

# ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞININ TK'YA TABİ ŞİRKETLER/ŞİRKETLER TOPLULUĞU VE SERPK İLE İLİŞKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

## Vakıa Üzerinden Bir Deneme

(The Examination of the Concealed Gain Transfer Ban for the  
Companies Subject to the Commercial Code and its Relation  
with the Capital Market Law)

An event study

Prof. Dr. Arslan KAYA\*

### ÖZET

Örtülü kazanç aktarım yasağı, vergi ziyanına sebep olması dolayısıyla öncelikle transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konulu olarak vergi mevzuatında düzenlenmiş, bilahare yatırımcı pay sahipleri bakımından önemi dolayısıyla sermaye piyasası kanunda özel olarak hükme bağlanmıştır. Ticaret Kanununa tabi şirketler bakımından bu konuda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, şirketler topluluğunu düzenleyen hükümler arasında, hakimiyetin hukuka aykırı biçimde kullanılması üst başlığı altında esasen örtülü kazanç aktarımı niteliğindeki işlemlere, daha üst bir kavram olan bağlı şirketi kayba uğratabilecek işlemler başlığı altında yer verilmiştir. Hükümde, bağlı şirketi kayba uğratabilecek işlemlerin yıl içinde denkleştirilmesine ve denk bir istem hakkı tanınmasına imkan verilmek suretiyle, yasada bir ölçüde kaybın telafisi durumunda dava imkanı da bir ölçüde ortadan kaldırılmıştır. Mevcut düzenleme dolayısıyla ortaya çıkan temel sorun, TK'ya tabi şirketlerde örtülü kazanç aktarımının bunlarla sınırlı olup olmadığı, şirketler topluluğu dışında bu yasağın söz konusu olup olamayacağı, daha da önemlisi bağlı şirketin halka açık olması durumunda SerPK 21 hükmü ile TK 202 hükmünün nasıl ve hangi ölçü kapsamında uygulanacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. Aşağıdaki makalede ana hatları ile bu sorunlar incelenmiş ve çözüm önerileri ele alınmıştır.

**Anahtar kelimeler:** Örtülü kazanç aktarımı yasağı, şirketler topluluğu, hakim şirket, bağlı şirket, denkleştirme, halka açık şirket.

\* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

### Abstract

Concealed gain transfer ban has been regulated firstly in the Tax Code as it causes loss of tax, then regulated peculiarly in the Capital Market Law because of its importance for investor shareholders. There isn't any explicit law concerning companies subject to the Commercial Code but under the provisions regulating company corporations, in the abuse of the dominance headline, the concealed gain transfer ban was actually included as transactions causing loss to the associated company. In the provision, it's possible to adjust and balance the loss caused to the associated company and a possibility for the associated company to claim an adjustment within the year, therefore the means for an action are restricted or even removed. Hence, the main problem arising is whether the concealed gain transfers are limited with these for companies subject to the Commercial Code, whether this ban can be applicable to other companies but the company corporations, even more important how the art. 21 of the Capital Market Law will be applied if the associated company is public. In this study these problems are examined generally and some solutions are suggested.

**Keywords:** Concealed gain transfer, Company Corporation, Holding Company, Associated Company, Adjustment, Public Company

## I. Vakıa

### 1. Hakim Şirket - Bağlı Şirket İlişkisi

(A) AŞ, (A1) AŞ de % 60 ve (A2) AŞ'de ise % 55 pay sahibidir. (A) AŞ, (A1) AŞ ve (A2) AŞ'nin başkan dahil, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu belirlemektedir.

(A1) AŞ ve (A2) AŞ yıllık işlem hacimlerinin % 95 ve üzeri bir bölümünü (A) AŞ ve ona bağlı diğer şirketlerle gerçekleştirmektedir. Bu iki şirket ayrıca (A) AŞ'ye "Genel Merkez Masraf Payı" adı altında yıllık ödemelerde bulunmaktadır. Bu ödemelerin; Ar-Ge Hizmet Gideri, Bilgisayar Hizmet Gideri, Genel Yönetim Hizmet Gideri, Teknoloji ve Yatırım Hizmetleri ve Art Direktör kalemlerinden oluştuğu görülmektedir.

(A) AŞ ile (A1) AŞ arasında ayrıca marka lisans sözleşmesi de bulunmaktadır. Buna göre, (A1) AŞ, (A) AŞ'ye ait bazı markaları ticaret hayatında kullanması karşılığında (A) AŞ'ye kendi karının % 2'sini aktarmak durumundadır.

Yukarıda sıralanan hususlar (hisse çoğunluğu, yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu belirleme, şirketler arası/grup içi işlem hacminin büyüklüğü, masraflara katılma ve sınıai haklardan faydalanma) da göstermektedir ki, (A1) AŞ ve (A2) AŞ ile (A) AŞ arasında, (A) AŞ lehine bir kontrol ilişkisi vardır. Dolayısıyla anılan şirketler (A1) AŞ ve (A2) AŞ, (A) AŞ tarafından yönlendirilen 'Gruba' başkaca şirketlerle birlikte dahildir ve (A) AŞ ile anılan şirketler arasında teknik ve hukuki anlamda bir Hakim Şirket-Bağlı Şirket ilişkisi mevcuttur.

## 2. Grup Şirketlerle (B) AŞ Arasındaki Ortaksal ve Sözleşmesel İlişki

(1) Şirketlerden (A) AŞ, (A1) AŞ ve (A2) AŞ ile (B) AŞ arasındaki ilişki 1982 tarihli bir “ortaklararası sözleşme” ile tesis edilmiştir. Sözleşmede esas itibarıyla (B) AŞ'nin iştiraklerden (A1) AŞ ve (A2) AŞ'den hisse alımı düzenlenmiş, ayrıca iştirak edilen şirketlerin ana mukavelelerindeki kar dağıtımına ilişkin maddenin değiştirilmesi özellikle hüküm altına alınmıştır. Bu tür bir yapılanmada/hisse alımında ciddi anlamda bedel ödeyen (B) AŞ'nin asıl amacının kazanç payı almak olduğu açıktır. Nitekim, şirket ana sözleşmesinde değişiklik öngörülen kar payı ile ilgili maddede şirketlerin belirli oranda kar dağıtması ve bir ölçüde imtiyazlı olarak kardan (B) AŞ'ye pay verilmesi hüküm altına alınmış gözükmektedir.

(2) Şirketlerden (B) AŞ “ortaklararası sözleşme” uyarınca (A1) AŞ'de % 30 ve (A2) AŞ'de % 25 oranında hisse sahibidir. Anılan şirketlerin yönetim kurullarında başkan vekili sıfatıyla birer üyesi bulunmaktadır. Dolayısıyla (A) AŞ ile karşılaştırıldığında azlık hissedarı konumundadır.

(B) AŞ, 2002 yılından bu yana anılan şirketlerdeki hissedarlığı ve hissedarlık hakları dolayısıyla (A1) AŞ ve (A2) AŞ'ye karşı, uzun yıllardan beri kar dağıtımı yapılmaması ve ayrıca (A) AŞ ve bu şirketin hakim ortaklarının lisans, tedarik sözleşmeleri ve benzeri diğer sözleşmeler üzerinden kar/kazanç transferi yapılarak (B) AŞ'nin kar payı hakkının yok sayıldığı, azaltıldığı ve zarara uğratıldığından bahisle çeşitli davalar yürütmektedir.

Bu verilere bağlı olarak; sermayenin/malvarlığının korunmasına yönelik müesseselerden olan örtülü kazanç aktarımı/transfer fiyatlandırmasının Türk Ticaret Kanunu'na (=TK) tabi şirketlerde uygulanıp uygulanmayacağı, TK'daki grup şirket düzenlemesinin buna bir etkisinin olup olmadığı, gruba bağlı şirketler arasındaki bu tür işlemlerin, şirketler topluluğu yapılanması olmadığı hallerde farklı bir değerlendirme yapılmasını gerektirip gerektirmediği, ***daha da özelde bağlı şirketin halka açık bir ortaklık olması varsayımında*** 6332 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'ndaki (=SerPK) (RG. 30.12.2012/28513) örtülü kazanç aktarımını düzenleyen m.21'in TK hükümleri, TK'daki şirketler topluluğu düzenlemeleri ve özellikle TK 202/1-3 karşısındaki durumu, düzenlemeler arasında normlar arası ilişki sorunlarının incelenmesini gerektirmektedir.

## II. Örtülü Kazanç Aktarımına Yönelik Hukuki Altyapı

### 1. Örtülü Kazanç Aktarımının Anlamı, Yasak İşlem Olma Niteliği

Bir şirketin yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüse veya şahsa emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak, şirketin karını veya malvarlığını azaltıcı işlem-

lerdir. Piyasa değerinin altında mal ya da hizmet satılması yahut tersine mal veya hizmetin piyasa değerinin üzerinde satın alınması, gerçekte şirketin malvarlığını ve pay sahiplerine dağıtılması gereken karı azaltırken, çoğu halde azalan oranda da malvarlığının/şirket karının üçüncü gerçek veya tüzel kişilere doğrudan veya dolayısıyla aktarılması sonucunu doğurur. Bu suretle üçüncü gerçek veya tüzel bir şahsa servet transferi gerçekleştirilir.

Gerçekte sağlanmayan bir hizmet sağlanmış gibi, satılmayan bir mal satılmış gibi gösterildiği için yahut mal ya da hizmete ihtiyaç olmamasına rağmen bunun alınması veya sağlanması, alınan mal veya sağlanan hizmetin emsallerine kıyasla alım veya satıma göre yüksek ya da düşük olması, örneğin, bir markanın gereğinden fazla bir fiyatla lisansa konu edilmesi gibi durumlarda muhataba örtülü bir kazanç sağlandığı, bir servet transfer edildiği içindir ki, uygulama ve özel hukuk öğretisinde bu tür işlemler “örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı”, “örtülü kazanç aktarımı *yasağı*” veya vergi hukuku uygulaması ve öğretisinde ise daha ziyade “*servet transferi*” ya da “*transfer fiyatlandırması*” olarak adlandırılır.

Belirtmek isteriz ki, örtülü kazançla ilgili olarak klasik yaklaşımda başlangıçta sadece işlem bazında, bir şirketin doğrudan veya dolaylı ilişkili olduğu bir diğer teşebbüs veya şahsa emsallerine göre **bariz şekilde** fiyat, ücret veya bedel uygulamak olarak adlandırılırken, gelinen aşamada yasak işlemlerin türleri ve kapsamı genişlediği gibi, bir şirketin muhatap şahıslar karşısında yerine göre pasif kalması, yapması gereken bir eylem veya işlemde bulunmaması, alması gereken bir aksiyonu almaması, hatta giderek ilişkili olan şahısların işlem sürecine farklı görünümde katılarak işlemden haksız nemalanması da örtülü kazanç aktarımı kapsamında değerlendirmeye başlanmıştır<sup>1</sup>.

Bu bağlamda ve genişleyen anlamı ile örtülü kazanç dağıtımına, vakıdaki işlemler ve uygulamalar yanında örnek olarak, sınırlı sayıda olmamak üzere şu işlemleri anlamak mümkündür:

- Şirket yöneticilere ücret, huzur hakkı ve benzeri adlar altında tanınan mali hakların/ hak tanımı adı altında yapılan sair ödemelerin alışılmışın/mutadın ve emzallerinin üzerinde ve çok yüksek olması,
- Yavru şirkete hakim şirketin ya da hakim şirkete bağlı diğer yavru şirketlerin, yavru şirketçe ihtiyaç duyulmayan mal veya hizmet satmaları,

<sup>1</sup> SerPK m. 21 hükmünün, 2499 sayılı eski SerPK (RG. 30.07.1981/17416) 15/son fıkrasına kıyasla aldığı şekil ve detay, gerekse aynı zamanda önemli bir kısmı örtülü kazanç aktarımı örneği olabilecek TK 202 hükmündeki örneksene yöntemindeki sayılanlar, kavramın gereksiz biçimde genişleyen kazuistik obezitesini göstermektedir. İlkel düzenleme yerine, vergi hukukundan mühlhem ve ayrıca 6362 sayılı SerPK'nın hazırlanmasında Alman Hukukunun etkisiyle bir ölçüde benimsenen kazuistik yöntemin ve Kanunun buna bağlı olarak şişmanlayan kapsamının hukukun sağlıklı olduğunu söylemek mümkün değildir. Bu yöntemin ayrıca, şirket yöneticilerinin çalışmasını engelleyen ve cesaretlerini kıran bir yönü de mevcuttur.

- Yavru şirkete hakim şirketin ya da hakim şirkete bağlı diğer yavru şirketlerin bariz yükseltilmiş fiyatlarla mal veya hizmet satmaları,
- Yavru şirkete hakim şirketin ya da hakim şirkete bağlı diğer yavru şirketlerin pazar koşullarından yüksek faizlerle kredi kullandırması, borç vermesi,
- Yavru şirkete yapılan yer tahsisi, kira ve benzeri işlemlerin pazar koşullarının üzerinde fiyatlarla yapılması,
- Ana şirketin yavru şirkete, örneğin bir markasını çok yüksek bedelle kullan-dırma temelli bir sözleşme ile kullandırması,
- Rekabet ve ihale mekanizmasını işletmeden veya göstermelik olarak işleterek ya da buna ihtiyaç dahi duymadan hammadde veya ihtiyaç kalemlerinin sü-rekli aynı yerden ve tek elden/tek el üzerinden alınması,
- Aynı konum ve şartlarda bulunan ve asgari koşullarda eşit davranılması ge-reken müşterilerden bazılarına, örneğin, regüle bir farklı fiyat uygulanması, giderek müşterilerin temerrüdüne bağlı olarak adil olmayan farklı işlemler yap-ılması, biri dava ve takip edilirken diğeri hakkında hukuki takibat yapılma-sı<sup>2</sup>,
- Objektif şartlar yok iken ilişkili bulunan bir kişi lehine, örneğin, bir alım veya ihaleden çekilme,
- Örneğin, bir ithalat veya ihracat işleminde, sürece işlem veya şahıs bazında *işlevsiz* biçimde dahil olunması (ithalat veya ihracat sürecine hiç bir katkısı bulunmayan süjelerin dahil edilmesi) ve bu suretle maliyetin artırılması<sup>3</sup>,

<sup>2</sup> Örneğin, regüle bir piyasada faaliyet gösteren aktörlerden olan bir şirketin, hizmetinden yararlan-an tüm şirketlere düzenleyici kurum tarafından belirlenen bir hizmet bedeli oranı uygularken, buna uymayan veya uymadığı için biriken hizmet bedelleri için bazı şirketlere dava veya tahkim yoluyla etkin hukuki tedbirlere başvurması, ancak kendisine hakim olan şirketin gerçek kişi or-taklarının ortak olduğu bir şirkete herhangi bir takibatta bulunmaması, buna mukabil, yıllarca biriken bedelin yasal olarak takibi zorunluluğu doğduğu durumda da talep etmesi gereken top-lam bedel ile ilgili olarak pazarlık yoluna gitmesi ve iskonto yapmaması örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilebilir bir uygulamadır. Bu tür bir harekette, basiretli ve dürüst bir tacir ola-rak yapılması gereken bir hareketin, faaliyetin yapılmaması ya da muhatapların eşit şartlara tabi tutularak yapılması gerekenin yapılmaması ve dolayısıyla geniş anlamda kazanç kaybına sebep olunması durumu söz konusudur.

<sup>3</sup> Örneğin, ithalat yoluyla bir satın alma işleminde, bir dış ticaret şirketi üzerinden yapılan ka-ğıt ithalatında, **hiçbir ekonomik ve haklı bir sebep olmaksızın araya ikinci bir şirketin gir-mesi, faturalandırma sürecine dahil olması durumunda, kağıt ve baskı malzemesi maliyet miktarının artması, araya giren şirketin ortaklarının ithalatı yapan şirketin birlikte veya ayrı ayrı hakim ortakları olması durumuyla ilgili olarak Yargıtay 7. Ceza Dairesi bu ikinci araçların varlığının, satın alma politikası açısından makul, bir sebebe dayanmaması sebe-biyle işlemde örtülü kazanç aktarımı görmüştür.** Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin, 2011/12736 E., 2012/8459 K. nolu İstanbul 7. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 06/07/2011 tarih ve 2010/1043 E. ve 2011/826 K. nolu kararı hakkındaki değerlendirmesi şöyledir.: "yapılan incelemede; 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununun 15/son madde fıkrasında "....." hükmü bulunmakta olup, anılan yasanın 47/A-6 madde fıkrası uyarınca da "Bu kanunun 15 inci maddesinin son fıkrasında

*belirtilen işlemlerde bulunarak karı veya mal varlığı azaltılan tüzel kişilerin yetkilileri ve bunların fiillerine iştirak edenler ...” in cezalandırılacağı hükme bağlanmıştır.*

Kanun metninden anlatılacağı üzere, “örtülü işlem” kanunda açıkça tanımlanmamış, ancak, “... emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemler...” ifadesi kullanılarak örtülü işlemlere örnek verilmiştir. Bu şekilde *örnekleme yoluyla sayma yöntemi, örtülü işlemlerin yalnızca emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat tespit edilmesi halinde suç olarak kabul edilebileceği algısını ortadan kaldırdığı gibi*, böyle bir ilişki olmasaydı hiç yapılmayacak veya farklı bir şekilde yapılacak olan muvazaalı işlemlerin de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini mümkün hale getirmiştir. Başka bir anlatımla, ilişkili şirketlerle yapılan işlemlerde sadece emsalden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması değil, normal şartlarda yapılmayacak olan bir işlemin, sırf aradaki ilişkinin/bağlantının varlığından ötürü yapılması halinde de bu madde kapsamında suç olarak değerlendirilmesini gerektirecektir.

Anılan madde hükmü dikkate alındığında, ilişkili şirketlerle yapılan ve halka açık anonim ortaklığın karını ve/veya mal varlığını azaltan her türlü örtülü/muvazaalı işlemin bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, “emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak” tabirinin yasadaki yazılı sınırlayıcı olmayan örtülü işlem örneklerinden biri olduğu, bu sebeple örtülü işlemin fiyat farklılığından başka bir şekilde gerçekleşmesi durumunda “emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat ...” in suçun unsuru olarak kabul edilmesine imkan bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Dosyadaki tüm bilgi ve belgeler incelendiğinde; (...) grubu bünyesinde bulunan ve halka açık anonim ortaklık statüsünde olan (...) A.Ş. ve (...) A.Ş. nin gazete kağıt ve baskı malzemesi ihtiyacı için ithalatı gerçekleştiren yine (...) grubu bünyesinde bulunan (...) Dış Ticaret A.Ş.( 1997-2007 dönemi) ile (...) A.Ş. (2006-2007 dönemi)’nin bu alımları bir çok kez doğrudan üretici/satıcı firmalar yerine, (...) grubunun/ailisinin sahibi olduğu/kontrolü altında bulundurduğu, off-shore ülkelerde kurulu olan ve yine (...) grubunda fiili olarak görev yapan kişilerin yönetici olarak görüldüğü, personeli ve müstemilatı olmaması sebebiyle herhangi bir operasyonel yetkisi bulunmayan, ithalat sürecine fiili olarak herhangi bir katkısı olmayan ve bir katma değer yaratmayan off-shore şirketler (S. Ltd. ve Sh. Ltd.) gereksiz yere aracı kılınarak üretici/satıcı birim fiyatlarından daha yüksek bedellerle ithal edilmesi neticesinde halka açık anonim ortaklıklar olan (...) ve (...)’nin karının/mal varlığının azaltıldığı anlaşılmaktadır.

Somut olayda, gazete kağıdı ve baskı malzemesi alımı/ithalatı işlemlerinde, (...) grubunun kontrolünde olan, dolayısıyla halka açık anonim ortaklıklar (...) ve (...) ile ilişkili olan yun dışında kurulu iki şirketin, ikinci bir aracı olarak dolaylı işlemler için kullanıldıkları ve örtülü/muvazaalı işlemler ile halka açık şirketler olan (...) ve (...)’nin karının/mal varlığının azaltılarak, örtülü kazanç aktarımı yapıldığı anlaşılmaktadır.

Burada, emsallerinden bariz şekilde farklı fiyat uygulanması hususu aranmayacaktır. Çünkü, normal şartlarda bu off-shore şirketler, (...) grubunun/ailisinin kontrolü altında/ilişkili olmasaydı hiçbir şekilde ithalata dahil edilmeyeceklerdi. Dolayısıyla, halka açık anonim şirketler olan (...) ve (...)’den (...) grubuna/ailisine kaynak aktarımını gizlemek amacıyla ithalat sürecine hiç bir katkısı bulunmayan off-shore şirketlerin dahil edilmesi Sermaye Piyasası Kanunu 15 madde fıkrası kapsamında başlı başına yeterli örtülü/muvazaalı bir işlemdir. Kaldı ki bu örtülü işlemler sonucunda (...) grubu/ailisi lehine fakat, halka açık anonim ortaklıklar olan (...) ve (...) aleyhine olarak aktarılan miktarların büyüklüğü dikkate alındığında, normal şartlarda hiçbir şekilde yapılmayacak olan bu işlemlerin, aradaki ilişki/bağlantı nedeni ile yapılması emsallere göre bariz farklılığı da ortaya koymaktadır.

Tüm bu anlatılanlar ve dosya kapsamına göre; sanıkların üzerlerine atılı bulunan suçun maddi ve manevi unsurlarının gerçekleştiği ve atılı suçun sanıklar tarafından işlendiği sabit olduğu halde, mahkemeye sunulan 17.05.2011 tarihli bilirkişi heyet raporunun çoğunluk görüşüne göre; “halka açık anonim şirketin faaliyetine yönelik ihtiyaç malzemelerin[in] ilk elden üretici firmalardan temini yerine, bahsi geçen şirket hissedarları ile irtibatlı off-shore firmalarına kazanç aktarmak suretiyle temin edildiği, eylemin halka açık anonim ortaklığın mal varlığını normale göre azaltıcı

Açıktır ki, örtülü kazanç dağıtımı grup şirketlerde, yavru şirketlerin sermayesinin artmasını engeller. Şöyle ki; eğer yavru şirket, hakim şirket ya da hakim şirkete bağlı diğer yavru şirketlerle pazar koşullarında, yani halihazırda yapılmış olanlardan daha ucuza işlemler yapıyor olsaydı, pasifi daha az olacak, dolayısıyla safi karı artacaktı. Safi karın artması ise, pay sahiplerinin daha fazla kar payı alması, daha sonra ayrılacak ihtiyat akçelerinin, yedek akçelerin artması anlamına gelmektedir. Bu akçelerin eklenmesinin şirketin öz sermayesini artıracığı açıktır. Bunun önemi özellikle, hakim şirketteki ortaklık yapısı ile yavru şirketlerdeki ortaklık yapısının aynı olmadığı, yavru şirketlerde hakim şirket veya şahsa yakın olmayan pay sahiplerinin/azınlık pay sahiplerinin bulunmasında özel önem arz etmektedir. Zira bu vakiada olduğu üzere ya da benzer bir çok uygulamada, azınlık pay sahiplerinin hiç veya uzun süre kardan pay alamamaları söz konusu olmaktadır.

Örtülü kazanç aktarımı işlemlerinin, Kanunlarda açık bir düzenleme olsun veya olmasın yasak olduğu, yasaklayıcı bir kanun hükmüne aykırılık sebebiyle bu tür işlemlere hukuken yerine göre kısmen veya tamamen **butlan yaptırımının gündeme geleceği veya örtülü kazanç aktarımının başta** temsil yetkisinin kötüye kullanılmasının özel bir görünümü niteliği taşıdığı durumlar olmak üzere belirli şartlarda **iptal müeyyidesinin söz konusu olabileceği, yapanların sorumluluğuna gidileceği, giderek cezai sonuçlarını olması gereği açıktır.** Geçersizlik müeyyidesinin, şartların oluşması durumunda bu tür işlemlere temel oluşturan genel kurul veya yönetim kurulu kararları bakımından da gündeme gelebileceği kuşkusuzdur.

Genel bir yaklaşım ile belirtmek gerekirse, bağlı bir şirket bünyesinde **belirli bir yöntem dahilinde yapılacak bu tür işlemlerle kârı yanında, mal varlığı da azaltılır. Görünürde ilk temettü kazancına yansımakla birlikte, esasen sorun temettüden çok “mal varlığının (sermayenin) korunması” genel ilkesi** çerçevesinde ele alınması gereken bir sorundur. Örtülü kazanç aktarımının yasaklanması ile esasen geniş anlamda **anonim şirketin mal varlığı korunmaktadır, son tahlilde ve özelle de de yıllık kar miktarının örtülü işlemlerle azaltılmasının önüne geçilerek pay sahiplerinin, özellikle de azınlıkta kalanların yeterli ve gerekli oranda kâr payı almaları sağlanır.**

**Ayrıca belirtmek gerekir ki, “örtülü kazanç aktarımı”nın varlığının tespiti, esasında, işlemi gerçekleştirenlerin kendilerine duyulan güveni kötüye kullandıklarını da gösterir. Zira anonim ortaklık yöneticileri ve hatta kontrol sahiple-**

---

bir mahiyet taşıdığı, suçun maddi unsurunun işlemin yapıldığı anda tamamlandığı ve emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat unsurunun da gerçekleştiği” belirtilmiş olmasına rağmen, yasal ve yeterli olmayan azınlık görüşüne itibar edilerek, emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat veya bedel uygulandığı yönünde delil bulunmadığı ve atılı suçun unsurlarının oluşmadığı gerekçe gösterilerek atılı suçun unsurlarında yanılığa düşülmek suretiyle sanıkların mahkumiyetleri yerine yazılı gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi, Yasaya aykırı olup... BOZULMASINA, ...oybirliğiyle karar verildi.”



**ri, kendilerine ait olmayan bir mal varlığını, özel bir hukuki ilişki çerçevesinde, ekonomik veya hukuki açıdan, başkaları adına yönetmekte ve işletmektedirler.** Bu sebeptendir ki, **kendilerine emanet edilen bu mal varlığını, kendi şahsi çıkarları doğrultusunda kullanmamaları gereği,** temel bir hukuk prensibi niteliğindedir.

## 2. Hukuki Altyapı ve Tarihi Süreci, Düzenlemelerin Amacı

a) Örtülü kazanç dağıtımının **şirketler hukuku ve vergi hukuku** olmak üzere iki boyutu vardır. Konu şirketler hukuku bakımından ise, kapalı (TTK'ya tabi ) ve halka açık şirketler (SerPK'ya tabi) bakımından ayrı ayrı düşünülmek durumundadır.

b) Devlet olmanın bir gereği ve hassasiyeti sebebiyle, diğer bir çok müessese gibi [yeniden yapılanma (bölünme, birleşme) uygulamaları gibi ...] örtülü kazanç aktarımı konusu da öncelikle vergi hukuku alanında gündeme gelmiş ve vergi mevzuatında düzenlenmiştir. Bunun doğal sonucu olarak da Türkiye'de, örtülü kazanç dağıtımı Yargıtay da dahil olmak üzere tüm bileşenler tarafından şimdiye kadar daha ziyade vergi hukuku boyutunda tartışılmıştır. Kurumlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesine göre, kurumlar, ilişkili kişilerle (örneğin, gruba bağlı şirketlerle veya hakim şirket ile) karşılaştırılabilir veya emsal fiyatlar üzerinden işlemler yapılmalıdır. Farklı fiyatlara işlem yapılmış olması halinde, kural olarak vergi matrahı düzeltilerek, yeni matrah üzerinden vergi tahakkuk ettirilir. Vergi hukuku zaviyesinden örtülü kazanç dağıtımı, şirket kazancının vergilendirilmeden şirket dışına aktarılmasını ifade etmektedir. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımı vergi kaybına yol açtığı için Vergi Hukukunda arzu edilmemekte, kontrole tabi tutulmaktadır<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Örtülü kazanç aktarımı KVK'nın 13 üncü maddesinde "*Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı*" başlığı altında şöyle düzenlenmektedir. Düzenleme vergiye ve verginin tahsiline yöneliktir; bir maddi hukuk düzenlemesi değildir.

"(1) Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

(2) İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

(3) Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen



c) Bunun yanında vergi mevzuatını takiben sermaye piyasası mevzuatına da bakıldığında, örtülü kazanç aktarımına kanunun amacı gereği özel bir önem verilmekte ve ayrıca vergi mevzuatındaki parametrelerden ayrı olarak bir maddi hukuk düzenlemesi yapılmakta, daha sonra da buna müeyyide şeklinde hukuki ve cezai sonuçlar bağlanmaktadır. Nitekim bu bağlamda mevzuatımızda da, SerPK'nun amacını ve kapsamını belirleyen maddelerde **sermaye piyasasının işleyişinin güvenceye alınması ve özellikle tasarruf sahiplerinin haklarının ve menfaatlerinin korunması** amacıyla özellikle vurgu yapılmaktadır. Sermaye piyasası mevzuatına tabi olan anonim ortaklıkların yönetsel suiistimalleri sebebiyle, özellikle kontrolün dışında kalan azınlık pay sahiplerinin, bir başka deyişle sermaye piyasası yatırımcısı olan tasarruf sahiplerinin uğrayabilecekleri zararların önlenmesi, SerPK'nın öncelikli amacı ve bu kapsamda SPK'nın da en önde gelen görev ve yetkilerindedir.

Anonim ortaklık azınlık pay sahiplerinin maruz kalabilecekleri hak ihlalleri arasında, **şirket kaynaklarının şirket tüzel kişiliğinin ve tüm pay sahiplerinin menfaatine olmayacak bir şekilde kullanılması suretiyle, şirketin mal varlığı toplamının azaltılması, böylelikle pay sahiplerinin/tasarruf sahiplerinin ellerindeki hisse senedi şeklindeki menkul kıymetlerin değerinin düşmesi veya alabilecekleri temettü miktarının azalması en önde gelen konudur.**

---

fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur.

(4) Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit eder:

a) Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder.

b) Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder.

c) Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder.

ç) Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir.

(5) İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşılabilir belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dahilinde kesinlik taşır.

(6) Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır.

(7) Transfer fiyatlandırması ile ilgili usuller Bakanlar Kurulunca belirlenir.”

Anonim ortaklık uygulamasında sıklıkla karşılaşılan şirketin, kontrolü elinde bulunduran kişi veya grubun şahsi menfaatleri doğrultusunda yönetilmesinden kaynaklanan sorunların önlenmesine yönelik olarak Ticaret Kanunu'nda yer alan yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin kurallar veya Türk Ceza Kanunu'nda bulunan "güveni kötüye kullanma" düzenlemelerinin tek başına yeterli olmadığı, etkin sonuçlar doğuran farklı hukuki taleplere imkan veren başka mekanizmaların özel hükümlerle veya genel hükümlerden hareketle getirilmesi gereği açıktır.

Nitekim tüm bu ihtiyaçlar sebebiyledir ki, **eski SerPK. m. 15/son hükmü** "örtülü kazanç aktarımı"na ilişkin ilk düzenleme olarak bu özel kurallar arasında yer almıştır. Hüküm uyarınca, "*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.***" Hüküm açıklıkla, **anonim ortaklıktaki kontrol dışında kalan pay sahiplerinin haklarını ve menfaatlerini, özel bir yönetsel uygulamaya (grup şirketler/ilişkili kişiler ile yapılan işlemlere) karşı korumaktadır.**

d) Görüldüğü üzere, örtülü kazanç dağıtımı Vergi Hukukunda olduğu gibi, Şirketler Hukukunda da arzu edilmemektedir. Örtülü kazanç aktarımı şirketler hukukunda özellikle arzu edilmez; zira, Şirketler Hukukuna hakim olan "*Sermayenin Korunması İlkesi*" gereği, şirket sermayesinin artmasının engellenmemesi ya da azalmasına yol açılmaması gerekmektedir. Şirketin sermayesi, o şirketin alacaklılarının ve dolaylı yoldan da olsa (örneğin tasfiye değeri gibi) hissedarlarının güvencesi niteliğindedir. Ayrıca şirket sermayesi arttıkça, şirketin kredibilitesi de artmakta ve şirket işlem hacmini, yatırım kapasitesini artırabilmektedir. Nitekim bunun somut ve açık ilk pozitif hukuk göstergesini anonim şirketin bir alt tipi olarak düzenlenen halka açık anonim ortaklıklar bakımından eski SerPK m. 15/son hükmünde görmekteyiz.

Ancak, eski SerPK m.15/son hükmü, uygulamadaki süreçte amaçlanan ihtiyaçları karşılamakta yetersiz kalmıştır. Kanun koyucu, uygulamadaki kötüye kullanım örneklerini de dikkate alarak, SerPK'nın 21 inci maddesinde konuyu daha geniş bir açıdan düzenleme yolunu tercih etmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere, eski SerPK m. 15/son hükmü klasik yaklaşımı yansıtırken, yani çerçeveyi bir şirketin doğrudan veya dolaylı ilişkili olduğu bir diğer teşebbüs veya şahsa emsallerine göre **bariz şekilde** fiyat, ücret veya bedel uygulaması şeklinde çizerken, gelinen aşamada SerPK'nın 21 inci maddesi ile neredeyse kazuistik bir yöntem belirlenmiş, yasak işlemlerin türleri ve kapsamı genişlediği gibi, bir şirketin anılan şahıslar karşısında yerine göre pasif kalması, yapması gereken bir eylem veya işlemde bulunmaması, alması gereken bir aksiyonu almaması, hatta giderek ilişkili olan şahısların işlem sürecine katılarak işlemde haksız nemalanması da örtülü kazanç aktarımı kapsamında değerlendirmeye başlanmıştır.

e) Örtülü kazanç dağıtımı, TK'ya tabi şirketler bakımından, bu isimle olmasa da TBMM'de 13/01/2011 tarihinde kabul edilen ve 01/07/2012'de yürürlüğe giren yeni Ticaret Kanunumuzun 202. (şirket nezdinde tazminbakımından) ve 206. (alacaklılar nezdinde tazmin bakımından) maddeleri üzerinden, şirketler topluluğuna özgü olarak bir yasal düzenlemeye kavuşmuştur. Anılan maddeler, hakim şirketin yavru şirketler üzerindeki hakim konumunu hukuka aykırı bir biçimde kötüye kullanmasını düzenler. Buna göre hakim şirket, talimatla veya talimatsız yavru şirketlerin kaybına yol açmışsa, bu kaybı yavru şirketler nezdinde denkleştirme ya da tazmin zorunda kalacaktır. Bu maddelere göre tazmin davası, yavru şirket hissedarları ve alacaklılar tarafından da açılabilecektir. Hissedarlar, şirketin zarara uğraması haricinde şahsi zararları olmuşsa, bu zararlarının tazminini de hakim şirketten isteyebilecektir.

Madde genel anlamda Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu (=AktG) madde 311 ve 317'den esinlenmiştir. Almanya uygulaması da örtülü kazanç dağıtımını bu madde altında ele almaktadır <sup>5</sup>.

Örtülü kazanç dağıtımı, İsviçre'de de öncelikli olarak vergi hukuku penceresinden ele alınmaktadır. Ancak İsviçre ve Almanya'da konuya ilişkin yasal zeminin olması, bu konuda teorinin gelişmesine faydalı olmuştur.

İsviçre'de örtülü kazanç dağıtımı, İsviçre Borçlar Kanununun 678. maddesinin II. fıkrasında ele alınmıştır <sup>6</sup>. Düzenlemenin özünde, "*Sermayenin Korunması İlkesi*" bulunur. Şirketler topluluğu düzleminde ele alındığında anılan maddeye göre, *yavru şirket, hakim şirket veya ona bağlı şirketlerle yaptığı işlemler karşılığı hiç ya da uygun bir bedel alamadıysa ya da bu işlemleri grup dışı üçüncü kişilerle yapması halinde daha uygun bedeller elde edecek idiyse, bu takdirde örtülü kazanç dağıtımından söz edilir*. Örtülü kazanç dağıtımının kabulünde emsal bedeller ile alınan bedeller arasında bulunan farkın büyüklüğüne ve yavru şirketin mali durumuna bakılır. Son şart, yavru şirketin iflasın eşiğinde olması anlamında değildir ve doktrinde de eleştirilmektedir. Bu şart daha çok, alacaklıların çokluğu, borçların fazlalığı, dolayısıyla sermayenin alacaklılara karşı sorumluluk temelinde erimiş olmasını kasteder.

İsviçre'de hakim görüş, örtülü kazanç dağıtımına ilişkin işlemlerin yasada öngörülen yedek akçe, ihtiyat akçesi miktarlarına ve bunlar ile kar dağıtımına ilişkin yine yasada öngörülen usullere aykırılık yarattığı, bu aykırılığın iade borcu doğurduğu

<sup>5</sup> Beschluss des Gerichtshofs (Vierte Kammer) vom 10. Mai 2007 in der RS C-492/04. Alman Hukuku'nda şirketler topluluğu oluşturmaksızın hakimiyetin kullanıldığı hallerde hakim ortağın örtülü kazanç aktarımı dolayısıyla tabi olduğu iade borcu ise Alman Paylı Ortaklıklar Kanunu m. 57'de ifadesini bulan pay bedelinin iadesi yasağına dayandırılmaktadır. Bkz. **Uwe Hüffer**, § 57, Aktiengesetz, 10. Auflage, München 2012, N. 8 vd.

<sup>6</sup> Burada da İsviçre kanun koyucusu konuyu şirketler topluluğu oluşturmayan halleri de kapsayacak bir biçimde düzenlemiş bulunmaktadır.

yönündedir. Burada iade borcu aslen kanundan doğmaktadır. Ancak dogmatik temelene bakıldığında işlemin yasanın emredici ilkelerine aykırılığı, yasak işlem olması nedeniyle butlanı sebepsiz zenginleşmenin ve dolayısıyla iade borcunun kaidesini teşkil eder ve yine ticaret hukukuna hakim “işlemin ayakta tutulması” prensibinden hareketle butlan yaptırımını işlemin tamamına değil, emsali aşan kısmına sirayet ettirilir (*Karşl. TK. 1530/1*). Hukuk metodolojisi bakımından kullanılan yöntem “*geltungserhaltende Reduktion*” olarak ifade olunmaktadır. Bir diğer ifadesiyle işlem hukuki geçerlilik kazanacağı ölçüde hakim tarafından düzeltilmektedir. İsviçre öğretisinde Kurer<sup>7</sup> ve Behnisch<sup>8</sup> ise, örtülü kazanç dağıtımı işlemlerinin tamamının butlanla malul olduğunu ileri sürerler. Dayanak noktaları ise, İsviçre Borçlar Kanunu 706 b maddesidir. Buna göre, sermayenin korunmasına ilişkin yasada öngörülen hükümler emredici niteliktedir ve bunlara aykırı alınan yönetim kurulu ve genel kurulu kararları geçersizdir.

### 3. Sorunun Yürürlükteki TK'ya Tabi Şirketler Bakımından Değerlendirilmesi

Bu noktada özellikle belirtmek isterim ki, mer'i TK'da Alman ve İsviçre Kanunları ve SerPK'da olduğu gibi açık düzenlemelerin yokluğu, TK'ya tabi şirketler bakımından, örtülü kazanç aktarımının yapılması işlemine hukuki ve cezai sonuçların bağlanamayacağı, daha da önemlisi grup şirket yapısında hakim şirket-bağlı şirket ilişkisinde örtülü kazanç nitelikleme ve uygulamasına, TK 202 ve 206 hükümlerinden hareketle giderek *farklı* hukuki veya cezai müeyyide tatbiki imkanının bertaraf edildiği anlamına gelmez.

#### a) Örtülü Kazanç Aktarımına Bağlı Taleplerin TK 202 ve 206 Hükümü Karşısında Değerlendirilmesi

Kanaatimizce, TK 202 hükmü esasen örtülü kazanç teşkil eden, bağlı şirketi zarara uğratacak işlemlere cevaz vermiş, hukuka uygun saymış değildir. Kural, TK 202/1 a hükmü uyarınca, hakim şirketin hakimiyetini bağlı ortaklığı kayba (=örtülü kazanç aktarımının özel anlamı sebebiyle bu kavramdan daha geniş bir kavram) uğratacak şekilde kullanamayacağıdır; bu tür bir kullanım esasen ve doğrudan, başlangıçtan itibaren hukuka aykırıdır. Nitekim TK 202, TK 203 vd. hükmü ile birlikte okunduğunda ifade olunan bu husus daha da açık bir hal almaktadır. Kanun 203

<sup>7</sup> **Kurer Peter**, Kommentar zum Schweizerischem Privatrecht, Obligationenrecht II, Basel/Frankfurt a.M. 1994, N. 34 zu OR 678. (von **Büren, Roland**, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht, VIII. Bd., 6. Hb., Basel/Frankfurt a.M. 1997, s. 158'den naklen).

<sup>8</sup> **Behnisch Urs**, Verdeckte Gewinausschüttungen und Steuerstrafrecht, Der Schweizer Treuhaender 1993, S. 380 (von **Büren, Roland**, Der Konzern, Schweizerisches Privatrecht, VIII. Bd., 6. Hb., Basel/Frankfurt a.M. 1997, s. 158'den naklen).

vd. maddelerinde kayba uğratacak işlemleri bir tam hakimiyet halinde dahi, alacaklıları göz önünde bulundurarak hukuka aykırı saymakta, denkleştirme ve devamlı tazminat yükümü öngörmektedir; tam hakimiyet halinde değişen tek husus, kayba sebebiyet veren talimatları takip eden bağlı şirket yönetim kurulunun sorumluluğuna gidilememesi olmaktadır. Ancak, TK 202 hükmünde, AktG 311 hükmü dolayısıyla Alman Hukuku'nda yapılan kimi bazı yorumların aksine<sup>9</sup> süresi içinde ve yasadaki şartlara uygun denkleştirme veya denk talep hakkı tanınması ile bu hukuka aykırılığın giderilebileceğine ilişkin özel, sınırlı ve sadece bağlı şirketlerle yapılan işlemlere özgü bir imkan tanınmıştır. Bu imkan esasen, süje ve işlem bazında sınırlanarak belirlenen kayba uğratan işlemlerin örtülü kazanç niteliğinde işlemler olma vasfını değiştirmemektedir.

Kaldı ki, soruna maddi hukuk zaviyesinden değil de usul hukuku açısından bakmak da mümkündür: Sorun bir hukuka aykırılık veya hukuka uygunluk sebebi olmayıp, *söz konusu olan dava hakkının/imkanın tebiri* şeklinde de değerlendirilebilir. Dava imkanı doğduğunda (denkleştirmenin yapılmadığı veya denk istem hakkının tanınmadığı durumlarda) ise, TK 202 ve 206 hükümlerinde pay sahipleri ve alacaklılar bakımından, özel ve özgü maddi hukuk talepleri, dava ve takip imkanı tanınmış bulunmaktadır.

Ancak, bunun haricinde grup şirket yapısında, grup içi veya dışı hizmetlerde, hizmet fiilen sağlanmamışsa, hizmeti alan şirket/şirketlerin söz konusu hizmete ihtiyacı yoksa, hizmetin alınmış olması halinde hizmet bedeli emsallere uygunluk ilkesine uygun değilse, yapılan işlemin şirketin malvarlığını azalttığı, pay sahiplerinin müktesep kar payı hakkının ihlal edildiği açıktır. Denkleştirme sağlanmadığı veya denk istem hakkı tanınmadığı veya bunların maddi hukuk ve usul hukukuna uygun sağlanmadığı ölçüde **bu işlemlerin yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu doğuracağı, ayrıca cezai müeyyideye bağlı olacağı da kuşkusuzdur**. Şüphesiz yapılan bu işlemler sebebi ile TK'daki klasik dava türü olarak pay sahiplerinin haklarının doğrudan veya şirket üzerinden korunması amacıyla sorumluluk davası da açılabilir.

### **Bu klasik enstrümanlar dışında, şirket malvarlığının korunması prensibin-**

<sup>9</sup> Alman Hukuku'nda anılan 311. maddenin yorumu hususu tartışmalıdır. Tartışmanın görülebildiği kadarıyla iki tarafı bulunmaktadır. Fiili şirketler topluluğunun daha geniş bir biçimde uygulanması taraftarı olan yazarlar anılan hükmü şu şekilde okumak eğilimindedir: "Denkleştirme yapıldığı sürece bağlı şirket kayba uğratılabilir". Diğer taraftan basit bir hakimiyet ilişkisinin kıstıtlı ve münferit işlemler dolayısıyla, yani sistematik olmayan bir etki imkanı vermesi gerektiğini düşünen yazarlar anılan hükmü şu şekilde anlamak eğilimindedir: "Hakim şirket, bağlı şirketi kayba uğratabilir; uğratırsa süresi içerisinde kaybı denkleştirmek durumundadır; denkleştirmede hallerde ise tazminat davalarının muhatabı olur". Görülebildiği kadarıyla anılan son görüş Alman Hukuku'nda ağırlık kazanmış bulunmaktadır. Örnek kabilinden bkz. **Habersack**, AktG 311, **Emmerich/Habersack**, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 7. Auflage 2013, N. 9; **Altmeppen**, AktG 311, MüKo zum Aktiengesetz, 4. Auflage 2015, N. 405 ve **Bödeler**, AktG 311, **Henssler/Strohn**, Gesellschaftsrecht, 2. Auflage 2014, N. 36.

**den hareketle, genel kurul ve/veya yönetim kurulu kararlarının butlanı veya iptali** İsviçre Uygulaması başlığı altında belirtilen Kurer ve Behnisch görüşü üzerinden söz konusu olabilir<sup>10</sup>. Şüphesiz giderek **yapılan işlemin yokluğunun ve batıl olduğunun tespiti, iptalinin de gündeme gelebileceği, esasen ve akabinde örtülü kazanç aktarımı suretiyle malvarlığı azalan şirkete iadenin (talebe veya olaya göre tümüyle ve kayıp miktarında) söz konusu olacağı, genel hükümlerin ve TK'nın buna imkan verdiği de açıktır. İade talebi şüphesiz talebe ve ispata bağlı olarak mahkemece yersiz görülecek işlemlerin yapılmamış ya da yerinde olan işlemlerin pazar koşullarında yapılmış olması halinde ortaya çıkacak farkı anılan şirketlere iadesi şeklinde olacaktır.**

Özellikle grup şirket yapılanması fiili hakimiyet yerine **“ortaklar arası sözleşme”** kapsamında gerçekleşmiş ise, bu sözleşmede transfer yasağını düzenleyen açık hüküm olsun veya olmasın, yapılan örtülü kazanç aktarımı işleminin bu sözleşmenin amacına aykırı olduğuna da kuşku yoktur. Nitekim vakıada belirttiğimiz üzere, örneğin şayet ortaklar arası sözleşme kar payına özel önem atfettiği ve (B) AŞ'nin yavru şirkete iştirakinin temel sebebi de kardan pay almak olduğu için, yavru şirketin faaliyet dönemi içinde örtülü kazanç aktarımı sonucunu doğuran grup içi hizmet sözleşmeleri ile şirketin kar dağıtamaz, yedek akçe ayıramaz hale getirilmesi, şirketin malvarlığını azaltan, müktesep kar payı hakkını ihlal etmesi sebebi ile batıl bir işlem olması yanında, bu durumun **“Ortaklararası Sözleşme”**ye aykırılık oluşturacağı, sözleşmeye aykırılık sebebiyle de (B) AŞ'ye talep hakkı verdiği kuşkusuzdur<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> İsviçre Uygulaması başlığı altında belirtilen Kurer ve Behnisch görüşü üzerinden, Genel Kurul ve Yönetim kurulu kararlarının yokluğu/butlanı iddia olunabilir. Ancak belirtmek gerekir ki, bu iddianın dinlenmesi ihtimali, özellikle Türk Vergi Hukuku uygulaması ve mahkemelerin kamuyu koruma yöndeki eğilimleri göz önüne alındığında, zayıf olabilir.

Yukarıda teorik altyapı başlığı altında kısaca belirtildiği üzere, Vergi Hukukunda **transfer fiyatlandırması yoluyla** örtülü kazanç dağıtımı, matrahın normal bedeller üzerinden yukarı doğru düzeltilmesine yol açar. Eğer örtülü kazanç dağıtımına ilişkin işlemler yok hükmünde kabul edilecek olurlarsa, matrahın düzeltilmesi ancak aşağı doğru mümkün olacak, bu ise vergi kaybının artması sonucunu doğuracaktır.

Ancak, belirtmeliyim ki, bu vergi hukukuna özgü bir çıkarımdır; hukuk davası bakımından kısmen önemi haizdir. İade istemi bağlamında, örtülü kazanç aktarımının şirketin malvarlığını azaltıcı bir işlem olduğundan bahisle yokluğunun/butlanının da dilekçede (terditli olarak) belirtilmesine bir mani yoktur.

<sup>11</sup> Bilindiği üzere **“Ortaklararası Sözleşmeler”** tarafların ortaklık ilişkisine girmeden önce akdettikleri ve bir ortaklığın şekillendirilme biçimine ilişkin sözleşmelerdir. Bu bağlamda somut vakıada örneğin, taraflar için karın nasıl dağıtılacağı hususu baştan itibaren önem arz etmekte, madde özü itibarıyla tarafların, karın doğru ve düzgün dağıtımına ilişkin hassasiyetini vurgulamaktadır. Ancak vakıada örtülü kazanç teşkil eden işlemler şirketlerin pasiflerini **“şişirmiş”**, safi karlarını düşürmüş ve ancak kalan miktardan sözleşmede anılan yüzdelerle rakamları dağıtma imkanı kalmıştır. Kaldı ki böyle bir ortaklararası sözleşme olmasaydı dahi, şirketlerde ortakların gelir beklentisi olması ve bu beklentinin boşa çıkarılmaması gerekliliği öğretilen genel kabul görmektedir. Aynı zamanda şirket ortak bir gayeye ulaşmak için birden fazla kimsenin bir araya gelmesidir. Bu ortaklardan birinin, diğerlerinin ve şirketin zararına hareket etmesi sadece Borçlar Kanunumuzun 527. maddesi gereğince bile düşünülemez. Dolayısıyla ortaklararası sözleşmeye dayanarak açılacak bir davada zaman aşımı ve husumet problemleri de önemli ölçüde aşılabılır.

Kanımda, grup şirket yapısında, grup içi hizmetlerde, hizmet fiilen sağlanmazsa, hizmeti alan şirket/şirketlerin söz konusu hizmete ihtiyacı yoksa, hizmetin alınmış olması halinde hizmet bedeli emsallere uygunluk ilkesine uygun değilse, kısaca “**örtülü kazanç aktarımı**”nın varlığının tespiti durumunda, **işlemi gerçekleştirenlerin kendilerine duyulan güveni kötüye kullanmış olacakları da açıktır.** “Ortaklararası Sözleşme” ile yavru şirkete katılan (B) AŞ’nin hem ortaksal yapıdan hem de ortaklararası sözleşmeden beklentisi ve amacı, iştirak edilen şirketin esas sözleşmesine ve ilgili diğer düzenlemelere uygun olarak faaliyet göstermesi, kardan ortaklığı ölçüsünde kazanç payı almaktır. Bu beklenti, şirketin esas faaliyet amacının ortaklar bakımından ifadesidir. Somut olayda şirket kaynaklarının hakim ortaklar ve seçtikleri yöneticiler tarafından özen borcuna aykırı olarak, şirket maksat ve mevzuu dışında kullanılması, iştirak edilen şirketin malvarlığının azaltılması, hakim ortaklığa menfaat sağlamaları aynı zamanda güveni kötüye kullanmanın somut örneğini oluşturur.

**Sonuç olarak belirtmek gerekir ki,** örtülü kazanç aktarımı, tanım itibariyle, bir şirketi kayba uğrattırırken şirket dışı üçüncü şahıslara yarar sağlayan işlemlerdir. Bu türden işlemlerin şirketler hukuku tarafından arzu edilir türden işlemler olduğunu söylemek güçtür; her ne kadar TK’da örtülü kazanç aktarımını açıkça yasaklayan bir hüküm olmasa da, anılan sonuca sermayenin, alacaklıların ve azlığın korunması ilkeleri ve bunlara bağlı normlar üzerinden varmak mümkündür. Bu noktada TK 202 hükmü önem arz eder. Anılan hüküm, hakim şirketin bağlı şirketin kaybını denkleştirdiği sürece, örtülü kazanç aktarımı yapılabileceği yönünde okumak, maalesef, mümkündür. Ancak burada temsil edilen görüş uyarınca, TK 202 hükmü hakim şirkete bağlı şirket üzerinde sınırlı bir etki imkanı tanır ve bu sınır en başta pozitif hukuk kuralları ile çizilmiş vaziyettedir. Dolayısıyla anılan hükmün, denkleştirildiği sürece bağlı şirketin kazancının hakim şirkete aktarılabilceği şeklinde anlaşılması mümkün değildir.

### **b) Sorunun SerPK 21 Hükümü Karşısında Değerlendirilmesi**

Bu noktada son olarak örtülü kazanç aktarımı sorununu özellikle halka açık anonim ortaklıklar bakımından da değerlendirmek gerekir. Yukarıda izah edildiği üzere, SerPK m. 21 ile halka açık anonim ortaklıklar bakımından örtülü kazanç aktarımı sorunu açık bir düzenlemeye kavuşturulmuş durumdadır. Buna göre örtülü kazanç aktarımının muhatabı, elde ettiği menfaati iade ile yükümlüdür ve hatta anılan madde ile (SerPK 21/4, 94) cezai (SerPK 110) bir takım yaptırımlar da öngörülmüştür. Diğer taraftan, yine yukarıda izah olduğu üzere, TK 202 hükmü de örtülü kazanç aktarımını yasaklamakta ve fakat, en azından iade davasının açılmasını denkleştirmenin yapılmamış olması şartına bağlamakla davayı tehir etmektedir. Bu noktada iki hüküm çelişmektedir ve bu çelişkinin bağlı şirketin bir halka açık anonim ortaklık olması halleri bakımından giderilmesi gereklidir.



Soruna dikkat çekmesi bakımından Okutan-Nilsson'un görüşü anlmalıdır<sup>12</sup>: Yazar anılan eserinde SerPK ile TK arasında bir özellik-genellik ilişkisi kurmakta ve TK 330 hükmüne dayanarak SerPK'yı özel hüküm olarak görmekte ve iki sistemin yukarıda anılan çelişkilerini SerPK lehine çözmektedir. Kanaatimce Okutan-Nilsson'a ulaştığı sonuç bakımından katılmak mümkündür; fakat sonuca varmakta kullanılan yöntem dolayısıyla şu çekinceleri ifade etmek gerekir:

Öncelikle belirtmek gerekir ki, yazar tarafından yaslanılan TK 330 hükmü, içerisinde yer aldığı kısım bakımından, yani anonim şirketler bakımından SerPK ile TK arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi yaratmaktadır. Diğer bir ifadeyle bu hükmün, şirketler hukuku başlangıç hükümlerinde yer alan, yani başka bir kısımda yer alan TK 202 hükmü ile SerPK 21 hükmü arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi yaratması güçtür.

Kanaatimce SerPK 21 hükmünü TK 202 hükmünün önüne alan, öncelikle uygulanmasını sağlayan sebepler iki hükmün de maddi uygulama alanları arasındaki farklılıktan kaynaklanmaktadır. Şöyle ki, TK 202 hükmü "hakim şirket bağlı şirketi karını azaltmaya yönelmez" demekle örtülü kazanç aktarımı işlemlerini de kapsamına almaktadır. Ancak bu hüküm bağlı şirket bakımından kaleme alınmış bir hükmüdür. Hükmün unsurlarının tamamlanması için bağlı şirketin kayba uğramış olması yeterli gelecektir. Ancak örtülü kazanç aktarımı tanımı itibariyle bir şirketi kayba uğratan her işlemi değil, aynı zamanda şirket dışı bir üçüncü şahsa da haksız menfaat sağlayan işlemleri kapsar<sup>13</sup>. Diğer bir ifadeyle her örtülü kazanç aktarımı bağlı şirketi kayba uğratar; fakat her kayba uğratan işlemde hakim şirket veya diğer bağlı şirketler menfaat elde etmiş demek değildir. Dolayısıyla TK 202 hükmü maddi uygulama alanı bakımından daha genel bir hükümken, SerPK 21 hükmü örtülü kazanç aktarımını düzenlemiş olması itibariyle daha özel hükmüdür. Diğer bir ifadeyle iki hüküm arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi süjenin kimliğinden, yani bağlı şirketin halka açık olmasından değil, TK hükmünün örtülü kazancı da kapsayan ve fakat daha geniş bir kümeyi içine alan ve daha genel bir hüküm olmasından kaynaklanmaktadır.

**Devamla şunu da ifade etmek gerekir, ki kanaatimce bu husus daha önemlidir: TK 202 hükmü, yukarıda da anıldığı üzere, hakim şirkete bağlı şirket üzerinde sınırlı bir etki alanı tanımaktadır. Hakim şirket, bağlı şirketi münferit işlemleri yapmaya sevk edebilmektedir; bu işlemler bağlı şirketi kayba uğratacak nitelikte iseler, hakim şirketin kaybı denkleştirmesi kendisine karşı bir dava açılmasını engellemektedir. Ancak burada şu husus öne çıkar: TK 202 hükmünün bağlı şirket nezdinde sağladığı etki imkanı her halükarda pozitif hukuk**

<sup>12</sup> Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 250.

<sup>13</sup> Emmerich/Sonnenschein, Konzernrecht, München 1992, s. 335.

kurallarının çizdiği çerçeve ile sınırlıdır<sup>14</sup>; bu çerçevenin dışına taşacak şekilde bir etki etme fiilinin denkleştirilmek suretiyle geçerli hale gelmesi söz konusu olmaz; bu şekilde bir etki, denkleştirilsin denkleştirilmesin, hukuka aykırıdır. Hal böyleyken, şu soruyu sormak icap eder: Bir halka açık anonim ortaklığa yöneltilmiş ve örtülü kazanç aktarımını açıkça yasaklayan SerPK 21 hükmü (örneğin Kurumsal Yönetim Tebliği'nde taraf işlemlerine ilişkin m.9,10 hükümleri..) mevcut iken, hakim şirket halka açık bağlı ortaklığı kazanç aktarmaya yöneltebilecek midir? Kanaatimce, bu soruya olumlu yanıt vermek imkanı yoktur; hakim şirketin halka açık anonim ortaklığı bu yönde etkilemesi pozitif hukukun yasak ettiği bir işlemi yapmaya sevk etmesi ile aynı anlama sahip olacaktır ki, kanaatimce TK kanun koyucusu bu sonucu hedeflememiştir.

---

<sup>14</sup> Emmerich/Sonnenschein, s. 338.