

HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIKLARDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI SORUNU

İlyas ÇELİKTAŞ*

I. GİRİŞ

Bir aileye mensup kişiler tarafından veya bir kişinin yakın arkadaş ve akrabaları ile birlikte kurdukları ve şirketteki bütün hisselerin az sayıdaki pay sahiplerine ait olduğu anonim ortaklıklar kapalı ya da aile anonim ortaklığı olarak tanımlanmaktadır¹. Ülkemizde sermaye piyasasının gelişmeye başlaması ile birlikte halkın elindeki tasarrufların yatırımlara kanalize edilmesinde halka açık anonim ortaklıklar²ın büyük önem kazanmaya başladığı gözlenmektedir³. Sermaye piyasası aracılığıyla uzun vadeli kredi ihtiyaçlarını giderecek anonim ortaklıkların zorunlu olarak halka açık nitelik göstereceği kuşkusuzdur⁴. Aile ano-

* Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Tuğrul Ansay, Anonim Şirketler Hukuku Dersleri, Dördüncü Baskı, Ankara: AÜHF Yayını, 1973, s. 11; Orhan Nuri Çevik, Anonim Şirketler, 4. Baskı, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002, s. 218; Osman Kiper, Uygulamada Ticaret Şirketleri, İstanbul: Beta Basım Yayın, 1995, s. 405; *Poroy* ise kapalı anonim ortaklığı küçük ve aile anonim ortaklıklarını kapsayan bir üst kavram olarak ifade etmektedir, *bkz.*: Reha Poroy (Tekinalp/Çamoğlu), Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayın, 2000, s. 251. *Kızılot*'a göre, ülkemizdeki anonim şirketlerin yüzde 99'u aile şirketi olup yönetimleri aynen şahıs firması gibidir, *bkz.*: Şükrü Kızılot, Memleketimden Vergi Manzaraları, İstanbul: Sabah Kitapları, 2000, s. 207.

² Bundan böyle kısaca "HaAO" olarak ifade edilecektir.

³ "1989 yılından itibaren birinci el piyasalarda halka açılmalar başlamış 1990 ile 1993 yılları özel kesimde halka açılmaların yoğunlaştığı yıllar olmuştur." *Bkz.*: DPT 5. Yıllık Kalkınma Planı Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Finans Kurumları Özet Raporu ve Merkez Bankacılığı, Ankara, 1996. Nitekim 2001 yılında İMKB'ye kote olan şirket sayısı 278, işlem gören şirket sayısı ise 279 dur, *bkz.*: Devlet Planlama Teşkilatı, Sayılarla Türkiye Ekonomisi, Ankara, 2002.

⁴ Sabih Arkan, Halka Açık Anonim Ortaklıkların Özellikleri ve Dış Denetimleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1976, s. 2.

nim ortaklıkları da üretimde maliyeti düşürmek ve kaliteyi yükseltmek suretiyle yeni yatırımlar yapabilmek için gerekli finans ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla halka açılma gereğini duymuşlardır⁵. Bir aile anonim ortaklığının mevcut veya sermaye artırımı suretiyle çıkarılacak hisse senetlerini halka arz ederek⁶ halka açıldığını, HaAO'lığa dönüştüğünü farz edelim. Diğer bir ihtimalde de bir aileye ait karlı şirketlerin hisselerinin bir bölümünün bir holding kurularak bu holdinge devredilmesi ve bu hisseler karşılığında holdingden yönetime hakim olacak miktarda hisse alınması; holdingin geri kalan hisselerinin halka açılması suretiyle toplanacak yeni fonlarla holdinge bağlı yeni şirketler kurulması sözkonusu olabilir⁷. Halka açılmaya rağmen, genellikle bu ortaklıklarda söz sahibi bir ya da iki kişi olup yönetim kurulu üyeleri de; eş, çocuk, anne, baba gibi aile fertlerinden ve yakın akrabalarından oluşmaktadır. İşte bu noktada, küçük tasarruf sahiplerinin menfaatlerinin korunması gereği ortaya çıkıyor. *Moroğlu'nun haklı olarak belirttiği gibi; "Hakim sermayenin yönetim ve denetimindeki bir ortaklık bu özelliği koruyarak halka açılırken doğal olarak kendi özel çıkar hesapları ile hareket eder....Hakim sermaye halka açılmayı kendi çıkarı yönünden uygun görmüştür; finansman ihtiyacı vardır, riski başkalarına aktarmak ister vs.; bunun için halka açılır."*⁸ HaAO'ların hisse senetlerine yatırım yapan tasarruf sahibi yatırımcı; çoğunlukla şirketin diğer ortaklarını ve yöneticilerini tanıma-

⁵ Oğuz Kürşat Ünal, Halka Açık Anonim Ortaklıklar, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, 1999, s. 16.

⁶ Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri: I, No: 26 sayılı "Hisse Senetlerinin Kurul Kaydına Alınmasına ve Satışına İlişkin Esaslar Tebliği" (RG. T. 15. 11. 1998, S. 23524) m. 5'e göre; hissedarların mevcut hisse senetlerini halka arz edebilmeleri için hisse senetlerinin a)...b) Nominal değerleri toplamının, Kurul'a başvuru tarihi itibarıyla ortaklığın nominal sermayesine oranının en az; 1) Sermayeleri 750 milyar TL'ye kadar olan ortaklıklar için % 15, 2) Sermayeleri 750 milyar ile 1,5 trilyon TL arasında olan ortaklıklar için % 10, 3) Sermayeleri 1,5 trilyon TL ve daha fazla olan ortaklıklar için ise % 5 olması zorunludur. Sermayelerinin % 15'inin altında bir oranla ilk kez halka açılan ortaklıkların, halka açılma tarihini izleyen 3 üncü yıl sonuna kadar, nominal sermayelerinin % 15'ine tamamlanacak şekilde hisse senetlerinin halka arz edilmesi gereklidir. Sözkonusu % 15'lik oranın hesaplanmasında tamamlama işinin yapıldığı tarihteki nominal sermaye dikkate alınır. m. 6'ya göre; sermaye artırımı yoluyla halka arz başvurularında, halka arz edilecek hisse senetlerinin artırımı sonrası ulaşılabilecek nominal sermayeye oranının en az; 1) Sermayeleri 750 milyar TL'ye kadar olan ortaklıklar için % 15, 2) Sermayeleri 750 milyar ile 1,5 trilyon TL arasında olan ortaklıklar için % 10, 3) Sermayeleri 1,5 trilyon TL ve daha fazla olan ortaklıklar için ise % 5 olması zorunludur. Sermayelerinin % 15'inin altında bir oranla ilk kez halka açılan ortaklıkların, halka açılma tarihini izleyen 3 üncü yıl sonuna kadar, nominal sermayelerinin % 15'ine tamamlanacak şekilde hisse senetlerinin halka arz edilmesi gereklidir. Sözkonusu % 15'lik oranın hesaplanmasında tamamlama işinin yapıldığı tarihteki nominal sermaye dikkate alınır.

⁷ İMKB, Sermaye Piyasası ve Borsa Temel Bilgiler Kılavuzu, 14. Basım, İstanbul: İMKB Yayınları, 1999, s. 95.

⁸ Erdoğan Moroğlu, Halka Açık Anonim Ortaklıklar ve Halk Sektörü, Açık Oturum, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1975, s. 22.

yan, şirketin genel kurul toplantılarıyla ve yönetimiyle ilgilenmeyen, sahip olduğu hukuki imkanları (genel kurul kararlarının iptali, yönetim kurulu üyeleri hakkında sorumluluk davası açmak vs.) kullanarak şirketle içi içe olmayı düşünmeyen, şirketle ilgili iş ve işlemleri sözkonusu hisse senetlerini almak ve satmak için dışarıdan izleyen, asla aktif rol almayan kimse olup⁹, amacı gelecekteki bir menfaat beklentisidir ki, bu kendisini ortaklıktan kar payı alma şeklinde gösterir¹⁰. HaAO'larda tasarruf sahibini korumak amacı ile bir çok ülkede olduğu gibi ülkemizde de yasal düzenleme ile bu tür ortaklıklar özel denetim altına alınmış ve özel düzenlemelere tabi tutulmuştur¹¹. *Üçüçük*'in da ifade ettiği gibi; sermaye piyasasının gelişmesi, kişilerde HaAO'ların kanun, anasözleşme ve dürüstlük kurallarına uygun biçimde çalışacağı inancının yerleşmesine bağlıdır¹². Sermaye piyasasının bu fonksiyonunu yerine getirebilmesi, tasarruf sahiplerinin kendilerini hukuken güvencede hissedebilmeleri için, amacı ve konusu "...Tasarrufların menkul kıymetlere yatırılarak halkın iktisadi kalkınmaya etkin ve yaygın bir şekilde katılmasını sağlamak amacıyla; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını, düzenlemek ve denetlemek" olarak belirtilen 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu¹³, 1981 yılında yürürlüğe konulmuştur¹⁴.

⁹ İsmail Kayar, Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu'na Göre Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Kayseri, 2000, s. 22.

¹⁰ Oğuz Kürşat Ünal, "Sermaye Piyasası Mevzuatı'nda Birinci Temettü ve Sermaye Piyasası Değişiklik Tasarısı'nda Bu Konuda Öngörülen Yenilikler", Yaklaşım (Nisan 1998), S. 64, s. 43.

¹¹ Oğuz Kürşat Ünal, HaAO'lar, s. 20; Fahiman Tekil, Anonim Şirketler Hukuku, İstanbul: Alkım Yayınları, 1998, s. 69.

¹² Güzin Üçüçük, "Halka Açık Anonim Şirketlerin Dış Denetimi", Türk Ticaret Kanunu'nun 30. Yılı Semineri, İstanbul: İTO Yayını, 1988, s. 476.

¹³ Kısaca "SerPK" olarak ifade edilecektir.

¹⁴ RG. T. 30. 7. 1981, S. 17416, Kanunda, 13'üncü maddeye bir fıkra ekleyen 3291 sayılı Kanun (RG. T. 3. 6. 1986, S. 19126) ve 19 uncu maddesinin 2 fıkrasını değiştiren ve bir Geçici Madde getiren 14. 1. 1988 tarih ve 311 sayılı KHK (RG. T. 29. 2. 1988, S. 19740) dışında piyasada önemli sayılabilecek geniş ve kapsamlı değişiklikler; 1992 yılında 3794 sayılı Kanun (RG. T. 13. 5. 1992, S. 21227) ile 8. 6. 1995 tarihli ve 4113 sayılı Kanun'un Verdiği Yetkiye Dayanılarak Çıkarılan Sermaye Piyasası Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 24. 6. 1995 tarih ve 558 sayılı KHK'nin (RG. T. 27. 6. 1995, S. 22326) Anayasa Mahkemesince iptal edilmesinden sonra ortaya çıkan hukuki boşluğu doldurmak üzere çıkarılan 15. 12. 1999 tarih ve 4487 sayılı Kanundur (RG. T. 18. 12. 1999, S. 23910). 4487 sayılı Kanun ile ilgili olarak bkz.: Sami Karahan, "SPK'da Yeni Değişiklikler", Zaman, 30 Mart 1998, aynı yazar, "Kanunsuz Suç ve Ceza Olmaz", Zaman, 31 Mart 1998; Zühtü Aytaç, "Sermaye Piyasası Kanunu'nda Yapılan Son Değişiklikler", Bankacılar Dergisi, S. 33, 2000, s. 33-39.

HaAO'lar Türk Ticaret Kanunu hükümlerine ilave olarak SerPK hükümlerine tabi olup aynı zamanda Sermaye Piyasası Kurulu denetimi altındadırlar¹⁵. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi HaAO'larda tasarruf sahibini alacağı kar payı ilgilendirir. Hisse senedi sahipleri açısından her zaman kar payı alıp almama riski mevcuttur¹⁶. Buna karşılık kar elde edilmesine rağmen ortaklığın gelişmesi gibi sebeplerle yeterli kar dağıtımının yapılmaması HaAO'lar için savunulamaz¹⁷. İşte, kanun koyucu, hisse senetlerine yatırım yapan tasarruf sahiplerinin menfaatlerinin yeterince korunabilmesi amacıyla, Sermaye Piyasası ve ilgili diğer mevzuatla en çok bu "kar payı alma hakkı" üzerinde değişiklik ve özel düzenlemeler yapmış, yenilikler getirmiştir¹⁸. "*Temettü ve Bedelsiz Payların Dağıtım Esasları*" başlığını taşıyan SerPK. m. 15¹⁹ hükmü ile HaAO'lar için getirilen yenilikler; birinci temettü dağıtımına, yedek akçelere, yönetim kurulu üyeleri ile memur, müstahdem ve işçilere kardan pay dağıtılmasına, temettü avansına²⁰, dağıtım zamanına, bedelsiz paylara ve örtülü kar aktarımı suretiyle karın azaltılması yasağına ilişkindir²¹.

Şüphesiz bunların her biri ayrı bir inceleme konusu olmakla beraber biz çalışmamızda, karın başka kişi ve ortaklıklara veya işletmelere çeşitli yollarla aktararak azaltılmasına engel olmak amacı ile öngörölmüş²² olan SerPK. m. 15, f. 6 hükmü üzerinde duracağız. Söz konusu hükme göre; "**Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya do-**

¹⁵ İsmail Kayar, Sermaye Piyasası Mevzuatı ve Etik Kurallar, İstanbul: İfa Yayınları, 2002, s. 42 vd.

¹⁶ Nuray Kondak, Finansal Pazarlara Giriş Menkul Kıymet Pazarlarının Gelişimi Finansal Araçları ve Kurumları, İstanbul: Der Yayınları, 1998, s. 106.

¹⁷ Ünal, Değişiklik Tasarısı, s. 55.

¹⁸ Zühtü Aytaç, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1988, s. 173.

¹⁹ Maddenin önceki başlığı "*Kar Dağıtım Esasları*" idi. Değişiklik 3794 sayılı Kanun ile yapılmıştır. Maddenin bugünkü nihai şekli 4487 sayılı Kanun ile verilmiştir. Söz konusu Kanunlar ve yayımlandıkları Resmi Gazete için bkz.: yukarıda dpn. 14.

²⁰ SerPK. m. 15'de 4487 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle; HaAO'lara, sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş ve bağımsız denetimden geçmiş üçer aylık ara dönemler itibarıyla hazırladıkları mali tablolarında yer alan karlarından, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayırmak zorunda oldukları yedek akçeler ile vergi karşılıkları düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçmemesi, anasözleşmelerinde hüküm bulunması ve genel kurul kararıyla ilgili yıla sınırlı olmak üzere yönetim kuruluna yetki verilmesi koşuluyla temettü avansı dağıtma olanağı verilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: Mesut Koyuncu, "Temettü Avansı", Yaklaşım (Haziran 2000), S. 90, s. 120-127.

²¹ Kar payı dağıtım oranı ve kar payı dağıtımında bkz.: Şefika Demirkan, "Halka Açık ve Halka Kapalı Anonim Ortaklıklarda Temettü ve Bedelsiz Hisse Senedi Dağıtımındaki Farklılıklar", S.D.Ü.İ.İ.B.F. Dergisi, S. 4, 1999, s. 233-238.

²² Ünal Tekinalp, "Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Kar Dağıtım Esasları", İktisat ve Maliye (Ağustos 1981), C. 28, S. 5, s. 233.

laysız 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 malvarlığını azaltamaz.” Hükümün amacı, Gerekeçe’de ifade edildiği üzere; “Ortaklıkların karlarının, bunların hisse senetlerine yatırım yapan tasarruf sahiplerinin menfaatlerine aykırı düşecek şekilde dolaylı veya dolaysız olarak azaltılmasının önlenmesi” olarak belirtilmiştir²³. Uygulamada, bir ailenin veya grubun hakimiyetinde bulunan holding şirketlerde, bu kişilerin yönetim ve denetimine etkin oldukları ve halka açıklık oranının yüksek olduğu şirketlerden halka açıklık oranının az olduğu kendi aile şirketlerine kar transferi yaparak burada haksız olarak daha fazla kar payı dağıttıkları, birinci şirket aleyhine daha az kar payı dağıttıkları gözlenmektedir²⁴. Özetle, hakim sermaye grubu, HaAO’lığı kendisinin sahip bulunduğu aile şirketleri yararına sömürebilmektedir²⁵. Şimdi, somut bir olayda SerPK. m. 15, f. 6 hükmünün uygulama alanı bulabilmesi, bu hükme aykırılıktan bahsedilebilmesi için gerekli şartları inceleyeceğiz.

II. SERPK. M. 15, F. 6 HÜKMÜNE GÖRE ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMININ GERÇEKLEŞME ŞARTLARI

A. ORTAKLIĞIN HALKA AÇIK ANONİM ORTAKLIK “HaAO” OLMASI

HaAO’lar 3794 sayılı SerPK ile kanuni bir kavram olarak hukuk sistemimize girmiştir²⁶. SerPK uygulamasında HaAO, hisse senetleri halka arz edilmiş olan

²³ Orhan Nuri Çevik, Sermaye Piyasası Mevzuatı, Ankara: Yetkin Yayınları, 1999, s. 45.

²⁴ Demirkan, s. 236. Nitekim Sermaye Piyasası Kurulu ile Çukurova Elektrik AŞ. (ÇEAŞ) arasında çıkan uyuşmazlıkta Kurul; bir ailenin denetiminde olan HaAO niteliğindeki ÇEAŞ’a ait likit varlıklarla, aynı aileye ait ortakları az sayıda sınırlı olan aile anonim şirketlerine iştirak edildiğini, ayrıca ÇEAŞ’ın bu varlıkların aile bankalarında düşük verimle çalıştırıldığını iddia ederek, ÇEAŞ’da bu işlemler nedeniyle karlılık oranının düşürüldüğü, geniş halk kesimlerini ilgilendiren bu eksiltmenin, aile şirketlerinin az sayıdaki ortağına gelir olarak aktarıldığı gerekçesiyle hem idari önlemlere hem de hukuk yollarına başvurmuştur. İMKB Haftalık Bülten, 6 Ekim 1995, No: 39, s. 28.

²⁵ Moroğlu, s. 20.

²⁶ Ünal, HaAO’lar, s. 34. SerPK’nun mülga 11. maddesinde iki türlü ortaklıktan bahsedilmekteydi; “menkul kıymetleri halka arz olunan anonim ortaklıklar” ve “hisse senetleri halka arz olunan anonim ortaklıklar”. III. Bölümün başlığı ise “Menkul Kıymetleri Halka Arz Olunan Anonim Ortaklıklar” şeklindeydi. 3794 sayılı Kanun ile bu ayırım kaldırılmış ve III. Bölümün başlığı “İhraççılara ve Halka Açık Anonim Ortaklıklara İlişkin Hükümler” olarak değiştirilmiştir. 3794 sayılı Kanuna ilişkin TBMM’ne sunulan Başbakanlık Gerekeçe’sinde şu ifadeler yer verilmiştir: “Hisse senetlerini halka arz eden anonim ortaklıklar, sermaye piyasasının temel unsuru olmaları itibarıyla “halka açık anonim ortak-

veya halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklardır (SerPK. m. 3, g). Kanun iki tip HaAO öngörmektedir; hisse senetleri halka arzedilmiş olan ya da hisse senetleri halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklar. Hisse senedi dışında, örneğin tahvil veya finansman bonusu ihraç eden bir anonim ortaklık HaAO olmaz, ancak ihraç ettiği bu menkul kıymetler nedeniyle SerPK kapsamındadır (SerPK. m. 3, c). HaAO'lar çok sayıda ortağı olan anonim ortaklıklardır²⁷. Pay sahibi sayısı 250'yi aşan anonim ortaklıkların hisse senetleri halka arz olunmuş sayılır ve bu ortaklıklar, halka açık anonim ortaklık hükümlerine tabi olurlar (SerPK. m. 11, f. 1)²⁸. Ortak sayısı; ortak kayıt defteri, genel kurula katılanlar cetveli, kar payı dağıtımına dair muhasebe kayıt ve belgeleri, kuruluş ve sermaye artırımında başvuran ortaklara ilişkin kayıt ve belgelerden, ortaklığın ortaklarla ilişkilerine ait diğer işlemler sırasında belirlenebilir (Seri: IV, No: 1, m. 5)²⁹. SerPK, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması amacıyla; kamuyu aydınlatma, kar dağıtımı, malvarlığının korunması, oy kullanma gibi konularda HaAO'lar için özel düzenlemeler yapmıştır³⁰. Şu halde, SerPK kapsamında olmakla birlikte diğer ortaklıklar, örneğin, aracı kurumlar³¹, yatırım danışmanlığı³² ve portföy yönetimi³³ yapan şirketler, halka açık olmadıkları takdirde SerPK. m. 15, f. 6 kapsamı içinde yer almayacaklardır³⁴.

lık” kavramı altında tanımlanmış ve bu ortaklıklarla ilgili olarak kamuyu aydınlatma sistemi, temettü dağıtımı, ortaklık malvarlığının korunması ve genel kurullarda vekaleten oy verme gibi konularda özel düzenlemeler yapılmıştır”bkz.: Sermaye Piyasası Mevzuatı, Ankara: SPK Yayını, 1999, 1. Bölüm, s. 87.

²⁷ Hikmet Sami Türk, ““Halk Şirketi” ve “İşçi Şirketi” Kavramları”, AÜHFED, C. XXXVII, S. 1-4, 1980, s. 282.

²⁸ Hisse senetleri halka arzedilmiş sayılan anonim ortaklıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: Oğuz Kürşat Ünal, “Sermaye Piyasası Mevzuatında Hisse Senetleri Halka Arz Edilmiş Sayılan Anonim Ortaklıklar ve SPK Değişiklik Tasarısında Bu Konuda Öngörülen Yenilikler”, Yaklaşım (Haziran 1998), S. 66, s. 53-63.

²⁹ Seri: IV, No: 1 sayılı “Sermaye Piyasası Kanunu’na Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacakları Esaslar” Tebliği. RG. T. 26. 02. 1982, S. 17617.

³⁰ Ayşe Sumer, Türk Sermaye Piyasası Hukuku ve Seçilmiş Mevzuat, İstanbul: Alfa Basım Yayım, 1999, s.40 vd.

³¹ Seri: V, No: 46 Sayılı “Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ” ile düzenlenmiştir, RG. T. 07. 09. 2000, S. 24163.

³² Seri: V, No: 55 Sayılı “Yatırım Danışmanlığı Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Kurumlara İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğ” ile düzenlenmiştir, RG. T. 22. 4. 2002, S. 24734.

³³ Seri: V, No: 29 Sayılı “Portföy Yöneticiliği Faaliyetine ve Bu Faaliyette Bulunacak Portföy Yönetim Şirketlerine İlişkin Esaslar Tebliği” ile düzenlenmiştir, RG. T. 19. 12. 1996, S. 22852.

³⁴ Reha Tanör, Türk Sermaye Piyasası, 2. Cilt, Halka Arz, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2000, s. 209.

B. HaAO ile BİR TEŞEBBÜS YA DA ŞAHIS ARASINDA YÖNETİM, DENETİM VEYA SERMAYE BAKIMINDAN BİR İLİŞKİNİN KURULMUŞ OLMASI

Şahıs ile gerçek kişinin kastedildiği, teşebbüs kelimesinin ise, ticaret ortaklıklarını, kooperatifleri, kamu iktisadi teşebbüslerini, adi ortaklığı, tek kişi işletmesini veya donatma iştiraki gibi kişi birliklerini ifade edecek şekilde geniş kapsamlı olduğu doktrinde ifade edilmiştir³⁵. Bir ailenin yönetiminde bulunan ve HaAO statüsünde olan (X) ortaklığına ait fonların yine aynı aileye ait (Y) bankasında faiz uygulanmaksızın Türk Lirası ya da döviz olarak tutularak (X) ortaklığının gelir elde etmekten yoksun bırakılarak sözkonusu gelirin örtülü biçimde (Y) bankasına aktarılması olayında³⁶ HaAO'lüğün bir teşebbüsle (Y Bankası) ilişkisi sözkonusudur. Keza peynir üreticisi bir HaAO ile ona süt getiren ve ortaklığa ait çok küçük bir payı borsadan satın almış olan bir köylü örneğinde³⁷ HaAO'lüğün bir gerçek kişi ile ilişkisi sözkonusudur. HaAO, teşebbüsün yönetim ve denetimi altında olabileceği veya onun iştiraki durumunda olabileceği gibi, teşebbüs de anonim ortaklığın yönetim ve denetimine tabi veya onun iştiraki sıfatını taşıyabilir³⁸. HaAO'lüğün şahıs ile kurduğu ilişkinin yönü ise teşebbüsdekinin aksine tek yönlüdür; ancak HaAO gerçek kişinin yönetim veya denetimi altında olabilir veya gerçek kişinin ortaklıkta iştiraki bulunabilir. Tersine ilişki mümkün değildir³⁹.

İlişki doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. (A) HaAO'lüğünün iştiraki olan (B)'ye ait bir yeri kiralaması⁴⁰ doğrudan ilişkiye örnek olarak gösterilebilir. Görüldüğü gibi burada sermaye bağlantısı arada bir veya daha fazla gerçek kişi veya teşebbüs olmadan gerçekleşmiştir. (A) HaAO'lüğünün mallarını pazarlayan ve halka açık olmayan bir (C) anonim ortaklığı düşünelim. (A) ile (C) arasında iştirak yoktur. Ancak (A)'nın yönetimindeki ortaklar ile (C)'nin sahipleri aynı kişilerdir. Burada da (A) ile (C) arasındaki pazarlama ilişkisi yönetim bakımından ortaya çıkıyor. Dolaylı ilişkinin mevcudiyeti ise her somut ilişkide kapsamlı bir incelemeyi gerektirebilmektedir. Tekinalp'e göre SerPK, dolaylı ilişkinin

³⁵ Ünal Tekinalp, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları, İstanbul: Es Yayınları, 1982, s. 75.

³⁶ Ömer Teoman, Yaşayan Ticaret Hukuku, C. I: Hukuki Mütalaalar, Kitap 7: 1995-1996, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1997, s. 167.

³⁷ Tanör, Halka Arz, s. 210.

³⁸ Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 75.

³⁹ Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 75.

⁴⁰ Reha Tanör, Türk Sermaye Piyasası, 1. Cilt, Taraflar, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1999, s. 131.

sağlanmasında etken olan aradaki kişi veya teşebbüslerin sayısında açık bir sınırlama getirmemiş bunu “yönetim ve denetim” in sağlanabildiği noktaya kadar uzatmıştır⁴¹. “Yönetim ve denetim”de önemli olan bunun mevcudiyeti olup, sermaye iştiraki şart olmadığı gibi eğer bir sermaye iştiraki sözkonusu ise bunun da çoğunluğu gerçekleştirecek oranda olması gerekmez⁴².

C. HaAO’LİĞİN İLİŞKİLİ OLDUĞU ŞAHIS VEYA TEŞEBBÜSLE EMSALLERİNE GÖRE BARİZ ŞEKİLDE FARKLI FİYAT, ÜCRET VE BEDEL UYGULAMAK GİBİ İŞLEMLER YAPMASI

Burada önemli olan şahıs veya teşebbüsle kurulan ilişkide fiyat, ücret, bedel ve benzeri konularda olağan ölçülerin dışına taşan bir işlemin yapılmış olmasıdır. İşlemler, hizmet, vekalet, alım-satım, istisna veya ortaklık gibi tipik veya atipik bir sözleşme ilişkisinden kaynaklanabileceği gibi, herhangi bir eylem veya kaçınmadan da doğabilir⁴³. *Aytaç*’a göre buradaki “işlem” kavramının geniş

⁴¹ Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 76; Nitekim, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Kara Ticareti Kürsüsü öğretim üyelerinden Abuzer Kendigelen İle Mehmet Helvacı tarafından Kadıköy 1. Sulh Ceza Mahkemesi Hakimliği’ne sunulan bilirkişi raporunda (Dosya No: 1994/402) da örtülü kazanç aktarımı sorunu doğrudan ve dolaylı ilişki açısından incelenerek şu ifadelere yer verilmiştir: “Örtülü kaynak aktarımının gerçekleştiği iddia olunan iki şirket (G) Kalker ve Yapı Sanayi AŞ. ile (G) Mermer Pazarlama Sanayi ve Ticaret AŞ’dir. Dosyadaki iki şirkete ilişkin belgeler ve özellikle 1989 ve 1990 yıllarına ilişkin genel kurul toplantı tutanakları ve hazırlanmış cetvellerinin incelenmesi sonucu bu iki şirket arasında, ortak yapısı açısından doğrudan bir irtibatın bulunmadığı, zira her iki şirketin de –belirli olan ortaklıklarının tamamen birbirinden farklı olduğu gözlenmektedir. Aynı durum farklı bir yönetim ve denetim kuruluna sahip olmaları açısından şirketin yönetimi ve denetimi açısından da sözkonusudur. Dolayısıyla şirketler arasında SerPK 15/5 uyarınca yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaysız/doğrudan ilişkiden söz etmek mümkün değildir. Ancak 16.05.1991 tarihli tutanak kapsamında (G) Kalker ve Yapı Sanayi AŞ’nin o yıllara ilişkin fason üretimini tamamını (G) Mermer Pazarlama AŞ lehine gerçekleştirmesi, (G) Mermer Pazarlama AŞ’nin en büyük hissedarının (D) İnşaat AŞ olması, (G) Kalker ve Yapı AŞ’nin borçlarının (D) AŞ tarafından karşılanması, bu borcun ödenmesinde kaynak olarak (G) Kalker ve Yapı AŞ’nin yönetim kurulu üyesi F.S.’nin özel malvarlığının kullanılması gibi bir çok fiili olgu, bu üç şirket arasında doğrudan olmasa da, fiili olarak dolaylı yakın bir ilişkinin bulunduğu izlenimini vermektedir. Nitekim bu husus 16.05.1991 tarihli tutanakta açıkça ifade edilmesinin yanı sıra, en azından imza aşamasında (G) Kalker ve Yapı AŞ adına tutanağı imzalayan F.S. tarafından açıkça inkar edilmiş, bilakis bu üç şirketin aynı şirketler grubu arasında yer aldığına ilişkin beyanlarda bulunulmuştur (Tutanak m. 9, 10, 11, özellikle 12). Anılan nedenlerle heyetimizce örtülü kazanç / kaynak aktarımının yapıldığı iddia olunan bu iki şirket arasında SerPK 15/5 uyarınca dolaylı bir irtibatın bulunduğu kanaatine varılmıştır” bkz.: Abuzer Kendigelen, Ticaret Hukuku Kürsüsünde Onbeş Yıl, Hukuki Mütalaalar, C. II, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2001, s. 353 vd.

⁴² Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 76.

⁴³ Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 77.

yorumlanması gerekmektedir⁴⁴. Erimez’de aynı kanaattir. Erimez’e göre; “...Uygulamada karı azaltıcı işlemlerin çoğu, iş nakli veya işin başkalarına bırakılması şeklin de de gerçekleşmektedir. Finansman giderlerinin şirkete yüklenmesi ya da şirket finansman masraflarına katlanırken ilgililere düşük faizle veya faizsiz ödünç para verilmesi de işlem kapsamına girer”⁴⁵. İşlemin Olağan ölçülerin dışına taşması Kanun’da “emsallerine göre bariz şekilde farklı” olması şeklinde ifade edilmiştir. Örneğin, (X) bir HaAO tır ve bu ortaklığın hissedarlarından B, (X)’den satın aldığı malları, piyasa fiyatlarına nazaran %50 daha ucuza almaktadır. Bu durumda, halka açık ortaklık olan (X)’in karı, sermaye bakımından bağlı veya ilişkisi olan B’ye aktarılmaktadır sonucuna varılır. Zira açık bir şekilde (X) HaAO’luğu piyasa fiyatlarından aşağı mal satmaktadır⁴⁶. Görüldüğü gibi, olağan piyasa fiyatlarına nazaran açık bir farklılıkla fiyat uygulanmakta (X) HaAO’luğunun oluşması gereken karı, sermaye bakımından ilişkili bulunan bir şahsa (B)’ye aktarılmaktadır. Buradaki örneğin tam tersi bir durumda sözkonusu olabilir. Şöyle ki, HaAO (X), piyasadan düşük fiyatla alınması mümkün olan bir malı yönetime hakim ortak (B)’den çok yüksek fiyatla satın alırsa şirket karı satın alma bedeli olarak (B)’ye aktarılıyor demektir⁴⁷. Ya da (X) HaAO’luğunun (B)’ye ait bir işyerini çok yüksek fiyatla kiralaması. Bütün bu örneklerde “fiyat”, “ücret” ve “bedel”in emsallerine göre “bariz şekilde farklı” olduğu, olağan piyasa fiyatlarına göre açık bir farklılıkla ücret, fiyat ve bedel uygulanarak halka açık ortaklıkların kazanç ve mal varlıklarının azaltıldığı görülmektedir⁴⁸.

“Emsallerine göre bariz şekilde farklı” olma kıstasının her somut olayda ayrıntılı şekilde ele alınması gerekir. Örneğin, bir mal alım-satım olayında mutlak bir malın maliyetine alınıp satılması, emsaline göre göze çarparak derecede düşük fiyat ve bedel üzerinden alınıp satıldığı anlamına gelmez⁴⁹. Faizlerin ve enflasyonun yüksek olduğu ekonomilerde mallara biçilen fiyatların bariz şekilde farklılık gösterdiği ve fiyat istikrarının sağlanmasının çok zor olduğu gerçeğinden hareketle bir malın emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyatla alınıp – satıl-

⁴⁴ Zühtü Aytaç, “Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kar Dağıtımı”, Sermaye Piyasası Kurulu 15. Yıl Sempozyumu, Ankara, 1998, s. 62.

⁴⁵ Rüştü Erimez, Şirketlerde Kar Dağıtımı Yedek Akçeler ve Vergileme, İstanbul, 1985, s. 172.

⁴⁶ Selami Şengül, Sermaye Piyasası Mevzuatı Açıklama ve Yorumları, Ankara: İmaj Yayınevi, 2002, s. 153.

⁴⁷ Erimez, s. 172.

⁴⁸ Şengül, s. 153.

⁴⁹ D. 3.D, E. 1999/4040, K. 2001/745, bkz.: Veysi Seviğ, “Örtülü Kazanç Dağıtımı”, Yaklaşım (Kasım 2002), S. 119, s. 29, dpn. 6.

dığının tespitinin çok zor olacağı da bir gerçekliktir⁵⁰. Erman'a göre; “bir ücret, fiyat veya bedelin emsaline göre bariz şekilde farklı sayılabilmesi için, ele alınan anonim şirketin gerek ticari veya sınai faaliyeti açısından ve gerek kapasite ve fizibilitesi açısından, nihayet merkez veya şubelerinin yerleşim yerleri açısından uygunluk arzeden ve yine SerPK na tabi olan diğer anonim şirketlerin ödedikleri ücret, fiyat veya bedelden bariz şekilde fahiş olması icap eder. Bundan başka sadece ücret, fiyat veya bedeller arasında bariz farklılığın bulunması da yeterli değildir: bu farkın iktisadi ve mali sebeplerle izah olunamaması da gereklidir”⁵¹. Bu tespit son derece önemlidir. Zira, işlerinde titiz ve basiretli davranan bir HaAO yönetim kurulunun başka bir şehirde oturan güvendiği bir avukat, mali müşavir ya da danışman ile çalışmayı tercih etmesi ve bu kişilere emsallerinin üstünde para ödemesi halinde bu harcamanın “bariz şekilde farklı” sayılması kabul edilemez⁵². Doktrinde, HaAO’lüğün yönetim, denetim veya sermaye bakımından ilişkili bulunduğu teşebbüs veya şahıslara üçüncü kişilere oranla herhangi bir biçimde yarar sağlamasının örtülü kazanç aktarımı sayılabilmesi için bu yararın olağan işletme konusunun kapsamı içinde yer alan iş ve işlemlerle bağlantılı olması gerektiği ileri sürülmüştür⁵³.

⁵⁰ Abdülaziz Bayındır, “Türkiye’de Şirket Yapısı ve Borsacılık”, İslam Açısından Borsa, İstanbul: Ensar Neşriyat, 1994, s. 97.

⁵¹ Sahir Erman, Şirketler Ceza Hukuku, Ticari Ceza Hukuku VII, İstanbul: İÜ Basımevi, 1993, s. 62.

⁵² Erman, s. 62.

⁵³ Teoman, s. 172. Teoman, Sermaye Piyasası Kurulu’nun Kepez Elektrik T.A.Ş. yönetim kurulu üyeleri hakkında SerPK. m. 15, f. 6 hükmünü ihlal ederek İmar Bankası lehine “örtülü kazanç aktarımı” gerçekleştirdikleri iddiasıyla yaptığı suç duyurusuna ilişkin hukuki mütalaasında şu ifadelerle yer vermiştir: “Kanımca bir varsayım olarak Kepez’in İmar’a diğer tüketicilere oranla düşük bedelle elektrik sağlaması durumunda, SerPK. m. 15, f. 5’in ihlal edilmiş olacağından kuşku duyulamaz. Oysa olayda Kurul’un Suç Duyurusu’nda yer alan iddiaya göre, Kepez, İmar ve İmar Off-Shore’a faizsiz ya da düşük faizle mevduat yatırarak bir yarar sağlamıştır. Duyuruda yer alan bu iddiayı kanımca SerPK. m. 15, f. 5’in konuluş amacı ile bağdaştırabilmek kesinlikle olanaksızdır. Kaldı ki, bir işletmenin istisnaen yatırımını gerçekleştirememiş olması nedeni ile elinde kalan fonlarını bir bankada değerlendirmesi teknik ve dar anlamda işletme konusunun ve uğraşının kapsamına girmez, çünkü ister kapalı ister halka açık olsun anonim ortaklıklar ilke olarak pay sahiplerinin getirdikleri sermayeyi mevduata yatırarak, bundan kar sağlamak amacı ile kurulmazlar.”

**D. HaAO'LIĞIN KARININ VE/VEYA MALVARLIĞININ
SÖZKONUSU ÖRTÜLÜ İŞLEMLER NEDENİYLE AZALMASI VE
AZALMA İLE ÖRTÜLÜ İŞLEM ARASINDA NEDENSELLİK
BAĞININ BULUNMASI**

Acaba kar ve/veya malvarlığının azalması, HaAO'lığın yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkide bulunduğu diğer bir şahıs veya teşebbüse emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunmasından mı meydana gelmiştir? Bu soruya vereceğimiz olumlu cevap nedensellik bağının mevcudiyetini gösterecektir. Örtülü kazanç, şirketin o şahıs veya teşebbüsten yüksek bedelle mal satın alması, onlara düşük fiyattan mal ya da hizmet sağlaması, yüksek kira bedeli ödemesi, şirket kadrolarında çalıştırarak emsallerine göre yüksek maaş veya ücret ödemelerinde bulunması gibi durumlardan ortaya çıkabilir⁵⁴. 4487 sayılı Kanun⁵⁵ ile 15. maddede yapılan değişiklik ile bu tür fiiller genel olarak “örtülü işlemler” olarak madde kapsamına ilave edilmiştir. Ayrıca, “yıllık kar” yerine daha genel anlamda “kar”ın azaltılamayacağı hatta bununla da yetinilmeyerek “malvarlığı”nın azaltılamayacağı hükme bağlanmıştır⁵⁶. “Örtülü işlemler”in kapsamının çok geniş olduğundan bahisle hakkında ceza kovuşturması sözkonusu olabilecek bir fiilin kanuni kapsamının ve tanımının tam olarak yapılmamış olması eleştirilmiştir⁵⁷. Kanaatimizce “örtülü işlem” ifadesi yerinde olup bu kadar geniş kapsamlı bir fiilin bir tanıma sığdırılmaya çalışılması olayı dar bir alana indirgemek olacağından bu hususun her somut olayda ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir.

Şimdi bu açıklamalarımızı örnekleme yoluna gidelim. (X) bir HaAO olup bu şirketin yönetiminde söz sahibi olan (Y) ailesinin aynı zamanda tamamı kendisine ait olan (Z) pazarlama şirketinin olduğunu düşünelim. (X) şirketi (Z) ile olan alım-satım muamelelerinde diğer şahıs veya teşebbüslerle gerçekleştirdiği iktisadi işlemlerdeki bedel veya fiyatları (Z) şirketine uygulamıyorsa burada bir örtülü kazanç aktarımı var demektir⁵⁸. (Y) ailesi için bu kazançlı olacaktır zira (X) HaAO'da kazancı diğer yatırımcılarla paylaşırken (Z) şirketinde kazancın

⁵⁴ Halil Seyidoğlu, Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük, Ankara: Güzem Yayınları, 1992, s. 657.

⁵⁵ Bkz.: yukarıda dpn. 14.

⁵⁶ Tanör, Halka Arz, s. 211.

⁵⁷ Ayşe Sumer, “4487 Sayılı Kanunla Değişik Sermaye Piyasası Kanunu'nun Halka Açık Anonim Ortaklıklara Etkileri”, Yaklaşım (Temmuz 2000), S. 91, s. 75.

⁵⁸ Neslihan İçten, “Örtülü Kazanç Dağıtımında Özellik Arzeden Bazı Hususlar”, Yaklaşım (Nisan 2002), S. 112, s. 255 vd.

tamamı kendilerine ait olacaktır. Bu yüzden giderlerin çoğunu (X) şirketine yükleyebilir, maliyetlerinin üzerine koyacakları kar marjını da emsallerine göre çok az tutabilirler. Böylelikle (Z) şirketi malın kendisine intikal eden fiyatı ile piyasa satış fiyatının arasının çok açık olması nedeniyle büyük kazanç elde edecektir⁵⁹. Görüldüğü gibi HaAO'taki diğer pay sahipleri zarara uğratarak sömürülmektedir. Aynı şekilde (Z) şirketinin (X)'e ait çok değerli bir araziye düşük bir fiyatla satın alması (X)'in malvarlığının azalmasına sebep olan bir örtülü işlemdir. Ancak burada çok dikkat edilmesi gereken bir nokta vardır ki oda sözleşme özgürlüğü çerçevesinde istenilen şekilde ve muhtevada yapılabilecek olan böyle bir işlemin SerPK. m. 15, f. 6'ya aykırı bir hale gelebilmesi yukarıda da ifade ettiğimiz gibi "emsallerine göre bariz şekilde farklı" olması şeklinde gerçekleştirilmesidir⁶⁰. Tabii ki bunun örtülü kazanç aktarımı amacına yönelik olduğunun da saptanması gerekmektedir⁶¹.

III. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMININ YAPTIRIMI

A. HUKUKİ YAPTIRIM

HaAO larda örtülü kazanç aktarımını yasaklayan bu hükme aykırılığın hukuki sonucu tazminattır. Dava hem anonim ortaklığın yönetim kurulu üyelerine hem de bu işten yararlanan şahıs veya teşebbüs aleyhine açılır. Davanın konusu yönetim kurulu üyelerinin kusurlu eylemleriyle ortaklığa verdikleri zararın tazminidir. Tazminat anonim şirketin azaltılan karı tutarınca talep edilebilir⁶². Dava şirket tarafından açılabilir gibi ortaklar ya alacaklılar tarafından da açılabilir. Ortaklığın doğrudan doğruya zarar (kar ve/veya malvarlığının azalması) ortaklar ve alacaklılar için dolayısıyla zarar oluşturacaktır⁶³. Sermaye Piyasası Kurulu, SerPK uyarınca yaptığı, izleme, inceleme ve denetlemeler sonucunda; örtülü kazanç aktarımında bulunduğunu tespit ettiği halka açık anonim ortaklıklardan, denetleme sonuçlarının Kurul tarafından belirlenecek şekil ve esaslar dahilinde ortaklara duyurulmasını isteyebilmekte (SerPK. m. 46, d); yapılan işlemlerin iptal edilerek aktarılan karın ilgili şahıs veya teşebbüsten geri alınmasını aksi takdirde durumu kamuoyuna açıklamakta ve Kanun'un 47/A-6 maddesi uyarınca işlem yapılmak üzere Cumhuriyet Savcılığına başvurmuştur⁶⁴.

⁵⁹ Tanör, Halka Arz, s. 210.

⁶⁰ Tanör, Taraflar, s. 132.

⁶¹ Seviğ, s. 29.

⁶² Tekinalp, Sermaye Piyasası, s. 77.

⁶³ Tekinalp (Poroy/Çamoğlu), s. 333; Tekil, s. 223.

⁶⁴ Cemal Küçüksözen, Sermaye Piyasasında Yatırımcının Korunması: Türk Sermaye Piyasasının Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Ankara: SPK Yayını, 1999, s. 117.

B. CEZAI YAPTIRIM

SerPK. m. 47/A-6 hükmüne göre; örtülü kazanç aktarımına neden olan işlemlerde bulunarak bir HaAO lığın karını ve/veya malvarlığını azaltan yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler 2 yıldan 5 yıla kadar hapis ve 10 milyar liradan 25 milyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar. Eğer suçun işlenmesi SerPK. m. 47/A'daki yazılı hallerden bir veya daha fazlasını da ihlal ediyorsa (örneğin; sermaye piyasasında izinsiz olarak faaliyette bulunma ya da sermaye piyasası araçlarının değerini etkileyebilecek yalan, yanlış, yanıltıcı bilgi verme gibi) hapis cezasının asgari haddi 3, azami haddi 6 yıldır. SerPK. m. 48, HaAO'ta, yönetim kurulu üyeleri, denetçiler, müdür ve diğer personelin ortaklığın paraları ve diğer malları ile sermaye piyasası araçları, defter, evrak, dosya, kayıt ve diğer belgeleri üzerinde işledikleri suçların genel hükümlere göre belirlenen cezalarının yarı oranında arttırılacağını hükme bağlamıştır.

Suç kasıtlı bir suçtur. Kazanç aktarımına yönelik kasit unsurunun bulunması gerekir. Ortakları rızası hukuka uygunluk sebebi sayılır mı? *Erman*'a göre, "SerPK 15/6, bir anonim ortaklığın, bir takım masraflar yapmak suretiyle, yıllık karını azaltmasını yasaklamıştır. Bu fiili suç saymakla korunan hukuki menfaat sadece ortakların mali haklarının teminat altına alınması olmayıp, sermaye piyasasının dürüst bir şekilde işlenmesini ve gelişmesini sağlamaktır...bu itibarla SerPK 15/6 ya giren hallerde anonim ortaklığın –yani bu ortaklığı temsil ve ilzam eden bilcümle organların- rızasına itibar edilmemiş, bu rızaya rağmen fahiş masraf yapılması yasaklanmıştır. Bu sebeptendir ki, geçerli olması için gerekli bütün şartları ihtiva etse dahi, ortakların rızası bu fiilde bir hukuka uygunluk sebebi sayılmaz."⁶⁵ Gerçekten, sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışması, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek SerPK'nun konusudur. Tasarruf sahibi güven kazandığı ölçüde tasarruflarını bu piyasaya aktaracağından piyasanın etkin işlenmesini sağlamak büyük önem arz etmekte ve kanaatimizce de ortakların rızasının rol oynamaması gerekmektedir.

SerPK. m. 47/A-6 daki suçun kovuşturulması Kurul tarafından Cumhuriyet Savcılığına yazılı başvuruda bulunulmasına bağlıdır. Kurul, bu konuda gerekli titizliği göstermekte ve suç duyurularında bulunarak müdahil sıfatıyla takip etmektedir⁶⁶. Eğer Cumhuriyet Savcıları, kovuşturmaya mahal olmadığına karar verirlerse, Kurul bu karara karşı CMUK hükümlerine göre itiraz edebili (SerPK. m. 49).

⁶⁵ Erman, s. 63.

⁶⁶ Kurul'un resmi sitesinden suç duyuruları ve diğer hususlar takip edilebilir; bkz.: www.spk.gov.tr

IV. SONUÇ

Halka açık anonim ortaklıklarda ortaklığın yönetim ve denetimini dolaylı ya da dolaysız biçimde elinde bulunduran gerçek /tüzel kişi veya gruplar, ortaklığın kaynaklarını kendi çıkarları doğrultusunda kullanmayı tasarlamış olabilirler. Ortaklığın karını ve/veya malvarlığını, emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak suretiyle kendi aile, grup şirketlerine aktarabilirler. Giderleri ve gelirleri kar payına daha yüksek oranda katıldıkları şirketlerde kendi menfaatlerine göre ayarlayabilirler⁶⁷. İşte SerPK, HaAO'luğun idaresi ile ilgilenmeyen, temel amacı kar payı elde ederek gelir sağlamak olan ve sermaye piyasasının olmazsa olmaz unsuru olan "yatırımcı"yı korumak, zarara uğramasını önlemek için örtülü kazanç aktarımını yasaklamıştır. Vergi kaybının önlenmesi açısından da önem taşıyan⁶⁸ SerPK. m. 15, f. 6 nın etkin bir biçimde uygulanması Sermaye Piyasası Kurulunun etkin denetim ve düzenlemeleri ile gerçekleşecektir.

⁶⁷ Tanör, Halka Arz, s. 208.

⁶⁸ Tanör, Taraflar, s. 132.