**MEVZUU :** Dava konusu SPK kararında, ***“Koza Altın İşletmeleri A.Ş. yönetim kurulu üyelerine 2010-2015 yıllarında “SAĞLANAN MENFAATLERLE” ilgili olarak*”** ileri sürülen iddialara karşı, mevzuat hükümleri çerçevesinde verilen beyanlarımızın arzından ibarettir.

**AÇIKLAMALAR:**

Davalı Kurul’un 04.03.2016 günlü kararıyla,

 ***“Koza Altın İşletmeleri A.Ş. yönetim kurulu üyelerine 2010-2015 yıllarında SAĞLANAN MENFAATLERLE ilgili olarak”***

müvekkillerimin, Sermaye Piyasası Kanunu’na ve ilgili tebliğlere muhalefet ettikleri ve şirketleri zarara uğrattıkları iddia edilmiş; şirket yönetim kurulu üyesi müvekkillerime sağlanan menfaatler yönünden, 107.314.302 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 “kar payı” konusunda uyguladığı istikrar kazanan yerleşik uygulamalarına açıkça aykırıdır. Şöyle ki;

 **1) SPK Kararına Dayanak Gösterilen SPK Denetleme Raporu’nda, YÖNETİM KURULU ÜYELERİNE KAR PAYI DAĞITIMI İLGİLİ DEĞERLENDİRME:**

Dava konusu SPK işlemine dayanak kılınan, SPK Denetleme Dairesi’nin hazırlamış olduğu **24.02.2016** tarihli “**Denetleme Raporu**”nda yer alan tespitler son derece önem arz etmektedir.

SPK Denetleme Dairesi tarafından hazırlanan 24.02.2016 tarihli “**Denetleme Raporu**” nun **26’**ncı sayfasında, 2.3.3 başlığı altında, **Yönetici Ücretlerine İlişkin Yapılan İnceleme**’nin, hissedarHaldun ORAL'ın şikâyet dilekçesi ile Mehmet Koray GÜRSEL tarafından Kurula gönderilen elektronik posta ve şikâyet dilekçeleri üzerine başlatıldığı ifade edilmiştir.

**(I) Denetleme raporundaki, “Yönetici Ücretlerine İlişkin Yapılan İnceleme”**

Denetleme Raporunda şikâyet dilekçelerinde özetle; İpek Ailesinin, yönetimde bulunmaları dolayısıyla ülkemiz şartlarına göre son derece *yüksek maaşlar* aldıkları ifade edilmiştir.

Bu şikâyetler üzerine inceleme başlatan uzmanlar, halka açık İpek Enerji, Koza Metal ve Koza Altın ile bu şirketlerin doğrudan ve/veya dolaylı bağlı ortaklıklarının İpek Ailesinden olan yönetim kurulu üyeleri Hamdi Akın İPEK. Cafer Tekin İPEK, Pelin ZENGİNER (İPEK) ve Melek İPEK'e 2010-2015 yılları arasında sağladıkları faydaları incelemiş; ayrıntılı bir tablo hazırlamıştır.

**A) Denetim Uzmanlarının Yaptığı Mevzuat İncelemesi**

Denetim uzmanları, Koza Altın tarafından A grubu pay sahiplerini temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine sağlanan faydaların büyük kısmının kâr payı verilmesinden kaynaklandığı düşüncesiyle, öncelikli olarak ***Koza Altın***'ın *yönetim kurulu üyelerine* kâr dağıtımı işlemlerinin *mevzuata uygunluğunu incelemiştir.*

Bu esastan olmak üzere, Mülga 2499 sayılı SPKn'nun 15. maddesinin ikinci fıkrasının 6362 sayılı SPKn'nun l9’uncu maddesini, 01.02.2014 tarihinde yürürlüğe giren II-19.1 sayılı Kâr Payı Tebliği ile yürürlükten kaldırılan Seri: IV. No:27 Tebliğini, "Sermaye Piyasası Kanununa Tâbi Olan Halka Açık Anonim Ortaklıkların Temettü ve Temettü Avansı Dağıtımında Uyacakları Esaslar Hakkında Tebliğ"inin(Seri: IV No:27Temettü Tebliği) 7'nci maddesini, Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 279. maddesinin 2. fıkrasının b.5 hükmünü, Mülga 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 472. maddesini, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 394. maddesi ile408’inci maddesini, 01.02.2014 tarihinde yürürlüğe giren “*Kâr Payı Tebliği*”nin 4,5 ve 8’inci maddelerini ve özetle ifade edilirse, “**kazanç payı dağıtımı**” ile ilgili tüm mevzuatı incelemiştir.

**B) Şirket Esas Sözleşmesindeki “*Yöneticilere Kâr Payı Dağıtımı*” hükümlerinin İncelemesi**

Uzmanlar, *mevzuat hükümlerini inceledikten sonra*, Koza Altın ***esas sözleşmesinde,*** ilgili mevzuata uygun olarak, ***yönetim kurulu üyelerine kârpayı verilebileceğine ilişkin hüküm bulunduğunu***, bununla birlikte dağıtılacak kâr payına ilişkin olarak herhangi bir oran belirlenmediğinin tespit edildiğini ifade etmişlerdir. **(Denetleme Raporu, s. 32).**

**C) Kâr Dağıtımına İlişkin Genel Kurul Kararları**

***Mevzuat ve esas sözleşme incelemesini tamamlayan uzmanlar***, kazanç dağıtımına ilişkin *Genel Kurul kararlarının bulunup bulunmadığını*, yılları nazara alarak incelemiş; kazanç dağıtımına ilişkin Genel kurul kararlarının bulunduğu ve bu kararların alındığı genel kurul toplantılarına ilişkin bir ***hukuka aykırılığa tesadüf edilmediğini***, yedek akçe ayrılması dâhil olmak üzere, mevzuata uygun olduğunu tespit etmişlerdir (**Denetleme Raporu, s.34-36)**.

**D) Kâr Dağıtım Politikası**

II-19. l sayılı Kâr Payı Tebliği'nde, kâr dağıtım politikalarında asgari olarak bulunması gereken “***Kâr Dağıtım Politikarı***”na da ***yer verildiği*** ifade edildikten sonra, ”*Koza Altın' ın yukarıda yer alan kâr dağıtım politikasında,* ***Kurulumuz tarafından belirlenmiş olan*** *asgari kâr dağıtım oranında nakden ve/veya bedelsiz hisse senedi şeklinde kâr dağıtımı yapılacağı ve yönetim kurulunca asgari kâr dağıtım oranının üstünde kâr dağıtım kararı alınması ve genel kurulun onayına sunulmasının her zaman mümkün olduğu ifade edilmiştir. Diğer taraftan., Koza Altın'ın kâr dağıtım politikasında kâr payı avansı dağıtılıp dağıtılmayacağına ilişkin bir bilginin bulunmadığı*” ve “*yönetim kurulu önerisi ile kâr dağıtım tablosunun ilgili genel kurul gündemlerinin ilan edildiği tarihlerde* ***kamuya açıklandığı anlaşılmıştır***” denilmiştir. **(Denetleme Raporu, s.36-38)**.

 **E) Hukuk İşleri Dairesi'nden Alınan Görüş (Denetleme Raporu Ek:34)**

Yönetim kurulu üyelerine kazanç dağıtımının usulüne uygun olduğu tespitini yapan denetim uzmanları SPK Hukuk İşleri Dairesinden:

*“Seri: IV, No:* 27 *sayılı Tebliğde yer alan 7/2-a hükmüne II-19.1 sayılı Tebliğde yer verilmemesinin artık yöneticilere kârdan pay verilmesi suretiyle örtülü kazanç aktarımı yapılamayacağı anlamına gelip gelmediği,*

*II-19.1 sayılı Tebliğ öncesi dönemde mevzuatça uygun olarak yönetim kurulu üyelerine yapılan kâr payı ödemelerinin sanık lehine yorum esası çerçevesinde örtülü kazanç denetimine konu olup olamayacağı,*

*Yönetim kurulu üyelerine kârdan dağıtılan payların Seri: IV, No:27 sayılı Tebliğin yürürlükte olduğu dönemde örtülü kazanç denetimine konu olabileceği ve II-19.1 sayılı Tebliğin yürürlüğe girmesi sonrasında ise tebliğe aykırılık olup olmaması açısından incelenebileceği varsayımları altında, Seri: IV, No:* 27 *sayılı Tebliği döneminde yönetim kurulu üyelerine kârdan dağıtılan payların* ***dörtte birlik oranı*** *aştığının II. 19- I sayılı Tebliğ döneminde tespit edilmesi halinde lehe uygulamaya ilişkin hükümler göz önünde bulundurulduğunda örtülü kazanç aktarımı kapsamında değerlendirip değerlendirilemeyeceği,*

*Örtülü kazanç aktarımı kapsamında değerlendirilmemesi gerekiyorsa II-19. I sayılı Tebliğin henüz yürürlükte olmadığı döneme ilişkin olarak idari para cezası yaptırımında bulunulup bulunulamayacağı,*

*Örtülü kazanç aktarımı kapsamında değerlendirilmesi gerekiyorsa II-19. I sayılı Tebliğde dörtle birlik oranın, anılan Tebliğ yürürlüğe girmeden önceki dönemde yönetim kurulu, üyelerine kardan dağıtılan paylara ilişkin emsal olarak kullanılıp kullanılamayacağı”*

hususlarında görüş sormuştur **(Denetleme Raporu, s 38-39).**

 **Hukuk İşleri Dairesi’nden verilen cevapta özetle;**

 ***a****. “****Örtülü kazanç aktarımı suçunun*** *unsurlarının, gerek mülga 2499 sayılı SPKn. gerek 6362 sayılı SPK.n'nda belirlendiğini, kanunla belirlenmiş olan maddi unsura düzenleyici işlemlerle bir ekleme yapılması ya da maddi unsur kapsamında yer alabilecek bir fiilin düzenleyici bir işlemle hüküm kapsamdan çıkarılmasının suç ve cezaların kanuniliği ilkesi uyarınca mümkün olmadığı, Seri: IV, No:27 sayılı Tebliğ'in 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi hükmüne hiç yer verilmese dahi yönetim kurulu üyelerine kârdan pay dağıtılması işleminin mülga 2499 sayılı SPKn'nun m.15/son fıkrası çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olduğu, örtülü kazanç aktarımı suçunu düzenleyen hükümde suç oluşturan fiillerin belli olduğundan, bu kapsamda değerlendirilebilecek herhangi bir fiilin, ayrıca düzenleyici işlemle belirtilmesine gerek bulunmadığı, II-19.1 sayılı Tebliğ'de, mülga Seri: IV, No:27 sayılı Tebliğ'in 7 nci maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine yer verilmemesinin herhangi bir etkisinin bulunmadığı, bu nedenle yöneticilere kârdan pay verilmesinin 6362 sayılı SPKn'nun 110/1. c hükmünde yer alan 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 kapsamında değerlendirilebileceği* ***somut olaylar bakımından****, örtülü kazanç aktarımı suçunun oluştuğu sonucuna varmanın mümkün olduğunu*,

 ***b****. II-19.1 sayılı Tebliğ'in 5 inci maddesinde yer alan* ***dörtte bir oranının zorunlu bir oran olarak öngörülmediği****, böylelikle anılan hüküm ile emredici değil düzenleyici nitelikte* ***yedek hukuk normu*** *öngörüldüğü, bu nedenle denetim konusu olaylarda, emsal incelemelerinde ilgili donemdeki* ***iç ve dış emsallere de ayrıca bakılmasının uygun olacağı****, bu haliyle anılan hükümde yer alan dörtte birlik oranın, piyasada geçerli olan genel bir oran olarak kabul edilemeyeceği ve bu nedenle her koşulda emsal teşkil ettiğini söylemenin mümkün olmadığı, dolayısıyla* ***dörtte birlik oranın aşıldığı her durumda da örtülü kazanç aktarımının gerçekleşmiş olduğunun kabul edilemeyeceği****, aksine* ***somut olayda*** *örtülü kazanç aktarımının diğer tüm maddi ve manevi unsurlarının oluşup oluşmadığının ayrıca incelenip sonuca varılması gerektiği, emsal olarak sabit bir oran kabul edilmesi yerine,* ***şirketin içinde bulunduğu sektör, faaliyet alanı, mali yapısı, kâr ve kazanç payı dağıtımı*** *hususlarındaki genel uygulamaları gibi hususların göz önünde bulundurularak* ***somut olaya göre uygulama yapılmasının uygun olacağı,***

 ***c.*** *Öte yandan, emsal incelemesi yapılırken, yöneticilere sağlanan toplam menfaatin dikkate alınmasının da yararlı olacağı, zira ilgili şirkette ve emsallerinde yöneticilere ödenen ücret, sağlanan diğer menfaatler ve verilen kazanç payının toplamının dikkate alınması ile anlamlı bir sonuç elde edilebileceği ifade edilmiştir* **(Denetleme Raporu, s.38-43).**

**F) Emsal Tespitine İlişkin İnceleme**

Kurul uzmanları Denetleme Raporunda, “***Sermaye Piyasası Mevzuatında emsal tespitinin nasıl yapılması gerektiğine ilişkin hüküm bulunmadığını***” ifade ettikten sonra; “uygulamada Maliye Bakanlığının *Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği*'nin 5. bölümünde yer alan emsal tespit yöntemleri kullanılabilmektedir” demişlerdir.

Kurul uzmanları bu değerlendirmeyi yaptıktan sonra, **Maliye Bakanlığının *Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği*'nin 5. bölümünde** yer alan emsal tespit yöntemleri hakkında da değerlendirme yapmış; *iç/dış emsal* olarak nitelendirdikleri bir inceleme yapmıştır.

**(1)** Kurul uzmanlarının yaptığı incelemede, Koza Altın tarafından İpek Ailesinden olan yönetim kurulu üyelerinesağlanan menfaatlere ilişkin olarak karşılaştırılabilir nitelikte ***iç emsal bulunmadığı*** sonucuna varmıştır **(Denetleme Raporu, s. 45).**

**(2)** Koza Altın tarafından İpek Ailesinden olan yönetim kurulu üyelerinesağlanan menfaatlere ilişkin olarak karşılaştırılabilir nitelikte ***iç emsal bulunmadığı* sonucuna varan** Kurul Uzmanları, bu kez de “***dış emsal***” aramasına girişmişler; bu bağlamda da, icraî görevi olanlar ve olmayanlar ayrımına gitmişler; uzun ve zorlayıcı tahlillerden sonra, sonuç olarak;

“*Koza Altın'ın icracı yönetim kurulu üyeleri Hamdi Akın İPEK ve Cafer Tekin İPEK'e sağladığı menfaatin 2012-2015 yıllarında emsal şirketlerin uygulamalarından ayrıldığı, dolayısıyla sağlanan menfaatin emsallerine göre* ***bariz derecede farklı olduğu*** *gibi****,*** *icracı olmayan Melek İPEK ve Pelin ZENGİNER'e sağladığı menfaatin 2010-2015 yıllarının tamamında emsal şirketlerin uygulamalarından ayrıldığı dolayısıyla sağlanan menfaatin* ***emsallerine göre bariz derecede farklı olduğu***” değerlendirilmesinde bulunmuşlardır **(Denetleme Raporu, s. 53-54).**

 **(II) Denetleme Raporunda Kurul Uzmanlarının, “Yönetici Ücretlerine İlişkin” Değerlendirmesi (Denetleme Raporu, s. 65-74)**

Kurul uzmanlarının, “**Kâr Dağıtımına İlişkin Mevzuat Kapsamında Değerlendirmesi”** başlığı altında;

*“Koza Altın tarafından A grubu pay sahiplerini temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine sağlanan faydaların büyük kısmının kâr payı verilmesi dolayısıyla olduğu görülmüştür. İlgili mevzuata uygun olarak, Koza Altın esas sözleşmesinde yönetim kurulu üyelerine kâr payı verilebileceğinin belirtildiği,* ***yasa hükmü ile ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen birinci temettünün ayrıldığı*** *ve* ***belirlenen birinci temettünün ödendiği****, yönetim kurulu üyelerine kâr payı verilmesine ilişkin* ***kararların Koza Altın’ın ilgili yıl genel kurullarında alındığı*** *ve II-19.1 sayılı Kâr Tebliğinin yürürlüğe girmesinden sonra yapılan 2013 ve 2014 yılı genel kurullarında yönetim kurulu üyelerine dağıtılan kâr payı tutarının, pay sahiplerine* ***dağıtılan kâr payının dörtte birini aşmadığı tespit edilmiştir.*** *Bununla birlikte, II-19.1 sayılı Kâr Tebliğinin 4’üncü maddesi uyarınca, Koza Altın’ın kâr dağıtım politikalarında, kâr payı dağıtılacak ise, ortaklar için kâr dağıtım oranının belirlenmesi ve kâr payı avansı dağıtılıp dağıtılmayacağı, dağıtılacak ise buna ilişkin esaslara yer verilmesi gerekli olmakla birlikte Koza Altın'ın kâr dağıtım politikasında ortaklar için belirlenen kâr payı dağıtım oranının net olarak belirtilmediği ve Koza Altın'ın kâr dağıtım politikasında kâr payı avansı dağıtılıp dağıtılmayacağına ilişkin bir bilginin bulunmadığı anlaşılmıştır.*

 *Diğer taraftan, Koza Altın' ın 25 Nisan 2011 tarihli 2010 yılı olağan genel kurulunda A grubu pay sahiplerini temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine 2.251.483 TL nakit temettü dağıtılmasına karar verildiği fakat A grubu pay sahiplerini temsilen seçilen yönetim kurulu üyelerine 2011 yılı için 3.499.351 TL nakit temettü ödemesi gerçekleştirildiği, dolayısıyla A grubu pay sahiplerini temsil eden yönetim kurulu üyelerine kâr payı ödemesi dolayısıyla 1.247.868 TL fazla ödeme yapıldığı görülmüştür. Koza Altın yetkilileri tarafından 2010 yılı olağan genel kurulunda nakit temettü dağıtılmasına ilişkin alınan kararda "****net****" tutarın kastedildiğinin ifade edilmesi ve söz konusu hususa ilişkin olarak 2011 yılı olağan genel kurulunda alınan kararda net tutarın kastedildiğine yer verilmesi nedenleri ile* ***konu ile ilgili eleştiri getirir bir husus bulunmadığı düşünülmektedir.***

 *2011 yılı olağan genel kurulunun toplantı tutanağından bir sonraki yıl olan 2012 yılında yönetim kurulu üyelerine dağıtılacak temettü oranına ilişkin olarak karar alındığı anlaşılmış olup, söz konusu kararın sadece kâr dağıtım politikasının belirlenmesi amacıyla yapılması, yönetim kurulu üyelerine kâr payı verilmesine ilişkin kesin bir karar olmaması ve 2012 yılı olağan genel kurulunda yönetim kurulu üyelerine dağıtılacak kâr payı tutarının ayrıca genel kurul onayından geçmiş olması nedenleri ile* ***konu ile ilgili eleştiri gerektirir bir husus bulunmadığı düşünülmektedir”*** değerlendirmesini yapmışlardır **(Denetim Raporu, s.74).**

Özetle belirtmek gerekirse Kurul uzmanları tarafından, “**kâr dağıtımının mevzuata ve esas sözleşmeye uygun olduğu ve *konu ile ilgili eleştiri gerektirir bir husus bulunmadığı”*** sonucuna varmıştır.

 Kurul uzmanları, “**kâr dağıtımının mevzuata ve esas sözleşmeye uygun olduğu** tespitini yaparken, “***Örtülü Kazanç Aktarımı Kapsamında Değerlendirmelerinde,***

 “*Mülga 2499 sayılı SPKn'nun 15/son[[1]](#footnote-1) ve 47/1/A-6[[2]](#footnote-2) maddelerinde tanımlanan* ***örtülü kazanç aktarımı suçu*** *tanımı, 6362 sayılı SPKn'nun 110-1-b[[3]](#footnote-3) maddesinde "****Güveni kötüye kullanma suçunun****" nitelikli hali olarak korunmakta olup sadece cezai anlamda fark olduğu görülmektedir*” denildikten sonra, “*Bu bağlamda, Koza Altın yönetim kurulu üyelerine sağlanan faydalara ilişkin değerlendirmelerin, mülga 2499 sayılı SPKn ile 6362 sayılı SPKn’nun hükümleri çerçevesinde yapılacağını*” ifade etmişler; bir diğer söyleyişle, “***ceza hukukundaki kıyas yasağına rağmen***”, fiilin suç olarak değerlendirmesini, ***yürürlükten kalkan mevzuata*** göre yapacaklarını ifade etmişlerdir.

 Kurul uzmanlar, bu şekilde bir değerlendirme yaparak;

 “Hamdi Akın İPEK (TC 24190942674), Cafer Tekin İPEK (TC 24187942748), Melek İPEK (TC24 l 96942456)ve Pelin ZENGİNER (TC 54910172852) isimli şahıslar hakkında mülga 2499sayılı SPKn'nun 47/1/A-6 maddesi ile 6362 s yılı SPKn'nun 21 ve 110'uncu maddeleri çerçevesinde işlem yapılmak üzere, 6362 sayılı SPKn'nun 115'inci maddesi uyarınca *Cumhuriyet Savcılığına suç duyurusunda bulunulmasının”* ve ayrıca, *“****yönetim kurulu üyelerinin aldığı kâr payının örtülü kazanç aktarımı olduğu ve raporda tespit ettikleri tutarları istenmesi hususunda Koza Altın kayyımlarının bilgilendirilmesinin uygun olacağı***” sonucuna varmıştır.

Örtülü kazanç aktarımına dair, SPK Denetleme Kurulunda yer alan tespitler tümüyle sübjektif olup; esas sözleşme ve genel kurul kararlarına istinaden, yönetim kurulu üyelerine kardan dağıtılan payın örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilmesi kabul edilemez. Kaldı ki; Denetleme Raporunda, aynı sektör kapsamı içinde, kazanç, karlılık durumu gibi objektif ölçüler baz alındığında, şirketin emsalinin bulunmadığı belirtilmiş ve dolayısıyla, bu konuda emsal incelemesi yapılmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir.

**(III) Denetim Raporundaki Emsal İncelemesi ile İlgili Tespitler Açıkken, Raporun Sonuç Kısmında “Örtülü Kazanç Aktarımı” Olduğu İddiası Açık Bir Çelişkidir- Kabul Edilemez**

SPK’nın 4.3.2016 tarihli bahsi geçen kararı, eksik inceleme ve hatalı değerlendirmelere dayanmakta; denetim raporu ile de uyum sağlamamaktadır. Şöyle ki, SPK’nın 4.3.2016 tarihli kararına esas teşkil eden **DENETİM RAPORUNDA**;

“*Bu nedenlerle,* ***Koza Altın tarafından*** *İpek ailesinden olan yönetim kurulu üyelerine sağlanan menfaatlere ilişkin olarak karşılaştırılabilir nitelikte* ***iç emsal bulunmadığı sonucuna ulaşılmıştır…****……İç emsal olarak kullanılacak fiyat veya bedelin bulunmaması ya da söz konusu fiyat ve bedelin güvenilir olmaması durumunda* ***dış emsal karşılaştırmada esas alınmalıdır.*** Bu durumda Koza Altın yönetim kurulu üyelerinin Koza Altın’a sağladıkları hizmet ile emsal olarak alınacak şirketlerdeki yönetim kurulu üyelerinin ilgili şirkete sağladıkları hizmetin karşılaştırılması gerekmektedir. Bu hizmetlerin karşılaştırılması için ise söz konusu şirketlerin ve bu şirketlerdeki yönetim kurulu üyelerinin şirkete sağladıkları hizmetlerin birbiriyle benzer nitelikte olması gerekmektedir. Yani yapılacak değerlendirmede ilgili şirketin faaliyet türü, öz varlığı, karlılığı, büyüme hızı ile birlikte yönetim kurulu üyesinin yetki ve sorumluluk derecesinin de dikkate alınması gerekmektedir……..***Koza Altın’ın içinde bulunduğu sektör açısından emsal kabul edilebilecek bir şirket bulunmadığı kanaatine varıldığından,*** Koza Altın tarafından yöneticilere ödenen ücretin büyük kısmının verilen kâr paylarından kaynaklanması nedeniyle net dönem kârı, ***yöneticilere ödenen ücretin şirket büyüklüğü ile doğru orantılı olması nedeniyle aktif büyüklüğü ve brüt satışlar dikkate alınarak emsal şirketler belirlenmiştir….*(Denetim Raporu, s. 95-97)”.**

***Koza Altın’ın içinde bulunduğu sektör açısından emsal kabul edilebilecek bir şirket bulunmadığı kanaatine varan*** Kurul Uzmanları, yaptıkları uzun tahliller sonucunda;

“*Koza Altın’ın yönetim kurulu üyeleri Hamdı Akın İpek ve Cafer Tekin İpek’e sağladığı menfaatin 2012-2015 yıllarında emsal şirketlerin uygulamalarından ayrıldığı, dolayısıyla sağlanan menfaatin emsallerine göre* ***bariz derecede farklı olduğu değerlendirilmektedir*** *(Denetim Raporu, s. 100*)” dedikten sonra, “*Koza Altın’ın yönetim kurulu üyeleri arasından icracı olmayan Melek İpek ve Pelin Zenginer’e sağladığı menfaatin 2012-2015 yıllarında emsal şirketlerin uygulamalarından ayrıldığı, dolayısıyla sağlanan menfaatin emsallerine göre bariz derecede farklı olduğu değerlendirilmektedir* (Denetim Raporu, s. 101)” demişlerdir.

Denetim Raporundaki ifadelerden de anlaşılacağı üzere,

***“Koza Altın tarafından*** *İpek ailesinden olan yönetim kurulu üyelerine sağlanan menfaatlere ilişkin olarak karşılaştırılabilir nitelikte* ***iç emsal bulunmadığı,***

***Koza Altın’ın içinde bulunduğu sektör açısından emsal kabul edilebilecek bir şirket bulunmadığı kanaatine ulaşıldığı”*** belirtildikten sonra Raporun sonuç kısmında;

“*Sonuç olarak, Koza Altın’ın yönetim kurulu üyeleri arasından icracı olmayan Melek İpek ve Pelin Zenginer’e sağladığı menfaatin 2012-2015 yıllarında emsal şirketlerin uygulamalarından ayrıldığı, dolayısıyla sağlanan menfaatin emsallerine göre bariz derecede farklı olduğu değerlendirilmektedir.* **(Denetim Raporu, s. 101)**” denilmesi kabul edilemez.

Durum böyle olmakla birlikte, SPK kararında:

“*Koza Altın İşletmeleri AŞ’nin 2010-2015 döneminde ilişkili yönetim kurulu üyeleri, Hamdi Akın İpek, Cafer Tekin İpek, Melek İpek ve Pelin Zenginer’e sağlanan menfaat toplamının emsal şirketlere göre bariz şekilde farklı olduğunu; Koza Altın İşletmeleri AŞ’nin malvarlığında en az 90.980.843.-TL tutarında bir azalmanın meydana geldiğini ve söz konusu tutarların 31.12.2015 tarihi itibariyle bugünkü değerlerin toplamının 107.314.302.- TL olduğu dikkate alındığında, söz konusu işlemlere taraf olan ve bu işlemler neticesinde* ***menfaat temin eden*** *Hamdi Akın İpek, Cafer Tekin İpek, Melek İpek ve Pelin Zenginer’den, haksız olarak aldıkları bu menfaatlerin iadesini”* talep etmiştir.

***Koza Altın tarafından İpek ailesinden olan yönetim kurulu üyelerine sağlanan menfaatlere ilişkin olarak karşılaştırılabilir nitelikte iç emsal bulunmadığı, Koza Altın’ın içinde bulunduğu sektör açısından emsal kabul edilebilecek bir şirket bulunmadığı kanaatine ulaşan* Kurul Uzmanlarının**, raporun sonuç kısmında; yönetim kurulu üyelerinin *sağladığı menfaatin 2012-2015 yıllarında emsal şirketlerin uygulamalarından ayrıldığı, dolayısıyla sağlanan menfaatin emsallerine göre bariz derecede farklı olduğu değerlendirmesi kabul edilemez.*

Müvekkillerime dağıtılan kazanç payları ***genel kurul kararıyla*** gerçekleşmiştir. Yönetim kurulu üyesi olan davalı müvekkillerim, sadece genel kurula kazanç payı dağıtılması teklifini sunmuşlardır; kazanç dağıtımına karar veren Genel Kuruldur. Genel kurulun kazanç paylaşma kararının mevzuata uygun olduğu, eleştirilecek bir yön bulunmadığı da Kurul Uzmanlarının kabulündedir. *Genel kurulun kazanç paylaşma kararları aleyhine bir dava da açılmamıştır.* Genel kurulun mevzuata ve esas sözleşmeye uygun olarak aldığı bir karara dayanan menfaatlerin (hiç emsal bulunmadığı Denetim Raporunda açıkça belirtilmesine karşın) “*emsal şirketlere göre bariz şekilde farklı olduğu*” gerekçesiyle iradi işlem tesisi kabul edilemez.

 Kaldı ki, SPK Denetim Uzmanları da raporlarının “Mevzuat Yönünden” yaptıkları değerlendirmelerinde, mevzuata uygunluk yönünden “***konu ile ilgili eleştiri getirir bir husus bulunmadığını”*** açıkça ifade etmişlerdir.

**2) Genel Kurulun Kazanç Dağıtılmasına Olanak Sağlayan Genel Kurul Kararlarının İptaline Yönelik Hiçbir Dava Açılmamış; Ayrıca Müvekkil Yönetim Kurulu Üyeleri Her Yıl İbra Edilmiştir.**

TTK'nın 445. maddesinde, Kanunda sınırlı sayıda belirtilen belli kişi ve kurulların, kanun veya esas sözleşme hükümlerine ve özellikle dürüstlük kuralına aykırı olan genel kurul kararları aleyhine, **karar tarihinden itibaren üç ay içinde,** şirket merkezinin bulunduğu yerdeki Asliye Ticaret Mahkemesinde iptal davası açabilecekleri hükme bağlanmıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun 23. maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendi ve ikinci fıkrası kapsamında da halka açık ortaklıkların, imtiyaz öngörmesi veya mevcut imtiyazların kapsam veya konusunu değiştirmesi hususunda Sermaye Piyasası Kurulu'nun, **birinci fıkra çerçevesinde düzenlenen zorunluluklara uyulmaksızın gerçekleştirilen işlemlerin ortadan kaldırılmasına yönelik Kurul kararının tebliği tarihinden itibaren otuz gün içinde** işlem öncesi durumun aynen sağlanmaması halinde idari para cezası verebileceği ve bu işlemlerin iptali için 6102 sayılı Kanunun genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümleri çerçevesinde dava açabileceği düzenlenmiş bulunmaktadır.

Kazanç dağıtımının, mevzuata ve esas sözleşmeye uygun olarak nasıl yapılacağına; ***genel kurul toplantılarında karar verilmiştir***. Bu genel kurul toplantılarına **Bakanlık temsilcisi (Bakanlık komiseri) de katılmıştır.** Bugüne kadar genel kurullarda alınan bu kararlara karşı tek ***bir iptal davası dahi açılmamıştır***.

Kaldı ki Türk Ticaret Kanunu'nun 423. maddesinde de belirtildiği üzere genel kurul tarafından verilen kararlar toplantıda hazır bulunmayan veya olumsuz oy veren pay sahipleri bakımından da bağlayıcıdır. Genel kurulda temsil edilen pay sahipleri, kazancın dağıtılması kararını oyları ile kabul etmiş; toplantıda herhangi bir itirazları olmamış ve en önemlisi **kazancın dağıtılması kararlarının alındığı genel kurul toplantılarına karşı herhangi bir dava açılmamıştır.** Hâl böyle iken, geçerli genel kurul kararlarına dayanarak kazanç paylarını alan müvekkillerin, (emsal belirlenememişken) “*emsal şirketlere göre bariz şekilde farklı olduğu*” iddiası, soyut, sübjektif, temelsiz bir yorumdan öteye gitmemiştir.

Bunun gibi, **Sermaye Piyasası Kurulu da** bugüne kadar *Koza Altın İşletmeleri AŞ’nin* **genel kurul kararlarının iptaline dair hiçbir dava açmamıştır.**

***Özetle ifade edilecek olursa,*** 2009 yılından 2015 yılına kadar ***genel kurullarda alınmış***, ***kamuya duyurulmuş***, şirket ***web sitesinde*** yayınlanmış kararlar hakkında, SPK da dahil olmak üzere herhangi bir kişi ya da kurum tarafından **hiçbir dava açılmamış;** yönetim kurulu üyesi olan müvekkillerim her yıl **ibra edilmiştir.**

Mevzuatta pay sahipleri ve SPK bakımından öngörülen dava açma sürelerinin geçtiği de düşünüldüğünde üzerinden çok uzun zaman geçmişken genel kurul kararlarının konusunu oluşturan hususların hukuka aykırılığının ileri sürülmesi; zorlama yollu örtülü kazanç aktarımı iddiasında bulunulması kabul edilebilir değildir.

Kaldı ki, SPK Denetim Uzmanları da raporlarının “Mevzuat Yönünden” yaptıkları değerlendirmelerinde, mevzuata uygunluk yönünden “***konu ile ilgili eleştiri getirir bir husus bulunmadığını”*** açıkça ifade etmişlerdir.

**3) Örtülü Kazanç Aktarımı ile İlgili Olarak Mevzuat Hükümleri Kapsamında Beyanlarımız:**

Dava konusu SPK kararında yer alan, kardan pay dağıtımına ilişkin iddialar, Sermaye Piyasası Kanunu'nun 21 ve 110. Maddelerin de tanımlanan ***örtülü kazanç aktarımı*** unsurlarını "*kesinlikle"* taşımamaktadır; SPK denetim uzmanlarının, SPK Hukuk İşleri Dairesinin görüşüne dayanarak vardıkları, **“Örtülü Kazanç Aktarımı**” *nitelendirmesi* ***yanlış*** *yapılmıştır.*

Şöyle ki;

**SPK 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****".*

Maddenin düzenlemesinden de anlaşılacağı üzere **hükmün amacı**, **yöneticilerin,** halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının ***kârlarını veya malvarlıklarını azaltmasını veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek maksadıyla kazanç aktarımında bulunmaları sonucunu doğuracak muamelelerde bulunmasını yasaklamaktır.***

Gerçekten de, Kanunun lâfzından hareketle dahi, örtülü kazanç aktarımının varlığına karar verebilmek için 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.***

Bir diğer söyleyişle, *emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren* ***bir anlaşma bulunmuyorsa, örtülü kazanç aktarımından söz edemeyiz.***

Şirket tüzel kişiliğini temsilen yapılan ***anlaşmaların***, tüzel kişiliği temsil organı olan ***yönetim kurulu*** tarafından yapılacağı ise tartışmasızdır. Tüzel kişiliği temsilen muamelelerde bulunmak, yönetim kurulunun münhasır yetkilerindendir; genel kurul yönetim kurulunun münhasır yetkilerine giren hususlarda karar alamaz.

Dava konusu SPK kararında, *“haksız alındığı iddia edilen kazanç payının iade edilmesi”* ifadelerine yer verilmektedir. Dağıtılacak kazanç payını belirlemek; dağıtılıp dağıtılmayacağına karar vermek genel kurulun devredilemez yetkilerindendir. Bir diğer ifadeyle, ***kazanç payını belirleyen yönetim kurulu değildir****; kazanç payını belirlemek genel kurulun yetkisindedir*. Kazanç payı dağıtımı, genel kurulun aldığı bir karara bağlı olarak dağıtılır. ***Genel kurul kararlarında ise örtülü kazançtan aktarımında bahsedilemez***; **örtülü kazanç aktarımı, sadece yönetim kurulunun yaptığı anlaşmalarla gerçekleşir.**

Bu çerçevede **örtülü kazanç aktarımı** olması için**; yönetim kurulunun, gerçeği yansıtmayan veya gerçeği yansıtsa da, yanıltıcı olarak *ilişkili kişilere* para transferleri yapmak maksadıyla anlaşma yapması ve faaliyet raporlarında ve mali tablolarda bu para transferini göstermemesi gerekir.**

Yönetim kurulu üyelerine *kazanç dağıtılması* ise**, genel kurul tarafından karara bağlanır;** yönetim kurulu üyelerine kazanç dağıtılması, yönetim kurulunun yaptığı bir anlaşmaya dayanmaz. Genel kurul kararlarına istinaden dağıtılan ***kazanç dağıtımı, örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilemez.***

Kaldı ki, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi 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, **örtülü kazanç aktarımı, Yönetim Kurulunun yaptığı anlaşmalarla ilgilidir; Genel Kurulun kazanç payı dağıtması kararı SPK nın m.21’in kapsamına girmez,** talebin reddi gerekir.

1. 2499 sayılı **SPKn m. 15/son***:*“*Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltamaz*” şeklindedir. [↑](#footnote-ref-1)
2. 2499 sayılı**SPKn m.47/1.A-6**:“*Bu Kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında belirtilen işlemlerde bulunarak kârı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler*”,

“her bir alt bent kapsamına giren fiillerden dolayı iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin günden onbin güne kadar adlî para cezası ile cezalandırılır” şeklindedir. [↑](#footnote-ref-2)
3. 6362 sayılı **SPKn’un Güveni kötüye kullanma ve sahtecilik**başlığını taşıyan **110’uncu** maddesinin **1’inci** fıkrasında **“***Aşağıdaki fiiller güveni kötüye kullanma suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda 5237 sayılı Kanunun 155 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz*” denildikten sonra  **(b) bendinde** bu hallerden birisi olarak: “*Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak,örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak*” belirtilmiştir. [↑](#footnote-ref-3)