

ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞI

Hazırlayan: M. Tolunay Akay

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR CETVELİ.....	II
GİRİŞ.....	3
I. GENEL OLARAK SERMAYE PİYASALARI	4
A. SERMAYE PİYASASI HUKUKU VE DÜZENLENME NEDENİ	4
B. GENEL OLARAK SERMAYE PİYASASI SUÇLARI	4
II. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞI.....	5
A. GENEL OLARAK.....	5
B. SERMAYE PİYASASI KANUNUNDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞI	6
C. 6324 SAYILI KANUNUNDA YER ALAN YENİLİKLER VE 2499 SAYILI KANUN'UN MUKAYESESİ.....	7
a. Süje Bakımından Kapsamın Genişletilmesi	7
b. Eylemsiz Kalmanın da Suç Kapsamına Alınması	7
c. Belge ve Defterlerin Saklanması	8
d. SPK m. 21/4 ve TTK m. 202 Arasındaki İlişki	9
III. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞI SUÇU	10
A. GENEL OLARAK.....	10
B. SUÇ TİPİNE GENEL BAKIŞ.....	10
a. Suçun Unsurları	11
b. SerPK m. 110/1-b & c Bentlerinin Aynı Olması.....	11
SONUÇ.....	12
KAYNAKÇA	13

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ana Bilim Dalı
Bknz.	: Bakınız
C.	: Cilt
D.E.Ü.	: Dokuz Eylül Üniversitesi
eSerPK	: 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu
RG	: Resmî Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SerPK	: 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu
SPK	: Sermaye Piyasası Kurulu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu

GİRİŞ

Piyasa standartlarında gerçekleştirilen işlemler, piyasa işlemi olarak ifade edilmektedir. İstekli bir alıcının ve istekli bir satıcının herhangi bir etki altında kalmadan gerçekleştirdikleri bu işlemler, iktisadi hayatın son derece olağan bir parçasını oluşturur. Bazı durumlarda ise piyasada gerçekleştirilen bu işlemler, ticari hayatın olağan akışının dışına çıkarak inceleme altına alınabilirler. İşte bu makalenin konusunu da sermaye piyasasının düzenini bozan işlemlerden birisi olan ve kanun koyucunun Sermaye Piyasası Kanunu¹ m. 21’de düzenleme altına aldığı “örtülü kazanç aktarımı yasağı” oluşturmaktadır.

Örtülü kazanç aktarımı yasağı ve bu yasağın ihlal edilmesinin ardından ortaya çıkan suç, ekonomik suçlardan birisidir. Sermaye piyasasında işlem gören anonim şirketlerde, ortaklığın yönetimini elinde bulduran kişinin (kişilerin) bu yetkisini kötüye kullanarak, suiistimale açık olan şirketin zarara uğraması mümkündür. Kanun koyucu da yönetimi elinde bulundurmeyen, azlık durumundaki yatırımcının zarar görmesini engellemeyi amaçladığından örtülü kazanç aktarımını yasaklamıştır.

SerPK m. 21’de yer alan hükme göre halka açık anonim ortaklıklarla kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim ya da sermaye bakımından doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişilerle, 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 karlarını veya malvarlıklarını azaltarak ya da karlarının veya mal varlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır².

Çalışmamız kapsamında ilk olarak SerPK ve mülga Sermaye Piyasası Kanunu’nun³ örtülü kazanç aktarımı yasağına ilişkin düzenlemelerini mukayeseli olarak ele alacak, ardından SerPK’da örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlal edilmesinin ardından uygulanacak cezai yaptırımlara değinecek ve nihayetinde çalışmamızı tamamlayacağız.

¹ RG, T. 30.12.2012, S. 28513.

² MEMİŞ, T. / TURAN G., Sermaye Piyasası Hukuku, 5. Baskı, Kasım 2020, Ankara, s. 137.

³ RG, T. 30.07.1981, S. 17416.

I. GENEL OLARAK SERMAYE PİYASALARI

A. Sermaye Piyasası Hukuku ve Düzenlenme Nedeni

Ülkelerin ekonomik kalkınma politikaları arasında kullanabilecekleri çeşitli yöntemler bulunmaktadır. Sektörel bazda vergilerin düşürülmesi ve bu sayede ilgili sektöre girişte teşvik yaratılması, faizlerin düşürülmesiyle beraber piyasalardaki işlem hacminin artırılması, taşınmaz vergilerinin düşürülmesi konut satışlarında hareketlilik sağlanması gibi durumlar buna örnek olarak gösterilebilir.

Tasarrufların taşınır kıymetlere yönlendirilerek iktisadi kalkınmaya yeni kaynaklar sağlamak da⁴ yukarıda belirttiğimiz örneklerden birisidir. Bu yöntemin tercih edilmesi durumunda sermaye piyasa hukuku devreye girecek ve yatırım amacıyla çıkartılması planlanan kıymetli evrakların (menkul değer) Sermaye Piyasası Kurulu tarafından denetime tabi tutulması söz konusu olacaktır.

SerPK'nın amaç başlıklı birinci maddesinde, 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 gerektiğinden bahsedilmiştir. Buna paralel olarak da sermaye piyasası işlemlerinin tamamı mevzuat ile denetim altına alınmış, hukuki ve idari yaptırımların yanı sıra piyasanın korunması amacıyla cezai yaptırımlar da ön görülmüştür.

Sermaye piyasaları, temel prensiplerini muhafaza etmesine karşın günün koşullarına göre sürekli değişiklik gösteren dinamik bir yapıya sahiptir. Bu nedenle bazı dönemlerde idari yaptırım bağlanan eylemlerin kimi zaman cezai yaptırıma bağlandığını ya da cezai yaptırıma bağlanan eylemlerin kimi dönemlerde idari yaptırımlara bağlandığı görülmektedir.

B. Genel Olarak Sermaye Piyasası Suçları

Sermaye piyasası suçlarının, Anayasa'da⁵ devletin piyasanın düzenli ve sağlıklı işlemesi hakkında gerekli tedbirleri alacağı belirtilmesi neticesinde anayasal nitelikte bir düzenleme

⁴ BAŞTÜRK, İ., "Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağına Aykırılık Suçu", D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turmuş Tezcan'a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 863.

⁵ Anayasa m. 167 "Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiili veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

Dış ticaretin ülke ekonomisinin yararına olmak üzere düzenlenmesi amacıyla ithalat, ihracat ve diğer dış ticaret işlemleri üzerine vergi ve benzeri yükümlülükler dışında ek mali yükümlülükler koymaya ve bunları kaldırmaya kanunla Bakanlar Kuruluna yetki verilebilir."

olduğu söylenebilir. Zaten ekonomik alanın bir bütün olması, sermaye piyasası suçlarında korunan hukuksal değerin kamusal olmasının sebebidir⁶.

II. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞI

A. Genel Olarak

Örtülü kazanç aktarımı yasağı ve bu yasağın ihlali durumunda uygulanacak yaptırımların SerPK'da düzenlenmesi, küçük yatırımcıların sermaye piyasasında güven içerisinde işlem yapmaları için bir teminat oluşturmaktadır⁷.

Değişen ve gelişen; git gide sınırların kaldırıldığı bir dünyada yatırımcıların yalnızca kendi ülkelerinde bulunan şirketlere ya da fonlara yatırım yapması son derece basit bir yatırım şekli olarak kalmıştır. Gerçekten de bakıldığında yatırımcıların özellikle çok uluslu şirketlere yatırım yapmayı tercih ettikleri, farklı ülkelerin borsalarında işlem gören şirketlere yatırım yaptıkları görülmektedir. Yatırımcıların bu yönelimi sadece ülkemizde değil, tüm dünyada sermaye piyasalarının ve buna bağlı olarak da mevzuatın önem kazanmasına neden olmuştur. Örneğin A ülkesinin vatandaşı olan ve burada ikamet eden birisinin, B ülkesi piyasalarında işlem gören bir şirkete yatırım yapması mümkündür. Yatırımcı, yatırım yapacağı hedef ülkeyi seçmeden önce ise hedef ülkenin piyasalarının hukuka uygun, diğer bir ifadeyle özgür ve bağımsız olarak faaliyet gösterdiğinden emin olmak ister. İşte böyle bir durumda da otorite tarafından piyasaların güvenliğinin ve denetiminin sağlanması hayati önem arz etmektedir. Devletin düzenli olarak denetlediği, belirli kurallar ve uyulması gereken sıkı kurallar koyduğu, bağımsız otoriteler tarafından kontrol edilen ve manipülasyona ya da diğer olumsuz etkileyen faktörlere karşı müeyyidenin bulunduğu piyasalar yatırımcının kendini güvende hissetmesine olanak sağlar.

Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ve buna bağlı olarak da gerçekleşen örtülü kazanç aktarımı suçu da yukarıda değindiğimiz üzere sermaye piyasasına duyulan güvenin korunması amacıyla yapılan bir düzenlemedir.

⁶ SADAK, M., Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Legal Yayıncılık, Kasım 2016, s. III.

⁷ SADAK, s. 33.

B. Sermaye Piyasası Kanununda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı

Örtülü kazanç aktarımı yasağı SerPK m. 21’de düzenlenmiştir:

“(1) 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.

(2) 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.

(3) 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.

(4) 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.”

Yukarıda yer alan maddeyi incelemeden önce konunun kavranabilmesi ve değişikliklerin anlaşılabilmesi açısından eSerPK m. 15/son hükmünü de paylaşmayı uygun görüyoruz:

“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 malvarlığını azaltmaz.”

Görüldüğü üzere kanun koyucu, yeni kanunla beraber çok daha detaylı düzenlemeler yapmış ve örtülü kazanç aktarımı yasağının uygulama alanını genişletmiştir. Eski ve yeni kanun maddelerini paylaştıktan sonra bu hükümleri ayrı ayrı değerlendirerek mukayese etmeyi isabetli görüyoruz.

C. 6324 sayılı Kanununda Yer Alan Yenilikler ve 2499 sayılı Kanun’un Mukayesesi

a. Süje Bakımından Kapsamın Genişletilmesi

Görüldüğü üzere eSerPK’da örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali yalnızca halka açık anonim ortaklıklar tarafından gerçekleştirilebilirken yeni Kanun’da bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları da sisteme dahil edilmiştir⁸. Kanun koyucunun yaptığı bu düzenlemenin, suçtan zarar görenin her zaman anonim ortaklık olmaması nedeniyle eSerPK m. 15/son’a göre daha genişletilmiş bir düzenleme olduğu söylenebilir. Bu yenilik karşısında örtülü kazanç aktarımı yasağından zarar görenlere halka kapalı dahi olsalar halka açık anonim ortaklıkların bağlı ortaklık ve iştirakleri de dahil edilecektir. Yapılan bu düzenleme, halka açık anonim ortaklığın uğradığı zarar karşısında, zarara uğratan işletmenin iştirak ya da bağlı ortaklık olduğu durumlarda tespit edilen eylemlerin suç kapsamına girip girmeyeceği konusunda ortaya çıkan tartışmaları da sona erdirmiştir⁹.

b. Eylemsiz Kalmanın da Suç Kapsamına Alınması

6362 sayılı Kanun’un örtülü kazanç aktarımı yasağı hususunda eSerPK’ya göre çok daha genişletilmiş ve detay içeren bir düzenleme yaptığına yukarıda değinmiştik. Bu genişletmelerden bir diğeri ise suçun gerçekleşmesi için mutlaka aktif bir eylemin bulunmasının gerekmediği, diğer bir ifadeyle eylemsiz kalarak da (pasif) bu suçun işlenmesinin mümkün olduğudur.

⁸ KAYA, A., “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı”, Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi (Tebliğler ve Tartışma), 1. Baskı, İstanbul, Temmuz 2019. s. 153.

⁹ MEMİŞ / TURAN, s. 224.

SerPK m. 21/2 hükmüncüce “*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.*”

Burada üzerinde durulması gereken husus, kanun koyucunun örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali durumunda uygulayacağı müeyyidenin aktif ya da pasif kalarak gerçekleştirilmesi durumunda farklı sonuçlara bağlanmasıdır. Başka bir ifadeyle, örtülü kazanç aktarımının pasif (eylemsiz) kalarak gerçekleşmesi durumunda bu kabahat kabul edilerek idari para cezası yaptırımını uygulanacak; aktif bir hareketle ihlalin gerçekleşmesi durumunda ise bu suç kabul edilerek hapis ve adli para cezası uygulanacaktır.

c. Belge ve Defterlerin Saklanması

SerPK m. 21/3’te yer alan düzenlemeye göre “*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.*” Bu hükümde dikkat edilmesi gereken ve öne çıkan husus kanun koyucunun SerPK’da bu şekilde bir hükme yer vermesidir. Diğer bir ifadeyle kanun koyucu “her türlü ilişkili taraf” işlemi yasaklamamış, belirli koşullar altında ilişkili taraflarla işlem yapılmasına izin vermiş ve bu işlemlere ilişkin bilgi ve belgeleri en az sekiz sene süreyle saklamayı zorunlu tutmuştur.

Kanun koyucunun ilişkili taraf işlemlerine izin vermesi, yapılan işlemin piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olmasına bağlıdır. Örneğin piyasa standartlarında bir birime mal edilen mal (ya da hizmet) ilişkili tarafla da benzer bir bedele yapılırsa bu durumda örtülü kazanç aktarımı yasağı ihlal edilmez meğeri bu işlemin yapılmasına gerçekten ihtiyaç olsun¹⁰.

¹⁰ Örneğin ilgili işlemin yapılmasına hiç gerek yoksa bu durumda her ne kadar piyasa rayiç değeri üzerinden işlem yapılmış olsa da örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali gündeme gelebilecektir.

d. SPK m. 21/4 ve TTK m. 202 Arasındaki İlişki

Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlalinin tespit edilmesinin ardından SPK m. 21/4 gereğince halka açık ortaklıktan aktarılan kazancın, ortaklığa iade edilmesine ilişkin bir sistematik düzenlenmektedir. Bu düzenlemeye göre halka açık anonim ortaklık örtülü kazanç aktarımı yapılan taraftan bu kazancın iadesini isteyebilecek, kendisine örtülü kazanç aktarımı yapılan tarafsa bu talebi kabul ederek kazancın iadesini sağlayacaktır¹¹.

Türk Ticaret Kanunu¹² m. 202’de ise şirketler topluluğuna ilişkin bir düzenleme yapılmış olup bu düzenlemeye göre hâkim şirketin, hakimiyetini kötüye kullanıp bağlı ortaklığı zarara uğratması durumunda bağlı şirket ve ortaklarına denkleştirme ve tazminat hakkı vermesinin gerekliliğine ilişkin bir düzenleme yapmaktadır. TTK m. 202’de yer alan bu düzenleme özel hukuk bağlamında bir talep hakkı sunmakta olup, cezai ya da idari bir yaptırıma ilişkin değildir¹³. Anılan hükme göre hâkim şirketin, bağlı şirketi kayba uğratması ve bu kaybı denkleştirmediği durumlarda, bağlı şirketin her pay sahibi TTK m. 202/1-b uyarınca şirketin zararlarının tazminini isteyebilecektir.

TTK m. 202 ve SPK m. 21/4 arasındaki ilişki incelenirken üzerinde durulması gereken bir diğer önemli husus ise düzenlemelerin kapsam alanı ve öncelikle uygulanması gereken hüküm hususundadır. TTK m. 202/1-a hükmü, hakimiyetin hukuka aykırı olarak kullanılmayacağına ilişkin bir düzenlemedir. Bu düzenlemede her ne kadar “örtülü kazanç aktarımı”ndan bahsedilmiyor olsa da örtülü kazancı da içeren bir düzenleme olduğu kabul edilmelidir¹⁴. Peki bu durumda öncelikle uygulanması gereken hüküm hangisidir? Öğretide bu konuda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre¹⁵ SerPK m. 21 özel bir düzenleme olduğundan ve kendi içerisinde bir yasak sistemi öngördüğünden ve cezai sonuçlar da söz konusu olduğundan TTK m. 202’ye göre öncelikle uygulanacaktır. Bir diğer görüşe¹⁶ göreyse, TTK m. 330’da yer alan hüküm gereğince özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında kalan düzenlemeler haricinde TTK’nın uygulanacağı belirtildiğinden ve SerPK m. 21’de özel bir hüküm olduğundan SerPK m. 21 öncelikle uygulanacaktır. Öğretide yer alan bir başka görüşe¹⁷ göre ise TTK m. 202 düzenlemesi tüm ticaret şirketlerini kapsadığından daha geniş bir uygulama alanına sahip olacak ancak SerPK m. 21/4 hükmü ise sadece hâkim-bağlı

¹¹ MEMİŞ / TURAN, s. 226.

¹² RG, T. 14.02.2011, S. 27846.

¹³ MEMİŞ / TURAN, s. 226.

¹⁴ KAYA, s. 161.

¹⁵ Ayrıca bkz. KAYA.

¹⁶ Ayrıca bkz. OKUTAN-NILSSON.

¹⁷ Ayrıca bkz. MEMİŞ.

şirket ilişkisini değil, tüm ilişkili taraf işlemlerini içerdiğinden bu yönüyle uygulama alanı TTK m. 202'ye göre daha geniş olacaktır. Ayrıca SerPK m. 21/4'te yer alan idari prosedür, bağlı şirketin ve ortaklarının TTK m. 202'de yer alan haklarını kullanmasına engel teşkil etmeyecektir. Bu nedenle de SerPK m. 21/4 ve TTK m. 202 arasında bir uygulama önceliği bulunmayacaktır. Bir diğer ifadeyle bu görüşe göre TTK m. 202 ve SerPK m. 21/4 arasında özel hüküm-genel hüküm ilişkisi bulunmamakta ve hakların yarışması gibi bir durum söz konusu olmamaktadır.

III. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞI SUÇU

A. Genel Olarak

Örtülü kazanç aktarımının yaptırımını SerPK m. 24/1'de belirtilmiştir. Buna göre halka açık ortaklıklar kurulca belirlenecek süre içerisinde kendilerine kazanç aktarımı yapan taraflardan aktarılan kazancın yasal faiz ile geri verilmesini, denetleme sonuçlarının ortaklara duyurulmasını istemeye ve belirlenen tutarın iadesi için dava açmaya yetkilidir (SerPK m.94). Kurul idari yaptırım (SerPK m. 103/6 para cezası) ya da cezai yaptırım (SerPK m. 110/1b – c) uygulayabilir. Çalışmamızın bu bölümünde örtülü kazanç aktarımı yasağının aktif bir hareketle ihlal edilmesi neticesinde oluşan suç ele alacağız.

B. Suç Tipine Genel Bakış

Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlalinin ardından ortaya çıkan suç “Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik” yan başlığı altında SerPK m. 110/1-b & c hükümlerinde düzenlenmiştir:

“b) 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 (...)”¹⁸ örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak

c) 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 gibi¹⁹ işlemlerde

¹⁸Anayasa Mahkemesi tarafından bentte yer alan “gibi” ibaresi Anayasa Mahkemesinin 14.11.2013 tarihli ve E. 2013/24, K. 2013/133 sayılı kararı ile iptal edilmiştir.

¹⁹Bir önceki (18) dipnotta belirttiğimiz ve iptal edilen “gibi” ibaresi, bu bentte korunmuştur. Kanun yapma tekniği açısından son derece problemlili olan bu ibarenin b bendinde iptal edilip, c bendinde

bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek”

Görüldüğü üzere SerPK’da, yukarıda belirtilen eylemlerin gerçekleşmesi halinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu²⁰ m. 155’te düzenlenen “güveni kötüye kullanma” suçunun oluşacağı hüküm altına alınmış, ancak TCK m.155’ten kurulacak olan hükmün suçun nitelikli halini düzenleyen ikinci fıkraca kurulacağı ve her halükârda verilecek cezanın üç yıldan az olamayacağı belirtilmiştir (SerPK m. 110/1).

a. Suçun Unsurları

SerPK m. 110/1-b & c hükümleri incelendiğinde (iki hükmün ilk bakışta çok benzer görülmesi üzerinde birazdan durulacaktır.) kanun koyucunun suçun gerçekleşmesi için üç unsur aradığı görülmektedir. Bunlar zarar, taraf ve nitelik olmak üzere üç şekilde tasnif edilmektedir. Zarar unsuru, halka açık ortaklığın uğraması gereken zararı; taraf unsuru ilişki içerisinde bulunan gerçek ya da tüzel kişiyi; nitelik unsuru ise işlem ya da hizmet bedelinin piyasa rayicinin dışında farklı bir ücret ya da bedel içermesini ifade etmektedir.

b. SerPK m. 110/1-b & c Bentlerinin Aynı Olması

Görüldüğü üzere SerPK m. 110/1-b ve 110/1-c bentleri arasında bir farklılık bulunmamaktadır. Daha doğru bir ifadeyle SerPK m.110/1-c, 110/1-b’yi de kapsayacak şekilde, daha detaylı olarak düzenlenmiştir. Bu durumda m. 110/1-b’nin kanunda yer almasının kanun yapma tekniği açısından tartışılması gündeme gelebilecektir. Esasında SerPK m. 110/1-b, eSerPK m. 15’in aynı şekilde Kanun’a aktarılmasıdır. Kanun koyucunun eSerPK’da yer alan hükmü yeni Kanun’a aynen aktarmasının nedeni ise eski Kanun’un yürürlük zamanında örtülü kazanç aktarımı sayılan fiiller ve buna bağlı olarak yürütülen ceza tatbikatı ve birtakım işlerin düşmesinin engellenmesidir²¹.

korunmasının pratikte nasıl bir fayda sağladığı ciddi bir tartışma konusudur. Konu hakkında ayrıca bkz. **SADAK**, s. 93.

²⁰ RG, T. 12.10.2004, S. 25611

²¹ **KAYA**, s. 160.

SONUÇ

SerPK m. 21’de düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağı ve buna paralel olarak Kanun’un 110/1-b & c maddesinde yer alan örtülü kazanç aktarımı suçu, sermaye piyasasına olan güveni sağlamak ve devletin anayasal sorumluluklarından birisi olan piyasaların sağlıklı ve düzenli işleyişinin bir sonucu olan ekonomik bir düzenlemedir.

eSerPK’da da yer alan örtülü kazanç aktarımının, yeni Kanun’da kapsamının genişletildiği ve uygulama alanının büyük ölçüde arttığı görülmektedir. Örtülü kazanç aktarımına ilişkin yapılan düzenlemeler beraberinde çeşitli tartışmaları da gündeme getirmiştir. Özellikle atıfla suç ve ceza düzenlenemeyeceği ve bunun kanun yapma tekniği bakımından son derece hatalı bulunması, mülga Kanun’dan alınan ibarelerin yeni Kanun’da da aynen korunması, yasağın ve suçun düzenlendiği maddelerin içerdiği ifadelerle Kanun’un tam olarak lafzını yansıtmaması gibi hususlar hala tartışılmaktadır.

Ayrıca yine TTK m. 202/1-a’da yer alan denkleştirme hususunun kapsamı itibariyle tüm ticari şirketlere uygulanabiliyor olması; SerPK m. 21’in ise yalnızca halka açık anonim ortaklıklar ve bunların iştiraklerine karşı uygulanabiliyorken yalnızca hâkim şirket üzerinde hakimiyetin kötüye kullanılması değil, ilişkili tüm taraflar için uygulanabiliyor olması TTK m. 202 ve SerPK m. 21 arasında bir öncelik probleminin tartışılmasına yol açmıştır. Buradaki öncelik ve sonralık ilişkisinin pratik hukuktaki önemi ise TTK m. 202’de denkleştirmenin faaliyet yılı içerisinde gerçekleştirilmesi durumunda hukuka uygunluk nedeni oluşurken, SerPK m. 21 için bu şekilde bir imkân bulunmaması, en iyi ihtimalle etkin pişmanlık müessesesinden yararlanılmasının söz konusu olmasıdır.

Netice itibariyle ekonomik suçlardan birisi olan örtülü kazanç aktarımı suçu, ekonomiye olan güvenin korunması ve iktisadi istikrarın elde edilebilmesi için gerekli olan düzenin sağlanması açısından kanun koyucu tarafından son derece önemli görülmüş, güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hali olarak bir yaptırım uygulanarak caydırıcılığı arttırılmaya çalışılmıştır.

KAYNAKÇA

BAŞTÜRK, İ: “Türk Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağına Aykırılık Suçu”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Turmuş Tezcan’a Armağan, C. 21, Özel S., 2019, s. 861-912.

EVİK, A. H: “Sermaye Piyasası Kanununda Düzenlenen Güveni Kötüye Kullanma ve Sahtecilik Suçları II”, Ceza Hukuku Dergisi, C. 15, S. 42, Nisan 2020, s. 43-84.

HELVACI, M. / UZEL, N. / SÖNMEZ, N. / ÖZSOY, A.: Türk Ticaret Kanunu Ekseninde Sermaye Piyasası Hukuku Toplantı Serisi, İstanbul 2019.

MEMİŞ, T. / TURAN, G.: Sermaye Piyasası Hukuku, Güncellenmiş 5. Baskı, Ankara 2020.

MERAL, S. E.: “Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu”, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Kamu Hukuku ABD, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eylül 2020.

SADAK, M.: Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Kasım 2016.