmelerin” de BDK'lar tarafından denetlenmesi öngörülmüştür. Hemen ifade edilmelidir ki, normlar hiyerarşisi gereğince söz konusu 660 KHK'da bulunmayan eklemenin hukuki dayanağı bulunmamaktadır. Münferit YMM/SMMM'lerin zaten bağımsız denetim faaliyeti yürütme alanlarının darlığı söz konusu iken bir de KGK tarafından ekleme yapılmasının bir yararı bulunmamaktadır. Benzer görüş için bkz. Özkorkut, s. 231-232, 235.

düzenleme konusunda KGK yetkilendirilmiştir. Bu bağlamda, KGK tarafından Bağımsız Denetim Yönetmeliği'nin 11-16 maddelerini kapsayan üçüncü bölümünde yer alan düzenlemelerin yanında bu Yönetmeliğe dayanılarak “Bağımsız Denetim Yetkilendirme Tebliği” yayınlanmıştır²⁷⁵.

Öte yandan, SPKn md. 62/1 uyarınca sermaye piyasalarında bağımsız denetim yapma konusunda Kurul'un KGK tarafından yetkilendirilenlerden ilave şartlar araması mümkündür. Dolayısıyla halka açık ortaklıklar ile sermaye piyasası kurumlarında bağımsız denetim yapabilecek kuruluşların öncelikle KGK tarafından yetkilendirilmeleri, ardından ise SPKr tarafından aranan ilave şartları taşımaları gerekmektedir.

b) TTK ve KGK Düzenlemeleri Bakımından BDK

Yukarıda ifade edildiği üzere bağımsız denetim faaliyetini yürütebilecekler 3568 sayılı yasaya göre ruhsat alan YMM/SMMM ve BDK'lardır. Çalışma konumuz itibariyle önemli olan BDK'lardır.

Gerek TTK gerek 660 sayılı KHK içerisinde aksine bir hüküm bulunmamakla birlikte, YMM/SMMM'lerin meslek yasası olan 3568 sayılı Kanun md. 2 hükmünde YMM'lerin SMMM'ler ile birlikte ortak olamayacakları düzenlenmiştir²⁷⁶. Dolayısıyla bir BDK'nun tüm ortaklarının YMM yahut SMMM olması zorunluluğu bulunmaktadır. Öte yandan, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 13/1-c ve Bağımsız Denetim Yetkilendirme Tebliği md. 5/1-c hükümlerinde BDK'ların faaliyet konusunun sadece bağımsız denetim veya bununla birlikte 3568 sayılı Kanun kapsamındaki mesleki alana münhasır olması gerekmektedir.

KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 11/1 hükmünde denetim faaliyetinin BDK ve “denetçi”ler tarafından yürütüleceği ifade edilmiştir. Anılan Yönetmeliğin 14-16 hükümlerine bakıldığında özetle, “denetçi”nin SMMM ve YMM'leri kapsayan bir üst başlık olarak algılandığı ve denetçiliğin eğitimi ve sınavı olan bir meslek olarak değerlendirildiği görülmektedir. 660 sayılı KHK md. 2/1-a hükmünde tanımlanan “bağımsız denetçi” ifadesi yetkilendirilen YMM/SMMM'leri ifade etmektedir. Oysaki “denetçi”lik adı altında bir

²⁷⁵ 25.1.2013 tarih ve 28539 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

²⁷⁶ Benzer bir düzenleme Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavirlerin Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik md. 30/1-b hükmünde de yer almaktadır. Bu yasağın eleştirisine ilişkin olarak bkz. Özkorkut, s. 228-229. Ayrıca bkz. Özkorkut, K. (2003). 3568 Sayılı Kanun Çerçevesinde Muhasebe Meslek Mensuplarının Kurabilecekleri Ortaklık Türleri, *Prof. Dr. Yüksel Koç Yalkın'a Armağan*, Ankara, s. 427 vd.

meslek bulunmadığı gibi TTK’da da bu yönde bir hüküm bulunmamaktadır. TTK md. 400/1 hükmünün ilk cümlesi açık bir şekilde denetçiyi üçe ayırmış olup, bunlar YMM, SMMM ve BDK’dır. Kanaatimizce, meslek mensupları olan YMM/SMMM’lerin arasından meslek deneyimi, geçmişi, kayıt ücreti yatırma gibi bir takım şekli kıstaslar belirlenmek suretiyle bu kişilerin bağımsız denetim alanında da yetkilendirilmeleri yeterli iken, bu kişilere “denetçilik” adı altında başka bir meslek mensubu sayılması doğru bir yaklaşım değildir²⁷⁷. Ayrıca “denetçi” kavramı 660 sayılı KHK’ya ait bir kavram olmayıp, TTK md. 400/1 hükmünde tanımlanmıştır. 660 sayılı KHK md. 31 hükmünde, bu KHK’da hüküm bulunmayan hallerde TTK hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmiştir. Bu nedenle de KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği ve ilgili yetkilendirme Tebliği ile benimsenen yaklaşım hukuka aykırılık teşkil etmektedir.

Bir denetçinin – YMM/SMMM/BDK – denetim faaliyetinde bulunabilmesi için KGK tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir. Çalışma konumuz olan sermaye piyasaları bakımından sadece BDK’lar tarafından denetim faaliyetleri yürütüleceğinden YMM/SMMM’lerin yetkilendirilmeleri hususuna değinilmemesi sonucuna varılmıştır²⁷⁸.

KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 13 ve Bağımsız Denetim Yetkilendirme Tebliği md. 6 hükümlerinde bir sermaye şirketinin BDK olarak yetkilendirilmesinin koşulları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu koşulları sağlayan ve bunlara ilişkin belgeler ile KGK’ya yapılan başvurunun olumlu karşılanması neticesinde KGK tarafından ilgili BDK kamuoyuna açık bir şekilde ilan edilir²⁷⁹.

c) SPKn Bakımından BDK

TTK ve KGK düzenlemeleri uyarınca bağımsız denetim faaliyetinde bulunabilecek BDK’lar şüphesiz ki sermaye piyasalarında da denetim yapabilecek grup içerisinde yer almaktadır. Ancak, sermaye piyasalarının başta yatırımcılara güven vermesi yönündeki kendine has özellikleri ve belli bir ekonomik büyüklüğe sahip anonim ortaklıkları düzenliyor

²⁷⁷ Benzer bir görüş için bkz. Özkorkut, s. 230-231.

²⁷⁸ Bu hususta bkz. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 14, Bağımsız Denetim Yetkilendirme Tebliği md. 6. Ayrıca Özkorkut, s. 240 vd.

²⁷⁹ Bu süreçte, KGK tarafından başvuruları olumlu karşılananlar 90 gün içerisinde gerekli harç ve ödemeleri yaparlar. Bu konuda, yetkilendirme ücretlerine ilişkin KGK’nun en son 12.1.2013 tarihli kararı 12.1.2013 tarih ve 28526 sayılı RG’de yayınlanmıştır. KGK’nun 12.2.2014 tarih ve 28911 sayılı RG’de yayınlanan 2.1.2014 tarihli kararı ile 12.1.2013 tarihindeki rakamların aynen uygulanılmasına devam edilmiştir. Bu aşamadan sonra ise ilgili BDK, bağımsız denetim resmi siciline dâhil edilir. Bu konuda ise, 25.1.2013 tarih ve 28539 sayılı RG’de yayınlanan Bağımsız Denetim Resmi Sicil Tebliği bulunmaktadır.

olması nedeniyle normal bir anonim ortaklığı denetleyen denetim firmalarından SPKı tarafından öngörülen koşulları sağlayanların halka açık anonim ortaklıkları denetlemesi kabul edilmiştir.

TTK öncesi dönemde bağımsız dış denetim SPKı ya da BDDK gibi özellikli kuruluşlar ile ilgilenen bağımsız idari otoriteler tarafından kendilerine tanınan yetkiler çerçevesinde düzenlenmekte idi. Ancak TTK'nun bağımsız denetime ilişkin düzenlemeleri ve KGK'nun kurulması ile bu konuda bir yetki çatışması gündeme gelmiştir. KGK'nun yapılanmasına bakıldığında, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen ortaklıklar bakımından, türüne ve yapısına bakılmaksızın Ülke çapındaki tüm anonim ortaklıkların denetimine ilişkin düzenlemeleri yapmaya, denetimi gerçekleştirecek olanları belirlemeye yetkili kılındığı ortaya çıkmaktadır. Ancak SPKn md. 62/1 hükmü uyarınca SPKı tarafından halka açık anonim ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumlarının denetimini gerçekleştirecek olan BDK'ların belirlenmesi konusunda nihai yetkili olduğu sonucu çıkmaktadır. SPKı tarafından yapılacak belirleme şüphesiz ki, KGK tarafından yetkilendirilen BDK'lar arasından olacaktır.

Bu hükmün amacı ekonomik dengeleri ve yatırımcı tasarruf politikalarını etkilemede önemli bir yer teşkil eden bağımsız denetim alanında faaliyet gösterecek kişi ya da kuruluşlara dair söz hakkı sahibi olunmasıdır. Bu doğal bir taleptir. Zira sermaye piyasalarında faaliyet gösterecek bir ortaklığı denetleme faaliyeti de sermaye piyasalarının düzenleyici ve denetleyici otoritesini ilgilendirir. ABD uygulamasında da KGK'nun karşılığı olan PCAOB, SOX md. 107 hükmünde ifade edildiği üzere sermaye piyasalarının düzenleyici otoritesi olan SEC'nin gözetimi ve denetimi altındadır. Ülkemiz uygulamasında KGK'nun, SPKı gözetiminde olması kabul edilmemiştir. Bunun nedeni ise KGK'nun halka açık anonim ortaklıklar dışındaki ortaklıklar ile ilgilenmesi ve onlara yönelik yetkilerinin bulunmasıdır. Oysaki PCAOB'nun yetki alanı halka açık ortaklıklar ile sınırlıdır. Kanaatimizce, mevcut sistemi öngören düzenlemeler yapılırken halka açık anonim ortaklıklar bakımından SPKı'nın da yetkili olması gerektiği hususu ihmal edilmiştir²⁸⁰.

²⁸⁰ AB tarafından kamuya yararlı kuruluşların bağımsız denetimi konusunda 8. Direktif'ten ayrılan konulara ilişkin hazırlanan Tüzük tasarısında, bu tür kuruluşların faaliyet büyüklükleri, çalışan sayısı, kurumsal yapısı, geniş bir tabana yayılmış ilgililerinin bulunması nedeniyle ayrı bir düzenleme içerisinde yer alması gerektiği ifade edilmiştir. Bu Tasarı'nın 35 inci maddesinde bağımsız denetim konusundaki yetkili otorite olabilecek kurum veya kuruluşların niteliklerini belirlemiştir. Bkz. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/reform/regulation_en.pdf adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Buna göre de kamuya yararlı kuruluşların bağımsız denetimi konusunda yetkili otorite olabilecek kuruluşun, AB'nin Şeffaflık Direktifi olarak adlandırılan 2004/109/EC (Bkz. Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:390:0038:0038:EN:PDF> adresinden 23.1.2014'de

Ancak SPKn md. 62/1 hükmü sorunu AB düzelemeleri ile uyumlu hale getirmiş ve halka açık ortaklıklar bakımından bağımsız denetimi yapacak BDK'ların belirlenmesinde SPKr'nun yetkisi bulunduğunu ortaya koymuştur.

SPKr Faaliyet Tebliği Taslağı md. 4/1-c hükmü uyarınca BDK, bu Tebliğde belirtilen şartları taşıyan ve sermaye piyasasında bağımsız denetimle yetkilendirilen kuruluşları ifade eder.

Bu noktada sorumluluk hukukunu da ilgilendirmesi nedeniyle BDK'ların yetkilendirilmesi konusuna kısaca değinilmesi gerekmektedir. BDK'ların gerek KGK tarafından gerek SPKr yahut diğer idari otoriteler tarafından yetkilendirilmesinde amaç bu faaliyetlerin meslek grubuna giren herkes tarafından değil belli bazı koşulları taşıyan ve bu nedenle yetkilendirilen kişilerce yapılmasını sağlamaktır. Buradaki hedef ise bu faaliyetlerin sonuçlarından ya da faaliyetlerin bizatihi gerçekleştirilmesinden etkilenen taraflara güven verilmesidir.

Bunun sorumluluk hukuku açısından sonucu ise BDK'nun kamu tarafından verilen bir imtiyazı kullanmasıdır. TBK md. 115/3 hükmü uyarınca *“Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.”* Bu nedenle, kanaatimizce, bağımsız denetim faaliyetinde bulunmak amacıyla KGK ya da SPKr tarafından yetkilendirilme söz konusu hükmün kapsamına girmektedir. Zira bağımsız denetim faaliyetinde bulunma hem uzmanlığı gerektirmektedir hem de bir idari otorite tarafından verilen izin ile yürütülebilmektedir. Bu çerçevede, bir BDK tarafından bağımsız denetim sözleşmesinde hafif kusurdan dahi sorumlu olmayacağına ilişkin hüküm yer alamaz. Keza yardımcı kişilerin eyleminden kaynaklanan sorumluluktan kurtulması engelleyen TBK md. 116/3 hükmü de burada uygulama alanı

alınmıştır) Direktifi'nin 24/1 ve 24/2-h hükümleri ile bu hükümlerin atf yaptığı 2003/71/EC sayılı AB İzahname Direktifi'nin (Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:345:0064:0089:EN:PDF> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır) md. 21 hükmünde yer alan piyasa katılımcılarından bağımsız bir idari otorite olması gerekmektedir. Söz konusu Direktiflerde yer alan otoritenin kamunun aydınlatılması ve izahnamenin onaylanması veya kayda alınması konusunda yetkili olması aranmaktadır. Aynı husus söz konusu Tüzük Tasarısı'nın açıklamalar bölümünün 29 uncu paragrafında da yetkili otoritenin halka açık anonim ortaklıklar üzerinde denetim yetkisi olan bir otorite olması şeklinde açıklanmıştır. Sonuç olarak, AB hukuku perspektifinden konuya yaklaşıldığında da, söz konusu Direktiflerin ilgili hükümleri uyarınca bir kamuya yararlı kuruluş olan halka açık anonim ortaklıkların bağımsız denetimi konusunda BDK'ları yetkilendirici otoritenin SPKr olması gerektiği sonucu çıkmaktadır.

bulacak olup, bağımsız denetim sözleşmelerinde BDK'nun yardımcı kişilerin eylemlerinden dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin bir hükme de yer verilemez.

(1) SPKr Tarafından Aranılan İlave Şartlar

SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 8 hükmü sermaye piyasalarında faaliyette bulunarak BDK'ların Kurul listesine alınması için gerekli şartları düzenlemektedir. Bu şartların başında BDK'nun KGK tarafından yetkilendirilmiş olması gelmektedir. Bunun dışında Kurul tarafından aranan ilave şartlar şu şekildedir;

- BDK'ların öncelikle anonim ortaklık şeklinde kurulmaları ve paylarının nama yazılı olması gerekmektedir. 6102 sayılı TTK ile hukukumuzda tek kişilik anonim ortaklık kurma imkânı getirilmiştir. Uygulamada BDK'ların sorumluluklarının fazlalığı dikkate alınarak tek kişilik anonim ortaklık şeklinde örgütlenme yolunu tercih edilmeyeceği düşünülmekle birlikte, tek kişilik bir BDK'nun kurulması mümkündür²⁸¹.

- BDK'nun esas (veya çıkarılmış) sermayesinin ve oy haklarının en az %51'inin sorumlu ortak baş denetçiye ait olması gerekmektedir. Sorumlu ortak baş denetçiler BDK bakımından vazgeçilmez bir ortak ve çalışandır. Sorumluluğu, BDK'nun denetlediği ortaklıklara ait raporlara imza atması gerekliliğinden ileri gelmektedir. Bu derece sorumluluğu fazla olan bir ortağın da BDK üzerinde hâkimiyetinin olması gerektiğinden hareketle söz konusu hüküm öngörülmüştür. Bu hüküm ile yetki ve sorumluluk paralelliği ve adaleti sağlanmaya çalışılmıştır. Hükümde sermayenin yanında oy hakkının da öngörülmüş olmasının nedeni ise imtiyazlı paylar ile sorumlu ortak başdenetçinin BDK üzerindeki hâkimiyetinin engellenmesinin önüne geçilmek istenmesidir.

- BDK'nun bağımsız denetim faaliyetlerini yürütebilecek organizasyon, mekân, teknik donanım, belge ve kayıt düzenine sahip olması gerekmektedir. Dolayısıyla sermaye piyasalarında bağımsız denetim faaliyetlerinde bulunacak firmaların belli bir büyüklüğe sahip olmaları gerekmektedir.

- Bağımsız denetim kuruluşunun kalite kontrol sisteminin işleyişinden ve gözetiminden sorumlu en az bir sorumlu ortak başdenetçi nezaretinde çalışacak yeter sayıda

²⁸¹ Aksi görüş için bkz. Köksal, s. 171.

denetçi veya konusunda uzman personelden oluşan bir Kalite Kontrol Güvence Komitesi'ne sahip olması gerekmektedir.

Bu husus, kanaatimizce, SPKr'nun kendi elinde tuttuğu en önemli yetkidir. Hatta doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere bu yetki ile KGK bağımsız denetim alanında denetim standartlarını belirleme konusundaki yetkisi haricinde tali bir kurum haline gelmiştir²⁸². Kanaatimizce, bu olması gereken durum bakımından da doğru bir sonuçtur. Zira sermaye piyasaları bakımından can alıcı bir öneme sahip bağımsız denetim faaliyetlerinin SPKn ve SPKr alanından soyutlanması mümkün olmamalıdır.

- BDK'lar, 660 sayılı KHK md. 24 ve Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 33 hükümleri uyarınca mesleki sorumluluk sigortası²⁸³ yaptırmak zorundadırlar. Bu sigortalar denetçiler bakımından mesleğini daha özgüvenle ve rahatlıkla yapabilme imkânı sağlamakta olup, denetim raporlarına güvenerek işlem tesis edenler bakımından da denetçinin sorumluluğunu doğuracak hallerde zararlarını tazmin ettirici bir mekanizma görevi üstlenirler²⁸⁴.

(2) BDK'nun Listeye Alınmak Üzere SPKr'na Başvurusu

Yukarıda sayılan koşulları taşıyan BDK'lar istenilen diğer bilgi ve belgeler ile birlikte SPKr'na listeye alınmak üzere başvuruda bulunurlar (SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 11). SPKr gerekli görür ise ek bilgi ve belge talep edebileceği gibi SPKr gördüğü eksiklerin tamamlanması bir aylık bir süre verebilecektir. Bu süre içerisinde eksiklikler tamamlanmaz ise başvuru düşecektir. Eksikliklerin tamamlanması halinde ise Kurul, başvuru sahibi BDK'yu sermaye piyasalarında bağımsız denetim yapmasını kabul ederek, ilgili BDK'yı listesine alacaktır.

d) Yurtdışı Uygulamalarında BDK

(1) AB Uygulamasında BDK

Bağımsız denetim faaliyetini yürüten kişi, kurum yahut kuruluşların ortak özelliği ülkemizde de olduğu gibi muhasebe alanında uzmanlaşmış kişiler olmasıdır. Bu kişilerin

²⁸² Özkorkut, s. 97.

²⁸³ Bkz. aşa. V/A/6/c.

²⁸⁴ Mesleki sorumluluk sigortası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Can, M. (2006). *Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'na Genel Bir Bakış!*, Ankara., Şenocak, K. (2000). *Mesleki Sorumluluk Sigortası, Özellikle Doktor, Avukat, Mimarların Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Ankara 2000.

eğitimi konusunda gerek AB düzenlemelerinde gerek denetim konusunda gelişmiş olan ABD ve İngiltere uygulamalarında özel düzenlemeler bulunmaktadır.

AB'nin 8. Direktifinde yasal denetçi (*statutory auditor*), denetim firması (*audit firm*) ve grup denetçisi (*group auditor*) kavramlarından bahsedilmektedir. Yasal denetçi kavramı ile yetkili otoritesi tarafından yasal olarak yapılması gereken denetim hizmetini yürütme konusunda yetkilendirilmiş olan gerçek kişi ifade edilmektedir. Denetim firması ile ise hukuki tipi ne olursa olsun yetkili otoritesi tarafından yasal denetimi yapma konusunda yetkilendirilmiş olan kişi ya da kuruluş ifade edilmektedir. Grup denetçisi ise konsolidasyona dâhil işletmeleri denetleyen yasal denetçi ya da denetim firmasıdır. Grup denetçisi TTK'daki topluluk denetçisine karşılık gelmektedir. Direktifin 6 ila 14 üncü maddeleri denetçilerin eğitimi ile ilgili hususları ayrıntılı olarak düzenlemiştir.

Direktif'in 1 nci maddesinde tanımlanan yetkili otorite (*competent authority*) yine Direktif'in 35 inci maddesi uyarınca her üye ülke tarafından belirlendikten sonra Komisyona bildirilmek durumundadır. Komisyon tarafından söz konusu bildirimler sonucunda her üye ülkenin ilgili otoritesini gösterir liste yayınlanmıştır²⁸⁵.

Direktif'in md. 2/11 hükmünde belirtilen denetim standartları olan ISA standartlarında da denetçinin tanımı ISA 200/13-d (BDS 200/13-a) hükmünde yapılmıştır. Buradaki tanımda da denetçinin gerçek kişi denetçi ile bunlardan oluşan denetim firması olabileceği ifade edilmiştir.

İsviçre hukukunda denetçilerin belirlenmesi konusunda Denetçilerin Lisanslanması ve Gözetimi Kanunu²⁸⁶ uyarınca gerçek kişi ve tüzel kişilerin bağımsız denetçi olarak yetkilendirilme koşulları ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Mevzuat Alman hukukunda da HGB md. 319/1 hükmünde denetimin denetçi (*Wirtschaftsprüfer*) veya denetim kuruluşu (*Wirtschaftsprüfungsgesellschaften*) tarafından yapılması öngörülmüştür²⁸⁷.

²⁸⁵Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/dir/100201_competent_authorities_SAD_en.pdf adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

²⁸⁶ *Federal Act on the Licensing and Oversight of Auditors Act (Auditor Oversight Act – AOA), Bundesgesetz über die Zulassung und Beaufsichtigung der Revisorinnen und Revisoren Revisionsaufsichtsgesetz - RAG*. İngilizce metni için bkz. Web: <http://www.revisionsaufsichtsbehoerde.ch/bausteine.net/file/showfile.aspx?downaid=7628&sp=D&domid=1063&fd=2> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. İsviçre OR md. 727b/1 hükmünde de payları borsada işlem gören halka açık ortaklıkların denetiminin AOA uyarınca (md. 6) belirlenen denetim firmalarınca yapılması öngörülmüştür.

²⁸⁷ Alman hukukundaki muhasebe/denetim alanındaki temel mesleki düzenlemeler, Türk hukukunda 3568 sayılı kanuna karşılık gelen “*Public Accountant Act – Wirtschaftsprüferordnung (WPO)*” ve TÜRMOB olarak

(2) ABD Uygulamasında BDK

Günümüzde bağımsız denetim alanındaki en etkin uygulama ABD hukukundadır. Bunun nedeni ise denetlenen ortaklıkların ekonomik büyüklükleri ile ortaklıkların halka açık olma oranlarının yüksekliğidir. ABD uygulamasında da bağımsız denetim işi ile uğraşan kişi ya da kuruluşların muhasebe kökenli olması gerekmektedir. ABD’de bağımsız denetim faaliyetini CPA (*Certified Public Accountant*) adı verilen kişi ya da kuruluşlar yürütmektedir²⁸⁸. CPA olmak için öncelikle AICPA tarafından yapılan sınavların geçilmesi gerekmekte olup, ardından söz konusu unvan ile denetim faaliyeti yürütülebilmektedir. Ancak günümüzde halka açık ortaklıkların denetimini yapacak bağımsız denetçi ve denetim firmalarının lisanslanması ile bunların kaydı SOX (Section 101/c-1 ve Section 102) yasası ile kurulan PCAOB tarafından gerçekleştirilmektedir. Ayrıca denetçilerin denetimi ve disiplini hususundaki konularda da yetki PCAOB tarafından ifa edilmektedir (SOX, Section 104 ve 105).

Küçük ortaklıkların tek bir CPA tarafından denetlenmesi mümkün iken, ekonomik büyüklüğe sahip olan ortaklıkların CPA’lar tarafından oluşan denetim firmaları tarafından denetlenmesi uygulamada kabul görmüştür²⁸⁹. Zira denetçinin karşılaşılabilecek tazminat davalarının büyüklüğü dikkate alınarak hem denetlenen ortaklık hem de onun finansal tabloları ile ilgilenenlerce uygulama bu şekilde oluşmuştur. Bu şekilde de çok sayıda ortaklıktan oluşan bağımsız denetim firmaları (*public accounting firms*) meydana gelmiştir. Hâlihazırda ABD’de çok fazla sayıda bağımsız denetim kuruluşu bulunmaktadır²⁹⁰. Denetçilerin karşılaşılabilecekleri tazminat davalarının büyüklüğü nedeniyle bazı eyaletlerde denetim kuruluşlarının sınırlı sorumlu olan bir ortaklık yapısıyla kurulmaları yahut ortaklık şeklinde kurulmamları zorunlu tutulmaktadır. Bu farklılık nedeniyle de genellikle büyük denetim firmaları ülke yahut uluslararası düzeyde faaliyet gösterecek şekilde sınırlı sorumlu ortaklıklar şeklinde kurulmayı yeğlemektedirler²⁹¹. Bununla birlikte, ABD kökenli bağımsız

nitelendirilebilecek *Wirtschaftsprüferkammer* kuruluşunun üyelerine ilişkin kurallarını düzenleyen “*Professional Charter for Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer - BS WP/vBP Wirtschaftsprüferkammer*” düzenlemeleridir. Alman hukukunda “*Wirtschaftsprüfer*” (WP) ve “*vereidigte Buchprüfer*” (vBP) adında iki tür meslek mensubu bulunmaktadır. Bunların yetkilerine bakıldığında, WP’lerin YMM’lere vBP’nin ise SMMM’ye karşılık geldiğini ifade edebiliriz. Örneğin, WPO md. 32 uyarınca denetim raporunu sadece WP’ler imzalayabilirken, Vbp’ler kendilerine izin verildiği ölçüde hazırladıkları raporu imzalayabilirler.

²⁸⁸ CPA unvanı ilk olarak New York eyaletinde 1896 yılında verilmiştir. Bu tarihten sonrada diğer bazı eyaletler tarafından kabul edilmiştir. O’Connor, s. 752-753.

²⁸⁹ Messier, Glover, Prawitt, s. 46, 47.

²⁹⁰ Web: <http://pcaobus.org/Registration/Firms/Pages/RegisteredFirms.aspx> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

²⁹¹ Messier, Glover, Prawitt, s. 47.

denetim firmaları genellikle uluslararası düzeyde faaliyet gösteren firmalar olup, denetim yanında vergi yahut benzeri konularda da danışmalık hizmeti verebilen büyük kuruluşlar haline gelmiştir. Uygulamada “*Big-four*” olarak tanımlanan en büyük dört denetim firması²⁹² diğerlerine nazaran ön plana çıkmaktadır. Şöyle ki, bu dört firmanın 2011 yılı toplam gelirleri yaklaşık 31 milyar doları bulmaktadır²⁹³. Bunlardan en düşük gelire sahip olan KPMG’nin yıllık geliri yaklaşık beş milyar dolar iken ondan sonra gelen Grant Thornton adlı denetim firmasının geliri 1.3 milyar dolardır.

e) BDK’ların Organizasyon Yapıları

(1) Genel Olarak

Halka açık anonim ortaklığın denetimini gerçekleştirecek BDK’lar bir anonim ortaklık şeklinde örgütlendikleri²⁹⁴ için TTK’daki anonim ortaklıklara ilişkin genel hükümlere tabidirler. Bu şekilde de bir genel kurul ve yönetim kuruluna sahip olmaları gerekmektedir. Denetim kurulunun kaldırılmış olması nedeniyle, Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen kıstaslara uyması bir anonim ortaklık olarak BDK’nun da başka bir BDK tarafından veya TTK md. 397/5 hükmünde yer alan yönetmelik hükümleri çerçevesinde denetlenmesi söz konusu olacaktır.

TTK md. 359/2 uyarınca bir anonim ortaklıklarda yönetim kuruluna bir tüzel kişinin seçilmesi mümkündür. BDK’ların tüm ortaklarının TTK md. 400/1 ve KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 13/1-e uyarınca 3568 sayılı kanun çerçevesinde meslek mensubu olması ve dolayısıyla gerçek kişi olması gerektiği nedeniyle bir tüzel kişinin ortak sıfatıyla BDK’da yönetim kurulu üyesi olması mümkün değildir²⁹⁵. TTK ile anonim ortaklık yönetim kurulu üyelerinin ortaklık pay sahibi olmaları zorunluluğu kaldırılmıştır. Bu durumda pay

²⁹² Bunlar Deloitte&Touche, Ernst&Young, PricewaterhouseCoopers ve KPMG adlı denetim firmalarıdır. Bu firmalar sadece ABD’de değil diğer ülkelerde de hizmet sunan uluslararası şirket niteliğini haizdirler.

²⁹³ Web: <http://accountingnewsreport.com/wp-content/uploads/2011/03/Big-Four-Analysis-3-21-20111.pdf> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Bu firmaların AB üyesi ülkeleri bazındaki gelirleri için bkz. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/studies/201111-study_en.pdf , s. 79 vd. adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

²⁹⁴ SPK düzenlemeleri uyarınca bu BDK’ların anonim şirket olarak kurulmaları zorunlu tutulmuş iken TTK ve KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 13 uyarınca sermaye şirketi olarak kurulması yeterli görülmüştür. Biz çalışmamızda halka açık anonim ortaklıkların denetimini ele almamız nedeniyle BDK’ların anonim şirket şeklinde örgütlenmiş olduklarını kabul etmekteyiz.

²⁹⁵ Buna karşılık bankacılık sektöründe bağımsız denetim faaliyetinde bulunana BDK’larda tüzel kişi yönetici olması mümkündür. Bankalarda Bağımsız Denetim Gerçekleştirilecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik md. 15/2 hükmünde ortak konumundaki tüzel kişinin ortaklık yapısının şeffaf olması gerektiği düzenlenmiş olup, bu hükümden hareketle tüzel kişi ortağın yönetim kuruluna da üye olması mümkündür.

sahibi olmayan bir tüzel kişinin BDK yönetim kurulu üyesi olup olmayacağı sorunu ile karşılaşılacaktır. Kanaatimizce, bunu engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır²⁹⁶. Ancak bu tüzel kişinin başka BDK olması mümkün değildir. Zira SPK Faaliyet Tebliği Taslağı md. 16/1-b uyarınca denetim kuruluşlarının başka bir denetim kuruluşunda yönetici olması mümkün değildir.

BDK'nun yönetimine ilişkin olarak ifade edilmesi gereken bir diğer husus ise yönetim ve temsil yetkisinin devrine ilişkindir. Bilindiği üzere TTK md. 367 uyarınca yönetim kurulu yönetim yetkisini kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişilere devredilebilir. TTK md. 370 uyarınca da yönetim kurulu temsil yetkisini, TTK md. 375 hükmünde yer alan devredilemez yetkiler haricinde, bir veya birkaç üyeye (murahhas üye) veya müdür sıfatı ile üçüncü kişilere devredebilir. Bir anonim ortaklık olan BDK'lar bakımından ise SM, SMMM ve YMM Çalışma Usul ve Esasları Hakkındaki Yönetmelik md. 30/2-d hükmü uyarınca meslek mensubunun şirketleşmesi halinde mesleğin icrasına ilişkin işlerde BDK ancak ortak veya ortaklar tarafından temsil edilebilir. Hüküm yönetim yetkisinin devri hakkında bir düzenleme içermediği için yönetim yetkisinin TTK uyarınca devrine engel teşkil etmemektedir²⁹⁷.

(2) BDK'nun Pay Sahipleri

Kural olarak bir anonim ortaklığa pay sahibi olmanın hak ehliyetine sahip olunması dışında bir koşulu bulunmamaktadır. Ancak BDK'lar bakımından pay sahibi olmanın bazı koşulları bulunmaktadır. TTK md. 400/1 uyarınca BDK'ların ortaklarının 3568 sayılı yasa kapsamında bir ruhsata sahip SMMM veya YMM olması gerektiği ifade edilmiştir. Sonuç olarak, BDK ortaklarının SPK tarafından verilen lisansa sahip olmaları gerekmesi dahi 3568 sayılı yasa kapsamında bir ruhsata sahip olmaları gerekmektedir.

Bir BDK'nun ortağının başka bir BDK'nun ortağı olması da mümkün değildir. SPK Faaliyet Tebliği Taslağı md. 16/1-b uyarınca kişilerin sadece bir BDK'nun ortağı olması

²⁹⁶ Benzer görüş içib bkz. Köksal, s. 183. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, gerek SPK gerek KGK düzenlemelerinde BDK'ların sermaye ve oy haklarının yarısından fazlasının sorumlu ortak başdenetçi ve/veya meslek mensubu ortaklarına ait olması koşulu getirilmesinin nedeni BDK üzerindeki hâkimiyetin sorumluluğu da üstlenmiş olan ve asıl denetim faaliyetlerini sürdüren grubun üzerinde olması anlayışıdır. Bu durumda yönetim kurulunda hâkimiyetin bir şekilde bu tüzel kişiler aracılığı ile yitirilmemesi gerektiği düşünülmektedir. Özellikle, yabancı bağımsız denetim firmalarının Türkiye'de iş yapabilmeleri için bu yolu kullanmalarının önüne geçilmesinin üzerinde düşünülmesi gerekmektedir.

²⁹⁷ Köksal, s. 182.

planlanmıştır. Meslek mensuplarının haksız rekabet yapmaması ve bağımsızlığın zedenmemesi bakımından anılan düzenlemenin yerinde olduğu düşünülmektedir.

Bu noktada ifade edilmesi gereken bir diğer husus ise BDK'ların halka açılıp açılmaması ile ilgilidir. Bir anonim ortaklığın halka açık hale gelebilmesi için paylarının devri için herhangi bir bağlam olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır. Ancak bir halka açık anonim ortaklığın paylarının borsada işlem görebilmesi için paylarının devrinde bağlam öngörülmemiş olması gerekmektedir. Zira menkul kıymet borsalarında alıcı ve satıcılarda her bir anonim ortaklık paylarında öngörülen bağlam koşullarının yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesi neredeyse imkânsızdır. BDK'lar bakımından ise ortaklarının 3568 sayılı yasa uyarınca ruhsat almış meslek mensubu olunması şartının öngörülmüş olması ile bu tip ortaklıklarda düzenlemeler ile bağlam öngörüldüğü anlamına gelmektedir. Bu nedenle bir BDK'nun halka açılması teorik olarak mümkün iken paylarının borsada işlem görmesi oldukça güçtür. Öte yandan, BDK'nun halka açık hale gelmesinde de sorumlu ortak baş denetçinin %51 oranında pay sahibi olması gerektiği dikkate alınmalıdır. Diğer bir ifade ile bir BDK'nun ancak %49'u halka açık hale getirilebilir.

(3) BDK'nun Faaliyetlerini Gerçekleştiren Çalışanları

TTK içerisinde bağımsız denetim faaliyetlerini sürdürecekt olan denetçilerin unvanları ile BDK'nun çalışanları hakkında açık bir düzenleme yer almamaktadır. Denetim faaliyetlerini sürdüren BDK bu faaliyetlerini bağımsız denetçiler aracılığı ile gerçekleştirmektedir. Bağımsız denetçiler ile ilgili olarak SPK Faaliyet Tebliği Taslağı md. 21/2 uyarınca baş denetçi, kıdemli denetçi ve denetçi unvanlarında KGK düzenlemeleri uygulanır. Buna göre KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 27/5 uyarınca denetçilere denetçi, kıdemli denetçi ve başdenetçi unvanları verilebilir.

Sorumlu ortak baş denetçi dışındaki unvanların kazanılması denetçilik mesleğindeki kıdem ile ölçülmekte olup, baş denetçilik unvanının kazanılması için en az fiilen 10 yıl, kıdemli denetçilik unvanının kazanılması için en az fiilen 6 yıl, denetçi unvanının kazanılması için ise en az fiilen 3 yıllık mesleki deneyim gerekmektedir. Sorumlu ortak baş denetçiler ile diğer denetçilerin denetim ekibinde yer alabilmeleri için gerekli olan fiili çalışma sürelerine ilişkin olarak ise SPK Faaliyet Tebliği Taslağı md. 22-23 hükümlerinde ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır.

Sorumlu ortak baş denetçinin görev ve yetkileri itibariyle özellikli bir durumu olması nedeniyle ayrı bir başlık altında kısaca incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

(4) Sorumlu (Ortak Baş) Denetçi ve Niteliği

SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 23/1 hükmünde sorumlu ortak baş denetçi, BDK’da bağımsız denetim raporlarını imzalamaya yetkili denetçi olarak tanımlanmıştır. Sorumlu ortak baş denetçi, BDK’nun sıradan bir ortağı ve denetçisi değildir. Sorumlu ortak baş denetçi olmak için öncelikle baş denetçi unvanına sahip olunması gerekmektedir. Sorumlu ortak baş denetçi unvanının kazanılması için ayrıca SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 23 uyarınca Kurulun listesinde yer alan bir BDK’da fiilen iki yıl süresince sermaye piyasası kurumları veya halka açık ortaklıkların denetimini denetçi, kıdemli denetçi veya baş denetçi olarak yapmaları gerekmektedir. Sorumlu ortak baş denetçinin, baş denetçi unvanının da olması gerekmesi nedeniyle en az 10 yıllık mesleki (denetim) kıdeminin olmasının yanında, denetçi, kıdemli denetçi veya başdenetçi unvanıyla fiilen iki yıllık bir aktif görevde bulunması da aranmıştır.

KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği ise “sorumlu denetçi” kavramından bahsetmekte olup, anılan Yönetmelik md. 4/1-r uyarınca “*bağımsız denetim kuruluşu tarafından, belirli bir bağımsız denetim faaliyetinin yürütülmesinden sorumlu tutulan ve bu denetime ait raporun bağımsız denetim kuruluşu adına imzalanmasına yetkili kılınan bağımsız denetçi*” ifade etmektedir. Anılan Yönetmelik md. 13/1-ğ hükmünde göre bir BDK içerisinde en az iki tane sorumlu denetçi bulunmalıdır. Sorumlu denetçi olmak için aranan şartlar ise anılan Yönetmelik md. 28 hükmünde düzenlenmiştir.

SPKr ve KGK düzenlemelerinde yer alan bu farklı düzenlemelerin birbirleri ile çelişmediği hatta bu farklı kavramlar kullanılmak suretiyle de bir çelişkiyi engellediği görülmektedir. Eğer KGK da “sorumlu ortak baş denetçi” ifadesini kullanmış olsa idi, en az iki adet sorumlu denetçi bulundurma koşulunu arayamayacaktı. Şöyle ki, sorumlu ortak baş denetçinin SPKr düzenlemeleri uyarınca en az BDK’nun %51’ine sahip olması gerekmekte olduğu için bu kişilerden iki tane olması mümkün değildir.

Gerek SPKr gerek KGK düzenlemelerinden anlaşılan sermaye piyasalarında bağımsız denetim yapan bir BDK’nun en az iki adet sorumlu denetçisi ve bunlardan birinin SPKr düzenlemelerindeki koşulları sağlayan sorumlu ortak baş denetçisi bulunmalıdır. Bu iki unvanın ortak özelliği ise BDK tarafından hazırlanan bağımsız

denetim raporlarını imzalamalarıdır. Bu nedenle de SPKn md. 32/1 ve 63 hükümleri uyarınca hukuki sorumlulukları söz konusu olmaktadır. Öte yandan, bu denetçi BDK'nun temsilcisi ve denetim ekiplerinin kurulmasında ve denetim faaliyetlerini yürütmeleri aşamasında onların başında yer almaktadır.

Sorumlu (ortak baş) denetçinin organ niteliğini taşıdığı ileri sürülmüştür²⁹⁸. Sorumlu (ortak baş) denetçilere tanınan yetki ve verilen görevler dikkate alınarak, BDK'nun bir tüzel kişi olarak iradesinin oluşumuna katılma ve BDK adına bağımsız olarak görevlerini yerine getirme kıstasları dikkate alınarak bu sonuca ulaşılmaktadır. KÖKSAL tarafından da ifade edildiği üzere bu denetçilerin organ niteliğini haiz olup olmamaları pratik olmaktan ziyade teorik bir değer taşımaktadır²⁹⁹. Zira organ niteliğinin bulunup bulunmaması, temsilcilerin hukuki işlemlerden kaynaklanan sorumluluklarının tüzel kişiye atfedilmesinin yanında organın haksız fiil nedeniyle verdiği zararlardan da tüzel kişinin sorumlu olması sonucunu doğurması bakımından ilgilidir. Ancak SPKn md. 10, 32 ve 63 hükümleri BDK'lar ve raporu imzalayanları birlikte sorumlu tuttıkları için sorumu (ortak baş) denetçinin organ niteliğini haiz olup olmaması pratik bir sonuç doğurmayacaktır.

Organ kavramından ilk olarak TBK md. 50 hükmünde belirtildiği şekilde kanun veya kuruluş belgelerine göre tüzel kişiliğin doğumu için aranan zorunlu olan organlar anlaşılmaktadır. Organ mefhumu soyut bir kavram olan tüzel kişinin³⁰⁰ maddi dünyadaki karşılığını oluşturmaktadır³⁰¹. Bir tüzel kişiliğin oluşumu için zorunlu organların yanında kanun veya kuruluş belgesinde yazmayan organlardan bahsedilmesi de mümkündür. Bir insanın oluşumu için kalp veya beyin nasıl bir zorunlu organ iken insanın eli, gözü yahut safra kesesi onun oluşumu veya yaşaması için zorunlu olan bir organı değildir. Ancak her organ hem gerçek hem de tüzel kişide bir fonksiyonu ifade eder. Bu nedenle kanun veya esas sözleşmede belirtilmese de tüzel kişinin fonksiyonlarını yerine getirmede fiilen yetki verilenler de organ sayılmaktadırlar³⁰². İşte tüzel kişinin oluşumu için zorunlu olmayan ve fakat tüzel kişi için temel fonksiyonları yerine getiren (insanın eli, gözü gibi) her bir makamın organ olarak

²⁹⁸ Köksal, s. 191 vd.

²⁹⁹ Köksal, s. 192.

³⁰⁰ Tüzel kişiliğin niteliğine ilişkin teoriler hakkında bkz. Öztan, B. (2004). *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, Ankara 2004, s. 300 vd., Öztan, B. (1994). *Tüzel Kişiler (Ders Notları)*, Ankara, s. 6 vd.

³⁰¹ Organ kavramı hususundaki varsayım ve gerçeklik teorileri için bkz. Öztan, B. (1970). *Medeni Hukuk Tüzel Kişilerinde Organ Kavramı ve Organların Fiillerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara, AÜHF Yayınları, s. 3 vd.

³⁰² Öztan, *Tüzel Kişiler*, s. 32.

nitelendirilmesi geniş anlamda organ kavramını açıklamaktadır³⁰³. Tüzel kişide organ olmanın sonucu, TBK md. 51 uyarınca organın, tüzel kişinin iradesini açıklaması, hukuki veya haksız fiilleri dâhil diğer fiilleri ile tüzel kişiyi borç altına sokması hususunda yatmaktadır³⁰⁴.

*Organ, tüzel kişinin kanun maddeleri, tüzüğü, iç talimatnamesiyle yetkili kılınan ve tüzel kişi için önemli olan görevleri devamlı ve bağımsız olarak, gerek üçüncü kişilerle olan ilişkilerde, gerek tüzel kişinin iç teşkilatında yerine getirmesi için, yetkili kılınan veya kendisine bu tip görevleri fiilen ve dışa belli olacak şekilde bağımsız ifa yetkisi verilen kişi veya kişi guruplarıdır*³⁰⁵. Bu tanım ve organın sadece mevzuatta yer alan zorunlu organlar olarak algılanılmaması nedeniyle sorumlu (ortak baş) denetçinin bir organ niteliğini haiz olduğu sonucuna varılmaktadır. Öncelikle sorumlu (ortak baş) denetçi, BDK bakımından, yürüttükleri tek faaliyet olması bahsiyle denetim raporlarını imzalamak gibi oldukça önemli bir görevi ifa etmekte olup, bu görevi mevzuat uyarınca yetkili kılınması nedeniyle devamlı ve bağımsız olarak yürütmektedirler. Sorumlu (ortak baş) denetçi bu hususta BDK'nun yönetim kurulu dâhil herhangi bir zorunlu organının yetkilerini kullanmamaktadır. Hatta BDK'nun yönetim kurulunun bir bağımsız denetim raporunu sorumlu (ortak baş) denetçinin yerine imzalamak suretiyle dahi geçerli kılması mümkün değildir. Öte yandan, sorumlu (ortak baş) denetçi yöneticilerin gözetim yükümlülüğüne benzer şekilde BDK'nun denetim faaliyetlerini yürütecek denetim ekibini kurması, yönetmesi, gözetmesi gibi yetkileri de bulunmaktadır. Keza, sorumlu (ortak baş) denetçi faaliyetleri sonucunda hazırlanan denetim raporunu imzalayarak BDK adına irade beyanında bulunmaktadır.

Bu hususları göz önüne aldığımızda sorumlu (ortak baş) denetçinin BDK'nun bir organı olarak nitelendirilmesi mümkündür³⁰⁶. Sorumlu (ortak baş) denetçinin organ olması onun hukuki temsile dayalı veya haksız fiillerinden dolayı BDK'nun sorumlu olması sonucunu doğuracaktır³⁰⁷. Bununla birlikte, SPKn md. 32 ve 63 hükümleri denetim raporunu imzalayanlar (sorumlu ortak baş denetçi) ile BDK'yı müteselsilen

³⁰³ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, s. 388.

³⁰⁴ Organların üçüncü kişilere karşı sorumluluğu hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, *Organ Kavramı*, s. 111 vd.

³⁰⁵ Öztan, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, s. 312-313.

³⁰⁶ Benzer görüş için bkz. Köksal, 198 vd.

³⁰⁷ Organın fiilinden dolayı tüzel kişinin sorumluluğunun kusur veya objektif sorumluluk olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, bu tartışma TMK'nun organın fiilinden tüzel kişiyi sorumlu tutarken kusur aramaması nedeniyle teorik bir tartışma niteliğindedir. Öztan, *Organ Kavramı*, s. 116.

sorumlu tutması nedeniyle sorumlu (ortak baş) denetçinin organ sıfatını taşıyıp taşıyamaması teorik bir tartışma olarak kabul edilmelidir.

f) Bağımsız Denetçilerin Organ Niteliği

Eski TTK döneminde anonim ortaklıkların zorunlu organları arasında denetim kurulu da bulunmakta idi. Yeni TTK ile ortaklıklarda denetleme kurulu kaldırılarak, denetimin bağımsız denetçiler tarafından yapılması sistemi benimsenmiştir.

TTK'nun genel gerekçesinin 129 uncu paragrafında açık bir şekilde denetçilerin şirketin organı olmaktan çıkarıldığı ifade edilmiştir. TTK md. 399/1 hükmünün gerekçesinde ise denetim sözleşmesinin niteliğinin tartışmalı olduğu ifade edilmekle, bu hususun içerisine denetçinin şirketin organı olup olmadığı alt tartışmasının da girdiği ifade edilmiştir. Söz konusu gerekçede ifade edilmek istenen husus, eski dönemde denetçiler ile şirket arasındaki ilişkinin niteliğine yönelik tartışmaların yeni dönemde şirket dışında örgütlenen denetçiler ile şirket arasındaki ilişki bakımından devam edebileceğini işaret etmekten ibarettir. Kanaatimizce, bu gerekçeye dayanılarak denetçinin organ niteliğini tartışmalı bir husus olarak değerlendirilmemelidir. Buna karşın, TTK md. 437/2 hükmünün gerekçesinde “... *Denetçinin bağımsızlığı, yani şirketin dışında bulunması, bir görüş uyarınca şirketin organı olmaması (tartışmalı) onun bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığı anlamına gelmez...*” denilmek suretiyle denetçinin organ niteliğini haiz olup olmadığının tartışmalı olduğu ifade edilmiştir. Ancak, söz konusu gerekçeye bakılarak da TTK'nun denetçilerin organ niteliğini haiz olduğu sonucuna varılması mümkün görülmemektedir. Zira anılan gerekçede bu niteliğin tartışmalı olmakla birlikte, kanunun denetçilerin organ niteliğinin bulunmadığını kabul ettiği ifade edilmektedir. Bununla birlikte, TTK md. 530/1 hükmünün gerekçesinde “*Kanunen gerekli olan organlar*” terimini anlamı öğretiyle mahkeme kararlarına bırakılmıştır. Bu hükmün anlamı, denetçinin organ olup olmadığı sorusunun cevabı ile açıklık kazanacaktır” denilmek suretiyle denetçilerin organ niteliğinin açık olmadığı ifade edilmiştir.

Bu durumda da söz konusu bağımsız denetçilerin anonim ortaklıklarda bulunması gereken zorunlu bir organ niteliği olup olmadığı hususunun açıklanması gerekliliği doğmuştur.

Tüzel kişilere de organ sıfatını haiz olup olmadığına yönelik belirlemelerde kullanılan kıstaslar şekli, maddi ve sorumluluk olarak ayrılmaktadır³⁰⁸. Şekli kıstas uyarınca bir kişi/grubun organ niteliğini haiz olup olmadığı ilgili mevzuatta, ana sözleşme yahut statüde belirtilmek veya resmi bir makamın atanması suretiyle belirlenmektedir. Maddi kıstas uyarınca ise organ olduğu iddia edilen kişi/grubun tüzel kişilik içerisinde ifa ettiği göreve (tüzel kişilik içerisinde karar alma ve uygulama mekanizmasındaki etkinliğine) göre bir belirleme yapılmaktadır. Sorumluluk kıstasında ise tüzel kişi içerisindeki bir kişi/grubun sorumluluğu ayrıca düzenlenmiş ise organ sıfatı bulunmamaktadır. Zira organın haksız fiilinden dahi tüzel kişinin sorumluluğu bulunmakta olup, organ için ayrı bir sorumluluk rejiminin belirlenmesi gerekmemektedir. Bu nedenledir ki, anonim ortaklıklardaki yöneticilerin sorumluluğu bahsi özel bir medeni sorumluluk olarak nitelendirilmektedir³⁰⁹.

Bu çerçevede, çalışma konumuz itibarıyla bağımsız denetçilerin, denetledikleri ortaklıkların bir organı olup olmadığına bakılacak olur ise; şekli kıstas bakımından denetçiler organ niteliğini haizdir. TTK'nun anonim şirketlerin organizasyon yapısını düzenleyen dördüncü kısmının ikinci, üçüncü ve dördüncü bölümlerinde sırasıyla yönetim kurulu, denetleme ve genel kurula ilişkin hükümlere yer verilmiştir. Böylelikle, denetçiler TTK içerisinde şirketin organizasyon yapısı içerisindeki kısımda düzenlenmiştir. Ancak bu sonuç organ niteliği hakkında kesin bir yargıya varılması için yeterli değildir. Zira anonim ortaklık tüzel kişiliğinin kurulması ve varlığını sürdürmesi için denetçinin belirlenmesi zorunluluğu olmadığı gibi TTK md. 339 hükmünde ana sözleşmede yer alması gereken hususlar içerisinde denetçilere yer verilmemiştir. Denetçinin mahkemece atanması hali ise denetçilerin belirlenmesinin olağan yolu (TTK md. 399) olmayıp, bazı istisnai durumlarda gerçekleşecek olması nedeniyle organ sıfatını haiz olduğu sonucunu doğrudan doğurmayacaktır. Kaynak Alman – İsviçre hukuklarına bakıldığında ise farklı bir durumla karşılaşılmaktadır. TTK'nun denetim ile ilgili hükümlerinin hemen tamamı Alman HGB'den esinlenilerek düzenlenmiştir. Alman hukukunda denetçilerin organ niteliğini haiz olmadığı baskın

³⁰⁸ Öztan, *Organ Kavramı*, s. 32 vd., İzmirli, Y. (2001). *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları*, Ankara, s. 22-23., Köksal, A. (2010) .Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 397 İlâ 409 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu, *Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan*, C. I, Ankara, s. 1390-1391, 1395.

³⁰⁹ Köksal, *Organ*, s. 1395.

görüş olarak ileri sürülmüştür³¹⁰. Zira denetçinin tarafsız ve bağımsız olması hasebiyle şirketle çıkar ilişkisi bulunmamalıdır. İsviçre hukukunda ise İsviçre OR 626/6 hükmünde denetçilerin esas sözleşme içerisinde yer alması gereken zorunlu bir unsur olarak belirtilmesi ve söz konusu kanun içerisinde şirketin organizasyon yapısının düzenlendiği kısmında (md. 698 vd.) genel kurul (md. 698-706) ve yönetim kurulunun (md. 707 -726) ardından (md. 727- 731a) denetçinin düzenlenmesi nedeniyle denetçinin şirketin bir organı olarak kabul görme eğilimi bulunmaktadır.

Maddi kıstas açısından konuya bakıldığında ise denetçilerin ortaklık nezdinde ifa ettikleri görevler üzerine yoğunlaşılmalıdır. TTK md. 398 uyarınca denetçi yalnızca sözleşme ile ortaklığın finansal verileri üzerinde denetim faaliyetlerini sürdürebilecektir. Bunun dışında ortaklığın yönetimi ile herhangi bir görevi yahut yetkisi bulunmamaktadır. Denetçiler bu faaliyetleri yanında sadece TTK md. 378/1, 398/4 çerçevesinde borsa dışı şirketler bakımından riskin erken saptanması komitesinin kurulmasını sağlayabilirler. Bu yetki de denetçinin organ sıfatını kazanmasını sağlayacak düzeyde etkili ve sonuca yönelik bir görev olarak değerlendirilmemelidir. Sonuçta kurulan komite yönetim kuruluna raporlama yapmakta olup, son karar mercii niteliğini haiz değildir. Öte yandan, eski TTK md. 353 hükmüne bakıldığında denetçilere verilen pek çok görevin yeni TTK uyarınca bağımsız denetçiler tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir. Örneğin, yönetim kurulu üyelerinin esas sözleşme hükümlerine uyumuna nezaret etmek, sık sık ve ansızın şirket veznesini denetlemek, yöneticilerle işbirliği ederek şirket bilançosunun düzenlenme şeklini belirlemek vs. gibi görevlerin bağımsız denetçi tarafından yerine getirilmesi mümkün değildir³¹¹. Bu bakımdan, denetçilerin ortaklık nezdinde yürüttükleri görevleri ortaklığın karar alma mekanizması içerisinde yer almamaktadır. Denetim raporunun olumsuz veya görüş verilmesinden imtina etmek şeklinde olması halinde ortaklığın TTK md. 403/5 uyarınca finansal tablolara bağlı kar dağıtım gibi kararları alamaması ise denetçinin bir yetkisi olarak değerlendirilmeyip, raporun sonucuna bağlanan kanuni bir yaptırım olarak ele alınmalıdır. Zira bu sonuç denetim standartlarının değil kanun koyucunun bir tercihidir. Bu nedenle, denetçilerin faaliyetlerinin ortaklığın tüzel kişiliği bakımından etki

³¹⁰ Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 182-183, No. 11-04, 05, dn. 4., Köksal, Organ, s. 1390., Özkorkut, s. 264., Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, s. 391.

³¹¹ Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 183, No. 11-05., Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, s. 393.

edebilecek düzeyde olmadığı düşünüldüğünden, bu hükümlere dayanılarak denetçilerin organ niteliği olduğunu söylemek mümkün değildir.

Sorumluluk kıstası çerçevesinde konuya yaklaşıldığında ise organ niteliği tartışmasız olan yönetim kurulu bakımından dahi sorumluluğun ayrıca düzenlenmesi karşısında denetçiler bakımından özel sorumluluk rejiminin bulunması denetçilerin organ niteliğinin olup olmaması konusunda bir kıstas olarak değerlendirilmemelidir³¹².

Bu çerçevede, hangi kıstas kullanılırsa kullanılsın denetçilerin organ niteliğini haiz olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bir kişi veya grubun organ olup olmasının önemi bu kişi veya grubun eylemleri ile tüzel kişiyi sorumluluk altına almasında, yokluğunun tüzel kişinin varlığının da sona ermesine sebep olmasında ve özel sorumluluk rejimine tabi olunmasında kendini göstermektedir³¹³. Bu kapsamda da, denetçilerin tayinin TTK md. 399 hükmünde özel olarak belirlenmesi, organ yokluğuna ilişkin TTK md. 530 hükmünün denetçileri kapsamaması, denetçilerin ortaklık içerisinde icrai bir görevi olmaması ve şirket dışında yer almaları nedeniyle şirketi borç altına sokmalarının mümkün olmaması ile denetçiler bakımından özel bir sorumluluk rejiminin benimsenmiş olması nedeniyle denetçilerin organ niteliğini haiz olup olmadıkları teorik bir tartışmadan öteye geçmemektedir.

Öte yandan, bağımsız denetçilerin ortaklığın bir organı olmasını ileri sürmek aslında öngörülen yeni sistemin mahiyeti ile de bağdaşmayacaktır. Şöyle ki, denetçi şirket dışında yer almakta olup, ayrı bir tüzel kişiliği haizdir. Tüzel kişiliği haiz bir kişinin başka bir tüzel kişinin organı olması düşünülemez. Zira organ, ilişkili olduğu tüzel kişinin varlığı ile oluşup, onun hukuki rejimine tabi olması nedeniyle ondan bağımsız değildir. Keza, bir denetçinin birden fazla şirket içerisinde organ olması mümkün görülmemektedir. Ayrıca, şirketin finansal verileri üzerinde belirlenen standartlar çerçevesinde denetim faaliyetlerinin yürütülmesi dışında denetçinin

³¹² Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre denetçinin organ niteliğini haiz olmamakla birlikte, TTK md. 554 uyarınca özel sorumluluk rejimine tabi tutulması hatalı bir tercih olup, bu durumda denetçinin olağan sözleşmeye aykırılık dolayısıyla sorumluluğu bulunması nedeniyle üçüncü kişilere karşı sorumluluk halinin de düzenlenmemesi gerekmektedir. Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, s. 394. Kanaatimizce, her ne kadar yazarlar denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun ayrı bir hukuki sorun olduğunu ifade etmişlerse de hukukumuzda sözleşme dışı kaynaklı olarak üçüncü kişilere karşı sorumlu olunabilmesini teminen özel koruma amaçlı hükümlerin varlığının gerekliliği nedeniyle TTK md. 554 hükmünde benzer bir düzenlemenin bulunmasında yarar bulunmaktadır. Öte yandan, bu yöndeki bir hükmün TTK'nun onbirinci bölümü içerisinde olup olmamasının yahut denetime ilişkin tüm hükümlerin finansal tablolara ve şirketin hesaplarına ilişkin dokuzuncu bölüm içerisinde yer alması sadece sistematik bir uygunluk sağlanması açısından uygun olabilirdi.

³¹³ Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, s. 393-394.

ortaklığın kuruluşu ve hayatını devam ettirmesinde ortaklık içerisindeki başka herhangi bir unsur ile ortak bir amacı bulunmadığı dikkate alındığında denetçilerin organ olmaları işin mahiyeti gereği mümkün görülmemelidir. Öngörülen denetim sisteminde, şirketlerin icrai faaliyetlerinin veya performanslarının denetimi artık denetçiler dışında ortaklar yahut diğer kişi veya kurumlarca yapılmak durumundadır. Denetçiler, şirket işlerinin işleyişi veya yöneticilerin performansından ziyade kendilerine sunulan finansal verilerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığı ile ilgilenmek durumundadırlar. Buna “denetimin özelleştirilmesi” de diyebiliriz. Şirketler artık finansal durumlarının denetimini dışarıdan alacakları denetim hizmetleri ile karşılamak durumundadırlar. Ortaklığın ve denetçinin hedefleri benzer olamaz.

Özetle, eski TTK dönemindeki denetleme kurulu ile yeni TTK çerçevesinde görev üstlenen denetçiler birbirlerinin muadili değildirler. Eski dönemde en azından halka açık ortaklıkların hem denetleme kurulu hem de bağımsız denetçisinin olması zorunluluğu bulunmakta idi. O dönemde tartışılmayan bağımsız denetçilerin organ niteliği ancak denetim kurulunun kalkması ile gündeme gelmiştir. Eski dönemdeki denetleme kurulu şirket içindeki bir yapılanma olup, kanun ile kendisine verilen bir takım görevleri ifa etmekte iken, bunlardan sadece finansal tabloların gerçekliğine ve doğruluğuna ilişkin olarak herhangi bir denetim standardına uymaksızın yapmış oldukları faaliyetler şirket dışında yer alan bağımsız denetçilere bırakılmıştır. Burada bu iki müessese birbirinin ikamesinden ziyade birinin, kendisinden beklenen faydayı sağlamaması nedeniyle kaldırılmasıyla meydana gelen boşluğun diğeri ile doldurulması söz konusudur. Ayrıca bağımsız denetçilerin şirket ile herhangi bir organik bağının bulunmaması gerekliliğinden hareketle, ortaklık ile bu şekilde bir ilişkisinin olmaması hedeflenmektedir. Dolayısıyla, denetçilerin, ortaklığın kuruluş felsefesi yahut karlılık amacı hususunda herhangi bir misyonu da bulunmamaktadır. Bu nedenle de denetçilerin, organ niteliği haiz olup olmadığından ziyade bağımsız denetçinin organ niteliğini haiz olmaması gerekliliği üzerinde durulması gerekmektedir. Aksi takdirde, denetçinin bağımsızlığı ve tarafsızlığı tartışma konusu olabilecektir ki, bu husus denetimden beklenen amaç ile çelişebilecektir³¹⁴.

³¹⁴ Doktrinde de denetçilerin organ niteliği haiz olmadığı baskın görüş olarak kabul edilmektedir. Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 182, No. 11-05., Kırca, Şehirli Çelik, Manavgat, s. 393., Özkorkut, s. 265., Köksal, *Organ*, s. 1406.

G. BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİNİN KONUSU

Denetime tabi olan ortaklık finansal raporları bağımsız denetim sözleşmesinin konusunu teşkil etmektedir. Bu sözleşmelerin konusu TTK md. 398, SPKn md. 14/3 ve KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 6 hükümlerinde düzenlenmiştir.

Buna göre, (1) TTK md. 398 uyarınca; (a) ortaklığın finansal tabloları ile (b) yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu, (2) SPKn md. 14/3 uyarınca; ortaklığın düzeneleyecekleri finansal tablo ve raporlardan TMS kapsamında Kurulca belirlenenler, (3) KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 6 uyarınca; (a) 6102 sayılı Kanun hükümlerine göre denetlenmesi öngörülen finansal tablolar, (b) yıllık faaliyet raporları, (c) riskin erken saptanması ve yönetimine ilişkin sistemler ile (d) sair mevzuat uyarınca doğrudan veya dolaylı olarak denetim kuruluşları ve denetçiler tarafından denetlenmesi, incelenmesi veya değerlendirilmesi öngörülen diğer hususlar, (4) SPKı Tebliğ Taslakları uyarınca ise (a) finansal raporlar ve (b) diğer finansal bilgiler bağımsız denetim sözleşmesinin konusunu oluşturmaktadır.

Özetle ifade etmek gerekirse, ortaklığın finansal raporları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporları üzerinde bağımsız denetim yapılması öngörüldüğü için bağımsız denetim sözleşmesinin konusunu oluştururlar. Bununla birlikte, mevzuatta bağımsız denetçilere yaptırılması öngörülen diğer konular da bu sözleşmenin konusunu oluşturabilirler. Örneğin TTK md. 397/5 kapsamındaki ortaklıklar için denetimin bağımsız denetçiler tarafından yapılmasının öngörülmesi halinde bu hususlar da bağımsız denetim sözleşmesinin konusunu oluşturacaktır. Bu durumda finansal tablo ve faaliyet raporunun ne olduğunun da kısaca ifade edilmesinde yarar bulunmaktadır.

UDS içerisinde denetlenecek hususlar arasında yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporu bulunmadığı için SPKı Tebliği içerisinde de bu husus bulunmamaktadır. Ancak Kurul (II-14.1) sayılı Tebliğ md. 21/3 uyarınca yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporları da bağımsız denetime tabidir. TTK md. 514 uyarınca ortaklığın yıllık faaliyet raporu yönetim kurulu tarafından hazırlanarak genel kurula sunulmaktadır. Yönetim kurulunun bu görevi TTK md. 375/1-f uyarınca devredemeyeceği yetkiler arasında sayılmıştır³¹⁵. Yönetim kurulunun hazırlayacağı yıllık faaliyet raporunun ne olduğu ve

³¹⁵ TTK md. 437/1 hükmünde de düzenlendiği üzere yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporları pay sahiplerinin bilgi alma hakkı kapsamında yer almaktadır. Ayrıca bu raporun hazırlanması yönetim kurulunun genel kurulun hazırlanmasına ilişkin görevinin bir uzantısıdır. Kırca, Şehirali Çelik, Manavgat, s. 565.

neleri içereceği TTK md. 516 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükme göre yıllık faaliyet raporu genel itibariyle ortaklığın, ilgili yıla ait faaliyetlerinin akışı ile her yönüyle finansal durumunu, doğru, eksiksiz, dolambaçsız, gerçeğe uygun ve dürüst bir şekilde yansıtan rapordur. Bu raporda nelerin yer alacağı TTK md. 516/2, SPKr (II-14.1) sayılı Tebliği md. 8 ve Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın "Şirketlerin Yıllık Faaliyet Raporunun Asgari İçeriğinin Belirlenmesi Hakkında Yönetmelik" md. 7 vd. hükümlerinde ayrıntılı olarak belirtilmiştir. TTK md. 397/1 uyarınca denetimin konusu yıllık faaliyet raporlarının tamamı değil sadece içerisindeki finansal bilgilerin denetlenen finansal tablolar ile uyumlu olup olmadığı ve gerçeği yansıtıp yansıtmadığı ile sınırlıdır. Bunun dışında söz konusu rapor üzerinde bir bağımsız denetim yapılamaz. Aksi halde bağımsız denetçilerin performans denetimi yapmaları söz konusu olabilecektir.

SPKn md. 14/3 ve SPKr Tebliğ Taslakları finansal rapor ve finansal tablo konusunu açıklamaktadır. Buna göre finansal rapor, finansal tablolar ile yönetim kurulu faaliyet raporları ile sorumluluk beyanlarına dair raporları ifade eder. Finansal tablolar ise (a) dipnotlarıyla birlikte finansal durum tablosu, (b) kapsamlı gelir tablosu, (c) nakit akış tablosu, (d) özkaynak değişim tablosu³¹⁶ ve (e) SPKr'nun ilgili düzenlemelerinde düzenlenmesi öngörülen diğer tabloları ifade eder. Bunlardan finansal durum tablosu (bilanço) TMS 1/54 vd., gelir tablosu TMS 1/81A vd., özkaynak değişim tablosu TMS 1/106 vd., nakit akış tablosu ise TMS 1/111 ve TMS 7 standartlarında düzenlenmiştir.

H. BAĞIMSIZ DENETİMDEN MUAFİYET HALLERİ

TTK'da bağımsız denetimden muafiyet hali öngörülmemiştir. Bir anonim ortaklığın denetimsiz faaliyetlerini sürdürmesi mümkün değildir. Bakanlar Kurulu tarafından belirlenecek olan denetime tabi ortaklıklar dışındaki ortaklıklar bakımından TTK md. 397/5 uyarınca çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde denetim yapılacaktır.

SPKn md. 33/3 hükmüne dayanılarak çıkarılan SPKr (II-16.1) sayılı Tebliğinde SPKn kapsamındaki ortaklıkların bağımsız denetimden muafiyetlerine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Hali hazırdaki mevzuat karşısında yıllık finansal tabloların

³¹⁶ SPKn md. 14/3 hükmünde ortaklıkların TMS uyarınca düzenleyecekleri finansal tablo ve raporlardan Kurulca belirlenenlerin denetiminden söz etmektedir. KGK tarafından yayınlanan TMS 1/10 düzenlemesinde işletmelerin düzenleyecekleri tam set finansal tablolar sayılmıştır. Bkz. Web. http://kgk.gov.tr/contents/files/TFRS_2013/TMS/TMS1.pdf adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

bağımsız denetimi denetim mekanizmasının yegâne görünümü olması nedeniyle kanunen yaptırılması zorunlu olan bir yükümlülüktür. Bu nedenle de bir muafiyetten söz edilemez. Kanaatimizce, bir ortaklığın bağımsız denetimden muaf tutulması konusundaki yegâne yetki halka açık anonim ortaklıklar bakımından da olsa Kurula ait değildir. Bu yetki TTK md. 397 uyarınca Bakanlar Kuruluna bırakılmıştır. Sermaye piyasası mevzuatında yıllık mali tabloların bağımsız denetiminden muafiyet öngörmesi ortaklığı denetim mekanizmasının tamamından muaf tutması anlamına gelecektir ki, bu husus kanun koyucunun iradesi ile bağdaşmamaktadır. Ancak, yıllık finansal tabloların denetimi dışında sermaye piyasası mevzuatı kapsamında öngörülmüş olan bağımsız denetim yaptırma zorunluluklarından muafiyet öngörülebilir³¹⁷. Sonuç olarak, yıllık finansal tabloların bağımsız denetiminden muafiyet ancak TTK md. 397/5 hükmüne giren ortaklıklar bakımından söz konusu olabilecektir.

³¹⁷ Kurul (II-16.1) sayılı Tebliğ md. 8/2 hükmünde bir özel denetimden muafiyet hali düzenlenmiştir.

III. BÖLÜM

BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMELERİNDE TARAFLARIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Bağımsız Denetim Kuruluşu'nun Hak ve Yükümlülükleri

Halka açık ortaklık ile BDK arasında bağımsız denetim sözleşmesinin imzalanmasıyla BDK hak ve yükümlülükleri sözleşme içeriğine göre belirlenmektedir. Sözleşmede bulunması gereken unsurların bir kısmı KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliğinde yer almaktadır. Bunlardan biri de denetimin hangi standartlara göre yapılacağını da sözleşmede yer alması gerektiğidir. Böylece denetim standartlarının sözleşme içerisine alınmasıyla BDK'nun hak ve yükümlülükleri genel hukuk prensipleri yanında denetim standartları ile de şekillenmiş olmaktadır.

Tarafların hak ve yükümlülükleri hususunda ilgili düzenleyici otoritenin de etkisinin olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Anglo-sakson hukuk uygulamasında BDK'nun hak ve yükümlülükleri yasal düzenlemelerin yanında, mahkeme kararları, düzenleyici otoritelerin uygulamaları ile denetim faaliyetlerini yürütenlerin mesleki faaliyetlerini düzenleyen kurumların uygulamaları ile şekillenmektedir. Kıta Avrupası hukuku içerisinde yer alan ülkemizde ise taraf hak ve yükümlülükleri ise BK, TTK ve SPKn gibi yasal düzenlemelerin yanında, SPKr ve KGK uygulamaları ile mesleki organizasyon olan TÜRMOB uygulamaları çerçevesinde şekillenmektedir.

1) BDK'nun Yükümlülükleri

a) Bağımsız Denetim Faaliyetlerini Standartlarına Uygun Olarak Yürütme ve Tamamlama Yükümlülüğü

Bağımsız denetim standartları, sözleşme teklifinden denetim raporunun yazılarak denetlenen ortaklığa sunulmasına kadarki olan sürecin tamamını içermektedir. Bu standartlara uygun olarak yürütülen faaliyetler yasalara, diğer düzenlemelere ve sözleşmeye uygun bir ifayı ifade etmektedir. Bağımsız denetim alanında, bağımsız denetim standartları konusunda daha evvel de bahsedildiği üzere ikili bir yapı görülmektedir. Bunlar US-GAAS ve IFAC tarafından yayınlanan standartlardır (ISAs). Birbirileri ile konsept olarak benzeşmekle birlikte, ülkeler ikisinden birisini uygulanacak standartlar olarak

belirlemektedirler. Bağımsız denetim alanındaki en gelişmiş ülke konumundaki ABD uygulamasındaki GAAS daha çok kuzey amerikada uygulama alanı bulurken, IFAC tarafından yayınlanan ISA standartları AB ve ülkemiz dâhil diğer çoğu ülke uygulamasını şekillendirmektedir.

Ülkemiz bakımından AB'nin 8. Direktifindeki hükümlere paralel olarak IFAC tarafından yayınlanan denetim standartları esas alınmıştır. Halka açık anonim ortaklıklar bakımından KGK tarafından yayınlanmakta olan BDS'ler söz konusu standartların dilimize uyarlanmış halini ifade ettiği görülmektedir. Bu nedenle BDK'nun yükümlülüklerini belirlerken ISA standartları baz alınacaktır.

ISA-BDS standartları içerisinde denetçi ve/veya BDK'nun genel olarak sorumluluklarını düzenleyen bir standart bulunmamaktadır. Buna karşın standartlarda denetim faaliyetlerinin başından sonuna kadar ne şekilde gerçekleştirileceği düzenlenmiştir. Bu nedenle standartlara uygun olarak denetim faaliyetlerini yürütme yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği somut olaya göre belirlenmelidir. Somut olaydaki herhangi bir denetim standardına aykırılık hali denetim faaliyetlerinin standartlara uygun yürütülmediği sonucunu doğurur. Bu durum ise denetçinin sorumluluğunun kaynağını teşkil etmektedir. Denetim standartları içerisinde BDK'ya yönelik pek çok detay yükümlülük yüklenmiştir. Bunlara genel olarak standartlara uyum konusundaki yükümlülük olarak tanımlamak mümkündür. Denetlenen ortaklığın genel kuruluna katılmak³¹⁸, çalışma kâğıtlarını saklamak, denetlenen mali tabloların aynen ilan edilip edilmediğinin takibi, denetim sürecinde ortaklık yöneticileri ile görüşme yapma gibi yükümlülükler bu hususta örnek olarak verilebilir.

b) Bağımsız Denetim Sözleşmesi Yapma Yükümlülüğü

BDK'lar kanun uyarınca bağımsız denetimin zorunlu olduğu hallerde dahi re'sen harekete geçemezler ve ilgili ortaklık ile yazılı bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Bu yükümlülük aslında sözleşmenin iki tarafı için de öngörülen bir yükümlülüktür. Bağımsız denetim sözleşmesine ilişkin olarak çalışmamızın ikinci bölümünde ayrıntılı açıklamalara

³¹⁸ Mevzuatımızda herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte kanaatimizce BDK içerisindeki herhangi bir denetçinin değil ortaklığı denetleyen denetim ekibindeki bir denetçinin ortaklık genel kuruluna katılması gerekmektedir. Zira denetim raporları oldukça standart ve kısa bir metinden oluşmakta olup, genel kurul esnasında ortak ya da yöneticilerin denetim süreci ile ilgili ayrıntılı sorularında ancak denetimi fiilen gerçekleştiren denetçiler veya raporda imzası bulunan sorumlu ortak baş denetçi yanıtlayabilecektir.

yer verilmesi nedeniyle tekrardan kaçınmak amacıyla yukarıdaki açıklamalarımıza atıf yapmakla yetinmekteyiz.

c) Mesleki Yeterliliğe ve Organizasyona İlişkin Yükümlülük

SPKı ve TTK uyarınca yapılacak bağımsız denetim faaliyetlerinin yürütülebilmesi için BDK'ların öngörülen düzenlemeler çerçevesinde ve tipte kurulmaları, esas veya kayıtlı sermayelerini belirlemeleri gerekmektedir. Ayrıca, denetimi gerçekleştirecek denetçilerin eğitimi, gerekli olan tüm düzeydeki denetçileri çalıştıracak kapasitede olması gerekmektedir. Bu bakımdan mesleki yeterlilik ve organizasyonu oluşturma BDK'lar açısından bir yükümlülüğü ifade etmektedir.

BDK'ların mesleki yeterliliğine ilişkin olarak ise TTK ve SPKı düzenlemeleri ile denetim standartlarında ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 26/1-c uyarınca mesleki yeterliliğin bulunmadığı hallerde denetçinin bağımsız denetim sözleşmesini kabul etmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Şüphesiz ki, bu yükümlülük sadece BDK'lara değil bağımsız denetim faaliyetlerini gerçekleştirecek olan denetçilere de ilişkin bir yükümlülüktür.

TTK md. 400/1 uyarınca BDK'ların ortakları sadece yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavirler olabilmektedir. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 13/1-f uyarınca BDK'ların yetkilendirilebilemesi için denetçilerinin anılan Yönetmelik md. 14 uyarınca gerekli şartları taşıması gerekmektedir. Ayrıca aynı Yönetmelik md. 25/3 uyarınca BDK'lar denetçilerinin sürekli eğitim programlarını tamamlamalarını kontrol etmek durumundadır.

Mesleki yeterlilik, bağımsız denetim faaliyetinin niteliğini ve kalitesini etkileyen bir unsur olması nedeniyle önem arz etmektedir. Mesleki konulardaki yeterliliğin bulunmaması, bağımsız denetim faaliyetlerinin standartlara uygun olarak tamamlanmasını engeller ve BDK'nu tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya bırakabilecektir. AB'nin 8. Direktifi'nin 6-13 maddeleri bağımsız denetçinin sahip olması gereken mesleki yeterlilik konusunda ayrıntılı düzenlemeleri içermektedir. Buna göre bir kişi ancak belirtilen alanlardaki üniversite bölümlerinden mezun olduktan, bağımsız denetim konusundaki alacağı teorik ve pratik eğitimden ve öngörülen mesleki yeterlilik sınavından başarı olduktan sonra bağımsız denetim faaliyetini yürütebilecektir (Direktif md. 6). Direktif'in 8 nci maddesinde denetçinin geçmesi gereken teorik sınavda yer alması gereken alanlar dahi belirtilmiştir. Bu

alanlar ortaklıklar hukukundan risk yönetimine kadar geniş bir yelpazeyi içermektedir. Bu derece ayrıntıya ilişkin düzenlemenin Direktif içerisinde yer almasının nedeni, bağımsız denetimin ortaklıklar ve yatırımcılar bakımından taşıdığı önemdir. Bu nedenle denetçinin mesleki, teorik ve pratik niteliklerinin önemi büyüktür.

KGK Bağımsız Denetçilik Sınav Tebliği ve Bağımsız Denetçilik Uygulamalı Mesleki Eğitim Tebliği düzenlemelerinde de mesleki yeterlilik konusunda ayrıntılı düzenlemeler mevcut olup, denetçinin tam zamanlı ve sürekli olarak alanında sahip olduğu niteliği geliştirerek korumasının hedeflendiği görülmektedir.

ISA standartları içerisinde denetçinin sahip olması gereken mesleki yeterlilik konusunda açık bir düzenleme bulunmazken IFAC bünyesindeki IAESB tarafından yayınlanan standartlar (*IES- International Education Standard*) bu konudaki boşluğu doldurmaktadır. IAESB tarafından yayınlanan IES 8 standardı³¹⁹ denetçilerin eğitim, etik, davranış, yetenekleri gibi hususları ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Anılan Standardın 5 inci paragrafında da belirtildiği üzere denetim faaliyetlerinin kamu ve üçüncü kişileri de ilgilendirmesi nedeniyle bu hususta bir standardın IFAC üyelerince uygulanması hedeflenmiştir. AB üyesi ülkeler açısından denetçilerin sahip olması gereken mesleki yeterlilik konusunda bir uyum söz konusu değildir. Ancak bu standart ile bir uyumlaştırma sağlanmasının amaçlandığı görülmektedir³²⁰. IES 8/25 hükmünde IFAC'ın üye otoriteler tarafından bu standarda uyum ve bunun gözetimi konusundaki kabulü açıkça dile getirilmiştir. Bu kapsamda, ülkemiz açısından söz konusu standarda uyumun gözetilmesinin denetim standartlarının kalitesi ve uluslararası geçerliliğinin sağlanması amacıyla önem arz ettiği düşünülmektedir.

³¹⁹ Web: <http://www.ifac.org/sites/default/files/publications/files/ies-8-competence-requirem.pdf> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

³²⁰ AB tarafından bir kısım mesleklerin nitelikleri bakımından uyumlaştırılması konusunda bir Direktif hazırlanmaktadır. Bu konuda Green Paper yayınlanmıştır. Rapor metni için bkz. Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0367:FIN:en:PDF> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Hazırlanan taslak metin ile mesleki faaliyetlerini sürdüren denetçilere diğer üye ülkelerde de geçici hizmet sunabilmelerini teminen mesleki kimlik (*Professional card*) verilmesi öngörülmektedir. Söz konusu Green Paper'a yönelik IAESB tarafından hazırlanan görüş metninde denetim alanındaki eğitim ve uygulama konularında üye ülkeler açısından bir yeknesaklığın bulunmamasının yürütülen mesleki faaliyetin nitelikleri bakımından uygun olmadığı dile getirilmiştir. Söz konusu görüşün metni için bkz. Web: http://www.ifac.org/sites/default/files/publications/files/IAESB%20Response-%20EC%20Green%20Paper_%20Modernizing%20Professional%20Qualifications%20Directive_September%202011-Final.pdf adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

d) Etik kurallar ve kalite kontrol düzenlemelerine uyma yükümlülüğü

Bağımsız denetim alanında belirlenen etik ve kalite kontrol konusundaki kurallar aslında denetim standartlarının bir parçasıdır. Bu nedenle de bağımsız denetimin standartlara uygun olarak yürütülmesi ve tamamlanması bakımından söz konusu standartlara uyum diğer standartlara uyum ile eşit düzeyde önemlidir. Ancak bu standartların denetim faaliyetlerinin teknik içeriklerine nazaran daha soyut ve kapsamlı olmaları ayrı bir yükümlülük olarak değerlendirilmesini gerektirmiştir.

IFAC tarafından yayınlanan denetim standartları içerisinde yer alan ISQC 1 standardı ve ISA 210 standardı bağımsız denetimdeki kalite kontrol konusunu düzenlerken, IFAC bünyesindeki IESBA tarafından yayınlanan etik standartlar (*Code of Ethics*) ISA 200/14 ve A14 düzenlemeleri ile standartların bir parçası haline gelmiştir. Aynı sonuç KSS 1, BDS 200/14 ve 210 uyarınca ülkemiz bakımından da geçerlidir. KGK tarafından çalışmamız tarihi itibarıyla etik kurallar taslak halinde yayınlanmıştır. Ayrıca SPKı Faaliyet Tebliği Taslağı md. 12-20 hükümlerinde genel itibarıyla bir takım etik ilkelerden bahsedilmektedir. Benzer bir düzenleme KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 21 hükmünde de yer almakta olup, belirtilen bir takım etik kuralların ayrıntılarının KGK tarafından yayınlanacağı ifade edilmiştir.

Söz konusu etik standartlar içerisinde bağımsızlık, çıkar çatışmaları, sır saklama, objektiflik ve tarafsızlık, hediye alımı gibi pek çok husus düzenlenmiştir. Bunlardan bağımsızlık ve sır saklamaya ilişkin yükümlülükler önemlerine binaen ayrı birer başlık halinde ele alınmışlardır. Etik standartlarına aykırı gerçekleştirilmiş bir denetim faaliyeti SPKı Faaliyet Tebliği Taslağı md. 28/1 uyarınca hiç yapılmamış addedilir ve diğer koşulların olması halinde tazminat sorumluluğunu doğurabilir.

Ülkemiz bakımından da 3568 sayılı Kanunun 50 nci maddesi uyarınca TÜRMOB tarafından yayınlanan Etik Yönetmeliği bu konudaki diğer bir temel düzenlemeyi ifade etmekte olup, IESBA tarafından yayınlanan etik standartlar ile paralel hükümler içermektedir.

BDK ve denetçi düzeylerindeki bağımsız denetimin kalite kontrolünü hedefleyen ISQC-KKS 1 ve ISA-BDS 210 standartları bağımsız denetim kuruluşlarının denetim faaliyetlerine uyum konusundaki kalite kontrol sistemini oluşturmaları ve etkin bir şekilde bunun gözetilmesini öngörmektedir. Keza denetim faaliyetini fiilen yürüten denetçinin de

yapılan faaliyetinin kalitesini ve yetkinliğini sağlanması öngörülmüştür. Bunun amacı yapılan denetim faaliyetlerinin şeklen değil içerik ve esas bakımından da denetim standartlarına uyumunun sağlanmasıdır.

e) Makul güvence, mesleki şüphe, denetim riski ile önemlilik konularındaki yükümlülük

Bağımsız denetim faaliyeti tam ve kesin bir netlikte doğruluk içeren sonuca yönelmez. Üçüncü bir kişinin hazırladığı finansal tabloların doğruluğunu kesin olarak söylemek mümkün değildir. Bağımsız denetim faaliyetinin sonucu makul bir güvence sağlamaktadır. Bu durum BDK bakımından bir yükümlülüğü de beraberinde getirmektedir. Denetçi, raporunda açıkladığı sonucunu gösterir yeterli denetim kanıtı toplamalıdır. Denetçi karşılaştığı belirsizliği olabildiğince aza indirmekle yükümlüdür.

Bağımsız denetim faaliyetinin kesin bir netlik içermemesi nedeniyle denetim sonucunun makul bir güvence sağladığı kabul edilmektedir. ISA 200/13-(m) – BDS 200/13-(e) standardında makul güvence, finansal tabloların denetimi çerçevesinde, yüksek ancak mutlak olmayan güvence seviyesi olarak tanımlanmaktadır. Makul güvence, denetlenen finansal tabloların önemli bir yanlışlık içermediğine dair yeterli denetim kanıtının toplanmasıdır. Bağımsız denetçi makul güvence sağlayacak düzeyde denetim kanıtını toplamalıdır. Bağımsız denetim kanıtı, bağımsız denetçinin görüşünü dayandırdığı sonuçlara ulaşmak için kullandığı bütün bilgilerdir. Bağımsız denetim kanıtının yeterli sayıda ve uygunlukta olması beklenmektedir.

BDK ve özelde bağımsız denetçi denetim faaliyetlerini yürütürken mesleki bir şüphe ile davranmalıdır. SPK'r Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 12 uyarınca mesleki şüphencilik, denetlenen finansal tabloların denetlenen ortaklığın gerçek finansal durumunu göstermeyecek şekilde önemli yanlışlıklar içerebileceğinin göz önünde bulundurularak sorgulayıcı bir yaklaşımla denetim faaliyetlerinin yürütülmesini ve denetim kanıtlarının değerlendirilmesini gerektirmektedir. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliğı md. 5/3 ve 9/2 hükümlerinde de denetimin mesleki şüphencilik çerçevesinde yapılması öngörülmüş olup, tanımı yapılmamıştır. Bu kavram ISA 200/13-(l) – BDS 200/13-(g) hükmünde sorgulayıcı olmayı, hata ya da hile nedeniyle finansal tablolarda bir uygunsuzluğun olabileceğı hallerin varlığı hususunda dikkatli olmayı ve denetim kanıtlarını değerlendirmedeki hassasiyeti içeren davranış olarak tanımlanmaktadır. BDS-ISA 200/15 standardı ile KGK Bağımsız

Denetim Yönetmeliği md. 9/2 hükmünde de denetçinin denetim planını ve faaliyetlerini bu şüphe çerçevesinde belirlemesi ve yürütmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mesleki şüpheyne ilişkin yükümlölük bağımsız denetçiye ve BDK'ya sorumluluk sınırlarının genişlemesi olarak yansımaktadır. Diğer bir ifade ile denetçi bakımından, gerçekleştirdiği fiili denetim faaliyeti sınırlarınca değil makul şüphe içerisinde kalabildiği alana kadar sorumluluk söz konusu olabilecektir.

Mesleki şüphenin bir fonksiyonu olan denetim riskinden kaynaklı olarak da bağımsız denetçinin bir takım yükümlölükleri bulunmaktadır. Bağımsız denetim riski, denetim sonucunun hatalı olma riskidir. Denetlenen ortaklığın karşılaştığı ticari risklerin saptanması ve bunların finansal tablolara yansıtıldığıının tespiti denetçinin sorumluluğundadır. Bağımsız denetçi bu riski her türlü bağımsız denetim tekniklerini kullanmak suretiyle azaltmak ya da makul bir seviyeye indirmek zorundadır. BDS-ISA 200/13-(c) hükmünde denetim riski kavramı, finansal tabloların içerdiği yanlışlıklar nedeniyle denetçinin yanlış görüş verme riski olarak tanımlanmıştır. Keza BDS-ISA 200/17 hükmünde de denetçinin denetim riskini azaltmak amacıyla yeterli denetim kanıtı toplaması gerektiği ifade edilmiştir.

Bu kapsamda değerlendirilmesi gereken bir diğer kavram ise denetimde önemliliktir. Denetçinin tüm finansal tablolara yansıyan unsurlar üzerinde denetim faaliyetlerini ve tekniklerini uygulaması gerekmemektedir. Zira denetim makul bir güvence içermektedir ve denetim riski finansal tabloların kullanıcıları açısından değerlendirilmesi gereken bir unsurdur. Bu çerçevede, denetçi denetim faaliyetlerinde karşılaştığı usulsüzlüklerde bu usulsüzlüğün finansal tabloda yatırımcı kararını etkileyebilecek düzeyde bir değişikliğe neden olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Bu noktada tespit edilen hususun önemli olarak değerlendirilmesi halinde, denetçinin denetim raporunu olumsuz görüş ile sonlandırması muhtemeldir. Denetçinin sorumluluğu önemli olan yanlışlıklara ilişkidir. Önemli olmayan bir husustan kaynaklı olarak denetçinin sorumluluğuna gidilemez. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise denetçinin tespit ettiği birbirinden farklı önemsiz yanlışlıkların, bir bütün halinde finansal tablo üzerinde bir önem arz edip etmediğidir. Münferit olarak önemsiz addedilen yanlışlıklar, bir bütün halinde finansal tablo üzerinde önemli bir etki yaratabilir. ISA 200/6 düzenlemesinde “*materiality*” olarak ifade edilen önemlilik kavramı, finansal tablonun kullanıcılarının ekonomik kararlarında bir etki yapması beklentisinin makul olabileceği hallerdeki yanlışlıklar, eksiklikler, hata yahut hile gibi usulsüzlükleri ifade etmektedir. Bu usulsüzlüklerin tek başlarına münferit ya da birlikte kümülatif olarak etkilerine dikkat edilmelidir.

f) Reklam yasağına ve haksız rekabete ilişkin yükümlülük

SPK'r Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 17/1 uyarınca bağımsız denetim kuruluşlarının iş elde etmek amacıyla reklam yapmamaları gerekmektedir. 3568 sayılı Kanun md. 56/5 hükmünde de bu husus aynen ifade edilmiştir. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliğı md. 23 hükmünde de denetçilerin reklam yasağına ilişkin daha ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Keza, Bağımsız denetçilerin meslek kuruluşu olan TÜRMOB tarafından çıkarılan Serbest Muhasebecilik, Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Mesleklerine İlişkin Haksız Rekabet ve Reklam Yasağı Yönetmeliğı³²¹ içerisinde de denetim kuruluşlarının belirlenen sınırlar haricinde reklam yasağı detaylı bir şekilde ifade edilmiştir.

Bu yasağın getirilmesindeki amaç, meslek mensuplarının etik davranma yükümlülüklerinin bir uzantısı olarak bağımsızlıklarını korumak ve yapılan denetim faaliyetinin kalitesinden ödün verilmemesi amacıyla reklam faaliyetleri ile iş alma konusunda çaba içerisinde girilmesini önlemektir. ISA içerisinde reklam yasağını içeren açık bir düzenleme yer almazken, standartların bir parçası olan Etik Kurallar'ın 250 nci bölümü reklam dâhil denetçinin tüm pazarlama ve kendisi ile imkânlarını sunmasına yönelik hareketlerinin temel etik prensiplerine aykırı olmaması gerektiğini ifade etmiştir.

Hukukumuzda rekabet etme konusunda bir yasak bulunmamaktadır. BDK'lar da kendi aralarında mevzuatın izin verdiği sınırlar dâhilinde rekabet edebilirler. Ancak rekabetin haksız olarak yürütülmesi halinde TTK hükümleri genel hükümler olarak uygulama alanı bulabilecektir. Öte yandan, TÜRMOB tarafından çıkarılan Haksız Rekabet ve Reklam Yasağı Yönetmeliğı içerisinde de haksız rekabetin yasak olduğuna ve hangi hallerin haksız rekabet sayılacağına ilişkin ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Ayrıca BDK'lar arasındaki rekabeti bozucu anlaşma, uygulama yahut kararlarının varlığı halinde de 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun³²² hükümleri uygulama alanı bulabilecektir³²³. Haksız rekabetin reklam aracılığı ile yapılması da mümkün olup, anılan Yönetmeliğın 8 nci maddesi uyarınca yasaklanmıştır. SPK'r Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 19 ve KGK Bağımsız

³²¹ 21.11.2007 tarih ve 26707 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

³²² 9.12.1994 tarih ve 22140 sayılı RG'de yayınlanmıştır.

³²³ İngiltere'de 2011 yılında dört büyük denetim firmasının (PwC, Deloitte, KPMG ve Ernst & Young) Londra Borsasındaki piyasa değeri en yüksek 100 şirketinden (FTSE 100) 99'unun; 250 en yüksek değerli şirketinden (FTSE 250) ise 240'ının denetimini uzun yıllardır yapıyor olması hususunda FRC (*Financial Reporting Council*) ve tüketicilerin korunması hususunda mesleki bir bağımsız kuruluş olan OFT (*Office of Fair Trading*) tarafından haksız rekabet olabileceğı şüphesi ile inceleme başlatılmıştır.

Denetim Yönetmeliği md. 24 hükmünde de denetçi ve BDK'ların meslek mensuplarına zarar verecek şekilde haksız rekabette bulunacak şekilde faaliyette bulunamayacaklarını, KGK izninin olduğu haller hariç olmak üzere bir denetçinin başka bir denetçi ile hizmet ilişkisi devam eden ortaklıkta aynı dönem için denetim hizmeti vermeyeceği düzenlenmiştir. Haksız rekabet uygulamalarının BDK'lar arasında gerçekleşmesi mümkün olduğu gibi BDK ile müşterileri arasında da gerçekleşmesi mümkündür.

g) Sır Saklama Yükümlülüğü

(1) Genel Olarak

Bağımsız denetim faaliyeti, özünde denetlenen ortaklığın finansal tabloları üzerinde yapılmaktadır. Bununla birlikte, bağımsız denetçi tarafından sözleşmenin kurulmasından önce BDK tarafından sektörel ve ortaklık bazında yapılacak araştırma da elde edilen bilgiler/sırlar³²⁴ ile denetim sürecinde ticari sır³²⁵ niteliğindeki bilgiler elde edilmektedir. Denetçilerin denetlenen ortaklığa dair denetim faaliyetleri kapsamında her türlü bilgi ve belgeyi talep edebilmeleri TTK md. 401/2 ve SPK'r Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 24/1-c hükmünde de açıkça ifade edilmiştir. Söz konusu bilgilerin denetçi tarafından elde edilecek olmasına karşılık olarak denetçi ve BDK bakımından öğrendikleri bu bilgileri saklamaları yükümlülüğü öngörülmüştür.

Bir bilginin sır olarak nitelendirilebilmesi için öncelikle sırrın gerçek olması gerekmektedir. Ayrıca bir bilginin herkesçe bilinmemesi halinde sırdan söz edilebilecektir. Bilginin kaynağını teşkil eden sır sahibi tarafından bu bilginin herkesçe bilinmemesi

³²⁴ Doktrinde "sır" kavramı meslek sırrı, ortaklık sırrı, banka sırrı vb. şekillerde çeşitli alt bölümlere ayrılmıştır. Denetçinin saklamakla yükümlü olduğu sır, mesleki sır olarak tanımlanmıştır. Ancak denetçinin saklamakla yükümlü olduğu sırların geniş olarak ortaklık sırları içerisinde yer alması gerektiği ileri sürülmüştür. Aytaç, Z. (1979). Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü, *BATİDER*, C. X, S.1, s. 188. Yazar tarafından mesleki sır, bir mesleğin icrası sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylar olarak tanımlanırken; ortaklık sırrı ise iş ve işletme sırları ile ticari sırlardan oluştuğu ifade edilmiştir. Buna binaen denetçinin mesleki olarak elde ettiği sırların denetlenen ortaklık bakımından ticari sır olduğu şüphesizdir. Bu nedenle sır olan bilgi denetçiler açısından mesleki sır, ortaklık bakımından ise ticari sır niteliğini haizdir.

³²⁵ Ticari sır konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, H. (2007). *Sermaye Piyasası Hukuku Açısından Ticari Sırlar*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara. Doktrinindeki bir görüşe göre ticari sır "bir ticari işletme ve şirketin faal olduğu alanla ilgili olarak belli sayıdaki mensuplarınca bilinen, rakiplerince bilinmemesi gereken ve üçüncü kişilere (kamuya) açıklanmaması gereken, işletmenin başarısı için gerekli olan bilgi"dir. Turanboy, A. (2006). Ticari Sır, *Prof. Dr. Tuğrul ANSAY'a Armağan*, Ankara, s. 368. Ayrıca tanım için bkz. Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı md. 2/1-a.

Web: http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=95751 adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

yönünde iradesinin olması gerekmektedir. Son olarak ise bilginin sır olarak saklanması sır sahibinin menfaatinin olması gerekmektedir³²⁶.

Denetçinin elde edeceği bilginin müşterisi olan denetlenen ortaklık yahut onunla ilişki içerisinde olan üçüncü kişiler bakımından sır teşkil etmesi mümkündür. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğünün ihlali hem denetlenen ortaklığa hem de ilgili üçüncü kişilere karşı sorumluluk doğuracak niteliktedir. Ancak TTK md. 404/1 hükmü bu üçüncü kişileri denetlenen ortaklığın “bağlı şirketleri³²⁷” ile sınırlandırmıştır.

Sır saklama yükümlülüğü kanundan, sözleşmeden ya da kişilik haklarının korunması yükümlülüğünden kaynaklanabilmektedir³²⁸. TTK md. 404/4 hükmü uyarınca denetçilerin sır saklama yükümlülükleri sözleşme ile kaldırılamayacağı gibi sınırlandırılmaz. Buna göre de sır saklama yükümlülüğünün kapsamı diğer düzenlemeler yahut sözleşme ile genişletilebilecektir.

TTK md. 404 hükmü lafzı itibariyle denetçinin sır saklamaya ilişkin yükümlülüğünü düzenlemektedir. SPKı Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 18 hükmünde de denetçinin sır saklama yükümlülüğü düzenlenmiştir. TÜRMOB Etik Yönetmeliği md. 12-15 ve KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 21/1-ç hükümlerinde sır saklama yükümlülüğünü etik ilkeler bağlamında ele alınmıştır. Denetçi, denetim faaliyetlerini yürütürken elde ettiği bilgilerin gizliliğine riayet etmek; söz konusu bilgilerin açıklanması için yasal veya mesleki bir hak veya görevin bulunması durumu saklı olmak kaydıyla, uygun ve belirli bir yetki olmaksızın bu tür bilgileri üçüncü kişilere açıklamamak ve kendisi veya üçüncü kişilerin çıkarlarına kullanmamak zorundadır.

Bu yükümlülük, denetçinin denetlenen ortaklığa ait tüm bilgi ve belgelerini elde edebilme hakkının karşılığında düzenlenen bir yükümlülüktür. Buna karşın ortakların TTK ve SPKn çerçevesinde bilgi alma ve edinme hakkı bulunmaktadır.

³²⁶ Aytaç, *Sır Saklama Yükümlülüğü*, s. 184.

³²⁷ Bağlı şirket kavramı, TTK md. 195/1 hükmünde hâkimiyet ilişkisi bağlamında hâkim şirketin karşılığı olarak tanımlanmaktadır.

³²⁸ Köksal, s. 334-335.

Bilgi alma hakkının³²⁹ niteliği konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmamakla³³⁰ birlikte pay sahibi tarafından vazgeçilemez ve daraltılamayan bir hak niteliğindedir (TTK md. 437/6). Bilgi alma hakkı kapsamında, TTK md. 437/2 hükmü uyarınca pay sahiplerinin genel kurulda denetçilerden denetim yapılma şekli ve sonucu hakkında bilgi isteme hakkı bulunmaktadır. Burada pay sahibinin denetçiden bilgi talep etmesinin nedeni denetim raporu ile tatmin olmaması nedeniyle bir kısım kapalı hususların aydınlatılmasının sağlanmasıdır. Bu anlamda denetçiler bilgi verme yükümlüsüdür³³¹. Zira denetçilerin, pay sahiplerinin bilgi alma haklarını kullanması sonucunda yapacakları açıklamalar denetçinin sunduğu denetim raporu ile sınırlı değildir³³². Ancak bilgi alma hakkı sınırsız değildir. Anonim ortaklıklarda pay sahibinin ortaklığa karşı bir sadakat borcu bulunmadığı gibi ortak ile ortaklık arasında bir rekabet etme yasağı da bulunmamaktadır³³³. TTK md. 437/3 hükmünün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere genel kurula katılan pay sahiplerinin tamamı iyiniyetli ve sağduyulu ortaklar değildir. Bu doğrultuda anonim ortaklıklarda pay sahibinin bilgi alma hakkı bazı bakımlardan sınırlandırılmıştır. Bunların başında ise ortaklık sırları ile korunması gereken ortaklık menfaatleri gelmektedir. TTK md. 437/3 uyarınca bu hallerde bilgi alma hakkının reddedilebileceği ifade edilmiştir. İşte bu gibi hallerde denetçinin de bilgi verme yükümlülüğü olmayıp, sır saklama yükümlülüğünü koruması gerekmektedir. Bu haller içerisinde yer almayan bir hususun sır saklama yükümlülüğü ileri sürülmek suretiyle reddedilmesi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Bu durumda da pay sahibi TTK md. 437/5 hükmüne uygun olarak Mahkemeden bilgi alma hakkının kullandırılmasını ve cevaplandırılmasını talep edebilecektir.

Bu çerçevede, pay sahibinin bilgi alma hakkı ile denetçinin sır saklama yükümlülüğü, birbirilerini “ortaklık sırrı ve korunması gereken ortaklık menfaatleri” noktasında

³²⁹ Bilgi alma hakkı konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. Kaya, A. (2001). *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Ankara., Kılıç, S. (2007). *Halka Açık Anonim Şirketlerde Bilgi Alma Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara., Ocak, N. (2001). *Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma, İnceleme ve Denetleme Hakkı*, Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan, İstanbul 2001, C. I, s. 710 vd.

³³⁰ Tekinalp, Poroy, Çamoğlu, No. 1007., Kaya, s. 83., Ocak, s. 718.

³³¹ Kaya, s. 176.

³³² Kaya, s. 170. Yazar her ne kadar eski TTK dönemindeki ortaklık içerisindeki denetim organının açıklama yapmasından bahsetmekte ise de bilgi alma hakkının niteliği gereği bağımsız denetçi hususunda da aynı sonuca varılabileceği kanaatindeyiz. Kaldı ki, TTK md. 437 hükmünün gerekçesinde bilgi alma hakkının genel kurul gündemi ile sınırlı olmadığı, denetim yapılma şekli kavramı ile anlatılmak istenilen hususun denetime dair her türlü hususu kapsadığı, denetim sonuçları hakkındaki bilgi talebinin ise rakamların ve rapordaki ifadelerin yorumunun kastedildiği ifade edilmiştir. Bu anlamda, denetçinin vereceği bilgi, sadece sunduğu rapordaki ifadeler ile sınırlı olmayıp, tüm denetim aşamaları ile denetim sonuçlarının yorumlarını içermektedir.

³³³ Böyle bir yasak İsviçre ve Alman hukuklarında da bulunmamaktadır. Kaya, s. 257, dn. 239. Bu konudaki bir çalışma için bkz. Even, N. (1963). *Anonim Şirketlerde Hissedarlara Mütteallik Rekabet Yasağı ve Sır Saklama Mükellefiyeti*, BATİDER, C.2, S. 2, s. 254-263.

dengeleyen birer hak ve yükümlülük olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu hususlar ise kanunda açık bir şekilde tanımlanmış olmayıp, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gereken hallerdir. Bu konudaki menfaatler dengesi hâkim tarafından somut olay bazında çözümlenecektir. Bu noktada, bilgi alma hakkının haksız reddine dair İsviçre Mahkemelerinin bilgi alma hakkına ilişkin kararlarının incelenmesi neticesinde WALTHER tarafından yapılan kıstaslardan yararlanılması mümkündür. Buna göre, (a) bilgi vermeden kaçınma sadece ortaklık menfaatinin bulunduğu hallerde kabul edilebilir. (b) Bilgi verilmesinin sınırları özellikle ortaklığın ekonomik ve hukuki yapısı ile bilgi alma talebinde bulunulan döneme göre belirlenir. (c) Sır saklamaya ilişkin menfaat ortaklık açısından açık ve somut bir şekilde haklı ve maddi anlamda bir temele sahip olmalıdır. (d) Bilgi alma hakkı keyfi olarak reddedilmemeli, red ciddi olarak gerekçelendirilmelidir. (e) Ortaklık bilgi açıklamak suretiyle zarara uğratılamaz. (f) Bilgi vermekten kaçınma hali yönetime asla gerçek olmayan bir hususu söyleme hakkı vermez³³⁴.

Sonuç olarak, sır saklama yükümlülüğü ile bilgi alma hakkının karşılaştığı bir halde menfaatler dengesi somut olayın koşullarına göre belirtilen kıstaslar da dikkate alınmak suretiyle çözümlenecektir. Bu kapsamda, denetçiler sır saklama yükümlülüklerini ileri sürerek bilgi vermekten kaçınabilecektir. Şüphesiz ki, denetçinin bilgi vermekten kaçındığı bir hususun ortaklık yöneticileri tarafından açıklanmasında bir engel de bulunmamaktadır.

(2) TTK Bakımından Sır Saklama Yükümlülüğü

6335 sayılı yasa ile değişik TTK md. 404/1 uyarınca denetçi ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapılmasına yardımcı olan temsilcileri, eğer denetimi BDK gerçekleştiriyor ise BDK yönetim kurulu, yönetim kurulu üyeleri ve çalışanları denetim faaliyetleri sırasında denetleme ile ilgili olan iş ve işletme sırlarını izinsiz olarak kullanamazlar³³⁵. Sorumluluğun doğması için öğrenilen bilginin kullanılması gerekmektedir. Kullanma ile ifade edilmek istenen bilginin üçüncü bir kişiye aktarılmasıdır. Bilginin kullanılması sonucu bir yarar yahut menfaat elde edilmesi sorumluluğun şartı

³³⁴ Kaya, s. 275-276.

³³⁵ TTK 404 hükmünün başlığı her ne kadar “Denetçilerin Sır Saklamadan Doğan Sorumluluğu” olarak belirtilmiş ise de hükmün içeriğinde sır saklama yükümlülüğü yanında “denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapma” yükümlülüğü de düzenlenmiştir. Bu konudaki değerlendirmelerimiz ve eleştirilerimiz için bkz. aşağıda V/A/2/c/(3)/i.

değildir. Bağlı ortaklık ise ancak kendi zararı için dava açabilecek olup, hâkim şirketin zararı için bağlı şirket tazminat talep edemeyecektir³³⁶.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlali kasten ya da ihmal sonucu meydana gelebilmektedir. TTK md. 404/2 hükmünde sır saklama yükümlülüğünün ihmal ile ihlal edilmesi halinde tazmini gereken sorumluluğun miktarı sınırlandırılmıştır. Kasten yapılan ihlallerde ise sorumluluğun miktarında bir sınırlama bulunmamaktadır.

Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi aynı zamanda cezai yaptırım gereken bir suç da teşkil edebilecektir. Hükmün son fıkrası cezai sorumluluğun saklı tutulduğunu ifade emektedir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde meydana gelebilecek ilk cezai sorumluluk hali SPKn md. 106 hükmündeki bilgi suiistimali (içeriden öğrenenlerin ticareti) suçudur³³⁷. Bu hükümlerdeki suçun oluşması için kullanılan bilgi aracılığı ile bir menfaat elde edilmesi şartı bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde meydana gelebilecek ikinci olasılık ise TCK md. 239 hükmünde düzenlenen ticari sır niteliğindeki bilgi ve belgelerin açıklanması suçudur. Sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle doğan hukuki sorumluluk denetim raporu tarihinden itibaren beş yıl sonra zamanaşımına uğrar. Ceza sorumluluğuna dair zamanaşımının daha fazla olması halinde bu zamanaşımı süresi hukuki sorumluluk için de uygulanır (TTK md. 404/5).

TTK md. 404/1 hükmünde “denetimle ilgili olan iş ve işletme sırları”nın izinsiz kullanılması yasaklanmıştır. Oysaki denetçi denetim faaliyetleri sürecinde denetimle ilgili olmayan pek çok bilgiyi de öğrenmektedir. Örneğin, denetlenen ortaklığın pazarlama stratejilerine yahut bulunduğu piyasadaki rekabet gücüne ilişkin ortaklığın yöneticileri ile olan görüşmesi sonucu elde ettiği bilginin de sır kapsamında olması gerekmektedir. Ancak TTK’nun açık hükmü uyarınca sadece denetim ile ilgili bilgiler sır olarak saklanmak durumundadır. Bu husus sır saklama yükümlülüğünün sınırlarını oldukça sınırlandırmaktadır.

Benzer şekilde TTK’da sır saklama yükümlülüğünün ihlal edenler olarak sadece belirlenen kişileri göstermekte ve onların da kullanma ile sorumluluklarının doğacağını ifade edilmiştir. Buradaki “kullanma” ifadesinin edinilen bilginin başkasına aktarımı olarak

³³⁶ Bu sonuç TTK md. 555 hükmüne de uygundur. Zira bu hükümde şirketin zararı için şirketin kendisinin yanında sadece pay sahibinin dava açma hakkı bulunmaktadır. Pay sahibi dışındaki kişilere dava açma hakkı tanınmamıştır.

³³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Turanboy, *Insider Muameleleri*, Ankara 1990.

anlaşılması gerektiği hükmün ikinci fıkrasının gerekçesinde belirtilmiştir. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğünün ihlali için hükümde belirtilen kişilerin bilgiyi bizzat kullanmaları gerekmektedir. Ancak bu kişiler dışında üçüncü kişilerin söz konusu bilgiyi kullanmaları ihtimaline ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu husus hükmün ciddi bir açıklığı olarak görülmektedir³³⁸. Kanaatimizce sır saklama yükümlülüğüne ilişkin TTK md. 404 hükmündeki anılan eksiklikler hükmün işlerliğini önemli ölçüde etkisiz bırakmakta olup, hükmün kapsamını genişletecek şekilde yeniden kaleme alınması gerekmektedir.

(3) SPKr Düzenlemeleri Bakımından Sır Saklama Yükümlülüğü

SPKr Faaliyet Tebliği Taslağı md. 18 bağımsız denetçilerin sır saklama yükümlülüğünü düzenlemiştir. Hükme göre BDK'nun yöneticileri, denetçileri ve diğer çalışanları ile BDK'ya dışarıdan hizmet verenler işleri dolayısıyla elde ettikleri sırları açıklayamazlar ve bu sırları kendileri veya üçüncü kişilerin menfaatine kullanamazlar.

SPKr Tebliğ Taslağında yer alan bu düzenleme TTK md. 404 hükmünde yer alan düzenlemeden sır saklama yükümlülüğünün kapsamı bakımından daha geniştir. Şöyle ki, TTK uyarınca sadece sorumluluğu belirlenen kişilerin sır teşkil eden bilgiyi kullanmaları diğer bir ifade ile üçüncü bir kişiye aktarmaları hali düzenlenmiş olup, bu kişilerin menfaat elde edip etmemelerine bakılmaksızın sorumlu olacakları düzenlenmiştir. SPKr Tebliği'nde yer alan düzenleme uyarınca ise sorumluluğu olan kişilerin sır teşkil eden bilgiyi kullanmaksızın, TTK'daki ifadesi ile üçüncü bir kişiye aktarmaksızın, üçüncü kişiler lehine menfaat elde edecek şekilde kullanmaları da yasaklanmıştır. Ayrıca Tebliğ'deki düzenleme sır saklama yükümlülüğünün kapsamını denetim faaliyeti ile elde edilen tüm bilgileri içerecek şekilde düzenleyerek, TTK'daki denetimle ilgili iş ve işlemler dolayısıyla elde edilmiş bilgiler ile sınırlandırmamıştır. Kanaatimizce, anılan SPKr Tebliği'ndeki düzenleme TTK'dan geniş olup, ona aykırılık teşkil etmediğinden uygulamasını korumaktadır.

SPKr Tebliğ Taslağında yer alan düzenlemenin ikinci fıkrasında sır kapsamında olmayan haller ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre bağımsız denetim standartları ile meslek etiği uyarınca açıklanması gereken haller ile kamunun aydınlatılmasına dair düzenlemeler uyarınca yapılan duyurular sır saklama yükümlülüğü kapsamına girmezler. Bu hükümde yer alan haller aslında başka bir düzenleme uyarınca açıklanması gereken ya da beklenen hallerdir. Bu hallerin varlığında ticari ya da mesleki bir sır kapsamından söz

³³⁸ Ulusoy, *Bağımsız Dış Denetim*, s. 174.

edilemeyeceğinden saklamakla yükümlü olunacak bir durum da söz konusu olmamaktadır. Keza hükmün üçüncü fıkrasında yer alan ve idari yahut yargısal bir yetki çerçevesinde talep edilen bilgilerin sır saklama yükümlülüğü içerisinde yer almayacağı ifade edilmiştir.

SPKn md. 64 hükmü uyarınca yatırım kuruluşları ve kollektif yatırım kuruluşlarının³³⁹ finansal tablolarının denetimini yapan denetçi, bu kuruluşlar ile bunlarla sermaye ve yönetim açısından ilişkili olan kuruluşlardan (bağlı ortaklık dâhil) biri nezdinde faaliyetlerini devam ettirirken (a) SPKn ve ilgili mevzuattaki yetkilendirme ve faaliyet şartlarına ilişkin hükümlerini ihlal eden, (b) şirketin faaliyetlerinin sürekli ve düzenli bir şekilde yürütülmesini engelleyebilecek, (c) olumsuz görüş veya görüş bildirmekten kaçınma gerektiren her türlü durumu Kurula bildirmekle yükümlüdürler. İşte bağımsız denetçilerin bu kapsamda yer alan ve sır olarak nitelendirilebilecek bir bilgiyi Kurula bildirmeleri SPKn md. 64/2 hükmü uyarınca sır saklama yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirmek mümkün değildir.

(4) KGK ve Etik Yönetmeliği Bakımından Sır Saklama Yükümlülüğü

KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği, md. 21/1-ç hükmünde denetçilerin sır saklama yükümlülüğünü bir mesleki etik ilkesi olarak değerlendirmiştir³⁴⁰. Bu doğru bir yaklaşım olmakla birlikte, söz konusu yönetmelik içerisinde bu ilkeye ilişkin ayrıntılı bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle bu başlık altında TÜRMOB Etik Yönetmeliği ile birlikte değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Denetçilerin meslek birliği olan TÜRMOB tarafından çıkarılan Etik Yönetmeliği'nin ekinde yer alan Etik İlkelerin 12-15 nci maddelerinde meslek mensubu olan denetçilerin uymakla yükümlü oldukları gizlilik hükümleri uyarınca denetçilere müşterileri ile ilgili olarak öğrendikleri bilgileri koruma yükümlülüğü getirilmiştir. Bu çerçevede, denetçi yasal ya da mesleki bir zorunluluk veya müşterisinin izni olmaksızın mesleki ilişkisi sonucu elde ettiği bilgileri başkasına açıklamamakla yükümlü olup, bu bilgiyi kendisi veya üçüncü kişiler yarar ve çıkarına kullanmaması ya da kullanıyor izlenimi bırakmaması gerekmektedir. Bu düzenleme ile getirilen yükümlülük TTK ile getirilen prensipten geniş olup, SPK'r Faaliyet Tebliğ Taslağındaki hükme yakındır. Bu hükümde de saklanacak bilgi, denetim ile ilgili

³³⁹ Yatırım kuruluşları SPKn md. 3/1-v uyarınca aracı kurumlar, bankalar ve yatırım hizmeti ve faaliyetinde bulunmak üzere kuruluş ve faaliyet esasları Kurulca belirlenen diğer sermaye piyasası kurumlarını; kollektif yatırım kuruluşları ise SPKn md. 3/1-m uyarınca yatırım ortaklıkları ile yatırım fonlarını ifade etmektedir.

³⁴⁰ Taslak KGK Bağımsız Denetçiler İçin Etik Kuralları'nın 140 nolu bölümü sır saklama (gizlilik) hususunu ayrıntılı olarak düzenlemektedir.

olarak elde edilebilecek bilgi ile sınırlandırılmamış ve mesleki faaliyet çerçevesinde elde edilmesi yeterli görülmüştür. Keza sır saklama yükümlülüğünün ihlali elde edilen bilgiyi aktarma şeklinde olabileceği gibi kendi ya da başkası çıkarına kullanılması halinde de olabilecektir. Ayrıca sır saklama yükümlülüğü denetlenen ortaklık ile iş ilişkisinin sona ermesinden sonra da devam etmektedir. Söz konusu sürenin ne kadar olduğu açıkça düzenlenmemiştir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin bir haksız fiil teşkil edeceği dikkate alındığında haksız fiiller için öngörülen zamanaşımı süresinin bu konuda da geçerli olabileceği düşünülebilir. Ancak ortaklığın söz konusu süreden sonra da elde edilen bilginin gizli kalmasında korunacak bir menfaatinin olması mümkündür. Bu nedenle müşterisinin menfaatinin devam ettiği süre boyunca denetçinin sır saklama yükümlülüğü bulunduğu kanaatindeyiz.

Etik İlkelerin 14 üncü maddesinde sır saklama yükümlülüğünü ihlali sayılmayan haller sayılmıştır. Söz konusu haller SPK'r Faaliyet Tebliğ Taslağındaki ilgili hükümden daha ayrıntılı olmak ile birlikte, söz konusu hükme benzer şekilde müşteri izni yahut kanun veya meslek kuralları çerçevesinde elde edilen bilginin açıklanması gerektiği hallerde sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olmamaktadır.

(5) IFAC Düzenlemeleri Bakımından Sır Saklama Yükümlülüğü

Sır saklama yükümlülüğüne ilişkin düzenlemeler IFAC tarafından denetim standartları içerisinde yer almamakla birlikte standartların bir parçası olan Etik Kurallar (*Code of Ethics*) içerisinde düzenlenmiştir³⁴¹.

Denetçilerin uymakla yükümlü oldukları temel prensipler Etik Kuralların giriş ve temel prensiplerini düzenleyen 100.5 nolu paragrafında düzenlenmiştir. Buna göre dürüstlük, objektiflik, özen ve mesleki yeterlilik ve buna uygun davranma yükümlülüğü yanında sır saklama yükümlülüğü de denetçinin uymakla yükümlü olduğu temel prensipler arasında sayılmıştır. Hüküm, Etik İlkelerdeki yer alan düzenleme ile paralel olarak, denetçinin mesleki ve iş ilişkisi nedeniyle elde ettiği bilgileri saklamasını, elde ettiği bu bilgileri yetkilendirilmedikçe üçüncü kişilere açıklamamasını, kendi yahut üçüncü kişi lehine kullanmamasını, ancak yasal ya da mesleki hak veya yükümlülükleri çerçevesinde açıklayabileceğini düzenlemektedir.

³⁴¹ ABD uygulamasında ise sır saklama yükümlülüğü AICPA Code of Conduct'un 301 nolu standardında düzenlenmiştir.

Sır saklamaya ilişkin bu temel prensipten hareketle Etik Kuralların 140 nolu paragrafında ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Bu ayrıntılı düzenlemelerde dikkat edilecek hususları kısaca belirtmek gerekirse; denetçi saklamakla yükümlü olduğu sırrı yakın sosyal, iş ve ev çevresinden de korumalı, denetçi muhtemel müşterisi hakkında elde ettiği bilgileri de saklamalı, denetçi çalıştırdığı kişiler ile bilgisine başvurduğu diğer kişilerin de elde edilen bilgiyi saklamaları konusunda makul önlemler almalı, denetçi görev değişikliği ya da ortaklık devralmaları sonucundaki hallerde önceki deneyimlerinden yararlanmaya yetkilidir ancak önceki bilgileri açıklamamalı ya da kullanmamalıdır. Bu düzenlemeler ile KGK Bağımsız Denetçiler için Etik İlkeler Taslağı ve TÜRMOB Etik İlkeleri arasında neredeyse birebir paralellik taşımaktadır.

(6) Sır Saklama Yükümlülüğüne Aykırılığın Sonuçları

Sır saklama yükümlülüğü TTK, KGK ve SPKı düzenlemeleri ile TÜRMOB Etik Yönetmeliği uyarınca bağımsız denetçinin yükümlü olduğu bir borçtur. Bağımsız denetim sözleşmesi güvene dayalı bir sözleşme olup, bağımsız denetçinin denetim faaliyetlerini standartlara uygun bir biçimde yürütebilmesi için her türlü bilgi ve belgeyi elde edebilmesine imkân tanımaktadır. Denetçiye duyulan bu güvenin karşılığı olarak onun da edindiği bilgileri saklaması ve kullanmaması beklenmektedir. Bu çerçevede sır saklama yükümlülüğünün ihlali ile ilk olarak kanuna ve sonrasında sözleşmeye aykırılığa bağlı olarak tazminat sorumluluğu doğacaktır. Sözleşme dışı ilişkide ise haksız fiil hükümleri çerçevesinde sonuçlar gündeme gelebilmektedir.

Bağımsız denetim sözleşmeleri BDK ile denetlenen ortaklık arasında akdedilmektedir. Sözleşmelerin nispi olma özelliği nedeniyle taraflar dışındaki kişilerin sözleşmeye dayanarak hak ileri sürmeleri kural olarak mümkün değildir. TTK md. 404 hükmünde sır saklama yükümlülüğünü ihlal etme nedeniyle sorumlu olanlar ile bunların kime karşı sorumlu olacakları açıkça belirtilmiştir. Buna göre de bağımsız denetçi, bağımsız denetçi yardımcısı, bağımsız denetçinin denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcisi, denetimin BDK tarafından yapılması halinde ise bu kişilere ilaveten BDK yönetim kurulu, BDK yönetim kurulu üyeleri ile BDK çalışanları sır saklama yükümlülüğü kapsamında denetlenen ortaklığa ve onun bağlı ortaklığına karşı sorumludur. Hükümde BDK'nun bir tüzel kişi olarak sorumlu olduğuna ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Oysaki ekonomik olarak daha güçlü olan BDK'nun da sır saklama nedeniyle sorumluluğunun bulunması ve daha sonra rücu mekanizmasının kullanılabileceğine yönelik açık bir ifadenin yer almaması hükmün bir

eksikliği olarak telakki edilmelidir. Bunun borçlar hukukumuzdaki adam çalıştırmanın sorumluluğu düzenlemeleri ile de uygun olacağı düşünülmektedir.

TTK md. 404 hükmünde sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi nedeniyle hak talep edebilecekler denetlenen ortaklık ile bağlı ortaklığıdır³⁴². Bunlar dışında denetlenen ortaklık ya da onun bağlı ortaklığının pay sahipleri ile alacaklıları gibi diğer üçüncü kişilere ise aktif dava hakkı tanımamıştır. Denetlenen ortaklık ile BDK arasında bir sözleşmesel ilişki olması nedeniyle sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle açılacak davada BK md. 112 vd. hükümleri uyarınca hareket edilmesi gerekecektir. Buna karşılık, bağlı ortaklık ile bağımsız denetçi ya da BDK arasında bir sözleşme bulunmadığından bağlı ortaklığın açacağı davada haksız fiile ilişkin BK md. 49 vd hükümleri uygulama alanı bulacaktır. İkisi arasındaki temel fark ise kusurun ispat yüküne ve zamanaşımına yöneliktir. Öte yandan, ortaklıklar topluluğu için bir topluluk denetçisi atanması halinde bağlı ortaklık ile de BDK arasında bir sözleşmesel ilişkinin olduğu kabul edilmelidir³⁴³. Bu halde de bağlı ortaklık tarafından açılan davada sözleşmeye aykırılığa ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir.

Bağlı ortaklık dışında kalan diğer üçüncü kişiler ise hak taleplerini TTK md. 404'e dayandıramayacaklardır. Bu durumda TTK md. 554 hükmüne başvurulması gündeme gelebilecektir. Anılan hükme göre bağımsız denetçiler kanuni görevlerini yerine getirirken kusurları ile hareket etmeleri halinde denetlenen ortaklık yanında onun pay sahipleri ile alacaklılarına karşı da sorumlu olacaklardır. Hükümün gerekçesinde TTK md. 404 hükmündeki sır saklamadan kaynaklanan tazminat taleplerinin bu hüküm içerisinde kural olarak yer almadığı ifade edilmiştir. Gerekçede yer alan “kural olarak” ifadesi nedeniyle bazı hallerde sır saklama yükümlülüğünden kaynaklanan ihlallerde TTK md. 554 hükmünden yararlanılabileceği sonucu çıkarılabilecektir. Ancak TTK md. 404 hükmünün gerekçesinde hükümün TTK md. 554 hükmünden farklı olarak denetçinin davranış yükümlülüğüne

³⁴² Bağlı ortaklık TTK md. 195/1 hükmünde yer alan kriterlere göre belirlenmektedir. Bu çerçevede bir ortaklık, belirlenen bu kriterlere uygun olarak başka bir şirketin doğrudan ya da dolaylı hâkimiyetinde yer alıyor ise o ortaklık bağlı ortaklık olarak adlandırılır. Hâkimiyet kavramı ise genel kurulda ya da yönetim kurulunda çoğunluğa sahip olma şeklinde olabileceği gibi sözleşmesel ilişkiler neticesinde yahut diğer herhangi bir yolla sağlanabilir. Okutan Nilsson, s. 81.

³⁴³ TTK md. 398/3 hükmünden topluluk denetçisinin, topluluğu oluşturan hâkim ve bağlı ortaklıklar bakımından tek denetçi olarak atandığı şeklinde bir anlamı ihtiva etmektedir. Ancak bu ortaklıkların farklı tüzel kişiliklerinin olması bağımsız denetçi ile farklı sözleşmeler yapmasını gerektirmektedir. Anılan hükmün metin ve gerekçesinden topluluk denetçisinin topluluğa dâhil ortaklıklar bakımından aynı olmasının her durumda zorunlu olmadığı sonucuna ulaşmak mümkündür. Örneğin, hükümde topluluğa dâhil bir ortaklığın finansal tablolarının TTK uyarınca denetimden geçmiş olması halinde topluluk denetçisinin onun finansal tablolarını denetlemesinin gerek olmadığı ifade edilmiştir. Keza topluluk denetçisinin bağlı ortaklık konumunda olan halka açık ortaklık bakımından SPK listesinde yer almaması halinde bu denetçilerin aynı olması mümkün değildir.

aykırılık hallerinin düzenlendiğini, davranış yükümlerinden olan sır saklama yükümlülüğünün hükümde ayrıca düzenlendiği ifade edilmiştir. Bu nedenle sır saklama yükümlülüğü dışındaki diğer davranış yükümlülüğü hallerinde TTK md. 554 uygulama alanı bulabilecekken, sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle TTK md. 554 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır³⁴⁴. Bu kişiler bakımından haksız fiil hükümlerine başvurulması her zaman mümkün olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Öte yandan, sır saklama yükümlülüğünün ihlalinden kaynaklanan sorumluluk bir kusur sorumluluğu halidir. Kusur ise kasıt ya da ihmal olarak ortaya çıkmaktadır. TTK md. 404/2 hükmünde sır saklama yükümlülüğünün kasıt ya da ihmal yolu ile ihlal edilmesi halindeki sorumluluğun kapsamını farklılaştıran bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu çerçevede, kasıt ile sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde hak sahibinin tüm zararları karşılanırken, ihmal yolu ile sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde hak sahibinin zararları miktar olarak sınırlandırılmış olarak tazmin edilecektir. Hükmün gerekçesinde bu halin BK md. 43 hükmü ile paralel olduğu ifade edilmiştir. Ancak BK md. 43 hükmüne karşılık gelen ve onunla paralel olan yürürlükteki mevcut BK md. 51 hükmünde³⁴⁵ kusurun ağırlığına göre tazminat miktarının hâkim tarafından belirleneceği ifade edilmiş iken TTK md. 404/2 hükmünde hâkime herhangi bir takdir hakkı tanımaksızın tazminat miktarları sınırlandırılmıştır. TTK md. 404 hükmünün gerekçesinde yer alan “paralel”lik ifadesi ile ihmalin kasta göre daha hafif bir tazminat doğurması bakımından geçerlidir. Bunun dışında açık bir paralellikten söz etmek mümkün değildir. Ayrıca TTK md. 404/2 hükmünde yer alan miktarlar ekonomik büyüklüğe sahip sermaye piyasalarında yer alan halka açık anonim ortaklıklar ya da bankalar söz konusu olduğunda oldukça küçük miktarlar olarak değerlendirilebilecektir. O nedenle hükümdeki miktar sınırlandırılmasının kaldırılarak, BK md. 51/2 hükmünde olduğu gibi hâkime somut olayın koşullarını ve kusurun ağırlığını dikkate almak suretiyle tazminat miktarını belirleme hususunda takdir hakkı tanınmasında yarar olduğu kanaatindeyiz.

TTK md. 404/5 hükmünde ise sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi halinde doğacak talepler bakımından beş yıllık bir zamanaşımı öngörülmüştür. Ancak eylem beş yıldan daha uzun bir zamanaşımına sahip bir suç teşkil ediyorsa o suça ilişkin zamanaşımı bu talepler bakımından da geçerlidir. Bu noktada dikkat edilmesi gereken bir husus ise

³⁴⁴ Benzer görüş için bkz. Köksal, s. 348, dn. 224.

³⁴⁵ BK md. 114/2 uyarınca BK md. 51/2 hükmü denetlenen ortaklık tarafından açılacak davalarda da uygulama alanı bulabilecektir.

zamanaşımı süresinin aynı hükümde denetim raporu tarihinden başlatılmış olmasıdır. Zamanaşımı süresinin başlaması, zamanaşımına uğrayacak bir hakkın doğmuş olduğunun kabulünü gerektirir. Zamanaşımına uğrayacak olan hak ise bu noktada sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmesi nedeniyle dava açma hakkıdır. Dolayısıyla sır saklama yükümlülüğü ihlal edilmiş olmalı ki bu nedenle açılacak olan dava bakımından zamanaşımı süresi başlayabilsin. Bu hükümden rapor tarihinden önce denetim faaliyetleri süresi içerisinde sır saklama yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Zamanaşımını başlatan eylem zamanaşımının başlangıç tarihinden önce olmalıdır. Dolayısıyla saklanması gereken sırrın açıklanması, kanundaki tanımı ile üçüncü kişiye aktarılması denetim raporu tarihinden önce olmalıdır. Oysaki pekâlâ rapor tarihinden sonraki bir tarihte de sır olarak saklanması gereken bir bilgi açıklanabilir ve zarar oluşturabilir. Bu hallerde de zamanaşımı süresini rapor tarihinden itibaren başlatmak ise çelişkili bir durum yaratmaktadır. Kanaatimizce, sır saklama yükümlülüğünden kaynaklanan hakların kullanılmasına ilişkin zamanaşımı süresinin başlangıcı sırrın açıklandığı tarih olarak belirlenmelidir. Denetim faaliyeti sonrasında açıklanan bir sırra ilişkin olarak ise denetlenen ortaklık, koşullarının oluşması halinde borçlar hukukundaki haksız fiil hükümlerine dayanarak hak talebinde bulunabileceği gibi TTK'daki haksız rekabet hükümleri çerçevesinde (TTK md. 55/1-d) hak talep edebilecektir³⁴⁶.

Denetçilerin sır saklama yükümlülüklerinin ihlali SPK'r düzenlemelerine de aykırılık teşkil ettiğinden SPKn md. 103 hükmü uyarınca bağımsız denetçi ya da BDK'ya idari para cezası tesis edilebilecektir. Keza bu yükümlülüğün ihlali bir bağımsız denetim standartlarına aykırılık teşkil edeceğinden SPK'r Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 30/1-c uyarınca bağımsız denetim kuruluşunun lisansı iptaline neden olabilecektir. Keza aynı hüküm uyarınca sırrı açıklayan bağımsız denetçinin sermaye piyasalarında faaliyette bulunması yasaklanabilir. Sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin içeriden öğrenilenlerin ticareti ya da TCK md. 239 gibi başka bir suç teşkil etmesi halinde ise ilgili suç çerçevesinde cezai sorumluluk doğacaktır.

Ayrıca sır saklama yükümlülüğünün ihlalinin bir yaptırımı olmamakla birlikte bu başlık altında ifade edilmelidir ki, bu gibi hallerde TTK md. 399/4 hükmü uyarınca ilgililer denetçinin yerine Mahkemece başka birinin atanmasını talep edebilirler.

³⁴⁶ Köksal, s. 350.

h) Çalışma Kâğıtlarını Saklama Yükümlülüğü

Denetçilerin denetim faaliyetlerini bağımsız denetim standartlarına uygun olarak yürütüp yürütmediklerinin en önemli delili denetim çalışmalarının belgelendirilmesidir. Denetim çalışmalarının belgelendirilmesi ise denetçi çalışma kâğıtları ile somut dünyada vücut bulmaktadır. Çalışma kâğıtları hem denetçinin standartlara uygun olarak faaliyetini yürüttüğünü kanıtlamada hem de denetim sonucundaki görüşünü desteklemede etkin rol oynamaktadır. Denetim faaliyetlerinin denetlenmesini kolaylaştırdığı için çalışma kâğıtları, denetimin kalitesini artırmaya da yardımcı olmaktadır. Bu nedenle de çalışma kâğıtlarının hazırlanmasında, tutulmasında, sistematüğinde ve saklanmasında özel denetim standartları belirlenmiştir. BDS-ISA 230 standardı bu hususu düzenlemektedir.

Çalışma kâğıtları denetim faaliyetleri süresince hazırlanmakta ve toplanmaktadır. Denetçi faaliyetlerini sürdürürken karşılaştığı denetim sonucunu etkileyebilecek durumları delillendirmek amacıyla bu durumu belgelendirmelidir. Bu yolla da denetçi çalışma kâğıtlarını hazırlamaktadır.

Denetçinin çalışma kâğıtları denetim süreci içerisinde denetlenen ortaklıktan elde edilen delillerden oluşmaktadır. Bu kâğıtlarda ortaklığa ait sır teşkil eden bilgilerin bulunması muhtemeldir. Bu nedenle çalışma kâğıtlarının sır saklama yükümlülüğü kapsamında da saklanması gerekmektedir³⁴⁷.

i) Mesleki Özen ve Titizliğe İlişkin Yükümlülük

Özen borcu iş görme sözleşmelerinin genel karakteristiğinden kaynaklanan ve iş gören tarafa ait bir yükümlülüktür. Bu tip sözleşmeler genel olarak bir güven ilişkisine dayanmaktadır. Kendisi dışında bir kişi adına ve/veya hesabına özellikle maddi ya da manevi bir karşılık almak suretiyle bir iş görme ediminin gerçekleştirilmesinde belirli bir dikkat ve ihtimamın gösterilmesinin beklenilmesinde söz konusu kişinin korunması gereken bir menfaati bulunmaktadır.

Vekâlet (BK md. 506/3), hizmet (BK md. 396) ve eser (BK md. 471/2) sözleşmelerinde özen borcundan kaynaklanan sorumluluklar düzenlenmiştir. Bağımsız

³⁴⁷ Bu süre ISA 230/15 standardında açıkça belirtilmemiştir. Ancak standardın açıklama bölümünün 23 üncü paragrafında bu sürenin beş yıldan az olamayacağı ifade edilmiştir. BDS 230/15 ve A23 düzenlemelerinde ise bu sürenin KGK tarafından belirlenen süreden az olamayacağı ifade edilmiştir. Keza KSS 1/47 ve A61 düzenlemelerinde de aynı husus ifade edilmiştir.

denetim sözleşmesinin bu üç sözleşmenin karakteristik özelliklerini taşınamaması nedeniyle söz konusu düzenlemelerin bağımsız denetçiye de doğrudan uygulanması söz konusu değildir.

Bununla birlikte, TTK md. 398/1, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 21/1-c ve SPK Faaliyet Tebliği Taslağı md. 15 hükmünde denetçilerin özenli ve titiz davranma yükümlülükleri düzenlenmiştir³⁴⁸. Söz konusu düzenlemeler denetçiler bakımından doğrudan uygulama alanı bulacak olup, diğer iş görme sözleşmelerinin özen yükümlülüğüne ilişkin düzenlemelerin boşluk bulunan hallerde somut olayın koşullarına göre niteliği uyduğu ölçüde kıyasen uygulanabileceğini düşünmekteyiz.

TBK içerisinde ifade edilmekle birlikte tanımlanmayan “özen” kelimesi dilimizde bir işin elden geldiğince iyi olmasına çabalama, özenme, ihtimam gösterme, itina anlamına gelmektedir³⁴⁹. Özen kavramının İngilizce karşılığı “care” veya “diligence” kelimesi olup, gayret, dikkat ya da bir şeyi bitirmek için gösterilen sürekli çaba anlamına gelmektedir³⁵⁰. Özen kavramının sırasıyla Almanca ve Fransızca karşılığı ise “sorgfalt” ve “diligence” kelimesi olup, doğruluk, titizlik, dikkat, itinalık, özenlilik, kesinlik, vazife hissi gibi birden fazla anlama gelmektedir³⁵¹.

Özen bir davranış kalıbıdır. Olması gereken ya da hakkaniyet icapları gereği kişiden beklenebilecek olan veya iş gören tarafından vaat edilen eyleme yahut sonuca yönelik bir davranış biçimidir. Bu kapsamda özen kavramının tanımı, içeriği ve kapsamı doktrin ve uygulamacılar tarafından yapılacak yorumlar ile belirlenmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Doktrinde özen kavramı, “*asıl borcun ifası için, zaruri dikkat, itina, fikri ve bedeni yetenek gibi, borçludan istenen özelliklerin tamamı*”³⁵²; “*somut bir amaca, belli bir sonuca erişmek için akıl ve iradenin kullanılması*”³⁵³; “*genel olarak değerlendirildiğinde, insani bir*

³⁴⁸ Denetçinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin TTK md. 404 hükmünde sır saklama yükümlülüğü yanında denetçinin “denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yaması” yükümlülüğünden de söz edilmiştir. Söz konusu hükmün gerekçesinde “dürüst” kavramının özenli olma anlamına da geldiği ifade edilmiştir. Buradan hareketle denetçinin özen yükümlülüğünün yardımcı kaynaklarından biri olarak da söz konusu hüküm ele alınabilir. Bununla birlikte, kanaatimizce, söz konusu hüküm sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olup, bunun dışında denetçinin sorumluluğunu düzenleyen bir hüküm olarak düzenlenmemesi gerekirdi. Zira denetçilerin sorumluluğu TTK md. 554 hükmünde düzenlenmiştir. Bu nedenle söz konusu hükmün, TTK md. 398/1 hükmünün açık ifadesi karşısında özen yükümlülüğünün asıl kaynağı olarak ele alınmaması gerekmektedir.

³⁴⁹ Bkz. Web: <http://tdkterim.gov.tr/bts/> adresinden 24.1.2014’de alınmıştır.

³⁵⁰ Black Law Dictionary, s. 522.

³⁵¹ Başpınar, V. (2004). *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, Ankara, s. 121-122.

³⁵² Başpınar, s. 124, 148, Erdoğan, İ. (1985). İşçinin Özen Borcu, *GÜİİBFD*, C.1, S.1-2, s. 137-138.

³⁵³ Aral, s. 418.

*davranış kriteri olan özen, bir yönüyle dışsal bir oluş, diğer yönüyle de içsel manevi bir süreç*³⁵⁴ olarak tanımlanmaktadır.

Bir kelimenin tanımından ziyade ortak bir dil olan akıl yolu ile soyut olarak kişi zihninde yarattığı izlenim daha önemlidir. Böylelikle, özen kavramının tanımından ziyade özenli olan davranışın ne olması gerektiği ve özenin ne şekilde ölçüleceği hususuna daha fazla önem atfedilmiştir.

Özen borcunun asli ya da tali borç olup olmadığı hususunda doktrinde görüş ayrılığı bulunmaktadır³⁵⁵. Asli borç, borcun kaynağını oluşturan sözleşme ya da kanun gereği sözleşmenin tür ve karakterini belirleyen edimin ifasıdır³⁵⁶. Bağımsız denetçinin asli borcu bağımsız denetim faaliyetini standartlara uygun bir şekilde gerçekleştirmek ve sonuçlandırmaktır. Bu edimin ifasının gerçekleşebilmesi için denetçinin denetim faaliyetleri özenli bir şekilde gerçekleştirmesi gerekmektedir. Kanaatimizce özen borcu başlı başına bir borç olmayıp, ancak asli bir edim borcunun varlığı halinde söz konusu olabilecek nitelikteki bir borçtur. TTK md. 397 uyarınca denetimin denetim standartlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Denetçinin özen borcu denetim standartları içerisinde yer almaktadır. Bu durumda özenli bir şekilde gerçekleştirilmeyen bir denetim faaliyeti hiç gerçekleştirilmemiş ve asli edim borcu yerine getirilmemiş olmaktadır. Asli edim borcunun ifa edilmemesi nedeniyle doğan sorumluluğun kaynağının tali borç yükümü olması, o tali borcu asli edim yükümü haline getirmemektedir. Özen borcunun yerine getirilmemesi nedeniyle asli edim olan bağımsız denetim faaliyetinin sonuçlandırılmamış olması halinde denetlenen ortaklığın sözleşmenin ihlalinden kaynaklanan hakları genel hükümler uyarınca bulunmaktadır.

TÜRMOB Etik İlkeler md. 1/c ve 10'de mesleki özen, meslek mensubunun meslekî faaliyetlerini yerine getirirken teknik ve meslekî standartlara uygun olarak, özen ve gayret içinde davranması şeklinde tanımlanmıştır. Etik İlkeler md. 11/2 uyarınca da mesleki özen, denetim faaliyetlerin yerine getirilmesinde dikkatli, derinlemesine ve zaman esasına göre

³⁵⁴ Akipek, s. 54, dn. 84'de yer alan yazarlar. Bu konuda "iç özen/dış özen" ayrımına ilişkin görüşler için bkz. Atamer, Y. (1996). *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağlı ve Normun Koruma Amacı Kuralları*, İstanbul, s. 23., Başpınar, s. 172 vd.

³⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Başpınar, s. 148-149. Özen yükümlülüğünün tali borç olduğunu ileri süren yazarlar da kendi aralarında fikir birliği sağlayamamış olup, özen borcunun sadakat borcu kapsamında olduğu görüşü ile muhafaza ve koruma yükümleri kapsamında olduğu görüşleri ileri sürülmüştür. Başpınar, s. 150-151.

³⁵⁶ Eren, s. 32.

hareket edilmesini gerektirmektedir. Etik İlkeler içerisinde özenin ne şekilde ölçüleceği ise açıkça düzenlenmemiştir.

ISA düzenlemelerinde de açık bir şekilde özen yükümlülüğü ve bu yükümlülüğün ne şekilde ölçüleceğine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. IESBA Etik Kurallarının 130 nolu paragrafı özen yükümlülüğünü “*due care*” olarak ifade etmiş olup, Etik İlkelerdeki düzenlemelere paralel hükümlere yer vermiştir.

Özen borcunun ne şekilde ölçüleceği yahut niteliği hususunda farklı görüşler bulunmaktadır. Özen borcunun sübjektif ve objektif niteliği bu noktada ele alınması gereken bir husustur. Özen borcunun sübjektifliği ile anlatılmak istenen husus iş gören tarafın sübjektif durumunun dikkate alınarak özen borcunun ölçülmesidir. Özen borcunun objektifliği ise iş görme sözleşmesinin esas alınmasını gerektirmekte olup, iş gören tarafın sübjektif özelliklerinin dikkate alınmamasını ifade eder. TBK md. 471 ve 506 hükümlerinde vekil ve yüklenicinin özen borcunun objektif kıstaslara göre belirlendiği görülmektedir. TTK md. 398/1 hükmünde ise denetçinin özen yükümlülüğünün ne şekilde belirleneceğine ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. Hükmün gerekçesinde ise özenin bir taraftan profesyonellik kurallarını diğer yandan ise denetçilik ahlakını tanımladığı ifade edilmiştir.

Buna karşılık, SPKı Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 15 hükmünde mesleki özen ve titizliğin, basiretli bir bağımsız denetçinin aynı koşullar altında ayrıntılara vereceği önemi, göstereceği dikkat ve gayreti ifade ettiği; gerekli özen ve titizliğin asgari kıstasının bağımsız denetim standartlarına eksiksiz uyulması olduğu belirtilmiştir. Bu şekilde halka açık anonim ortaklıkların denetimini gerçekleştiren denetçilerin göstereceği özen yükümlülüğü objektif kıstaslara göre ölçülecektir. Buna göre de, bir denetçinin göstereceği özen, onun sübjektif koşullarından bağımsız olarak basiretli bir denetçinin aynı koşullar altında vereceği önem, dikkat ve gayret ile ölçülecektir. Bağımsız denetçi için öngörülen bu özen yükümlülüğünün BDK açısından da geçerli olduğundan şüphe bulunmamaktadır. Hatta bir tacir olan BDK’nun TTK md. 18/2 uyarınca basiretli davranma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Kanaatimizce SPKı Tebliğinin anılan hükmü uygulamada belirliliği sağlaması bakımından olumlu bir düzenlemedir. Özen yükümlülüğü her ne kadar tali bir borç olarak değerlendirilmekle birlikte, bağımsız denetim alanında özen yükümlülüğüne aykırılığın denetimin hiç yapılmamış sayılması gibi ağır bir yaptırıma yol açması sebebiyle özen yükümlülüğü uygulamasında standartlaşma ağırlayacak bir düzenlemenin olması yerindedir.

Özen yükümlülüğü ihlali nedeni ile bağımsız denetimi gerçekleştirmeyen bir ortaklığın durumunun da ele alınması gerekmektedir. Bu ortaklık, denetçinin özen yükümü ihlali nedeni ile kanunen yapılması gereken bağımsız denetim yükümlülüğünü kendi kusuru olmaksızın gerçekleştirememiş olmaktadır. Bu ortaklık, denetçinin özen yükümünü ihlal etmiş olması nedeniyle kar dağıtamaması, yeni projelerini hayata geçirememesi, ticari itibarının sarsılması, hisse değerinin düşmesi gibi sonuçlar ile karşılaşabilecektir. Bağımsız denetim faaliyetinin hem ortaklık bazında hem de genel ekonomi bazındaki önemi de dikkate alınacak olur ise, bağımsız denetim faaliyetinin sonuçlandırılmasını önleyecek olan her durum daha sıkı bir şekilde ele alınmalıdır. Kanaatimizce, daha katı bir özen yükümlülüğü sağlayacak olan objektif özen yükümlülüğünün bağımsız denetçiler bakımından öngörülmesi yerinde bir düzenlemedir. Bu şekilde denetçinin kendi subjektif özelliklerinden kaynaklanan eksiklikleri dinlenmeyecek ve objektif olarak belirlenen- ki asgari kıstası bağımsız denetim standartlarına eksiksiz uyumdur- ölçütlere göre kesin bir şekilde özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediği tespit edilebilecektir. Bu şekilde denetçi, kendi ve diğer meslektaşlarının daha önce karşılaştığı somut olayları göz önünde bulundurarak ne kadar dikkat ve ihtimam ile görevini yerine getireceğini öngörebilecektir.

Sonuç olarak, denetçinin, denetim sürecinde göstereceği özen objektif kıstaslara göre belirlenecek olup, aynı durumdaki basiretli başka bir denetçinin davranış kalıbı esas alınacaktır. Özen yükümlülüğünün kıstasları arasında ise denetim ile ilgili tüm mevzuat ve standartların eksiksiz olarak uygulanması ile etik kurallara bağlılık gösterilebilir. Bu şekilde özen yükümlülüğünün ihlali denetim faaliyetlerinin standartlara uygun olarak sonlandırılmaması ve dolayısıyla asli edimin ifa edilememesi sonucunu doğurmaktadır. Özen yükümlülüğünün ihlali, sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan hukuki sorumluluğu gerektirecektir.

j) Bağımsızlığa İlişkin Yükümlülük

Bağımsızlık, denetçi bakımından bir yükümlülük olmaktan ziyade onun bir özelliğini ve karakterini oluşturmaktadır. Bağımsızlık, denetçinin olmazsa olmaz bir parçasıdır. Bir görüşe göre de bağımsızlık denetimin postulatlarından biridir³⁵⁷. Denetçinin bağımsız olmadığı müddetçe gerçekleştireceği faaliyet ya da yazacağı raporunun herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Teknik anlamda bir yükümlülük olmasa da bağımsızlığın denetçi

³⁵⁷ Porter, Simon, Hatherly, s. 63-64.

tarafından sağlanması, kontrol edilmesi, sürdürülmesi, korunması, bağımsızlığının tehlikeye girmesi halinde gerekirse kendisine yönelen teklifi reddetmesi ya da kabul ettiği göreve son vermesi gerekmektedir. Bu açıdan konu ele alındığında bağımsızlık denetçi bakımından bir yükümlülük olarak da değerlendirilebilecek niteliği haizdir.

(1) Genel Olarak

Bağımsızlık konusu belki de bağımsız denetim alanında en fazla ilgilenilen ve üzerinde tartışılan alanların başında gelmektedir. Denetçinin bağımsızlığı hususu etkileri bağımsız denetim alanının tamamına sirayet eden bir unsur olup, bir menfaatler dengesinin oluşmasını gerektirmektedir. Denetçilerin bağımsızlıkları konusundaki sert ve yoğun düzenlemeler bağımsız denetim faaliyetini yürütebilecek kuruluşların yeteri seviyede bulunulamamasına neden olabilir³⁵⁸. Ancak bu nedenle de BDK'ların birleşmelerinin onların bağımsızlıklarını etkileyecekleri şeklinde bir sonuca da ulaşmamak gerekmektedir³⁵⁹. Keza bağımsızlığı sağlama amacıyla BDK'ların sunabileceği denetim dışı hizmetlerin kısıtlanması, yapılabilecek geriye kalan hizmetler bakımından sektördeki haksız rekabeti artırabileceği gibi denetim ücretini artırıcı yahut denetimin kalitesini düşürücü etkide de bulunabilir.

Her profesyonelliği gerektiren meslek aynı zamanda bu mesleği icra edecek üyelerin uyacakları etik kurallarını da beraberinde getirmektedir. Kamuoyunda mesleğini profesyonel olarak icra etmesi beklenen kişilerin (hekim, avukat, denetçi, milletvekili vs.) hukuk ve etik kurallarına normal vatandaşlardan daha etkin bir şekilde uyması beklenmektedir. Bu kurallar profesyonel mesleki hizmetten yararlananlara bu hizmetlerden ne beklmeleri gerektiği, meslek mensuplarına hangi davranış modelinin kabul edilebilir olduğu, mesleki organizasyonlara ise üyelerini izleme ve gerektiğinde disiplin hükümlerini uygulaması gerektiği hususlarında yardımcı olmaktadır³⁶⁰. Ancak mesleği yürütenler, etik kurallara uymama konusunda çeşitli argümanlar yaratabilmektedir. Bunların başında

³⁵⁸ Bu hususta söylenilen husus, denetçilerin papa'dan daha fazla katolik olmasını beklememektir. Der Plaats, E.V. (2000). Regulating Auditor Independence, *The European Accounting Review*, Vol. 9, Number 4, s.630. Başka bir görüşe göre ise "söylemek yapmaktan kolaydır". Bağımsız olması gerektiğine yönelik ifade ve düzenlemeler yapmak bağımsız olma halinden daha kolaydır. Dolayısıyla denetçilerden bağımsızlık konusunda imkânsız istememek gerekir. Arens, Elder, Beasley, s. 77.

³⁵⁹ BDK'ların birleşmeleri sonucunda denetlenen ortaklıklara sunulan denetim hizmetlerinin kalitelerinin artması ve ödenen denetim ücretinin azalmasına dair bir çalışma için bkz. Sullivan, M.W. (2002). The Effect of the Big Eight Accounting Firm Mergers on the Market for Audit Services, *Law and Economics Journal*, Vol. 45, s. 375 vd.

³⁶⁰ Messier, Glover, Prawitt, s. 642.

“herkes yapıyorsa ben de yapabilirim” ya da “yakalanma olasılığım düşük” gibi örnekler gelmektedir. Diğer taraftan, rekabete dayalı iş dünyasında kişiler etik davranma zorunluluğu ile gelir maksimizasyonunu sağlama arasında bir ikileme düşebilmektedirler³⁶¹. Bu bakımdan da denetimin kalitesinin önemi bir kez daha vurgulanmalıdır. Finansal tabloların ve ilgili denetim raporunun kullanıcıları ile bunları hazırlayanlar arasında çoğunlukla doğrudan bir ilişki bulunmamaktadır. Bu üçüncü kişilerin tek dayanak noktaları mesleki profesyonellik ve yapılan işin kalitesidir. İşte bağımsızlık unsuru bu anlamda da önemli bir görevi ifa etmektedir.

Bağımsızlık, mesleki etik kuralların başında yer almaktadır. Bağımsızlık konusunun hassasiyetine hipotetik bir örnekleme yolu ile açıklamak yerinde olacaktır. Herhangi bir hukuki zorunluluk olmadığı halde bir ortaklığın kendi finansal tablolarının gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıttığını ortaya koymak için finansal tablolarını denetimden geçirtirmesi halinde, bundan yarar elde edecek taraf ortaklığın kendisidir. Zira bu şekilde kendisine dışarıdan daha fazla kaynak bulabilmek için güvenli olduğunu dışarıdaki tasarruf sahiplerine göstermiş olacaktır. Keza denetçi de bağımsız bir şekilde faaliyetlerini yürüttüğü için itibarını arttırarak bu durumdan yarar elde edecektir³⁶². Bağımsızlık, denetçi ve onun

³⁶¹ Bu hususa ilişkin olarak verilen iki örnekten yola çıkarak etik davranma yükümlülüğünün yarattığı ikilemi açıklayabiliriz. Eşi ölümcül bir tür kanser hastası olan kişiye aslında 200 lira olan ilaç doktor tarafından 2000 liraya teklif edilmiştir. Kişi tüm çabalarına rağmen ancak 1000 lira bulabilmiş ve doktora bu 1000 lirayı almasını ve ilacı eşine vermesini kalan miktarı ise daha sonra ödeyeceğini söylemiştir. Doktor kişinin bu teklifini reddetmiştir. Kişi ise bu cevabın ardından eşinin kurtulması için ilacı doktordan almıştır. Bu kişinin çalma eylemi etik kurallar ile ne kadar bağdaşmaktadır? Bir diğer örnekte ise kıdemli bir denetçi ile bir denetçi yardımcısı bir ortaklığa denetim görevi verilmiştir. Kıdemli denetçi, denetçi yardımcısına bu denetimin hafif olduğu hem kendi BDK’larının çalışma çizelgesine hem de denetlenen ortaklığın iş saatlerine uymaksızın denetim görevini çabuk bitirmek amacıyla fazla mesai yapmalarını ve müşterinin fazla hırpalanmadan çabucak işlerini bitirmeleri gerektiğini söylemiştir. Denetim ekibindeki kıdemli denetçiler yaptıkları denetim üzerinden bonus almakta iken denetçi yardımcılarını fazla mesai ücreti almaktadır. Bu durumda denetçi yardımcısının yapması gereken hareket kıdemli denetçinin dediğini yapmak mı olmalıdır ya da mesleki kariyerini bırakarak verilen yoğun denetim görevini reddetmek ya da çalıştığı BDK’nun yöneticileri ile görüşmek mi olmalıdır? Her iki halde de sorulara verilecek cevaplar kişisel olacaktır ve her iki taraf da kendi görüşüne etik yönden bir gerekçe bulmaya çalışacaktır. Arens, Elder, Besaley, s. 77-80. Başka bir örnek için bkz. Messier/Glover/Prawitt, s. 644-645. Muhasebe ve denetim alanında karşılaşılan etik problemlerin ne şekilde çözümlenmesi gerektiğine ilişkin üç görüş ileri sürülmüştür. Bu kapsamda, faydacı teoriye (*utilitarianism*) göre somut olaya göre kişisel davranışın etkilerine bakılarak hüküm verilmelidir. Hak temelli yaklaşıma (*a right-based approach*) göre ise kişilerin bazı hakları vardır ve diğer kişilerin bu haklara saygı göstermeleri gerekmektedir. Bu nedenle karar verici ancak başkasının haklarının zedelenmesi halinde devreye girmektedir ve etik sorunu hakkı zedelenen çerçevesinde çözmektedir. Ancak bu görüşün eksikliği çıkar çatışması içeren durumlarda ne şekilde karar verilmesi gerektiğine cevap verememesidir. Üçüncü yaklaşım ise adalet temelli (*a justice-based approach*) olup, etik sorunları adalet, eşitlik ve tarafsızlık çerçevesinde çözmeye çalışmaktadır. Messier/Glover/Prawitt, s. 643, dn. 1. Amerika’daki bağımsız denetim kuruluşlarının etik ikilemleri ne şekilde çözdükleri konusundaki ampirik bir çalışma için bkz. Pitman, M.K., Radtke, R.R. (2005). SPAs in Public Practice: Code Do They Use When Faced with an Ethical Dilemma?, *Reserach on Professional Responsibility and Ethics in Accounting*, Vol. 10, Edited by Cynthia JEFFREY, USA, s. 95-112.

³⁶² Bu durumu aksi bir örnek vermek suretiyle şu şekilde de açıklayabiliriz. ABD’deki en büyük market zincirlerinden biri olan Kmart adlı kuruluş 2002 yılında zarar nedeniyle kendi iflasını talep ederek

raporunun kredibilitesini yaratmaya ve artırmaya yaramaktadır. Denetimin bağımsız bir şekilde gerçekleştirilmesinden ortaklık ile denetçinin karşılıklı olarak itibar kazanmak suretiyle karlı çıkmaları ve piyasadan bekledikleri amaçlara erişmeleri muhtemeldir. Bağımsız olmayan denetçilerce yapılan bir denetimin değeri finansal tabloların kullanıcıları tarafından ya çok düşük olacaktır ya da hiç olmayacaktır³⁶³.

Ortaklığın, denetçinin bağımsızlığını etkilemeye çalışması ve denetçinin bu girişimleri boşa çıkarması halinde denetçinin itibarını artırmak suretiyle yeni bir iş elde etmesi muhtemel iken ortaklığın piyasadaki güveni zedeleneyecektir³⁶⁴. Denetçinin kendi bağımsızlığını zedeleme hususunda ortaklığı baştan çıkarması ise gerçekleşmesi daha küçük bir olasılık olduğu için dikkate alınmamalıdır. Zira denetimin mekanizmasından haksız kazanç ve itibar sağlamak isteyen taraf genellikle denetlenen ortaklıktır. Buna karşılık, taraflar bağımsızlık konusunda karşılıklı anlaşmaya varacak olur iseler, o zaman denetim alanında zafiyet yaratacak büyük bir riskle karşılaşılabilir³⁶⁵. Enron, Worldcom gibi

Mahkemeden korunma talep etmiştir. Şirket 2003 yılının başında zararının büyüdüğünü (yaklaşık 2,4 milyar ABD doları) açıklamıştır. Ancak aynı yıl içerisinde 25 üst düzey yöneticisini şirket kaynaklarını kendi uhdelere geçirdikleri için işten çıkarmıştır. Daha sonra da şirket, durumunu düzeltildiğini açıklamıştır. Aynı dönemde Enron skandalına karıştığı belgelenen dünyanın en büyük beş denetim firmasından biri olan Arthur Anderson adlı şirket ise skandalın patlak vermesinden hemen sonra 400 halka açık ortaklık statüsündeki müşterisini kaybetmiştir. Daha sonra bu rakam artmıştır. Burada sorulması gereken soru neden Kmart daha sonradan mali durumunu düzeltmiş iken Arthur Anderson finansal krizini yürütemeyerek sona ermiştir? Buna verilen cevap şöyledir; Kmart'ın bilançosunda gerçek olan değerler bulunmakta iken Arthur Anderson'un en büyük sermayesi onun itibarı olup, skandal sonrasında ciddi olarak zedelenmiştir. Bu durumda da etik kurallara uymayan bir denetim firması piyasadan beklediği müşterileri kazanamayacaktır. Bu nedenle bağımsız denetim firmalarının etik kurallara uymaları onların bu piyasada var olmalarına ya da olmamalarına neden olabilecek kadar önemlidir. Örnek için bkz. Messier, Glover, Prawitt, s. 647.

³⁶³ Porter, Simon, Hatherly, s. 65, 102., Mautz, Sharaf, s. 246 dn.1., Shockley, R.A. (1981). Perceptions of Auditors' Independence: An Empirical Analysis, *The Accounting Review*, Vol. 56, No.4, s. 785., Houghton, K.A., Jubb, C.A. (2005). *Auditor Independence: Regulation, Oversight and Inspection*, Ethics and Auditing, Editors: Tom Campbell and Keith Houghton, Australia, s. 223. Bu da bağımsız denetimin ortak ve ortaklık bakımından bir sigorta görevi ifa ettiğini göstermektedir. Ayrıca bkz. Bratton, W.W.(2003). Shareholder Value and Auditor Independence, *Duke Law Journal*, Vol. 53, s. 439-489., Birke, D.F.(2004). The Toothless Watchdog: Corporate Fraud and the Independent Audit - How Can The Public's Confidence Be Restored?, *University of Miami Law Review*, Vol.58, s. 891- 921.

³⁶⁴ Macey, J., Sale, H.A. (2003). Observations on the Role of Commodification, Independence, and Governance in the Accounting Industry , "Lessons from Enron, How Did Corporate Securities Law Fail?" Symposium, *Villanova Law Review*, Vol. 48, s. 1173-1174.

³⁶⁵ Ortaklık pay sahiplerince seçilen yöneticilerin hazırladığı finansal tabloları yine ortaklık pay sahiplerince seçilen denetçiler tarafından denetlenecektir. Yöneticilerin ortaklara karşı sorumluluğu açık iken denetçinin sorumluluğunda bu kadar kesin konuşmak her zaman mümkün olmamaktadır. Denetçi ve yönetici ile kendisini seçen ortaklar arasında yukarıdan aşağı hiyerarşik bir ilişki (*working for*) söz konusu iken, denetçi ile yönetici arasında böyle bir ilişki değil yanal diğer bir ifade ile aynı seviyede yürüten bir ilişki (*working with*) söz konusudur. Hatherly, D.J. (1995). The Case for the Shareholder Panel in the UK, *The European Accounting Review*, Vol. 4, Issue 3, s. 537. Bu nedenle de yönetici ile denetçinin birlikte hareket etmesi halinde onları seçen ortaklar aleyhine bir sonuç doğması muhtemeldir. Denetçi ile yönetici arasında "*working for*" ilişkisi yaratılmış ise bu durum ortaklar aleyhine sonuç doğuracaktır. Zira artık bağımsızlıktan söz edilemeyecek, denetçi kendisini seçen ortaklar adına değil kendisi gibi ortaklar tarafından seçilen yönetici lehine çalışacaktır.

büyük muhasebe skandallarının arkasında yatan asıl mesele de bu noktadan doğmuştur³⁶⁶. Böyle bir anlaşmadan, finansal tabloların kullanıcılarının muhtemel zararları söz konusu iken bağımsız denetim sözleşmesinin tarafları kısa vadede kar elde edebilirler. Makro düzeyde denetimin işlevsizliğine yol açacak bu durumun ilgili otoritelerce engellenmesi ve bağımsızlığı koruyucu mekanizmaların öngörülmesi kaçınılmazdır³⁶⁷.

Denetçinin bağımsızlığını faaliyetlerini yürütürken sağlamasının yanında bağımsız görünmesi de gerekmektedir. Bağımsızlık hem denetçinin düşüncesinde hem de somut dünyaya aktardığı aktivitelerinde kendini göstermektedir. Bağımsızlık kişinin iç dünyasını da ilgilendirmektedir. Mevzuatta belirlenen bağımsızlık kriterlerine uyulduğunun ortaya konulması dışında kişinin bağımsızlığını kanıtlaması oldukça güç bir faaliyettir. Bu nedenle onun düşüncesi ve görünüşünde bağımsız olduğuna üçüncü kişileri inandırıcı bir durumda bulunması gerekmektedir³⁶⁸. İnandırıcı olma ise kişisel algı ve değer vermeyi beraberinde getirmektedir. Anılan üçüncü kişiler ise kamu, düzenleyici otorite, yatırımcı ve alacaklı gibi finansal tablonun kullanıcılarıdır. Her biri bakımından bağımsızlık farklı bir hususu ifade etmektedir. Sonuçta ise bu sübjektiflik, bağımsızlık hususunu düzenleme yapılması zor bir alan haline getirmektedir³⁶⁹.

Bununla birlikte günümüz bağımsız denetim alanında bağımsızlığı etkileyen hususlar tek tek belirtilmek suretiyle bağımsızlık unsurunun mutlak bir şekilde zedelendiği yönünde düzenlemeler bulunmaktadır. Bu haller asgari bir durumu ifade etmekte olup, bağımsızlığı ortadan kaldıran haller sınırlı sayıda düzenlenmemişlerdir.

³⁶⁶ Kamu önünde yaşanan muhasebe skandalları sonrasında denetçilerin bağımsızlığı kritik konu halinde gelmiştir. Zira yatırımcıların finansal tabloların gerçekliğine ilişkin şüpheleri bağımsız denetimin gerçekliğine olan inançta ve şirketlerin sermaye artırımlarında bir tehlike yaratmıştır. Mitschow, M.C., Asgary, N. (2004). *Ethics in Auditing: An Examination of Auditor Independence, Reserach on Professional Responsibility and Ethics in Accounting*, Vol. 9, Edited by Cynthia JEFFREY, USA, s. 51.

³⁶⁷ Denetçinin bağımsızlığının sağlanması konusunda düzenleyici otoritelerin katkısının olmaması, piyasanın işleyişi içerisinde bağımsızlığın kendi içerisinde oluşacağına ilişkin görüş için bkz. Houghton, K.A. *Auditor Independence: A Market-Based Model Controlling Independence Decisions*, Web: <http://archive.treasury.gov.au/documents/297/PDF/houghton.pdf> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

³⁶⁸ Bu nedenledir ki, ABD uygulamasında her ne kadar hukukumuzda olduğu gibi bir takım bağımsızlık kriterleri konulmuş olsa da, denetimin bağımsızlığı konusunda SEC tarafından her türlü koşullar değerlendirilebilmektedir. Bu husus SEC tarafından çıkarılan Regulation S-X düzenlemesinin Item 2-01 bölümünün 3/b paragrafında açıkça belirtilmiştir.

³⁶⁹ Plaats, s. 625, 630.

(2) Bağımsızlık Kavramı

Bağımsızlık, bağımsız olma halini ifade etmekte olup³⁷⁰, davranışlarını, tutumunu, girişimlerini herhangi bir gücün etkisinde kalmadan düzenleyebilen, özgür, hür anlamına gelmektedir. Bu kapsamda denetçinin bağımsızlığı dar anlamda, denetçinin faaliyetlerini sürdürmede her hangi bir etki altında kalmadan hareket edebilmesi olarak tanımlanabilir. Bağımsızlık bu anlamda tarafsızlık ve objektiflik anlamına da gelmektedir. Tarafsızlık ve objektiflik ise denetlenen ortaklığa, denetlenen ortaklığın yönetimine, düzenleyici otoriteye ve kamuya karşı olunması gereken bir durumdur. Geniş anlamda bağımsızlık ise hiçbir yerden direktif almadan, tamamen mesleki bilgi ve becerilerine bağlı olarak meslek örgütünün koymuş olduğu standartlar ve yasalar çerçevesinde mesleğin yapılması olarak ifade etmektedir³⁷¹. SPKır Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 13/1 hükmüne göre bağımsızlık, mesleki faaliyetin dürüst ve tarafsız yürütülmesini sağlayacak bir davranış ve anlayışlar bütünüdür.

Bağımsızlık ilk olarak denetlenen ortaklığa ve onun yönetimine karşı algılanmaktadır. Ancak bu sadece mesleki anlamda profesyonel bir bağımsızlıktır. Bunun yanında, bağımsızlık denetlenen ortaklığın ortaklarına, alacaklılarına, garantörlerine, tedarikçilerine vs. kişilere diğer bir ifade ile kamuya karşı da olması gereken bir durumdur. Dolayısıyla profesyonel olarak sunulan hizmetlerde sağlanan bağımsızlığın diğer kişilere de gösterilmesi ya da kamuoyu nezdinde bağımsız olduğu intibainın da yaratılması gerekmektedir.

Böylelikle ifade edilebilir ki, bağımsızlık unsuru hem görünüşte hem de gerçekte olmalıdır. Bu husus TÜRMOB Etik Yönetmeliğindeki Etik İlkeler md. 53/1 hükmünde “fikren” ve “görünümde” bağımsızlık olarak adlandırılmıştır. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 22/1 hükmünde ise “esasta” ve “şekilde” bağımsızlık olarak adlandırılmıştır. Söz konusu Etik İlkelerin kaynağını teşkil eden IESBA Etik Kurallarının 290.6 numaralı paragrafında bağımsızlık “*independence of mind*” ve “*independence in appearance*” olarak ikiye ayrılmıştır³⁷².

³⁷⁰ Web: <http://www.tdk.gov.tr> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

³⁷¹ Ulusoy, Y. (2005). Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Fonksiyonları ve Denetçi Bağımsızlığı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, s. 285.

³⁷² Doktrinde bu ayrımı “*practitioner independence*” ve “*profession independence*” olarak da ifade edildiği görülmektedir. Mautz, Sharaf, s. 247. Keza “*independence of mind*” yerinde “*independence in fact*” da denilmektedir. Porter, Simon, Hatherly, s. 67. Ancak bu ayrım ya da terminolojik farklılık tamamen aynı esaslara dayanmakta olup, pratikte bir değişiklik yaratmamaktadır. Biri mesleki olarak yürütülen faaliyeti

Fikren veya esasta bağımsızlık, meslekî kararın dış etkilere bağımsız olarak verilmesi, meslek mensubunun dürüstlük, tarafsızlık ve meslekî şüphecilik içinde davranmasıdır. Görünümde veya şekilde bağımsızlık ise, gerekli tüm bilgilere sahip, makul ve uygulanan önlemleri bilen üçüncü bir grup tarafından da firmanın ve sözleşme ekibinin dürüstlük, tarafsızlık ve meslekî şüpheciliğinin onaylanmasını yahut bu özelliklerinden ödün verildiği intibaiden sakınılmasını ifade etmektedir. IESBA Etik Kurallarında fikri bağımsızlık benzer bir şekilde tanımlanmış iken, görünüşteki bağımsızlık; spesifik tüm veri ve durumları göz önünde tutarak makul ve bilgili bir üçüncü kişinin BDK ya da denetim ekibi üyelerinin dürüstlük, objektiflik ve mesleki şüphecilik içerisinde hareket etmediğini düşünmesi sonucunu doğurabilecek ve bu üçüncü kişiler tarafından önemli addedilen durum ve gerçeklerden kaçınma olarak tanımlanmıştır. Bu tanım KGK düzenlemesine daha yakındır. Söz konusu tanımlar arasında pratikte bir farklılık bulunmamaktadır. Zira görünüşteki bağımsızlık üçüncü kişilerin gözünde denetçinin bağımsız bir şekilde hareket ettiği intibainin yaratılması ve yapılan denetim faaliyetlerine onay vermesi şeklinde algılanmalıdır.

Denetçinin bağımsızlığa denetim faaliyetlerini yürüttüğü tüm süre boyunca ihtiyacı bulunmaktadır. Bağımsızlık, denetçinin (a) denetim programını hazırlamasında ve uygulamasında, (b) denetim kanıtı toplamasında ve değerlendirmesinde, (c) raporunu hazırlamasında gerekmektedir. Bağımsızlığın programlama, araştırma ve raporlama olmak üzere üç boyutu bulunmaktadır³⁷³.

Denetçinin bağımsızlığı incelenirken denetçinin dürüstlüğü ve tarafsızlığı ya da objektifliği de ele alınmaktadır. Söz konusu özellikler birbirinden farklı anlamlar içermektedir. Bağımsızlık denetçinin objektif olma zorunluluğunun bir ön koşulu olarak değerlendirilmelidir. Objektif olmak için öncelikle bağımsız olmak gerekmektedir. Bağımsızlık tek başına bir denetim faaliyetinin standartlara uygun olarak yürütüldüğünü göstermemektedir. Denetçinin tüm bağımsızlık kriterlerini sağlamasına rağmen objektif değil ise yürüttüğü denetim faaliyetinin standartlara uygun olduğu ileri sürülemez³⁷⁴. Ancak bu kavramlar birbirlerinin yerine kullanılabilen ve aynı anlama gelen kavramlar değildir. Bu

gerçekleştirmede bağımsızlık iken diğeri bu eylemin üçüncü kişiler tarafından bu şekilde kabul edilmesini sağlamayı hedeflemektedir.

³⁷³ Mautz, Sharaf, s. 249.

³⁷⁴ Şüphesiz ki, bunun tersi olarak denetlenen ortaklıkların batmasının ya da finansal tablolarının tamamen gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıtmamasının nedeni de denetçinin bağımsız olması değildir. IESBA Etik İlkelerinin sırasıyla 110, 120 (ve 280) ve 290 no.lu bölümlerinde tarafsızlık, objektiflik ve bağımsızlık kavramları benzer bir şekilde tanımlanmıştır.

kavramlar arasındaki farkı açıklamak üzere İngiltere'deki ilgili otorite olan APB³⁷⁵ tarafından çıkarılan etik standartlardan yararlanmak mümkündür. APB tarafından çıkarılan ve daha sonra FRC tarafından kabul edilen “*Ethical Standart 1: Integrity, Objectivity and Independence*”, bu hususta detaylı açıklamalarda bulunmaktadır³⁷⁶. Söz konusu standarda göre denetçi ortaklığın finansal tablolarını denetlerken dürüst, objektif ve bağımsız davranmalıdır.

Dürüstlük, kamu yararı hususunda görev yapanlar için bir ön koşuldur. Denetçi dürüst olmalı ve öyle görünmelidir. Dürüstlük sadece dürüst olma hali değildir. Bunun yanında, adillik, cesaret, entellektüel dürüstlük, sadakat, açık sözlülük ve samimiyeti de içeren daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Dürüst olan denetçi, kişisel, finansal, iş ilişkisel olarak diğer denetim ekibi, BDK veya diğer denetim elemanları, denetlenen ortaklık çalışanlarından yahut bunların iştirakleri, hâkim ortakları, kilit personellerinden kaynaklanabilecek çıkar çatışmasından etkilenmemeli ve bundan etkilenmiş gibi de görünmemelidir. Dürüstlük, denetçinin denetlenen ortaklık ve ortakları ile iletişimini engellemeyecek şekilde sır saklamayı da içerir.

Objektiflik bir tarafa meyilli olmayı, ön yargıyı ve ödün vermeyi dışlayan, adil ve tarafsız bir şekilde yürütmekte olduğu faaliyeti gerçekleştirmeyi ve değerlendirmeyi ifade eden bir fikri durumdur. Denetçinin objektif olmasının gerekliliği, finansal tablo hazırlamanın bir gerçeklik meselesi değil muhakeme meselesi olmasını da içeren pek çok önemli konulardan ileri gelmektedir³⁷⁷. Denetçi kararını denetlediği finansal tabloya göre vermelidir. Denetçinin objektifliği tüm uygulanabilir denetim delilleri ve denetçinin mesleki değerlendirmesi ışığında tarafsız olarak görüş verilmesini gerektirir.

³⁷⁵ APB-The Auditing Practices Board- 1991 yılında kurulmuş olup, daha sonra 2002 yılında FRC-Financial Reporting Council- içerisine alınmıştır.

³⁷⁶ Web: [http://www.frc.org.uk/getattachment/d7602054-31eb-49c8-b7a5-e4336ce762e1/ES-1-\(Revised\)-Integrity,-objectivity-and-independence.aspx](http://www.frc.org.uk/getattachment/d7602054-31eb-49c8-b7a5-e4336ce762e1/ES-1-(Revised)-Integrity,-objectivity-and-independence.aspx) ve

<http://www.frc.org.uk/Our-Work/Codes-Standards/Audit-and-assurance/Standards-and-guidance/Standards-and-guidance-for-auditors/Ethical-standards-for-auditors.aspx> adreslerinden 23.1.201’de alınmıştır.

³⁷⁷ Standartta bu hususta verilen örnek, ortaklık yöneticilerinin sahip oldukları pek çok muhasebe politikası seçeneklerinden birini seçerken seçtikleri politikanın ortaklık için uygun olduğuna yönelik bir değerlendirmelerinin olduğu hususudur. Hazırlanan finansal tablo sadece tüm gerçeklerin olduğu gibi yerleştirildiği bir kâğıt olmayıp, yapılan muhakeme neticesinde seçilen politikaya göre hazırlanan bir kâğıttır. Bu nedenledir ki, finansal tabloların gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıtması aranmaktadır. Buna finansal tabloların “*fairly presents*” olması gerekliliği de denilmektedir. Buna göre ortaklık finansal tablosu seçilen muhasebe politikası nedeniyle oldukça karlı gösterebilir ama bu gerçek olmayabilir. Muhasebe standartlarına göre bir aykırılık bulunmadığı halde gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıtmadığı için denetçi bu hususu raporunda belirtebilir. Cox, Hillman, Langevoort, s. 554.

Tarafsızlık, TÜRMOB Etik İlkeleri md. 1/1-b uyarınca *“Yanlı veya önyargılı davranarak; üçüncü kişilerin haksız ve uygunsuz biçimde yaptıkları baskıların meslek mensuplarının meslekî kararlarını etkilememesi veya engellememesi”*ni ifade etmektedir. Denetçi, mesleki şüphecilik ile hareket etmek durumunda olup, denetlediği ortaklığı ve onun yönetimini baştan dürüst ya da dürüst olmadığı ön yargısına sahip olmaksızın faaliyetlerini sürdürmek durumundadır.

Bağımsızlık ise makul ve bilgili üçüncü kişinin objektifliğin bulunmadığı ya da öyle görüldüğü sonucuna varması olasılığını doğurabilecek durum ve ilişkilerden bağımsız olmayı ifade eder. Bağımsızlık, objektiflik ile ilgili olup, onun temelini oluşturmaktadır. Ancak objektiflik denetçinin fikri durumu ile alakalı karakteristik bir kişisel davranış iken, bağımsızlık finansal, iş ve işçi ilişkilerini ve denetçi ile denetlenen ortaklık ve onunla ilgili gerçek ve tüzel kişiler arasındaki kişisel ilişkileri de içeren ve denetim sürecini kapsayan olaylar ile ilgilidir. Bağımsızlık ihtiyacı çoğu örnekte olduğu gibi finansal tablo kullanıcılarının ve diğer üçüncü kişilerin denetçinin gerçekten objektif olup olmadığını değerlendirme konusunda gerekli olan tüm bilgiye sahip olmamasından ileri gelmektedir.

(3) Türk Hukukunda Denetçinin Bağımsızlığına İlişkin Düzenlemeler

Türk hukukunda denetçinin bağımsızlığına ilişkin olan düzenlemeler TTK, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği ve SPKr Faaliyet Tebliği Taslağında yer almaktadır. Türk hukukunda bağımsızlığa ilişkin düzenlemelerin, bağımsızlığı ortadan kaldıran hallerin düzenlenmesi suretiyle ele alındığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerin bir kısmı birbirleri ile aynı hususu düzenlemekle birlikte, çalışma konumuz itibarıyla BDK’lar söz konusu tüm düzenlemelere uymak zorunda olup, bağımsızlıklarını tüm bu düzenlemelere bakılarak belirlemek gerekmektedir. SPKn dışındaki bağımsız denetçiler bakımından TTK ve KGK düzenlemeleri yeterlidir.

i. TTK Uyarınca Denetçinin Bağımsızlığı

TTK uyarınca bağımsızlık kriterleri açıkça düzenlenmemiş olup, hangi hallerde denetçinin bağımsız olmadığı ve bu nedenle denetçi seçilemeyeceği düzenlenmiştir. TTK md. 400 hükmünün incelenmesinden bağımsızlık konusunda uluslararası standartlar ve SPKr düzenlemeleri ile tam bir paralellik olmadığı dikkati çekmektedir. Ancak hükümde yer almayan ve fakat standartlar içerisinde yer alan hususların ayrıca kanun metni içerisinde yer alması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu nedenle düzenlemeler arasındaki farklılığın

TTK'daki bir eksiklik olarak değil kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak değerlendirmek gerekir.

Bu çerçevede, aşağıda belirtilen hallerin varlığı halinde TTK md. 400 hükmünde sayılan kişiler ortaklığın denetçisi olamazlar. Hükümde sayılan kişiler ise (a) yeminli mali müşavir, (b) serbest muhasebeci mali müşavir ve/veya (c) sermaye şirketi ve (d) bunların ortaklarından biri ve (e) bunların ortaklarının yanında çalışan veya (f) tüm bu kişilerin mesleği birlikte yaptıkları kişi veya kişilerdir.

Hükümde bağımsızlığı zedeleyen haller ise ayrı ayrı belirtilmiştir³⁷⁸.

a) *Denetlenecek ortaklıkta pay sahibi olması hali (md.400/1-a):* Hükümde sayılan kişilerden birinin denetlenecek ortaklıkta pay sahibi olmaması gerekmektedir. Şöyle ki, eğer denetçi ortaklıkta pay sahibi olur ise denetlenen ortaklığın mali durumundaki olumsuzlukları pay değerinin düşmesi ihtimaline binaen göz ardı edebilecek ve raporunu gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıtabilecek şekilde oluşturamayabilecektir. Kanun koyucu ortak olma konusunda herhangi bir sınır ya da ne şekilde ortak olunduğu hususunda bir ayırım yapmamıştır. Bu nedenle borsada elde etme yahut miras yolu ile elde etme arasında bir fark olmadığı gibi bir lot pay alma ile ortaklıkta büyük oranda ortak olma hali arasında bir fark bulunmamaktadır. Hükümde denetçinin sadece pay sahipliğinden söz edilmektedir. Kanaatimizce, hükmün IESBA ve ABD düzenlemelerine uygun olarak³⁷⁹, denetçinin finansal ilişki içerisinde olmaması gerektiği hususunu içerecek şekilde yeniden düzenlenmesi gerekmektedir. Finansal ilişki kavramı, ticari³⁸⁰, iş, kredi, garanti, işçi ilişkisinden bağımsız bir durumu ifade etmekte olup, pay sahipliğini de kapsamaktadır. Benzer şekilde denetlenecek ortaklığın, bağımsız denetim firmasına yatırım yapması hali de hükümde düzenlenmediği gibi denetçinin aile üyelerinin denetlenecek ortaklığa yaptığı yatırımlara ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktadır.

³⁷⁸ Bağımsızlığa ilişkin hallerin sınırlı sayıda olmaması gerekirken, maddede belirtilen haller dışında oluşabilecek bir neden ile bağımsızlığın zedeleneyeceği ve bu nedenle hükümde sayılan kişilerin denetçi olamayacağı yönünde geniş yorum yapılmasına izin vermemesi hükmün bir eksikliği olarak değerlendirilmektedir.

³⁷⁹ ABD'de Regulation S-X düzenlemesinin Item 2-01 hükmü ile IESBA'nın 290.102 nolu standardı bu hususu düzenlemektedir.

³⁸⁰ Örneğin denetim firması ile denetlenecek ortaklık arasında bir ticari sözleşme imzalanmış olabilir. Bu durum hükümdeki hallerin birine girmemektedir. ABD'de uzun yıllardır American Express Company'nin denetimini gerçekleştiren Ernst&Young firması ile olan kar paylaşımını içeren bir gezi ticareti yapılması üzerinde inceme başlatan SEC tarafından söz konusu ortaklığın denetiminin Ernst&Young yerine PricewaterhouseCoopers tarafından yapılmasına karar verilmiştir. Porter, Simon, Hatherly, s. 117.

b) *Denetlenecek ortaklıkta yönetici ya da diğer bir pozisyonda çalışma hali (md. 400/1-b):* Hükümde sayılan kişilerden birinin, denetlenecek ortaklığın yöneticisi veya çalışanı olmaması gerektiği gibi denetçi olarak atanmasından evvelki üç sene içinde de bu sıfatı taşıması gerekmektedir. Hüküm, denetlenecek ortaklıktaki herhangi bir sıfatla çalışmayı bağımsızlığın kaybedilmesi olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla kişinin, ortaklık yönetim kurulu üyesi ya da mali işler müdürü olması ile herhangi bir alt pozisyonda çalışması arasında fark bulunmamaktadır.

c) *Denetlenecek ortaklık ile bağlantısı bulunan kişi nezdinde ilişkili olma hali (md. 400/1-c, d):* Hükümde sayılan kişilerin, denetlenecek ortaklık ile bağlantısı bulunan bir tüzel kişi veya ticaret şirketi yahut ticari işletmenin sahibi, kanuni veya iradi temsilcisi, yönetim kurulu üyesi, yöneticisi olmaması veya bunlarda yüzde yirminin üzerinde paya sahip olmaması gerekmektedir. Bu hüküm ile dolaylı pay sahipliği veya yönetsel ilişkinin bulunmaması gerektiği düzenlenmiştir. Hüküm bu hali ile düzensiz bir şekilde kaleme alınmıştır. Şöyle ki, öncelikle hükümde bağlantılı ortaklık kavramının tanımı yapılmamıştır. Bağlantılı ortaklık ile şirketler topluluğu hükümlerine tabi ortaklıkların mı anlaşılması gerektiği yahut karşılıklı iştirak ilişkisinin var olduğu ortaklıkların mı anlaşılması gerektiği ya da yoğun yahut mecburi bir şekilde ticari iş ilişkisinde bulunulan ortaklıkların mı anlaşılması gerektiği belirli değildir. Ayrıca, denetçinin bağlantılı ortaklığın hâkim ortağının temsilcisi veya yöneticisi olma hali düzenlenmemiş olup, denetçinin denetlenecek ortaklığın yüzde yirmisinden fazla paya sahip bir ticaret şirketinde çalışma hali düzenlenmediği gibi bu oranda paya sahip olan gerçek kişiye herhangi bir hizmetinin olmaması gerektiği bu bakımdan birbirleri ile paralel düzenlemeler değildir. Kanaatimizce, denetlenecek ortaklığın yüzde yirmisinden fazla payına sahip olan gerçek ya da tüzel kişi yahut ticari işletmesinde denetçinin çalışmıyor olması gerektiği yönünde sade bir düzenlemenin yapılması yeterli ve gereklidir.

d) *Akrabalık ilişkisi olması hali (md. 400/1-c):* Hükümde sayılan kişilerin, denetlenecek ortaklığın yönetim kurulu üyesinin veya bir yöneticisinin alt veya üst soyundan olmaması, eşi yahut üçüncü derece dâhil kan yahut kayın hısımlığının olmaması gerekmektedir. Kanaatimizce, hükmün denetlenecek ortaklık yönetim kurulu üyesi ile yöneticisinin yanında hakim ortak gibi ortaklık içerisindeki rolüne göre benzer bir etkili görev ifa eden ortaklık görevlilerini de kapsayacak şekilde genişletilmesinde yarar bulunmaktadır. Zira hükümde yer alan “yönetici” ifadesi muğlâk olup, ne şekilde ispatlanabileceği belirli değildir. Öte yandan, bu tür ilişkilerin varlığı halinde kesin bir

şekilde olumsuz sonuca varılmaması gerekmekte olup, bağımsızlığı tehdit eden olayın kabul edilebilir bir seviyeye indirilmesi amaçlanmalıdır. Örneğin, bir denetim firmasının A ortaklığında yapacağı denetimde görevli olan kıdemli denetçinin eşinin, A ortaklığının yönetim kurulu üyelerinden birinin kardeşi olması halinde, anılan kıdemli denetçi yerine başka bir denetçi atanabilir ve böylelikle bağımsızlığı tehdit eden etken kabul edilebilir bir seviyeye indirgenmiş olur. Ancak TTK düzenlemesinde bu şekildeki esnekliklere yer verilmemiştir. Ayrıca bu durum bir önceki hal ile birlikte aynı bentte düzenlenmiş olup, birbirleri ile bağlantısı olmayan bu iki halin farklı bentler halinde düzenlenmesinin de kanun tekniği bakımından daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

e) *Denetlenecek ortaklıktaki finansal verileri hazırlamada belirli görevlerde bulunma hali (md. 400/1-e):* Hükümde yer alan kişilerin, denetlenecek ortaklıkta, defterlerin tutulmasında veya finansal tabloların düzenlenmesinde denetleme dışında faaliyet ya da katkıda bulunmaması gerekmektedir. Hükümün düzenlenme şeklinde çelişkili bir ifade bulunmaktadır. Şöyle ki, denetçinin, denetlenecek ortaklıkta defterlerin tutulması ve finansal tabloların hazırlanmasında bir faaliyet ya da katkıda bulunmaması gerekmektedir. Bu oldukça anlaşılabilir bir durumdur. Ancak hükümde denetçinin, “denetleme dışında” bu faaliyet ya da yardımlarda bulunmasının önlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. O zaman daha evvel denetleme yaptığı finansal tablolarda tekrar denetçi atanması mümkün hale gelebilecektir. Oysaki bu durumda da denetçinin kendi denetiminden geçen finansal tabloları tekrar denetlemesinde bir bağımsızlık ve objektiflik sorununun yaşanması muhtemeldir. Bu nedenle hükümdeki “denetleme dışında” ifadesine gerek bulunmadığı düşünülmektedir. Ayrıca, bu bentte belirtilen neden ile denetçi olunmaması halinin belli bir süre ile sınırlandırılması gerektiği kanaatindeyiz. Keza hükme finansal veri hazırlanması sürecindeki bilgi işlem desteğinin sağlanması, değerlendirme hizmetinin sunulması gibi hususların da eklenmesi gerekmektedir.

f) *Hükümün (e) bendi uyarınca denetçi olamayacak kişiler ile ilişkili olma hali (md. 400/1-f):* Hükümdeki ifade karışık olmakla birlikte, anlatılmak istenen husus, denetçinin, denetlenecek ortaklıkta finansal tablo ya da defter tutulmasında faaliyette ya da yardımda bulunan gerçek ya da tüzel kişi ile yönetsel ve ticari bir ilişkisinin de bulunmaması gerektiğidir.

g) *Denetçi olamayacak kişinin nezdinde çalışma hali (md. 400/1-g):* Hükümde sayılan kişilerin, hükümün (a) ila (f) bentlerinde yer alan haller nedeni ile denetçi olamayacak

kişinin nezdinde de çalışıyor olmaması gerekmektedir. Kanuna karşı hilenin önlenmesini teminen söz konusu düzenleme ile denetimin denetçi olamayacak bir kişinin nezaretinde yapılmasının önüne geçilmek istenmiştir.

h) *Denetlenecek ortaklıktan elde edilen gelirin tüm gelirlere oranının belli bir rakamın üzerinde olması hali (md. 400/1-h):* Hükümde sayılan kişilerin, son beş yıl içerisinde mesleki faaliyetleri nedeni ile elde ettiği gelirin tamamının yüzde otuzundan fazlasını, denetlenecek ortaklığa ya da onun yüzde yirmisinden fazla pay sahibi olduğu ortaklıklara verilen denetleme ve danışmanlık faaliyetlerinden elde etmemiş olması ve bunu cari yılda da elde edecek olmaması gerekmektedir. Bu hüküm bağımsız denetçide denetlenen ortaklığa karşı finansal bir bağılılık hissi oluşmaksızın faaliyetlerini sürdürmesi amaçlamakta olup, denetçinin müşteri ortaklık yelpazesini genişletmesini gerektirmektedir. Hükümde denetçinin tüm gelirleri ile denetlenen ortaklıktan elde ettiği gelirin kıyaslanması söz konusudur. Kanaatimizce bu eksik bir düzenlemedir. Şöyle ki, denetçinin bir ortaklıktan denetim ve denetim dışı faaliyetleri nedeniyle elde ettiği gelirlerin oranına bakılmak suretiyle bağımsızlığının ihlal edilip edilmediğine bakılması ihmal edilmiştir. Kanaatimizce, hem müşteri ortaklık bazında hem de genel gelirler bazında denetimden elde edilen gelirler ile denetim dışı faaliyetlerden elde edilen gelirlerin de birbiri ile orantılı olması gerektiğine yönelik bir düzenlemeye yer verilmesi halinde denetçinin bağımsızlığı konusunda daha etkin bir düzenleme yapılmış olurdu. Bu bağlamda, örneğin, bir müşteriden elde edilen toplam gelirin, denetçinin tüm gelirine oranı %30'un altında olmakla birlikte, bu müşteriden elde edilen gelirin %90'ının denetim dışı hizmetlerden kazanılıyor olması da bağımsızlığı tehlike altına alabilecek bir unsur olarak değerlendirilmelidir.

Öte yandan, hükümde yer alan gelir oranının yüksek veya düşük tutulması denetim kalitesini doğrudan etkileyebilen bir denge taşıdır. Şöyle ki, belirtilen gelir oranının yüksek tutulması, mesela yüzde elli olarak belirlenmesi, halinde denetim firmasının, denetlenecek ortaklığı kaybetmemek amacıyla gerçek dışı raporlar hazırlama ihtimali yükselebilecektir. Keza bu oranın çok düşük tutulması ise denetçinin faaliyetlerinin kalitesini düşürebilecektir.

İngiltere'de APB tarafından yayınlanan 4 nolu Etik Standardına göre bir denetim firmasının yıllık gelirinin %10'unun bir ortaklıktan elde ediliyor olması halinde bağımsızlık unsurunun olmadığından, bu oranın %5 ila %10 arasında olması halinde ise bağımsızlığın

tehlike altında olduğu ve ilave tedbirlerin alınması gerektiği ifade edilmiştir³⁸¹. IESBA tarafından yayınlanan Etik Kuralların 290.220 nolu paragrafında bir denetim firmasının denetlediği bir ortaklıktan elde ettiği gelirin tüm gelirinin büyük bir oranını teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Ancak söz konusu Etik Kuralların 290.222 nolu paragrafında ise kamuya yararlı ortaklıkların denetimini gerçekleştiren denetçiler bakımından bu oranın %15'i geçmesi halinde bağımsızlığı tehlike altına alan bir durumu oluşturduğu ve bunun kamuya açıklanması gerektiği ifade edilmiştir. AICPA *Code of Conduct*'un bağımsızlık konusundaki genel açıklamalarını düzenleyen 100.01 nolu paragrafının 18/3 nolu alt paragrafında denetçinin bir müşterisinden gereğinden fazla oranda denetim ücreti almaması gerektiği ifade edilmiştir. AICPA tarafından açık bir oran verilmemesine rağmen uygulamada IESBA gibi %15'lik oranı uyguladığı kabul edilmektedir³⁸².

Ayrıca hükümde şartlı ücret konusuna da yer verilmesinde fayda olduğu düşünülmektedir. Zira denetim ücretinin belli bir şarta bağlanmış olmaması gerekmektedir. Mesela olumsuz görüş halinde 50 birim teklif edilen denetim ücretinin olumlu görüş verilmesi halinde 100 birim olarak teklif edilmesi gibi. Bu husus IESBA Etik Kuralların 290.224 vd. paragraflarında ve AICPA tarafından yayınlanan *Code of Conduct*'un 302 nolu paragrafında ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

ii. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği Uyarınca Bağımsızlığı

KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 22 hükmünde düzenlenen denetçinin bağımsızlığı konusu TTK düzenlemelerine nazaran daha esnek ve gelişmeye daha müsaittir. Öncelikle ifade edilmelidir ki, anılan KGK düzenlemesi uyarınca bağımsızlığı zedeleyen haller sınırlı sayıda sayılmamış ve bağımsızlığın zedelendiği kanaatinin oluşması halinde bağımsızlığın ortadan kalktığı ifade edilmiştir. Bu sonuç görünürde bağımsız olma halinin kabulünün doğal bir sonucudur. Bununla birlikte anılan düzenleme bir takım hallerde, TTK'da olduğu gibi, bağımsızlığın ortadan kalktığı varsayımında da bulunmaktadır. Aksinin ispatının mümkün olmadığı bu varsayımlar şunlardır.

³⁸¹ Web: [http://www.frc.org.uk/getattachment/01e90f9f-b1d9-4ff8-af9e-d796d933d61b/ES-4-\(Revised\)-Fees,-remuneration-and-evaluation-policies,-litigation,-gifts-and-hospitality.aspx](http://www.frc.org.uk/getattachment/01e90f9f-b1d9-4ff8-af9e-d796d933d61b/ES-4-(Revised)-Fees,-remuneration-and-evaluation-policies,-litigation,-gifts-and-hospitality.aspx), paragraf 37 adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

³⁸² AICPA (2012), *Plain English Guide to Independence*, s. 40. Web: <http://www.aicpa.org/INTERESTAREAS/PROFESSIONALETHICS/RESOURCES/TOOLS/Pages/default.aspx> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

a) Bir Takım İlişkilerin Varlığı: Denetçiler ile BDK ortakları, kilit yöneticileri³⁸³, denetçileri ve bunların boşanmış olsa dahi eşleri ile üçüncü dereceye (dâhil) kadar kan ve kayın hısımları veya denetlenen işletme veya bunlarla ilgili olanlarla doğrudan veya dolaylı menfaat, ortaklık, kilit yönetici sıfatıyla iş, olağan ekonomik ilişkiler dışında borç veya alacak ilişkilerine girilmiş olması bağımsızlığın ortadan kalktığı hallerin başında gelmektedir.

Hüküm, anlatmak istediği hususu düşük bir ifade ile vermekle birlikte, özetle denetçi ile yakınlarının denetlenen ortaklık veya bunun ilgili olduğu diğer ortaklıklar ile doğrudan veya dolaylı menfaat, ortaklık, iş, olağan dışı alacak-borç ilişkilerine girilmesi hallerinde bağımsızlığın zedelendiğini ifade etmektedir.

Madde metninde yer alan hususlar aslında IESBA tarafından yayınlanan Etik Kurallar ve KGK Bağımsız Denetçiler İçin Etik Kurallar Taslağında ayrıntılı olarak yer almaktadır. Söz konusu Etik Kuralların 290.102 ila 290.117 paragrafları finansal ilişkileri; 290.118 ila 290.123 paragrafları kredi ve garanti ilişkileri; 290.124 ila 290.126 paragrafları iş ilişkilerini; 290.127 ila 290.133 paragrafları arası ailevi ve kişisel ilişkileri; 290.134 ila 290.141 paragrafları denetlenen ortaklık nezdindeki çalışma ilişkilerini; 290.142 paragrafı geçici iş ilişkisini; 290.143 ila 290.145 paragrafları geçmiş döneme ait sunulan hizmet ilişkileri; 290.146 ila 290.149 hükümleri denetlenen ortaklık nezdindeki yönetici veya daha alt seviyede yönetici olunmasından ileri gelen ilişkileri; 290.150 ila 290.156 paragrafları kıdemli denetçilerin uzun zamandan beri görev almasından kaynaklanan ilişkileri; 290.157 ila 290.219 paragrafları denetim dışı sunulan hizmetlerden kaynaklanan ilişkileri; 290.220 ila ücret ilişkilerini düzenlemektedir.

Bu hallerde bağımsızlığa yönelen tehditin sürdürülebilir bir seviyeye indirgenmesi, bu seviyeye inilememesi halinde denetim ilişkisinin sona erdirilmesi gerekmektedir. Oysaki anılan Yönetmelik düzenlemesi ile herhangi bir ingirgeme yapılmaksızın bağımsızlığın ortadan kalktığı kabul edilmektedir.

b) Geçmiş denetim ücretinin ödenmemesi: Denetlenen ortaklığın geçerli bir nedene dayanmaksızın geçmiş dönemlere ait denetim ücretini ödememiş olması bağımsızlığı

³⁸³ KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 4/1-k hükmü uyarınca kilit yönetici, “*yönetim organı üyeleri dâhil olmak üzere, şirketin faaliyetlerini plânlama, yönetme veya kontrol etme yetki ve sorumluluğuna doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan kişileri*” ifade etmektedir. IESBA Etik İlkelerinin son bölümünde yer alan tanımlar kısmında “*key audit partner*” olarak tanımlanan kavram ise kuradaki “kilit yönetici” kavramından biraz daha farklı tanımlanmıştır. Bkz. aşa. dn. 408.

zedeleyen bir hal olarak değerlendirilmiştir. IESBA Etik Kurallarının 290.223 paragrafı kısmen bu hususu düzenlemektedir. Anılan ilke uyarınca normalde denetim ücretinin denetim raporunun teslim edilmesinden evvel ödenmesi gerekmekte olup, bu yapılmamış ise bu tehditin kabul edilebilir bir seviyeye indirgenmesini teminen denetçi tarafından denetlenen ortaklığa verilmiş bir borç olarak değerlendirilebilir ve buna ilişkin olarak denetimin sürdürülebilir olup olmadığına karar verilmesi önerilmiştir.

c) Denetim ücretinin şarta bağlanması: Denetim ücretinin, denetim sonuçları ile ilgili şartlara bağlanmış olması, denetimin kalitesine dair belirsizlikler oluşturması, denetim kuruluşu tarafından denetlenen işletmeye sunulan denetim dışı diğer hizmetler dikkate alınarak belirlenmesi halleri de bağımsızlığı zedeleyen bir hal olarak değerlendirilmektedir. IESBA Etik Kurallarının 290.224 vd. paragraflarında “*contingent fee*” olarak tanımlanan bu hallerde bağımsızlığın zedelendiğini söylemek oldukça kolaydır. Zira ekonomik gelirini sadece denetim ücretlerinden elde eden bir denetçinin bu gelirin elde edilmesine dair bir şartı yerine getirmede objektif davranması ve bağımsızlığını koruması oldukça zordur. Bu da görünürdeki bağımsızlığı zedeleyici bir hal olarak değerlendirilmelidir.

d) Bağımsızlığı zedeleyen diğer hallerin varlığı: KGK tarafından bu düzenleme ile bağımsızlığı zedeleyici hallerin sınırlı sayıda belirlemenin imkânsızlığı dolayısıyla bu konuda açık bir kapı bırakılmıştır.

iii. SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı Bakımından Bağımsızlığı

TTK’da yer alan denetçinin bağımsızlığına ilişkin düzenlemenin aksine SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 12-13 hükümlerinde, bağımsızlığa ilişkin temel kuralların yanında bağımsızlığı zedelen haller sınırlı sayıda olmamak üzere düzenlenmiştir. Bağımsızlığın zedelendiğine dair tereddüt oluşması gerekli ve yeterlidir. SPKr Tebliği, bağımsızlığı BDK ve denetçiler bakımından öngörmüştür. Bu bakımlardan KGK düzenlemelerinin SPKr düzenlemeleri ile paralel olduğu görülmektedir.

SPKr Tebliği uyarınca denetçinin bağımsızlığının ortadan kalktığı haller başlıca şunlardır;

a) Denetçinin bağımsızlığını ortadan kaldıran hallerin başında denetçi ile denetlenen ortaklık arasındaki bir takım ilişkilerin varlığı gelmektedir. Buna göre bağımsız denetim kuruluşunun kendisi yahut (a) ortakları, (b) yöneticileri, (c) bağımsız denetçileri,

(d) denetçi yardımcıları ve (e) bunların 3 üncü dereceye kadar (3 üncü derece dâhil) kan ve sıhrî hısımları ile eşlerinin;

- Denetlenecek olan ortaklık veya onun ile ilgili olanlardan doğrudan veya dolaylı olarak menfaat elde etmesi yahut menfaat sağlanacağı vaadinin ilgili denetçi tarafından BDK yönetimine yazılı bildirilmesi,

- Denetlenecek olan ortaklık veya onun ortaklarıyla ya da onun yönetim, denetim yahut sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak bağlı bulunduğu yahut nüfuzu altındaki gerçek ya da tüzel kişilerle ortaklık ilişkisine girmesi,

- Denetlenecek ortaklık ile onun bağlı ortaklıkları, müşterek yönetime tabi teşebbüsleri ve iştiraklerinde kurucu, yönetim kurulu başkan ya da üyesi, şirket müdürü veya yardımcısı veya işletmede önemli karar, yetki ve sorumluluğu taşıyan başka sıfatlarda görev alması,

- Denetlenecek ortaklık veya onun bağlı ortaklıkları, müşterek yönetime tabi teşebbüsleri ve iştirakleri ile olağan ekonomik ilişkiler dışında borç-alacak ilişkisine girilmiş olması³⁸⁴,

hallerinde denetçi ya da BDK'nun bağımsızlığı ortadan kalkmış durumdadır.

b) Geçmiş yıllara ait denetim ücretinin, geçerli bir nedene dayanmaksızın müşteri tarafından ödenmemesi denetçinin bağımsızlığını ortadan kaldırmaktadır.

c) Denetim ücretinin (i) şarta bağlanmış olması (*contingent fee*), (ii) piyasa rayicinden bariz farklılıklar göstermesi³⁸⁵, (iii) denetimin kalitesine dair belirsizlikler

³⁸⁴ IESBA Etik Kuralların 290.120 no.lu paragrafı uyarınca, örneğin denetlenecek ortaklığın bir banka olması halinde denetçinin normal koşullar altında o bankadan aldığı ev ya da araba kredisi, yahut kredi kartı ilişkisinin bulunması bağımsızlığı zedeleyici bir durum değildir. Keza ABD'de AICPA tarafından yayınlanmış olan 101 nolu etik kuralının yorumuna ilişkin 101-5 nolu yorumda da benzer örnekler verilmiştir. Bu anlamda tamamı rehin ile temin edilmiş başka bir kredinin alınmasında da bağımsızlığı zedeleyici bir durum söz konusu olmamalıdır. Ancak rehin konusu varlığın değerlemesine bakılmalıdır.

³⁸⁵ Örneğin Arthur Anderson'un Enron'dan danışmanlık hizmetlerinden elde ettiği miktar denetim hizmetinden elde ettiği ücretten daha fazlaydı. Messier, Glover, Prawitt, s. 663. Enron 2000 yılında Arthur Anderson'a 25 milyon dolar denetim ücreti öderken, 27 milyon dolar danışmanlık ücreti ödemiştir. AB üyesi ülkeleri bakımından denetim ücretleri ile denetim dışındaki hizmetlerden alınan ücretler arasındaki ilişkiyi gösterir detaylı bir istatistiki çalışma için bkz. *Study on the Effects of the Implementation of the Acquis on Statutory Audits of Annual and Consolidated Account Including the Consequences on the Audit Markets*. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/studies/201111-study_en.pdf , 150 vd., 164-165 adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

yaratması, (iv) BDK tarafından denetlenecek ortaklığa sunulan diğer hizmetler dikkate alınmak suretiyle belirlenmesi halinde de denetçinin bağımsızlığı ortadan kalkmaktadır.

Denetçinin bağımsızlığı konusunda ele alınan denetim dışı hizmetler ve bunlardan alınan ücretler konusunda da Tebliğde bir takım hükümler yer almaktadır. Bu hükümler hem ABD hem de IFAC düzenlemeleri ile uyumlu görülmektedir. Denetim dışı hizmetlerin sınırlandırılması, denetçinin denetlenen ortaklığa finansal ya da başka bir nedenden ötürü bağlanmasının önünde geçilmesine yöneliktir. Bu sınırlandırma aslına bir tedbir olarak öngörülmüş olmakla birlikte bu sınırların aşılması halinde kolaylıkla hem standartlara aykırı hareket edilmesinden hem de bağımsızlığın zedelendiğine ilişkin yeterli ve gerekli tereddüdün oluştuğundan söz edilebilecektir. Buna göre bağımsız denetim kuruluşları ile bunların bağımsız denetçileri ve diğer çalışanları, bağımsız denetim hizmeti sundukları dönemlerde ilgili ortaklığa bedelli ya da bedelsiz olarak; (a) muhasebe defterlerinin tutulması ve buna ilişkin diğer hizmetlerin sunulması, (b) finansal bilgi sistemi kurulması veya geliştirilmesi ile işletmecilik, muhasebe, finans konularındaki uygulamalarla ilgili danışmanlık hizmetinin sunulması, (c) değerlendirme hizmeti, (d) iç denetim veya buna yardım hizmeti, (e) yönetim ve insan kaynakları hizmeti, (f) aracılık ve yatırım danışmanlığı hizmeti, (g) hukuki danışmanlık veya diğer uzmanlık hizmetleri, (ğ) tahkim ve bilirkişilik hizmeti, (h) SPK tarafından izin verilmeyen diğer hizmetleri doğrudan veya dolaylı olarak sunamazlar. Ancak 3568 sayılı yasa kapsamında finansal tablo ve raporların vergi mevzuatı bakımından incelenmesi ve onaylanması konusundan verilen hizmetler bu kapsamda yer almamaktadır³⁸⁶. Bu husus KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 22/5 hükmünde de korunmuştur.

Tebliğ, bağımsızlığı tehdit edici bir başka unsur olarak denetçi ile denetlenen ortaklık arasındaki iş ilişkisinin varlığından bahsetmektedir. Buna göre de bağımsız denetçiler, fiilen bağımsız denetimini yaptıkları işletmelerde, işletmenin finansal tabloları hakkında düzenlenen en son bağımsız denetim raporu tarihinden itibaren iki yıl geçmedikçe, söz konusu işletmede yönetim kurulu başkan ve üyesi, genel müdür, müdür ve yardımcılığı ile önemli karar, yetki ve sorumluluğu taşıyan pozisyonlarda görev alamazlar³⁸⁷.

³⁸⁶ Belirtilen bu denetim dışı hizmetler, ABD’de SOX 201 ile değişik 1934 tarihli yasanın 10A maddesinde belirtilenler ile aynıdır.

³⁸⁷ Örneğin Arthur Anderson’un Enron’un denetiminden sorumlu ekibinden bazıları daha sonra Enron’un muhasebe ve finans bölümünde çalıştığı tespit edilmiştir. Messier, Glover, Prawitt, s. 663.

Genel olarak bakıldığında SPKr Tebliğinde yer alan bağımsızlığa ilişkin düzenlemeler, KGK düzenlemesi ile paralellik ve TTK md. 400 hükmüne nazaran uluslararası düzenlemeler ile daha fazla uyum göstermektedir. Ancak buna rağmen bazı hususlarda eksiklikler bulunmaktadır. Bunun nedeni ise SPKr Tebliğinin IFAC tarafından yayınlanan bağımsız denetim standartlarına olan benzerliğidir. Oysaki IFAC tarafından meslek mensuplarının bağımsızlık dâhil diğer etik kurallar bir bütün olarak denetim standartları içerisinde yer almamakta olup, bağımsızlık konusu söz konusu standartların dışında IESBA tarafından çıkarılan etik kurallar içerisinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. KGK Bağımsız Denetçiler İçin Etik Kurallar Taslağı bu anlamda SPKr Tebliğinde yer alan boşluğu dolduracaktır.

(4) Denetçinin Bağımsızlığına İlişkin Yurtdışı Düzenlemeleri

i. ABD Düzenlemeleri

1933 tarihli Menkul Kıymetler Yasası ile 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu, ABD'deki sermaye piyasası, bağımsız denetim ve denetçinin bağımsızlığı konularını yaratan ve halen etkin bir şekilde uygulanmaya devam eden yasalardır. Bu yasalar denetim ve denetimin bağımsızlığını kurallaştıran ve bağımsız denetime kamusal bir yön ve görev veren yasalar olarak anılmaktadır³⁸⁸. ABD'deki denetçi bağımsızlığına ilişkin en önemli yasama faaliyeti ise bu yüzyıl başında yaşanan ekonomik kriz ve muhasebe skandalları sonrasında kabul edilen SOX yasasıdır.

ABD'de denetçi bağımsızlığına ilişkin meslek mensuplarının uyacağı kurallar hem kanunlar ile hem de meslek organizasyonlarının öngördüğü kurallar ile düzenlenmiştir. 1933 tarihli Kanunda ortaklıkların menkul kıymet ihraçları ile halka açılmalarını düzenlediği için bağımsız denetim ve denetçinin bağımsızlığı konusunda ayrıntılı ve açık bir düzenleme yer almamaktadır. Bağımsız denetim bu kanun içerisinde ortaklıkların yerine getirmesi gereken bir şart olarak öngörülmüştür.

³⁸⁸ O'Connor, 820. Yazar bu hususta 1984 tarihli bir ABD Yüksek Mahkemesi kararından bahsetmekte olup, söz konusu kararda, bağımsız denetçi/muhasebecinin ortaklığın alacaklıları ve ortakları ile diğer yatırımcılara tam sadakat borcu bulunduğu, bir kamusal bekçi köpekliği (*public watchdog*) fonksiyonunun bulunduğu, denetçinin ortaklıktan her zaman bağımsızlığını koruması gerektiği ve kamu güvenine vefa ve sadakatinin olması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu mahkeme kararı için bkz. *United States v. Arthur Young & Co.* 465 U.S. 805, 817-818. www.westlaw.com.

Bağımsız denetim konusundaki asıl düzenleme ise sermaye piyasalarındaki ikincil piyasaları ve aktörlerini düzenleyen 1934 tarihli yasada yer almaktadır. Bu yasadaki denetçinin bağımsızlığına ilişkin temel düzenlemeler 2002 tarihli SOX yasası³⁸⁹ ile yapılan değişiklikler ile getirilmiştir. Yasanın 10A maddesinde her ihraççının finansal tablolarının SEC tarafından çıkarılan ve düzenlenen bağımsız denetim standartlarına uygun olarak SEC tarafından lisanslanmış bir BDK tarafından denetlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Denetçinin bağımsızlığı konusunda ise 10A/(g) ve (h) bentlerinde BDK ve onun ilişkili olduğu herhangi bir kişi tarafından denetlenen ortaklığa verilemeyecek hizmetler belirtilmiştir. Buna göre bir BDK veya onunla ilişkili olduğu bir kişi denetimini yaptığı ortaklığa karşı, ortaklığın defter tutma ya da diğer muhasebeyi ilgilendiren kayıtlarını tutma, finansal bilgi sistemi kurma ve uygulama, değerlendirme hizmeti, doğruluk raporu verme hizmeti, iç denetim hizmeti, insan kaynakları veya yönetsel herhangi bir hizmeti, aracılık hizmeti, yatırım danışmanlığı hizmeti, yatırım bankacılığı hizmeti ve diğer SEC tarafından belirlenecek hizmetleri veremezler. Buna karşın BDK tarafından az önce sayılan hizmetler içerisinde olmamak ve ortaklığın denetim komitesi tarafından onaylanmak kaydıyla vergi danışmanlığı hizmeti verilebilir.

SEC tarafından 1934 tarihli yasaya dayanılarak çıkarılan Regulation S-X düzenlemesinde SEC'in denetçinin bağımsızlığını sağlama konusundaki yetkisi ve hangi hallerde bağımsızlığın zedeleneyeceğine ilişkin ayrıntılı konular düzenlenmiştir. SEC Regulation S-X düzenlemesinin³⁹⁰ Item 2-01 numaralı maddesi uyarınca (a) finansal ilişkiler, (b) iş hukukundan kaynaklanan ilişkiler, (c) ticari hayata dair iş ilişkileri, (d) denetim dışı hizmetlerden kaynaklanan ilişkiler, (e) ücretten kaynaklanan ilişkiler, (f) denetim elemanının denetim dışındaki hizmetleri nedeniyle denetlenen ortaklıktan elde ettiği gelirden kaynaklanan ilişkiler denetçinin bağımsızlığını zedeleyen haller olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin IFAC düzenlemelerine nazaran daha kısa olduğu düşüncesi gerçeği yansıtmamaktadır. Zira bu başlıklar altında düzenlenen ayrıntılı hükümlerde IFAC düzenlemelerinde yer alan hallerin hemen tamamı ABD hukuku bakımından da düzenlenmiş bulunmaktadır. Hatta, ABD düzenlemelerinin daha ayrıntılı ve kapsamlı olduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Ayrıca anılan düzenlemenin Item-2-01/3-b hükmü uyarınca SEC'nin denetçinin bağımsızlığı konusunda her türlü subjektif

³⁸⁹ SOX yasasının denetçi bağımsızlığına ilişkin etkileri hususunda bkz. Shaub, M.K. (2005). *The Impact of the Sarbanes-Oxley Act on Threats to Auditor Independence*, Reserach on Professional Responsibility and Ethics in Accounting, Vol. 10, Edited by Cynthia JEFFREY, USA, s. 123-138.

³⁹⁰ Web: <http://www.sec.gov/divisions/corpfin/ecfrlinks.shtml> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

durumu değerlendirebileceği ve düzenleme içerisinde yer alan hallerden başka haller ile de bağımsızlığın zedelendiği sonucuna ulaşılabileceği ifade edilmiştir.

BDK'lar tarafından denetim dışında verilebilecek hizmetler (*non-audit services*) denetçinin bağımsızlığı konusunda kilit noktaları ifade etmektedir. Zira yaşanan muhasebe skandallarının ardındaki nedenin denetim firmalarının denetlenen ortaklıklara denetim dışında pek çok hizmet vermeleri ve bu nedenle oldukça yüksek tutarda hizmet bedeli aldıkları bu ortaklıkların denetiminde bağımsız ve objektif davranamamaları olduğu düşünülmüştür. Şöyle ki, denetçi ya da denetim firmasının bir ortaklıktan denetim dışındaki hizmetler nedeniyle aldıkları ücretlerin yüksekliği söz konusu ortaklığı kaybetmemek uğruna denetçinin denetim görevini objektif ve bağımsız olarak yürütemeyeceği konusunda şüphe uyandırmaktadır. ABD'de SOX yasası ile bu konuda etkili bir kısıtlamaya gidilmiştir.

SOX yasası ile halka açık ortaklıklar bakımından kendi içlerinde denetim komitesinin oluşturulması zorunlu kılınmış olup, denetçi ile ilişkileri dâhil olmak üzere pek çok yetki ve sorumluluk anılan komiteye yüklenmiştir.

ABD'de CPA olarak adlandırılan bağımsız denetçi ve denetim firmalarının mesleki örgütlenmesi olan AICPA tarafından çıkarılan etik kuralların³⁹¹ (*Code of Conduct*) başında bağımsızlık hususu gelmektedir³⁹². Kuralların 101 numaralı bölümü bağımsızlığa ilişkindir³⁹³. Hükümde AICPA tarafından ya da onun yetkilendireceği başka bir organizasyon tarafından çıkarılan düzenlemelerdeki bağımsızlık kriterlerine uyulması gerektiği ifade edilmiştir. SEC'in bu konudaki yetkisinin dikkate alınması gerektiği ayrıca belirtilmiştir. Ayrıca anılan kuralların 101-01 nolu bölümünün altında bağımsızlığa ilişkin uygulamaya ilişkin yorumlar yer almaktadır. Bu yorumlar içerisinde SOX düzenlemelerine

³⁹¹ Bu kurallar SOX yasası ile kurulan ve bağımsız denetim konusunda ülkemizdeki KGK adlı kuruluşun kaynağını teşkil eden PCAOB adlı kuruluş tarafından 2003 yılında denetim standartları ile birlikte benimsenmiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus ABD'de bir meslek örgütü olan AICPA tarafından denetim ve etik kurallar konusunda standartlar belirlemiş olmak ile birlikte, yasal olarak bağımsız denetim ve etik kurallar standartları ile bağımsız denetim firmaları üzerindeki yetki SEC ve PCAOB'nundur. Asıl olan SEC ve PCAOB'nin ne kabul ettiğidir. SEC'nin de SOX yasasının 107 nolu bölümündeki düzenleme nedeniyle PCAOB üzerinde gözetim ve denetim yetkisinin bulunduğu dikkate alındığında ABD'de bağımsız denetim alanındaki yetki konusundaki en yetkili kurum ülkemizdeki SPKr'na denk gelen SEC'dir. Buna karşılık ülkemizde KGK'nun kurulması ile halka açık anonim ortaklıklar üzerinde gözetim ve denetim yetkisi bulunan SPKr'nun kendi alanının ayrılmaz bir parçası olan bağımsız denetim alanından uzaklaştırılmaya çalışıldığı görülmektedir. Kanaatimizce, halka açık ortaklıklar bakımından KGK ile SPKr arasında ABD'deki düzenlemelere paralel bir ilişkinin kurulmasını öngören bir yasa değişikliğinin tartışılması gerekmektedir.

³⁹² Web: <http://www.aicpa.org/Research/Standards/CodeofConduct/Pages/sec100.aspx> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

³⁹³ Anılan kurallarda altı adet etik prensip belirlenmiştir. Bunlar sorumluluk, kamu yararı, dürüstlük, objektiflik ve bağımsızlık, özen ve sadakat, sunulan hizmetin gereklilikleri ve kapsamını gözetmedir.

benzer şekilde denetim dışı hizmetlerin sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelerin yanında diğer bazı spesifik durumlardan bahsedilmiştir. Bu özel durumlar bağımsızlığı zedeleyici olan halleri düzenlemektedir. Denetim dışı hizmetler ise ayrıntılı olarak ele alınmış ve bağımsızlık unsurunu hangi hallerde zedeleneceği hangi hallerde zedelenmeyeceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

AICPA etik kuralların denetçinin bağımsızlığına ilişkin (101) nolu başlığında yer alan düzenleme³⁹⁴ uyarınca; (a) finansal ilişkiler, (b) borç ve kredi ilişkileri, (c) iş hukukundan kaynaklanan iş ilişkiler, (d) ticari hayata dair iş ilişkileri, (e) denetlenen ortaklıktaki eski döneme dair iş ilişkiler, (f) ailevi ilişkiler, (g) denetim dışı hizmetler denetçinin bağımsızlığına ilişkin haller olarak belirlenmiştir. Düzenlemenin (.02 101-1-*Interpretation of Rule 101*) nolu başlığının son paragrafında bağımsızlığı zedeleyici hallerin tek tek sayılmasının imkânsız olduğunu bu nedenle bu düzenleme içerisinde yer almayan haller ile de bağımsızlığın zedelenebileceği ifade edilmek suretiyle geniş bir açık kapı bırakılmıştır.

ii. AB Düzenlemeleri

ABD’de yaşanan muhasebe skandallarının benzerleri AB üyesi ülkeler içerisinde de gerçekleşmiştir³⁹⁵. AB’nin 8. ortaklıklar direktifinin dördüncü bölümü denetim konusundaki etik kurallar ve bağımsızlık hakkındadır. Buna göre Direktifin 22 nci maddesine göre üye ülkeler denetçi ve denetim firmasının bağımsızlığını sağlama konusunda gerekli düzenlemeleri yapmakla yükümlüdürler. Aynı hükmün ikinci paragrafında da ABD düzenlemeleri ile benzer şekilde üye ülkelerin denetçi ve denetim firmalarının denetlenen ortaklık ile finansal, iş, akrabalık ve ya denetim dışı hizmetleri de içeren diğer herhangi bir ilişkisinin olmaması, makul ve bilgili bir üçüncü kişi tarafından denetçinin bağımsızlığının zedelenmediği sonucunu doğuracak bir durumun olmaması konusunda gerekli düzenlemeleri yapması gerektiği ifade edilmiştir. Hükümde AB Komisyonu’nun bu konuda ilkesel bazda düzenleme yapabilme yetkisinin olduğu belirtilmiştir. Ancak bugüne kadar Komisyon tarafından denetçinin bağımsızlığı konusunda yayınlanmış kurallar bulunmamaktadır.

³⁹⁴ Web: http://www.aicpa.org/Research/Standards/CodeofConduct/Pages/et_101.aspx#et_101 adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

³⁹⁵ İtalya’da Parmalat, Avusturya’da ise HHH adlı ortaklıklarda gerçekleşen skandallar aynı dönem ABD’de gerçekleşen büyük muhasebe ve denetim skandalları ile birlikte ele alınmaktadır.

Bununla birlikte, Komisyon tarafından 2006 yılında yayınlanan Direktiften önceki bir tarihte 2002 yılında denetçinin bağımsızlığı konusunda bir tavsiye kararı bulunmaktadır³⁹⁶.

iii. IFAC Düzenlemeleri

IFAC muhasebe-denetim alanında dünyadaki en büyük uluslararası mesleki organizasyondur. Ülkemiz dâhil pek çok ülke IFAC tarafından yayınlanan denetim standartlarını kullanmaktadır. IFAC bünyesinde kurulu olan IESBA tarafından çıkarılan Etik Kuralların 290 nolu başlığı denetçinin bağımsızlığına ilişkin olup, detaylı hükümler içermektedir³⁹⁷. Etik kurallar, IFAC tarafından çıkarılan denetim standartlarının bir parçası olması nedeniyle denetçiler tarafından uygulanması zorunlu olup, denetçilerin bağımsızlık kriterleri ile yükümlülüklerini düzenlemektedir³⁹⁸.

Etik kuralların 290.26 nolu paragrafında kamuyu ilgilendiren kuruluşlar olarak tercüme edilebilecek olan “*public interest entities*” için farklı ek bağımsızlık kriterleri öngörülebileceği ifade edilmiştir. Kuralların 290.27 nolu paragrafta ise bu tip kuruluşlar tanımlanmış olup, borsaya kote olmuş ortaklıklar bu kapsam içerisinde değerlendirilmiştir. Ülkemizde de 660 sayılı KHK md. 2/1-ğ hükmünde kamuyu ilgilendiren kuruluşlar “kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar” olarak tanımlanmış olup³⁹⁹, bu ortaklıklar bakımından anılan KHK md. 23/3 uyarınca da denetim firması ve denetçilerin bağımsızlıkları konusunda farklı esaslar belirlenebilecektir. Aynı hükmün dördüncü fıkrasında ise SPKn hükümleri saklı tutulmuş olup, bağımsızlığın denetimin kalitesi ile ilişkisi nedeniyle SPKı tarafından kendi listesinde yer alan denetim kuruluşları bakımından ek yükümlülükler belirlemesine imkân tanınmıştır.

Etik kurallara göre bağımsızlığa ilişkin gereklilikler denetim firması, denetim ekibi üyeleri ve bağlantılı firmalar için öngörülmüştür. Bağımsızlık, fikri (*independence of mind*)

³⁹⁶ Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:191:0022:0057:EN:PDF> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Bu tavsiye kararı 19.7.2002 tarihli olup, 23.1.2002 tarihli SOX yasasının ardından AB’nin bu konudaki ilk tepkisini oluşturmaktadır. Bu tavsiye metni hem SOX yasası ile hem de Temmuz 2002 yılında yapılan değişiklikleri ile birlikte SEC’in Regulation S-X düzenlemelerine paralel hükümler içermektedir.

³⁹⁷ AICPA tarafından çıkarılan etik kurallarla benzer şekilde IFAC tarafından çıkarılan etik kurallarda da öncelikle temel etik prensipler belirlenmiştir. Bunlar 100.05 nolu paragraf uyarınca dürüstlük, objektiflik, mesleki yeterlilik ve özen, sır saklama ve mesleki davranıştır. Bağımsızlık ise bunların arasında yer almamakla birlikte hepsinden daha detaylı bir şekilde düzenlenmiş olup, bu hususa verilen önem bu ayrıntı düzenleme ile gösterilmiştir.

³⁹⁸ IESBA tarafından etik kurallarda 2009 yılında köklü değişiklikler yapılmış olup, değişikliklerin önemli bir kısmı bağımsızlık konusunda daha sıkı kuralların benimsenmesi yönünde olmuştur.

³⁹⁹ Bkz. yuk. dn. 132.

ve görünümde (*independence in appearance*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrıma göre denetçi mesleki faaliyetlerinde bağımsız davranmak durumunda olduğu gibi bağımsız davranıyormuş gibi de görünmeli ve üçüncü kişilerin aksini düşünmelerini engellemesi gerekmektedir (290.6).

Denetçinin bağımsızlığına yönelik pek çok spesifik tehdit yönelebilir. Bunları sınırlı sayıda belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle etik kurallarda bağımsızlık konusunda bir çerçeve konsept yaklaşımı belirlenmiştir. Buna göre denetçi öncelikle bağımsızlığına yönelik olan tehditleri tanımlamalı, bu tehditlerin önemli olup olmadığını belirlemeli ve gerekli olan korunma yolları ile savunmaları yapmalıdır. Eğer tehdit kabul edilebilir bir seviyeye indirilemiyor ya da yok edilemiyorsa denetçi görevi sona erdirmeli ya da hiç kabul etmemelidir⁴⁰⁰ (290.7, 290.8).

Denetçinin bağımsızlığı yürüttüğü denetim faaliyetleri süresince ve denetlediği finansal tabloların dönemi boyunca sürmelidir. Denetim faaliyetleri sözleşme uyarınca denetim hizmetlerinin başlaması ile başlar ve denetim raporunun sunulması ile sona erer. Denetim hizmetleri birbiri ardına yenileniyor ise bağımsızlık kriterlerinin sağlama yükümlülüğü devam edecektir (290.30).

IFAC bünyesindeki IESBA tarafından çıkarılan 2012 baskı etik kuralların 290.102 ila 290.231 paragrafları⁴⁰¹ arasında bağımsızlığı tehdit eden bazı spesifik olaylar ve bu tehditlerin elimine edilmesine ilişkin koruma yolları belirlenmiştir. Bunlar genel olarak, (a) finansal ilişkiler, (b) kredi ve garanti ilişkileri, (c) iş ilişkileri, (d) ailevi ve kişisel ilişkiler, (e) denetlenen ortaklık bünyesindeki görevli olmaya dair ilişkiler, (f) denetlenen ortaklık ile olan geçici süreli iş ilişkileri, (g) denetlenen ortaklığa sağlanan yakın tarihli hizmet sunulmasından doğan ilişkiler, (ğ) denetlenen ortaklıkta yönetici ve benzer pozisyonda yapılan görevlerden kaynaklanan hizmet nedeniyle doğan ilişkiler, (h) uzun süreli denetim faaliyetlerinde bulunmadan kaynaklanan ilişkiler, (ı) denetim dışı hizmetlerden kaynaklanan ilişkiler, (i) ücrete dair ilişkiler, (j) bağımsız denetim elemanının giderlerinin ya da değerlendirmesinin denetim dışı hizmetlerin sunulmasına bağlı olmasından kaynaklanan

⁴⁰⁰ TÜRMOB Etik İlkelerinin 5 nci maddesinde de bu düzenlemeye paralel bir şekilde etik problemlerin ne şekilde çözümlenmesi gerektiği düzenlenmiştir. Keza, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 22/4 ve SPKır Faaliyet Tebliği Taslağı md. 13/3 hükmünde de benzer bir çözüm benimsenmiştir.

⁴⁰¹ Web: <http://www.ifac.org/sites/default/files/publications/files/2012-IESBA-Handbook.pdf> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

ilişkiler, (k) hediye ve ağırlamadan kaynaklanan ilişkiler, (l) mevcut ve muhtemel bir davadan kaynaklanan ilişkiler bağımsızlığı zedeleyici haller olarak belirlenmiştir.

(5) Denetçinin Bağımsızlığına Yönelik Tedbir ve Öneriler

Denetçinin bağımsızlığını tehdit eden haller ulusal ya da uluslararası düzenlemelerde yaşanan gelişmelere bağlı olarak sayılmakta ve yürürlüğe sokulmaktadır. Ancak düzenlemelerde belirtilenlerin dışında bir takım öneriler de doktrinde ileri sürülmektedir. Bunların bir kısmı yine düzenlemeler içerisinde yer almış iken bazıları sadece doktrinde tartışılmaktadır. Bu önerilerdeki temel amaç denetlenecek ortaklık yönetiminin denetçi seçimi konusunda işin içine girmesini engellemek ve denetçi ile denetlenen ortaklık arasındaki tanışıklığı azaltmaktır.

i. Zorunlu Rotasyona İlişkin Düzenlemeler

Denetçinin müşterisine olan hem ekonomik hem de sosyal bağlılığının önüne geçilmesini hedefleyen zorunlu rotasyon konusu denetçinin bağımsızlığına ilişkin en fazla ilgilenilen alanların başında yer almaktadır.

Uygulamada bağımsız denetim firmaları ile denetlenecek ortaklıklar arasındaki bağımsız denetim sözleşmelerinin birden fazla yılları içerecek şekilde yapılmaktadır⁴⁰². Bu şekilde uzun yıllar birlikte çalışma nedeniyle denetçi ile ortaklık arasında ciddi bir tanışıklık meydana gelmektedir. Denetçi daha evvelki dönemlerde denetlemiş olduğu, finansal ve ticari iş ve işlemlerini bildiği bir ortaklığın denetimini daha kolay yapabilecektir. Ancak bu durum denetçinin, ortaklığa ekonomik yahut diğer başka bir gerekçe ile bağımlılığına yol açmasına ve hazırladığı denetim raporunda objektif ve bağımsız olarak görüşünü verememesine neden olabilecektir.

Denetçi ile ortaklığın birbirilerini iyi ve yakından tanımaları başlı başına olumsuz bir durum değildir. Denetçi ile ortaklık arasındaki tanışıklığın bulunması, mesleğini tüm standartlar ve etik kurallara uygun yürüten denetçiler açısından olumlu olduğu gibi sektör bakımından da yararlıdır. Bu halde denetçi, ortaklığı yakından tanıyacak, yöneticileri ile

⁴⁰² ABD’de Genel Muhasebe Ofisi’nin (*The General Accounting Office*) Kasım 2003 yılında yayınladığı rapora göre Fortune 1000 ortaklıklarının ortalama denetim firması/denetçisi sözleşme süresi 22 yıl olarak belirlenmekte iken, AB ülkeleri bakımından yapılan bir araştırmada katılımcı ortaklıkların %31’i bakımından bu süre 15 yıl ve üzeridir. Web: <http://www.gao.gov/assets/250/240736.pdf>, s.6, adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Ayrıca Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditors-final-report_en.pdf, s. 43 Tablo 22, adresinden 23.1.2014’de ulaşılmıştır.

ilişkileri daha iyi olacak, birden fazla yıla sari olan yatırım ve finansal konuları daha kolay bir şekilde çözerek raporunu daha etkin ve hızlı bir şekilde hazırlayacaktır. Ortaklık da kendisini daha iyi tanıyan bir denetçi tarafından denetlenirken kendisini daha rahat hissedecek, denetçi ile iletişimini daha kolaylıkla yapabilecek ve denetçinin talep ettiği tüm denetim kanıtlarına kolaylıkla ulaşmasına yardımcı olabilecektir. Ancak bu yakınlığın olumsuz bir şekilde taraflarca üçüncü kişileri aldatmaya yönelik bir birlikteliğe dönüşmesi her zaman mümkün olduğu Enron skandalında gözler önüne serilmiştir. Uzun süreli ilişkiler neticesinde denetçinin bağımsızlığı, denetçinin kendi kendini denetlemesi, kendi ilişkilerini denetlemesi ve tanıdık olma açılarından tehdit edilmiş olmaktadır. Yaşanan skandallar sonrasında bu tür tehditleri bertaraf etmek amacıyla bugün dahi tartışmalı olan rotasyon zorunluluğu⁴⁰³ ABD'deki SOX yasası ile getirilmiş olup, hemen tüm gelişmiş piyasalara sahip ülkelerde kabul edilerek çeşitli şekillerde uygulanmaktadır⁴⁰⁴.

Denetim firması ya da denetçinin zorunlu rotasyonuna ilişkin farklı görüşler bulunmaktadır. Zorunlu rotasyon uygulamasının lehine ve aleyhine olan bu görüşler rotasyon uygulaması ile elde edilebilecek olumlu veya olumsuz yönleri ileri sürerek kendi görüşlerini desteklemektedir.

Denetim firmasının rotasyonu lehine ileri sürülen görüşler denetimin kalitesinin ve denetçinin yeterliliğinin denetim sözleşmesinin yıllarca tekrarlanması halinde azalacağını,

⁴⁰³ Denetim firması ve denetçi rotasyonu ABD'de daha önceleri 1976 yılında denetçinin bağımsızlığını pekiştirmek amacıyla senatör Metcalf tarafından hazırlanan raporda ileri sürülmüştür. Ancak yıllar içerisinde tartışılan bu durum SOX yasası ile yasalaşmıştır. Bu tarihten evvel AICPA tarafından 1985 yılında SEC denetiminde olan denetim firmalarında rotasyon uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. İlginç olan bir durum ise söz konusu Metcalf raporunda ileri sürülen ve uzun zaman tartışılan pek çok husus SOX yasası ile ABD'de kabul edilmiş olmasıdır. Porter, Simon, Hatherly, s. 120, dn. 27, George, N. (2004). Auditor Rotation and Quality of Audits, *The CPA Journal*, Kasım 2004, S. 74 (12), s. 22-23. Ancak şüphesiz ki, denetçi rotasyonu Metcalf raporundan önce de tartışılmaktaydı ve SOX yasası öncesinde rotasyon uygulaması yapan ülkeler bulunmaktaydı. Bu konudaki ayrıntılı çalışma için bkz. Offermanns, M. (2007). *Audit Partner Tenure and Rotation in Germany – Does Rotation Improve Audit Quality?*, University of Maastricht, Yayınlanmamış Master Tezi, Maastricht, Web: <http://arno.unimaas.nl/show.cgi?fid=11572>, s. 10 vd. adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Örneğin İtalya'da 1974'ten beri uygulanan rotasyon, İspanyada 1985 de borsa şirketleri için öngörülmüş ve fakat 1995 yılında kaldırılmıştır. Porter, Simon, Hatherly, s. 136.

⁴⁰⁴ AB Komisyonu'nun denetçinin bağımsızlığına ilişkin 16.5.2002 tarihli tavsiyesi bu konuya ilişkin hükümler de içermektedir. AB 8. Direktifi'nin 42/2 (kamuya yararlı ortaklıklar için öngörülmüş olup, Direktifin 2/13 hükmü uyarınca hisseleri borsada işlem gören halka açık şirketler bu kapsamdadır) hükmü rotasyona ilişkin olup, SOX yasası sonrasındaki gelişmelere ve AB ülkeleri içerisinde yaşanan muhasebe skandallarına bağlı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu tavsiye kararının metni için bkz. Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:191:0022:0057:EN:PDF> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Ayrıca ABD'de SOX md. 203 ve 207, 1934 tarihli yasa md. 10A/j hükümleri, İngiltere'de APB'nin ES nolu etik standardı, IESBA Etik Kurallarının 290.150-151 (Ocak 2012 de yürürlüğe girmiştir) hükümleri bu konuya ilişkindir. AB üyesi ülkelerindeki rotasyon kurallarına ilişkin ayrıntılı çalışma için bkz. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/studies/201111-annex_en.pdf sf. 56 vd. adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

denetim sürecinin gereğinden fazla kolaylaşacağını, denetçi ile müşteri ortaklık arasındaki tanıdıklığın gereğinden fazla olması halinde denetçinin şüphecililiğinin azalması ile adil olmayan varsayımlarda bulunma sonucuna neden olabileceğini; uzun dönemler birbirleri ile çalışan denetim firması ile denetlenen ortaklık arasındaki kişisel ilişkinin artması ile denetçinin objektifliğinin azalacağını; uzun dönem çalışma garantisi altında denetçinin finansal tabloların hazırlanmasında denetlenen ortaklık yönetiminin görüşlerinin etkisinde kalabileceğini; zorunlu denetim firması rotasyonunun varlığının yatırımcılar gözünde piyasanın daha güvenilir olmasına yol açtığını; zorunlu rotasyonun maliyetinin denetim zafiyeti nedeniyle doğabilecek zararlardan daha düşük olduğunu⁴⁰⁵; zorunlu rotasyon nedeniyle yeni gelen denetim firmasının başka bir göz çerçevesinden daha önceki finansal tabloları inceleme fırsatının olacağını; rotasyon zorunluluğunun denetim firmaları arasındaki rekabeti artırıcı etkisi olduğunu ileri sürmektedir⁴⁰⁶.

Denetim firmalarının zorunlu rotasyonu aleyhine ileri sürülen görüşler ise tüm denetim süreci boyunca denetim ekibinin denetlenen ortaklığın yapısını, faaliyetlerini, politikalarını, operasyonlarını, muhasebe sistemlerini, iç denetimini, önemli yöneticileri gibi pek çok konuda bilgi sahibi olduğunu, bunun özellikle gittikçe karmaşık hale gelen ortaklıklar bakımından önem taşıdığını; denetimin etkinliği bakımından denetlenen ortaklık ile karşılıklı yardımlaşmanın gerektiğini; denetim başarısızlıklarının oranının denetim sözleşmesinin yapılmasının ardından geçen ilk beş yıl içerisinde yapılan denetimlerde daha yüksek olduğunu; zorunlu rotasyonunun hem denetim firmasına hem de denetlenen ortaklığa maliyetinin fazla olduğunu; zorunlu rotasyonun denetim kalitesini düşürdüğünü; özellikle bankacılık, sigortacılık gibi spesifik alanlarda faaliyetlerini sürdüren ortaklıklar bakımından zorunlu rotasyonun denetim kalitesini düşürdüğünü; zorunlu rotasyon nedeniyle denetim yapacak firma bulmanın zorlaştığını zira hem spesifik alanlarda faaliyet gösteren ortaklıklar hem de diğer ortaklıklar bakımından pek çok denetim firmasının yeterli kaliteli personelinin

⁴⁰⁵ Bu konuda verilen örnek şudur: WorldCom, Tyco, Qwest, Enron ve Computer Associates hakkındaki denetim başarısızlıkları nedeniyle doğan zarar yaklaşık 460 milyar dolar iken big-4 denetim firmalarına zorunlu rotasyon nedeniyle oluşacak maliyet 1,2 milyar dolardır. Bkz. Healey, T. (12.3.2004). The Best Safeguard Against Financial Scandal, *Financial Times*, s. 15. SOX yasasını gerektiren muhasebe skandallarının yatırımcılara olan zararının 300 ila 460 milyar ABD doları arasında olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. İnternet: Wegman, J. *Impact of the Sarbanes – Oxley Act on Auditor Liability*, s. 3, Web: <http://www.webpages.uidaho.edu/wegman/jerrywegmanpapers/wegman-aleri-award-website.htm> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁴⁰⁶ Porter, Simon, Hatherly, s. 137-139., Fédération des Experts Comptables Européens (2004). *FEE Study Mandatory Rotation of Audit Firms*, Brüksel, s. 8-9., Arel, B., Brody, R.G., Pany, K. (2005). Audit Firm Rotation and Audit Quality, *The CPA Journal*, Sayı 75 (1), Ocak 2005, s. 37., Raiborn, C., Schorg, C.A., Massoud, M. (2006). Should Auditor Rotation Be Mandatory?, *Journal of Corporate Accounting & Finance*, Vol. 17, Issue 4, s. 40.

bulunmadığı gibi spesifik alanlarda uzmanlaşmış personelinin bulunmadığını; denetim firmasının rotasyona tabi tutulmasının olumsuz bir etki yarattığını ileri sürmektedir⁴⁰⁷.

Her iki görüşün de kendine özgün haklılık payları bulunmaktadır. Ancak, kanaatimizce, rotasyona ilişkin düzenlemeler; ülkelerin gelişmişlik düzeyleri, ticari hayatlarında yer alan tarafların faaliyetlerindeki olgunluk, vatandaşların davranış kalıpları, bilgi birikimi, hukuka uyma ve dürüstlük anlayışları, hileye başvurma eğilimleri ile gündeme gelmekte olup, rotasyona ilişkin koşullar uluslararası gelişmelerin yanında bu tür subjektif kıstaslara göre belirlenmektedir. Diğer taraftan denetlenecek ortaklıkların faaliyetlerinin büyüklüğü ile zorunlu rotasyona duyulan ihtiyacın artması paralel bir yön izlemektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus rotasyon gerektiren sürenin çok kısa olarak belirlenmemesi gerektiğidir. Zira rotasyon süresinin kısa olarak belirlenmesi, denetim firması ile denetlenecek ortaklık arasında olması gereken iletişim ve uyumun yeterince sağlanamamasına ve her bir denetim firmasının bir önceki denetim firmasının faaliyetleri ile denetlenen ortaklığı ve yönetimini baştan tanıması gerektirmesi nedeniyle hem maliyetli hem de fazla zaman gerektirmesi bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Ancak rotasyon süresinin uzun belirlenmesi halinde de denetçinin bağımsızlığı tehdit edilebilecektir.

⁴⁰⁷ Porter, Simon, Hatherly, s. 140-144., ABD Genel Muhasebe Ofisi tarafından Kasım 2003 yılında yayınlanan raporda denetim firmalarının zorunlu rotasyonunun denetçinin bağımsızlığını sıkılaştırmak için etkili bir yöntem olmayabileceği görüşü ifade edilmiştir. Web: <http://www.gao.gov/assets/250/240736.pdf> , s. 6 adresinden 21.1.2013'de alınmıştır. Ayrıca söz konusu raporda yer alan ankete göre Fortune 1000 içerisinde yer alan ve Tier 1 sayılan (yıllık geliri bir milyar doların üzerinde olan ve elli binden fazla çalışanı olan şirketler) ortaklıkların %79'u zorunlu denetim firması rotasyonunun denetim başarısızlıklarına yol açacağına, söz konusu ortaklıkların çoğunun sadece big-4 içerisinde yer alan denetim firmaları ile çalıştıklarını ve bu seçim kılığının denetçinin bağımsızlığının zedelenmesine yol açabileceğine ve SOX ile getirilen düzenlemelerine tam uyum halinde rotasyona ilişkin düzenlemeye gerek olmaksızın da denetçinin bağımsızlığının sağlanabileceğine ve yine bu ortaklıkların büyük bir çoğunluğu rotasyonun denetçinin bağımsızlığı konusunda bir etkisinin olmayacağına inanmaktadır. Ayrıca bkz. FEE Study, s. 9., Arel, Brody, Pany, s. 37., Raiborn, Schorg, Massoud, s. 41., George, s. 23., Catanach, A.H.Jr., Walker, P.L. (1999). The International Debate Over Mandatory Auditor Rotation: A Conceptual Research Framework, *Journal of International Accounting, Auditing & Taxation*, Vol. 8, Issue 1, s. 45 vd. Ayrıca denetim firması ya da denetçi rotasyonunun denetim kalitesini artırmadığına ilişkin çalışmaların toplu sonuçları için bkz. Morrill, J. (2008). Research on Rotation, *CA Magazine*, Vol. 141, Issue 7, s. 63-64., Michaela, M., Aurelia, Ş., Eugeniu, T. (2011). Auditor Rotation-A Critical and Comparative Analysis, *Annals of Faculty of Economics*, Vol. 1, Issue 2, s. 572.

Ayrıca sadece denetim firması rotasyonunu değil denetimi fiilen gerçekleştiren denetçinin⁴⁰⁸ de rotasyona tabi olması gerekmektedir⁴⁰⁹. Nitekim SOX md. 203 hükmünde denetçinin, md. 207’de ise denetim firmasının rotasyonunu düzenlenmiştir. Özellikle denetim firmasının rotasyona tabi olması ve fakat denetçinin rotasyona tabi tutulmaması halinde, denetim firmasının rotasyona uğramasının ardından ilgili denetçi de rotasyon sonucu yeni gelen denetim firmasına iş yeri değiştirmek suretiyle denetimlerine devam edebilecektir⁴¹⁰. Özellikle çalışma konumuz olan halka açık anonim ortaklıklar bakımından denetçinin ve denetim firmasının rotasyonun düzenlenmesini gerektirmektedir. Bu nedenledir ki, rotasyona ilişkin düzenlemeler genel olarak öncelikle payları borsada işlem gören ya da borsada işlem görmese bile halka açık statüsünde olan ortaklıklar bakımından öngörülmektedir. AB’nin 8 nci Direktifi’nin 42 nci maddesinde kamuyu ilgilendiren ortaklıklar⁴¹¹ bakımından hem denetçinin hem de denetim firmasının zorunlu rotasyona tabi tutulması gerektiği ifade edilmiştir⁴¹².

⁴⁰⁸ Bu noktada bir hususu açıklamakta yarar bulunmaktadır. IESBA tarafından yayınlanan Etik Kuralların 290.151 nolu paragrafında “*key audit partner*”in rotasyonundan bahsedilmektedir. Etik Kuralların tanımları düzenleyen son bölümünde “*key audit partner*” kavramı denetimi fiilen gerçekleştiren kişiyi de kapsayacak şekilde geniş olarak tanımladığı görülmektedir. Buna göre “*key audit partner*”, (a) denetimi fiilen yürüten denetçiyi, (b) denetimin kalitesinden sorumlu olan kişiyi ve (c) eğer varsa denetim ekibi içerisinde yer alan ve hakkında denetim raporu verilecek olan finansal tablolar hakkındaki önemli konularda karar veya görüş verme yetkisini haiz “diğer denetçi”yi kapsamaktadır. “*Key audit partner*” olabilecek söz konusu “diğer denetçi” örneğin, somut koşullar ve kişinin denetimdeki rolüne bağlı olarak denetlenen ortaklık bakımından önemli olan bir iştiraki ya da bölümünden sorumlu olan denetçi olabilir. AB Direktifinin 2/16 hükmüne göre ise “*key audit partner*”, (a) denetimi fiilen gerçekleştiren denetçi, (b) denetim raporunu imzalayan denetçi – sorumlu ortak başdenetçi de olabilir-, (c) grup şirketlerinin denetiminde tüm grup denetimini gerçekleştiren ya da önemli bir alanının denetimi gerçekleştiren denetçi olarak ifade edilmiştir. Ancak şu husus kesindir ki, rotasyona tabi olan denetçi, denetimi fiilen gerçekleştiren kişi dışındaki bir kişi olabilir.

⁴⁰⁹ AB Komisyonu tarafından 13.10.2010 tarihinde yayınlanan Green Paper’da da denetçinin bağımsızlığını sağlamak amacıyla sadece denetçi rotasyonunun değil denetim firması rotasyonunun da birlikte olması gerektiği görüşü ifade edilmiştir. Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0561:FIN:EN:PDF> s. 11 adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁴¹⁰ ABD’de PCAOB tarafından çıkarılan bir Tebliğe (Release No. 2011-006). Web: http://pcaobus.org/Rules/Rulemaking/Docket037/Release_2011-006.pdf adresinden 23.1.2014’de alınmıştır) ilişkin olarak AAA (American Accounting Association) tarafından verilen görüşte bu hususa özellikle yer verilmiş olup, bu durumun engellenmesi gerektiği ifade edilmiştir. AAA (2012). *Current Issues in Auditing*, Vol. 6, Issue 1 2012, s. C15-C27. Web: <http://aaapubs.org/doi/abs/10.2308/ciia-50135> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁴¹¹ Kamuyu ilgilendiren ortaklıklar, Direktifin 2/13 hükmünde “*public-interest entities*” olarak belirtilmiş olup, başta payları borsada işlem gören ortaklıklar olmak üzere kredi ve sigorta kuruluşları ile üye ülkelerin kendi iç düzenlemeleri ile belirleyecekleri ortaklıkları kapsamaktadır. Keza IESBA tarafından yayınlanan Etik Kuralların 290.25 nolu paragrafında “*public-interest entities*” benzer bir şekilde tanımlanmış olup, rotasyona ilişkin düzenlemeleri de içeren Etik Kuralların 290 ncı bölümü bu tür ortaklıklar için öngörülmüştür. Ülkemizde de 660 sayılı KHK md. 2/ğ hükmünde de “kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar” bu kapsamda benzer şekilde tanımlanmıştır.

⁴¹² AB tarafından kamuyu ilgilendiren ortaklıkların bağımsız denetimi bakımından 8. Direktiften farklı bir düzenleme yapılması hedeflenmektedir. Bu konuda bir Tüzük tasarısı hazırlanmıştır. Söz konusu Tasarının 33 üncü maddesine göre halka açık anonim ortaklıklar BDK ile en az iki yıllık bir denetim sözleşmesi yapmak zorundadırlar. Bu sözleşme bir kez daha uzatılabilir ancak toplam süre 6 yılı geçemez. Eğer bu 6 yıllık süre

Ülkemiz açısından bakıldığında ise öncelikle TTK düzenlemesini ele almak gerekmektedir. TTK md. 400/2 hükmü⁴¹³ uyarınca on yıl içinde aynı şirket için toplam yedi yıl denetçi olarak seçilen denetçi üç yıl geçmedikçe denetçi olarak yeniden seçilemezler. KGK bu süreleri kısıtlamaya yetkilidir. Hükmün 6335 sayılı yasa ile değiştirilmeden önceki hali AB Direktifi'nin 42/2 hükmüne paralel olarak denetim ile görevlendirilen denetçinin yedi yıl denetim görevini ifa etmiş ise iki yıllık bir aranın ardından tekrar denetim görevi üstlenebilmekteydi. Mevcut düzenleme ile bağımsız denetçi ile denetim firması rotasyonunun ayrı ayrı düzenlemediği, sadece denetçinin zorunlu rotasyona tabi tutulduğu dikkat çekmektedir. Hükümdeki “denetçi” ifadesinin TTK md. 400/1 uyarınca YMM/SMMM/BDK olduğunun kabulünde dahi BDK'nun denetçi olarak faaliyet gösterdiği hallerde bu BDK'nun denetçilerinde bir rotasyonun öngörülmediği sonucuna ulaşılması mümkündür.

Ayrıca rotasyon zorunluluğu herhangi bir kısıtlama yapmaksızın bağımsız denetime tabi tüm ortaklıklar bakımından öngörülmüştür. KGK'nın zorunlu rotasyon sürelerinin kısaltılmasına ilişkin yetkilerinde de herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. Ayrıca belirlenen 7 yıl süre ile denetçi olan kişinin bu 7 yılı ne şekilde dolduracağı konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile 7 yıl görev yapan denetçinin, denetim faaliyetlerini bu sürenin tamamını ardı ardına yapması zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu halde herhangi bir on yıllık süreçte yedinci kez denetim görevini yapan kişi, ancak üç yıl ara vermesinin ardından yeniden denetçi olarak atanabilecektir.

Ayrıca hükümde KGK'ya verilen yetkinin, denetim firmasının ya da denetlenen ortaklığın büyüklüğüne, denetim firmasının sahip olduğu müşteri portföyünün genişliğine ve denetlediği toplam finansal tablonun büyüklüğüne gibi kıstaslar baz alınmak suretiyle sınırlandırılması gerekmektedir. Aksi halde mevcut düzenleme sadece zorunlu rotasyon

devamlı olarak iki farklı BDK ile sürdürülüyor ise, söz konusu BDK'lardan her biri ile yapılacak sözleşme süresi maksimum 9 yıl olabilecektir. Buna göre ortaklık birinci BDK ile 3 yıllık, ardından diğer BDK ile 3 yıllık süre ile yapılan denetim sözleşmeleri en fazla üç dönem sürdürülebilir. Bu süreler riayet etmeyen BDK, en az dört yıl boyunca başka bir halka açık ortaklığın denetçisi olamayacaktır. Düzenlemede BDK içerisindeki denetçilerin de kendi içerisinde aşamalı olarak bir rotasyona tabi tutulması öngörülmüştür. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/reform/regulation_en.pdf adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁴¹³ Hükmün bu hali 6335 sayılı yasa ile değiştirilmiş halini ifade etmektedir. Hükmün ilk halinde ise “*Bir bağımsız denetleme kuruluşunun, bir şirketin denetlenmesi için görevlendirdiği denetçi yedi yıl arka arkaya o şirket için denetleme raporu vermişse, o denetçi en az iki yıl için değiştirilir.*” denilmekteydi. Getirilen yeni hükmün gerekçesinde yahut Adalet Komisyonu raporunda bu konuda yapılan değişikliğe ilişkin herhangi bir gerekçe bulunmamaktadır. Web: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss303.pdf> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

konusunda azami bir süre sınırını belirlenmiş olup, KGK tarafından herhangi bir niteliksel sınırlandırma yapılmaksızın zorunlu rotasyondan beklenen faydanın sağlanamayacağı bir düzenleme ile belirlenen sürelerin çok kısa tutulması söz konusu olabilecektir. Bununla birlikte KGK tarafından anılan yetki 28.3.2013 tarihli 6455 sayılı Kanunla yapılan ek cümle ile tanınmıştır. Buna karşın, KGK tarafından 26.12.2012 tarihli RG’de yayınlanan Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 26/1-ç hükmünde ayrıntıya inmeyecek şekilde rotasyona dair bir hüküm bulunmaktadır. Bu çerçevede ifade edilmelidir ki, anılan Yönetmelik hükmüne karşın KGK tarafından TTK md. 400/2 hükmüne dayanılarak rotasyona dair ayrıntılı düzenlemeler yapılması gerektiği kanaatindeyiz.

Mevcut KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 26/1-ç hükmü ise TTK md. 400/2 hükmünden farklı bir kaç hususu da düzenlenmiştir. Öncelikle, bu düzenlemede de BDK’lar son on yıl içerisinde 7 yıl denetimini gerçekleştirdiği ortaklıklarda tekrar denetim yapabilmek için üç yıl ara vermesi gerekmektedir. TTK’dan farklı olarak ise denetçi rotasyonu da düzenlenmiş olup, son yedi yıl içerisinde beş yıl denetim yapan denetçilerin üç yıl ara vermesi gerekmektedir.

SPK’r Yükümlülük Tebliğ Taslağı md. 9/4 hükmünde ise denetçi ve BDK rotasyonuna ilişkin olarak TTK ve KGK düzenlemelerine atıf yapmakla yetinilmiştir. Bu nedenle yukarıdaki açıklamalarımız SPK’n’a tabi denetim sözleşmeleri bakımından da uygulanacaktır.

ii. Denetçinin Kamu Kuruluşlarınca Atanması

Denetçi, ülkemiz ve yabancı hukukların hemen tamamında denetlenecek ortaklığın yöneticileri tarafından belirlenmekte olup, ortaklık genel kurulu tarafından atanmaktadır. Ancak uygulamada bu konudaki yetkinin büyük oranda yönetim kurulunun elinde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Özellikle genel kurullara katılımın az olduğu halka açık anonim ortaklıklar bakımından ortaklık içerisindeki bir grup azınlığın yönetim ile birlikte ortaklığın tüm işlerini yürüttüğü görülmektedir.

Ortaklık yönetiminin, hazırladığı finansal tabloların denetimini üstlenecek olan BDK ile yakın ilişkiler içerisinde olmaması gerektiğinden hareketle BDK’nun yönetim yerine

kamu kuruluşlarınca atanabileceği ileri sürülmüştür⁴¹⁴. Ülkemiz bakımından Borsa, KGK, SPK'r yahut ilgili Bakanlık tarafından denetçi ataması yapılabilecektir.

Bu önerinin denetçinin bağımsızlığını sağlamadaki yararı ile denetçinin bağımsızlığına ilişkin yaratacağı diğer sorunlar karşılaştırıldığında kabul edilebilir olduğunu söylemek güçtür. Şöyle ki, bu önerinin kabulü halinde denetçiyi atayacak olan kamu kuruluşunun denetçinin belirlenmesi, ücretinin belirlenmesi, denetim başarısızlıklarından kaynaklanan sorumluluğunun ne olacağı gibi pek çok sorun ile baş başa kalacağı şüphesizdir. Liberal ekonomilerin uygulandığı ülkelerde ortaklıkların her konuda olduğu gibi bu konuda da olması gereken riski ve sorumluluğu üstlenmesi gerekmektedir. Ayrıca denetçi atanmasına politik bir yönün yer alması her zaman denetçinin bağımsızlığını sorgulanır kılacaktır. Öte yandan, kamu kuruluşlarınca yapılan denetçi seçiminde hem denetçilerin hem de yöneticilerin ortaklığa ve onun ortaklarına karşı sorumluluğu bulunacağından, yaşanacak denetim başarısızlıklarında bu sorumlulukların ne şekilde paylaştırılacağı da zorluk yaşanabilecektir⁴¹⁵.

iii. Pay Sahibi ya da Diğer İlgililer Tarafından Denetçi Atanması

Denetçi bağımsızlığına yönelik bu öneride ise denetçinin seçimi, ücretinin belirlenmesi ve denetim dışı hizmetlerin alınmasında pay sahiplerinden (*shareholders*) ya da ortaklık alacaklıları, tedarikçileri gibi (*stakeholders*) diğer ilgililerin oluşturduğu bir temsilci grubun yetkili olması söz konusu olmaktadır. Bu görüşün kabul edilmesi halinde kamu kuruluşlarınca yapılacak olan denetçi seçimine dair pek çok sorunun da aşılmış olacağı iddia edilmektedir⁴¹⁶.

Bu görüşe ilişkin eleştiriler çok yönlü olmakla birlikte, öncelikle denetim faaliyetlerinin sadece ortaklık pay sahipleri ile diğer ilgilileri korumak amacıyla yapılmadığını ifade etmek gerekmektedir. Denetim faaliyetleri bu amaçlar başta olmak üzere kamu yararı ve uluslararası ticaretin gelişmesi amacıyla da yapılmaktadır. Şüphesiz ki, denetimden beklenen faydanın birinci muhatapları pay sahibi ve diğer ilgililerdir. Ancak

⁴¹⁴ Haber, J.R. (2005). Does Being the Auditor Impair Independence?, *CPA Journal*, Vol. 75 (6), s. 12.

⁴¹⁵ Porter, Simon, Hatherly, s. 133.

⁴¹⁶ Bu öneri hakkındaki ayrıntılı bilgi için bkz. Hatherly, s. 542 vd. Yazar denetçilerin benzer şekilde borsalarca da atanabileceğini ifade etmektedir. Denetçinin seçiminde ortakların haklarının güçlendirilmesi ve pasif bir konumdan arındırılması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Anand, A., Moloney, N. (2004). Reform of the Audit Process and the Role of Shareholder Voice: Transatlantic Perspectives, *European Business Organization Law Review*, Vol. 5, s. 269 vd.

sadece onlar için yapılan bir denetim mekanizması kapalı devre bir gözetimden ileri gidemeyecektir.

Öte yandan, pay sahibi ya da diğer ilgililerden oluşan temsilcilerin denetçilerin seçilmesinden ve faaliyetlerini izlemelerinden sorumlu olduklarının kabul edilmesi halinde, olağan koşullarda ortaklık finansal verileri ve denetim kapsamındaki diğer konularda elde edemeyecekleri bilgileri elde etmeleri mümkün hale gelecektir. Bu halde içeriden öğrenenlerin ticareti suçu oluşturmaya elverişli bir durum meydana gelebilecektir⁴¹⁷. Keza bu temsilcilerin, en azından denetim faaliyetleri boyunca sahip oldukları ortaklık hisselerini tutmaları, ortaklıktan olan alacaklarını ertelemeleri veya tedarikçi ise ortaklığa her koşulda tedarikte bulunması zorunluluğunun olması gerekip gerekmediği ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹⁸.

Son olarak bu şekilde bir temsilci grubunun denetçi seçimi ve gözetimi ile ilgilenmesi halinde bu temsilcilerin ne şekilde belirleneceği, kararları ne şekilde vereceği gibi sorunlar gündeme gelebileceği gibi ortaklıkta hâkim grubu oluşturan pay sahiplerinin bu temsilci grubu içerisindeki yerinin ne şekilde olacağı gibi pek çok sorun ortaya çıkabilecektir.

iv. Denetim Komitesi

Denetim komitesi, ortaklık yönetimi ile aktif olarak ilgilenmeyen⁴¹⁹ yönetim kurulu üyelerinden oluşan ve ortaklığın bağımsız dış denetimi dâhil kendisine verilen diğer görevleri ifa eden yönetim kurulu içerisindeki bir alt komitedir. Denetim komitelerinin ortaklıktaki rolü bağımsız denetim ile olan ilişkilerin yürütülmesinden daha kapsamlıdır. Denetim komiteleri, ortaklığın kurumsal yönetim ilkelerine uyumu, finansal raporlama sürecindeki gözetim yükümlülükleri, risk yönetimi sistemi, iç ve dış denetim ile denetçinin bağımsızlığının gibi konularla da ilgilenmektedirler.

⁴¹⁷ Porter, Simon, Hatherly, s. 134.

⁴¹⁸ Önerilen bu yöntemin denetçinin bağımsızlığına yöneticilerin denetçi seçmesine nazaran daha olumsuz etkisi olduğuna yönelik ampirik çalışma için bkz. Mayhew, B.W., Pike, J.E. (2004). Does Investor Selection of Auditors Enhance Auditor Independence?, *The Accounting Review*, Vol. 79, No. 3, Temmuz 2004, s. 797-822.

⁴¹⁹ Buna “non-executive directors” da denilmekte olup, bu kişileri gün be gün ortaklık yönetimi ile doğrudan görevlendirilmeyen yönetim kurulu üyesi olarak tanımlamak mümkündür. Bunun amacı yönetim kuruluna objektif ve bağımsız olarak tüm ortakların lehine olan kararların verilmesi hususunda tavsiyede bulunmadır. TTK’nun genel gerekçesinin E/I bölümünde (paragraf 90), “executive üyeler” için yürütme yetkisini haiz yönetim kurulu üyeleri; non-executive üyeler için ise bu yetkileri haiz olmayan ve diğer grup üyeleri gözetim ve denetim altında tutan üyeler olarak ifade edilmiştir. SPK (II-17.1) sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği ekinde yer alan ilkelerden (4.5.3) sayılı ilke uyarınca denetim komitesi üyelerinin bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması gerekmektedir.

Denetim komiteleri her ne kadar SOX yasası ve kurumsal yönetim ilkelerinin ülkemizde tartışılması ile birlikte gündeme gelmiş olmakla birlikte, gerçekte daha eski tarihlerden beri gelişmiş bazı ülkelerde uygulanmakta olan bir kurumdur. Bu konudaki ilk uygulama Kanada'ya ait olup, Atlantic Acceptance Corporation Ltd. adlı şirketin 1965 tarihinde batmasının ardından 1971 yılında zorunlu hale gelmiştir. Keza İngiltere'de de Londra borsasının bir kotasyon şartı olarak belirlenmiştir⁴²⁰. ABD'de ise denetim komitesi ilk olarak 1978 yılında New York Borsasına kotasyon şartı olarak belirlenmiş olup, SOX md. 301 ile değişik 1934 tarihli yasanın 10/A maddesinin (m) bendi uyarınca tüm halka açık ortaklıklar bakımından bir zorunluluk olarak öngörülmüştür⁴²¹. AB'nin 8. Direktifi'nin 41 nci maddesi uyarınca da tüm üye ülkelerdeki halka açık anonim ortaklıkları da kapsayan kamuya yararlı kuruluşların denetim komitelerinin olması zorunludur.

Ülkemizde ise denetim komitesi kavramının geçmişi çok geriye gitmemektedir. Denetim komiteleri eski TTK döneminde de bir zorunluluk olmamakla birlikte md. 318/2 hükmü uyarınca kurulabilmekteydi. Denetim komitesi mevcut TTK md. 378, 398, 402 hükümlerinin gerekçelerinde geçmekle birlikte, anonim ortaklıklar bakımından zorunlu olarak kurulması gereken bir komite olarak düzenlenmemiştir. Ancak, eski TTK md. 318/2 hükmünün karşılığı olan mevcut TTK md. 366/2 uyarınca anonim ortaklıklarda yönetim kurulu kendisine denetim konusunda rapor sunmak üzere denetim komitesi kurmasında bir engel de bulunmamaktadır.

Denetim komitesi hem bağımsız denetim hem de kurumsal yönetim konusu içerisinde ele alınan bir kurumdur. TTK md. 1529 uyarınca halka açık anonim ortaklıklar bakımından uygulanacak olan kurumsal yönetim ilkelerini belirleme yetkisi SPKr'na verilmiştir. Söz konusu yasanın yürürlüğe girmesinden önceki bir tarihte SPKr tarafından kurumsal yönetim ilkeleri tavsiye niteliğinde⁴²² olmak üzere halka açık anonim ortaklıklar bakımından yayınlanmıştır. Bu kapsamda, OECD tarafından hazırlanan kurumsal yönetim ilkelerini temel alan SPKr tarafından (II-17.1) sayılı Tebliğin ekinde yer alan kurumsal yönetim ilkelerinin (4.5.1 ve 4.5.3) numaralı paragraflarında yönetim kurulu içerisinde denetimden

⁴²⁰ Porter, Simon, Hatherly, s. 149-150.

⁴²¹ Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Lutz, J.M. (2003). Analysis of the Proposed NYSE Corporate Governance and Audit Committee Listing Requirements, *DePaul Business & Commercial Law Journal*, s. 100. Denetim komitesi ayrıca SEC Regulation S-X Item 2-01/c-7 hükmünde de düzenlenmiş olup, 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun md. 3/a-58 hükmünde de tanımlanmıştır. Denetim komitesi ile ilgili ayrıntılı SEC düzenlemesi ise Rule 10A-3, "Listing Standards Relating to Audit Committees" düzenlemesidir. Web: <http://www.sec.gov/rules/final/33-8220.htm> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁴²² Kurumsal yönetim ilkelerinde prensip olarak "uygula, uygulamıyorsan nedenini açıkla" kuralı uygulanmaktadır.

sorumlu bir komitenin kurulması gerektiği ifade edilmiştir. Söz konusu Tebliğin 5/1 maddesi uyarınca da payları halka arz edilen veya arz edilmiş sayılan ortaklıklar bakımından söz konusu komitenin kurulması zorunludur. Kurumsal yönetim ilkelerinden (4.5.3) nolu ilke uyarınca denetim komitesi üyelerinin tamamının bağımsız ve icracı olmayan yönetim kurulu üyeleri⁴²³ arasından seçileceği düzenlenmiştir. Denetim komitesinin temel görevleri ise konumuz ile bağlantılı olarak kısaca bağımsız denetim kuruluşunun belirlenmesi ve yönetim kurulu aracılığıyla ortaklara tavsiye edilmesi, finansal raporlama ve bağımsız denetim sürecinin gözetlenmesi ve finansal raporları inceleyerek kendi ön onayı ile yönetim kuruluna sunulması olarak özetleyebiliriz.

Denetim komitelerinin bağımsız yönetim kurulu üyelerinden oluşması ve bağımsız denetim faaliyetleri ile ilgili sürecin başından sonuna kadar çeşitli görevlerinin bulunması denetçinin bağımsızlığına yönelik bir tedbir niteliğindedir. Bu komite aracılığı ile bağımsız denetçi, denetlenen ortaklık ile ilişkilerini kuracaktır. Denetim komiteleri ile, komitede yer alan bu bağımsız üyeler- sorumluluklarını da dikkate almak suretiyle- yöneticiler ile bağımsız denetçiler arasında bir köprü vazifesini ifa etmekte olup, bu iki grubun finansal raporların gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıtmasını engelleyici ya da örtücü eylemlerinin önüne geçilmek istenmiştir. Bu şekilde bağımsız denetçinin bağımsızlığını ortadan kaldıracabilecek bir takım hallerin oluşması da engellenmiş olmaktadır.

k) Görüşünü de İçeren Bağımsız Denetim Raporunu Teslim Etme Yükümlülüğü

Bu yükümlülük içerisinde iki ayrı yükümlülük bulunmaktadır. Bunlar denetçinin görüşünü bildirme ve raporunu ortaklığa teslim etme yükümlülüğüdür.

(1) BDK'nun Denetim Raporunda Görüş Bildirme Yükümlülüğü

Bağımsız denetim sözleşmesinin kurulmasının ardından, denetçi denetim faaliyetlerini belirlenen denetim standartlarına uygun olarak yürütmekle yükümlü olup, bu kapsamda standartların belirlediği şekilde denetim kanıtları toplamak ve gereken denetim tekniklerini uygulamak suretiyle denetlemiş olduğu finansal tabloların gerçeği tam ve dürüst bir şekilde

⁴²³ İcrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi hususunda TTK içerisinde bir tanım bulunmamaktadır. Ancak SPK (II-17.1) sayılı Kurumsal Yönetim Tebliği ekinde yer alan Kurumsal Yönetim İlkeleri'nin (4.3.2) hükmü uyarınca, icrada görevli olmayan yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu üyesi haricinde şirkette başkaca herhangi bir idari görevi bulunmayan ve şirketin günlük iş akışına ve olağan faaliyetlerine müdahil olmayan kişi olarak tanımlanmıştır. İcracı olmayan yönetim kurulu üyelerinden bir kısmı bağımsız yönetim kurulu üyesi olarak adlandırılır. Bağımsız yönetim kurulu üyesi ise anılan ilkelerin (4.3.6) hükmünde bir takım kriterler belirlenmesi suretiyle tanımlanmıştır.

yansıtıp yansıtmadığı konusunda bir görüş bildirmek zorundadır. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 30 hükmü bu yükümlülüğü açıkça düzenlenmiştir.

Bağımsız denetim faaliyeti bir iş görme edimi olup, bağımsız denetim sözleşmesi uyarınca bağımsız denetçinin bir görüş bildirmesi gerekmektedir⁴²⁴. Bağımsız denetim sözleşmelerinde de eser sözleşmelerinde olduğu gibi bir sonuç taahhüt edilmektedir. Bağımsız denetim faaliyetinin sonucu ise bağımsız denetim raporudur. Bağımsız denetçi görüşü olmaksızın, bağımsız denetim sözleşmesinden kaynaklanan edim borcu ifa edilmiş olmaz.

Denetçi, görüşünü oluşturabilmek için bir takım hususlara ihtiyaç duyacaktır. Bunların başında denetlenen ortaklığın, üzerinde görüş verilebilecek düzeyde yeterli muhasebe kaydının olmasıdır. Bunun yanında denetçinin gerekli olan tüm bilgileri elde edip etmediği, yerinde inceleme yapıp yapmadığı, ortaklık bölümlerinden gerekli bilgilerin gelip gelmediği, ortaklık yöneticilerinin verdiği bilgiler ile finansal tabloların örtüşüp örtüşmediği, finansal tablolardaki göstergelerin temeldeki muhasebe işlemleri ile uyumlu olup olmadığı gibi hususlar gelmektedir⁴²⁵. Ancak asıl önemli olan husus denetlenen finansal tabloların gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıtıp yansıtmadığıdır. Denetçinin bu noktada ulaştığı sonuç, raporunda yer vereceği görüşü olacaktır.

Gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıtma kavramının ne olduğu mevzuatta ve uluslararası düzenlemelerde tanımlanmamıştır⁴²⁶. Bu kavrama “*true and fair view*” ya da “*fairly present*” denilmektedir⁴²⁷. Bu iki kavram da eş anlamlı olarak da kullanılmaktadır

⁴²⁴ SPKı Faaliyet Tebliği Taslağı md. 5/1 hükmü uyarınca bağımsız denetimin amaçlarından biri finansal tabloların tüm önemli yönleriyle finansal raporlama standartları uyarınca hazırlanıp hazırlanmadığı konusunda bağımsız denetçi görüşünün oluşturulabilmesini sağlamaktır.

⁴²⁵ Porter, Simon, Hatherly, s. 523.

⁴²⁶ 16.5.2005 tarih ve 25702 sayılı RG’de yayınlanan TMS Kavramsal Çerçeve’nin 46 ncı bölümünde “gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıtma/dürüst gösterim” kavramına yer verilmiş olup, söz konusu kavram tanımlanmaksızın finansal tablolarda yer alan bilgilerin gerçeği doğru ve dürüst olarak yansıtılmasını veya gerçeğe uygun bir şekilde gösterilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak bu metin 27.1.2011 tarih ve 27828 sayılı RG’de yayınlanan TMS Kavramsal Çerçevesi içerisinde yer almamıştır. Söz konusu güncel kavramsal çerçevenin üçüncü bölümünün “gerçeğe uygun şekilde sunum” başlığı altında yer alan (NÖ12-16) paragrafları arasındaki açıklamalar içerisinde de söz konusu tanımın yapılmadığı, ancak finansal verilerin sunumunun faydalı olması için tam, tarafsız ve hatasız olması gerektiğine yönelik açıklamalara yer verilirken benzer bir konseptten hareket edildiği görülmektedir. Buradaki temel konsept, şekle değil esasa/öze önem verilmesidir. BDS 700/14 ve 35 standartlarında da “gerçeğe uygun şekilde sunum” ifadesine atıf yapılmaktadır.

⁴²⁷ “*True and fair view*” yaklaşımı daha çok İngiliz muhasebe sisteminden ileri gelmekte iken, “*fair presentation*” yaklaşımı ABD sisteminden gelmektedir. Cunningham, L.A. (2003). Semiotics, Hermeneutics and Cash: An Essay on the True and Fair View, *Boston Collage Law School, Research Paper No:6*, s. 7. ABD uygulamasındaki tarihi gelişim konusundaki ayrıntılı bilgi için bkz. Zeff, S.A. (2007). The Primacy of “Present Fairly” in the Auditor’s Report, *Accounting Perspectives*, Vol. 6, Issue 1, s. 2 vd. “*True and fair view*”

(ISA 700/35 ve A28). TMS Kavramsal Çerçevesinde de “gerçeğe uygun şekilde sunum” kavramı eş anlamlı olarak kullanılmıştır (BDS 700/A28). Ortaklığın varlıkları, borçları ve sorumlulukları, finansal pozisyonu, gelir ve giderleri tam, doğru ve dürüst olarak finansal tablolarda yer almalıdır. Bu nedenledir ki, denetçiler ortaklığın sadece bir finansal tablosuna değil birden fazla tablosuna bakarak denetim raporunu oluşturmaktadırlar.

Bu noktadaki sorun belirlenen muhasebe standartlarına tam bir uyum sonucunda hazırlanan finansal tabloların gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıtıp yansıtmadığıdır. Diğer bir ifade ile finansal tabloların TMS/UMS/IFRS’e göre hazırlanmış olması o finansal tabloların gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıttığı sonucunu doğurur mu? Bu konuda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Bir görüşe göre finansal raporlama standartlarının tamamına tüm detayları ile birlikte uyulması halinde gerçek doğru ve dürüst bir şekilde hazırlanan bir finansal tablodan söz edilir. IAS-TMS 1.15 düzenlemesi uyarınca belirlenen muhasebe standartlarına tamamıyla uyum halinde hazırlanan finansal tabloların gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıttığı varsayılmaktadır⁴²⁸. Diğer bir görüşe göre ise gerçeğin doğru ve dürüst bir şekilde yansıtıldığı finansal tablolar sadece finansal raporlama standartlarının uyulması ile oluşmaz⁴²⁹. Bunun yanında finansal tabloların finansal durum hakkında herhangi bir belirsizlik, bulanıklık, çarpıtma içermemesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile finansal tablonun kullanıcıları bakımından tüm ekonomik gerçekliklerin yansıtılması gerekmektedir. Örneğin, muhasebe kayıtlarını yaparken önemlilik ilkesinin ne şekilde uygulandığı, standartların imkân tanıdığı muhasebe politikasının seçiminde ortaklığın sübjektif durumunun dikkate alınıp alınmadığı⁴³⁰ durumlarına göre farklı

yaklaşımı AB hukukunda öncelikle 1978 tarihli Dördüncü Ortaklıklar Hukuku Direktifi md. 2/3 ile 1983 tarihli Yedinci Ortaklıklar Hukuku Direktifi md. 16/3 hükmü ile başlamıştır. Sırasıyla Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1978:222:0011:0031:EN:PDF> ve <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1983:193:0001:0017:EN:PDF> adreslerinden 23.1.2014’de alınmıştır. AB 8. Direktifinde de giriş bölümünün dördüncü alt paragrafı uyarınca aynı yaklaşımın değişmeden günümüzde de korunduğu görülmektedir. ABD’de SOX yasasının md. 302/a-3 hükmünün, ortaklık finansal raporlama ile ilgili yönetici veya yetkililerinin finansal tabloların “*fairly present*” olduğunu onaylamalarını öngörmesi ile federal düzeydeki bir kanun ile bu kavram ABD uygulamasına yerleşmiştir. Benzer bir hüküm SPKn md. 14/2 hükmünün son cümlesinde yönetim kurulu üyelerinin finansal tablo ve raporların gerçeği uygunluğu ve doğruluğunu ayrıca beyan etmeleri gerekliliği şeklinde hukukumuzda da yer almaktadır.

⁴²⁸ Web: http://ec.europa.eu/internal_market/accounting/docs/consolidated/ias1_en.pdf adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Benzer bir düzenleme için bkz. ISA 700/14, 19 ve 35.

⁴²⁹ Porter, Simon, Hatherley, s. 527., İnternet: Moore, M. (2013). *FRC-The True and Fair Requirement Revisited*. Web: <http://www.frc.org.uk/FRC-Documents/FRC/True-and-Fair-Opinion,-Moore,-21-April-2008.aspx>, s. 15 adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁴³⁰ İnternet: FRC (2011). *True and Fair*, Web: <http://www.frc.org.uk/FRC-Documents/FRC/Paper-True-and-Fair.aspx>, s. 1-2 adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Ayrıca denetçinin, gerçeğin doğru ve dürüst bir şekilde yansıtıldığı sonucuna ulaşması için bu tür sübjektif hususları de ele alması gerektiğine yönelik olarak bkz. ISA 700/13.

sonuçlara ulaşılması mümkündür. Bu durumda da finansal tablolar standartlara uygun olmakla birlikte gerçeği doğru ve dürüst olarak yansıtmayacaktır.

İngiliz hukukunda Ortaklıklar Kanunu md. 396/4 hükmü uyarınca düzenlemelere tam uyumun gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıtıldığı anlamına gelmeyeceğini açıkça ifade etmiştir. ABD hukukunda da emsal karar niteliğindeki *United States v. Simon* kararında⁴³¹ Mahkeme tarafından ulaşılan sonuç uyarınca standartlara tam uyum, gerçeğin doğru ve dürüst bir şekilde yansıtıldığı anlamına gelmediği açıklanmıştır⁴³². Kanaatimizce, muhasebe standartlarına tam uyum halinde gerçeğin tam olarak yansıtılmasının kabul edilmesi halinde denetçi açısından gerçeğin değil sadece muhasebe standartlarına uyulup uyulmadığına bakılması yeterli olacaktır. Bu durum bağımsız denetimden beklenen fayda ile uyuşmamaktadır. Kamuya sunulan finansal verilerin muhasebe standartlarına tam uyum ile oluşturulmuş olmasının yetersiz kalması nedeniyle bağımsız denetçiler bu tabloların gerçeği dürüst ve eksiksiz bir şekilde yansıtması hususunu araştırmaktadırlar. Muhasebe standartlarına tam uyum gerçeği yansıtma konusunda bir ölçüt, kıstas yahut ön kabul yaratma bakımından değerlendirilmelidir. Ancak sadece muhasebe standartlarına uyum ile oluşan finansal veriler, gerçeği dürüst bir şekilde her zaman ortaya koymayabilir.

Hangi görüş kabul edilirse edilsin, yapılan denetim faaliyetleri sonucunda bağımsız denetçinin ulaşabileceği görüşler mevzuatta ve denetim standartlarında belirlenmiştir. Buna göre TTK md. 403 uyarınca denetçi yapmış olduğu denetim faaliyetleri sonucunda (a) olumlu, (b) sınırlı olumlu, (c) olumsuz görüş yahut (d) finansal tablolar ve ortaklık

⁴³¹ Karar metni için bkz. İnternet: 425 F.2d 796, Web. www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de ulaşılmıştır. Karara konu olayda Y firmasının kontrolünü elinde bulunduran X firması, Y'nin kontrolünde olan Z firmasından Y firması aracılığı ile borç alıyor. Dolayısıyla X firmasının Z firması üzerinde kontrolü bulunmaktadır. X firmasının denetçisi (Simon) bu borcun kaynağı ve karşılığını soruşturduğunda, firma tarafından kendisine olumlu yanıt veriliyor. Ancak söz konusu borcun teminatının %80'i Y firmasının malvarlığı olup, üzerinde bankaların birinci derece rehin hakkı bulunan hisse senetlerinden oluşmaktadır. Mahkeme kararında Simon'u suçlu buluyor. Zira standartlar uyarınca Simon bu durumu açıklamak zorunda değil ancak finansal tabloların gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıtması için bunun yapılması gereklidir. Söz konusu karar, ABD uygulamasında halen yürürlüktedir. Benzer sonuçlu yakın tarihli bir karar için bkz. İnternet: *U.S. v. Ebberts*, 458 F.3d 110, 125. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de ulaşılmıştır. Söz konusu kararda Mahkeme, WorldCom adlı şirketin CEO'su olan sanık Ebberts'in suçlu bulunabilmesi için finansal tablolarda US-GAAP'a uymayan bir durumun söz konusu olması gerektiği yönündeki savunmasını Simon kararındaki gerekçe ile reddetmiş ve sanığa ilk derece mahkemesince verilen 25 yıllık hapis cezasını onamıştır.

⁴³² ABD uygulamasında, 1934 tarihli Menkul Kıymetler Borsası Kanunu'nun 13 üncü maddesi uyarınca her ihraççı ortaklık SEC'ye periyodik finansal tablolarını SEC'nin düzenlemeleri ile belirlediği bilgi ve belgeleri de içerecek şekilde SEC'ye sunmak zorundadır. Bu kapsamda SEC'nin 13a-1, 13a-11 ve 13a-13 sayılı düzenlemeleri bulunmaktadır. Ayrıca SEC tarafından çıkarılan Rule 12b-20 düzenlemesinde ise finansal raporlamada, standartlar ve kurallara ile belirtilen bilgi ve belgelerin dışında, subjektif koşulların gerektirdiği ve finansal tabloların önemli ölçüde yanıltıcı olmasını engelleyici bilgilerin de sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Bunun amacı da gerçeği tam, doğru ve dürüst bir şekilde yansıtmaktır.

belgelerinde bu üç görüşten herhangi birisine ulaşmasına engel teşkil edecek belirsizliklerin bulunması halinde ise görüş vermekten imtina etme yönünde görüş bildirebilir.

Denetçi olumlu görüş dışında ulaşabileceği sonuçlar olumsuz görüş, şartlı olumlu görüş ve görüş bildirmekten imtina edinilmesi halleridir⁴³³. Olumlu görüş dâhil denetçinin verebileceği görüşlerde, denetçinin görüşünü değiştirmeyen hallerin varlığı halinde denetçi raporunda bu hususlara ayrıca yer verir (BDS 705/16). Denetçinin görüşünü değiştirebilecek hususların varlığı halinde ise denetçi olumlu görüş dışındaki anılan üç görüşten birini vermek durumundadır. Denetçinin görüşünü etkileyebilecek haller ise BDS 705/6 düzenlemesinde iki başlık altında ele alınmıştır. Bunlar (a) elde edilen denetim kanıtlarına göre finansal tablolarda önemli bir yanlışlığın varlığı veya (b) bir bütün olarak finansal tabloların önemli bir yanlışlık içerip içermediği hususunda yeterli bağımsız denetim kanıtının elde edilememesidir⁴³⁴.

KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 30 hükmüne göre ise denetim konusunda ayrı ayrı veya toplu olarak denetim kıstasına göre önemli uyumsuzluk veya aykırılığın bulunup bulunmaması, yeterli ve uygun denetim kanıtının bulunup bulunmaması ve bunların denetim konusunun genelini etkileyip etkilemediği hususları dikkate alınarak olumlu görüş dışındaki denetim görüşlerine ulaşılabilecektir. Burada olumlu görüş dışında bir görüşe ulaşılmasını sağlayan hallerin önemli (*material*) ve yaygın (*pervasive*) olup olmadığı dikkate alınmaktadır⁴³⁵.

ISA 705/A1 düzenlemesinde ise denetçinin olumlu görüş dışında bir görüşe ulaşabilmesi için gerekli olan haller (a) finansal tablolarda önemli yanlış bilgilerin⁴³⁶ yer

⁴³³ ISA 705 düzenlemesinde “*modified*” görüş üçe ayrılmaktadır. Bunlar “*adverse opinion*”, “*qualified/except for opinion*” ve “*disclaimer of opinion*” dur. Bunlar sırasıyla olumsuz görüş, şartlı (sınırlı olumlu) görüş ve görüş bildirmekten kaçınmadır. Dolayısıyla ISA düzenlemelerinde iki ana başlık vardır, bunlar “*modified*” ve “*unmodified*” görüştür. “*Modified*” görüş ise kendi içinde üç alt kola ayrılmaktadır. BDS 705/2 standardında da benzer bir sistematik kabul edilmiştir. Ancak TTK’da bu şekilde bir ayırım yapılmaksızın tüm dört hal kendi başına bir görüş olarak ele alınmıştır. Bu sistematik farklılığın pratik bir sonucu ise bulunmamaktadır.

⁴³⁴ SPKr’nun Seri: X, No: 22 sayılı Tebliğ 30. Kısım md. 5 hükmünde ise olumlu görüş dışındaki görüş verilebilmesini gerektiren haller olarak; (a) bağımsız denetçinin çalışma alanının sınırlandırılması ve (b) denetlenen ortaklık yönetimi ile (i) seçilen muhasebe politikalarının uygunluğu veya (ii) bunların uygulanma yöntemlerine yahut (iii) finansal tablo açıklamalarının yeterliliğine ilişkin görüş ayrılığı halleri belirtilmiş idi. Buradaki görüş ayrılığı TTK md. 405 hükmünden farklıdır.

⁴³⁵ SPKr Yükümlülük Tebliğ Taslağı md. 9/5 ve BDS 210/7 uyarınca denetçinin çalışma alanının önemli ölçüde sınırlandırılması halinde denetçi SPKr’na başvurmak suretiyle denetim sözleşmesini sona erdirebilir veya sözleşme yapılması teklifini reddedebilir.

⁴³⁶ Çalışmamızda yalan yanlış bilgiyi “*misstatement*” kavramının karşılığı olarak kullanmaktayız. SPKr düzenlemelerinde yer almayan “*Misstatement*” kavramı ISA 450/4-a ve A1 standartlarında tanımlanarak örneklendirilmiştir. “*Misstatement*” kavramına “yanlışlık” olarak değerlendiren BDS 450/4-b ve A1 standardında da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre finansal raporlamanın gerekliliği olarak

alması ve (b) denetçinin yeterli denetim kanıtını elde etmesinin engellenmesi⁴³⁷ olarak düzenlenmiştir. Bu iki halin gerçekleşmesi halinde ise duruma bakılır ve bu hallerin önemli ve yaygın olup olmadığına göre denetçinin olabileceği sonuç değişmektedir. Örneğin belirtilen (a) ve (b) halinin gerçekleşmesi halinde eğer bu haller önemli fakat yaygın değil ise sınırlı olumlu görüş verilir. Ancak bu haller önemli ve yaygın ise (a) halinde olumsuz görüş, (b) durumunda ise görüş vermekten kaçınma sonucuna ulaşılır.

i. Olumlu Görüş

Denetçinin olumlu görüş (*unmodified/unqualified opinion*) vermesi, TTK md. 398 ve TDS uyarınca üzerinde denetim yaptığı finansal tablolarda denetim standartları ve diğer gereklilikler bakımından herhangi bir aykırılığın bulunmadığı, denetimde elde edilen kanıt ve bilgilere göre ortaklığın finansal tablolarının doğru olduğu, malvarlığı ve finansal durum ile karlılığa ilişkin resmin gerçeğe uygun bulunduğu ve tabloların bunu dürüst bir şekilde yansıttığı anlamına gelmektedir (TTK md. 403/1). Bu görüşü içeren rapor, genel kurulda onaylanabilir ve yönetim kurulunun ibrası için temel teşkil edebilir. Denetçinin olumlu görüş vermesi için bu sonuca ulaştıran yeterli düzeyde denetim kanıtının bulunması gerekmektedir. BDS-ISA 700/10-15 düzenlemeleri uyarınca bağımsız denetçi, finansal raporlama standartları çerçevesinde, finansal tabloların tüm önemli yönleriyle gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıttığına veya dürüstçe sunulduğuna kanaat getirdiğinde olumlu görüş verir. Denetçinin olumlu görüş verilmesi halinde denetim raporunda başkaca bir hususa yer verilmez.

ii. Olumsuz görüş

Hangi durumlarda olumsuz görüş (*adverse opinion*) verilmesi konusunda TTK md. 403/3 hükmünde açık bir düzenleme yer almamaktadır. Hükmün gerekçesinde olumsuz

finansal tablodaki miktar, sınıflandırma, yansıtma ve açıklamalardaki farklılıkları ifade eder. “*Misstatement*” hata veya hileden de kaynaklanabilir. Örnek olarak, hazırlanan finansal tablolardaki verilerin işlenmesinde veya toplanmasındaki yanlışlıklar, miktar eksiklikleri, somut olaya uygun olmayacak şekilde gerçek dışı muhasebe tahminlerinde bulunmak, finansal tablolara yansıyacak olayları açıkça yanlış yorumlamak gibi hususlar gösterilmiştir. BDS-ISA 705/A2,3 standardında da önemli (*material*) “*misstatement*”in seçilen muhasebe politikasının uygunluğundan, seçilen muhasebe politikasının uygulamasından, finansal tablolardaki açıklamaların yeterliliği yahut uygunluğundan ileri gelebileceği ifade edilmiştir.

⁴³⁷ ISA 705/A8 standardına göre denetçinin yeterli denetim kanıtına ulaşamaması denetlenen ortaklığın kontrolünde olmayan olaylardan (örneğin yangın yahut sel nedeniyle ortaklık kayıtlarına ulaşılabilmesi veya kamu kuruluşunun süresiz olarak ortaklık defterlerine inceleme amacıyla el koyması), denetim faaliyetlerinin zamanlaması veya mahiyetinden kaynaklanan olaylardan (örneğin denetçinin seçilme tarihi dikkate alınarak ortaklık envanterinin fiziki sayımının mümkün olmaması) yahut ortaklık yönetiminin bilinçli bir şekilde kısıtlamalarından (örneğin yönetimin envanterindeki malvarlığının fiziki varlığını denetçiye göstermemesi) ileri gelebilir. BDS 705/A8-A12 standartları da benzer bir hususu düzenlemektedir.

görüş verilmesinin denetlenen finansal tabloların finansal raporlama standartlarına, Kanuna ve esas sözleşmenin finansal raporlamaya ilişkin hükümlerine uygun olmadığı anlamına geldiği ifade edilmiştir. Kanun sadece denetçinin çekincesi olması halinde sınırlı olumlu görüş ya da olumsuz görüş verebileceğini ifade etmiştir. Ancak hangi durumlarda hangi görüşün verilmesi gerektiğinde açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 30/2-c ve ISA 705 standardı ayrıntılı düzenlemeler içermektedir.

Buna göre BDS-ISA 705/6 uyarınca, denetçi elde ettiği denetim kanıtına göre bir bütün olarak finansal tabloda önemli yanlışlıklar bulunduğunu tespit ederse veya önemli yanlışlıklar içermediğine yönelik yeterli denetim kanıtı elde edemez ise olumlu görüş dışında bir görüşe ulaşır. BDS-ISA 705/8 uyarınca ise denetçi münferit ya da toplamdaki gerçeğe aykırı bilginin önemli (*material*) ve finansal tabloya yaygın nitelikte (*pervasive*) olduğu kanaatinde ise olumsuz görüş verecektir.

Buradaki yaygın olma kavramı ise yanlış bilginin finansal tabloya mevcut yahut potansiyel etkisini ifade etmekte olup, ISA 705/5-a (BDS 705/5-b) hükmünde bu husus yanlış bilginin finansal tablonun spesifik bir unsuru, muhasebe hesabı ya da işlemi ile sınırlandırılmaması veya sınırlandırılrsa bile finansal tablonun önemli bir bölümünü etkilemesi yahut kamuyu aydınlatma ile ilgili olarak finansal tablonun kullanıcıları tarafından anlaşılması konusunda temel bir husus olması şeklinde açıklanmıştır. Buna göre denetçi her gerçeğe aykırı bilgiyi tespit etmesi halinde olumsuz görüş veremeyecektir. Finansal tablolarda yanlışlık bulunabilmesi gerçekliğine, bunun kabul edilebilir bir seviyeye indirilmesi gerekliliğinden hareketle de ulaşılabilecektir. Bu nedenledir ki bağımsız denetim makul bir güvence sağlama iddiasındadır. Ancak bu tür bir gerçek dışı bilginin finansal tablonun kullanıcıları bakımından, karar alma aşamasında yanlış karar verilmesine yol açabilecek kadar önemi haiz olması halinde denetçinin olumsuz görüş vermesi muhtemeldir.

ISA 705 uyarınca, olumsuz görüş verilebilmesi için finansal tablodaki yanlış bilgi hem önemli hem de yaygın nitelikte olmalıdır. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 30/2-c hükmünde de aynı husus düzeltilmiştir.

iii. Şartlı Görüş (Sınırlı Olumlu Görüş)

Şartlı görüş (*qualified/except for opinion*) ise TTK md. 403/3 uyarınca finansal tabloların ortaklığın yetkili kurullarınca düzeltilebilecek aykırılıklar içermesi ve bu aykırılıkların tablolarda açıklanmış sonuca etkilerinin kapsamlı ve büyük olmadığı

durumlarda verilir. TTK “olumlu görüş yazısını sınırlandırılabilir” ifadesi ile bu tür görüşe “sınırlı olumlu görüş” ifadesini kullanmıştır. BDS 705 standardı da aynı kavramı kullanmıştır. ISA 705 standardında ise “*qualified/except for opinion*” denilmektedir. Bu tür görüşlerde denetçi raporunda belirttiği şarta ilişkin olarak “...hususları dışında...” ifadesine yer verir. Bu nedenle bu tür görüşe “*except for opinion*” da denilmektedir. Çalışmamızda bu tür görüş yazılarının bir eksikliğin giderilmesi gerektiğini işaret etmesi nedeniyle “şartlı görüş” kavramı kullanılmıştır.

TTK md. 403 hükmünün gerekçesinde hangi hallerde bu tür görüşün verileceği veya verilemeyeceği örnekleme yolu ile gösterilmeye çalışılmıştır. Buna göre TMS gereği uygulanmış olup da, önemli tutarlara varmayan, ihmal edilebilen tahsil/tahakkuk ilkesi benzeri uygulamalardan, iskontolardan, değer düzeltmelerinden hatta aktifleşmeden kaynaklanan ve sonucu değiştirmeyen veya etkilemeyen bazı aykırılıklarda sınırlı olumlu görüş verilir. Buna karşın, temel hatalar, aldatmalar, hileler, peçelemeler, gizlemeler, başka türlü göstermeler, belgesiz kayıt yapma, sahte dayanak belge kullanma, envanter ile oynama hallerinde sınırlı olumlu görüş verilemez. BDS - ISA 705/7 standardında ise denetçi (a) yeterli denetim kanıtı elde etmesine karşın finansal tablodaki yalan yanlış bilgiler önemli ancak yaygın olmaması yahut (b) görüşünü oluşturmak için yeterli denetim kanıtı elde edememiş olmakla birlikte denetleyemediği kısımdaki muhtemel yalan yanlış bilgilerin önemli ve fakat yaygın olmaması hallerinde şartlı görüş verir.

iv. Görüş bildirmekten imtina edilmesine/kaçınılmasına dair görüş

Denetçinin görüş bildirmekten imtina etmesi (*disclaimer of opinion*) hali ise TTK md. 403/4 hükmünde düzenlenmiştir. Buna göre ortaklık defterlerinin denetimin yapılmasına ve denetim sonucuna ulaşılmasını engelleyecek şekilde belirsizlikler içermesi veya ortaklık tarafından denetlenecek hususlarda önemli kısıtlamalar yapılması halinde denetçi görüş vermekten imtina edebilir⁴³⁸. Denetçinin bu görüş için anılan halleri ispatlayacak delillere sahip olması gerekmez.

BDS - ISA 705/9-10 standartlarına göre denetçi, görüşüne dayanak teşkil edecek denetim delillerine ulaşamıyorsa ve ulaşamadığı bu eksikliğin muhtemel etkisinin önemli ve

⁴³⁸ TTK md. 403/4-son cümlesi hükmünde KGK’nun kaçınma hallerine ilişkin bir Tebliğ yayınlayacağı ifade edilmiştir. Çalışma tarihi itibarıyla KGK tarafından bu hususta bir düzenleme yayınlanmamıştır. Ancak bu husus bir Tebliğ ekinde yayınlanan BDS 705 içerisinde düzenlenmiş olduğundan KGK tarafından ayrıca bir düzenleme yapılmasına gerek olmadığı düşünülmektedir.

yaygın olduğunu düşünüyor ise görüş vermekten kaçınabilir. Keza denetçi, yeterli denetim kanıtı elde etmesine rağmen birden fazla karşılıklı belirsizlikleri içeren oldukça istisnai durumlarda, bu belirsizliklerin birbirleri ile olan ilişkileri ve bunların kümülatif muhtemel etkilerinin bir denetim görüşü verilmesini mümkün kılmaması halinde de görüş vermekten imtina edebilir.

v. Denetçi Görüşlerinin Etkileri

Olumlu ve şartlı görüş verilmesi halinde ortada büyük bir problem doğmamaktadır. Zira olumlu görüş halinde ortaklık tarafından hazırlanan finansal tabloların gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıttığı ve finansal raporlama standartlarına uygun olarak hazırlandığı sonucuna ulaşılır. Şartlı görüşte de finansal tabloların belirtilen şartlar dışında standartlara uygun olduğu ifade edilmiş olur. Şartlı görüş halinde, TTK md. 403/3-son cümle uyarınca denetim raporda sınırlandırmasının ne olduğu ve ne şekilde düzeltileceği yazacağı için ortaklığın bu şartı veya sınırlandırmayı gidermesi gerekmektedir. Kanaatimizce, düzeltilecek husus yönetim kurulu yetkisi dâhilinde ise bu düzeltmeleri kendisi yapar ve genel kurulun bilgisine sunar. Ama düzeltilmesi gereken husus genel kurul kararını gerektiriyor ise yönetim kurulunun bunu genel kurula taşıması gerekmektedir.

Olumsuz görüş ve görüş vermekten imtina edilmesi halinde ise durum biraz kötüleşmektedir. TTK md. 403/4 hükmü görüş vermekten imtina edilmesi halini olumsuz görüş ile aynı sonuca bağlamaktadır. TTK md. 403/5 hükmüne göre bu hallerde öncelikle denetime konu finansal tablolara dayalı olarak özellikle kar ve zarara ilişkin herhangi bir karar alınamaz. Bu hallerde görüş yazıları kendisine ulaşan yönetim kurulu dört iş günü içerisinde genel kurulu toplantıya çağırır ve toplantı gününden itibaren geçerli olmak üzere istifa eder.

Burada kanun koyucu hazırladıkları finansal tabloların gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde yansıtmaya da yönetim kurulunu yeni yönetim kurulu seçilinceye dek görevde kalmasını istemektedir. Denetim raporu TTK md. 437/1 uyarınca genel kurul toplantısından en geç on beş gün önce pay sahiplerinin incelenmesine hazır bulundurulması gerekliliğinden hareketle, yönetim kurulu bu tür bir denetim sonucunu aldığı anda muhtemelen genel kurul toplantıya çağırılmış olunacaktır. Bu nedenle kanun koyucunun buradaki amacı konunun ciddiyeti nedeniyle herhangi bir açıklığa yer vermeksizin genel kurulun toplanmasını ve yöneticilerin istifa etmelerini istemektedir. Genel kurul, yeni bir yönetim kurulu belirler ve

bu yönetim kurulu altı ay içerisinde düzenleme ve standartlara uygun yeni bir denetim raporu hazırlatarak genel kurula sunar. Bu durumda genel kurul gündeminde yönetim kurulu seçimi olması zorunlu değildir. Hatta denetim raporunun finansal tabloların görüşülmesine dair gündem maddesi kapsamında ele alınacak olmasından hareketle TTK md. 413/3 hükmü uyarınca da gündemde olmasa dahi yönetim kurulunun yeniden seçilmesi mümkündür.

Hükmün gerekçesinde de belirtildiği üzere aksi yönde bir tedbir kararı bulunmadıkça olumsuz görüş yazısının Mahkemece iptali talep edilmiş ve buna hükmedilmiş olsa bile yönetim kurulunun istifa etmesi ve yeni yönetim kurulunun atanması gerekir. Olumsuz görüş verilmiş olmasına rağmen genel kurulun yönetim kurulunu ibra etmesi mümkün müdür? Genel kurulun ibra kararı, ibra yönünde oy kullanan pay sahiplerinin TTK md. 558/2 uyarınca dava açma imkânlarını ortadan kaldırır. Nasıl ki, olumlu görüş yönetim kurulunun ibrası anlamına gelmemekteyse, olumsuz görüş de yönetim kurulunun ibra edilmemesi anlamına gelmemektedir. Her iki halde kendi açısından ibra edilme ya da edilmeye dayanak ve esas teşkil etmekle birlikte aralarında bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmamaktadır. TTK md. 424 uyarınca genel kurul hakkında olumsuz görüş bulunan bilançoyu onaylar ise yönetim kurulu ibra edilmiş olur. Ancak bu halde de TTK md. 403/5 uyarınca onaylanan bilançoya göre kar ve zarar dâhil hiçbir karar alınamaz. Bilanço ile kar/zarar hesapları genel kurulda birlikte onaylanacak ise kar/zarar hususunda karar alınamayacağı için bilanço da onaylanamayacak ve yönetim kurulu ibra edilemeyecektir.

(2) BDK'nun Denetim Raporunu Ortaklığa Teslim Etme Yükümlülüğü

Borçlunun sözleşmeden kaynaklanan borcu tam ve doğru olarak ifa ile sona ermektedir. Buna göre borcun eksiksiz olarak, zamanında, yerinde niteliğine uygun olarak ifa edilmesi gerekmektedir⁴³⁹. Sözleşmenin denetçi tarafından ifa edilmesi için düzenlemelere uygun şekil ve içerikte hazırlamış olduğu denetlenen ortaklığa teslim edilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde borçlu borcunu ifa etmiş olmaz.

TTK md. 402/7 hükmü uyarınca denetçi, raporunu imzalar ve denetlenen ortaklık yönetim kuruluna sunar. SPK'r Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 25 uyarınca da denetim raporu BDK'nun sorumlu ortak baş denetçisi tarafından imzalanarak kesinleşir ve sonraki ilk iş günü içerisinde denetlenen ortaklık yönetim kurulu başkanlığına teslim edilir. Bağımsız denetim sözleşmesinin alacaklısı konumundaki taraf denetlenen ortaklıktır. Sözleşme

⁴³⁹ Eren, s. 867.

uyarınca ifa ise alacaklı veya her ne kadar TTK md. 402/7 hükmünde belirtilmese de alacaklının yetkili temsilcisine⁴⁴⁰ yapılır.

Borcun ifa yeri BK md. 89 uyarınca taraflar aksini kararlaştırmamışlar ise alacaklının yerleşim yeridir. Böylece denetçi, kural olarak bağımsız denetim raporunu denetlenen ortaklığın merkezinde teslim etmelidir⁴⁴¹.

Denetim raporunun teslimine ilişkin borcun ifa zamanı ise hem alacaklı ortaklığın ifayı talep edebilmesini hem de borçlu BDK'nun ifa edebileceği zamanı belirlemektedir. BDK en geç ortaklık genel kurulundan on beş gün öncesinde raporunu teslim etmelidir. Bu süre SPKn bakımından Kurul (II-14.1) sayılı Tebliğ md. 10/1 uyarınca faaliyet dönemini takip eden 60 günü geçmemelidir. Taraflar bu konuda bu tarihten önceki bir süreyi belirleyebilirler. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-ğ hükmü uyarınca raporun teslim tarihinin sözleşmede yer alması gerekmektedir.

Belirlenen tarihte veya sözleşmede belirtilmemiş ise TTK md. 437 ve SPKr (II-17.1) sayılı Tebliği uyarınca belirlenecek tarihte BDK raporunu teslim etmek istemesine rağmen ortaklığın ifayı kabul etmemesi, BK md. 106 vd. hükümlerine göre alacaklının temerrüdüne yol açar. Keza bu tarihte BDK tarafından rapor teslim edilmemiş ise bu durumda borçlunun temerrüdü söz konusu olacaktır. BDK, kendi kusuru ile temerrüde düşmüş olabilir. BDS-ISA 560 uyarınca bağımsız denetim raporunun teslim edilmesinden sonra bilançoda değişiklik yapılmasını gerektirecek hallerde BDK tarafından yeni bir rapor düzenlenebilir ve/veya gerekli değişikliklerin ortaklıkça yapılması talep edilebilir. Her ne kadar bu halde BDK'nun borcunu ifa etme zamanı ertelenmiş gibi görünmekle birlikte bu halde BDK'nun aslında raporunu teslim ettiği gözden kaçırılmamalıdır. BDK tarafından yeni bir rapor yazılması aslında standartlar çerçevesinde kendi sorumluluğunun bir devamıdır. Bu erteleme düzenlemelerden kaynaklandığı için borçlunun temerrüdünden söz edilemez.

⁴⁴⁰ Denetim komitesi bu anlamda en iyi temsilci örneğidir. Düzenlemeler denetim komitesine teslimi öngörmüş olsa bile sözleşme ortaklık ile BDK arasında yapıldığı için ve komitenin taraf ehliyeti bulunmadığı için BDK tarafından ortaklığın başka bir temsilcisine rapor teslim edilebilir. Zira bu hukukun genel prensibidir. Ancak denetim komitesi kendisini temsilen, ortaklıkça karar verilmedikçe başkasını bu anlamda temsilci olarak belirleyememelidir.

⁴⁴¹ Köksal, s. 325.

2) BDK'nun Hakları

a) Ücret

Bağımsız denetim sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Bağımsız denetim sözleşmesinde iş gören taraf olan BDK'nun bu sözleşmeden elde edeceği karşı edim ücrettir. TTK içerisinde denetim ücreti hususunda sadece denetçinin Mahkeme tarafından atanması halinde ücretin emsal değer dikkate alınmak suretiyle mahkeme veznesine ön ödeme olarak yatırılması gerektiği düzenlenmiştir.

Ücret konusu bağımsız denetim alanında genellikle etik bahsi içerisinde denetçinin bağımsızlığı hususu ile birlikte ele alınmaktadır. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 32 hükmünde de denetim ücretinin denetçinin, bağımsızlığı, tarafsızlığı ve denetimin kalitesini saylayacak şekilde belirlenmesi gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Zira bağımsız denetim alanındaki son yıllarda yaşanan skandallar ve bunun ardından gelen mevzuattaki gelişmeler denetim ücretinden ileri gelmektedir. Bu bağlamda denetim ücretinin yüksekliği veya düşüklüğü, belli bir şarta bağlı olup olmayacağı, denetim dışı hizmetler karşılığında alınan ücretlere ile olan oransal ilişkileri bu konuyu gündemde tutmaya yetmiştir.

Sözleşme hürriyeti gereğince taraflar denetim ücretini serbestçe belirleyebilirler. Ancak denetim ücreti denetimin kalitesi ve güvenilirliği ile doğrudan ilgili olması nedeniyle denetim faaliyetlerini yürütecek asgari bir bedelin altında olmaması gerekmektedir. Denetim ücretinin piyasa rayicinden düşük tutulması haksız rekabete yol açabilecektir. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 32/2 uyarınca KGK tarafından denetim faaliyetlerine ilişkin ücret tarifesi belirlenebilecektir. Ancak çalışmamız tarihi itibarıyla KGK tarafından yayınlanan bir ücret tarifesi bulunmamaktadır. Söz konusu hükmün üçüncü fıkrasında ise KGK tarafından ücretin belirlenmediği yıllarda önceki yıl için belirlenen tutarların Maliye Bakanlığı tarafından belirlenen yeniden değerlendirme oranında artırılacağı ifade edilmiştir.

Bununla birlikte, bağımsız denetim faaliyetini yürüten bağımsız denetçilerin bir SMMM ve YMM olmalarından hareketle asgari denetim ücreti her yıl Maliye Bakanlığı tarafından yayınlanan asgari ücret tarifesine göre belirlenmektedir⁴⁴². Bu nedenle 3568 sayılı Kanun md. 46 ile 660 sayılı KHK md. 32/3 hükmünün aynı konuyu düzenlediği görülmekte olup, sonraki kanun düzenlemesine itibar edilmesi gerekmektedir. Buna göre de hâlihazırda

⁴⁴² Bkz. yuk. dn. 182.

bağımsız denetim faaliyetleri için 2013 ve 2014 yılı için KGK tarafından belirlenen bir ücret tarifesi bulunmadığından 3568 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan tarifeye uygun olarak denetim ücretleri belirlenecektir. Ancak ileride KGK tarafından yeni bir ücret tarifesi belirlenir ise artık 3568 sayılı Kanuna göre belirlenen tarifenin bağımsız denetim faaliyetleri bakımından uygulama kabiliyeti bulunmayacaktır. Bu süreden sonra artık belirlenen ücretler ya yeni bir KGK kararıyla belirlenmek suretiyle artırılabilir ya da KGK yeni bir karar almaz ise Yönetmelik md. 32/3 uyarınca yeniden değerlendirilmek suretiyle kendiliğinden artacaktır. Kanaatimizce, bağımsız denetim ücretlerinin KGK tarafından belirlenmesi yerinde iken bunun artışının yeniden değerlendirme oranına sabitlenmesi, bu faaliyetin yürütülmesi açısından hayati önemi haiz ücret konusunda bir boşluk yaşanmasına neden olabilecektir. Bu nedenle, denetim ücretlerinin KGK tarafından her yıl tarife ile belirlenmesi ve bu konuda zamansal bir gecikme veya boşluk bulunmamalıdır.

(1) Taraflarca Belirlenen Ücretin Sözleşmede Yer Alması Zorunluluğu

Denetlenen ortaklığın asli edim borcu olan ücretin bağımsız denetim sözleşmesinde yer alması gerekmektedir. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-f uyarınca bağımsız denetim ekibindeki denetçilerin her biri için uygun görülen ücret tutarı ile toplam denetim ücretinin sözleşmede belirtilmesi zorunludur. Bağımsız denetim sözleşmesine ilişkin BDS-ISA 210 standardında denetim ücretinin sözleşme içerisinde yer alması gerektiğine yönelik bir düzenleme bulunmamakta olup, denetim ücretinin denetim sözleşmesinde konulabileceği ifade edilmiştir (BDS-ISA 210/A23).

IESBA Etik Kuralları 240.01 standardında da denetçinin ücret konusunda bir alt sınır belirleyebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca Etik Kuralların 290.220 vd. paragraflarında yer alan standartlarda da denetim ücreti ile denetçinin bağımsızlığı arasındaki ilişki düzenlenmiş olup, ücret konusunun hangi hallerde denetçinin bağımsızlığını zedeleyebileceği detaylı olarak açıklanmıştır.

Öte yandan bir bağımsız denetçinin belirlenen asgari ücret tarifesinden altında ücret alması veya hiç ücret almaması Haksız Rekabet Yönetmeliği md. 7/1-a uyarınca haksız rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilir. Ancak bir denetçinin asgari ücret tarifesinin üstünde ve fakat başka bir denetçinin teklif ettiği ücretin altında ücret alması başlı başına bir etik ilkelere aykırılık teşkil etmez. Bu husus IESBA Etik Kuralları 240.01 standardı ile buna paralel olarak çıkarılan TÜRMOB Etik Yönetmeliği md. 40/1 hükmünde de açık bir şekilde

dile getirilmiştir⁴⁴³. Belirlenen ücret tarifesine uyulmaması KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 40/1-k uyarınca da uyarı cezası verilmesini gerektirebilecektir.

(2) Ücretin Belirlenme Şekli

Denetim ücretinin nakit ya da nakit dışı bir değer ile ödenmesi gerektiğine yönelik açık bir düzenleme ISA standartları ile KGK ve SPKı düzenlemelerinde bulunmamaktadır. Ancak işin mahiyeti gereği ve denetçinin bağımsızlığının korunmasındaki hassasiyetler ile uygulamadaki kolaylığı dikkate alındığında denetim ücretinin nakit olarak ödenmesi gerekmektedir. Denetçinin, alacağı denetim ücreti dışında herhangi bir hediye alması onun bağımsızlığını zedeleyebilecektir (TÜRMOB Etik Yönetmeliği md. 46, IESBA Etik İlkeler 260, 290.230).

Denetim ücreti, denetim faaliyetlerinin yürütüldüğü zaman diliminin her bir saati dikkate alınmak suretiyle belirlenmektedir. Maliye Bakanlığı tarafından yayınlanan asgari tarifede 2014 yılı için yıllık finansal tabloların bağımsız denetimi faaliyetinin en az 96 saat olarak belirlenebileceği ifade edilmiştir. Şüphesiz ki, belirlenen bu zaman dilimi denetlenen ortaklığın büyüklüğüne ve gerçekleştirdiği muhasebe kayıtlarının çokluğu ile orantılı olarak değişecektir. Kanaatimizce, her ne kadar BDK'nun önerdiği zaman diliminin denetlenen ortaklık ile pazarlık unsuru yapılması mümkün olmakla birlikte, bu hususun bağımsızlık unsurunu zedeleyebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Aksi halde, BDK'nun denetimin kalitesinden ödün verdiği sonucu da çıkarılabilecektir. Denetim ücreti her bir saat için en az 245.00 TL belirlenebilir⁴⁴⁴. Buna göre bir YMM tarafından yapılacak yıllık finansal tabloların bağımsız denetimi ücreti en az (96x225= 23,520.00 TL + KDV) olarak belirlenecektir.

Denetim ücretinin ne şekilde olacağından ziyade ne şekillerde olamayacağı hususu daha ayrıntılı düzenlenmiştir. Buna göre denetim ücreti, denetçinin yıllık toplam gelirinin belli bir oranının üzerinde olmamalıdır. Ücret, sözleşme açık bir şekilde belirlenmiş olmalı ve herhangi bir belirsizliği barındırmamalıdır (KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 22/3-c). BDK'nun bir müşterisinden elde edeceği gelirinin tüm gelirine oranla belli bir

⁴⁴³ Ayrıca SPKı Faaliyet Tebliği Taslağı md. 19/1 hükmünde de denetim ücretine ilişkin kurallara aykırılığı haksız rekabet yasağının ihlali olarak değerlendirilmiştir.

⁴⁴⁴ YMM'ler için öngörülen bu miktar, SMMM'ler için saat başına 200.00 TL'dir.

miktarı aşmaması gerekliliği denetçinin müşteriye olan bağımsızlığını zedelemesi nedeniyle getirilmiştir.

Ücretin denetim faaliyetlerinin sona ermesinden önce ödenmesi gerekmektedir. Aksi halde denetim ücretinin haklı bir nedene dayanmaksızın ödenmemesi denetçinin bağımsızlığı zedelenebilecektir (IESBA Etik İlkeler 290.223). KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 22/3-b hükmü bunu açıkça bağımsızlığı zedeleyen bir hal olarak kabul etmiştir.

Bağımsız denetim ücretinin herhangi bir şarta bağlı olarak belirlenmesi (*contingent fee*) ise yine denetçinin bağımsızlığını zedeleyici niteliği haizdir. Örneğin denetim ücretinin, denetim sonucuna ya da denetlenen ortaklığa sunulan denetim dışı hizmetlere göre belirlenecek olması yahut denetim ücretinin ortaklık payı ile ödenecek olması denetçinin bağımsızlığını, tarafsızlığını ve objektifliğini zedelemesi şüphesizdir. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 22/3-c ve 29/2 hükmünde denetim sonuçlarına ilişkin bir şartın varlığı halinde denetçinin bağımsızlığının tamamen ortadan kalktığı kabul edilmiştir. Ancak belirlenen şartın bu kadar açık bir şekilde bağımsızlığı zedeleyici olmaması hallerinde doğrudan bağımsızlığın zedelendiği sonucuna ulaşılmamalıdır. Örneğin denetlenen ortaklığın kamu kuruluşlarınca belirlenmiş olan gelir vergisi tutarına göre denetim ücretinin belirlenmesinde doğrudan bağımsızlığın zedelendiğini ileri sürmek güçtür. Şarta bağlı bir ücretin kararlaştırılması halinde öncelikle durum bağımsızlık açısından değerlendirilmeli, bağımsızlığa yönelik herhangi bir tehdidin varlığı sonucuna ulaşılması halinde ise bunun kabul edilebilir bir seviyeye indirilip indirilemeyeceğine karar verilmelidir. Bu hallerde denetim ücretinin, asgari tarifeye göre oranı, ücretin bağımsız bir üçüncü kişi denetçi tarafından incelenmesi gibi mekanizmalardan yararlanılabilir (TÜRMOB Etik Yönetmeliği md. 42, IESBA Etik İlkeler 290.227, ISA 240/3)⁴⁴⁵. AB'nin 8. Şirketler Hukuku Direktifi'nin 25 nci maddesinde de denetçinin denetim ücretinin herhangi bir şarta bağlanmaması ve denetlenen ortaklığa sunulabilecek başka hizmetlere göre belirlenmemesi gerekmektedir. Bu bakımdan direktif ile denetim standartları arasında bir uyum bulunmaktadır.

Ücret konusunda son olarak hatırlatılmasında yarar bulunan husus ise TTK md. 400/1-h hükmüdür. Bu hükme göre son beş yıl içerisindeki denetçilik faaliyetinden elde edilen

⁴⁴⁵ AICPA Etik Kuralları 302 no.lu standardında bu husus benzer şekilde düzenlenmiştir.

gelirin tamamının yüzde otuzundan fazlası bir ortaklık veya onun %20 veya daha fazla paya sahip olduğu başka bir ortaklığa verilen hizmetlerden elde edilmiş ise cari yıl için söz konusu ortaklığa denetçilik hizmetinde bulunulamaz⁴⁴⁶.

b) Bilgi ve Belge Alma Hakkı

Bağımsız denetim, finansal tabloların gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıtır yansıtmadığı sorunu ile ilgilidir. Bu bağlamda, denetçi önüne gelen tablodaki hesaplamaların aritmetik doğruluğundan ziyade bu rakamların varlığının doğruluğu ile ilgilenmektedir. Bu nedenle denetçinin finansal tabloların gerçeği yansıttığı sonucuna ulaşabilmesi için bir takım bilgi ve belgelere ihtiyaç duyması kaçınılmazdır.

Denetçinin talep ettiği bilgi ve belgeler raporuna dayanak teşkil eden denetim kanıtı olarak adlandırılmaktadır. Denetim kanıtlarının yeterli, güvenilir ve uygun olması gerekmektedir (BDS-ISA 500/6, SASs No.156/06). Denetçi standartlara uygun olarak bir denetim faaliyetini sürdürebilmesi için elinde ulaştığı sonucu haklı kılan yeterli ve uygun denetim kanıtlarının olması gerekmektedir. Ayrıca KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-e uyarınca bağımsız denetçilerin bağımsız denetimi ilgilendiren tüm bilgileri müşterilerden veya karşı inceleme gereksinimi duydukları hallerde diğer ilgililerden istemek yetkisi bulunmaktadır.

Bağımsız denetimden beklenen amacın gerçekleşebilmesi için denetçiye gerekli olan bilgi ve belgeye ulaşma imkânı tanınmalıdır. TTK md. 401 hükmünde açık bir şekilde denetlenecek ortaklık yönetim kurulu tarafından ilgili finansal tablolar onaylanmak suretiyle gecikmeksizin denetçiye sunulması gerektiği ifade edilmiştir. Aynı hüküm uyarınca yönetim kurulu tarafından ortaklık defterlerinin, yazışmalarının, belgelerinin, varlıklarının, borçlarının, kasasının, kıymetli evrakının, envanterinin incelenmesi için denetçiye gerekli imkânların sağlanması gerekmektedir. Denetçi de anılan bu bilgi, belge ve imkânların kendisine sağlanmasını talep etme hakkı vardır. Hatta bu imkân yılsonu finansal tabloların denetiminde finansal tabloların hazırlanmasından önce de kullanılabilir. Bu hakkın kullanılmasının engellenmesi TTK md. 553 hükmü uyarınca yönetim kurulunun sorumluluğunu doğurabilir. Ayrıca, TTK md. 403/4 hükmü uyarınca denetlenen ortaklık tarafından denetlenecek hususlara ilişkin önemli bir kısıtlama getirilmesi halinde denetçi,

⁴⁴⁶ TTK md. 400/1-h hükmüne dair ayrıntılı açıklamalar için yuk. III/A/1/j/(4)/i.

olumsuz görüş verilmesi ile aynı hukuki sonuçlara sahip olacak şekilde görüş bildirmekten kaçınabilir.

KGK ve SPKı düzenlemelerinde ise bu husus, UDS'den farklı olarak sözleşmede bulunması gereken bir unsur olarak değerlendirilmiştir. BDS-ISA 210/6 standardı uyarınca denetçinin bu tür bilgi ve belge talep etmesi denetimin bir ön koşulu olarak değerlendirilmiştir. Diğer bir ifade ile bağımsız denetim sözleşmesinde açıkça yer almasa dahi denetçinin bu yetkisi bulunmaktadır. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-e hükmünde ise denetçinin bu tür bir hakkının olduğunun sözleşmede yer alması gerekmektedir. Bu tür bir kaydın sözleşmede yer almaması halinde, tarafların üzerinde uyuşmaları zorunlu olan unsurlardan biri üzerinde anlaşamamaları söz konusu olduğundan sözleşmenin geçersizliğinden söz edilebilecektir. Ancak TTK md. 403/4-5 hükmü uyarınca böyle bir durumda denetçinin görüş vermekten kaçınması gerekmekte olup, olumsuz görüş bildirmede olduğu gibi böyle bir durumda yönetim kurulunun dört iş günü içerisinde genel kurulu toplantıya çağırması ve toplantı gününden itibaren istifa etmesi gerekmektedir.

Denetçinin bilgi ve belge talep etme hakkının sözleşmede yer aldığı bir durumda, eğer denetlenen ortaklık denetçiye bilgi ve belge sunmakta kısıntıya gidecek olur ise bu husus sınırlandırmanın derecesine göre farklı sonuçlar doğurur. Böyle bir durum, sözleşmenin sona erme sebebi olarak veya şartlı görüş yahut görüş bildirmekten kaçınma şeklinde görüş verilmesini gerektiren bir hal olarak değerlendirilebilecektir⁴⁴⁷. Ayrıca bu durumda, denetçinin bilgi ve belgelere ulaşımına imkân veren sözleşme hükmüne uyulmaması nedeniyle sözleşmeye aykırılığa bağlı diğer sonuçların da doğabileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Bilgi ve belge isteme hakkı, denetlenen ortaklığa da bilgi ve belgeleri sunma yükümlülüğünü getirmektedir. Dolayısıyla denetim faaliyetinin alacaklısı konumunda olan ortaklık tarafından denetimin yapılmasının engellenmesi bir anlamda alacaklının temerrüdü anlamına gelmektedir⁴⁴⁸.

Öte yandan, TTK md. 399/8 hükmü uyarınca ortaklık tarafından denetlemenin sınırlandırılmış olması denetim sözleşmesinin feshi için bir haklı sebep olarak

⁴⁴⁷ SPKı Yükümlülük Tebliğ Taslağı md. 9/5 hükmüne göre denetçi finansal tablolara ilişkin bilgi ve belgelere ulaşamaz ise sözleşmeyi sona erdirebilir.

⁴⁴⁸ Benzer görüş için bkz. Aytaç, s. 366. Yazar aynı zamanda bilgi ve belge verilmesinin bir borç olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu yönü ile BDK'nun borçlunun temerrüdü hükümlerine de başvurabileceğini ifade etmektedir.

değerlendirilmemiştir. TTK uyarınca bağımsız denetim sözleşmesi sadece haklı bir sebebin varlığı veya denetçi aleyhine görevden alınma davası açılması halinde feshedilebilecektir. Dolayısıyla, SPKr düzenlemesinden farklı olarak, TTK uyarınca, önemli ölçüde denetimin sınırlandırılması bağımsız denetim sözleşmesinin sona erme sebebi olarak değerlendirilmemiştir. BDS-ISA 210/6 düzenlemesi uyarınca bir ön koşul olarak belirlenen bu husus bakımından anılan hükmün uluslararası düzenlemeler ile uyumlu olduğunu söylemek güçtür. Ayrıca, anılan TTK hükmünün gerekçesine bakıldığında, denetçinin görevini yerine getirmesinin engellenmesinin sözleşmenin feshi için bir haklı sebep olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bununla birlikte hükmün açık ifadesi karşısında, anılan hükmün uluslararası düzenlemeler ile uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir. Bu nedenledir ki, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/4 hükmünün son cümlesinde KGK tarafından haklı görülebilecek diğer hallerde de denetçinin sözleşmeyi sona erdirebileceğinin düzenlenmesi yerinde bir yaklaşımdır. Dolayısıyla, SPKr Yükümlülük Tebliğ Taslağı md. 9/5 hükmü uyarınca SPKr tarafından, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/4 uyarınca KGK tarafından, denetlenen ortaklığın denetçinin talep ettiği bilgi ve belgeyi vermemesi sözleşmeyi sona erdirebilecek bir hal olarak değerlendirilebilecektir.

Kanaatimizce, denetlenen ortaklık tarafından denetim faaliyetlerinin sürdürülebilmesini engelleyecek şekilde denetçinin bilgi ve belge talep etme hakkının kısıtlanması halinde, kısıtlamanın önemi ve boyutu ile bağlantılı olarak sözleşmenin sona ermesine veya şartlı yahut görüş vermeden kaçınma şeklinde görüş verilmesi yolunun tercih edilmesi gerekmektedir. TTK ile benimsenen prosedür gereği böyle bir durumda denetçinin olumsuz görüş ile aynı hukuki sonuçları doğuracak olan görüş vermekten imtina edilmesi şeklinde görüş verecek olması ortaklık ve onun yönetimi bakımından ağır bir sonuç olarak değerlendirilse de, böyle bir durumda denetim standartlarına uygun bir şekilde sonuca varılmasında yarar bulunmaktadır.

Bu konuda ayrıca belirtilmesi gereken bir husus ise denetçinin bilgi ve belge talebini yerine getirmeyen ortaklık yönetimine uygulanacak herhangi bir yaptırımın olup olmadığına ilişkindir. TTK uyarınca denetlenen ortaklık yönetim kurulunun hukuki sorumluluğunun doğması muhtemeldir. Ancak kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilememiş olmasının cezai bir yaptırımı mevzuatta öngörülmemiştir. İngiltere’de 2006 tarihli Şirketler Kanunu’nun 501 nci maddesi uyarınca denetçiye yanlış veya yanıltıcı bilgi veren kişi hakkında para cezası ve/veya iki yıla kadar hapis cezası verilebileceği düzenlenmiştir.

c) Ortaklık Genel Kuruluna Katılma Hakkı

Denetçi denetim faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve raporunun görüşüleceği döneme ait ortaklık genel kuruluna katılabilir. Denetim faaliyetleri, çalışma konumuzu teşkil eden sermaye piyasalarının bir tarafını teşkil eden halka açık anonim ortaklıkların ortaklarının pek çoğunun uzmanlık alanını teşkil etmeyen ortaklığın finansal verileri ile ilgilidir. Bu anlamda da denetim raporları, pek çok teknik hususun anlaşılabilir bir derlemesidir.

Denetim raporu denetçi ile ortaklığın finansal tablolarının kullanıcıları arasındaki iletişimi sağlayan en yakın araçtır. Bu nedenle denetim raporlarının yeterli bilgi içermesi, açık, kesin ve kapsamlı olması gerekmektedir⁴⁴⁹. Denetim raporlarının standartlarda belirlendiği şekilde sonucu ve tarafların sorumluluklarını açıklayıcı olması ve detaylı bilgiler içermemesi nedeniyle ortaklar tarafından açıklanması gereken hususlar bulunabilecektir. Bu nedenle her ne kadar genişletilmiş de olsa bu derlemenin arkasında yatan hususlara dair detaylı pek çok denetim kanıtının da bulunduğunu söyleyebilecek birilerinin genel kurul toplantılarında hazır bulunması gerekmektedir. Zira ortaklığın yöneticileri bağımsız denetim raporunu ortaklara karşı savunamazlar ve içeriği hakkında teknik bilgi veremezler. Bu nedendir ki TTK md. 407/2 hükmüne göre bağımsız denetçi kendisini ilgilendiren konular ile ilgili olarak görüş bildirmek üzere genel kurul toplantılarında hazır bulunabilir. Ancak bu noktada dikkat edilmesi gereken husus denetçinin sadece denetim faaliyetleri ile ilgili sorulara cevap vermesi gerekmektedir. Bu sınırı aşarak ortaklık yönetimini eleştiren yahut ortaklık sırlarını ifşa eden bir cevaplama yöntemini benimsememesi gerekmektedir. Aksi halde ya tarafsızlığını yitirmiş ya da sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmiş olacaktır. Denetçi, kendisine yönelen soruları objektif olarak ve verebileceği bilgiler çerçevesinde cevaplandırmalıdır.

Anonim Şirketlerin Genel Kurul Toplantılarının Usul ve Esasları ile Bu Toplantılarda Bulunacak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı Temsilcileri Hakkında Yönetmelik⁴⁵⁰ md. 17 hükmüne göre denetime tabi olan ortaklıklar bakımından denetçinin genel kurula katılması zorunlu tutulmuştur. Ancak, TTK md. 407/2 hükmünün gerekçesinde denetçinin genel kurul

⁴⁴⁹ Hâlihazırdaki denetim raporu formatı ISA 700 standardı ile belirlenmiş olup, AB 8. Direktifi md. 28/2 uyarınca AB tarafından ortak bir rapor formatı kabul edilmemiştir. Ülkemizde BDS 700 ile ISA 700 standardının kabul edildiği görülmektedir. Bu rapor formatı, uzun yahut genişletilmiş format olarak kabul edilmektedir. Denetim raporları söz konusu standardın öncesinde çok daha kısa olarak yazılmakta idi. Bu konuda yapılan bir ampirik incelemede kısa raporların genişletilmiş raporlara göre kullanıcıları açısından daha karmaşık bir şekilde algılandığı ortaya konmuştur. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Porter, Simon, Hatherly, s. 551 vd.

⁴⁵⁰ 28.11.2012 tarih ve 28481 sayılı RG’de yayınlanmıştır.

toplantılarına katılmamış olmasının genel kurul kararlarının geçerliliğini etkilemeyeceğini ifade edilmiştir. Bu çerçevede, kanaatimizce, TTK düzenlemesinden farklı olarak denetçinin katılımını zorunlu tutan anılan Yönetmelik düzenlemesine rağmen bağımsız denetçinin katılmadığı bir genel kurulun yapılması mümkündür. Bununla birlikte, ortakların genel kurul esnasında denetçilerden talep edeceği bilgilerin verilemeyecek olması bilgi alma hakkının kısıtlanması anlamına gelecektir. Bu imkânın ortadan kaldırılmış olması her ne kadar genel kurulun denetim raporu hakkında karar alınmasına bir engel teşkil etmese de söz konusu bilgi talebinde bulunan ortağın söz konusu karar aleyhine iptal davası açması da mümkündür. Ayrıca TTK md. 437/5 uyarınca anılan ortağın genel kurulun aldığı kararın ardından mahkeme aracılığı ile söz konusu bilgiyi elde etmesi de mümkündür.

SPK'r Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 24 uyarınca bağımsız denetçiler denetlediği ortaklığın genel kuruluna katılmaya yetkilidir. Hatta bağımsız denetim sözleşmesinin, denetim raporunun sunulmasından evvel sona erdirilmesi halinde dahi denetçilerin gerekli görmeleri halinde sözleşmenin sona erdirilmesini izleyen ilk genel kurula katılmaları mümkündür. Halka açık ortaklıkların finansal tablolarının denetiminin bir BDK tarafından yapılacak olması nedeniyle BDK'yı temsilen kimin genel kurula katılacağı Tebliğ'de açıkça yazılmamıştır. Ancak denetçinin genel kurulda bulunma amacının ortakların denetim raporu ve faaliyetleri ile ilgili bilgi taleplerinin karşılamak olduğu dikkate alındığında şüphesiz ki, denetim faaliyetlerini sürdüren denetçinin genel kurula katılması gerekli ve yeterlidir. Onun dışında denetim raporunu imzalayan sorumlu ortak baş denetçinin de genel kurula katılması da mümkündür.

d) Diğer Toplantılara Katılma Hakkı

Denetçinin denetlediği ortaklığın genel kurulu dışında ortaklığın yönetim kurulu toplantılarına katılıp katılamayacağına ilişkin olarak açık bir düzenleme mevzuatımızda bulunmamaktadır. Denetçinin ortaklığın yönetim ve faaliyetleri ile ilgili stratejik kararların da verildiği yönetim kurulu toplantılarına katılmaması esastır. Yönetim kurulu toplantılarının sadece yöneticilere açık olması hatta TTK md. 390/2 uyarınca yönetim kurulu üyelerinin vekilleri aracılığı ile bile toplantılara katılamayacaklarının düzenlenmesi karşısında denetçilerin yönetim kurulu toplantılarına katılamamasında olağan dışı bir durum bulunmamaktadır. Kanun koyucu yöneticilerin ortaklığın sevk ve idaresinde ortaklık dışında kimseyi yönetim kurulu toplantısına almamasındaki amacı makul ve anlaşılabilir bir durumdur.

Ayrıca denetçinin yürüttüğü denetim faaliyeti şirketin yönetimi ile ilgili değildir. Bu anlamda denetçi, ortaklığın finansal tablolarını etkileyici olan kararların alınmasında etkin bir rol alamaz. Ancak düzenlemeler çerçevesinde, ortaklık yönetimince belirlenen muhasebe politikaları sonucunda finansal tabloların gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıtmadığı bir durumda bu hususu raporunda belirtebilir veya raporunun sonucunu buna göre değiştirebilecektir. Bununla birlikte, yönetim kurulunun bağımsız denetim faaliyetleri ile ilgili bilgi almak üzere denetçiyi yönetim kuruluna davet etmesine de bir engel bulunmamaktadır⁴⁵¹. Bağımsız denetçilerin ortaklık yönetimi ile olan ilişkilerinin ne şekilde gerçekleşeceği hususu ile denetçilerin yönetim kurulu toplantılarına katılmaları hususu birbirinden farklıdır. Şöyle ki, bağımsız denetçiler denetim faaliyetleri boyunca ortaya çıkan hususların çözümlenmesi için ortaklık yönetimi ile görüşme yapmaları her zaman mümkündür. Ancak bu görüşmelerin denetçinin tarafsızlığı ve bağımsızlığını zedelememesini teminen bu konuda BDS-ISA 260 standardı öngörülmüştür. Dolayısıyla denetçilerin ortaklık yöneticileri ile olan ilişkileri standartlar ile belirlenmiştir. Bu konuya ilişkin standartta ise denetçilerin yönetim kurulu toplantılarına katılması hususu düzenlenmemiştir. Buna karşılık, BDS-ISA 260/A7 standardında iyi bir kurumsal yönetimin gerekliliği olarak bağımsız denetçinin denetim komitesinin toplantılarına katılabileceği ifade edilmiştir.

B. Denetlenen Ortaklığın Hak ve Yükümlülükleri

Bağımsız denetim sözleşmelerinin tam iki tarafa borç yükleyen sözleşme olması nedeniyle BDK'nun yükümlülükleri denetlenen ortaklık bakımından hak olarak değerlendirilirken, BDK'nun hakları denetlenen ortaklık bakımından yükümlülük olarak ortaya çıkmaktadır. BDK'nun bir kısım yükümlülükleri sözleşmenin karşı tarafı olan ortaklık bakımından doğrudan bir sonuç doğuran hak olarak telakki edilemeyecektir. BDK'nun sır saklama yükümlülüğü, denetlenen ortaklık bakımından sırrının saklanması hakkı iken, BDK'nun reklam yasağına ilişkin yükümlülüğünün karşılığında ortaklığın doğrudan bir hakkı bulunmamaktadır.

⁴⁵¹ Benzer görüş için bkz. Köksal, s. 233. Her ne kadar eski TTK dönemindeki denetim kuruluna ilişkin uygulama bakımından konu ele alınmış ise de denetçilerin yönetim kurulu toplantılarına katılması ve bu durumundan denetçinin tarafsızlığını zedelemeyeceğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Öçal, A. (1978). Denetçilerin Yönetim Kurulu Toplantılarına Katılması, *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, C. 14, S. 1, s. 357-365.

Ortaklığın, bağımsız bir şekilde mesleki özen ve titizlik göstermek suretiyle yetkili bir BDK tarafından, mevzuat ile belirlenmiş denetim, etik ve kalite standartlarına uygun olarak denetlenme hakkı bulunmaktadır. Bunun karşısında ise ortaklığın, denetçi tarafından istenen denetim ile ilgili tüm bilgi ve belgeleri ona sunma ile denetim ücretini ödeme yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu genel açıklamalar, BDK'nun hak ve yükümlülüklerine dair açıklamalarımızda yer alan açıklamalarımız ile örtüşmekte olup, tekrardan kaçınmak amacıyla ilgili bölümlere atıf yapmakla yetinmekteyiz.

IV. BÖLÜM

BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİNİN SONA ERMESİ

Bağımsız denetim faaliyetinin kamusal yönü bu faaliyetin sonuçlarının geniş bir yelpazeyi ilgilendirmesinden ileri gelmektedir. Denetim faaliyetlerinin kamusal yönünün bulunmasının sonuçlarından biri ise bu sözleşmelerin sona ermesi aşamasında görülmektedir. Olağan bir borçlar hukuku sözleşmesinde taraflar, sözleşme özgürlüğü prensibi uyarınca kurdukları bir sözleşmeyi yine karşılıklı ve birbirine uygun kendi iradeleri ile her zaman sona erdirebilirler. Ancak bağımsız denetim alanında sözleşme özgürlüğünün bu kısmına kamusal menfaat gözetilerek sınırlandırma getirilmiştir.

A. Sözleşmenin Taraflarının Sözleşmeyi Sona Erdirmesi

Bağımsız denetim sözleşmelerinin taraflarca sona erdirilmesi SPK, TTK ve KGK düzenlemelerinde yer almaktadır.

1) Sermaye Piyasası Mevzuatı Bakımından Sözleşmenin Sona Ermesi

SPKn içerisinde bağımsız denetim sözleşmesinin sona ermesine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık SPK, Yüklümlülük Tebliği Taslağı md. 9/5 hükmü bağımsız denetim sözleşmesinin sona erdirilmesine ilişkindir.

Söz konusu hükme göre ana kural tarafların anlaşarak bağımsız denetim sözleşmesini sona erdirememeleridir. Diğer bir ifade ile taraflar ancak tek taraflı irade beyanı ile sözleşmeyi sona erdirebilirler. Ancak bunun için haklı bir gerekçelerinin olması ve SPK'nun buna onay vermesi gerekmektedir. Bu husus oldukça anlaşılabilir bir kuraldır. Zira örneğin denetlenen ortaklığın denetçiye denetim imkânı vermemesi yahut denetçinin standartlara aykırı olarak bir denetim yapmak istemesi hallerinde sözleşmenin sona erdirilmesinde taraflar dışındaki kişileri de etkileyecek sonuçlar doğabilecektir. Keza, denetim firmasının kendisine yetki verilen idari kurumlarca benimsenen standartlara göre bir denetimi gerçekleştiremeyecek olması yahut standartlara uymak istememesi halinde verilen yetkinin geri alınması gündeme gelebilecektir. Benzer şekilde, denetlenen ortaklığın da denetime imkân vermemesi denetimden kaçınmasını gerektirir sebeplerin veya durumların varlığına işaret ettiği sonucuna ulaşılabilecektir. Bu gibi nedenleri dikkate almak

ve sona erme isteminin sebebini öğrenebilmek amacıyla ancak SPKr'nun bilgi dâhilinde sözleşmenin sona erdirilmesine izin verilmiştir.

Tarafların sözleşmeyi sona erdirmek için ileri sürebilecekleri gerekçeler birbirinden farklıdır.

a) Ortaklık Tarafından Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi

Tebliğ'de denetlenen ortaklığın haklı nedenler ile sözleşmeyi sona erdirebileceği düzenlenmiş ve fakat hangi nedenlerin haklı olacağı hususunda bir açıklama getirilmemiştir. Bu nedenle denetlenen ortaklık tarafından ileri sürülebilecek haklı nedenleri genel kriterlerden yola çıkarak ulaşılabilmektedir. Buradaki sözleşmenin sona ermesinden anlaşılması gereken husus sözleşmeden dönmeden ziyade sözleşmenin feshidir. Kaldı ki TTK md. 399 hükmünde de sözleşmenin feshinden bahsedilmektedir. Sözleşmeden dönme hali geçmişe yönelik sonuçlar doğurur iken, sözleşmenin feshi geleceğe etkilidir. Feshin kendisinden önceki tarihli tarafların ifa ettikleri yükümlülüklerin geçerliliklerine bir etkisi bulunmamaktadır⁴⁵².

Borçlar hukukumuzda sözleşmelerin feshi konusunda kanun kira ve hizmet sözleşmelerinde olduğu gibi⁴⁵³ bazı yerlerinde fesih sebepleri belirtilmekle birlikte, bazı sözleşmelerde ise bu şekilde bir açıklık getirilmemiştir. Bağımsız denetim sözleşmelerinde de söz konusu Tebliğ hükmü ile sözleşmenin sona erdirilebileceği düzenlenmiş bulunmakla birlikte fesih sebeplerini belirtilmemiştir.

Bağımsız denetim sözleşmesinin haklı sebepler ile sona erdirilmesi için ileri sürülen sebebin öncelikle haklı olması gerekmektedir. Denetlenen ortaklık tarafından ileri sürülen bir sebebin haklı olup olmadığına somut olayın özellikleri dikkate alınarak SPKr tarafından karar verilmektedir. Mevzuatta düzenlenmemiş bir nedenin tarafların sözleşme ile fesih sebebi olarak öngörülmüş olması SPKr'nu bağlamamaktadır. Zira düzenlemedeki amaç tarafların sadece kendi iradeleri ile aralarındaki sözleşmeyi sona erdirmelerini engellemektir.

SPKr'nun denetlenen ortaklığın ileri sürdüğü nedeni kabul etmesi halinde ortaklığın haksız feshinden söz edilmesinin mümkün olup olmadığı gündeme gelebilecektir. SPKr

⁴⁵² Buz, V. (1998). *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara, s. 65 ve 81., Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden Dönme*, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, 118, Kılıçoğlu, s. 710., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 965., Eren, s. 104 ve 1247.

⁴⁵³ TBK md. 328, 431-432.

tarafından alınan karar bir idari işlem olup, her zaman yargı denetimine tabidir. Ayrıca taraflar arasındaki sözleşmelerin sona erdirilmesinin haklı olup olmadığı bir idari birimin kararına bağlı olmayıp, yargılamayı gerektiren bir husus olduğu da açıktır. Bu nedenle, SPK tarafından kabul gören bir sona erme nedeninin Mahkemeler aracılığı ile haksız olduğunun tespiti mümkündür.

BDK'nun asıl edim borcu olan denetim faaliyetlerini TDS'ye göre yürütme ve denetim raporunu hazırlayarak ortaklığa teslim etme yükümlülüğünde bir temerrüde düşmesi halinde denetlenen ortaklık BK 123 vd. hükümleri uyarınca sözleşmeyi feshedebilir. Temerrüd, sözleşmeyi sona erdirmenin en doğal haklı sebebidir.

Bir sözleşmenin haklı olarak sona erdirilmesi, sona erdirmek isteyen taraf açısından sözleşme nedeniyle doğan hak ve yükümlülüklerin ifasının artık gerçekleştirilemeyeceği anlamına gelmektedir. Sürekli borç ilişkilerinde taraflar arasındaki güven ilişkisinin sarsılması sözleşmenin feshi yolu ile sona erdirilmesinin en önemli nedenidir. Özellikle bağımsız denetim sözleşmelerindeki tarafların birbirine olan güveninin sözleşmenin sürekliliği için ayrı bir önemi haiz olması nedeniyle bu ilişkideki sarsılma ortaklık bakımından haklı sebep olarak değerlendirilebilecektir⁴⁵⁴.

Sözleşmenin yapılması aşamasında denetlenen ortaklığın kendi ekonomik büyüklüğünü de dikkate almak suretiyle bağımsız denetim faaliyetlerini yürütme konusunda yetki almış ve kendi denetimi ile sürekli olarak ilgilenebilecek denetim personeline sahip bir BDK'ya teklif götürmesi gerekmektedir. Ancak sözleşmenin yapılmasının ardından söz konusu BDK'nun halka açık anonim ortaklıkları denetleme konusunda öngörülen şartları kaybetmesi, BDK'nun ortaklığın denetimini gerçekleştirecek nitelikleri haiz personele sahip olmaması, denetçinin ortaklığın sırlarını ifşa etmesi, içeriden öğrendiği bilgileri borsada kullanmak suretiyle haksız kazanç elde etmesi, denetlenen ortaklığın yönetimi ile denetçiler arasındaki ilişkinin kişisel husumetler nedeniyle kurulamaması, denetçilerin mesleki yeterliliklerinin olmaması, gerekli özen ve dikkati göstermemesi, denetim ekibinin sürekli değiştirilmesi gibi nedenler ile sözleşmenin sona erdirilmesine karar verilebilecektir.

SPK tarafından söz konusu iddiaların gerçekliği araştırılacaktır. İleri sürülen nedenin oluşumunda denetlenen ortaklığın bir kusurunun bulunup bulunmaması ileri sürülen sebebin haklılığı bakımından dikkate alınmamalıdır. Haklı sebebin varlığını ileri süren tarafın söz

⁴⁵⁴ Köksal, s. 386.

konusu sebebin meydana gelmesinde kusurlu olması durumunda hakkın kötüye kullanımından bahsedilememelidir. Örneğin denetçi ile birlikte insider bilgiyi kullanan yöneticilerin sözleşmeyi sona erdirmek istemelerinde yahut sözleşmenin kurulmasından evvel BDK'nun denetlenen ortaklığın sektörüne ilişkin bir denetim deneyimine sahip olmaması nedeniyle denetimi gerçekleştirememesinde denetlenen ortaklığın da kusurunun bulunması halinde sözleşmenin haklı olarak feshedilmesinin mümkün olmadığını ileri sürmek başka bir soruna yol açacaktır. Bu gibi durumlarda denetime devam ettirme sonucuna varılmasında denetimden beklenen fayda elde edilemeyebilecektir. Ortaklığın da kusurlu olduğu bu hallerde tarafların tazminat yükümlülüklerinde hâkim tarafından bir belirleme yapılması dışında sebebin haklılığını belirleme bakımından kusurun bir önemi bulunmamalıdır.

Bağımsız denetim kuruluşlarının asıl sermayeleri onların itibarlarıdır. Bir BDK'nun piyasadaki itibarını yitirmesi oldukça ciddi bir sorundur. Bu nedenle piyasadaki itibarını kaybetmiş bir BDK ile ortaklık arasındaki sözleşmenin devam etmesinde ortaklık bakımından bir yarar bulunmamaktadır. Zira denetim raporunun kullanıcıları, daha evvel yaptığı bir denetim ile ilgili muhasebe skandalına karışan bir BDK'nun yapacağı denetim faaliyetinin sonucuna itibar etmeyebilir. Bu husustaki en iyi örnek Arthur Anderson adlı denetim firmasına ilişkindir. Söz konusu firma, karıştığı Enron skandalı sonrasında SEC ile alacağı ceza konusunda anlaşma yapmak durumunda kalmıştır. Bunun sonunda ise 400 civarındaki halka açık ortaklık söz konusu firma ile olan sözleşmelerini sona erdirmişlerdir⁴⁵⁵. Söz konusu firmaların ileri sürdükleri gerekçe gibi bir ortaklığın denetçisinin başka bir denetim nedeniyle itibarının zedelenmiş olduğu iddiasının haklı olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

b) BDK Tarafından Sözleşmesinin Sona Erdirilmesi

SPK'ın Yükümlülük Tebliği Taslağı uyarınca BDK tarafından (a) müşteri tarafından çalışma alanının önemli ölçüde sınırlandırılması nedeniyle finansal tablolara ilişkin bilgi ve belgeleri elde edememesi, (b) kendisi hakkında görevden alınma davası açılması veya (c) haklı gerekçelerin varlığı hallerinde sözleşmenin sona erdirilmesine izin verilmiştir.

Denetlenen ortaklık tarafından herhangi bir haklı gerekçe ile son erdirilebilen sözleşme, BDK tarafından haklı gerekçe yanında anılan iki haklı gerekçenin varlığı halinde

⁴⁵⁵ Messier, Glover, Prawitt, s. 647.

de sona erdirilebilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken husus BDK tarafından ileri sürülen bu sebepler hakkında sözleşmeyi sona erdirmeden önce Kurulun görüşünün alınması gerekmektedir. Müşteriler bakımından ileri sürülen haklı sebebin Kurulca onaylanmasına dair yaklaşım, BDK bakımından ileri sürülen bu sebepler bakımından Kurulun görüşünün alınması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Her iki halde de amaç sözleşmenin sona ermesinde tarafları kendi iradeleri ile hareket etmesinin önünde geçilmesidir.

BDS-ISA 705/6 uyarınca yeterli ve uygun denetim kanıtının elde edilememesi olumlu görüş dışında bir sonuca ulaşma nedenidir. Bu çerçevede, denetçinin finansal tablolara ilişkin bilgi ve belgelerin elde edilmesine yönelik çalışma koşullarının, şartlı görüş verilmesi veya görüş bildirmekten imtina edilmesi sonucuna ulaşmasını dahi engelleyecek önemde sınırlandırılması hallerinde denetçi SPKr'dan onay almak koşuluyla bağımsız denetim sözleşmesini sona erdirebilecektir. Buna göre denetçinin çalışma koşullarının sınırlandırılmasının sözleşmeyi sona erdirecek veya BDS 705/7,9 standardında belirtilen şartlı görüş yahut görüş vermekten kaçınma sonuçlarına ulaşılabilir düzeyde olup olmadığı konusunda değerlendirmeyi SPKr yapacaktır.

Denetlenen ortaklık bakımından denetim raporunun teslim edilmemesi ile BDK bakımından denetim ücretinin ödenmemesi haklı sebep sayılmalıdır. Bu çerçevede, denetlenen ortaklığın denetim ücretini ödememesi nedeniyle temerrüde düşmesi halinde BDK'nun haklı bir sebebin varlığı nedeniyle SPKr'na başvurabilmesi gerekmektedir⁴⁵⁶. Ayrıca sözleşmenin imzalanmasının ardından BDK'nun sözleşme öncesindeki araştırmalarında bir hataya düşmesi halinde de sözleşmenin sona erdirilmesine izin verilmesi gerekmektedir. Eğer BDK kendi hatası ile yahut denetlenen ortaklığın davranışları nedeniyle yanlış bir izlenim edinerek sözleşmeyi imzalamış ve daha sonrasında kendi kapasitesinin üzerinde bir denetim faaliyeti ile karşılaştığını ve denetim faaliyetini sonlandıramayacağı sonucuna ulaşmış ise sözleşmeyi sona erdirebilmelidir. Burada kendi kusurunun olması onun sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu doğuracağında şüphe bulunmamaktadır.

Burada, sözleşmelerdeki ahde vefa kuralından ileri gelen alacaklının menfaati ile sözleşmenin ifa edilmesinde yahut eksik ifa edilmesinde bundan etkilenecek kişilerin menfaatlerini karşılaştırmak gerekmektedir. Bağımsız denetim raporu kullanıcılarının menfaatlerini gözetmeksizin, bir BDK'nun sözleşme sonrasında üstesinden gelemeyeceği

⁴⁵⁶ Benzer görüş için bkz. Köksal, s. 395.

bir denetim faaliyetini sırf sözleşmeyi imzaladığı için bitirmesini beklemek bağımsız denetim faaliyetlerinin amacı ile bağdaştırılamaz. BDK'nun kusurunun bulunması tazmin sorumluluğunun kapsamı ile ilgilidir. Böyle bir durumda en iyi yol bir an evvel sözleşmenin sona erdirilmesi ve ortaklığa kapasitesine ve risk durumuna uygun yeni bir BDK atanması yolunu seçmektir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaklığın riskinin artması ve bu nedenle baştan belirlenen denetim ücretinin bu durumda yetersiz olması sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması süreci ile aşılabilecek bir sorundur. Sözleşmedeki ücretin artırılmasına rağmen BDK'nun, standartlara uygun bir denetim raporunu sunamayacak olması halinde sözleşmesinin sona erdirilmesine imkân tanınmalıdır⁴⁵⁷.

Bunun dışında denetçinin, aşağıda belirtilen hallerdeki haklı nedenler ile sözleşmeyi sona erdirmesi mümkündür.

- BDS 210/17 uyarınca bağımsız denetim şartlarındaki ortaklık tarafından talep edilen değişiklikleri⁴⁵⁸ kabul etmeyen ve eski şartlar ile denetime devam etmesine izin verilmeyen BDK, sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir.

- BDS 240/38 uyarınca denetçi, hileli finansal raporlama sonucunu doğuracak hile ve usulsüzlük yahut buna yönelik bir şüphesinin⁴⁵⁹ olması halinde bağımsız denetimi devam ettirmesinde sorunlar ile karşılaştığında denetim sözleşmesini sona erdirmeyi gözden geçirmek durumundadır. Bu husus da denetçinin ileri sürebileceği haklı bir sebep olarak değerlendirilebilir.

- Denetçi, finansal tabloları etkileyecek ölçüde bir mevzuata aykırılığı tespit eder ve buna dair denetim kanıtlarını toplar ise bu durumu denetlenen ortaklık yönetimi ile paylaşır.

⁴⁵⁷ Kanaatimizce aynı sonuca bağımsız denetimin ön koşulları olan bağımsızlık, objektiflik ve dürüstlük ilkelerinin ihlal edildiği hallerde de ulaşmak mümkündür. Şöyle ki, sözleşmenin yapılmasının ardından denetçinin objektifliğini veya bağımsızlığını zedeleyici bir durumun oluşması halinde sözleşmenin sona erdirilmesini talep etme hakkının bulunması gerekmektedir. Örneğin, sözleşmenin kurulmasının ardından BDK'nun yöneticilerinden birinin çocuğunun, denetlenen ortaklığın sonradan hisselerini almak suretiyle iştiraki konumuna giren başka bir ortaklıkta pay sahibi ve yönetici pozisyonunda olması sözleşmeyi sona erdirebilecek bir haklı sebep olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

⁴⁵⁸ Anılan hükmün ikinci fıkrası uyarınca bağımsız denetim şartlarındaki değişiklik talepleri; bağımsız denetim hizmetini gerektiren şartlardaki değişiklikten, bağımsız denetim çalışmasının veya talep edilen hizmetin içeriğinin yanlış anlaşılmasından veya işletme yönetiminin isteğiyle veya koşulların gereği olarak bağımsız denetimin kapsamının kısıtlanmasından kaynaklanabilir.

⁴⁵⁹ Denetçi bu aşamada yöneticiler ile görüşme dâhil tespitini/şüphesini teyit edecek diğer denetim tekniklerinde yararlanır ve ortaklık yönetiminden finansal tablolardaki hile ve usulsüzlüklerden dolayı sorumluluklarını gösterir bir teyit mektubu da alır (BDS 240/A59).

Eğer finansal tabloları da etkileyecek olan bu mevzuata aykırılıklar finansal tablolara uygun olarak yansıtılmamış ise denetçi şartlı veya olumsuz görüş vermek durumundadır (BDS 250/25, 26). Ancak finansal tablolar üzerinde önemli etkisi olmayan mevzuata aykırılıklarda dahi söz konusu aykırılıkların giderilmesi hususunda denetlenen ortaklık yönetiminin aykırılığı düzeltici veya iyileştirici yönde hareket etmemesi halinde, denetçinin sözleşmeyi sona erdirmeye talebinde bulunması mümkündür (BDS 250/A18). Bu husus da denetçinin sözleşmeyi sona erdirmek için kullanabileceği haklı bir sebep olarak değerlendirilebilir.

- Denetçinin finansal tablolara ilişkin hile ve usulsüzlüklerden ileri gelebilecek önemli yanlışlık risklerini tam olarak değerlendirebilmesi için denetlenen ortaklığı, faaliyet koşullarını ve çevresi ile olan ilişkilerini kavraması gerekmektedir (BDS 315/11-24). Bu kapsamda, denetçinin denetlenen ortaklığın amaçlarını, stratejilerini, bunlar ile ilişkin olan ve finansal tablolarda yanlışlık yaratabilecek faaliyet risklerini, finansal performansını, iç kontrol sistemini, risk değerlendirme sürecini kavramak durumundadır (BDS 315/11). Denetçi eğer ortaklığın kayıtlarının durumu ve güvenilirliği nedeniyle finansal tablolar hakkında yeterli ve uygun bağımsız denetim kanıtı toplayamaz ise şartlı görüş vermek durumunda kalabilecektir. Ancak, söz konusu hususlar bağımsız denetim çalışmalarının sürdürülebilirliğini tümüyle engelleyecek nitelikte ise BDK, denetim sözleşmesinin sona erdirilmesini talep edebilir (BDS 315/A121).

- BDS – ISA 720 standardı denetime tabi finansal tabloları içeren diğer belgelerde yer alan diğer bilgilerin kontrolü ve dikkate alınmasına ilişkin hükümleri düzenlemektedir. Denetime tabi olan finansal tabloları içeren belgeler denetlenen ortaklığın yıllık faaliyet raporu, izahname, sirküler gibi belgelerdir (BDS 720/A3, A4). Bağımsız denetimin kapsamı ve amacı denetlenen finansal tablolar ile sınırlandırılmış olup, denetçinin “diğer bilgilerin” doğruluğuna ve uygun şekilde verildiğine ilişkin bir sorumluluğu bulunmamaktadır. Ancak “diğer bilgiler” ile finansal tablolarda yer alan bilgiler arasında önemli bir tutarsızlık bulunması halinde denetçi finansal tablonun ya da “diğer bilgi”nin değiştirilmesini değerlendirir. Denetçinin finansal tablolarda değişiklik yapılması talebinin ortaklık yönetimince reddedilmesi halinde, denetçi denetimden çekilebilir (BDS 720/10-c).

Yukarıda yer verilen hallerde denetim standartları genellikle denetçinin mevzuatta izin verilmesi halinde denetimden çekilebileceğini ifade etmiştir. Bu anlamda denetçinin haklı neden ile sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının bulunması standartlardaki mevzuatta izin verilme şartını karşılamaktadır.

Denetçinin kendisi hakkında görevden alınma davasının açılması halinde sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı ise TTK içerisinde de yer alması nedeniyle aşağıdaki ilgili kısımda incelenmiştir.

2) TTK ve KGK Düzenlemeleri Bakımından Sözleşmesi Sona Ermesi

TTK md. 399 hükmünün başlığında “sözleşmenin feshi”nden bahsedilmektedir. TTK md. 399/4 ve 8 hükümlerinde tarafların denetim sözleşmesini feshetmesi halleri düzenlenmiştir. TTK bakımından da tarafların kendi aralarında anlaşarak sözleşmeyi sona erdirmelerine izin verilmemiştir⁴⁶⁰.

Denetlenen ortaklık ancak haklı sebebin varlığı halinde mahkeme aracılığı ile denetçi ise haklı sebebin yahut hakkında açılan dava nedeniyle sözleşmeyi feshedebilir. Denetlenen ortaklığın haklı bir sebebi olsa dahi tek taraflı iradesi ile sözleşmeyi sona erdirmesi mümkün değildir. Ortaklık ancak mahkeme aracılığı ile sözleşmeyi sona erdirebilir. Denetçi bakımından ise mahkemeye başvurma zorunluluğu bulunmamaktadır. Bu ayrım, denetlenen ortaklık tarafından her an sözleşmenin feshedilmek suretiyle denetim faaliyetlerini sürüncemede bırakılmasının önüne geçilmesi bakımından olumludur.

KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/4 uyarınca ise denetim görevi sadece TTK md. 399/4 hükmünde öngörüldüğü şekilde ve yerine başka bir denetçi atanmış ise denetçiden alınabilir. Denetçi ise haklı bir sebep veya kendisine karşı görevden alınma davası açılmış ise sözleşmeyi feshedebilir. Bu hüküm bir anlamda TTK md. 399 hükmünün özetlenmiş halini teşkil etmektedir.

Buna karşın, anılan Yönetmelik hükmünün son cümlesinde “*Denetim kuruluşları ve denetçiler, Kurumca haklı görülecek nedenlerin bulunması halinde sözleşmeyi sona erdirebilirler*” denilmektedir. Bu düzenleme TTK içerisinde yer almayan bir sona erme sebebi olarak görülmekte olup, sona erme sebeplerini sınırlı sayıda olmaktan çıkarmaktadır⁴⁶¹. Kanaatimizce, bu hüküm olması gereken hukuk bakımından olumlu ve

⁴⁶⁰ Özkorkut, s. 278., Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 428, No. 17-27.

⁴⁶¹ ÖZKORKUT tarafından bu hükmün TTK ile öngörülen sınırlı sayıdaki haklı fesih sebeplerini de ortadan kaldıracak nitelikte olduğu ileri sürülmüştür. Yazar bu hüküm ile KGK tarafından haklı sebeplerin önceden belirleneceği, bu belirlenimin yapılmaması halinde ise denetçilerin TTK’dan ileri gelen haklı nedenle fesih haklarının zedeleneyeceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce, söz konusu hüküm ile ifade edilmek istenen husus TTK’da belirtilen haklı fesih hallerinin yanında hayatın olağan akışı içerisinde pek çok türde gelişebilecek haklı başka sebeplerin de fesih hakkını doğurabileceği ancak bunun değerlendirmesinin yine taraflarca değil, SPK Tebliğinde müşteriler bakımından olduğu gibi, KGK tarafından yapılmak suretiyle sözleşmenin sona erdirilebilmesine imkân tanımadır. Ancak bu halde SPK Tebliğinde müşteriler bakımından getirilen sınırsız

fakat mevcut 660 sayılı KHK ve TTK uyarınca yetkilendirilmediği için uygulanabilirliği tartışmalı bir niteliği haizdir. SPKı düzenlemesinde bu hususta paralel bir düzenleme bulunmakla birlikte, bu düzenleme kaynağını SPKn md. 128/1-c hükmünde yer alan “...bağımsız denetim... faaliyetine ilişkin şartları ve çalışma esaslarını belirlemek...” yetkisinden almaktadır. Kanaatimizce benzer bir düzenleme 660 sayılı KHK md. 9/1-ç hükmünde de yer almaktadır.

Söz konusu düzenlemeleri birlikte değerlendirmek suretiyle tarafların sözleşmeyi sona erdirmeye hallerini şu şekilde açıklayabiliriz.

a) BDK Bakımından

TTK md. 399/8 uyarınca denetçi, denetim sözleşmesini ancak haklı bir sebebin varlığı halinde veya kendisine karşı görevden alınma davasının açılması halinde feshedebilecektir. Denetçinin sözleşmeyi feshetmek için kullanabileceği haklı sebep iddiası, yukarıda SPKı düzenlemeleri çerçevesinde denetçinin sözleşmeyi haklı sebep ile sona erdirmesi çerçevesinde yapılan açıklamalarımız ile benzer olması nedeniyle, ilgili kısma atıf yapmakla yetinmekteyiz. Ancak burada ifade etmek gerekir ki, TTK md. 399/8 hükmünün gerekçesinde yukarıdaki açıklamalarımızı da teyit edecek şekilde bazı haklı sebep hallerinden bahsedilmiştir. Buna göre denetçi, çalışma şartlarının müsait olmaması, ücret ve giderlerin zamanında ödenmemesi veya görevini yerine getirmesinin engellenmesi hallerinde sözleşmeyi feshedebilir.

Hükmün açık ifadesi gereği denetçinin “görüş yazısının içeriğine ilişkin fikir aykırılıkları” ile “denetlemenin şirketçe sınırlandırılması” ve “görüş yazısını vermekten kaçınma” haklı sebep sayılmamaktadır. Haklı sebep sayılmayan bu hallerden “görüş yazısını vermekten kaçınma” halinin denetçi bakımından haklı sebep sayılamayacağı konusunda şüphe bulunmamaktadır. Denetim raporunu teslim etmeyerek asli edim borcunda temerrüde düşen denetçiye bu nedenle sözleşmeyi feshetme hakkı tanınması mümkün değildir. Öte yandan, TTK md. 399/4 uyarınca görüş vermekten kaçınma imkânı var iken sözleşmeyi feshetme yoluna başvurulması mümkün değildir. Ancak diğer iki hal üzerinde durulması gerekmektedir.

haklı sebebin varlığı BDK’lar bakımından öngörülmüş olup, TTK’da da olduğu gibi müşteriler ile aynı statüye konulmuş olunmaktadır. Bu durumların KGK tarafından belirlenecek olması ise sınırsızlığı dizginleyecek mahiyettedir. Bu çerçevede, anılan hükmün TTK sistemini daraltıcı değil genişletici bir etkisinin olduğunu düşünmekteyiz. Bkz. Özkorkut, s. 280.

Öncelikle ortaklık ile denetçi arasındaki denetim raporunun içeriğine ilişkin fikir ayrılıklarının denetçi bakımından sözleşmeyi feshetme konusunda haklı sebep sayılmaması konusunda hükmün gerekçesinde bir açıklık bulunmamaktadır. TTK md. 405 hükmünde denetçi ile ortaklık arasında ortaklığın hesaplarına, finansal tablolarına ve yönetim kurulu faaliyet raporuna ilişkin olarak kanun, idari tasarruf veya esas sözleşme hükümlerinin yorumu veya uygulanmasına dair görüş farklılıklarında uygulanacak usul düzenlenmiştir. Buna karşın, denetim raporunun içeriği hem TTK md. 403 hükmünde genel olarak hem de anılan hükmün de atıfta bulunduğu KGK'nun uluslararası denetim standartlarına uygun olarak hazırlayacağı denetim standartlarında belirtilmiştir⁴⁶². Bu durumda denetlenen ortaklık tarafından, denetçiden belirlenen standartların dışına çıkmak suretiyle rapor yazılmasını talep edilmesi halinde, bu konuda denetçi ile görüş ayrılığına düşmesinin denetçi tarafından sözleşmeyi sona erdirmeye nedeni yapılmamasının gerekçesini anlamak güçtür. Böyle bir durumda hem denetçiye sorumluluğu kendisinde olacak şekilde standartlara uygun olmayan bir denetim yaptırılması gündeme gelecek hem de denetçiye sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı tanınmamış olacaktır.

Keza denetlemenin ortaklıkça sınırlandırılmasının haklı bir sebep olarak sayılmamasının gerekçesini de anlamak güçtür. Zira bu husus denetçi bakımından sözleşmeyi sona erdirmenin en haklı gerekçelerinin birini oluşturduğu gibi hükmün gerekçesinde de denetçinin görevini yerine getirmesinin engellenmesinin haklı sebeplerden biri olarak ifade edilmiştir. Bu nedenle, kanaatimizce, denetim standartlarının yanında kendi gerekçesi ile dahi çelişmekte olan hükmün yeniden kaleme alınması gerekmektedir. Bu konuda denetçinin görüş vermekten kaçınma şeklinde görüş vermesi gerekliliğinin ileri sürülmesi ise kanaatimizce yetersiz bir argümandır⁴⁶³. Şöyle ki, denetçinin görüş vermekten imtina etmesi şeklinde görüş vermesine dahi imkân tanımayacak şekilde denetimin sınırlandırılması hallerinde ne şekilde sonuca varılacağı açıkta kalmaktadır. Bu nedenle, bu hususun denetim standartlarına bırakılması daha uygun olurdu. Buna göre de

⁴⁶² Bu hususlar BDS-ISA 700-705 standartlarında düzenlenmiştir. Bu konuda ayrıca BDS-ISA 210/21 standardına da bakılmasında yarar bulunmaktadır. Anılan standartta mevzuatta denetçiden, denetim raporuna ilişkin standarttan ayrılmasının düzenlendiği hallerde ne şekilde hareket edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Özetle, bu durumda denetçinin raporuna ilave açıklamalar yapması öngörülmüş olup, bu açıklamaların yanlış anlamayı ortadan kaldırmaması halinde önerilen sözleşmeyi kabul etmemesini veya yürütülmekte olan denetimler bakımından ise bu denetimin BDS-ISA'ya uygun yürütülmemesi nedeniyle raporda denetimin BDS-ISA'ya uygun olarak yürütüldüğüne yönelik bir açıklama yapmaması gerekmektedir. Görüldüğü üzere rapor yazım standardına uyulmaması TDS'ya uygun bir denetim yapılmaması sonucunu doğuracağından denetçi bakımından bu durumun haklı bir sebep olarak değerlendirilmesinin uygun olacağı düşünülmektedir.

⁴⁶³ Özkorkut, s. 279., Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 428-429, No. 17-28.

sınırlandırmanın derecesine göre görüş vermekten imtina yahut sona erdirme seçeneklerinin denetçiye sunulmasında yarar bulunmaktadır⁴⁶⁴.

Denetçinin sözleşmeyi feshedebilmesinin diğer bir hali ise hakkında denetlenen ortaklık tarafından görevden alınma davasının açılmış olmasıdır. Görevden alınma davası aşağıda denetlenen ortaklığın sözleşmeyi sona erdirmesine ilişkin açıklamalarımızda incelenmiştir.

Kanaatimizce, denetçi hakkında görevden alınma davasının açılması hususu denetçi tarafından ileri sürülebilecek bir neden olarak hükümde açıkça yazılmasaydı dahi denetçi bakımından bir sözleşmeyi sona erdirme sebebi sayılmalıdır. Zira söz konusu davanın açılması ile denetçinin tarafsızlığı zedelenmiş olunacaktır⁴⁶⁵. Bu davanın açılması, bağımsız denetim sözleşmelerinde önemli bir konuma sahip olan karşı tarafa güven ilkesinin de ciddi bir şekilde zedelendiğini göstermektedir. Denetçi bakımından kendisi aleyhine görevden alınma davasının açılmış olması, onun açısından sözleşmeyi sona erdirebilmek için en iyi haklı sebeplerden birisidir. Bu nedenle kanaatimizce, haklı sebep iddiasının yanında hükümde ayrıca görevden alınma davasının açılmasının fesih nedeni olarak sayılmasına gerek bulunmamaktadır. Davanın açılmış olması sözleşmenin sona erdirilmesi için yeterli olup, davanın sonuçlanmasının beklenmesi gerekmemektedir⁴⁶⁶.

⁴⁶⁴ Bu konuda bkz. yuk. III/A/2/b ve III/A/1/k/(1)/iv.

⁴⁶⁵ IESBA Etik Kuralları'nın 290.231 no.lu paragrafında da denetçi ile denetlenen ortaklık arasındaki davalarda denetçinin tarafsızlığının zedelenebileceği ifade edilmiştir.

⁴⁶⁶ Bu konuda ÖZKORKUT ve TEKİNALP tarafından denetçinin görevinin sona ermesi için açılan davanın sonuçlanmasının beklenilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Burada söz konusu olan husus denetçiden denetim görevini geri almak değildir. TTK md. 399/2 uyarınca denetçiden denetleme görevi ancak dördüncü fıkradaki halde ve yerine yeni bir denetçi atanmış ise geri alınabilir. Bu durumda söz konusu olan denetçinin denetim görevini bırakmak istemesidir. Yani ondan görevinin geri alınması değil onun görevi bırakması söz konusudur. Dolayısıyla, denetçinin kendisi hakkında dava açılmasına ve bu nedenle tarafsızlığını korumakta güçlük çekebileceği bir dönemde görevine devam etmesini istemek denetimden beklenen amaç ile bağdaşmayabilecektir. Ayrıca fesih beyanının hüküm ve sonuçlarının mahkeme kararına bağlanması da çelişkili bir durum yaratılabilecektir. Zira mahkeme sadece feshin haklı olup olmadığına ve bu nedenle uğranılan zararın tazmininden sorumlu olup olunmadığına bakacaktır. Özkorkut, s. 280. Eğer denetçinin görevinin mahkeme kararına kadar devam etmesinin gerekçesi ortaklığı denetçisiz bırakmamak ise söz konusu davayı açan ortaklığa mahkemeden hükümden önce yeni bir denetçi atanması imkânı tanımakla yetinilebilecektir. TTK md. 399/6 hükmünün lafzı buna imkân tanımaktadır. Kanaatimizce, tüm bu hususlardaki karışıklığa yol açan temel sebep denetim standartlarının yanında bir takım hususların kanun içerisine alınmasıdır. Bu konuda oldukça gelişkin ve etkin bir şekilde yürütülmekte olan ve UDS ile paralel olan SPK'r ve KGK uygulaması benimsenmiş olsa idi bu şekilde değişik, öngörülemez ve birbirleri ile çelişen sonuçlara varılmasını da engellenebilecekti.

b) Denetlenen Ortaklık Bakımından

Denetlenen ortaklık bakımından ise kanun koyucu denetim sözleşmesinin feshedilmesini daha sınırlı durumlarda öngörmüştür. TTK md. 399/2 hükmünde kural olarak denetlenen ortaklığın sözleşmeyi feshedemeyeceğini kabul etmiştir. Böylelikle ortaklık yönetimi istemediği denetçiye istediği zaman görevinden uzaklaştıramayacaktır. TTK md. 399/4 hükmünün gerekçesinde buna denetçi güvencesi denilmiştir. Bu kuralın tek istisnası ise TTK md. 399/4 hükmünde yer alan denetçinin şahsı aleyhine haklı bir sebebin varlığı nedeniyle açılabilir olan görevden alma davasıdır. Denetlenen ortaklık, denetçide olduğunun aksine tek taraflı iradesi ile sözleşmeyi feshedemez. Ortaklığın sözleşmeyi sona erdirmeye iradesinin mahkeme aracılığıyla belirmesi ve kabul edilmesi gerekmektedir. Kanunun bu yaklaşımı denetim faaliyetlerinin kesintisiz ve gerçek olmayan sebeplerin ileri sürülmesi ile aksatılmasının önüne geçilmesi bakımından olumludur.

TTK md. 399/4 hükmü uyarınca, denetlenen ortaklığın (a) yönetim kurulu veya (b) esas yahut çıkarılmış sermayesinin yüzde onunu (halka açık ortaklıklarda yüzde beşini) oluşturan pay sahipleri tarafından ortaklık merkezinin bulunduğu asliye ticaret mahkemesinde haklı bir sebebin varlığını ileri sürerek sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir. Haklı sebep kavramı kanunda tanımlanmamış olmakla birlikte, hükmün gerekçesinde örnekler verilmek suretiyle açıklanmıştır. Buna göre özellikle denetçinin tarafsızlığını bozan davranışlar, mesleki ve personel istihdamındaki yetersizlik, itibar kaybı, denetçinin çalışma tarzı, ortaklığa yeteri zaman ayıramaması, bilgi sızdırması gibi haller haklı sebep olarak belirlenmiştir. Haklı sebep somut olayın koşullarına göre Mahkemece değerlendirilecektir. Ancak, her halükarda haklı sebep somut bir olaya dayandırılmalıdır. Bir takım soyut iddiaların ileri sürülmesi ile sözleşmenin sona erdirilmesine izin verilmemelidir.

Ortaklık tarafından bir takım soyut iddiaların ileri sürülmesi suretiyle denetçi aleyhine dava açması halinde, bu davanın red ile sonuçlanması veya derdest olması fark etmeksizin, bu nedenle taraflar arasında bir husumetin doğduğu ve denetçinin tarafsızlığını yitirdiği iddiası haklı bir sebep değildir. Zira kanun ile denetim sözleşmesinin somut olaya dayanan haklı bir sebep ile sona erdirilebileceği benimsenmiştir. Böyle bir durumun sözleşmeyi sona erdirebilecek bir haklı sebep olarak ileri sürülmesi ancak denetçiye münhasır tutulmalıdır. TTK md. 399/8 hükmünde de bu durum açıkça ifade edilmiştir.

TTK md. 399/4 hükmünde denetçinin tarafsızlığı konusunda kuşkunun bulunmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir. Ancak soyut bir kuşkunun varlığının yeterli olduğu anlamına gelmemelidir. Tarafsızlık konusundaki kuşkunun da somut deliller ile ispatlanması gerekmektedir. Kaldı ki, denetçinin tarafsızlığının zedelenmesi için bir kuşkunun bulunması yeterlidir. Bunun için illaki denetçinin aktif bir davranış veya herhangi bir eyleminin bulunması gerekmemektedir. Yeter ki, tarafsızlıktan kuşkulanmanın haklı ve somut sebepleri bulunsun.

Nitekim IESBA Etik Kuralları'nın (290.231) no.lu paragrafında denetçi ile denetlenen ortaklık arasındaki güncel veya muhtemel bir davanın denetçinin tarafsızlığı konusundaki etkileri açıklanmıştır. Buna göre, taraflar arasındaki böyle bir davanın kişisel çıkar veya göz korkutma amacıyla açılması denetçinin bağımsızlığı ile tarafsızlığına yönelik bir tehdit olarak algılanılmalıdır. Böyle bir tehdidin önemi söz konusu davanın denetim faaliyetleri üzerinde etkisinin olup olmadığı ile davanın konusunun daha önceki dönemlere ait denetim faaliyetlerine ilişkin olup olmaması ile bağlantılıdır. Eğer bu tehdit bahsedilen kriterlere göre önemli ise bu tehdidin kabul edilebilir seviyeye indirilmesi, eğer indirilemiyor ise denetçinin denetim faaliyetlerine son vermesi yahut denetim sözleşmesini imzalamaması gerekmektedir. Denetçi aleyhine dava açılmak suretiyle bu şekilde bir tehdidin kabul edilebilir bir seviyeye indirilmesi ise dava konusunun denetim ekibinden biri ile alakalı olması halinde denetim ekibinin değiştirilmesi yahut davanın denetim faaliyetlerinin gözden geçirilmesi ile davanın konusuz kalmasının sağlanması ihtimali kabul edilebilir bir seviyeye indirme olarak kabul edilmektedir.

Denetim faaliyetinin kesintisiz sürekliliğinin gerekmesi nedeniyle Mahkeme tarafından haklı sebebin kabulü halinde hakkında dava açılan denetçi görevinden alınır ve yerine aynı karar ile başka bir denetçi atanır. Bu iki durum aynı anda ve bir karar ile gerçekleştirilmelidir⁴⁶⁷. Kanaatimizce, davacı ortaklık tarafından talep edilmemiş olsa dahi Mahkeme tarafından yeni bir denetçi atanmasına karar verilmelidir.

c) Haklı Sebebin KGK tarafından benimsenmesi ile sözleşmenin sona ermesi

Yukarıda da ifade edildiği üzere KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/4-son cümle hükmünün TTK ile öngörülen “haklı sebep” kavramı içerisine giren hallerin KGK

⁴⁶⁷ Denetçi kendi aleyhine açılan bu dava nedeniyle sözleşmeyi feshedecek olur ise bu feshin mahkeme kararından önce hüküm ve sonuç doğurmasına yönelik olarak bkz. aşa. dn. 518.

tarafından belirlenmesi olarak değil TTK'da öngörülen haklı sebepler dışında kalan haller bakımından KGK'ya bir takdir hakkının tanınması şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Bu hükmün uygulaması KGK tarafından hükmün ne şekilde yorumlanacağı ile belirlenecektir. KGK tarafından anılan hüküm düşüncemiz şeklinde yorumlanacak olur ise SPK'ı düzenlemesine paralel bir düzenleme yaratılmış olunacaktır. KGK tarafından söz konusu hüküm TTK'daki "haklı sebep" kavramı içerisine giren halleri belirlemek şeklinde yorumlanacak olur ise o zaman TTK ile mahkemelerce tespiti yapılacak olan "haklı sebep"lerin bir idari makama devredilmesi sonucuna ulaşılabacaktır ki bu açık bir şekilde kanuna aykırılık teşkil edecektir.

3) TTK ve SPK'ı Düzenlemeleri Bakımından Sözleşmenin Sona Ermesi Hususunda Yer Alan Farklılıkların Değerlendirilmesi

660 sayılı KHK md. 31 hükmü uyarınca bu KHK'da hüküm bulunmayan hallerde TTK'nun bağımsız denetime ilişkin hükümleri uygulanacaktır. 660 sayılı KHK'da bağımsız denetim standartlarının belirlenmesi, bağımsız denetimin kapsamı ve içeriğini belirleme konusunda KGK yetkili kılınmıştır. TTK'ya nazaran sonraki ve özel bir kanun olma niteliği de dikkate alınarak SPK'n md. 128/1-c hükmünün SPK'ı'na bağımsız denetçilerin çalışma esaslarını belirleme yetkisini tanıması nedeniyle bağımsız denetim sözleşmesinin sona ermesine yönelik SPK'ı Yükümlülük Tebliğ Taslağı hükümlerinin uygulama alanı olduğu kanaatindeyiz.

Öte yandan iki düzenleme arasındaki temel benzerlik tarafların sözleşmeyi kendi iradeleri ile karşılıklı olarak sona erdirilmelerinin kabul edilmemesidir. İki düzenlemede de tarafların haklı sebepler ileri sürerek sözleşmeyi sona erdirebilecekleri kabul edilmiştir. Haklı neden ise sınırları belirlenmiş bir şekilde tanımlanmamış olup, örnekleme yöntemi ile somut olayın koşullarına göre belirlenmesi benimsenmiştir. Düzenlemelerde yer alan "haklı neden"ler bakımından verilen örneklerden TTK'da yer alanların daha geniş olmasının pratik bir sonucu bulunmamaktadır. Örneğin BDK tarafından sözleşmenin sona erdirilmesinde çalışma alanının önemli ölçüde sınırlandırılması nedeniyle finansal tablolara ilişkin bilgi ve belgelere ulaşamama bir haklı sebep iken, TTK md. 399/8 uyarınca denetim faaliyetlerine dair denetçinin görevini yerine getirmesinin engellenmesi haklı sebep sayılmıştır. TTK düzenlemesi SPK'ı Tebliğindeki düzenlemeyi kapsamaktadır. Keza, denetim ücretinin ödenmemesi TTK uyarınca bir haklı sebep iken SPK'ı Tebliğince haklı sebepler arasında yer almamaktadır. Ancak SPK'ı Tebliği uyarınca haklı sebep sayılan bir halin TTK

uygulamasında kabul edilebilir bir haklı neden sayılması için SPKr'nun kararı değil mahkeme tarafından verilecek bir karara gerek bulunmaktadır.

TTK ile SPKr Tebliği arasındaki temel fark ise Tebliğ'de sözleşmenin sona ermesinde Kurul'un iradesinin önem taşıması iken TTK düzenlemesinde Mahkeme kararının önem taşımasıdır. Konuyu ayrı ayrı ele almak gerekmektedir. Şöyle ki, denetlenen ortaklık ve BDK bakımından SPKr Tebliği her zaman haklı sebebin varlığı konusunda Kurul iradesini öngörmektedir. TTK ise denetlenen ortaklık bakımından sözleşmenin sona erdirilmesini sadece Mahkeme kararının varlığına bağlamaktadır. Buna karşılık TTK, denetçi bakımından tek taraflı irade beyanını sözleşmenin sona ermesi için yeterli bulmuştur. Ancak KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/4-son cümle hükmü devreye girmekte ve bu hallerde KGK'nun bu haklı sebebi uygun bulmasını öngörmektedir.

TTK uyarınca bağımsız denetim sözleşmelerinin sona erdirilmesinde, denetlenen ortaklık haklı sebebinin Kurul değil Mahkeme nezdinde ileri sürebilecektir. Her ne kadar ortaklığın Kurul'a başvurması mümkün olsa bile bunun pratik bir sonucu bulunmamaktadır. Zira TTK uyarınca bağımsız denetim sözleşmesi denetlenen ortaklık tarafından ancak Mahkeme aracılığı ile sona erdirilebilir. Kanaatimizce, ortaklığın bir de Kurul'a başvuru yapmasında bir yarar bulunmamaktadır. BDK bakımından ise her ne kadar TTK sadece haklı sebebin varlığı halinde tek taraflı irade beyanını yeterli görse de SPKr Tebliği bakımından KGK ve Kurul'a başvurması gerektiği kanaatindeyiz. Zira bu noktada söz konusu düzenlemeler, SPKn ve 660 sayılı KHK'daki bağımsız denetçilerin çalışma esaslarını belirleme konusunda tanınan yetki nedeniyle TTK'ya aykırılık teşkil etmemektedir.

Bağımsız Denetim Sözleşmesinin Sona Erme Halleri		
Düzenleme	BDK Bakımından	Ortaklık Bakımından
TTK	TTK md. 399/8 1- Haklı sebep 2- Aleyhine görevden alınma davası açılması	TTK md. 399/4 1- Denetçinin şahsına bağlı haklı sebep nedeniyle mahkemede fesih davası
KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği	Yönetmelik md. 29/4 1- TTK md. 399/8'deki haller 2- KGK tarafından kabul edilecek diğer haklı sebep hallerinde (md. 29/4-son cümle)	Yönetmelik md. 29/4 1- TTK md. 399/4 hükmündeki hal
SPKr Yükümlülük Tebliği Taslağı	Tebliğ Taslağı md. 9/5 1- Çalışma alanının önemli ölçüde sınırlandırılması nedeniyle finansal tablolara ilişkin bilgi ve belgelere ulaşamama 2- Hakkında görevden alınma davası açılması 3- Haklı sebep Bu durumda SPKr'nun ileri sürülen bu sebeplere dair görüşünün alınması gerekmektedir.	Tebliğ Taslağı md. 9/5 1- Haklı sebep Bu durumda ileri sürülen haklı sebebin Kurulca onaylanması gerekmektedir.

4) Denetim Sözleşmesinin Sona Erdirilmesinde Usul

Bağımsız denetim sözleşmelerinin sona erdirilmesi fesih yoluyla gerçekleşmektedir. Fesih, kendisini gerektiren nedenin ortaya çıkması ile bir tarafın karşı tarafa tek taraflı irade beyanı ile hukuki ilişkiyi sona erdiren ve bozucu yenilik doğuran bir haktır. Bağımsız denetim sözleşmelerinin, sözleşmenin tarafları dışındaki diğer kişileri de ilgilendirmesi nedeniyle tarafların karşılıklı anlaşarak yahut tek taraflı feshi hakkı kullanımı yolu ile sözleşmeyi sona erdirmeleri kabul edilmemiştir.

SPKr düzenlemesi, her iki taraf bakımından sözleşmenin sona erdirilmesi için SPKr'na başvurulmasını öngörmektedir. Başvuru ve Kurul tarafından verilecek kararın niteliği hakkında ayrıntılı düzenleme bulunmamaktadır. Kanaatimizce, Kurul tarafından verilecek karar sözleşmenin tarafları bağlayıcı niteliği haizdir. Ancak, Kurul kararının idari yargı denetimine tabi olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

TTK uyarınca ise denetçi bakımından tek taraflı irade beyanı ile TTK md. 399/8 hükmünde sayılan koşulların varlığı halinde sözleşmenin feshedilmesi mümkün iken aynı hükmün dördüncü fıkrası uyarınca denetlenen ortaklık bakımından sözleşmenin feshedilebilmesi için mahkemeye başvuru gerekmektedir. TTK hükmüne rağmen TTK'ya aykırılık teşkil etmeyen SPKr Yükümlülük Tebliğ Taslağı yürürlüğe girmesi halinde denetçinin SPKr'na sözleşmenin haklı neden ile feshi sebebiyle başvurması gerekmektedir. Denetçi, kendisi hakkında görevden alınma davasının açılması halinde de sözleşmenin sona erdirilebilmesi için yine Kurul'a başvuruda bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Zira SPKr Tebliği hükmü TTK düzenlemesine aykırılık teşkil etmemektedir.

B. Bağımsız Denetim Sözleşmesi'nin Süresinin Sona Ermesi

Bağımsız denetim sözleşmeleri süresiz şekilde yapılan sözleşmeler değildir. Hatta bu şekilde olmaması amacıyla da pek çok düzenleme bulunmaktadır. Bu konuda BDK ve denetçinin zorunlu rotasyonuna ilişkin yukarıdaki genel açıklamalarımıza atıf yapmakla yetinmekteyiz⁴⁶⁸. SPKr Yükümlülük Tebliğ Taslağı md. 9/4 hükmü, TTK md. 400/2, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 26/1-ç ve AB Direktifi'nin 42/2 hükümleri ile IESBA Etik Kurallarının 290.150 vd. standartlarında denetim firması ve/veya denetçinin belli bir süre sonra aynı ortaklığı denetleyemeyeceğini düzenlemektedir. AB tarafından halka açık

⁴⁶⁸ Bkz. yuk. III/A/1/j/(5)/i. Ayrıca denetçinin her hesap dönemi için seçilme ilkesine ilişkin olarak bkz. yuk. II/E/1/a/(1).

anonim ortaklıkların denetimi konusundaki Tüzük tasarısında da ortaklık ile BDK arasında en az iki yıllık bir sözleşme imzalanması gerektiği, bu sözleşmenin bir kez daha uzatılabileceği fakat bunun 6 yılı geçmemesi gerektiği, eğer 6 yıllık sürenin sürekli olarak iki BDK ile geçirilmesi halinde bir BDK ile toplamda en fazla 9 yıllık sözleşme imzalanabileceği düzenlenmiştir.

Sonuç itibarıyla mevcut durumdaki düzelmelerde ortaklık ile BDK arasındaki bağımsız denetim sözleşmesi en az bir ve en fazla yedi yıllık süre ile yapılabilecektir. Belirlenen sürenin gelmesi ile tarafların herhangi bir beyanına yahut ihbarına gerek kalmaksızın sözleşme kendiliğinden sona ermektedir.

C. BDK'nun Denetim Faaliyetlerinde Bulunma Yetkisinin İptali

Bağımsız denetim sözleşmeleri, sözleşmeler hukukundaki sözleşme yapma hürriyetinin bir uzantısı olan sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü bakımından sınırlandırılmış bir sözleşme tipidir. Ortaklıklar ancak KGK ve SPKı tarafından bağımsız denetim faaliyetinde bulunma yetkisini almış olan BDK'lar ile bağımsız denetim sözleşmesi imzalayabilirler.

TTK, anonim ortaklıklar üzerinde bağımsız denetim faaliyetinde bulunacak BDK'lara ilişkin özellikleri belirlemiştir. Öte yandan, TTK md. 400/1 uyarınca da KGK'yı bu denetim faaliyetlerinde bulunacak BDK'ları belirleme konusunda yetkilendirmiştir. 660 sayılı KHK md. 9/1-ç hükmünde de paralel bir düzenleme bulunmaktadır. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 13 hükmünde yetkilendirilme koşulları belirtilmiştir. KGK Bağımsız Denetim Resmi Sicili Tebliği düzenlemesi uyarınca bu yetkiyi alanlar elektronik ortamda kamuya açık tutulmak suretiyle ilan edilir. SPKn md. 62/1 hükmüyle ise SPKı'nun halka açık ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumların bağımsız denetimi bakımından ilave şartlar isteyebileceği ve bu şartları taşıyanları listeler halinde yayınlayacağı düzenlenmiştir. Kurul tarafından aranan ilave şartlar BDK'nun kuruluşuna ilişkin farklılıklar da dâhil olmak üzere SPKı Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 8 hükmünde düzenlenmiştir.

Yetkisi bulunmayan bir BDK ile bağımsız denetim sözleşmesi imzalanması mümkün değildir. Aksi halde TTK ve SPKn açısından gerçekleştirilen bir bağımsız denetimden söz edilemeyecektir. Yetkide paralellik ilkesi uyarınca, bağımsız denetim faaliyetinde bulunma yetkisini veren idari makam, söz konusu yetkinin geri alınmasında da yetkilidir. KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 42 hükmünde BDK'nun faaliyet izninin iptalini

gerektiren haller belirtilmiştir. Bu hallerden birinin varlığı SPKı bakımından da BDK'nun yetki verilmesi koşullarından birinin yitirilmesi anlamına geldiği için SPKı bakımından da benzer bir sonuca neden olacaktır. Ayrıca SPKı Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 30 hükmünde bir BDK'nun hangi nedenler ile BDK'nun faaliyette bulunma yetkisinin iptal edilebileceği düzenlenmiştir.

Söz konusu düzenlemeler uyarınca denetim faaliyetinde bulunma yetkisi iptal edilen BDK'nun yürüttüğü denetim faaliyetinin durumuna bakılması gerekmektedir.

BDK, sahip olduğu yetki belgesi nedeniyle bir ortaklık ile bağımsız denetim sözleşmesi imzalayabilir. Bu yetki olmaksızın bu tür bir sözleşmenin kurulması mümkün değildir. Söz konusu yetki belgesinin denetim süreci içerisinde kaybedilmesi bağımsız denetim sözleşmesinin sıhhatini etkilemektedir. Şöyle ki, bağımsız denetim sözleşmeleri, tarafların birbirine güven duydukları ve denetçinin kişisel özelliklerinin önem arz ettiği iş görme sözleşmeleridir. BDK'nun yetki belgesinin bulunması, denetlenen ortaklık bakımından önem arz eden kişisel bir özelliği olarak değerlendirilmelidir. Bu kişisel özelliğin yitirilmiş olması, denetlenen ortaklık bakımından sözleşmenin haklı olarak sona erdirilmesi nedeni olarak kabul edilmelidir. Öte yandan, BDK'nun denetim faaliyetlerinde bulunma yetkisinin iptal edilmiş olması, sözleşme ile kendisine yüklenen edimin ifasının imkânsız hale gelmesi bakımından da incelenmesi gerektirmektedir.

İmkânsızlık kavramı, parça borçları ile kişisel özelliklerin önem arz ettiği iş görme sözleşmelerinde gündeme gelmektedir. Cins borcunun sona ermeyecek olması⁴⁶⁹ nedeniyle, konusu cins borcu olan sözleşmelerde edimin ifasının imkânsızlığından söz edilemez. Keza, kişisel özelliklerin önem arz etmediği iş görme sözleşmelerinde de imkânsızlık söz konusu olamaz. Buna karşılık, bağımsız denetim sözleşmelerinde olduğu gibi kişisel özelliklerin önem arz ettiği iş görme sözleşmelerinde imkânsızlık söz konusu olabilecektir⁴⁷⁰.

⁴⁶⁹ “*Genus non perit*”, yeryüzünden yok olmadıkça cins borcunda imkânsızlık söz konusu değildir. Oğuzman, Öz, s. 310.

⁴⁷⁰ Bu sonuç için çalışmamızda, TTK uyarınca bağımsız denetim faaliyetinin sürekliliğinin esas alınmış olması da dikkate alınarak, bağımsız denetim faaliyetinde bulunma yetkisinin alınmasına ilişkin KGK veya SPKı kararının iptali amacıyla idari yargıya başvurulmuş olmaması varsayımından hareket edilmiştir. Eser sözleşmelerinde edim konusunun iş sahibine teslim edilmesinden önce telef olması kural olarak imkânsızlık yaratmaz. Ancak iş gören bu edimi yeniden yerine getirmekten yoksun ise imkânsızlık söz konusudur. Oğuzman, Öz, s. 309, dn. 99. Çalışma konumuz itibarıyla BDK, bağımsız denetim faaliyetini yürütme yetkisinin SPKı tarafından iptal edilmesi halinde, bu idari işlem aleyhine idari yargıya başvurabilir. Ancak yargılama sürecinin geçeceği dönemde ortaklığın denetimsiz kalması gündeme gelmektedir. TTK uyarınca bağımsız denetimin sürekliliğinin esas olması ve yetki belgesinin kaldırılmasında ortaklığın bir kusurunun olmaması dikkate alındığında ortaklığın yetki belgesinin iptali ile ifanın imkânsızlığı öngörmek suretiyle başka

İmkânsızlık, borçlanılan edimin, meydana gelen olaylar nedeniyle objektif ve sürekli olarak mümkün olmamasını ifade etmektedir⁴⁷¹. İmkânsızlık fiili (mantıki) veya hukuki olabilir⁴⁷². Keza imkânsızlık, kaza gibi dış etkenlerden ileri gelebileceği gibi akıl hastalığı gibi taraflardan kaynaklanan sübjektif veya bir kamu malının satıma konu olması gibi hukuki etkenlerden ileri gelebilir⁴⁷³.

İmkânsızlık çeşitli bakımlardan alt ayrımlara tabi tutulmaktadır⁴⁷⁴. Edimin ifasının imkânsız olması, sözleşmenin kurulmasından önce veya sonra söz konusu olabilmektedir. Önceki imkânsızlık BK md. 27, sonraki imkânsızlık ise BK md. 136 hükmünde ele alınmıştır. Sözleşmenin kurulmasından önceki imkânsızlıklarda temel farklılık imkânsızlığın objektif veya sübjektif olup olmadığı hususunda toplanmaktadır. Borçlu dâhil

bir BDK ile anlaşma yapması mümkündür. Ayrıca bu durumda dürüstlük kuralına bir aykırılık bulunmamaktadır. Eğer, yetki belgesinin iptaline ilişkin SPK kararının yargı makamlarınca iptal edilecek olur ise söz konusu BDK zararını SPK’den isteyebilecektir. Geçici imkânsızlık hallerinde geçici imkânsızlığın ne kadar süreceğinin bilinmemesi (somut olayda iptal davası süreci) yahut sürekli borç ilişkilerinin olduğu sözleşmelerde geçici imkânsızlık hallerinin sürekli imkânsızlık olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Dural, M. (1973). İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, *BATİDER*, C. VII, S. 1, s. 46-50. Ayrıca bu durumda sözleşmenin devam etmesi konusunda tarafların menfaatlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Ortaklıktan sözleşmeyi derhal sona erdirmeye yerine denetçinin açmış olduğu idari davanın sonucunu beklemesi ileri sürülemez. Zira bu durumda ortaklık sermaye piyasası mevzuatında ileri gelen denetim yaptırma zorunluluğunu ihlal etmesinin yanında piyasaya da denetimden geçmiş bir finansal tablo sunamama riski ile karşı karşıya kalabilecektir. Buna karşılık, BDK’nun menfaati yaptığı sözleşmeden elde edeceği ücrettir. Bu iki menfaatin karşılaştırılmasında denetlenen ortaklığın menfaatinin üstün tutulması ve yetki belgesinin iptalinin, her ne kadar idari yargıya tabi bir karara binaen alınmış olsa da, ortaklık bakımından bir sürekli imkânsızlık hali olarak değerlendirilmesi kanaatindeyiz. Böyle bir durumda, TBK’nun aksine, borçlu BDK’nun aynen ifadan vazgeçebileceğine ilişkin olarak Alman hukukunda BGB § 275/b.3 hükmü bulunmaktadır. Ergüne, M.S. (2004). Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları, *İÜHFM*, C. LXII, S. 1-2, s. 355-356.

⁴⁷¹ Eren, s. 1285., Kılıçoğlu, s. 642. Bu tanım sözleşmenin kurulması aşamasındaki imkansızlığı ifade etmektedir. Sözleşmenin kurulmasından sonra edimin ifasının imkânsız hale gelmesinde ise artık borcun konusunun değil ifasının imkânsızlığından söz edilir. OĞUZMAN’a göre ifa imkânsızlığı mevcut bir borcun ifasının cebri icra yolu ile elde edilemeyecek duruma girmesini ifade etmektedir. Oğuzman, Öz, s. 305. Yargıtay bir kararında, imkânsızlığın bu iki yönünü de dikkate almak suretiyle imkânsızlığı “*imkânsızlık, borçlanılan edimin ya baştan itibaren geçerli olarak doğmasını ya da sonradan borçlu veya diğer herhangi bir kimse tarafından objektif, sürekli ve kesin olarak yerine getirilmesini önleyen, fiili veya hukuki engellere verilen isim olarak*” tanımlamıştır. Yargıtay HGK, 28.9.2011 tarih ve E.2011/13-528, K.2011/571, www.kazanci.com. (Benzer başka bir karar için bkz. Yargıtay HGK, 29.9.2010 tarih ve E.2010/14-386, K.2010/427.)

⁴⁷² Eren, s. 306 ve 1285., Oğuzman, Öz, s. 76., Kılıçoğlu, s. 642.

⁴⁷³ Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (2006). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 3. Cilt, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme, 4. Bası, İstanbul, s.166., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 999.

⁴⁷⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yücer, Z.İ. (2006). *Borç İlişisini Doğuran Sözleşmelerde Başlangıçtaki İmkânsızlık, Hüküm ve Sonuçları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Başkent Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, s. 22 vd., Dural, s. 11-58. Bu kapsamda ifade edilmelidir ki, Alman hukukunda 2002 tarihinde yürürlüğe giren reform ile imkansızlık konusunda da değişiklikler yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan, R. (2000). Yeni Alman İfa Engelleri Hukuku (Türk Hukukunda Bilimsel Kaynak Olarak Yararlanılabilecek Yenilikler), *İÜHFM*, C. LVIII, S. 1-2, s. 240-242., Ergüne, s. 351 vd. Topuz, S., Canbolat, F. (2008). Türk – İsviçre ve Alman Borçlar Hukukunda İmkânsızlığın Düzenleniş, *AÜHFD*, C. 57, S. 3, s. 673-718. Anılan reform düzenlemesi ile (BGB § 275) imkansızlık kavramındaki ayrımlara dair farklı hükümlere yer verilmesinden vazgeçilmiştir.

herkes için bir ifa engeli söz konusu ise objektif bir imkânsızlıktan, sadece borçlu bakımından bir ifa engeli söz konusu ise sübjektif imkânsızlıktan söz edilir⁴⁷⁵. Başlangıçtaki objektif imkânsızlık halinin yaptırımı, sözleşme öncesi görüşmelerden kaynaklanan sorumluluk hali dışında (*culpa in contrahendo*) butlan iken, sübjektif imkânsızlık halinde sözleşmenin kurulmuş ve ediminin ifa edilemeyecek olması nedeniyle borçlunun temerrüdüdür. Çalışma konumuz itibarıyla böyle bir olasılık söz konusu olamaz.

Sözleşmenin kurulmasından sonraki imkânsızlıklarda ise temel sorun borçlunun bu imkânsızlığı yaratan olayda sorumlu tutulup tutulamayacağı noktasındadır. Bu durumda KGK veya SPKı tarafından BDK'nun bağımsız denetim faaliyetinde bulunma yetkisinin kaldırılmasının imkânsızlık türleri bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir.

Yetki belgesinin iptali, BDK bakımından hukuki ve sübjektif imkânsızlık halidir. Zira başka bir BDK tarafından ortaklığın bağımsız denetiminin gerçekleştirilmesi her zaman mümkündür. Doktrinde sözleşmenin kurulmasından sonraki aşamadaki imkânsızlık hallerinin borçlunun kusuruna dayanıp dayanmamasına göre ikili bir ayırım yapılmaktadır⁴⁷⁶. Ancak imkânsızlığın borçlunun kusurlu olup olmamasından değil kanundaki ifadesi ile kusuru da kapsayacak şekilde borçlunun sorumlu olmasını gerektirip gerektirmediğine göre bir ayırım yapılmalıdır. Bu halde de borçlu kusuru olmasa da imkânsızlık halinden sorumlu olabilecektir⁴⁷⁷.

BDK'nun yetki belgesinin iptalinde, bu imkânsızlığın doğmasında kural olarak BDK'nun sorumlu olduğu kanaatindeyiz. Yetki belgesinin iptalini gerektiren hallerin hemen tamamı BDK'nun etki alanındaki nedenlerden ileri gelmektedir. Örneğin, BDK'nun denetim dışında faaliyetlerde bulunması, denetim faaliyetlerinde SPKı'na bildirilen kişilerden başkalarının görevlendirilmesi, raporlamaya ilişkin temel ilkelere uyulmaması gibi yetki belgesinin iptalini gerektiren haller BDK'nun hukuki alanında olan ve onun tarafından gerçekleştirilen eylemlerden kaynaklanmaktadır.

Bu çerçevede, borçlu BDK'nun sorumlu olduğu sonraki imkânsızlık halinde, öncelikle ortaklığın sözleşmeyi haklı olarak feshedebilmesi ve buna uygun olarak tazminat talebinde bulunması mümkündür. Öte yandan, doktrinde kabul edildiği üzere imkânsızlık halinde borç

⁴⁷⁵ Oğuzman, Öz, s. 308.

⁴⁷⁶ Tekinay, Akman, Altop, Burcuoğlu, s. 998.

⁴⁷⁷ Eren, s. 1288., Oğuzman, Öz, s. 315.

ilişkisi sona ermez ancak edimin yerini tazminat hakkı almaktadır⁴⁷⁸. Kanaatimizce, BDK'nun sorumlu olduğu bu imkânsızlık hallerinde ortaklığın sözleşmeyi feshetmeme gibi bir seçimlik hakkı bulunmamaktadır. Bu nedenle imkânsızlık nedeni ile borcun sona ermesi veya sözleşmenin muhteviyatının değişmesine ilişkin doktrindeki görüşün çalışma konumuz itibariyle pratikte bir farklılığı bulunmamaktadır. Zira ortaklığın sürekli olarak bağımsız denetime tabi olması esastır. Bu nedenle ortaklığın, sözleşmeyi devam ettirmek suretiyle tazminat elde etmeye çalışması mümkün değildir. Ortaklığın yeni bir BDK ile yeni bir bağımsız denetim sözleşmesi yapması gerekmektedir. Ortaklık feshe dayanmak suretiyle uğradığı zararı BDK'dan talep edebilecektir.

Bu konuda son olarak ifade edilmelidir ki, sözleşmenin bu şekilde sona ermesi halinde de BDK'nun iş nedeniyle öğrendiği sır niteliğindeki bilgileri saklaması ve insider bilgisine dayalı olarak işlem gerçekleştirmemesi gerekmektedir.

⁴⁷⁸ Kocayusufpaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 192. Karşı görüş için bkz. Oğuzman, Öz, s. 311.

V. BÖLÜM

BAĞIMSIZ DENETİM SÖZLEŞMESİNDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK

Bağımız denetçilerin hukuki, cezai ve idari sorumlulukları bulunmaktadır. Çalışma konumuz itibariyle esas incelenecek olan husus denetçilerin hukuki sorumluluklarıdır. Öte yandan, bağımsız denetçilerin hukuki sorumlulukları sözleşmenin diğer tarafına ve üçüncü kişi konumundaki bağımsız denetim raporunun kullanıcılarına karşı olmak üzere ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

A. Bağımsız Denetçilerin Hukuki Sorumluluğu

1) Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Hukuki Sorumluluklarına İlişkin Düzenlemeler

6335 sayılı yasa ile değişik TTK md. 554/1 hükmünde, “*Şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçi ve özel denetçiler; kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde, hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar dolayısıyla sorumludur.*” denilmektedir.

TTK md. 404 hükmünün başlığı “Denetçilerin sır saklamadan doğan sorumluluğu” olmakla birlikte hükmün birinci fıkrasının ilk cümlesinde, “**Denetçi** ve özel denetçi, bunların yardımcıları ile denetleme yapmasına yardımcı olan temsilcileri, **denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak** ve sır saklamakla yükümlüdür.” denilmektedir.

SPKn md. 10/2 hükmünde “**Bağımsız denetim**, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları gibi izahnamede yer almak üzere hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da hazırladıkları raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden bu Kanun hükümleri çerçevesinde sorumludur.” denilmektedir.

SPKn md. 14/5 uyarınca bağımsız denetim raporlarının kamuya duyurulması amaçlanmakta olup, bu tür raporların kamuyu aydınlatma belgelerinden biri olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır⁴⁷⁹. SPKn md. 32 hükmünde kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumluluk özel olarak ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.

⁴⁷⁹ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. yuk. I/A/2/c.

SPKn md. 32/2 hükmünde, “**Bağımsız denetim**, derecelendirme ve değerlendirme **kuruluşları** gibi kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan veya bu belgelere dayanak olmak üzere hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da bu Kanun hükümleri çerçevesinde sorumludur.” denilmektedir.

SPKn md. 63 hükmünde, “**Bağımsız denetim kuruluşları**, görevlerinin kapsamıyla sınırlı olmak üzere, denetledikleri finansal tablo ve raporların mevzuata uygun olarak denetlenmemesi nedeniyle doğabilecek zararlardan raporu imzalayanlarla birlikte sorumludur. Bağımsız denetim kuruluşları ile derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları, faaliyetleri neticesinde düzenledikleri raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler dolayısıyla neden oldukları zararlardan sorumludur.” denilmektedir.

SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 29/1 hükmünde, “**Bağımsız denetimin**, Türkiye Denetim Standartlarına ve Kurulun ilgili düzenlemelerine uygun yapılmaması nedeniyle müşteri ve üçüncü şahıslara karşı doğacak zararlardan, genel hükümler saklı kalmak kaydıyla, bağımsız denetim kuruluşu ile birlikte bağımsız denetim raporunu imzalayanlar müteselsilen sorumludur.” denilmektedir.

660 sayılı KHK md. 24/1 hükmünde, “**Bağımsız denetim kuruluşları ve bağımsız denetçiler**; denetledikleri finansal tablo, bilgi ve raporlara ilişkin olarak hazırladıkları bağımsız denetim raporlarının denetim standartlarına aykırı olması ile bu raporlardaki yanlış, eksik ve yanıltıcı bilgi ve kanaatler nedeniyle doğabilecek zararlardan hukuken sorumludurlar.” denilmektedir.

KGK tarafından yayınlanan Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 44/1 hükmünde, “Denetim raporlarının TDS’ye aykırı olması ile bu raporlardaki bilgi ve kanaatlerin yanlış, eksik ve yanıltıcı olması nedeniyle doğabilecek zararlardan, **denetim kuruluşları ve denetçiler** ayrı ayrı hukuken sorumludurlar.” denilmektedir.

2) Denetçinin Sözleşmenin Karşı Tarafına Olan Hukuki Sorumluluğu

a) Genel Olarak

Bağımsız denetçi ile denetlenen ortaklık arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu sözleşme uyarınca bağımsız denetçi TDS ile uyumlu olarak ortaklığın finansal tablolarını denetlemek, bağımsız ve objektif olarak denetim raporunu hazırladıktan sonra ortaklığa sunmak ile yükümlüdür. Denetçinin söz konusu yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde

ise sözleşmeye aykırılık nedeniyle sorumluluğu doğabilecektir. Bu anlamda bağımsız denetçinin raporunu hiç hazırlamaması ile gereği gibi hazırlamaması arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile sözleşme uyarınca raporunu hiç hazırlamaması ile TDS ile uyumsuz eksik, yanlış ve yanıltıcı bilgileri içeren raporu sunması arasında sorumluluğun doğması bakımından bir farklılık bulunmamaktadır⁴⁸⁰.

Sözleşmeye aykırılık halinde sözleşmenin karşı tarafı olan denetlenen ortaklığın zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir. TBK md. 112 uyarınca borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlu (denetçi) kendisine bir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının (denetlenen ortaklık) bundan doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür.

b) Sözleşmeden Doğan Borca Aykırılık Halleri

Bağımsız denetim sözleşmesinde denetçiye yüklenen borç özetle TDS'ye uyumlu denetim raporunu hazırlayarak belirlenen zamanda denetlenen ortaklığa teslim etmektir. Bağımsız denetçinin edimi bir yapma borcudur.

(1) Borcun Hiç İfa Edilmemesi Hali

Bu halde denetçi tarafından denetim raporu hazırlama ve teslim etme borcu hiç ifa edilmemektedir. Bu durum iki halden ileri gelebilecektir. Bunlar ilkinde denetçi imkânsızlık nedeniyle borcu ifa edememekte iken ikinci halde denetçi borcunu ifa edebilecek durumda olmasına rağmen ifayı gerçekleştirmemektedir.

Çalışma konumuz itibarıyla denetçinin imkânsızlık nedeniyle borcunu hiç ifa edememesi hali denetçinin faaliyet yetkisinin iptal edilmesinde gerçekleşmektedir⁴⁸¹. İmkânsızlık, alacaklının ifayı talep edemeyeceği hallerdir⁴⁸². Bağımsız denetçinin borcu gibi yapma borçlarında borçlunun iş görme edimini ifa etmemesi halinde TBK md. 113/1

⁴⁸⁰ TBK md. 112/1 hükmünde borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde borçlunun sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Söz konusu hükmün daha önceki halinde *“alacaklı hakkının kısmen veya tamamen istifa edemediği takdirde”* ifadesi kullanılmakla birlikte, doktrinde bu ifadenin bir tercüme hatasından ileri geldiği ve hükmün mevcut düzenlemeye yer aldığı şeklinde anlaşılması gerektiği ileri sürülmüştür. Buna göre de borcun ifasına aykırılık halleri genel olarak “borcun hiç ifa edilmemesi” ve “borcun gereği gibi ifa edilmemesi” şeklinde ikiye ayrılmaktadır. İkinci hale sözleşmenin müspet ihlali de denilmektedir. Bu hallerde de borçlunun sözleşmeden doğan hukuki sorumluluğu kabul edilmektedir. Oğuzman, Öz, s. 293., Eren, s. 1017., Kılıçoğlu, s. 614., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 851., Aral, s. 67-68. ve 76 vd., Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 133-134. .

⁴⁸¹ Bkz. yuk. IV/C.

⁴⁸² Oğuzman, Öz, s. 306.

uyarınca alacaklı-ortaklığın başka bir denetçi-iş gören ile anlaşarak borcun aynen ifasını sağlayabilmesinin teknik olarak imkânsızlık kavramı içerisinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceği doktrinde tartışmalıdır. Şöyle ki, böyle bir durumda TBK md. 113 uyarınca üçüncü kişi aracılığı ile aynen ifanın sağlanmasının mümkün olduğu ileri sürülerek imkânsızlıktan bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir⁴⁸³. Buna karşılık, TBK md. 113 hükmünün bir aynen ifayı sağlamadan ziyade bir tazminat hükmü olduğu ifade edilmiştir⁴⁸⁴. Söz konusu tartışmanın çalışma konumuz itibariyle pratik bir sonucu olmamakla birlikte, kanaatimizce, TBK md. 113 hükmü aynen ifayı borçlu dışında alacaklı dâhil üçüncü bir kişiye yaptırılmasını imkân sağlayan bir tazminat hükmüdür. Böyle bir durumda asıl borçlu borcunu ifa etmemekte ve fakat masraflarını karşılamak suretiyle üçüncü bir kişi tarafından ifa gerçekleştirilmekte olup, ifanın gereği gibi yapılmamasından ileri gelen tüm hukuki sonuçlar doğacaktır.

Borcun ifasının imkânsızlaşması zaman ve nitelik bakımından farklılık arz etmektedir. Buna göre imkânsızlık borcun doğumundan önce veya sonra olabileceği gibi objektif veya sübjektif de olabilecektir. İmkânsızlığın objektif olması ifanın herkes bakımından gerçekleştirilemeyecek olmasını ifade eder. İmkânsızlığın sübjektif olması ise borcun sadece borçlu tarafından ifa edilmesinin mümkün olmamasını ifade eder. Borcun doğumundan önceki imkânsızlık borcun konusuna ilişkin olup, bu durumda borç TBK md. 27/1 uyarınca hükümsüzdür. Ancak borçlu, borcun objektif imkânsızlığını baştan biliyor ise sözleşme öncesi görüşmelerden dolayı sorumluluk doğabilecektir⁴⁸⁵. Ancak başlangıçtaki imkânsızlık sadece borçlu açısından geçerli ise artık borcun hükümsüzlüğünden bahsedilmeyecektir. Böyle bir durumda sözleşme geçerli olup, borcun ifa edilmemesinin hukuki sonuçları doğacaktır. Borcun doğumundan sonraki imkânsızlıkta⁴⁸⁶ ise TBK md. 136 uyarınca borçlu

⁴⁸³ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 921.

⁴⁸⁴ Oğuzman, Öz, s. 307., Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 219.

⁴⁸⁵ Oğuzman, Öz, s. 78, 308. Burada alacaklının menfi zararının tazmini söz konudur.

⁴⁸⁶ Alman BGB md. 275/1 hükmünde imkânsızlığın borçlu veya başka herhangi biri için imkânsız olmasında borcun sona ereceği düzenlenmiştir. Buna göre TBK md. 136 hükmündeki imkânsızlık nedeniyle borcun sona erebilmesi için imkânsızlığın objektif olması gerekmektedir. Aksi görüş için bkz. Eren, s. 1286., Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 183. Kanaatimizce de, başlangıçtaki imkansızlık hali için önem arz eden objektif-sübjektif imkansızlık ayrımı, sonraki imkansızlıkta artık imkansızlığın objektif ya da sübjektif olması değil borçlunun sorumluluğunu doğurucu nitelikte olup olmadığına bakılmalıdır. Bu noktada sözleşmenin kurulması aşaması geçilmiş olup, taraflar sözleşmenin ifasına yönelmektedirler. Edim konusunun ifa edilmeyecek olmasının ne şekilde gerçekleştiği artık sadece sorumluluğun kapsamını belirlemekte etken hale gelmektedir.

bu imkânsızlığın meydana gelmesinden sorumlu ise borç sona erecek ancak borçlunun sorumluluğu devam edecektir⁴⁸⁷.

Borçlunun borcunu hiç ifa etmemesinin diğer hali ise borçlunun borcun ifası mümkün olmasına rağmen ifa etmemesi halidir. Böyle bir durumda eğer TBK md. 117 hükmünde yer alan şartların gerçekleşmesi ile borçlunun temerrüdü söz konusu olmaktadır. Bu durum aşağıda incelenecektir.

(2) Borcun Gereği Gibi İfa Edilmemesi Hali

Burada borçlu borcunu ifa etmekte ancak ifası olması gerektiği gibi değildir. Bu nedenle bu duruma akdin müspet ihlali denilmektedir⁴⁸⁸. Borçlu, ifaya yönelik aktif olarak bir eylem gerçekleştirmekte ancak olması gerektiği gibi ifayı gerçekleştirmemektedir.

Burada borç, yer, zaman, vasıf, içerik gibi nedenlerden dolayı olması gerektiği gibi ifa edilmemektedir. Bunlardan zaman bakımından gereği gibi ifa etmemenin özellikli bir durumu vardır. Zira gecikmiş ifa, ifanın tamamen gerçekleştirilmemesi anlamına gelmektedir. Ancak bu halde alacaklı dürüstlük kuralını ihlal etmemek kaydıyla borçlunun gecikmiş ifasını kural olarak kabul etmek zorunda olduğu için bu tür sözleşmeye aykırılık aynı zamanda borcun gereği gibi ifa edilmemesi halleri arasında yer almaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki, alacaklı bakımından gecikmiş ifanın bir anlamı bulunmamakta ise ifayı kabul etmek zorunda değildir. Bu durumda da borç hiç ifa edilmemiş gibi değerlendirilir.

Bu aşamaya kadar özetlenen borca aykırılık hallerini çalışma konumuz itibarıyla örneklendirmek gerekirse;

Bağımsız denetim yapma konusunda yetkisi olmayan bir kişi ile yapılan sözleşme, sözleşmenin ifasının mümkün olmaması nedeniyle başlangıçtaki objektif imkânsızlık nedeniyle kurulmamıştır. Bu halde koşulları varsa sözleşme öncesindeki görüşmelere dayalı sorumluluk söz konusu olabilir. Bağımsız denetim yapma konusunda yetkili bir BDK'nun yetkisinin sözleşmenin kurulmasından sonra kendi eylemleri neticesinde SPK veya KGK

⁴⁸⁷ Doktrinde bir görüşe göre böyle bir durumda imkânsızlığın doğumunda borçlunun kusurunun olup olmasının bir önemi bulunmamakta olup, her halde borç sona ermektedir. Oğuzman, Öz, s. 311. Bu durumda kusurun varlığına önem atfeden karşı görüş ise doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Eren, s. 1288., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 998-999.

⁴⁸⁸ Alman hukukunun aksine Türk-İsviçre hukuk sisteminde akdin müspet ihlali kavramına gerek olmadığı ifade edilmektedir. TBK md. 112 hükmünün borcun ihlali bu şekilde bir ayırım yapılmasına gerek olmadığı ileri sürülmüştür. Buna karşılık, imkânsızlık ve temerrüt dışında kalan sözleşme ihlalleri için bir üst kavram olarak kullanılması gerektiği ileri sürülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Aral, s. 99.

tarafından iptal edilmesi halinde sözleşmenin ifasının sonradan imkânsızlaşması söz konusudur. Denetlenen ortaklık ile yetkili BDK arasında sözleşme yapılmasına rağmen BDK tarafından bağımsız denetim raporu belirlenen sürede ortaklığa teslim edilmemiş ise sözleşmenin ifa edilmemesinden bahsedebiliriz. Koşulları var ise BDK'nun temerrüdü söz konusu olacaktır. Aynı durumda BDK tarafından belirlenen süreden önce veya kabul edilebilir bir gecikme ile sonradan sunulan bağımsız denetim raporunun TDS'ye uyumlu olmaması veya raporun sonucunun gerçeği yansıtmaması halinde ise gereği gibi ifa edilmeme hali söz konusu olacak ve BDK ortaklığın uğradığı zarardan sorumlu olacaktır.

c) Borca Aykırılığın Sonuçları

TBK md. 112 uyarınca borç hiç veya gereği gibi ifa edilmez ise borçlu kusursuzluğunu ispat etmediği müddetçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Ancak bağımsız denetçinin ortaklığa karşı olan sorumluluğu sadece TBK içerisindeki düzenlemelere tabi değildir. TTK ve SPKn içerisinde yer alan özel düzenlemelerin de bu noktada uygulama kabiliyeti bulunmaktadır. Bu çerçevede, konunun ana çatısını TBK üzerine inşa etmekle birlikte yeri geldikçe TTK ve SPKn hükümlerini bu yapıya dâhil etmeye çalışacağız.

(1) Aynen İfayı Talep ve Dava Etme

Borca aykırılığın ilk genel sonucu borçludan aynen ifanın talep edilmesidir. Aynen ifa mümkün olduğu sürece tazminat talebinde bulunulamaz⁴⁸⁹. Aynen ifa talebi bir ifa davası ile talep edilecektir.

TTK md. 437/1 hükmü ile SPKr (II-17.1) sayılı Tebliğ md. 10 hükmü de dikkate alınmak suretiyle, taraflar daha önceki bir tarihi belirlememiş ise bağımsız denetçinin, ortaklığın finansal tabloları üzerinde yaptığı bağımsız denetim faaliyetleri sonucunda hazırlayacağı denetim raporunu ortaklığın genel kurul toplantısından en geç 15 gün önce ve faaliyet döneminin bitimini takip eden 60 gün içerisinde ortaklığa teslim etmesi gerekmektedir. Ortaklığın hesap döneminin bir takvim yılı olması karşısında denetçinin raporunu teslim etmesi için yaklaşık iki aylık bir süresi bulunduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Bu kısa süre içerisinde de TDS'nun gerektirdiği prosedürlerin işletilebileceği göz önüne

⁴⁸⁹ Oğuzman, Öz, s. 329., Kılıçoğlu, s. 615.

alınacak olur ise aynen ifa davasının çalışma konumuz itibariyle uygulamada pek işlerliğinin olmayacağı kanaatindeyiz.

Şüphesiz ki, bu durum bağımsız denetçinin hazırladığı raporu teslimine ilişkin yükümlülüğünün ifasına yönelik bir talep ile sınırlı değildir. Bağımsız denetçinin denetlediği hesap dönemi içerisinde TDS'den kaynaklanan rapor teslim etme dışındaki yükümlülüklerinin ifası için aynen ifayı talep davası için ortaklığın yeterli süresi bulunduğu da gözden uzak tutulmamalıdır.

Bağımsız denetçinin borcunun bir yapma borcu olması nedeniyle yapma borçları için özel bir düzenleme niteliğini haiz TBK md. 113 hükmü burada da uygulama alanı bulabilecektir. Söz konusu hükme göre böyle bir durumda alacaklı-ortaklık borcun ifasını kendisi veya başkası tarafından yerine getirilmesini talep edebilecektir. Bağımsız denetim faaliyetinin ortaklıkça yapılabilmesi mümkün olmadığı için ortaklığın başka bir bağımsız denetçi ile anlaşarak finansal raporlarının denetimini yaptırabilmesi mümkündür. TTK md. 399/6 hükmündeki “...denetçinin ... diğer herhangi bir nedenle görevini yerine getirememesi....” ifadesinden yararlanılarak anılan hükmün burada işletilmesinde bir engel bulunmamaktadır. Bu durumda yapmış olduğu her türlü masrafları borçlu-eski bağımsız denetçisinden talep edebilecektir. Burada talep edilebilecek masraflar arasında, mahkemeye yahut fizibiliteye ilişkin masraflar ile yeni denetçiye ödenen ücretin farkı da bulunmaktadır.

(2) Tazminat Talep Etme

TBK md. 112 hükmü uyarınca borçlunun kusuru ile borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklının uğrağı zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Burada artık alacaklı aynen ifayı talep edememekte olup, borca aykırılık nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmektedir.

Tazmin talebinin denetim raporunun teslim edilmesinden hemen sonra ileri sürülmesi zorunlu değildir. TBK uyarınca belirlenen zamanaşımı süresi içerisinde önceki dönemlere ait bağımsız denetim raporlarının içeriklerine dair sonradan ortaya çıkan aykırılıklarda da bağımsız denetçinin sorumluluğu devam etmektedir.

Bağımsız denetçinin gerçeğe aykırı bir şekilde bağımsız denetim raporu hazırlamasında olduğu gibi süresinde borcunu ifa etmemesi nedeniyle denetlenen ortaklığın, bağımsız denetim raporlarını ilgili idareye geç bildirmesi nedeniyle hakkında idari para

cezası uygulanması yahut bağımsız denetim raporunun geç kamuya duyurulması nedeniyle piyasada ortaklık hisse değerlerinin düşmesi hallerinde ortaklığın tazmin ettirebileceği zararları bulunmaktadır. Keza ortaklık hakkında gerçeğe aykırı bir rapor hazırlanması nedeniyle piyasada oluşan olumsuz gelişmeler ortaklığın manevi haklarını da ihlal edebilir. Bu durumda da ortaklık uğradığı manevi zararının tazminini de talep edebilecektir.

Ortaklığın tazminat talebinde bulunmasının koşulları bulunmaktadır.

i. Borca Aykırı Bir Davranış Bulunmalıdır

Tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için öncelikle borca aykırı bir davranış olmalıdır. Bu davranış borcun hiç ifa edilmemesi, eksik ifa edilmesi, kötü ifa edilmesi, yer ve zaman itibariyle uygun ifa edilmemesi, nitelik itibariyle uygun ifa edilmemesi gibi şekillerde gerçekleşebilecektir.

Bağımsız denetçiler denetim faaliyetlerini TTK md. 397/1 uyarınca TDS'ye uyumlu olarak yürütmek zorundadırlar. TDS'nin uluslararası denetim standartları ile uyumlu olması da gerekmesi nedeniyle TDS içerisinde bulunmayan ve fakat UDS içerisinde yer alan bir yükümlülüğe aykırılık da borca aykırılık sayılabilecektir. Böylelikle belirlenen standartlara aykırı her halde borca aykırılık söz konusu olacaktır.

ii. Zarar

BDK'nun sorumluluğunun doğabilmesi için ortaklığın borca aykırılık nedeniyle bir zararının bulunması gerekmektedir. Ortaklığın bir zararı yok ise herhangi bir tazminat talebi de olamayacaktır. Ancak çalışma konumuz itibariyle bağımsız denetçinin borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde hemen her zaman ortaklığın bir zararı doğacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Zira halka açık anonim ortaklıklar bakımından bağımsız denetim yaptırmak bir yasal zorunluluktur.

Zarar kavramından öncelikle maddi zararlar gündeme gelmektedir. Ancak manevi zararların da bu kapsamda olduğu şüphesizdir. Örneğin, gerçeğe aykırı bir bağımsız denetim raporu nedeniyle piyasadaki güvenilirliğini yitiren bir ortaklık, uğradığı manevi zararın tazminini talep edebilmelidir.

Maddi zarar fiilen gerçekleşen zarar şeklinde olabileceği gibi yoksun kalınan kar şeklinde de gerçekleşebilir. Fiili zarar ortaklığın malvarlığının aktifinin azalması veya

pasifinin artması şeklinde olabilirken, yoksun kalınan karda malvarlığının aktifinde artma pasifinde ise azalma ihtimali kaybedilmektedir⁴⁹⁰. Örneğin, ortaklığın finansal durumu hakkındaki raporda gerçeğe aykırı olarak ortaklığın mali durumunun olumlu olduğu sonucuna varılması halinde gerçeğin ortaya çıkması ile ortaklık zarar edecektir. Zira bu halde ortaklığın ihraç ettiği borçlanma araçlarına talep azalacak ve bu şekilde malvarlığının aktifi artmayacaktır. Keza böyle bir durumda bağımsız denetim raporuna güvenerek ortaklığa kredi veren Banka tarafından, sözleşmelerinde yer alması halinde verilen kredinin iadesi talep edilebilecek ve ortaklık bu sebeple de maddi zarara uğrayabilecektir.

Zarar konusundaki bir başka ayrım ise müspet - menfi zarar ayrımıdır. Buna göre müspet zarar, alacaklının borcun ifasındaki menfaati elde edememesinden kaynaklanan zararı ifade ederken, menfi zarar hüküm ifade edeceğine veya kurulacağına güvenilen bir sözleşmenin hüküm ifade etmemesinden veya kurulmamasından kaynaklanan zararı ifade etmektedir. Menfi zararın borca aykırılık halinde tazmin edilmesi TBK md. 125/3 uyarınca temerrüt halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması halinde mümkündür.

iii. Kusur

Sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk için denetçinin kusuru ile ortaklığın zararına sebebiyet vermesi gerekmektedir. Kusur genel olarak borca aykırı sonucu bilerek ve isteyerek veya bunu göze alarak hareket etmeyi yahut borca aykırı sonucu önlemek için gerekli özeni göstermeme olarak tanımlanmaktadır⁴⁹¹.

BDK kural olarak tüm kusurlarından dolayı sorumludur. Ayrıca bağımsız denetim gibi uzmanlık gerektiren ve kanun uyarınca verilen izin ile yürütülen işlerde bağımsız denetçinin hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması da yapılamayacaktır.

Öte yandan kusur kendi içerisinde bir derecelendirmeye tabi tutulmakta olup, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. Kusurun derecesi borçlunun sorumluluğunun doğumunu değil ancak tazminatın kapsamını belirlemede etkin bir rol oynamaktadır. TBK md. 114/2 atfı ile TBK md. 51/1 uyarınca hâkim tazminatın miktarını borçlunun kusurunun ağırlığını dikkate almak suretiyle belirleyecektir.

⁴⁹⁰ Oğuzman, Öz, s. 343.

⁴⁹¹ Oğuzman, Öz, s. 355. Başka tanımlar için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 875., Eren, s. 1050.

Kusurun derecesi sübjektif kriterlere göre belirlenmektedir. Özellikle ihmalin derecesinin belirlenmesinde failin sübjektif durumu önem arz etmektedir. Dolayısıyla herkes için geçerli olan kusur kriterleri bulunmamaktadır. Ancak kusurun derecesi belirlenirken ortalama bir kişinin davranış modelinin esas alınması gerekebilecektir. Borcun ve borçlunun niteliğine göre gösterilmesi gereken özenin derecesi değişmektedir. Bağımsız denetçilerin kendi mesleki alanlarında uzmanlaşmış kişiler olduğu dikkate alındığından pek çok kişi için ihmal düzeyinde kusur addedilebilecek bir takım ihlaller bağımsız denetçiler için aynı niteliğe sahip olmayacaktır. Kusurun belirlenmesinde borçlunun kişisel özen derecesinin mi yoksa makul ve dürüst başka bir borçlunun göstermesi gereken özen derecesinin mi esas alınacağı hususu kusurun sübjektifliği veya objektifliği konusunu gündeme getirmektedir. Türk hukukunda kusurun objektifleştirildiği kabul edilmektedir⁴⁹². Buna göre bağımsız denetçinin kusurunun belirlenmesinde, benzer bir ortaklığı denetlemeye yetkili makul ve özenli başka bir bağımsız denetçinin davranış kalıbının incelenmesi gerekecektir⁴⁹³.

Kusur konusunda ele alınması gereken temel bir husus da kusurun ispatının hangi tarafa ait olduğudur. TBK md. 112 uyarınca kusurun ispatı alacaklıya ait olmayıp, borçlu kendi kusursuzluğunu ispatlayacaktır⁴⁹⁴.

iv. Uygun İlliyet Bağı

Sorumluluğun doğması için zarar ile sözleşmeye aykırılık teşkil eden eylem arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Türk-İsviçre hukukunda kabul edildiği üzere bu konuda “uygun illiyet bağı”nın bulunması aranmaktadır. Sözleşmenin ihlali olayların normal

⁴⁹² Eren, s. 553 ve 1052.

⁴⁹³ SPK Faaliyet Tebliği Taslağı md. 15/1 uyarınca bağımsız denetçinin göstermesi gereken özen, basiretli bir bağımsız denetçinin aynı koşullar altında ayrıntılara vereceği önemi, göstereceği dikkat ve gayreti ifade etmektedir. Bu hükümde, açıklanan hususlara paralel olarak bir bağımsız denetçinin kusurlu olduğunu veya gerekli özeni göstermemesi halini ancak başka bir basiretli denetçinin aynı koşullarda göstermesi gereken davranış kalıbına bağlı olarak tespit edilebileceğini düzenlenmiştir.

⁴⁹⁴ Çalışma konumuzu doğrudan ilgilendiren TTK md. 554 hükmünün ilk halinde bu prensibin aksini düzenlenmiş idi. Anılan hükmün son cümlesinin ilk halinde “*kusuru iddia eden ispatlar*” demek suretiyle TBK ile belirlenen kusurun ispat yükünü ters çevirmiş idi. Bu hüküm, kanaatimizce de, gerek uygulamadan kaynaklanan bir ihtiyacı karşılamaması gerek kaynağını teşkil eden İsviçre Borçlar Kanunu md. 755/1 hükmünde de bu yönde bir düzenleme bulunmaması gerek ise hukukun genel prensiplerine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle yürürlükten kaldırılmalıydı. Nitekim 6335 sayılı Kanun md. 29 ile yapılan değişikliğe sonucunda anılan hükümdeki ifade kaldırılmıştır. Bu durumda, TBK ile uyumlu olarak BDK’nun ortaklığa karşı sorumluluğunun bulunmadığı hususunda kusursuzluğunu ispatlaması gerekmektedir.

akışına, hayatın genel tecrübelerine göre somut olayda gerçekleşen zararı meydana getirmeye mahiyeti itibariyle elverişli olmalıdır⁴⁹⁵.

Bu kapsamda, denetim standartlarına aykırılık ile gerçekleşen zarar arasında uygun bir sebep-sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Örnek vermek gerekir ise, denetçinin olumlu olması gerekirken şartlı veya olumsuz rapor vermesi ile ortaklığın kredi talebinin reddedilmesi halinde doğan zarar arasında bu şekilde bir ilişki bulunmaktadır. Keza, aynı örnekteki halde finansal durumu hakkında gerçek bilgiyi edinemeyen ortaklığın gerekli önemleri zamanında alamaması nedeniyle doğan zararında da uygun illiyet bağı bulunmaktadır. Uygun illiyet bağının kesilmesine ilişkin mücbir sebep, üçüncü kişinin ya da zarar görenin ağır kusuru halleri bu kapsamda da uygulama alanı bulacaktır.

(3) Tazminat Talebinde Dikkat Edilmesi Gereken SPKn ve TTK Düzenlemeleri

Ortaklık tarafından BDK aleyhine açılacak olan tazminat davalarında dikkat edilmesi gereken bir takım hususlar TTK ve SPKn içerisinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu hususlar hem sorumluluğun doğumuna ve kapsamına hem de unsurlarına ilişkin olabilmektedir. Bu hususlar şüphesiz ki, BDK'nun üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklarında da uygulama alanı bulacaktır. Bu nedenle denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklarında da yeri geldikçe bu başlık altında yapılan açıklamalara atıfta bulunulacaktır.

i. Konuya İlişkin TTK Düzenlemeleri

TTK içerisinde anonim ortaklıklara ilişkin sorumluluk düzenlemeleri md. 549 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Anılan hükümlerde, İsviçre Borçlar Kanunu md. 752 vd. maddelerinden esinlenilmiştir. Söz konusu hükümler içerisinde konumuzu ilgilendirenler ise TTK md. 549 ve 554 hükümleridir.

TTK md. 549 hükmü, İsviçre BK md. 752 hükmüne karşılık gelmektedir. Ancak kaynak metinden farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Kaynak metinde, bir ortaklığın kuruluş veya sermaye piyasası aracı ihracında düzenlenen izahname ve diğer kamuya sunulan belgelerindeki yanlış, yanıltıcı veya mevzuata aykırılık hususunda kast veya ihmali

⁴⁹⁵ Eren, s. 1048 ve 509., Kılıçoğlu, s. 292., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 573., Oğuzman, Öz, s. 519. Uygun illiyet bağı teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, F. (1975). *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara.

bulunanların, anılan sermaye piyasası aracını elde eden ve zarara uğradığını iddia eden kişilere karşı sorumlu olduğu düzenlenmiştir. TTK md. 549 hükmünde ise bu hükümden daha geniş bir alan düzenlenmiştir⁴⁹⁶. Bağımsız denetim raporları, ortaklıklarca sermaye piyasası aracı ihraçlarında düzenlenen izahnamelerin bir eki olması nedeniyle bağımsız denetçiler de anılan hükmün kapsamına girmektedir. Konumuzu ilgilendirmesi nedeniyle, anılan hüküm uyarınca, ortaklığın izahnamesinin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından, diğer kanunlara aykırılıklar içermesi nedeniyle doğan zarardan bu belgeyi düzenleyenlerin sorumlu olacağı da ifade edilmiştir. Ancak kanaatimizce, bu hükmün çalışma konumuz olan halka açık anonim ortaklıkların denetimi konusunda uygulanabilirliği bulunmamaktadır.

Şöyle ki, SPKn md. 10 hükmünde izahnameden doğan sorumluluk özel olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hüküm AB İzahname Direktifinin⁴⁹⁷ 6 ncı maddesine uyum amacıyla getirilmiştir. Anılan direktif hükmünde doğrudan bir sorumluluk düzenlemesi yerine asgari şartlar belirlenmek suretiyle üye ülkelere ne şekilde bir sorumluluk düzenlemesi yapmaları gerektiği gösterilmiştir. Anılan düzenleme uyarınca üye ülkeler izahname nedeniyle en azından ihraççı ortaklığın veya onun yöneticilerinin, halka arz eden kişilerin sorumluluğunun bulunduğuna ilişkin bir düzenleme yapmaları gerektiği öngörülmüştür. SPKn md. 10 hükmü bu anlamda anılan AB Direktifine uyum amacıyla TTK ile paralel olarak düzenlenmiştir⁴⁹⁸. SPKn md. 10 hükmü, TTK md. 549 hükmüne nazaran özel bir düzenleme olup, çalışma konumuz itibarıyla öncelikle uygulanacaktır. SPKn md.

⁴⁹⁶ Hükmün tam metni şu şekildedir. “*Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur.*”

⁴⁹⁷ Web: http://www.esma.europa.eu/system/files/ProspectusDir_2003_71.pdf adresinden 23.1.2014’de ulaşılmıştır.

⁴⁹⁸ Anılan hükmün TBMM’ye gönderilen ilk hali “*İzahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan; ihraççılar ile halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör müteselsilen; ihraççının yönetim kurulu üyeleri ise kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararlar şahsen kendilerine yükletilebildiği ölçüde sorumludur*” şeklinde iken, TBMM Alt Komisyonunda yapılan değişiklik ile mevcut metin yasalaşmıştır. Eski metin için bkz. Web: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf> s. 154 adresinden 23.1.2014’de ulaşılmıştır. Mevcut düzenlemede, amaçlanandan farklı olarak, öncelikle ihraççıların sorumlu oldukları, onlardan tahsil edilememesi halinde ise metinde geçen diğer kişilere başvurulabileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu hüküm gerek izahnameden doğan sorumluluğun amacıyla bağdaşmaması gerek SPKn md. 32 hükmü ile uyumsuz hale gelmesi nedeniyle yasal bir değişiklik yapılmak suretiyle eski haline döndürülmelidir. Yapılan değişiklik ile hedeflenen husus ihraççı ile ihraççının yöneticilerinin aynı anda sorumlu olmalarını engellemektir. Ancak izahnamede yer alan yanlış, yanıltıcı bilgilerden ihraççıların yöneticilerinin de ihraççı ile birlikte sorumlu olmaları, bu hatalı bilgi nedeniyle zarara uğrayan yatırımcıların zararını biran evvel tazmin etme amacıyla doğal bir sonuç olarak değerlendirilmektedir. Kaldı ki bu husus AB İzahname Direktifi ile de uyumlu olacaktır.

10/2 hükmünde bağımsız denetim kuruluşlarının izahname ekinde yer alan denetim raporlarındaki yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler nedeniyle sorumlu oldukları düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu noktada bağımsız denetim raporundan ileri gelen bir nedenle izahnameden kaynaklanan bir sorumluluk halinde bu kuruluşlar hem ortaklığa hem de üçüncü kişilere karşı sorumlu olacaktır. Ancak buradaki sorumluluk bağımsız denetçilerin kendi alanları ile sınırlıdır. Diğer bir ifade ile bağımsız denetçiler izahnamede kendileri ile ilgili olmayan bölümlerden dolayı kural olarak sorumlu değildirler⁴⁹⁹. Bu hüküm konuya ilişkin SPKn düzenlemeleri başlığı altında incelenecektir.

TTK içerisinde bağımsız denetçilerin sorumluluğuna yönelik bir diğer düzenleme ise md. 554 hükmünde yer almaktadır. Anılan düzenleme uyarınca bağımsız denetçiler, kanunen kendilerine verilen görevleri kusurları ile ihlal edecek olurlar ise verdikleri zararlardan dolayı ortaklığa ve bunun pay sahipleri ile alacaklılarına karşı sorumludur. Çalışmamızın bu bölümünde sadece bağımsız denetçilerin ortaklığa karşı sorumluluğunun açıklanması nedeniyle hükümdeki pay sahibi ile alacaklılara ilişkin kısım bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu bahsinde ele alınacaktır⁵⁰⁰.

TTK md. 554 hükmü bağımsız denetçilerin sorumluluğunun kaynaklarından birini teşkil etmektedir. Şüphesiz ki, bu hüküm olmasaydı dahi TBK uyarınca bağımsız denetçilerin sorumluluğu söz konusu olacak idi. Ancak bu hüküm ile denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu bakımından yasal bir zemin oluşturulmuş olmaktadır. Öte yandan, denetçilerin ortaklığa karşı sorumluluğunun esas kaynağı ise TTK'nun anılan hükmü olduğu gözden uzak tutulmamalıdır.

⁴⁹⁹ Kanun bu noktada bağımsız denetçilerin sorumluluktan kurtulmalarını öngörecektir herhangi bir mekanizma getirmemiştir. Bu anlamda bir tür objektif sorumluluğa yaklaşan bir anlayışı benimsemiştir. Anılan hükme paralel bir düzenleme ise ABD'de 1933 Menkul Kıymetler Kanunu md. 11/b-3 hükmünün ikinci paragrafında görmek mümkündür. Bu hüküm uyarınca ihraççı dışındakilerin sadece kendi alanları ile sınırlı olarak sorumlu oldukları belirtildikten sonra, bağımsız denetçi gibi uzmanlık gerektiren bir alandaki otoritesi ile hazırlanan veya onaylanan bir belge nedeniyle sorumlu olabilmeleri için bu kişilerin makul bir araştırma neticesinde (i) izahnamenin onaylandığı (yürürlüğe girdiği) anda bu izahnamede yer alan belgenin doğru olduğunu ve bulunması gereken önemli bir hususun eksikliğinin bulunmadığı ya da (ii) izahname ekindeki bu belgenin gerçeği doğru ve dürüst bir şekilde (*fairly represent*) yansıttığı yönündeki inancının makul bir gerekçesinin olması ve buna inanması durumunda sorumlu olmayacağı ifade edilmiştir. Öte yandan, SPKn md. 32/3 hükmünde üçüncü kişilere karşı olan sorumluluk hallerinde benzer bir düzenleme yapılmış iken SPKn md. 10 hükmünde bu yönde açık bir hüküm bulunmaması benzer hususlarda farklı sorumluluk esaslarının benimsenmesine neden olabilecektir. Bununla birlikte, SPKn md. 32/3 hükmünün SPKn md. 10 hükmü için genel hüküm niteliğinde olmasından hareketle, izahnameden kaynaklanan sorumlulukta denetçilerin kendi raporları dışında kalan kısım için sorumluluğunun iddia edilmesi halinde denetçilerin SPKn md. 32/3 hükmünden yararlanmaları mümkün olabilmelidir.

⁵⁰⁰ Bkz. a.ş. V/A/3.

Öte yandan, kanaatimizce, TTK md. 554 hükmünün değerlendirilmesinde TTK md. 404 hükmünün de ele alınması gerekmektedir. TTK md. 554 hükmü genel olarak denetçilerin sorumluluğunu düzenlerken, TTK md. 404 hükmü denetçinin sır saklamadan doğan sorumluluğunu düzenlemektedir. Sır saklama yükümlülüğü bir denetim standardı olması nedeniyle özel bir düzenleme olmasaydı dahi TTK md. 554 uyarınca ihlali sorumluluk doğuracak niteliği haizdir. Ancak TTK md. 554 ile 404 düzenlemeleri arasında bir uyumsuzluk söz konusudur. Şöyle ki, TTK md. 554 uyarınca “kanuni görevlerini” kusurları ile yerine getirmeyen denetçiler ortaklığa, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı sorumludur. Öte yandan, TTK md. 404 hükmünün başlığı “denetçinin sır saklamadan doğan sorumluluğu” olmakla birlikte, hükmün ilk fıkrasında sır saklama yükümlülüğünden farklı olarak denetçilerin “*denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmasından*” da sorumlu olduğu düzenlenmiştir. Denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılması yükümlülüğü denetim faaliyetlerinin temel amacı olup, denetçilere kanun ile TDS ile verilen yükümlülüklerin başında gelmektedir. Diğer bir ifade ile denetçinin “*kanuni görevlerini yerine getirmesi*” kavramı ile “*denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapması*” kavramı arasında temel bir farklılık bulunmamaktadır. Zira denetçinin denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapma yükümlülüğü aynı zamanda denetçinin kanuni bir görevidir. Bu anlamda bu yükümlülüğe aykırılıktan dolayı sorumluluk TTK md. 404 hükmünden değil TTK md. 554 hükmü nedeniyle doğması gerekmektedir.

Hükümdeki bu farklılığın uygulamadaki sonucu ise şöyledir: TTK md. 404 uyarınca sorumluluk sadece ortaklık ve ortaklığın zarara uğrayan iştiraki ile sınırlı iken TTK md. 554 uyarınca sorumluluk ortaklık, ortaklık pay sahipleri ve alacaklılarına karşıdır. TTK md. 404/2 hükmünde sorumluluk belirlenen parasal limit ile sınırlandırılmış iken TTK md. 554 hükmü uyarınca doğan sorumlulukta böyle bir sınırlama yoktur. TTK md. 404 uyarınca doğan sorumluluk hükmün beşinci fıkrası uyarınca rapor tarihinden itibaren beş yılda zamanaşımına uğrayacak iken TTK md. 554 hükmünden kaynaklanan sorumlulukta zamanaşımı TTK md. 560 uyarınca zarar ve sorumlunun öğrenilmesinden itibaren iki yıl ve herhalde beş yılda zamanaşımına uğrayacaktır. TTK md. 404 hükmünde denetçi, yardımcısı ve denetleme yapılmasına yardımcı olan temsilcilerinin müteselsil sorumluluk olduğu ifade edilmiş iken, TTK md. 554 hükmünde böyle bir belirleme bulunmamaktadır⁵⁰¹.

⁵⁰¹ Ancak kanaatimizce, gerek TBK md. 66 uyarınca adam çalıştırmanın sorumluluğu gerek TBK md. 116 hükmündeki yardımcı kişilerin fiilinden doğan sorumluluk hükümleri bu farklılığı gidermeye yeterli olacaktır.

Söz konusu hükümler incelendiğinde denetçinin denetim faaliyetlerini gereği gibi ifa etmemesi halindeki sorumluluğunun iki farklı hükümde düzenlendiği görülmektedir. TTK md. 404 hükmünün Alman Ticaret Kanunu md. 323'ten alınmasına rağmen, TTK md. 554 hükmünün İsviçre Borçlar Kanunu md. 755 hükmünden alınmış olması, bu iki hükmün aralarındaki bağın kopmasına ve çelişkili bir durumun yaratılmasına yol açtığı görülmektedir. Zira Alman ve İsviçre hukuklarında denetçilerin sorumluluğuna ilişkin prensipler birbirlerinden farklıdır. İsviçre hukukunda bu tür sorumluluk tek madde olan OR 755 ile düzenlenmekte iken Alman hukukunda HGB md. 323 yanında bir takım sermaye piyasası mevzuatındaki düzenlemelerle ele alınmaktadır⁵⁰². TTK md. 554 hükmünün gerekçesinde anılan hükmün TTK md. 404 hükmünün uygulandığı hallerde uygulama alanı bulamayacağı ifade edilmiş olmasına rağmen, TTK md. 404 hükmünün açık ifadesi⁵⁰³ karşısında TTK md. 404 hükmünün sadece sır saklama yükümlülüğünün ihlali halleri ile sınırlı olduğu kolayca kabul edilemeyecektir.

İsviçre Borçlar Kanunu md. 755 hükmü, aynı yasanın md. 730b/2 hükmü uyarınca benimsen denetçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlali hallerinde de uygulama alanı bulacak şekilde denetçilerin sorumluluklarını bir bütün olarak ele almak suretiyle daha geniş bir alanı düzenlemektedir. Keza TTK md. 554 hükmü de benzer şekilde bağımsız denetçinin TDS ve sözleşmeden kaynaklanan nedenler dolayısıyla doğan - sır saklama yükümlülüğünü ihlal dâhil - sorumluluk hallerini kapsayacak şekilde kaleme alınmıştır. Bu nedenle kanaatimizce, TTK md. 404 hükmünde yer alan “denetimi dürüst ve tarafsız şekilde yapmak ve” ifadesinin yasa metninden çıkarılması gerekmektedir⁵⁰⁴.

ii. Konuya İlişkin SPKn Düzenlemeleri

TTK perspektifinden konuya yaklaşıldığında bağımsız denetim faaliyetleri, ortaklıkların denetimini sağlayan bir araçtır. Böylelikle de eski TTK döneminde olan denetleme kurullarının bir muadilini oluşturmaktadır. Buna karşılık sermaye piyasaları perspektifinden konuya bakıldığında bağımsız denetçiler hem bir sermaye piyasası kurumu hem de faaliyetleri bir sermaye piyasası faaliyeti olup, bağımsız denetim raporları kamuyu

⁵⁰² Bkz. aşa. V/A/10/c, d.

⁵⁰³ 6335 ve 6455 sayılı yasalar ile TTK'da yapılan değişikliklerde de bu hususta bir değişiklik öngörülmemiştir.

⁵⁰⁴ Benzer görüş için bkz. İnternet: Odman Boztosun, N.A. (2012). *Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda Denetçinin Sorumluluğu, Alman Sistemi mi, İsviçre Sistemi mi?*, Arslanlı Bilim Arşivi (Yayın tarihi: 10 Şubat 2012), s. 6-7. Web: <http://arslanlibilimarsivi.com/sites/default/files/makale/AyseOdmanBoztosun.pdf> adresinden 23.1.2014 tarihinde alınmıştır. Yazar, TTK md. 554 hükmünün sır saklama yükümlülüğünü de kapsayacak şekilde geniş olduğunu belirterek, TTK md. 404 hükmünün tamamının kaldırılması gerektiğini ileri sürmektedir.

aydınlatma belgeleri arasında yer almaktadır. Öte yandan, denetim raporları sermaye piyasalarında ihraççıların bazı durumlarda kullanmak zorunda oldukları bir belge niteliğindedir. Bu nedenle de TTK gibi her yıl dönemsel olarak yapılmasının yanında bazı arizi durumlarda da yapılması gereken bir güvence niteliğini haizdir. Bu nedenle bağımsız denetim raporlarından kaynaklanabilecek sorumluluk halleri TTK'dan farklılaşmaktadır. Bu husus denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan sorumlulukları bakımından da geçerlidir.

Bu çerçevede, bağımsız denetçilerin tazminat sorumluluklarına ilişkin olarak SPKn içerisinde özel düzenlemeler bulunmaktadır. Bu hükümler anılan Kanun'un 10, 32 ve 63 üncü maddeleridir.

- SPKn md. 10 Hükümünün Uygulanabilirliği

Bağımsız denetçilerin sorumlu olabilecekleri hallerden biri raporlarının izahname ekinde yer alması nedeniyle izahnameden kaynaklanan sorumluluk düzenlemelerinden kaynaklanacaktır.

İzahname kavramının tanımı TTK içerisinde bulunmamaktadır. İzahname SPKn md. 3/1-j hükmünde, *“İhraççının⁵⁰⁵ ve varsa garantörün finansal durum ve performansı ile geleceğe yönelik beklentilerine, faaliyetlerine, ihraç⁵⁰⁶ edilecek veya borsada işlem görecektir sermaye piyasası araçlarının özelliklerine ve bunlara bağlı hak ve risklere ilişkin olarak yatırımcıların bilinçli bir değerlendirme yapmasını sağlayacak nitelikteki tüm bilgileri içeren kamuyu aydınlatma belgesi”* olarak tanımlanmıştır. Buna göre izahname sermaye piyasası hukuku alanı içerisinde yer alan bir kavramdır. Bu nedenle sermaye piyasası alanındaki düzenlemelerin özel hüküm olarak öncelikle uygulanabilirliğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, TTK md. 549 vd. maddeleri genel hüküm olması bahsi ile SPKn md. 10 hükmünde düzenlenmeyen alanlarda uygulama alanı bulabilecektir.

İzahnameler kısaca ortaklıkların sermaye piyasası aracı ihraç ederek bunları halka sunması halinde⁵⁰⁷, ilgili sermaye piyasası aracı ile ihraççı ortaklık hakkında tam ve doğru bilgi verilmesini sağlayan aracı mekanizmadır. Bu nedenle de izahnamelerin en önemli

⁵⁰⁵ SPKn md. 3/1-h uyarınca ihraççı, *“sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişileri ve bu Kanuna tabi yatırım fonlarını”* ifade eder.

⁵⁰⁶ SPKn md. 3/1ğ uyarınca ihraç, *“sermaye piyasası araçlarının ihraççı tarafından çıkarılıp, halka arz edilerek veya halka arz edilmeksizin satışı”*nı ifade eder.

⁵⁰⁷ SPKr'nun (II-5.1) sayılı *“İzahnameye ve İhraç Belgesi Tebliği”* md. 5/1 hükmü uyarınca izahnameler ortaklıkların sermaye piyasası araçlarının halka arz edilmesi veya borsada işlem görebilmesinin ön koşuludur.

kullanıcıları mevcut ve müstakbel ortaklar ile diğer yatırımcılardır. İzahname içerisinde yer alan bilgilerdeki eksiklikler bu metne dayanarak yatırım kararı alan kişiler bakımından zarara sebep olabilecektir. İzahnamelerde ihraççı ortaklığa ilişkin sunulan bilgilerin içerisinde onun ortaklık yapısı, faaliyetleri, projeleri gibi yönetsel yönü olmasının yanında, onun mali durumuna ilişkin bilgiler de yer almaktadır. Ortaklığın finansal durumuna ilişkin bilgi ise ortaklığın bağımsız denetimden geçmiş olan finansal tablolarında gösterilmektedir. Bu nedenle izahname ile birlikte ortaklığın finansal tabloları ile bunlara ilişkin bağımsız denetim raporu hemen her zaman izahnamelerde ek olarak yer almaktadır. İşte bu şekilde izahname içerisinde yer alan bağımsız denetim raporunda yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması halinde bağımsız denetçilerin sorumluluğu SPKn md. 10/2 hükmünde düzenlenmiştir.

SPKn md. 10/1 hükmünde izahnameden kaynaklanan sorumluluk halinde kimlerin sorumlu olduğu açıkça belirtilmiştir. Buna göre izahnamede yer alan bir bilginin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması halinde ilk olarak ihraççı sorumludur. Eğer uğranılan zararın ihraççıdan tahsil edilememesi halinde halka arz edenler, aracı kurum, garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyeleri kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararın kendilerine yüklenebildiği ölçüde sorumludurlar. SPKn md. 10/1 hükmü bu noktada TTK md. 557 hükmünden ayrılmak suretiyle ihraççı ile diğer kişiler arasında farklılaştırılmış teselsül kabul etmemiştir. Ancak hükümde ikinci derece sorumlu olanlar bakımından TTK md. 557 hükmüne paralel olarak farklılaştırılmış teselsül olduğu kabul edilmiştir.

Böylelikle, ihraççı birinci derece sorumlu iken, diğer kişi veya kurumlar ikincil derece sorumludur. Bunun yanında hükmün ikinci fıkrası uyarınca ise, izahnamede yer alan bağımsız denetim raporlarındaki bilginin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması halinde bağımsız denetçilerin de sorumluluğu doğmaktadır. SPKn md. 32/3 hükmü dikkate alındığında ise bağımsız denetçiler izahnamede kendi alanları ile ilgili olmayan bir bilgiden kaynaklanan sorumlulukları kural olarak bulunmamaktadır. O halde bağımsız denetçilerin de sorumlu olduğu bir halde, hükmün açık ifadesi uyarınca bağımsız denetim raporunda yer alan bilgiden kaynaklanan zararlarda, hükmün birinci fıkra hükmünde yer alan dereceli sorumluluk yanında bağımsız denetçiler de sorumlu olacaktır. Bu halde bağımsız denetçi de doğan zarardan kendisi sorumlu olacaktır. Ancak SPKn md. 10/2 hükmünde bu halde bağımsız denetçilerin tek başlarına sorumlu olduğu kabul edilmemiştir. Hükümde bu gibi durumlarda “bağımsız denetçilerin de” sorumlu olduğu esas kabul edilmiştir. Buna göre de izahname içerisinde yer alan bağımsız denetim raporunda yer alan bilginin yanlış, yanıltıcı

veya eksik olması halinde hükmün ikinci fıkrası uyarınca bağımsız denetçi ile ihraççı öncelikle sorumlu olacaktır⁵⁰⁸. SPKn md. 10 hükmünde açıklık olmaması nedeniyle bunlar arasında TTK md. 557 uyarınca farklılaştırılmış teselsül bulunmaktadır. Eğer zararın ihraççı ile bağımsız denetçiden tazmin edilemeyeceği anlaşıyor ise halka arz edenler, aracı kurum, garantör ve ihraççı yönetim kurulu üyeleri SPKn md. 10/1 hükmü uyarınca farklılaştırılmış teselsül hükümlerine göre sorumlu olacaktır.

Sorumluları bu şekilde belirledikten sonra bu başlık altında incelenen bağımsız denetçinin ortaklığa karşı sorumluluğu bakımından SPKn md. 10 hükmünün uygulanabilirliğine bakılmalıdır. Kanaatimizce, SPKn md. 10 hükmünün bağımsız denetçilerin ortaklığa karşı sorumluluğunu düzenlememektedir. Hüküm daha ziyade izahname nedeniyle ortaklık dışındaki üçüncü kişilere karşı bağımsız denetçilerin sorumluluğunu düzenlemektedir. Şöyle ki, izahnamede yer alan bağımsız denetim raporundaki bilgi nedeniyle ortaklığın uğradığı bir zarar söz konusu değildir. Zarara sebebiyet veren izahname, ortaklığın izahnamesidir. Ortaklığın kendi izahnamesi nedeniyle zarara uğraması söz konusu olmamalıdır. Eğer ortaklığın bir zararı olduğu iddia edilse bile bu zararın tazmininin dayanağı SPKn md. 10 hükmü değil bağımsız denetçiler bakımından SPKn md. 63 hükmü olması gerekmektedir. Ayrıca, ihraççı ortaklığın, izahnamede yer alan bağımsız denetim raporundaki bilgiden kaynaklı olarak tazmin sorumluluğunun olması ve bunu bağımsız denetçiden rücu etmesi tazmin edilmesi gereken bir zarar olarak nitelendirilmemelidir.

- SPKn md. 32 Hükümünün Uygulanabilirliği

SPKn md. 32 hükmü izahname ve bağımsız denetim raporu dâhil tüm kamuyu aydınlatıcı belgelerden kaynaklanan sorumluluğu düzenlemektedir. Bu bakımdan, SPKn md. 10 hükmü, SPKn md. 32 hükmüne nazaran özel nitelikteki bir hüküm olup, izahnameden kaynaklanan sorumluluk bakımından öncelikli olarak uygulanacaktır⁵⁰⁹. Ayrıca TTK md. 549 ve 554 hükümleri de genel hüküm olması nedeniyle SPKn içerisinde düzenlenmemiş hususlarda uygulanacaktır⁵¹⁰.

⁵⁰⁸ Ancak ihraççının, bağımsız denetim raporundaki yanlışlık veya hile bakımından SPKn md. 32/3 hükmüne benzer şekilde bir kurtuluş imkânı bulunup bulunmadığı açık değildir. Bu hususlara ilişkin olarak bkz. yuk. dn. 499.

⁵⁰⁹ SPKn md. 10 ve 32 hükümleri arasındaki ilişki için bkz. aşağıda V/A/4/b.

⁵¹⁰ SPKn md. 2/2 hükmü uyarınca SPKn içerisinde düzenlenmeyen ve diğer kanunlarda SPKn'nun uygulanmayacağı belirtilen hallerde genel hükümler SPKn bakımından uygulama alanı bulabilecektir. Bu

Bağımsız denetim raporlarının bir kamuyu aydınlatma belgesi olması nedeniyle SPKn md. 32 hükmü uyarınca denetçilerin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. SPKn md. 32 hükmünün doğrudan veya md. 10 hükmünün tamamlayıcısı olarak uygulandığı hallerde, bağımsız denetçinin ortaklığa karşı bir sorumluluğunun olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki, SPKn md. 10 hükmünde olduğu gibi SPKn md. 32 hükmü de bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu hallerinde uygulama alanı bulacaktır. SPKn md. 32 hükmündeki kusur ve illiyet bağına ilişkin özel düzenlemeler üçüncü kişilerin uğradığı zararlara dair tazmin taleplerinde uygulama alanı bulabilecek niteliktedir. Bu nedenle denetçilerin ortaklığa karşı sorumluluğunda SPKn md. 63 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

- SPKn md. 63 Hükmünün Uygulanabilirliği

SPKn md. 63 hükmü bağımsız denetim kuruluşlarının, görevlerinin kapsamı ile sınırlı olmak kaydıyla, denetledikleri finansal tablo ve raporların mevzuata uygun olarak denetlenmemesi nedeniyle doğabilecek zararlardan raporu imzalayanlar ile birlikte sorumlu olacaklarını düzenlemektedir. Ayrıca bunlar faaliyetleri neticesinde düzenledikleri raporlarda yer alan yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler dolayısıyla neden oldukları zararlardan sorumludurlar.

Bu hüküm irdelenecek olur ise birden fazla hususu içerdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Şöyle ki, hüküm uyarınca bağımsız denetim faaliyetlerinin mevzuata veya standartlara uygun olarak yürütülmemesi nedeniyle uğranılan zararların tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu şekilde TBK ile benzer bir husus düzenlenmiştir. SPKn md. 63 hükmü olmasaydı dahi TBK md. 112 uyarınca bağımsız denetçi ortaklığa karşı sorumludur. Bağımsız denetçi ile ortaklık arasındaki sözleşme BDK ve ortaklık arasında yapıldığı için ortaklığa karşı sorumluluk asıl olarak BDK'ya aittir. BDK adına bağımsız denetim faaliyetlerini bizzat yürüten bağımsız denetçiler ise TBK bakımından sorumlu değildir. Onların eylemleri nedeniyle BDK'nun sorumluluğu, TBK md. 116 hükmünde düzenlenen yardımcı kişilerin fiilinden kaynaklanan sorumluluk çerçevesinde, bulunmaktadır. İşte bu noktada, SPKn md. 63 hükmü, TBK düzenlemesinden farklılaşmakta ve sorumlu olanları belirlerken BDK ve denetimi bizzat yapanları birlikte sorumlu tutmuştur. Hükümde yer alan “birlikte sorumlu

çerçevede, TTK md. 549 ve 554 hükümlerinde SPKn'nun uygulanmayacağı ifade edilmemesi nedeniyle TTK hükümleri, SPKn'nda düzenlenmemiş hususlar bakımından genel hüküm olarak uygulama alanı bulacaktır. KGK düzenlemeleri de bu çerçevede ele alınabilmektedir. Ancak gerek 660 sayılı KHK md. 24 gerek KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 44 hükümlerinde TTK ve SPKn'nda düzenlenmemiş bir husus bulunmamaktadır. Bu nedenle ayrı bir başlık halinde incelenmesine gerek duyulmamıştır.

olma” halinin açık olmaması nedeniyle BDK ve bağımsız denetçinin TTK md. 557 uyarınca farklılaştırılmış teselsül hükümleri uyarınca değil TBK çerçevesinde sorumlu olmaları kabul edilmelidir.

Hükümde yer alan bir diğer husus ise bağımsız denetim raporundaki yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgiler nedeniyle sorumluluğun bulunduğudır. Bu hüküm nedeniyle BDK ve bağımsız denetçiler ortaklığa karşı birlikte sorumludur.

SPKn md. 63 hükmünde, TBK’na göre farklılaşan husus sorumlu kişilerin belirlenmesi ile üçüncü kişilere karşı sorumluluk noktasında toplanmaktadır. Üçüncü kişilere karşı sorumluluk, denetim raporunun ifa ettiği göreve göre izahname içinde yer alması yahut izahname dışındaki bir kamuyu aydınlatma belgesi olması durumuna göre SPKn md. 10 ve/veya md. 32 hükmünün uygulanmasını gerektirecektir.

Öte yandan, kanaatimizce, bu hüküm ortaklık ile BDK arasında sermaye piyasası mevzuatının gerektirmemesine rağmen keyfi olarak yapılan bir bağımsız denetim sözleşmesine aykırılık halinde uygulama alanı bulamayacaktır. Zira bu halde taraflar arasında olan ve kamuya açıklanmayan bir durum söz konusudur. Bu hallerdeki aykırılıklarda TBK, TTK md. 554 ve KGK düzenlemeleri uygulanacaktır.

Sonuç olarak, SPKn md. 63 hükmü denetçilerin ortaklığa karşı olan sorumluluğunda uygulama alanı bulacaktır. SPKn md. 63 hükmü uyarınca sorumlu olan BDK’nun yanına denetimi fiilen gerçekleştiren bağımsız denetçi de eklenmiştir. Dolayısıyla, TBK md. 112 ve SPKn md. 63 hükmü, sermaye piyasasında, ortaklık tarafından borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmeyen bağımsız denetçiye karşı uğranılan zararın tazmini amacıyla açılan tazminat davasının kaynağını oluşturmaktadır.

(4) BDK’nun Temerrüdü ve Buna Bağlanan Sonuçlar

Sözleşmeden doğan sorumluluk bahsinde ele alınması gereken bir diğer ana başlık ise TBK md. 117 vd. hükümlerinde düzenlenen borçlunun temerrüdü konusudur. Borçlunun temerrüdü borca aykırılığın olağan bir sonucu değildir. Ancak koşullarının var olması halinde gerçekleşecek olup, gerçekleştiğinde de borca aykırılıktan kaynaklanan sonuçların yanında kendine özgü sonuçlarını doğurmaktadır.

i. Temerrüt Kavramı ve Koşulları

Temerrüt kavramı, TBK içerisinde tanımlanmamış olup, doktrinde⁵¹¹ kısaca borcun zamanında ifa edilmemesi olarak ifade edilmektedir. Burada borcun imkânsızlığından değil borcun borçlu tarafından ifa edilebilir olmasına rağmen edilmemesi söz konusu olmaktadır. Bu nedenle temerrüt ile imkânsızlık bir arada gerçekleşemeyecektir. Genel olarak bakıldığında borcun zaman bakımından gereği gibi ifa edilmemesi söz konusudur.

Borçlunun borcunu zamanında yerine getirmemesi halinde otomatik olarak temerrüde düşmesi söz konusu değildir. TBK md. 117 hükmü borçlunun temerrüde düşmesi için öngörülen koşulları düzenlemektedir. Temerrüt için borçlunun kusuru zorunlu bir şart değildir. Ancak temerrüde bağlı sonuçlar içerisinde yer alan tazminat talebinde borçlunun kusurunun önem arz ettiği gözden uzak tutulmamalıdır.

Borçlunun temerrüde düşmesi için gerekli ilk önkoşul *borcun ifa edilebilir olmasıdır*. Buna göre ifanın objektif olarak imkânsız hale gelmesi durumunda temerrüt söz konusu olamayacaktır. Ancak sübjektif imkânsızlık hallerinde temerrüt gerçekleşebilecektir. Örneğin, bir BDK'nun görevlendirdiği denetçinin başlamış olduğu denetim raporunu tamamlayamayacak kadar rahatsızlanması halinde kısmi imkânsızlık söz konusu olup, başka bir denetçinin görevlendirilerek ifanın tamamlanması mümkündür. Aksi halde BDK temerrüde düşebilecektir. Ancak denetim süreci içerisinde BDK'nun yetkilerinin alınması veya iflas etmesi halinde artık BDK tarafından sözleşmenin ifa edilmesi mümkün olmadığı için temerrüde düşürülmesi mümkün olmayacaktır.

Kanunda yer almamakla birlikte borçlunun temerrüdü için gerekli olan bir diğer önkoşul *alacaklının temerrüdünün bulunmamasıdır*. Zira alacaklı temerrüt halinde ise artık borçlunun temerrüdünden söz edilemez. Örneğin, denetçinin talep ettiği belgeleri vermeyerek temerrüde düşen bir ortaklık, BDK'yi süresinde raporunu teslim etmemesi gerekçesiyle temerrüde düşüremez.

Anılan önkoşulların varlığına binaen, borçlunun temerrüde düşmesi için gerekli olan ilk şart *borcun muaccel olmasıdır*. Buna göre ancak ifa zamanı geçmiş olan bir borcun borçlusu temerrüde düşer.

⁵¹¹ Kılıçoğlu, s. 658., Kocayusufpaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 215., Eren, s. 1078., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 911., Oğuzman, Öz, s. 295.

Temerrüt için ikinci şart ise *alacaklının ihtar*ıdır. Alacaklı-ortaklık belirlenen sürenin geçmesinin ardından muaccel hale gelen borcun ifa edilmesi için borçlu-BDK'ya ihtarında bulunması gerekmektedir. İhtar, hukuki işlem benzeri tek taraflı varması gerekli bir irade açıklaması olup, temerrüdü doğuran esas unsurdur⁵¹². İhtarın ne şekilde yapılması gerektiği kanunda belirtilmemiştir. HMK md. 200 uyarınca da bir hukuki işlem olmayan ihtar bakımından yazılı şekil şartı arandığı sonucuna ulaşılamamaktadır⁵¹³. Ancak TTK md. 16 uyarınca birer tacir sayılan ortaklık ve BDK'nun birbirini temerrüde düşürmesi için TTK md. 18/3 uyarınca ihtarın noter aracılığıyla taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta yolu ile yapılması gerekmektedir⁵¹⁴. İhtarda borçluya ayrıca bir süre tanınması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Öte yandan, temerrüdün gerçekleşmesi için aranan şartlardan biri olan ihtarda bulunma şartı emredici bir düzenleme değildir. Bu nedenle taraflar eğer borcun muaccel hale gelmesi ile temerrüdün gerçekleşeceğini kararlaştırmış iseler o zaman ihtar şartına gerek olmaksızın temerrüdün gerçekleşeceğinin kabulü gerekmektedir. Bu husus TBK md. 117/1 hükmünün emredici olmamasının doğal bir sonucudur.

Ayrıca, TBK md. 117/2 hükmünde ihtar şartının zorunlu olmadığı haller belirtilmiştir. Buna göre, (1) eğer taraflar borcun ifa edileceği günü açık bir şekilde belirlemişler ise bu günün geçmesi ile, (2) taraflardan birine borcun ifa edileceği günü belirleme yetkisi verilmişse ve bu yetkiye dayanarak bir tarafın usulüne uygun bildirimde bulunması ile borçlu temerrüde düşmüş olur⁵¹⁵. TBK içerisinde açıkça belirtilmemekle birlikte ihtarın gereksiz veya yararsız olduğu durumlarda da ihtar çekilmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir⁵¹⁶. Çalışma konumuz itibariyle, KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-ğ hükmünde denetim raporunun teslim tarihinin sözleşmede yer alması zorunludur. Ayrıca TTK md. 437/1 ve SPK (II-14.1) sayılı Tebliğ md. 10 uyarınca bağımsız denetim raporunun genel kuruldan en geç onbeş gün önce ve faaliyet döneminin bitimini takip eden 60 gün içerisinde ortaklığa teslim edilmesi gerekmekte olup, kanaatimizce, bağımsız denetim sözleşmelerinde açık ve belirli bir süre koşuluna yer verilmesi gerekmektedir. Eğer sözleşmede borcun ifası

⁵¹² Eren, s. 1082.

⁵¹³ Kılıçoğlu, s. 659.

⁵¹⁴ Bu koşulun bir geçerlilik veya ispat şartı olup olmadığı hususunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Kanaatimizce de anılan husus bir ispat şartıdır. Zira Yeni TTK md. 18/3 hükmünde, eski TTK md. 20 hükmünden farklı olarak "... *muteber olması için*..." ifadesine yer verilmemiştir. Benzer görüş için bkz. Kılıçoğlu, s. 660., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 915., Oğuzman, Öz, s. 299.

⁵¹⁵ Kanun hâksiz fiil ve sebepsiz zenginleşmeye ilişkin olarak da özel düzenleme getirmiş olup, çalışma konumuz itibariyle bu hususlara yer verilmemiştir.

⁵¹⁶ Kılıçoğlu, s. 663., Eren, s. 1086., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 918., Oğuzman, Öz, s. 301.

konusunda açık bir hüküm bulunmuyorsa ve bahsi geçen mevzuat hükümleri çerçevesinde belirlenen sürenin geçmesine rağmen denetim raporu ortaklığa teslim edilmemiş ise, ortaklık tarafından söz konusu mevzuat hükümlerini ileri sürülerek ihtarın gereksiz veya yararsız olması nedeniyle BDK'nun ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşmüş olduğunun kabulü mümkün değildir. Zira anılan mevzuat hükümleri ortaklığa, ortaklarına ve kamuya karşı bir davranışta bulunma yükümlülüğü getirmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için, BDK tarafından ifade bulunulması gerekliliği dışında, ortakların BDK ile doğrudan bir bağlantısı bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile ortaklara karşı olan anılan yükümlülük BDK'nun değil ortaklığındır. Kanunun öngörmüş olduğu bu yükümlülüğe aykırı davranmamak için ortaklık tarafından bağımsız denetim sözleşmelerinde, raporun teslim tarihine dair açık bir hükme yer verilmesinde yarar bulunmaktadır⁵¹⁷.

Bağımsız denetim sözleşmeleri her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. TBK, borçlunun temerrüdünde bu tip sözleşmelere ilişkin olarak temerrüdün genel koşullarına ek olarak başka koşullar da öngörmüştür. Bunun sebebi bu tip sözleşmelerde, borçlunun temerrüdüne ilişkin alacaklıya tanınan ek seçimlik hakların ağırlığı dikkate alınarak borçluya son bir şans vermektir.

Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından borçlunun temerrüdü için aranan ek şart borçluya borcunu ifa etmesi için *ek süre verilmesidir*. TBK md. 123 hükmü uyarınca bu tip sözleşmelerde taraflardan birinin temerrüde düşmüş olması halinde diğer taraf borçluya borcunu ifa etmesi için uygun bir süre verebilir veya bu sürenin verilmesini hâkimden talep edebilir. Buradaki süre vermeye yönelik irade beyanı, temerrüt için aranan ihtar şartından farklıdır. Ancak temerrüt için aranan ihtar ile birlikte bu süre verilmesi şartı da birlikte gerçekleştirilebilecektir⁵¹⁸. Alacaklı, süre vermeksizin ihtar çekmiş ise o zaman sadece temerrüdün genel sonuçları meydana gelir. Böyle bir durumda iki tarafa borç

⁵¹⁷ Karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki temerrüt için aranan borçluya süre verme zorunluluğunun istisnalarından biri ifanın alacaklı bakımından yararsız olması halidir. Bu nedenle TBK md. 124 bakımından gerçekleşen temerrütte ortaklığın BDK'yı temerrüde düşürmesi için süre verme şartını yerine getirmesi zorunluluğu bulunmaz iken TBK md. 117/2 anlamında ortaklığın temerrüt için, eğer sözleşmede süre öngörülmemişse, ihtar gönderme zorunluluğunun bulunduğu düşünülmektedir. Zira TBK md. 117/2 hükmünün aksine TBK md. 124 hükmünde açık bir şekilde ifanın alacaklı bakımından yararsız olması halinde süre verilmesine gerek olmadığı düzenlenmiştir. Bu nedenle uygulamada karşılaşılabilecek sorunların önüne geçilmesini teminen bağımsız denetim sözleşmelerinde ifa zamanının açıkça belirtilmesinde yarar bulunmaktadır.

⁵¹⁸ Oğuzman, Öz., s. 403., Eren, s. 1100., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 948.

yükleyen sözleşmelerdeki temerrüdün sonuçlarının doğması için ayrıca bir süre verilmesi için ikinci bir bildirimin yapılması gerekmektedir.

Borçluya tanınacak sürenin, edim ile orantılı olarak makul olması gerekmektedir. Burada dürüstlük kuralı, edimin niteliği, alacaklının derhal ifadaki menfaati dikkate alınır⁵¹⁹. Alacaklı-ortaklığın borçluya tanıyacağı bu sürenin belirlenmesini hâkimden de talep edebilir. Bağımsız denetim raporunu teslim etmeyen BDK bakımından ise somut olayda raporlama sürecinin ne aşamada olduğu, denetçinin ortaklık nezdindeki gerekli olan incelemeyi yapıp yapmadığı, yeterli denetim kanıtı elde edip etmediği, gerekli personeli istihdam edip etmediği, ortaklığın niteliği nedeniyle denetimi sonlandırıp sonlandıramayacağı gibi hususlar göz önünde tutulmak suretiyle makul bir süre belirlenmesinde yarar bulunmaktadır.

TBK md. 124 hükmünde ise bu süre verilme şartının istisnaları düzenlenmiştir. Buna göre, (1) borçlunun içinde bulunduğu durumdan ve tutumundan süre verilmesinin etkisiz olacağının anlaşılması, (2) borcun ifasının alacaklı bakımından yararsız olması veya (3) kesin vadeli bir sözleşme mevcut ise ve vadeden sonraki ifanın kabul edilmeyeceği sözleşmeden anlaşılıyorsa borçluya ifa için ek süre verilmesine gerek yoktur. Çalışma konumuz itibariye söz konusu durumlara bakıldığında bağımsız denetim sözleşmeleri bakımından, ortaklığın süre vermeksizin BDK'yu temerrüde düşürmesi mümkün olabilecektir.

Şöyle ki, bağımsız denetim raporları, ortaklık yönetim kurulu tarafından hazırlanan finansal tablolara güvenilirlik kazandırmasının yanında SPKn md. 14 uyarınca halka açık ortaklıklar bakımından bir zorunluluktur. Ayrıca TTK md. 397/2 uyarınca bağımsız denetimden geçmemiş finansal tablolar düzenlenmemiş sayılmaktadır. Ortaklık, finansal tablolarının bağımsız denetimden geçirememiş olması ve bu nedenle batıl olması nedeniyle ortaklarına kar dağıtamayacağı gibi bu tablolara dayanmak suretiyle gerçekleştirebileceği bütün akçalı hususları gerçekleştiremeyecektir. Bu nedenle ortaklık, faiz ödemek dâhil bir takım zararlara maruz kalabilecektir. Belirlenen sürede denetim raporunun teslim edilmemesi halinde, ortaklığın bağımsız denetçiye raporunu teslim etmesi hususunda

⁵¹⁹ Verilen sürenin kısa olması halinde BDK tarafından sürenin uzatılması alacaklı-ortaklıktan talep edilebilecektir. Ayrıca sürenin makul olmaması halinde süre verme işlemi geçersiz olmayıp, süre makul bir süre olana dek uzadığı kabul edilmelidir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 948., Buz, s. 107.

herhangi bir süre vermesine gerek olmadığı sonucuna ulaşılabilecektir. Bağımsız denetim raporunun geç de olsa teslim edilmesinde ortaklığın herhangi bir yararı bulunmamaktadır.

Ancak ifade edilmelidir ki, denetçinin raporunu kesin bir şekilde hiç veya kısa vadede teslim etmeyeceğini ifade etmesi halinde bu sonuca kolaylıkla ulaşılabılır. Bununla birlikte, kanaatimizce, denetçinin raporunu yazma sürecinde bir takım sorunların yaşanması nedeniyle temerrüde düşmesi halinde, ortaklığın aynen ifadan vazgeçmek suretiyle yeni bir denetçi ile anlaşması uygulamada kabul görmemelidir. Zira temerrüde düşen denetçinin raporunu bitirme süresi, ortaklığın denetimini baştan yapacak denetçinin ihtiyaç duyacağı süreden daha kısa olabilecektir. Ortaklığın bir an evvel edim konusu denetim raporunu elde etme amacı olduğunu dikkate alınacak olur ise ortaklığın somut olaydaki denetçinin geldiği aşamaya göre aynen ifa veya yeni bir denetçi belirleme yoluna gideceği sonucuna ulaşmak mümkündür⁵²⁰. Böyle bir durumda raporun genel kurula yetiştirilip yetiştirilemeyeceği, genel kurulun ertelenip ertelenemeyeceği, ortakların raporu incelemek için gerekli sürenin kalıp kalmadığı gibi hususlar da dikkate alınabilir.

ii. Temerrüdün Sonuçları

Bağımsız denetim sözleşmelerinin iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler olması nedeniyle, temerrüdün genel sonuçları yanında TBK md. 123-124 hükümlerine riayet edilmesi koşuluyla bu tip sözleşmelere özgü sonuçlar da doğabilecektir.

Temerrüdün genel sonuçları, gecikmiş ifayı talep ve gecikme tazminatı talebidir. TBK md. 125 hükmü uyarınca, karşılıklı iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde bu iki seçimlik talebe ek olarak, alacaklı gecikmiş ifayı reddetmek suretiyle müspet zararının tazminini veya sözleşmeden dönme hakkını da kullanabilecektir.

Aynen İfa ve Gecikme Tazminatı Talebi

Alacaklının aynen ifa talebi borçlunun temerrüdünün değil aslında borcun muacceliyetinin bir sonucudur. Temerrüt halinde dahi borç ifa edilebilir olduğu için alacaklı her zaman aynen ifayı talep edebilecektir. Hakikaten bazen alacaklının aynen ifada korunabilir yararı bulabilir. Bu nedenle kanun koyucu tarafından da bu hak korunmuştur.

⁵²⁰ Verilen sürenin makul olup olmadığı konusunda borçlunun ifa hazırlığına süre belirlenmesinden itibaren değil, zaten yapmış olduğu farz edilen bu hazırlığı bitirebilmek için ne kadar süreye ihtiyaç olduğunun dikkate alınacağına ilişkin Alman mahkemelerinde yerleşen içtihatlar hususunda bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 947, dn. 5.

TBK md. 113 hükmü borçlunun temerrüdünde de uygulanabilecek genel bir hüküm niteliğinde olup, yapma borçlarında alacaklı-ortaklığa başka bir BDK tarafından bağımsız denetimin yaptırılması hususunda yetki alma konusunda mahkemeden izin talep edilmesini mümkün kılmaktadır.

Aynen ifa, finansal tablolar üzerinde ortaklığın bir yıllık mali durumunun standartlar çerçevesinde incelenmesi yükümlülüğünü içeren bağımsız denetim sözleşmelerinde uygulama perspektifinden kolayca talep edilebilecek bir talep değildir. Ancak ortaklıkların finansal tabloları üzerinde bağımsız denetim yaptırımları bir zorunluluk olarak öngörülmüş olması nedeniyle uygulamada kuvvetle muhtemel bu seçimlik hakkın kullanılması gerekecektir. Aksi halde, ortaklık bir takım idari yaptırımlara maruz kalmasının yanında kar payı dağıtamama gibi kendi içinde de pek çok sorun ile karşı karşıya kalacaktır.

Alacaklı, borçlunun temerrüdü halinde aynen ifa ile birlikte gecikme tazminatı da talep edebilecektir. Alacaklı borcun ifa edilmesinden sonra da gecikme tazminatı talep edebilir⁵²¹. Gecikme tazminatı, gecikmeden doğan zararın tazminini amaçlar. Gecikmeden doğan zarar ise borçlunun borcunu zamanında ifa etmemesi nedeniyle alacaklının malvarlığının mevcut durumu ile borçlu borcunu zamanında ifa etse idi içinde bulunacağı durum arasındaki fark ifade etmektedir⁵²². Ancak gecikme tazminatı talep edilebilmesi için borçlunun kusuru ile temerrüde düşmüş olması gerekmektedir. Burada borçlu denetçi, temerrüde düşmede kusurunun bulunmadığını ispat edecektir. Ortaklık, finansal tablolarının batıl olması nedeniyle süresinde kar payı dağıtamaması ve buna bağlı olarak ortaklarına faiz ödemesini, eğer bir idari para cezası almış ise bu miktarı, yapmış olduğu diğer masrafları talep edebilecektir.

Beklenmedik Halden Kaynaklanan Sorumluluğun BDK'ya Geçmesi

Borçlunun temerrüdü sürecinde, alacaklı-ortaklığın zararının beklenmedik bir hal nedeniyle oluşacak zararlardan da BDK sorumlu olacaktır. TBK md. 119/2 uyarınca borçlu temerrüde düşmede kusurunun olmadığını veya borcu zamanında ifa etseydi bile ortaklığın bu beklenmedik hal nedeniyle zararının oluşacağını (uygun illiyet bağının bulunmadığını) ispatlar ise o zaman bu beklenmedik halden kaynaklanan zarardan dolayı sorumlu olmayacaktır. Örneğin, denetim raporunun teslim edilmediği bir dönemde ortaklığın

⁵²¹ Oğuzman, Öz, s. 386.

⁵²² Buz, s. 104., Oğuzman, Öz, s. 387., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 924., Kocayusufpaşaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 223.,

borsadaki hisse değerinin düşmesi halinde, BDK eğer raporunu zamanında teslim etmiş olsaydı dahi ortaklığın hisse değerinin yaşanan genel ekonomik kriz neticesinde oluştuğunu ispatlar ise bu zarardan dolayı sorumlu olmayacaktır.

Bağımsız denetim sözleşmelerinde BDK'nun ediminin bir yapma borcu teşkil etmesi nedeniyle borçlunun temerrüdünde para borçlarına ilişkin md. 120-122 hükümlerinin çalışma konumuz itibariyle uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.

TBK md. 125 Hükümünde Öngörülen Seçimlik Haklar

Borçlunun temerrüdünün genel sonuçları yanında, karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerde alacaklı, TBK md. 123 hükmüne uymak kaydıyla, TBK md. 125 hükmünde yer alan iki ayrı seçimlik hakka daha sahip olmaktadır.

TBK md. 125/1 uyarınca alacaklı her zaman borcun aynen ifası ve gecikme tazminatını talep edebilir. Bu hakkı kullanmayı planlayan ortaklığın BDK'ya ayrıca TBK md. 123 hükmü uyarınca borcun ifası için süre tanınmasına gerek bulunmamaktadır. Bunun yanında alacaklı bu haktan vazgeçtiğini hemen borçluya bildirerek,

- Sözleşmeyi muhafaza etmek suretiyle borcun ifa edilmemesinden doğan (müspet) zararının tazminini veya

- Sözleşmeden dönmek suretiyle sözleşmenin hükümsüzlüğü nedeniyle uğradığı (menfi) zararının tazminini

talep etme hakkını kullanabilir. Bu son iki hakkın talep edilebilmesi için borçluya kural olarak süre verilmesi gerekmektedir. Borçluya süre verilmesi, borçlunun temerrüde düşürülmesi için gerekli olan ihtar şartı ile aynı değildir. Ancak ihtar ile birlikte süre verilmesi de mümkündür⁵²³. Kanaatimizce, çalışma konumuz itibariyle bağımsız denetim ortaklıklar tarafından yaptırılması yasal bir zorunluluk olup, denetim raporunun zamanında teslim edilmemesi halinde gecikmiş ifanın yararsız olması nedeniyle ayrıca bir süre verilmesine gerek bulunmamaktadır.

⁵²³ Eren, s. 1100., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 948.

Alacaklı ortaklığa tanınan bu seçimlik hak yenilik doğuran bir hak niteliğini haiz olup, herhangi bir şarta bağlanamayacağı gibi daha sonradan rücu edilmek suretiyle de değiştirilemez⁵²⁴.

TBK içerisinde alacaklı-ortaklığın aynen ifa ve gecikme tazminatı hakkını kullanma hususunda herhangi bir süre belirtilmemiş iken diğer iki hakkın kullanılabilmesi için borçluya derhal bildirimde bulunulmasını aramıştır⁵²⁵. Bu bakımdan somut olayın koşulları da dikkate alınmak kaydıyla ortaklığın en kısa zamanda BDK'ya kullanmak istediği seçimlik hakkı bildirmesi gerekmektedir⁵²⁶. Aksi halde ortaklığın aynen ifa ve gecikme tazminatını talep ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak ortaklık borçluya yeniden süre vermek koşuluyla kalan iki seçimlik hakkını yeniden kullanma olasılığını canlandırabilir⁵²⁷.

Alacaklı ortaklığın elde ettiği bu iki seçimlik hakkın kullanılmasında somut olaya göre talep edebileceği zararın niteliği önem arz etmektedir. Alacaklı-ortaklığın hangi zararı fazla ise onu tazmin ettirmek yoluna gitmesinde yarar bulunmaktadır.

Ortaklık tarafından aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçmek suretiyle borcun ifa edilmemesinden kaynaklanan zararın talep edilmesi halinde *müspet zararın* talep edildiği kabul edilmektedir. Bu durumda sözleşme ilişkisi devam etmekte olup, asli edim yükümünün tazmin yükümü olarak değiştiği kabul edilmektedir⁵²⁸. Müspet zarar, edimin süresinde ifa edilmiş olması halinde alacaklının ekonomik durumunun göstereceği durum ile hâlihazırda gösterdiği durum arasındaki farkı ifade etmektedir⁵²⁹. Ortaklığın müspet zararını talep etmesi halinde sözleşmeden doğan ücret ödeme yükümlülüğünü de yerine getirip getirmeyeceği hususu tazminatın hesaplanmasına ilişkin bir husustur. Bu konuda doktrinde fark ve mübadele teorisi⁵³⁰ olmak üzere iki görüş bulunmaktadır. Mübadele teorisine göre

⁵²⁴ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 948., Kılıçoğlu, s. 702., Oğuzman, Öz, s. 406-407., Eren, s. 1101.

⁵²⁵ Aynen ifa ve gecikme tazminatı talebinde herhangi bir süre tanınmamış olması bu sürenin sınırsız olarak kullanılabilmesi anlamına gelmemektedir. Yargıtay pek çok kararında hakkın kötüye kullanılması şeklinde bu hakkın kullanılmasını alacaklının ortak kusuru olarak kabul etmektedir. Eren, s. 1100. Örnek kararlar için bkz. Kılıçoğlu, s. 703, dn. 875'te yer alan kararlar. Ancak çalışma konumuz itibarıyla ortaklığın finansal tablolarını bağımsız denetimden biran önce geçirmek isteyecek olması nedeniyle böyle bir durumun yaşanmayacağını düşünmekteyiz.

⁵²⁶ Kanunda açıkça ifade edilmemekle birlikte, alacaklı-ortaklığın hangi hakkı kullanacağını da bildirmesi gerekmektedir. Oğuzman, Öz, s. 405.

⁵²⁷ Kılıçoğlu, s. 704., Oğuzman, Öz, s. 408.

⁵²⁸ Eren, s.1005., Kılıçoğlu, s. 704-705., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 962.

⁵²⁹ Eren, s. 1105

⁵³⁰ Mübadele teorisine göre her iki edim birbirinden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Zarar sadece ifa edilmeyen edim nazara göre göre hesaplanarak, hükmedilecek tazminatla alacaklının ediminin mübadele edileceği kabul edilmektedir. Fark teorisine göre alacaklının zararı, ifa edilmeyen edimin değeri ile kendi karşı ediminin değeri arasındaki fark olarak belirlenmektedir. Eren, s. 1106., Oğuzman, Öz, s. 346., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 869., Kocayusufoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 210.

alacaklı-ortaklık da kendi edimini ifa etmek zorunda iken, fark teorisine göre yapılan hesaplamada alacaklının kendi edimini ifa etmesi gerekmemektedir. Fark teorisinde, alacaklı kendi edimini ifa etmek yerine, borçludan olan tazminat alacağından mahsup yoluyla düşürmeyi yeğlemiş olmaktadır. Müspet zararın tazmininde doktrinde, bizim de katıldığımız, hâkim olan teori fark teorisidir⁵³¹.

Bu teorinin kabul edilmesi ile çalışma konumuz olan bağımsız denetim sözleşmeleri bakımından ortaklığın aynen ifa ve gecikme tazminatından vazgeçerek müspet zararını talep etme yönündeki seçimlik hakkının oldukça kısıtlanması sonucuna ulaşılmaktadır. Şöyle ki, daha evvel de ifade edildiği üzere denetim raporunun teslim edilmesinde temerrüde düşülmesi halinde ortaklık bakımından yasal bir zorunluluk olan bir yükümlülük de otomatik olarak yerine getirilmediği gibi bu sonuca bağlı pek çok alt sonuçlar doğmaktadır. Bu nedenle ortaklığın aynen ifadaki menfaati ivedi ve mutlaktır. Bu çerçevede de fark teorisinin kabulü ile ortaklık kendi ödeyeceği ücret edimini, bağımsız denetçiden tazmin edeceği müspet zarardan mahsup etmek suretiyle sözleşmeyi sona erdirmektedir. Ancak bu durum ortaklık açısından bir değişiklik yaratmamaktadır. Bu halde dahi ortaklığın yeniden bir bağımsız denetim yaptırması gerekecektir. Buna karşılık, denetçi sözleşmedeki asli edimini fark teorisinin de uygulanması ile müspet zararın tazmini suretiyle yerine getirmiş sayılacaktır. Böylece, denetimin standartlara uyulmaksızın gerçekleştirilmesi hali sözleşmenin tazmin suretiyle sona erdirilmesi ile uyumsuz bir şekilde karşımıza çıkmış olacaktır. Kanaatimizce, ortaklığın, bağımsız denetçinin temerrüdü halinde müspet zararını tazmini yönünde seçimlik hakkını kullanmasında pratik bir yarar bulunmamaktadır. Ayrıca, her ne kadar BDK aleyhine kusur karinesi bulunsa da müspet zararın talebi için BDK'nun temerrüde düşmesinin kusurlu olması gerektiği hususu gözden uzak tutulmamalıdır⁵³².

⁵³¹ Eren, s. 1106., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 870. Oğuzman, Öz, s. 347. Yazar mübadele teorisinin eksikliğini ifade ettikten sonra fark teorisinin de ancak *“bir tarafın borcunun imkansızlaşması halinde karşılıklı borçların sükut ettiği ve borçlunun, karşılıklı borçların sona ermesi nedeniyle doğan zararı tazmin edeceği”*nin kabulü halinde uygulanmasını kabul etmektedir. Oğuzman, Öz, s. 313 ve 347. Kanaatimizce Yazarın bu çekincesi fark teorisinin uygulanma kabiliyetini önemli ölçüde kısıtlamaktadır. Bu nedenle karşılıklı borçların sona ermesinin kabul edilmesi bizi mübadele teorisine yaklaştırmaktadır.

⁵³² Böyle bir durumda borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi halinde alacaklı-ortaklığın kendi edimi olan ücret borcunu ödemekle yükümlü olduğu ileri sürülebilir. Ancak borçlunun kusursuzluğunu ispatlaması halinde alacaklının kanundan doğan seçimlik haklarında da bahsedilememesi gerekeceğinden böyle bir iddia kabul edilmemelidir. Öte yandan, doktrinde TBK md. 125 hükmünde yer alan müspet zararın tazmininde mübadele teorisinin, TBK md. 112 vd. uyarınca talep edilebilen müspet zararın tazmininde fark teorisinin uygulanabileceği ileri sürülmüştür. Bu iddianın dayanağı ise TBK md. 125 uyarınca alacaklının zaten sözleşmeden dönmek suretiyle borç ilişkisini sonlandırma imkânının zaten var olmasıdır. TBK md. 112 vd. uyarınca talep edilebilecek tazminat talebinden farklı olarak TBK md. 125 uyarınca eğer alacaklı kendisini ifadan kurtarmak istiyorsa o imkân zaten dönme hakkının kullanımı ile sağlanabilecektir. Oğuzman, Öz, s. 410, dn. 625.

Alacaklı-ortaklığın kullanabileceği diğer seçimlik hak ise ifadan vazgeçmek suretiyle sözleşmeden dönmedir⁵³³. Sözleşmeden dönme hali, sözleşmenin feshinden farklı bir durumu ifade etmektedir. Dönme halinde, borç ilişkisi geçmişe dönük olarak sona ermektedir. Fesih halinde ise sözleşme ileriye etkili (*ex nunc*) olarak sona ermektedir⁵³⁴. Böylelikle dönme halinde sözleşme geriye dönük olarak çözüldüğünden taraflar birbirlerine yeni bir ifada bulunmayacakları gibi dönme iradesinden önce yapılan kısmi ifaların da iadesi gerekmektedir. Şüphesiz ki, bu açıklamalar iki tarafa borç yükleyen ani edimli borç ilişkilerinde dönmenin söz konusu olabileceği sonucunu doğurmaktadır. Bu bağlamda bağımsız denetim sözleşmelerinde tarafların karşılıklı edim yükümlülüklerinin incelenmesi gerekmektedir. Bu tip sözleşmeler sürekli edimli sözleşmeler olarak nitelendirilmelidir. Zira bağımsız denetim sözleşmelerinde, bağımsız denetçinin sürekli olarak ortaklığın evraklarını, stoklarını, belgelerini inceleme gibi hakkı olduğu gibi ortaklığın ücret ödeme yükümlülüğü yanında denetçinin bu hakkın kullanılmasını engellememe yükümlülüğü bulunmaktadır⁵³⁵. Keza denetçinin bağımsızlığını, özen yükümlülüğünü sözleşme süresi boyunca devam ettirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hakikaten de bir bağımsız denetçinin sözleşmenin başlamasından itibaren ortaklık nezdinde yürüttüğü denetim faaliyet ve emeğini dikkate almak kaydıyla, sözleşmenin daha sonradan dönme suretiyle sona erdirilmesinde denetçinin ortaklıktan maddi olarak iadesini talep edebileceği bir ifası bulunmamaktadır. Bu çerçevede,

⁵³³ Uygulamada alacaklının aynen ifayı talep etmeksizin sözleşmeyi feshettiğini ve zararlarının tazminini talep etmesi halinde alacaklının müspet zararının mı menfi zararının mı talep edildiğinin açık olmaması karşısında böyle bir talebin müspet zararın tazmininin talebi olarak anlaşılması gerektiğine yönelik İsviçre Federal Mahkemesi kararları için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 964, dn. 44.

⁵³⁴ Buz, s. 81-82.

⁵³⁵ Bağımsız denetim sözleşmelerinde tarafların asli edimleri ücret ve standartlara uygun bir şekilde hazırlanan bağımsız denetim raporunun teslimidir. Ancak bu asli edimlere bağlı olarak tarafların bahsedildiği üzere pek çok yan edimleri bulunmaktadır. Bağımsız denetim sözleşmelerinde yer alan bu yan edimler, asli edime bağlı ve onun ifasına yönelik zorunlu edimler olarak kabul edilmelidir. Örneğin, denetçinin bilgi ve belge talep etme hakkı ve ortaklığın buna ilişkin yükümlülüğü gerçekleştirilmeksizin denetçinin raporunu tamamlaması mümkün değildir. Kaldı ki, bağımsız denetim sözleşmelerinde denetçinin asli edim borcu denetim süresince denetim standartları çerçevesinde denetim faaliyetlerini yürütmek ve bunun sonucunda hazırlanan denetim raporunu alacaklı-ortaklığa teslim etmektedir. Bağımsız denetim sözleşmelerinin, denetim raporunun teslim edilmeden sonlandırılması kural olarak mümkün değildir. Köksal, s. 67. Ancak denetim faaliyetleri yürütülmeksizin de denetim raporu hazırlanamayacağı için denetim standartlarından kaynaklanan tarafların yükümlülüklerinin asli edim yükümü olduğu da kabul edilebilir. Ayrıca ifade edilmelidir ki, bağımsız denetim sözleşmeleri bir iş görme sözleşmesidir. Bu nedenle de, bir sonucun taahhüt edildiği eser sözleşmelerinde olduğu gibi işgören tarafın (BDK) veya iş sahibinin (ortaklık) sözleşme süresince olan yükümlülüklerinde temerrüde düşülmesi muhtemeldir. Zira bu yükümlülüklerin ifası, sözleşmenin sonucunu doğrudan etkileyecek niteliktedir. Bu çerçevede ayrıca ifade edilmelidir ki, yan edimlerin de ifa edilmemesi halinde asli edimin ifa edilmemesine ilişkin TBK md. 112 vd. ve 123 vd. hükümleri uygulanabilecektir. Eren, s. 31., Kılıçoğlu, s. 27. Bu nedenle, kanaatimizce, yan edim yükümlülerinin sözleşme süresinde süreklilik arz etmesi bağımsız denetim sözleşmelerinin sürekli edimli bir sözleşme haline getirmektedir.

genel prensiplere uygun olarak bağımsız denetim sözleşmelerinde de dönme hakkının kullanılamayacağını kabulü gerekmektedir.

Öte yandan, TBK md. 126 hükmü ile hukukumuzda ilk defa yasal zeminde ani-sürekli edimli sözleşmelerden bahsedilmiş ve iki tarafa borç yükleyen sürekli edimli borç ilişkilerinde borçlunun temerrüdü halinde alacaklının haklarına ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Buna göre bu tip sözleşmelerde, alacaklının dönme hakkı bulunmamaktadır. Kanun anılan hükmünde alacaklıya (1) aynen ifa ve gecikme tazminatını talep etme veya (2) sözleşmenin feshini ve süresinden önce sona erme nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etme hakkı tanımıştır. Bu durumda, bağımsız denetim sözleşmelerinde denetçinin temerrüde düşmesi halinde, alacaklı ortaklığın sözleşmeden dönmek suretiyle menfi zararını talep etme hakkı bulunmamaktadır. Alacaklı ortaklık ister ise sözleşmeyi geleceğe yönelik olarak feshederek sözleşmenin ifa edilememesi nedeniyle uğradığı müspet zararını talep edebilecektir. Bu durumda, alacaklı ortaklığın derhal başka bir bağımsız denetçi ile anlaşarak, finansal tablolarını bağımsız denetimden geçirtmesi gerekmektedir. Sözleşmesi feshedilen bağımsız denetçinin ise elindeki tüm bilgi ve belgeleri yeni bağımsız denetçiye teslim etmesi gerekmektedir.

Ortaklığın seçimlik hakkını bu yönde kullanması halinde denetçinin ücret hakkından oransal olarak bir alacağının olup olmadığına da bakılmalıdır. Bağımsız denetim sözleşmeleri bir iş görme sözleşmeleri olmasının yanında eser sözleşmelerinde olduğu gibi sonucun önem arz ettiği ve sonucun taahhüt edildiği sözleşmelerdendir. Bağımsız denetçinin, sözleşmenin feshedilmesinden önce yürüttüğü denetim faaliyetleri sonucu elde ettiği denetim kanıtlarının kullanılabilirliği, doğrulanması gerekip gerekmediğine bağlı olarak bir değerinin belirlenmesi gerekmektedir. Yeni bağımsız denetçinin denetim faaliyetlerini baştan sona yeniden yapacak olması halinde, kanaatimizce sözleşmesi feshedilen denetçinin herhangi bir alacağının olmaması gerekecektir. Ancak sözleşmesi feshedilen denetçinin, yeni denetçiye devrettiği denetim kanıtlarının kullanılabilir olması halinde oransal bir ücret alacağının kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak bu durumda dahi yeni denetçinin ücreti asgari tarifenin altına inmemelidir. Ayrıca yeni denetçi bu indirimli ücrete zorlanamayacağından taraflar arasındaki uyuma önem arz etmektedir.

Bu husus, ortaklığın, denetçi aleyhine açacağı tazminat davasında TBK md. 114/2 atfı ile TBK md. 51-52 hükmü uyarınca ödeyeceği tazminattan indirim sebebi sayılabilecektir. Zira bu halde ortaklığın, feshedilen sözleşme dolayısıyla elinde kalan ve denetçi tarafından

saklanamayan bir yarar bulunmaktadır. Kanaatimize, alacaklının elinde kalan bu yararın, borçlunun ödeyeceği tazminat miktarından indirilmesi gerekmektedir⁵³⁶. Bu konudaki anlaşmazlıkların mahkeme tarafından objektif bir şekilde değerlendirilerek, gerektiğinde bilirkişi incelemesinden faydalanılmak suretiyle çözümlenmesi gerekecektir. Zira sözleşmesi feshedilen denetçinin bıraktığı denetim kanıtları ve diğer bilgi ve belgelerin yeni denetçi tarafından doğrudan kullanılıp kullanılamayacağının belirlenmesi teknik bir konu olarak değerlendirilmelidir. Son olarak ifade edilmelidir ki, sözleşmenin ifa yoluyla sona ermesinde olduğu gibi feshedilerek sona ermesinde de denetçinin sır saklama yükümlülüğünün devam ettiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak, sürekli edimli bir iş görme sözleşmesi ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan bağımsız denetim sözleşmelerinde denetçinin temerrüdü halinde, alacaklı ortaklığın biran evvel finansal tablolarını bağımsız denetimden geçirttirilmesi gerekliliği nedeniyle, TBK'nun tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler için öngördüğü seçimlik haklardan yararlanılması güçtür. Bu sonuca ulaşılırken, bağımsız denetim yaptırılması zorunluluğu, müspet zararın tazmininde fark teorisinin uygulanacak olması ve TBK md. 126 hükmünde sürekli edimli borç ilişkilerinde dönme hakkının kullanımı ile menfi zararın istenmesinin yolunun kapatılması önemli bir etken olarak değerlendirilmelidir.

3) Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiye Karşı Hukuki Sorumluluğu

Sözleşmelerin nispiyeti ilkesi nedeniyle bir sözleşmenin tarafları dışındaki üçüncü kişiler bakımından hüküm ve sonuç doğurması kural olarak mümkün değildir. Hiç kimse, iradesinin karşılıklı olarak uyuşmadığı üçüncü kişilere karşı borçlu olmamalıdır. Bu

⁵³⁶ Haksız fiil hukukuna ilişkin zararın hesaplanmasına ilişkin denkleştirme işlemi sözleşmeden doğan sorumlulukta da uygulama alanı bulur. Buna göre haksız fiil veya ihlal neticesinde zarar gören-alacaklının bir yarar elde etmesi halinde bu yararın zararın belirlenmesi aşamasında dikkate alınması gerekmektedir. Denkleştirme işlemi, tazminatın belirlenmesi aşamasında değil zararın hesaplanması aşamasında gündeme gelen bir konudur. Eren, s. 724. Öte yandan, zarar kavramı iki durum arasındaki farkı ifade eder. Bu genel olarak zarar bahsinde fark teorisi olarak adlandırılır. Fark teorisi ile denkleştirme işlemi arasında doğrudan bir bağlantı bulunmaktadır. Öte yandan, zararın tespitinde, kişinin toplam malvarlığındaki azalmaya bakılmakta olup, bu azalma ihlale konu varlığın değerindeki azalma ile aynı olmayabilecektir. Buna göre zararın hesaplanmasında subjektif değer esas alınması gerektiği kabul edilmektedir. Tandoğan, H. (2010). *Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet* (1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası), İstanbul, s. 276. Örneğin, bir fincan takımında yer alan bir fincanın kırılması örneğinde olduğu gibi kırılan fincanın değeri 10 birim olmakla birlikte, o fincanın bulunduğu takımın değerindeki azalmanın 30 birim olması halinde zararın belirlenmesi aşamasında esas alınacak miktar 30 birim olacaktır. Ancak geriye kalan fincanların hala bir değer olarak kalması nedeniyle de bu zarardan kalan fincanların değerinin düşürülmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi hem malvarlığındaki değişime ilişkin fark teorisi hem denkleştirme işlemi zararın belirlenmesi aşamasında etkin bir rol oynamaktadır. Somut olay bakımından da eski denetçiden kalma delillerin bir değerinin olması halinde bu değer denkleştirme işlemi neticesinde zarar miktarından indirilmesi gerekebilecektir. Bkz. Sanlı, K.C. (2007). *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi, Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, İstanbul, s. 300.

prensibin istisnalarının olduğu kabul edilmekte olup, TBK md. 129 hükmünde düzenlenen üçüncü kişi yararına sözleşmeler bu anlamda üçüncü kişilerin alanında hüküm ve sonuç doğuran örnek hallerden biri olarak kabul edilmektedir.

Bağımsız denetim sözleşmelerinin tarafları denetlenen ortaklık ile denetim faaliyetlerini yürütecek olan BDK'dır. Anonim ortaklıkların denetimi konusundaki temel düzenlemeler TTK içerisinde yer almaktadır. Ancak çalışma konumuz olan sermaye piyasası içerisinde yer alan halka açık anonim ortaklıkların denetimi konusunda TTK dışında KGK düzenlemeleri ve SPKn içerisinde de özel düzenlemeler yer almaktadır. İlgili SPKn düzenlemelerinin başında, TTK md. 524 (mülga) hükmünün geniş bir yansıması olan ve SPKn md. 14/5 hükmünde yer alan halka açık anonim ortaklıkların bağımsız denetim raporlarının kamuya açıklanması hususu gelmektedir. Bu husus kamunun aydınlatılması prensibinin doğal bir sonucu olmasının yanında, yatırım kararlarının verilmesi aşamasında yatırımcı kitlesi üzerinde de etkin bir rol üstlenmektedir. Öte yandan, bağımsız denetim sözleşmelerinin kamusal bir yönünün olmasından hareketle, bu sözleşmelerin tarafları dışındaki kişiler bakımından da önem arz ettiği şüphesizdir. Bu nedenledir ki, gerek KGK gerek SPKn bu tip sözleşmelerin kurulmasından sona ermesine kadar bu sözleşmelere şekil ve içerik bakımından müdahalelerde bulunmaktadırlar.

Bu bağlamda, bağımsız denetim sözleşmesinin hüküm ve sonuçları sadece taraflarının hukuk alanında doğmamaktadır. Bu tip sözleşmeler, taraflarının yanında üçüncü kişileri de yakından ilgilendirmeleri nedeniyle bu kişilerin hukuk alanında da bir takım hüküm ve sonuçlar doğurmaktadır. Bu noktada önemli olan husus ise üçüncü kişiler üzerinde etkili olan bu sözleşmelere dayanmak suretiyle veya bu sözleşmelere dayanmaksızın haksız fiil gibi bir ilişkinin kurulması suretiyle kendi hukuki alanlarının etkilendiğini ileri süren üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinin korunup korunmayacağının belirlenmesidir.

Bağımsız denetim sözleşmeleri üçüncü kişi yararına bir sözleşme niteliğini haiz değildir. Dolayısıyla üçüncü kişilerin denetçinin hukuka aykırılığı nedeniyle uğradığı zararının tazmininin kaynağı bağımsız denetim sözleşmeleri değildir. Ancak bağımsız denetim sözleşmelerinin bu sorumluluk alanında hiçbir anlamının bulunmadığını söylemek de mümkün değildir. Denetçi, denetim faaliyetlerini re'sen gerçekleştirmemektedir. Yaptığı hukuka aykırılığı ancak bağımsız denetim sözleşmesi ile yetkilendirilmesinden sonra gerçekleştirebilecektir. Dolayısıyla, denetçinin uymak zorunda olduğu hukukun kapsamı sözleşme ile oluşmaktadır. Sözleşmede mevzuata atıfta bulunulması yahut mevzuatın

sözleşmeyle otomatik olarak devreye girmesi halleri bu gerçekliği değiştirmemektedir. Üçüncü kişilere karşı sorumluluğun başlangıcı sözleşmeyle olmakta birlikte sorumluluğun kaynağı sözleşme dışıdır.

KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 7 hükmü uyarınca denetimin tarafları denetlenen ortaklık, denetçi ve ilgili mevzuat kapsamında hedeflenen kullanıcılardır. Bu açıdan denetim faaliyetleri nedeniyle kullanıcılara bir zarar verilmiş ise denetimin bir tarafı olarak bu kişilerin zararlarının tazmin edilmesi gerekmektedir.

Bağımsız denetim alanında, bağımsız denetim raporları nedeniyle üçüncü kişi konumundaki yatırımcıların zararlarının tazmin edilip edilmeyeceği konusu oldukça önemli bir yer teşkil etmektedir. Ancak öncelikle, konunun çalışma konumuz itibarıyla daraltılması amacıyla, bağımsız denetim sözleşmesi nedeniyle üçüncü kişilerin uğrayabilecekleri zararın niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

a) Üçüncü Kişilerin Zararının Niteliğinin Belirlenmesi – Saf Malvarlığı Zararı Kavramı

Zarar konusu borçlar hukuku alanında haksız fiil alanında daha detaylı olarak ele alınmaktadır. TBK md. 114/2 hükmü uyarınca sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk bahsi için haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlere yollama yapıldığından zarar bahsindeki asıl açıklama ve tartışmalar bu alan içerisinde gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla haksız fiil alanındaki zarar konusundaki açıklamalar sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk içerisindeki zarar bahsinde de geçerlidir.

Zarar olmaksızın tazmin yükümlülüğü doğmaz. Sırf risk veya tehlike içeren davranışlar bir zarar doğurmadığı sürece herhangi bir sorumluluğa sebebiyet vermez⁵³⁷. Tazmini gerekli olan zarar kavramı genel olarak dar ve geniş olmak üzere ikiye ayrılır⁵³⁸. Dar anlamda zarar bir kişinin malvarlığında izni olmaksızın azalmayı ifade ederken, geniş anlamda zarar kavramı dar anlamdaki zarar ile birlikte kişinin uğradığı manevi zararları da

⁵³⁷ Eren, s. 487., Sanlı, s. 93 ve 298., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 546.

⁵³⁸ Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 63., Eren, s. 490., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 547-548., Sanlı, s. 298., Gürpınar, D. (2006). *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s. 76., Oğuzman, Öz, s. 514, dn. 82. Yazar, zararın dar ve geniş olarak ikiye ayrılmasına karşı görüş ileri sürmekte olup, manevi zararları da içine alan geniş anlamdaki zarar yerine manevi zararı ayrı bir kurum olarak ele almaktadır.

içermektedir. Dolayısıyla zarar kavramı temelde, maddi ve manevi zarar olarak ortaya çıkmaktadır.

Çalışma konumuz itibariyle önemli olan husus maddi zararların (dar anlamda zarar) neler olduğunun tespiti. Dar anlamda zarar ise kendi arasında fiili zarar (*damnum emergens*) ve yoksun kalınan kar (*lucrum cessans*) olarak ikiye ayrılmaktadır. Fiili zararda kişinin malvarlığının aktif kısmı azalmakta veya pasif kısmı artmakta iken, yoksun kalınan kar bahsinde kişinin malvarlığının aktifinin artması veya pasifinin azalması engellenmek suretiyle zarar doğmaktadır.

Zarar bahsinde bir diğer alt ayrım ise zararın etkilediği malvarlığı unsuruna göre yapılmaktadır. Buna göre bir davranış ile kişinin yaşam, beden bütünlüğü ve sağlık gibi kişisel değerlerini etkilenmiş ise şahıs varlığı zararı söz konusudur. Davranış kişinin malvarlığına yönelmekte ise malvarlığı zararları söz konusudur. Bu ikisi dışındaki bir unsura yönelen zararlar ise diğer zararlar olarak adlandırılır⁵³⁹. Buna göre bir davranış ile kişinin yaralanması nedeniyle uğradığı zarar şahıs varlığı zararı, kişinin mülkiyetinde bulunan saatinin kırılması nedeniyle uğradığı zarar malvarlığı zararı, kişinin itibarının zedelenmesi ise bu ikisine girmediği için diğer zarar olarak nitelendirilebilecektir.

Maddi zararlar içerisinde yer alan “diğer zararlar” kavramına, Alman doktrininden esinlenilmek suretiyle “saf malvarlığı zararı” veya “ekonomik (malvarlığı) zarar” da denilmektedir⁵⁴⁰. Bu kavram Anglo Amerikan hukukunda “*pure economic loss*”; Alman hukukunda “*reine Vermögensschäden*” olarak ifade edilmektedir. Burada kişinin veya şey’in uğradığı bir zarar söz konusu olmamaktadır. Sözleşmeden doğan sorumlulukta eğer taraflar böyle bir zararın da tazmin edileceğini kararlaştırmış iseler o zaman tarafların uğrayacakları saf malvarlığı zararlarının tazmini söz konusu olabilecektir. Ancak kişiler arasında böyle bir sözleşme yok ise o zaman saf malvarlığı zararına uğrayan kişinin durumu tartışılması gereken bir konu olarak gündeme gelmektedir. Saf malvarlığı zararının tazmininde asıl sorun haksız fiil hukukunda meydana gelmektedir.

Çalışma konumuz bağlamında sorunun önemi ise bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun olup olmadığı sorunu ele alınırken üçüncü kişinin uğradığı

⁵³⁹ Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 69., Eren, s. 495., Kılıçoğlu, s. 284.

⁵⁴⁰ Bir başka görüşe göre maddi zarar kavramı eşyaya verilen zarar ve ekonomik zarar olarak ikiye ayrılmakta olup, ekonomik zarar kavramı ise yoksun kalınan kar, yansıma zararlar ve saf ekonomik zararlar dâhil olmak üzere eşyaya ilişkin zarar dışındaki zararlardan oluşmaktadır. Sanlı, s. 332. Çalışmamızda saf ekonomik zarar kavramı ile klasik ayrıma göre diğer zararlar olarak adlandırılan zarar türü kastedilecektir.

zararın da niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Zira üçüncü kişinin hukuk tarafından korunmayan bir menfaatinin zedelenmesiyle doğan zararından herhangi bir sorumluluk doğması da mümkün değildir. Bu nedenle, zararın belirlenmesi ve tazmini aşamasındaki bu konu aslında hukuka aykırılık unsuru ile de bağlantılıdır.

Türk hukukunda⁵⁴¹ detaylı bir şekilde incelenmemiş olan saf malvarlığı zararları mukayeseli hukukta ayrıntılı bir şekilde ele alınmıştır⁵⁴². Saf veya ekonomik malvarlığı zararları, zarara uğrayanın şahsına veya sahip olduğu şeye herhangi bir zarar verilmeksizin ekonomik menfaatlerinde oluşan zararlardır. Yabancı hukuklara da bakıldığında saf malvarlığı zararlarının tanımı bahsinde tam bir fikir birliği bulunmadığı görülmektedir⁵⁴³. Bunun nedeni ise bu tür zararların sınırlarının belirli olmaması ve tarihsel bakımından çeşitli hukuk düzenlerinde kabul edilen bu tür zararların tazmin sisteminin bir başka ülke hukuku tarafından kabul görmemesidir.

Bununla birlikte, bir takım genel kabul görmüş sınırlamalardan bahsedilmek suretiyle çeşitli tanımlar yapılmaya çalışılmıştır. Alman hukukunda *Honsell*⁵⁴⁴ tarafından yapılan tanıma göre saf ekonomik zarar, mutlak bir şekilde korunan değerlere yönelik zararlar dışındaki malvarlığını etkileyen zararlar olarak tanımlanmıştır. Kanada hukukunda

⁵⁴¹ Bu konuda SANLI, KIRCA, Ç. (2004). *Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*, Ankara., Tandoğan, H. (1963). *Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara., Özden, S. (2010). Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları, *BATİDER*, C. 26, S. 3, s. 89-125, dışında ayrıntılı fazlaca bir akademik inceleme bulunmamaktadır.

⁵⁴² Konu hakkındaki bir kısım araştırmalar şu şekildedir: Bussani, M., Palmer, V.V. (2003). *Pure Economic Loss in Europa*, Cambridge University Press., Bussani, M., Palmer, V.V. (2009). *Pure Economic Loss, New Horizons in Comparative Law*, Routledge-Cavendish., Bernstein, H. (1998). Civil Liability for Pure Economic Loss under American Tort Law, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 46, s. 111 vd., İnternet: Dari-Mattiacci, G., Schafer, H.B. (2007). *The Core of Pure Economic Loss*. Web: http://ssrn.com/abstract_id=784984 adresinden 23.1.2014'de alınmıştır., İnternet: Van Boom, W.H. (2004). *Pure Economic Loss, A Comparative Perspective*. Web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=555809 adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Koziol, H. (2006). Recovery for Economic Loss in the European Union, *Arizona Law Review*, Vol. 48, s. 871 vd., Banakas, E. (1996). *Civil Liability for Pure Economic Loss*, London, Kluwer Law International, London., Bishop, W. (1982). Economic loss in Tort, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 2, s. 1-29., İnternet: Gomez, F., Ruiz, J.A. *The Plural and Misleading Notion of Economic Loss in Tort: A Law and Economic Perspective*. Web: www.indret.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. İnternet: Bussani M., Palmer, V.V. *Pure Economic Loss: The Ways to Recovery*, <http://www.ejcl.org/113/article113-9.pdf> adresinde 23.1.2014'de alınmıştır. Benson, P. (2012). Economic Loss and the Prerequisites of Negligence, *Franklin Business & Law Journal*, Issue 1, s. 116 vd., İnternet: De Mot, J. (2009). *Pure Economic Loss* Web: <http://ssrn.com/abstract=1477270> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Bussani, M., Palmer V.V., Parisi, F. (2006). The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss, *George Mason University School of Law-Law and Economics Reserach Paper* No: 05-12., Rabin, R.L. (1985). Tort Recovery for Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment, *Standford Law Review*, Vol. 37, s. 1513 vd.

⁵⁴³ Van Boom, s. 5., Koziol, s. 872.

⁵⁴⁴ Honsell, H. (2001). *Der Ersatz reiner Vermögensschäden in Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung*, s. 483. Koizol, s. 872, dn.5'ten aynen.

*Feldthusen*⁵⁴⁵ tarafından yapılan tanıma göre ise saf ekonomik zarar, davacının veya zarar görenin kendi şahsına veya malına yönelik fiziksel bir hasar sonucunu doğurmayan finansal zarar veya kayıplar olarak tanımlanmıştır. Amerikan hukukunda *Bernstein*⁵⁴⁶ tarafından ise zarar görenin kişisel veya somut (*tangible*) malvarlığı unsuruna yönelik olmayan zarar olarak tanımlanmıştır. Yapılan bu tanımlar çerçevesinde bağımsız denetim faaliyetleri neticesinde üçüncü kişilerin uğradığı zararların saf malvarlığı zararı olarak değerlendirilmesinin mümkün olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bu zararların tazmin edileceğini doğrudan söylemek ise kolay değildir. Zira kişilerin uğradıkları bütün zararların tazmin edilebilir olduğunun kabul edilmesi halinde birbiri ile bağdaşmayan iki durum ortaya çıkmaktadır. Buna göre kişilerin tüm zararları tazmin edilirken diğer bazı kişilerin yahut toplumun genelinin kendilerini geliştirme dâhil pek çok özgürlükleri sınırlandırılacak veya tazmini gereken zararların kapsamı sınırlandırılarak bir takım zararlara katlanılması gerekirken diğer taraftan toplumun özgürlüğü ve gelişimi sürdürülecektir. Bu iki durum arasında bir denge kurulması gerekmekte olup, bu bir hukuk politikası sorunudur⁵⁴⁷. Söz konusu dengenin kurulması ise haksız fiil hukukunda bu tür zararların tazmin kapsamının sınırlandırılmasını gerektirmektedir. Bu konuda en önemli kıstaslar haksız fiil sorumluluğundaki illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılık unsurlarıdır⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ Feldthusen, B. (2008). *Economic Negligence: The Recovery of Pure Economic Loss*, s.1., Koizol, s. 872, dn.4'ten aynen.

⁵⁴⁶ Bernstein, s. 112.

⁵⁴⁷ Bu iki karşıt durum, “zarar görenin buna katlanması” (*casum sentit dominus*) ile “hiç kimse hukuka aykırı olarak başkasına zarar veremez” (*neminem laedere*) olarak da ifade edilmektedir. Kırca, s. 12., Atamer, s. 9.

⁵⁴⁸ Bu noktada çalışma konumuzun da sınırlarını dikkate almak kaydıyla kısaca ifade edilmelidir ki, Alman hukukunda haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olarak BGB md. 823/1 hükmüne göre kişinin “hayatının, vücudunun, sağlığının, özgürlüğünün veya diğer bir hakkının” ihlal edilmesi halinde haksız fiil sorumluluğu doğmaktadır. Hayatın olağan akışı içerisinde hükümde yer alan unsurların dışındaki unsurlara verilen zararların da tazmini ihtiyacı doğduğunda bu hükümdeki “diğer haklar” ifadesi zaman içerisinde genişletilmiştir. Ancak bu hüküm zaman içerisinde genel bir malvarlığı ihlalinin koruyan hüküm haline de gelmemiştir. BGB md. 823/2 hükmü uyarınca ise kişiyi koruma amacını güden normun ihlalinde de aynı sorumluluğun doğacağı ifade edilmiştir. Fransız ve Türk-İsviçre hukuklarında ise, Fransa Medeni Kanunu md. 1382, İsviçre OR md. 41 ve TBK md. 49, haksız fiil sorumluluğunu doğuran ihlal konusu unsurlar tek tek sayılmak suretiyle değil tazmini doğuracak ihlal soyut ve genel olarak ifade edilmek suretiyle haksız fiilin zarar dâhil unsurlarının içeriğinin doldurulmasını uygulama ve doktrine bırakmıştır. Bu nedenle, Alman hukukundaki “diğer haklar”ın kapsamına ilişkin tartışmaların yerine Türk-İsviçre hukukunda asıl tartışılan husus tazmin yükümlülüğü doğuran haksız fiilin bir unsuru olarak hukuka aykırılığın objektif mi yoksa subjektif olarak mı anlaşılması gerektiği noktasında toplanmıştır. Subjektif hukuka aykırılık görüşüne göre davranışta bulunan kişi eğer bir hakka dayanıyor ise eylemi haksız fiil olarak nitelendirilmez. Objektif hukuka aykırılık teorisine göre ise kişinin davranışı başkalarına zarar vermeyi yasaklayan veya buna yönelik davranışta bulunmayı emreden hukuk kuralının ihlali halinde sorumluluk doğacaktır. Objektif teoriye göre korunan hukuki değerler arasında bir ayırım yapmıştır ve mutlak hukuki değerlere zarar verilmesi halinde tazmin edilmesini öngörmektedir. Korunan mutlak hukuki değerler arasında olmayan değerlerin zarar uğramasında ise bu değerlerin korunmasını öngören bir normun ihlal edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Türk-İsviçre hukukunda objektif görüş benimsenmiş iken Fransız hukukunda subjektif görüş benimsenmiştir. Atamer, s. 6 vd. ve 24 vd., Kırca, 15

Saf malvarlığı zararının dolaylı veya yansıma zarar kavramları ile olan ilişkisini de ortaya koymak gerekmektedir. Dolaylı zararlar hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kişinin bu eylem nedeniyle uğradığı zarara bağlı olarak bir sebep-sonuç ilişkisi içerisinde ek olarak uğradığı zararlardır⁵⁴⁹. Dolaylı zararların tazmini, illiyet bağının bulunduğu tespitini kolay olmadığı için önem arz etmektedir. Örneğin, bir kişinin başka bir kişiyi yaralaması halinde bu kişinin hastane masrafları doğrudan zararı ifade ederken, tedavi aşamasındaki yanlışlık nedeniyle bir uzvunu kaybetmesi dolaylı zarar olarak değerlendirilmelidir. Yansıma zararda ise hukuka aykırı davranışa muhatap olan kişiden başka bir kişinin⁵⁵⁰ zarara uğraması söz konusudur. Örneğin bir futbol müsabakasında rakip takımın oyuncusunun ayağının kırılması olayında zarar gören futbolcunun kulübünün bu oyuncuyu oynatamamasından kaynaklanan zararı yansıma zarar olarak değerlendirilmelidir. Yansıma zararın tazmininde illiyet bağı yanında hukuka aykırılık unsurunun da belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu iki tür zarar ile saf malvarlığı zararlarını birlikte değerlendirdiğimizde, saf malvarlığı zararlarının dolaylı zarar kapsamında ele alınması mümkün görülmektedir. Ancak destekten yoksun kalma tazminatı gibi istisnalar haricinde Türk hukukunda dolaylı zararın tazminine gerek bulunmamaktadır. Şöyle ki, haksız fiil hukukunda illiyet bağı içerisinde gerçekleşen zararların tazmini söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla bir zararın tazmininde değerlendirilmesi gereken husus onun doğrudan veya dolaylı olup olmadığı değil illiyet bağı içerisinde olup olmadığı hususudur.

Özetle, çalışma konumuz itibarıyla bağımsız denetçilerin, bağımsız denetim sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilere verdikleri zararın niteliğinin “diğer zararlar” olarak da adlandırılan malvarlığı zararı olduğunu söyleyebiliriz. Zira bu durumlarda bağımsız denetçinin eylemi neticesinde üçüncü kişi konumundaki yatırımcının vücut bütünlüğüne yönelik kişisel veya herhangi bir somut eşyasında meydana gelen bir zarar söz konusu değildir. Bağımsız denetçinin eylemi neticesinde yatırımcının ekonomik menfaatlerinde bir hasar meydana gelmektedir.

Bu noktadan hareketle bağımsız denetçinin üçüncü kişilere verdiği saf malvarlığı zararlarının tazmin edilebilirliği konusuna kısaca değinmekte yarar bulunmaktadır. Ancak

vd., Eren, s. 567-568., Kaneti, S. (2007). *Haksız Fiilde Hukuka Aykırık Unsuru*, İstanbul, s. 77 vd., Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 17-18., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 476., Oğuzman, Öz, s. 494 vd., Sanlı, s. 406 vd.

⁵⁴⁹ Oğuzman, Öz, s. 517., Kırca, s. 10., Sanlı, s. 303., Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 70., Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s. 9-10., Eren, s. 480., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 542.

⁵⁵⁰ TANDOĞAN bu kişiyi “dolayısıyla zarar gören şahıs” olarak nitelendirmiştir. Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s. 9-10.

çalışma konumuzun sınırları da dikkate alınarak, borçlar hukuku bakımından kapsamlı bir şekilde incelenmeye muhtaç olan bu konuyu çalışmamızda detaylı bir şekilde ele alma ve çözme amacı bulunmamaktadır. Bu nedenle saf malvarlığı zararlarının tazmini hususu konumuz ile bağlantılı olan kısmı itibariyle açıklanmaya çalışılacaktır.

b) Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmin Edilebilirliği Sorunu

Karşılaştırmalı hukuk bakımından saf malvarlığı zararlarının tazmini konusunda birbirinden farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bu husustaki farklılaşmanın temel nedeni ülkelerin hukuk politikalarındaki değişikliklere işaret eden tarihsel sebepler ile açıklanmaktadır. Bununla birlikte, bu tür zararların tazmininin yarattığı veya yaratabileceği hukuki ve fiili sonuçlar, tazmin talebinin miktarındaki veya dava sayısındaki fazlalık, tazmin edilecek zararın niteliği, korunması hedeflenen hukuki menfaatin değeri gibi hususlar da tercih edilen hukuk politikalarının belirlenmesinde etkin rol almaktadır⁵⁵¹.

Bu tür zararların tazmininde bir kısım ülke hukukları muhafazakâr diğer bir kısmı ise liberal olarak nitelendirilmektedir⁵⁵². Bu ayrımın yapılmasında temel alınan husus ise çeşitli hukuklardaki haksız fiil kavramının tanımı veya unsurlarıdır.

(1) Türk Hukukunda Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmini

Türk hukukunda sözleşme dışı sorumluluk veya haksız fiil alanında ekonomik zararların varlığının kabul edilmesinde bir tartışma bulunmamaktadır. Ancak bu tür zararların tazmin edilebilirliği konusunda bu tür zararların hangi hukuki müessese baz alınmak suretiyle tazmin edileceği konusunda belirlilik bulunmamaktadır.

Bu konuda öncelikle dikkate alınması gereken husus zarar veren ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunmamasıdır. Diğer bir ifade ile denetçinin yatırımcının saf ekonomik zararını tazmin etmesi halinde uygulanacak hukuki müessese sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk değildir. Zarar veren bağımsız denetçi ile zarar gören yatırımcı

⁵⁵¹ Koziol, s. 877 vd., Parisi, Palmer, Bussani, s. 3 vd. Benzer bir değerlendirme için bkz. Sanlı, s. 362.

⁵⁵² Parisi, Palmer, Bussani, s. 1-2. Yazarlar Almanya, Avusturya ve Portekiz hukuklarını muhafazakâr olarak yorumlarken Fransa ve Belçika hukuklarını liberal olarak tanımlamaktadırlar. AB Komisyonu adına hazırlanan bir raporda da Alman-Avusturya ve Portekiz hukuklarında bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu bahsinde haksız fiil hukukunun uygulandığı ancak bunun tazmin edilme açısından zorluk teşkil ettiği ifade edilmiştir. “A Study on System of Civil Liability of Statutory Auditors in the Context of a Single Market for Auditing Services in the European Union”, s. 7. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditliability_en.pdf adresinde 23.1.2014’de alınmıştır. Benzer bir ayrıştırma için bkz. Özden, 93 vd.

arasında herhangi bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Bu nedenle sorumluluğun kaynağını sözleşme dışı sorumluluk alanında aranması gerekmektedir. Bu alanda karşımıza çıkan olasılıklar belli olup, uygulama açısından konunun ne şekilde algılandığına bağlı olarak bir belirleme yapmaya çalışacağız.

i. Saf Malvarlığı Zararlarının Haksız Fiil Hukuku Uyarınca Tazmini

Saf malvarlığı zararlarının tazmininde haksız fiil hükümlerinden yararlanılması ilk akla gelen sözleşme dışı sorumluluk halidir. Saf malvarlığı zararında kişinin uğradığı zarar kişinin malvarlığında gerçekleşmektedir. Malvarlığı, kişinin korunan mutlak bir değeri olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle, haksız fiil hukuku çerçevesinde saf malvarlığı zararlarının tazmininde ortaya çıkan asıl sorun haksız fiilin hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediğidir.

Hukuka aykırılık unsuru TBK md. 49/1 hükmünde “...*hukuka aykırı bir fiille ... zarar veren... zararı gidermekle yükümlüdür*” denilmek suretiyle ifade edilmiştir. Hükümde yer alan hukuka aykırılığın ne anlama geldiğini herhangi bir duraksama olmaksızın açıklamak güçtür. Bu nedenle hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiğini açıklamak üzere doktrinde iki teori ileri sürülmüştür⁵⁵³. Bu çerçevede ileri sürülen subjektif teoriye göre kişinin zarar verme yetkisinin olmaması eylemini hukuka aykırı kılar. Diğer bir ifade ile hukuka aykırı fiil haksız olarak işlenen fiildir⁵⁵⁴. Dolayısıyla zarar veren her davranış haksızdır. Bu teoriye göre saf malvarlığı zararını doğuran davranış da haksız olup tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu konuda ileri sürülen objektif teoriye göre ise hukuka aykırılık ancak davranışın hukuken korunan değerlere karşı işlenmesi halinde söz konusu olmaktadır. Diğer bir ifade ile bu teoriye göre başkasına zarar verme halinde doğrudan hukuka aykırılık söz konusu olmamaktadır. Kişinin davranışının hukuka aykırı olabilmesi için bu davranışın kişinin hukuken korunan bir değerine zarar vermesi gerekmektedir. Bu belirlemeden sonra davranışın hukuk düzenine aykırı olup olmadığı yahut hangi değerlerin hukuken korunduğu belirlenecektir. Buradaki hukuk düzeni kavramının özel ve kamu hukuku kaynaklı tüm yazılı olan ve olmayan tüm kaynaklar olarak anlaşılması gerekmektedir⁵⁵⁵.

⁵⁵³ Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. Kaneti, s. 77 vd. Ayrıca bkz. yuk. dn. 548.

⁵⁵⁴ Kaneti, s. 77., Eren, s. 567., Oğuzman, Öz, s. 493., Kırca, s. 13-14.

⁵⁵⁵ Atamer, s. 25., dn.131., Kılıçoğlu, s. 267.

Türk/İsviçre haksız fiil hukuklarında uygulama ve doktrinde kabul edilen baskın görüş objektif teoridir⁵⁵⁶. Objektif teori bakımından konu ele alındığında zarar doğuran davranış nedeniyle bir tazmin yükümlülüğünün olup olmadığına bakılması için hukukun koruduğu değerlere bir zararın olup olmadığına bakılmalıdır. Alman hukukunda BGB md. 823/2 hükmünde hangi değerlere karşı yapılan davranışın tazmin yükümlülüğü doğuracağı açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle Alman hukukunda davranışın yöneldiği ve zarar verilen değerler hükümde belirlenen ve korunan değerlerin kapsamı içerisinde olup olmadığı veya bu kapsamın genişletilip genişletilemeyeceği üzerinde durulmaktadır. Türk/İsviçre hukukunda ise ihlal edilen değerler spesifik olarak belirlenmediği için haksız fiilin doğumunda objektif teori çerçevesinde hukuka aykırılık unsurunun tespiti üzerinde durulmaktadır. Bu konuda da farklı görüşler ileri sürülmüştür.

Bir görüşe göre kişinin hakkının veya hukuk kurallarınca korunan *bir menfaatinin ihlali* halinde hukuka aykırılık oluşurken, diğer bir görüşe göre sorunu söz konusu korunan hak veya menfaatler bakımından değil bunların arkasında yatan davranış kuralları bakımından ele alınmalı ve hukuka aykırılığın gerçekleşmesi için hak ve menfaatleri koruyan *normların ihlal edilmesi* gerektiğini ileri sürmüştür. Belirtilen ikinci görüş “norm teorisi” olarak da adlandırılmaktadır. Söz konusu norm teorisi Türk hukukunda TANDOĞAN ve KANETİ tarafından benimsenmiştir⁵⁵⁷.

Türk/İsviçre hukuku bakımından kabul edilen objektif teori uyarınca kişinin değerine zarar verilmemesini öngören bir hukuk normunun varlığının gerekmesi konusunda şüphe bulunmamaktadır. Böylelikle, Türk haksız fiil hukuku uyarınca bir tazmin sorumluluğunun doğabilmesi için kişinin davranışını düzenleyen, yasaklayan, sorumluluk doğuracağını belirten veya açıklayan bir norma ve bunun ihlal edilmesine ihtiyaç duyulmaktadır. Aşağıda da ifade edileceği üzere anılan bu davranış normunun kişinin hangi değerini korumayı amaçladığının da önemi bulunmaktadır. Zira, koruma amacı dışında kalan değerlere verilen zararların tazmininde bu normlardan yararlanılması mümkün değildir.

⁵⁵⁶ Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 476., Kaneti, s. 98., Eren, s. 568., Oğuzman, Öz, s. 494., Kılıçoğlu, s. 266., Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 18., Kırca, s. 14., Atamer, s. 25., Sanlı, s. 408.

⁵⁵⁷ Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 18., Kaneti, s. 86-88. Söz konusu yazarlar tarafından bu teorinin açıklamaları yapıldıktan sonra ihlal edilmesi gereken hukuk kaidelerinin veya normlarının nitelikleri ortaya konulmuştur. Buna göre de ihlal edilen davranışa ait normun emredici mahiyette olması, kişinin hak ve menfaatlerini doğrudan korucuyu nitelikte olması gerekmekte olup, söz konusu normların medeni hukuk normları olması zorunluluğu bulunmamaktadır.

Objektif teori bakımından kişinin vücut bütünlüğü, hayat, sağlık, eşya gibi üzerinde mutlak hakkı bulunan değerlerinin ihlali halinde tazmin sorumluluğu doğacaktır. Buna karşın malvarlığı gibi üzerinde mutlak bir hak bulunmayan değerlere zarar verilmesi halinde tazmin yükümlülüğünün doğup doğmadığının tespiti her zaman kolay olmamaktadır. Bu gibi durumlarda söz konusu malvarlığı değerlerini koruma amacı güden normun varlığı ve bunun ihlal edilmesi aranmaktadır⁵⁵⁸. Malvarlığına zarar verilmesi saf malvarlığı zararını oluşturur ve malvarlığı koruma amacı güden herhangi bir norm bulunmaz ise bu zararın tazmini mümkün değildir.

Çalışma konumuz itibariyle bağımsız denetçilerin TDS'ye aykırı olarak düzenledikleri bağımsız denetim raporları nedeniyle üçüncü kişi konumundaki yatırımcıların uğradıkları saf malvarlığı zararı niteliğindeki zararının haksız fiil hukukuna göre tazmin edilebilmesi için hukuk düzeni içerisinde bu tür zararların tazmin edileceğine ilişkin bir normun bulunması gerekmektedir. Türk hukuku bakımından denetçilerin üçüncü kişilere verdikleri saf malvarlığı zararlarının tazminine yönelik özel hükümler hem TTK hem de SPKn ve KGK düzenlemeleri içerisinde bulunmaktadır⁵⁵⁹. Bir bağımsız denetçinin yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgi vermesi nedeniyle aralarında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı üçüncü kişilerin malvarlıklarına yönelik verdikleri saf malvarlığı zararlarının tazmini için koruyucu norm özelliğini taşıyan hükümler TTK md. 554, 660 sayılı KHK md. 24 ve SPKn md. 10 ve 32 hükümleridir.

ii. Saf Malvarlığı Zararlarının Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Uyarınca Tazmini

Saf malvarlığı zararlarının tazmin edilebilirliği açısından bakıldığında objektif teorelin kabul edilmesi ile bu tür zararların doğrudan tazmin edilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

⁵⁵⁸ Buna normun koruma amacı teorisi de denilmektedir. Son tahlildeki hedefi haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırmak olan bu teori, sözleşme ve mevzuatın belli menfaatleri koruma amacı gütmekte olduğunu ve bu amaç dışında oluşan zararların tazmin edilmeyeceği prensibine dayanmaktadır. Yargıtay da bu teoriyi kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 8.3.2007 tarih ve 2007/1193, K.2007/4118 sayılı kararı, Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin 22.1.2004 tarih ve E. 2003/22637, K.2004/535 sayılı kararı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 13.3.1978 tarih ve E. 1977/5312, K.1978/3193 sayılı karar ile Kırca, s. 16, dn. 78'de belirtilen karar. Söz konusu teori hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Atamer, s. 70 vd., Eren, F. (1975). Hukuka Aykırılık Bağ ve Normun Koruma Amacı Teorisi, *Prof. Dr. Mahmut KOLUĞLU'ya Armağan*, Ankara, s. 461 vd., Oğuzman, Öz, s. 494, dn. 15., Sanlı, s. 337.

⁵⁵⁹ Konumuz itibariyle bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklarını düzenleyen koruma normlarının varlığı nedeniyle, çalışma konumuzun sınırları da dikkate alınarak, bu konuda TBK md. 49/1 hükmü yanında bu tür üçüncü kişiye olan sorumluluğun kaynağı bakımından TBK 49/2 hükmünden yararlanılması gerektiğini ileri sürülen görüşlere çalışmamız içerisinde yer verilmemiştir. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, s. 40 vd. ve s. 58 vd.

Şöyle ki, hukuk düzeni tarafından bir değere yapılan her zarar kural olarak tazmin edilemeyecektir. Ancak bu konuda bir düzenlemenin olması ve bunun ihlali edilmesi halinde sorumluluk doğacaktır. Öte yandan, haksız fiil hukukuna göre yapılan tazminin sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan tazmin yükümlülüğüne nazaran olumsuzlukları bulunmaktadır. Özellikle yardımcı kişinin fiilinden sorumlulukta kurtuluş kanıtı getirilebilmesi, ispat yükünün yer değiştirilmesi ve zamanaşımı süresinin uzunluğu bakımından sözleşmeye aykırılık hükümlerine gidilmesi zarar görenin yararınadır.

Bu çerçevede, doktrinde özellikle Alman hukukunda benimsenen ve Türk hukukunda da karşılığı bulunan üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme görüşü ileri sürülmüştür⁵⁶⁰. Dayanağı konusunda doktrinde bir fikir birliği bulunmamaktadır⁵⁶¹. Bu görüşe ilişkin verilen klasik örnek Alman İmparatorluk Mahkemesinin 1917 yılında verdiği bir karara dayanmakta olup, bu örnekte kiralanandaki ayıp nedeniyle kira sözleşmesinin tarafı olmayan kiracının kızının uğradığı zararın tazminin haksız fiil hükümlerine göre değil sözleşmeye aykırılık nedeniyle istenmesi söz konusudur. Hem Alman Federal Mahkemesince de benimsenen bu görüşe ilişkin kararlar hem de Yargıtay'ın anılan kararı incelendiğinde sözleşmeye dayanılarak üçüncü kişinin zararının tazmin edilebilmesi için sözleşmenin tarafı olan kişi ile sözleşmenin tarafı olmayan zarar gören kişi arasında bir ilişkinin bulunması gerektiği görülmektedir.

Dolayısıyla, kanaatimizce, çalışma konumuz itibariyle bağımsız denetim raporundan kaynaklanan ve üçüncü kişi konumundaki yatırımcının uğradığı zararın tazmininde bu görüşten faydalanılmasının mümkün görülmemektedir. Şöyle ki, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede bir tarafın, diğer tarafın koruma alanında bulunan kişilere karşı da koruma yükümlülüğü bulunmaktadır⁵⁶². Bu tür borç ilişkileri borçlu taraf ile sözleşmeye katılmayan

⁵⁶⁰ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, s. 70 vd., Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s. 295 vd. ve 364 vd., Eren, s. 41 vd., Oğuzman, Öz, s. 824 vd. Yargıtay da bir kararında bu görüşü kabul etmiştir. Bkz. Yargıtay HGK, 6.5.1992 tarih ve E.1992/13-213, K.1992/315.

⁵⁶¹ Bu görüşün dürüstlük kuralına dayandığını ileri sürenlerin yanında Türk hukukunda hâkim teori bu görüşün dayanağının sözleşmenin edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir. Kırca, s. 103.

⁵⁶² Söz konusu görüşün en fazla incelendiği Alman hukukundaki gelişmelere bakıldığında ilk dönemlerde zarar gören üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı olan kişinin bakım ve korumasında olduğu kabul edilmiştir. Ancak zaman içerisinde bu teorinin uygulaması genişlemiş ve Alman Federal Mahkemesinin verdiği kararlarda bakım ve koruma ilişkisi bulunmasa dahi zarar gören üçüncü kişi ile sözleşmenin (zarar veren dışındaki) tarafının menfaatlerinin paralel olduğu haller de bu teorinin uygulanabileceği kabul edilmiştir. Buna karşın üçüncü kişi ile sözleşmenin tarafı olan kişi arasındaki menfaatlerin zıt olması halinde üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşünden yararlanılmasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Zira bu görüşün temelinde sözleşmenin tarafı ile onun koruma alanında bulunan ve zarar gören üçüncü kişinin menfaatlerinin paralel olması gerekir aksi halde bu görüşü haklı kılan temel felsefeye aykırı davranılmış olunur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kırca, s. 77 vd. ve 108 vd. Bu konuda verilen örnek kararlardan birinde (Alıcı Grupları Kararı) Alman Federal Mahkemesince bir taşınmazın değerini yanlış tespit eden bilirkişinin, değerlendirme sözleşmesini imzaladığı kişinin yerine alıcı grubunda yer alan başka bir kişinin söz konusu taşınmazı bu raporun sonucuna dayanarak satın alması halinde uğradığı zarardan bu görüş çerçevesinde sorumlu olduğu sonucuna varılmıştır.

fakat alacaklı tarafın koruma alanında bulunan kişi arasında doğar⁵⁶³. Bu çerçevede çalışma konumuz itibarıyla bağımsız denetim sözleşmesinin tarafı olan denetlenen ortaklık ile alacaklı veya ortak konumundaki üçüncü kişi yatırımcı arasında bir koruma alanı bulunduğunu ileri sürmek güçtür. Diğer bir ifade ile yatırımcılar, her zaman denetlenen ortaklığın koruma alanı içerisinde değildir ve objektif olarak sınırlandırılmayabilirler.

Sonuç olarak, zarar gören üçüncü kişi konumundaki yatırımcıların bağımsız denetim sözleşmesinin tarafı olan denetlenen ortaklığın koruma alanı içerisinde olmamaları veya bu hususun açık olmaması nedeniyle uğradıkları zararı BDK'dan sözleşmeye aykırılık çerçevesinde talep edememeleri gerekmektedir.

iii. Saf Malvarlığı Zararlarının Güven Sorumluluğu⁵⁶⁴ Uyarınca Tazmini

Yukarıda belirtilen görüşler çerçevesinde saf malvarlığı zararlarının tazmin edilmesi sınırlı bir sonuç doğurmaktadır. Şöyle ki, haksız fiil görüşünde, Türk hukukunda olduğu

Kırca, s. 80. Bu karar bağımsız denetçilerin yatırımcılara karşı sorumluluğunun bu esaslar çerçevesinde olabileceğini gösterir niteliktedir. Ancak Mahkemeye göre alıcı grubunun objektif olarak belirlenebilir olması gerekmektedir. Ayrıca denetlenen ortaklık ile üçüncü kişi yatırımcı arasında her zaman bir menfaat paralelliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla objektif olarak sınırlandırılmayacak olan yatırımcılar için bu görüş çerçevesinde hareket etmenin adaleti sağlamak yerine borçlu tarafın, sınırsız sayıda bir kitle ile savunmasız bir şekilde baş başa bırakılmasına yol açılacağı hususunun dikkate alınması gerekmektedir. Örneğin, bir halka açık şirketi devralmak isteyen elli kişinin bulunduğu bir olasılıkta, şirket tarafından yaptırılan ve fakat gerçeğe aykırı sonuçlar içeren bağımsız denetim raporu esas alınacaktır. İşte şirket ile bağımsız denetçi arasındaki sözleşmeye göre üçüncü kişi konumunda olan söz konusu elli kişiden birinin söz konusu bağımsız denetim raporuna dayanarak devralma işlemini gerçekleştirmesi halinde uğradığı zararı bağımsız denetçiden talep etmesi mümkün görülmektedir. Buna karşılık sınırsız bir yatırımcı grubu için aynı sonuca ulaşmak mümkün olmamalıdır. Bu nedenle çalışma konumuz bakımından söz konusu teori çerçevesinde tazmin sorumluluğunun her halde doğmaması ve fakat zarar gören üçüncü kişilerin objektif olarak sınırlandırılmasının gerekmesi nedeniyle anılan teoriye dayanılması mümkün görülmemektedir. Öte yandan belirtmek gerekir ki, zarar görenlerin sınırlandırılmaması gerektiği düşünülmekte olup, bu husus saf ekonomik zararların tazmin edilebilirliği hususunda mukayeseli hukukta tartışılan ve bu tür zararların tazmin edilmemesi gerektiği yönündeki görüşün argümanlarından (*floodgates argument*) birini teşkil etmektedir. Bkz. aşağı. V/A/3/b/(2)/ii, dn. 652.

⁵⁶³ Eren, s. 41., Oğuzman, Öz, s. 824. Yazar zarara uğrayan üçüncü kişinin herhangi bir kişi değil sözleşmenin taraflarınca dikkate alınması gereken bir kişi olduğunu ifade etmiştir. Tandoğan, *Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, s. 365. Alman hukukunda denetçiler özelinde üçüncü kişiyi etkili sözleşme görüşünün uygulanmasında, (a) üçüncü kişinin denetçinin ifa ettiği faaliyeti ile yakından ilgili olması (denetlenen ortaklığın ortağı veya alacaklısı gibi), (b) denetçinin bu üçüncü kişiyi koruma yükümlülüğünün olması (bu üçüncü kişi denetim sözleşmesinde belirtilebileceği gibi belirtilmeyebilir ancak her halde tanımlanabilir olması gerekmektedir) ve (c) denetçi raporunun bu üçüncü kişi tarafından kullanılabileceğini öngörmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Baker, C.R., Quick, R. (1996). A Comparison of Auditors' Legal Liability in the USA and Selected European Countries, *European Business Review*, Vol. 96 (3), s. 41.

⁵⁶⁴ Güven sorumluluğu ve "*culpa in contrahendo*" sorumluluğu konularının çalışma konumuzun kapsamını aşan kendi başına monografilere konu olabilecek büyüklükte bir alanı teşkil etmesi nedeniyle çalışmamızda sınırlı olarak ele alınacaktır. Bu konulara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gezder, Ü. (2009). *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul., Kalkan Oğuztürk, B. (2008). *Güven Sorumluluğu*, İstanbul., Yılmaz, A. (2010). *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güveninden Doğan Sorumluluk*, İstanbul., Yalman, S. (2006). *Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk*, Ankara., Demircioğlu, H.R. (2009). *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Ankara., Kessler, F., Fine, E. (1964).

üzere haksız fiil alanındaki hukuka aykırılık unsurunun objektif teoriye göre açıklanması halinde, mutlak bir şekilde korunmayan ve/veya hukuk düzeninde koruması bulunmayan bir malvarlığı değerine verilen saf malvarlığı zararlarının tazmin edilmesi mümkün değildir. Çalışma konumuz itibariyle gerek TTK gerek SPKn içerisinde bağımsız denetçinin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunun düzenlenmiş olması nedeniyle bu tür bir eksikliğin vücuda gelmesi söz konusu değildir. Buna karşılık, üçüncü kişileri koruyucu etkiye sahip sözleşme görüşünün kabul edilmesi halinde ise sözleşme öncesi aşamada gerçekleşen zararların tazmini söz konusu olmayacağı gibi kanaatimizce yatırımcı gibi sınırları belirlenmemiş bir üçüncü kişi grubuna ilişkin olarak bu görüş uygulanamayacaktır.

Bu noktada saf malvarlığı zararlarının tazmini konusunda güven sorumluluğu görüşü ileri sürülmektedir. Güven sorumluluğu sözleşmenin karşı tarafına karşı olabileceği gibi koşullarının sağlanması halinde sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilere karşı da söz konusu olabilecektir. Türk hukukunda bağımsız denetçiler bakımından sorumluluğun yasa ile düzenlenmesine rağmen neden güven sorumluluğuna başvurulma ihtiyacının açıklanmasında yarar bulunmaktadır.

Bu husus güven sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasında bir hakların yarışması söz konusu olup olmadığı ile ilgilidir. Hakların yarışması için öncelikle yarışa konu durumlar arasında bir eşitlik yahut dengenin bulunmalıdır. Şöyle ki, bir hukuki müessese ancak koşulları yahut sonuçları itibariyle hak sahibine yarar sağlıyor ise bir yarış içerisine girebilir. Bu anlamda bir hukuki müessese diğerine göre hem koşulları hem de sonuçları itibariyle hak sahibi lehine ise ortada bir hakların yarışması durumu söz konusu olmamalıdır. Güven sorumluluğu hak sahibine sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğa benzer bir statü kazandırarak sonuçları itibariyle hak sahibi lehine iken mevzuatta açıkça düzenlenmemesi ve sorumluluğun kurulmasının zorluğu nedeniyle koşulları itibariyle hak sahibinin aleyhinedir. Haksız fiil sorumluluğu ise tam tersine koşulları itibariyle hak sahibinin lehine sonuçları itibariyle aleyhinedir.

Culpa in Contrahendo, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A Comparative Study, *Harvard Law Review*, Vol. 77, s. 401 vd., Farnsworth, E.A. (1987). Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations, *Columbia Law Review*, Vol. 87, s. 217 vd., Klein, J., Bachechi, C. (1994). Precontractual Liability and the Duty of Good Faith Negotiation in International Transactions, *Houston Journal of International Law*, Vol. 17, s. 1 vd.

Kanaatimizce, bağımsız denetçinin sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişi yatırımcılara karşı sorumluluklarının güven sorumluluğu uyarınca olduğunun kabul edilmesi halinde yatırımcılar bakımından hakların yarışması söz konusu olabilecektir⁵⁶⁵. Yukarıda da ifade edildiği üzere yatırımcıların haksız fiil hükümleri uyarınca bağımsız denetçileri SPKn ve TTK uyarınca sorumlu tutmaları mümkündür. Bağımsız denetçilerin güven sorumluluğu nedeniyle yatırımcıların zararlarını tazmin etmeleri gerektiği kabul edilecek olur ise yatırımcılar haksız fiil hükümleri yanında güven sorumluluğu nedeniyle de bağımsız denetçiye başvurabilecektir.

Bununla birlikte, kanaatimizce, çalışma konumuz bakımından güven sorumluluğuna başvurulmamasında hak sahibinin yararı bulunmaktadır. Güven sorumluluğu uygulamasının hukukumuzda Alman-İsviçre hukuku kadar gelişmemesi nedeniyle uygulamanın bu hususta çekingen davranma riski bulunmaktadır. Ayrıca güven sorumluluğunun kaynağına, kusurun ispatına, zamanşımına, koşullarının varlığına, ifa yardımcılarının kaynaklanan sorumluluğuna dair doktrin ve uygulama tartışmalı yönlerinin bulunduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Buna karşın, haksız fiilden kaynaklanan sorumluluk her ne kadar kusurun ispatı, ifa yardımcılarının sorumluluğu, zamanışımı gibi sonuçları bakımından hak sahibinin aleyhine olsa da çalışma konumuz itibariyle bağımsız denetçilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemelerin haksız fiil sorumluluğu çerçevesinde düzenlendiği görülmektedir. Öte yandan, bir güven sorumluluğu düzenlemesi olmayan SPKn md. 32 hükmünde illiyet bağının kurulmuş sayılacağı durumun, kusur ve zarar/işlem illiyetine dair özel hükümlerin düzelmesi hak sahibi konumundaki davacı-yatırımcı lehine düzelemelerdir. Keza, ortaklığa karşı sorumluluk bağlamında bağımsız denetçilerin TBK md. 116 anlamında uzmanlık gerektiren ve kamu tarafından alınan izin ile bu faaliyetleri yürütmesi bahsiyle sorumluluktan kurtulma imkânının sınırlandırılması bizi güven sorumluluğuna başvurulması ihtimalinde uzaklaştırmaktadır.

Bu çerçevede, teorik olarak bağımsız denetçinin sorumluluğunda güven sorumluluğuna başvurulması mümkün olmakla birlikte, haksız fiil sorumluluğunun pratik mülahazalarla davacı lehine olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle çalışmamızda esas olarak

⁵⁶⁵ Her ne kadar doktrinde güven sorumluluğunun diğer sorumluluk nedenleri ile birlikte yarışmasının mümkün olmadığı ileri sürülmekte ise de kanaatimizce söz konusu taleplerin yarışma içerisinde olması mümkündür. Kanun koyucunun açıkça düzenlemek suretiyle haksız fiil hükümlerinden faydalanılan hallerdeki zarar gören kişilerin, kanun koyucunun açık düzenleme olmamasına rağmen onun amacından hareketle doktrin ve uygulamadan gelen güven sorumluluğu uyarınca sorumluluğun bulunduğu hallerdeki zarar gören kişilere tanınan haktan yararlandırılmamasının haklı bir gerekçesi bulunmamaktadır. Kırca, s. 150 ve 214, Demircioğlu, s. 282., karşı görüş için bkz. Oğuztürk, s. 265

haksız fiil hukukuna göre zararın tazmini açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak, güven sorumluluğunun da uygulama kabiliyeti olması bahsi ile bu hususa ilişkin kısa açıklamalarda bulunulmasında yarar bulunmaktadır.

Güven Sorumluluğuna İlişkin Genel Açıklamalar

Borçlar hukukunda haksız fiil ve sözleşme dışında bir borç kaynağı bulunmamaktadır. Ancak gelişen modern dünyadaki uzmanlaşma ve ilişkilerin daha da karışık hale gelmesi ile birlikte bu iki kaynağın kapsamına girmeyen bazı haller meydana gelmiştir. Özellikle saf malvarlığı zararlarının tazmini konusunda gündeme gelen bu gibi durumlarda makul bir tazminin öngörülmesi adaletin gerçekleştirilmesi bakımından önem arz etmektedir. Ancak bu konuda çok geniş yorumun yapılması da bir anlamda kişilerin/toplumun hürriyetlerinin kısıtlanmasına yol açabileceğinden sınırlı ve dikkatli bir yol izlenmesi gerektiği şüphesizdir.

Bu bağlamda doktrinsel gelişme ile başlayan ve uygulama ile de kabul edilen bir borç kaynağı olarak güven müessesesi modern borçlar hukuku içerisinde sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunun arasında yer almaktadır. Güven sorumluluğunun pek çok tanımı yapılmakla birlikte, bu müesseseyi kişinin bir özel hukuk ilişkisi söz konusu olduğu durumlarda karşı tarafa verdiği güveni boşa çıkarması nedeniyle doğan sorumluluk şeklinde özetleyebiliriz⁵⁶⁶. Bu tür sorumlulukta tazmin sorumlusu ile zarar gören mağdur arasında herhangi iki kişi arasındaki ilişkiden farklı ve ondan ileride olan bir güven tesis edici bir ilişkinin varlığı bu tür sorumluluğu haksız fiil sorumluluğu alanından uzaklaştırmaktadır. Bu kişiler arasında borçlar hukuku anlamında bir sözleşmenin de olmaması bu tür sorumluluğun sözleşme sorumluluğu alanından ayırmaktadır. Ancak bu tür sorumluluğun mağdurun sözleşme yapma amacına matuf olduğu dikkate alındığında sözleşme sorumluluğuna daha yakın olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Normal bir borç ilişkisinde taraflar arasındaki yükümlülükler edim yükümlülükleri olup, bunları asli ve yan edim yükümleri olarak belirlenmektedir. Ancak borç ilişkisinden doğan yükümlülükler sadece bunlar değildir. Bu yükümlülüklere ek olarak tarafların yekdiğerinin şahsına ve ifa dışındaki menfaatlerini koruma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Bunlara koruma yükümlülükleri denilmektedir⁵⁶⁷. Koruma yükümlülükleri, edim

⁵⁶⁶ Diğer tanımlar için bkz. Kırca, s. 136-137 ve dn. 712'de yer alan yazarlar, Battal, A. (2001). *Güven kurumu Niteliğindeki İşletmelerin Bankaların Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, s. 14., Yılmaz, s. 23 ve dn. 7'de yer alan yazarlar.

⁵⁶⁷ Aral, s. 49-51., Yılmaz, s. 27.

yükümlerinden bağımsız olup, ifanın değil borç ilişkisinin, karşı tarafın ve malvarlığının korunmasını temin ederler. Bu yükümlülüklerin kaynağı olarak ise MK md. 2 hükmünde yer alan dürüstlük kuralı ya da güven ilkesi yer almaktadır. Dolayısıyla MK md. 2 hükmüne dayandırılan güven unsuru edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkilerinden kaynaklanmaktadır.

Edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisi taraflar arasındaki ilişkinin sözleşmenin yapılması aşamasından sonra da edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak varlıklarını devam ettirirler⁵⁶⁸. TBK'nun aksine 2002 yılında yapılan değişiklikle kabul edilen Alman BGB md. 241/2 ve 311/2 hükümlerinde bu husus açıkça dile getirilmiştir. Güven sorumluluğuna ilişkin Alman hukukundaki açık düzenlemeye karşın, İsviçre hukukunda Federal Mahkemesi'nin "Swissair" kararı ile güven sorumluluğu uygulamada kabul edilmiştir⁵⁶⁹. Söz konusu gelişmeler ile birlikte güven unsurunun sözleşme ve haksız fiil dışında bağımsız bir borç kaynağı olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Çalışma konumuz açısından söz konusu gelişmelere bakıldığında sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler bakımından da güven sorumluluğunun olup olmadığı önem arz etmektedir. Alman BGB md. 311/3 hükmü bu sorunu açıkça olumlu bir şekilde karşılarlarken, İsviçre Federal Mahkemesinin anılan kararında da üçüncü kişiler üzerinde uyandırılan güvenin bir sorumluluk kaynağı olduğu ifade edilmiştir. TBK içerisinde açık bir hüküm bulunmaz iken Yargıtay tarafından verilen karar⁵⁷⁰ ile uygulamada güven sorumluluğunun kabul edildiği sonucuna ulaşılmaktadır. Kanaatimizce de güven unsurunun amacının bir hukuk süjesinin duyduğu güvenin boşa çıkarılması olduğu dikkate alındığında güven sorumluluğunun üçüncü kişiler bakımından da doğması gerekmektedir⁵⁷¹.

Bu noktada ifade edilmesi gereken bir husus ise güven sorumluluğu ile culpa in contrahendo sorumluluğu arasındaki ilişkidir. Güven sorumluluğu ile culpa in contrahendo sorumluluğu arasındaki ilişki konusunda doktrin ve uygulamada görüş birliği bulunmamakla

⁵⁶⁸ Bu konuda Alman hukukundaki Stoll ve Canaris'in farklı yaklaşımları hususundaki ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, s. 32 vd., Aral, s. 53 vd. Yargıtay da dn. 560'da yer alan HGK kararında koruma yükümlülüklerinin sözleşme görüşmelerinden sonra ifa sırasında da bulunduğunu ifade etmiştir.

⁵⁶⁹ İsviçre Federal Mahkemesinin diğer kararları için bkz. Yılmaz, s. 51 vd., Kırca, s. 152 vd.

⁵⁷⁰ Yargıtay da verdiği bir kararında bu ilişkinin varlığını ve koruma yükümlülüklerinin ihlalinin sorumluluk doğuracağına hükmetmiştir. YHGK 6.5.1992 tarih ve E.1992/13-213, K.1992/315.

⁵⁷¹ Kırca, s. 112 ve dn. 586'da yer alan yazarlar.

birlikte, kanaatimizce güven sorumluluğu, culpa in contrahendo sorumluluğunu da kapsayan daha geniş ve üst bir kavram olarak değerlendirilmelidir⁵⁷².

Türk hukuku bakımından güven sorumluluğu ve culpa in contrahendo sorumluluğu konusunda açık bir hüküm bulunmamaktadır⁵⁷³. Bununla birlikte doktrin ve uygulamada⁵⁷⁴ güven ve culpa in contrahendo sorumluluğu kabul edilmiştir. Çalışma konumuza ilişkin olarak bağımsız denetçilerin, üçüncü kişi-yatırımcıların denetlenen ortaklık ile ortaklık olma veya ayrılma kararı vermelerinde etkili olmaları nedeniyle güven sorumluluğu söz konusu olabileceğinden uygulanması gereken sorumluluk türü özelde culpa in contrahendo sorumluluğu olmaktadır.

Sonuç olarak, çalışma konumuz itibariyle bağımsız denetçiler, denetlenen ortaklığa ilişkin verdikleri denetim raporunda yer alan yanlış ve gerçek dışı bilgiler nedeniyle bu bilgilere güvenerek ortaklık paylarını alan veya satan ve bu nedenle saf malvarlığı zararı oluşan üçüncü kişi konumundaki yatırımcılara karşı güven esasına dayanılarak sorumlu olabileceklerdir.

Ancak, çalışma konumuz itibariyle haksız fiil hukukundan yararlanılması konusunda açık mevzuat hükümlerinin bulunması karşısında, haksız fiil hükümleri ile yarışma halinde olan güven sorumluluğuna başvurulmasına ihtiyaç duyulmadığını ve bu nedenle güven sorumluluğu temelinde bağımsız denetçilerin üçüncü kişilerin zararlarının tazmini konusunda ayrıntılı açıklamalardan kaçınılmasının bir kez daha ifade edilmesinde yarar bulunmaktadır. Ayrıca çalışma konumuz bakımından bağımsız denetçiler ile ilgili olarak SPKn md. 32 hükmünde zarar gören yatırımcılara yönelik bir takım ispat kolaylıklarının sağlanması ve buna karşılık denetçinin sorumluluktan kurtulma hallerinin varlığı nedeniyle güven sorumluluğundan ziyade haksız fiil sorumluluğuna gidilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

⁵⁷² Bu hususta ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gezder, s. 87 vd., Oğuztürk, s. 251 vd., Yılmaz, s. 105 vd., Kırca, s. 111 vd., Gürpınar, s. 139 vd. ve 210 vd. İsviçre Federal Mahkemesi de “*Swissair*” kararında culpa in contrahendo sorumluluğunun, güven sorumluluğunun bir alt türü olduğunu ifade etmiştir.

⁵⁷³ TBK md. 35, 44/2 ve 47 hükümlerinde belirtilen sorumluluk hallerinin sözleşme ve haksız fiil hükümleri dışında bir kaynaktan ileri geldiği ifade edilmektedir. Bu hükümlerin kıyas yolu ile genelleştirilmesi ile güven sorumluluğunun TMK md. 2 ile birlikte yasal dayanağının bulunduğu ve sözleşmenin taraf olmayan kişilere de sirayet edecek şekilde kapsamının genişletilebileceği ifade edilmiştir. Kırca, s. 121 ve dn. 645, Kocayusufpaoğlu, Hatemi, Serozan, Arpacı, s. 251., Kılıçoğlu, s. 80-81., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 977 vd., Eren, s. 1121 vd., Oğuzman, Öz., s. 321 vd., Demircioğlu, s. 73. Bu konuda ayrıca ifade edilmelidir ki 6102 sayılı TTK md. 209 hükmü, güven sorumluluğuna ilişkin açık bir hüküm olarak değerlendirilmelidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, s. 183 vd.

⁵⁷⁴ Güven sorumluluğu bakımından bkz. yuk. dn. 560. Yargıtay tarafından culpa in contrahendo sorumluluğu konusunda verilen kararlar için bkz. HGK 1.12.2010 tarih ve E.2010/13-593, K. 2010/623 sayılı kararı, 19 HD. 28.4.2005 tarih ve E.2005/1932, K.2005/4790 sayılı kararı.

Öte yandan, güven sorumluluğunun unsurlarının, özellikle güven unsurunun, sağlanmasındaki zorluk, diğer taraftan haksız fiile dayalı tazmin talebinin kaybına neden olabilecektir.

Güven Sorumluluğunun Uygulama Koşulları

- Güven Unsuru

Güven sorumluluğu söz konusu olduğunda ilk aranması gereken koşul şüphesiz ki zarar gören tarafa bir güven verilmesi gerekliliğidir. Güven unsuru bu sorumluluğun doğumunda kurucu etkiye sahiptir. Ancak bu unsur zarar görenin uhdesinde öylesine yaratılan bir güven hissi değil, sorumluluğun sınırlarının belirli olması bakımından objektif temele dayanan bir güven olması gerekmektedir⁵⁷⁵.

Zarar verenin güven verici davranışlarda bulunması, zarar görenin ise yaratılan bu güvenden haberdar olması ve bu güveni aldığı kararlarda veya gerçekleştirdiği davranışlarda kullanması gerekmektedir⁵⁷⁶. Örneğin, yatırımcılar tarafından bağımsız denetim raporunun yayınlanmasından sonra ortaklık paylarını alma veya satma şeklinde bir davranışta bulunmaları buna işaret etmektedir. Ancak aradan uzun zaman geçtikten sonra bu davranışlarda bulunulması halinde güven unsurunun zedelenip zedelenmediğinin araştırılması gerekecektir. Daha açık bir ifade ile zarar görenin duyduğu güvenin korunmaya değer olup olmadığına bakılmalıdır. Bu değer de ancak zarar görenin güvenme konusundaki dikkat ve özeninin varlığını gerektirecektir. Kaldı ki, güven unsurunun objektifleştirilmesi de bu bağlamda kendini göstermektedir. Zarar görenin iyi niyetli ve makul bir kişinin göstermesi gereken özeni göstermesi gerekmektedir. Aksi halde güven unsurunun bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Güven vermenin en belirgin hali mesleğinde uzmanlaşmış ve konusunda tek başına mesleğini icra edenler tarafından bilgi verilmesinde karşılaşılmaktadır. Bu bağlamda, kanaatimizce, bağımsız denetçiler de gerek denetlenen ortaklık gerek üçüncü kişi yatırımcılar nezdinde bir güven yaratmaktadır.

- Hukuki İşlem Alanında Bulunma

⁵⁷⁵ Güven unsurunun somutlaştırılmasına yönelik *Canaris* tarafından ileri sürülen yapay ve doğal olgular ayrımı konusunda bkz. Yılmaz, s. 74-75., Oğuztürk, s. 129-130.

⁵⁷⁶ Kırca, s. 117., Yılmaz, s. 75.

Güven sorumluluğu sadece hukuki işlem alanında bir işlemsel temas halinde söz konusu olabilecektir. Herhangi bir sosyal temastan güven sorumluluğu doğmayacaktır. Güven sorumluluğunu doğuran temas doğrudan veya dolaylı olabilir⁵⁷⁷. Bu husus güven sorumluluğunun varlığı halinde haksız fiil hükümlerinin değil zarar gören lehine olan sözleşmeden kaynaklanan sorumluluk hükümlerinin kıyasen uygulanması hususunda önem arz etmektedir. Bu hususa bir örnek vermek gerekirse bir yaya ile hareket halindeki araç şoförü arasında sosyal temas bulunmakta iken bir dükkân sahibi ile müşteri arasında işlemsel bir temas bulunmaktadır⁵⁷⁸.

- Hukuki Özel Bağlantı

Güven sorumluluğunun doğması için zarar veren ile zarar gören arasında rastlantısal bir ilişkinin ötesinde bir hukuki ilişkinin varlığı gerekir. Bu ilişki sözleşme yapılması kadar ileri aşamada olmadığı gibi haksız fiil alanında olduğu gibi sıradan da değildir⁵⁷⁹. Tarafların birbirlerinin şahıs ve malvarlıkları üzerinde etkili olma olanaklarının varlığı böyle bir ilişkinin varlığını göstermektedir. Hukuki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olmaması aynı zamanda ileride gerçekleştirilecek sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin de bu sorumluluk kapsamına girmesine izin verecek niteliği haizdir⁵⁸⁰. Bu bağlantıya KIRCA tarafından edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi denilmekte olup, bu bağlantı ile güven ilişkisinin bulunduğu ifade edilmiştir⁵⁸¹.

- Güvene Dayalı Bir Tasarrufta Bulunulması

Güven sorumluluğunun doğması için bir davranışta bulunulması gerekmektedir. Zaten bu nedenle tazmini gereken bir zarar doğabilecektir. Duyulan güvene bağlı olarak herhangi bir davranışta bulunulmamış ise tazmini gereken bir zarar da bulunmadığı sonucu çıkmaktadır. Örneğin duyulan güvene binaen bir sözleşme yapılması, kredi verilmesi, teminat mektubunun paraya çevrilmesi, sözleşmenin sona erdirilmesi gibi.

- Koruma Yükümlülüklerinin İhlal Edilmesi

⁵⁷⁷ Doktrindeki baskın görüş bu yönde olmakla birlikte aksi görüşü savunan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Yılmaz, s. 80.

⁵⁷⁸ Yılmaz, s. 81-82.

⁵⁷⁹ Kırca, s. 118.

⁵⁸⁰ Yılmaz, s. 79.

⁵⁸¹ Kırca, s. 187.

Yukarıda da ifade edildiği üzere güven sorumluluğunun kaynağında kişiler arasındaki edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak bulunan ve MK md. 2 hükmüne dayandırılan koruma normları bulunmaktadır. İşte güven sorumluluğunun doğabilmesi için ihlal edilen bir koruma normunun bulunması gerekmektedir. Kişiler birbirlerinin şahıs ve malvarlıklarını koruyacak tedbirleri almak zorundadırlar. İşte kusurları ile bu yükümlülüğü ihlal edilmesi güven sorumluluğunu doğurabilecektir.

- Diğer Şartlar

Zarar, illiyet bağı ve kusur da güven sorumluluğunun kurulabilmesi için gereken diğer şartları oluşturmaktadır. Bu hususlar daha evvel haksız fiil bakımından açıklandığı için ilgili bölüme⁵⁸² atıf yapmakla yetinilmektedir.

(2) Mukayeseli Hukukta Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmini⁵⁸³

Saf malvarlığı zararları konusu yukarıda değinildiği üzere ülkemizde zengin bir literatüre sahip olacak şekilde incelenmez iken yabancı hukuklarda oldukça ayrıntılı incelenen bir konudur⁵⁸⁴. Saf malvarlığı zararlarının tazmini hususu arkasında yer alan teorik açıklamalardan bağımsız olarak bazı kişiler üzerinde yaratabileceği sınırsız tazmin yükümlülüğü karşısında oldukça dikkatli bir şekilde incelenen ve sürekli sınırlandırılmaya muhtaç bir konu olarak ele alınmalıdır. Bu nedenle de yurtdışı uygulamalarında bir takım ülkelerin bu tür zararların tazminine olumsuz yaklaştıkları bir takım ülkelerin ise yaşanan gelişmeler ışığında bu tür zararların tazmininin adaletli olduğu düşüncesinden hareketle sınırlı bir şekilde izin verdiği görülmektedir.

Çalışmamızda, saf malvarlığı zararlarının tazmini konusunda geniş bir perspektiften yaklaşımak suretiyle tüm ülkelerin uygulamalarının incelenmesinden ziyade çalışma konumuz olan bağımsız denetim alanında gelişmiş olan ABD ve bazı AB ülkelerinin ele alınmasının daha yararlı ve gerekli olduğu düşünülmüştür. Böylelikle kara Avrupası hukuku ile anglo Amerikan hukuklarının soruna nasıl yaklaştıkları konusunda ipuçları yakalamayı amaçlamaktayız.

⁵⁸² Bkz. aşa. V/A/4/b.

⁵⁸³ Saf malvarlığı zararlarının tazmini konusu mukayeseli hukukta haksız fiil alanında tartışılmaktadır. Bunun yanında sözleşmeye ayırılık nedeniyle oluşan saf malvarlığı zararlarının tazmininde sözleşmeye ayırılığa ilişkin kurallar dâhilinde bir sınırlama ve tartışma bulunmamaktadır. Kozİol, s. 871. Bu nedenle mukayeseli hukuka ilişkin açıklamalarımız haksız fiil alanında gerçekleşen saf malvarlığı zararlarına ilişkindir.

⁵⁸⁴ Bkz. yuk. dn. 542.

i. ABD Hukukunda⁵⁸⁵ Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmini

ABD’de borçlar hukuku ve haksız fiil hukuku federal düzeyde değil her bir eyaletin kendi hukuklarında ayrı ayrı düzenlenen bir alandır⁵⁸⁶. Bu nedenle de ABD uygulamasında bu konuda tek bir uygulamadan söz etmek mümkün değildir. Ancak uzun zamandır tartışılan bu konu üzerinde eyalet mahkemeleri tarafından belli başlı bir takım uygulamalar geliştirilmiş ve uygulamada kabul edilmiştir.

ABD hukukunda ekonomik zarar kavramı ikiye ayrılmaktadır⁵⁸⁷. Bunlar saf ekonomik zarar (*pure economic loss*⁵⁸⁸) ile dolaylı ekonomik zarar (*consequential economic loss*) olarak belirlenmiştir⁵⁸⁹. Dolaylı ekonomik zarar, zarar görenin şahıs veya malvarlığında meydana gelen zarara binaen gerçekleşen zararlardır. Örneğin, kişinin arabasına zarar verilmesi ile bu kişinin arabası sayesinde sağladığı gelirinden mahrum kalması gibi. Bu kavram daha ziyade hukukumuzdaki dolaylı zarara karşılık gelmektedir. Saf ekonomik zarar ise kişinin şahsına veya herhangi bir malvarlığını zarara uğratmadan verilen zararları ifade eder. Dolaylı ekonomik zararın haksız fiil hükümlerince tazmin edilebilirliği hususunda bir tartışma bulunmamaktadır⁵⁹⁰. Ancak saf ekonomik zararların tazmini konusunda tam bir fikir birliği hem doktrinsel hem de uygulama bakımından bulunmamaktadır. Bu tür zararların ne şekilde tazmin edileceği konusuna “*economic loss doctrine*” veya “*economic*

⁵⁸⁵ ABD uygulaması bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Gergen, M.P. (2006). The Ambit of Negligence Liability for Pure Economic Loss, *Arizona Law Review*, Vol. 48, s. 749-772., Bernstrein, A. (2006). Keep It Simple: An Explanation of the Rule of No Recovery for Pure Economic Loss, *Arizona Law Review*, Vol. 48, s. 773-811., İnternet: Rhee, R.J. (2009). A *Production Theory Of Pure Economic Loss*. Web: <http://ssrn.com/abstract=1344503> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Perry, R. (2008). The Economic Bias in Tort Law, *University Of Illinois Law Review*, Vol. 2008, s. 1573-1622., Benson, s. 116-161., İnternet: Perry, R. (2010). *Economic Loss, Punitive Damages, and The Exxon Valdez Litigation*, Web: <http://law.huji.ac.il/upload/Exxon.pdf> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Fleming, Jr. J. (1972). Limitations on Liability for Economic Loss Cased by Negligence: A Pragmatic Appraisal, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 25, s. 43 vd., Johnson, V.R. (2008). The Boundary-Line Function of the Economic Loss Rule, *Washington & Lee Law Review*, Vol. 66, s. 523 vd, www.weslaw.com., Rabin, R.L. (2006). Respecting Boundaries and The Economic Loss Rule in Tort, *Arizona Law Review*, Vol. 48, s. 857-870., Rabin, A *Reassessment*, s. 1513-1537., D’Angelo, C.S. (1995). The Economic Loss Doctrine: Saving Contract Warranty Law From Drowning in A Sea Of Torts, *University of Toledo Law Review*, Vol. 26, s. 591-608., Stapleton, J. (2002). Comparative Economic Loss: Lessons From Case-Law-Focused “Middle Theory”, *University of California Law Review*, Vol. 50, s. 531-583., Silverstein, E. (1994). On Recovery In Tort For Pure Economic Loss, *University of Michigan Journal of Law*, Vol. 32, s. 403-439., Feinman, J.M. (2006). The Economic Loss Rule And Private Ordering, *Arizona Law Review*, Vol. 48, s. 813-827.

⁵⁸⁶ Ancak deniz hukukuna ilişkin olan haller federal düzeyde düzenlenmektedir.

⁵⁸⁷ Kişinin şahsına veya şeyine verilen zararlar ise ekonomik olmayan zararlar olup, Türk hukukunda olduğu gibi normal haksız fiil hükümlerince tazmin edilebilecektir.

⁵⁸⁸ Türk hukukunda, Alman hukukuna benzer şekilde bu kavrama “saf malvarlığı zararı” denilmiştir. Biz de çalışmamızda bu kavramı kullanmayı tercih ettik.

⁵⁸⁹ Perry (2008), s. 1577., Benson, s. 116., James, s. 43., Johnson, 525-526., D’Angelo, s. 592. Avrupa hukukları bakımından benzer bir değerlendirme için bkz. Palmer, Bussani, *The Ways to Recovery*, s. 7 vd.

⁵⁹⁰ Bernstein, s. 111.

loss rule” da denilmektedir. Bu doktrin genel olarak saf ekonomik zararların, herhangi bir şahıs veya malvarlığına zarar verilmediği sürece tazmin edilemeyeceğini ifade etmektedir⁵⁹¹. Buna “*exclusionary rule*” – dışlayıcı kural - da denilmektedir. Saf ekonomik zararın kategorik olarak reddi hususu ABD’de yirminci yüzyılın başlarına kadar gitmektedir⁵⁹².

Anglo-sakson hukukunun yapısal bir özelliği olarak mahkeme kararları üzerinden yürütülen fikir ayrılıkları farklı gerekçeler ile üç ana başlığa ayrılmaktadır. Bir takım eyaletler sınırsız bir şekilde saf ekonomik zararın tazmin edilebilirliğini ileri sürmekte iken, bazıları ise tam tersine saf ekonomik zararların tazmin edilemezliğini kabul etmiştir. Üçüncü bir görüş ise bu tür zararların sadece sınırlı hallerde tazmin edilebilirliğini kabul etmektedir.

Geçen yüzyılın ikinci yarısında ABD’de New Jersey⁵⁹³ ve California⁵⁹⁴ eyaletlerinin ekonomik zararlara ilişkin olarak birbirinden farklı olan kararları ile bu tür zararların tazmini sorunu tekrar gündeme gelmiştir. California yüksek mahkemesi ekonomik zararların tazmin edilmemesi gerektiğini ifade ederken New Jersey yüksek mahkemesi bu tür zararların tazmin edilebileceğini ifade etmiştir. Ancak deniz hukukuna ilişkin olarak Amerikan Yüksek Mahkemesi tarafından verilen bir kararda⁵⁹⁵ California mahkemesinin kararının bir benzerine hükmetmesi eyaletler arasındaki farklılıkların azalmasına neden olmuştur. Söz konusu ABD Yüksek mahkemesi kararından sonra eyaletlerin büyük bir çoğunluğu bu tür zararların tazmin edilemeyeceği yönünde uygulama geliştirmiştir.

ABD hukukunda saf ekonomik zararların tazmini konusundaki tedirgin yaklaşımın temelinde bu konunun bir hukuki politikası sorunu olduğu ve bu tür zararların tazmini konusunda verilecek olumlu veya olumsuz cevapların getirisi ve götürüsüne bakılmak suretiyle pratik bir kabule ulaşılmıştır. Özellikle ekonomik zararların tazmin edilemeyeceğinin baskın olarak uygulamada kabul edilmesinin ardında, (a) Ultramares doktrininde de ifade edileceği üzere saf malvarlığı zararlarının sınırının öngörülebilmesi,

⁵⁹¹ Rhee, s. 1.

⁵⁹² Bu konudaki süreci ayrıntılı bir şekilde görebilmek için bkz. Silverstein, s. 409-422., Feinman, s. 815-818. Bu konudaki temel kararlardan biri Ultramares doktrinini de ortaya koyan New York Mahkemesi kararıdır. Ancak bu karar bağımsız denetçilerin sorumluluğu ile doğrudan ilgili olduğu için ileride ele alınacağından çalışmamızın bu kısmında zaman bakımından daha yakın kararlara bakılması tercih edilmiştir. Bkz. aşağıda V/A/10/a/(1).

⁵⁹³ Karar için bkz. *Santor v. A & M Karagheusian, Inc.*, 207 A.2d 305 (N.J. 1965), web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁵⁹⁴ Karar için bkz. *Seely v. White Motor Co.*, 403 P.2d 145 (Cal. 1965), web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁵⁹⁵ Karar için bkz. *East River S.S. Corp. v. Transam Delaval, Inc.*, 476 U.S. 858 (1986). Yüksek mahkeme daha önce de benzer bir karar vermiştir. Bkz. *Dry Dock & Repair Co. v. Flint.*, 275 U.S. 303 (1927), www.westlaw.com.

(b) herhangi bir sınırlandırmanın yapılması halinde açıkta kalabilecek başka bir halin varolabileceği diğer bir ifade ile objektif bir sınırlandırmanın mümkün olmaması, (c) para ile kişinin karşı karşıya konulması halinde kişinin korunmasının önde olduğu, (d) sözleşme sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasındaki boşlukta sözleşme sorumluluğunun daha baskın olması, (e) tazmin edilecek zararın büyüklüğü nedeniyle taraflar arasında uzlaşmanın pek mümkün olmaması gibi nedenlerin göz önünde bulundurulduğu görülmektedir⁵⁹⁶.

Ancak denetçinin sorumluluğu, bilgi verenin sorumluluğu gibi özellikli alanlar söz konusu olduğunda ABD hukukunda bu kadar kesin bir ayırım olmadığını belirtmekte de noktada fayda vardır. Zira ABD hukukunda saf ekonomik zararlara ilişkin tartışma ve yukarıda belirtilenler dâhil olmak üzere mahkeme kararları genellikle ürün sorumluluğundan kaynaklanmaktadır. Bunun dışında kusurlu yanlış bilgi verme, uzman mesleklerdeki kusurlu davranışlar, taraflar arasındaki ilişkinin özellikli olduğu durumlar gibi istisnai hallerde “*economic loss doctrine*” anlayışı katı bir şekilde uygulanmamaktadır. İfade edildiği üzere ABD hukukunda karşılaşılan hukuki sorunların çözümünde doktrinsel yaklaşımların yanında pragmatik kıstasların da dikkate alındığı gözden uzak tutulmamalıdır.

ii. AB Hukukunda Saf Malvarlığı Zararlarının Tazmini

AB ülkelerinin hukuklarına bakıldığında da bu tür zararların tazmininde yeknesak bir uygulamanın bulunmadığı görülmektedir. Bu konuda AB ülkelerini liberal, pragmatik ve muhafazakar olarak üçe ayırmak mümkündür⁵⁹⁷. Bu bağlamda Almanya, Avusturya, Portekiz ve İskandinav ülkeleri soruna muhafazakâr yaklaşıırken, Fransa ve Belçika hukukları soruna liberal yaklaşmaktadırlar. Söz konusu ülkelerin uygulamalarında ise saf ekonomik zararların tazmininde her olay bakımından aynı sonuca ulaşılmadığı, örneğin konuya muhafazakâr yaklaşan İngiliz hukukunda avukat ve noter gibi bazı profesyonel mesleklerden kaynaklanan saf malvarlığı zararların tazmininde liberal yaklaşmakta iken

⁵⁹⁶ Bernstein, A. s. 774., Rhee, s. 3., James, s. 44-48., Miles, T.J. (2007). Posner On Economic Loss In Tort: *Evra Corp v. Swiss Bank*, *University of Chicago Law Review*, Vol. 74, s. 1821., Perry (2008), 1585 vd., Stapleton, s. 538., Gergen, s. 573-574., Benson, s. 118., Van Boom, s. 11.

⁵⁹⁷ Parisi, Palmer, Bussani, *The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss*, s. 1. Bu konuda çeşitli durumlarda varılan sonuçları gösterir tablo için söz konusu makalenin 16 ıncı sayfasında yer alan Tablo.1 incelendiğinde, denetçinin sorumluluğu bakımından Avusturya, Almanya ve İngiliz hukuklarında bu tür zararların tazmin edilemeyeceğini, buna karşılık İsviçre, Belçika, İtalya ve Hollanda hukuklarında tazminin mümkün olduğu görülmektedir. Buna göre konuya muhafazakar veya liberal yaklaşan ülkelerde dahi ABD hukukunda olduğu gibi pragmatik gerekçelerle farklı durumlarda farklı uygulamalar geliştirdiği sonucuna ulaşılmaktadır. Denetçiler bakımından bu farklılığın gerekçesi olarak avukat ve noterlerin verdiği bilgi ve/veya tavsiyelerden dolayı saf ekonomik zarara uğrayan kişilerin bu hizmetin alıcısı olduğu ancak denetçiler bakımından bu kadar yakın bir ilişkinin olmadığı ileri sürülmüştür. De Mot, s. 12. Bu görüş dahi konunun ilkesel değil pragmatik gerekçeler ile ele alındığını göstermektedir.

benzer durumda olan bağımsız denetçiler bakımından konuya muhafazakâr yaklaşmaktadır. Benzer şekilde saf malvarlığı zararının tazmininde muhafazkar olan Alman hukukunda noterler bakımından liberal ancak denetçiler bakımından muhafazakâr bir sonuca ulaşmaktadır.

Bu veriler ışığında AB hukuklarında bir yeknesaklık olmadığı gibi her bir hukukun da kendi içinde konuya ilkesel yaklaşımdan ziyade somut olay bazında hareket ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Konu genellikle birkaç örnek olay⁵⁹⁸ üzerinden açıklanmakla beraber, saf malvarlığı zararların tazmin edilmemesine ilişkin ortak gerekçelerin ne şekilde algılandığına bağlı olarak çözüme ulaşılmaktadır. Bu durum ABD hukukundaki gibi pratik gerekçelere dayanmaktadır. Saf malvarlığı zararların tazmin edilmemesine yönelik ileri sürülen bazı argümanlar şöyledir⁵⁹⁹.

Saf malvarlığı zararlarının tazmininin sınırlandırılması için ileri sürülen ilk argüman bu tür zararların sorumlularının karşılaşılabilecekleri sorumluluğun sınırsız ve dolayısıyla öngörülemez olmasıdır. Buna “*floodgates argument*” de denilmektedir⁶⁰⁰. Bu argümanda ileri sürülen asıl husus mahkemelerin sınırsız sayıda dava ile karşı karşıya kalmaları değil sorumlu kişinin karşılaşılabilecek tazminat miktarının büyüklüğü ve öngörülemezliğidir. Bu zararlara varsa diğer kişisel ve eşyaya verilen zararların da tazmini eklenince karşılaşılan tazmin miktarı ciddi büyüklüklere erişebilecektir. Bu noktada bir kişinin mahvına sebep olabilecek bir sorumluluk ile karşı karşıya kalması nedeniyle para ile kişinin varlığı arasında bir seçim yapılması gerektiği ve şüphesiz ki kişinin varlığını devam ettirmesinin doğru seçim

⁵⁹⁸ Bu olaylar saf ekonomik zararların sınıflandırılmasına yol açmaktadır. Genellikle, vücut bütünlüğüne veya eşyasına zarar verilen bir kişinin bu zarar nedeniyle sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getirememesi sonucunda üçüncü bir kişinin uğradığı saf ekonomik zarar (*ricochet loss*), kamunun kullandığı bir hizmetin iletiminde kullanılan bir kabloya yol çalışması esnasında işçi tarafından verilen zarardan dolayı kamunun uğradığı zarar (*cable cases*), bir futbol yıldızına araba kazası ile verilen zarardan dolayı söz konusu sporcunun bulunduğu takımın gördüğü zarar, kira veya başka bir sözleşmesel ilişki nedeniyle başka birinin eşyanın zilyetliğinde olan eşyaya verilen zarar (*transferred loss*), yapılan kaza nedeniyle otoyolun tıkalı kalması nedeniyle yolda kalan kişilerin uğradığı zarar (*closure of public service and infrastructure cases*), mesleki-profesyonel bilgi verme veya tavsiyeden kaynaklanan zarar (*flawed professional advice cases*) örnekleri üzerinden konu incelenmektedir. Bir önceki dipnotta yer verilen tabloda da bu örnekler üzerinden açıklama yapılmıştır. Bussani, Palmer, Parisi, *Liability For Pure Financial Loss In Europe*, s. 144-150., De Mot, s. 2-3., Koziol, s. 873., Gomez, Ruiz, s. 11., İnternet: Von Bar C., Drobnig, U. (2004). *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*, Web: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf s. 136-138, adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Palmer, Bussani, *The Ways to Recovery*, s. 11 vd., Dari-Mattiacci, G., Schäfer, H.B. (2007). *The Core of Pure Economic Loss*, Tinbergen Institute Discussion Paper, s. 6 vd., Gruning, D. (2008). *Pure Economic Loss*, New Horizons in Comparative Law, Editors Palmer/Bussani, Oxford-İngiltere, s. 139 vd. Benzer örnekler Türk hukukunda da SANLI tarafından incelenmiştir. Sanlı, s. 339 vd.

⁵⁹⁹ Bu argümanlar AB hukuku yanında ABD dâhil diğer ülkeler bakımından da dikkate alındığını söylemek mümkündür.

⁶⁰⁰ Van Boom, s. 43., Koziol, s.875.

olduğu ileri sürülmüştür⁶⁰¹. Bu bir hukuk politikası sorunudur. Yaklaşım genellikle bu tür zararların tazmin edilmemesi şeklindedir. Ancak tazmin edilebilirliğinin kabul edilmesi halinde de bunun sınırlandırılması gibi çeşitli ara formüller de bulmak mümkündür⁶⁰².

İleri sürülen ikinci argüman birincisi ile bağlantılı olmakla birlikte daha evvel ifade edildiği üzere⁶⁰³ saf malvarlığı zararlarının tazmini kişinin özgürlüğünün sınırlandırılması ile kişinin ve toplumun gelişmesi arasında bir seçim yapmayı gerektirmektedir. Kişiler bu tür zararlardan dolayı sorumluluklarının olacağını düşünmek suretiyle herhangi bir yeni ticari faaliyete girmektense bu faaliyetten kaçınmayı tercih edecektir. Bu da aslında sözleşmeden kaynaklı hakların aksine saf ekonomik değerler üzerindeki hakların sınırlarının belirlenememesi ile ilgilidir. Sonuç olarak saf ekonomik değerler üzerindeki hakların korunması ile herkesin aslında özgürlüğünün kısıtlanması sonucu doğacaktır. Bu nedenle de bu tür değerlerin korunmamasında yarar olduğu ileri sürülmüştür⁶⁰⁴. Ayrıca ekonomik değerler ile kişinin sahip olduğu temel değerler arasında bir kıyas yapılacak ise şüphesiz ki hukuk politikası önceliğini temel hakların korunmasından yana koymalıdır.

Bu tür zararların tazmininde ileri sürülen başka bir argüman ise ekonomik açıdan konuyu ele almaktadır. Tazmin edilecek zararın belirlenmesinde idari maliyetler ile türev davaların yaratacağı maliyeti, kişisel ve sosyal (kamu) zararın karşılaştırması ile belirlenmesi temeline dayandırmaktadır. Buna göre de karşılaşılan somut olayda bahsi geçen zararların hesaplanıp, değerlendirme yapıldıktan sonra tazmininin gerekip gerekmediği sonucuna ulaşılmaktadır⁶⁰⁵.

⁶⁰¹ Bussani, Palmer, Parisi, *Liability For Pure Financial Loss In Europe*, s.127., Bernstein, A., s. 274.

⁶⁰² Bu argümana karşı ileri sürülen pek çok görüş vardır. Bunlardan bazıları zararın tazmin edilmesini öngören haksız fiil hukukunda zararlar arasından neden bir ayırım yapıldığı, tazmin miktarının sınırlandırılması ile sorunun aşılabileceği, herkesin haksız fiil teşkil eden eyleminin karşılığında olabilecek zararın büyüklüğünü kabaca hesaplayabileceği şeklindedir. Bkz. Koziol, s. 876-877., Weiner, H.B. (1982). *Common Law Liability Certified Public Accountant for Negligent Representation*, *San Diego Law Review*, Vol. 20., s. 253.

⁶⁰³ Bkz. yuk. dn. 599-600.

⁶⁰⁴ Koziol, s. 877., Parisi, Palmer, Bussani, *The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss*, s. 5-9.

⁶⁰⁵ Çalışma konumuzun sınırları da dikkate alınmak suretiyle bu yaklaşıma ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Swhartz, G.T. (1995). *The Economic Loss Doctrine in American Tort Law: Assessing the Recent Experience*, Civil Liability for Pure Economic Loss, Editor Efsthios K. BANAKAS, Kluwer Law, s. 103-130., Parisi, Palmer, Bussani, *The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss*, s. 9-15., De Mot, s. 5-8., Gomez, Ruiz, s. 13 vd., Mattiacci, G.D. (2003). *The Economics of Pure Economic Loss and The Internalisation of Multiple Externalities*, *German Working Papers in Law and Economics*, Vol. 2003, Article 5, s. 2-15., İnternet: Schäfer, H.B. (2001). *Liability of Experts for Pure Economic Losses, an Economic Analysis with Special Reference to German Cases*, Law and Economics Workshop, University of California, Berkeley, Paper No. 8, Web: <http://ssrn.com/abstract=999868> adresinden 23.1.2014 tarihinde alınmıştır. Dari-Mattiacci, Schäfer, *The Core of Pure Economic Loss*, s. 9 vd. Parisi, F. (2003). *Liability for Pure Economic Loss: Revisiting the Economic Foundation of Legal Doctrine*, Pure Economic Loss in Europa, Editors Palmer, Bussani,

Bu ortak argümanların detaylarına inmeksizin elde edilen veriler ışığında bir takım AB hukuklarına kısaca göz atılmasında yarar bulunmaktadır.

Alman hukukunda haksız fiil zararlarının tazminindeki temel hüküm BGB md. 823/1 hükmüdür. Bu hüküm uyarınca kişinin “*hayatının, vücudunun, sağlığının, özgürlüğünün veya diğer bir hakkının*” ihlal edilmesi halinde haksız fiil sorumluluğu doğmaktadır. Görüldüğü üzere Alman hukukunda ekonomik haklar ve dolayısıyla saf ekonomik zararların tazminine izin verilmemiştir⁶⁰⁶. Ancak BGB md. 823/2 uyarınca spesifik bir alanda yer alan düzenlemeye aykırılık halinde bu aykırılık nedeniyle doğan zararın tazmin edilebileceğini düzenlemektedir. Özellikle malvarlığı değerlerini korumayan BGB md. 823/1 hükmüne karşın, bu tür değerler diğer koşullarının varlığı halinde BGB md. 823/2 uyarınca koruma altına alınmıştır⁶⁰⁷. Ayrıca BGB md. 826 uyarınca kamu düzenine aykırılık teşkil edecek şekilde kasten verilen saf ekonomik zararlar da tazmin edilebilecektir. Alman hukuku açısından ifade edilmesi gereken son husus ise saf ekonomik zararların tazmininde haksız fiil yerine zarar gören bakımından daha elverişli sonuçlar doğuran sözleşme hukuku düzenlemelerinden faydalanılmaktadır. Daha önce de kısaca açıklanan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü bu nokta da kullanılabilir. Ancak kanaatimizce bu yaklaşımın çalışma konumuz itibarıyla uygulanamayacağını ifade etmemiz⁶⁰⁸ nedeniyle oldukça geniş bir doktrinsel tartışma alanı olan bu konuyu ayrıntılı açıklamaya çalışmaktan kaçınılmaktadır.

İsviçre OR 41 uyarınca saf malvarlığı zararlarının tazmin edilmeyeceği sonucu çıkmaktadır. Türk hukukundaki benzer çıkarımlar İsviçre hukuku bakımından da geçerli

NewYork, s. 75 vd. Türk Hukukunda da bu husus ayrıntılı olarak SANLI tarafından incelenmiştir. Bkz. Sanlı, 362 vd.

⁶⁰⁶ Van Boom, s. 7, Bussani, M., Palmer V.V. (2003). *The Liability Regimes of Europa-Their Façades and Interior*, Pure Economic Loss in Europa, Cambridge University Press, s. 148. Bu konuda ayrıca ifade etmek gerekir ki, Alman uygulamasının hükümde yer alan “diğer haklar” ifadesini genişletme yönündeki eğilimi hiçbir zaman “malvarlığı” değerleri üzerindeki hakları da kapsayacak şekilde genişlememiştir. Atamer, s. 8.

⁶⁰⁷ Alman Federal Mahkemesi bir kararında, payları borsada işlem gören bir şirketin faaliyetleri ile ilgili olarak gerçek olmayan bir bilgiyi kamuya açıklanması nedeniyle zarara uğrayan üçüncü kişinin tazminat talebini Alman Menkul Kıymet İşlemleri Kanunu (*German Securities Trading Act/Wertpapierhandelsgesetz -WpHG*) md. 15 ve Alman Menkul Kıymet Borsa Kanunu (*Stock Exchange Act/Börsengesetz - BörsG*) md. 88 hükümleri uyarınca reddetmiştir. Mahkeme kararında söz konusu iki spesifik hükmün koruma amacının münferit yatırımcıların korunması değil biziatihi piyasanın kendisini korunması olduğunu belirttikten sonra davacının bu hükümlerin ihlali nedeniyle BGB 823/2 ve 826 hükümleri uyarınca tazminat talebini reddetmiştir. Bu karar “Infomatec” kararı olarak da bilinmektedir. Ayrıntılı açıklama için bkz. Web: http://www.cgerli.org/fileadmin/user_upload/interne_Dokumente/Judgments/adhoc.pdf adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Ayrıca bkz. Ryan, P.S. (2003). Understanding Director & Officer Liability in Germany For Dissemination of False Information: Perspectives From An Outsider, *German Law Journal*, Vol. 4, No.5, s. 454 vd.

⁶⁰⁸ Bkz. yuk. V/A/3/b/(1)/ii.

olduğu için yukarıdaki Türk hukukuna ilişkin açıklamalarımıza atıf yapmakla yetinmekteyiz. Kaynağını Alman BGB’den alan Portekiz hukukunda da, Portekiz Medeni Kanunu md. 483/1 hükmü uyarınca Alman hukuku ile benzer bir sonuca ulaşılmaktadır⁶⁰⁹. İsveç ve Finlandiya hukuklarında da⁶¹⁰ da benzer bir uygulama bulunmaktadır.

İngiliz hukukuna bakıldığı ise ABD hukukunda olduğu gibi daha pragmatik bir yaklaşım benimsenmiştir. Mahkemeler tarafından bir takım koşullar belirlenmekte ve koşulları sağlama halinde saf malvarlığı zararlarının tazmin edilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır. İngiliz hukukunda özellikle bağımsız denetçilerin sorumluluğu bakımından konu incelenmekte olup, bu husus ileride ayrıntılı olarak incelenecektir⁶¹¹.

Saf ekonomik zararların tazminine ilişkin olarak liberal yaklaşımın ilk temsilcisi Fransız hukukudur. Fransız Medeni Kanunu md. 1382-1383 hükümlerinde kişinin her türlü kusuru ile verdiği her türlü zararı tazmin etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu zararların içerisinde saf malvarlığı zararlar da girmektedir⁶¹².

⁶⁰⁹ Bussani, Palmer, *The Liability Regimes of Europa-Their Façades and Interior*, s.154-155.

⁶¹⁰ İsveç Hukuku bakımından Tort Liability Act 1972, Chapter 2, Section 1/1 ve Chapter 2, Section 2 hükümlerinin birlikte ele alınmasından saf ekonomik zararların ancak suç teşkil eden bir eylem neticesinde tazmin edilebileceği sonucu çıkmaktadır. Bu konudaki ayrıntılı bilgi için bkz. İnternet: Wredström, L. (2004). *Liability for Pure Economic Loss in English and Swedish Law of Tort*, Web: <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1563137&fileId=1566187> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Finlandiya hukuku bakımından ise Tort Liability Act 1972, Chapter 2, Section 1/1 ve Chapter 5, Section 1 hükümlerinden İsveç hukuku ile aynı sonuca ulaşılmaktadır. Kanun metnin gayri resmi çevirisi için bkz. Web: <http://www.finlex.fi/en/laki/kaannokset/1974/en19740412.pdf> adresinde 23.1.2014’de ulaşılmıştır. ESMA tarafından hazırlanan bir anket çalışmasında da İsveç hukukunda ekonomik zararların bu yasa nedeniyle tazmin edilemeyeceği ifade edilmiştir. Çalışma için bkz. web: http://www.esma.europa.eu/system/files/2013-619_ann_i_report_liability_regimes_under_the_prospectus_directive_annex_ii_published_on_website.pdf, s. 12 ve 306 adresinde 23.1.2014’de ulaşılmıştır.

⁶¹¹ İngiliz hukuku bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. Palmer, Bussani, *The Ways to Recovery*, s. 49 vd. Ayrıca bkz. aş. V/A/10/b.

⁶¹² Fransız Medeni Kanunu md. 1382 hükmünde “Any act whatever of man, which causes damage to another, obliges the one by whose fault it occurred, to compensate it.”; md. 1383 hükmünde ise “Everyone is liable for the damage he causes not only by his intentional act, but also by his negligent conduct or by his imprudence.” denilmektedir. Ayrıca bkz. Van Boom, s. 12., Palmer, Bussani, *The Ways to Recovery*, s. 34 vd. Şu hususu da belirtmekte fayda vardır ki, Fransız hukukunda saf ekonomik zararların tazmininde herhangi bir sınırın bulunmadığı düşünülmemelidir. Özellikle illiyet bağının ispatlanması hususunda pek çok iddianın olumsuz cevaplanabileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Öte yandan, Fransız Ticari Ortaklıklar Kanunu (Loi sur les Sociétés Commerciales No. 66-537) md. 234 uyarınca denetçiler hem ortaklığa hem de üçüncü kişilere karşı sorumludurlar. Bu nedenle denetçiler bakımından, Fransız hukukunda üçüncü kişilerin saf malvarlığı zararlarının tazminine dair özel hükümler bulunmaktadır.

4) Türk Hukukunda Bağımsız Denetçilerin Üçüncü Kişilere Karşı Haksız Fiil Sorumluluğunun Koşulları

Yukarıda da açıklandığı üzere⁶¹³ bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı verdikleri saf malvarlığı zararların tazmininde Türk hukuku bakımından haksız fiil hukukuna ilişkin hükümlerden yararlanılması mümkündür. Türk haksız fiil hukukunda objektif hukuka aykırılık teorisinin kabulü ile bağımsız denetçilerin üçüncü kişilerin uğradıkları saf malvarlığı zararlarının tazmini mümkündür. Şöyle ki, anılan teori uyarınca bir eylemin hukuka aykırılığı, eylemin hukuka aykırı olduğunu belirten bir mevzuata ihtiyaç duyulmaktadır. Türk hukuku bakımından da gerekli olan mevzuat hükümleri TTK ve SPKn içerisinde bulunmaktadır.

a) Bağımsız Denetçinin Sorumluluğunda Öngörülen Mevzuat Hükümlerinin Önceliği Sorunu

Bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere olan sorumluluğu hususu hem TTK ve SPKn içerisinde hem de KGK düzenlemelerinde yer almaktadır⁶¹⁴. Bu düzenlemelerin tamamının muhatabı olan bağımsız denetçi bakımından hangi düzenlemenin esas alınacağı sorununun öncelikle çözülmesi gerekmektedir.

Kanaatimizce, bu düzenlemelerden TTK içerisinde yer alan hükümlerin genel hükümler olarak değerlendirilmesi, KGK düzenlemelerinin bağımsız denetçiler bakımından özel nitelikte olduğu ve SPKn düzenlemelerinin ise sermaye piyasalarında görev yapan bağımsız denetçiler bakımından hem TTK hem de KGK düzenlemelerine nazaran öncelikle uygulanması gerektiği sonucuna varılmalıdır.

Şu şekilde bir örnekleme ile konuyu biraz daha ayırtılamak mümkün olabilecektir. TTK md. 397/4 hükmü uyarınca çıkarılan Bakanlar Kurulu kararı ile sermaye piyasası araçları borsada işlem görmeyen halka açık anonim ortaklıklar bakımından söz konusu Bakanlar Kurulu Kararı bir takım koşullar getirmektedir. İşte bu koşulları sağlamayan halka açık şirketin bağımsız denetim yaptırma zorunluluğu TTK'dan değil SPKn'dan geldiği için

⁶¹³ Bkz. yuk. V/A/3/b/(1). Burada üçüncü kişileri koruyucu etkili sözleşme görüşünün sınırlı sayıdaki üçüncü kişi bakımından uygulanacak olması ile teorik temellerinin zorluğu, sorumluluğun sınırlarını genişletmesi ve pratik sonuçlar elde edilemeyecek olması nedeniyle güven sorumluluğuna ilişkin görüşe dayanılmasına ihtiyaç duyulmaması gerekmektedir. Zira haksız fiil hukukuna ilişkin olarak hukuka aykırılık unsuruna dair objektif teori çerçevesinde hukukumuzda çalışma konumuzu ilgilendiren sorumluluk hükümlerinin varlığı nedeniyle güven sorumluluğuna başvurulmasına gerek bulunmadığı kanaatindeyiz.

⁶¹⁴ Düzenleme metinleri için bkz. V/A.

bu bağımsız denetimi yapan kuruluşun da tabi olduğu sorumluluk rejimi şüphesiz ki SPKn ile öngörülen sistemdir. Ancak SPKn'da öngörülen sistemde bulunan boşluklar bakımından şüphesiz ki TTK ve KGK düzenlemeleri kıyasen uygulanacaktır.

Bu konuda kanunların öncelikle uygulanabilirliğine ilişkin prensiplere dayanıldığında da sermaye piyasasında faaliyet gösteren denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklarının sonraki ve özel kanun olan SPKn içerisinde yer alan düzenlemelere tabi olduğu sonucu çıkmaktadır.

Kanaatimizce, Türk hukukunda bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluklarını doğuran ve hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşmesi bakımından ihlal edilen mevzuat hükmünün SPKn içerisinde düzenlenen hükümler olmalıdır. Bu nedenle hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği alan olan sermaye piyasalarını düzenleyen hükümlere aykırılıktan kaynaklanan sorumluluk rejiminin de bu alanda düzenlenen hükümlere öncelikle tabi olması gerekmektedir.

Bu nedenle çalışmamızda, üçüncü kişilere karşı sorumluluk bakımından SPKn içerisinde yer alan hükümler esas alınacak olup, boşluk bulunan hallerde TTK, KGK düzenlemeleri ile TBK hükümlerine başvurulacaktır.

b) Türk Hukukunda Bağımsız Denetçinin Sorumluluğunu Düzenleyen SPKn Hükümleri Arasındaki İlişkinin Belirlenmesi Sorunu – SPKn md. 10 ile SPKn md. 32 Arasındaki İlişki

Bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı hukuki sorumlulukları hususundaki ilgili düzenlemeler SPKn md. 10 ve 32 hükümleridir. Denetçilerin sorumluluğunun koşullarının incelenmesinden önce SPKn md. 10 ve 32 hükümlerinin birbirleri ile aralarındaki ilişkinin ortaya konulmasında yarar bulunmaktadır.

Söz konusu hükümler doğrudan ve sadece bağımsız denetim faaliyetlerinden kaynaklanan üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu düzenlememektedir. SPKn md. 10 hükmü izahnameden kaynaklanan sorumluluğu düzenlerken, SPKn md. 32 hükmü bağımsız denetim raporu ve izahnemeyi de kapsayacak şekilde tüm kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumluluğu düzenlemektedir. SPKn md. 10/2 hükmünde bağımsız denetim raporu izahnemenin eki olarak olarak değerlendirilmiş ve bu rapor nedeniyle denetçilerin de sorumluluğunun bulunduğu ifade edilmiştir. SPKn md. 32/1 hükmünde bir kamuyu

aydınlatma belgesi olarak bağımsız denetim raporundan sorumluluk düzenlenmiştir. Burada denetim raporu yıllık finansal tabloların denetiminde olduğu gibi izahname yahut diğer bir kamuyu aydınlatma belgesinin eki konumunda değildir. SPKn md. 32/2 hükmünde ise bağımsız denetim raporu kamuyu aydınlatma belgesinin eki olması halindeki sorumluluk düzenlenmiştir.

SPKn md. 10 hükmünün kaynağı AB İzahname Direktifi'nin 6 ncı maddesidir⁶¹⁵. SPKn md. 32 hükmünün kaynağı ise Alman Menkul Kıymet İzahname Kanunu (*The German Securities Prospectus Act-Wertpapierprospektgesetz, WpPG*⁶¹⁶) md. 21 vd. hükümleridir. Alman hukukunda kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumluluk hususunda iki farklı düzenleme bulunmaktadır. Bunlardan ilki anılan WpPG olup, birincil piyasalar için geçerli olan izahnameye ilişkindir. İkincisi ise ikincil piyasaları ilgilendiren Alman Menkul Kıymet İşlemleri Kanunu (*Wertpapierhandelsgesetz, WpHG*) md. 37/b ve 37/c hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu hükümlerin düzenleme alanlarının farklı ve benzer yönleri gözetilerek SPKn md. 10 ila md. 32 hükmü arasında sorumluluk bağlamında bir bağlantı kurulmuştur.

Ancak, SPKn'nun TBMM'ye sunulmasının ardından TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu⁶¹⁷ tarafından SPKn md. 10/1 hükmünde kaynak metinden uzaklaşılmasını sağlayan hâlihazırdaki metin kabul edilerek TBMM genel kuruluna tasarı sevk edilmiş ve yasalaştırılmıştır. TBMM'de yapılan değişiklik ile SPKn md. 10 hükmünün SPKn md. 32 ile olan uyumu da bozulmuştur. Şöyle ki, SPKn md. 10 ila md. 32 hükmü düzenlenirken sorumlu kişilerin tespiti aynı esasa dayanmakta olup, basit bir şekilde sayma yolu ile belirlenmiştir. Ancak yapılan değişiklik sonucunda izahnameden kaynaklanan sorumlulukta birinci-ikincil sorumlular ayrımı yapılması nedeniyle bu şekilde bir ayrımı yapmayan ve fakat izahnameyi de kapsayan SPKn md. 32 bakımından bir uyumsuzluk yaratılmış olmaktadır.

SPKn md. 32 hükmü, SPKn md. 10 hükmüne göre daha genel bir alanı düzenlemektedir. SPKn md. 10 hükmünde düzenlemeyen hususlarda, SPKn md. 32 hükmü

⁶¹⁵ İnternet: 2003/71/EC, Web: http://www.esma.europa.eu/system/files/ProspectusDir_2003_71.pdf adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁶¹⁶ Web: http://www.bafin.de/SharedDocs/Aufsichtsrecht/EN/Gesetz/verkaufsprospektg_en.html?nn=2821360#doc2684276bodyText20 adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁶¹⁷ Web: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Alt komisyon görüşü için s. 39 ve 58, Plan ve Bütçe Komisyonu görüşü için s. 135 ve 154, 155. SPKn md. 10 hükmünün ilk hali için bkz. yuk. dn. 498.

genel hüküm olması bahsiyle uygulama alanı bulabilecektir. Böylelikle, SPKn md. 32/3, 4 ve 5 hükümleri SPKn md. 10 hükmü için de uygulama alanı bulabilecektir.

Bu iki hüküm arasındaki asıl uyumsuzluk ise sorumlu kişilerin tespiti ile bunların sorumluluk derecelerinin tespiti noktasında yaşanmaktadır. SPKn md. 10/1 hükmü uyarınca izahname nedeniyle doğan sorumlulukta birinci derece sorumluluk ihraççıdadır. Zararın ihraççıdan tazmin edilememesi halinde halka arz edenler, ihraca aracılık eden lider aracı kurum, varsa garantör ve ihraççının yönetim kurulu üyeleri kusurlarına ve durumun gereklerine göre zararın kendilerine yükletilebildiği ölçüde ikincil dereceden sorumludurlar. Dolayısıyla ihraççı her halde sorumlu kişiler arasında yer almaktadır. Ancak ihraççı yanında ikincil sorumluluğu bulunan kişiler somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir. Bu hüküm çerçevesinde ikincil düzeyde sorumlulukları bulunanların sorumluluğunun kapsamı TTK md. 557 hükmünde düzenlenen farklılaştırılmış teselsül hükümleri ile paralellik teşkil etmektedir.

SPKn md. 10/2 hükmü uyarınca ise değerlendirme, derecelendirme ve bağımsız denetim kuruluşları gibi izahnamede yer alan raporları düzenleyenler de bu raporlardaki yanlış, yanıltıcı ve eksik bilgilerden *bu Kanun hükümleri* çerçevesinde sorumludur⁶¹⁸. SPKn md. 10/2 hükmünün atıf yaptığı Kanun hükümlerinin SPKn md. 10/1, 32 ve 63 hükümleri olduğu düşünülmektedir. SPKn md. 63 hükmünün üçüncü kişilere karşı sorumluluğu düzenlememesi nedeniyle incelenmesine gerek bulunmamaktadır. Üçüncü kişiler bakımından ise bağımsız denetçilerin izahname nedeniyle sorumluluklarının SPKn md. 10/1 ve 32 uyarınca olduğu düşünülmektedir. SPKn md. 10/1 hükmünde izahname nedeniyle sorumlu olacak kişiler sınırlı sayıda belirtilmiştir. Bu kişiler arasında bağımsız denetçiler sayılmamıştır. Dolayısıyla SPKn md. 10/2 hükmünün atıf yaptığı hüküm SPKn md. 32 hükmüdür. Bir kamuyu aydınlatma belgesi olan bağımsız denetim raporu nedeniyle denetçinin sorumluluğu genel hüküm olan SPKn md. 32 hükmüne göre belirlenmesi gerekmektedir.

SPKn md. 32/1, 2 hükümlerinde ise,

“(1) 10 uncu madde çerçevesinde, aynı maddede sorumlu olduğu belirtilen kişiler ile mevzuat uyarınca izahname, pay alım tekliflerinde hazırlanan bilgi formu, özel durum

⁶¹⁸ SPKr’nun (II-5.1) sayılı “İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği” md. 10 hükmünde göre izahnamelerde ortaklık finansal tablo ve bunlara ilişkin bağımsız denetim raporlarının yer alması gerekmektedir.

açıklaması, birleşme ve bölünme işlemlerinde hazırlanacak duyuru metinleri, borsada işlem görme duyurusu ve finansal raporlar gibi⁶¹⁹ Kurulca kamuyu aydınlatma amacı ile düzenlenmesi öngörülen sair kamuyu aydınlatma belgelerini imzalayanlar veya bu belgeler kendi adına imzalanan tüzel kişiler bu belgelerde yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilerden kaynaklanan zararlardan müteselsilen sorumludur.

(2) Bağımsız denetim, derecelendirme ve değerlendirme kuruluşları gibi kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan veya bu belgelere dayanak olmak üzere hazırlanan raporları hazırlayan kişi ve kurumlar da bu Kanun hükümleri çerçevesinde sorumludur.”

denilmektedir. Görüldüğü üzere SPKn md. 10/2 hükmündeki atfın bir benzeri SPKn md. 32/2 hükmünde de yer almaktadır. Kanaatimizce, bu hükümde bağımsız denetçiler bakımından atfı yapılan hükümlerin aynı maddenin (md. 10 hükmünde özel olarak düzenlenmemiş olan) diğer fıkraları ile SPKn md. 10/2 ve 63 hükümleridir. SPKn md. 63 hükmü bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğunu düzenlemektedir. SPKn md. 10/2 hükmü ise SPKn md. 32 hükmüne atfı yaptığından, SPKn md. 32/2 hükmündeki atfın aynı maddenin diğer fıkralarına yapıldığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Bağımsız denetim raporları izahnamenin içerisinde yer alabileceği gibi izahnameden bağımsız olarak olağan TTK anlamında ortaklığın yıllık finansal tablolarının denetlenmesi amacıyla münferiden hazırlanabilecektir. İzahname bir ortaklığın sermaye piyasası aracı ihracında hazırlanmaktadır. İzahname ekinde finansal tabloların yer alması zorunluluğu SPKr (II-17.1) sayılı Tebliğ md. 10 hükmünde düzenlenmiştir. Bu finansal tabloların bağımsız denetimden geçirilmiş olması gerekmektedir. Kural olarak bir ortaklık izahnamesinde yer alan finansal tabloları ihraç tarihindeki finansal tabloları olmadığı gibi bu tablolara ait yeni bir bağımsız denetim raporu almaz. Söz konusu finansal tablolar ve ilgili denetim raporları anılan Tebliğ md. 11 hükmünde belirlendiği üzere ihraç/satış tarihine göre son üç aylık vs. raporlarıdır. Dolayısıyla, bağımsız denetçi, ortaklığın ihraç yapması nedeniyle özel bir bağımsız denetim çalışması yapmadığı gibi ayrı bir rapor da yazmamaktadır.

⁶¹⁹ Kanaatimizce, SPKn md. 14 hükmünün de dikkate alınması ile hükümde ifade edilen “gibi” ifadesi içerisinde bağımsız denetim raporları da girmektedir.

Öte yandan, izahname bir kamuyu aydınlatma belgesi olmakla birlikte kendisi, özeti, ekleri, atıfları ile bir bütün teşkil edecek şekilde hazırlanmaktadır. Dolayısıyla, izahname denildiğinde tüm bu hususlar birlikte değerlendirilmelidir. Örneğin, izahnamenin ekinde yer alan veya atıf yapılan bağımsız denetim raporunu ortaklık hazırlamamakla birlikte izahnamesinde kullanmaktadır. Bu durumda da söz konusu raporun gerçeği yansıtmaması halinde sorumluluk kime ait olmalıdır? Sadece bağımsız denetçi yahut ortaklık denilebilir mi? Kanaatimizce, böyle bir durumda raporu hazırlayan ve raporu kullananın sorumluluğundan şüphe duyulmamalıdır. İşte tam bu noktada SPKn md. 32/3 hükmünün anlamı ortaya çıkmaktadır.

SPKn md. 32/3 hükmü md. 10/1 bakımından genel hüküm niteliğinde olup, izahnameden kaynaklanan sorumluluk bakımından da uygulama alanı bulur. Bu hüküm ABD hukukunda 1933 tarihli Kanun md. 11 hükmünde düzenlenen “*due diligence*” savunmasının bir benzerini teşkil etmektedir. Söz konusu hükümde özetle kamuyu aydınlatma belgesindeki yanlış, yanıltıcı ve eksikliği bilmediğini ve bunun kast veya ağır ihmalinin sonucu olmadığını ispatlayanların sorumluluğu bulunmamaktadır⁶²⁰. Örneğin, izahnamesi yayınlanan ihraççının son finansal tablolarını denetleyen bağımsız denetçi, ihraççı ortaklığın sermayesinin büyük bir kısmını oluşturan patent hakkına ilişkin bir davayı kaybetmek üzere olduğu bilgisini raporunda yer vermez ise veya ihraççının stok bilgilerindeki ciddi bir eksikliği dikkate almaz ise SPKn md. 32/3 hükmünden yararlanamayabilecek ve ihraççı ile birlikte üçüncü kişilere karşı müteselsil sorumlu olacaktır. Buna karşın aynı bağımsız denetçi, ihraççının işletmesi ile işlem yapan müşteri sayısında bir hata yapmış ise SPKn md. 32/3 hükmünden yararlanabilecektir.

Dolayısıyla, izahname içerisinde yer alan veya atıfta bulunulan gerçeğe aykırı bağımsız denetim raporu nedeniyle sorumluluk SPKn md. 32/3 hükmü çerçevesinde izahnameden sorumlu olan kişiler ile denetçide olmak durumundadır.

⁶²⁰ ABD hukukunda da izahnameden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin 1933 tarihli Kanun md. 11 hükmü uyarınca ihraççı (*issuer*) her durumda sorumlu olup, koşulları var ise SPKn md. 32/3 hükmüne benzer olan md. 11/e hükmünde yer verilen “*due diligence*” savunmasını yapabilmektedir. Bu husustaki önemli bir ABD Yüksek Mahkemesi kararı için bkz. İnternet: *Ernst & Ernst v. Hochfelder* (425 U.S. 185). Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Ayrıca, SEC’nin 1933 tarihli Kanuna ilişkin 176 nolu Kural’ında davalının bu savunmasını ispatlamasına yönelik değerlendirmede ele alınacak kıstaslara yer verilmiştir.

Bu bağlamda, SPKn md. 10 ve 32 hükümleri uyarınca denetçilerin izahnameden dolayı sorumluluğu ile izahnameden bağımsız olarak düzenledikleri kendi raporları nedeniyle doğan sorumluluklarına ayrı ayrı bakılmalıdır.

İzahname içerisinde olan bağımsız denetim raporlarından kaynaklanan sorumluluğa ilişkin olarak; SPKn md. 32/1 hükmünde, SPKn md. 10/1 hükmünden farklı olarak sorumluluk derecelendirmesi yapılmaksızın, md. 10 hükmünde sorumlu olduğu belirtilen kişiler ile kamuyu aydınlatma belgeleri üzerinde imzası bulunanlar arasında müteselsil sorumluluk olduğunu ifade etmektedir. SPKr'nun (II-5.1) sayılı İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği md. 7/4 hükmü uyarınca kural olarak izahnamelerin ihraççı, varsa halka arz eden ve Tebliğin md. 4/1-t hükmünde tanımlanan halka arza yetkili aracı kurum ve yatırım ve kalkınma bankaları tarafından imzalanması gerekmektedir. Dolayısıyla çalışma konumuz olan bağımsız denetçiler izahnameyi imzalamamaktadırlar. Bağımsız denetçilerin imzaladıkları tek belge olan bağımsız denetim raporları izahnamenin içerisinde ek veya atıf yapılmak suretiyle yer almaktadır. Bu durumda bağımsız denetçilerin izahname nedeniyle SPKn md. 32/1 hükmü uyarınca ihraççı ile birlikte birincil düzeyde müteselsil sorumluluğu olduğu iddia edilebilecektir. Zira ihraççı izahnameyi imzaladığı için denetçi ise izahname içerisinde yer alan raporunu imzaladığı için sorumludur.

Şöyle ki, izahname ekinde yer alan bağımsız denetim raporundaki yanlışlık nedeniyle zarara uğrayan yatırımcılar bakımından ilk başvurulacak hüküm izahnameden kaynaklanan sorumluluk hükmü olan SPKn md. 10 hükmüdür. Bu hükmün birinci fıkrası uyarınca sorumlu olanlar belirlidir. Bu kişilerin yanında SPKn md. 10/2 uyarınca bağımsız denetçilerin de sorumluluğu söz konusudur. İzahnameden kaynaklanan sorumlulukta SPKn md. 10/1 hükmüne başvurulmaksızın doğrudan hükmün ikinci fıkrasında gidilememelidir. Aksi takdirde zarara uğrayan yatırımcının zararının giderilmesinin sağlanması izahnameden kaynaklanan sorumluluk rejiminin amacıyla bağdaşmayacaktır. Kaldı ki, SPKn md. 10/2 hükmünde izahname nedeniyle uğranılan zararlardan denetçilerin “de” sorumlu olduğu ifade edilmek suretiyle asıl sorumluluğun birinci fıkradaki kişilerde olduğu işaret edilmiştir. Ayrıca ortaklık izahnamesine aldığı tüm bilgi ve belgeleri kullanmak suretiyle ihraç edeceği sermaye piyasası aracını satmak istemektedir. Diğer bir ifadeyle ortaklık söz konusu raporları kullanmaktadır. İşte bu halde SPKn md. 10/2 hükmündeki atıf nedeniyle SPKn md. 32/2 hükmü uygulanacaktır. SPKn md. 32/2 hükmünde ise denetçilerin bu Kanuna göre sorumlu olacakları diğer bir ifade ile (md. 10 hükmüne geri atıf yapıldığı düşünülemeyeceğinden) SPKn md. 32/1 hükmü uyarınca sorumlu olacağı ifade edilmiştir.

Bu durumda da özetle, ihraççı SPKn md. 10/1 uyarınca, denetçi ise SPKn md. 10/2 atfı ile md. 32/2 ve onun atfı olan md. 32/1 uyarınca birlikte sorumlu olacaktır. Ancak gerek izahname ve ekinde yer alan bağımsız denetim raporu dışındaki bilgiler bakımından bağımsız denetçilerin gerek bağımsız denetim raporu dışında yer alan belgeleri imzalayanların bağımsız denetim raporu bakımından SPKn md. 32/3 hükmü uyarınca sorumluluktan kaçınma imkânları bulunmaktadır.

Böylelikle, bağımsız denetçilerin izahname nedeniyle SPKn md. 32/2 hükmü atfı dolayısıyla SPKn md. 32/1 hükmü uyarınca SPKn md. 10/1 çerçevesinde sorumluluğu bulunanlar ile müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır. Bu sorumlulukta, bağımsız denetçilerin veya ihraççının SPKn md. 32/3 hükmünden yararlanmalarının mümkün olması onlar lehine önemli bir sorumluluktan kaçınma hali olarak değerlendirilmelidir.

Öte yandan, SPKn md. 10 hükmünde ihraççının birinci dereceden sorumlu olacağı ifade edilmiş iken SPKn md. 32 hükmünde müteselsil sorumluluktan bahsedilmiştir. Buradaki müteselsil sorumluluğu TTK md. 557 hükmündeki farklılaştırılmış teselsül olarak değil TBK md. 60-61 ve 162 vd. hükümlerinde yer alan müteselsil sorumluluk olarak algılanılması gerekmektedir. Ayrıca TTK md. 7 hükmündeki karinenin koşulları oluşmadığı için burada uygulama kabiliyetinin bulunmadığının da kabulü gerekir. Kanaatimizce, SPKn md. 10 hükmünde izahnameden kaynaklı olan sorumlulukta SPKn md. 32/1 hükmündeki klasik müteselsil sorumluluk hükümlerinin değil izahname bakımından özel düzenleme olan SPKn md. 10 hükmündeki dereceli sorumluluk prensibince uygulama yapılması gerektiği düşünülmektedir. Zira her ne kadar SPKn md. 32/2 hükmü uyarınca bağımsız denetçilerin sorumluluğu konusunda *“bu Kanun hükümleri”* uyarınca sorumlu oldukları ifadesinden izahname kaynaklı sorumluluklarda da SPKn md. 32 hükmünün uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmış ise de bunun SPKn md. 10 hükmünde ayrıca düzenlenmeyen haller ile sınırlı olması gerekmektedir. SPKn md. 10 hükmü izahnamelere ilişkin özel bir düzenleme olup, öncelikle uygulanabilir niteliği haizdir.

Bu nedenle bağımsız denetçiler, izahname içerisinde yer alan bağımsız denetim raporundan dolayı SPKn md. 10/1 hükmünde yer alan ihraççı ile birlikte birincil düzeyde müteselsilen sorumludur. Bunlardan zararın tazmin edilememesi halinde SPKn md. 10/1 hükmünde ikincil sorumluluğu bulunan kişilere gidilmesi mümkün olup, gerek ihraççının gerek ikincil sorumluluğu bulunan kişilerin SPKn md. 32/3 hükmünden yararlanmaları mümkündür.

Bu noktada SPKn md. 10/2 hükmünün varlık gerekçesi sorgulanabilir. SPKn md. 10/2 hükmü olmasa idi bağımsız denetçilerin SPKn md. 10/1 hükmünde yer alan sınırlı sayıdaki sorumlu kişiler arasında yer almaması nedeniyle sorumluluğu söz konusu olmayacaktı denilebilir mi? Bu soruya olumsuz cevap verilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce, SPKn md. 32/1 hükmünde “izahname” ifadesinin kullanılması ve SPKn md. 10/2 hükmündeki “...izahnemede yer almak üzere hazırlanan raporları...” ile md. 32/2 hükmündeki “kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan...raporları” ifadeleri aynı hususu düzenlediğinden, md. 10/2 hükmü olmasa da denetçiler bakımından md. 32/2 uyarınca sorumluluk doğacaktı. SPKn md. 10/2 hükmü sadece SPKn md. 32 hükmüne işaret eden bir hüküm niteliğine sahiptir. Ancak, sorumlu olan kişiler bakımından bir derecelendirme yapılmış olması nedeniyle md. 10/2 hükmü denetçileri birincil derecede sorumlu hale getirmiştir.

İzahnameden bağımsız olarak hazırlanan bağımsız denetim raporlarından kaynaklanan sorumluluğa ilişkin olarak; Bağımsız denetçilerin SPKn md. 14 ve TTK md. 397 vd. hükümleri çerçevesinde ortaklıkların yıllık finansal tabloları üzerinde gerçekleştirdikleri bağımsız denetim faaliyetleri sonucunda imzalayarak denetlenen ortaklığa teslim ettikleri ve kamuya açıklanan bağımsız denetim raporları bakımından ne şekilde sonuca ulaşılması gerektiği hususu incelenmelidir. Bu raporlar, SPKn md. 32 anlamında bir kamuyu aydınlatma belgesi niteliğinde olup, bağımsız denetçi tarafından imzalanmaktadır. Bu raporlardaki yanıltıcı, yanlış ve eksiklikler nedeniyle doğan zararların tazmininde SPKn md. 32/1 hükmünde yer alan “10 uncu madde çerçevesinde, aynı maddede sorumlu olduğu belirtilen kişiler ile... müteselsilen sorumludur.” ifadesi nedeniyle bağımsız denetçi ile ihraççının müteselsilen sorumlu oldukları sonucu çıkarılmaktadır. Bu kişilerden zararın tazmin edilememesi halinde SPKn md. 10/1 hükmünde ikincil sorumluluğu bulunan kişilere müracaat edilmesi SPKn md. 32/1 hükmünün lafzı uyarınca mümkündür. Ancak ihraççının ve diğer ikincil sorumluluğu bulunan kişilerin SPKn md. 32/3 hükmünden yararlanmaları mümkündür. Kaldı ki, böyle bir olasılıkta ihraç söz konusu olmadığından ikincil sorumluluğu bulunan halka arz eden, aracı kurum, garantörün sorumluluğu zaten söz konusu olmayacaktır. Kanun koyucunun SPKn md. 10 hükmünde bulunanları kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumluluk içerisinde her zaman olmasının istemesinin nedeninin kamuyu aydınlatma belgelerinin sadece halka açık ortaklıklara ilişkin olduğunun kabulü olarak değerlendirmek mümkündür.

Sonuç olarak, çalışma konumuz olan bağımsız denetçiler bakımından gerek izahname gerek diğer kamuyu aydınlatma belgeleri bakımından doğan sorumlulukta uygulanacak asıl hüküm SPKn md. 32 hükmüdür.

c) Bağımsız Denetçinin Sorumluluğunun Koşulları

(1) Yanıltıcı, Yanlış veya Eksik Bağımsız Denetim Raporu

Haksız fiil sorumluluğunun ilk koşulu olan davranış unsuruna tekabül eden bu unsur gereğince sorumluluğun doğması için öncelikle bağımsız denetçi tarafından yanıltıcı, yanlış veya eksik olan bir bağımsız denetim raporu yazılmalı ve bunun kamuya duyurulması gerekmektedir. Bu anlamda bağımsız denetim raporu da bir kamuyu aydınlatma belgesi niteliğindedir⁶²¹. Çalışmamızın bu kısmında kamuyu aydınlatma belgeleri için yapılan açıklamalarımız ile kastedilen asıl husus bağımsız denetim raporlarıdır.

Bağımsız denetim raporlarının yanıltıcı, yanlış veya eksik olması halinde sorumluluk doğacaktır. TDS'ye uyumlu olarak hazırlanarak Kurul düzenlemeleri çerçevesinde kamuya duyurulmayan bir bağımsız denetim raporundan kaynaklı olarak bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı hukuki sorumluluğu doğmaz.

SPKn md. 32 hükmünde yanlış, yanıltıcı veya eksik olma halleri sayılmıştır. Bağımsız denetim raporunun yanlış olması, bağımsız denetçinin denetlediği ortaklığın finansal tablolarındaki gerçek dışılığı tespit etmemesi veya eksikliği yanlış teşhis etmesidir. Örneğin ortaklığın satın almış olduğu ve finansal tablolarında yer alan bir gayrimenkulün varlığından bahsetmekle beraber bu gayrimenkulün bulunduğu coğrafi konumunda hata yapılması hali rapordaki yanlışlık olarak değerlendirilmelidir. Yanıltıcılık ise denetçinin raporunda yer verdiği bilginin kağıt üzerinde doğru olmasına rağmen diğer veriler ile birlikte değerlendirildiğinde olması gerektiğinden farklı bir sonuca ulaştırma niteliği olarak tanımlanabilecektir. Başka bir anlatımla, denetim raporundaki yanıltıcılık, raporda yer alan bilginin, kullanıcısının karar alma aşamasında etkisinin ve onun doğru karar vermesini engelleyen bir yönünün olmasını ifade etmektedir. Örneğin, ortaklığın yeni aldığı bu gayrimenkulün coğrafi konumunun da doğru yazılmasına rağmen bu gayrimenkul üzerinde bir mülkiyet ihtilafının olmasından bahsedilmemesi yanıltıcılık olarak değerlendirilmelidir. Bağımsız denetim raporundaki eksiklik ise bağımsız denetim raporunda yer alması gereken

⁶²¹ Bağımsız denetim raporunun bir kamuyu aydınlatma belgesi olduğuna ilişkin olarak bkz. yuk. I/A/2/c.

bir veriye yer verilmemesidir. Örneğin, satın alınan bu gayrimenkulden hiç bahsedilmemesi bir eksikliktir.

Bu unsurların birbirleri ile yakın ilişki içerisinde olduğu görülmektedir. Diğer bir ifade ile örnekteki gayrimenkulün coğrafi yerinin yanlış belirtilmesi bir yanıltıcılık olarak değerlendirilebileceği gibi bu gayrimenkul üzerindeki rehin hakkından bahsedilmemesi bir eksiklik veya yanıltıcılık sayılabilecektir. Bu hususta somut olayda mahkeme tarafından yapılacak değerlendirme önem arz etmekle beraber bunun pratik bir sonucu bulunmamaktadır. Zira davacı konumundaki üçüncü kişi raporun yanlış, yanıltıcı veya eksik olmasından dolayı tazminat talep etmektedir. Buna göre eğer davacı rapordaki “yanlışlık” için dava açmış ama raporun yanlışlığından değil rapordaki “eksiklik”ten bahsedilmekte ise bu durumda davacının davasının reddine gerek olmadığı düşünülmektedir. Kaldı ki, davacı kolaylıkla eksik olan raporun zaten yanlış sayılması gerektiğini veya yanıltıcı olduğunu iddia edebilecektir. Bu unsurların her biri ayrı birer vakıya tekabül etmediği gibi davacının talep sonucunu da değiştirmedeğinden HMK bakımından da davanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağına tabi olmaksızın davacı davasına devam edebilmelidir⁶²².

SPKn md. 32 hükmünde yanlış, yanıltıcı ve eksikliğin derecesi konusunda herhangi bir açıklık yer almamaktadır. Her türlü yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgidен kaynaklı bir sorumluluk olabilir mi? TDS’deki “önemlilik” kavramı bu noktada kilit bir rol oynamaktadır. TTK md. 397/1 uyarınca TDS’nin de uyumlu olacağı BDS-ISA 200/6 ve BDS-ISA 320 standartı düzenlemelerinde önemlilik (*materiality*) kavramına yer verilmiştir. Denetçinin denetleme planı yaparken ve denetim faaliyetini sürdürürken dikkat etmesi gereken bir durum olan “önemlilik” aslında denetçinin denetlediği finansal tabloların gerçeği yansıtması konusunda varacağı sonucu etkileyecek bilginin sahip olması gerektiği haldir. Denetçi finansal tablolardaki önemli bir bilgiyi dikkate almaz ise sorumlu olacaktır. Dolayısıyla denetçi, önemli olmayan bir bilgi konusunda yanıltıcı, yanlış veya eksik bilgi sunacak olur ise sorumlu olmayacaktır. Kısaca ifade edilmelidir ki, “önemlilik” kavramının iki yüzü bulunmaktadır. Bir yönü ile denetçinin faaliyetlerini yürütürken dikkate alması gereken bir unsur iken diğer yönü ile de dikkate alınmamış bir önemli nitelikte bilgidен ileri gelen sorumluluğunun kaynağıdır. Diğer bir ifade ile “önemlilik” bir yandan denetçinin davadaki savunmasını diğer yandan ise sorumluluğunu oluşturmaktadır.

⁶²² Davayı genişletme ve değiştirme yasağı davacının talebinde veya ileri sürdüğü vakılardaki bir değişiklik halinde gündeme gelecektir. Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 311.

Yukarıda bahsi geçen BDS-ISA düzenlemeleri uyarınca, bağımsız denetim raporunun kullanıcıları olan yatırımcıların, denetlenen ortaklığın finansal durumu hakkındaki ekonomik kararlarında etkide bulunması makul olan rapordaki yanlış ve yanıltıcı⁶²³ (*misstatement*) veya eksik (*omission*) bilgiler önemli (*material*) sayılmıştır. Bu unsurlar tek başına veya birlikte aynı niteliği haiz olabilirler. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus bu yanıltıcı ve eksiklikler finansal tabloların tamamı üzerinde etkili olmalıdırlar. Ayrıca “önemlilik” subjektif koşullara göre belirlenecektir. Önemli olmayan yahut finansal tabloların tümü üzerinde etkide bulunmayan bir yanıltıcılık veya eksiklik “*material*” sayılmadığından denetçinin sorumluluğunu doğurmaz.

SPKn içerisinde bu hususta özel bir düzenleme bulunmadığı gibi TTK md. 554 hükmünde de bu hususta açık bir hüküm bulunmamaktadır. TTK md. 554 hükmü, kaynak İsviçre OR hükmünde de yer aldığı üzere kanuni yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedeniyle sorumluluğun doğacağını ifade etmekle yetinmiştir. Denetçilerin kanuni yükümlülüklerinden biri de denetim faaliyetleri sırasında da uygulama alanı bulan “önemlilik” kavramıdır. Böyle bir sonuca SPKn md. 14/3 hükmü aracılığı ile de ulaşmak mümkün olmakla birlikte, bu konuda açık bir düzenlemeye yer verilmesinin uygulama bakımından daha açık ve süratli bir yargılama yapılmasını sağlayacağı şüphesizdir.

Sonuç olarak, kanaatimizce, Türk hukuku bakımından da SPKn md. 32 hükmü uyarınca sorumluluğun doğabilmesi için rapordaki yanlış, yanıltıcı veya eksik bilginin “önemli” olması gerekmektedir. Rapordaki bu nitelikleri haiz bilginin önemliliği, yatırımcıların denetlenen ortaklığın finansal durumu hakkındaki ekonomik/yatırım kararı vermesi aşamasında bir etkisinin olmasının makul sayılmasını ifade eder. Raporda birden çok yanlışlık, eksiklik veya yanıltıcılık olabilir. Bunların her biri kendi başına önemli niteliği haiz olabileceği gibi bir araya getirilerek de önemli hale gelebilirler. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, bu niteliğin finansal tabloların tamamı üzerinde etki etmesi gerektiğidir. Diğer bir ifade ile yatırımcıların karar vermesi aşamasında finansal tabloların tamamı

⁶²³ “*Misstatement*” kavramı yanlış (*false*) ve yanıltıcı (*mislead*) kavramlarını karşılayan bir üst kavram olarak değerlendirilmektedir. Biz de çalışmamızda bu tanımları bu şekilde kullanmaktayız. Bu kavram içerisine eksiklik (*omission*) kavramı girmemektedir. Bu nedenle ISA tarafından “*omission*” kavramı sürekli “*misstatement*” kavramı içerisinde sayıldığı ayrıca belirtilmektedir. Örneğin, ISA 200/6, ISA 320/2 hükümleri bu şekilde kaleme alınmaktadır. “*Misstatement*” kavramının tanımı için bkz. Black’s Law Dictionary, s. 1091. ISA 450 Standardında ise denetçinin finansal tablolardaki “*misstatement*” kavramını ne şekilde tahlil edeceği açıklanmıştır.

üzerinde bıraktığı etkinin değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu da makul bir yatırımcının yapacağı değerlendirmeye göre belirlenmelidir⁶²⁴.

Mukayeseli hukuka baktığımızda ise Alman Menkul Kıymet İşlemleri Kanunu (WpHG) md. 37b ve 37c hükümlerinde sırasıyla sorumluluğu doğuracak olan bilgideki eksiklik (*omission, die unterlassung*) ve yanıltıcılık (*inaccurate, unrichtigkeit*) unsurlarından bahsedilmiştir. Ancak bu hükümlerde eksik veya yanıltıcı olan bilginin “*inside information*” (*Insiderinformation*) olması gerektiği ifade edilmiştir⁶²⁵. Anılan Kanunun 13 üncü maddesinde ise “*insider information*” kavramı tanımlanmıştır. Bu tanıma göre, “*insider security*”⁶²⁶ (*Insiderpapiere*) veya bunların ihraççıları hakkında henüz kamuya açıklanmamış durumda olan ancak kamuya açıklanması halinde “*insider security*”nin fiyatında veya işlem gördüğü borsada önemli bir etkisinin olması muhtemel olan bilgidir. Aynı hükümde, makul bir yatırımcının yatırım kararı vermesi için hesaba katacağı yahut dikkate alacağı bir bilginin “*insider information*” kapsamında olduğu ifade edilmiştir. Dolayısıyla denetçinin raporundan kaynaklanan bir sorumluluğu olması için raporundaki eksiklik veya yanıltıcılığın “*insider information*” niteliğini haiz olması, yani denetlenen ortaklığın hisse fiyatlarını etkileyen, yatırımcıların kararlarını etkileyen bir niteliğe sahip olması gerekmektedir.

İsviçre OR md. 755 hükmünde de Türk hukukuna benzer şekilde bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak TTK md. 549 hükmünün kaynağı olan OR 752 hükmünün hem birincil hem de ikincil piyasalar bakımından uygulanabilirliği nedeniyle denetçilerin yanlış, yanıltıcı ve mevzuatın öngördüğü gerekliliklere aykırılık teşkil eden nitelikteki bilgiden kaynaklanan sorumluluğu söz konusudur. İsviçre OR md. 728c uyarınca denetim faaliyetlerinde “*material*” bir hukuka aykırılık tespit etmesi halinde bunu denetlenen ortaklık genel kurulu da dâhil olmak üzere belirtilen diğer ilgili yerlere bildirmek durumundadır.

⁶²⁴ Örneğin ABD hukukunda SEC’nin 1933 tarihli Kanuna dair 405 nolu düzenlemesinde “*material*” kavramı, ortalama makul bir yatırımcının (*reasonable investor*) menkul kıymet alımı konusundaki kararı bakımından söz konusu bilgiye atfettiği önem olarak ifade edilmeye çalışılmıştır.

⁶²⁵ SPK’nın (II-15.1) sayılı Özel Durumlar Tebliği md. 4/1-ç hükmünde yer alan “içsel bilgi” kavramı “*sermaye piyasası aracının değerini, fiyatını ve yatırımcıların yatırım kararlarını etkileyebilecek henüz kamuya açıklanmamış bilgi*” olarak tanımlanmıştır. Her ne kadar bu kavram Alman hukukundaki bahsi geçen kavrama çok benzese de, çalışmamızda kavramsal karışıklığa yol açmamak amacıyla orijinal adını kullanmayı yeğleyeceğiz.

⁶²⁶ Anılan Kanun md. 12/1 hükmüne göre bu tür menkul kıymetler (*insider securities*), (1) Alman menkul kıymet borsalarında, resmi veya gayri resmi teşkilatlanmış pazarlarda işlem görmesi kabul edilmiş olan, (2) diğer AB üyesi veya Avrupa Ekonomik Alanı sözleşmesini imzalayan ülkelerdeki organize piyasalarda işlem görmesi kabul edilmiş olan ve (3) fiyatı ilk iki halde sayılan menkul kıymetlere doğrudan veya dolaylı olarak bağlı olan finansal araçlar olarak tanımlanmıştır.

Böylelikle İsviçre OR md. 752 uyarınca yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle denetçinin sorumluluğuna gidildiğinde sorumluluğun nedeni olan bilginin “*material*” olup olmadığı hususu da irdelenebilecektir. Bu sonuca Türk hukuku bakımından da ulaşmak mümkündür. Ancak “*materiality*” kavramı denetçiler bakımından denetim standartları uyarınca söz konusu olduğu için bu şekilde dolaylı yollara başvurulmaksızın da denetçinin sorumluluğunda “*materiality*”nin dikkate alınacağını ifade etmek yeterli ve gereklidir.

ABD hukukunda ise 1933 tarihli Kanun md. 11/a hükmünde gerçek olmayan, yanıltıcı veya eksik olan bilginin “*material*” olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir. Benzer bir düzenleme aynı Kanun md. 12/a-2 hükmü ile 1934 tarihli Kanun md. 10 ve SEC’nin bu Kanuna ilişkin 10b-5/b nolu düzenlemesinde de bulunmaktadır. ABD’de SEC tarafından çıkarılan Regulation FD (*Fair Disclosure*) düzenlemesinde de “*materiality*” kavramı detaylı olarak irdelenmiştir⁶²⁷. ABD uygulamasında “*materiality*” kavramı hem birincil hem de ikincil piyasalar bakımından önem arz etmektedir. Bu kavramın ne anlama geldiği konusunda ABD Yüksek Mahkemesi bir kararında makul bir yatırımcının önemli olarak değerlendireceği ve yatırımcılar üzerinde etkisi olması muhtemel bilgi olarak tanımlamıştır⁶²⁸. ABD uygulamasında daha sonra makul yatırımcının veya ortağın (*reasonable investor*) kim olduğu bulunmaya çalışılmıştır. Bu husus Türk hukukunu da ilgilendirmektedir. Zira Türk hukukunda da bir bilginin önemli olup olmadığının araştırılmasında makul bir yatırımcının baz alınmasını gerekecektir. Bir ABD federal mahkemesi tarafından verilen kararda spekülâtörlerin de makul yatırımcı içerisinde yer aldığını zira *material* bilgideki sorun sadece anlık kazançları ilgilendirmemekte, bunun yanında ortaklığın geleceğini de ilgilendirdiğinden spekülâtörlerin de bu korumadan yararlanmaları gerektiğini hükmetmiştir⁶²⁹. Bu nedenle makul yatırımcıyı sadece parasını

⁶²⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. I/A/2/c, dn 34.

⁶²⁸ Hazen, T.L. (2002). *The Law of Securities Regulation*, West Group, 4. Bası, Minnesota/ABD, s. 598-599, 610-611. Ayrıca bkz. İnternet: *Mills v. Electric Auto-Lite Co.* (396 U.S. 375). Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Mahkeme daha sonra benzer bir şekilde “*materiality*” kavramını makul bir ortağın ne şekilde oy vereceği hususunda önemli addetmesinin ciddi bir şekilde olası olduğu bilgi olarak tanımlamıştır. *TSC Industries, Inc. v. Northway, Inc.* (426 U.S. 438). Mahkeme daha sonra bu görüşünü başka bir önemli kararıyla tekrarlamıştır. *Basic, Inc. v. Levinson* (485 U.S. 224). Söz konusu kararlar www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁶²⁹ *SEC v. Texas Gulf Sulphur Co.* (401 F.2d 833, 849). Başka bir mahkeme kararında ise ortaklığın gelirlerindeki %1,7 lik farklılığı “*material*” olarak değerlendirmemiştir. *Ganino v. Citizens Utilities Co.* (228 F.3d 154). Bir başka ABD federal mahkemesi kararında makul yatırımcının ne kafasını kuma gömerek ilgili bilgiden kafasını saklayan deve kuşu ne de olayları ve yatırım riskini anlamayacak düzeydeki bir çocuk olduğu ifade edilmiştir. Ancak *Basic* kararında ifade edildiği üzere tüm bilgileri birlikte değerlendirilmesi ile ortaya çıkarılabilecek “*materiality*”nin her somut olayın kendi özelliklerine göre belirlenebileceği de ifade edilmiştir. *Hillson Partners L.P. v. Adage, Inc.* (42 F.3d 204, 213). Bir başka mahkeme kararında da şirketin CEO’sunun aldığı ekonomi eğitimi üçüncü sınıfta bırakmasına rağmen mezun olmuş gibi bildirmesinin “*material*” bir

sermaye piyasalarında da değerlendirilen aslında başka mesleklerle iştigal eden kişi olarak değerlendirmemek gerekmektedir. Bu durum ise denetçinin sorumluluğunu sınırlandırılmasına neden olabilecektir.

Son olarak ifade edilmesi gerekir ki, dava konusu bilginin önemli olduğu hususunun iddia eden konumundaki davacının ispatlaması gerekmektedir⁶³⁰.

(2) Zarar

Zarar olmaksızın tazmini gereken herhangi bir sorumluluk da olamaz. Ancak hukukta her tür zararın tazmin edilmesi kabul edilmemiş ve bu tür zararlara zarar görenin katlanması gerekmiştir. Bu nedenle haksız fiil hukukunda zarar ile sorumluluk birbiri ile her zaman paralellik teşkil etmezler. Hangi zararların tazmin edileceği hususu ise çoğu zaman bir hukuk politikası sorunudur.

Yukarıda⁶³¹ ifade edildiği üzere bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumlu olduğu hallerde, üçüncü kişiler ile denetçi arasında herhangi bir sözleşmesel ilişki de bulunmadığı hususu dikkate alınarak, verilen zararın niteliği saf malvarlığı zararıdır. Saf malvarlığı zararlarının tazmin edilebilirliği tartışmalı olmakla birlikte, Türk hukuku bakımından mevzuatta izin verildiği haller bakımından TBK md. 49 hükmünde yer alan koşulların varlığı halinde saf malvarlığı zararlarının tazmin edilebileceği kabul edilmelidir.

Bu bölümde açıklanmaya çalışılan hususa ilişkin zararların maddi, manevi, müspet, menfi, doğrudan, dolaylı zarar olup olmadığının bir önemi bulunmamaktadır. Bu zararların tamamı ekonomik zararlar olup, ya fiilen gerçekleşmek suretiyle ya da müstakbel kardan yoksun kalınmak suretiyle oluşmaktadır.

Uygulama açısından bakıldığında, üçüncü kişi kavramı denetlenen ortaklık dışındaki herkes olabilir. Bunun içerisine ortaklığın pay sahipleri, tahvil sahipleri dâhil tüm alacaklıları, borsada yatırım yapmayı düşünen yatırımcılar da girmektedir.

bilgi olmadığına hükmetmiştir. *Greenhouse v. MCG Capital Corp.* (392 F.3d 650). Söz konusu kararlar web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁶³⁰ ABD uygulamasında örnek bir karar için bkz. *J&R Marketing, SEP v. General Motors Corp.* (519 F.3d 552). Web. www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁶³¹ Bkz. yuk. V/A/3/b.

Zarar ile açıklanması gereken başka bir husus ise zararın ispatının davacı-zarar görene ait olmasıdır. Bu husus TBK md. 50/1 hükmünde açıkça ifade edilmiştir.

Zararın ne şekilde belirleneceği veya nasıl tanımlanacağına ilişkin açık bir düzenleme SPKn içerisinde yer almamaktadır. Kanaatimizce, aşağıda illiyet bağı unsuru konusunda ayrıntılı olarak incelenecek olan SPKn md. 32/4 hükmünün zarar unsuru bakımından da değerlendirilmesi gerekmektedir. SPKn md. 32/4 hükmünde kanun koyucu tarafından sorumluluk davasında illiyet bağının kurulmasına ilişkin bir karine benimsediği görülmektedir. Buna göre de anılan hükümde kamuyu aydınlatma belgesinin yayınlanması sonrasında yatırımcının borsadaki alım-satım bedeli ile kamuyu aydınlatma belgesindeki yanlış, yanıltıcı ve eksikliğin giderilmesinin hemen ardından yatırımcının borsada tersi alım-satım işlemi yapması nedeniyle doğan zararının tazmininde illiyet bağının kurulduğu ifade edilmiştir. Bu hükme bakıldığında yatırımcının zararının belirlenmesinde kamuyu aydınlatma belgesinin ardından borsada alım-satım işlemi ile bu belgenin gerçeğe uygun hale gelmesinin ardından gerçekleştirdiği borsadaki alım-satım işlemi arasındaki fark zarar olarak belirlenmiştir. Ancak bu şekilde basit bir yolla zararın belirlenmesi yatırımcıların haklarının korunması bir yana yatırımcıların gerçek zararlarının belirlenmesinden uzaktır.

Örnek vermek gerekirse; payları borsada işlem gören (x) şirketinin finansal tablolarına ilişkin bağımsız denetim raporunda yer alan olumlu görüşün kamuya duyurulmasının ardından borsada hisse başına 50 birim ödemek suretiyle alım işlemi gerçekleştiren yatırımcı, (x) şirketine ilişkin bağımsız denetim raporunun gerçeği yansıtmadığına ilişkin bilginin kamuya açıklanmasının hemen ardından hisseleri borsada hisse başına 35 liradan satmıştır. Bu durumda SPKn md. 32/4 uyarınca yatırımcının zararı 15 birimdir. Bu basit bir tablodur. Ancak geçen bu süre içerisinde (x) şirketinin sermaye artırımı veya azaltımı yapması gibi hisse değerini değiştiren özellikli işlemler gerçekleştirmesi hallerinde zararın ne şekilde belirleneceği, yatırımcının gerçek bilginin açıklanmasından evvel satım işlemi gerçekleştirilmesi halinde zararının olup olmayacağı veya varsa ne şekilde belirleneceği, keza örnekteki yatırımcının gerçek bilginin yayınlanmasının ardından hiç satım yapmaması halinde zararını tazmin edip edemeyeceği, tüm bunlardan bağımsız olarak (x) şirketinin halka açık olmasına rağmen paylarının borsada işlem görmemesi halinde herhangi bir zarar tespitinde bulunulup bulunulamayacağı açık değildir.

Görüldüğü üzere, SPKn md. 32/4 hükmü üçüncü kişilerin zararlarının ne şekilde belirleneceğine ilişkin bir açıklık barındırmamaktadır. Bu hususta haksız fiil hukukuna

ilişkin genel kurallar işleyecek ve yatırımcı gerçek zararını ispatlamak suretiyle de tazmin talep edebileceğinin kabulü gerekmektedir.

i. Alman-İsviçre Hukukunda Tazmini Gereken Zarar

Alman hukukuna baktığımızda öncelikle ikili bir ayırım yapılmalıdır. Kamuya aydınlatma belgesi ilk halka arzda sözkonusu ise Alman Menkul Kıymet İzahname Kanunu (WpPG⁶³²) md. 21 hükmü; halka arz sonrası ikincil piyasada gerçekleştirilen kamuyu aydınlatmadan kaynaklanan bir sorumluluk söz konusu ise Alman Menkul Kıymetler İşlemleri Kanunu md. 37b ve 37c hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Zararın belirlenmesine ilişkin olarak iki kanunda benzer sonuçlar düzenlenmekle birlikte birbirinden farklı terminoloji kullanılmıştır.

Alman Menkul Kıymet İşlemleri Kanunu md. 37/b hükmü uyarınca kamuyu aydınlatmadaki eksiklik halinde; üçüncü kişinin zararı (i) eksik bilgi içeren kamuyu aydınlatma belgesine binaen bir finansal aracı satın alması ve bu eksiklik giderildikten sonra bunu elinde tutması veya (ii) eksik kamuyu aydınlatma belgesi öncesinde bir finansal aracı alması ve eksik kamuyu aydınlatma belgesine binaen bunu elinden çıkarması halinde oluşacaktır. Anılan hükmün üçüncü fıkrası uyarınca davacının bu eksikliği bilmesi halinde sorumluluk doğmaz. Aynı kanun md. 37/c hükmü uyarınca ise yanıltıcı kamuyu aydınlatma belgesinin varlığı halinde; üçüncü kişinin zararı (i) yanıltıcı bilgi içeren kamuyu aydınlatma belgesinin kamu ile paylaşılmasından sonra bir finansal aracı satın alması ve bu bilginin yanıltıcı olduğunun kamuya duyurulduğunda bu finansal aracı elinde tutması yahut (ii) yanıltıcı bilginin yayınlanmasından önce finansal aracı satın alması ve yanıltıcı bilginin yayınlanması sonrasında ve fakat yanıltıcı olduğunun yayınlanmasından öncesinde elinden çıkarılması halinde oluşacaktır.

Alman Menkul Kıymet İzahname Kanunu – WpPG - md. 21 hükmü uyarınca ise öncelikle zararın halka arz fiyatının (*ausgabepreis*) üzerinde olamayacağı ifade edilmiştir.

⁶³² Alman hukukunda bu kanundan önce izahnameden doğan sorumluluk bakımından geçerli olan kanun *Act on the Prospectus for Securities Offered for Sale – Verkaufsprospektgesetz* – idi. Ancak bu kanun 01.06.2012 tarihinde yürürlükten kaldırılarak yerini WpPG'ye bırakmıştır. Web: http://www.bafin.de/SharedDocs/Aufsichtsrecht/EN/Gesetz/verkaufsprospektg_en.html?nn=2821360#doc2684276bodyText20 adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Öte yandan, kaldırılan kanun md. 13 hükmünde de BörsG md. 45 vd. hükümlerine atıf yapılmaktaydı. BörsG'nin de atıf yapılan bu hükümlerinin WpPG md. 21 vd.'na taşınması nedeniyle hâlihazırda Alman hukukunda izahnameden kaynaklanan sorumluluk hususunda esaslı bir değişiklik olmaksızın WpPG hükümleri uygulanmaktadır.

Bu hükümde davacının tam olarak bilgilendirilse idi ne durumda olacağının dikkate alındığı görülmektedir. Anılan hükmün ikinci fıkrasında ise davacının elindeki menkul kıymetleri elinden çıkarmış olma ihtimali düzenlenmiş olup, bu durumda yine ilk halka arz fiyatını geçmemek üzere alım ile satım fiyat farkını talep edebileceği ifade edilmiştir. Diğer bir ifade ile davacının gerçek piyasa değerinin altında satması halinde bu fiyat ile ilk halka arz fiyatı arasındaki fark zarar olarak değerlendirilmektedir. Örneğin, 10 brim halka arz ve alım fiyatı olan bir senedin gerçek bilgi açıklandıktan sonraki değeri 6 birime düşmüş ise davacının zararı hisse başına 4 birim olarak belirlenecektir. Ancak yine aynı yatırımcının gerçek bilgi açıklanmadan evvel 8 birime piyasada satması ancak gerçek bilgi açıklandığında hisse değerinin yine 6 birim olması halinde artık davacı hisse başına 4 birim değil 2 birim zarar talep edebilecektir.

Bu durumda Alman hukuku bakımından zararın belirlenmesi açısından sorumluluğun izahnameden veya izahname dışındaki başka bir kamuyu aydınlatma belgesinden kaynaklanması halinde zararın ne şekilde belirleneceği farklı düzenlenmiştir. Ancak genel olarak zararın alım-satım işlemleri arasındaki fiyattan kaynaklanan farktan oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Bununla birlikte, Türk hukukundan farklı olarak davacının ilgili finansal aracı hala elinde tutup tutmadığına göre bir ayırım yapıldığı ve izahnameden kaynaklanan sorumluluk bakımından zararın halka arz fiyatının üstünde olmayacak şekilde sınırlandırıldığı görülmektedir.

İsviçre hukuku bakımından ise Alman hukukundakinin tersine bu hususta OR md. 652a ve 1156 hükümlerinde düzenlenen izahname yayınlama zorunluluğuna paralel olarak TTK md. 549 hükmünün kaynağını teşkil eden OR md. 752 hükmü ile TTK md. 554 hükmünün kaynağını teşkil eden OR md. 755 hükmü dışında özel bir düzenleme olmadığı için zararın davacının alım işleminde ödediği bedel ile gerçek bilginin yayınlanmasından sonra hissenin alacağı piyasa değeri arasındaki fark olarak tespit edilmesi gerekmektedir⁶³³. Ancak, haksız fiil düzenlemeleri uyarınca zararın diğer yollarla da ispatı mümkündür.

Alman ve İsviçre hukukları bakımından hisse değerinin başka dışsal nedenlerle, ekonomik koşullardaki genel değişim veya ortaklık yöneticilerinin para kaçırımları vs., değişmesi halinde zararın ne şekilde belirleneceği açık değildir. Ancak bu noktada ifade

⁶³³ TTK md. 557 hükmünün de kaynağını teşkil eden OR md. 759 hükmü uyarınca ABD hukukunda da sınırlı olarak uygulanan “*due dilligence defense*” İsviçre hukukunda da uygulanabilecektir. Buna göre izahnamede yer alan bilgilerden sorumlu olan kişiler kusurları ile bağlantılı olarak sorumlu olabileceklerdir.

edilmelidir ki, bu bir ispat hukuku sorunu olarak değerlendirilerek, davacının gerçek zararını ispatlaması veya davalının iddia edilen zararın miktarının gerçek değerini ispatlaması gerekecektir.

ii. ABD Hukukunda Tazmini Gereken Zarar

ABD hukukunda sermaye piyasalarında tazmin edilebilecek zararın belirlenmesi hususu belkide en fazla tartışılan alanlardan birini oluşturmaktadır. Hatta Alman hukukundaki yeni dönemde yürürlüğe giren yukarıdaki hükümlerin kaynağını da ABD hukukundaki gelişmeler olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

ABD hukukunda çalışma konumuzun sınırları da dikkate alınarak, 1934 tarihli Kanun md. 10⁶³⁴ ve 1933 tarihli Kanun md. 11⁶³⁵ ve md. 12⁶³⁶ hükümlerine bakılması yoluna gidilmiştir⁶³⁷.

1934 sayılı Kanun md. 10/b hükmünde bu konuda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu hususta öncelikle ifade edilmelidir ki, 1934 tarihli Kanun md. 28/a hükmüne göre bu kanuna dayalı olan tazminatlarda gerçek zarardan (*actual damages*) fazlasına hükmedilememektedir. Bu hükmün amacı bu tür davalarda “*punitive damage*” denilen gerçek zararın üzerindeki tazminata hükmedilemeyeceğidir. Buradan gerçek zararın üst limit olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Gerçek zararın ne olduğuna yönelik olarak ABD

⁶³⁴ 1934 tarihli Kanun md. 10/b hükmü ile bu hükme dayanarak SEC tarafından 1942 yılında çıkarılan Rule 10b-5 düzenlemelerinden kaynaklanan sorumluluğun kaynağı menkul kıymet alım-satımı ile ilgili manipülatif eylemlerdir. Bu hükmün ifadesi oldukça geniş olduğundan aynı yasanın md. 9 hükmünde yer alan borsadaki manipülatif eylemler ile yüzyüze gerçekleştirilen alım-satım işlemleri de kapsayacak şekilde geniş olduğu savunulmakta ve uygulanmaktadır. Diğer bir ifade ile bu hüküm hem birincil hem de ikincil piyasa işlemleri bakımından uygulanabilecektir. Loss, L. (1983). *Fundamentals of Securities Regulation*, USA, s. 902-903. Bu konudaki emsal yargı kararı için bkz. *Kardon v. National Gypsum Co.* (69 F.Supp. 512). Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Karşı görüş için bkz. Choi, S.J., Pritchard, A.C. (2008). *Securities Regulation: Cases and Analysis*, 2. Bası, s. 240-241. Bu hükmün genel yaklaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Thel, S. (1990). The Original Conception of Section 10(b) of the Securities Exchange Act, *Stanford Law Review*, Vol. 42, s. 385 vd.

⁶³⁵ Bu hüküm SEC’ya yapılan her türlü kayıt işlemlerinde (*registration statement*) yapılan eksiklik veya bu işlemdeki önemli etkiye sahip gerçek dışılıktan kaynaklanan sorumluluğu düzenlemektedir. Cox, Hillman, Langevoort, s. 479.

⁶³⁶ Bu hüküm izahname veya diğer sözel iletişimdeki eksiklik veya önemli gerçek dışılıktan kaynaklanan sorumluluğu düzenlemektedir.

⁶³⁷ ABD hukukunda sermaye piyasalarına ilişkin olarak burada açıklanmaya çalışılacak hükümler ile sınırlı değildir. Örneğin, 1934 sayılı Kanun md. 9, 14, 15, 18 gibi diğer bazı hallerden kaynaklanan hukuki sorumluluklar da bulunmaktadır. Ancak konumuz ile sınırlı kalınması amacıyla sadece bahsedilen üç hükümdeki zarar hesaplamasından bahsedilecektir. Örneğin 1934 tarihli Kanun md. 18 hükmünde SEC’ye sunulan belgelerden kaynaklanan sorumluluk düzenlenmiştir. Ancak bu hüküm aynı kanunda yer alan Section 10/b hükmünün genişliğine sahip olmadığı için daha az uygulanmaktadır (Bu konudaki ilgi çekici bir makale için bkz. Occhipinti, J.A. (1978). Section 18 of the Securities Exchange Act of 1934: Putting the Bite Back Into the Toothless Tiger, *Fordham Law Review*, Vol. 47, Issue. 1, s. 115-131. Ayrıca belirtmek gerekir ki, burada açıklamadığımız maddelerde de genellikle zararın ne şekilde belirleneceği belirtilmiştir.

uygulanmasında ikili bir ayrım bulunmaktadır. Buna göre yüzyüze yapılan işlemlerde “*out-of-pocket*” denilen kıstas uygulanmakta olup, buna göre işlem tarihindeki ödenen hisse bedeli ile hissenin o tarihteki olması gereken (hipotetik) gerçek değeri arasındaki fark zarar olarak belirlenmektedir. Bu şekilde zararın belirlenecek olması alım veya satım işlemi sonrasındaki fiyat değişikliklerini dikkate alınmamasını gerektirir. Açık piyasa işlemlerinde ise 2005 yılına kadar *Basic* kararına dayalı olarak benzer bir anlayış kabul edilmekte iken, ABD Yüksek Mahkemesinin *Dura Pharmaceuticals INC. v. Broudo* (544 U.S. 336, 342) davası ile bu görüş değişmiştir. Buna göre de işlem tarihinde manipülatif nedenlerle hissenin gerçek değerinin davacı tarafından ispatının zor olduğu hususunu da ifade edilerek, davacının manipülatif olarak yüksek olan hisse fiyatı üzerinden zararın hesaplanmasını reddetmiştir. Bu konuda doktrinsel olarak farklı görüşler ileri sürülmekle birlikte, genel olarak hisse alım değeri ile hisse değerini etkileyen yanıltıcılığın (*fraud*) olmaması halindeki değeri arasındaki farkın zarar olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁶³⁸. ABD yüksek mahkemesi başka bir kararında da anılan karar ile paralel bir şekilde tazmin edilmesi gereken zararın sadece iki rakam arasındaki fark olmadığı, bu farkı etkileyen ekonomik değişkenler, yatırımcı beklentileri gibi başka nedenlerle de oluşabileceğini vurgulamak suretiyle zararın her zaman bu şekilde belirlenmeyeceğini ifade etmiştir⁶³⁹.

ABD hukukundaki 1933 tarihli Kanun md. 11/e hükmünde ise zarar hesabı biraz kompleks olarak düzenlenmiştir. Zarar, temel olarak, menkul kıymetin kamuya ihraç fiyatını geçmemek üzere, davacının ödediği hisse alım fiyatı ile hissenin dava tarihindeki değeri arasındaki farktır. Eğer davacı hissesini dava öncesinde elinden çıkarmış ise o zaman sattığı zamanki hisse değeri esas alınır. Ayrıca eğer davacı bu hisseleri dava açılmasından sonra ancak hükmün verilmesinden önceki bir tarihte satmış ise o zaman zarar yine alım fiyatı ile satım fiyatı arasındaki fark olarak belirlenir ama bu rakam alım fiyatı ile dava tarihindeki

⁶³⁸ Cox, Hillman, Langevoort, s. 717, 724-725. Bu konuda ayrıntı bilgi için bkz. Burch, E.C. (2007). Reassessing Damages in Securities Fraud Class Actions, *Maryland Law Review*, Vol. 67, s. 348 vd., Cornell, B., MORGAN, R.G. (1990). Using Finance Theory To Measure Damages in Fraud On The Market Cases, *University of California Law Review*, Vol. 37, s. 883 vd., Barclay, M., Torchio, F. (2001). A Comparison of Trading Models Used for Calculating Aggregate Damages in Securities Litigation, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 64, s. 105 vd., Fisch, J.E. (2009). Cause for Concern: Causation and Federal Securities Fraud, *Iowa Law Review*, Vol. 94, s. 811 vd.

⁶³⁹ İnternet: *Erica P. John Fund, Inc. v. Halliburton* 131 S. Ct. 2179, 2186. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ABD hukukunda sermaye piyasalarındaki hileli işlemlerin yarattığı olumsuz etkinin oluşan zararın tamamen tazmini ile kapanamayacağı bu nedenle daha caydırıcı tazminat sisteminin öngörülmesi gerektiği ileri sürülmüştür. Piyasadaki bu tür işlemlerin sistemik bir risk olarak algılanılması gerektiği, bu tür eylemlerde aslında piyasada işlem yapan bir tarafın kaybının diğer tarafın kazancı olarak bakıldığında toplamda oluşan zararın sıfır olduğu ancak bunun sorunu çözemeyeceği ileri sürülmüştür. Bu konudaki doktrinsel tahliller için bkz. Langevoort, D. (1996). Capping Damages for Open-Market Securities Fraud, *Arizona Law Review*, Vol. 38, s. 639-664.

hisse değeri arasındaki farktan büyük olamaz. Görüldüğü üzere hükümde üç farklı olasılık değerlendirilerek zarar belirlenmiştir. Bu hükümde davacının iddia ettiği zararı çoğaltma imkânı olmadığı gibi azaltma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle dava konusu hisselerin değerinin düşmesi halinde davacıya eğer o zaman satsa idi zararı daha az olurdu gibi bir savunma yapılamaz. Keza dava tarihi sonrasında dava konusu hisselerin değerinin yükselmesi halinde de davacının zararının azaldığı ileri sürülemeyecektir. Ancak davacı dava sonrasında ve hüküm verilmeden önce hisselerin değeri yükselirken bu hisseleri satacak olur ise o zaman zarar, alım değeri ile hisselerin dava değeri arasındaki fark olarak bulunan rakam veya alım değeri ile satım tarihindeki değeri arasındaki fark olarak bulunan rakamdan düşük olanı kadar belirlenecektir⁶⁴⁰. Son olarak ifade edilmelidir ki, davalının “*negative loss causation*” savunması⁶⁴¹ ile de zarar miktarı düşebilecektir. Buna göre de eğer davalı, hisse değerinin düşmesinin kendi eksiklik veya gerçek dışı bilgi sunumu dışındaki bir nedenden kaynaklandığını ispatlar ise ispatladığı kısım kadar oluşan zarardan sorumlu değildir.

Bu hususta belirtilmesi gereken bir diğer husus da hükümde hisse fiyatı olan “*price*” kavramı yerine hisse değeri olan “*value*” kavramının kullanılmış olmasıdır. Hisse fiyatı piyasada oluşan rakamdır. Ancak manipülatif eylemler, ekonomik dalgalanmalar, hisselerin tahtasının kapanması vs. diğer gerçek veya yapay etkilenmeler sonucunda piyasanın o anda hisselerin gerçek karşılığını oluşturamaması halinde hisselerin fiyatı ile değeri arasında bir farklılık oluşur⁶⁴².

Benzer bir alanı düzenlemekle birlikte 1934 tarihli Kanun md. 12/a-2 hükmünde zarar hesabı farklı düzenlenmiştir. Bu hükümde zarar, davacının alım işlemini hükümsüz kılarak, alım bedeli ile faizini talep edebilecek ancak hisseden elde ettiği karını bu rakamdan tenkis edecektir. Eğer davacı bu hisseleri artık elinde tutmuyor ise bu sefer hisse alım değeri ile satım değeri arasındaki fark kadar zarar tazmin edilecektir. 1995 yılındaki değişiklik ile md.12 hükmüne “*loss causation*” adı altında (b) paragrafı eklenmiştir. Bu hüküm uyarınca da md. 11 hükmünde olduğu gibi izahnamedeki eksiklik veya yanıltıcılık dışındaki bir

⁶⁴⁰ Hazen, 368-369.

⁶⁴¹ Cox, Hillman, Langevoort, s. 512., Hazen, s. 369-370.

⁶⁴² Bir mahkeme kararında davacının satım tarihinden hemen önce panik halinde satışlar (*panic selling*) yapıldığı için satım tarihindeki hisse fiyatının, hisselerin gerçek değerinin altında olduğu dikkaate alınmıştır. Hazen, s. 369. Karar için bkz. İnternet: *Beecher v. Able*, 435 F.Supp. 397. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Benzer bir karar için bkz. *Akerman v. Oryx Communications* (810 F.2d 336), Cox, Hillman, Langevoort, s. 509 vd. Ayrıca söz konusu durumlarda zarar hesaplanmasına ilişkin ayrıntı bilgi için bkz. Grier, P. (1999). A Methodology for The Calculation of Section 11 Damages, *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, Vol. 5, s. 99 vd.

nedenden dolayı hisse fiyatındaki eksilmeden kaynaklanan zarardan davalı sorumlu değildir. Burada düzenlenmeyen husus ise davacının talep anından önce hisseleri elinden çıkardığı andan önce elde ettiği gelirlerin zarar hesabında dikkate alınıp alınmayacağıdır⁶⁴³.

ABD hukukundaki bu hükümler ışığında doktinsel olarak da zararın ne şekilde belirleneceği hususunda farklı görüşler ileri sürülmüştür⁶⁴⁴. Bir görüşe göre zararın gerçek dışı bilgi etkisiyle işlem yapılmasıyla doğduğu ileri sürülmüştür⁶⁴⁵. Bunun için hissenin bu bilgi olmaksızın veya gerçek bilgi ışığında ne değere sahip olduğunun bilinmesi gerekmektedir. Diğer bir ifade ile gerçek dışı bilgidен arındırılmış ve fiyatı etkileyen başka bir dışsal etki olmaksızın hissenin değeri bulunmalıdır. Bu değer bulunduktan sonra da iki fiyat arasındaki fark zararı oluşturacaktır. Diğer bir görüşe göre ise ilk görüşün sorumluluğun sınırlarını genişlettiğini ifade ederek, zararın yargı makamlarınca bir takım varsayımlarla belirlenmemesi gerektiği, ancak zararın piyasanın diğer dinamikleri ile tazminat miktarını değiştirebileceği ifade edilmiştir⁶⁴⁶.

iii. Türk Hukukunda Tazmini Gereken Zarar

Yukarıda kısa bir şekilde açıklandığı üzere Alman ve ABD hukuklarında zararın ne şekilde belirleneceğine ilişkin ayrıntılı düzenlenmeler bulunmaktadır. Bu hükümlere yer verilmesinin amacı hem uygulamadaki farklılaşmaları engellemek hem de gerçek zararı adil bir şekilde belirlemektir. Zira bu tür davalarda gerçek zararın belirlenmesi ve ispatlanması her iki taraf bakımından oldukça zor bir husustur.

Türk hukuku bakımından ise SPKn md. 32 hükmünün kaynağını teşkil eden Alman hukukundaki düzenlemelere paralel hükümler bulunmamaktadır. Bu, kanaatimizce, SPKn md. 32/4 hükmünde düzenlenmesi gereken bir eksikliktir. Şöyle ki, bu eksiklik iki bakımından önem arz etmektedir. İlk olarak, zararın ne şekilde belirleneceğinin açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmemesi bir yönüyle Türkiye gibi günlük hisse fiyat dalgalanmalarının çok yaşandığı, ortaklıkların halka açılma oranlarının düşük olması ve

⁶⁴³ ABD Yüksek Mahkemesi bir kararında böyle bir durumda iptal edilen vergi miktarının zarardan düşürülemeyeceğini ifade etmiştir. Karar için bkz. İnternet: *Randall v. Loftsgaarden* (478 U.S. 647, 660). Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁶⁴⁴ Bu görüşlerin ayrıntılı değerlendirilmesi için bkz. Manavgat, Ç. (2008). *Sermaye Piyasalarında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Ankara, s. 210-216.

⁶⁴⁵ Fox, M.B. (2005). Demystifying Causation in Fraud-On-The-Market Actions, *The Business Lawyer*, Vol. 60, s. 507-532, 523 vd.

⁶⁴⁶ Coffee, J.Jr. (2005). Causation by Presumption? Why the Supreme Court Should Reject Phantom Losses and Reverse Broudo, *The Business Lawyer*, Vol. 60, s. 534 vd.

hisselerin işlem gördüğü borsanın sığ bir piyasa olması nedeniyle zarar hesaplamalarının gerçek bir şekilde belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu durum davacı olan yatırımcılar ve/veya davalılara ispat hukuku bakımından zorluk yüklemektedir. Oysaki zarar hesaplanmasına ilişkin açık düzenlemelere yer verilmesi ile bu tür davalarda sorumluluğun tespitine rağmen ispat hukuku kuralları nedeniyle tarafların yaşayacağı zorlukların üstesinden gelinebilecekti. Kaldı ki, SPKn md. 32/4, 5 hükümleri ile davacılar lehine getirilen düzenlemelerin amacı yatırımcıların korunması ve ispat hukuku kurallarını biraz yumuşatmak olduğu dikkate alındığında, illiyet bağının kurulması için öngörülen lehe hükümlerin yanında gerçek zararın ne şekilde belirleneceğinin tartışmaya yer vermeyecek şekilde düzenlenmesi de taraflar lehine yapılabilecek en iyi koruma yollarından biri olabilecek niteliktedirler.

İkinci olarak, ABD gibi mahkemeler aracılığı ile uygulamaya etkin bir şekilde yön verilmesine olanak tanıyan common law prensiplerinin aksine, Türk hukuk sisteminin de dâhil olduğu kıta Avrupası hukuk sistemlerinde mahkemeler mevzuatı geliştirmek suretiyle uygulamaya yön verememektedirler. Bu nedenle mahkemelerce zarar hesaplamaları haksız fiil hukukuna ilişkin düzenlemeler ile sınırlı olarak yapılacaktır. Bu durum ise kişi yaralanmaları sonucu oluşan zarar ile ekonomik zararın tazmini için benzer kuralların uygulanmasını ve sermaye piyasalarının kendine özgü yapısı ve işleyişi dikkate alınmaksızın zararın belirlenmesini gerektirmektedir.

Sermaye piyasalarında tasarruflarını değerlendiren kişinin menfaatleri, karar alma mekanizmaları, piyasanın işleyiş kuralları gibi pek çok hususun varlığı klasik haksız fiil hukukundaki zarar hesaplamalarından farklılaşmaya gidilmesini gerektirebilecektir. Buradaki farklılaşmanın nedeni sadece iddia edilen zararın tespitinde taraflar ve mahkemelere kolaylık sağlanmasından ibarettir. Zarar hesaplaması konusu bakımından açık hükümlerin bulunmaması hem ispat hukukundan gelen zorluklar nedeniyle taraflar bakımından haksızlıklara yol açabilecek hem de mahkemelere gerçek zararı belirleyebilmek hususunda fazladan iş yükü yaratmış olacaktır. Kanaatimizce, çalışma konumuzu da içerisine alan ekonomik zarar hesaplamaları bakımından gerçek zararın belirlenmesine ilişkin özel düzenlemelerin bulunmasında yarar bulunmaktadır. Bu çerçevede, Türk hukukunda, mahkemeler, bağımsız denetim raporu nedeniyle zarara uğrayan yatırımcının gerçek zararını belirlerken TBK hükümleri ile sınırlıdır.

Türk hukuku bakımından zararın ne şekilde ispatlanacağı hususunda öncelikle SPKn md. 32/4 hükmünden yararlanılabilecektir. Buna göre de zarar davacının yanlış, yanıltıcı ve eksik kamuyu aydınlatma belgesine dayanılarak yapılan alım veya satım bedeli ile gerçek bilginin yayınlanmasının ardından aynı menkul kıymetin aldığı fiyat arasındaki farktır.

Bu çözüm yolu her zaman gerçek zararın belirlenmesine imkân vermez. Kanun zarar hesaplanmasında illa borsadaki alım-satımı öngörmüştür. Oysaki borsa dışında da alım-satım imkânı olabilir. Kaldı ki, kamuyu aydınlatma belgesine dayanılarak borsada alım-satım yapılmadan da başka bir yatırım kararı verilebilecektir. Örneğin, bağımsız denetim raporuna dayanılarak bir kredi verilmesi yahut başka bir şirketle birleşme kararı alması, vekâleten oy toplama başvurusunda bulunması gibi. Böylelikle yanlış, yanıltıcı veya eksik kamuyu aydınlatma belgesini görüp borsada satım yapamayan ve/veya gerçek bilginin yayınlanmasının ardından alım yapan kişinin zararı SPKn md. 32/4 kapsamında tazmin edilmeyecektir. Keza yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiye dayanarak alım yapan ve fakat gerçek bilginin yayınlanmasından önce satım işlemi gerçekleştiren yahut gerçek bilginin yayınlanmasına rağmen aldığı menkul kıymeti elinde tutmak isteyen yatırımcının zararının tazmin edilmesi bu hüküm uyarınca mümkün değildir. Bu gibi durumlarda TBK'nun haksız fiil hükümlerine göre tazminat talep edilmesi gerekmektedir. Bu hallerde, kanaatimizce, SPKn md. 32 hükmünde yer alan illiyet bağına veya ispat hukukunda ilişkin elverişli hükümlerden yararlanılması mümkün değildir. Zira bu lehe hükümlerden yararlanmanın koşullarından biri de hükümde belirtildiği şekilde bir zararın doğmasıdır. İşte bu hususlar, SPKn bakımından oldukça ciddi eksiklikler olarak kabul edilmelidir. Ancak bu gibi hallerde de TBK çerçevesinde hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiğinin ve bu ekonomik zararların illiyet bağına ilişkin lehe düzenleme dikkate alınmaksızın tazmin edilebilmesi gerekmektedir. Zira bu kişiler de SPKn bakımından menfaatleri korunması gereken yatırımcılar içerisinde. Bu da ispat hukukunun elverdiği çerçevede taraflarca ortaya konulan delillerin mahkemece ne şekilde değerlendirileceğine bağlı bir husustur.

Konuya örnekler vermek suretiyle giriş yapmakta yarar bulunmaktadır. Örneğin, yanlış, yanıltıcı veya eksik kamuyu aydınlatma ile 25 birim hisse değerinden alım yapan ancak gerçek bilginin yayınlanmasından önce hisse değerinin 22 birime düşmesine rağmen satım yapmayan ve fakat gerçek bilginin yayınlanmasından sonra 17 birim üzerinden satım yaparak hisse başına 8 birim zararının tazminini talep eden yatırımcının zararını ne şekilde belirlemek gerekecektir? Diğer bir ifadeyle davacının zararını azaltma yükümlülüğü var mıdır? SPKn içerisinde bu gibi haller için özel bir düzenleme yoktur. TBK md. 51 ve 52

hükümlerinden yararlanılarak bu yatırımcının zararının hisse başına 8 birim değil 3 birim olduğunun kabul edilmesi mümkün müdür? Örneğimizi biraz daha değiştirirsek, bu yatırımcının gerçek olmayan bilgi nedeniyle hisselerin gerçek değeri olan 20 birim yerine bundan daha yüksek olan 25 birimden alım yapmış ancak gerçek bilgi yayınlanmadan önce gerçek dışı bilgi nedeniyle fiyatı yükselen hisseyi 27 birime satması halinde bu kişinin zararı oluşmuş mudur? Diğer bir ifade ile bu yatırımcı gerçek dışı bilgi olmasa idi 20 birime alacağı hisseyi 25 birime alarak 5 birimlik zarar etmiş midir yoksa hisse başına 2 birim karlı olduğundan dolayı zararı oluşmamıştır? Bu kişi 5 birimlik zararı başka yerde değerlendirmek suretiyle elde edebileceği menfaatten mahrum kalmış ve bu şekilde zararının oluştuğu iddia edebilir mi? Veya gerçek dışı bilgi yayınlanmadan önce hisse başına 15 birim üzerinden alım yapan ve gerçek bilgi yayınlandıktan sonra 10 birim üzerinden satım işlemi yapan yatırımcının zararı oluşmuş mudur? Diğer bir ifade ile gerçek dışı bilgiden bağımsız olarak işlem yapan yatırımcının herhangi bir zararı oluşabilir mi?

Bu gibi sorunların tamamının çözümü zararın ne şekilde ve ne zaman oluştuğunun belirlenmesine bağlıdır. Türk hukukunda zararın kapsamı haksız fiil teşkil eden eylem ile bu eylem gerçekleşmese idi malvarlığının olacağı durum arasındaki fark olarak algılanılmaktadır⁶⁴⁷. Türk-İsviçre⁶⁴⁸ hukukundaki hâkim görüş olan fark teorisi uyarınca zarar, zarar verici eylemin gerçekleşmemesi halinde zarar görenin malvarlığının göstereceği durum tamamiyle bir faraziyeyle dayanmaktadır⁶⁴⁹.

Tazmini gereken zarar ve bunun miktarı ne zaman belirlenmektedir? Eğer davacının ilk işlem yaptığı anda zarar gerçekleşmektedir ancak zararın miktarı kişinin satım anında belirlenmektedir sonucuna ulaşılır ise yukarıdaki örneklerin tamamında zarar oluşmuştur. Eğer zarar davacının gerçek bilginin yayınlanmasını müteakip gerçekleştirdiği satım anında gerçekleştiği sonucuna ulaşılır ise davacının alım anındaki kaybına bakılmaksızın satım tarihindeki fiyata göre zarar miktarı belirlenecektir.

Fark teorisi uyarınca zararın belirlenebilmesi için iki değer karşılaştırılması gerekmektedir. Bunlardan biri davacının gerçek dışı bilgiye göre yaptığı işlem maliyetidir.

⁶⁴⁷ Sanlı, s. 301.

⁶⁴⁸ Maddi zararlara ilişkin olan Alman BGB 249/1 hükmünün kaynağının da fark teorisi olduğuna ilişkin olarak bkz. Zeytin, Z. (1999). Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – I, Maddi Zarar Olarak “Özel Kullanım Kaybı, *BATİDER*, C. 20, S. 2, s. 249. Gerçekten BGB 249/1 hükmü uyarınca zarar veren, haksız fiil teşkil eden eylemi olmasa idi zarar gören hangi pozisyonunda olacak idi ise o durumu tekrar sağlayacak şekilde tazmin sorumluluğu bulunmaktadır.

⁶⁴⁹ Eren, s. 490-491.

İkincisi ise gerçek dışı bilginin bulunmaması ya da gerçek bilginin yayınlanması halinde bulunan gerçek piyasa değeridir. Şüphesiz ki, ikinci değerin bulunması için hissenin değerini etkileyen tek unsurun dava konusu yapılan gerçek dışı bilgi olduğunun kabul edilmesi gerekecektir. Ancak sermaye piyasaları gibi sürekli dinamik bir yapıya sahip olan bir alanda hissenin gerçek değerini bulmak her zaman kolay olmayacaktır. Bu çerçevede, sermaye piyasalarının sürekli işlemekte olduğu ve davalının eyleminden farklı dışsal etkilere de piyasanın etkilendiği hususu dikkate alındığında, davalının eyleminden ve diğer tüm dışsal etkilere soyutlanılarak hisse fiyatının gerçek değeri ne şekilde belirlenecektir? Örneğin gerçek bilginin yayınlanmasına rağmen hisse fiyatının düşmemesinin nedeninin ortaklığın yeni bir maden bulması olabilir. Bu durumda zarar gerçekleşmemiştir diyebilir miyiz?

Fark teorisi uyarınca zararın ancak gerçek bilginin yayınlanmasının ardından doğduğunu ve bu anda zararın miktarının belirlenebilir olduğunun kabulü gerekmektedir. Zira gerçek bilgi yayınlanmaksızın ve buna binaen hisse fiyatında bir değişim olmadan zarar ve miktarı belirlenemez. Böylelikle gerçeğe aykırı bir bağımsız denetim raporunun hissenin fiyatını gerçek değerinden yukarıya çekmesi halinde zarar otomatik olarak doğmaz. Örnek vermek gerekirse, yatırımcının gerçek değeri 20 birim olan hisseyi gerçeğe aykırı bağımsız denetim raporunun yarattığı etki ile 25 birime satın alması anında zarar oluşmaz. Zira zarar ancak gerçeğe aykırı bilginin düzeltilmesi ile oluşur. Bu düzeltme ya SPK'nın vereceği bir idari karar ile veya mahkemelerce bu raporun gerçek olmadığını ortaya konulması ile yahut ortaklık/BDK tarafından re'sen düzeltilmesi vs. suretle ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla gerçek bilgi ortaya çıkmadan ve bunun fiyata etkisi olmadıkça zarar doğmaz⁶⁵⁰. Bu örnekte kişinin zararının, hisse değerinin gerçek bilginin yayınlanmasının ardından 20 birimin altına düşmesi ile oluştuğunun kabulü gerekir.

Türk hukuku bakımından zararın belirlenmesinde hâkim görüş olan fark teorisi uyarınca borsada gerçek dışı bilgiden etkilenmiş fiyat üzerinden alım veya satım yapan yatırımcı, gerçek bilginin yayınlanması ile bu gerçek bilgiden etkilenen fiyat üzerinden yaptığı satım veya alım işlemi sonucunda zararını belirleyebilecektir. Ancak bunun için gerçek dışı bilginin yarattığı etkinin tamamen ortadan kaybolması gerekmektedir. Bu bir ispat sorunudur. SPKn md. 32/4 hükmünde bu işlemlerin kamuya açıklamadan “hemen”

⁶⁵⁰ Manipülatif eylemlerden kaynaklanan sorumluluğu ilişkin benzer bir değerlendirme için bkz. Manavgat, *Manipülasyon*, s. 216. Yazar manipülatif eylemin bir olgu olduğunu ve fark teorisi uyarınca zararın doğumu için manipülatif etkinin ortadan kalmasını müteakip hissenin değerindeki değişiklik sonucunda malvarlığındaki azalmanın dikkate alınmasını gerektiğini ifade etmiştir.

sonra yapılması halinde ispat yükünün davalı tarafta olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Ancak bu işlemlerin “hemen” yapılmaması halinde ispat yükü davacıya ait olmalıdır. Bu hükümdeki “hemen” ifadesinin makul bir yatırımcının açıklanan bilgiye ulaşması, bunu değerlendirmesi ve verdiği sonuç uyarınca gerekli alım-satım emrini gerçekleştirmek üzere yetkili kuruluşlara emir vermesine yetecek bir zaman dilimi olarak algılamak gerekmektedir. Bu noktada ayrıca ifade edilmelidir ki, davalı bağımsız denetçi tarafından davacının kendi raporuna dayanılarak işlem yapılmadığını, davacının rapordaki yanlışlığı, yanlış ve eksiklikleri bilerek işlemleri gerçekleştirdiğini, yatırımcının kendi raporundaki gerçek dışılık olmasaydı dahi aynı işlemleri gerçekleştireceğini ispatlayabilirse sorumlu olmayacaktır. Bu sonuca SPKn md. 32/5 hükmünden yararlanılarak ulaşılabilecektir. Bununla birlikte, kanaatimizce, davacının hisse fiyatının gerçek bilgiye rağmen olması gerektiği değere düşmediğini, buna rapor dışındaki başka dışsal faktörlerin etkili olduğunu (dolayısıyla gerçek değer daha fazla olduğunu) ispatlamak suretiyle SPKn md. 32/4 hükmündeki alım-satım işlemleri arasındaki farktan daha fazlasına tekabül eden bir tazminata hak kazanması mümkündür.

Türk hukukunda yatırımcının zararını azaltma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu nedenle gerçek dışı bilginin açıklanmasından önce fiyattaki düşüşe rağmen satış yapmayan yatırımcının zararının sınırlandırılmaması gerekmektedir⁶⁵¹. Diğer bir ifade ile davacıya fiyattaki düşüşe rağmen neden gerçek bilginin yayınlanmasına kadar beklediğine yönelik bir soru sorulamamalıdır. Ancak bu yatırımcının maksimum zararının gerçek dışı bilginin ortadan kalkmasını müteakip hissenin alacağı gerçek değer ile sınırlı olması gerekmektedir.

Benzer şekilde, gerçek bilginin yayınlanmasından sonra gerçek dışı bilginin dışında başka bir dışsal nedenle hissenin olması gerekenden daha aşağı bir fiyata inmesi halinde davacının zararının gerçekleştiğinin kabul edilmesi ancak bu halde de gerçek bilginin etkisi ile hissenin alacağı değer baz alınarak hesaplanacak miktar ile zararın sınırlandırılması gerekmektedir. Ancak bu durumda da davalının aksini ispatlaması mümkündür. Ayrıca bu durumda da davacıya neden düşük fiyattan satım yapıldığına yönelik bir eleştiri getirilememelidir.

⁶⁵¹ Aksi görüş için bkz. Manavgat, *Manipülasyon*, s. 216. Yazar, manipülasyondan doğan hukuki sorumluluk bakımından hisse üzerindeki manipülatif etkinin kalkmasından önce satım yapan kişinin zararı ile manipülatif etkinin kalkmasından sonra satım yapan kişinin zararı arasındaki farklılığın yatırım tercihlerinden kaynaklanan doğal bir sonuç olduğunu belirtmektedir.

Öte yandan, yatırımcının gerçek dışı bilginin yayınlanmasından evvel alım yaptığı ancak gerçek dışı bilginin yayınlanmasından sonra artan ve fakat gerçek bilginin yayınlanmasından sonra düşen hisse değeri nedeniyle bir zararın olup olmadığına yönelik olarak Türk hukukunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte bu kişinin de zararının doğduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Zira bu kişi de gerçeğe aykırı bilginin yarattığı olumsuzluktan etkilenmiş durumdadır⁶⁵². Sermaye piyasaları dinamik ve katılımcı bir süreç içerisinde ilerlemekte olup, gerçeğe aykırı bilgi sadece o bilginin hemen ardından işlem yapan kişileri değil o tarihten önce piyasada bulunan kişileri de etkilemektedir. Piyasanın olağan işleyişini bozan gerçek dışı bilginin yayınlanmasından önce alım yapan kişiler ile bu bilginin etkisiyle işlem yapan kişiler arasında bir farklılık yaratılmaması gerekmektedir⁶⁵³. Bununla birlikte, SPKn md. 32/5-a hükmü nedeniyle davalının, davacının tazminini istediği zararının kamuyu aydınlatma belgesine dayanmadığını ispatlaması ile sorumsuzluğunu ispatlamasının kolaylıkla başarabileceğini ifade etmek gerekir. Kanaatimizce, böyle bir sonucun yarattığı adaletsizliğin giderilmesini teminen anılan SPKn hükmünde açık bir düzenlemeye yer verilmesi gerekmektedir. Zira alım tarihinde gerçek dışı bilginin etkisinden etkilenmemekle birlikte satım tarihinde diğer bir ifade ile zararın gerçekleştiği tarihte gerçek bilginin yarattığı olumsuzluktan etkilenen bu kişilerin de tazmin haklarının kabul edilmemesi için bir gerekçe bulunmamaktadır. Bu kişi ancak gerçek bilginin yarattığı olumsuz etkinin ortadan kalkmasından sonra başka dışsal etkiler nedeniyle hisse fiyatındaki düşüş nedeniyle doğan zararının tazminini talep edememelidir. Zira bu durumda hem alım hem de satım anında gerçek (dışı) bilginin etkisinden bağımsız olarak işlemlerini gerçekleştirmiş olacaktır.

Gerçek dışı bilginin yayınlanmasına rağmen başka dışsal faktörlerin etkisi dâhil herhangi bir nedenle hisse fiyatında bir düşüş olmadıysa davacının tazmini gereken bir zararının bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Bu sonuç hem SPKn md. 32/4 hükmüne hem de fark teorisine uygun bir sonuç olacaktır. Zira zarar ancak satım anında bir düşüş yaşanması halinde ortaya çıkan fark olarak belirlenmektedir. Dolayısıyla Türk hukukunda

⁶⁵² Bu konuda ABD hukukunda 1934 tarihli Kanun md. 10/b hükmünde yer alan “*in connection with*” ifadesi nedeniyle diğer bir ifade ile tazmini gereken zararın alım-satımdan kaynaklanması gerektiği nedeniyle olumsuz bir sonuca ulaşılmaktadır. Ayrıca bkz. Manavgat, *Manipülasyon*, s. 217 ve dn. 446’da yer alan Mahkeme kararları.

⁶⁵³ Bu noktada ifade edilmelidir ki, gerçek dışı bilginin yayınlanmasından önce satım yapan kişilerin zararları tazmin edilmezken, gerçek dışı bilgiye dayanılarak satım yapan kişilerin zararının tazmini mümkündür. Zira önceden satım yapan kişi gerçek (dışı) bilginin yayınlanmasından hiç etkilenmez iken, diğer kişi gerçek dışı bilgiden etkilenmektedir.

yatırımcının gerçek dışı bilginin etkisiyle yüksek fiyattan aldığı alım anında zararının oluşmadığı kabul edilmelidir.

Tazmini gereken zararın belirlenmesi için gerçek (dışı) bilginin etkisinin tamamıyla ortadan kalkması gerekmektedir. Zira bu değer baz alınarak fark teorisi uygulanacak ve ilk işlem tarihindeki değer ile karşılaştırma yapılabilecektir. Eğer gerçek bilginin açıklanması ile dahi fiyatta bir değişiklik olmadı ise bu durumda zarar meydana gelmemiştir. Diğer bir ifade ile ilk işlem tarihinde zararın meydana geldiğinin kabul edilmemesi gerekmektedir. Davacının piyasadaki başka etkenler yüzünden fiyatta bir değişim olmadığını ispatlaması halinde yine zararın doğduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak davacının, hissenin satım değerinin daha yüksek olması gerektiğini ispatlaması gerekmektedir.

Gerçek bilginin de yayınlanması ile hissenin herhangi bir etkiden bağımsız olarak olması gereken değerinin ne şekilde belirleneceğine yönelik kesin bir verinin bulunduğunu söylemek her zaman kolay olmayabilir. Ancak hissenin değerini etkileyecek herhangi bir özel durum açıklamasının olmaması, genel ekonomik dengeyi bozacak bir bilginin olmaması, hissenin borsa endeksi ile uyumlu olması, hissenin bulunduğu sektöre ilişkin herhangi bir farklılığın bulunmaması gibi haller dikkate alınarak soyut bir fiyatın mahkemece belirlenmesi gerekmektedir.

Yukarıda açıklanan birbirinden farklı olasılıklar için ulaşılan sonuçları özetlemek gerekirse; gerçek dışı bilginin yayınlanması ile değil gerçek bilginin yayınlanması ile zarar oluşacaktır. Bu durum bazı adaletsizliklere ve belirsizliklere yol açabilecek niteliktedir. O nedenle kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumlulukta zararın ne şekilde belirleneceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenleme yapılması bir zorunluluk olarak değerlendirilmiştir.

Son olarak, TBK md. 50/2 ve 52 hükümlerinin çalışma konumuz itibariyle uygulanabilirliğine bakılmalıdır. TBK md. 50/2 hükmü uyarınca hâkim gerçek zararı tespit edemiyor ise olayların olağan akışı ve zarar görenin aldığı önlemleri dikkate alarak hakkaniyete uygun olarak da zararı belirleyebilecektir. TBK md. 52 hükmü uyarınca ise zarar gören-davacı zararın büyümesinde etkili olmuş veya davalının durumunu ağırlaştırmış ise hâkim tazminat miktarında indirim yapabileceği gibi hiç tazminata hükmetmeyebilecektir.

(3) Hukuka Aykırılık

Haksız fiil hukukunda sorumluluğun doğabilmesi için zarar verenin eyleminin hukuka aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Hukuka aykırılık konusunda objektif teorisinin benimsenmesi ile ihlali gereken bir mevzuat hükmünün varlığı gerekmektedir.

Çalışma konumuz itibariyle, bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu için ihlal edilen düzenlemelerin SPKn md. 10 ve 32 hükümleri olduğu, buna karşılık SPKn md. 63 hükmünün bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı olan sorumluluğunu düzenlediği görülmektedir. SPKn md. 63 hükmünde (a) bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklığın finansal tablolarını mevzuata uygun olarak denetlememelerinden ve (b) denetleme sonucundaki raporlarının yanlış, yanıltıcı ve eksik olması nedeniyle sorumluluklarının olduğu düzenlenmiştir. Buna karşılık, SPKn md. 63 hükmünün birinci cümlesinde olduğu gibi denetçilerin denetim faaliyetlerini mevzuata uygun yapmamaları nedeniyle sorumlu olacaklarını düzenleyen bir hüküm gerek SPKn md. 10 gerek SPKn md. 32 hükmünde bulunmamaktadır.

Bu çerçevede, denetçilerin TDS'ya aykırı bir raporundan kaynaklanan saf malvarlığı zararlarının tazmin edilebilirliğinde bir sorun bulunmazken, denetçilerin TDS'ye uyumlu bir denetim yapmamasından kaynaklanan üçüncü kişilerin saf malvarlığı zararlarının tazmini için gerekli olan hukuka aykırılık unsurunun eksikliği nedeniyle reddinin gerekli olup olmadığı sorununun çözülmesi gerekmektedir.

Öncelikle ifade edilmelidir ki, bağımsız denetçilerin sorumluluğunu doğuran olay TDS'ye uyumlu bir rapor yazılmamasıdır. TDS uyarınca, bağımsız denetim faaliyetlerinin bu standartlara uyumlu olmaması halinde varılan sonuç doğru olsa bile TDS'ye aykırı bir denetim faaliyeti yürütüldüğü gerçeği değiştirilemez. Diğer bir ifade ile TDS'ye aykırı bir rapor yazılması hususu aslında TDS'ye uyumlu bir denetim faaliyetinin yürütülmediği anlamına gelmektedir. Bu nedenle denetimin mevzuata uyumlu olmaması ile varılan sonucun gerçeği yansıtmaması arasında bir fark bulunmamaktadır⁶⁵⁴. Mevzuat uyarınca uygulanan standartlara aykırılık halinde varılan sonuç her zaman yanlış, yanıltıcı ve eksik olmak durumundadır. Bu halde de diğer koşulların varlığı halinde sorumluluk doğacaktır.

⁶⁵⁴ Aynı sonuca genel hüküm olan TTK md. 397 hükmüne aykırılık nedeniyle de ulaşılabilecektir.

Denetçi ile üçüncü kişi arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırılık teşkil eden husus denetim sözleşmesine değil mevzuat uyarınca öngörülen yükümlülüklerle aykırılıktır. Denetçinin, bağımsız denetim standartlarına hiç veya gereği gibi uymamak suretiyle gerçekleştiği denetim faaliyeti veya bu nedenle standartlar ile uyumlu raporu hiç veya gereği gibi yazmaması nedeniyle üçüncü kişilere karşı sorumluluğu doğacaktır.

(4) Kusur

Haksız fiil sorumluluğunda fail her türlü kusurundan sorumludur. Çalışma konumuz itibariyle kusur, bağımsız denetçinin TDS'ye uyumlu olmayacak şekilde denetim gerçekleştirmesinde bir kusurunun bulunmasıdır⁶⁵⁵. Kusurun derecesi Türk hukukunda objektif kıstaslara göre belirlenmektedir⁶⁵⁶. Herkes için belirlenmiş objektif kusur halleri veya davranışları bulunmamaktadır. Kişinin yaptığı iş, aldığı eğitim, eylemin basitliği veya olağanlığı, mağdurun kişisel durumu gibi pek çok husus kusurun tespitinde önem arz etmektedir. Bağımsız denetçilerin kendi alanlarında uzmanlaşmış olmaları, hatta bu nedenle kamu tarafından kendilerine verilen lisanslar sayesinde bu görevi ifa etmeleri, onları pek çok kişiden daha özenli yapmaya yetmektedir. Diğer bir ifade ile normal bir kişinin göstereceği kusurlu davranışı kendi alanında bağımsız denetçiden çoğu kez beklenmemelidir. Bu değerlendirme iki taraflıdır. Şöyle ki, bağımsız denetçiler yaptıkları işin kalitesine göre ücret belirlemektedirler. Buna karşılık aldıkları ücretin karşılığı olarak da yükümlülüklerini olağan bir kişiye nazaran daha özenli bir şekilde yerine getirmek durumundadırlar. Bununla birlikte, bağımsız denetçiden beklenen özen veya kusur derecesi en az dikkatli ve basiretli başka bir bağımsız denetçinin aynı koşullar altında gerçekleştireceği kadar olmalıdır.

Denetçiler, denetledikleri finansal tabloların mutlak bir şekilde doğruyu ve gerçeği yansıttığı iddiasında olamazlar. Bu nedenledir ki, bağımsız denetçiler denetlenen finansal tabloların doğruluğu ve gerçekliği hususunda makul bir güvence vermekle yetinirler. Makul güvencenin sınırı, bağımsız denetçinin kusurunun belirlenmesine önem arz edecektir. Bu ise her somut olaya göre belirlenmesi gereken bir problem olarak değerlendirilmelidir.

⁶⁵⁵ Kusura ilişkin genel açıklamalar için bkz. yuk. V/A/2/c/(2)/(iii).

⁶⁵⁶ Buna göre de zarar verenin subjektif özellikleri değil objektif bir tip esas alınarak kusurun varlığı belirlenmektedir. Sanlı, s. 192-193., Eren, s. 553., Tandoğan, *Mesuliyet*, S. 50-52., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s.494, dn. 3. Krş. Oğuzman, Öz, s. 531. Kusurun derecesinin belirlenmesindeki subjektiflik, kusurun subjektif yönü olarak adlandırılır. Eren, s. 555.

Kusur kendi içerisinde kast ve ihmal olarak ikiye ayrılmaktadır. İhmal ise kendi içerisinde hafif ve ağır ihmal olarak ikiye bölünmektedir. Kusurun derecesi, sorumluluğun kurulmasında değil kurulan sorumluluğun kapsamında ödenecek tazminat miktarını etkilemektedir. TBK md. 51/1 hükmünde hâkime kusurun derecesine göre tazminatı belirleme yetkisi tanınmıştır. Kast ve ihmal kavramlarının tanımı TBK içerisinde yer almamaktadır. Doktrinde genel olarak kabul edildiği üzere, kusurun en ağır derecesi olan kast, hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilinmesi ve istenmesini ifade eder. İhmal ise failin hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte bu sonucun doğmaması için hal ve şartların gerektirdiği gerekli özeni göstermemesi veya hukukun kendine yüklediği ödevleri yerine getirmemesidir⁶⁵⁷. İhmalin ölçüsü objektiftir. Diğer bir ifade ile kişinin bir davranışının ihmal teşkil edip etmediği, normal veya orta düzeydeki bir tip kişinin davranışı ile kıyaslanarak bulunmaktadır. Ağır ihmal, haksız fiil teşkil eden eylem gerçekleştirilirken bu eylemi gerçekleştirecek her makul kişinin göstereceği özen ve dikkatin gösterilmemesidir. Hafif ihmal ise haksız fiil teşkil eden eylemin makul bir kişi değil dikkatli ve tedbirli bir kişinin göstereceği özenin gösterilmemesini ifade etmektedir⁶⁵⁸.

Çalışma konumuz kapsamında kusur ile ilgili olarak SPKn md. 32/3 hükmünde, *“Kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan bilgilerin yanlış, yanıltıcı veya eksik olması konusunda bilgi sahibi olmadığını ve bu bilgi eksikliğinin kast veya ağır ihmallerinden kaynaklanmadığını ispatlayan kişiler sorumlu olmaz.”* denilmektedir. Anılan düzenleme bağımsız denetçinin kendi raporundaki yanlış, yanıltıcı ve eksikliği bilmemesindeki kusurdan ziyade kendisi dışındaki bilgi ve belgelerdeki yanlış, yanıltıcı ve eksik yönü bilmemesine ilişkindir. Bu durum izahname gibi başka bir belge içerisinde yer alan denetim raporları bakımından söz konusu olabileceği gibi kendi raporlarının söz konusu olduğu durumlarda denetim kanıtlarına ilişkin olabilecektir. Ancak, SPKn md. 32/3 hükmü irdelenirken genellikle bağımsız denetçinin kendi raporu dışındaki bir bilgi yahut belgedeki yanıltıcı, yanlış ve eksiklik nedeniyle sorumlu tutulmak istendiği hallerde daha çok uygulamasının olacağı düşünülmektedir. Bağımsız denetim raporunun bizatihi kendisi kamuyu aydınlatma belgesi ise denetçi bu rapordaki yanlış, yanıltıcı ve eksiklikten ancak genel haksız fiil hükümlerine ilişkin prensipler çerçevesinde davacının kendi kusurunu ispatlaması halinde sorumlu olacaktır. Buna göre de denetçi kendi raporuna ilişkin olarak

⁶⁵⁷ Eren, s. 557-559., Oğuzman, Öz, s. 528-529, Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 48.

⁶⁵⁸ ABD hukukunda da ağır ihmal (*gross negligence*) gösterilmesi gereken en düşük dikkat ve özenin gösterilmemesi, hafif ihmal (*slight negligence*) ise olağanın dışındaki ihtiyatlı bir kişinin göstereceği ölçüdeki özenin gösterilmesindeki başarısızlık olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Black’s Law Dictionary, s. 1134-1135.

davacı tarafından ispatlanmak kaydıyla hafif kusurundan dahi sorumlu olurken, kendisi dışındaki kişilerin bilgi ve belgelerine ilişkin olarak kast ve ağır kusurunun olmadığını ispatlayamaması halinde sorumlu tutulacaktır.

SPKn md. 32/3 hükmü, ABD hukukundaki 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu md. 11 hükmüne benzetilmektedir⁶⁵⁹. Şöyle ki, anılan hükümde izahnameden kaynaklanan sorumluluk düzenlenmiştir. Anılan hükümde, izahnameden doğan sorumlulukta herhangi bir kusur derecesi ifade edilmemek suretiyle her türlü kusurdan dolayı sorumluluk kabul edilmiştir⁶⁶⁰. Ancak hüküm uyarınca sorumluluktan kurtulmayı sağlayan bir hal düzenlenmiştir. Buna göre izahname içerisinde yer alan bilgi ve belgelerin uzman kişilerce (denetçi vs.) veya uzman olmayan kişilerce (yönetici vs.) hazırlanması halinde bir tarafın diğer tarafın hazırladığı bilgi ve belgeler nedeniyle sorumlu olmamaları için bu bilgi ve belgeleri makul bir araştırma sonunda bunlara inanmalarının makul bir gerekçesinin olduğunu göstermeleri gerekmektedir. Buna “*due dilligence*” savunması da

⁶⁵⁹ Benzer bir düzenleme farklı bir şekilde ifade edilmekle birlikte 1934 tarihli Menkul Kıymet Borsaları Kanunu md. 18 hükmünde de yer almaktadır. 1934 tarihli Kanundaki ifade “...*unless the person sued shall prove that he acted in good faith and had no knowledge that such statement was false or misleading.*” iken 1933 tarihli kanundaki ifade “...*after reasonable investigation, reasonable ground to believe and did believe...that the statements therein were true and that there was no omission to state a material fact...or...not misleding...*”dir. ABD hukukunda “*strict liability*” görüşü ile “*due dilligence*” savunmasının olmaması bunun yerine denetçi dâhil tüm gatekeeper’lerin doğrudan sorumluluklarının kabul edilmesi ancak bu durumda davalıların sorumluluklarının sınırlandırılmalarına veya dava dışı yollar ile pazarlık yapabilmelerine imkân tanınabileceği ileri sürülmüştür. Bkz. Partnoy, F. (2001). Barbarians at the Gatekeepers?: A Proposal for a Modified Strict Liability Regime, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 79, s. 491-547, 540.

⁶⁶⁰ ABD Yüksek Mahkemesinin *Ernst & Ernst v. Hochfelder* (425 U.S. 185) kararında davacının, davalı tarafın kastını ispat etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme daha sonra bu anlayışın 1934 tarihli Kanun md. 10/b hükmü için de geçerli olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Aaron v. SEC* (446 U.S. 680). Bu konuda ayrıntı bir çalışma için bkz. Cox, J.D. (1977). *Ernst & Ernst v. Hochfelder: A Critique and Evaluation*, *Hastings Law Journal*, Vol. 28, s. 569 vd. Mahkeme *Hochfelder* kararında “*scienter*” ifadesini kullanmıştır. Kararında bu kavramı “*In this opinion the term "scienter" refers to a mental state embracing intent to deceive, manipulate, or defraud.*” olarak tanımlamıştır. Bu tanım bizim hukukumuzda kast tanımına karşılık gelmektedir. Mahkeme aynı kararında ağır ihmal olarak da çevrilebilecek “*recklessness*” kaynaklı bir sorumluluğun olup olmayacağını bu kararda ele almadığını da ifade etmiştir. “*Recklessness*” kavramı zararlı sonucu istememekle birlikte sonucunu öngörebilme; kasttan daha az olan ama kusurun (*fault*) en üst derecesi olarak tanımlanmıştır. “*Negligence*” kavramı ise kast hariç makul bir kişinin göstermesi gereken özen derecesini gösterememesi olarak tanımlanmaktadır. Keza “*reckless negligence*” kavramı da ağır ihmal olarak çevirebileceğimiz “*gross negligence*” olarak tanımlanmıştır. Bkz. Black Law Dcitionary, s. 683, 1133, 1385. Bu durumda ABD yüksek mahkemesi ağır ihmal halinde sorumluluğun doğup doğmayacağını irdelememiştir. Ancak pek çok federal bölge mahkemelerince “*recklessness*” hallerinde de sorumluluğun doğacağı hükme bağlanmıştır. Örnek için bkz. *Sanders v. John Nuveen & Co.* (554 F.2d 793), *Broad v. Rockwell International Corp.* (642 F. 2d 961, 962), *Cook v. Avien Inc.* (573 F.2d 692). Cox, Hillman, Langevoort, s. 671-674., Hazen, s. 592-594. ABD hukukunda bu gelişmelerin ardından 1995 yılında yapılan değişiklik ile 1934 tarihli Kanun md. 21D/b-2 hükmü eklenmiştir. Bu hükümde “*scienter*” kavramına açıklık getirilmesi planlanmakla birlikte belirsiz bir kavram olan “*strong inference*” ifadesini içeren bir metin kanunlaştırılmıştır. Bu hükümde davacının, davalının eylemini gerçekleştirirken olan amacını (*state of mind*) ispatlaması ve bu amacı ciddi bir şekilde ortaya çıkaran (*strong inference*) vakaları delil olarak sunmak zorunda olduğu ifade edilmiştir. Bu hüküm hakkında ABD Yüksek Mahkemesi tarafından verilen karar için bkz. *Tellabs, Inc. v. Makor Issues & Rights, Ltd.* (551 U.S. 308). Söz konusu kararlar www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

denilmektedir⁶⁶¹. SPKn md. 32/3 hükmünde de benzer bir anlayış benimsenmiş gibi görülmektedir. Örneğin denetçinin hazırladığı bir rapor nedeniyle yönetim kurulu üyesinin sorumluluğu veya ortaklık tarafından sunulan bir bilginin yanlışlığı nedeniyle bağımsız denetçinin sorumluluğu ancak sorumluluğu iddia edilen tarafın bu eksik bilgiyi bilmediğini ve bu bilmeme halinin kendi kast veya ihmalden kaynaklanmadığını ispatlayamaması halinde doğacaktır.

SPKn md. 32/3 hükmünün kaynağı Alman Menkul Kıymet Borsası Kanunu (German Stock Exchange Act- Börsengesetz, BörsG) md. 44 ve 45/1 hükümleridir⁶⁶². Alman sermaye piyasası hukukunda kamunun aydınlatılması dolayısıyla sorumluluk ikiye ayrılmakta olup, menkul kıymetin ihracı zamanında kamuyu aydınlatmadan kaynaklı sorumluluk ile menkul kıymetin ihracı sonrasındaki bir dönemdeki kamuyu aydınlatmadan kaynaklanan sorumluluk farklı kanunlarda düzenlenmiştir⁶⁶³. Türk sermaye piyasası hukukunda da menkul kıymetin ihracındaki izahname ile daha sonraki döneme tekabül eden özel durumların kamuya açıklanması (sürekli kamuyu aydınlatma) arasındaki farklılık da benzer bir anlayıştan ileri gelmektedir.

Genel itibarıyla SPKn md. 10 hükmü ihraç esnasındaki, md. 32 hükmü ise sonraki dönemde gerçekleşen kamuyu aydınlatmadan sorumluluğu düzenlediğini söylemek yanlış olmayacaktır. İşte Alman hukukunda ihraç esnasındaki durum için WpPG md. 21-23 hükmlerinde düzenlenen bu husus daha sonraki dönemler bakımından Alman Menkul

⁶⁶¹ Hazen, s. 357 vd. Denetçiler bakımından “*due diligence*” savunmasına ilişkin olarak örnek bir dava için bkz. *Escott v. BarChris Construction Corp.* (283 F.Supp. 643) www.westlaw.com. Bu karar ABD uygulamasında yüksek mahkeme yerine ilk derece mahkemesi tarafından verilen en etkili kararlar arasında gösterilmektedir. Bu konudaki diğer bir önemli karar için ise bkz. İnternet: *Ernst & Ernst v. Hochfelder* (425 U.S. 185), *In re Worldcom, Inc. Securities Litigation* (346 F. Supp. 2d 268). Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Cox, Hillman, Langevoort, s. 485-507.

⁶⁶² Ancak bu hükümler daha sonra yürürlükten kaldırılarak, Alman Menkul Kıymet İzahname Kanunu (The German Securities Prospectus Act, WpPG) md. 21-23 hükümlerine eklenmiştir. Dolayısıyla halen yürürlüktedir. Metin için bkz. Web: <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/wppg/gesamt.pdf> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁶⁶³ Buna karşılık İsviçre hukukunda İsviçre Borçlar Kanunu md. 752 hükmü her türlü kamuyu aydınlatma hallerinden kaynaklanan sorumluluk halinde uygulama alanı bulmaktadır. Anılan hüküm izahname ve diğer benzeri kamuyu aydınlatma araçları bakımından uygulanacağı açıkça ifade edilmiştir. Bunun içinde özet izahname, yayınlanan basın bildirimleri, ortaklığın internet adresinde yer alan yazılı bilgiler, yayınlanmış röportajlar vs. yer almaktadır. ABD hukukundaki 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu md.12/a-2 hükmünde açık ifade bulunmasına karşın, İsviçre hukukunda izahnamedeki bilgilerin sözlü olarak açıklamasından kaynaklanan sorumluluğun buraya girip girmediği hususunda bir açıklık yer almamaktadır. İsviçre OR md. 652a ve 1156 hükümlerinde ortaklığın pay ve borçlanma aracı ihraçlarında izahname düzenlemesi gerektiği düzenlenmiştir (İsviçre OR 752 hükmünün, aynı yasanın 1156/3 hükmüne göre özel ve öncelikle uygulanması gerektiğine ilişkin bkz. BGE 129 III, 74). TTK md. 549 hükmünün kaynağını teşkil eden İsviçre BK md. 752 hükmü, TTK md. 549 hükmünün gerekçesinde de belirtildiği üzere hukukumuzda benzer bir anlayış ile geçirilmemiştir. Ancak çalışma konumuz ve sınırları itibarıyla sermaye piyasaları alanında özel bir düzenleme yer alması nedeniyle bu farklılığa ilişkin ayrıntılı açıklamalara girilmeyecektir.

Kıymet İşlemleri Kanunu⁶⁶⁴ (WpHG) md. 37b/3 ve 37c/2 hükümlerinde düzenlenmiştir⁶⁶⁵. Bu hükümlerde de kast veya ağır ihmali bulunmadığının ispatı sorumluluğu kaldırmaktadır.

Somut soruna ilişkin olarak gerek Alman hukukunda gerek Türk hukukunda hafif kusur hallerinde ne şekilde sonuca ulaşılabileceği konusunda bir özel hüküm bulunmamaktadır. Buna göre sorumluluğu iddia edilen kişi gerçek dışı veya yanıltıcı bilgi konusunda bilgisinin olmamasında kast (*intentionally* veya *willfully*) yahut ağır ihmalinin (*gross negligence*) bulunmadığını ispatlar ise sorumlu olmayacaktır⁶⁶⁶. Bu durumda hafif kusurlu olduğunun kabulü veya davacı tarafından ispatlanması durumunda ise evleviyetle sorumlu olmayacaktır.

Haksız fiil hukukunda ağır ihmal ile hafif ihmal arasındaki fark kusurun sübjektif yönü ile ilgili olup, aralarındaki farklılık haksız fiil teşkil eden eylemi gerçekleştiren failin davranışının makul herhangi bir kişinin davranışı ile mi yoksa ihtimam ve özen gösteren bir kişinin davranışı ile mi karşılaştırılması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Eğer kişinin davranışı makul herhangi bir kişinin göstereceği bir özeni içermiyor ise ağır ihmal söz konusudur. Ancak kişinin davranışı makul birinin göstereceği özeni içeriyor ancak ihtimamlı ve özenli bir kişinin göstereceği özeni içermiyor ise hafif ihmalden söz edilir.

SPKn md. 32/3 anlamında kusur, kendisi dışındaki bir kişi tarafından verilen yalan, yanlış veya eksik bilginin kast veya ağır ihmal nedeniyle farkedilmemesi veya bilinmemesidir. Dolayısıyla hukuk dünyasında bu kişiye anılan bilgiyi edinmesi gerektiği yönünde bir yükümlülük veya ödev yüklenmiş olmalıdır. Bu farketmeme halinin kasten veya ağır ihmal nedeniyle olması halinde sorumluluk devam etmektedir. Farketmemenin kolaylığı, diğer bir ifade ile makul herhangi bir kişinin farkedebileceği bir olayda, sorumluluğu iddia edilen kişinin kast veya ağır ihmali söz konusu iken, farketmemenin zorluğu onun hafif kusurunu oluşturduğu varsayılmaktadır. Böylece sorumlu olduğu iddia edilen kişi dikkatli ve ihtimamlı biri gibi davranmak suretiyle kendisine sunulan belge ve

⁶⁶⁴ Metin için bkz. Web:

http://www.bafin.de/SharedDocs/Aufsichtsrecht/EN/Gesetz/wphg_101119_en.html?nn=2821360#Start adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁶⁶⁵ Söz konusu maddelerden 37b hükmü kamuyu aydınlatmada hisse fiyatını etkileyecek olan bilgi eksikliği (*omission*) nedeniyle sorumluluğu, 37c hükmü ise yine hisse değerini etkileyecek olan yanlış bilginin (*false information*) kamuya açıklanmasından kaynaklanan sorumluluğu düzenlemektedir. Anılan kanunda burada "inside information" kavramını kullanmış olup, bu kavramı da kanunun 13 üncü maddesinde tanımlanmıştır. Ayrıca bkz. yuk. dn. 625-626.

⁶⁶⁶ İsviçre hukukunda ise OR md. 752 hükmünde kast ve ihmal denilmek suretiyle ihmali hangi derecesi olursa olsun sorumluluğun doğacağı sonucu çıkmaktadır.

bilgileri incelediğini (veya incelemiş olsa bile sonucun değişmeyeceğini ispatlamak suretiyle) ve bir yanlışlık, yanıltıcılık veya eksiklik olmadığı sonucuna ulaşmış ise artık onun hafif ihmalinden bahsedilecektir.

Kusurun ispatı konusunda SPKn ve TTK içerisinde özel bir hüküm bulunmamaktadır⁶⁶⁷. Genel hüküm olması hasebiyle kusurun varlığı ispat yükümlülüğü TBK md. 50/1 uyarınca zarar görene aittir. Bağımsız denetçi bunun aksini ispatlamakla yükümlüdür. Ancak SPKn md. 32/3 hükmünde sorumlu olduğu iddia edilen kişinin kendisi dışındaki bilgi ve belgelerden kaynaklanan sorumluluğunun iddia edildiği durumlarda gerçek dışılığı bilmeme hususunda kast veya ağır ihmalinin bulunmadığını ispatlaması gerektiği ifade edilmiştir. Burada kanun koyucu sözleşmeden kaynaklanan sorumluluğa yaklaşacak düzeyde zarar verenin kendi kusursuzluğunu (daha doğru ifade ile kast veya ağır ihmalinin bulunmadığını) ispatlaması gerektiğini düzenlemiştir. Kanaatimizce, bu hüküm hem mukayeseli hukuk ile uyum hem de olması gereken hukuk bakımından doğru bir tercihtir. Şöyle ki, ekonomik açıdan güçlü olan bağımsız denetçi veya halka açık ortaklık yahut değerlendirme şirketleri ile karşı karşıya bulunan üçüncü kişi-yatırımcının zarar veren olan karşı tarafın kusurunu ispatlaması hemen hemen mümkün olamaz. Zira kendisinde herhangi bir bilgi, evrak, belge, görüşme tutanağı vs. gibi delil teşkil edecek bir unsur bulunmaktadır.

Örnek vermek gerekirse; iki halka açık anonim ortaklığın birleşme işlemlerinde kullanılmak üzere yaptırılan bağımsız denetim sonucunda hazırlanan rapor uyarınca bu şirketlerin finansal durumunun oldukça iyi olduğu sonucuna ulaşıldığını farzedelim. Ancak birleşme sonrasında bu şirketlerden birinin mali durumunun hiç de iyi olmadığı hatta iflas etmenin eşiğinde olduğu ortaya çıkarılmış olsun. İşte bağımsız denetçi bu şirket nezdinde yaptığı denetim faaliyetlerinde kendisine verilen stok bilgilerine güvenerek raporunu hazırlamış ise artık ağır ihmalinin bulunduğu düşünülebilecektir. Zira denetçinin, denetlediği ortaklıktaki stokların sayımını bizatihi kendisi yapmalı veya bu gerekmiyor ise de stok durumuna ilişkin inancını pekiştirici kendisine ait verilere sahip olması gerekmektedir. Bunların hiçbirini yapmayıp, sadece şirketin sunduğu bilgileri kabul etmiş ve raporuna esas almış ise herhangi bir bağımsız denetçinin göstereceği davranıştan ayrılmış olup, bu stok sayımındaki yanlışlığını bilmemesinde ağır kusuru olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak bu ortaklığın denetçiye verdiği günlük ciro veya müşteri sayısı bilgisine yahut bir gayrimenkul değerlendirme raporundaki veriye dayanarak raporunu

⁶⁶⁷ Bkz. yuk. V/A/1/c/(2)/(iii), dn. 494.

hazırlamasında bir sorumluluk olmayabilecektir. Zira burada denetçinin, ortaklığın cirosunu günlük olarak sayması veya günlük şirkete giren çıkan müşteri sayısını sayması yahut gayrimenkul değerlendirme raporundaki verilerin değerlendirme standartları uyarınca doğruluğunu ayrıntılı olarak araştırması gerekmemektedir. Denetçi bu noktada her makul bir kişi veya denetçi gibi ortaklık tarafından kendisine verilen bilgileri güvенеbilecektir. Bu nedenle de sorumluluğu olmaması gerekecektir.

(5) İlliyet (Nedensellik) Bağı

İlliyet, genel olarak birbirini izleyen olaylar arasındaki sebep sonuç ilişkisini ifade eder⁶⁶⁸. Sorumluluk hukuku bakımından illiyetin arandığı olaylar haksız fiil teşkil eden davranış ile zarardır. Buna göre haksız fiil teşkil eden davranış ile meydana gelen zarar arasında bir sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Türk hukukunda kabul edilen illiyet teorisi, sorumluluğun sınırlandırılması amacına yönelik uygun illiyet bağı teorisidir. Bu teori uyarınca, haksız fiil teşkil eden eylem, niteliği itibarıyla olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre meydana gelmiş olan zarar türünden bir zararı meydana getirmeye elverişli ise zarar ile davranış arasında uygun illiyet bağı kurulmuştur⁶⁶⁹.

Bağımsız denetim faaliyeti sonrasında hazırlanan denetim raporu ile üçüncü kişi yatırımcıların uğradıkları zarar arasında bir uygun illiyet bağı kurulması halinde sorumluluk doğacaktır. Şüphesiz ki, ilk akla gelecek olan husus bunun ne şekilde ispat edileceğidir. İlliyet bağının ispatı konusunda da TBK içerisinde açık bir hüküm bulunmamaktadır. Davranış ile zarar arasında illiyet bulunduğuna ilişkin delilleri zarar gören gösterecek ama uygun illiyet bağının varlığını hâkim takdir edecektir⁶⁷⁰.

Bu durumda, haksız fiili teşkil eden davranış olarak nitelendirebileceğimiz bağımsız denetim raporu ile yatırımcı-üçüncü kişinin uğradığı zarar arasında uygun illiyet olduğunu iddia eden yatırımcı bunu ne şekilde delillendirecektir? İşte bu nokta da kusur bahsinde olduğu gibi zarar gören lehine bir takım varsayımlarda bulunmaktadır.

⁶⁶⁸ Eren, *İlliyet Bağı*, s. 10.

⁶⁶⁹ Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 77., Tekinay, Akman, Burcuoğlu, Altop, s. 573., Eren, *İlliyet Bağı*, s. 52., Oğuzman, Öz, s. 519., Sanlı, s. 268.

⁶⁷⁰ Oğuzman, Öz, s. 519.

SPKn md. 32 hükmünün kaynağı olan Alman Menkul Kıymet İzahname Kanunu md. 21-23 hükümlerinde yer almayan bir hüküm SPKn md. 32/4 hükmüne eklenmiştir⁶⁷¹. Anılan hüküm uyarınca, bağımsız denetim raporu dâhil izahname veya diğer kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumlulukta, eğer yatırımcı kamuyu aydınlatma belgelerinde yer alan yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgilere dayalı olarak borsada satın aldığı veya sattığı menkul kıymetleri, gerçek bilginin yayınlandığı tarihten itibaren hemen sonra yine borsada satması veya satın alması halinde bu işlemler neticesinde uğradığı zarar ile kamuyu aydınlatma belgesi arasında illiyet bağının olduğu kabul edilmektedir. Bu kanun ile getirilen bir karinedir. Kanunen getirilen karineler, ispat yükünün yer değiştirdiğini işaret ederler⁶⁷². Ancak burada illiyet bağının varlığının ispatı söz konusu olmadığından, sorumluluğu iddia edilen kişinin zarar ile kamuyu aydınlatma belgesi arasındaki illiyet bağının bulunduğu dair karineyi çürütecek delilleri hâkime sunmasından bahsedilmelidir. SPKn md. 32/4 hükmünde yer alan karinenin aksi kanıtlanabilir bir karine olup olmadığı hususunda gerek hükümde gerek hükmün gerekçesinde bir açıklık bulunmamaktadır. Kanaatimizce, burada kanun koyucunun amacı yatırımcıya mutlak bir hak tanımak değil bir dava kolaylığı sağlamaktır. Bu nedenle sorumlu olduğu iddia edilen kişinin/denetçinin kendi hakkını savunması ve iddiasını ispatlama hakkının elinden alınması söz konusu olmamalıdır. Bu nedenle, SPKn md. 32/4 hükmündeki karine aksi kanıtlanabilir bir adi kanuni karinedir.

Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan tazminat davalarında yatırımcılar lehine bazı kolaylıklar sağlanması mukayeseli hukuklarda da benimsenen bir yoldur. Ancak illiyet bağının kurulmuş sayılacağına ilişkin bir düzenleme teknik olarak doğru değildir. Zira illiyet bağının varlığı hâkim tarafından dosyadaki delillerin değerlendirilmesi sonucunda tespit edilebilecektir. Kanaatimizce, bu tür davalarda, davacı lehine yapılması gereken düzenlemelerde illiyet bağının kurulması konusunda değil dava konusu iddianın veya zararın ispatı konusunda kolaylaştırıcı bir yöntem benimsenmesi daha uygun olacaktır. SPKn md. 32/4 hükmüne bakıldığında bir tür zarar illiyetine ilişkin karine getirildiği görülmekte olup, Türk özel hukukunda bu şekilde bir illiyet bağının kurulması örneği bulunmadığı gibi bu tür

⁶⁷¹ Madde metni şu şekildedir: “Yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgiler içeren izahnamenin geçerlilik süresi boyunca; diğer kamuyu aydınlatma belgelerinin ise kamuya açıklandığı tarihten hemen sonra, ilk halka arzdan veya borsada satın alınan veya satılan sermaye piyasası araçlarının, gerçeğe uygun bilginin ortaya çıktığı tarihten hemen sonra borsada satılması veya satın alınması üzerine yatırımcıların malvarlıklarında zarar meydana gelmesi hâlinde bu maddeye göre ileri sürülecek tazminat talepleri açısından kamuyu aydınlatma belgesi ile zarar arasında illiyet bağı kurulmuş sayılır.”

⁶⁷² Öztan, B. (2004). *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 14. Bası, Ankara, s. 199-200. Bu konuda bkz. Karakaş, F.T. (2013). Karine Kavramı, Kanuni Karineler ve Varsayımlar, *AÜHFD*, C. 62, S. 3, s. 729-759. Yazarın yaptığı ayrımına göre SPKn md. 32/4 hükmündeki ifade aksi ispatlanabilir adi kanuni karine sayılmalıdır.

bir anlayış Türk hukukunda hâkim doktrin olan “uygun illiyet bağı” kavramı ile de bağdaşmamaktadır. Şöyle ki, uygun illiyet bağı teorisine göre olaylar arasındaki ilişki incelenirken, olağan koşullarda bir olayın diğer bir olayın sebebinin teşkil etmesi konusunda elverişliliğinin bulunması ve bunun hayat tecrübelerine de uygun olması değerlendirilmektedir. Ancak illiyet bağına ilişkin bir karine belirlenirken, hayatın olağan akışı ile olaylar arasındaki elverişlilik bakımından değerlendirilme yapılması imkânı kalmamaktadır.

Aslında bu konu haksız fiil sorumluluğunun zarar unsuru ile birlikte değerlendirilmesini gerektirmekle birlikte, mukayeseli hukukta özellikle ABD hukukunda “*transaction causation*”, “*loss causation*”, “*reliance*” ve “*fraud-on-the-market theory*” kavramları ile düzenlenilmeye çalışılan bir alanı işaret etmektedir. Kısaca bu kavramları açıklamadan önce ifade edilmelidir ki, ABD hukukunda özellikle sermaye piyasalarını ilgilendiren (özellikle Exchange Act of 1934, Section 10/b-5 hükmüne aykırılık hallerinde) bir tazminat davasında davacının ispatlaması gereken veya gerekmeyen hususlar bulunmaktadır. Konu aslında illiyet bağının kurulmasından ziyade bir ispat hukuku sorunudur.

Bu bağlamda, davacı uğradığını iddia ettiği zararının davalının haksız fiil teşkil eden davranışının bir sonucu olduğunu ispatlamalıdır. Diğer bir ifade ile davalının bu eylemi olmasa idi sonucunda zarar göreceği işlemi de hiç yapmayacağı hususunun ispatlanması gerekmektedir. Buna “*transactional causation*” (işlem illiyeti) denilmektedir. Burada davacı gerçek dışı bilgiler içeren denetim raporu nedeniyle alım veya satım işlemi gerçekleştirdiğini ispatlamalıdır. Bu konu farklı bir sorumluluk unsuru olarak görülen “*reliance*” kavramı ile aynı durumu ifade etmektedir⁶⁷³.

“*Loss causation*” (zarar illiyeti) kavramı ile anlatılmak istenen husus ise davacının, iddia ettiği zararının davalının eyleminin sonucu olduğunu ispatlaması gerektiğidir⁶⁷⁴. Diğer

⁶⁷³ Hazen, s. 620 ve dn. 11., Choi, Pritchard, s. 305. Ayrıca “*reliance*”nin sorumluluğun doğumu açısından bulunması gereken farklı bir unsur olarak kabul edilip edilmemesi ile ilgili olarak bkz. Cox, Hillman, Langevoort, s. 696-698. ABD Yüksek Mahkemesi bir kararında “*reliance*” unsurunu şu şekilde örneklendirmiştir. “*The traditional (and most direct) way a plaintiff can demonstrate reliance is by showing that he was aware of a company’s statement and engaged in a relevant transaction – e.g., purchasing common stock – based on that specific misrepresentation.*” Karar metni için bkz. İnternet: *Erica P. John Fund, Inc. v. Halliburton*, 131 S. Ct. 2179, 2185. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Bu kararda Mahkemece “*reliance*” unsuru ile “*loss causation*” arasında bir bağlantı olmadığı ama bu kavram ile “*transactional loss*”un kast edildiği ifade edilmiştir.

⁶⁷⁴ ABD Yüksek Mahkemesi bir kararında “*loss causation*”u “*causal connection between the material misrepresentation and the [economic] loss*” olarak tanımlamıştır. Buna göre zarar illiyeti olarak

bir ifade ile zarar illiyeti, davalının eylemi olmasa idi iddia edilen zararın doğmayacağı veya davalının eylemine rağmen iddia edilen zararın yinede de doğacağı hususu ile ilgilidir. ABD hukukunda Exchange Act of 1934 kanununa 1995 yılındaki değişiklikle eklenen 21D hükmü ile yasal zemine kavuşan⁶⁷⁵ bu tür illiyet uyarınca davacı, iddia ettiği zararı ile davacının eylemi arasındaki illiyet bağıını ispatlamak durumundadır. Benzer bir düzenleme Securities Act of 1933 kanunun md. 12 hükmünde de yer almaktadır. Bu tür illiyette önemli olan husus davacının, davalının eylemi-açıklaması ile işlem gerçekleştirmesi arasındaki illiyeti değil davalının eylemi-açıklaması ile davacının iddia ettiği zararın doğumu arasında bir illiyetin olduğunun ispatını yapabilmesidir. Örneğin, davalının yanlış açıklaması ile işlem yapan davacı, gerçek bilginin açıklanması ile hisse değerinin düşmesi nedeniyle işlem yaptığını ispatlayabilir ama zarara uğradığını doğrudan ispatlamış olmaz. Zira ekonomik kriz veya yatırımcı kitlesinin beklentilerinin değişmesi sonucu değer düşüklüğü gerçekleşmiş olabilir. Bu nedenle davacının zarar illiyetini ispatı önemli olup, davalı bakımından da aksi argümanlar her zaman ileri sürülebilecektir⁶⁷⁶.

Bu kavramların çalışma konumuz ile bağıını kurmadan evvel bahsedilmesi gereken bir diğer husus “*fraud on the market theory*” kavramıdır. Bu teori ABD mahkemelerince uygulanan bir varsayımdır. Teori uyarınca, açık ve gelişmiş bir sermaye piyasasında ortaklık payının değeri ortaklık ve onun faaliyetlerini ilgilendiren tüm önemli (*material*) bilgiler çerçevesinde belirlenir. Bu nedenle gerçek dışı bir bilginin piyasaya sunulması halinde bu bilgiye dolaylı olarak güvenerek işlem gerçekleştiren yatırımcı aldatılmış sayılmalıdır⁶⁷⁷. Bu

Türkçeleştirebileceğimiz bu kavram tazmini istenen zarar ile dava sebebi olan haksız fiil teşkil eden yanlış, yanıltıcı veya eksik kamuyu aydınlatma arasındaki illiyettir. Karar için bkz. *Dura Pharmaceuticals, Inc. v. Broudo*, 544 U.S. 336, 342. ABD Yüksek Mahkemesinin *Erica P. John Fund, Inc. v. Halliburton* kararında davacıların “*loss causation*”u ispatlaması gerekmediği sonucu çıkarılabilecektir. Ancak mahkeme bu kararında gayet açık bir anlatımla “*transaction causation*”, “*loss causation*”, “*fraud on the market theory*” ve daha önce verdiği *Basic* ve *Dura* kararları arasındaki farklılıkları ortaya koymuş ve davacıların grup davası (*class action*) oluşturmaları bakımından “*loss causation*” ispatlamaları gerektiği yönündeki federal bölge mahkemesinin kararını bozmuştur.

⁶⁷⁵ “*Loss causation*” kavramı ilk defa 1995 yılında ABD hukukuna girmemiştir. Bu kavram da ABD mahkemelerince benimsenerek geliştirilmiş bir müessese olarak görülmelidir. Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Escoffery, D.S. (2000). A Winning Approach To Loss Causation Under Rule 10b-5 in Light Of The Private Securities Litigation Reform Act Of 1995 (“PSLRA”), *Fordham Law Review*, Vol. 68, s. 1793 vd., Cox, Hillman, Langevoort, 509 vd.

⁶⁷⁶ Bkz. *Erica P. John Fund, Inc. v. Halliburton*, 131 S. Ct. 2179, 2186.

⁶⁷⁷ Tanım için bkz. İnternet: *Peil v. Speiser*, 806 F.2d. 1160. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Bu teori hakkında genel bilgi için bkz. Cox, Hillman, Langevoort, s. 698 vd., Hazen, s. 612 vd., Newman, J.M.Jr., Herrmann, M., Ritts, G.J. (1995). Basic Turths: The Implications of the Fraud-on-the-Market Theory for Evaluating the “Misleading” and “Materiality” Elements of Securities Fraud Claims, *The Journal of Corporation Law*, Vol. 20, No. 4, s. 571-591., Van De Voorde, M.H. (1989). The Fraud on the Market Theory and the Efficient Market Hypothesis: Applying a Consistent Standard, *Journal of Corporation Law*, Vol. 14, Issue 2, s. 443-494 www.ebscohost.com. Bu konuda yazılmış bir not için bkz. İnternet: *Harvard Law Review*, Vol. 95, Mart 1982, s. 1143-1161, Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Bu

teori ile davacının *transactional causation*'u ispatlaması gerekmemektedir. Diğer bir ifade ile davacı-yatırımcının zararına sebep olan işlemi davalının kamuyu aydınlatma belgesine güvenerek gerçekleştirdiğini kanıtlaması gerekmemektedir. Bu tür illiyet bağı, anılan teori uyarınca varsayımsal olarak kurulmaktadır. Ancak bu bir varsayım olup, davalı tarafından bu bağı aksinin ispatlanması, çürütülmesi mümkündür⁶⁷⁸. Öte yandan bu varsayımın kabul edilmesi ile davacının hiçbir şey ispatlaması gerektiği sonucu çıkarılmamalıdır. Örneğin, bu halde dahi davacı, davalının gerçek dışı kamuyu aydınlattığını ve bunun kamu tarafından bilinir kılındığını, işlem yaptığı piyasanın gelişmiş bir piyasa veya borsa olduğunu, gerçekleştirdiği alım-satım işlemleri ile bunların zamanlamalarını ispatlaması gerektiği şüphesizdir. Bu veriler ışığında, anılan varsayım ile bu tür illiyet kurulabilecektir⁶⁷⁹.

Özetle, ABD hukukunda davacı gerçekleştirdiği işlem ile kamuyu aydınlatma belgesi arasındaki illiyet bağı ispatlamak zorunda olmayıp, bunun aksini davalı ispatlamak durumundadır. Buna karşılık davacı uğradığı zarar ile kamuyu aydınlatma belgesi arasındaki ilişkiyi ispatlamak durumundadır⁶⁸⁰.

konudaki temel ABD yargı kararları için ise bkz. İnternet: *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224 (1988), *Affiliated Ute Citizens v. United States*, 406 U.S. 128 (1972). Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Bahsi geçen son dava kamuya açıklanmayan bir bilgiye dayanmaktadır, diğer bir ifade ile kamuyu aydınlatma belgesindeki eksikliğe dayanmaktadır. Bu nedenle de bu teori sadece eksik bilgi hallerine ilişkin olup, yanlış ve yanıltıcı kamuyu aydınlatma hallerinde uygulanmaz. Ancak anılan ilk dava ile bu farklılık ABD yüksek mahkemesince kapatılarak, pozitif yanıltıcı bilginin (*affirmative misrepresentation*) kamuya açıklanmasında da teorinin uygulanacağı ifade edilmiştir.

⁶⁷⁸ Bu teorinin dayanağının ekonomi ve finans alanında tartışılmakta olan "*efficient capital market theory*" olduğu açıktır. Bu teori uyarınca da ortaklığın hissesinin değerinin, piyasadaki tüm yatırımcılar ile analistlerin ortaklığı ait kamuya açıklanmış tüm bilgileri değerlemesinin bir yansıması veya özeti olduğu iddia edilmektedir. Çalışma konumuzu doğrudan ilgilendirmeyen bu teori için bkz. Cunningham, L.A. (1994). From Random Walks to Chaotic Crashes: The Linear Genealogy of the Efficient Capital Market Hypothesis, *George Washington Law Review*, Vol. 62, s. 596 vd., Fischel, D. (1989). Efficient Capital Markets, The Crash, And The Fraud On The Market Theory, *Cornell Law Review*, Vol. 74, s. 907-922. ABD Yüksek Mahkemesi tarafından fraud-on-the-market teosiri için, "*the market price of shares traded on well-developed markets reflects all publicly available information, and, hence any material misrepresentations.*" şeklinde bir tanım yapılmıştır. Karar metni için bkz. *Basic Inc. v. Levinson*, 485 U.S. 224, 246. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Ayrıca mahkeme bu kararında anılan teorinin uygun deliller ile çürütülmesinin de mümkün olduğunu ifade etmiştir (485 U.S. 224, 248). Bu karar, ABD hukukundaki *fraud-on-the-market* teorisinin kabul edilmesine temel teşkil etmesi bakımından oldukça önemli bir etki yaratmıştır. Bununla birlikte common law ülkelerinde bu teorinin uygulaması daha eskilere girmektedir. İngiliz mahkemelerinde bu teorinin ilk uygulaması olarak bkz. İnternet: *The King v. De Berenger and Others* (105 E.R. 536, 539). Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁶⁷⁹ Bu teorinin İsviçre hukuku bakımından uygulanabilirliğine ilişkin olarak bkz. BGE 132 III 721. İnternet: Carbonare, M.G., Harrer, H., Spillman, T., Wirth, F. (2008). Liability and Due Dilligence in connection with Equity Securities Offering, An Overwiev of U.S., Swiss and German Law, *Gesellschafts und Kapitalmarktrecht*, 2/2008, s. 129). Web: http://www.baerkarrer.ch/publications/19_51_00Spillmann.pdf adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁶⁸⁰ ABD uygulamasında *fraud-on-the-market* teorisinin *loss causation*'u da kapsadığı diğer bir ifade ile davacının bu illiyeti de ispatlaması gerektiği anlayışı reddedilmektedir. Özellikle iki önemli karar bugün geçerliliğini koruduğu gibi 1995 yılında yapılan yasal değişiklik ile *loss causation*'un davacı tarafından ispatlanması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Anılan mahkeme kararları için bkz. İnternet: *Merrill*

Alman hukukunda ise söz konusu illiyet bağına ilişkin varsayımlar üzerinde durulmaksızın konu ispat hukuku temelinde değerlendirilmiştir. Buna göre Alman Menkul Kıymet İşlemleri Kanunu (WpHG) md. 23 hükmünde bu tür tazminat davalarında sorumluluğun doğmadığı haller düzenlenmek suretiyle soruna çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Şöyle ki, anılan hüküm uyarınca sorumluluğu doğurmeyen haller arasında yatırımcı tarafından yapılan işlemlerin kamuyu aydınlatma belgesine dayanmaması (*transactional causation*) hali ile yatırımcının kamuyu aydınlatma belgesindeki yanlış, yanıltıcı veya eksiklik olmasaydı dahi yine de zarara uğrayacak olması (*loss causation*) halini de düzenlemiştir. Dolayısıyla Alman hukukunda *fraud-on-the-market theory* ile yatırımcı lehine bir varsayımdan hareket etmek yerine davalının sorumsuzluğunu ispatlaması yolu tercih edilmiştir⁶⁸¹. Diğer bir ifade ile Alman uygulamasına bakıldığında, ABD hukukuna nazaran yatırımcı açısından daha lehe bir durum olduğu görülmektedir. Zira burada davalı iki illiyeti de çürütmeye çalışacakken, ABD hukukunda *loss causation*'u davacı, *transactional causation*'un aksini ise davalı ispatlamak durumundadır. Buna göre de Alman uygulamasında da aksini ispatlama yükümlülüğünün davalıya bırakılması ile *transactional causation*'un *fraud-on-the-market* teorisinde olduğu gibi varsayımsal olarak kabul edildiği sonucuna ulaşılabileceği mümkündür.

Konuya Türk hukuku bakımından bakıldığında ise bir karışıklık olduğu görülmektedir. Ayrıntıları bir sonraki başlık altında incelenecek olmakla birlikte, SPKn md. 32/5 hükmü ile Alman hukukundaki sorumluluğun doğmadığı haller düzenlenmiştir. Ancak Alman hukukunda öngörülmemiş olan SPKn md. 32/4 hükmü ile de ABD hukukundaki *loss causation* uygulaması benzeri bir durum yaratılmak istenmiştir. ABD hukukunda *loss causation*'un ispatı davacıya aittir. Ancak SPKn md. 32/4 hükmünde bunun tam tersi düzenlenmiştir. Böylelikle mehz ABD hukukuna nazaran Alman hukuku yatırımcı lehine

Lynch & Co. Research Reports Securities Litigation, 273 F.Supp.2d 351 (2003 WL 21500293) ve *Broudo v. Dura Pharmaceuticals Inc.*, 339 F.3d 933. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁶⁸¹ Alman uygulamasında mahkemelerce bir varsayım yapılması ABD hukukundaki kadar kolay olmayacaktır. Bu nedenle *fraud-on-the-market* teorisi hemen tüm kıta Avrupası hukuklarında kabul görmemiştir. Ancak bu teori ile yapılmak istenen hususun yatırımcı lehine bir varsayımda bulunmak olduğu görülerek, yatırımcının başka yollar ile korunması veya onun lehine ispat hukuku düzenlemeleri yapılması yoluna gidilmiştir. Alman hukukunda anılan teorinin benimsenmediğine ilişkin olarak bkz. Baums, T., Scott, K.E. (2005). Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany, *American Journal of Comparative Law*, Kış 2005, Vol. 53, s. 71, dn. 89. Fransız hukukuna ilişkin olarak bkz. Kaal, W.A., Painter, R.W. (2012). Forum Competition and Choice of Law Competition in Securities Law After Morrison v. National Australia Bank, *Minnesota Law Review*, Vol. 97, s. 181, dn. 216. İngiliz, Kanada ve Avusturya hukukları bakımından benzer anlayış için bkz. İnternet: Ferran, E. (2009). *Are US-Style Investor Suits Coming to the UK?*, s. 7, 9 ve 13., Web: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436333&download=yes adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

düzenlenmiş iken Türk hukukunu buna ek olarak bir de zarar illiyeti karinesi düzenleyerek durumu daha da yatırımcı lehine çevirmiştir. Bu nedenle, kanaatimizce, SPKn md. 32/4 hükmünün yasa metninden çıkarılarak yerine zararın ne şekilde belirleneceğine ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmesi daha uygun olacaktır. Mevcut durum itibariyle, tazminat davası açan davacı SPKn md. 32/4 hükmünün gerektirdiği zamanlamada alım veya satım gerçekleştirmiş ise anılan hüküm uyarınca iddia ettiği zarar ile kamuyu aydınlatma belgesi arasındaki zarar illiyetini (*loss causation*) ispatlamak durumunda olmadığı gibi SPKn md. 32/5 uyarınca zarara yol açan baştaki alım veya satım işlemini kamuyu aydınlatma belgesine dayanarak (*güvenerek-reliance-transactional causation*) gerçekleştirdiğini de ispatlamak zorunda değildir. Bu düzenlemeler davalı bağımsız denetçi, bağımsız denetim firması, ortaklık veya diğer herhangi davalı kişi veya kuruluşu usul hukuku bakımından oldukça korumasız kılmaktadır. Zira davalının ispatlaması gereken hususlar olması gerekenden fazla olup, sübjektif değerlendirmelere açık maddi vakıaların ispatı pek mümkün olmamaktadır.

5) Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğun Doğmadığı Haller

Yukarıda belirttiğimiz haksız fiil sorumluluğunu oluşturan koşulların eksikliği sorumluluğun kurulmasına engel olacaktır. Bununla birlikte anılan unsurların oluşumu üzerinde etkili olan belli bazı haller de SPKn md. 32/5 hükmünde açıkça belirtilmiştir. SPKn md. 32/5 hükmünün kaynağı, daha sonra Alman Menkul Kıymet İzahname Kanunu (WpPG) md. 23 hükmüne alınan, Alman Menkul Kıymet Borsa Kanunu md. 45 hükmüdür. Alman hukukunda izahnameler bakımından düzenlenen bu hükmün Türk hukukuna izahname dâhil tüm kamuyu aydınlatma belgeleri bakımından geçerli olacak şekilde alınmış olması olumlu bir gelişme olarak değerlendirilmektedir.

Alman WpPG md. 23/2 hükmünde yer alan beş ayrı sorumsuzluk halinin dördü SPKn md. 32/5 hükmüne alınmıştır. SPKn içerisine alınmayan hüküm WpPG md. 23/2-5 hükmüdür. Bu hüküm uyarınca izahnamenin özeti veya tercümesine dayanılarak yapılan işlemlerden doğan zararın tazmini, bu özet ile izahnamenin tamamının birlikte değerlendirilmesi neticesinde bir çelişki, uyumsuzluk, yanıltıcılık, gerçek dışılık olmadığı müddetçe, mümkün değildir. Bu durumda davacı, izahnamenin özetine bakıp, tüm izahnameyi göremediği için bundan bir eksiklik olduğunu iddia edemeyecektir. Bu hükmün SPKn md. 32/5 hükmünde karşılığı bulunmaması, böyle bir durumdan dolayı sorumluluğun doğmayacağı veya sorumsuzluğun mümkün olmayacağı sonucunu doğurmamaktadır. Şöyle

ki, SPKn md. 5 hükmüne dayanılarak çıkarılan Kurul'un (II-5.1) sayılı İzahname ve İhraç Belgesi Tebliği md. 13/11 hükmünde izahnamenin özetinde, izahnamenin diğer kısımları ile birlikte okunması durumunda özetin yanıltıcı, hatalı veya tutarsız olması halinde, SPKn uyarınca ilgililerin hukuki sorumluluğunun bulunduğu dair bir uyarının bulunması zorunludur. Bu durumda da ihraççının izahnameden kaynaklanan bir sorumluluğunun olduğunun ve izahnamenin özetinin izahnamenin diğer kısımları ile birlikte okunduğunda yanıltıcı, hatalı ve tutarsız olmaması halinde sorumluluğun doğmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir.

Aşağıda belirtilecek hallerin davalı bağımsız denetçi tarafından iddia edilmesi ve kanıtlanması halinde davacının tazminat talebi reddedilecektir. Dolayısıyla bu hükümlerin sorumluluğun kurulması aşamasında değil sorumluluk nedeniyle tazminatın belirlenmesi aşamasında devreye girdiklerinin kabulü gerekmektedir. Bu çerçevede söz konusu haller haksız fiil sorumluluğunu doğuran unsurların yokluğunu ortaya koymaktan ziyade davalının sorumluluğunun tazmini gerektirip gerektirmediği hususuna ilişkindir.

a) İşlem İliyetinin (*Transaction Causation*) Bulunmaması

Türk sermaye piyasalarının uygulamasında, ABD Yüksek Mahkemesi kararları ile benimsenen “*fraud-on-the-market*” teorisinin kabul edildiğine yönelik bir Yargıtay kararına rastlanılmamıştır. Alman hukukunda (WpPG md. 23/2-1) olduğu gibi Türk hukukunda da SPKn md. 32/5-a hükmü uyarınca söz konusu teorisinin amacına uygun olarak davacı lehine bir karinenin kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

SPKn md. 32/5-a hükmü uyarınca davacının tazminini talep ettiği zararını oluşturan alım-satım işlemlerinin davalıya ait kamuya aydınlatma belgesine dayanmaması halinde tazminat talebi reddedilir. Bu hükümde işlem illiyeti düzenlenmek istenmiş ve yanlış, yanıltıcı veya eksik bağımsız denetim raporları dâhil tüm kamuyu aydınlatma belgeleri ile davacının zararını oluşturan alım-satım işlemleri arasında bir işlem illiyetinin varlığı zımni ve adi karine olarak kabul edilmiştir. Bunun aksini ispat davalıya bırakılması anılan iddiayı güçlendirmektedir. Böylelikle davalı, hakkındaki tazminat davasında kendi kamuyu aydınlatma belgesi ile davacının zararını oluşturan işlemleri arasında bir uygun illiyetin bulunmadığını ispatlayacak olur ise davacının davasının reddine karar verilecektir.

Davalının ispatlamaya çalıştığı husus davacının zararı ile kamuyu aydınlatma belgesi arasında illiyetin olmadığı hususu değildir. Davalı, kamuyu aydınlatma belgesi ile davacının

zararını meydana getiren sermaye piyasası aracına ilişkin gerçekleştirdiği işlemler arasında bir illiyetin bulunmadığını ispatlamak zorundadır.

Davalı bu iddiasını HMK çerçevesinde ispat hukukunun getirdiği kanıtlar çerçevesinde ispatlamalıdır. HMK md. 200 hükmünde senetle ispat zorunluluğu düzenlenmiştir. Anılan hüküm uyarınca bir hakkın, doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları zamandaki değerinin belli bir miktarı geçmesi halinde senetle (yazılı belge) ispat zorunluluğu bulunmaktadır. Burada önem arz eden husus bir hukuki işlemin bulunması halinde bu ispat zorunluluğunun bulunmasıdır. Ancak çalışma konumuz itibarıyla davalı olan bağımsız denetçi ile davacı yatırımcı arasında herhangi bir hukuki işlem bulunmamaktadır. Bu nedenle bağımsız denetçinin işlem illiyetinin bulunmadığı konusunda senetle ispat zorunluluğu bulunmamaktadır⁶⁸². İşlem illiyetinin bulunmadığı hususu davacının işlem gerçekleştirirken hangi amaçla hareket ettiğine yönelik bir iddiadır. Dolayısıyla HMK anlamında kesin delille ispatlanması mümkün olmayan bir ispat söz konusudur. Davalı, hâkim tarafından serbestçe takdir edilecek olan deliller ile davacının bağımsız denetim raporuna binaen işlem gerçekleştirmedini ortaya koyacak ve hâkimi ikna etmeye çalışacaktır. Kanaatimizce, bu iddianın konusu bir olgu olup, davalı yasal her türlü delil ile iddiasını ispatlayabilecektir. Şüphesiz ki, bu iddianın mahkemece kabul edilebilmesi için öncelikle dava konusu kamuyu aydınlatma belgesinde bir yanıltıcı, yanlış veya eksiklik bulunduğu tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespitin yapılmamış olması halinde zaten sorumluluk doğmayacaktır.

Davalı, davacının bağımsız denetim raporunun kamuya duyurulmasından önce hiç bu hisse senedinde alım-satım gerçekleştirmedini ve gerçek bilginin yayınlanmasından sonra da bu hisseleri muhafaza ederek başka yatırım tercihleri ile hareket ettiğini, bağımsız denetim raporunun yayınlanmasından önce de başka kişiler yanında veya yazılı yahut görsel medyada bu hisseyi alacağını ifade ettiğini, davacının işlemlerine konu payın değerinin kendi raporundan bağımsız olarak genel ekonomik veya borsadaki yahut sektördeki olumlu/olumsuz havadan kaynaklandığını, kamuyu aydınlatma belgesindeki yanıltıcı, yanlış veya eksikliğin derecesinin davacının iddia ettiği zararın büyüklüğünü doğuracak şekilde büyük hacimli işlem yapmasını gerektirecek önemi haiz olmadığını, davacının tespit edilen

⁶⁸² Türk hukukunda haksız fiilerin, maddi vakıaların ispatında delil serbestisine ilişkin olarak bkz. Pekcanitez, Atalay, Özkes, s. 452.

yanıltıcılığı, yanlışlığı veya eksikliği kolaylıkla tespit edebilecek profesyonelliğe sahip olduğunu, dava konusu kamuyu aydınlatma belgesinin yayınlanmasından sonra hissede bir değer değişikliği olmadığını ve buna göre davacının işlem gerçekleştirdiğini vs. iddiaları ileri sürerek sorumsuzluğunu mahkemeden talep etmesi mümkündür. Söz konusu iddia muhakemeyi gerektireceğinden mahkemece somut olayın koşulları dikkate alınmak suretiyle hüküm tesis edilmesi gerekmektedir.

b) Yanıltıcı, Yanlış ve Eksik Bilginin Bilinmesine Rağmen İşlemin Yapılması

SPKn md. 32/5-b hükmü uyarınca, zarar gören üçüncü kişinin bağımsız denetim raporundaki yanıltıcı, yanlış veya eksik bilgi olduğunu bilmesine rağmen zarar doğuran işlemleri gerçekleştirmesi halinde mahkemece tazminata hükmedilmeyecektir. Bu husus bir bakıma mağdurun haksız fiile rıza göstermesi haline benzemektedir. Davacının, gerçeği bilmesine rağmen işlem gerçekleştirerek uğradığı zarara katlanması gerekmektedir.

Rapordaki eksiklik, yanlışlık yahut yanıltıcılığın zararı doğuran işlem tarihinde bilinmesi halinde bu hüküm uyarınca sorumsuzluk söz konusu olmalıdır. Yanlış, yanıltıcı veya eksik olan raporun yayınlanmasından ve fakat doğru bilginin yayınlanmasından önce gerçek bilgiye sahip olunması hali bu başlık altında değil tazminatın miktarının belirlenmesine ilişkin bir husustur. Bu kapsamda, hükmün uygulanabilmesi için ileride zararı doğuracak olan işlemin yapıldığı tarihte gerçek bilgiye sahip olunması gerekmektedir.

Bu husus hem Alman hem de ABD hukukunda açık bir şekilde düzenlenmiştir⁶⁸³. Kanaatimizce, bu düzenleme menfaatler dengesine uygun bir çözümdür. Davacının yatırım kararı almasında herhangi bir bilgi eksikliği bulunmadığı gibi piyasadaki pek çok yatırımcıya nazaran bağımsız denetim raporundaki yanlış, yanıltıcı veya eksik yönü de bildiği için asimetrik olarak fazla bilgi sahibi olduğu da iddia edilebilecektir. Öte yandan, hiç kimse kendi kusuru ile uğradığı zararın tazminini talep edememelidir. Bu gibi durumlarda davacı bilerek ve isteyerek zarara uğradığı için bunu tazmin ettirmesi adil bir

⁶⁸³ 1933 tarihli Kanun md. 11 hükmünde “*unless it is proved that at the time of such acquisition he knew of such untruth or omission*”; md. 12 hükmünde “*the purchaser not knowing of such untruth or omission*”, Alman WpHG md. 37b/3 hükmünde “*Claims for damages pursuant to subsection (1) shall not exist if ... the third party knew about the undisclosed fact at the time of purchase and ...the third party knew about the undisclosed fact at the time of sale*”, md. 37/c hükmünde “*Claims for damages pursuant to subsection (1) shall not exist if, ...the third party knew that the inside information was inaccurate at the time of purchase and, ... the third party knew that the information was incorrect at the time of sale*”, Alman WpPG md. 23/2-3 hükmünde “*der Erwerber die Unrichtigkeit oder Unvollständigkeit der Angaben des Prospekts bei dem Erwerb kannte*” denilmek suretiyle bu husus açıklanmıştır.

sonuç doğurmayacaktır. Kaldı ki, kişinin bu durumda feragat ettiği hak vücut bütünlüğü üzerindeki hakkının aksine üzerinde kendi iradesi ile tasarrufta bulabileceği malvarlığı/ekonomik hakkıdır.

Davacının kamuyu aydınlatma belgesindeki yanlış, yanıltıcı veya eksik olduğunu bildiği ve buna rağmen işlem gerçekleştirdiğini ispat yükü davalıdadır. Davalının bu durumu her türlü delil ile ispatlama imkânı bulunmaktadır.

c) Zarar Doğuran İşlemlerden Önce Gerçek Bilginin Yayınlanması

Sermaye piyasalarının dinamik yapısı içerisinde işlem gerçekleştiren yatırımcıların, gerçek bilginin yayınlanmasını müteakip gerçekleştirdikleri işlemler nedeniyle uğradığı zararın tazminini talep etmeleri mümkün değildir⁶⁸⁴.

SPKn md. 32/5-c hükmünde yatırım kararının verilmesinden veya dava konusu kamuyu aydınlatma belgesine dayanılarak işlem gerçekleştirilmesinden önce bu belgedeki yanlış, yanıltıcı ve eksikliğin giderilmesi halinde tazminat talebi reddedilecektir.

Bu hükmün kısmen uygulanabileceğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Şöyle ki, yatırımcılar başlangıçta gerçek bilginin yayınlanmasından önce gerçekleştirdikleri işlemler nedeniyle uğradıkları zararları tazmin edebilmelidirler. Yatırımcılar gerçek bilginin yayınlanmasından sonra yatırım yapmaya devam ederler ise bu tarihten sonraki işlemleri nedeniyle tazminat taleplerini kaybedeceklerdir. Hükümde bu anlayışa yönelik bir belirleme olmamasına rağmen, uygulamanın bu şekilde kısmi uygulamaya imkân verecek biçimde oluşturulması gerektiğini düşünmekteyiz. Aksi takdirde, gerçek bilgiye sahip olduktan sonra çeşitli mülahazalar ile işlem yapmaya devam eden yatırımcının, daha önce gerçek olmayan bilgi ile gerçekleştirdiği işlemlerden doğan zararını da tazmin edemeyeceğinin kabulü onun cezalandırılması olarak değerlendirilebilecektir.

Burada ifade edilmelidir ki, tazmini mümkün olan zararın gerçek bilgi yayınlanmasından önceki işlemlerden kaynaklı olması ve fakat gerçek bilginin yayınlanmasından sonraki işlemlerden kaynaklanan zararların tazmininin mümkün olan zarar olarak telakki edilmemesi nedeniyle, TBK md. 52/1 uyarınca tazmini mümkün olan zararlarda bir indirim yapılması başka bir gerekçeye dayandırılmalıdır. Diğer bir ifade ile davacının gerçek bilginin yayınlanmasından sonra işlem gerçekleştirmesi, onun tazmini

⁶⁸⁴ Bu hükmün kaynak Alman hukukundaki karşılığı ise WpPG md. 23/2-4 hükmüdür.

gereken zararını artırmadığından veya doğurmadığından hâkimin bu zararlarda indirim yapılmasının nedeni davacının işlem yapmaya devam etmesi olmamalıdır.

Öte yandan, hükümde yer alan “*yatırım kararının verilmesinden önce*” ifadesi ile kastedilmek istenen hususun ne olduğu açık değildir. Daha evvel ifade ettiğimiz üzere kamuyu aydınlatma belgeleri nedeniyle doğan zararlar sadece borsadaki alım-satım işlemlerinden kaynaklanmayacaktır. Bunun yanında birleşme kararı alınması, gönüllü çağrı yapılması kararı alınması gibi başka yatırım kararlarının alınması halinde de daha sonra gerçek bilginin yayınlanması ile zarar meydana gelebilecektir. İşte kanun koyucu söz konusu ifade ile de bu durumu zımnen kabul etmiştir. Böylelikle bağımsız denetim raporundaki yanlış, yanıltıcı veya eksikliğe dayanarak alım-satım işlemi dışında birleşme veya başka bir yatırım kararı alınmasından evvel gerçek bilginin yayınlanması halinde daha sonra bu yatırım kararının alınmasından doğan zararın tazmin talebi mahkemece reddedilecektir.

d) Zarar İlliyetinin (Loss Causation) Bulunmaması

İlliyet bağı bahsi ile açıklamaya çalıştığımız zarar illiyetinin yokluğu da tazminat talebinin reddini gerektirmektedir. SPKn md. 32/5-ç hükmü uyarınca kamuyu aydınlatma belgesindeki yanlış, yanıltıcı ve eksiklik olmasaydı dahi zarar görenin zararının doğacak olması halinde tazminat talebi reddedilecektir.

Bu hükümde zarar illiyeti açık bir dil ile ifade edilmemiştir. Şöyle ki, zarar illiyeti, uğranılan zarar ile kamuyu aydınlatma belgesi arasındaki illiyeti ifade etmektedir. Kamuyu aydınlatma belgelerinde yanlışlık, yanıltıcılık veya eksiklik olmasaydı dahi yatırımcının zarara uğrayacak olması hali ile zarar ile kamuyu aydınlatma belgesi arasında bir illiyetin olmadığı veya diğer bir ifadeyle kamuyu aydınlatma belgesi dışında başka bir nedenden dolayı zararın doğduğunun ifade edilmeye çalışıldığı görülmektedir. Tam, doğru ve gerçek bilginin sunulmasına rağmen yatırımcının zarara uğraması ancak kamuyu aydınlatma belgesi ile zararın arasındaki uygun illiyetin kesilmesi ile mümkündür.

Bu hükmün uygulandığı hallerde kamuyu aydınlatma belgelerinin sorumluluk doğuracak şekilde yanlış, yanıltıcı veya eksik olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır. Zira ispatlanması gereken husus kamuyu aydınlatma belgesinin yanlış, yanıltıcı veya eksiklik içermediği hususu değildir. Davalı burada, dava konusu kamuyu aydınlatma belgesinin bu nitelikleri haiz olup olmadığını değil (bu nitelikler mahkemece tespit edilmiş veya davalı tarafından kabul etmiş olsa bile), tazmini talep edilen zararı doğuran etkenin

olayların olağan akışına ve hayat tecrübelerine göre niteliği ve ana temayülü itibarıyla bu zararı meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir zararın gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artıran⁶⁸⁵ kamuyu aydınlatma belgesi dışında başka bir etken olduğunu ispatlamaya çalışmaktadır.

Bu hükme benzer bir düzenlemenin ABD hukukundaki 1933 tarihli Kanun md. 11/e ve 12/b hükümlerinde olduğunu düşünmekteyiz. Anılan hükümler SEC'ye kayıt yapılmak üzere sunulan belgeler ile izahnameden kaynaklanan sorumluluğa ilişkin zarar illiyetini düzenlemektedir. Bu hükümlerde, kısaca, davalının, davacının tazminini talep ettiği zararının tamamının veya bir kısmının oluşmasına neden olan menkul kıymetteki fiyat değişikliğinin dava konusu izahname veya diğer kayıt belgelerindeki eksiklik dışındaki başka bir nedenden ileri geldiğini kanıtlaması halinde tazmin sorumluluğunun bulunmadığını ifade etmektedir. Alman WpPG md. 23/2-2 hükmünde davalının dava konusu kamuyu aydınlatma belgesindeki yanlış ve yanıltıcı bilginin iddia edilen zarara ilişkin menkul kıymetin değerini düşürmede katkısının olmadığını (...*nicht zu einer minderung... beigetragen hat*) ispatlaması halinde sorumluluğun doğmayacağı ifade edilmiştir. SPKn md. 32/5-ç hükmü ile kaynak WpPG md. 23/2-2 hükmünde yer alan ifadelerin birbirinden farklı olduğu görülmekle birlikte iki hüküm ile anlatılmak istenen husus iddia edilen zararın doğumu ile davalının eylemi arasında bir zarar illiyetinin olmaması halinde sorumluluğun doğmayacağıdır.

SPKn md. 32/5-ç, WpPG md. 23/2-2 ve 1933 tarihli Kanun md. 11/e, 12/b düzenlemelerinde benzer bir anlayışın olduğunu görmekteyiz. Bunun yıllar içerisinde ABD uygulamasında gelişen ve daha sonra yasa hükmü olarak kabul edilen zarar illiyetinin olmadığı savunmasına tekabül ettiğini düşünmekteyiz. ABD uygulamasında zarar illiyetine dair diğer yasal düzenleme olan 1934 tarihli Kanun md. 21D/b-4 hükmünde ise davacının, yanıltıcı, yanlış veya eksik olan kamuyu aydınlatma belgesi ile iddia ettiği zararı arasındaki illiyeti ispatlaması gerektiği düzenlenmiştir. Zarar illiyetini ispat yükü konusunda ABD uygulamasında 1933 ve 1934 tarihli kanunlar bakımından farklılık bulunmaktadır⁶⁸⁶. Alman hukukunda bu husus izahnameye ilişkin kanun içerisinde yer aldığından ABD hukuku ile paralel bir düzenleme olduğu görülmektedir. Ancak Türk hukukunda SPKn md. 32

⁶⁸⁵ Uygun illiyet bağı teorisinin tanımı için bkz. Eren, s. 509.

⁶⁸⁶ Bu hususa ilişkin olarak bkz. Cox, Hillman, Langevoort, s. 513. Yazarlar, birincil piyasadaki bir yanıltıcı bilgiden sonra ortaklığın hisse değerini düşürecek başka bir nedenin davacının nasıl bilebileceğini ve bunu ispatlayacağını sorgulayarak bu farklılığı vurgulamaktadırlar.

hükümünün birincil ve ikincil piyasalara da uygulanacağı dikkate alındığında ABD hukukundan farklı olarak ikincil piyasalar bakımından da zarar illiyetinin olmadığını ispat yükümlülüğü davalıya bırakılmıştır. Bu husus davacı-yatırımcılar lehine bir anlayışı göstermekle birlikte, davacıların dava açmalarını kolaylaştırması bakımından olumsuz etkileri de bulunmaktadır.

SPKn md. 32/5-ç hükmünün yazılış şekline bakıldığında hüküm ile, kamuyu aydınlatma belgesinin zarar doğurma konusunda uygun illiyet bağına sahip/elverişli olduğu ancak başka bir nedenin de aynı zararı doğuracak niteliği haiz olması nedeniyle yatırımcının her halde zarara uğrayacak olduğu hususunun düzenlenip düzenlenmediği açık değildir. Kanaatimizce, hükmün sadece bu şekilde anlaşılması mümkün değildir. Şöyle ki, hükümde kamuyu aydınlatma belgesi ile birlikte değerlendirilecek olan başka bir nedenin iddia edilen zararı birlikte veya tek başlarına ayrı ayrı doğurmaya elverişli olduğu bir hal düzenlenmemektedir. Diğer bir ifade ile hükmün açık ifadesinden ortak, yarışan veya seçimlik illiyetin⁶⁸⁷ düzenlenmediği sonucu çıkarılabilecektir. Ancak burada farazi ve ortak illiyet kavramı ile illiyet bağının kesilmesi hususlarının kısaca değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Farazi illiyet⁶⁸⁸, zararı meydana getirmeye elverişli birden çok sebebin varlığına rağmen bunlardan birinin zararı doğurması halidir. Burada zararı doğuran sebep gerçekleşme idi diğer sebep benzer bir sonucu gerçekleştirmiş olacaktı. Farazi illiyetin yarışan illiyetten farkı ise zararı meydana getiren sebepler yarışan illiyette aynı anda meydana gelirken farazi illiyette bir zaman eşanlılığı bulunmamasıdır.

Farazi illiyette, gerçek sebep zararı somut olayda doğuran sebep iken, gerçek sebep olmasa idi aynı zararı doğuracak mahiyete sahip diğer sebep ise farazi sebep olarak nitelendirilir. Farazi sebebin, gerçek sebepten sonra gerçekleşme zorunluluğu bulunmamaktadır. Örneğin, bir hayvana verilen ölümcül düzeydeki zehir etkisini göstermeden başka bir kişinin de bu dozda aynı zehri vermesi gibi. Farazi illiyette, kural olarak, kişinin ben yapmasaydım dahi aynı sonuç doğacaktı şeklindeki savunması gerçek

⁶⁸⁷ Ortak illiyet, hiçbirisi tek başına yeterli olmayıp, ancak bir araya gelmek suretiyle zararı doğurabilecek nedenler topluluğudur. Yarışan illiyet, aynı zararı ayrı ayrı tek başlarına doğurmaya elverişli birden fazla sebebin aynı zamanda gerçekleşmesidir. Seçimlik illiyet, zararı doğuran birden çok sebebin ayrı ayrı zararı doğurmaya elverişli olmasına rağmen hangisinin zararı doğurduğunun belirlenememesi halidir. Ortak ve yarışan illiyette müteselsil sorumluluk söz konusu iken seçimlik illiyette kural olarak sorumluluk bulunmamaktadır. Bu hususta bkz. Eren, s. 526-531., Eren, *İlliyet Bağı*, s. 149-163., Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 79 vd.

⁶⁸⁸ Farazi illiyete ilişkin açıklamalarımız için yararlanılan kaynak Eren, *İlliyet Bağı*, s. 164 vd.

sebeple doğan zarar arasında kurulan uygun illiyeti kaldırmayacağından kabul edilemez. Ancak gerçek sebepten önce mevcut olan ancak gerçek sebepten sonra vukubulan farazi sebebin varlığı tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilir. Kanun koyucu bazen sorumlu kişinin farazi sebebi ileri sürerek sorumluluktan kurtulmasına imkân tanıyabilir⁶⁸⁹. İşte SPKn md. 32/5- hükmü düzenlemesi farazi illiyetin ispatı halinde gerçek sebep sorumlusunun sorumluluktan kaçınma imknını düzenleyip dzenlemediğine bakılmalıdır.

SPKn md. 32/5- hükmünün kaleme alınış tarzı dikkate alındığında, hüküm ile bir farazi illiyet halinin öngörüldüğü ve bunun davalı tarafından ispatı halinde sorumluluktan kurtaracağının düzenlediği sonucuna ulaşılması mümkündür. rnek vermek gerekir ise davalı olan bağımsız denetçi yanılıtcı olan raporunun yanılıtcı olmasaydı dahi denetlenen ortaklığın yönetiminin gerçekleştirdikleri örtülü kazanç aktarımı nedeniyle davacının aynı zarara uğrayacağını ispatlar ise sorumluluktan kurtulacaktır. Yönetimin gerçekleştirdiği örtülü kazanç aktarımının, dava konusu bağımsız denetim raporundan önce veya sonra başlamış olmasının bu aşamada bir önemi bulunmamaktadır. Peki, bu sonuç hükmün amacı ile bağdaşmakta mıdır? Kanaatimizce anılan hükümde farazi illiyet hali düzenlenmemiştir. Bu sonuca mehz düzenlemeden yola çıkılarak da ulaşmak mümkündür.

Hükmün kaynağını teşkil eden Alman hukuku ile ABD hukukundaki düzenlemelere bakıldığında, Türk hukukundan farklı olarak, dava konusu kamuyu aydınlatma belgelerinin hissenin değer düşüklüğüne sebep olmaması veya başka sebeplerin hisse değerinin değişmesinde etkili olduğunun ispatının düzenlendiği görülmektedir. Dolayısıyla amaçlanan hususun farazi illiyet olmayıp, illiyet bağının kesilmesi veya ortak illiyet bahsi olduğu düşünülmektedir.

İlliyet bağının kesilmesi bahsine gelince; normal şekilde devam etse idi meydana gelen zararı doğurma konusunda uygun illiyet bağı bulunan bir sebebin zararın doğmasından evvel başka bir sebebin araya girerek zararı meydana getirmesine ilk sebep bakımından illiyet bağının kesilmesi (bulunmaması) denmektedir. Örneğin yanılıtcı bağımsız denetim raporunun yayımlandıktan hemen sonra denetlenen ortaklığın sahip olduğu imtiyazın

⁶⁸⁹ EREN tarafından bu konuda verilen rnekler TBK md. 66, 67 ve 119 (Eski BK md. 55, 56 ve 102) hükümlerindeki somut olaylara ilişkin gerekli özenin gösterilmesi halinde dahi zararın meydana geleceğine ilişkin vakıanın ispatı halinde sorumluluğun oluşmayacağına ilişkin düzenlemelerdir. Ancak TBK md. 66-67 hükümlerinin gerekçelerinde bu hususun illiyet bağının kesilmesi olarak değerlendirilmesi nedeniyle yeni kanun içerisine alınmadığı ifade edilirken, TBK md. 119/2 hükmü eski BK md. 102'nin ifadesi ile benzerdir. Diğer bir ifade ile EREN tarafından verilen örneklerden biri TBK md. 119 hükmünde yer almaktadır. Kaldı ki, bu durum olmasa dahi kanun ile farazi illiyetin varlığı nedeniyle sorumluluktan kurtulma halinin düzenlenebileceği önermesi geçerliliğini korumaktadır.

yöneticilerin kusuru (TTK md. 553/1) nedeniyle kamu otoritesi tarafından iptal edilmesi halinde yöneticilerin kusurlu davranışı bağımsız denetim raporunun önüne geçmiştir. Burada hayatın olağan akışı içerisinde yanıltıcı bağımsız denetim raporu yatırımcıların uğradığı zararı doğurmaya elverişlidir. Ancak ortaklığın imtiyazının iptal edilmesi nedeniyle yanıltıcı bağımsız denetim raporu ile yatırımcıların zararı arasındaki uygun illiyet elverişsiz hale gelmiştir. İlliyet bağıını kesen sebepler mücbir sebep, üçüncü kişinin veya mağdurun kusurudur. Acaba SPKn md. 32/5-ç hükmünde düzenlenen husus illiyet bağının kesilmesi hali midir?

Kaynak Alman WpPG md. 23/2-2 hükmünde yanıltıcı, yanlış veya eksik izahnamenin ortaklığın hisse değerinde bir değişikliğe yol açmaması hali sorumsuzluk nedeni sayılmıştır. Burada iki olasılık bulunduğu düşünülebilir. İlk olarak yanıltıcı, yanlış veya eksik izahname nedeniyle hisse değerinin hiç düşmediği, diğer bir ifade ile piyasanın bu rapora karşılık herhangi bir tepki göstermediği hal; ikinci olarak ise bu nitelikteki bir izahnamenin ardından başka bir sebeple hisse değerinin düştüğü hal düzenlenmiştir. Kanaatimizce burada ilk hal düzenlenmemiştir. Zira böyle bir durumda zaten ortada zarar bulunmamaktadır. Hissenin değerinin düşmüş olması halinde ancak zarar ve dolayısıyla dava söz konusu olabilecektir. İkinci halin değerlendirilmesinde ise ilk bakışta zarar ile yanıltıcı, yanlış veya eksik izahname arasında bir uygun illiyetin olmadığına ispatının arandığı hususunun düzenlendiği görülmektedir. Diğer bir ifade ile davacının iddia ettiği zararı ile bu izahname arasında bir illiyetin olmadığı durumdan bahsedilmektedir. Davadaki zararın doğumuna neden olan sebebin bu izahname değil başka bir sebep olduğu, izahnamenin hisse değerindeki değişime bir katkısının olmadığı ortaya konulmaya çalışılmaktadır. Yanlış, yanıltıcı veya eksik bu izahname yatırımcının uğradığı zararı doğurabilecek niteliğe haizdir ancak başka bir neden izahnamenin doğuracağı zararın meydana gelmesinden önce gerçekleşerek hisse değerini düşürmüş ve davacının zararını meydana getirmiştir. Bu nedenle, Alman hukukunda düzenlenen hususun illiyet bağının kesilmesi (bulunmaması) hali olduğu düşünülmektedir.

ABD hukukundaki⁶⁹⁰ düzenlenmelere bakıldığında ise davalının iddia edilen zararı doğuran hisse fiyatındaki değişikliğe kendi kamuyu aydınlatma belgesinin kısmen veya tamamen yol açmadığını ispatlaması öngörülmektedir. Burada Alman hukukundan farklı olarak, iddia edilen zarardan kısmen sorumlu olmama hali de düzenlenmiştir. Hisse

⁶⁹⁰ ABD haksız fiil hukukundaki illiyet bağı hakkında bkz. Wright, R.W. (1985). Causation in Tort Law, *California Law Review*, Vol. 73, Issue. 6, s. 1735-1828.

değerindeki değişimin bir kısmının başka bir nedenden ileri gelmesi hali kamuyu aydınlatma belgesi dışındaki bir başka sebebin de davacının zararının meydana gelmesinde etken olduğunu göstermektedir. Bu nedenle kanaatimizce, burada Alman hukukundan farklı olarak illiyet bağının kesilmesi yanında ortak illiyet hali de düzenlenmiştir.

Ortak illiyet, her biri kendi başına doğan zararı meydana getirmeye elverişli olmayan ancak bir araya geldiklerinde somut olaydaki zararı meydana getiren birden fazla sebebin varolduğu bir durumdur⁶⁹¹. Burada doktrinde verilen örnekler birkaç kişinin tek başlarına taşıyamayacakları bir kasayı birlikte taşımaları, iki fabrikanın zararlı atıklarını göle akıtmaları ve bu birliktelik ile göldeki balıkların ölümüne neden oldukları şeklindedir. Ortak illiyet halinde sebeplerin her biri meydana gelen zararı doğurmaya elverişli değildir. Ancak bu sebepler meydana gelen zararı doğurmaya elverişli olmamakla birlikte her biri kendi başına daha az bir zararı meydana getirmeleri hali için de ortak illiyet bulunmakta mıdır? Bu sebeplerin meydana gelen zararı oluşturmak bakımından tek başlarına yeterli olmamaları nedeniyle olayda yarışan illiyet bulunmadığı hususundan şüphe duyulmamalıdır. Buna karşılık verilen örneklerde her bir sebebin kendi başına herhangi bir zararı vücuda getiremeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak, kanaatimizce, ortak illiyet kavramı içerisine varolan sebeplerin kendi başlarına bir kısım zararı doğurabileceği halleri de sokmak mümkündür. Diğer bir ifade ile birden fazla sebepten ilkinin (x) zararını, ikincisinin ise (y) zararını meydana getirebileceği haller de ortak illiyet içerisinde mütalaa edilebilmelidir. Verilen örnekler üzerinden gidilecek olur ise her bir fabrikanın farklı zararlı maddeleri göle bırakmaları halinde her birinin fabrikanın bıraktığı zararlı maddelerin göldeki balık sayısının yüzde beşi oranında ölüme yol açabileceği ancak birlikte atılması halinde toplamda yüzde oniki oranında balık ölümüne sebep vermeleri hali ortak illiyet içerisinde değerlendirilebilecektir. Ya da üç hırsız tarafından taşınan kasanın aslında iki hırsız tarafından da taşınabileceği ancak üç kişi olduklarında daha hızlı bir şekilde taşıma imkânına sahip olmaları halinde de üçüncü kişinin eyleminin ortak illiyet içerisinde değerlendirilmesi gerekebilecektir. Çalışma konumuz bakımından örnek vermek gerekir ise, yanıltıcı bağımsız denetim raporunun yayınlanması ve denetlenen ortaklığın çalıştırmakta olduğu bir fabrikanın müdürü tarafından yakılması nedeniyle çalışamayacak olmasından mütevellit ortaklık hissesinin toplam değerindeki düşüşün 20 birim olduğu varsayımı altında, bu hisse değerindeki düşüşün 8 biriminin bağımsız denetim raporundan 12 sinin ise yangından ileri

⁶⁹¹ Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 83., Eren, *İllyet Bağı*, s. 149., Oğuzman, Öz, s. 524-525.

gelmesi halinin ortak illiyet olduğunun kabulü gerekmektedir⁶⁹². Ortak illiyette, sebeplerin birlikte hareket edip etmeme olgusunun müşterek sorumluluğun tam ve kısmi olması bakımından etkisi bulunmakta olduğu ifade edilmekle birlikte TBK md. 61 hükmü ile eski BK md. 50-51 hükümlerinde düzenlenen tam ve kısmi teselsül hali kaldırılmıştır. Bu hallerin tamamında müteselsil sorumluluğa ilişkin genel hükümler uygulanacaktır.

Yukarıdaki açıklamalarımız çerçevesinde, SPKn md. 32/5-ç hükmünün amacının en azından illiyet bağının kesilmesi halini düzenlenmek istendiği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak söz konusu hükmün ifadesinin farazi illiyet halini düzenlemekte olduğu gibi yanlış yorumlanmaya ve uygulamanın hükmün amacından farklı bir şekilde gerçekleşmesine yol açabileceği dikkate alındığında, hükmün ifadesinin amacına uygun olarak düzeltilmesi gerekmektedir. Zira bu hüküm ile amaçlanan husus zarar illiyetinin bulunmadığının ortaya konulmasıdır. Aksi halde bir bağımsız denetçinin, yanlış raporunun piyasada hisse değerini düşürmesine rağmen şirket yöneticilerinin örtülü kazanç aktarımında bulunması nedeniyle yatırımcıların zaten zarara uğrayacakları savunmasına itibar edilebilecektir. Oysaki bu halde toplamda 20 birim düşen hisse değerinden kaynaklanan zararın en azından bağımsız denetim raporu nedeniyle 8 biriminden bağımsız denetçinin sorumlu olması gerekecektir. Kaldı ki, benzer bir savunmanın şirket yöneticileri tarafından yapılması halinde yatırımcı zararının tazmin edilmeme riski ortaya çıkabilecektir. Bu nedenle anılan hükmün ABD uygulamasında olduğu gibi ortak illiyet hallerini de içerecek şekilde uygulanması gerektiği düşünülmektedir. Bununla birlikte, bu halde müteselsil sorumluluk hükümleri uygulanacağından yatırımcı zararının tamamını herhangi bir kişiden talep edebilecek ve sorumlular kendi iç ilişkilerinde fazla ödeme halinde diğerlerinden rücu talebinde bulunabileceklerdir.

Sonuç olarak, SPKn md. 32/5-ç hükmünde zarar illiyeti bakımından uygun illiyet bağının kesilmesi (bulunmaması) veya ortak illiyet hali düzenlenmiştir. Bu nedenle, hükümde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, davalı-bağımsız denetçinin, iddia edilen zararı oluşturan hisse değerindeki düşüşün kısmen kendi raporuna dayanmadığını ispatlaması halinde kısmen sorumluluktan kurtulmasının mümkün olduğu ve kendi

⁶⁹² Nitekim TANDOĞAN tarafından illiyet bağının kesilmesi ile ortak illiyetin birbirinden ayrılmasının her zaman kolay olmadığı, ancak ikinci sebebin birinci sebebi arka plana (illiyeti kesecek şekilde) itmediği hallerde her iki sebebin müşterek olarak zararı meydana getirdiği ifade edilmektedir. Tandoğan, *Mesuliyet*, s. 81. Keza başka bir kaynakta da ortak illiyet bahsi altında, bir illiyetin (sebebin) başka bir illiyet tarafından birleşmesi (telâhuk ve iştirakle) nedeniyle bertaraf edilmediğinde zararın tamamının faillere isnat edilebileceği ifade edilmiştir. Von Turh, A. (1983). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, C. 1-2, Çeviren Cevat EDEGE, Ankara, s. 86.

raporunun iddia edilen zararı doğurmaya elverişli olmakla birlikte başka bir sebebin araya girerek iddia edilen zararı bu ikinci sebebin meydana getirdiği iddiasını ileri sürebilmesinin mümkün olduğu şeklinde uygulamanın geliştirilmesi gerekmektedir.

6) Sorumluluğun Sınırlandırılması

Bağımsız denetçilerin sorumluluklarının sınırlandırılması bahsi sorumluluğun doğup doğmaması ile değil doğan sorumluluğun sınırlandırılması ile ilgilidir. Bu nedenle bağımsız denetçinin özellikle üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunun doğmaması gerektiğine veya bazı hallerde sorumluluğun doğmayacağına ilişkin yaklaşımlar bu başlık altında değerlendirilmemiştir⁶⁹³. Örneğin, üçüncü kişilere karşı sadakat yükümlülüğü bulunmadığı için sorumluluğunun bulunmadığı iddiası sorumluluğun sınırlandırılmasıyla değil sorumluluğun doğumu ile ilgili bir husus iken denetçinin üçüncü kişiye karşı doğmuş olan sorumluluğunun rakamsal olarak bir rakamı aşamayacağı bahsi sorumluluğun sınırlandırılması ile ilgili bir husustur.

Bağımsız denetçinin sorumluluğunun sınırlandırılması bahsinin ortaklığa ve üçüncü kişilere karşı olan sorumluluk bakımından ayrı ayrı incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

a) Denetlenen Ortaklığa Karşı Olan Sorumluluk Bakımından

Denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı sorumlulukları TTK md. 554 ve SPKn md. 63 hükmünde düzenlenmiştir. Bu hükümlerde denetçinin sorumluluğunun sınırlandırılmasına ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

Buna karşılık, denetçinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin TTK md. 404 hükmünün ikinci fıkrası uyarınca denetçilerin tazmin ile yükümlü oldukları sorumlulukları rakamsal olarak sınırlandırılmıştır. TTK md. 404 hükmü bağımsız denetçinin denetlenen şirkete karşı olan sorumluluğunu düzenlemektedir. Hükmün birinci fıkrasının üçüncü cümlesi bu hususu teyit eder niteliktedir. Bu nedenle üçüncü kişilere karşı olan sorumluluk anılan hükmün

⁶⁹³ Leibman, J.H., Kelly, A. (1992). 'Accountants' Liability to Third Parties for Negligent Misrepresentation: The Search for a New Limiting Principle, *American Business Law Journal*, Vol. 30, s. 347-439. Bu makalede yazarın ABD Yüksek Mahkemesinin bir kararında denetçilerin ihmal nedeniyle üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun bulunmadığı sonucuna ulaşmasının denetçinin sorumluluğunun sınırlandırılması olarak değerlendirmesi bu anlamda bir sınırlandırma değil sorumluluğun doğmadığı bir hal olarak değerlendirmek gerektiği düşünülmektedir. İngiliz hukukuna ilişkin bir diğer örnek için bkz. Vick, S. (1992). Bily v. Arthur Young & Co.: Is Limiting Auditor Liability to Third Parties Favoritism or Fair Play?, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 26, s. 1335-1378.

kapsamında yer almamaktadır. Bağımsız denetçilerin denetlenen şirkete karşı olan sorumluluğunu düzenleyen SPKn md. 63 hükmünde ise sorumluluğun sınırlandırılmayacağına ilişkin SPKn md. 32/7 hükmüne benzer bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle TTK md. 404 hükmü sermaye piyasalarına tabi olan hallerde de uygulama kabiliyeti bulunmaktadır.

TTK md. 404 hükmü bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı olan sorumluluğunu düzenleyen asıl hüküm değildir. Bu husustaki asıl düzenleme TTK md. 554 hükmünde yer almaktadır. Bu durumda denetçilerin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin sorumluluklarında rakamsal bir sınırlandırma bulunmakta iken, bu yükümlülük dışındaki sorumluluklarında herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır.

TTK md. 404/2 hükmü uyarınca denetçilerin sır saklama ve denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapmak yükümlülüğüne aykırı hareket etmesi halinde denetlenen ortaklığa karşı olan sorumluluğu nedeniyle ödemek zorunda olduğu tazminat miktarı çalışma konumuz olan halka açık anonim ortaklıklar bakımından üçyüz bin TL ile sınırlandırılmıştır. Hükümdeki rakamsal sınırın, her ne kadar hükümde bir açıklık olmamakla birlikte, her bir denetim faaliyeti veya raporu için öngörülmüş olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Sorumluluğun sınırlandırılması sadece ihmalden kaynaklanan sorumluluk hallerinde geçerli olup, kasttan kaynaklanan hallerde böyle bir sınır uygulanmayacaktır. Öte yandan, TTK md. 404/4 hükmü uyarınca sır saklama veya denetimi dürüst ve tarafsız bir şekilde yapma yükümlülüğüne aykırılık halinde doğacak sorumluluğun sözleşme ile kaldırılması⁶⁹⁴ veya tazminat miktarının üst sınırının aşağıya çekilmesi mümkün değildir. Buna göre taraflar belirlenen rakamı eksiltemeyecekler ancak artıracabileceklerdir.

⁶⁹⁴ Bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı olan sorumluluğunun kaldırılmasına ilişkin düzenlemeler denetçinin bağımsızlığı ve etik ilkeleri bakımından tartışma yaratabilecektir. Bu nedenle TTK'nun anılan düzenlemesi, diğer bir ifade ile sorumluluğun sınırlarının belirlenmesi ve bunun daraltılmaması veya kaldırılamaması oldukça önemli ve olması gereken bir düzenleme olarak değerlendirilmektedir. Bu düzenleme TBK md. 115 hükmü ile de uyumludur. Bu konuda SEC tarafından benzer bir şekilde getirilen yoruma ve bunun eleştirisine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Ehrlich, C.B., Williams, J.D. (2008). Limiting Liability Through Contractual Agreement- Can an Engagement Letter Be Made Bulletproof?, *The CPA Journal*, s. 54 vd., www.ebsco.com. Bu konudaki en gelişmiş düzenleme AB ülkeleri içerisinde İngiliz hukukuna ait olup, İngiliz Companies Act of 2006, md. 532 hükmünde denetçinin sorumluluğunu kaldıran hükümlerin geçersizliğini düzenlenirken, denetçinin şirkete karşı olan sorumluluğu bakımından sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri (md. 534 vd.) saklı tutmuştur. Bu tür sınırlandırmanın denetçi ve faaliyetleri bakımından etkisini dikkate alan düzeneleme oldukça detaylı ve kamunun aydınlatılmasına kadar spesifik yükümlülükleri de içermektedir.

Konuya bağımsız denetçilerin sorumluluğunun sınırsızlığının kabul edilmesi halinde karşılaşılabilecek sorunlara göz atmak suretiyle yaklaşılmasında yarar bulunmaktadır. Denetçilerin sorumluluğunun sınırsız olması, özellikle sorumluluğun kolaylıkla kurulabildiği hallerde, çok yönlü sonuçlara neden olabilmektedir. Öncelikle sınırsız sorumluluk hallerinde denetçilerin iflaslarına neden olabilecek ve denetim sektörünün ciddi sıkıntılara girmesine yol açılabilecektir⁶⁹⁵. Benzer şekilde bu nedenle sektöre yeni firmaların girmesi engellenecek, küçük ve orta ölçekli denetim firmaları kolaylıkla sektörden uzaklaştırılarak tekelleşmeye yol açılabilecektir⁶⁹⁶. Keza sınırsız sorumluluk denetimin kalitesini de etkileyebileceği gibi denetim faaliyetlerinin ciddi bir şekilde uzamasına, denetim faaliyetlerinin gereksiz bir şekilde sıkılaştırılmasına yol açabilecektir. Denetim firmaları sorumluluklarını düşünerek büyük şirketlerin denetimini yapmak istemeyecekleri⁶⁹⁷ gibi yeni firmaları denetlemekten imtina edebileceklerdir. Bu şirketler bakımından kamu otoritelerince zorunlu olarak denetçi atanması halinde ise sınırsız sorumluluğu kabul etmek onlar bakımından adaletsiz sonuçlara yola açabilecektir. Ayrıca dava açma masraflarını göze alabilen herkesin sermaye bakımından güçlü olan denetim firmalarının sorumluluğuna öncelikle başvurmaları (*deep pocket*⁶⁹⁸) onların sorumluluk

⁶⁹⁵ ABD hukukundaki bir örnekte, *Standard Chartered PLC v. Price Waterhouse* (190 Ariz. 6, 945 P.2d 317) davasında bir denetçi aleyhine 338 milyon ABD dolarının üzerinde tazminata hükmedilmiştir. Başka bir İngiliz hukukuna ait davada ise denetçiler aleyhine 10 milyar ABD doları tutarında dava mahkeme dışında yaklaşık 100 milyon ABD doları üzerinden anlaşma yolu ile sona erdirilmiştir. Bu dava için bkz. İnternet: *Bank of Credit & Commerce International (Overseas) Ltd, BCCI Holdings (Luxembourg) SA, and BCCI SA v. Price Waterhouse & Ors, and Ernst & Whinney & Ors* (1998 BCC 617). Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. Bu husustaki diğer büyük dava örnekleri için bkz. Porter, Simon, Hatherly, s. 634-635. ABD uygulamasında yapılan bir istatistiki veri uyarınca 1995-2006 yılları arasında denetim firmalarının ödedikleri tazminat miktarının toplamı 5,66 milyar ABD doları olup, bu rakam gelirlerinin yaklaşık % 6,6’sına tekabül etmektedir. Bkz. ABD Hazine Sekreterliği tarafından hazırlanan “*Advisory Committee on the Auditing Profession*” adlı rapor s. VII/25. Rapor metni için bkz. Web: <http://www.treasury.gov/about/organizational-structure/offices/Documents/final-report.pdf> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁶⁹⁶ AB ülkeleri bakımından yapılan bir çalışmada Big-4 denetim firmalarının diğer küçük ve orta ölçekli bağımsız denetim firmalarına göre nasıl ezici bir oranda denetim faaliyetlerini gerçekleştirdikleri; keza bu ülkelerin büyük sermayeli ortaklıklarının küçük ve orta ölçekli ortaklıklara nazaran piyasa büyüklüklerinin olduğunu görmek mümkündür. Bkz. İnternet: London Economics, Ewert, R.T (2006). *Study on the Economic Impact of Auditors’ Liability Regime*, s. 190-192’de yer alan 85 ve 86 nolu tablolar. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditors-final-report_en.pdf adresinden 23.1.2014’de alınmıştır. ABD bakımından ise Big-4 içerisinde yer alan denetim firmalarının hem ABD içerisinde hem de ABD dışındaki etkinlikleri konusunda ABD Hazine Sekreterliği tarafından hazırlanan “*Advisory Committee on the Auditing Profession*” adlı raporda dikkat çekici bilgiler yer almaktadır. Rapora göre bu denetim firmaları ülkedeki denetim faaliyetlerinin yaklaşık %95 ini gerçekleştirmektedirler. Bkz. s. V/6.

⁶⁹⁷ Sorumluluğun sınırlı veya sınırsız olması bakımından bağımsız denetçilerin sorumluluktan kaçınma ve sorumluluktan kaçınmanın belirsizliği ile denetim yapma konusundaki karar almaları arasındaki ilişki açısından ampirik bir çalışma için bkz. İnternet: Koch, C., Schunk, D. (2013). *Limiting Auditors’ Liability? - Experimental Evidence on Behavior under Risk and Ambiguity*. Web: <http://ssrn.com/abstract=982027> adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁶⁹⁸ Sınırsız sorumluluk hali yatırımcılar tarafından bir sigorta olarak algılanılmakta olup, buna “*deep pocket*” sendromu da denilmektedir. İnternet: AB Komisyonu Personeli Çalışma Dökümanları (2008). *Commission*

sigortası yaptırmaya yöneltebilecek iken bu tür sorumluluk sigortasının primlerinin ciddi büyüklüklerde olması nedeniyle denetim maliyetlerinin artırılması ile sonuçlanabilecektir. Dolayısıyla sınırsız sorumluluk kendi içerisinde bir kısır döngü yaratacaktır. Zira sorumluluğun büyüklüğüne göre denetim firmaları denetim ücretlerini yükseltecekler ve bundan denetlenen ortaklıklar zarar göreceklerdir. Bu nedenle denetçilerin sorumluluğu bakımından bir denge kurulması zorunluluğu bulunmaktadır.

Sorumluluğun sınırlandırılması konusunda AB Komisyonunun 05.06.2008 tarihli bir tavsiye kararı bulunmaktadır⁶⁹⁹. Tavsiye kararında kast ile doğan sorumluluklarda sınırlandırma olmaması, sorumluluğun sınırlandırılmasının hem denetlenen ortaklığa hem de üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklarda uygulanması hususları ifade edildikten sonra sınırlandırılmanın ne şekilde yapılması gerektiği hususunda üç olasılık öngörülmüştür.

Bunlardan birincisi sorumluluğun maksimum olabileceği parasal bir miktarın veya bu rakama ulaşılacak bir formülün (denetlenen ortaklığın büyüklüğüne veya anlaşılan denetim ücretine bağlı olarak) belirlenmesidir (*liability cap*). İkincisi, bağımsız denetçilerin davacıların zararlarının doğumundaki gerçek katkısının ötesinde sorumluluğunun bulunmadığına ve bu nedenle diğer sorumlularla birlikte müşterek ve müteselsil sorumluluğunun bulunmadığına yönelik prensiplerin belirlenmesidir (*proportionate liability-corporate structure*). Üçüncüsü ise bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklık ile sorumluluğun sınırlandırılması konusunda anlaşma yapmalarına izin verilmesidir (*Contractual limitation*). Eğer son olasılık kabul edilecek olur ise bu sözleşmenin yargısal bir ön incelemeden geçmesi, denetlenen ortaklığın yetkili kurullarında onaylanması ve bu sözleşme ile sonradan bu sözleşmede yapılacak değişikliklerin ortaklığın finansal tabloları ile birlikte yayınlanması gerektiği hususu da ayrıca belirtilmiştir. Tavsiyede son olarak ifade

Staff Working Document Accompanying Document to the Commission Recommendation, Concerning the Limitation of the Civil Liability of Statutory Auditors and Audit firms, s. 17-18, Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/impact_assessment_en.pdf adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Denetçilerin sorumluluklarının genişlemesi onları sorumluluktan kaçmaya yahut sorumluluklarını hafifletmeye yönelik çeşitli uygulamalara itmektedir. Örneğin, AB'nin bir sonraki dipnotta yer alan tavsiye kararından çok önceleri İngiltere'de denetim firmaları kendi ortaklık yapılarını değiştirmeye hatta bu hususta loby faaliyetleri yapmaya yahut ABD'de sorumluluğun daha hafif olduğunu düşündükleri eyaletlere merkezlerini taşımaya başlamışlardır. Samsonova, A. (2010, July 12). *Re-thinking Auditor Liability: The Case of the European Union's Regulatory Reform*, s. 7-8, Asia Pasific Interdisciplinary in Accounting Conference'de sunulmuştur. Sunum metni için bkz. <https://www.escholar.manchester.ac.uk/uk-ac-man-scw:111183> adresinden 23.1.2014'de ulaşılmıştır.

⁶⁹⁹ İnternet: 2008/473/EC sayılı *Commission Recommendation, concerning the limitation of the civil liability of statutory auditors and audit firms*. Web: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:162:0039:0040:EN:PDF> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

edilmesi gereken husus bu konuda kabul edilecek yöntemin uygulamasının finansal piyasalara, yatırımcılara ve piyasalara girişe, denetçinin sigortalanabilmesine ve denetimin kalitesine olan etkilerinin değerlendirilmesi gerektiğidir.

AB komisyonunun tavsiye kararının ardında yer alan çalışmada önerilen sınırlandırılma metotları ayrıntılı olarak incelenmiş ve olumlu/olumsuz yöneleri ile değerlendirilmiştir⁷⁰⁰. AB ülkelerine bakıldığında Almanya, Belçika, Avusturya, Slovenya ve Yunanistan hukuklarında denetlenen ortaklığa karşı yasal bir limit bulunmakta iken (kasttan kaynaklanan haller hariç), İngiltere ve İsviçre dâhil diğer üye ülkelerde bir limit bulunmadığı görülmektedir⁷⁰¹. Alman hukukunda daha önce ifade edildiği üzere denetçinin izahnameden kaynaklanan sorumluluğu ihraç edilen menkul kıymet miktarı ile sınırlandırılmıştır. ABD hukukuna bakıldığında ise, Alman hukukunda olduğu gibi birincil piyasa işlemleri bakımından (izahnameden kaynaklanan sorumluluk) 1933 tarihli Menkul Kıymetler Kanunu md. 11/e uyarınca tazminatın üst sınırı ihraç edilen menkul kıymet miktarıdır.

Türk hukuku bakımından sadece denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı olan sorumlulukta TTK md. 404 uyarınca tavsiye edilen ilk metotun düzenlendiği görülmektedir. Bu hükmün kaynağı olan Alman HGB md. 323/2 hükmünde, sorumluluğun sınırlarını gösteren rakamlar bir ve dört milyon Euro olarak düzenlenmiştir. Buna göre TTK md. 404 hükmünde belirtilen üçyüz bin TL olan sorumluluk sınırı Alman hukuku bakımından dört milyon Euro olarak uygulanmakta olup, aradaki rakamsal farklılığın büyüklüğünün nedeninin şüphesiz ki kanun koyucu tarafından şirketlerin sermayeleri ile ilişkilendirilmesinden kaynaklandığı düşünülmektedir. Bununla birlikte, günümüzde payları borsada işlem gören şirketler bakımından alınabilecek tazminat miktarının oldukça az

⁷⁰⁰ Bkz. yuk. dn. 698'de yer alan doküman, s. 27 vd. Sonuç tablo için bkz. s. 56. Bu çalışmadan önce London Economics çalışmasında da (s. 198 vd.) benzer gerekçeler ve öneriler ileri sürülmüştür. AB Komisyonunun anılan Tavsiye kararında belirtilen sorumluluğun sınırlandırılması konusunda hangi yöntemin belirlenmesi konusunda yapılacak olan değerlendirmede ele alınması gereken hususlar söz konusu London Economics raporunda da belirtilmiştir. Bkz. London Economics, s. 199. Söz konusu tavsiyelerin değerlendirilmesine ilişkin olarak ayrıca bkz. Flores, C. (2011). New Trends in Auditor Liability, *European Business Organization Law Review*, Vol. 12, s. 415-436.

⁷⁰¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. İnternet: AB Komisyonu. *A Study on System of Civil Liability of Statutory Auditors in the Context of a Single Market for Auditing Services in the European Union*, s. 74 vd. Web: http://ec.europa.eu/internal_market/auditing/docs/liability/auditliability_en.pdf adresinden 23.1.2014 de alınmıştır. AB Ülkeleri bakımından tek sorumluluk limiti konulmasına ilişkin bir görüş için bkz. Doralt, W., Hellgardt, A., Hopt, K.J., Leyens, P.C., Roth, M., Zimmermann, R. (2008). 'Auditors' Liability and Its Impact on the European Financial Markets, *Cambridge Law Journal*, Vol. 67(1), s. 62-68. Benzer bir görüş için bkz. Samsonova, s. 20-22.

olduğu düşünülmekte olup, bu rakamın daha makul bir seviyeye yükseltilmesi gerekmektedir.

b) Üçüncü Kişilere Olan Sorumluluk Bakımından

TTK md. 554 ve SPKn md. 32 hükmünde de denetçinin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu sınırlandıracak herhangi hükme yer verilmemiştir. Hatta SPKn md. 32/7 hükmü uyarınca üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu hafifleten veya kaldıran anlaşmalar, hüküm veya ifadeler geçersiz sayılmıştır.

Yukarıda denetlenen ortaklığa karşı olan sorumluluğun sınırlandırılması bakımından yapılan açıklamalarımız çerçevesinde, sorumluluğun sınırsız olarak belirlenmesinin etkileri üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğun sınırsızlığında da söz konusudur. Bu nedenle AB Komisyonunun tavsiye kararında üçüncü kişilere karşı olan sorumluluklarda da sınırlandırma yapılması tavsiye edilmiştir.

Denetçinin sorumluluğunun sınırlandırılmaması hem rakamsal olarak hem de somut olayın özellikleri baz alınmak kaydıyla sorumluluğun unsurları bakımından geçerlidir. Üçüncü kişiye karşı olan sorumluluk hallerinde bağımsız denetçi ile üçüncü kişi arasında herhangi bir sözleşme veya anlaşma olmaması nedeniyle zaten bu kişilerin anlaşarak sorumlulukta bir sınırlandırılmaya gitmeleri mümkün olamayacaktır. Bu nedenledir ki sınırlandırmanın kanun ile yapılması gerekmektedir.

SPKn md. 32 kapsamına giren diğer kamuyu aydınlatma hallerini dışarıda tutacak olur isek, aslında bağımsız denetim raporlarından kaynaklanan sorumluluk ve bunun sınırlandırılması mukayeseli hukukta oldukça tartışmalı olup, ciddi bir akademik çalışmaya konu olmaktadır⁷⁰². Hukukumuzda pek uygulanmasa da özellikle ABD hukukunda dava açma maliyetini düşünen yatırımcılar ile dava sonunda kaybedeceği rakamı düşünen denetim firmaları mahkeme dışında anlaşma yolunu tercih edebilmektedirler. AB ülkeleri

⁷⁰² Free, C. (1999). Limiting Auditors' Liability, *Bond Law Review*, Vol. 11, Issue 1, Article 7., Koch, Schunk, Limiting Auditors' Liability?- Experimental Evidence on Behavior under Risk and Ambiguity., Doralt, Hellgardt, Hopt, Leyens, Roth, Zimmermann, s. 62-68., İnternet: Ojo, M. (2009). *Limiting Audit Firms' Liability: A Step in the Right Direction? (Proposals for a New Audit Liability Regime in Europe Revisited)*. Web: <http://mpira.ub.uni-muenchen.de/14878/> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Roach, L. (2010). Auditor Liability: The Case for Limitation: Part 1, *Company Lawyer*, Vol. 31(5), s. 136-142., Faussié, J. (1994). Limiting Liability in Public Accounting Suits: A Desperate Appeal from a Beleaguered Profession, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 28, Number 3, s. 1041-1109., Ribstein, L.E. (2004). Limited Liability of Professional Firms After Enron, *Journal of Corporation Law*, Vol. 29(2), s. 427-447., Balachandran, B.V. (1993). Introduction: Auditors' Legal Liability in the United States, The Massachusetts Institute of Technology, *Journal of Economics & Management Strategy*, Vol. 2, No. 3, s. 333-338.

bakımından ise üçüncü kişilere karşı olan sorumluluk bakımından sadece Avusturya ve Yunanistan hukuklarında bir sınır olduğu görülmektedir⁷⁰³. ABD hukukuna bakıldığında ise 1995 yılında yapılan değişiklik ile 1934 tarihli Kanuna eklenen 21D hükmünün (f) paragrafında sorumluluğun orantılı (*proportionate liability*) olacağı düzenlenmiştir. Ancak bu hükmün sadece grup davalarında uygulanacak olması gözden uzak tutulmamalıdır. Keza, aynı hükümde davalı denetçinin kastından doğan sorumluluk davalarında bu oransal sorumluluk hali değil müşterek ve müteselsil sorumluluk (*joint and several liability*) prensipleri uyarınca sorumlu olacağı ayrıca belirtilmiştir.

Türk hukukunda üçüncü kişilere karşı olan sorumluluk konusunda ise herhangi bir sınırlama öngörülmemiştir. SPKn ile TTK hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinde ise şu şekilde bir sonuca ulaşmak mümkündür. Denetçinin, izahname nedeniyle bir sorumluluğu doğduğunda ihraç miktarı ile herhangi bir sınırlandırma olmaksızın SPKn md. 10 uyarınca TTK md. 557 hükmünde yer alan farklılaştırılmış teselsül hükümleri çerçevesinde bir sorumluluğu olacaktır. İzahname dışında yürüttüğü finansal tablo denetimlerinden kaynaklanan sorumlulukta ise SPKn md. 10 hükmünün aksine SPKn md. 32 hükmünde farklılaştırılmış teselsüle ilişkin TTK md. 557 hükmündeki ifadelerle yer verilmemiş ve sadece “müteselsilen” sorumlu olunduğu⁷⁰⁴ ifade edilmiştir. Hükümdeki “müteselsil” sorumluluğu farklılaştırılmış teselsül olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu nedenle, bu olasılıkta denetçi ile denetim kuruluşunun TBK md. 61-62 hükümleri uyarınca müteselsil sorumluluğu bulunmaktadır. Kanaatimizce, bu durum pratik bir sonuç yaratmamaktadır. Zira bu halde sorumlu olacak kişiler bağımsız denetim raporunu imzalayan denetçi ile bağımsız denetim kuruluşu olacaktır. Bu ikisi arasındaki ilişkinin bir hizmet ilişkisi olduğu kabul edilecek olursa da zaten farklılaştırılmış teselsül hükümleri uyarınca da verdikleri zararın TTK md. 557/1 uyarınca “aynı zarar veya birlikte verilen zarar” kapsamında ele alınması gerekecek olup, bu kısma TBK uyarınca müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin uygulanacağı için uygulamada bir farklılık doğmayacaktır.

Bu noktada AB tavsiye kararı ile ABD düzenlemesinde yer alan “*proportionate liability*” ile farklılaştırılmış teselsül arasındaki ilişkiyi kısaca ifade etmek gerekir. Orantılı sorumluluk hallerinde davacı, zarar veren kişilerden veya bunların herhangi birinden iddia

⁷⁰³ Bkz. AB Komisyonunun yuk. dn. 701’de yer alan raporu, s. 74 vd.

⁷⁰⁴ SPKn md. 32/1 hükmü uyarınca bağımsız denetim raporunu imzalayan denetçi ile bağımsız denetim kuruluşunun sorumluluğu söz konusu olacağından bu olasılıkta da birden fazla kişinin sorumlu tutulacağı bir durum söz konusudur.

ettiği zararın tamamından tazmin edemeyecek, bu kişiler sadece iddia edilen zararın doğumundaki katkıları oranında sorumlu olacaktır. Farklılaştırılmış teselsül hallerinde ise davacı iddia ettiği zararını, davalılardan kusur ve durumun gereklerine göre zarar kendisine yükletilebildiği ölçüde belirlenen miktar çerçevesinde talep edebilecektir. Bunun için de öncelikle davalıların birlikte verdikleri zararların, tek başlarına verdikleri zararlardan ayrılması gerekecektir. Davalıların birlikte verdikleri zararlardan dolayı TBK uyarınca müteselsil sorumluluğu bulunmakta iken davalıların tek başlarına verdikleri zararlardan diğer davalıların sorumluluğu olmayacaktır. Sonuçta çalışma konumuz bakımından orantılı sorumluluk ile farklılaştırılmış teselsül çerçevesindeki sorumluluk “*deep pocket*” sendromunun önüne geçilmesi bakımından aynı amaca hizmet etmektedir. Bu nedenle çalışma konumuz bakımından uygulamada bir farklılık veya haksızlık yaratmayacağı düşünülmektedir⁷⁰⁵.

Konu hakkındaki görüşümüzü ifade edecek olur isek, bağımsız denetçilerin sorumluluklarının sınırsız bir şekilde belirlenmiş olması Türk denetim sektörü bakımından olumsuz bir gelişme olarak değerlendirilmektedir. Bu uygulama, en azından sermaye piyasalarında yer alan, Türk firmalarının yurtdışında kurulu olan büyük denetim firmalarınca denetimine mahkûm edilmesi sonucunu doğurabilecektir. Böylelikle de Türk bağımsız denetim sektörünün varlığı, gelişkenliği, deneyimi başlamadan sakatlanmıştır. TTK ile bağımsız denetimin anonim ortaklıklar bakımından zorunlu hale getirilmesi ile benimsenen olumlu gelişmenin, sınırsız sorumluluğun öngörülmesi ile ciddi bir yara aldığı düşünülmektedir. Sorumluluğun sınırlandırılması probleminin hukuk politikası ve yatırımcılar ile denetçilerin genel menfaatlerinin dengelenmesi çerçevesinde ele alınmasında yarar bulunmaktadır. Yatırımcılar açısından, yatırım kararlarının verilmesinde belkide bir giriş bileti sayılacak belgenin düzenleyicisinin menfaati ile bu sektördeki çürük elmalar nedeniyle tüm sektörü ve yatırımcıların menfaatini etkileyecek bir uygulamanın benimsenmesi sonucu elde edilecek menfaatin karşılaştırması ve dengelenmesi gerekmektedir.

Türk hukuku bakımından bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı sorumluluğu bakımından TTK md. 404 hükmünde yer alan rakamsal sınırın düşük olması bakımından; üçüncü kişilere karşı sorumlulukları bakımından ise sınırsız olması ve bunun

⁷⁰⁵ ABD hukukunda bu tür sorumluluğun denetçiler bakımından daha etkili olduğu hakkında bkz. Gigler, F. (1994). Discussion of An Analysis of Auditor Liability Regime, *Journal of Accounting Research*, Vol. 32, s. 61-64.

gerek bağımsız denetimin sektörünün geneli ile ortaklıklara olan maliyetlerini artıracak olması bakımından eleştirilmesi gerekmektedir.

c) Sorumluluğun Sigortalanması⁷⁰⁶

Sorumluluğun sigortalanması, denetçinin sorumluluğun sınırlandırılması hususu ile doğrudan bağlantılı olmamakla birlikte, denetçinin aktifinden çıkaracağı miktarın azaltılması sonucuna matuf olduğu için bu başlık altında değerlendirilmiştir.

AB ve ABD hukuklarında sorumluluğun sınırlandırılması bahsi tazmin yükümlülüğünün sigortalanabilir bir seviyeye indirgenmesi ile doğrudan bağlantılıdır. 5411 sayılı Bankacılık Kanunu md. 36 hükmünün aksine, SPKn içerisinde bağımsız denetçilerin sorumlulukları konusunda sigorta yaptırmaya zorunluluğuna ilişkin açık bir düzenleme yer almamaktadır. 660 sayılı KHK md. 24 uyarınca bağımsız denetçilerin ve denetim kuruluşlarının denetim faaliyetleri nedeniyle verdikleri zararları tazmin amacıyla sigorta yaptırmaları zorunlu tutulmuştur. KGK tarafından çıkarılan Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29/1-h hükmünde de bağımsız denetim sözleşmelerinde sigorta yaptırılacağına ilişkin hükmün bulunması koşulu aranmaktadır. SPK Faaliyet Tebliği Taslağı md. 8/1-e hükmü uyarınca ise KGK tarafından yaptırılan sorumluluk sigortasının en az ikiyüz bin TL olması gerektiği ifade edilmiştir.

AB ülkelerinin hemen tamamında bağımsız denetçilerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunlu tutulmuş olup, farklı miktarlar belirtilmek suretiyle yapılacak sigortanın asgari tutarı da belirlenmiştir⁷⁰⁷. Türk hukukunda da KGK ve SPKn düzenlemeleri birlikte ele alındığında AB ülkeleri ile benzer bir düzenlemeye sahip olduğu ortaya çıkmaktadır.

660 sayılı KHK md. 24 hükmünde denetlenen ortaklığa veya üçüncü kişiye olan sorumluluk farklılığı gözetilmeksizin bağımsız denetçilerin sigorta yaptırmaları zorunlu tutulmakla birlikte, KGK tarafından çıkarılan Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 29 hükmü

⁷⁰⁶ ABD hukukunda bağımsız denetçilerin sorumluluğunun sigortalanması yerine finansal tablo sigortalanması hususu da tartışılmaktadır. Çalışma konumuzun kapsamı dikkate alınarak bu hususta ayrıntılı açıklamalardan kaçınılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cunningham, L.A. (2004). Choosing Gatekeepers: The Financial Statement Insurance Alternative to Auditor Liability, *University of California Law School Law Review*, Vol. 52, s.413-475. Yazar finansal tabloların sigortalanması (*financial statements insurance- FSI*) ile finansal tabloların denetimini (*financial statement auditing-FSA*) karşılaştırmaktadır. Ayrıca bkz. Ronen, J. (2002). Post-Enron Reform: Financial Statement Insurance, and GAAP Re-Visited, *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, Vol. 8, s. 39-68.

⁷⁰⁷ BKZ. yuk. dn 701'de yer alan AB Komisyonu Raporu, s. 83-84.

dikkate alındığında sigortanın sadece denetlenen ortaklığa karşı olan sorumluluk bakımından uygulanacağı sonucuna ulaşmak mümkündür. Bağımsız denetçilerin karşılaşacakları tazminat yükünün büyüklüğü sigorta şirketlerinin risk değerlendirmeleri bakımından da geçerli olduğu için böyle bir durumda sigorta primlerinin oldukça yüksek olacağını⁷⁰⁸ öngörmek kolaydır. Bu nedenle bağımsız denetçilerden ciddi bir yükseklığe sahip olan sigorta primlerini ödemek zorunda bırakmak pek adaletli olmayabilecektir. Bu nedenle sigorta yaptırma zorunluluğunun denetlenen ortaklığa karşı olan sorumluluk ile sınırlandırılmış olması herhangi bir karşı argüman ileri sürülmeksizin eleştirilmemelidir.

Mesleki sorumluluk sigortaları, TTK md. 1473 uyarınca bir sorumluluk sigortası olup, aynı zamanda bir zarar ve malvarlığı sigortası türüdür⁷⁰⁹. Hazine Müsteşarlığı'nın bağlı olduğu Devlet Bakanlığı tarafından mesleki sorumluluk sigortalarına ilişkin olarak genel şartlar ve ilgili özel klovlar yayınlanmıştır⁷¹⁰. Söz konusu genel şartlar ve serbest muhasebeci⁷¹¹, serbest muhasebeci mali müşavir ve yeminli mali müşavirlere ilişkin klovların incelenmesinde özetle; öncelikle sigortanın kapsamı sadece mesleki faaliyetler nedeniyle verilen zararları kapsamaktadır. Genel Şartların (A.3-b) hükmü uyarınca bağımsız denetçinin kasten meydana getirdiği zararlar sigorta kapsamının dışındadır. Buna karşın, söz konusu Genel Şartların içerisinde yer alan “Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Serbest Muhasebeci, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Yeminli Mali Müşavir Mesleki Sorumluluk Sigortası Klovu”nun (III/2) hükmü uyarınca, BDK'nun çalışanlarının kasdi davranışları nedeniyle vermiş oldukları zararlar sözleşmede düzenlenmesi şartıyla sigorta kapsamına alınabilir. Bu durumda BDK'nun yasal organları marifetiyle kasten verdiği zararların sigorta kapsamına alınması mümkün değil iken BDK'nun çalışanı olan bir bağımsız denetçinin kasten verdiği zararlar sigorta kapsamına alınabilecektir. Bu noktada ifade edilmelidir ki, BDK'lar bağımsız denetim raporlarını kurumsal olarak verecekleri

⁷⁰⁸ Yapılan bir araştırmada ABD uygulamasında big-4 denetim firmalarının sigorta primlerinin 2004 yılında 296 milyon ABD Doları olduğunu ortaya koymaktadır. AB ülkeleri bakımından yekpare bir data bulunulmamasına rağmen ABD'de olduğu gibi yıllar içerisinde artarak devam eden sigorta yüküne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. London Economics, s. 83-84 vd. Ayrıca ABD'de 1985'den 1994'e kadar dahi denetçilerin sigorta primlerinin %300 oranında arttığına dair bkz. Faussié, s. 1083.

⁷⁰⁹ Şenocak, s. 17 vd., 43 vd., 54 vd.

⁷¹⁰ Daha önce mesleki sorumluluk sigortasına ilişkin genel şartlar ve buna bağlı müferit mesleklere ilişkin klovlar farklı metinler olarak düzenlenmiş iken, en son Hazine Müsteşarlığı tarafından 26.5.2013 tarih ve 28658 sayılı RG'de yayınlanan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları içerisinde SMMM ve YMM'lere ilişkin klov da yer almıştır.

⁷¹¹ 3568 sayılı Kanunda düzenlenen “Serbest Muhasebeci” ifadesi, 10.7.2008 tarihinde kabul edilen ve 26.7.2008 tarih ve 26948 sayılı RG'de yayınlanan 5786 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile kaldırılmıştır. Ancak Hazine Müsteşarlığının söz konusu sorumluluk sigortasında serbest muhasebecilik ifadesi halen kullanılmaktadır. Bu değişikliğin mevzuata işlenmesine yarar bulunmaktadır.

dikkate alındığında bu raporda kasten gerçeğe aykırı, yanlış veya yanıltıcı bir bilginin sunulması halinde hem denetlenen ortaklığa hem de üçüncü kişilere karşı vereceği zararların sigorta kapsamına alınamayacağı sonucuna ulaşılabacaktır. Öte yandan, ilgili Klot'un (II) bölümünde ticari sırların saklanmaması hallerinin sigorta kapsamında olmadığı ifade edilmiştir. Bu durumda TTK md. 404 hükmünden kaynaklanan sorumluluk da mesleki sigorta kapsamına girmemektedir.

7) Davanın Tarafları

Tazminat davasının kaynağı haksız fiil hukuku temellerine dayandırıldığı için davalı taraf haksız fiilde bulunan denetçi, davacı ise zarar uğrayan rapor kullanıcısıdır.

a) Davalı Taraf

Çalışmamızda denetçi ifadesi kolaylık olması bahsi ile hem BDK hem de bağımsız denetçiye kapsayacak şekilde kullanılmış idi⁷¹². Ancak davalının kim olacağı hususunda bu kavramın ayrı olarak incelenmesi gerekmektedir.

(1) Bağımsız Denetim Kuruluşu

Şüphesiz ki bu davanın bir numaralı davalı tarafı yetkili idari otoritelerce yetkilendirilmiş ve TTK md. 400/1 hükmünde yer verilen bağımsız denetim kuruluşudur. Bağımsız denetim kuruluşları hem sözleşmenin tarafı olması hasebiyle hem de TBK md. 66 ve 116 hükümleri istihdam eden/ifa yardımcısı kullanan sıfatıyla sorumludur.

Öte yandan gerek TTK md. 554 hükmünde gerek md. 404/1 hükmünde kullanılan “denetçi” ifadesini 660 sayılı KHK md. 23/1, 4 ve SPKn md. 14 ve 62 hükümleri ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir. Buna göre de çalışma konumuz olan sermaye piyasalarında bağımsız denetim bağımsız denetim kuruluşları tarafından gerçekleştirilmektedir. Dolayısıyla çalışmamız bakımından bağımsız denetim kuruluşları, sermaye piyasalarında denetim faaliyeti yürütme konusunda SPKr’nun aradığı ek koşulları sağlayan ve onun listesinde yer alan kuruluşlardır.

⁷¹² Bkz. yuk. dn. 132.

(2) Diğer Kişiler

Bu davadaki ikinci davalı taraf denetim faaliyetini bizzat yürüten denetçidir. Ancak bunu açıklamadan önce bu münferit denetçi dışında davalı olabilecek kişilerin bulunduğu durumdan söz edilmesi gerekmektedir. TTK md. 404/3 hükmü uyarınca sır saklama yükümlülüğünü ihlal nedeniyle uğranılan zararın tazmini davasında eğer denetçinin bir BDK olması halinde bu yükümlülük BDK yönetim kurulunu, yönetim kurulu üyelerini ve çalışanlarını da kapsadığı için münferit denetçi dışında sayılan bu diğer kişiler aleyhine de tazminat davası açılabilir. Ancak bu hüküm sadece sır saklama yükümlülüğünün ihlali hallerine özgüdür.

TTK md. 554 hükmünde yer alan “denetçi”nin sermaye piyasaları bakımından BDK’yı ifade etmesi nedeniyle TTK bakımından münferit bağımsız denetçinin sorumluluğu çalışma konumuz itibariyle açıkça düzenlenmemiştir⁷¹³. Bununla birlikte SPKn bakımından bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunu da düzenleyen md. 10 ve 32 hükümlerinde kamuyu aydınlatma belgelerini (bağımsız denetim raporu) imzalayanlar veya bu belgeler kendi adlarına imzalananlar müteselsilen sorumlu tutulmuşlardır. Bağımsız denetim raporları BDK adına, SPKır Faaliyet Tebliği Taslağı md. 25/1 ve KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliği md. 28/1 uyarınca sorumlu ortak başdenetçi tarafından da imzalanır. Bu nedenle anılan denetçiye karşı da sorumluluk davası açılabilecektir. Bu kişilerin kendi denetim ekiplerinde yer alan daha alt kademedeki denetçilere rücu hakkının da bulunduğu göz ardı edilmemelidir.

b) Davacı Taraf

Çalışmamızın bu bölümü denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu olması bahsi ile denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı olan sorumluluğu hususunda davacının denetlenen ortaklık olduğu ve onun adına temsil yetkisini haiz yönetim kurulu tarafından dava açılabileceğinde şüphe bulunmamaktadır⁷¹⁴.

⁷¹³ Nitekim münferit denetçinin haksız fiilinden bağımsız denetim kuruluşunun TBK md. 66 ve 116 uyarınca sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Topçuoğlu, M. (2012). *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu*, Ankara, s. 212.

⁷¹⁴ Bu noktada ifade edilmelidir ki, TTK md. 555/1 uyarınca bağımsız denetim raporu nedeniyle zarara uğrayan şirketin davacı olmaması halinde her bir pay sahibinin de tazminatın şirkete ödenmesi koşuluyla da BDK aleyhine dava açması mümkündür. TTK md. 556/1 uyarınca ise şirketin iflası halinde dava hakkı şirket ve pay sahipleri yanında alacaklılara da tanınmıştır. Ancak bunun için hükmün ikinci fıkrasında yer alan iflas idaresinin tazminat davası açmaması gerekmektedir.

Bu konudaki asıl değerlendirilmesi gereken husus denetçilere karşı kimlerin üçüncü kişi sıfatıyla dava açabileceğidir. Üçüncü kişi kavramı ile ifade edilmek istenen husus bağımsız denetim sözleşmesinin taraflarına göre üçüncü kişi olunma halidir. Dolayısıyla BDK ve denetlenen ortaklık dışındaki kişileri ifade etmektedir.

Bu konuda TTK düzenlemeleri ile SPKn ve KGK düzenlemeleri arasında bir farklılık bulunmaktadır. Şöyle ki, TTK md. 554 hükmü, kaynak İsviçre OR md. 755 hükmünde olduğu gibi bağımsız denetçilerin sorumlu olduğu üçüncü kişileri denetlenen ortaklığın ortakları ve alacaklıları ile sınırlandırmaktadır. Oysaki gerek SPKn gerek KGK düzenlemelerinde böyle bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Şöyle ki, SPKn md. 10 ve 32 hükümleri ile SPKr Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 29/1, 660 sayılı KHK md. 24, KGK Bağımsız Denetim Tebliğı md. 44 hükümlerinde üçüncü kişiler bakımından herhangi bir sınırlandırma bulunmamaktadır. Kanaatimizce, TTK düzenlemesi her ne kadar İsviçre OR bakımından geçerli olmakla birlikte, Almanya, ABD ve diğer yurtdışı uygulamaları bakımından daha uygun olan SPKn ve KGK düzenlemelerine öncelik tanınmalıdır. Örneğin, bağımsız denetim raporuna güvenerek satım işlemi yaparak denetlenen ortaklıktan ortaklığından ayrılan kişi veya alacağını temlik eden kişi bakımından TTK düzenlemelerinin koruma sağlaması güçtür.

Bu çerçevede, bağımsız denetim raporuna dayanarak işlem gerçekleştiren mevcut ve müstakbel yatırımcıların uğradıkları zararın tazmini için dava açmaları mümkündür. Bunların içinde pay sahipleri, alacaklılar, kredi verenler, tedarik ediciler vs. girmektedir. Bu konuda üçüncü kişiler tarafından açılan davalardaki en büyük risk ispat hukuku kurallarıdır. Özellikle, illiyet bağının kurulması aşamasında zararın denetim raporundan kaynaklandığının ispatı oldukça güç görülmektedir. Ancak bu husus dava açma hakkının özü veya varlığı ile ilgili olmayıp, hakkın ispatı ile ilgilidir.

8) Zamanaşımı

a) Denetlenen Ortaklığa Karşı Olan Sorumluluk Bakımından⁷¹⁵

Bu hususta SPKn içerisinde özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle genel hükümler olan TTK ve TBK hükümlerine bakılmalıdır. TTK md. 560 uyarınca denetlenen

⁷¹⁵ Denetçinin denetlenen ortaklıktan olan tazminat veya ücret taleplerine ilişkin olarak özel bir düzenleme bulunmadığı için TBK düzenlemelerine başvurulması gerekmektedir. Bu çerçevede, TBK md. 147/4 hükmünün uygulama kabiliyeti olduğu ileri sürülebilecektir. Anılan hükümde ortaklık ile denetçileri arasındaki alacaklar bakımından beş yıllık bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür. Ancak anılan hükümdeki “denetçi”

ortaklığın zararını ve sorumluyu öğrenmesinden itibaren iki yıl her halde zarara neden olan eylem tarihinden itibaren beş yıl içerisinde tazminat talebinde bulunması gerekmektedir.

TTK md. 404 hükmündeki sır saklama ve denetimi dürsüt ve tarafsız bir şekilde yapma yükümlülüğüne aykırılık halinde doğan zararlar bakımından ise anılan hükmün beşinci fıkrası uyarınca beş yıllık bir zamanaşımı süresi bulunmakta olup, bu süre rapor tarihinden itibaren başlamaktadır.

Buna karşılık, bağımsız denetçilerin haksız fiil teşkil eden eylemleri nedeniyle denetlenen ortaklığa karşı sorumlulukları bakımından TBK md. 72 uyarınca, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde fiil tarihinden itibaren on yıl içerisinde tazminat talep edilmesi gerekmektedir.

Süreler bakımından varolan farklılığın uygulamada davacının davasını temellendirdiği hukuki dayanağa göre belirlenmesinde yarar bulunmaktadır. Buna göre ortaklık, TTK md. 554 uyarınca zararını tazmin etmek isterse TTK md. 560 hükmü, TBK md. 49 hükmüne dayandırırca TBK md. 72 hükmünün uygulanması söz konusu olmalıdır. Davacının her iki hükmü de dayanak göstermesi halinde ise özel hüküm olması bahsiyle kısa olan TTK hükmünün uygulanması gerekmektedir.

b) Üçüncü Kişie Karşı Olan Sorumluluk Bakımından

Bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan hukuki sorumlulukları da zaman bakımından sınırsız değildir. Genel olarak TBK bakımından haksız fiillere ilişkin tazminat taleplerinin, TBK md. 72 uyarınca, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde fiil tarihinden itibaren on yıl içerisinde yapılması gerekmektedir. Bununla birlikte, TTK md. 560 hükmü uyarınca tazminat talebinin zarar ve sorumlunun öğrenilmesinden itibaren iki ve her halde zararı doğuran fiilin meydana geldiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde zamanaşımına uğrar. Öte yandan, SPKn md. 32/6 uyarınca ise kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan tazminat taleplerinin zararın anılan

ifadesi eski TTK dönemindeki şirket iç denetçilerini kastetmektedir. Zira TBK yürürlüğe girdiği dönemde eski TTK hükümleri yürürlükte olup, bu metin eski TBK md. 126 hükmünün aynısıdır. Bu nedenle, kanaatimizce, her ne kadar anılan hükmün ifadesinde bu şekilde bir tefrik yapılmasa da hükmün amacına uygun olarak belirlenen beş yıllık zamanaşımı süresinin şirket dışında sözleşme ile görev yapmakta olan bağımsız denetçiler bakımından uygulanmaması gerekmektedir. Kanaatimizce, bağımsız denetçiler bakımından TBK md. 146 hükmündeki on yıllık sürenin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca bu sürenin TBK md. 128 uyarınca muacceliyet tarihinden itibaren başlanması kabul edilmelidir. Benzer bir görüş için bkz. Köksal, s. 409-410.

hükümün dördüncü fıkrası çerçevesinde meydana geldiği tarihten itibaren altı ay içerisinde zamanaşımına uğrar.

Öncelikle bu hükümler arasındaki ilişkinin ortaya konulmasından yarar bulunmaktadır. Kanaatimizce, genel olarak, SPKn md. 32 hükmü diğer düzenlemelere göre öncelikli olarak uygulanmalıdır. Ancak bu hükmün kapsamına girmeyen haller bakımından ise TTK md. 560 hükmünün uygulanması gündeme gelecektir. Ayrıca, TTK md. 554 hükmünde yer alan kişiler dışındaki üçüncü kişiler bakımından ise TBK md. 72 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu çerçevede, tazminat taleplerinin kaynağı ile anılan hükümlerin kapsamlarının karşılaştırılması gerekmektedir. Kural olarak, SPKn md. 32/4 hükmü uyarınca hesaplanan zararların tazmininde SPKn md. 32/6 hükmü; bu hüküm dışında belirlenen diğer zararlar bakımından pay sahipleri ve alacaklılar için TTK md. 560 hükmü; söz konusu diğer zararlar için diğer üçüncü kişiler bakımından ise TBK md. 72 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

SPKn md. 32/6 hükmünde, *“Kamuyu aydınlatma belgelerinden doğan tazminat talebi, dördüncü fıkradaki zararın meydana geldiği tarihten itibaren altı ay içinde zamanaşımına uğrar”* denilmektedir.

SPKn md. 32/4 hükmü uyarınca bağımsız denetim raporuna dayanılarak ilk halka arzdan veya borsada işlem gören paylar bakımından borsadan alım veya satım yapan yatırımcılar gerçeğe uygun bağımsız denetim görüşünün kamuya açıklanmasının hemen ardından borsada satım veya alım yapmaları halinde bu iki işlem arasındaki fark zarar olarak belirlenmektedir. Bu hükmün, sınırlı bir alanı içermesi nedeniyle SPKn md. 32/6 hükmünün dar yorumlanması ve sadece borsada işlem gören sermaye piyasası araçları bakımından alım-satım işlemi yapmak suretiyle oluşan zararlar bakımından uygulanabileceği, bunun dışındaki hallerde TTK md. 560 ve TBK md. 72 hükümlerindeki sürelerle tabi olduğu ileri sürülebilir.

Öte yandan, SPKn md. 32/6 hükmü bir hak düşürücü süre niteliğini haiz değildir. Bu nedenle belirtilen altı aylık sürenin geçmesinden sonra da, TTK veya TBK uyarınca belirlenen süre içerisinde, kişilerin tazminat talebinde bulunmaları mümkündür. Ancak burada SPKn md. 32 hükmünde yer alan diğer hususların bu davada uygulanabilirliği olmamalıdır. Kanaatimizce, SPKn md. 32/4 hükmü ile davacı lehine öngörülen illiyet bağının kurulmasına ilişkin karinenin sadece borsada alım-satım gerçekleştirilmesi neticesinde uğranılan zararlar bakımından uygulanması, diğer bir ifade ile bu hükmün dar

yorumlanması gerekmektedir. Öte yandan, borsa dışındaki alım-satımlar nedeniyle uğranılan zararlar bakımından söz konusu karineden yararlanılamayacak ancak bu durumda dahi hükmün diğer fıkralarının uygulanmasını engellenemeyecektir.

Kısaca özetlemek gerekirse, SPKn md. 32 hükmünün uygulanmasında SPKn md. 32/4 hükmünde belirtildiği şekilde her zaman borsada alım-satım yapılması suretiyle zararın gerçekleşebileceğinin kabulü mümkün değildir. Borsa dışındaki alım-satımlarda da zarar oluşabilir. Ancak bu hallerde dördüncü fıkradaki illiyete dair karineden yararlanılamaz. Kaldı ki dördüncü fıkranın amacı bu karineyi sınırlandırmaktır. Ayrıca SPKn md. 32/6 hükmünde yer alan hükmün dördüncü fıkrasına atıf, sadece zararın dördüncü fıkraya göre belirlendiği hallerdeki zamanaşımının başlangıç tarihini vurgulamakta olup, dördüncü fıkradaki haller dışında belirlenen zararların tazmini bakımından zamanaşımı süreleri TTK ve TBK'ya göre belirlenecektir.

SPKn md. 32/6 hükmünün kaynağı olan Alman Menkul Kıymet İşlemleri Kanunu (WpHG) md. 37b/4 ve 37c/4 hükümlerinde, davacının kamuyu aydınlatma belgelerindeki eksikliği veya gerçek dışılığı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl ve her halde eksiklik tarihi veya gerçek dışı bilginin yayınlanma tarihinden itibaren üç yıl içerisinde dava açması gerektiği düzenlenmiştir. SPKn md. 32/6 hükmünde sadece altı aylık sürenin alınması ve fakat herhalükarda ne zamana kadar bu davanın açılabilmesine ilişkin bir hükme yer verilmemesi TTK ve TBK hükümlerine başvurulması sonucunu doğurmaktadır.

9) Denetçilerin İbrasının Hukuki Sorumluluklarına Etkisi

TTK md. 424 hükmünde bilançonun onaylanmasına ilişkin ortaklık genel kurul kararının, aksine bir açıklık bulunmadığı takdirde, yöneticiler ile birlikte denetçilerin ibrası sonucunu doğuracağı ifade edilmiştir⁷¹⁶. TTK md. 424 hükmündeki “denetçi” ifadesi ile bağımsız denetçinin kastedilip kastedilmediğinin açık olmadığı ileri sürülmüştür⁷¹⁷. Öte yandan, SPKn md. 32/7 hükmü uyarınca kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumluluğu hafifleten ya da kaldıran anlaşmalar, hüküm ve ifadeler geçersizdir. Kanaatimizce, sonraki ve özel nitelikteki SPKn md. 32/7 hükmü karşısında TTK md. 424

⁷¹⁶ Bu hükümde ibra kararından bahsedilmemektedir. Bilançonun onaylanmasının ibranın sonuçlarını doğuracağı ifade edilmekle bir ibra varsayımı yaratılmaktadır. Bkz. Tekinalp, *Yeni Hukuk*, s. 412-413, No. 16-140.

⁷¹⁷ Özkorkut, s. 298.

hükmünde bağımsız denetçilerden bahsedilmiş olsa bile çalışma konumuz bakımından uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır.

Ayrıca, TTK bakımından açılacak sorumluluk davalarında ibranın şirketin açacağı tazminat davaları bakımından bir önemi olmakla birlikte, kanaatimizce ibra kararının TTK md. 554 hükmündeki ibra veya bilançonun onaylanması lehine oy vermeyen ortak⁷¹⁸ veya alacaklı bakımından bağlayıcılığı olmaması gerekmektedir. Zira ortaklık iradesiyle üçüncü kişilerin sahip oldukları hakka son verilmesi mümkün değildir. Kaldı ki, bizim de katıldığımız görüş uyarınca yeni TTK ile benimsenen bağımsız denetim uygulaması çerçevesinde bir ortaklık organı olmayan denetçilerin ibrasına da gerek bulunmamaktadır⁷¹⁹. Denetçinin kendi üzerine düşen yükümlülüğü mevzuata uygun olarak yerine getirmesine rağmen ortaklık tarafından ibra edilmeyerek sözleşme veya sözleşme dışı sorumluluk ile karşı karşıya bırakılması yahut mevzuata uygun olmayan bir denetim gerçekleştirmesine rağmen ortaklar tarafından ibra edilmek suretiyle arda kalan üçüncü kişiler bakımından da sorumluluğunun kaldırılması hukuk mantığı ile çelişecektir.

10) Mukayeseli Hukukta Bağımsız Denetçilerin Üçüncü Kişilere Karşı Sorumlulukları

Bağımsız denetçilerin sözleşmenin diğer tarafı olan denetlenen ortaklığa karşı sözleşmeden kaynaklanan bir sorumluluğu olduğu hususunda mukayeseli hukukta da bir şüphe bulunmamaktadır. Bu nedenle sadece üçüncü kişilere karşı olan sorumluluk bakımından konu ele alınmaya çalışılmıştır. Bu konuda da bağımsız denetim alanında gelişmiş ülkelerin- ki bu ülkeler hâlihazırda diğer ülke hukuklarını da etkilemektedir- hukuklarına bakılması yolu tercih edilmiştir.

a) ABD Hukukunda Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluğu

ABD hukukunda bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumlulukları konusunda yüzyılı aşkın bir yargısal tartışma bulunmakta olup, bu husus dahi bu alandaki sorumluluk hukukunun gelişkenliğini göstermektedir. Bu yargısal tartışma aslında saf malvarlığı zararlarının tazmin edilebilirliği ile de doğrudan bağlantılı olduğu için ABD hukukunda denetçilere ilişkin verilen mahkeme kararları haksız fiil hukukundaki diğer saf

⁷¹⁸ TTK md. 558/2 hükmünde ibranın sadece ibraya oy veren ortaklar bakımından dava hakkını kaldıracağı ifade edilmiştir.

⁷¹⁹ Özkorkut, s. 299.

malvarlığı zararlarının tazmini konusu ile etkileşim halindedir. ABD hukukunda bağımsız denetçiler bekçi köpeği⁷²⁰ (*watchdog*) veya kapı bekçisi (*gatekeeper*) olarak nitelendirilen grup içerisinde yer almaktadır⁷²¹. Bu nedenledir ki, ABD hukukunda bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğunun yavaş ve kendi içerisinde yetkin bir şekilde gelişerek günümüze ulaştığını söylemek yanlış olmayacaktır.

ABD hukukunda bağımsız denetçilerin kime karşı özen yükümlülüğünün bulunduğu ve ihmal nedeniyle sorumluluğu konusunda kilit öneme sahip mahkeme kararları bulunmakta olup, doktrinsel faaliyetler de bu kararlar çerçevesinde oluşmaktadır. Bu çerçevede üç farklı görüş bulunmaktadır.

(1) Ultramares Doktrini (Privity Approach)

Bu doktrinin bağımsız denetçilerin sorumluluğu hususunda belki de en etkili görüş olduğunu söyleyebiliriz. Bu görüş uzun yıllar, halen az sayıdaki eyalette uygulanmakla birlikte, ABD hukukunda uygulanarak, kaynağını⁷²² da teşkil eden diğer bir etken ülke olan İngiliz hukukunu da derinden etkilemiştir.

Bu görüşün kaynağı olan Mahkeme kararı, daha sonra ABD yüksek mahkemesi başkanlığını da yapmış olan yargıç Benjamin Nathan CARDOZO tarafından verilmiştir. Mahkemece *Ultramares Corp. v. Touche*⁷²³ davasında verilen karar halihazırda azınlıkta

⁷²⁰ Bu ifade ABD Yüksek Mahkemesi kararında da yer almıştır. Bkz. *United States v. Arthur Young & Co.* (465 U.S. 805, 817), www.westlaw.com.

⁷²¹ “Gatekeeper” ifadesi, yatırımcılara doğrulama, onaylama, gerçekleştirme hizmeti sunan itibarlı araçlar olarak tanımlanmaktadır. Coffee, J.C.Jr. (2004). Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms, *Boston University Law Review*, Vol. 84, s. 309. Daha geniş bir tanım için bkz. Kraakman, R.H. (1986). Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy, *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 2, s. 54, www.heinonline.com. Bu tanımlar da göstermektedir ki, “gatekeeper” denilen grup sadece denetçilerden oluşmamaktadır. Bu grup içerisine avukatlar, doktorlar, eczacılar, bir kısım işçiler, şirket yöneticileri gibi geniş bir yelpazedeki kişiler yer almaktadır. Bu nedenle “gatekeeper” içerisinde yer alan kişilerin sorumlulukları hakkında bir gelişme hemen tamamı bakımından ilgili olup, haksız fiil hukukundaki saf malvarlığı zararlarının tazmini hususundaki alt paydada buluşmaktadır. Öte yandan, “gatekeeper” kavramı bağımsız ve itibarlı olmayı gerektirmesi bahsi ile hukuka aykırılıkları ilgili birimlere ileten “whistleblower” kavramından da farklıdır. Bkz. Cunningham, L.A. (2007). Beyond Liability: Rewarding Effective Gatekeepers, *Minnesota Law Review*, Vol. 92, s. 323-386. Yazar denetçilerin hukuka aykırı bir durum tespit ettiklerinde hemen istifa etmeleri ve durumu ilgili otoritelere bildirmeleri gerekliliğinden hareketle hem “gatekeeper” hem de “whistleblower” olduğunu ileri sürmüştür.

⁷²² Ultramares kararında Mahkemece, ABD Yüksek Mahkemesinin 1879 tarihli *Savings Bank v. Ward*. (100 U.S. 195) kararı ile benzer bir sonuca ulaşılmış olup, bu kararda da yüksek mahkeme İngiliz hukukuna ait olan *Winterbottom v. Wright* (152 Eng. Rep. 402) kararına atıfta bulunmaktadır. Bu istisnai bir durum olmakla birlikte, İngiliz mahkemesince bu şekilde bir sorumluluğun kabul edilmesi halinde anlamlı olmayacak bir şekilde (*absurd consequences*) sınırsız sorumluluk söz konusu olacağına hükmetmiştir. Feinman, s. 22., Fleming, s. 46, dn. 17.

⁷²³ İnternet: 174 N.E. 441 (N.Y. 1931). Web. www.westlaw.com adresinden 23.1.2014 tarihinde alınmıştır. Ayrıca bkz. Bernstein, s. 115 vd., Feinman, s. 23 vd., Jaffe, D.A. (1993). The Allocation of Fault in Auditor

olsa bile bir takım eyalet hukuklarında uygulanmaktadır. Somut olayda, bir finans şirketi olan Ultramares, Touche tarafından verilen denetim raporuna dayanarak Fred Strern adlı şirkete kredi vermiştir. Ancak kısa bir süre sonra Fred Strern adlı şirket hesaplarındaki gelir kalemleri ile bazı aktiflerinin fiktif olması nedeniyle iflas etmiş ve Ultramares verdiği krediyi geri alamaması nedeniyle uğradığı zararın tazmini amacıyla Touche adlı denetim firmasına dava açmıştır. Mahkemece, davalı Touche'nin davacı Ultramares'e karşı herhangi bir yükümlülüğü bulunmadığı, zira taraflar arasında herhangi bir yükümlülüğü doğuracak nitelikte bir ilişki (*privity of contract*) bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır⁷²⁴. Bu kararın özüne bakıldığında, denetçilerin üçüncü kişilere karşı bir yükümlülüğü bulunmadığı için sorumluluğu da bulunmamaktadır. Mahkemece bu sonuca ulaşılmasının gerekçelerinden biri de bu şekilde sorumluluğa izin verilmesi halinde denetçilerin belirsiz bir zaman dilimi boyunca belirsiz sayıdaki kişiye karşı belirsiz bir miktar için sorumluluğunun olacağı ifade edilmiştir⁷²⁵. Ayrıca bu kararın ihmal⁷²⁶ nedeniyle kaynaklanan tazminat davaları için geçerli

Liability Lawsuits Brought by Sophisticated Third Party Users of Financial Statements - A Plea for Proportionate Liability, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 54, s. 1061 vd.

⁷²⁴ Aynı mahkeme daha evvel 1922 yılında benzer bir olayda farklı bir sonuca ulaşmıştır. *Glanzer v. Shepard* (135 N.E. 275) davasında Mahkemece, kamusal bir görev olan ticari malın tartsıcısının, bu malın alıcısı ile arasında herhangi bir ilişki olmamasına ve gerçek satıcı taraf tarafından işe alınmış olmasına rağmen alıcıya karşı sorumlu olduğu ifade edilmiştir. Ultramares kararında mahkeme neden farklı bir sonuca ulaştığına ilişkin olarak ise şu şekilde bir muhakeme yapmaktadır: Tartsıcının verdiği sertifikanın teslimi olabilecek olasılıklardan biri değil girişilen hukuki işlemin yegâne amacını oluşturur. Diğer bir ifade ile tartsıcının ulaştığı sonucun muhatabı ya da hizmetin sunulduğu kişi sadece alıcı taraftır. Buna karşılık, Ultramares olayında denetçi raporunun (hizmetinin) alıcısı dışında kime ulaşacağından ve onların bu raporu ne şekilde kullanılacağından habersizdir. Bu nedenle ucu açık bir sorumluluk ve bilgi sahibi olma olasılığının düşünülmemeyeceği sonucuna ulaşmıştır.

⁷²⁵ Mahkemenin bu husustaki ünlü ifadesi şu şekildedir: “If liability for negligence exists, a thoughtless slip or blunder, the failure to detect a theft or forgery beneath the cover of deceptive entries, may expose accountants to a liability in an indeterminate amount for an indeterminate time to an indeterminate class”

⁷²⁶ ABD hukukunda bazı mahkemelerce denetçilerin ihmal nedeniyle sorumluluğu hususunda “negligence” ve “negligent misrepresentation” ayrımı yapılmaktadır. Bu şekilde bir ayrımın olmadığını vurgulayan temel karar New Jersey Yüksek Mahkemesi tarafından verilen *H. Rosenblum, Inc. v. Adler* (461 A.2d 138, 146 - N.J. 1983) kararıdır. Bu kararda mahkeme bu iki unsurun birbirine açıkça benzediğini kabul ederek ikisine de aynı hukuki sonucu bağlamaktadır. Buna karşılık North Carolina ve California yüksek mahkemeleri tarafından verilen kararlarda bu iki unsurun birbirinden farklı olduğu ve bunlara farklı hukuki sonuçların bağlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Sırasıyla *Raritan River Steel Co. v. Cherry, Bekaert & Holland* (367 S.E.2d 609 - N.C. 1988) ve *Bily v. Arthur Young & Co.* (834 P.2d 745 - Cal. 1992) kararlarında mahkemelerce bu ikisi arasındaki fark şu şekilde ortaya konulmaya çalışılmıştır. *Negligence* hallerinde üçüncü kişilerin buna dayanarak işlem yapmalarına gerek bulunmamakta iken *misrepresentation* halinde bu güvenme/dayanma unsurunun bulunması gerekmektedir. Benzer şekilde *misrepresentation* hallerinde yükümlülüğün bulunduğu üçüncü kişilerin sınırlandırılması söz konusu iken *negligence* halinde böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. Bu farklılığın sonucu ise *negligence* sorumluluğu halinde sadece müşteri (veya üçüncü kişi yararlanan-beneficiary) tazmin hakkını kazanabilecektir. *Negligent misrepresentation* halinde ise haksız fiil hükümleri ve koşulları (Haksız Fiile ilişkin Genel Kurallar md. 552) uygulanacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Feinman, s. 30 vd. Bu nedenle ABD hukukunda asıl olarak denetçilerin üçüncü kişilere karşı negligence nedeniyle sorumluluğu tartışılmaktadır. Bkz. Grubbs, K.J., Ethridge, J.R. (2007). Auditor Negligence Liability to Third Parties Revisited, *Journal of Legal, Ethical, and Regulatory Issues*, Vol. 10 (1), s. 75-89. Ayrıca, Ultramares kararının kast ile gerçekleşen ihlallerde sorumluluğu kaldırmadığına ilişkin olarak bkz. Gruenbaum, S.H., Steinberg, M.I. (1980). Accountants' Liability and Responsibility: Securities, Criminal and Common Law, *Loyola of Los Angeles Law Review*, Vol. 13, s. 312 vd.

olduğunu ifade etmek gerekmektedir. Kast ile gerçekleşen eylemlerde (fraud) sorumluluk doğacağında şüphe bulunmamaktadır.

Bu karar daha sonra aynı yargı çevresinde yer alan mahkemelerce geliştirilmek suretiyle uygulamaya devam etmiştir. New York mahkemesinin *Credit Alliance v. Authur Anderson & Co.* (483 N.E.2d 110 - N.Y. 1985) kararında Ultramares ile konulan prensip korunmuş ancak bazı koşulların varlığı halinde taraflar arasında bir ilişkinin (*privity*) olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, (a) denetçinin denetlediği finansal tabloların spesifik olarak hangi amaç ve amaçlarca kullanılacağını bilmesi, (b) denetçinin hazırladığı rapora kim veya kimlerin güvенеbileceğinin amaçlandığını bilmesi, (c) üçüncü kişilerin denetçinin raporuna güvенеbilecekleri konusunda denetçinin bir fikrinin olabileceğini gösteren denetçi ile bu üçüncü kişi/ler arasındaki bağlantıyı ortaya koyan davranışların olması halinde denetçinin söz konusu üçüncü kişiye karşı sorumluluğu bulunacaktır. Bu karar, Ultramares ile oluşturulan ve üçüncü kişilere karşı hiçbir şekilde sorumluluğun olmayacağı anlayışını biraz yumuşatarak denetçinin sorumluluğunun genişlemesine yol açmıştır. Bu nedenle bu karara “near-*privity*” doktrini de denilmektedir. Bu doktrin uyarınca tazminat talep eden üçüncü kişi ile denetçi arasında bir ilişkinin, daha açık bir ifade ile denetçinin bu üçüncü kişiye karşı bir yükümlülüğünün, olmaması nedeniyle sorumluluk doğmamaktadır.

Türk hukuku bakımından bu teorinin uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. Zira Türk hukukunda sorumluluk doğuran neden olarak belirlenen haksız fiil hükümleri uyarınca taraflar arasında bir bağlantının olmaması normaldir. Davanın tarafları arasında bir yükümlülük veya bir bağ bulunmaması nedeniyle haksız fiil sorumluluğunun doğumunun engellenmesi mümkün değildir.

(2) Haksız Fiil Doktrini (The Restatement Approach)

ABD hukukunda hâlihazırda en fazla sayıda eyalet tarafından uygulanmakta olan görüşdür. Bu görüşün kaynağı haksız fiil hukukuna ilişkin genel kuralların 552 nolu paragrafı oluşturmaktadır⁷²⁷. Anılan düzenleme uyarınca; faaliyet, meslek, hizmet veya finansal bir

⁷²⁷ Amerikan Hukuk Enstitüsü (*The American Law Institute*) tarafından, common law’un genel prensiplerini özetlemek amacıyla oluşturulan ve değişik hukuk dalları (örneğin temsil, sözleşme, iş, eşya, haksız rekabet hukuku vs.) için oluşturulan kurallar bütünlerinden biri de haksız fiil alanına ilişkindir. Bu kurallar, resmi olarak kabul edilmedikçe/yasalaştırılmadıkça veya yüksek mahkemesince kabul edilmedikçe eyalet hukukları ve mahkemeleri bakımından bağlayıcı değildir. Haksız fiil hukukuna ilişkin olarak “*The Restatement (Second) of Tort*” olarak anılan bu kurallar bütününün, çalışma konumuzu ilgilendiren 552 nolu paragrafı için bkz. Web:

menfaatinin bulunduğu diğer hukuki işlemlerde bulunan kişi, üçüncü kişilere girişecekleri hukuki işlemlerde kullanacakları bilgiyi yanlış sunması halinde, eğer söz konusu bilgiyi edinirken veya sunarken makul özen veya dikkati göstermezse söz konusu üçüncü kişilerin uğradıkları parasal zararları tazmin ile sorumludur. Ancak bu sorumluluk sınırlandırılmıştır. Buna göre sorumluluğun doğabilmesi için bilgi verenin bilgiyi sunmadaki amacına uygun olarak bilgiyi alan üçüncü kişinin söz konusu bilgiden istifade etmesi veya onu dayanak olarak alması yahut bilgiyi verenin alıcının bu bilgiyi başka kişiye sunacağını bilmesi gerekmektedir. Sorumluluğun doğması için bu şarta ek olarak, bilgiyi alanın veya bilgiyi verenin bilmesi koşuluyla alıcının bilgiyi aktardığı diğer bir kişinin, söz konusu bilgiye güvenerek bilgi verenin söz konusu bilgiyi sunmadaki amacına uygun olarak bu bilginin etkili olduğu bir hukuki işleme veya buna benzer bir işleme girişmesi gerekmektedir. Buna karşılık, bilgi verme konusunda kamusal bir yükümlülüğü bulunan kişinin sorumluluğu daha geniştir. Bu kişiler, oluşturulan bilgi verme yükümlülüğünden yararlanan herkese karşı yükümlülüğün koruma amacı kapsamında bulunan tüm hukuki işlemlerden dolayı uğradıkları zararlardan sorumludurlar.

Bu ifadelerin özeti şu şekilde yapılabilir; kural olarak, denetçiler sadece raporunu sunarken sahip oldukları amaca uygun olan hukuki işlem veya benzeri bir işleme girişen ve onun tarafından bilinen üçüncü kişilere karşı özen yükümlülüğü bulunmakta olup, sadece bu kişilere karşı sorumludurlar. Bunun dışındaki üçüncü kişilere karşı sorumlu değildir. Örneğin denetçi, ortaklığın kredi almak için bankaya sunmak amacıyla denetim yapması halinde bankanın uğrayacağı zarardan sorumludur. Ancak bu bankanın başka bir bankaya söz konusu raporu aktarması halinde bu ikinci bankanın uğradığı zarardan denetçinin sorumlu olabilmesi için raporun alıcısı olan birinci bankanın bu raporu belirlenen başka bir bankaya ileteceğini bilmesi koşuluna bağlıdır⁷²⁸. Ortaklık tarafından raporunun nerede kullanılacağı hususunda denetçiye herhangi bir bilgi verilmemesi halinde, denetçi her ne kadar bu denetimin olağan bir denetim faaliyeti olarak değerlendirirse de raporunun oldukça geniş bir kitle tarafından (ortak, yatırımcı, alacaklı, kredi veren vs) kullanılabileceğini öngörebilmektedir. Bununla birlikte, ortaklık kendi finansal durumunu olumlu gösteren bu

<http://www.columbia.edu/~mr2651/e-commerce3/2nd/statutes/RestatementTorts.pdf> adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁷²⁸ Bu noktada ifade edilmelidir ki, olaydaki ikinci bankanın uğradığı zararın tazmini birinci bankanın da zarara uğraması koşuluna bağlı değildir. Üçüncü kişilerin zararının tazmini bahsinde doktrinde Canaris tarafından bu zararların ancak yer değiştirmesi halinde tazmin edilebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüş uyarınca birinci ve ikinci banka birlikte zarar görmüş iseler artık ikinci banka zararının tazminini talep edemeyecektir. Ancak kanaatimizce bu görüş somut olaya uygulanamaz zira bu olayda bir doğrudan-dolaylı temsil ilişkisi bulunmamaktadır. Bu görüş ve eleştirisi için bkz. Gürpınar, s. 197-199.

raporu kredi almak amacıyla bankaya sunmuş ve kredi temin etmiştir. Ancak daha sonradan ortaklığın iflasına karar verilmesi nedeniyle banka zarara uğramıştır. İşte bu durumda denetçi tarafından raporunun kredi alımı için kullanılacağına bilinmemesi nedeniyle bankaya karşı sorumluluğu bulunmamaktadır.

Bu şekilde bir sorumluluğun doğması için gerekli şartları çalışma konumuzu baz almak suretiyle şu şekilde açıklayabiliriz. İlk olarak davalı denetçinin aldığı denetim ücreti karşılığında hazırladığı denetim raporu nedeniyle bir bilgi aktarımı söz konusudur. İkincisi denetçinin raporu gerçek ve doğruyu yansıtmamaktadır. Üçüncüsü denetçi hazırlandığı raporu oluştururken edindiği bilgilerin doğruluğunu teyit etmede ve raporunda sunduğu bilginin gerçek olmadığı konusunda gerekli özeni göstermemiştir. Dördüncüsü, zarar görenin söz konusu bilgiye güvenmesi haklıdır ve bu güven iddia ettiği zararın doğumuna sebep olmuştur. Beşincisi, davacı zarar gören denetim raporunun alıcısı olan kişiler arasında yer almaktadır veya denetçinin bilgisi dâhilinde alıcıdan raporu alan başka bir kişidir. Altıncısı, zarar gören, aldığı denetim raporuna dayanarak denetçinin raporunun etkide bulunmasını niyet ettiği alım satım işlemini gerçekleştirmiştir. Son olarak ise davacı parasal bir zarara uğramıştır⁷²⁹.

Yukarıda da ifade edildiği üzere hâlihazırda Ultramares doktrinin çizdiği keskin çizgilerin sınırlarını biraz genişleten bu görüş ABD hukukundaki uygulanan hâkim görüşü temsil etmektedir. Zira bu görüş privity doktrinin darlığı ile bir sonraki başlık altında incelenecek olan görüşün belirsiz genişliği arasında yer almaktadır⁷³⁰.

(3) Makul Öngörülebilirlik Doktrini (Reasonable Foreseeability Approach)

Az sayıda eyalet tarafından uygulanmakta olan bu görüş uyarınca denetçi, raporunun kullanılmasını öngördüğü tüm üçüncü kişilere karşı sorumludur. Şüphesiz ki, davacı, denetçinin kendisini öngörebildiğini ispatlaması gerekmektedir.

Bu görüş uyarınca ne Ultramares görüşü gibi denetçi ile ilişkisi bulunmayan tüm üçüncü kişilerin tazmin hakkının olmadığı ne de Restatement görüşünde olduğu gibi sadece denetçinin gerçek bilgisi (*actual knowledge*) dahilinde olan üçüncü kişileri tazmin hakkının bulunduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş uyarınca denetçinin makul olarak öngörebildiği tüm

⁷²⁹ Feinman, s. 43.

⁷³⁰ Bu gerekçe ile ABD hukukunda *privity* ve *foreseeability* doktrininin sorunu çözmede kolay ve fakat adil olmayan sonuçlara ulaştırılabileceği ileri sürülmüştür. Siliciano, J.A. (1988). Negligent Accounting and the Limits of Instrumental Tort Reform, *Michigan Law Review*, Vol. 86, s. 1929-1980.

üçüncü kişilere karşı tazmin yükümlülüğü bulunmaktadır⁷³¹. Bu görüşün esas alındığı temel mahkeme kararı teorinin uygulandığı New Jersey eyaletine ait *H. Rosenblum, Inc. v. Adler* (461 A.2d 138, 146 - N.J. 1983) kararıdır⁷³². Karara konu olayda, şirkete ilişkin denetimden geçmiş finansal tablolarına güvenilerek şirket devralma işlemi gerçekleştirildikten sonra, söz konusu finansal tabloların gerçek dışı olduğu ortaya çıkmış ve davacı ihmalleri nedeniyle denetçileri uğradığı zararın tazmini amacıyla dava etmiştir. Mahkeme tarafından, kamunun menfaatlerinin korunması amacıyla, denetçilerin kendi ulaştıkları denetim sonuçlarını elde edecek ve bunu kullanacak kişileri/kullanıcıları öngörme (*foreseeable*) yükümlülüğü olması gerektiğini ifade ederek, davanın kabulüne karar vermiştir⁷³³.

Bu görüşün kabul edilmesi halinde Restatement yaklaşımı uyarınca zararı tazmin edilemeyecek pek çok kişinin zararının tazmin edilmesi gerekecektir. Örneğin, yıllık finansal tablolarını denetlettiren ve denetçiye bu raporu nerede kullanılacağını açıkça bildirmeyen ortaklığın bu rapora dayanarak aldığı kredi sonrasında iflası nedeniyle zarara uğrayan bankanın zararı bu görüş uyarınca tazmin edilebilecektir. Zira bu durumda denetçi, hazırladığı raporunun kredi verenler, alacaklılar, ortaklar vs. kişiler tarafından kullanılabilmesini öngörebilecektir. Görüldüğü üzere bu görüşün sorumluluğu sınırsız kişilere yayması nedeniyle ABD’de sadece iki (Mississippi ve Winsconsin) eyalet tarafından uygulanmaktadır.

b) İngiliz Hukukunda Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluğu

Bu konudaki İngiliz hukukundaki gelişmeler de ABD hukukundaki gelişmeler ile genel olarak paralel olmak ile birlikte iki hukuk arasındaki etkileşim ve farklılaşma bulunduğu görülmektedir. Common law hukuklarının genel özelliği itibarıyla üçüncü kişilere karşı sorumluluk alanındaki gelişmeler de İngiliz hukukunda mahkemeler tarafından verilen kararlar ile oluşmakta ve değişmektedir. İngiliz hukukundaki gelişmeler diğer AB üyesi ülkelerden farklıdır. Şöyle ki, İngiltere bağımsız denetim alanında diğer üye ülke

⁷³¹ Bu görüşün savunulmasına ve Ultramares doktrininin eleştirisine ilişkin olarak ayrıntılı bilgi için bkz. Wiener, s. 242 vd.

⁷³² Diğer kararlar için bkz. *Touche Ross & Co. v. Commercial Union Ins. Co.* (514 So. 2d 315), *Citizens State Bank v. Timm, Schmidt & Co.* (335 N.W.2d 361), www.westlaw.com. Bu kararlara ilişkin olarak bkz. Causey, D.Y.Jr. (1987). Accountants' Liability in an Indeterminate Amount for an Indeterminate Time to an Indeterminate Class: An Analysis of *Touche Ross and Co. v. Commercial Union Ins. Co.*, *Mississippi Law Journal*, Vol. 57, s. 379-419.

⁷³³ New Jersey mahkemesi tarafından daha sonra 2004 yılında verilen bir karar ile bu görüş terk edilerek restatement yaklaşımı benimsenmiştir. Bu karar için bkz. *E. Dickerson & Son, Inc v. Ernst & Young LLP* (179 N.J. 500, 846 A.2d 1237, 1241).

uygulamalarına göre daha eski bir gelişime sahip olduğu gibi common law üyesi olması bahsi ile farklı bir çizgide ilerlemiştir. ABD hukukunda olduğu gibi iç ve dış ticari hayatın dinamik ve sürekli gelişken bir yapıya sahip olması, bu sürekliliğin devamı için gerekli olan güven unsuru ve dolayısıyla denetim ve denetçinin sorumluluğu hususunda da öncü denilebilecek bir gelişime neden olmuştur. Bu nedenle İngiliz hukukundaki gelişmeler diğer AB üyesi ülkelerdeki gelişmelerden ayrı bir başlık altında incelemeyi gerekli kılmıştır.

İngiliz hukukunda⁷³⁴ üçüncü kişilere karşı hukuki sorumluluk hususundaki ilk gelişme ABD'deki *Ultramares* kararında bir yıl sonra 1932 yılında lordlar kamarası tarafından verilen *Donoghue v. Stevenson* kararıdır⁷³⁵. Bu karar uyarınca üçüncü kişiye karşı sorumluluk olabilmesi için zarar verenin zarar göreni öngörebilmesi ve zarar görenin zararının fiziki olması gerekmektedir. Bu kararda çalışma konumuzu da ilgilendiren saf malvarlığı zararlarının tazmini öngörülmemiştir. Bu karardan yaklaşık 20 yıl sonra 1951 tarihli *Candler v. Crane Christmas & Co.*⁷³⁶ kararı ile *Donoghue* kararı teyit edilmiştir. Ancak bu kararda yer alan bir muhalefet şerhi sonraki yıllardaki gelişmelerin dayanağını oluşturması bakımından önem arz etmektedir. Lord Denning tarafından yazılan muhalefet şerhinde açık bir şekilde denetçilerin bilgileri dâhilinde olan denetim raporu kullanıcısı üçüncü kişilere karşı da bir özen yükümlülüklerinin bulunduğu bu nedenle onların parasal zararlarını da tazmin etmesi gerektiği ancak bu sonucun tüm üçüncü kişiler bakımından genişletilmemesi gerektiği ifade edilmiştir. Aslında bu görüş ABD hukukundaki *restatement* yaklaşımının da ham bir halini teşkil etmektedir. Bu karardan 20 yıl sonra *Hedley Berne & Co. Ltd. v. Heller & Partners*⁷³⁷ kararı ile mahkeme Lord Denning'in gerekçesini benimseyerek sınırlı olsa da

⁷³⁴ Bu konudaki gelişmeleri gösterir toplu bir tablo için bkz. Porter, Simon, Hatherly, s. 587'de yer alan 15.2 nolu tablo.

⁷³⁵ İnternet: 1932 S.C. (H.L.) 31. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Karara konu olayda kişi satın aldığı bir zencefilli gazozu kız arkadaşına vermektedir. Ancak gazozu tamamiyle bozuk olduğu için kişinin kız arkadaşı hastalanmıştır. Mahkemece satıcının öngörebildiği üçüncü kişilerin uğradığı fiziksel zararın tazmin edilmesi gerekmektedir. Zira bu durumda üçüncü kişiye karşı da özen yükümlülüğü bulunmaktadır.

⁷³⁶ İnternet: [1951] 2 K.B. 164. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Bu karara konu olayda denetçi tarafından müşterisi şirket için hazırladığı finansal tabloların ihmal nedeniyle hatalar içermesi ve yatırımcının bu tablolara güvenerek yatırım kararı vererek zarar edilmesi söz konusudur. Buna rağmen mahkemece yatırımcının zararının tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir.

⁷³⁷ İnternet: [1963] 2 All ER 575. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır. Karara konu olayda bir reklam sözleşmesi yapılması öncesinde davacının sözleşmenin karşı tarafını soruşturma yapması bahsiyle davalı bankanın da müşterisi olan bu sözleşmenin karşı tarafı olan şirket hakkında banka tarafından "olağan ticari ilişkilerinde iyi olarak değerlendirilmektedir" ifadesi kullanılmıştır. Mahkemece yapılan bu "değerlendirmenin" taraflar arasında özel bir ilişki (*special relationship*) yarattığını ve bankanın bu nedenle üçüncü kişiye karşı da özen yükümlülüğü olduğu kabul edilmiştir. Bu özel ilişkinin kurulabilmesi için bilgi verenin, başka bir kişinin özel bir amaç ile bu bilgiye güvenerek işlem tesis edeceğini bilmesi veya bilmesi gerektiği bir halin varlığı gerekmektedir. Bu kararın ardından Yeni Zelanda, Avustralya ve Kanada hukukları bakımından da benzer kararlar verilmiştir. Bkz. Porter, Simon, Hatherly, s. 588-589. Ayrıca common law

özel bir ilişkinin varlığı halinde üçüncü kişilere karşı sorumluluğu kabul etmiştir. Bu karardan 15 yıl sonra verilen *Anns v. Merton London Borough Council*⁷³⁸ kararında ise “özel ilişki” kavramı genişletilmiş ve üçüncü kişinin bilinmesi gerekliliği unsurunun makul bir öngörülebilirlik şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre de öncelikle taraflar arasında bir yakınlık veya komşuluk ilişkisinin varlığına bakılmalı, eğer somut olayda varsa zarar verenin özen yükümlülüğünü olumsuzlayan veya azaltan bir değerlendirmenin olup olmadığı incelenerek karar verilmesi gerekmektedir. Bu kararın denetçilerin sorumluluğuna uygulanmasında ise denetçinin raporunu baz alacak üçüncü kişileri bilmesi gerektiği veya öngörmesinin makul olduğu durumlarda sorumluluğun doğacağı sonucuna ulaşılmaktadır.

İngiliz hukukunda bu gelişmelerin yaşanmasından sonra denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu hususunda bir dönüm noktası olan *Caparo Industries plc v. Dickman & Others*⁷³⁹ kararına gelinmektedir.

Bu karara konu olayda Fidelity plc. adlı şirketin yöneticileri Mayıs 1984 tarihinde yaptıkları açıklamada şirketin karının 1.3 milyon İngiliz sterlini olduğunu ve yakın bir zamandaki tahmin edilen karlarının ise 2.2 milyon İngiliz sterlini olacağını belirtmişlerdir. Caparo şirketi ise Haziran 1984 tarihinde Fidelity plc. adlı şirketin hisselerini almış, Fidelity şirketine ilişkin denetim raporuna güvenerek de 1985 yılının sonuna doğru bu şirketin kalan hisselerini de almak üzere pay alım teklifinde bulunarak daha fazla şirket payına sahip olmuştur. Ancak bu tarihten sonra Caparo şirketi, Fidelity’nin denetimine ilişkin raporun olumlu olmasına rağmen Fidelity’nin vergi öncesi karının 1.3 milyon değil 0.46 milyon İngiliz sterlini olduğunu bu nedenle finansal tablolarının gerçek dışı olduğunu tespit etmiştir. Bunun üzerinde Caparo, Fidelity’nin denetçisi olan Touche Ross adlı denetim şirketini dava ederek, denetim firmasının kendisi gibi olan ortak ve müstakbel yatırımcılara karşı özen yükümlülüğünün bulunduğunu, denetim firmasının Fidelity’nin karlılığı ve hisselerinin gerçek değerini bildiğini, kendisinin Fidelity’ye pay alım teklifinde bulunacağını hususunun denetim firmasınca öngörülmesi gerektiğini iddia etmiştir.

uygulamasına sahip ABD ve İngiltere hukukları yanında Kanada, Yeni Zellenda ve Avustralya hukuklarındaki gelişmelere ilişkin olarak bkz. Pacini, C., Martin, M.J., Hamilton, L. (2000). At the Interface of Law and Accounting: An Examination of a Trend Toward A Reduction in the Scope of Auditor Liability to Third Parties in the Common Law Countries, *American Business Law Journal*, Vol. 37, s. 171-225.

⁷³⁸ İnternet: [1978] AC 728. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

⁷³⁹ İnternet: [1990] 2 AC 605. Web: www.westlaw.com adresinden 23.1.2014’de alınmıştır.

Mahkemece verilen kararda denetçilerin münferit olarak ortaklara ve potansiyel yatırımcılara karşı bir özen yükümlülüğünün bulunmadığı, ancak bir bütün olarak şirketin ortaklarına karşı bir özen yükümlülüğünün bulunduğu sonucuna varılarak, Caparo tarafından açılan davanın reddine karar verilmiştir. Kararın gerekçesinde, ABD hukukundaki Ultramares kararına atıfta bulunularak, mesleki ihmalden kaynaklanan sorumluluğun sınırlarının makul bir limitin ötesine geçmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Sorumluluğun doğumu, özen yükümlülüğünün varlığı için üç şart aranmıştır. Bunlar, (a) zararın öngörülebilirliğinin makul olması (*reasonable foreseeability of damage*), (b) bir yakınlık ilişkisinin varlığı⁷⁴⁰ (*relationship of proximity*) ve (c) sorumluluğun doğumunun adil, hakkaniyete uygun ve makul olduğunun (*fairness*) mahkemelerce takdir edilmesi gerektiği unsurlarıdır.

Bu karar ile geniş bir kitle tarafından denetim raporunun yatırım kararının alınması gibi çeşitli amaçlar ile kullanılması öngörülmekle birlikte mahkemece finansal tabloların asıl amacının öncelikle şirketin çıkarlarının korunması olduğunun kabul edildiği görülmektedir. Şirketin ortakları ve alacaklıları bakımından ise bu tablolar anılan kişilerin kendi malvarlığı haklarının şirketin yöneticileri tarafından iyi şekilde yönetildiğini test etme imkânı sunmaktadır. Bunun yanında denetimden geçirilen finansal tabloların hazırlanması ve sunulmasının kamu veya yatırımcıların yararının korunması amacını taşımadığı sonucuna varılmıştır. Mahkeme, finansal tabloların hazırlanmasının amacını bu şekilde belirledikten sonra bu tabloların denetiminin amacının da buna paralel olduğunu sonucuna ulaşmaktadır. Böylelikle, denetçilerin özen yükümlülüğü sadece ortaklığa ve bir bütün olarak ortaklara karşı olup, bunlar dışında özellikle münferit ortak veya potansiyel yatırımcıya karşı özen yükümlülüğü ancak yukarıda belirtilen koşulların varlığı halinde bulunmamaktadır⁷⁴¹.

Caparo kararı İngiliz hukukunda denetçilerin sorumluluğu konusunda bir dönüm noktası olup, daha sonra verilen kararların bazıları bu kararın açıklaması veya daha ayrıntılı

⁷⁴⁰ Mahkeme bu hususta taraflardan birinin (davalı), finansal raporun/denetim raporunun karşı tarafa ulaştığını, raporun belirli bir hukuki işlem için kullanılacağını, karşı tarafın bu rapora güvenerek hukuki işleme girmesi veya yatırım kararı vermesinin olası olmasını, karşı tarafın rapor nedeniyle zarara uğrayacağını bilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mahkeme tarafından ayrıca, bu şekilde bir ilişkinin varlığı için davacının uğradığı zararın davalı tarafından önlenilmesi gereken bir yükümlülüğünden kaynaklanıp kaynaklanmadığının ve mahkemece pragmatik olarak özen yükümlülüğünün varlığı sonucuna ulaşabileceği koşulların somut olayda bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiği de ifade edilmiştir.

⁷⁴¹ Porter, Simon, Hatherley, s. 595-596.

uygulamaları olarak aynı konsept devam ettirmişler, diğer bazıları ise Caparo kararındaki üçüncü kişiye karşı sorumluluğun doğabileceği şartları yumuşatmaya çalışmışlardır⁷⁴².

c) Alman Hukukunda Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluğu

Alman hukukunda bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu hususunda saf ekonomik zararların tazmini bahsindeki açıklamalarımız burada da geçerlidir. Türk hukukuna da kaynaklık eden Alman hukukunda bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna ilişkin düzenlemeler de bulunmaktadır.

Bağımsız denetim sözleşmeleri sonunda hazırlanan bağımsız denetim raporu sözleşmenin ifası bakımından teslim suretiyle denetlenen ortaklıkla; raporun kamuya açıklanması suretiyle de yatırımcı kitlesi ile paylaşılmaktadır. Dolayısıyla bağımsız denetim sözleşmelerinde, denetim faaliyetleri sürecinde elde edilen denetim kanıtları sonucunda ulaşılan tespitlerin paylaşımı söz konusudur. Diğer bir ifade ile bağımsız denetçinin paylaştığı husus aslında bir bilgidir⁷⁴³.

⁷⁴² Örneğin *Al-Saudi Banque & Others v. Clark Pixley* ([1990] Ch. 313) kararında denetçinin üçüncü kişiye karşı özen yükümlülüğü olması için raporu ona vermesi gerektiği veya bunu bilmesi yahut amaçlaması gerektiği sonucuna varılmıştır. Caparo kararına dair en önemli eklentilerden biri olan *Henderson v. Merrett Syndicates* ([1995] 1 All ER 16) kararında mahkemece Caparo ile benimsenen konsepte alternatif bir yol izleyerek sorumluluk varsayımı (*assumption of responsibility*) testini uygulamıştır. Buna göre de bilgi verenin üçüncü kişiyle veya onunla temsil ilişkisi bulunan diğer üçüncü kişilere karşı aralarındaki sözleşme nedeniyle özen yükümlülüğü bulunduğu sonucuna varılmıştır. Bu karar doğrultusunda Mahkeme daha sonra *ADT Ltd v. BDO Binder Hamlyn* ([1996] BCC 808) kararında davalı Binder'in denetlediği BSG şirketine ilişkin olumlu görüşü daha sonra BSG şirketinin hisselerini almak isteyen ADT şirketinin genel müdürü ile yaptığı bir toplantıda teyit etmesi nedeniyle sorumluluğunun doğduğu sonucuna varılmıştır. Daha sonra *Coulthard & Ors v. Neville Rusell* (1998 1 BCLC 143) ve *Siddell v. Sydney Cooper & Partners* (1999 PNLR 511) kararlarında mahkemece denetçinin ortaklara bir bütün olarak değil bunun yanında münferit ortaklara veya ortaklık yöneticilerine karşı da sorumlu olabileceği ifade edilmiştir. *Bank of Credit & Commerce International (Overseas) Ltd, BCCI Holdings (Luxembourg) SA, and BCCI Sa v Price Waterhouse & Ors, Ernst & Whinney & Ors* ([1998] BCC 617) kararında ise hangi koşulların varlığı altında Caparo veya sorumluluk varsayımının kullanılacağı açıklanmaya çalışılmıştır. *Electra Private Equity Partners v. KPMG Peat Marwick & Ors* ([2000] BCC 368) kararında ise denetçinin üçüncü kişilere karşı özen yükümlülüğü için bakılabilecek unsurlar ele alınmıştır. Keza *Independents' Advantage Insurance Co Ltd. v. Representatives of Michael Cook* ([2004] PNLR 3 CA); *Royal Bank of Scotland v. Bannerman, Johnstone, Maclay* ([2003] SC 125); *Equitable Life Assurance Society v. Ernst & Young* ([2003] EWCA 1114) kararlarında da benzer sonuçlara ulaşılmıştır. www.westlaw.com. Bu kararların ortak özelliği denetçilerin sınırsız bir sorumluluğunun doğumunun engellenmesidir. Bu nedenle pek çoğu kendi somut olayında yer alan koşullar uyarınca çözüme gitmiş ve öngörülen kurallar daha çok sınırlandırılmış sorumluluğunun ne şekilde belirlenmesi gerektiğine yönelik olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Söz konusu kararlar www.westlaw.com adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

⁷⁴³ Bilgi, insan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü; öğrenme, araştırma veya gözlem yolu ile elde edilen gerçek, malumat, vukuf olarak tanımlanmıştır. Web: http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.51583113ef56d0.30518371 adresinden 23.1.2014'de alınmıştır.

TBK içerisinde, kaynak İsviçre Borçlar Kanunda olduğu gibi, bilgi vermeden kaynaklanan bir sorumluluk hali özel olarak düzenlenmiş değildir. Buna karşılık, Alman BGB md. 675/2 hükmüne göre; sözleşme, haksız fiil veya başka herhangi bir yasal hükümden kaynaklanan bir sorumluluk hali hariç olmak üzere, başka bir kişiye öğüt veya tavsiyede bulunan kişinin verdiği öğüt veya tavsiye nedeniyle doğan zararları tazmin etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ayrıca BGB md. 823/2 hükmü uyarınca özel düzenlemelerde koruma altına alınan kişilere verilen zararların tazmini mümkündür.

Çalışma konumuz itibariyle Alman hukukunda, sermaye piyasası alanında bağımsız denetçiler tarafından sunulan bilgidен kaynaklanan sorumlulukları gerek Alman HGB md. 323 hükmünde gerek WpPG md. 21 ve WpHG md. 37b ve 37c hükümlerinde düzenlenmiştir. Bu noktadan hareketle sermaye piyasaları bakımından bağımsız denetçilerin sorumluluğuna ilişkin Alman hukukunda özel bir yasal düzenleme bulunması nedeniyle, BGB md. 675/2 hükmü de dikkate alınmak suretiyle üçüncü kişilerin uğradıkları zararlarından dolayı bağımsız denetçilerin sorumlulukları bulunmaktadır. HGB md. 323 hükmü Türk hukukundaki TTK md. 404 hükmünün karşılığı olup, denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı hukuki sorumluluğunu düzenlemektedir⁷⁴⁴. Bahsi geçen diğer iki kanun hükümleriyle de sermaye piyasaları bakımından birincil ve ikincil piyasalarda denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu düzenlenmiştir. Sonuç olarak, Alman hukukunda bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu haksız fiil hükümleri çerçevesinde anılan özel düzenlemelere aykırılık kapsamında ele alınmaktadır⁷⁴⁵.

⁷⁴⁴ Quick, R. (1996). The Legal Liability of Auditors in German, *The European Accounting Review*, Vol. 5:3, s. 508.

⁷⁴⁵ Bunun yanında Alman hukukunda mahkemelerce de kabul edilen üçüncü kişileri koruyucu etkili sözleşme (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) ve zımni sözleşme (*Auskunftsvertrag – implied/implicit contract for advice/information*) görüşleri de denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu bakımından uygulanabileceği ifade edilmektedir. Baker, Quick, s. 41., Quick, s. 514 vd., De Porter, s. 72-73. QUICK tarafından bu görüşlerin bağımsız denetçilerin sorumluluğu bakımından henüz bir yargısal içtihadın olmadığı, ihtiyari olarak taraflar arasındaki denetim sözleşmesi yapılması hali için bir sorun olmamakla birlikte yasal bir zorunluluktan ileri gelen (Türk hukukunda olduğu gibi) bağımsız denetim hali için üçüncü kişilere karşı sorumluluğun gelecekte olası olduğu ifade edilmiştir. Zımni sözleşme görüşünün üçüncü kişiler bakımından uygulanması için bilgi verenin bu bilginin üçüncü kişiyi etkilemede etken olduğunu bilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de uygulanması oldukça sınırlı olup, çalışma konumuz bakımından denetim raporunun kullanıcıları bakımından genişletilmesi de mümkün görülmemektedir. Örneğin bir Alman yüksek mahkemesine konu olayda, Banka (B) tarafından finansal durumunun kritik olduğunu bildiği kişiye (K) daha fazla kredi vermek istemediği için bu kişiyi (K) gerçek durumunu gizlediği finansal durumunu gösterir bilgiler ile birlikte bir yatırım uzmanına (Y) başvurması önerilmiştir. Bu yatırım uzmanı da kredi talep eden kişiye banka dışında kredi verebileceği bir kişiyi (P) bulmuştur. (P), (K)'ya krediyi verdikten sonra (K) iflas etmiştir. Bu olayda Mahkeme tarafından (B)'nin (P)'nin uğradığı zararı tazmin etmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Bkz. Coester, M., Merkesinis, B. (2003). Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Methodology, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, s. 280-281. www.westlaw.com. Bu kararda da görüldüğü üzere zımni sözleşme görüşünün uygulama alanı oldukça sınırlandırılmıştır.

d) İsviçre Hukukunda Bağımsız Denetçinin Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluğu

İsviçre hukukunda da Türk/Alman hukukundaki gibi mevzuat hükümleri esas alınmak suretiyle konuya yaklaşılmaktadır. Çalışma konumuzu bakımından İsviçre sermaye piyasalarına ilişkin düzenlemelerde denetçinin sorumluluğuna ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır⁷⁴⁶.

İsviçre hukukunda, bağımsız denetçiler bakımından da geçerli olacak şekilde sorumluluk bahsinin Alman hukukundaki birincil ve ikincil piyasalara ilişkin olarak farklılaştırılmadığı görülmektedir. İsviçre OR md. 755 hükmü her iki hali de kapsayacak şekilde kaleme alındığı için denetçilerin üçüncü kişilere karşı olan sorumluluğu bakımından uygulama alanına sahiptir. Bu hüküm TTK md. 554 hükmünün kaynağını teşkil etmektedir. Anılan OR md. 755/1 hükmü uyarınca, yıllık ve konsolide finansal tabloları, şirketin kuruluşu, sermaye artırımı veya azaltımı hususlarında denetim yapanlar, yükümlülüklerini ihmal veya kastları ile ihlal etmeleri nedeniyle hem denetlenen ortaklığın hem de bu ortaklığın münferit ortakları ile alacaklılarının uğradıkları zararın tazmini ile sorumludurlar.

B. Bağımsız Denetçilerin Cezai Sorumluluğu

Bağımsız denetçilerin cezai sorumluluğu başlığı altındaki incelemenin suç ve kabahat olarak iki başlık altında değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Kanaatimizce bu görüşlerin çalışma konumuz itibarıyla uygulanması gerekmediği için ayrıntı açıklama yapılmaması tercih edilmiştir. Bkz. yuk. (V/A/3/b/(1)/(ii)). Bilgi vermeden kaynaklı sorumluluk bakımından benzer bir yaklaşım için bkz. Kırca, s. 67 ve 108 vd.

⁷⁴⁶ Denetçilerin gözetimine dair yetkili *Federal Audit Oversight Authority* (FAOA)'nın kuruluşunu ve denetçilerin uymak zorunda oldukları temel prensipleri de düzenleyen İsviçre Federal Denetçi Gözetim ve Lisanslama Kanunu (*Federal Act on the Licensing and Oversight of Auditors-AOA*) hükümlerinde denetçilerin sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme olmadığı gibi pek çok hükmünde (örneğin md. 2, 3, 25/1 vs) İsviçre OR hükümlerine atıfta bulunmaktadır. Hatta anılan Kanun md. 25/1 hükmünde tüm kanton hukuk mahkemeleri ile federal yüksek mahkemenin denetçinin sorumluluğuna ilişkin hususlarda bahsi geçen gözetim kuruluşuna bilgi vermesi gerektiği ifade edilirken, sorumluluk bahsinde İsviçre Or md. 755 hükmüne atıfta bulunulmuştur. Keza İsviçre SPKr olarak adlandırılabilir *Swiss Financial Market Supervisory Authority* (FINMA)'nın kuruluşunu ve denetçileri de düzenleme kapsamına alan düzenleyen Finansal Piyasaların Gözetimi Kanunu (*Federal Act on the Swiss Financial Market Supervisory Authority - Finanzmarktaufsichtsgesetz*) içerisinde de denetçilerin sorumluluğuna ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı gibi anılan kanunun 19 uncu maddesinde FINMA'nın denetimine ilişkin olarak özel hukuk denetçilerinin sorumlulukları bahsinde İsviçre OR md. 752-760 hükümlerine atıfta bulunulmuştur. İsviçre Menkul Kıymet Borsaları Kanunu (*Federal Act on Stock Exchanges and Securities Trading - SESTA*) md. 17 uyarınca borsaların denetimi konusunda 1934 tarihli Bankacılık Kanunu md. 18-23 hükümlerine atıfta bulunulmuştur. Söz konusu Bankacılık Kanunu hükümlerinde de denetçilerin sorumluluğu hususunda özel bir düzenleme yer almamaktadır.

1) Suç Bakımından Cezai Sorumluluk⁷⁴⁷

Çalışma konumuz bakımından sermaye piyasalarında yanlış veya yanıltıcı⁷⁴⁸ bağımsız denetim raporunun hazırlanması SPKn md. 112/2-ç hükmü uyarınca sahtecilik suçu olarak değerlendirilmiştir.

Anılan hüküm uyarınca yanlış veya yanıltıcı bağımsız denetim raporu düzenleyenler ile düzenlenmesini sağlayan ihraççıların sorumlu yönetim kurulu üyeleri veya sorumlu yöneticileri TCK hükümleri uyarınca cezalandırılırlar. SPKn tarafından TCK'nun hangi hükmünün uygulanacağı açık bir şekilde ifade edilmemekle birlikte, SPKn'nun anılan hükmünün devamında özel evrakta sahtecilik suçundan cezanın tesis edilmesinde sahte evrakın kullanma şartının aranmayacağı düzenlendiğinden yanlış ve yanıltıcı denetim raporu nedeniyle TCK md. 207 hükmünde düzenlenen özel evrakta sahtecilik hükmü uygulama alanı bulacaktır.

SPKn md. 112/2 hükmünün başında “kasıtlı olarak” ifadesi yer aldığından kasıtlı olarak yanlış veya yanıltıcı bağımsız denetim raporu hazırlanması nedeniyle ceza söz konusu olabilecektir. Ancak, TCK md. 22 hükmünde taksirle işlenen fillerin ancak kanunda belirtilen hallerde cezalandırılacağı ifade edilmiş olması ve özel evrakta sahteciliğe ilişkin TCK md. 207 hükmünde de taksirle işlenme halinin düzenlenmemiş olması nedeniyle SPKn içerisinde açıkça “kasıtlı olarak” ifadesi yer almasaydı dahi aynı sonuca ulaşmak mümkündür.

Son olarak ifade edilmelidir ki, özel evrakta sahtecilik suçunun cezalandırılması için sahte evrakın kullanılması gerekliliğine ilişkin maddi unsur SPKn md. 112/2 hükmü uygulamasında gerekmemektedir. Buna göre yanlış ve yanıltıcı raporun hazırlanıp imzalanması ile suç tamamlanmış olmaktadır.

⁷⁴⁷ Bu başlık altında sadece bağımsız denetçiler tarafından işlenebilecek suçlar incelenmiş olup, bağımsız denetçiler tarafından da işlenebilecek olan bilgi suistimali (*insider trading*) veya piyasa dolandırıcılığı (manipülasyon) suçları ayrıca incelenmemiştir.

⁷⁴⁸ Kanun bağımsız denetim raporunun “eksik” yayınlanması halini suç olarak değerlendirmemiştir. Ceza hukukunda genişletici yorum yapılmaması nedeniyle eksik bağımsız denetim raporunun suç bakımından bir cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. Bu bir bakıma olumlu bir durumdur. Zira rapordaki her eksikliğin suç sayılması adil olmayan sonuçlar doğurabilecektir. Eksikliğin belli bir boyutta olması diğer bir ifade ile yatırımcıları karar verme aşamasında etkileyici bir yönünün olması gerekmektedir. Ancak bu yöndeki bir cezai düzenlemenin ceza hükümlerinin niteliği ile bağdaşmayacağı da açıktır. Bu nedenle yatırımcı kararlarını etkileyebilecek bir eksikliğin raporu yanlış veya yanıltıcı olarak nitelendirilmesini mümkün kılacaktır. Bu nedenle, rapordaki eksikliğin, raporu yanıltıcı veya yanlış olarak değerlendirilmesi ihtimali her zaman mümkün olup, bu konuda uygulamanın ne şekilde gelişeceğini izlenmesi gerekecektir.

2) Kabahat Bakımından Cezai Sorumluluk

5326 sayılı Kabahatler Kanunu md. 2 uyarınca kabahat terimi, kanunun karşılığında idari yaptırım uygulanmasını gerektiren haksızlığı ifade etmektedir. Aynı kanunun 16 ıncı maddesi uyarınca ise idari para cezasını gerektirir eylemler idari yaptırım ve dolayısıyla kabahat olarak karşımıza çıkmaktadır.

SPKn md. 103 hükmü uyarınca idari para cezaları, SPKn'na dayanılarak çıkarılan düzenlemelere, standartlara, özel veya genel nitelikteki kararlarına aykırılığın yaptırımı olarak tanımlanmıştır. Bağımsız denetçiler de Kurulun ilgili düzenlemelerine, standartlarına veya kararlarına aykırı eylemleri nedeniyle idari para cezasına çarptırılabilir.

SPKn md. 103/2 hükmü uyarınca, 5326 sayılı Kanun md. 8 hükmüne paralel olarak, idari para cezasını gerektiren eylem, BDK'nun organı veya temsilcisi ya da bu nitelikleri haiz olmasa bile bağımsız denetim faaliyetleri kapsamında görev üstlenen kişiler tarafından işlenmiş ise BDK hakkında da idari para cezası tesis edilecektir. Sorumlu ortak baş denetçinin veya denetim ekibinde yer alan bir denetçinin denetim faaliyetleri kapsamında gerçekleştirdikleri eylemleri nedeniyle hem bu kişiler hem de BDK hakkında idari para cezası tesis edilebilecektir.

Bu durumda Kurul'un bağımsız denetime ilişkin tebliğlerine, bu tebliğlerdeki prensiplere, kabul edilen denetim standartlarına aykırı davranış halleri bu kapsamdadır. Bu hususta bir noktaya işaret etmekte fayda vardır; 5326 sayılı Kanun md. 15/3 uyarınca bir eylem hem suç hem de kabahat teşkil ediyor ise o zaman kabahatten dolayı ceza tesis edilmez. Dolayısıyla yanıltıcı ve yanlış bağımsız denetim raporu hazırlanması halinde idari para cezası değil SPKn md. 112/2 uyarınca ceza tesis edilmesi gerekir. Anılan hükümde kast unsuru arandığından ihmal ile bu şekilde bir rapor hazırlanması halinde suç oluşmadığından ceza tesis edilemeyecektir. Ancak söz konusu ihmal halinde Kurul tarafından idari para cezası tesis edilebilecektir.

Bağımsız denetçiler hakkında kim tarafından idari para cezası tesis edilebileceği hususu 6362 sayılı SPKn md. 149 hükmü ile açıklığa kavuşmuştur. Şöyle ki, 6362 sayılı SPKn yürürlüğe girmeden evvel 660 sayılı KHK md. 26 ve Geçici md. 1 uyarınca 02.11.2011 tarihinden sonra gerçekleştirilen eylemler hakkında BDK'lar hakkında idari para cezası tesis etme yetkisi KGK'ya verilmiştir. Ancak 6362 sayılı SPKn md. 149 ile 660 sayılı KHK Geçici md. 1/4 hükmüne SPKr ve BDDK'nun idari para cezası tesis etme hakkı saklı tutulduğuna dair bir cümle eklenmiştir. Bu son gelişme ile birlikte SPKr'nun bağımsız denetçileri hakkında idari para cezası tesis etme hakkı devam etmektedir.

Bu noktada irdelenmesi gereken bir başka husus ise bağımsız denetçinin bir eylemi nedeniyle hem KGK hem de SPKı tarafından iki ayrı idari para cezası tesis edilmesinin mümkün olup olmadığı hususudur. Kanaatimizce, bu hususta 5326 sayılı Kanun md. 15/1 hükmündeki içtima düzenlemesinden yararlanılabilecektir. Buna göre bir fiil ile idari para cezasını gerektiren birden fazla kabahat işlenmesi halinde sadece daha ağır olan ceza verilmesi gerekmektedir. Buna göre de 660 sayılı KHK md. 26/1 hükmü ile SPKn md. 103/1 hükmünün karşılaştırılması gerekmekte olup, anılan KHK uyarınca idari para cezasının miktarı 10-50 bin TL iken SPKn hükmündeki ceza miktarı 20-250 bin TL arasındadır. Sonuç olarak, bir eylem nedeniyle hem KGK hem de SPKı tarafından idari para cezası tesis edilmesi olasılığında sadece SPKı tarafından verilen cezanın uygulanması gerekmektedir. Bu çerçevede, uygulamada, KGK tarafından bir idari para cezası tesis edilirken SPKı'nun durumdan haberdar edilmesinde yarar bulunmaktadır. Ayrıca, SPKı'nun bağımsız denetçiler bakımından idari para cezası tesis etme yetkisi sadece kendi yetkilendirdiği bağımsız denetçiler üzerinde olduğu hususuna da dikkat edilmelidir. Diğer bir ifade ile SPKı tarafından yetki alanı dışındaki bağımsız denetçiler hakkında idari para cezası tesis edilemeyeceği için araştırma yapması gereken kurumun KGK olduğu düşünülmektedir.

Bu konu ile ilgili bir başka husus ise 5326 sayılı Kanun md. 15/3 uyarınca bir fiil hem kabahat hem de suç teşkil ediyor ise sadece suç nedeniyle ceza tesis edilmesi gerektiğinden 3568 sayılı Kanun md. 49 uyarınca sır saklama veya reklam yasağına aykırılık hallerinde idari para cezası değil anılan hükümdeki öngörülen cezanın tesis edilmesi gerekmektedir.

İdari para cezası tesisinde son olarak ifade edilmesi gereken husus SPKn md. 105/2 hükmüdür. Anılan hüküm uyarınca kanunda tanımlanan kabahatlerden biri hakkında idari para cezası tesis edilmesinden önce aynı kabahatin birden çok kez işlendiğinin tespit edilmesi halinde her bir kabahat için ayrı ayrı değil bir idari para cezası tesis edilebilecektir. Ancak bu durumda verilen ceza miktarı iki katı oranında artırılacaktır. Burada cezanın iki misline çıkması değil iki misli kadar artırılması (yani üç misline çıkması) söz konusudur. Anılan hükümde yer alan “kabahatlerden birinin” ifadesi ile kastedilen husus spesifik olarak ihlal edilen kuralın aynı olması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekmektedir. Farklı ihlaller dolayısıyla verilecek idari para cezaları bakımından anılan hükümden yararlanılması mümkün olmayıp, 5326 sayılı Kanun md. 15/2 uyarınca her biri için ayrı ayrı idari para cezası tesis edilmesi gerekmektedir. Ayrıca idari para cezasını gerektiren kabahat nedeniyle bağımsız denetçi bir menfaat elde etmiş veya zarara neden olmuş ise verilecek ceza miktarı bu menfaatin veya zararın üç katından az olamayacaktır.

5326 sayılı kanun uyarınca idari para cezalarına karşı adli yargı yoluna başvurulurken, SPKı tarafından verilen SPKı md. 105/4 uyarınca Kurul tarafından verilen idari para cezalarına karşı idari yargı makamlarına başvurulması gerekmektedir.

C. Bağımsız Denetçilerin İdari Sorumlulukları

Bağımsız denetçiler Kurul, KGK ve 3568 sayılı Kanun kapsamında çeşitli yaptırımlar ile karşılaşabileceklerdir. Bu kanunlar birbirlerinden farklı alanları düzenlediklerinden veya her bir kanunun uygulama alanı kendi belirlediği sınırlar içerisinde olduğundan uygulamada bir çakışma olmayacağı düşünülmektedir.

SPKı bakımından, SPKı Faaliyet Tebliğ Taslağı md. 30 hükmünde belirtilen hallerde BDK hakkında sermaye piyasalarında bağımsız denetim faaliyetinde bulunma yetkisi iptal edilebilir⁷⁴⁹. Bu eylemler nedeniyle 3568 sayılı Kanun md. 48 çerçevesinde ayrıca disiplin cezası tesis edilmesine bir engel bulunmamaktadır. Anılan Tebliğ hükmünün ikinci fıkrası uyarınca ise yapılan bağımsız denetim çalışmalarında, sorumlu ortak baş denetçi dâhil bağımsız denetim ekibinin dürüstlük, tarafsızlık, mesleki yeterlilik ve özen, bağımsızlık, güvenilirlik ve mesleki davranış gibi etik ilkelere uymaması hallerinde ilgili sorumlu ortak başdenetçi veya denetçi hakkında iki yıldan az olmamak kaydıyla süreli veya süresiz olarak sermaye piyasalarında bağımsız denetim yapması yasaklanabilir. Bu durumda da söz konusu kişiler hakkında meslek kuruluşları tarafından disiplin cezası uygulanması mümkündür.

KGK bakımından ise 660 sayılı KHK md. 25 uyarınca kurumca yapılan denetim ve incelemeler neticesinde tespit edilen aykırılıklara ilişkin görüş ve öneriler çerçevesinde hareket edilmemesi halinde uyarı, lisanslarının askıya alınmasına veya iptaline karar verilebilecektir⁷⁵⁰. Uyarı hali hariç bu durumda, bağımsız denetçilerin SPKı bakımından da bağımsız denetim faaliyetlerini devam etmeleri mümkün değildir.

3568 sayılı Kanun bakımından ise bağımsız denetçiler hakkında disiplin cezaları tesis edilebilecektir. Tesis edilebilecek disiplin cezaları, uyarı, kınama, geçici olarak mesleki faaliyetten alıkoyma, yeminli sıfatını kaldırma ve meslekten çıkarmadır. Şüphesiz ki, bu disiplin cezalarından uyarı ve kınama dışındakiler bağımsız denetçilerin hem KGK hem de SPKı bakımından yürüttükleri faaliyetleri doğrudan etkileyecektir.

⁷⁴⁹ Bkz. yuk. IV/C.

⁷⁵⁰ Bu yaptırımlara ilişkin ayrıntılı düzenlemeler KGK Bağımsız Denetim Yönetmeliğı md. 39-43 hükümlerinde düzenlenmektedir.

SONUÇ

Sermaye piyasaları katılımcılarının güveni üzerine kurulu bir yapıya sahiptir. Tasarruf sahiplerinden servetlerini talep eden anonim ortaklıklara olan güven sayesinde servet aktarımı gerçekleştirilebilecektir. Kişilerin piyasaya olan güvenlerinin temelinde ise anonim ortakların bu servetleri kar payı yahut faiz olarak tasarruf sahiplerine geri verebilme kapasiteleri bulunmaktadır.

Finansal tablolar, anonim ortaklıkların piyasa katılımcılarına verecekleri güvenin ilk ve en önemli aracıdır. Bu tablolardaki verilerin güvenilirliği ise ortaklık dışındaki bağımsız denetçilerce teyit edilmesi suretiyle artmaktadır.

Bağımsız denetim faaliyetleri anonim ortaklıkların finansal verilerinin muhasebe standartlarına uyumu konusunda tasarruf sahiplerine bir görüş vermektedir. Sermaye piyasalarına, tasarruf sahibi olarak katılan yatırımcıların bu piyasaya olan güveni bağımsız denetim faaliyetinden geçmektedir. Bu nedenledir ki, bağımsız denetçiler birer “bekçi” olarak algılanmaktadırlar. Bununla birlikte, bağımsız denetim faaliyeti ortaklığın tüm muhasebe kayıtlarının tek tek gözden geçirilmesi şeklinde gerçekleştirilmemektedir. Denetim sonucu makul bir şüpheyi içermektedir.

6102 sayılı TTK ile finansal verilerin iç denetçilerce yapılmasını öngören denetleme kurullarının kaldırılması ile anonim ortaklıkların finansal tablolarının denetiminin bağımsız denetçiler tarafından yapılması öngörülmüştür. Bağımsız denetime tabi ortaklıkları belirleme konusunda TTK md. 397/4 uyarınca bakanlar kurulu yetkili kılınmış olup, 23.1.2013 tarihli Bakanlar Kurulu kararı ile bu belirleme yapılmıştır. TTK öncesinde de bağımsız denetim SPKn ile halka açık ortaklıklar ve sermaye piyasası kurumları bakımından uygulanmaktaydı. Mevcut durumda gerek SPKn md. 14 gerek anılan Bakanlar Kurulu kararının gereği halka açık ortaklıklar ile sermaye piyasası kurumları, kural olarak, bağımsız denetime tabidirler.

Bağımsız denetim faaliyetleri, muhasebe alanında olduğu gibi yıllar içerisinde oluşturulmuş standartlar çerçevesinde yürütülmektedir. Hali hazırda TTK, SPKr ve KGK tarafından benimsenen TDS'nin kaynağı IFAC tarafından yayınlanan UDS'dir.

Bağımsız denetime tabi olma ortaklıklar bakımından yasal bir zorunluluk olmakla birlikte, bu durum taraflar arasında sözleşme yapılması gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır. Bağımsız denetim bu anlamda sözleşmesel bir ilişkidir. Ortaklık ile

bağımsız denetim kuruluşu arasında bağımsız denetim sözleşmesi yapılmaktadır. Bu sözleşme ile denetçi ortaklığın finansal verilerinin belirlenen standartlar çerçevesinde denetleyerek gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıtıp yansıtmayacağını gösteren bir rapor hazırlayacak, buna karşılık da denetlenen ortaklık denetçiye ücret ödeyecektir.

Denetim standartları ve ilgili mevzuatta bağımsız denetim sözleşmelerine dair hükümler yer almaktadır. Bunun sebebi denetim raporlarının sadece tarafları değil üçüncü kişileri de etkileyebilmesidir. Bu nedenle de idari otoriteler bu sözleşmenin kurulması, içeriğinin belirlenmesi ve sona ermesi konularında düzenlemeler yapmışlardır. Bu durum bağımsız denetim sözleşmelerinin standart bir borçlar hukuku sözleşmesi olmasının yanında kamuyu ilgilendiren bir yönünün olduğunu ortaya koymaktadır. Kamuyu da ilgilendirmesine rağmen bağımsız denetim sözleşmeleri tarafların özgür iradeleri ile kurulan tipik bir borçlar hukuku sözleşmesidir.

Bağımsız denetim sözleşmeleri borçlar hukukunda yer alan iş görme sözleşmeleri arasında yer almaktadır. Ancak içeriğindeki bağımsızlık unsuru ve sonuç taahhüdünü içermemesi nedeniyle hizmet, vekâlet ve eser sözleşmesi olarak nitelendirilememektedir. Bağımsız denetim sözleşmelerini isimsiz ve kendine özgü bir iş görme sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür. Sermaye piyasaları bakımından bağımsız denetim sözleşmesinin tarafının bir bağımsız denetim kuruluşu olması gerekliliği bir zorunluluk olarak öngörülmüştür. Bağımsız denetim kuruluşları, ortakları SMMM ve YMM olan ve yetkilendirilmeleri KGK tarafından yapılan anonim ortaklıklardır. Bu kuruluşların içerisinde yer alan sorumlu ortak baş denetçinin, bağımsız denetim raporlarını imzalaması dâhil pek çok yetkisinin olması nedeniyle organ niteliğini haiz olduğu sonucuna varılmaktadır.

Bağımsız denetim sözleşmeleri düzenlemeler uyarınca yapılması zorunlu olan bir sözleşme olmakla birlikte, bu sözleşmelerin önerisinin (icap) denetlenen ortaklık tarafından yapılması ve denetçi tarafından kabul edilmek suretiyle kurulması sistemi benimsenmelidir. Bir denetçinin ortaklıklara öneride bulunması hem rekabet hem de etik ilkeleri bakımından pek mümkün görülmemektedir.

Bağımsız denetçi seçimi TTK md. 408/2-c uyarınca anonim ortaklık genel kurulunun devredemeyeceği yetkileri arasında yer almaktadır. Ancak istisnai hallerde yönetim kurulu ve mahkemece seçimi mevzuatta öngörülmüştür.

Kurulan bağımsız denetim sözleşmesi ile tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri doğmaktadır. Denetçinin tabi olduğu yükümlülükler arasında sır saklama, bağımsızlık, organizasyona ilişkin yükümlülükler, etik ilkelere uyum gibi yükümlülükler bulunmaktadır. Sır saklama yükümlülüğü denetçinin, ortaklık nezdindeki tüm bilgi ve belgelere erişiminin bulunmasının bir karşılığı olarak öngörülmüştür. TTK md. 404 hükmünde sır saklama yükümlülüğü yanında denetimin dürüst ve tarafsız bir şekilde yapılması yükümlülüğü de öngörülmüştür. Ancak denetimin dürüst ve tarafsız olarak yapılması bir denetim standardı olması nedeniyle ve ihlali halinde TTK md. 554 hükmü uyarınca sorumluluğun doğacak olması nedeniyle anılan hükümden çıkarılması gerekmektedir. Sır saklama yükümlülüğünün kasten ihlali halinde bir tazminat sınırlı bulunmaz iken ihmal suretiyle ihlali halinde rakamsal bir sınır öngörülmüştür. Ayrıca, TTK'nun lafzının aksine saklanacak sırrın denetimle ilgili olan iş ve işletme sırları ile sınırlandırılmaması gerekmektedir.

Denetçilerin en önemli özellikleri olan bağımsızlıklarının korunmasına ilişkin yükümlülükleri denetim standartlarında ayrıntılı olarak düzenlenmesine rağmen TTK md. 400 hükmünde de düzenlenmiştir. Hangi durumlarda bağımsızlıktan söz edilemeyeceği belirtilmek suretiyle bağımsızlık yükümlülüğü açıklanmaya çalışılmıştır. Denetçinin bağımsız olması yanında öyle görünmesi de gerekmektedir. Bağımsızlık unsuru denetçinin tarafsızlığı ile dürüstlüğü/objektifliğinden farklı bir durumu ifade etmektedir. Özellikle ABD'de başlayıp AB ülkelerine sıçrayan muhasebe skandallarının ardından gelen kodifikasyon çalışmaları denetçi bağımsızlığına yoğunlaşmıştır. Skandallar denetçi ile ortaklığın birbirlerine karşı ekonomik bağımsızlıklarının olmaması suretiyle piyasadaki güveni ciddi bir şekilde zedelendiklerini ortaya koymuştur. Bağımsız olmayan bir denetçi tarafından hazırlanan rapora güvenilemeyeceği için sistemin içerisinde derin bir çatlak yaratılmış olunacaktır. Bu nedenle bağımsızlığın sağlanması hususunda ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bunların başında denetçinin, denetlenen ortaklığa yönetim, denetim veya sermaye bakımından bir bağının olmaması yanında denetim veya denetim dışı sunduğu hizmetler nedeniyle ekonomik bir bağımlılığının da bulunmaması aranmıştır. Bu çerçevede, hem BDK hem de denetçinin belli bir süreden sonra aynı ortaklığı denetlememesini öngören rotasyon zorunluluğu ve denetçilerin vergi danışmanlığı gibi belli bazı hizmetler dışında ortaklığa hizmet sunamayacağı öngörülmüştür. Keza, geçmiş yıllara ait ücretin ödenmemesi veya denetim sonucunun yahut ücretinin şarta bağlanmış olması halleri denetçi bağımsızlığı ile ilişkilendirilmiştir. Buna karşılık bağımsızlık kriterlerinin bağımsız denetim sektöründe kartelleşmeye yol açacak düzeyde olmamasına özen gösterilmesi gerekmektedir.

Denetçilerin mesleki özen ve titizlik yükümlülüğü ise bir diğer temel yükümlülüğü olarak ele alınmıştır. Özen yükümlülüğünün objektif kıstaslara göre belirlenmesinden hareketle basiretli bir bağımsız denetçinin hareket tarzı baz alınarak bir denetçinin özen yükümlülüğünü ihlal edip etmediğine bakılacaktır.

Bağımsız denetçiler, faaliyetleri sonucunda bir bağımsız denetim raporu oluşturmalı ve bunu ortaklığa teslim etmelidirler. Bağımsız denetçi, ortaklığın finansal tablolarının gerçeği tam ve dürüst bir şekilde yansıttığı sonucuna varacak olur ise olumlu rapor verecektir. Aksi düşüncede ise olumsuz görüş verecektir. Denetçi, ortaklıkça düzeltilebilecek aykırılıkların bulunduğu sonucuna ulaşılır ise şartlı görüş verecektir. Son olarak, denetçi eğer denetimin yapılmasına ve denetim sonucuna ulaşılmasını engelleyecek belirsizliklerin olduğu sonucuna ulaşır ise görüş vermekten imtina etmek şeklide bir görüş verecektir. Olumsuz görüş ile görüş vermekten imtina edilme hallerinde finansal tablolar hazırlanmamış hükmünde olup, TTK md. 403/4,5 uyarınca raporun kendisine ulaşmasını takiben dört işgünü içerisinde yönetim kurulu, yeni yöneticileri seçmek üzere genel kurulu toplantıya çağırarak zorundadır.

Bağımsız denetim faaliyetlerinin, sermaye piyasalarının tamamı üzerinde etkili olmasından hareketle taraflar karşılıklı iradeleri ile sözleşmeyi sona erdiremezler. Bu sözleşmelerin sona ermesi bir tarafın iradesine bağlıdır. Ancak sözleşmeyi sona erdirmek isteyen tarafından ileri sürdüğü gerekçeler sınırlı olarak belirlenmiştir. SPKı düzenlemeleri uyarınca denetlenen ortaklık ancak haklı bir sebebin Kurulca kabul edilmesi halinde sözleşmeyi sona erdirebilecektir. Denetçi ise çalışma alanının sınırlandırılması nedeniyle yeterli bilgi ve belge edinememesi, hakkında görevden alınma davası açılması veya haklı sebep durumunda sözleşmeyi sona erdirebilecektir. TTK md. 399 uyarınca ise denetlenen ortaklık haklı sebep ileri sürerek mahkeme aracılığıyla, denetçi ise haklı sebep veya hakkında açılan görevden alınma davası nedeniyle sözleşmeyi sona erdirebilecektir. KGK düzenlemelerinde ise TTK'daki esaslar düzenlenmiş olup, buna ilaveten denetçinin ileri sürdüğü haklı sebebin KGK tarafından haklı görülmesi halinde de sona erdirebileceği ifade edilmiştir.

Bağımsız denetim faaliyetlerinin önemi ve etkilerinin genişliği bu faaliyetler nedeniyle doğabilecek hukuki sorumluluğun ele alınmasını gerektirmektedir. Bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı sorumluluğu ile üçüncü kişilere karşı sorumluluğuna ayrı ayrı bakılmalıdır. Bağımsız denetçilerin denetlenen ortaklığa karşı sorumluluğu aralarındaki sözleşmeye aykırılıktan ileri gelmektedir. Bu nedenle TBK çerçevesinde tarafların hak ve

yükümlülükleri belirlenmektedir. Denetçi, ortaklığın uğradığı tüm zararları gidermekle yükümlüdür.

Buna karşılık, bağımsız denetçilerin üçüncü kişi olarak nitelendirilebilecek denetlenen ortaklık dışındaki ilgililere karşı sorumluluğunda bu kişilerin uğradıkları zararların niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir. Denetçinin üçüncü kişiye verdiği zararın ekonomik zarar olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Doktrinde saf malvarlığı zararları olarak da anılan bu tür zararların tanımının yapılmasındaki zorluk bir yana bu tür zararların tazmininin ne şekilde yapılacağı ayrı bir hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Kişilerin malvarlığı değerleri mutlak bir hak olarak değerlendirilemez. Bu nedenle her malvarlığı değerine verilen zararın tazmini gerekip gerekmediğine bakılmalıdır. Her ekonomik zararın tazminini kabul etmek beraberinde toplumların kendini geliştirmesine engel olabileceği gibi özgürlüklerinin sınırlandırılmasına da sebep olabilir. Bu nedenle ekonomik zararların tazmini hususunda bir takım belirlemeler yapılarak bazı ekonomik zararların giderilmesi bazılarının ise giderilmeyerek onların bu zararlara katlanılması gerekmektedir. Bu husus ise saf ekonomik zararların tazmin edilmesinde kullanılabilecek hukuki araç ile belirlenmektedir. Saf malvarlığı zararlarının tazmininde üçüncü kişiye etkili sözleşme görüşü, güven sorumluluğu görüşü ve haksız fiil görüşü bulunmaktadır. Saf malvarlığı zararlarının tazmini için ileri sürülen güven sorumluluğundan yararlanılması ise kural olarak mümkündür. Bununla birlikte, hukukumuzda bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğu TTK, SPKn ve KGK düzenlemelerinde açıkça düzenlenmiş olması nedeniyle çalışmamızda davacılar bakımından pratik olarak daha elverişli olan haksız fiile ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

Bağımsız denetçilerin üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun kurulabilmesi için ilk unsur davranıştır. Çalışma konumuz bakımından sorumluluğu gerektiren davranış yanlış, yanıltıcı ve eksik bağımsız denetim raporu (kamuyu aydınlatma belgesi) düzenlenmesidir.

Tazmini gereken zarar bahsinde ise SPKn md. 32 hükmünde, kaynak Alman hukukundaki aksine, zararın belirlenmesine ilişkin ayrıntılı hükümler yer almamaktadır. Bu konuda yararlanılabilecek tek özel hüküm SPKn md. 32/4 hükmüdür. Bu düzenleme esasen illiyet bağının kurulmasını düzenlemekle birlikte, yanlış, yanıltıcı veya eksik bağımsız denetim raporu üzerine borsada alım-satım işlemi yapanların gerçek bilginin yayınlanmasından hemen sonra tersi satım-alım işlem yapması nedeniyle ortaya çıkan rakamsal farklılığı zarar olarak belirlemektedir. Bağımsız denetim raporu nedeniyle

uğranılacak zararların sadece borsa işlemleri neticesinde oluşmayacağı düşünülmektedir. Bu nedenle SPKn md. 32/4 hükmü sadece borsa işlemleriyle oluşan zararlar bakımından uygulanabilir. Ama hükmün diğer fıkraları için böyle bir sınırlandırma yapılamaz. Borsa işlemleri dışında oluşan zararlar bakımından ise hukukumuzdaki fark teorisi çerçevesinde değerlendirilme yapılması gerekmektedir. Mağdurun zararını azaltma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak zararın büyümesine katkısının olması halinde hâkimin tazminat miktarında tenkis yapması her zaman mümkündür. Zararın meydana gelmesinde veya artmasında denetim raporu haricinde dışsal başka bir sebep varsa denetçinin sorumluluğu sınırlandırılacaktır. Mağdurun belirlenmesi aşamasında yanlış, yanıltıcı ve eksik bağımsız denetim raporunun yarattığı etkiye maruz kalınması gerekli ve yeterli görülmelidir. Buna göre de gerçeğe aykırı bilgi yayınlanmadan önce gerçekleşen zararlar tazmin edilemeyecektir.

Denetçinin sorumluluğu bakımından gereken hukuka aykırılık unsuru ise doktrinde objektif hukuka aykırılık teorisinin kabulü ve bu konudaki açık mevzuat hükümlerinin varlığı karşısında yanlış, yanıltıcı veya eksik bilgi içeren denetim raporunun yayınlanması ile gerçekleşecektir.

Kusur unsuru bakımından ise denetçilerin kast ve ihmalleri nedeniyle sorumluluğu söz konusudur. Ancak yanlış, yanıltıcı ve eksiklikten dolayı kast veya ağır ihmalin bulunmadığının ispatlanması halinde sorumluluk doğmayacaktır. İlliyet bağı konusunda ise yanlış, yanıltıcı ve eksik bağımsız denetim raporu ile uğranılan zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. SPKn md. 32/4 hükmünde borsa işlemleri nedeniyle uğranılan zararlarda illiyet bağının kurulmuş sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Diğer şekillerde meydana gelen zararlar bakımından illiyet bağının mahkemece kurulması gerekmektedir. SPKn md. 32/4 hükmündeki illiyet bağının kurulmasına yönelik karinenin aksi davalı denetçi tarafından ispatlanabilecektir. Mukayeseli hukukta tartışılmakla birlikte uygulanan işlem illiyeti ile zarar illiyeti ayrımı hukukumuzda da bu yolla girmiştir. İşlem illiyeti, zarar görenin zararı meydana getiren işlemi ile bağımsız denetim raporu arasındaki illiyettir. Zarar illiyeti ise zarar görenin zararı ile bağımsız denetim raporu arasındaki illiyettir. İşlem illiyetinin varlığı fraud-on-the-market teorisi ile otomatik olarak kurulmakta iken zarar illiyetinin davacı tarafından ispatlanması öngörülmektedir. İşte SPKn md. 32/4 hükmünde yer alan karinenin işlem illiyeti değil zarar illiyetinin kurulmasına kolaylık sağlaması nedeniyle davalı denetçi aleyhine bir durum yaratılmıştır. Bu hüküm nedeniyle denetçi hem zarar illiyetinin olmadığını ispatlamakla yükümlü tutulacak hem de SPKn md. 32/5 hükmü uyarınca işlem illiyetinin bulunmadığını

ispatlamak durumunda kalacaktır. Bu durum davacıya kolaylık sağlamakla birlikte taraflar arasında bir dengesizlik yaratmış olmaktadır.

SPKn md. 32/5 hükmünde ise sorumluluğun doğmayacağı haller belirtilmiştir. Bu halleri davalının ispatlaması gerekmektedir. Bunların başında işlem illiyetinin bulunmaması hali gelmektedir. Davacının zararının doğumuna neden olan işlem ile bağımsız denetim raporunun yanlış, yanıltıcı ve eksik olması arasında bir uygun illiyet bağının bulunmadığının ispatlanması durumunda sorumluluk doğmayacaktır. İkincisi denetim raporundaki yanlışın, yanıltıcılığın veya eksikliğin bilinmesine rağmen zarar doğuran işlemin yapılması halinin ispatında da sorumluluk doğmayacaktır. Üçüncü olarak zarar doğuran işlemin gerçekleştirilmesinden önce gerçek bilginin yayınlandığının ispatlanması halinde sorumluluk doğmayacaktır. Son olarak ise davacının uğradığı zararın bağımsız denetim raporundaki yanlış, yanıltıcı veya eksiklik olmasaydı dahi gerçekleşeceğinin ispatlanması halinde sorumluluk doğmayacaktır. Bu son hal ile düzenlenmek istenen husus aslında zarar illiyetinin yokluğudur. Bununla birlikte zarar illiyetinin SPKn md. 32/4 hükmü ile ortaya konulması karşısında bu hüküm ile uygun illiyet bağının bulunmaması hali ile sorumluluğun sınırlandırılmasına yol açan ortak illiyet kavramının düzenlenmiş olduğunun da kabulü gerekmektedir.

Denetçilerin hem denetlenen ortaklığa hem de üçüncü kişilere karşı hukuki sorumluluklarının bulunması onları büyük bir risk ile karşı karşıya getirmektedir. Sorumluluğun büyüklüğü karşısında küçük denetim firmalarının hayatta kalmaları güç olup, bu durum sektörde tekelleşmeye yol açabilecektir. Kaldı ki, sorumluluğun büyüklüğü denetim sektörünün gelişmesine de engel olabilecektir. Dolayısıyla sorumluluğun artırılması ile denetimden beklenen faydanın elde edilmesi arasında ters orantı yaratılabilecektir. Bu noktadan hareketle denetçilerin sorumluluklarının sınırlandırılmasının tartışılması gerekmektedir.

Mukayeseli hukukta ve AB'nin ilgili tavsiye kararı ile denetçilerin sorumluluklarının sınırlandırılması gerektiği ifade edilmiştir. Şüphesiz ki, kast ile verilen zararlardan kaynaklanan sorumluluk bakımından bir sınırlandırma söz konusu değildir. Sadece ihmal ile verilen zararlar için sınırlandırma söz konusu olabilecektir. Bu konuda karşımıza üç imkân çıkmaktadır. Bunlarda ilki denetçinin sorumluluğunun bir üst rakam ile belirlenmesi, ikincisi taraflar arasındaki sözleşme ile sınırlandırmanın mümkün kılınması ve üçüncüsü ise denetim firmalarının oransal sorumluluğu öngören bir şekilde yapılanmasına imkân tanınmasıdır. Türk

hukukunda sadece sır saklama yükümlülüğünün ihlali nedeniyle TTK md. 404 hükmünde rakamsal bir üst sınır belirlenmiştir. Bu konuda ayrıca ifade edilmesi gereken husus ise denetçinin sigortalanmasıdır. KGK düzenlemeleri uyarınca denetçilerin mesleki sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunluluk olarak öngörülmüştür. Ancak bu şekilde riskli olan bir mesleğe ilişkin sigorta priminin yüksek olması bir sürpriz olmamalıdır. Bu maliyetin denetim ücretlerine yansımaları ise kaçınılmazdır. Bu nedenle denetçilerin sigortalanmasının ihtiyari olmasında yarar bulunmaktadır.

Denetçinin sorumluluğu bulunan üçüncü kişiler ise TTK md. 554 bakımından denetlenen ortaklığın ortakları ile alacaklılarıdır. KGK düzenlemeleri ve SPKn md. 32 bakımından ise bu şekilde bir sınırlandırılma yapılmamıştır. Dolayısıyla zararını ispatlayabilen potansiyel yatırımcılar dahil herkes denetçiden tazminat talep edebilecektir.

Denetçilerin artık şirket dışından olmaları onların ibra edilip edilemeyeceklerini de ilgilendirmektedir. SPKn md. 32/7 hükmü uyarınca denetçilerin sorumluluğunu kaldıran veya hafifleten anlaşmalar yahut kararları geçersiz kılmaktadır. Bu nedenle TTK md. 424 hükmünde, her ne kadar bağımsız denetçileri kastedip kastetmediği açık olmamakla birlikte, denetçinin ibrasından bahsedilmesinin çalışma konumuz olan sermaye piyasaları bakımından bir hükmü bulunmamaktadır.

Denetçilerin ortaklığa karşı sorumluluğu bakımından mukayeseli hukuklarda bir tartışma bulunmamaktadır. Bağımsız denetim sektörünün gelişmiş olduğu ülkelerden ABD hukukunda bağımsız denetçinin üçüncü kişilere olan sorumluluğuna ilişkin farklı görüş ve uygulamalar bulunmaktadır. İngiltere’de ise üçüncü kişilere karşı sorumluluğun koşullarının ağır olması nedeniyle kapsamın genişletilmesine yönelik mahkeme kararlarının bulunduğu görülmektedir. Gerek TTK gerek SPKn’nun kamuyu aydınlatma belgelerinden kaynaklanan sorumluluk düzenlemelerine kaynaklık eden Alman-İsviçre hukuklarına bakıldığında ise üçüncü kişilere karşı sorumluluğun kategorik olarak reddedilmediği ve özellikle Alman hukukunda bu hususta ayrıntılı düzenlemelerin bulunduğu görülmektedir.

Bağımsız denetçilerin denetim faaliyetlerini yerine getirmelerinde gerçekleştirdikleri ihlaller nedeniyle hukuki sorumlulukları yanında suç ve kabahatleri bakımından cezai ve idari sorumlulukları da bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

Akerlof G A. (1970). The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 84, No. 3, s. 488-500.

Akipek, Ş. (2003). *Alt Vekâlet*, Ankara.

Altıntaş, A. T. (2011). *Halka Açık Anonim Şirketlerin Bağımsız Denetiminin Kalitesi*, İstanbul.

American Accounting Association (1973). *Committee on Basic Auditing Concepts, "A Statement on Basic Audit Concept"*, Sarasota, Florida, USA (A Statement on Basic Audit Concept).

Aral, F. (2002). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, Ankara.

Arel, B., Brody, R. G., Pany, K. (2005). Audit Firm Rotation and Audit Quality, *The CPA Journal*, Sayı. 75 (1), s. 36-39.

Arens, A. A., Elder, R. J., Beasley S. B. (2008). *Auditing and Assurance Services, An Integrated Approach*, 12. Edition, New Jersey.

Arens, A A., Leobbecke, J. (1999). *Auditing: An Integrated Approach*, New York.

Arkan, S. (1976). *Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri*, Ankara (Denetim).

Arslan, E. (Mart-Nisan 2011). Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre "Denetçinin" Niteliği, *Mali Çözüm Dergisi*, s. 73-107.

Atamer, Y. (1996). *Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuralları*, İstanbul.

Aytaç, Z. (1988). *Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri*, Ankara.

Aytaç, Z. (Haziran 1979). Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü, *BATİDER*, C. X, S.1, s. 177-218.

Baker, C.R., Quick, R. (1996). A Comparison of Auditors' Legal Liability in the USA and Selected European Countries, *European Business Review*, Vol. 96 (3), s. 36-44.

Başpınar, V. (2004). *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, 2. Baskı, Ankara.

Battal, A. (2001). *Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu*, Ankara.

Baums, T., Scott, K. E. (2005, Winter). Taking Shareholder Protection Seriously? Corporate Governance in the United States and Germany, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 53, s. 31-75.

Benson, P. (2012). Economic Loss and the Prerequisites of Negligence, *Franklin Business & Law Journal*, Issue 1, s. 116-161.

Bernstein, A. (2006). Keep It Simple: An Explanation of the Rule of No Recovery for Pure Economic Loss, *Arizona Law Review*, Vol. 48, s. 773-811.

Bernstein, H. (1998). Civil Liability for Pure Economic Loss under American Tort Law, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 46, s. 114-125.

Bilgili, F. (2007). Yükleme ve Boşaltma İşlerinin Eser Sözleşmesine Konu Olup Olmaması Sorunu-Eser Unsuru Açısından Bir Değerlendirme, *Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan*, C.II, s. 1751-1762.

Brown, R. G. (1962). Changing Audit Objectives and Techniques, *The Accounting Review*, Volume 37, No: 4, s. 696-703.

Brown, R. (2004). *History of Accounting and Accountants*, New York.

Bussani, M., Palmer, V. V. (2003). *Pure Economic Loss in Europa*, Cambridge University Press.

Bussani, M., Palmer, V. V. (2003). *The Liability Regimes of Europa-Their Façadies and Interior, Pure Economic Loss in Europa*, Cambridge University Press, 120-158.

Bussani, M., Palmer, V. V., Parisi, F. (2005). The Comparative Law and Economics of Pure Economic Loss, *George Mason University School of Law-Law and Economics Reserach Paper No: 05-12*.

Bussani, M., Palmer, V. V., Parisi, F. (2003, Winter). Liability For Pure Financial Loss In Europe: An Economic Restatement, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, s. 113-162.

Buz, V. (1998). *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme*, Ankara.

Carbonare, M.G., Harrer, H., Spillman, T., Wirth, F. (2008). Liability and Due Dilligence in connection with Equity Securities Offering, An Overwiev of U.S., Swiss and German Law, *Gesellschafts und Kapitalmarktrecht*, s.119-141, http://www.baerkarrer.ch/publications/19_51_00Spillmann.pdf.

Caranach, A. H. Jr., Walker, P. L. (1999). The International Debate Over Mandatory Auditor Rotation: A Conceprual Research Framework, *Journal of International Accounting, Auditing & Taxation*, Vol. 8, Issue 1, s. 43-66.

Chandler, R. A., Edwards, J. R., Anderson, M. (1993). Changing Perceptions of the Role of the Company Auditor, 1840-1940, *Accounting and Business Research*, Vol. 23, No: 92, s. 443-459.

Choi, S. J., Pritchard, A. C. (2008). *Securities Regulation: Cases and Analysis*, 2. Bası, USA.

Chow, C. W. (1982, April). The Demand for External Auditing: Size, Debt and Ownership Influences, *The Accounting Review*, Vol. LVII, No:2, s. 272-291.

Coester, M., Merkesinis, B. (2003, Spring). Liability of Financial Experts in German and American Law: An Exercise in Comparative Methodology, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 51, s. 275-309.

Coffee, J. C. Jr. (1999, October). Privatization and Corporate Governance: The Lessons from Securities Market Faliure, *Columbia Law School The Center for Law and Economic Studies*, Working Paper No: 158, New York.

Coffee, J. C. Jr. (2004). Gatekeeper Failure and Reform: The Challenge of Fashioning Relevant Reforms, *Boston University Law Review*, Vol. 84, s. 301-364.

Cook, J. W., Winkle, G. M. (1984). *Auditing*, ABD.

Cox, J.D., Hillman, R.W., Langevoort, D. C. (2009). *Securities Regulation, Cases and Materials*, 6. Edition, New York.

Cunningham, L. A. (2003, March). Semiotics, Hermeneutics and Cash: An Essay on the True and Fair View, *Boston Collage Law School, Research Paper No:6*, <http://ssrn.com/abstract=386041>.

Çapanoğlu, M.B. (1993). *Türkiye ve Dış Ülkelerde Sermaye Piyasası Özelleştirme Uygulamaları ve Menkul Kıymet Borsaları*, İstanbul.

Çelen, E. (2001). Bağımsız Denetimin Önemi, Yararları ve Kamuyu Aydınlatma İlkesi, *Mali Çözüm Dergisi*, Sayı:55.

Çelik, A. (2005). *Bağımsız Denetim Kuruluşlarının Sorumluluğu* Ankara.

Çetin, N. (2011). Sermaye Piyasası Hukukunda Yatırımcının Korunması İlkesinin Teorik Analizi, *GÜHFD*, C. XV, S. 1. s. 1-23.

D'angelo, C. S. (1995, Spring). The Economic Loss Doctrine: Saving Contract Warranty Law From Drowning in A Sea Of Torts, *University of Toledo Law Review*, Vol. 26, s. 591-608.

Dari-Mattiacci, G., Schäfer, H. B. (2006). The Core of Pure Economic Loss, *Tinbergen Institute Discussion Paper*, TI 2006-068/1, Amsterdam.

Demircioğlu, H. R. (2009). *Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk (Culpa In Contrahendo Sorumluluğu)*, Ankara.

Derin, S. (2006). *Kurumsal Yönetim İlkelerinin Bileşeni Olarak Kamuyu Aydınlatma ve Şeffaflık: Türk Sermaye Piyasaları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Derin, S. (1991). *Evrensel Bankacılık Sistemi ve Türk Sermaye Piyasalarında Bankalar*, Yayınlanmamış SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara.

Doralt, W., Hellgardt, A., Hopt, K.J., Leyens, P.C., Roth, M., Zimmermann, R. (2008, March). Auditors' Liability and Its Impact on the European Financial Markets, *Cambridge Law Journal*, Vol. 67(1), s. 62–68.

Dural, M. (1973, Haziran). İmkânsızlık Kavramı ve Türleri, *BATİDER*, C. VII, S. 1, s. 11-58.

Erdoğan, İ. (1985). İşçinin Özen Borcu, *GÜİİBFD*, C.1, S.1-2, s. 133-161.

Erem, T. (1968). Sermaye Şirketlerinin Memleketimizdeki Durumu ve Halka Açık Şirketler Haline Getirilmesi Yönünde Yapılması Gereken İşlemler, *Sermaye Piyasasının Teşekkülü ve Menkul Kıymetler Kambyo Borsasının Rolü*, İstanbul, s. 61 vd.

Eren, F. (2006). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Bası, İstanbul.

Eren, F. (1975). *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*, Ankara.

Ergüne, M. S. (2004). Reform Sonrası Alman Medeni Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları, *İÜHFM*, C. LXII, S. 1-2, s. 351-380.

Eriş, G. (2007). *Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler*, C.2, 4. Bası, Ankara.

Ersel, H., Sak, G. (1996). Düzenleme ve İktisat Kuramı, *Prof. Dr. İsmail Türk'e Armağan, SPK Yayın No: 54*, Ankara.

Faussié, J. (1994, Spring). Limiting Liability in Public Accounting Suits: A Desperate Appeal from a Beleaguered Profession, *Valparaiso University Law Review*, Vol. 28, Number 3, s. 1041-1109.

Fédération des Experts Comptables Européens (2004). Study Mandatory Rotation of Audit Firms, Brüksel (FEE Report).

Feinman, J. M. (2006). The Economic Loss Rule And Private Ordering, *Arizona Law Review*, Vol. 48, s. 813-827.

Ferran, E. (2009). Are US-Style Investor Suits Coming to the UK?, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1436333&download=yes

Ferran, E., Goodhart, C. (2001). *Regulating Financial Services and Markets in the Twenty First Century*, Hart Publishing, Oxford.

Fleming, J. Jr. (1972). Limitations on Liability for Economic Loss Cased by Negligence: A Pragmatic Appraisal, *Vanderbilt Law Review*, Vol. 25, s. 43 vd.

Garner, A. B. (2009). *Black's Law Dictionary*, Deluxe 9. Edition, USA.

George, N. (2004, November). Auditor Rotation and Quality of Audits, *The CPA Journal*, S. 74 (12), s.22-27.

Gergen, M. P. (2006). The Ambit of Negligence Liability for Pure Economic Loss, *Arizona Law Review*, Vol.48, s. 749-772.

Gezder, Ü. (2009). *Türk/İsviçre Hukukunda Culpa in Contrahendo Sorumluluğu*, İstanbul.

Gruning, D. (2008). Pure Economic Loss, M. BUSSANI/V.V. PALMER (Editors), *New Horizons in Comparative Law*, Oxford.

Gürbüz, H. (1995). *Muhasebe Denetimi*, Eskişehir.

Gürpınar, D. (2006). *Sözleşme Dışı Yanlış Tavsiyede Bulunma, Öğüt veya Bilgi Vermeden Doğan Hukuki Sorumluluk*, İzmir.

Haber, J. R. (2005). Does Being the Auditor Impair Independence?, *CPA Journal*, Vol. 75 (6), s. 12.

Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (1992). *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul.

Hatherly, D. J. (1995). The Case for the Shareholder Panel in the UK, *The European Accounting Review*, Vol. 4, Issue 3, s. 535-554.

Hazen, T. L. (2002). *The Law of Securities Regulation*, Hornbook Series, West Group, 4. Bası, Minnesota/ABD.

Holm, C., Birkholm Laursen, P. (2007, March). Risk and Control Developments in Corporate Governance: Changing the Role of the External

Auditor?, *Corporate Governance: An International Review*, Vol. 15, Issue: 2, s. 322-333.

Houghton, K. A., Jubb, C. A. (2005). Auditor Independence: Regulation, Oversight and Inspection, T. Campbell and K. Houghton (Editors), *Ethics and Auditing*, Australia, s. 221-236.

IOSCO (2003, May). Objectives and Principles of Securities Regulation, <http://www.iosco.org/library/pubdocs/pdf/IOSCOPD154.pdf>.

İhtiyar, M. (2006). *Sermaye Piyasası Hukukunda Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, İstanbul.

İzmirli, Y. (2001). *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulunun Organ Niteliğini Kaybetmesi ve Hukuki Sonuçları*, Ankara.

Jaffe, D. A. (1993, Summer). The Allocation of Fault in Auditor Liability Lawsuits Brought by Sophisticated Third Party Users of Financial Statements - A Plea for Proportionate Liability, *University of Pittsburgh Law Review*, Vol. 54, s. 1051-1083.

Jensen, M. C., Meckling, W. H. (1976, October). Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure, *Journal of Financial Economics*, V. 3, No. 4, s. 305-360.

Johnson, V. R. (2009). The Boundary-Line Function of the Economic Loss Rule, *Wash. & Lee L. Rev.*, Vol. 66, s. 523 - 583.

Kaal, W. A., Painter, R. W. (2012). Forum Competition and Choice of Law Competition in Securities Law After Morrison v. National Australia Bank, *Minnesota Law Review*, Vol. 97, s. 132-205.

Kabaalioglu, H. A. (1985). *Sermaye Piyasasında Kamuyu Aydınlatma İlkesi*, İstanbul.

Kaneti, S. (2007). *Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru*, İstanbul.

Karababa, S. (2001). *Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması*, Ankara.

Karahasan, M. R. (2004). *Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, İstanbul.

Karanfiloğlu, A. Y. (1999). Muhasebe Denetimi, Kavram İlke ve Yöntemleri, *Sayıştay Dergisi*, S. 35, s. 28 vd.

Karayalçın, Y. (1988). *Muhasebe Hukuku*, Ankara.

Karmel, R. S. (2003). Reconciling Federal and State Interests in Securities Regulation in the US and Europa, *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. 28 (2), s. 495 – 548.

Karşlı, M. (1994). *Sermaye Piyasası, Borsa, Menkul Kıymetler*, 4. Baskı, İstanbul.

Kaya, A. (2001). *Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Bilgi Alma Hakkı*, Ankara.

Kepekçi, C. (2004). *Bağımsız Denetim*, 5. Bası, İstanbul.

Kılıç, S. (1997). *Sermaye Piyasalarında Yatırımcının Korunması: Güvence Fonları*, SPK Yayın No:95, Ankara.

Kılıçoğlu, A. (2011). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara.

Kırca, Ç. (2004). *Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk*, Ankara.

Kırca, İ., Şehirali Çelik, F.H., Manavgat, Ç. (2013). *Anonim Şirketler Hukuku, Cilt 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu*, Ankara.

Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R., Arpacı, A. (2006). *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Cilt, İfa-İfa Engelleri-Haksız Zenginleşme*, 4. Bası, İstanbul.

Koch, C., Schunk D. (2013). Limiting Auditors' Liability?- Experimental Evidence on Behavior under Risk and Ambiguity, <http://ssrn.com/abstract=982027>.

Koziol, H. (2006). Recovery for Economic Loss in the European Union, *Arizona Law Review*, Vol. 48, s. 871 - 895.

Köksal, A. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı, Sermaye Piyasası Mevzuatı, Bankacılık Mevzuatı Açısından ve Karşılaştırmalı Olarak Bağımsız Denetim Sözleşmesi*, İstanbul.

Köksal, A. (2010). Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 397 İlâ 409 Maddeleri Arasında Düzenlenen Denetçinin Anonim Ortaklığın Bir Organı Olup Olmadığı Sorunu, *Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan*, C. I, Ankara, s. 1387-1409.

Kraakman, R. H. (1986). Gatekeepers: The Anotomy of a Third-Party Enforcement Strategy, *Journal of Law, Economics and Organization*, Vol. 2, s. 53-104.

Kuntalp, E. (2013). *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası, Ankara.

Kurşat, Z. (2009). Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü, *İÜHFM*, C. 62, S.1-2, s. 143-166, 2009.

Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E. (2009). *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, 20. Bası, Ankara.

Küçüksözen, C. (2006). Sermaye Piyasasında Bağımsız Denetim Standartları, http://www.makalem.com/Search/ArticleDetails.asp?nARTICLE_id=4342.

Küçüksözen, C. (1999). *Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi*, Ankara (Yatırımcının Korunması).

Küçüksözen, C. (2004). *Finansal Bilgi Manipülasyonu: Nedenleri, Yöntemleri, Amaçları, Teknikleri, Sonuçları ve İMKB Şirketleri Üzerine Ampirik Bir Çalışma*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İşletme Bölümü.

La Porta, R./Silanes, F. L./Shleifer, A./Vishny, R. (2000). Investor Protection and Corporate Governance, *Journal of Financial Economics*, Vol. 58, s. 3-27.

Lee, T. A. (1988). *The Evolution of Audit Thought and Practice*, New York.

Leibman, J. H., Kelly, A. (1992). Accountants' Liability to Third Parties for Negligent Misrepresentation: The Search for a New Limiting Principle, *American Business Law Journal*, Vol. 30, s. 347-439.

Loss, L. (1983). *Fundamentals of Securities Regulation*, USA.

Lutzy, J. M. (2003, Fall). Analysis of the Proposed NYSE Corporate Governance and Audit Committee Listing Requirements, *DePaul Bussines & Commercial Law Journal*, Vol. 2, s. 99 – 164.

Macey, J., Sale, H. A. (2003). Observations on the Role of Commodification, Independence, and Governance in the Accounting Industry, “*Lessons from Enron, How Did Corporate Securities Law Fail?*” Symposium, *Villanova Law Review*, Vol. 48, Issue 4, 1167 – 1187.

Manavgat, Ç. (2008). *Sermaye Piyasasında İşleme Dayalı Manipülasyon ve Özel Hukuk Bakımından Sonuçları*, Ankara.

Manavgat, Ç. (1997). *Aleni Pay Alım Teklifi (Tender Offer-Takeover Bid)*, Ankara.

Mautz, R. K., Sharaf, H. A. (1997). *The Philosophy of Auditing*, American Auditing Association, 18. Edition, USA.

Mayer, C. (2000). Regulatory Principles and the Financial Services and Market Act, http://users.ox.ac.uk/~ofrcinfo/file_links/finecon_papers/2001fe09.pdf.

Messier, W.F.Jr., Glover, S. M., Prawitt, D. F. (2008). *Auditing and Assurance Services, A Systematic Approach*, 6. Bası, New York.

Michaela, M., Aurelia, Ş., Eugeniu, T. (2011). Auditor Rotation-A Critical and Comparative Analysis, *University of Oradea, Faculty of Economics, Annals of Faculty of Economics*, Vol. 1, Issue 2, s. 571-577.

Mitschow, M. C., Asgary, N. (2004). Ethics in Auditing: An Examination of Auditor Independence, Cynthia JEFFREY (Editor) *Reserach on Professional Responsibility and Ethics in Accounting*, USA, s. 49-72.

Modigliani, F., Miller, M. (1958, June). The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment, *The American Economic Review*, Vol. 48, No. 3, s. 261-297.

Moloney, N. (2008). *EC Securities Regulation*, Second Edition.

Moloney, N. (2010). *How to Protect Investors, Lessons from the EC and the UK*, Cambridge.

Moore, M. (2008). FRC-The True and Fair Requirement Revisited, <http://www.frc.org.uk/FRC-Documents/FRC/True-and-Fair-Opinion,-Moore,-21-April-2008.aspx>.

Moroğlu, E. (2004) *Türk Ticaret Kanunu'na Göre Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, 4. Bası İstanbul.

Morrill, J. (2008, November). Research on Rotation, *CA Magazine*, Vol. 141, Issue 7, s. 63-65.

O'Conner, S. M. (2004). Be Careful What You Wish For: How Accountants and Congress Created the Problem of Auditor Independence, *Boston Law Review*, Vol. 8, s. 741-827.

Ocak, N. (2001). Anonim Şirketlerde Pay Sahibinin Bilgi Alma, İnceleme ve Denetleme Hakkı, *Prof. Dr. Nuri ÇELİK'e Armağan*, İstanbul, C. I, s. 710 vd.

Offermanns, M. (2007). *Audit Partner Tenure and Rotation in Germany – Does Rotation Improve Audit Quality?*, Yayınlanmamış Master Tezi, University of Maastricht, Maastricht.

Oğuzman, M. K., Öz, M. T. (2006). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Bası, İstanbul.

Oğuztürk (Kalkan), B. (2008). *Güven Sorumluluğu*, İstanbul.

Oktay, S. (1996). İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması, *İÜHFM*, C. 55, S. 1-2, s. 263-296.

Ozanoğlu, H. (1999). Tüketicinin Korunması Açısından Taksitle Satım Sözleşmesi, Ankara.

Ozanoğlu, H. S. (2009, Nisan 17-18). *Yeni Sözleşme Türlerinde Sözleşmenin Tipinin ve Sözleşmeye Uygulanacak Kuralların Belirlenmesi Sorunu, Sözleşme Boşluklarının Doldurulmasında İzlenecek Yöntem, Norm Koyma ve Hüküm Verme*

- Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara Üniversitesi Yayınları No: 292, 2009, Ankara, s. 385- 406. (Yeni Sözleşme Türleri).

Öçal, A. (1978). Denetçilerin Yönetim Kurulu Toplantılarına Katılması, *Eskişehir İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Dergisi*, , C. 14, S. 1, s. 357-365.

Özden, S. (2010, Eylül). Karşılaştırmalı Hukukta Salt Malvarlığı Zararları, *BATİDER*, C. 26, S. 3, s. 89-125.

Özel, S. (2005). *Yeminli Mali Müşavirlerin Tasdik İşlemlerinden Doğan Sorumluluğu*, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara.

Özkorkut, K. (2013). *6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu Açısından Anonim Şirketlerde Bağımsız Denetim*, Ankara.

Öztan, B. (2004). *Medeni Hukukun Temel Kavramları*, 14. Bası, Ankara.

Partnoy, F. (2001). Barbarians at the Gatekeepers?: A Proposal for a Modified Strict Liability Regime, *Washington University Law Quarterly*, Vol. 79, Issue 2, s. 491-547.

Pash, A. (2007). Türk Hukukunda Menkul Kıymet Kavramı, *Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan, C. II*, İstanbul.

Pekcanıtez, H., Atalay, O., Özekes, M. (2011). *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 11. Bası, Ankara.

Perry, R. (2008). The Economic Bias in Tort Law, *University Of Illinois Law Review*, Vol. 2008, s. 1573-1622.

Perry, R. (2010). Economic Loss, Punitive Damages, and The Exxon Valdez Litigation, <http://law.huji.ac.il/upload/Exxon.pdf>.

Plaats, E.V.D. (2000). Regulating Auditor Independence, *The European Accounting Review*, Vol. 9, Issue 4, s.625-638.

Porter, B., Simon, J., Hatherly, Y. D. (2008). *Principles of External Auditing*, Third Edition, West Sussex.

Quick, R. (1996). The Legal Liability of Auditors in Germany, *The European Accounting Review*, Vol. 5:3, s. 507-521.

Rabin, R. L. (1985, July). Tort Recovery For Negligently Inflicted Economic Loss: A Reassessment, *Stanford Law Review*, Vol. 37, s. 1513-1537.

Raiborn, C., Schorg, C.A., Massoud, M. (2006, May-June). Should Auditor Rotation Be Mandatory?, *Journal of Corporate Accounting & Finance*, Vol. 17, Issue 4, s. 37-49.

Reisoğlu, S. (2000). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 14. Baskı, İstanbul.

Rhee, R. J. (2010). A Production Theory Of Pure Economic Loss, <http://ssrn.com/abstract=1344503>.

Ryan, P. S. (2003). Understanding Director & Officer Liability in Germany For Dissemination of False Information: Perspectives From An Outsider, *German Law Journal*, Vol. 4, No.5, s.439-475.

Samsonova, A. (2010). Re-thinking Auditor Liability: The Case of the European Union's Regulatory Reform, *Asia Pasific Interdisciplinary in Accounting Conference*, <https://www.escholar.manchester.ac.uk/uk-ac-man-scw:111183>.

Sanlı, K.C. (2007). *Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi*, *Hukuk ve Ekonomi Öğretisi*, İstanbul.

Sayar, Z. (2003). *Bankaların Halka Açılması ve Banka Yatırımcılarının Korunması*, Ankara.

Sayar, Z. (2006, Haziran). Sermaye Piyasalarında Kamuyu Aydınlatma ve Muhasebe Standartlarıyla Olan İlişkisi-Türkiyede Muhasebe Standartları Alanında Yaşanan Gelişmeler, *Mali Pusula*, Yıl:2 S: 18, s. 22-29.

Serozan, R. (2007). *Sözleşmeden Dönme*, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul.

Shockley, R.A. (2001). Perceptions of Auditors' Independence: An Empirical Analysis, *The Accounting Review*, Vol. 56, No.4, s. 785-800.

Silverstein, E. (1999). On Recovery In Tort For Pure Economic Loss, *University of Michigan Journal of Law*, Vol. 32, s. 403-439.

Stapleton, J. (2002). Comparative Economic Loss: Lessons From Case-Law-Focused “Middle Theory”, *University of California Law Review*, Vol. 50, s. 531-583.

Stout, L.A. (2008). The Investor Confidence Game, *University of Los Angeles School of Law Research Series*, Research Paper No: 02-18.

Şenocak, K. (2000). *Mesleki Sorumluluk Sigortası, Özellikle Doktor, Avukat, Mimarların Mesleki Sorumluluk Sigortası*, Ankara.

Şıramun, S.S. (1991). Avrupa Topluluğu Sermaye Piyasası Bakımından Kamuyu Aydınlatma, Yayımlanmamış Yüksel Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

Talley, E. (June, 2001). Disclosure Norms, *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 149, s. 1955 vd.

Tandoğan, H. (1987). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: II, 3. Bası*, Ankara (TANDOĞAN, C.II).

Tandoğan, H. (1985). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/1, 4. Bası*, Ankara (TANDOĞAN, C.I/1).

Tandoğan, H. (2010). *Türk Mes'uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet)*, 1961 Yılı Birinci Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul (TANDOĞAN, Mesuliyet).

Tandoğan, H. (1963). *Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk-İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini*, Ankara (TANDOĞAN, Üçüncü Kişi).

Tanör, R. (1999). Türk Sermaye Piyasası, 1. Cilt, Taraflar (Taraflar), İstanbul.

Tanör, R. (2000). Türk Sermaye Piyasası, 2. Cilt, Halka Arz (Halka Arz), İstanbul.

Tekinalp, Ü. (1979). *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Bası, İstanbul (Bilanço).

Tekinalp, Ü. (2009). *Ünal Tekinalp'in Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul.

Tekinalp, Ü. (2010). Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına ve Sermaye Piyasası Kanununa İlişkin Hükümleri, *Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Sermaye Piyasasına Etkileri-Uluslararası Konferans, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara, s. 22 vd.

Tekinalp, Ü. (2009). Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Kurumsal Yönetim Felsefesine Yaklaşımı, *Uğur ALACAKAPTAN'a Armağan*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları 208, İstanbul, C.2, s. 635 vd.

Tekinalp, Ü. (1973). Sermaye Piyasasının Hukuki Yönü ve Sorunları, Çeşitli Tasarılar Üzerine Genel Bir İnceleme, *İÜHFM*, C. 38, S. 1-4, s. 445 vd.

Tekinalp, Ü. (2013). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku - Anonim ve Limited Ortaklıklar, Tek Kişi Ortaklığı, Ortaklıklar Topluluğu, Birleşme, Bölünme, Tür Değiştirme*, 3. Bası, İstanbul (Yeni Hukuk).

Tekinalp, Ü., Poroy, R., Çamoğlu, E. (2003). *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku*, Güncelleştirilmiş 9. Bası, İstanbul.

Tekinay, S.S., Akman, S., Burcuoğlu, H., Altop, A. (1993). *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul.

Temir, B. (1990). Piyasa Ekonomisine Geçiş, Sermaye Piyasalarında Devletin Rolü ve Kamu Müdahalesi, Sermaye Piyasalarında Kamu Otoritesi ve Yatırımcıların Korunması, *Sermaye Piyasası Uluslararası Semineri, Ankara 31 Ekim – 2 Kasım 1990*.

The World Bank (1999, September). Fiancial Sector Discussion Paper No:1, Investor Protection: Origins, Consequences, Reform, http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/Fs01_web1.pdf .

Topçuoğlu, M. (2012). *Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bağımsız Denetçi ve Sorumluluğu*, 2. Bası, Ankara.

Tunçomağ, K. (1977). *Türk Borçlar Hukuku Cilt II Özel Borç İlişkileri*, İstanbul.

Turanboy, A. (2006). Ticari Sır, *Prof. Dr. Tuğrul ANSAY'a Armağan*, Ankara, s. 347-369.

Turanboy, A. (1990). *İnsider Muameleleri (Şirkete Ait Gizli Bilgilerin Haksız Kullanımı)*, Ankara.

Tyson, W. C. (1985). Legal Aspects of Securities Regulation in the U.S. Recent Developments in Capital Markets in Turkey, *OECD-CMB Conference*, Çeşme, s. 204 vd.

Ulusoy, Y. (2007). *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Dış Denetim*, 1. Bası, Ankara. (Bağımsız Dış Denetim).

Ulusoy, Y. (2005). Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Bağımsız Denetimin Fonksiyonları ve Denetçi Bağımsızlığı, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, s. 265-300.

Ulusoy, Y. (1981). *Sermaye Piyasası Kanunu Yorum ve Açıklaması*, Ankara.

Uzay, Ş. (2007). Faaliyet Denetimine Genel Bakış, *VIII. Muhasebe Denetimi Sempozyumu, II. Uluslararası Muhasebe Denetimi Sempozyumu* (25-29 Nisan 2007). http://archive.ismmmo.org.tr/docs/Sempozyum/08sempozyum/kitap/09_1saban%20uzay.pdf

Üçışık, G. (2009). Türk Hukukunda Anonim Ortaklıklarda Kamuyu Aydınlatma İlkesi, *Beykent Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, C.3, S.1, s. 1-23.

Van Boom, W. H. (2004). Pure Economic Loss, A Comparative Perspective, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=555809.

Von Tuhr, A. (1983). *Borçlar Hukukunun Umumi Kısım*, Cilt. 1-2, Çeviren Cevat EDEGE, Ankara 1983.

Weiner, H. B. (1983). Common Law Liability Certified Public Accountant for Negligent Representation, *San Diego Law Review*, Vol. 20., s. 233-263.

Yanlı, V. (2010). Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Kamunun Aydınlatılması, *Avrupa Birliği Perspektifinden Türk Ticaret Kanunu Tasarsının Sermaye Piyasasına Etkileri-Uluslararası Konferans, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü*, Ankara, s. 158 vd.

Yanlı, V. (2005). *Sermaye Piyasası Hukuku Çerçevesinde Halka Açık Anonim Şirketler ve Kamunun Aydınlatılması (Kamunun Aydınlatılması)*, İstanbul.

Yanlı, V. (2000). *Anonim Ortaklıklarda Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması ve Pay Sahiplerinin Ortaklık Alacaklılarına Karşı Sorumlu Kılınması*, İstanbul.

Yanlı, V. (2007). Kamuyu Aydınlatma Açısından Sermaye Piyasası Kurulu Kurumsal Yönetim İlkelerinin Değerlendirilmesi, *Prof. Dr. Hüseyin ÜLGEN'e Armağan C.2*, İstanbul, s. 1581 vd.

Yasaman, H. (1992). *Menkul Kıymetler Borsası Hukuku*, İstanbul.

Yavuz, C. (2007). *Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul.

Yılmaz, A. (2010). *Türk, İsviçre ve Alman Hukuklarında Şirketler Topluluğuna Güvenden Doğan Sorumluluk*, İstanbul.

Yiğit, İ. (2005). *Anonim Ortaklık Genel Kurulunun İşleyişi ve Ortaya Çıkan Sorunlar*, İstanbul.

Zeff, S. A. (2007). The Primacy of “Present Fairly” in the Auditor’s Report, *Accounting Perspectives*, Vol. 6, Issue 1, s. 5-20.

Zeytin, Z. (1999). Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi –I, Maddi Zarar Olarak “Özel Kullanım Kaybı”, *BATİDER*, C. 20, S. 2, s. 73-89.

Wegman, J. (2007). Impact of the Sarbanes – Oxley Act on Auditor Liability, <http://www.webpages.uidaho.edu/wegman/jerrywegmanpapers/wegman-aleri-award-website.htm>.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : URKAN, ERCAN
Uyruğu : T.C.
Doğum tarihi ve yeri : 14/04/1978, Ankara
Medeni hali : Evli
Telefon : 0312 2929090
Faks : 0312 2928710
e-mail : eurkan@spk.gov.tr

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Doktora	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	Devam Ediyor
Yüksek	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler	2005
Lisans	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	1999
Lise	Anıttepe Lisesi	1994

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2001-2003	Adalet Bakanlığı	Adli Yargı Hakim Adaylığı ve Hakimliği

Yabancı Dil

İngilizce

Yayınlar

Hisse Senetlerinin Rehni (Y. Lisans Tezi)

Hobiler

Kitap okumak, müzik dinlemek.



GAZİ GELECEKTİR..