

SERMAYE PİYASASI MEVZUATINDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞI

Örtülü kazanç aktarımı bir tür ilişkili işlem olup Sermaye Piyasası Kanunu'nun ("SerPK") 21. maddesi altında düzenlenmiştir. Sermaye piyasasının şeffaf bir yapıya sahip olması ve piyasada işlem gören ve işlem yapan gerçek veya tüzel kişilerin korunması amacıyla bazı işlemler yasaklanmıştır. Bu çalışmamızda örtülü kazanç aktarımı yasağının amacı, unsurları ve müeyyideleri incelenmiştir.

6362 sayılı SerPK'nın "Örtülü Kazanç Aktarımı" başlıklı 21. maddesi halka açık ortaklıkların ilişkili işlemlerine kısıtlama getirmektedir. Bu kısıtlamayla halka açık şirketlerin dürüst işlem yapması ve muvazaalı olarak nitelendirilebilecek işlemlerden uzak durması amaçlanmaktadır. 2499 sayılı eski Sermaye Piyasası Kanunu'nun ("eSerPK") 15/6. maddesi altında "*Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltamaz.*" denilerek örtülü kazanç aktarımına yer verilmişti. "*Temettü ve bedelsiz payların dağıtım esasları*" başlıklı bu maddede yer alan örtülü kazanç aktarımına ilişkin kısmın SerPK'da ayrı bir başlık olarak daha geniş bir kapsamda¹ ele alınması ise konuya açıklık getirmek bakımından yerinde olmuştur.

1. Düzenlemenin Amacı

SerPK'da yer alan bu düzenlemenin amacı en genel anlamıyla SerPK'nın 1. maddesinde de belirtildiği üzere "*sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesi*" olarak açıklanabilir. Esasında, SerPK'nın 17. maddesi "*Halka açık ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı almaları zorunludur*" diyerek SerPK'nın 21. maddesi altında kısıtlama getirilen ilişkili taraf işlemlerinin yasak olmadığını teyit eder niteliktedir. Bu işlemlerin birçoğu olağan ticari akış içerisinde ticari teamüllere ve kurallara, hukuka ve etik ilkelerine uygun niteliktedir². Kanun amacı, belirlemiş olduğu

¹ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun Gerekçesi "*2499 sayılı Kanundaki örtülü kazanç aktarımı suçu aynen muhafaza edilmiş ve bu alanda gün geçtikçe artan suiistimallerin uygun cezai müeyyideye bağlanabilmesi amacıyla suç teşkil eden fiillerin tanımı genişletilmiştir.*"

² Karacan, Ali İhsan. Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar Cilt I. Legal Yayıncılık, 2017.

ilkelere aykırı olarak gerçekleştirilen ilişkili taraf işlemlerini yasaklamak ve yaptırıma bağlamaktır.

2. Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının Unsurları

SerPK'nın "Örtülü kazanç aktarımı yasağı" başlığını taşıyan 21. maddesi aşağıdaki gibidir.

"Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır.

Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır.

Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar. Birinci fıkrada belirtilen ilkelere aykırılığın tespitinde izlenmesi gereken usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir.

Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ile ilgili 94 üncü ve 110 uncu maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır."

a. Yasağa Tabi Taraflar

Yukarıdaki madde incelendiğinde birinci fıkrada örtülü kazanç aktarımı kapsamında yer alanların belirtildiği görülmektedir. Bunlar;

- (i) Halka açık ortaklıklar

- (ii) Kolektif yatırım kuruluşları
- (iii) Bunların iştirak ve bağı ortaklıkları

olarak sayılmıştır. Burada belirtmek gerekir ki yalnızca halka açık ortaklık ve kolektif yatırım kuruluşlarının doğrudan yaptıkları işlemler değil, bunların dolaylı olarak iştirak ve bağı ortaklıkları aracılığıyla gerçekleştirdikleri işlemler de madde kapsamında değerlendirilmektedir. Kazanç aktarımı yapılan iştirak ve bağı ortaklığın halka açık olması, kanunda bir unsur olarak sayılmamaktadır³. Yargıtay kararına konu olan olayda da iştirak ve bağı ortaklıkların halka açık şirket olma şartının aranmadığı görülmektedir⁴. Dolayısıyla bir halka açık ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşunun halka açık olmayan bir iştirak/bağı ortaklığının gerçekleştireceği kazanç aktarımı da bu kapsamda değerlendirilerek kanunun dolanılmasının önüne geçilmeye çalışılmıştır.

Aktarımın yapılacağı kişiler bakımından ise, bu kişilerin halka açık ortaklık, kolektif yatırım kuruluşu veya bunların iştirak ve bağı ortaklıkları ile yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişki içerisinde bulunması yeterli görülmektedir.

b. Yasaklanmış İşlemler

İlişkili taraflar ile yapılan her işlem, yukarıda bahsettiğimiz üzere örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında değerlendirilmemektedir.

SerPK'nın 21. maddesinde ifade edildiği üzere örtülü kazanç aktarımı “*emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle*” gerçekleşmektedir. Görüldüğü üzere, örtülü kazanç aktarımına yol açabilecek işlemler kanunda örnek olarak sayılmış ve bu sayılanlarla sınırlı bırakılmamıştır⁵. Nitekim, “*İlişkili şirketlerle yapılan işlemlerde sadece emsalinden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması değil, normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin sırf aradaki ilişkinin/bağlantının varlığından ötürü yapılması halinde de bu madde kapsamında*”⁶ sayılacağına da Yargıtay kararlarında yer verilmektedir.

³ Kaya, Arslan. “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK M. 21).” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 193–204.

⁴ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2016/884, K. 2017/3345 “...davalı ... A.Ş.'nin halka açık bir anonim ortaklık olduğu, her iki davalı şirketin hakim ortakları ile davalı ... A.Ş.'nin şirketlerin grup şirketi olduğu yönündeki beyanı dikkate alındığında şirketler arasında sermaye, yönetim ve denetim bakımından dolaylı ilişki bulunduğu, davalı ... A.Ş.'nin kullandığı sözleşmeye bağı kredilerde davalı ... Ltd'nin sözleşmeye aykırı davranarak...”

⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2018/3055, K. 2018/4505

⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 2018/3055, K. 2018/4505

Bu işlemlerin ise aktarım yapılan şirketin “kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek” yapılmış olması şartı aranmaktadır⁷. Örtülü kazanç aktarımına sebep verebilecek işlemlerden aktif olanların yanı sıra şirketlerin “kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları” vasfındaki pasif işlemler de yasak kapsamındadır. Burada önemli olan nokta, yasağın yalnızca aktif davranışla kar veya malvarlığı azaltılması ya da artırılmasını değil, pasif davranışla şirketin zarara uğramasını da kapsıyor oluşudur⁸.

c. İlişkili İşlem Yapılmasının Getirdiği Yükümlülükler

SerPK Madde 21/3 kapsamında “Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar.”

3. Örtülü Kazanç Aktarımına Bağlı Hukuki ve Cezai Sonuçlar

Örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırı işlem yapılması halinde SerPK Madde 21/4 ilgililerin aktarılan tutarı iade etme sorumluluklarından bahsetmektedir⁹. Buna göre;

“Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır.”

Bu hüküm ile aktarım yapılan şirketin zararlarının giderilmesini ve böylelikle yatırımcıların korunması amaçlanmaktadır.

SerPK'nın “Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik” başlıklı 110. maddesi;

⁷ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2019/1504 K. 2020/33 “...yönetim kurulunca verilen işbu kararlar dolayısıyla davacı şirketin zarara uğratıldığı, genel anlamda grup şirketlere sermaye aktarımı yapıldığının sabit olduğu, bir an için davacı şirketin mal varlığında azalma meydana gelmediği ileri sürülse de dava dışı ... A.Ş.'den sağladığı kaynaktan hiçbir şekilde kâr elde edemediği, özkaynakları tükenmiş ticari faaliyeti olmayan grup şirketlerine kaynak aktarımı yapıldığı...”

⁸ Kaya, Arslan. “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı (SerPK M. 21).” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXXI, S. 2, 2013, s. 193–204

⁹ Karacan, Ali İhsan. Sermaye Piyasası Hukuku Yazılar Cilt I. Legal Yayıncılık, 2017.

- (i) “Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak (...) örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak”, ve
- (ii) “Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek”

eylemlerinin Türk Ceza Kanunu’nun (“TCK”) 155. maddesi altında yer verilen güveni kötüye kullanma suçunu oluşturduğunu ve bu kapsamda verilecek cezanın üç yıldan az olamayacağını belirtmektedir. Bu hükme binaen TCK¹⁰ doğrultusunda suçun failleri hakkında üç yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunabilecektir.

Değınmek gerekir ki SerPK Madde 110/3 uyarınca, yukarıda yer verilen suçları işleyen kişilerin *etkin pişmanlık* göstererek SerPK Madde 21/4 altında yer alan denkleştirme ödemesinin yanı sıra bu tutarın iki katı parayı Hazine’ye

- (i) henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükmolunmaz,
- (ii) soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir,
- (iii) kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir.

Aktif örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilmesi TCK kapsamında güveni kötüye kullanma suçu oluşturmasının yanı sıra, pasif davranışla işlenen örtülü kazanç aktarımı da SerPK altında idari para cezası yaptırımına tabi tutulmaktadır. SerPK Madde 103/6 uyarınca;

“Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde

¹⁰ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 155/2 Maddesi: “Suçun, meslek ve sanat, ticaret veya hizmet ilişkisinin ya da hangi nedenden doğmuş olursa olsun, başkasının mallarını idare etmek yetkisinin gereği olarak tevdi ve teslim edilmiş eşya hakkında işlenmesi halinde, bir yıldan yedi yıla kadar hapis ve üçbin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.”

basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasının sağlanması hâlinde ilgili tüzel kişiye Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, verilecek idari para cezasının miktarı elde edilen menfaatin iki katından az olamaz.”

Dikkat çekmek gerekir ki bu hüküm ile yalnızca “beklenen faaliyetleri yapmama yoluyla” gerçekleştirilen fiiller yaptırıma bağlanmaktadır.

Cezai ve idari bu yaptırımlara ek olarak, Kurul, örtülü kazanç aktarımında “buldukları tespit edilen halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ve bunların bağlı ortaklıkları ile iştiraklerinden denetleme sonuçlarının Kurul tarafından belirlenecek usul ve esaslar dâhilinde ortaklara duyurulmasını istemeye, Kurulca belirlenen tutarın tayin edilen süre içinde iadesi için dava açmaya¹¹” yetkili kılınmıştır.

Ayrıca, SerPK’ya tabi ihraççıların, kanuna, sermaye piyasası mevzuatına, esas sözleşme ve fon iç tüzüğü hükümlerine veya işletme maksat ve mevzuuna aykırı görülen durum ve işlemleri sebebiyle sermayenin veya mal varlığının azalmasına veya kaybına yol açığının Kurulca tespit edilmesi halinde, Kurul’un;

a) TTK hükümleri saklı kalmak kaydıyla ilgililerden aykırılıkların giderilmesi için tedbir almasını ve öngörülen işlemleri yapmasını istemeye ve gerektiğinde durumu ilgili mercilere intikal ettirmeye,

b) Bu durum ve işlemlerin hukuka aykırılığının Kurulca tespiti tarihinden itibaren üç ay ve her hâlde durum ve işlemin vukuu tarihinden itibaren üç yıl içinde iptal davası ve beş yıl içinde butlan veya yokluğun tespiti davası açmaya,

c) Bu durum ve işlemlerin mevcudiyetinin ilk derece mahkeme kararı ile tespit edilmesi veya bu karar beklenmeksizin Kurulun talebi üzerine mahkeme tarafından karar verilmesi hâlinde bu işlemlerde sorumluluğu bulunanların imza yetkilerini kaldırmaya, ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulması hâlinde, yargılama sonuçlanıncaya kadar ilgilileri görevden almaya ve yapılacak ilk genel kurul toplantısına kadar görevden alınan yönetim kurulu üyelerinin yerine yenilerini atamaya,

¹¹ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu, Madde 94

yetkili olduğuna SerPK'nın 92/1 maddesi altında yer verilmektedir.

Daha fazla bilgi ve destek için info@lbfpartners.com adresinden bizimle iletişime geçebilirsiniz.

LBF Partners

Avukatlık ve Danışmanlık