



NKÜ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

ARAŞTIRMA MAKALESİ / RESEARCH ARTICLE

ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI İLE HÂKİM ŞİRKETİN BAĞLI ŞİRKETE VERMİŞ OLDUĞU TALİMATLAR DOĞRULTUSUNDA BAĞLI ŞİRKETİN KAYBA UĞRAMASI ARASINDAKİ İLİŞKİ

*Av. Arb. Meltem Hayat BULGUR **

ÖZET

Birden çok sermaye şirketinin, hâkimiyet ilişkileri bağlamında, önceden belirlenmiş ve somut politikalara göre yönetilmesi amacıyla oluşturulan grup şirketler topluluğu Türk Hukukunda ilk defa 6120 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile düzenlenmiştir. Bu kapsamda makalede, şirketler topluluğunun ne demek olduğu, hâkim ve bağlı şirket kavramları açıklanarak bağlı şirketin, hâkim şirketin talimatıyla yaptığı işlemler sebebiyle uğradığı zararlar açısından sorumluluk kavramı açıklanmıştır. Türk Ticaret Kanunu, Medeni Kanun Madde 2 dürüstlük kuralı gereğince hâkim şirketin sorumlu olacağını ve bağlı şirketin uğradığı kayıp açısından denkleştirme talep edebileceğini hüküm altına almıştır. Diğer yandan makalede, şirketlerin sık sık yaptığı “örtülü kazanç dağıtımı” açıklanmış ve böyle bir durum sebebiyle bağlı şirkete ek vergi tahakkuku, gecikme faizi ve/veya zammı yansıtılması durumunda sorumlunun kim olacağı üzerinde durulmuştur. Burada ikili bir ayırım yapılarak Ticaret Hukuku açısından, sorumlunun hâkim şirket olması gerektiği; Vergi Hukuku açısından ise her şirketin ayrı bir tüzel kişilik olması nedeniyle işbu vergileri bağlı şirketin ödeyeceği ve denkleştirme talep edemeyeceği belirtilmiştir. Makalenin sonuç bölümünde bu iki görüşün karşılaştırılması yapılmıştır.

Anahtar Kelimeler Şirketler Topluluğu, Hâkim Şirket, Bağlı Şirket, Örtülü Kazanç Dağıtımı, Türk Ticaret Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Kurumlar Vergisi Kanunu

*Av. Arb., Bulgur Hukuk ve Arabuluculuk Bürosu, Özel Hukuk Anabilim Dalı Tezli Yüksek Lisans Mezunu, av.meltembulgur@gmail.com, ORCID 0000-0003-2608-1075



THE RELATIONSHIP BETWEEN INSTRUCTIONS OF THE CONTROLLING COMPANY IN RELATION TO THE DISTRIBUTION OF THE HIDDEN PROFITS AND THE LOSSES OF THE DEPENDENT COMPANY

Attn. Med. Meltem Hayat BULGUR

ABSTRACT

A group of companies which is created for the specific purpose of managing more than one capital stock company, according to predetermined and concrete policies within the context of controlling relationships, has been regulated for the first time in Turkish law by the Turkish Commercial Code in Law Number 6102. In this context, this article explains the meaning of the group of companies, the concepts of a controlling (parent) company, a dependent (subsidiary) company, and the concept of liability in terms of losses incurred by the dependent company due to the transactions made by the controlling company. An equalisation benefit can be provided from the controlling company to the subsidiaries in accordance with the integrity rules of the Turkish Commercial Code and Article 2 of Turkish Civil Code. This article also analyses the distribution of hidden profits and focuses on who would be responsible (a parent company or a subsidiary company) in the cases of additional tax, default interest and / or penalties. This article concludes by making a dual distinction; in terms of Commercial Law, the controlling company shall within the context of parentship be responsible, in terms of Tax Law, it has been stated that since each company is a separate legal entity, these taxes shall be paid by the affiliated company and shall not be requested from the controlling company. These two views are compared in the conclusion of the article.

Key Words Group of Companies, Corporate Group, Konzern, Transfer Pricing in Turkey, Distribution Hidden Profits, Controlling Company, Parent Company, Dependent Company, Affiliated Company, Subsidiary

Extended Summary

The Law No 6102 Turkish Commercial Code (TCC) entered into force on 1 July 2012. The TCC has important objectives to ensure transparency, to adopt corporate governance standards and to introduce internationally accepted auditing and reporting standards.

Most importantly the TCC contains a whole new section of nearly 25 articles on group companies that was not present in the former code. These new articles and Article 202 of the TCC specifically stipulates that the controlling company cannot exercise its dominance in a way that may give rise to a financial loss on the dependent company (subsidiary), unless such loss is compensated within the same financial year or a right to claim compensation is granted to the dependent company within the same financial year by providing details on when and how the loss will be compensated.

While some of the articles impose significant obligations on parent companies, the main purpose for providing for this matter under the TCC is to achieve a certain level of transparency and justice by regulating the relationship between a parent company and a dependent company. Article 195 clearly defines the concepts of a controlling company, which sustains control, and a dependent company Article 199 requires the boards of affiliate companies to prepare a report with respect to the relationships within the group and to declare the outcome to the shareholders. These articles aim to abandon the former approach, which was to hold the board members of a company responsible without considering the instructions provided by the parent company. Thus, the TCC recognizes the legal statutes of group companies and regulates their relationships between each other.

Although the concept of dominating another company is not per se unlawful, the TCC brings “restrictions with respect to exercise of control” and provides that certain circumstances shall be considered as unlawful. Thus, a controlling company cannot use its dominance over the dependent company in a manner that would cause damages for the subsidiaries. For instance, it cannot force the dependant company to engage in legal actions such as transfer of assets or receivables, provision of surety, guarantee as well as the material facts such as restriction of investments or non-renovation of its premises without any justified reason.

Considering that publicly held companies mostly become organized through their affiliated companies in their areas of their activity, it may be the case that both the provisions of the Law Number 6362 Capital Market Code (CMC) and the TCC provisions related to group of companies become applicable. In circumstances that the affiliated company is also a publicly held company, an overlap takes places between the CMC provisions laid down to protect shareholders of public companies and the provision laid down in articles of the TCL to compensate losses of affiliated company or its shareholders.

On the group taxation, since each company is regarded as a separate taxpayer, Law Number 5220 Corporate Tax Code (CTC) does not allow the consolidation of the accounts of group companies for tax purposes. If a taxpayer enters into transactions regarding the sale or purchase of goods and services with related parties in which prices are not set in accordance with the arm's-length principle, the related profits are considered to have been distributed in a disguised manner through transfer pricing. Such disguised profit distribution through transfer pricing is not accepted as deductible for corporate income tax purposes. The methods prescribed in the CTC are the traditional transaction methods described in the OECD's transfer pricing guidelines.

To conclude the Turkish Commercial Code enforces a comprehensive legal system for the group of companies. The Corporate Tax Code also sets out overlapping rules to minority shareholders, in related to group of companies. The Corporate Tax Code, on the other hand, does not allow consolidation of the accounts of group companies for tax purposes. Although Corporate Law, Capital Market Law and Tax Law are separate branches of law, they cannot be considered completely separate from each other on the group of companies to better enumerate fundamental instruments of control between a parent company and a dependant company.

GİRİŞ

Hukumumuzda, şirketlerin sıklıkla yapmış olduğu örtülü kazanç dağıtımının nasıl ve neler olduğu ve bu durumlarda oluşan mali zararlar açısından sorumluluğun kime yüklenileceği hususu makalemde irdelenmiştir. Bu doğrultuda, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile birlikte hukukumuzda girerek hüküm altına alınan “Şirketler topluluğu” kavramı ile şirketler topluluğunu oluşturan “hâkim ve bağlı şirket” tanımları açıklanmıştır. Hâkim şirketin yönlendirme ve talimatlarıyla hareket eden bağlı şirketin bu işlem sonrasında bir kayıp yaşaması durumunda sorumluluk hususu irdelenmiştir. Türk Medeni Kanunu Madde 2’de yer alan dürüstlük kuralı ile hâkim şirketin yetkileri sınırlandırılmıştır.

Bahse konu sorun açısından Ticaret Hukuku ile Sermaye Piyasası Hukuku ve Vergi Hukuku olmak üzere iki ayrı pencereden olaya yaklaşmak gerekmekte olup makalede bu hukuk dalları açısından karşılaştırma yapılmaktadır.

I. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

Şirketlerin var olma sebepleri kazanç elde ederek, ortaklarına kar dağıtmaktır. Doktrinde baskın olan görüşe göre kâr payı “*en önemli mali hak ve ortaklar tarafından şirkete ödenen sermayenin bir semeresi*” ifadeleriyle açıklanmaktadır¹. Şirket elde ettiği kazanç üzerinden, kurumlar vergisi ve gelir vergisi öder, kalan meblağı ise ortaklarına dağıtır ise bu duruma da “*açık kar dağıtımı*” denir.

Buraya kadar hukuka aykırı bir durum veya hukuksal bir sorun söz konusu değildir. Ancak bazen şirketler, dolaylı bir şekilde kazancını ortaklarına dağıtabilir. Böyle bir durumun varlığı halinde ise “*örtülü kazanç dağıtımı*” kavramı gündeme gelmektedir.

Örtülü kazanç dağıtımı kanuni olarak hem Kurumlar Vergisi Kanunu ile Gelir Vergisi Kanunu’nda hem de Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu’nda yer alan bir düzenleme sistemine sahiptir.

Öyle ki, Kurumlar Vergisi Kanunu Madde 12’de “*transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç*” başlığı ile örtülü kazanç açıklanarak, sayılan durumların örtülü kazanç olarak kabul edileceği ifade edilmiştir. Anılan madde metnine göre örtülü kazanç; “*Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır.*” şeklinde tanımlanmıştır. Ayrıca aynı kanunun Madde 11/1-c bendinde, kanunen kabul edilmeyen

¹ Mehmet Bahtiyar, ‘Ortaklıklar Hukuku’ (13. Baskı, Beta Yayın Evi 2019) 63

indirimler başlığı altında, sermaye şirketlerinin dağıttığı örtülü kazanç miktarlarının kurumlar vergisi matrahından indiriminin söz konusu olmayacağı belirtilmiştir.

Türk Ticaret Kanunu'na göre; sermaye şirketlerinin faaliyetleri sona erdikten sonra elde edilen kazançlarını öncelikle vergilendirmelidir. Vergilendirme işleminden sonra ise bu kazançlarını kâr payı olarak ortaklarına dağıtmaktadır. Kar payı hakkı, Türk Ticaret Kanunu'na göre, her paydaşın en temel ve en önemli mali haklarından². Türk Ticaret Kanunu'nda; şirketlerin net kârlarından ve bu amaç için ayrılan yedek akçelerden kâr payı dağıtılabileceği ile ayrıca kanuni ve yedek akçeler ile kanun ve esas sözleşme uyarınca ayrılması gereken diğer paralar net kârdan ayrılmadıkça kâr payı dağıtılamayacağı belirtilmektedir. Yani bir şirketin ortaklarına kâr payı dağıtabilmesi için ilk olarak hesap döneminin sona ermiş olması ve net kâr veya kâra tahsis edilmiş serbest yedeklerin bulunması gerekmektedir³.

Sermaye Piyasası Kanunu Madde 21'de ise “örtülü kazanç aktarımı yasağı”na yer verilmiştir⁴. Sermaye Piyasası Kanunu'nun asıl amacı, yatırımda bulunan pay sahiplerinin korunması olup “Amaç” başlıklı 1. Madde ile sermaye piyasasının işleyişinin güven altına alınmasına ve yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunmasına dikkat çekilmiştir⁵. Söz konusu kanunda yer alan örtülü kazanç aktarımı yasağı ile yönetimi yetkisini ve baskın güce sahip kişi/grup haricindeki pay sahiplerinin hak ve menfaatlerini zedeleyen, ortaklığın kar/malvarlıklarını azaltan ya da bunların artmasına engel olan işlemlere karşı yatırımcı pay sahipleri korunmaktadır⁶.

Görüldüğü üzere örtülü kazanç dağıtımını sorunu; vergisel açıdan vergi kaybına neden olması sebebiyle Kurumlar Vergisi Kanunu'nda, Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise yatırımcı pay sahipleri açısından düzenlenmiştir. Ayrıca belirtmek gerekir ki Sermaye Piyasası Kanunu, salt kar veya malvarlığının azaltılmasını yasaklamamış olup bu varlıkların artmasına engel olunmasını da yasak kapsamına dâhil etmiştir.

A. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ ŞARTLARI

Yukarıdaki başlıkta da anlatıldığı üzere, örtülü kazanç dağıtımının her durumda söz konusu olmadığı zira kurumların ortaklarına kâr payı dağıtmasının belirli durumlarda hukuka

² Hasan Karşlıoğlu, ‘Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Aktarımı’ (2015) 23 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/839362> > Erişim Tarihi 25 Ekim 2020

³ Ahmet Tekin, ‘Örtülü Kazanç ve Danıştay Kararları’ (2003) 8 (3) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi Ve İdari Bilimler Dergisi < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/195003> > Erişim Tarihi 03 Mayıs 2019

⁴ Sermaye Piyasası Kanunu, Kanun Numarası: 6362, Kabul Tarihi: 06.12.2012, RG. 30.12.2012 S. 28513

⁵ Arslan Kaya, ‘Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı’ (2014) 71 (2) İÜHFİM < <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/97833> > Erişim Tarihi 20 Kasım 2020

⁶ Kaya (n 5)

uygun olduğu aşikârdır. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için belirli şartların varlığının tespit edilmesi ve her işletme açısından ayrı ayrı ekonomik veriler çerçevesinde objektif olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

1. Kurumlar Vergisi Kanunu'na Göre Örtülü Kazanç Dağıtım Şartları

a. Sermaye Şirketi Tarafından Kazancın Dağıtılması

Kurumlar Vergisi Kanunu'nda, indirim olarak kabul edilmeyecek kalemler arasında “*sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançlar*” yer almaktadır.

Kanun lafzında “kurum” yerine “sermaye şirketi” ibaresinin kullanılması bir duraksama yaratmış olup görüş ayrılıklarının oluşmasına sebebiyet vermiştir. Bir görüşe göre, burada kullanılan sermaye şirketi ibaresinin amacı diğer kurumları bu hükmün dışında tutmak değilken; diğer görüşe göre, kurumlar için genel hükümlerin uygulanması gerekmektedir.

b. Kazancın Şirket ile Belli İlişkiler İçerisinde Bulunan Gerçek ve Tüzel Kişilere Dağıtılması

Örtülü kazanç dağıtımının varlığından söz edebilmek için Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yer alan kişilerin, şirketi zarara uğratan işleme karşı aşırı derecede yarar elde etmiş olmaları gerekmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'na göre bu kişiler; alım, satım, imalat, inşaat, hizmet, kiralama, kiraya verme, ödünç para alma/verme işleri ile örtülü kâr elde eden kişiler; şirketin ortakları, ortakların ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, şirketin idaresi ve sermayesi bakımından vasıtalı/ vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya bünyesinde bulundurduğu gerçek ve tüzel kişilerdir.⁷

c. Yapılan İşlemlerin Emsaline Göre Oldukça Düşük veya Yüksek Bedelli veya Bedelsiz Olması

Kanunlarda yer alan örtülü kazanç modellerine bakıldığında neredeyse tamamında “*emsallerine göre göze çaracak derecede*” ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla, örtülü kazanç dağıtımının olduğunu tespit edebilmek için emsallerinin gösterilmesi gerekmektedir. Ancak bu sayede bir kıyaslama yapılabilmektedir.

Gösterilen emsallerin ise; isabetli, ekonomik ve ticari kurallara uygun, konu olan işleme yeterli derecede benzeyen türden olması gerekmektedir.

⁷ İbrahim Hakkı Polat, ‘Vergi Alacağı Uygulamasının Örtülü Kazanç Dağıtım Anlayışına Etkisi’ (1995) (195) Vergi Dünyası 105, 107; Levent Gençyürek ‘Örtülü Kazanç Dağıtım’ (2000) (143) Vergi Sorunları Dergisi 67, 70; Tekin (n 3)

Kurum tarafından gösterilen emsaller ise üç grup olarak sıralanmaktadır:

Bunlardan ilki *işletme içi emsaller* olup işletmenin yaptığı aynı nitelikteki işlemler ve bunlara uygulanan bedellerin birbirileri için emsal nitelikte olmalarıdır. Şayet işletme içinde emsal tespit edilebiliyorsa başka emsale gerek duyulmaz.

İkinci grup *işletme dışı emsaller*; işletme içinde emsal yok ise faaliyet konuları aynı ve yapıları benzer şirketlerin aynı nitelikteki işlemlerini ve bunlara uygulanan bedelleri ifade etmektedir.

Son grup *kanuni emsaller* ise; konu ile ilgili kanunların belirlediği emsalleri belirtmektedir. Kanuni emsaller bağlayıcı nitelikte olup emsal tespitinde esas kabul edilirler.

d. Kazancın Belli İşlemler ile Dağıtılması

Daha önceki başlıklarda da açıklandığı üzere örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecek işlemler; alım – satım, imalat, inşaat, hizmet, kiralama, kiraya verme, ödünç para verme-alma, ikramiye, ücret vb. ödemesidir.

2. Sermaye Piyasası Kanunu'na Göre Örtülü Kazanç Dağıtım Şartları

a. Kar veya Malvarlığı Dağıtımın Halka Açık Anonim Ortaklık ve yahut Onun İştiraki veya Ona Bağlı Ortaklık Olması Gerekmemektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu Madde 3-e bendinde halka açık anonim ortaklık, payları halka arz edilmiş olan ya da sayılan anonim ortaklıklar şeklinde ifade edilmiştir.

Ancak Kanunun asıl amacı, anonim ortaklık yatırımcıların haklarını her durumda korumak ve güvence altına almak olduğu için kar/malvarlığı dağıtımını sadece halka açık anonim ortaklık ile sınırlandırmamıştır. Zira örtülü kazanç dağıtımını pek çok durumda halka açık anonim ortaklığın iştiraki ya da ona bağlı ortaklık ile de gerçekleştirilmektedir. Burada dolaylı bir aktarım gündeme gelmekte olup adeta tüzel kişilik perdesinin aralanarak Sermaye Piyasası Kanunu amacına uygun bir şekilde “örtülü kazanç aktarımı yasağı”na tabii tutulmuştur.

b. Kar Aktarımının Yapıldığı Kişi, Halka Açık Anonim Ortaklık veya Onun İştiraki ve yahut Ona Bağlı Ortaklık ile İlişkilinin Bulunması Gerekmemektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu'na göre örtülü kazanç dağıtımının gerçekleşebilmesi için dağıtım yapan taraf yanında aktarım yapılan tarafın da niteliği önem arz etmektedir. Nitekim aktarım yapılarak malvarlığında bir artış meydana gelen tarafın; yönetim, denetim ve sermaye

yönünden dağıtım yapan şirket ile bir ilişkisi olmalı, bu ilişki doğrudan veya dolaylı olmalı ve işbu taraf bir gerçek veya tüzel kişiliğe haiz olmalıdır⁸.

Aynı şekilde halka açık anonim şirket veya iştiraki ya da ona bağlı şirketin, aktifini arttırmak için yapması gereken iş/işlemleri yapmaması halinde işbu şirket ile lehine durum yaratılarak malvarlığının artması sağlanan karşı taraf arasında da yönetim, denetim ve sermaye yönünden doğrudan ya da dolaylı ilişki mevcudiyeti aranmaktadır.

c. Aralarında İlişki Bulunan Şirketler Arasında Yapılan Kar Aktarımı, Örtülü İşlem/İşlemler İle Gerçekleştirilmiş Olmalıdır.

Sermaye Piyasası Kanunu Madde 21-1 fıkrası uyarınca; halka açık anonim şirketlerin/iştirakini/bağlı ortaklıkların doğrudan ya da dolaylı ilişkide buldukları gerçek/tüzel kişilerle,

- Emsallerine uygunluk,
- Piyasa teamülleri,
- Ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar ya da ticari uygulamalar yapmak veyahut işlem hacmi üretmek vb.

örtülü işlemler ile kârlarını ya da malvarlıklarını azaltmış olmaları gerekmektedir.

Aynı maddenin 2. Fıkrası uyarınca ise; pasif davranış/davranışlar ile karının veya malvarlığının korunması ya da artmasına engel olmaları gerekmektedir.

d. Örtülü İşlem Sonucunda Şirket Kârı/Malvarlığının Azalması veya Artmasının Engellenmesi Gerekmemektedir.

Yukarıdaki başlıkta da belirtildiği üzere; halka açık anonim ortaklık/iştiraki/bağlı şirketin yapmış olduğu işlemin örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilebilmesi için öncelikli olarak o işlemin, anonim ortaklığın kar/malvarlıklarında bir azalma yaratmış olması gerekmektedir.

Aynı şekilde anonim ortaklığın kar/malvarlıklarının korunmasının veyahut artmasının engellenmesi de örtülü işlem olarak değerlendirilmektedir⁹.

B. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI İŞLEMİNİN DÜZELTİLİP DÜZELTİLMEYECEĞİ SORUNU

Örtülü kazanç dağıtımına sebebiyet veren işlemler, hukuken sakat ya da muvazaalı işlemler olarak kabul edilmezler. Oldukça yüksek bedel tahakkuku ile kâr örtülü olarak dağıtıldı ise bu kapsamdaki kısım reddedilmekte, düşük bedel tahakkuku ile kâr örtülü olarak dağıtıldı

⁸ Kaya (n 5)

⁹ Kaya (n 5)

ise fark ek kazanç miktarı dikkate alınmaktadır.¹⁰ Bu nedenle yapılan örtülü kazanç dağıtım işleminin düzeltilmesi gerekmemektedir. Fakat söz konusu işlemin doğruluğundan şüphe duyulan hallerde düzeltme işlemi yapılabilir. Çünkü böyle bir durumun varlığında artık muvazaalı işlem gündeme gelmektedir.

II. TÜRK TİCARET KANUNUNDA ŞİRKETLER TOPLULUĞU

6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu (TTK) ile birlikte, “*şirketler topluluğu*” kavramı ilk kez gündeme gelmiştir. Bu kavramın temelini, Alman Hukuku’nda yer alan “*Konzern*” ifadesi oluşturmuştur. Konzern, hukuken birbirinden bağımsız olan birden çok işletme veya şirketin ekonomik bir bütünlük sağlamak amacı ile bir şirketin sevk ve yönetimine girerek oluşturdukları hukuki bir yapı olarak tanımlanabilir¹¹.

Kanun koyucu, Yeni Ticaret Kanunu ile hukuk sistemimize giren şirket topluluklarının tanımı ise açıkça yapmamıştır. Ancak Türk Ticaret Kanunu (TTK) Md. 195/4 gereğince, şirketle topluluğu, hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketlerden oluşan hukuki yapı olarak tanımlanabilir. Diğer bir ifadeyle şirketler topluluğu, hâkim (ana) şirket ve bağlı (yavru) şirketin oluşturduğu topluluk olarak tanımlanabilir.¹² Ancak şirketler topluluğunun oluşabilmesi açısından en az kaç ticari şirketin bir araya gelmesi gerektiğine dair doktrinde farklı görüşler mevcut olup bir görüş birliği söz konusu değildir. Bir görüş, şirketler topluluğu için hâkim şirketin bir ticaret şirket olması halinde ise en az iki, bir teşebbüs olması halinde ise en az üç ticaret şirketinin bulunması gerektiğini savunmaktadır.¹³ İkinci görüş ise, şirketler topluluğundan söz edilebilmesi için hâkim şirketin bir ticaret şirketi olduğu durumda, bir bağlı şirketin bulunmasını, teşebbüs olması durumunda ise en az iki bağlı ticaret şirketi bulunması gerektiğini belirtmektedir.¹⁴ Son ve doktrinde hâkim olan görüşe göre ise; Türk Ticaret Kanunu kapsamında, bir şirketler topluluğunun oluşabilmesi için hâkim şirket/teşebbüs ve işbu hâkim şirket/teşebbüse doğrudan ya da dolaylı bir şekilde bağlı olan bağlı bir şirketin bulunması gerekmektedir.¹⁵

¹⁰ Tekin (n 3)

¹¹ Hasan Pulaşlı, *Şirketler Hukuku Şerhi* (1. Baskı, Adalet Yayınevi 2018) 295

¹² Neslihan Karataş Durmuş, ‘Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları Ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları’ (2015) 1 (2) *Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi* <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/199318>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020

¹³ Özlem Karaman Coşgun, ‘6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları’ (2015) 21 (1), *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 107, 130

¹⁴ Oruç Hami Şener, *Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı* (4. Baskı, Seçkin Yayınevi 2019) 172

¹⁵ Abuzer Kendigelen, *Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler* (Güncellenmiş 2. Basıdan 3. Baskı, On İki Levha Yayınevi 2016) 174; Fatih Bilgili and Ertan Demirkapı, *Şirketler Hukuku* (9. Baskı, Dora Yayınevi 2013) 12; Gökmen Gündoğdu, ‘Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur? -Ticaret Sicil

Kısacası burada kanun koyucu herhangi bir sınır çizmemekle birlikte, şirketler topluluğundan bahsedebilmek için ister ticaret şirketi olsun ister bir teşebbüs olsun fark etmeksizin en az iki şirketin varlığının gerektiğini vurgulamıştır. Bu doğrultuda, Yeni Türk Ticaret Kanunu'nda ilk kez hâkim şirket ve bağlı şirket ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca tam hâkimiyet halinde bağlı şirketin, hâkim şirket yönlendirmesiyle hareket edeceği belirtilerek, her şirketin bağımsız bir şekilde karar verebileceği düşüncesi terk edilmiştir. Ancak Türk Ticaret Kanunu Madde 204 ile bu duruma bir istisna getirilmiştir. Söz konusu maddeye göre; hâkim şirketin, bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimatları veremeyeceği hükmüne bağlanmıştır.

A. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNUN TÜRLERİ

1. Fiili Hâkimiyete Dayalı Topluluk

Bir ticaret şirketi, başka bir ticaret şirketi üzerinde kanunun belirlediği kontrol ölçütlerinden birinin varlığı halinde hâkimiyet kurması sonucu meydana gelen topluluk türüne “*fiili hâkimiyete dayalı topluluk*” denir.

2. Sözleşmeye Dayalı Topluluk

Bu tür şirket topluluklarında hâkimiyet, şirketler arasındaki birlikten (iştirakten) değil, sözleşmeden kaynaklanmaktadır. Şirketler arasında bir hâkimiyet sözleşmesi kurulabileceği gibi, pay sahipleri sözleşmesi, birleşmeler ve bölünmeler şeklinde de kurulabilir.

B. HÂKİM ŞİRKET – BAĞLI ŞİRKET KAVRAMLARI

Şirketler topluluğu türlerine 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Md.195'te yer verilmiş olup hâkim – bağlı şirket kavramları açıklanmıştır. Söz konusu maddede yer verilen “*Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin doğrudan veya dolaylı olarak: 1(a) Oy haklarının çoğunluğuna sahipse, (2) Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya (3) Kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, (b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya bir başka yolla hâkimiyeti altında tutuyorsa, birinci şirket hâkim,*

Yönetmeliği m. 105 Hükümünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükümü ile Uyumsuzluğu Sorunu' (2014) 12 (133) Legal Hukuk Dergisi 107, 115-119

diğeri bağılı şirkettir...” ifadelerinden hâkim şirketin, bağılı şirket üzerinde bir hâkimiyet yetkisi bulunduğu görülmektedir.¹⁶

Hâkim şirketin, bağılı şirket üzerinde hâkimiyet yetkisine sahip olması sebebiyle bağılı şirketin yönetiminde söz sahibidir ve belirli sınırlar dâhilinde bağılı şirketi yönlendirme hakkına sahiptir. Bunların yanı sıra hâkim şirketin birtakım yükümlülükleri de mevcuttur. Bunlardan en önemlisi hâkim şirketin, bağılı şirket ile ilişkilerini içeren bilgi ve raporlar hazırlamasıdır. Diğeri bir yükümlülüğü ise sahip olduğu hak ve yetkileri kanuna uygun bir şekilde kullanmaktır. Burada ilk akla gelen Medeni Kanunu Madde 2’de yer alan “*dürüstlük kuralı*”dır. Zira hâkim şirketi dürüstlük kuralı ile sınırlandırmamak hukuk ve hakkaniyet ile bağdaşmamaktadır.

Hâkim şirketin, bağılı şirkete verdiği talimatlar kanuna ve ahlaka uygun olmalı ve bağılı şirketin kayba uğramasına sebebiyet vermemelidir. Yani bağılı şirketin malvarlığında, kar oranında azalmaya neden olacak, malvarlığının artmasına engel olacak, malvarlığını riske edecek her türlü işlemler hukuka aykırı kabul edilmektedir.¹⁷ Bağılı şirket, hâkim şirket tarafından belirli alanlarda faaliyet yapmaya zorlanmış ve bu sebeple bağılı şirket kayba uğramış olabilir. Bu durumda; hâkim şirket bu kaybın olduğu faaliyet yılı içinde ve en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, kaybın nasıl, ne zaman denkleştirileceği belirtilmek ya da fiilen denkleştirme yapmak suretiyle, bağılı şirkete denk değerinde bir istem hakkı tanımak yükümlülüğü altında girer. Yani hâkim şirketin hâkimiyetten kaynaklanan gücünü hukuka aykırı olacak şekilde kullanması mümkün değildir. Buna rağmen hukuka aykırı olarak kullanır ise tüm hukuki sonuçlarına katlanmak mecburiyetindedir. İlgili kanunun gerekçesine bakıldığında, bahsedilen hukuki sonucun doğması açısından illa ki bağılı şirketin zarara uğraması beklenmemekte olup zarar doğma tehlikesi ihtimalinde dahi hâkim şirket açısından denkleştirme yükümlülüğünün doğacağı görülmektedir. Zira gerekçede, kanunda yer alan ‘*kayıp*’ ifadesinin zarardan daha geniş anlam ifade ettiği belirtilmiştir. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Md. 202/1-d’de açık bir şekilde hâkim şirketin verdiği talimatların hangi durumlarda hukuka aykırı kabul edilemeyeceği belirlenmiştir. Söz konusu maddede belirtilenlerin dışında, tam hâkimiyet durumunda bağılı şirketin yönetim kurulu, şirketler topluluğunun belirlediği ve somut politikalarının gereği olan iş/işlemleri yapmak zorundadır. Bahse konu iş/işlemler bağılı şirketin kaybına neden olsa dahi bağılı şirket organlarıncaya yerine getirilmek zorundadır. Bu durumun istisnaları 6102 Sayılı Türk

¹⁶ Fatma Betül Çakır Çelebi, ‘Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs’ (2018) 4 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/520423>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020

¹⁷ Murat Gürel, ‘Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Yüksek Lisans Tezi’ (2009) 96

Ticaret Kanunu Madde 204'te yer almaktadır. Ancak hâkim şirketin denkleştirme ile ilgili yükümlülüğü bu durumda da devam etmektedir.¹⁸

Bağlı şirket açısından haklara bakıldığında ise, neredeyse benzer bir denklem söz konusu olacaktır. Zira bağlı şirket, hâkim şirketin her talimatını yerine getirmek zorunda değildir. Fakat arada tam hâkimiyet hali var ise bağlı şirket, zarara uğrayacağı iddiası ile talimatları yapma yükümlülüğünden imtina edemez. Ancak bağlı şirketin ödeme gücünü alenen aşan, önemli varlıklarında büyük ölçüde eksilmeye yol açacak ya da tamamen yitirilmesine sebep olacak talimatlara, bağlı şirketin uyma zorunluluğu yoktur. Aksi durumda diğer bir deyişle hâkim şirketin talimatlarına uyan bağlı şirket bu sebeple zarara uğramış ise hâkim şirketten kaybın denkleştirilmesini talep edebilecektir.

C. ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA HÂKİMİYETİN KÖTÜYE KULLANILMASINDA SORUMLULUK

Yukarıda da bahsedildiği üzere, hâkim şirket ile bağlı şirket arasında bir hâkimiyet ilişkisi söz konusudur. Bu hâkimiyet ilişkisi neticesinde ise bağlı şirketin bir kayba uğrayıp uğramaması durumu gündeme gelmektedir.

1. Bağlı Şirket Ortaklarının ve Alacaklılarının, Hâkim Şirkete ve Onun Yönetim Kurulu Üyelerine Karşı Tazminat Davası Açma Hakkı

a. Dava Açma Hakkının Oluşması için Gereken Şartlar

Bağlı şirketin dava açma hakkını kazanabilmesi için aşağıdaki şartların oluşması gerekeceğini söylemek mümkündür:

- *Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması*

Daha önce de belirttiğimiz üzere, hâkim şirket Medeni Kanun Md.2'de yer alan dürüstlük kuralı çerçevesinde bağlı şirkete hukuka aykırı talimat veremez. Yani hâkim şirketin, bağlı şirketi kayba uğratacak talimatlar vermesi yasaktır. Yasa koyucu, bu ilkenin ihlâli halinde bağlı şirketin ortaklarına ve alacaklılarına, hâkim şirkete ve onun yönetim kurulu üyelerine karşı tazminat davası açma hakkı tanımıştır.

TTK Md.202/1 fıkrası, hâkim şirketin hâkimiyet gücünü kötüye kullanarak bağlı şirketi zarara uğratmasının uygulamada karşılaşılması muhtemel *başlıca örneklerini* saymıştır. Buna göre, “iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukukî işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynî veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya;

¹⁸ Durmuş (n 12) 75

kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliği ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez...”denilerek örnekler kaleme alınmıştır.¹⁹ Ancak belirtmek gerekir ki kanun metninden anlaşılacağı üzere, bu işlemler sınırlı sayıda değildir.²⁰

Ayrıca hâkim şirket vermiş olduğu bir talimat neticesinde de bağlı ortaklığı zarara uğratabilir. Bağlı şirket, hâkim şirketin bu yöndeki talimatlarına uymak zorundadır. Ancak bağlı şirketin ödeme gücünü aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimatların hâkim şirket tarafından verilmesi öngörülmemiştir.

- **Bağlı Şirketin Kayba Uğratılması**

Kanunda “zarar” kelimesinin yerine “kayıp” kelimesinin kullanılmıştır. Bunun nedeni, kayıp kelimesinin zarar kelimesinden daha kapsamlı olması ve duruma daha geniş bir anlam yüklenmek istemesidir. Kayba uğrama, bağlı şirketin fiili zarar görmeden, kazanç sağlamasına yarayan veya zarar görmesini önleyen malî bir imkânı kullanmaktan mahrum kalmış olmasıdır.²¹ Hâkimiyetin kötüye kullanılmasıyla bağlı şirketin uğratıldığı kayıp, TTK Md.202/1-a’da belirtilen alacak devri, fon, varlık, teminat verilmesi, kârın nakli vb. *hukukî işlemlerden* veya üretimin kısıtlanması, tesislerin yenilenmemesi/güncelleştirilmemesi, bir rüçhan hakkının kullandırılmaması, idame/gelişime yönelik yatırımların sınırlandırılması gibi *maddi olgulardan* da kaynaklanabilir.²²

- **Denkleştirme Yapılmamış Olması**

Son olarak belirtilen bu şart, sorumluluk davasının olumsuz şartıdır. Sorumluluk davasının konusu, bağlı şirkette meydana gelen zararlar olması sebebiyle, kanunen belirtilen süre içerisinde kaybın denkleştirildiği durumda ortada herhangi bir zarar kalmayacağından tazminat davası da gündeme gelmeyecektir.²³

¹⁹ Ersin Çamoğlu, ‘Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları’ (2013) 12 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Dergisi 19, 20

²⁰ Murat Karan, ‘Türk Ticaret Kanunu M. 202/1 Uyarınca Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası’ (2017) <<http://www.bka-law.com/yayinlar/makaleler>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2020, 6

²¹ Ünal Tekinalp and Ersin Çamoğlu, Açıklamalı Notlu ve Karşılaştırılmalı 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat (15. Baskı, Vedat Kitapçılık 2014) m. 202* 1 a’daki not

²² Çamoğlu (n 19) 23

²³ Karan (n 20) 7

Denkleştirme, hâkim şirketin, bağlı şirkette meydana gelen kaybı kendi sağladığı bir imkân ile gidermesi olarak tanımlanabilir. Bağlı şirkete, böyle bir istemde bulunma hakkı tanınmıştır.

Denkleştirme hükmü sayesinde, bağlı şirket yönetim kurulu üyelerine muhtemel bir sorumluluktan kurtarılmasını talep hakkı tanınmıştır. Dolayısıyla, eğer denkleştirme yapılmadı ise, bağlı şirket ortaklarının ve alacaklılarının tazminat davası açma hakkının gündeme geleceği izahtan varestedir.

b. Açılacak Davanın Niteliği, Tarafları ve Kusurlu Sorumluluk

Söz konusu tazminat davası; özel bir sorumluluk davası olup dava açma hakkı bağlı şirket ortaklarına (pay sahiplerine) ve alacaklılarına tanınmıştır. Bahse konu tazminat davasının temeli ise haksız fiile dayanmakta olup işbu dava ile “bağlı şirketin zararının tazmini” talep edilmektedir.

Lakin bağlı şirket ile hâkim şirket arasındaki hâkimiyet bir sözleşmeyle kurulmuşsa ve hâkim şirketin talimat/eylemi işbu sözleşmeyi ihlâl ediyorsa, dava sözleşmeye aykırılık temeline de dayanılarak açılabilir.

Söz konusu bu davada, davacı taraf olarak bağlı şirketin *pay sahipleri* ve *alacaklıları* bulunabilir. Alacaklıların bu davayı açabilmesi için şirketin iflas etme ön koşulu aranmaz. Ayrıca alacaklıların açacağı dava dolaylı zararın tazmini davası niteliğini haiz olacağından dava neticesinde hak kazanılan tazminat şirkete ödenir. Sadece alacaklıların bu tazminat üzerinde, kendi alacaklarını öncelikle tahsil etme hakları mevcut olur.

Bu dava kapsamında bağlı şirkete davacı sıfatı verilmemesinin sebebi, bağlı şirket yönetim kurulu ile hâkim şirketin karşı karşıya gelmesinin önlenmesi gayesidir. Bu husus kanundaki madde gerekçesinde “*hukuki gerçekçilik*” olarak ifade edilmektedir. Ancak her halükârda bağlı şirketin genel hükümlerde yer alan haksız fiil çerçevesinde dava açma hakkı saklıdır.

Açılacak bu davada, davalı tarafta yer alanlar ise, kusurlu yönetim kurulu üyeleri ile birlikte hâkim şirkettir. Zarara ortak eylemle neden olan hâkim şirketlerin, zincirleme şekilde sorumluluk altına girdikleri kabul edilmelidir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, TTK Md.553’te yönetim kurulu üyeleri için *kusurlu sorumluluk* öngörmektedir. Davalının kusurunu kanıtlama yükü ise davacı üzerinde bırakılmaktadır. Gerekli ve yeterli özeni gösterdiğini ispatlayan yönetim kurulu üyeleri sorumluluktan kurtulacaktır. Dolayısıyla işbu durum kanıtlanırsa, hâkim şirket de sorumluluktan kurtulacaktır.

c. Açılacak Davada Usuli İşlemler

Sorumluluk davasında yetkili mahkeme hâkim şirket/teşebbüsün merkezinin bulunduğu yer mahkemesidir. Eğer hâkim şirket/teşebbüsün merkezi yurt dışında ise tazminat davası bağlı şirketin merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesinde açılır. Görevli mahkeme ise asliye ticaret mahkemesidir.²⁴

d. Hüküm

Söz konusu tazminat davası açısından yargılamayı yürüten hâkime, çok geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Öyle ki hâkim, istem üzerine ya da re-sen, dava neticesinde tazminata hükmedebileceği gibi aynı zamanda, davacı pay sahiplerinin paylarının hâkim şirket tarafından satın alınmasına veya duruma uygun düşen ve kabul edilebilir başka bir çözüme karar verebilir.

Yukarıda bahsedilenlerden anlaşılacağı üzere, söz konusu davanın asıl amacı bağlı şirketin kaybının giderilmesidir. Dolayısıyla hâkim istem üzerine değil de re-sen tazminat dışındaki yollara hükmediyorsa, somut olaydaki hakkaniyet ölçüsünü doğru bir şekilde dava konusuna uygulaması gerekmektedir.

Diğer yandan hâkim, bağlı şirkete ödenecek tazminat yanında ayrıca davacının hissesinin satın alınması yolu ile şirketten çıkmasına karar verebilme yetkisine de haizdir. Tabii ki burada da hakkaniyet ölçüsünün doğru bir şekilde göz önünde tutulması gerekmektedir.

2. Haklı Bir Sebebi Bulunmaksızın Hâkim Gücün Kullanılması Sonucu Gerçekleştirilen Önemli İşlemlerden Doğan Zararlar Nedeni ile Sorumluluk Davası

TTK Md.202/2, şirketler topluluğunda hâkim gücün hukuka aykırı kullanılması sonucu bağlı şirketin gördüğü zararın tazmini için farklı ikinci bir sorumluluk davası açılabileceğini belirtmiştir. Kanun çerçevesinde baktığımızda, “birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişiklikleri” şirket açısından köklü değişiklikler yapan işlem ve kararlar arasında sayılmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi bunlar kanun lafzından anlaşılacağı üzere sınırlı sayıda değildir. Dolayısıyla söz konusu işlem ve kararlara esas sözleşmede yapılan genel kurul toplantı ve karar nisapları, imtiyaz verilmesi ve pay devirlerine sınırlama getirilmesi vb. bazı değişiklikler de eklenebilir.

a. Dava Açma Hakkının Oluşması için Gereken Şartlar

- ***Hâkim Gücün Kullanılması Yoluyla Bağlı Şirket Açısından Hayati Önem Taşıyan Bir Karar Alınması ya da İşlem Yapılması***

²⁴ Çamoğlu (n 19) 25

Yukarıda bahsedildiği üzere kanunda “birleşme, bölünme, tür değiştirme, fesih, menkul kıymet çıkarılması ve önemli esas sözleşme değişiklikleri” işlem ve kararlarının bağlı şirket açısından hayati önem taşıdığı belirtilmiştir. Bunların dışında kalan diğer işlemlerin (Örneğin; önemli esas sözleşme değişiklikleri arasında yer alan sermayenin artırılması veya azaltılması, imtiyaz oluşturulması veya kaldırılması, toplantı ve karar nisaplarında yapılan değişiklikler) ise hâkim takdiri ile davaya konu olup olamayacağı ifade edilmiştir.

Ayrıca bağlı şirketin feshi kararının da bu kapsama gireceği aşikârdır.

o ***İşlemin Bağlı Şirket Bakımından Açıkça Anlaşılabilir Haklı Bir Sebebinin Bulunmaması***

Hâkim şirketin aldığı kararın dava açılmasına sebebiyet verebilmesi için, bağlı şirket açısından açıkça anlaşılamayan ve haklı bir sebebi bulunmayan nitelikte olması gerekmektedir. Hâkim ortağın güç uygulayarak aldırıldığı ve bağlı şirket açısından herhangi bir yararı mevcut olmayan bu kararın, ayrıca pay sahipleri bakımından haklı bir sebep oluşturmasına gerek yoktur.

- ***Zarar***

Hâkim şirketin, bağlı şirket üzerinde aldırıldığı karar neticesinde bağlı şirketin yaptığı işlem ya da aldığı kararın pay sahiplerine zarar vermiş olması gerekmektedir.

b. ***Açılacak Davanın Niteliği, Tarafları, Sonuçları ve Zamanaşımı***

Söz konusu dava, hâkim şirketin vermiş olduğu talimatlar sonucu bağlı şirketin yapmış olduğu işlem ve karar neticesinde zarar gören pay sahiplerinin doğrudan zararlarının giderilmesini amaçlayan bir tazminat davasıdır. Davacı bu davada, zararının giderilmesini veya payların mahkemece tespit edilecek bir değer üzerinden hâkim şirket tarafından satın alınmasını talep edebilir.

Dava açıldığında hâkim, *takdiri dışında zorunlu olarak*, satın alma davası ise pay değerlerine, tazminat davası ise tazminat değerine uygun bir miktarda *para* cinsinden *teminatın* yatırılmasına hükmetmek zorundadır. Bankaya mahkeme adına teminat yatırılmadığı sürece genel kurul veya yönetim kurulu kararına ilişkin hiçbir işlem yapılamaz. Ayrıca belirtmek gerekir ki, davalı/davalılar da davanın kötü niyete dayandığı gerekçesi ile teminat yatırılmasını hâkimden talep edebilirler.

Bahsedilen bu davayı açma hakkı bağlı şirket pay sahiplerine aittir. Ancak dava konusu işlem genel kurul kararı ise, pay sahiplerinin davacı sıfatı kazanabilmeleri için o karara karşı olumsuz oy vermiş olmaları ve bunu zapta geçirmiş olmaları gerekir. Yönetim kurulu kararına dayalı bir dava var ise, pay sahiplerinin davacı olabilmeleri için işbu karara yazılı olarak itiraz etmiş olmaları gerekir. Davada davalı taraf ise hâkim şirkettir.

Tazminat veya payların satın alınmasını istem davası, genel kurul kararının verildiği veya yönetim kurulu kararının ilân edildiği tarihten başlayarak iki yılda zamanaşımına uğrar.²⁵

Eğer davaya temel olan yönetim kurulu kararı tescil ve ilâna tâbi değilse zamanaşımı davacının kararı öğrendiği tarihten başlar.²⁶

III. ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ BAĞLI ŞİRKETİ KAYBA UĞRATMASI SORUNU

Makalede daha önce de bahsedildiği üzere, örtülü kazanç dağıtımı işlemi, Kurumlar Vergisi Kanunu ile indirimden sayılmayan işlemler arasında kabul edilmiştir. Bu sayede vergi matrahının hakkaniyet dışı azaltılmasının engellenmesi amaçlanmaktadır. Türk Ticaret Kanunu ve Sermaye Piyasası Kanunu bazında ise, kar payı hakkı her yatırımcının en önemli mali haklarından kabul edilmiş ve bu sebeple korunmaya değer görülerek kötü niyetli hâkimiyet kullanımının engellenmesi amaçlanmıştır.

Şirketler açısından örtülü kazanç dağıtımı müessesesi çok karşılaşılan durumlardan biridir. Normalde hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratması durumunda hâkim şirketin sorumluluğu gündeme gelmektedir. Hatta bu doğrultuda bağlı şirket, hâkim şirketten denkleştirme talep etme hakkına sahip olmaktadır.

Örtülü kazanç dağıtımına sebep olan işlemler Kurumlar Vergisi Kanunu'nda; alım – satım, imalat, inşaat, hizmet, kiralama, kiraya verme, ödünç para alma-verme, ikramiye, ücret vb. ödemesi olarak sayılmıştır. Bu işlemler doğrultusunda bedelsiz veya düşük bedelle mal veya hizmet alışverişinin varlığı vergi dairesince tespit edilirse, yani örtülü kazanç dağıtımının varlığı ortaya konulursa, ortaya çıkan matrah farkı üzerinden ek vergi, gecikme faizi ve gecikme zammı alınır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise örtülü kazanç dağıtımı işlemleri; emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar ya da ticari uygulamalar yapmak veyahut işlem hacmi üretmek vb. durumlar olarak sıralanmıştır. Bu ve benzeri durumlar ilgili kanunun 21. Maddesi gereğince yasak kapsamına alınarak yatırımcının haklarının korunması sağlanmaktadır.

²⁵ Karan (n 20) 31

²⁶ Çamoğlu (n 19) 26

Hâkim şirketin denkleştirme yükümlülüğü açısından bakıldığında, hâkim ve bağlı şirket arasında ucuza mal alım satımı gerçekleşmişse, burada Kurumlar Vergisi Kanunu Madde 13 çerçevesinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olur. Dolayısıyla ek tarhiyat yapılır ve somut olaya göre gecikme faizi ve gecikme zammı ödemesi istenebilir. Burada karşımıza şu sorun çıkmaktadır; bağlı şirketten alınacak olan ek tarhiyat, gecikme faizi ve/veya gecikme zammı açısından hâkim şirketin denkleştirme yükümlülüğünün doğup doğmayacağıdır.

Vergi Hukuku açısından baktığımızda, “şirket toplulukları” ayrı bir hukuki obje olarak değerlendirilmemektedirler. Dolayısıyla topluluk bünyesinde bulunan her bir şirket, tek başına tüzel kişilik olarak kabul edilir ve bu bağlamda her bir şirket ayrı olarak vergilendirmeye tabi olur. Örneğin; bağlı şirket, bir mal alım/satım işlemi yapsa ve bu işlem nedeniyle ek vergi, gecikme zammı ve faizi ödemesi nedeniyle bu oranda malvarlığında azalma meydana geldiğini ve bu işlemi hâkim şirketin talimatı doğrultusunda yapmış olduğunu ispat etse hâkim şirketten denkleştirme talebinde bulunabilir. Ancak burada belirtmek gerekir ki; TTK kapsamında hâkim şirket denkleştirme ödemelerinden sorumlu olmakla birlikte vergi idaresi karşısında hiçbir şekilde sorumluluğu gündeme gelmeyecektir. Zira vergi, faiz ve cezayı kendisine tahakkuk ettirilen bağlı şirket ödemek zorundadır. Fakat ödemiş olduğu bu miktarı, şartlar oluşmuş ise hâkim şirketten denkleştirme yoluyla alabilecektir. Söz konusu bu durumun ise vergi hukuku bağlamında hukuki bir alt yapısı mevcut değildir.²⁷

Ticaret Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku nezdinde bakıldığında ise; hâkimiyet halinde, hâkim şirket bünyesindeki bağlı bir şirketten, bünyesindeki diğer bağlı bir şirkete ucuza mal satması yönünde talimatta bulunarak ucuza mal satımı sebebiyle bağlı şirketi kayba uğratmış ise bağlı şirket bunun denkleştirilmesini talep edebilir.

Görüldüğü üzere bu örnekte, bağlı şirketin uğradığı kayıp Vergi Hukuku açısından, hâkim şirketten talep edilemeyecektir. Zira kayba uğrayan bağlı şirketin yaptığı işlemin Vergi Hukukundaki yansımaları Kurumlar Vergisi Kanunu Md.13 kapsamında “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımı”ndan ibaret olacaktır.²⁸ Oysaki Ticaret Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku açısından ise, bu durum “örtülü kazanç dağıtımı yasağına” tabi olacak ve hâkim şirketin en başta “*tazminat sorumluluğu*” doğmakla birlikte hukuki ve cezai sorumluluğuna gidilebilecektir.

²⁷ Ibid 83

²⁸ Ibid 82

SONUÇ

Makalemde; hâkim şirketin bağlı şirketi kayba uğratması durumu ile örtülü kazanç dağıtımını müessesesi incelenerek bu iki konu arasındaki ilişki anlatılmıştır.

Ortaklığın hâkim şirketin, kendisine bağlı şirkete vermiş olduğu talimatlar neticesinde bağlı şirket mali bir kayba uğrar ise burada hâkim şirketin hukuki sorumluluğu gündeme gelmektedir. Bu doğrultuda ise, bağlı şirket, hâkim şirketten kaybının denkleştirilmesini talep etme ve tazminat isteme hakkına haizdir. Dolayısıyla, hâkim şirketin bağlı şirketi paravan olarak kullanması, elindeki güç ve yetkiyi kötüye kullanması ve kayba uğratması kanunen engellenmeye çalışılmaktadır.

Örtülü kazanç dağıtımını hususuna gelecek olur isek, Vergi Hukuku ile Ticaret ve Sermaye Piyasası Hukuku olmak üzere ikili bir ayırım ile inceleme yapılmaktadır.

Kurumlar Vergisi Kanunu ile örtülü kazanç tanımı yapılmış, hangi işlemlerin örtülü kazanç kabul edileceği ve hangi kişilerin bunu gerçekleştirebileceği belirtilmiştir. Tüm bu konular incelendiğinde ise kurumların, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını az vergi ödemesi durumunun gündeme geldiği ve Kurumlar Vergisi Kanunu ile bu durumun önüne geçilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Zira örtülü kazanç dağıtımının tespit edildiği durumlarda ek tarhiyat yapılacağı ve hatta olayın şartlarına göre gecikme faizi ve gecikme zammı alınabileceği hükme bağlanmıştır.

Sermaye Piyasası Kanunu'nda ise; "örtülü kazanç dağıtımını yasağı" maddesi ile yatırımcıların kar payı hakları koruma altına alınmıştır. Bu kanunda, hâkim şirketin kar/malvarlığı değerlerini azaltması ile korunması ve arttırılmasına engel olunması durumu örtülü kazanç olarak kabul edilmiştir.

Burada gündeme gelen en önemli sorun ise; hâkim şirket ve bağlı şirket arasındaki talimat nedeniyle bağlı şirketin mali yönden kayba uğraması sonucu hâkim şirketin hukuki sorumluluğunun doğup doğmayacağı noktasındadır.

Şayet Ticaret Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku çerçevesinde olaya bakıldığında, hiç şüphesiz ki hâkim şirket, bağlı şirketin kar/malvarlığında meydana gelen azalmadan veyahut korunamamasından ya da artmasının engellenmesinden dolayı hukuki ve cezai anlamda sorumlu olacaktır. Hatta bağlı şirket bu sebeple denkleştirme talep hakkına sahip olur ve hâkim şirket de denkleştirme ve tazminat yükümlülüğü altına girer. Ancak Vergi Hukuku açısından bakıldığında her bir şirketin ayrı bir tüzel kişiliği vardır ve yaptıkları her işlemde ayrı ayrı sorumlu olacaktır. Yani matrah farkı üzerinden tahsil edilecek olan ek vergilendirme miktarını, gecikme faizi ve gecikme zammı miktarını bağlı şirket ödemek zorunda olup sorumluluk bağlı şirkete ait olduğundan denkleştirme talep etme hakkı gündeme gelmeyecektir.

Ticaret Hukuku, Sermaye Piyasası Hukuku ve Vergi Hukuku ayrı birer hukuk dalı olmakla birlikte, her ne kadar bu hukuk dallarına giren uyuşmazlık konularında farklı kanunlar uygulanıyor olsa da birbirinden ayrı düşünülemezdir. Özellikle de örtülü kazanç dağıtımı müessesesi ile hâkim – bağlı şirket arasındaki kayba bağlı olan sorumluluk ilişkisi açısından değerlendirildiğinde iç içe geçmiş bir birleşim olduğu aşikârdır. Zira bir şirketin, daha az vergi ödemek amacıyla örtülü kazanç dağıtımına gitmesi oldukça sık rastlanabilen bir durumdur. Burada her ne kadar sadece Vergi Hukukunu ilgilendiren bir durumun var olduğu anlaşılıyor olsa da bu sebeple bağlı şirket bir kayba uğramaktadır. Diğer bir anlatımla, hâkim şirketin vergi miktarını düşürmek için bağlı şirkete yaptırmış olduğu işlem neticesinde, bağlı şirket fazladan vergi ödemek ve belki de gecikme faizi ile gecikme zammı ödemek durumunda kalmaktadır. Dolayısıyla her iki hukuk dalının ve kanunun birlikte yorumlanması gerekmektedir. Hal böyle iken, bu tip bir durumda, tıpkı Ticaret Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku'nda olduğu gibi, ödenecek vergi cezalarının her ne kadar doğrudan hâkim şirketten tahsil edilmesi hukuken mümkün değilse de bağlı şirketten tahsil edilmesi ve akabinde bunun bağlı şirket tarafından hâkim şirketten denkleştirme yoluyla geri alınabilmesine imkân tanınması gerektiği kanaatindeyim.

Hukukumuzda bu konu hakkında yeterli ve açık bir düzenleme bulunmamasının ise, söz konusu uyuşmazlıkların çözümünde sıkıntı yaratacağı ortadadır. Bu sebeple de makalem boyunca anlatılan bu konu hakkındaki eksikliklerin giderilmesi ve gerekli tüm düzenlemelerin yapılması gerekmekte olduğunu belirtmek isterim.

KAYNAKÇA

- Bahtiyar M, 'Ortaklıklar Hukuku' (13. baskı, Beta Yayın Evi 2019)
- Bilgili F ve Demirkapı E, Şirketler Hukuku (9. baskı, Dora Yayınevi 2013)
- Çakır Çelebi FB, 'Şirketler Topluluğunda Hâkim Teşebbüs' (2018) 4 (1) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/520423>> Erişim Tarihi 11 Kasım 2020, 19-32.
- Çamoğlu E, 'Şirketler Topluluğunda Hâkimiyetin Kötüye Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Davaları' (2013) 12 (2) Galatasaray Üniversitesi Hukuk Dergisi, 19-35.
- Gençyürek L 'Örtülü Kazanç Dağıtımı' (2000) (143) Vergi Sorunları Dergisi 70-90.
- Gündoğdu G, 'Bir Şirketler Topluluğu En Az Kaç Bağlı Şirketten Oluşur?-Ticaret Sicil Yönetmeliği m. 105 Hükmünün Türk Ticaret Kanunu m. 195 Hükmü ile Uyumsuzluğu Sorunu' (2014) 12 (133) Legal Hukuk Dergisi, 107-126.

- Gürel M, 'Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nda Şirketler Topluluğunda Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluk Yüksek Lisans Tezi' (2009)
- Kaya A, 'Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı' (2014) 71 (2) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası <<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/97833>> Erişim Tarihi 20 Kasım 2020, 193-204.
- Karaman Coşgun Ö, '6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda Teşebbüs Kavramı ve Tacir Sayılmasının Sonuçları' (2015) 21 (1), Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 107-166.
- Karan M, 'Türk Ticaret Kanunu M. 202/1 Uyarınca Hâkimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılması Durumunda Tazminat Davası' (2017) <<http://www.bka-law.com/yayinlar/makaleler>> Erişim Tarihi 10 Eylül 2020
- Karataş Durmuş N, 'Ticaret Kanunu Kapsamındaki Şirket Toplulukları ve Bunların Vergi Hukuku Karşısındaki Durumları' (2015) 1 (2) Ticaret ve Fikri Mülkiyet Hukuku Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/199318>> Erişim Tarihi 11 Ekim 2020, 71-84.
- Karlıoğlu H, 'Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Aktarımı' (2015) 23 (4) Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi <<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/839362>> Erişim Tarihi 25 Ekim 2020, 141-195.
- Kendigelen A, Türk Ticaret Kanunu, Değişiklikler, Yenilikler, İlk Tespitler (2. baskı, On İki Levha Yayınevi 2012)
- Polat İH, 'Vergi Alacağı Uygulamasının Örtülü Kazanç Dağıtımına Etkisi' (1995) (195) Vergi Dünyası 107-128.
- Pulaşlı H, Şirketler Hukuku Şerhi (1. baskı, Adalet Yayınevi 2014)
- Şener OH, Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı (2. baskı, Seçkin Yayınevi 2015)
- Tekin A, 'Örtülü Kazanç ve Danıştay Kararları' (2003) 8 (3) Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi < <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/195003>> Erişim Tarihi 03 Mayıs 2019, 27-48.
- Tekinalp Ü ve Çamoğlu E, Açıklamalı Notlu ve Karşılaştırılmalı 6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Ticari Mevzuat (Güncelleştirilmiş 14. baskı, Vedat Kitapçılık 2012)