**MEVZUU :** Dava konusu SPK kararında, **“Halka açık Koza Grubu şirketlerinin ve bağlı ortaklarının 01.01.2009-30.09.2015 tarihleri arasında yaptıkları BAĞIŞLAR ile ilgili olarak”** ileri sürülen iddialara karşı, mevzuat hükümleri çerçevesinde verilen beyanlarımızın arzından ibarettir.

**AÇIKLAMALAR :**

Davalı Kurul’un 04.03.2016 günlü kararıyla, şirket yöneticileri müvekkillerimizin:

***“Halka açık Koza Grubu şirketlerinin ve bağlı ortaklarının 01.01.2009-30.09.2015 tarihleri arasında yaptıkları BAĞIŞLAR ile ilgili olarak***”

Sermaye Piyasası Kanunu’na ve ilgili tebliğlere muhalefet ettikleri ve şirketleri zarara uğrattıkları iddia edilerek, yapılan **BAĞIŞLAR** yönünden 170.537.246 TL’nin şirketlere iadesi gerektiğine karar verilmiştir.

Dava konusu idari işlem, SPK Denetleme Raporu’nda yer verilen tespitlerle açıkça çeliştiği gibi SPKn’na, tebliğlerine, SPK’nın “bağışlar” konusunda uyguladığı istikrar kazanan yerleşik uygulamalarına açıkça aykırıdır. Şöyle ki;

**1) SPK Kararına Esas Teşkil Eden SPK Denetleme Raporu’nda BAĞIŞLARLA İLGİLİ DEĞERLENDİRME:**

Yönetim kurulunun şirket adına **bağış yapma yetkisini düzenleyen ilk kanuni düzenleme,**  **30.12.2012 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe giren** yeni 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu **19/5** hükmü ile getirilmiştir. Buna göre: “*Halka açık ortaklıklar tarafından bağış yapılabilmesi veya pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılabilmesi için* ***esas sözleşmede hüküm bulunması*** *şarttır. Yapılacak bağışın sınırı halka açık ortaklık* ***genel kurulunca*** *belirlenir. Kurul, bağış tutarına üst sınır getirmeye yetkilidir. Ortaklıkların ilgili mali yıl içinde yapmış olduğu bağışlar, dağıtılabilir kâr matrahına eklenir*”.

**Yeni Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra,** 28891 sayı ve 23 Ocak 2014 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan ***Kâr Payı Tebliği*** yayınlanmıştır. Kâr Payı Tebliği’nin (II-19.1)’nin 6. maddesinde de “*Ortaklıklar tarafından bağış yapılabilmesi için esas sözleşmede hüküm bulunması şarttır.* ***Yapılacak bağışın sınırı, esas sözleşmede belirtilmeyen durumlarda genel kurulca belirlenir****. Kurul, bağış tutarına üst sınır getirmeye yetkilidir. Ortaklıkların ilgili hesap dönemi içinde yapmış olduğu bağışlar dağıtılabilir kâr matrahına eklenir”* şeklinde düzenleme öngörülmüştür.

Her ne kadar; **13/11/2001** tarihli ve 24582 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Sermaye Piyasası Kanununa Tâbi Olan Halka Açık Anonim Ortaklıkların Temettü ve Temettü Avansı Dağıtımında Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğ **(Seri: IV, No: 27)** m. 7’de,

“*Yönetim kurulu üyeleri ile memur, müstahdem ve işçilere, katılma, kurucu ve adi intifa senedi sahiplerine, çeşitli amaçlarla kurulmuş olan vakıflara ve bu gibi kişi ve/veya kurumlara kâr payı dağıtılabilmesi ve çeşitli amaçlarla kurulmuş olan vakıflara ve bu gibi kişi ve/veya kurumlara bağışta bulunulabilmesi için ortaklık esas sözleşmesinde hüküm bulunması gerekir*”

hükmünü içermekte idi ise de**, söz konusu tebliğ, yürürlükte bulunduğu dönemde kanuni yetki düzenine aykırılık teşkil etmekteydi.**

**Zira** yürürlükten kalkan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunun da bağış yapılması için esas sözleşmede hüküm bulunması gerekir şeklinde bir zorunluluk bulunmamaktaydı. ***Organların yetkisine ilişkin düzenlemelerin kanunla belirlenmesi gerekir***. Bağış yapılması konusunda esas sözleşmede hüküm bulunması gerekir şeklinde, yönetim kurulu üyelerinin ***bağış yapma yetkisini sınırlandıran bir düzenleme*** ne eski Sermaye Piyasası Kanunu ne de Eski Türk Ticaret Kanununda mevcuttur. **KANUNDA AÇIKÇA DÜZENLENMEYEN BİR HÜKMÜN, TEBLİĞ İLE DÜZENLENMESİ; TEBLİĞ İLE YÜKÜMLÜLÜK GETİRİLMESİ, TEBLİĞİN O HÜKÜMLERİNİ KANUNA AYKIRI KILAR VE GEÇERSİZDİR.** Danıştay’ın bu konuda son derece açık ve yerleşik içtihatları mevcuttur.

Yürürlük tarihleri de dikkate alınarak, halka açık şirketlerde **bağış yapılabilmesine** dair mevzuat hükümlerinin değerlendirmesi neticesinde şu temel hukuki çerçeveyi çizmek gereklidir:

***YÖNETİM KURULUNUN BAĞIŞ YETKİSİNİ SINIRLAYAN İLK KANUNİ DÜZENLEME OLAN, 6362 SAYILI KANUNUN YÜRÜRLÜK TARİHİ 30.12.2012’DAN EVVEL YAPILAN BAĞIŞLAR BAKIMINDAN, BAĞIŞ YAPAN ŞİRKETİN ESAS SÖZLEŞMESİNDE HÜKÜM BULUNMASI GEREKLİ DEĞİLDİ. BU SEBEPLE, 30.12.2012 TARİHİNDEN ÖNCE YAPILAN BAĞIŞLARIN, ESAS SÖZLEŞMEDE HÜKÜM BULUNMADIĞI GEREKÇESİ İLE HUKUKA AYKIRI OLDUĞUNDAN BAHSEDİLMESİ MÜMKÜN DE DEĞİLDİR.***

Bu çerçeveden bakıldığında;

**(a) Sermaye Piyasası Kanunu’nun Konu ile İlgili Düzenlemesi; Esas Sözleşmede Hüküm Bulunması ve SPK’nın Denetim Raporundaki Tespitler**

Koza İpek Grubu şirketlerinin 3’ü, halka açık şirkettir. Buna göre:

***(i)*** Halka açık ***Koza Altın İşletmeleri A.Ş.’nin*** *(Koza Altın)*kuruluşundan itibaren ***esas sözleşmesinde, bağış yapılmasına ilişkin hüküm bulunmaktadır.***

***(ii)*** Halka açık diğer şirketler olan ***İpek Doğal Enerji Kaynakları Araştırma ve Üretim A.Ş.*** (İpek Enerji)ile ***Koza Anadolu Metal Madencilik İşletmeleri A.Ş.***’nden (Koza Anadolu) yapılan bağışlara ilişkin olarak; kamu tüzel kişiliğini haiz bir vakıf üniversitesi olan, 03.03.2011 kuruluş tarihli Altın Koza Üniversitesi’ne ilk defa, 19.12.2011 günlü her iki şirket Yönetim Kurulu Kararları gereği bağış yapılmasına karar verilmiş **(Yönetim Kurulu Kararları dosyada ve şirket kayıtları arasında mevcuttur);** her iki şirketin 2011 yılı olağan genel kurulunda, yapılan bağışlar genel kurulun bilgisine sunulmuştur. **(2011 yılı Genel Kurul Toplantı Tutanakları dosyada ve şirket kayıtları arasında mevcuttur)**  2011 yılı içerisinde yapılan bağışlar, genel kurulun bilgisine sunulmak suretiyle yapılmıştır. Genel Kurul kararları hakkında ise TTK’da belirlenen 3 aylık yasal süre içerisinde iptal davası açılması söz konusu olmamıştır.

Koza Anadolu ve İpek Enerji’nin esas sözleşmesinde 20.05.2013 tarihinde yapılan *değişiklik öncesinde* **bağışta bulunulabilmesine** ilişkin, esas sözleşme hükmünü bulunmamakla birlikte (o tarihte yürürlükte bulunan SPK’da esas sözleşmede hüküm bulunma zorunluluğu yoktu); 6362 tarihli SPKn’na ve buna dayanılarak yürürlüğe konulan Kâr Payı Tebliği’ne uyum amacıyla esas sözleşmelere bağış yapılabilmesine **ilişkin hüküm eklenmiştir**.

Şirket tarafından, 6362 sayılı Kanun’un ve Kurul’un konuya ilişkin Tebliği’nin yürürlüğe girmesinden hemen sonra yapılan ilk genel kurul toplantısında bu hususa ilişkin esas sözleşme değişikliğinin gündeme alınmış ve yerine getirilmiş olması, müvekkillerimin konuya gösterdiği hassasiyetin açık göstergesidir.

Kaldı ki, Şirketin **2010-2014** yılları genel kurullarında yıl içinde yapılan bağışlara ilişkin ***genel kurula bilgi verilmiş,*** 2012, 2013 ve 2014 yılları ***genel kurullarında yapılacak bağışların üst sınırına*** ilişkin karar alınmış ve ilgili yıllarda yapılan bağış tutarları söz konusu bağış üst sınırlarını aşmayacak şekilde gerçekleştirilmiş, ayrıca “TMS 24 İlişkili Taraf Açıklamaları”na uygun olarak; şirketimizin ***finansal tablo dipnotlarında*** ilişkili taraflara yapılan bağışlara ilişkin bilgilere de yer verilmiştir. Yönetim Kurulu üyeleri her yıl mali denetim sonunda İBRA edilmişlerdir.

Dolayısıyla, İpek Enerji ve Koza Anadolu şirketleri yönünden, yapılan bağışların SPKn’nu ve mevzuatına uygun olmadığı tespiti yerinde değildir.

**b) Yapılan Bağışlar Örtülü Kazanç Aktarımı Kapsamında Değerlendirilemez. Bu konuda SPK’nın Denetim Raporundaki Tespitler**

Dosya içerisinde de mevcut olan **SPK** ***Denetleme raporunun 107-109***. sayfalarında, “halka açık şirketlerin ilişkili taraflarına yaptıkları **bağışlara** *ilişkin son 10 yıl içerisinde hazırlanmış olan denetleme ve inceleme raporları ile kurulun kararları incelenmiş* ve şu ana kadarki kurul uygulamasında **halka açık şirketler tarafından yapılan bağışların örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilmediği”** belirtilmiştir. (Bkz., Denetleme Raporu, s.109)

**Raporda ayrıca**, “*6362 sayılı SPKn’nun 19’uncu maddesinde Kurul’un bağış tutarına üst sınır getirmeye yetkili olduğu ifade edilmiştir*” hükmünün bulunduğuna işaret edilerek; Raporun hazırlandığı tarih itibariyle böyle bir sınır getirilmediği için, “***Bu kapsamda, halka açık şirketler tarafından ilişkili taraflarına yapılan bağış tutarlarına ilişkin olarak Kurulumuzca bir düzenleme yapılmasının uygun olacağı değerlendirilmektedir***” şeklinde bir tavsiyede bulunulmuştur (Bkz., Denetleme Raporu, s.110).

Kurul Kararına esas teşkil eden Denetleme Raporundaki tespitler, **bağışların örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilmediği** yönündedir ve ayrıca SPKn’nun açık hükmüne rağmen “***bağış tutarlarına ilişkin olarak Kurul bir düzenleme de yapmamıştır.*** Yapılan bağışlar, hiçbir şekilde *örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilemeyeceğinden, meydana gelen zarardan ve şirkete iade edilmesinden de söz edilemeyecektir.*

Gerçekten de, Kurul Kararına konu bağışlar, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 21 ve 110. maddelerinde tanımlanan ***örtülü kazanç aktarımı*** unsurlarını "kesinlikle" taşımamaktadır. Şöyle ki;

SerPK m. 21/1 şu şekildedir:

*"(1) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak* ***ilişkide bulundukları 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****".*

Sadece Kanunun lâfzından hareketle dahi, örtülü kazanç aktarımının varlığına karar verebilmek için, yukarıda da izah ettiğimiz üzere, aşağıdaki unsurların bulunmasının şart olduğu görülür:

***i.*** Kazanç aktarımı, halka açık ortaklıkta ya da onun iştiraki veya bağlı ortaklığı üzerinde gerçekleştirilmelidir.

***ii.*** Kazanç aktarımı yapılan kişinin halka açık ortaklıkta ilişkisinin olması ya da işlemin ilişkili işlem olması gerekir.

***iii.*** Bir ticari faaliyetin söz konusu olması gerekir.

***iv.*** Emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren bir anlaşma bulunması gerekir.

**Bu çerçevede örtülü kazanç aktarımı olması için faaliyet raporlarında ve mali tablolarda görünmeyen ve gerçeği yansıtmayan veya yanıltıcı şekilde görünen para transferlerinin bulunması gerekmektedir.** Halka açık her üç şirketten yapılan bağışların, şirket genel kurulunun bilgisi ve kararı dahilinde yapıldığı da göz önüne alındığında, ***gizli anlaşma*** yapılması ihtimalinin söz konusu dahi olamayacağı ortadadır.

Hükümet komiserinin katıldığı **genel kurul toplantılarında onaylanan, KAP'a bildirilen,** Şirketin web sitesinde yayınlanan**, Ticaret Sicili Gazetesi'nde ilân edilen ve** yıllık faaliyet raporlarında ve mali tablolarda yer alan hususların **"örtülü**" olduğundan söz edilemeyeceği, ilân edilen hususların örtülü olmasına imkân olmadığı, tam aksine şirketin son derece açık ve şeffaf bir şekilde yönetildiği izahtan varestedir.

Bu bağlamda **SPK’nın örtülü kazanç nitelendirmesinin hatalı ve eksik olduğu da görülmektedir.** Şöyle ki;

***aa) SPK Denetleme Raporu’nda Borsa’nın bağışların yüksekliğine ilişkin bir belge sunamadığı açıkça ifade edilmiştir***

Davaya konu Sermaye Piyasası Kurulu’nun 4.3.2016 tarihli Kararı’nın dayanağını teşkil eden **Denetleme Raporu incelendiğinde**; halka açık şirketlerin ilişkili taraflarına yaptıkları **bağışlara** *ilişkin son 10 yıl içerisinde hazırlanmış olan denetleme ve inceleme raporları ile kurulun kararları incelenmiş* ve şu ana kadarki kurul uygulamasında **halka açık şirketler tarafından yapılan bağışların örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilmediğini** ifade eden **Kurul** uzmanlarının, ***bazı sübjektif değerlendirmelerde bulunduğu*** görülecektir. Nitekim söz konusu Raporda konuya ilişkin olarak **Borsa İstanbul AŞ**’nden bilgi alındığı, Borsa’nın 10.12.2015 tarih ve BİAŞ-4/12293 sayılı yazısında bağışlara ilişkin olarak özetle;

*“Halka açık Koza-İpek Grubu şirketleri olan İpek Enerji, Koza Metal ve Koza Altın’ın 2010-2015 yıllarında toplam 188.500.000 TL bağış yaptıkları, bağışların 175.000.000 TL’lik kısmının İpek Üniversitesi’ne ve Koza İpek Eğitim Sağlık Hizmet Yardım Vakfı’na yapıldığı, 188.500.000 TL tutarındaki bağışın 180.000.000 TL’lik kısmının tek başına Koza Altın tarafından yapıldığı, konuya ilişkin KAP’ta açıklamalar yapılmış olmakla birlikte Koza Altın tarafından* ***yapılan bağış tutarlarının halka açık bir şirket için yüksek düzeyde olduğu****”* (kime ve neye göre yüksek, somut veri yok)

ifadelerine yer verildiği belirtilmekle birlikte; Borsa İstanbul AŞ, yapılan bağışların “**halka açık bir şirket için yüksek olduğu” ifadesiyle ilgili olarak Borsa tarafından Kurula herhangi bir bilgi, belge veya inceleme iletilmediğini açıkça vurgulamıştır (Denetleme Raporu, s. 107).**

Raporda yer alan bu ifade dahi tek başına, SPK’nın söz konusu tespitinin objektiflikten uzak, herhangi bir belgeye dayanmayan genel bir değerlendirmeden öte bir anlam ifade edemeyeceğini göstermektedir.

Ayrıca yukarıda da arz edildiği üzere, söz konusu ***bağışlar***, TTK,SPKn ve SPK Kâr Payı Tebliği uyarınca yasaldır ve ***genel kurul kararı çerçevesinde gerçekleştirilmiştir***; genel kurul kararına istinaden yapılan işlemlerde ise örtülü kazanç olmaz. Örtülü kazanç aktarımı, yöneticilerin yaptığı işlemlere ilişkindir.

Kaldı ki, şirketlerin esas sözleşmesinde, bağış yapılabileceğine ilişkin hüküm mevcuttur; bağış yapılması hususunda genel kurulun bilgisi ve onayı vardır; bağış yapılırken de, yasal çerçeve içerisinde hareket edildiği ve *yasal sınırın kesinlikle aşılmadığı, genel kurul kararlarına uygun olduğu son derece açıktır.*

***bb) Yapılan Bağışların “İlişkili Taraflara Yapıldığı” Tespiti de Hukuki Dayanaktan Yoksundur***

Dava konusu SPK kararının dayanağı Denetleme Raporu’nda Koza İpek Eğitim Sağlık Hizmet Yardım Vakfı’nın kurucularının, müvekkillerim Hamdi Akın İPEK, Melek İPEK, Cafer Tekin İPEK, Pelin ZENGİNER, Koza İpek Holding AŞ, ATP İnşaat ve Ticaret AŞ ve Koza Altın İşletmeleri AŞ; İpek Üniversitesi’nin mütevelli heyeti başkanının Cafer Tekin İPEK ve kurucu vakfının Koza İpek Eğitim Sağlık Hizmet Yardım Vakfı olduğu, dolayısıyla Koza İpek Eğitim Sağlık Hizmet Yardım Vakfı’nın ve İpek Üniversitesi’nin Koza Grubu şirketleri ve İpek Ailesi ile ilişkili olduğu tespitine yer verildiği görülmektedir.

Buna göre, **anılan tespite ilişkin olarak** SPK Denetleme Raporu’nda herhangi bir belirleme yapılmaksızın, bağış sözleşmesinin taraflarının “**ilişkili**” olduğu yönünde hükme varılmıştır.

Öncelikle şu hukuki teşhisi ortaya koymak son derece değerli ve önemlidir. **Halka açık şirketlerde**, **ilgili veya ilişkili taraf olarak nitelendirilen gerçek veya tüzel kişiye**, **bağış yapılmak yahut ticari bir ilişkiye girilmek** **YASAK DEĞİLDİR**. **Bu hukuki ilişkinin, örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilebilmesi için SPKn’nun 21. maddesinde yer alan şartların tamamının somut olayda gerçekleşmiş olması gerekmektedir.**

Somut olayımıza gelecek olursak; **sermaye piyasası mevzuatında ilişkili taraf,** Türkiye Muhasebe Standartları’nın (TMS) 24 numaralı standardına atıfla düzenlenmekte olup, “***ilişkili taraf***” kavramının tanımlandığı TMS 24 standardının 9’uncu maddesi uyarınca **ilişkili taraf,** finansal tablolarını **hazırlayan işletmeyle** (bu Standartta ‘raporlayan işletme’ olarak kullanılmaktadır) **ilişkili olan kişi veya işletmedir.** Söz konusu madde uyarınca;

*(a) Bir kişi veya bu kişinin yakın ailesinin bir üyesi, aşağıdaki durumlarda raporlayan işletmeyle ilişkili sayılır:*

*Söz konusu kişinin,*

*(i) Raporlayan işletme üzerinde kontrol veya müşterek kontrol gücüne sahip olması durumunda,*

*(ii) Raporlayan işletme üzerinde önemli etkiye sahip olması durumunda,*

*(iii) Raporlayan işletmenin veya raporlayan işletmenin bir ana ortaklığının kilit yönetici*

*personelinin bir üyesi olması durumunda.*

*(b) Aşağıdaki koşullardan herhangi birinin mevcut olması halinde işletme raporlayan işletme ile ilişkili sayılır:*

*(i) İşletme ve raporlayan işletmenin aynı grubun üyesi olması halinde (yani her bir ana ortaklık, bağlı ortaklık ve diğer bağlı ortaklık diğerleri ile ilişkilidir).*

*(ii) İşletmenin, diğer işletmenin (veya diğer işletmenin de üyesi olduğu bir grubun üyesinin)iştiraki ya da iş ortaklığı olması halinde.*

*(iii) Her iki işletmenin de aynı bir üçüncü tarafın iş ortaklığı olması halinde.*

*(iv) İşletmelerden birinin üçüncü bir işletmenin iş ortaklığı olması ve diğer işletmenin söz konusu üçüncü işletmenin iştiraki olması halinde.*

*(v) İşletmenin, raporlayan işletmenin ya da raporlayan işletmeyle ilişkili olan bir işletmenin çalışanlarına ilişkin olarak işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda plânlarının olması halinde. Raporlayan işletmenin kendisinin böyle bir plânının olması halinde, sponsor olan işverenler de raporlayan işletme ile ilişkilidir.*

*(vi) İşletmenin (a) maddesinde tanımlanan bir kişi tarafından kontrol veya müştereken kontrol edilmesi halinde.*

*(vii) (a) maddesinin (i) bendinde tanımlanan bir kişinin işletme üzerinde önemli etkisinin bulunması veya söz konusu işletmenin (ya da bu işletmenin ana ortaklığının) kilit yönetici personelinin bir üyesi olması halinde.*

Görüldüğü üzere **ilişkili taraf**, anılan maddenin **(a) bendinde** “***bir gerçek kişi veya onun ailesi***” ile “***raporlayan işletme***”, **(b) bendinde** ise “***bir işletme***” ile “***raporlayan işletme***” arasındaki ilişkiler esas alınarak tanımlanmıştır.

Buna göre, TMS 24 standardı kapsamında raporlayan işletme sıfatıyla şirketin ilişkili tarafları belirlenirken, bu ikili ayrımdan hareketle bir değerlendirme yapılmalı ve örtülü kazanç aktarımı kapsamında değerlendirilen bağışlama sözleşmelerinin karşı taraflarının ilişkili taraf sayılıp sayılamayacağı öncelikle tespit edilmelidir.

Zira SPKn’nun 21’inci maddesi uyarınca örtülü kazanç aktarımından söz edilebilmesi için, halka açık ortaklıklar ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından **doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları** 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 yapmaları veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları gerekir.

Tüzel kişiliği haiz olan söz konusu kurumların ilişkili taraf sayılabilmeleri için *TMS 24 Standardının 9/b bendi gereği* “**işletme**” sıfatını haiz olması gerektiği açıktır. Hâlbuki Koza İpek Eğitim Sağlık Hizmet Yardım Vakfı, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 101 inci maddesi uyarınca kurulan bir ***vakıftır; işletme değildir***.

TMS 24 standardında ***işletme*** ayrıca tanımlanmamış olmakla birlikte, hukukumuzda **işletme** genel olarak kâr elde etme amacıyla üretim faktörlerini planlı ve sistemli bir şekilde bir araya getirerek mal ya da hizmet üretimi amacı güden üretim birimi olarak, 6102 sayılı TTK’nın 11’inci maddesi kapsamında ticari işletme ise, esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmeler olarak ***tanımlanmaktadır.***

Oysa Şirket tarafından bağış yapılan Sağlık Hizmetleri Yardım Vakfı, hukukumuzda ticari işletme/esnaf işletmesi olarak değerlendirilmesi mümkün olmayan “**vakıf**” niteliğini haiz tüzel kişilerdir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 101 inci maddesi uyarınca **vakıflar**, gerçek veya tüzel kişilerin yeterli mal ve hakları belirli ve sürekli bir amaca özgülemeleriyle oluşan tüzel kişiliğe sahip mal topluluklarıdır. Bu topluluklarda kâr elde etme amacından, gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütülmesinden söz edilemeyeceği için “**işletme”**olmadıkları tartışmasızdır.

Bu çerçevede, TMS 24 standardında, raporlayan işletmenin ilişkili tarafı olduğuna hükmedilebilecek tüzel kişinin, bir “**işletme**” olmasının zorunlu kılınmış olması karşısında “**vakıf**” şeklinde teşekkül etmiş olan kurumların şirketimizin ilişkili tarafı sayılması yönündeki tespitin tümüyle haksız ve hukuki dayanaktan yoksun olduğu ortadadır.

Dolayısıyla, (kesinlikle kabul anlamına gelmemek kaydıyla) biran için SPK Denetleme Raporu’nda yer alan tespitlerin hukuka aykırı fiili ortaya koymaya yeterli olduğu düşünülecek olsa dahi, bu halde de söz konusu tespitlerin dayandığı ***ilişkili taraf işlemlerinin somut olayda mevcut olmadığı açıkken*** müvekkillerime yöneltilmiş olan işbu davanın reddi gerekmektedir.

**2)** **Şirketin Yaptığı Bağışlar Yasal Mevzuata Uygun Olduğu Gibi; Bağışlar Sebebiyle Şirket İddia Edildiği Gibi Bir Kaybı da Söz Konusu Değildir**

Yukarıda da izahına çalıştığımız gibi, şirket tarafından yapılan bağışlar mevzuata uygundur. Kaldı ki, Koza Altın İşletmeleri A.Ş. **Esas Sözleşmesi'nin 3/f-23. maddesinde,** mevzuat hükümlerine uygun olarak bağışlara dair şu düzenleme getirilmiştir:

***"Yapılacak bağışların üst sınırının genel kurul tarafından belirlenmesi, bu sınırı aşan tutarda bağış yapılmaması, yapılan bağışların dağıtılabilir kar matrahına eklenmesi, bağışların Sermaye Piyasası Kanunu ve ilgili mevzuata aykırılık teşkil etmemesi, gerekli özel durum açıklamalarının yapılması ve yıl içinde yapılan bağışların genel kurulda ortakların bilgisine sunulması şartıyla*** *mer'i mevzuat hükümleri dairesinde genel bütçeye dâhil dairelere, katma bütçeli idarelere, İl Özel İdarelerine, Belediyelere ve Köylere, Bakanlar Kurulunca vergi muafiyeti tanınan Vakıflara, kamu menfaatlerine yararlı sayılan derneklere, bilimsel araştırma, geliştirme faaliyetinde bulunan kurumlara ve kuruluşlara, üniversitelere, öğretim kurumlarına ve bu gibi kişi veya kurumlara yardım ve* ***bağışta bulunabilir".***

Yine, **esas sözleşmenin 15. maddesinde**:

*"Şirketin faaliyet dönemi sonunda tespit edilen gelirlerden, Şirketin genel giderleri ile muhtelif amortisman gibi şirketçe ödenmesi veya ayrılması zorunlu olan miktarlar ile şirket tüzel kişiliği tarafından ödenmesi zorunlu vergiler düşüldükten sonra geriye kalan ve yıllık bilançoda görülen dönem kârı, varsa geçmiş yıl zararlarının düşülmesinden sonra, sırasıyla aşağıda gösterilen şekilde tevzi olunur:*

*Genel Kanuni Yedek Akçe:*

*a)* % *5 'i kanuni yedek akçeye ayrılır.*

*Birinci Temettü*

*b) Kalandan,* ***varsa yıl içinde yapılan bağış tutarının ilavesi ile bulunacak meblağ üzerinden,*** *TürkTicaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Mevzuatına uygun olarak birinci temettü ayrılır "* hükmü bulunmaktadır.

Koza Altın İşletmeleri A.Ş. ana sözleşmesinin 15/c maddesinde, " ... *Genel Kurul, kâr payının, yönetim kurulu üyeleri ile memur, müstahdem ve işçilere, çeşitli amaçlarla kurulmuş vakıflara vebenzer nitelikteki kişi ve kurumlara dağıtılmasına karar verme hakkına sahiptir "* hükmü ile yönetim kurulu üyelerine kâr dağıtımı yapılması hususunda genel kurula yetki vermiştir. Koza Altın İşletmeleri A.Ş. 'nin esas sözleşmesi dosyada mevcuttur.

Dosyada mevcut belgelerden de anlaşılacağı üzere, bağışların yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan, mülga *Seri: IV, No:27 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa Tâbi Olan Halka Açık Anonim Ortaklıkların Temettü Ve Temettü Avansı Dağıtımında Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğ madde* 7, hükmüne tamamen uygun olarak, yıl içinde yapılan bağışlar genel kurulun bilgisine sunulmuş ve kabul edilmiş; Genel Kurul kararları hakkında da herhangi bir dava açılması söz konusu olmamıştır.

Genel kurul kararı ile şirket tarafından bağış yapılmasına karar verildiği nazara alındığında, hissedarların bu bağışların yapılmasına onay verdikleri, dolayısıyla usulüne uygun olarak yapılan genel kurul kararlarına dayanan bağışlar nedeniyle iradeleri dışında zarara uğratıldıklarından söz edilemeyeceği açıktır.

Bağışlar yasal sınırlar dâhilinde yapılmış, SPK ve KAP'a bildirim yükümlülüklerine uyulmuştur. Oransal olarak aktif büyüklük ve kârlılığa bakıldığında yapılan bağış miktarlarının son derece normal olduğu görülmektedir. İlgili genel kurul kararlarında imzaları dahi bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin tek başlarına bağışların kime ve ne miktarda yapılacağını belirleme yetkilerinin mevzuat karşısında söz konusu olamayacağı, dolayısıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu cihetine gidilemeyeceği izahtan varestedir. *Bağışı yapan doğrudan şirket tüzel kişiliği olup,* yönetim kurulu üyelerinin ne bağış yapılması kararının alınmasına bir müdahalesi ne de yapılan bağışlar nedeniyle herhangi bir kazançları söz konusudur. Buna rağmen yönetim kurulu üyeleri, üstelik sadece İpek Ailesine mensup yönetim kurulu üyeleri hakkında suç duyurusunda bulunulması anlaşılabilir değildir.

Bu nedenle kamu yararı gözetilerek "kamu" vasfı taşıyan Üniversiteye yapılan bağışların ilgisiz iddialara konu edilmesi büyük bir haksızlıktır. Yine sosyal sorumluluk kapsamında üniversite dışında başka kurum veya kuruluşlara da bağışlar yapılmış olup, bu da uygulamada çok sık rastlanılan bir durumdur.

Devletin desteklediği vakıf üniversitelerine usulüne uygun biçimde yapılan bağışların herhangi bir suç isnadına konu edilebilmesi dahi şaşırtıcıdır.

Koza Altın İşletmeleri A.Ş., İpek Üniversitesi'nin kurucularından biridir. Dolayısıyla bir şirketin kurucusu olduğu üniversiteye mevzuat ve esas sözleşme çerçevesinde bağış yapması son derece doğaldır. Türkiye'de faaliyetgösteren tüm vakıf üniversiteleri aynı durumdadır.

Halka açık Koza Grubu şirketleri ve bağlı ortaklıkları tarafından gerçekleştirilen bağışların tamamına yakını, İpek Üniversitesi'ne yapılmıştır. **31.12.2005 tarihli ve 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 15. maddesinde de düzenlendiği üzere, vakıf üniversiteleri kamu tüzel kişiliğini haizdirler. *Vakıf üniversiteleri***, doğrudan devlet üniversitelerinin tâbi olduğu kanun, yönetmelik ve tüzüklerle yönetilirler.

Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nde ve daha birçok yasal düzenlemede, vakıf üniversitelerinin devlet tarafından desteklenmesi öngörülmüştür. Örneğin Vakıf Yükseköğretim Kurumları Yönetmeliği'nin 29. maddesinde, " *Vakıf yükseköğretim kurumlarının bağış ve diğer şekillerde iktisap edecekleri taşınmaz mallar, tapuda vakıf yükseköğretim kurumlarının tüzelkişilikleri adına tescil edilir. Vakıflar tarafından kurulmuş yükseköğretim kurumlarına eğitim öğretim ve araştırma tesisleri, öğretim üyesi lojmanları, öğrenci yurtları, sosyal ve kültürel tesisler kurmak üzere Bakanlar Kurulu Kararı ile Hazineye veya muvafakatleri alınmak suretiyle kamu tüzel kişilerine ait arazi ve tesisler tahsis edilebilir* " hükmü yer almaktadır.

Bunun gibi, **mevzuat ve şirket esas sözleşmesi gereği ilgili mali yıl içinde yapılan bağışlar, dağıtılabilir kâr matrahına eklenir; vergiden düşülür. Dolayısıyla, şirketlerdeki hisse sahiplerinin bağışlar nedeniyle zarara uğraması, kâr paylarının azalması gibi bir durum kesinlikle söz konusu değildir.**

Koza Altın’ın Kanun ile kurulmuş kamu tüzel kişisi sıfatını haiz ***üniversiteye yapmış olan bağışlar ile Milli Eğitim Bakanlığı’na yapılmış bağışlar arasında*** yasal olarak hiçbir fark bulunmamaktadır.

**SPK'nın dava konusu kararında, Milli Eğitim Bakanlığı'na yapılan bağışlar, ilişkili olmayan kurum olarak gösterilmiş ve bu bağışların dikkate alınmayacağı açıkça ifade edilmişken; Üniversiteye yapılan bağışların bir suç unsuru gibi göstermesi hukuki dayanaktan yoksundur.**

**Yapılan bağışlar, Koza Altın'da bağış esasları, Sermaye Piyasası mevzuatı, vergi mevzuatı ve şirket esas sözleşmesine uygun şekilde her yıl genel kurul kararları ile yapılmış; yapılan bağışlar da matrahtan düşürülmüştür.**

İpek Üniversitesi'ne yapılan söz konusu bağışların harcamaları, doğrudan YÖK, Maliye Bakanlığı ve Vakıflar Genel Müdürlüğü denetimine tâbi bulunmaktadır. **Nitekim üniversitenin kuruluşundan bugüne kadar yapılan bütün kurumsal denetimlerde, bağışların amaca uygun kullanıldığı tespit edilmiş ve ilgili resmi kurumların raporlarında da bu durum belirtilmiştir.** Bu bağışlarda şirket ortaklarına veya ilişkili taraflara herhangi bir maddi menfaat sağlanması söz konusu olamaz. İpek Üniversitesi'ne yapılan bağışlar, kamu tüzel kişiliğini haiz bir kuruma yapılmıştır. Bu ülkemiz açısından gurur duyulacak örnek bir davranıştır. Devlet tarafından teşvik edilen bağışlar % 100 eğitime destek kapsamındadır. Böyle bir tavrı eleştiri konusu yapmak, Türkiye'de aile şirketleri tarafından kurulan ve desteklenen birçok vakıf üniversitesini zan altında bırakma anlamına gelecektir.

Türkiye'de birçok vakfın kurmuş olduğu vakıf üniversiteleri bulunmaktadır. Bunlara, kurucu vakıf sahiplerinin şirketleri tarafından büyüklükleri nispetinde bağışlarda bulunulmaktadır. Bu üniversitelerin yapılan desteklerle kalite ve standart seviyelerini yüksek tutmayı başarabildikleri de bir gerçektir. **Bu tür üniversitelerle ilgili veriler, talep edildiğinde YÖK'ten temin edilebilecektir.**

Yukarıda yer verilen ilgili mevzuat hükümlerinden çok açık bir şekilde görüleceği üzere, **halka açık ortaklıklarca gerçekleştirilen bağışlar gerek Sermaye Piyasası Kanunu'na gerek Kâr Payı Tebliği'ne, ayrıca da vergi mevzuatına tamamen uygun olduğu gibi, şirketin esas sözleşmesi ve şirket hissedarlarının iradesini yansıtan genel kurul kararları doğrultusunda ve şirketin sahip olduğu varlıklar, cirosu ve kârlılığı gözönüne alındığında piyasa teamüllerine de uygun biçimde belirlenmiştir.** Bu durumda her anlamada hukuka uygun olan bu bağışların herhangi bir suça konu olduğunun iddia edilmesi hukuken mümkün değildir.

Halka açık şirketlerin genel kurul toplantıları, yasal süreç işletilerek ve önceden ilan edilerek yapılmaktadır. Yapılacak bağışların üst limitleri ve bir önceki yıl gerçekleştirilmiş olan bağışlar 2009 yılından beri genel kurullarda karara bağlanmakta, sonrasında kamuya açıklanmakta ve ayrıca mali tablolarda da yer alan bu konu, şirket web sayfasında da ilan edilmektedir.

**4) SPK Denetleme Raporu’nda Bağışlara İlişkin Emsal Tespitinin Yapılamadığı Görülmektedir. Buna rağmen, dava konusu SPK Kararında bağışların emsallerine göre yüksek olduğu iddiası yer almaktadır. Bu iddia somut veriye dayanmayan temelsiz, soyut bir iddiadır.**

SPKn’nun 21’inci maddesi uyarınca ***örtülü kazanç aktarımından söz edilebilmesi için***halka açık ortaklıklar ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları 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 yapmaları*** veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları gerekir.

**SPK Deneleme Raporu**’nun “**Bağışlara İlişkin Kurulumuzun Geçmiş Uygulamaları**” *başlığı altında yer verilen tespit ve değerlendirmeler açıkça göstermektedir ki*, Koza Grubu şirketlerine ilişkin 4.3.2016 tarihli karara kadarki Kurul uygulamasında halka açık şirketler tarafından yapılan **bağışlar örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilmemektedir.**

Nitekim **Kurul’un önceki raporlarından alınan, konuya ilişkin ifadeler uyarınca**, *bağış ve yardımların, niteliği gereği ivazsız olmaları nedeniyle fiyat, bedel ve ücret uygulamak gibi bir örtülü işleme konu edilemeyeceği düşünülmektedir. Örtülü işlemden kastedilen şey, kazanç aktarımının şirket tarafından alınan veya satılan bir şeye uygulanan fiyat, ücret ve bedel gibi karşılıklıların emsallerine göre düşük veya yüksek belirlenmesi nedeniyle saklı bir şekilde yapılmasıdır. Oysa* ***bağış ve yardım işlemi herhangi bir karşı edim söz konusu olmadan açık bir şekilde yapılan kazanç aktarımdır****.*

*Kaldı ki, kesinlikle kabul anlamına gelmemekle birlikte, bir an için* ***bağış ve yardımların örtülü işlemlere konu edilebileceği varsayılsa bile****, emsalin kesin ve doğru bir şekilde tespit edilmesinin zor olacağı aşikârdır. Zira karşılığı olmayan bir şey için yapılan* ***bağışın emsali yine bir bağış ve yardım olacaktır****. Ancak, emsal alınacak olan bağış ve yardımın "emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunmak" olup olmadığının bir kıstası da bulunmamaktadır. ... Dolayısıyla, bağış ve yardımlara ilişkin olarak yapılacak emsal incelemesinde, bağış ve yardımların içerik ve nitelikleri arasında bariz bir farklılık bulunup bulunmadığının tespit edilmesinin daha uygun bir yaklaşım olacağı düşünülmektedir.*

**SPK Raporu’nda bu tespit sonrasında**, şirketimizce yapılan bağışlar BIST 100 endeksinde yer alan diğer şirketlerin yaptıkları bağışlarla kıyaslanmıştır. BİST 100 Endeksinde yer alan şirketlerin 01.01.2009-30.09.2015 döneminde (2009-2014 yılları yılsonu ve 2015 yılı 9 aylık) kamuya açıklanan finansal tablo dipnotları üzerinde yapılan inceleme neticesinde, Koza Grubu şirketleri dışında **51 şirketin daha** finansal tablo dipnotlarında **bağış yaptıklarına ilişkin bilginin yer aldığı tespit edilmiştir**. BIST 100 Endeksine tâbi şirketlerin yarısından fazlası tarafından gerçekleştirilen **bağış uygulaması, halka açık şirketler bakımından bu neviden bağışların mutad olduğunu** göstermektedir.

Diğer taraftan, SPK Denetleme Raporu’nda Grubumuz şirketleri tarafından yapılan bağışlar şirket bazında bireysel olarak değil, ***kümülatif olarak değerlendirilerek***, olduğundan daha yüksek oranlarda yapılmış gibi gösterilmiştir.

Kümülatif bağıştan kasıt ilgili şirketin 2009-2015/9 döneminde yapmış olduğu veya konsolide ettiği şirketlerin yapmış olduğu bağışların toplamı olup, kümülatif aktif veya kümülatif dönem karından kasıt ise, ilgili şirketin kamuya açıklanan 2009-2015/9 dönem sonlarına ilişkin finansal tablolarında yer alan aktiflerinin veya dönem kârlarının toplamıdır.

Buna göre, Koza Metal’in konsolide finansal tablolarında diğer şirketler ile birlikte örneğin Koza Altın da konsolide edilmektedir. Bu nedenle Koza Metal’in kümülatif bağış tutarları aynı zamanda Koza Altın’ın bağış tutarlarını da içermektedir.

SPK Raporu’nda Koza Metal’in %1,5924 lük bağış oranını haiz olduğu ve bunun en yakın şirketin yaptığı bağışa oranının (%0,7439) iki katı olduğu tespit edilirken, ***aslında KOZA METAL VE KOZA ALTIN’IN BAĞIŞLARININ BİR ARADA DEĞERLENDİRİLMİŞ OLDUĞU GÖZ ARDI EDİLMEMELİDİR.*** Bu çerçevede değerlendirildiğinde, halka açık Koza Grubu şirketlerinin kümülatif bağış/kümülatif aktif oranlarının diğer halka açık şirketlere göre bariz şekilde yüksek olduğu yönünde varılan sonucun tümüyle gerçek dışı ve yanlı bir değerlendirmeye dayandığı anlaşılacaktır.

Diğer taraftan, SPK Denetleme Raporu’nda, söz konusu ***51 şirket arasında, ilişkili taraflarına bağış yapan şirketlerin de bulunduğu***, örneğin, Anadolu Efes Biracılık ve Malt Sanayii AŞ tarafından ilişkili Anadolu Vakfı’na 2012 yılında 19.290.000 TL ve 2013 yılında 5.892.000 TL tutarında bağışta bulunulduğu, Ford Otomotiv Sanayi AŞ tarafından ise ilişkili taraflara 2012 yılında 12.691.187 TL ve 2013 yılında 10.777.946 TL tutarında bağışta bulunulduğu belirtilmiş ve bu belirleme üzerine ***BİST’te işlem gören şirketlerin ilişkili taraflarına bağış yapabildikleri,*** *“Kurulumuz tarafından konuya ilişkin alınacak kararın diğer halka açık şirketler tarafından yapılan bağışları da etkileyeceği”* Kurul uzmanları tarafından açıkça ortaya konulmuştur. Bu tespit dahi tek başına, ***uzmanların söz konusu bağışların olağan olduğu yönündeki değerlendirmesine karşın,* Kurul Karar Organı’nın aksi yönde karar tesis ettiğini göstermektedir.**

*Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki,* 6362 sayılı *SPKn’nun 19’uncu maddesinde* **Kurul’a**, ***bağış tutarına üst sınır getirme yetkisi tanındığı halde, Kanun’un yürürlüğe girdiği 30.12.2012 tarihinden bu yana Kurul tarafından bu yetki kullanılarak halka açık ortaklıkların bağış tutarlarına bir üst sınır getirilmemiştir.***

***Kanuni yetkisine rağmen bağış üst sınırı öngörmeyen Kurul’un, yapılan bağışları hangi kıstasla yüksek olarak değerlendirdiğini anlamak da güçtür.***

Sonuç olarak; yukarıda arzına çalışılan mevzuat hükümlerine, şirket genel kurul kararlarına; esas sözleşme hükümlerine uygun olarak yapılan ve Kamuoyu Aydınlatma Platformlarında yayınlanan bağışların, örtülü kazanç aktarımına konu olması söz konusu dahi değildir. SPK Değerlendirme Raporunda, **Kurul uzmanlarının tespitleri ile de açıkça çelişen dava konusu Kurul kararının İPTALİ gerekmektedir.**