

BANKACILIK KANUNUNDA NİTELİKLİ PAY SAHİPLİĞİ KAVRAMI VE BU KAVRAMA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

*Sami KARAHAN**

ÖZET:

Bankacılık Kanunu bankaların denetim altında tutulabilmesi amacıyla nitelikli pay sahipliği kavramına büyük önem vermiştir. Ancak kavramın amacını sorguladığımızda yeniden düzenlenmesi gerektiğini görmekteyiz.

Anahtar Kelimeler: *Banka, Nitelikli Pay, Haklar ve Yükümlülükler, Payın Devri, Payın İktisabı*

ABSTRACT:

Banking Law gives big importance to the aggravated shares for keep down the banks. Nevermore when we analysis this notion's aims, we see that the article must be arrange again.

Keywords: *Bank, Aggravated Shares, Rights and Obligations, Share Transfer, Acquisition of Shares*

** Prof. Dr. İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı, Eminönü-İstanbul.*

GİRİŞ

Türk bankacılık sistemi geçtiğimiz dönemde iyi sınavlar vermedi. Bankalarımız bizzat sahipleri ve yöneticileri tarafından suiistimallere uğratıldı ve sonuçta devlet birçok bankaya el koymak zorunda kaldı. Uzun yıllar boyunca tüm toplum bunun ağır maliyetlerine katlanmak zorunda kaldı.

Yolsuzluk ve usulsüzlükleri önleme amacı ile getirilen yeni düzenlemeler bazen amacı aşan işlemlere sahip kılındı, bazen bu şekilde yorumlandı ve uygulandı. Getirilen hükümler ve yapılan uygulamalar eleştirilere açık olmakla birlikte, 2008 yılının son çeyreğinden itibaren dünya finans sisteminde yaşanan olumsuz gelişmeler ve büyük küresel mali kriz dikkate alındığında, 2001 ekonomik krizi sonrasında getirilen mevzuat hükümlerinin, gösterilen yaklaşımların ve gerçekleştirilen uygulamaların isabetli olduğu anlaşılmış oldu.

Bankacılık Kanunu ile getirilen nitelikli paya ilişkin hükümler yukarıda belirtilen amacı gerçekleştirmek için benimsenen düzenlemelerdendir¹. Gerçekten, Türk Kanun Koyucusu 5411 sayılı Bankacılık Kanununun “Amaç” başlığını taşıyan birinci maddesinde Kanunun amacını “finansal piyasalarda güven ve istikrarın sağlanmasına, kredi sisteminin etkin bir şekilde çalışmasına, tasarruf sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunmasına ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir.” şeklinde ifade etmiştir.

Kanun koyucu tarafından dikkatle düzenlenen nitelikli pay ve pay sahiplerine ilişkin hükümler Kanunun belirtilen amacının gerçekleştirilmesi bakımından kendisine büyük önem atfedilmiş hükümler olarak kabul edilmektedir. Önceki dönemde bankaların bizzat bankayı yöneten pay sahipleri ve profesyonel yöneticileri tarafından suiistimal edildiği dikkate alındığında, bu suiistimalleri engellemenin birinci yolunun banka sahiplerinin ve bankaları sevk ve idare edecek olan kişilerin niteliklerinin detaylı olarak belirlenmesi ve denetlenmesinden geçtiği düşünülmüştür.

Aşağıda nitelikli paylara ve bunların sahiplerine ilişkin getirilen düzenlemeler incelenecektir.

¹ Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanununda “nitelikli pay” kavramına yer verilmemiş ve tanımlanmamış olmakla birlikte, kavramın kapsamında yer alan benzer nitelikte bazı hükümler bulunmaktaydı.

I- NİTELİKLİ PAY SAHİPLİĞİ KAVRAMI

A-TERMİNOLOJİ

Nitelikli pay “Bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları” ifade eder (5411 syl. BanK.m.3).

Öncelikle belirtelim ki, maddede ifadesini bulan “nitelikli pay” tanımı terminolojik olarak *kısmen* hatalıdır. Yukarıdaki maddenin ilk kısmında “*Bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar*” cümlesinde ifade edilen tanımlama nitelikli paya değil, sadece belirli oranda adi –yönetim imtiyazı olmayan- payları elinde bulunduran kişiye yani pay sahibine yöneliktir. Gerçekten, bu ihtimalde sahip olunan payların diğer paylardan yönetsel anlamda ayrı özellikleri ve diğer paylara nazaran ayrıcalıkları bulunmamaktadır. Kanun koyucu tarafından bu payların dikkate alınması ve bunlara yönelik önemli bazı sonuçların hükme bağlanması, bunların belirli bir oranın üzerindeki miktarının bir şahsın hakimiyetinde toplanmış olması sebebiyledir.

Tanımlamanın ikinci kısmında “*yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları*” cümlesinde ifade edilen yönetim veya grup imtiyazı ise pay sahibine değil bizzat payın kendisine yönelik bir özelliği ifade etmektedir. Gerçekten, bu payların sadece bir tanesine bile sahip olmak nitelikli pay sahibi sayılmak bakımından yeterli olup, bu payların belirli bir sayıya ulaşması gerekli değildir.

Netice itibarıyla, Kanunun 3. maddesinde belirtilen tanımlama, birinci kısmı itibarıyla nitelikli pay sahipliğine ilişkin iken, ikinci kısmı nitelikli paya ilişkindir. Dolayısıyla tanımlamanın buna uygun şekilde yeniden ifade edilmesinde gereklilik vardır. Biz aşağıda her iki kavramı da içerdiğini düşündüğümüz için çoğunlukla nitelikli pay sahipliği kavramını kullanacağız.

B- NİTELİKLİ PAY SAHİBİ SAYILANLAR

“Bir ortaklığın sermayesinin veya oy haklarının doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasını teşkil eden paylar ile bu oranın altında olsa dahi yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren payları” ifade eder (BanK.m.3) diyen Kanun Koyucu nitelikli pay sahipliği kategorisi içerisine beş farklı grubu dahil etmiştir. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

Banka sermayesinin *doğrudan* yüzde on veya daha fazlasına sahip bulunan pay sahipleri nitelikli pay sahibi sayılırlar.

Payların %10 veya daha fazlasının aynı kişinin hak sahipliğinde toplanması, kişiyi nitelikli pay sahibi kılar. Bu paylar, yönetim imtiyazı ile donatılmış olmayan adi paylardır. Yönetim imtiyazı ile donatılmış paylar esasen nitelikli paylar sayıldıkları için burada zikredilmelerine gerek yoktur. Öte yandan, bu payların diğer konularda; örneğin karda, tasfiye bakiyesinde veya diğer pay sahipliği haklarında imtiyazlı olmaları, nitelikli pay sahibi sayılmalarını sağlamadığı için, bunlar, ancak bu şıkta ifade edilen niceliksel büyüklüğü erişilmiş olunması halinde nitelikli pay sahipliği kategorisine dahil olacaktır.

Banka sermayesinin *doğrudan* yüzde onundan aşağısına sahip olmakla birlikte, sahip olunan payların oyda imtiyazlı olmaları nedeniyle, sahip olunan oy oranının itibari değerle orantılı değil tüm oyların yüzde on veya daha fazlasına karşılık gelmesi halinde, bu payların sahibi de nitelikli pay sahibi sayılacaktır.

Bu ihtimalde, kişinin hak sahipliğinde bulunan payların oranı, nitelikli pay sahipliği için aranan asgari %10 seviyesindeki niceliksel oranın altındadır. Kural olarak, bu payların sahibi de nitelikli pay sahibi sayılmayacaktır. Ancak, Kanun Koyucu nitelikli pay sahipliğini esasen %10 sermayeye değil, bunun ifade ettiği yönetsel çoğunluğa ve genel kurulda sahip olacağı güce bağlamıştır. Bu nedenle, sermaye oranı %10 seviyesinden aşağı olmakla birlikte sahip olunan oy imtiyazlı payların varlığı nedeniyle sahip olunan yönetsel güç, genel kurulda sahip olunan oy oranı %10 ve üzeri seviyeye çıkıyorsa, bu payların sahibi de nitelikli pay sahibi sayılacaktır.

Banka sermayesinin *dolaylı olarak* yüzde on veya daha fazlasına sahip bulunan pay sahipleri, nitelikli pay sahibi sayılırlar.

Birinci şıktan farklı olarak burada banka sermayesinin %10 ve üzerindeki payların hak sahipliği aynı şahsa ait değildir. Paylar farklı şahısların hak sahipliğinde toplanmış olmasına rağmen, sahip olunan etkileme gücü nedeniyle, bunlar sanki aynı şahsın hak sahipliğinde toplanmışlar gibi değerlendirilmekte ve bu etkileme gücüne sahip bulunan kişi nitelikli pay sahibi sayılmaktadır. Bu durum Kanun koyucu tarafından dolaylı pay sahipliği şeklinde isimlendirilmiştir.

Dolaylı pay sahipliği kavramı Kanunun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre: “Bu Kanunun uygulanmasında, gerçek kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bir gerçek kişi ile eş ve çocuklarına ve bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi veya ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınır. Tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bunlara ait paylar ile bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte hesaplanır”.

Görüldüğü üzere, dolaylı pay sahipliğinde kişinin sadece kendisine ait olan paylar değil, kişinin eş ve çocuklarına, bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi veya ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte dikkate alınacaktır. Keza, tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bunlara ait paylar ile bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait paylar birlikte hesaplanacaktır. Bu hükmü detaylandıran Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik m.13'e göre ise, bir gerçek veya tüzel kişinin Türkiye'de kurulmuş veya kurulacak bir bankanın sermayesindeki dolaylı pay sahipliğinin tespitinde;

- Bankada pay sahibi bulunan veya pay devralacak tüzel kişi ortaklıkları ile varsa bunların tüzel kişi ortaklarının ortaklık yapıları zincirleme bir suretle gerektiği takdirde gerçek kişilere ulaşıncaya kadar tespit edilir.
- Banka sermayesinde tüzel kişiler aracılığı ile olan dolaylı pay sahipliği oranı, iştirak oranlarının çarpılması suretiyle hesaplanır. Aynı kişinin ara kademelerde yer alan tüzel kişilere doğrudan iştiraki bulunması halinde, söz konusu doğrudan iştirak oranı, müteakip çarpım işleminden önce, o kademeye kadar ulaşılan orana ilave edilir.
- Banka sermayesinde pay sahibi tüzel kişilerin sermayeleri ile ilgili olarak Kanuna göre yapılacak dolaylı el değiştirme ve benzeri dolaylılık tespit ve değerlendirmeleri, banka sermayesi yerine tüzelkişi hissedarın sermayesi esas alınarak yukarıdaki hükümlere göre yapılacaktır.

Bu paylar, yönetim imtiyazı ile donatılmış olmayan adi paylardır. Yönetim imtiyazı ile donatılmış paylar esasen nitelikli paylar sayıldıkları için burada zikredilmelerine gerek yoktur. Öte yandan, bu payların diğer konularda; örneğin karda, tasfiye bakiyesinde veya diğer pay sahipliği haklarında imtiyazlı olmaları, nitelikli pay sahibi sayılmalarını sağlamadığı için, bunlar, ancak bu şıkta ifade edilen niceliksel büyüklüğü erişilmiş olunması halinde nitelikli pay sahipliği kategorisine dahil olacaklardır.

1. Banka sermayesinin *dolaylı olarak* yüzde onundan aşağısına sahip olunmakla birlikte, payların oyda imtiyazlı olmaları nedeniyle, sahip olunan oy oranının itibari değerle orantılı olarak %10'un aşağısında değil de tüm oyların yüzde on veya daha fazlasına karşılık gelmesi halinde, bu payların sahipleri de nitelikli pay sahibi sayılırlar.
2. Bu ihtimalde, kişi banka sermayesinin doğrudan %10'una sahip olmadığı gibi dolaylı pay sahipliği de %10 oranının altındadır. Yani,

etkileme bölgesinde pay oranı toplamı doğrudan ve dolaylı olarak %10 oranının altında kalmaktadır. Bununla birlikte, değerlendirmede dikkate alınan bir kısım payların oyda imtiyazlı olmaları nedeniyle, sermayeyle paralel olmayan bir şekilde oyların %10 veya daha üzeri üzerinde hakimiyeti elde bulunduruluyorsa, bu kişi de nitelikli pay sahibi sayılacaktır. Yukarıda da ifade edildiği üzere dolaylı pay sahipliğinin ve oy haklarının dolaylı olarak yüzde on veya daha fazlasına sahipliğin belirlenmesinde, kişinin sadece kendisine ait payların sahip oldukları oylar değil, kişinin eş ve çocuklarına, bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları ortaklıklara veya bu kişi veya ortaklıkların ayrı ayrı veya birlikte kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların sahip oldukları oylar birlikte dikkate alınacaktır. Keza, tüzel kişilere ait dolaylı pay sahipliğinin belirlenmesinde, bunlara ait paylar ile bunların kontrol ettikleri ortaklıklara ait payların oy hakları birlikte hesaplanacaktır.

3. Sahip olunan payların miktarı önemli olmaksızın, tek bir adet dahi olsa, banka yönetim kurulunu belirleme imtiyazı ile donatılmış olan paya sahip olan kişiler de nitelikli pay sahibi sayılır. Bu imtiyaz grup imtiyazı olarak isimlendirilen imtiyazdır. Bu imtiyaz ile donatılmış olan pay veya payların sahipleri, genel kurulda banka yönetim kuruluna seçilecek üyelerinin tamamını veya bir kısmını belirleme hakkına sahiptirler. Sahip olunan imtiyaz, mutlaka aday gösterme imtiyazı şeklinde olmak zorunda değildir. Yönetim kurulu üyelerinin tamamının veya bir kısmının imtiyazlı grup içerisinde yer alan payların sahipleri arasından seçilmeleri zorunluluğu şeklinde de olabilir. Her iki durumda da yönetim kurulu üyelerini belirlerken banka genel kurulunun iradesi tam anlamıyla serbest olmayıp, esas sözleşme ile belirlenmiş ilgili payların oluşturduğu özel grubun iradesi ile veya ilgili payların sahipleri ile sınırlıdır. Bununla birlikte, aksine hareket etmeye yönelik haklı bir sebebe dayanıyor olması halinde banka genel kurulu imtiyazlı pay sahiplerinin iradesi veya sınırları ile bağlı değildir.

Denetim komitesine üye belirleme imtiyazı ile donatılmış olan paylar nitelikli pay olarak değerlendirilmemişlerdir². Bununla birlikte Kanun Koyucu,

² Mülga 4389 sayılı Kanunda, denetim kuruluna üye belirleme imtiyazlı paylar yönetim imtiyazlı paylarla birlikte zikredilmişti. Bkz. m.8/II,b) “(Değişik bend: 12/05/2001 - 4672/4. md.) Sermayenin doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazlasına veya bu oranın altında olsa dahi yönetim veya denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren hisse senetlerine sahip olan ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşıması şarttır.”

bunların tesisi, devri ve ihracını da Kurul iznine tabi kılmıştır (BanK.m.18/II).

C- NİTELİKLİ PAY SAHİPLİĞİ - HAKİM ORTAK İLİŞKİSİ

Bankacılık Kanunu nitelikli pay sahipliği kavramı ile hakim ortak kavramlarını ayrı ayrı tanımlamış ve bu kavramlara bazı önemli hukuki sonuçlar yüklemiştir. Öte yandan, Kanun koyucu, özellikle Fon tarafından el konulan bankalardaki sorumluluğun yüklenmesi anlamında ortaklara bazı yükümlülükler yüklerken doğrudan nitelikli pay sahiplerinin sorumluluğundan söz etmemiş ve sorumluluğu hakim ortaklara ve bir kısım yöneticilere yüklemiştir. Bu nedenle, nitelikli pay sahipliğinin hakim ortak kavramlarının birbirleriyle örtüşüp örtüşmediği veya örtüşüyorsa ne oranda örtüştüğü hususu büyük önem arz etmektedir.

İlk olarak, sermaye çoğunluğuna dayalı nitelikli pay sahipliği kriteri açısından yapılan değerlendirmede; kanun koyucu nitelikli pay sahipliği için asgari %10 sermaye çoğunluğuna sahip olunmasını gerekli ve yeterli görürken, hakim ortak değerlendirmesinde sadece asgari %51 sermaye çoğunluğu yeterli görülmektedir. Dolayısıyla, adi – yönetim imtiyazlı olmayan – payların asgari %51'ine sahip olan kişi, hem nitelikli pay sahibi hem de hakim ortak kabul edilirken, bu oranın altına düşülmesi halinde ise, nitelikli pay sahibi sayılmaya devam edilmekle birlikte hakim ortak sayılmayacaktır. Meğer ki; kişi aşağıda zikredilecek diğer kriterlerden hareketle hakim ortak kavramına dahil edilebilsin.

İkinci olarak, yönetim imtiyazlı paylar açısından yapılan karşılaştırmada da, hakim ortak kavramı ile nitelikli pay sahibi kavramının birbirinden farklılaştığı görülmektedir. Gerçekten, Bankacılık Kanununa göre (m.3), yönetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren pay sahipleri nitelikli pay sahibi olarak kabul edilmişlerdir. Bu paya sahip olan kişilerin, sahip oldukları payın adedi veya banka sermayesi içerisindeki oranı önemli değildir. Bu nitelikte olmak şartıyla 1(bir) adet dahi olsa paya sahip olan kişiler nitelikli pay sahibi sayılırlar ve bu sifata sahip olmanın sonuçlarına tabi olurlar. Buna karşılık, hakim ortak sayılmak bakımından Kanun koyucu farklı ve daha nitelikli bir nisap öngörmüştür. Bu ise, yönetim kurulu üyelerinin karara esas çoğunluğunu atayabilme ya da görevden alma gücünün elde bulundurulmasına yetecek oranda imtiyazlı payın sahipliğinin doğrudan veya dolaylı yoldan elde bulundurulmasıdır. Dolayısıyla, bu güce sahip olunmaksızın elde bulundurulmuş imtiyazlı paylar, miktarı ve oranı ne olursa olsun, kişiyi hakim ortak konumuna getirmez. Bu durumda olan kişi sadece nitelikli pay sahibidir ve bunun sonuçlarına tabi olacaktır. Ancak hakim ortak değildir ve dolayısıyla hakim ortak olmanın sonuçlarının bu kişiye uygulanması söz konusu

değildir. Örneğin, banka sermayesi içerisinde %5 orana sahip olmakla birlikte, yönetim imtiyazı ile donatılmış (A) grubu payların, grup adına karar alabilecek nitelikte çoğunluğunu elinde bulunduran kişi hem nitelikli pay sahibi hem de hakim ortak sayılırken, imtiyazlı pay sahipleri grubu içerisinde azınlık pay sahibi olarak bulunan kişi, pay adedi ve oranı ne olursa olsun, hakim ortak sayılmayıp sadece nitelikli pay sahibi sayılacaktır.

D- NİTELİKLİ PAY SAHİPLİĞİ İÇİN ARANAN DİĞER ŞARTLAR

Bankacılık Kanunu nitelikli pay sahiplerinin özelliklerini, onların banka içerisindeki önemini dikkate alarak, kurucularda aranan özelliklerle eşdeğer kabul etmiş ve bu iradesini BanK.m.18/V'de "*Nitelikli paya sahip olan ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşıması şarttır*"³ şeklinde açıkça ortaya koymuştur. Dolayısıyla, kurucu ortaklar için aranan özellikler banka nitelikli pay sahipleri için de aranacaktır. Buna göre;

1) Nitelikli pay sahiplerinin, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre müflis olmaması, konkordato ilân etmiş olmaması, uzlaşma suretiyle yeniden yapılandırma başvurusunun tasdik edilmiş olmaması ya da hakkında iflasın ertelenmesi kararı verilmiş olmaması gereklidir (BanK. m.8/I,a). Bu bağlamda, banka kuruluşu veya sonradan nitelikli pay sahipliği statüsünün elde edilmesine sebep olacak pay devri nedeniyle Kuruma verilecek izin başvuru dilekçelerine; nitelikli paya sahip gerçek veya tüzel kişi ortaklarının müflis olmadıklarına ilişkin Asliye Ticaret Mahkemelerinden, konkordato ilan etmiş olmadıklarına ilişkin İcra Mahkemelerinden alınacak belgeler eklenilmelidir (Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik⁴ m.4/I,ç),

2) Nitelikli pay sahiplerinin, Bankacılık Kanununun 71 inci maddesi uygulanan bankalarda veya bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Fona (TMSF) devredilmiş olan bankalarda nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması gereklidir (BanK. m.8/I,b). Bu bağlamda, banka kuruluşu veya sonradan nitelikli pay sahipliği statüsünün elde edilmesine sebep olacak pay devri nedeniyle Kuruma verilecek izin başvuru dilekçelerine, ni-

³ Mülga 4389 sayılı kanunda da benzer nitelikte bir hüküm bulunmakta idi. Bkz. .8/II, b) "(Değişik bend: 12/05/2001 - 4672/4. md.) Sermayenin doğrudan veya dolaylı olarak yüzde on ve daha fazlasına veya bu oranın altında olsa dahi yönetim veya denetim kurullarına üye belirleme imtiyazı veren hisse senetlerine sahip olan ortakların kurucularda aranan nitelikleri taşıması şarttır."

⁴ RG.1 Kasım 2006, S.26333. 24/7/2007 tarihli ve 26592 sayılı Resmi Gazete'de ve 5/4/2008 tarihli ve 26838 sayılı Resmi Gazete ile 05/08/2008 tarih ve 26958 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelikler ile değiştirilmiştir.

telikli paya sahiplerinin Kanunun 71 inci maddesi uygulanan bankalarda veya Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Fona devredilmiş olan bankalarda nitelikli paya sahip olmadıklarını veya kontrolü elinde bulundurmadıklarını gösterir beyanları ile bu hususlara ilişkin olarak Fondan temin edecekleri belgeler, eklenilmelidir (Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik m.4/I,ğ).

3) Nitelikli pay sahiplerinin, tasfiyeye tâbi tutulan bankerler ile iradî tasfiye haricinde tasfiyeye tâbi tutulan finansal kuruluşlarda, faaliyet izni kaldırılan kalkınma ve yatırım bankalarında, ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılan kredi kuruluşlarında, Fona intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması gereklidir (BanK. m.8/I,c). Bu bağlamda, banka kuruluşu veya sonradan nitelikli pay sahipliği statüsünün elde edilmesine sebep olacak pay devri nedeniyle Kuruma verilecek izin başvuru dilekçelerine, nitelikli pay sahiplerinin tasfiyeye tâbi tutulan bankerler ile iradî tasfiye haricinde tasfiyeye tâbi tutulan finansal kuruluşlarda, faaliyet izni kaldırılan kalkınma ve yatırım bankalarında, ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılan kredi kuruluşlarında, Fona intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce nitelikli paya sahip olmadıklarına veya kontrolü elinde bulundurmadıklarına ilişkin beyanları ile bu hususlara ilişkin olarak Fondan temin edecekleri belgeler, eklenilmelidir (Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik m.4/I,g).

4) Nitelikli pay sahiplerinin, taksirli suçlar hariç olmak üzere affa uğramış olsalar bile mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca ağır hapis veya beş yıldan fazla hapis, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu ve diğer kanunlar uyarınca üç yıldan fazla hapis cezasıyla cezalandırılmamış olması veya mülga 3182 sayılı Bankalar Kanununun, bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Kanununun, bu Kanunun ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun ve ödünç para verme işleri hakkında mevzuatın hapis cezası gerektiren hükümlerine muhalefet yahut mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu veya diğer kanunlar uyarınca basit veya nitelikli zimmet, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlâk kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, kara para aklama veya Devletin şahsiyetine

karşı işlenen suçlar ile Devlet sırlarını açığa vurma, Devletin egemenlik alametlerine ve organlarının saygınlığına karşı suçlar, Devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, milli savunmaya karşı suçlar, Devlet sırlarına karşı suçlar ve casusluk, yabancı devletlerle olan ilişkilere karşı suçlar, vergi kaçakçılığı suçlarından veya bu suçlara iştirakten hükümlü bulunmaması gereklidir (BanK. m.8/I,d). Bu bağlamda, banka kuruluşu veya sonradan nitelikli pay sahipliği statüsünün elde edilmesine sebep olacak pay devri nedeniyle Kuruma verilecek izin başvuru dilekçelerine, nitelikli pay sahiplerinin arşiv kaydını da içeren, son altı ay içinde alınmış adli sicil belgelerinin, eklenilmesi şarttır (Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik m.4/I,e).

5) Nitelikli pay sahiplerinin gerekli malî güç ve itibara sahip bulunması gereklidir (BanK. m.8/I,e). Bu bağlamda, bankanın gerçek ve tüzel kişi nitelikli pay sahiplerinin muaccel vergi ve prim borcu bulunmadığına ilişkin ilgili vergi daireleri ve Sosyal Güvenlik Kurumundan alınacak belgelerin, nitelikli pay sahiplerinin, vergi dairelerince onaylı son beş yıla ilişkin gelir ve/veya kurumlar vergisi beyannameleri ile eklerinin ve bunların sahip olduğu gayrimenkullere ilişkin belediyelerin ilgili birimlerinde onaylı emlak vergisi beyannamelerinin ve Kurumca gerekli görülmesi halinde bu gayrimenkullere ilişkin tapu dairelerinden alınacak tapu sicil kayıtları ile bunların üzerindeki şerh ve takyidatları gösterir belgenin, Kuruma verilen başvuru dilekçesine eklenilmesi şarttır (Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik m.4/I,j,k).

6) Nitelikli pay sahipleri, işin gerektirdiği dürüstlük ve yeterliliğe sahip olmalıdır (BanK. m.8/I, f),

7) Nitelikli pay sahiplerinin tüzel kişi olması hâlinde, risk grubu ile birlikte ortaklık yapısının şeffaf ve açık olması gereklidir (BanK m.8/I,g). Bu bağlamda, tüzel kişilerin kuruluşu ile ilgili Ticaret Sicili Gazetesinin, bunların doğrudan veya dolaylı nitelikli paya sahip ortakları, pay oranları ve tutarları ile varsa imtiyazlı payları gösteren listelerin, faaliyet konuları, yatırım ve işletme alanları hakkında ayrıntılı açıklamalar ile 3568 sayılı Kanuna göre ruhsat almış yeminli mali müşavirlerce onaylanmış son üç yıla ait bilanço ile gelir tablolarının banka veya finansal kuruluş niteliğindeki tüzel kişiler için varsa derecelendirme şirketlerinden biri tarafından hazırlanmış raporun, tüzel kişilerin dahil olduğu sermaye grubunun ve bu grubun bağlı ortaklıklarının bağımsız denetim şirketinin onayını taşıyan varsa son üç yıla ait konsolide ve konsolide olmayan bilanço ile gelir tablolarının, Tüzel kişilerin gerçek kişi ortak ya da ortaklara ulaşıncaya kadar ortaklık yapılarını gösterir tablolar ile bunların imtiyaz hisselerini gösteren listeleri ve imtiyazlı hisse bulunmaması halinde buna ilişkin beyanın, Kuruma verilen başvuru dilekçesine

eklenilmesi şarttır (Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik m.4/I,h,i,i).

Bankaların tüzel kişi kurucu ortaklarının doğrudan veya dolaylı olarak nitelikli paya sahip gerçek kişi ortaklarının BanK.m.8/I, (a), (b), (c), (d), (e) ve (f) bentlerinde yer alan şartları taşıması gerekir (BanK. m.8/II).

Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası anlaşmalarla kurulmuş çok taraflı kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlar hakkında BanK.m.8/I,(b) ve (c) bentleri uygulanmaz (BanK.m.8/III).

Yukarıdaki özelliklerden birini kaybeden nitelikli paya sahip ortaklar temettü dışındaki ortaklık haklarından yararlanamaz. Bu halde, diğer ortaklık hakları BDDK'nun bildiri üzerine Fon tarafından kullanılır. Bu ortaklar sermayedeki doğrudan ve dolaylı payları yüzde onun altına düşene kadar rüçhan haklarını kullanamazlar (BanK.m.18/V).

II- NİTELİKLİ PAY SAHİPLİĞİ KAVRAMINA BAĞLANAN HUKUKİ SONUÇLAR

Kanun koyucu, bankanın sevk ve idaresindeki önemine binaen nitelikli pay sahipliği kavramını ve sonuçlarını özel olarak düzenlemiş bulunmaktadır. Aşağıda bunlara değinilecektir.

A. NİTELİKLİ PAY SAHİPLİĞİ OLUŞTURAN PAYLARIN DEVRİ VE EDİNİLMESİ

Bankacılık Kanunu, nitelikli pay olarak adlandırdığı payların tesisini, devrini ve ihracını özellikli koşullara bağlamış ve bunları detaylı şekilde düzenlemiştir (BanK.m.18).

İlk olarak, ifade edilmelidir ki, adi payların –yönetim ve denetim imtiyazı bulunmayan- devirleri kural olarak BDDK'nun iznine tabi değildir. Kurul iznine tabi olan husus, kural olarak devri izne tabi olmayan bu payların devri ile nitelikli pay sahipliğinin oluşacak olmasıdır. Konuyu hükme bağlayan Kanun hükmüne göre, bir kişinin, bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin %10, %20, %33 veya %50'sini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri Kurulun iznine tâbidir (BanK.m.18/I). Görüldüğü üzere, Kanun koyucu adi payların devrine izin hususunda bazı eşikler belirlemiş ve bu eşiklerin aşılması sonucunu veren devir işlemleri ile bu eşiklerin altına düşülmesi sonucunu veren devir işlemlerini Kurulun iznine bağlamıştır. Bu eşikler sermayenin %10, %20, %33 ve %50'sidir. Eşikler arası devir işlemleri tabiatıyla

izin kapsamı dışındadır. Örneğin, sermayenin %10'unu aşarken izin alınması halinde %20' sini aşma anlamına gelecek devir işlemine kadar gerçekleşen diğer devir işlemleri için izin alınmasına gerek bulunmamaktadır. Keza, tersine bir işlemle %20'den aşağı inme sonucunu veren devir işlemi izne tabi iken, buradan itibaren %10'a gelinceye kadar devir işlemlerinde izin alınmasına gerek yoktur. %10'un altına inilmesine sebep olacak bir devir işlemi ise yeniden izin alınmasını gerektirecektir.

Buna karşılık gerçek anlamda nitelikli pay sayılan yönetim kuruluna üye belirleme imtiyazı veren paylar ile nitelikli pay sayılmamakla birlikte denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi ve devri ile yeni imtiyazlı pay ihracında yukarıdaki oransal sınırlara bakılmaksızın Kurulun izni aranmıştır (BanK.m.18/II).

Kurul izinlerinin verilebilmesi için, bankanın devralınan hisselerinin nominal değerinin yüzde biri oranında devir payının devralan tarafından Fona yatırılması zorunludur (BanK.m.18/III).

İzin alınmadan yapılan pay devirleri pay defterine kaydolunmaz. Bu hükme aykırı olarak pay defterine yapılan kayıtlar hükümsüzdür. Oy hakkı edinilmesi ve hisseler üzerinde intifa hakkı tesisinde de bu hüküm uygulanır (BanK.m.18/IV). Kurulun izni olmadan payların devredilmesi hâlinde, bu paylara ait temettü hariç ortaklık hakları Fon tarafından kullanılır (BanK.m.18/VII). Diğer bir deyişle, izinsiz yapılan pay devrinde, devir işlemi devralan ve devreden arasında geçerlidir. Payları devralan sadece paydan kaynaklanan mali hakları iktisap etmiş sayılır. Buna karşılık, devir işlemi, pay defterine kaydedilemeyeceği veya kaydedilse bile hükümsüz sayılacağı için, şirkete karşı ileri sürülemeyeceğinden devralan ortak sıfatını kazanmamıştır. Bu nedenle, yönetime ilişkin haklar Fon tarafından kullanılacaktır.

Kurucularda aranan nitelikleri kaybeden nitelikli paya sahip ortaklar temettü dışındaki ortaklık haklarından yararlanamaz. Bu halde, diğer ortaklık hakları BDDK'nun bildirimine üzerine Fon tarafından kullanılır. Bu ortaklar sermayedeki doğrudan ve dolaylı payları %10'un altına düşene kadar rüçhan haklarını kullanamazlar (BanK.m.18/V).

Bir bankanın sermayesinin %10 veya daha fazlasına sahip olan tüzel kişilerin paylarının doğrudan veya dolaylı olarak yukarıda belirtilen oranlar veya esaslar dahilinde el değiştirmesi, devralacak ortağın kurucularda aranan nitelikleri taşıması şartıyla Kurulun iznine tâbidir (BanK.m.18/VI).

Kuruma yapılan izin başvuruları; denetimin etkin bir şekilde ifa edilmesine engel olabilecek nitelikte doğrudan veya dolaylı herhangi bir ilişkinin varlığı veya izne tâbi işlem için öngörülen koşulların, niteliklerin, yeterliliklerin izin başvurusu esnasında ya da değerlendirme sürecinde sağlanamaması veya

kaybedilmesi hâlinde Kurulca reddedilir. Ret kararları ilgililere gerekçeli olarak bildirilir (BanK.m.21).

Hisseleri borsada işlem gören bankaların hisselerinin borsadan alınması ve bir bankanın hisselerinin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre icra dairesinden satın alınması durumunda gerçekleştirilecek işlemlere ve bu maddenin uygulanmasına dair usûl ve esaslar Kurulca belirlenecektir (BanK.m.18/VIII).

B. BANKA İLE KREDİ İLİŞKİLERİ KURULMASI

Bir banka ile bu bankanın nitelikli pay sahipleri, yönetim kurulu üyeleri ve genel müdürü, bunların birlikte veya tek başına, doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol ettikleri ya da bunların sınırsız sorumlulukla katıldıkları veya yönetim kurulu üyesi ya da genel müdürü oldukları ortaklıklar bankanın dahil olduğu risk grubunu oluşturur (BanK.m.49/II)⁵.

Birlikte kontrol edilen ortaklıklar, bu ortaklıkların kontrolünü birlikte sağlayan her bir hissedarın risk grubuna dahil edilir (BanK.m.49/III). Aralarında

⁵ Türk Bankalar Birliği, Kanunun hazırlık aşamasında risk grubu ile ilgili bu düzenleme hakkında “Türk Ticaret Kanununda şirketlerin nihai karar organı şirketlerin genel kurulları ve icra organı ise şirket yönetim kurulları olarak belirlenmiştir. Bu çerçevede şirketleri kontrol etme gücü de hissedarların şirket genel kurullarında ve/veya şirket yönetim kurullarında karar alabilme gücüne bağlıdır. Bu kapsamda, herhangi bir kişinin sadece yönetim kurulu üyesi veya genel müdür sıfatını taşıması bu kişinin o şirket üzerinde kontrol gücüne sahip olması anlamını taşımamaktadır çünkü şirketin nihai karar organlarındaki kararlar ilgili organlarda ilgili mevzuat ve ana sözleşme hükümlerine göre yapılan oylama sonucunda belirlenmektedir. Genel müdür ise faaliyetlerini ancak yönetim kurulunun belirlediği sınırlar ve prensipler içinde sürdürür ve yönetim kurulu genel müdüre tanınan yetkileri her zaman sınırlama veya genişletme imkanına sahiptir, ayrıca genel müdürün faaliyetleri dahil şirket faaliyetlerinin tümü yönetim kurulunun gözetim ve denetiminde sürdürülmektedir. Ayrıca, günümüzde uluslararası uygulamalarda birbirleriyle rekabet içinde olmayan sektörlerde yer alan yöneticilerin, uzmanların veya akademisyenlerin bilgi ve deneyimlerinden faydalanmak ve dolayısıyla ülkenin rekabet gücünün artırılmasını sağlamak amacıyla diğer sektörlerdeki şirketlerin yönetim kurullarında yönetim kurulu üyesi olarak görev aldıkları da görülmektedir. Ancak, yönetim kurulu üyeliği sıfatının risk grubu oluşturulmasında dikkate alınması halinde hem bu imkandan faydalanma şansı büyük ölçüde sınırlandırılmış olacak hem de birbirleriyle hiç ilişkisi olmayan şirketlerin aynı risk grubu içinde mütalaa edilmesine ve dolayısıyla bu şirketlerin kredi kullanma kapasitelerinin daraltılmasına neden olunacaktır. Örneğin iş hukuku alanında uzman bir akademisyenin birbirleriyle doğrudan veya dolaylı olarak herhangi bir hissedarlık ilişkisi olmayan büyük şirketlerin yönetim kurullarında görev alması halinde bu şirketlerin tümü aynı risk grubu içinde mütalaa edilecektir. Sonuç olarak, yukarıdaki açıklamaların yanı sıra Avrupa Birliği mevzuatında yönetim kurulu üyeliği sıfatının risk grubunun belirlenmesinde dikkate alınmadığı ve risk grubu kavramının kontrol esasına dayandığı göz önünde bulundurularak risk grubu tanımının yukarıda önerilen şekilde yapılmasının gerekli olduğu düşünülmektedir.” görüşünü savunmuştu.

birinin ödeme güçlüğüne düşmesinin diğer bir veya birkaçının ödeme güçlüğüne düşmesi sonucunu doğuracak boyutta kefalet, garanti veya benzeri ilişkiler bulunan gerçek ve tüzel kişiler de bu risk grubuna dahil edilir (BanK.m.49/IV).

Bankalar, nitelikli pay sahiplerine, her ne şekilde ve surette olursa olsun nakdî ve gayrinakdî kredi verebilir, onların tahvil ya da benzeri menkul kıymetlerini satın alabilirler (BanK.m.50/III).

Bankanın dâhil olduğu risk grubunda bulunan nitelikli pay sahiplerine kredi kullandırılması hâlinde, gerekli kararlar yönetim kurulunun üye tam sayısının üçte iki çoğunluğu ile alınmalı ve bunlara sağlanan kredi koşulların kredi kullananın lehine diğer kişi ve gruplara kullandırılanlardan ve piyasa koşullarından farklılık arz etmemelidir (BanK.m.50/IV, 49/II).

Bankalar, nitelikli pay sahiplerine açtığı kredileri, BDDK'na düzenli olarak raporlamak zorundadır (BanK.m.50/VI).

Bankalarca bir gerçek ya da tüzel kişiye veya bir risk grubuna kullandırılacak kredilerin toplamı özkaynakların yüzde yirmibeşini aşamaz. Bu oran, nitelikli pay sahiplerinin de içerisinde bulunduğu risk grubu bakımından yüzde yirmi olarak uygulanır. Kurul, bu oranı yüzde yirmibeşe kadar yükseltmeye veya kanunî haddine kadar indirmeye yetkilidir. Bir adi ortaklığa verilen krediler, sorumlulukları oranında ortaklara kullandırılmış sayılır (BanK.m.54/I).

Basel-II'ye uyum sağlanmasına yönelik olarak, Bankaların nitelikli pay sahiplerine kullandırdıkları ikincil sermaye benzeri borç niteliğini haiz krediler ile bunlardan satın alınan birincil veya ikincil sermaye benzeri borç niteliğine sahip borçlanma araçları da özkaynak hesaplamasında indirim kalemi olarak dikkate alınmıştır⁶.

Bankalarca hâkim ortak veya nitelikli pay sahibi olup olmadıklarına bakılmaksızın bankaların sermayesinin yüzde bir ve daha fazla payına sahip olup pay defterine kayıtlı olan tüm ortaklarına ve bunlarla risk grubu oluşturan kişilere kullandırılacak kredilerin toplamı özkaynaklarının yüzde ellisini aşamaz (BanK.m.54/II).

Birlikte kontrol edilen ortaklıklara kullandırılan krediler, bu ortaklıkları birlikte kontrol eden hissedarların her birinin ortaklık sermayesinde sahip olduğu payların, birlikte kontrol ettikleri toplam paya oranı ölçüsünde ortaklığı

⁶ Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu, Yıllık Faaliyet Raporu 2006, s.42.

birlikte kontrol eden her bir hissedarın dâhil olduğu risk grubuna kullanılmış sayılır (m.54/III).

Bir gerçek ya da tüzel kişiye veya nitelikli pay sahiplerinin içerisinde bulunduğu risk grubuna özkaynakların yüzde onu veya daha fazlası oranında kullanılan krediler büyük kredi sayılır ve bunların toplamı özkaynakların sekiz katını aşamaz (m.54/IV).

Nitelikli pay sahiplerinin içerisinde bulunduğu risk grubuna kullanılan kredilerin teminatını oluşturmak üzere aynı risk grubuna dâhil gerçek veya tüzel kişilerden kabul edilen aval, garanti ve kefaletler risk grubuna ait kredi sınırlarının hesabında dikkate alınmaz (m.54/V).

Gayrınakdi krediler, vadeli işlem ve opsiyon sözleşmeleri ile benzeri diğer sözleşmeler, kabul edilen aval, garanti ve kefaletler, kredi kuruluşları ve finansal kuruluşlarla gerçekleştirilen işlemler, Kurulca kabul edilecek ülkelelerin merkezi yönetimleri, merkez bankaları ve bankaları ile yapılan işlemler veya bunlarca çıkarılan ya da ödenmesi garanti edilen bono, tahvil ve benzeri sermaye piyasası araçları, verilen diğer garantiler karşılığı yapılan işlemler Kurulca belirlenen esaslar ve oranlar dâhilinde kredi sınırlarının hesabında dikkate alınır (m.54/VI).

Aşağıdaki kredi işlemleri yukarıda açıklanan 54 üncü maddedeki sınırlamalara tâbi değildir (BanK.m.55):

- a) Karşılığı nakit, nakit benzeri kıymet ve hesaplar ile kıymetli maden olan işlemler.
- b) Hazine Müsteşarlığı, Merkez Bankası, Özelleştirme İdaresi Başkanlığı ve Toplu Konut İdaresi Başkanlığıyla yapılan işlemler ile bu kurumlarca çıkarılan ya da ödenmesi garanti edilen bono, tahvil ve benzeri menkul kıymetler karşılığı yapılan işlemler.
- c) Merkez Bankası nezdindeki piyasalarda veya kanunla teşkilatlanmış diğer para piyasalarında yapılan işlemler.
- d) Aynı kişiye ya da aynı risk grubuna yeni kredi tahsisi hâlinde daha önce yabancı para cinsinden veya yabancı para ölçüsü ile verilen kredilerin, müteakiben tahsis edilen kredinin kullanılmaya başlandığı tarihteki cari kurdan dikkate alınması kaydıyla çek ve kredi kartı kullanımları hariç, kredilerde kur değişikliklerinin doğurduğu artışlar ile vadesi geçmiş kredilere tahakkuk ettirilen faiz, kâr payı ve diğer unsurlar.
- e) Her türlü sermaye artırımları dolayısıyla bedelsiz edinilen ortaklık payları ile ortaklık paylarının herhangi bir fon çıkışı gerektirmeyen değer artışları.

- f) Kurulca belirlenecek esaslar dâhilinde bankaların kendi aralarındaki işlemler.
- g) Kurulca belirlenecek esas ve süreler çerçevesinde elden çıkarılması kaydıyla halka arza aracılık yüklenimleri kapsamında edinilen ortaklık payları.
- h) Özkaynak hesabında indirilecek değer olarak dikkate alınan işlemler.
- i) Kurulca belirlenecek diğer işlemler.

C. İYİLEŞTİRİCİ ÖNLEMLER PLANININ TAAHHÜT EDİLMESİ

Bankacılık Kanunu 67. maddenin (e) (f) ve (g) bentleri ile ilgili olarak hazırlanması gereken “İyileştirici önlemler planı” bağlamında nitelikli pay sahiplerine bir takım yükümlülükler öngörmüştür.

Bankacılık Kanununun 67. maddesine göre: 1) Bu Kanuna ve ilgili düzenlemelere veya Kurulca alınan kararlara aykırı nitelikte karar, işlem ve uygulamalarının bulunması, 2) İç denetim, iç kontrol ve risk yönetim sistemlerini kurmaması veya bu sistemleri etkin ve yeterli bir şekilde işletmemesi veya denetimi engelleyici herhangi bir hususun bulunması ve 3) Yönetiminin baskınsızlığı nedeniyle bu Kanun ve ilgili mevzuat ile tanımlanmış risklerin önemli ölçüde artması veya malî bünyeyi zayıflatabilecek şekilde yoğunlaşması, hallerinden herhangi birinin tespit edilmesi durumunda, aykırılıkların giderilmesi, karar, işlem ve uygulamalarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu bulunması hâlinde genel kurulun en kısa sürede olağanüstü toplantıya çağrılarak yönetim kurulu üyelerinden bir veya birkaçının veya tamamının değiştirilmesi veya üye sayısını artırarak üye atanması veya karar ve işlemlerde sorumluluğu bulunan mensuplarının görevden alınması, (g) bendi ile ilgili olarak maruz kalınan risklerin azaltılması için kısa, orta ve uzun vadeli olmak üzere Kurulca uygun görülecek bir plân oluşturulması ve yönetim kurulu üyeleri ile *nitelikli paya sahip ortaklarından, bu plânın yazılı olarak taahhüt edilmesi* ve belirlediği dönemler itibarıyla uygulama sonuçlarının gönderilmesi de dâhil olmak üzere, uygun göreceği her türlü tedbirin alınmasını ve ivedilikle uygulanmasını banka yönetim kurulundan isteyebilir.

D. DÜZELTİCİ, İYİLEŞTİRİCİ VE KISITLAYICI ÖNLEMLERİ ALMAMAK

Bu hukuki sonuç, nitelikli pay sahiplerinin tabi olduğu hükümlerden değildir. Ancak hüküm, nitelikli pay sahipleri dolayısıyla banka yöneticilerinin tabi olduğu hukuki sonuçlar arasında zikredildiği için, burada inceleme konusu yapılmıştır.

Bankacılık Kanununun 152. maddesine göre, bu Kanunun 68, 69 ve 70 inci maddelerine ve bu Kanunla yürürlükten kaldırılan 4389 sayılı Bankalar Ka-

nununun 14 üncü maddesine göre, Kurul veya Kurumca alınması istenen önlemleri almayan bankaların bu önlemleri almakla yükümlü olan mensupları, iki yıldan dört yıla kadar hapis ve bin günden beşbin güne kadar adli para cezasıyla cezalandırılırlar. Belirtilen önlemleri almamak, bankanın *nitelikli paya sahip ortaklarına veya bunların iştirak ve kuruluşlarına yarar sağlamak amacıyla yapıldığı takdirde* dört yıldan altı yıla kadar hapis cezasına ve onbin güne kadar adli para cezasına hükmedilir.

E. UYUM GÖREVLİSİ OLARAK ATANMA YASAĞI

Maliye Bakanlığınca yayınlanan *Suç Gelirlerinin Aklanmasının ve Terörün Finansmanının Önlenmesine İlişkin Yükümlülüklerle Uyum Programı Hakkında Yönetmelik*'e⁷ göre: Yükümlüler⁸, uyum programının yürütülmesi amacıyla uyum görevlisi atarlar (m.16/I). Uyum görevlisi, Kanun ve Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan mevzuatla getirilen yükümlülüklerle uyumu sağlamak amacıyla istihdam edilen ve gerekli yetkiyle donatılmış görevli kişidir (m.3).

Yine aynı Yönetmelik'in 17. maddesinin (e) ve (f) bentlerine göre: Yükümlü nezdinde veya yükümlünün iştiraklerinde nitelikli pay sahibi olanlar veya yönetiminde bulunanlar ile yükümlünün nitelikli pay sahibi ortağı, yönetim kurulu üyelerinin veya genel müdürünün eşi veya ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) kan veya sıhrî hısımları uyum görevlisi olarak atanamazlar. Dolayısıyla, banka nitelikli pay sahipleri uyum görevlisi olarak atanamayacaklardır.

F. DENETİM KOMİTESİNE SEÇİLME YASAĞI

Bankaların İç Sistemleri Hakkında Yönetmelik'in⁹ m.6-I ve m.6/I,b bendine göre, yönetim kurulunun denetim ve gözetim faaliyetlerinin yerine getirilmesine yardımcı olmak üzere yönetim kurullarınca oluşturulacak asgari iki üyeden oluşacak banka denetim komitesine seçilecek icrai görevi bulunmayan yönetim kurulu üyelerinin; Bankada ve konsolidasyona tabi ortaklıklarda nitelikli pay sahibi olmaması gereklidir.

⁷ RG. 16 Eylül 2008, S.26999.

⁸ Yönetmeliğin 4. maddesine göre:

- a) Bankalar (Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası ile kalkınma ve yatırım bankaları hariç),
- b) Sermaye piyasası aracı kurumları,
- c) Sigorta ve emeklilik şirketleri,
- ç) Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü (Bankacılık faaliyetiyle sınırlı olmak üzere), uyum programı oluşturmak zorundadır.

⁹ RG.1 Kasım 2006, S.26333.

Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹⁰'in 5. maddesine göre de, bankaların yönetim kurullarınca denetim komitesi üyeliğine seçilen üyelerin, bu göreve seçilmelerinden sonraki yedi iş günü içinde, ilgili banka tarafından Kuruma hitaben düzenlenecek bir yazı ekinde, 'Bankada ve konsolidasyona tabi ortaklıklarda nitelikli paylarının bulunmadığına' dair ek-7'de yer alan örneğe uygun olarak düzenleyecekleri beyanları ve seçilmelerine ilişkin yönetim kurulu kararının noter onaylı bir örneğinin Kuruma gönderilmesi gereklidir (m.5/I-a,4).

G. BANKALARIN NİTELİKLİ PAY SAHİBİ ORTAKLARINDAN DESTEK HİZMETİ ALMASINDA BİLDİRİM USULÜNÜN UYGULANMASI

Bankaların Destek Hizmeti Almalarına ve Bu Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesine İlişkin Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik¹¹ m.7/7'ye göre; Bankaların, yurt içi ve yurt dışı bağlı ortaklıkları veya birlikte kontrol edilen ortaklıkları ile nitelikli pay sahibi ortaklarından, merkezi yurt dışında bulunan bankaların Türkiye'deki şubelerinin merkezlerinden sağladıkları ve bankaların yurt dışı şubelerinin münhasıran aldıkları destek hizmetleri ile en az üç bankanın doğrudan doğruya ortaklığıyla kurulan destek hizmeti kuruluşlarından sağlanan destek hizmetleri için birinci¹² ve ikinci¹³ fıkraların yetkilendirmeye ilişkin hükümleri uygulanmaz. İlgili banka, bu kapsamda alınan destek hizmetini, destek hizmeti sözleşmesinin imzalanmasını müteakip bir ay içinde Kuruma bildirir. Böylelikle, bankaların, yurt içi ve yurt dışı bağlı ortaklıkları veya birlikte kontrol edilen ortaklıkları ile nitelikli pay sahibi ortaklarından ve merkezi yurt dışında bulunan bankaların Türkiye'deki şubelerinin merkezlerinden sağladıkları destek hizmetleri ile en az üç bankanın doğrudan ortaklığı ile kurulan destek hizmeti

¹⁰ RG.1 Kasım 2006, S.26333.

¹¹ RG.13 Şubat 2008, S.26786.

¹² MADDE 7 – (1) Kuruma yapılacak başvurularda; bankalarca, 9 uncu maddede yer alan asgari unsurları içeren sözleşmenin noter onaylı bir örneği, sözleşme henüz imzalanmamış ise sözleşmenin noter onaylı bir örneği imzalanmasını müteakip ibraz edilmek üzere sözleşme taslağı, 5 inci maddenin birinci, ikinci ve üçüncü fıkraları uyarınca hazırlanacak risk yönetim programı, teknik yeterlilik raporu ile yönetim kurulu kararı tutanağının, ilgili destek hizmeti kuruluşlarınca ise 8 inci maddenin birinci fıkrasında belirtilen belgelerin gönderilmesi şarttır.

¹³ MADDE 7 – (2) Kurulca yapılacak değerlendirme sonucunda verilecek onay ile ilgili destek hizmeti kuruluşu sadece başvuru sahibi banka bakımından destek hizmeti sağlamak için yetkilendirilmiş kabul edilir. Kurul kararının bankaya ve destek hizmeti kuruluşuna tebliği ile birlikte, eğer imzalanmış ise destek hizmeti alınmasına ilişkin sözleşme yürürlüğe girer. Sözleşmenin imzalanmadığı durumlarda izin tebellüğü edildiği tarihten itibaren en geç onbeş gün içinde sözleşme imzalanması zorunludur.

kuruluşlarından sağlanan destek hizmetleri için bildirim usulünün uygulanmasına imkan sağlanmıştır.

H. BANKA KURULUŞUNDA SUNULACAK BAZI BELGELER

*Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik*¹⁴ m.4/I, (l), (m) ve (ö) bendlerine göre; sermayenin yüzde on ve daha fazlasını taahhüt eden kurucuların (nitelikli pay sahiplerinin),

1. Kurucu beyannamelerinde belirtilen mevduat ve kredi hesaplarına ilişkin bilgilerin, bu hesapların açılış tarihlerini de içerecek şekilde tevsiki amacıyla, her biri aynı tarihi taşıyan ve ilgili bankalarca Kuruma hitaben düzenlenecek belgelerin,
2. Mali durumları hakkında 3568 sayılı Kanuna göre ruhsat almış yeminli mali müşavirlerce düzenlenecek bir raporun,
3. Gerekli kaynağı nasıl temin edeceklerine ilişkin bilgi verilmesi ve ayrıca bu tutarın kendi ticari, sınai ve sair yasal faaliyetleri sonucunda her türlü muvazaadan arı olarak sağladıklarına dair ek-4'te yer alan örneğe uygun olarak düzenleyip imzalayacakları taahhüname-nin,

Kuruma verilen başvuru dilekçesine eklenilmesi şarttır.

I. FONA DEVREDİLEN VEYA FAALİYET İZNİ KALDIRILAN BANKANIN NİTELİKLİ PAY SAHİPLERİNİN TABİ OLDUĞU YASAKLAR

1. Değerleme Kuruluşu Ortağı Olma Yasağı

Bankalara değerlendirme hizmeti verecek kuruluşların yetkilendirilmesine, faaliyetlerine ve yetkilerinin kaldırılmasına ilişkin usûl ve esasları düzenleyen *Bankalara Değerleme Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesi ve Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik*¹⁵ m.10/I, (g) bendine göre; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce bankalarda nitelikli pay sahibi bulunanlar değerlendirme kuruluşu ortağı olamazlar.

¹⁴ RG.1 Kasım 2006, S.26333. 24/7/2007 tarihli ve 26592 sayılı Resmi Gazete'de ve 5/4/2008 tarihli ve 26838 sayılı Resmi Gazete ile 05/08/2008 tarih ve 26958 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan yönetmelikler ile değiştirilmiştir.

¹⁵ RG.1.11.2006, S.26333.

2. Banka Yönetim Kurulu Üyesi Olma Yasağı

Bankacılık Kanununun m.23/I hükmü ile Bankaların Üst Yönetimine Atanacakların Bildirimi, Yemin ve Mal Beyanında Bulunulması ve Karar Defterlerinin Tutulmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik¹⁶ m.4/I,c hükmüne göre, Kanunun 71 inci maddesi uygulanan bankalarda veya Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devredilmiş bankalarda, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce nitelikli paya sahip olanlar banka yönetim kurulu üyesi olamazlar.

3. Varlık Yönetim Şirketi Kurucusu ve Yönetim Kurulu Üyesi Olma Yasağı

Varlık yönetim şirketlerinin kuruluş ve faaliyetlerine ilişkin usul ve esasları düzenleyen *Varlık Yönetim Şirketlerinin Kuruluş ve Faaliyet Esasları Hakkında Yönetmelik*¹⁷ ile varlık yönetim şirketi kurucuları ile tüzel kişi kurucularını kontrol eden gerçek ve tüzel kişilerin 5411 sayılı Bankacılık Kanununun 8 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ve banka kurucularında aranan tüm şartları taşımaları zorunlu hale getirilmiştir. Bu çerçevede, kurucu ortakların ve yönetim kurulu üyelerinin Fona intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce, bankada nitelikli paya sahip olmaması veya kontrolü elinde bulundurmaması gerekmektedir. Aynı gereklilik, Varlık yönetim şirketinin tüzel kişi kurucularını kontrol eden gerçek ve tüzel kişiler ile şirketin genel müdürünü de kapsamaktadır (m.5, 8, 9).

Ortakları yukarıda aranan niteliği kaybeden varlık yönetim şirketlerine, Kurum tarafından bu durumlarını düzeltmeleri için üç aya kadar süre verilir. Bu süre içinde durumlarını düzeltmeyenlerin faaliyet izinleri Kurulca iptal edilir (m.15).

¹⁶ RG.1.11.2006, S.26333. Bu yönetmelik, Türkiye’de kurulu bankaların yönetim kurulu üyelikleri ile Türkiye’de şube açmak suretiyle faaliyette bulunan yurt dışında kurulu bankaların Türkiye’deki yönetim merkezlerinde oluşturulan müdürler kurulu üyeliklerine ve denetim komitesi üyeliklerine seçilenlerin, genel müdür ve merkez şube müdürü ile yardımcılıklarına atanacakların ve bu görevlerden ayrılacakların Kuruma bildirilmesine, yönetim kurulu ile müdürler kurulu başkan ve üyelerinin yemin etmesine, bu kişiler ile imza yetkisine sahip mensuplarından bölge müdürleri, şube müdürleri ve genel müdürlük merkez teşkilatında yer alan bölüm, kısım, grup ve bunlara eşdeğer isimler altında faaliyet gösteren birimlerin yöneticilerinin mal beyanında bulunmasına ve yönetim kurulu, müdürler kurulu, denetim komitesi ve kredi komitesi kararlarının tutulmasına ilişkin usul ve esaslarını düzenlemektedir.

¹⁷ RG.1 Kasım 2006, S.26333.

4. Derecelendirme Kuruluşu Ortağı Olma Yasağı

Bankaların 5 inci madde kapsamında yapılacak derecelendirmeleri ile bankalardan kredi kullanacak müşterilerin kredi değerlemesini yapacak derecelendirme kuruluşlarını düzenleyen *Derecelendirme Kuruluşlarının Yetkilendirilmesine ve Faaliyetlerine İlişkin Esaslar Hakkında Yönetmelik*¹⁸ m.14/I, (f) bendine göre; Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izin ve yetkileri kaldırılmadan önce bankada nitelikli paya sahip bulunanlar derecelendirme kuruluşu ortağı olamazlar.

5. Destek Hizmeti Kuruluşu Ortağı, Yönetim Kurulu Başkanı, Üyesi, Denetçisi ve Yöneticisi Olma Yasağı

*Bankaların Destek Hizmeti Almalarına ve Bu Hizmeti Verecek Kuruluşların Yetkilendirilmesine İlişkin Yönetmelik*¹⁹ m.8/I-f,(3) bendine göre, Fona devredilen veya faaliyet izni kaldırılan veya Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Fona devredilmiş bankalarda nitelikli paya sahip bulunanlar, Destek Hizmeti Kuruluşu, ortağı, yönetim kurulu başkanı, üyesi, denetçisi ve yöneticisi olamazlar.

6. Banka Paylarını Edinim Yasağı

Banka kurucu olacak veya paylarını devralacak gerçek yahut tüzel kişilerin; Tasfiyeye tabi tutulan bankerler ile iradi tasfiye haricinde tasfiyeye tabi tutulan finansal kuruluşlarda, faaliyet izni kaldırılan kalkınma ve yatırım bankalarında, ortaklarının temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetimi Fona intikal eden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izni ve yetkileri kaldırılan kredi kuruluşlarında, Fona intikalinden veya bankacılık yapma ve mevduat ve katılım fonu kabul etme izni ve yetkileri kaldırılmadan önce *nitelikli paya sahip olmamaları* veya kontrolü elinde bulundurmamaları ve Kanunun 71 inci maddesi uygulanan bankalarda veya Kanunun yürürlüğe girmesinden önce Fona devredilmiş olan *bankalarda nitelikli paya sahip olmamaları* veya kontrolü elinde bulundurmamaları gereklidir (m.8/I,b,c). Bu hususlara ilişkin Fondan temin edilecek belgelerin Kuruma yapılacak izin başvuru dilekçesine eklenilmesi şarttır²⁰.

¹⁸ RG.1 Kasım 2006, S.26333.

¹⁹ RG.1 Kasım 2006, S.26333.

²⁰ Bankaların İzne Tabi İşlemleri ile Dolaylı Pay Sahipliğine İlişkin Yönetmelik m.11/I,(d),(e). Pay Edinim ve Devirleri ile ilgili aranan diğer şartlar hk. bkz. Aynı Yönetmelik m.11.

SONUÇ

Bankacılık Kanunu bankaların denetim altında tutulabilmesi amacıyla nitelikli pay sahipliği kavramına büyük önem atfetmiş ve bu sıfatın kazanılması ve kaybedilmesine önemli hukuki sonuçlar bağlamıştır. Bu nedenle, banka yönetiminde söz sahibi olması muhtemel bir kısım payların sahipliğini kontrolü altında tutabilmek ve istenmeyen kişilerin bu paylara sahip olmasını engelleyebilmek için ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir.

Getirilen kanuni düzenlemelerin kendi içerisinde tutarlı, eksiksiz ve amaca uygun olduğunu ifade etmek mümkün değildir. Nitelikli olmamalarına rağmen, bir şahsın hakimiyet alanında belirli niceliksel çoğunluğun toplanması nedeniyle sahibinin nitelikli pay sahibi sayılması gerekirken payların bizzat kendilerinin nitelikli pay olarak isimlendirilmesi, bunların gerçekten nitelikli pay statüsünü hak eden yönetim imtiyazlı paylarla birlikte ele alınması ve aynı hukuki sonuçlara tabi kılınmaları, nitelikli pay kavramına dahil edilmeyen denetim imtiyazlı payların devrinin Kurum iznine bağlanması, yönetimin belirlenmesinde hiçbir etkinliği olması söz konusu olmayan örneğin bir veya daha fazla sayıda nitelikli paya sahip olan kişinin banka kurucuları ile aynı statüde tutulması ve onlar için aranan özellikli şartların bu kişiler için de aranması, bu kişinin pay devrinin Kurum iznine bağlanması, bu kişinin belirli görevlere getirilmesi yasağı, bu kişinin bankanın fona devredilmiş veya faaliyet izninin kaldırılmış olması nedeniyle, sonradan birçok yasağa tabi olması, kavramın amacını ve hedeflerini sorgulamamızı gerektirmekte ve bunlarla uyumlu şekilde ele alınmamış ve düzenlenmemiş olması nedeniyle, kavramın yeniden ele alınması ve düzenlenmesi gerektiğini göstermektedir.