

# TİCARET HUKUKU AÇISINDAN ANONİM ŞİRKETLERDE ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI NİTELENDİRMESİ\*

Hasan KARSLIOĞLU\*\*

## ÖZ

*Türk hukuku uygulamasında şirketler, hesap dönemi sonunda kâr elde etmiş ise, bu kâr Türk Ticaret Kanunu'nda hüküm altına alınan kurallara uyulmak suretiyle pay sahiplerine “kâr dağıtımı” adı altında dağıtılabilmektedir. Ancak pay sahiplerine hesap dönemi sonunda kâr dağıtılması halinde şirket açısından bazı vergisel sonuçlar doğar. Bu vergisel sonuçlardan kaçınmak için şirketler ortaklarına kârlarını başka adlar altında vergisiz dağıtma yollarını zorlamaktadırlar. Bu zorlamanın bir sonucu olarak; vergi güvenliğinin sağlanabilmesi amacı ile örtülü kâr dağıtımı müessesesi Türk hukukunda Kurumlar Vergisi Kanunu'nda (KVK) düzenleme altına alınmıştır. Ancak, pay sahiplerine yapılan bir ödeme için kâr payı nitelendirmesi yapıldığında, konunun yalnızca vergi hukuku açısından değil, ticaret hukuku açısından da ele alınması zarureti vardır. Çünkü kâr payının; şirket, ilgili pay sahipleri, diğer pay sahipleri ve vergi idaresi olmak üzere en az dört tarafı bulunmaktadır. Fakat KVK'ya göre yapılan örtülü kâr dağıtımı tespitlerinde dikkate alınan yalnızca vergi idaresi olup diğer taraflar tamamen göz ardı edilmektedir. Buna göre çalışmamızda, tamamen vergi güvenliğinin sağlanması saikiyle yapılan “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesinin, hukukun temel ilkeleri ile ticaret hukuku açısından uygun bir nitelendirme olup olmadığı incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler** : Kâr Dağıtımı, Örtülü Kâr, Örtülü Sermaye, İlişkili Kişi, Emsale Uygunluk

## QUALIFICATION OF DISTRIBUTION OF DIVIDEND IN JOINT STOCK COMPANIES IN ACCORDANCE WITH THE TURKISH COMMERCIAL LAW

### ABSTRACT

*In companies which made a profit in the end of the fiscal year, profit is distributed among shareholders under the name of “distribution of dividend to the shareholders” in Turkish Law practice. Profit is distributed to shareholders by following the rules*

\* İşbu makale, tarafımdan Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Bölümündeki doktora programı esnasında hazırlanan ve 17.04.2015 tarihinde oybirliği ile başarılı bulunan ve Adalet Yayınevinde aynı isimle kitap olarak yayımlanan “Anonim Şirketlerde Örtülü Kar Dağıtımı” isimli doktora tezinden türetilmiştir.

\*\* **Av. Dr.**, Sistem Global Danışmanlık A.Ş.  
**e-posta:** hasan.karslioglu@sistemhukuk.com  
**ORCID:** 0000-0002-3872-9986  
**DOI:** 10.34246/ahbvuhfd.637933

**Yayın Kuruluna Ulaştığı Tarih** : 28/08/2019

**Yayınlanmasının Uygun Görüldüğü Tarih:** 21/10/2019

*stipulated in Turkish Commercial Code. However, if shareholders are given profits at the end of the fiscal year, some tax results arise for the company. To avoid these tax-related issues, companies attempt to distribute profit under other names. To prevent this, disguised profit distribution has been regulated in the Corporate Tax Law to ensure tax security. But, to define a payment made to shareholders as a dividend, addressing the subject in pursuant of Commercial Law is necessary. Because a dividend has at least four sides; the corporation, relevant shareholders, other shareholders and tax administration. But in Corporate Tax Law, regulations concerning disguised profit distribution are oriented towards only on the tax administration and ignores all other parties. Therefore, in this study, we analyzed the definition of disguised profit distribution which was regulated with the sole purpose of ensuring tax security.*

**Key Words :** *Distribution of dividend, Disguised Profit, Disguised Capital, Relevant Party, Concurrently with Precedence*

## GİRİŞ

Bilindiği üzere sermaye şirketleri kâr elde etmeyi ve elde edilen kârı da pay sahiplerine dağıtmayı amaçlamaktadır. Buna göre de kâr payı hakkı 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu<sup>1</sup> (“TTK”) uyarınca pay sahiplerinin en temel haklarından bir tanesini oluşturmaktadır. Bu kapsamda şirket, hesap dönemi sonunda kâr elde etmiş ise, bu kâr TTK’da hüküm altına alınan kurallara uyulmak suretiyle pay sahiplerine dağıtılabilmektedir. Ancak pay sahiplerine hesap dönemi sonunda kâr dağıtılması halinde şirket açısından bazı vergisel sonuçlar doğar. Bu vergisel sonuçlardan kaçınmak için şirketler, kâr payı dağıtmak yerine başka işlemler ile mali yapılarını korumaya yönelmektedir. Bu yönelimin bir sonucu olarak; vergi güvenliğinin sağlanabilmesi amacı ile örtülü kâr dağıtımı müessesesi Türk hukukunda düzenleme altına alınmıştır.

Örtülü kâr dağıtımı, genellikle vergi hukukçuları ve daha çok vergi uzmanları tarafından ele alınan bir konu olup; bu konu şimdiye kadar kâr payının temel unsurlarının düzenlendiği ticaret hukuku açısından detaylı olarak incelenmemiştir. Bu nedenle hem vergi kanunları hem de TTK kapsamında, kâr dağıtımının hangi hallerde örtülü olduğunun ele alınması gerektiği değerlendirilmektedir.

Örtülü kâr dağıtımı müessesesi temel olarak 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nda<sup>2</sup> (“KVK”) düzenlenmiştir. Örtülü kâr dağıtımı Türk

<sup>1</sup> RG. 14.02.2011, S. 27846.

<sup>2</sup> RG. 21.06.2006, S. 26205.

hukukunda, özellikle KVK'nın 12'nci maddesinde düzenlenen “*Örtülü Sermaye*” ve 13'üncü maddesinde düzenlenen “*Örtülü Kazanç Dağıtımı*” nitelendirmelerine bağlanan bir sonuç olarak ele alınmıştır. Bu düzenlemelere göre ilk olarak; bir şirketin, pay sahiplerine veya ilişkili kişilere sağladığı haksız menfaatler, emsallere uygunluk ilkesine aykırı ise bu haksız menfaatler için örtülü kâr dağıtımını nitelendirilmesi yapılması gerektiği **ifade edilmiştir**. Bunun yanında ikinci olarak; şirketin pay sahiplerinden veya ilişkili kişilerden aldıkları belli şartlardaki borçlar da örtülü sermaye olarak nitelendirilmektedir.

Ancak, pay sahiplerine veya şirketle ilişkili kişilere yapılan bir ödeme için kâr payı nitelendirmesi yapıldığında, konunun ticaret hukuku açısından da ele alınması zarureti hâsıl olmuştur. Çünkü kâr payının; şirket, ilgili pay sahipleri, diğer pay sahipleri ve vergi idaresi olmak üzere en az dört tarafı bulunmaktadır. Tarafımızca, şimdye kadar örtülü kâr dağıtımını incelemelerinde, konunun yalnızca şirket ve vergi idaresinden oluşan iki tarafının ele alındığı tespit edilmiştir. Bu nedenle çalışmamızda, örtülü kâr dağıtımının, diğer taraflar üzerindeki etkileri de incelenecektir.

Ayrıca, KVK'da örtülü sermaye veya örtülü kazanç aktarımı halinde yapılan örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesi, TTK'daki kâr dağıtımını müessesesi ile çelişmektedir. Şöyle ki; TTK kapsamında kâr dağıtımını yapılabilmesi için öncelikle şirketin kâr elde etmiş olması, söz konusu kârdan kanuni yedek akçelerin ayrılması ve bunun üzerine alınacak bir genel kurul kararı ile pay sahiplerine sermayeye katılım oranlarına göre söz konusu kârın dağıtılması gerekmektedir. Ancak KVK'nın vergi güvenliğinin sağlanması amacı ile ihdas ettiği örtülü kâr dağıtımının tespiti halinde TTK'da düzenlenen kâr dağıtımını kurumuna tamamen aykırı bir nitelendirme yapılmış olmaktadır. Her ne kadar, KVK anlamında örtülü kazanç aktarımı ve/veya örtülü sermaye tespiti halinde vergi idaresi söz konusu haksız işlemi bir kâr dağıtımını olarak nitelendirerek, bu dağıtımdan payını (vergisini) almayı amaçlamış olsa da, kâr dağıtımını nitelendirmesinin diğer pay sahipleri, şirket alacaklıları ve hatta şirket çalışanları nezdinde eşitsizliğe yol açacağı ve sonucunda hukuka aykırı bir işlem ortaya çıkacağı göz ardı edildiği değerlendirilmiştir.

Buna göre çalışmamızda, tamamen vergi güvenliğinin sağlanması saikiyle yapılan “*örtülü kâr dağıtımını*” nitelendirmesinin, hukukun temel ilkeleri ile ticaret hukuku açısından uygun bir nitelendirme olup olmadığı incelenecektir. Ayrıca KVK'daki “*örtülü kâr dağıtımını*” nitelendirmesi yerine başka bir nitelendirme yapılarak TTK ile KVK arasındaki çelişkinin giderilmesi gerektiğinin de altı çizilmiştir. Ancak elbette ki; ilişkili bir kişi lehine *örtülü*

kâr dağıtımı yapıldığının tespit edilmesi ile, bu durumun diğer ilgililer (şirket, alacaklılar ve diğer pay sahipleri) aleyhine bir durum olduğu sonucu da doğal olarak ortaya çıkacaktır. İşte bu şekilde diğer ilgili kişilerin açıkça zararına sebep olan eylem veya işlemlerin tespiti halinde; vergi kanunları dışındaki diğer kanunların da hilafına bir işlem yapılmakta ve bu kanunsuz işlemler sonucunda şirket, alacaklılar veya diğer pay sahipleri doğrudan veya dolaylı olarak zarar etmektedir. Her ne kadar hukukumuzda vergi güvenliği amacıyla KVK'ya göre *örtülü* kâr dağıtımı tespit, yapılırsa da, bu tespitin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu<sup>3</sup> (“**TMK**”), 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu<sup>4</sup> (“**TBK**”) ve TTK açısından yarattığı sonuçlara da değinmek gerekmektedir.

Bu kapsamda çalışmamızda öncelikle kâr ve kâr payı kavramları açıklanacak, ardından KVK'da düzenleme bulan örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye kavramları ile ilişkili kişi ve emsallere uygunluk ilkesi açıklanacaktır. Sonrasında, KVK'nın örtülü kâr dağıtımına ilişkin düzenlemeleri ile TTK'nın kâr dağıtımına ilişkin hükümleri karşılaştırılacak ve konu TTK'nın temel ilkeleri ışığında detayları ile ele alınacaktır.

*Örtülü* kâr dağıtımı tespiti sonucunda, ilişkili kişi lehine bir işlem yapıldığı da doğrudan tespit edildiği için, bunun sonucunda ilişkili kişi dışındaki şirket, alacaklılar veya diğer pay sahiplerinde oluşan zararların da hukuk ve hakkaniyet gereği telafi edilmesi gerekmektedir. Buna göre çalışmamızda, bu zararlar ve zararların telafi edilmesi hususu da ayrı bir başlıkta ele alınacaktır. Bunun yanında, konu öncelikle TTK ve TMK açısından değerlendirilecek olup uygulamada daha çok kullanılmasını önerdiğimiz “*Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisine*” de bu bölümde kısaca değinilecektir. Devamında örtülü kâr dağıtımını yapan veya buna katılan yöneticilerin TTK açısından sorumlulukları da ele alınarak, TTK'nın “*Yöneticilerin Sorumluluğu*” konusunda getirdiği yenilik veya değişikliklere de değinilecektir.

## I. KÂR PAYI VE ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI İLİŞKİSİ

### A. KÂR VE KÂR PAYININ TANIMLANMASI

#### 1. Kâr Kavramı

Sözlük anlamı olarak kâr, “*alışveriş işlerinin sağladığı para kazancı, maliyet fiyatı ile satış fiyatı arasındaki fark*”<sup>5</sup> olarak tanımlanmaktadır. 193

<sup>3</sup> RG: 08.12.2001; S. 24607

<sup>4</sup> RG: 04.02.2011; S. 27836.

<sup>5</sup> <http://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 20.07.2019)

sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun (“GVK”)<sup>6</sup> 38'inci maddesinde ise kâr; “teşebbüsteki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet fark” olarak tanımlanmıştır. Ticaret hukuku bakımından kâr ise; “yıllık hesap dönemi içinde ticari işletmenin gerçekleştirdiği iktisadi faaliyetler sonucunda, o yılın kâr ve zarar hesabının kâr bakiyesi vermesi ile pay sahiplerine dağıtılmaya ayrılan tutar”<sup>7</sup> olarak tanımlanabilecektir. Zira TTK kârı tanımlarken üçüncü kişilerin hak ve çıkarlarını, vergi kanunları ise kârdan alınan vergi üzerinde yoğunlaşarak kârın tanımını yapmaktadır. Farklı tanımlamalara tabi tutulabilmekle beraber, genel olarak sermaye şirketleri bakımından dağıtılacak kâr, ticaret hukuku ilkelerine göre tespit edilen kârdır<sup>8</sup>.

## 2. Kâr Payı

Anonim şirketlerin nihai amacı kâr elde etmektir. Kâr elde etme gayesi ile de şirketler buna yönelik faaliyetler göstermektedir. Bu kapsamda da şirketin, yönetim kurulu ve genel kurul dâhil tüm organları kâr elde etme amacına ulaşmak için çaba gösterir ve kararlar bu doğrultuda alınır. Şirketin elde ettiği kârın da ortaklara dağıtılması hedeflenir.

Her ne kadar TTK'nın ilgili maddelerinde kâr payı tanımına yer verilmemiş olsa da Kâr Payı Tebliği'nin<sup>9</sup> 3'üncü maddesinin I-e bendinde; “Net dönem kârı veya kâr dağıtımına konu edilebilecek kaynaklar üzerinden ortaklara ve kâra katılan diğer kimselere genel kurulca dağıtılmasına karar verilen tutar” denilmek suretiyle kâr payı tanımına yer verilmiştir<sup>10</sup>.

Ayrıca, doktrinde birçok yazar tarafından da tanımı yapılan kâr payı, en önemli mali hak ve ortaklar tarafından şirkete ödenen sermayenin bir semeresi<sup>11</sup> olarak nitelendirilmektedir.

Buna göre; ortakların en temel malvarlığı hakkı kâr payı hakkı olup; bu hak ortaklar açısından vazgeçilemez bir haktır<sup>12</sup>. TTK'nın 508'inci maddesine göre esas itibarıyla pay sahibi bu hakkını, sermaye payı için şirkete yaptığı

---

<sup>6</sup> RG. 06.01.1961, S. 10700.

<sup>7</sup> İMREGÜN, s. 290-291; KARSLIOĞLU, s. 40.

<sup>8</sup> KARSLIOĞLU, s. 41.

<sup>9</sup> RG. 23.01.2014, S. 28891.

<sup>10</sup> CANÖZÜ, s. 23.

<sup>11</sup> BAHTİYAR, s. 295.

<sup>12</sup> TEKİNALP(POROY /ÇAMOĞLU), s. 696.

ödemelerle orantılı olarak, bir başka anlatımla sermayeye katılım oranına göre almaktadır.

Diğer yandan kâr payı kavramı TTK'da düzenlenmiş bir müessese olup, ortaklara dağıtılabilmesi için TTK'da sayılan koşulların gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu kapsamda “*kâr payı hakkı*” genel olarak faaliyet yılı sonunda dağıtılmaya tahsis edilmiş net dönem kârının varlığı halinde, genel kurulun kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre kârın dağıtılmasına karar vermesi, pay sahiplerinin esas sermayedeki payları oranında talep etmesi mümkün olan alacak haklarıdır. Bir başka ifadeyle kâr payı, hesap dönemi sonunda dağıtılabılır bir kârın olması halinde, şirkete koymuş oldukları sermaye payı karşılığında pay sahiplerine ödenecek paradır<sup>13</sup>.

Yıllık bilançoya göre belirlenen kâr payından sadece pay sahipleri değil, aynı zamanda yönetim kurulu üyeleri, intifa hakkı sahipleri, kurucu ortaklar ve şirket çalışanları gibi birçok kişi de “*dağıtılmaya tahsis edilen kâra*” katılabilmektedir<sup>14</sup>.

Kâr payının pay sahibinin vazgeçilmez haklarından biri olması nedeniyle, ancak esas sözleşmeye konulacak hükümler ve TTK'nın 523'üncü maddesinde gösterilen istisnai nedenlerin varlığının ispatı halinde şirket kâr dağıtmaktan kaçınabilecektir. Şirketin elde ettiği kârı, pay sahiplerine dağıtması gerekse de bu kârın tamamının pay sahiplerine dağıtılması da düşünülemez. Zira şirketler ticari hayatın olağan risklerine, ileride karşılaşılabilecek muhtemel tehlikelere karşı basiretli tacir gibi davranarak içinde bulunduğu ekonomik ve hukuki çevreye ve ileriye dönük planlarına göre kâr dağıtım politikası oluştururlar. Bu kapsamda TTK'da pay sahiplerine kâr payı dağıtılabilmesi için belli başlı koşullar düzenlenmiş olup; şirket bu koşulları gerçekleştirilmeden pay sahiplerine kâr payı dağıtamaz.

## B. ÖRTÜLÜ KÂR İLE ÖRTÜLÜ KAZANÇ/SERMAYE İLİŞKİSİ

Genel bir anlatımla KVK'da örtülü kâr kavramı; örtülü kazanç dağıtımı veya örtülü sermaye tespiti sonrası ortaya çıkan vergilendirilmemiş haksız menfaatler için kullanılan bir tanımlama olarak ifade edilebilecek olup; konuya ilişkin detaylı bilgiye çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde yer verilecektir. Şirketle ilişkili kişi veya kişilere kanuna uygun olmayan şekilde, vergi kaçırmak amacıyla yapılan, haksız menfaat aktarımı sonrası ortaya

<sup>13</sup> KARSLIOĞLU, s. 51-52.

<sup>14</sup> PULAŞLI, s. 616.

çıkan bu haksız menfaat için “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesi yapılmıştır (KVK m. 13). Buna ek olarak şirketlerin ilişkili kişilerden, sermayelerine göre belli oranların üzerinde aldıkları borçlar için ödenen faiz vb. ödemeler de ilişkili kişi açısından bir “örtülü kâr dağıtımı” sayılarak buna göre vergilendirilmiştir (KVK m. 12). Burada şunu ifade edelim ki; çalışmamızda “örtülü kâr” kavramı KVK’deki düzenlemeyi karşılayacak şekilde kullanılmış olup, devlet dışındaki diğer ilgili kişilerin de (şirket, pay sahibi, alacaklılar) zararına olabilecek şekilde, ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaat olarak tanımlayabileceğimiz “örtülü kazanç” kavramı, KVK’deki “örtülü kâr” kavramından farklıdır. Esasından KVK’da tanımlandığı üzere “örtülü kâr” ancak iki durumda söz konusu olabilir:

1. İlişkili kişilere sağlanan haksız menfaatler sonrasında o ilgili kişi bünyesinde oluşan haksız menfaat hali,
2. İlişkili kişi ile haksız borç alışverişi sonrasında yine ilişkili kişi nezdinde oluşan kasız menfaat hali,

Bu durumların tek başına gerçekleşmesi KVK kapsamında “örtülü kâr” tespiti için yeterli olmayıp bunun yanında ilişkili kişilerde ve ebetteki şirket yönetiminde “vergi kaçırma, vergiyi aşındırma, vergisiz kazanç elde etme” niyetinin de (sübjektif unsur) varlığı zaruridir<sup>15</sup>.

Dolayısıyla bizler de çalışmamızda KVK’da tanımlanan örtülü kâr kavramından hareketle bu ifadeyi kanuna uygun kullanmaya ve esasında yapılan bu nitelendirmenin TTK’ya uygun bir nitelendirme olmadığını ifade etmeye gayret ettik. Çalışmamızda aynı zamanda bu nitelendirme yerine “örtülü kazanç dağıtımı” şeklinde bir nitelendirme yapmanın “kâr dağıtımı” konusunun TTK’da düzenlenmiş olması ve kanunda bunun çok sıkı şekil şartlarına bağlı olması gibi nedenlerle daha uygun olacağını da gerekçeleri ile açıklamaya çalıştık. Bunu yaparken ortaya çıkan “örtülü kazanç” konusunun da genellikle KVK ve vergi uygulamaları açısından ele alındığını tespit ettik.

Şirketleri yönetenler açısından elbette vergi vermek ve işlemlerini vergi kanunlarına uygun yapmak temel bir görevdir. Ancak bunun yanında şirket yöneticilerinin; hem TMK’dan hem TTK’dan ve diğer ilgili düzenlemeler ile bunlarında ötesinde hukukun temel ilkelerinden kaynaklanan öncelikli ve temel görevleri de vardır. Bunların başında şirketi yönetirken bu düzenlemelere uygun davranarak şirketin, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının haklarının

---

<sup>15</sup> Örtülü kar dağıtımında sübjektif unsurun açıklaması için bkz: KARSLIOĞLU, s. 195.

korunması ve bunların zararlarına sebebiyet verecek iş ve işlemlerden uzak durmak gelmektedir. Çalışmamızın devamında açıklandığı üzere; KVK kapsamında bir “örtülü kâr dağıtımı” tespiti yapıldığında vergi idaresi kendi zararını, şirketten vergi ve ceza uygulaması yaparak karşılamaktadır. Ancak bu durumda elbette yapılmış olan haksız menfaat dağıtımından etkilenerek doğrudan veya dolaylı zarar etmiş diğer ilgili kişilerin (şirket, diğer pay sahipleri veya alacaklılar) var olması da yüksek ihtimaldir. İşte bu durumda devlet dışındaki ilgili kişilerin zararları ne olacak ve bu zararlar nasıl telafi edilecektir?

Tüm bu gerekçelerle bizler uygulamada sıkça karşılaştığımız şekilde, şirketlerin malvarlığının hukuksuz ve haksız bir şekilde şirket dışına kaçırılarak, şirket alacaklılarının hatta diğer pay sahiplerinin haklarının ihlal edilmesi, buna ek olarak; hâkim ortağın veya yöneticilerin diğer pay sahiplerinin haklarını ihlal edilebilecek muvazaalı veya peçelenmiş<sup>16</sup> işlemler yaparak “eşit işlem ilkesine” aykırı eylemleri veya işlemleri ile diğer pay sahiplerinin açıkça zararlarına sebep oldukları durumların da “örtülü kazanç” olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Dolayısıyla ister KVK kapsamında örtülü kâr dağıtımına konu işlemler sonucu ortaya çıksın, isterse vergi kapsamı dışında ortaya çıksın; şirket, pay sahipleri veya alacaklıların zararları sonucunu doğuran ve muvazaalı veya peçelenmiş bir işlemi/ eylemi genel olarak “örtülü kazanç” olarak tanımlamanın isabetli olacağı kanaatindeyiz. Bu tanımlamayı yapmanın asıl amacı, ilgili kişiler nezdinde ortaya çıkan zararın kanuni düzenlemeler ile tazmin edilmesinin sağlanması olduğundan, bu tanımlamanın daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Aşağıda KVK kapsamında “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesinin kanaatimizce hatalı olduğu nedenleri ile birlikte açıklanacaktır.

## 1. Genel Olarak Örtülü Kâr

Örtülü kâr müessesesi hukukumuzda net bir şekilde tanımlanmış bir kavram değildir. Genel bir ifade ile örtülü kâr; “*sermaye şirketlerinin, vergi kaçırmak ve/veya şirketle ilişkili kişilere haksız menfaat sağlamak amacıyla, örtülü sermaye kullanarak veya ilişkili kişilere örtülü kazanç aktararak, şirket açısından haksız ve hukuksuz bir şekilde matrahtan indirilecek bir gider oluşturulması veya ilişkili kişi açısından haksız bir menfaat temini elde edilmesi hali*” olarak tanımlanabilir<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Muvazaa ve Peçeleme kavramları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: KARSLIOĞLU, s. 124-137; Ayrıca, muvazaa ile ilgili bkz: KILIÇOĞLU, s. 240 vd.

<sup>17</sup> KARSLIOĞLU, s. 107-108.



Tanımdan da anlaşılacağı üzere, örtülü kâr kavramı, ilişkili kişilere örtülü sermaye aktarılması veya örtülü kazanç sağlanması hallerinde ortaya çıkmaktadır. KVK kapsamında örtülü kazanç elde eden pay sahibi/ ilişkili kişiye ödenen bahse konu kazanç, örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmektedir. Bu nitelendirmenin amacı temelde vergi güvenliğinin sağlanmasıdır. Vergi güvenliğinin sağlanması ve şirketlerin veya gerçek kişilerin vergi kaçırmalarının önlenmesi amacıyla, bir perdeleme işlemiyle, esasında pay sahibine haksız (vergisiz) kazanç sağlanmış olmasının bir yaptırıma bağlanması elbette vergi hukuku açısından bir gerekliliktir. Ancak bu haksız kazancın vergilendirilmesi amacıyla, bahse konu kazancın “örtülü kâr” olduğu yönünde bir tespit yaparak, bu kazancın yalnızca vergisini tahsil etmek için böyle bir nitelendirme yapmanın ticaret hukuku açısından yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Bu nedenle çalışmamızda, örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin, ticaret hukuku açısından sebep olduğu sorunlar ortaya konulmaya ve bu sorunlar ticaret hukukunun temel ilkeleri ışığında çözümlenmeye çalışılacaktır. Ancak, konunun takdimine geçmeden önce örtülü kâr dağıtımının mevcut olduğu durumlarda gündeme gelebilecek örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye müesseselerinin de açıklanması gerektiği değerlendirilmiştir.

## 2. Örtülü Kazanç Dağıtımı Kavramı

Örtülü kazanç dağıtımı, şirketlerin pay sahipleri veya ilişkili kişilere, vergilendirme işlemine tabi olmayacak şekilde, bu asıl niyeti peçeleyerek emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak yaptıkları haksız kazanç aktarımlarıdır. Örtülü kazanç aktarımında, şirketler tarafından ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde (yüksek alım ve/veya düşük satım vb.) işlem yapılması yoluyla, şirket yasal zorunlulukları yerine getirmeksizin kazancı dağıtmayı amaçlamaktadır. Bu haksız kazanç aktarımları da KVK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir.

KVK'nın 13'üncü maddesinde; “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**” denilmek suretiyle örtülü kazanç kavramının tanımı yapılmıştır. Aynı maddenin 6'ncı fıkrasında; “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...*” hükmü bulunmaktadır.

Tanımdan görülebileceği üzere, ilişkili kişilere emsallere göre daha düşük faizle veya faizsiz borç verilmesi, ilişkili kişilerden emsallere göre daha yüksek faizle borç alınması<sup>18</sup>, satılacak bir malvarlığı unsurunun emsallere göre daha düşük bir bedelle satılması ya da alımı gerçekleştirilecek bir değer emsallere göre daha yüksek bir bedelden satın alınması gibi uygulamalar KVK’ya göre örtülü kazanç aktarımı sayılacaktır.

Söz konusu düzenlemeler incelendiğinde görülebileceği üzere, şirketin pay sahibi veya ilişkili kişiyle girdiği ticari ilişkide bu kişilere emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde sağladığı bu haksız menfaatlerin örtülü kazanç dağıtımı sayılmasının hukuk zemininde yarattığı bir sonuç vardır. Bu sonuç “Örtülü Kâr Dağıtımı” nitelendirmesidir. Bu kapsamda, şirketlerin ilişkili kişilere emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak sağladığı haksız menfaatler pay sahibine veya ilişkili kişiye sağlanmış örtülü kâr dağıtımı olarak kabul edilmektedir. Başka bir anlatımla örtülü kazanç dağıtımının sonucu örtülü kâr dağıtımıdır.

### 3. Örtülü Sermaye Kavramı

Bilindiği üzere, pay sahiplerinin birinci ve en önemli yükümlülüğü, şirkete sermaye koyma borcudur. TTK’nın 332 ve 344’üncü maddelerine ve diğer ilgili hükümlerine göre, pay sahipleri, sermaye taahhüt eder ve şirket esas sözleşmesinde belirlenen sürede sermaye taahhüt yükümlülüğünü yerine getirirler. Şirket de ödenen bu sermaye ile faaliyetlerini sürdürmeye devam eder. Ancak, sermaye pay sahibi tarafından şirkete ödendiği anda, artık bu sermayenin tasarruf yetkisi şirkete geçmektedir. Pay sahiplerine söz konusu sermayenin iadesi ancak çok istisnai hallerde mümkün olmaktadır<sup>19</sup>. Dolayısıyla, pay sahipleri kişisel menfaatlerini düşünerek ve kâr elde etme gayesiyle, sermaye yerine şirkete borç vermek suretiyle, hem ödemeleri gereken sermaye tutarını azaltmak, hem de bu para üzerinde tasarruf yetkilerini kaybetmemek için, hukuksuz da olsa, örtülü sermaye uygulamasını tercih edebilmektedir. Bu şekilde pay sahipleri, hem şirketten kâr alma işlemini vergisiz yapabilmeyi hem de borç verdikleri bedelin üzerine faiz vb. menfaatler alarak gelirlerini artırmayı hedeflemektedirler. Nitekim elde edilen haksız menfaat de örtülü sermaye olarak nitelendirilmektedir.

<sup>18</sup> GÜCENME GENÇOĞLU/ERTAN, s.88.

<sup>19</sup> ÇAĞLAR, s. 98-100.

Örtülü sermaye KVK'nın 12'nci maddesinde; “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” şeklinde tanımlanmıştır. Aynı maddenin 7'nci fıkrasında da; “...[G]erek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla **dağıtılmış kâr payı** veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır...” hükmü bulunmaktadır.

Örtülü sermaye hakkında yukarıda yapılan tanıma ek olarak Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1)<sup>20</sup>'nin (“**Tebliğ**”) 12.1.6'ncı maddesi uyarınca “... [B]u kısma ilişkin faiz, kur farkı ve benzeri giderlerin, Kurumlar Vergisi Kanunu uygulamasında gider kabul edilmemesi ...” düzenlemesi yer almaktadır. Örtülü kazanç aktarımında olduğu gibi, örtülü sermayede de idare, vergi aşındırıldığını (kaçırıldığını) kabul ederek, ilişkili kişiye örtülü sermaye (sermayenin üç katını aşan borç) için ödenen faizi örtülü kar dağıtımı olarak nitelendirmekte olup, böylelikle eksik vergiyi tahakkuk ettirmeyi amaçlamaktadır.

Görülebileceği üzere şirketin ve ilişkili kişilerin birlikte yürüttüğü örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye işlemleri çoğunlukla şirketin vergisel yükümlülüklerinin en aza indirilmesi veya vergiden kaçınılması amacıyla yapılmaktadır. Borç almak/vermek, alım/satım yapmak, faiz ödemek vb. tüm işlemler esasında bir peçeleme olup, bu ve benzeri işlemlerde taraflar yalnızca bir görüntü yaratmak adına bir işlem yapma gayesi içerisinde oldukları. Dolayısıyla peçeleme işleminin arkasında saklı olan esas işlem, ilişkili kişiye haksız menfaat sağlamak olduğu için, bunun tespiti halinde KVK açısından bu menfaatler örtülü kâr dağıtımı olarak kabul edilmektedir.

Örtülü kazanç aktarımında ilişkili kişi ile emsallere aykırı bir işlem yapıyorken; örtülü sermayede ise ilişkili kişiden öz sermayenin üç katını aşan tutarda borç alınmaktadır. Örtülü sermaye ile alınan borç kapsamında ilişkili kişiye faiz vb. ödemeler yapılmaktadır. Ancak yukarıda izah edildiği üzere her ikisinde de asıl amaç ilişkili kişiye vergisiz menfaat sağlamaktır.

#### **4. İlişkili Kişi Kavramı ve Emsallere Uygunluk İlkesinin Açıklanması**

Örtülü kâr nitelendirmesi, örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye tespitinin bir sonucudur. Dolayısıyla bir örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi

---

<sup>20</sup> RG. 03.04.2007, S. 26482.

yapılmışsa, muhakkak ya bir örtülü kazanç ya da bir örtülü sermaye tespiti yapılmış olmalı ki, bunların sonucu olan haksız menfaate KVK kapsamında örtülü kâr denebilsin. Örtülü kâr tespiti yapılabilmesi için her iki durumda da haksız menfaat ancak ilişkili kişiye yapılmalı ve emsallere uygunluk ilkesine aykırı olmalıdır.

### a. İlişkili Kişi Kavramı

Tebliğ'in 13.1'inci maddesinde; ilişkili 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" olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca örtülü sermaye uygulaması kapsamında ortakla ilişkili kişi tanımı da KVK'nın 12'nci maddesinde yapılmıştır. Buna göre; "*Ortakla ilişkili kişi, ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az % 10 oranında ortağı olduğu veya en az bu oranda oy veya kâr payı hakkına sahip olduğu bir kurumu ya da doğrudan veya dolaylı olarak, ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kâr payı hakkına sahip hisselerinin en az % 10'unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya kurum*" denilmek suretiyle örtülü sermaye uygulamasında pay sahibiyle ilişkili kişinin sınırları çizilmiştir.

Buna göre; bir örnek üzerinden ilişkili kişilerin kimler olduğu açıklanacak olur ise, bir (A) gerçek kişinin aynı zamanda (ABC) Anonim Şirketi'ne en az %10 ortak olduğu durumda, (A) gerçek kişisi ile (ABC) Anonim Şirketi ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir. Benzer şekilde, (A) gerçek kişisi ile (ABC) Anonim Şirketi'nin diğer ortakları da Tebliğ<sup>21</sup>'de yer alan tanım gereği (bunlar gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir) ilişkili kişi kapsamına girmektedir<sup>22</sup>.

### b. Emsallere Uygunluk İlkesi

Tebliğ'in 13.1'inci maddesinin devamında, emsallere uygunluk ilkesi tanımı yapılmış olup; buna göre, "... İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir

<sup>21</sup> Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (Seri No:1), RG. 03.04.2007, S. 26482.

<sup>22</sup> KARA/CAN, s. 29.

*ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade etmektedir”.*

Benzer şekilde KVK'nın 13'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında; *“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”* hükmü bulunmaktadır. Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere, şirketlerin ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine göre tespit ettikleri fiyat ya da bedel üzerinden mal ya da hizmet alışverişi yapmaları halinde, örtülü kazanç dağıtımı gerçekleşmemiş olacaktır. Şirketlerin ilişkili kişilerle yaptıkları alışverişler sonucunda elde edilen kazancın örtülü kazanç olarak nitelendirilebilmesi için hem ilişkili kişi ile yapılması hem de emsallere uygunluk ilkesine aykırı davranılması gerekmektedir<sup>23</sup>. Aksi takdirde KVK ve vergi mevzuatı anlamında örtülü kârdan bahsedilemeyecektir<sup>24</sup>.

## **II. ÖRTÜLÜ KÂR NİTELENDİRMESİNİN TÜRK TİCARET HUKUKU AÇISINDAN İNCELENMESİ**

### **A. GENEL OLARAK**

Yukarıda açıklandığı üzere, kâr payı kavramı, TTK'da düzenlenmiş bir müessese olup, TTK'daki şartları yerine getirmeyen şirketler pay sahiplerine kâr payı dağıtamaz. Ayrıca pay sahibinin kâr payı hakkı, pay sahibi açısından ancak genel kurul tarafından kârın dağıtılması kararı verilmesi halinde şartsız ve talep edilebilir bir alacak haline gelir<sup>25</sup>. Bu kapsamda, yukarıda açıklanan, örtülü kazanç dağıtımı yoluyla veya örtülü sermaye ile ilişkili kişiye/pay sahibine sağlanan haksız menfaatlerin *“kâr payı”* olarak nitelendirilmesi kanaatimizce TTK'daki hükümler dikkate alındığında hukuken isabetli olmadığı söylenebilir<sup>26</sup>. Çünkü kâr payı olarak nitelendirilen bir menfaat, yalnızca bu menfaati kullanan ve bunu ödeyen şirket açısından değil, tamamen bu ilişkinin dışındaki diğer pay sahipleri, şirket alacaklıları hatta şirket çalışanları ve elbette idare açısından da farklı sonuçlar doğurmaktadır<sup>27</sup>. Bu nedenle, örtülü kazanç dağıtımı tespiti sonunda

---

<sup>23</sup> KARA/CAN, s. 24.

<sup>24</sup> KARSLIOĞLU, s. 120.

<sup>25</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s.430.

<sup>26</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. KARSLIOĞLU, s. 105 vd.

<sup>27</sup> TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.696-697.

bu kazancın “kâr dağıtımı” olarak nitelendirilmesi yerinde olmadığı gibi TTK’ya uygun bir nitelendirme de değildir. Bu görüşümüzün temelini aslında ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatin sadece kâr payı dağıtılması olarak nitelendirilemeyeceği, kâr payı haricinde başka birçok ad altında haksız menfaat sağlanabileceği hususu oluşturmaktadır. Örneğin TTK’nın “kazanç payları” başlıklı 511’inci maddesine göre yönetim kurulu üyelerine, kâr dağıtımından bağımsız olarak, kazanç payı adı altında bir nevi teşvik niteliğinde ilave menfaatler sağlanabilecektir<sup>28</sup>. Yargıtay konuya ilişkin bir kararında; yönetim kurulu üyelerine emsallerin çok üzerinde huzur hakkı verilmesine ilişkin genel kurul kararının iyi niyet kurallarına aykırı olduğu gerekçesi ile iptaline karar verilmiştir<sup>29</sup>. Buna göre; yönetim kurulu üyelerine haksız olarak sağlanan kazanç da aslında KVK anlamında bir örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilebilecektir. Ancak, yönetim kurulu üyelerine kâr dağıtımı yapılamayacağından, üyelere sağlanan haksız menfaatin “örtülü kâr dağıtımı” olarak nitelendirilmesi de mümkün değildir. Çünkü şirketin pay sahibine yaptığı bir ödeme için “kâr dağıtımı” tespiti yapıldığında, bu kâr dağıtımından pay alması gereken diğer pay sahipleri ve ilgililerin de talep veya itiraz haklarının olduğunun kabulü gerekmektedir. Kâr dağıtımı

<sup>28</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 391; ÖZER, s. 228-229.

<sup>29</sup> Yargıtay 11. H.D.’si, 16.06.2014 tarihli ve E. 2014/4218, K. 2014/11560 sayılı kararında; “...[Y]önetim kurulu üyelerine de aylık net 11.000 TL verilmesine ilişkin kararın örtülü kar dağıtımı olup bu kararın mahkeme hükmü ile iptalinden sonra bu kez 18.05.2010 tarihinde toplanan şirket genel kurulunun göstermelik 1.000 TL’lik bir indirimle huzur hakkını yönetim kurulu başkanı için 14.000 TL, yönetim kurulu üyeleri için 11.000 TL olarak belirlediğini, bu kararın da huzur hakkının emek ve mesainin karşılığı olarak değil, aylık ortakların paylaşıktan doğan haklarının ihlaline ve örtülü kar dağıtımına yönelik olduğunu, mahkeme kararının hiçe sayıldığını, yasa ve afaki iyiniyet kurallarına aykırılık taşıdığını ileri sürerek 18.05.2010 tarihli genel kurulda gündemin 4’üncü maddesi ile alınan kararın iptalini talep ve dava etmiştir. 18.05.2010 tarihli genel kurulda yönetim kuruluna ödenecek ücretin 16.05.2005- 09.06.2006 tarihleri arasında geçerli olmak üzere yönetim kurulu başkan ve yardımcısı için aylık net 14.000 TL, yönetim kurulu üyesi için aylık net 11.000 TL olarak belirlendiği, aradaki farkın şirkete iade edilmesine karar verildiği, davacıların bu karara muhalefet şerhi koyduğu, ... Asliye Ticaret Mahkemesi’nin 2005/450 E. 2007/57 sayılı kesinleşen kararın dikkate alınarak, iptali istenen 4 no’lu gündem maddesi ile yönetim kurulu başkan ve üyelerine ödenen ücretin 1.000’er TL düşürülmesine dair verilen kararın objektif iyi niyet kurallarına aykırılık taşıdığı gerekçesiyle davanın kabulü ile, davalı şirketin 18.05.2010 tarihli genel kurul kararının 4. maddesinin iptaline, birleşen dosyanın feragat nedeniyle reddine karar verilmiştir.” denilmek suretiyle Yönetim Kurulu’na iyi niyet kurallarına aykırı şekilde sağlanan menfaatin “kâr payı” olarak nitelendirilmediği halde şirkete iadesine karar verilmiştir. Buna göre, ilişkili kişilere sağlanan menfaatin sadece kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilemeyeceği açıktır. Benzer yöndeki kararlar için bkz. (Yargıtay 11. H.D.’si, 16.12.2014 tarihli ve E. 2014/13795, K. 2014/19826 sayılı kararı; Yargıtay 11. H.D.’si 03.12.2015 tarihli ve E. 2014/18093, K. 2015/12978 sayılı kararı), (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

yapılması halinde, bahse konu ilgili tarafların yanında, vergi dairesinin de şirketlerin kâr dağıtımından belli oranda pay (vergi) alması gereken bir taraf olduğu açıktır. KVK'daki örtülü kâr dağıtımını düzenlemesinde de vergi idaresi söz konusu haksız işlemi bir kâr dağıtımını olarak nitelendirerek, bu dağıtımdan payını (vergisini) almayı amaçlamıştır. Yukarıda ayrıntısına değindiğimiz üzere örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesi hukuka uygun olmamakla birlikte; bu nitelendirme yalnızca eksik verginin tahakkuk ettirilmesi ile sonuçlanmamakta, aynı zamanda da şirketin vergi beyanlarının dolayısıyla mali kayıtlarının da bu nitelendirmeye yani örtülü kâr dağıtımına göre revize edilmesi sonucunu doğurmaktadır. Esasında çalışmamızın son bölümünde de belirttiğimiz üzere; vergisel bir tespit veya sakınca olmasa bile KVK kapsamı dışında da, hukuksuz bir şekilde yönetim kurulu üyelerine veya onlarla ilişkili kişilere, emsallerine uygun olmayacak şekilde haksız bir menfaat sağlanması halinde de bu durumun bizce örtülü kazanç olarak nitelendirilmesi ve bu işlemde zarar görenlerin (şirket, pay sahipleri veya alacaklılar) zararlarının tazmin edilmesi gerekecektir<sup>30</sup>. Bu kapsamda TTK'nın 512'inci maddesinde haksız ve kötüniyetli bir şekilde yönetim kurulu üyelerinin elde ettiği haksız menfaatin iade edilmesi gerekeceği belirtilmiş olup; söz konusu düzenleme ile KVK'daki örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesine benzer bir nitelendirme yapıldığı değerlendirilmektedir<sup>31</sup>.

Ancak KVK'daki bu düzenleme ile kâr dağıtımının diğer tarafları olan menfaati zedelenen diğer pay sahipleri, şirket alacaklıları ve şirket çalışanları göz ardı edilmiştir. Bu nedenle KVK'daki örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesinin, ticaret hukuku açısından çok önemli sakıncaları olduğu kanaatindeyiz. Bu sakıncaları ortadan kaldırmak için, KVK'da yapılan düzenlemelerin amacına da uygun olacak şekilde, örtülü kâr dağıtımına konu haksız kazancın, idarenin yine söz konusu eksik vergisini tahakkuk ettirebileceği bir şekilde, "*kâr dağıtımını*" dışında farklı bir ad ile nitelendirilmesinin çok daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Örneğin örtülü kâr dağıtımını ifadesinin, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda<sup>32</sup> (SerPK) düzenlenen "*örtülü kazanç aktarımı*" gibi bir ifade ile değiştirilmesinin uygun olacağı değerlendirilmektedir.

Bu kapsamda, vergi kanunlarında kâr payı nitelendirmesi yapılan ve ilişkili kişiye örtülü kazanç dağıtımını veya örtülü sermaye yoluyla ödenen haksız

---

<sup>30</sup> Bu konudaki açıklama ve önerimiz için bkz; 31 vd. Bölüm D.

<sup>31</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR, s. 337 vd.

<sup>32</sup> RG. 32.12.2012, S. 28513.

menfaatlerin, ticaret hukuku açısından da gerçekten kâr payı olup olmayacağı sorusunun cevabını bulmak için kanaatimizce TTK'daki düzenlemelere kısaca değinmek gerekmektedir.

### **1. Örtülü Kazanç Niteliğinin Sonucunda Ortaya Çıkan Örtülü Kâr Müessesesinin Türk Ticaret Kanunu Açısından İncelenmesi**

Yukarıda da açıklandığı üzere vergi uygulamaları açısından, örtülü kazanç dağıtımı KVK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenmiş olup; bu maddeye göre örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için, şirketin pay sahibi veya ilişkili kişi ile ticari ilişkiye girmesi, bu ilişki sonunda pay sahibine/ilişkili kişiye haksız menfaat sağlanması, yapılan işlemlerin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olması gerekmektedir. Konumuzla bağlantılı olarak, anonim şirketlere hakim olan esaslardan birisi de "*malvarlığının korunması ilkesi*" olup; bu ilke çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde ayrıntısı ile ele alınacaktır.

Örneğin; şirket, pay sahibine ürünün emsali 100.000-TL olmasına rağmen, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak, bu ürünü 60.000-TL'ye satmış ise, şirket 40.000-TL gelirden mahrum kalmış olur. Dolayısıyla, 40.000-TL'lik satışın vergisini almak konusunda idarenin bir vergi kaybı doğmuş ve bu örtülü işlemlerle verginin aşındırılması söz konusu olmuştur.

Bahse konu 60.000-TL'lik satışın, emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde, eksik bedelle yapıldığı tespitiyle bir vergi düzeltmesi talep edilecektir. Bunun neticesi olarak, ilgili satışın vergisi 60.000-TL'den değil gerçek değeri olan 100.000-TL üzerinden tahakkuk ettirilecektir. Kanunda öngörüldüğü üzere bu işlem ile ilgili "*örtülü kâr dağıtımı*" niteliğindeki yapıldığında pay sahibi, haksız olarak şirketten fazladan elde etmiş olduğu bu 40.000-TL'yi, kâr payı olarak şirketten almış kabul edilecektir. Genel kural olarak da bu 40.000-TL tutarındaki işlemin (kâr payı dağıtımı kabul edilmesi nedeniyle) %15 stopajı<sup>33</sup> olan 7.059-TL<sup>34</sup> tutarındaki vergisi ödenerek idare

<sup>33</sup> Stopaj olarak tahakkuk eden vergiyi asıl ödemesi gereken kişi, kâr payını alan gerçek kişidir. Ancak stopaj kaynaktan kesilerek peşinen ödenen bir vergi olması nedeniyle, bu vergiyi kâr payını ödeyecek olan şirket kâr payından keserek vergi idaresine öder. Dolayısıyla kâr payı, yaklaşık %15 stopaj kesildikten sonra hak sahibi olan kişiye ödenir. GVK 94 ve 75'inci maddeleri; kâr payının vergilendirilmesi ve kâr payı stopaj uygulaması ile ilgili açıklama için bkz. BARINIR, s. 52 vd.

<sup>34</sup> Düzeltme işlemlerinde örtülü kâr dağıtımına konu tutar önce brüte yani miktara %15 eklenmek sureti ile yapılacak hesaplama ile nihai tutara artırılarak matrah bulunmaktadır. Örneğimizdeki 40.000 TL'yi net kâr payı kabul edip, K/0,85 formülünden brüt kâr payı bulunup, brütün %15'i hesabı ile 7.059-TL'ye ulaşılmıştır.



ile vergisel açıdan ilişki eşitlenecek ve idare açısından işlem tamamlanmış olacaktır<sup>35</sup>. Ancak şirket bu 40.000-TL'yi kâr payı olarak dağıtmış gibi kabul ederek, bunun vergisini ödemesi nedeniyle kayıtlarını bu şekilde yapar ise (KVK'ya göre bu şekilde yapması gereklidir), TTK hükümlerine uymadan ve açıkça kanunsuz bir kâr payı dağıtım işlemi gibi bir vergisel kayıtlama yapmış olacaktır<sup>36</sup>. Bu durumda; ticaret hukuku açısından teorik olarak bile mümkün olmayacak şekilde, TTK'nın 357'inci maddesindeki eşit işlem ilkesi gereği diğer pay sahiplerine de benzer ödemenin yapılıp yapılmayacağı, yapılmayacaksa bir sonraki kâr dağıtımında söz konusu pay sahibine bu kadar eksik ödeme mi yapılacağı, ilişkili kişi pay sahibi değilse pay sahibi olmayan bir üçüncü kişiye sağlanan haksız menfaatin nasıl kâr payı olarak nitelendirileceği vb. gibi birçok çözümsüz soru gündeme gelecektir.

Tüm bu nedenlerle, KVK'daki düzenlemelere göre yapılan örtülü kazanç dağıtımı tespiti sonunda haksız dağıtılan kazancın KVK'ya göre "*kâr dağıtımı*" olarak nitelendirilmesinin isabetli olmadığı ve bu nitelendirmenin "*örtülü kazanç*" gibi bir ifade ile değiştirilmesinin daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Elbette söz konusu değişiklik teklifindeki amacımız yalnızca, müessesenin adının değiştirilmesinden ibaret değildir. Değişiklik teklifi ile örtülü kâr dağıtımı müessesesi yerine yeni bir müessesenin ihdas edilerek, tüm ferileri ile birlikte yeni müessesenin uygulanmaya geçirilmesi amaçlanmıştır.

Örneğin SerPK'nın 21'inci maddesindeki düzenlemede, çok benzer bir

<sup>35</sup> Bu örnekte, konu yalnızca kâr dağıtımı açısından ele alınmış olup, vergi ziyayı ve gecikme cezaları gibi diğer detay işlemler hesaba katılmamıştır.

<sup>36</sup> Vergisel açıdan örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında, (yukarıdaki örnekte) bu tespite konu 40.000-TL, haksız menfaat edinen ilgili pay sahibine sağlanmış bir kâr dağıtımı olarak nitelendirilecek olup, bunun stopajı olan 7.059-TL'yi şirket vergi idaresine ödeyecektir. Devamında bu ödemeyi de "Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler (KKEG)" hesabına kaydedecektir. **Ayrıca şirket muhasebe kayıtlarında sanki bahse konu 40.000-TL'yi kâr dağıtımı yapmış gibi, bir muhasebe kaydı yapmamaktadır. Dolayısıyla, örtülü kâr dağıtımı tespiti ile ilgili düzeltme işlemlerinden sonra da şirket muhasebe kayıtlarında "KKEG" kayıtlarında, ödenmiş stopaj vergisi kaydı dışında bir muhasebe kaydı görünmeyecektir.** Vergisel olarak konu bu ödeme ve kayıtlarla tamamlanmaktadır. Ancak bizim görüşümüz, bu kaydın gerekçesinin; şirketin pay sahibine/ilişkili kişiye haksız bir menfaat sağlamış olduğunun tespitidir. **Dolayısıyla şirket bir pay sahibi lehine haksız bir menfaat sağlamışsa, doğal olarak diğer pay sahibi veya diğer ilgililer açısından da aleyhlerine bir durum yaratmış demektir.** Bu nedenle de vergisel olarak örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılmaya müteakip, şirket bir vergi ödemek zorunda kalmışsa, bu verginin bir hesapta gösterilmiş olması yeterli değildir. Bununla birlikte diğer ilgililerin; bu kayıttan sonra hem sağlanan haksız menfaat ve hem de bunun için ödenen vergi ve ferilerinden dolayı, şirketin veya doğrudan kendilerinin zararlarının doğduğu iddiası ile bunun tazminini talep edebilecekleri kanaatindeyiz.

konu “örtülü kazanç aktarımı” adıyla düzenlenmiş olup, iade vs. aşamaları da maddede yer almaktadır. Benzer şekilde, örtülü kazanç aktarımına konu haksız menfaatten de normal kâr dağıtımındaki oranlara eşit şekilde vergi alınabilecek bir düzenleme yapılırsa, konunun vergisel boyutunun da çözüleceği ve vergi güvenliğinin sağlanacağı kanaatindeyiz. Bu şekilde “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesi yerine bir başka (yeni) düzenleme yapılırsa, zaten TTK’da, haksız ödenen kâr payının iadesi, yöneticilerin bu kapsamdaki sorumlulukları gibi diğer konular düzenlendiği için, ticaret hukuku açısından da bu konuda net bir usul belirlenmiş olacaktır.

KVK’nın 13’üncü maddesinin açık hükmü, örtülü kazanç dağıtımına konu menfaatin kurumlar ve gelir vergisi açısından örtülü kâr dağıtımı olduğu yönündedir. Dolayısıyla kanunda bir değişiklik olmadığı sürece, örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında ödenen bedel kayıtlara örtülü kâr payı dağıtımı olarak girecektir. Uygulamada da bu şekilde işlem yapılmaktadır. KVK’nın 13’üncü maddesinin açık hükmü örtülü kâr dağıtımı tespitinin KVK ve GVK açısından yapılacağı yönünde olduğu için, TTK açısından bir kâr dağıtımı söz konusu olmamaktadır. Sonuç olarak yukarıdaki açıklamalarımızda ortaya konulan karmaşık durumun, bir faraziyeden ibaret olduğu söylenebilir. Fakat şirket mali kayıtlarında ve idareye vermiş olduğu beyannamelerde, söz konusu ödeme, bir kâr dağıtımı olarak nitelendirilecek ve vergisel tüm işlemler buna göre yapılacaktır<sup>37</sup>. Şirket kayıtlarının gerçeği yansıtması ve objektif olması temel kuraldır<sup>38</sup>. Hal böyle olunca, muhasebe kayıtları ve vergisel işlemlerde “kâr payı” olarak görünen bir kalemin, şirketin pay sahipleri ve diğer ilgili kişiler ile ilişkilerde, muhasebe kayıtlarının dışında ve bunlara açıkça aykırı şekilde, başka bir kalemden göstermesi, hem şeffaflık ilkesine<sup>39</sup> hem dürüst resim ilkesine<sup>40</sup>, hem de tedbirli yönetici olma kuralı gibi birçok hukuki ve fiili gerçekliğe aykırı olacaktır. Bu nedenle, örtülü kâr dağıtımı tespitinin yapılması KVK ve GVK’ya uygun da olsa, yapılan bu tespitin başta TTK

<sup>37</sup> Esasında, örtülü kâr dağıtımı tespiti ile yapılacak düzeltme işlemleri neticesinde, **yalnızca ödenecek vergi ile ilgili bir KKEG kaydı yapılmakta olup, ancak bahse konu haksız kazancın tamamı bir kâr dağıtımymış gibi bir muhasebe kaydı yapılmamaktadır.** Ancak, gerekli düzeltme işlemlerinin yapılması ve devamında bahse konu KKEG kaydının yapılmasının gerekçesi, ilgili pay sahibine/ilişkili kişiye sağlanan haksız menfaat ve bu menfaatin bir örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmiş olmasıdır.

<sup>38</sup> TTK m. 515’de yer alan şirket kayıtlarının dürüst resim ilkesine uygun olarak gerçeği yansıtması esastır. Konuyla ilgili olarak bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 524.

<sup>39</sup> TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 318.

<sup>40</sup> TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 524; ULUSOY, s. 52.

olmak üzere birçok başka mevzuat ile çeliştiği kanaatindeyiz.

Bu kapsamda önemle belirtmek gerekmektedir ki, TTK'ya göre kâr dağıtımı yapılabilmesi için, bilanço ve mali tablolar dürüst resim ilkesine göre çıkartılmalı akabinde yapılacak olan hesaplama ile yedek akçeler ayrıldıktan sonra, genel kurulun uygun bulacağı miktar, ödenmiş sermaye oranına göre pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılmalıdır<sup>41</sup>. Dolayısıyla esasında KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan haksız menfaatin, TTK açısından bir "*kâr payı ödemesi*" olarak nitelendirilmesi kanaatimizce, yukarıda da izah edildiği üzere, mümkün değildir.

Örtülü kazanç dağıtımı tespitinin sonucu olan örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi neticesinde, uygulamada bahse konu bedel normal bir kâr dağıtımı gibi işlem görmektedir. Yukarıdaki örnek açıklamalardan da görüleceği üzere, vergisel açıdan konu genel olarak idarenin alacağı ve zararının karşılanması açısından halledilmiş gibi gözükmekle birlikte, konunun diğer tarafları açısından maalesef karmaşıklık devam etmektedir. Sonuç olarak, eğer bir şirket ilişkili kişiye/pay sahibine emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde bir haksız menfaat sağlamışsa örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilerek, söz konusu menfaati elde etmiş kişiler açısından örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılacaktır. Vergi idaresi bu tespiti yaptıktan sonra, kâr dağıtımına konu bedelin %15 stopajını almakla birlikte, ilave olarak bahse konu kişiler adına vergi ziyayı ve gecikme faizi de tahakkuk ettirecektir.

Örtülü kazanç dağıtımı tespitinin sonucu, yukarıda da değinildiği üzere, kazancın örtülü kâr payı olarak dağıtılmış olmasıdır. Bu menfaati alan ilişkili kişi pay sahibi ise, yukarıda ifade edilenler dışında başkaca bir hukuki sorun ortaya çıkmaz. Ancak bahse konu ilişkili kişi pay sahibi değil veya pay sahibinin bir şekilde bu menfaatten dolayı olarak etkilenmesi (nemalanması) mümkün değilse bu durumda başka bir sorunla daha karşı karşıya kalınır. Örneğin menfaati alan ilişkili kişi pay sahibinin yakın akrabası ise veya bir şekilde menfaat pay sahibine izafe edilebilirse, pay sahibi açısından, teorik olarak (yukarıdaki çekincelerimizin varlığı ile birlikte) bir kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilebilir. Ancak ilişkili kişi ile pay sahibi arasında hiçbir bağlantı kurulamıyor ise, başka bir deyişle pay sahibinin gerçekten sağlanan menfaatten bir şekilde dolayı veya doğrudan nemalanmış olması mümkün değilse, pay sahibinden bağımsız olan bahse konu ilişkili kişiye sağlanan

---

<sup>41</sup> Kâr payının hesaplanması ve dağıtım ilkelerine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KARSLIOĞLU, s. 70 vd.

haksız menfaatin de evleviyetle “*kâr dağıtımı*” olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Zira kâr dağıtımı kural olarak pay sahiplerine yapılabilir (TTK m. 507 vd.). Dolayısıyla, örtülü kazanç dağıtımına konu menfaate “*kâr dağıtımı*” nitelendirmesi yapılacaksa, ki kanunun amacı budur, o zaman pay sahibi olmayan ya da bir şekilde pay sahibiyle ilişkilendirilemeyen bir kişiye sağlanan haksız menfaat için de örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılması mümkün değildir<sup>42</sup>. Kanaatimizce, bu tespitin yapılması halinde TTK’nın emredici hükümleri<sup>43</sup> ile çelişen hukuk dışı bir işlem ortaya çıkacaktır.

## 2. Örtülü Sermaye Tespiti Sonucunda Ortaya Çıkan Örtülü Kâr Müessesesinin Türk Ticaret Kanunu Açısından İncelenmesi

Yukarıda detayları verilen örtülü sermaye çok genel bir anlatımla, esasında şirkete sermaye koymak zorunda olan pay sahiplerinin, şirketin sermayesi olması gereken bedeli sermaye olarak koymak yerine başka adlar altında şirkete borç olarak vermelerini ama şirketin de bu miktarı sermaye gibi kullanmasını ifade eder<sup>44</sup>.

Ayrıca, eğer pay sahibinin/ilişkili kişinin şirkete verdiği bir borç, hem objektif (KVK’daki şartlar, örneğin borç miktarının sermayenin 3 katını aşıyor olması) hem de sübjektif (haksız menfaat elde etme/sağlama niyeti) unsurların<sup>45</sup> varlığı açısından örtülü sermaye olarak nitelendirilmişse verilen borç için bir faiz alınmadığında, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılmamaktadır. Başka bir deyişle, pay sahibi borç miktarı üzerinden faiz gibi bir menfaat elde etmemişse, örtülü sermaye tespitinin ticaret hukuku açısından nasıl nitelendirileceği de gündeme gelebilecek diğer bir sorudur. Anılan sorunun ticaret hukuku açısından tartışılması oldukça önemlidir.

Pay sahibinin şirkete verdiği borç sonucunda borç bedeline ilave, ek bir faiz vb. başkaca bir bedel ödenmemişse, yalnızca borç verilen miktar geri alınmışsa, ortada ticaret ve vergi hukuku açısından eleştirilebilecek bir

<sup>42</sup> ÖNCEL, s.65-66.

<sup>43</sup> TTK’nın 507’nci maddesinin 1’inci fıkrasında “*her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir*” hükmü ve aynı şekilde TTK’nın 508’inci maddesinin 1’inci fıkrasında “*esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kâr ve tasfiye payı pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir*” hükmü ile “**kâr payı dağıtımının ancak pay sahiplerine yapılabileceği**” açık bir şekilde düzenlenmiştir.

<sup>44</sup> GÜCENME GENÇOĞLU/ERTAN, s. 83.

<sup>45</sup> Bu unsurlar hakkında detaylı bilgi için bkz. KARSLIOĞLU, s. 210 vd.

fiil var mıdır? Bir görüşe<sup>46</sup> göre bu örtülü sermayenin, bir sermaye azaltımı olduğu tespiti yapılabilir. ÖNCEL<sup>47</sup> bu konuda; “*Örtülü sermayenin geri ödenmesi de sermayenin azaltılması olarak ele alınmalıdır; çünkü ekonomik bakımdan bu olay sermaye azaltılmasına eşittir.*” diyerek farklı bir yaklaşım ortaya koymaktadır. Konuya ilişkin olarak sermayenin bir kısmının pay sahiplerine iade edilmesi suretiyle sermaye azaltılması<sup>48</sup> mümkün olduğundan kanaatimizce, eğer bahse konu örtülü sermaye için ilgili pay sahibine/ilişkili kişiye faiz vb. bir ödeme yapılmamışsa, ortada örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilebilecek bir ödeme bulunmamaktadır.

Ancak örtülü sermaye tespitini yaparken, örtülü sermaye olarak nitelendirilen ve pay sahibinden/ilişkili kişiden alınan borcun KVK açısından bir sakıncası bulunmamakla birlikte konunun TTK ve diğer ilgili mevzuata göre de ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce; eğer bu borç devamlılık arz ediyor ve şirkete sermaye olarak konulması gereken bedel, şirkete borç para verip alarak karşılanıyorsa, ortada yine hukuka aykırı bir durumdan bahsetmek gerekmektedir. Her ne kadar KVK’da düzenlendiği üzere sermayenin üç katının aşılması örtülü sermaye için bir üst sınır olarak düzenlenmiş olsa da kanaatimizce, TTK’da tanımını bulan; sermayenin korunması ve dürüst resim ilkesi gereğince böyle bir üst sınır öngörülmeksizin örtülü sermaye kavramını geniş yorumlamak gerekmektedir<sup>49</sup>. Bu kapsamda sermayenin korunması ilkesi ve sermayenin şirketle iş yapan üçüncü kişiler için önem arz etmesi nedeniyle, sermayenin çok düşük tutularak şirket ihtiyaçlarının şirket varlıklarından karşılanamayacağı hallerde, bunun ortaklardan devamlı surette borç alıp vererek karşılanmasının uygun

<sup>46</sup> ÖNCEL, s. 182. Yazar çalışmasında ayrıca isabetli bir şekilde “*Ancak bu borç için faiz ödenmez ise vergi hukuku açısından yapılabilecek bir işlem yoktur. Çünkü Kurumlar Vergisi Kanunu örtülü sermayeyi değil bu nitelikteki sermayeye ödenecek faizi gider olarak kabul etmemektedir.*” tespitine vurgu yapmıştır ÖNCEL, s. 182-183.

<sup>47</sup> ÖNCEL, s. 183.

<sup>48</sup> ÇAĞLAR, s. 21-22, 35.

<sup>49</sup> PULAŞLI, çalışmasında bu şekilde **pay sahiplerinin şirkete borç vermesi halinin, belli şartlarda eleştirilmesi gerektiğini**, bunun Alman hukukunda olduğu gibi “*sermaye yerine geçen borç*” veya “*yedek özsermaye*” benzeri bir nitelendirme ile şirket sermayesine eklenmesi gereken şekilde yasak bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir. (Bkz. PULAŞLI, s. 382-385). Konuyu **sermayenin korunması ilkesi** açısından değerlendirdiğimizde, kanaatimizce de yazarın ifade ettiği gibi kanuni bir düzenleme yapılmış olması; şirketler, şirket pay sahipleri ve hatta şirket alacaklıları için daha isabetli olabilir.

olmayacağını değerlendiriyoruz<sup>50</sup>. Aynı şekilde; yalnızca şirkete verilen borç miktarının hiçbir ek menfaat sağlanmadan, borcu veren pay sahibi/ilişkili kişi tarafından geri alınması halinde de KVK'nın 12'nci maddesinin 1'inci fıkrasında yer alan, örtülü sermayenin objektif unsurları açısından borcun örtülü sermaye olarak nitelendirilmesi gerektiği söylenebilir<sup>51</sup>.

### 3. Türk Ticaret Kanunu'ndaki Kâr Dağıtım Kuralları ile Kurumlar Vergisi Kanunu'ndaki Örtülü Kâr Dağıtımı Nitelendirmesinin Karşılaştırılması

Yukarıda da tanımlı yapıldığı üzere kâr payı, payın sağladığı en önemli mali haklardan bir tanesidir<sup>52</sup>. Pay sahiplerinin söz konusu hakkını elde edebilmesi TTK'da belli şartlara bağlanmıştır. Buna göre TTK'nın 507'nci maddesi uyarınca, “...[H]er pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir.”. Ayrıca kâr dağıtımına karar verme görev ve yetkisi, TTK'nın 408'inci maddesinde genel kurulun devredilmez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır.

Bunun yanında, kâr payının hesaplanması ile ilgili de TTK'nın 508'inci maddesinde açıkça; “...[E]sas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kâr ve tasfiye payı pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir. Yıllık kâr, yıllık bilançoya göre belirlenir” hükmü bulunmaktadır. Buna ilave olarak da, 523'üncü maddedeki “kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez” hükmü de kâr payının dağıtımı için ilave bir şart getirmiştir. Bu hükümler çok genel olarak, anonim şirketlerde kâr dağıtımının yapılması ile ilgili düzenlemeleri ihtiva eden temel hükümlerdir. Buna göre; kâr dağıtımı hiçbir şartta, kanuna ve esas sözleşme hükümlerine aykırı şekilde yapılamaz. Örneğin; pay sahiplerinin bir kısmına kâr dağıtımı adı altında ödeme yapılırken, diğerlerinin bu dağıtımdan pay alması engellenemez. Hesaplamanın kanuna ve esas sözleşmeye uygun yapılması gereklidir. Bu kapsamda kâr dağıtılabilmesi için temel şartlardan bir tanesi de net dönem kârından veya önceki yıllar kârlarından bu amaçla kanuni yedek akçe ayrılmış olmasıdır<sup>53</sup>. Ek olarak kâr dağıtımı konusunda gerekli tüm

<sup>50</sup> KARSLIOĞLU, s. 144-145

<sup>51</sup> Benzer görüş için bkz. KIZILOĞLU, s. 564 vd.

<sup>52</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 428.

<sup>53</sup> BAHTİYAR, s. 296.

bilgileri ihtiva eden genel kurul kararının da usulüne uygun alınmış olması gerekmektedir<sup>54</sup>. Bilanço, kâr-zarar hesabı ve ilgili mali tabloların gerçeği yansıtması ve “*dürüst resim ilkesi*”ne uygun hazırlanmış olması gerekir. Bu örneklerde de görüleceği üzere, kâr dağıtımını yapma kararının, şirket açısından oldukça önemli ve şekil şartlarına bağlanmış bir karar olduğu rahatlıkla söylenebilir<sup>55</sup>.

Açıklanan hususlar ışığında, KVK’da yapılan örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesinin TTK’daki kâr dağıtım kurallarına uygun olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Yukarıda da değinildiği üzere TTK’nın anılan düzenlemeleri ile KVK’nın ilgili hükümleri arasında bir karışıklık ve tutarsızlık olduğu rahatlıkla söylenebilir.

Söyle ki; vergi idaresi, KVK’ya göre bir tespit yapıp, şirketin bir pay sahibine/ilişkili kişiye emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir haksız menfaat sağladığını tespit ettiğinde, bedel olarak elde edilen menfaat şirket açısından dağıtılmış kâr payı addedilecektir. Ek olarak aynı haksız menfaati elde eden pay sahibi/ilişkili kişi açısından da gelir olarak elde edilmiş bir kâr payı olarak nitelendirilecektir. Yapılan nitelendirme sonucunda, vergi idaresi tarafından, gerekli vergisel işlemler, kayıtlar, cezalar vs. bahse konu bedelin “*dağıtılmış kâr payı*” olduğu faraziyesiyle yapılacak veya yaptırılacaktır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, kanaatimizce bu tespit TTK hükümleri ile açıkça çelişmektedir. Nitekim, KVK kapsamında yapılan “*örtülü kâr dağıtımını*” nitelendirmesi, aşağıdaki soruları cevapsız bırakmaktadır:

1. Haksız menfaati alan ilişkili kişi, pay sahibi değilse veya aldığı menfaat, pay sahibine izafe edilebilecek bir menfaat değilse, bu kişiye yapılan ödeme hakkında nasıl kâr payı nitelendirmesi yapılacaktır<sup>56</sup>?
2. Bahse konu haksız menfaat için kâr payı dağıtımını nitelendirmesini kabul edersek, eşit işlem ilkesi gereğince, diğer pay sahiplerinin de

---

<sup>54</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 430.

<sup>55</sup> KARSLIOĞLU, s. 101-102; **Yargıtay**, 11. H.D.’si 07.11.2002 tarihli ve E: 2002/6988, K: 2002/10119 sayılı kararında “Şirket ana sözleşmesinde şirket kârının pay sahiplerine nasıl dağıtılacağına ilişkin yönetim kurulunun önerisi ile Genel Kurul tarafından kararlaştırılacağı öngörüldüğüne ve şirket genel kurulunda bilançoda gösterilen kârın kanuni yedekler ve vergiler düşüldükten sonra dağıtılmamasına davacının da katıldığı toplantıda oybirliğiyle karar verildiğine göre, bu karar iptal edilmedikçe şirket ortakları kâr payı istemeyeceği...” şeklinde hüküm tesis edilmiştir, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

<sup>56</sup> Burada, TBK’nın 77 vd. maddelerinde düzenlenen Sebepsiz Zenginleşme hükümlerinin uygulanabileceği değerlendirilmektedir.

kâr payı alma hakkının varlığını kabul etmek gerekir. Buna göre; diğer pay sahiplerine nasıl, hangi esaslara göre ve ne zaman bir dağıtım yapılacaktır?

3. Kâr dağıtımı ile ilgili TTK'da öngörülen zorunlu meydana geliş şartlarına uyulmadan yapılmış bir kâr dağıtımının varlığını kabul edersek, şirket kayıtları ve buna bağlı işlemler yapılabilecek midir?
4. Hesaplama nasıl yapılacaktır?
5. Şirket kâr payı dağıtılacak finansal durumda değilse, nasıl bir yol izlenecektir?

Görüldüğü üzere örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi ile TTK'nın emredici hükümlerine aykırılık teşkil eden bir dizi işlem yapılmaktadır. Bu haliyle de örtülü kâr dağıtımı ifadesi ve bu ifadeye bağlanan nitelendirmelerin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. Zira KVK uygulaması açısından yukarıda açıklandığı şekilde bir “örtülü kâr dağıtımı” tespiti yapılması halinde; TTK açısından kâr dağıtımı yapılması için usulüne uygun olarak alınmış bir genel kurul kararı, dürüst resim ilkesine göre çıkarılmış bilanço ve mali tablolar mevcut olmayıp, TTK'daki esaslara göre yapılan bir kar dağıtım hesabı yoktur. Dolayısıyla esasında KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan haksız menfaatin, TTK açısından bir “kâr payı ödemesi” olarak nitelendirilmesi kanaatimizce mümkün değildir.

## **B. TÜRK TİCARET HUKUKUNUN GENEL İLKELERİ AÇISINDAN ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI NİTELENDİRMESİ**

### **1. Genel Olarak**

Bilindiği üzere, şirketler, Türk Hukuku'nda kural olarak TTK'ya göre kurulur ve işletilirler. Şirketlerin organları, bu organların görev ve yetkileri, tüm işleyişi ve tasfiyesi ile ilgili temel esaslar TTK'da düzenlenmiştir. Elbette şirketlerin işleyişinde ve yönetilmesinde yalnızca TTK'yı esas almak yeterli değildir. Diğer birçok düzenlemenin yanında vergi kanunlarındaki düzenlemeler de şirketler açısından en az TTK'daki düzenlemeler kadar önemlidir. Ancak şirketler yalnızca vergi düzenlemeleri ve uygulamalarına göre işletilemeyeceğinden bunun tam tersinin söylenmesi de mümkün değildir. Bu nedenle, bir vergi güvenliği müessesesi<sup>57</sup> olan “örtülü kâr dağıtımı” konusunu şirketler açısından incelerken, yalnızca vergi düzenlemelerinin

<sup>57</sup> KARSLIOĞLU, s. 333-334.



bilinmesi ve uygulaması yeterli olmayacaktır. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, şirketin yapmış olduğu bir alım/satım işlemi hakkında örtülü kazanç dağıtımını nitelendirmesi yapıldığında, ortada emsallere aykırı bedelle pay sahibine/ilişkili kişiye sağlanmış haksız bir menfaat var demektir. Şirketin de bu haksız işlem sonrasında zararı doğmuştur. Zarar etmese bile, en azından diğer pay sahipleri açısından bir haksızlık ve dolaylı zarar<sup>58</sup> söz konusudur. Bunun yanında sermaye yönünden şirketin olumsuz etkilenmesi ve bu nedenle de şirket alacaklılarının dolaylı zararlarla karşı karşıya kalmaları muhtemeldir.

Nihayetinde, açıklanan konuların hepsi süreç içerisinde veya sonrasında doğrudan TTK ile ilgilidir. Sürecin sonucunda ortaya çıkan “örtülü kâr dağıtımını” müessesesinin tam olarak incelenmiş olması için, konunun TTK düzenlemeleri ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu doğrultuda TTK düzenlemelerinde, örtülü kâr dağıtımını müessesesi ile paralel amaç taşıyan düzenlemeler de aşağıda incelenecektir.

## 2. Türk Ticaret Kanunu’na Hâkim Olan İlkeler ile Örtülü Kâr İlişkisi

TTK’nın temel ilkelerden biri “*eşit işlem ilkesi*<sup>59</sup>” ve TTK’da düzenlenmiş yasalardan biri de “*pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağıdır*<sup>60</sup>”.

<sup>58</sup> Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı için bkz. KILIÇOĞLU, s.699-702.

<sup>59</sup> Doktrin ve Yargıtay kararlarında sıkça kullanılan “**eşit işlem ilkesi**” TTK’nın 357’nci maddesi ile açık bir şekilde düzenlenerek kanuni bir ilke haline getirilmiştir. İlgili madde hükmüne göre; “*Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur*”. TTK’nın gerekçesinde de belirtildiği üzere bu hüküm ile bir taraftan organların öznel ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanunî bir barikat çekilmekte, diğer taraftan da esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasının sağlanması amaçlanmaktadır. (6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun Hükümet Gerekçesi, Türk Ticaret Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/324), TBMM Yasama D. 23, Yasama Y. 2, Sıra S. 96, s. 164.) Ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 354-357; PULAŞLI, s. 282-284; 439-441; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s.514 vd.; YILDIZ, s. 25 vd. Yargıtay, 11. H.D.’si 05.02.2010 tarihli ve E: 2008/4676, K: 2010/1315 sayılı kararı, (www.kazanci.com) (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

<sup>60</sup> Gerekçede “**Temel İlkeler**” Başlıklı (c) bendinde “*Tasarı iki temel ilkeyi açıkça hükme bağlamıştır. Bunlardan birincisi evrensel nitelikteki, **pay sahiplerinin eşit işleme tâbi tutulması ilkesidir**. İkincisi ise, **pay sahiplerinin şirkete borçlanmalarının yasaklanmasıdır. Birincisinin pay sahiplerine özgülenmiş olmasının, kurumsal yönetim ilkeleri ile örtüşmediği (89 nolu paragraf) düşünülebilir. Ancak, Tasarının 358 inci maddesi, yönetim kurulunun pay sahipleri dışındaki ilgililere de eşit işlem yapmasına engel değildir. Ayrıca eşit işlem ilkesinin ilgililer bağlamında, kendi içinde mi uygulanacağı, yoksa çeşitli çevreler arasında mı geçerli olması gerektiği sorunu kurumsal yönetim ilkelerince henüz açıklığa kavuşturulmamıştır**” şeklinde açıklama bulunmaktadır. (Gerekçe, s. 43.)*

Elbette anılan ilkelere ek olarak “*sermayenin korunması*” ilkesi de TTK’nın vazgeçilmez ilkelerinden biridir<sup>61</sup>. Bazı yazarlar, sermayenin korunması ilkesini “*malvarlığının korunması*” ilkesi olarak nitelendirmektedir<sup>62</sup>. TTK’da şirket sermayesinin korunması ve şirket zararlarının önlenmesi amacıyla birçok hüküm bulunmaktadır.

Örtülü kazanç dağıtımında olduğu gibi; TTK’daki bahse konu düzenlemeler ile de, şirketin yapacağı her işlemde, şirketin kendisinin, pay sahiplerinin ve hatta şirket alacaklılarının korunması amaçlanmıştır. Benzer düzenlemeler TTK ile hukuk hayatımıza giren “*şirketler topluluğu*” hükümlerinde de kendini göstermektedir. Örneğin şirketler topluluğu ile ilgili TTK’nın “*bağlı ve hâkim şirketlerin raporları*” başlıklı 199’uncu maddesinde; bağlı/yavru şirketlerin zararlarını önleyici tedbirler içeren hükümler bulunmaktadır. Maddeden de anlaşılacağı üzere; kanun koyucu, şirketin hâkimiyet gücünü kullanarak, diğer yavru şirketlerle yaptığı işlemlerde, yavru şirketin zararını önleyecek bir dizi tedbir öngörmüş ve taraflar arasındaki ilişkinin tüm gerçekliği ile görünürde (şeffaf) olmasını istemiştir<sup>63</sup>. Görülebileceği üzere, KVK’nın 13’üncü maddesindeki “*ilişkili kişiye yapılan alım satım işlemlerinde emsallere uygunluk ilkesine aykırı işlemler örtülü kazanç dağıtımı sayılır*” yaklaşımındaki “*ilişkili kişi*” ve “*zarar*” faktörleri, TTK’nın 199’uncu maddesindeki hükümler ile benzerlik göstermektedir. TTK düzenlemesine göre hâkim şirket, kendi pay sahibi olan bir şirketle veya kendisinin pay sahibi olduğu bir şirketle, ticari ilişkide bulunurken, üçüncü kişilerle ilişkilerde olmayan bazı ek kurallara tabi tutulmuştur. Amaç, yukarıda da değinildiği üzere, hâkim olanın, hâkimiyet hakkının kötüye kullanılmasının

<sup>61</sup> TTK’nın 480’inci maddesinin 3’üncü fıkrasında yer alan “*Pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına ilişkin hakları saklıdır*” hükmü ile sermaye ve sermayenin karşılığının korunması prensiplerinin çerçevesini çizmiştir. İlkenin istisnasını da aynı maddede düzenlemiştir. **POROY** tarafından “*sermayenin korunması ilkesi*” terimi isabetli görülmemekle, bu terim yerine “*malvarlığının korunması*”, bir başka ifadeyle ortaklığın sahip olduğu tüm özvarlığın korunması ilkesi benimsenmiştir; **TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU)**, s. 316; **BİLGİLİ/DEMİRKAPI**, s. 204 vd.; Malvarlığının korunması ilkesi için bkz. **PULAŞLI**, s. 277 vd.; Sermayenin korunması ilkesi diğer birçok OECD üyesi ülke hukukunda da kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **MICHELER**, s. 151 vd.

<sup>62</sup> **AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR**, s. 282; **PULAŞLI**, s. 277.

<sup>63</sup> Maddenin gerekçesinde de “*Hukuka aykırılık, hâkimiyetin kullanılması ve uygulanması bağlamından doğmaktadır. Hukuka aykırılık, işlemin, alınan kararın veya uygulanan ya da uygulanmasından kaçınılan önlemin bağlı şirketin kaybına sebep olmasından ve şirkete, pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına zarar vermesinden ve şirket yönünden haklı bir sebebi bulunmamasından kaynaklanmaktadır*” açıklaması bulunmaktadır, (Gereke s. 138-139.) Ayrıntılı bilgi için bkz. **PULAŞLI**, s. 157 vd.; **BAHTİYAR**, s. 77 vd.

önlenmesi, dolayısıyla şirketlerin zarara uğratılmasının önüne geçilmesidir.

Temelde KVK 13'üncü maddede düzenlenen “örtülü kazanç dağıtımı” müessesinin amacının da dolaylı olarak bununla benzer olduğu ifade edilebilir. Dolayısıyla TTK'da düzenlenen ve yukarıda anılan birçok ilke ile birlikte “şirketler topluluğu” düzenlemeleri ve KVK 13'üncü maddesinde düzenlenen “örtülü kazanç dağıtımı” müessesesinin amaçları ve getirdikleri prensiplerin birbirini destekler nitelikte olduğu değerlendirilmektedir.

TTK'da şirketler topluluğu ile ilgili hükümler dışında, şirketlerin örtülü kazanç dağıtımı yapmalarının önüne geçmeyi amaçlayan ve örtülü kazanç dağıtımı düzenlemeleri ile aynı paralellikte birçok düzenleme bulunmaktadır. Örneğin; TTK'nın “şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı”<sup>64</sup> başlıklı 395'inci maddesindeki hüküm, KVK'nın 13'üncü maddesindeki “örtülü kazanç dağıtımı” konulu hüküm ile paralellik göstermektedir<sup>65</sup>.

<sup>64</sup> Şirkete borçlanma yasağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 4 vd.

<sup>65</sup> ÖCAL çalışmasında konuyu isabetli bir şekilde örneklemiştir; “Bilindiği gibi, kâr dağıtımı şirket özvarlığının dağıtılan miktar kadar azalması sonucunu doğurur. Aslında, kârın bir tanımı da; “dönem sonu özvarlığı ile dönem başı özvarlığı arasındaki olumlu fark olarak, yani dönem içinde öz varlıkta olan artış” olarak yapılmaktadır. Eğer, kabul görmüş muhasebe ilkelerine göre hazırlanmış gerçeği yansıtan bir gelir tablosuna göre çıkan kârın, TTK hükümlerine göre yetkili organlardan alınan kararlar çerçevesinde dağıtılması söz konusu ise, burada her şey yasaldır. Ne pay sahiplerinin ne de alacaklıların itiraz hakkı olamaz. Örtülü kazanç dağıtımında ise, özvarlığın ya da öz varlıktaki artış olarak tanımlanan kârın kayıtlara ve mali tablolara yansıtılmadan dağıtımı söz konusudur. Örnek vermek gerekirse; bir (A) anonim şirketi piyasa değeri 1.000,00 YTL olan bir malı/sabit kıymeti/hizmeti ilişkili kişiye 500,00 YTL'ye satmışsa, işletme özvarlığından 500,00 YTL'yi kayıtlara ve mali tablolara yansıtılmadan dağıtmış olmaktadır. Eğer söz konusu malın/sabit kıymetin net defter değerinin 300,00 YTL olduğunu farz edersek; bu kadar özvarlığın ve 200,00 YTL kârın örtülü olarak dağıtıldığı söylenebilir. Aynı şekilde, (A) anonim şirketinin aynı malı/sabit kıymeti/hizmeti, ilişkili kişiden 2.000,00 YTL'ye satın aldığını farz edersek, fazladan ödenen 1.000,00 YTL, satılan malın maliyeti/amortisman/işletme gideri yoluyla, olması gereken kârı azaltarak; eğer kâr yoksa zararı artırarak, özvarlığın bu kadar azalmasına sebep olacaktır. İşletmenin piyasa değeri ister sabit kıymetlerin emsal bedeli ya da yerine koyma metodu ile değerlendirilmesi ya da işletmenin belli bir dönemde üreteceği net nakdin bugünkü hali hazır değeri dikkate alınarak hesaplanmış olsun, örtülü kazanç dağıtımına yol açan işlem nedeniyle, işletmenin değerinde bir azalma olacaktır. Bu dağıtımın, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesi uyarınca, vergi kaybına yol açmaması için, kanunen kabul edilmeyen gider olarak vergi matrahına eklenmesi, vergi kaybını önleyecek, ancak işletme özvarlığındaki eksilmeyi gidermeyecektir. Ancak, dönem sonu düzeltilmesinin örtülü kazanç dağıtımına yol açan işleme ait bedelin, faturalaştırma yoluyla emsal bedele (satış yapılmışsa) çıkartılması/(alış yapılmışsa) indirilmesi halinde, vergi kaybının önlenmesi yanında işletme özvarlığının azaltılmasının da önüne geçilmiş olacaktır”, (Bkz. ÖCAL, s.2). Benzer açıklama için bkz. YASAMAN, s.329-331.

Madde gerekçesinde de bu hükümlerin “*sermayenin korunması*” ilkesinin bir sonucu olduğu ve kötüye kullanımın engellenmek istendiği ifade edilmiştir<sup>66</sup>.

TTK'nın 395'inci maddesine ilave olarak, 396'ıncı maddesindeki hüküm ile de yönetim kurulu üyelerinin “*rekabet yasağı*”nın kapsamı çizilmiştir. Bu maddede tanımlanan “*rekabet yasağı*” şirket yöneticilerinin, yönetim yetkilerini kötüye kullanmalarını önlemek amacıyla getirilmiştir<sup>67</sup>. Kanaatimizce, bu hüküm de sermayenin korunması ilkesinin doğal sonucu olan bir düzenleme olarak görülebilir. Şöyle ki; malvarlığını korumak esasında yöneticilere verilmiş temel bir görev olup; yöneticiler sermaye şirketlerinde sermayenin (pay sahiplerinin emanetinin) temel kullanıcısı ve koruyucusudur. Hal böyle olunca, yöneticiler eğer şirketin malvarlığını koruma ve bunu hukuka uygun yönetme görevini yerine getirmezler ise genel bir ifade ile bu eylemlerinden dolayı oluşan zarardan sorumlu olacaklardır. Şirket ile rekabet ederek dolaylı bir şekilde bu zarara sebebiyet veren yöneticilerin de bu zarardan sorumlu olmaları kaçınılmaz olduğundan, bu gerekçelerle bizce bu iki düzenleme birbirini destekler niteliktedir. Her iki düzenlemede de örtülü kazanç dağıtımında işaret edilen “*ilişkili kişilerin*” şirketi zarara uğratmaları ve ilişkili olmalarından kaynaklanan haklarını/yetkilerini kötüye kullanarak haksız menfaat elde etmelerinin önüne geçilmek istenmiştir. Dolayısıyla, esasında şirketin zararının önlenmesi veya sermayenin korunması amacı güden bu düzenlemeler; haksız işlemlerin önüne geçmek gayesi ile düzenlenmiş olmalarının doğal bir uzantısı olarak, peçeleme eylemlerinin<sup>68</sup> engellenmesi

<sup>66</sup> TTK'nın 395'inci madde gerekçesinde; “...[B]ir açıdan *sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin gereğidir. Hüküm bir anlamda 358 inci maddenin tamamlayıcısıdır ve uygulamada sıkça rastlanılan kötüye kullanmaların engellenmesini amaçlamaktadır.*” ifadesi yer almaktadır. (Gerekçesi, s. 188.) Sermayenin korunması ilkesi TTK açısından oldukça önemlidir. Kanun, sermayenin azalmasını önleyecek birçok tedbir almıştır. Örneğin 348'inci maddede; “*Şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınmaz. Bu hükme aykırı esas sözleşme hükümleri geçersizdir*” hükmünde de görüleceği üzere, kuruculara bile, harcadıklarından dolayı sermayeyi azaltacak bir menfaat sağlanamayacağı hükmedilmiştir. Aynı şekilde TTK'nın “**kanuna karşı hile**” başlıklı 356'nci maddesinde; “*Şirketin tescilinden itibaren iki yıl içinde bir işletme veya aynın, sermayenin onda birini aşan bir bedel karşılığında devralınmasına veya kiralanmasına ilişkin sözleşmeler, genel kurulca onaylanıp ticaret siciline tescil edilmedikçe geçerli olmaz*” hükmü de **sermayenin korunması** yönünde getirilmiş bir düzenlemedir.

<sup>67</sup> ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 414 vd.

<sup>68</sup> Peçeleme ya da perdeleme genel olarak; “*vergi kanununun vergilendirme konusu yaptığı bir özel hukuk işlemiyle ulaşılmaması gereken bir iktisadi sonucu elde etmek için, vergi kanununa vergilendirme konusu sayılmamasından yararlanmak üzere, olağan ve doğal kulla-*

sonucunu da doğurur. Bu hükümlerin uygulanması ile vergi aşındırılmasının da önüne geçilmiş olmaktadır. TTK'daki bu düzenlemelerin, dolaylı olarak örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin temel prensibi olan “*vergi güvenliği*”nin sağlanmasına yardımcı olan düzenlemeler olduğunu değerlendiriyoruz.

TTK'da, yukarıda zikredilen düzenlemeler dışında, örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin amacıyla örtüşen ve hatta aynı amaca hizmet eden başka birçok hüküm bulunmaktadır. Bunların başında, TTK'nın önemli ilkelerinden olan “*eşit işlem ilkesi*” gelmektedir<sup>69</sup>. Eşit işlem ilkesi temel olarak TTK'nın 357'nci maddesinde düzenlenmiş olup maddede; “*Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur*” hükmü bulunmaktadır. Madde gerekçesinde de, “...[E]vrensel nitelikteki eşit işlem ilkesini kanunî bir üst-kural haline getirmiştir...” açıklaması yer almıştır<sup>70</sup>. Dolayısıyla, anonim şirketlerde, pay sahipleri açısından eşit işlem ilkesi üst bir ilke olup, doğrudan veya dolaylı olarak pay sahiplerini ilgilendiren konularda, şirketin eşit şartlardaki pay sahiplerine eşit davranması zorunludur. Bu yaklaşımla, şirketin pay sahibiyle arasındaki bir ticari ilişkide, diğer pay sahiplerine oranla, o pay sahibine daha fazla menfaat sağlanması, hukuka aykırı olacaktır<sup>71</sup>. Başka bir deyişle, bir pay sahibine emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir menfaat sağlandığında bu menfaat “*haksız*” olarak nitelendirilecek ve bu kapsamda örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olabilecektir<sup>72</sup>.

*nımı dışında başvurulmuş başka tür ve nitelikteki özel hukuk işlemi*” olarak ifade edilebilir. Peçeleme ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KARSLIOĞLU, s. 130 vd.

<sup>69</sup> Eşit işlem ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA/ŞEHİRALİ ÇELİK /MANAVGAT, s. 131-152.

<sup>70</sup> Gerekçe, s. 164. Ayrıca ilgili maddenin gerekçesinde; “*Tasarımın 357'nci maddesi, Yargıtay'ın yerleşik kararıyla kabul edilen, AET'nin ticaret şirketlerine ilişkin, sermayeyi konu alan, 77/91 sayılı İkinci Yönergesinin 42'nci maddesinde öngörülmüş bulunan evrensel nitelikteki eşit işlem ilkesini kanunî bir üst-kural haline getirmiştir. Bu hüküm, bir taraftan organların özen ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanunî bir barikat çekmekte, diğer taraftan da esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasını sağlamaktadır. İmtiyazlara ilişkin 478 ile 479 uncu maddelerin bu ilke yönünden değerlendirilmesi aşırılıkları önleyebilir. İkenin bağlılık yükümine de yeni anlamlar kazandıracağı şüphesizdir. Eşit işlem ilkesi ancak şartların eşit olması halinde uygulanabilir*” açıklaması da bulunmaktadır (Gerekçe, s. 164).

<sup>71</sup> TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s.354 vd.

<sup>72</sup> **Yargıtay 11. H.D.**'si 08.04.2019 tarihli ve E: 2018/353, K: 2019/2685 K. sayılı kararında; “*Sözü edilen karar, şirket ortağının, ortaklıktan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki kâr payı alma hakkını, elde edilen kârın yönetim kurulu üyelerine örtülü olarak dağıtılması suretiyle sınırlandırmaktadır. Ayrıca, bu kararlar, şirket bünyesinde aynı zamanda yönetim kurulu üyesi olarak da görev yapan ortaklıkların elde edilen kârdan daha fazla pay alabil-*

TTK'nın diğer önemli ilkelerinden biri olan “*sermayesinin korunması*” ilkesinin bir yansıması da TTK'nın 358'inci maddesindeki düzenlemedir. “*Pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı*” başlıklı maddesindeki; “[P] ay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte kârı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz” hükmü ile sermayenin korunması yönünde tedbirler getirilmiştir. İlgili hüküm kanun koyucunun; pay sahipleri ile şirket arasındaki borç ilişkisinin, sınırlı olması ve şirket sermayesinin belli bir güce ulaşması iradesinde olduğunun bir göstergesidir<sup>73</sup>. Anılan hüküm ile pay sahipleri ile şirketin ayrı kişilikler olduğu ve pay sahibinin şirket mal varlığını, kendi mal varlığı gibi kullanmaması amaçlanmıştır<sup>74</sup>. Ayrıca madde gerekçesindeki; “*şirketin, pay sahiplerine istisnalar ve diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınması hükme aykırı olur*” ifadesi de örtülü kazanç dağıtımı müessesesindeki “*emsallere uygunluk ilkesine aykırılık*” haline benzer bir duruma işaret etmektedir<sup>75</sup>. Bu kapsamda, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının da yukarıdaki diğer düzenlemeler gibi, örtülü kazanç dağıtımı müessesesine amaçsal olarak uygun olduğu; hatta her iki düzenlemenin birbirini tamamlamış olduğu ifade edilebilir.

TTK'ya hâkim olan ilkelerden bir diğeri de “*şeffaflık ilkesi*”dir. Şeffaflık ilkesi, pay sahiplerinin şirket bilgilerine kolaylıkla ulaşabilmelerini sağlamak

---

mesinin önü açılmakta, karar bu yönüyle, ***esit işlem ilkesine aykırılık*** oluşturmaktadır. ***Bu itibarla, mahkemece, anılan kararın örtülü kâr payı dağıtım amacını taşıyan ve esit işlem ilkesine aykırı olduğu gözetilerek, butlanına karar verilmesi gerekirken bu hususta bir değerlendirme yapılmaması doğru görülmemiş, hükmün bozulması gerekmiştir.***” denilmek suretiyle yönetim kurulu üyelerine %50 oranında kar dağıtılmasına dair verilen genel kurul kararının butlanına hükmedilmiştir.

<sup>73</sup> TTK'nın 358'inci maddesinin gerekçesinde; “*Hüküm yenidir; ticaret hayatında yaygın olan, kazandığı boyutlar dolayısıyla verdiği zararlar bir hayli genişlemiş bulunan, bir kötü ve sakat uygulamayı önlemeyi amaçlamaktadır. Çünkü, hükümlerle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemde şirket kasasını kullanmalarının, kişisel harcamalarını bu kanaldan yapmalarının, hatta şirketten para çekmelerinin engellenmesi amaçlanmaktadır. Bu kısımda işletmesi dolayısıyla şirketle iş yapan pay sahiplerinin, şirketin her müşterisi gibi vadeli, konsinye veya benzeri yöntemlerle şirketten mal alabilmelerine olanak sağlanmıştır. İstisna pay sahiplerinin, şirketle iş yapan diğer kişilerle aynı şartlara tâbi tutulmasını gerekli kılar. Şirketin, pay sahiplerine istisnalar ve diğer müşterilere uygulananlardan daha yumuşak şartlar tanınması hükme aykırı olur*” ifadesi bulunmaktadır.

<sup>74</sup> Şirkete borçlanma yasağı ve alacaklılarla şirket malvarlığının korunması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÇEKER, s. 659-670; ÖZDAMAR/DOĞAN, s. 5 vd.

<sup>75</sup> Gerekeçe, s. 164.

amacıyla getirilmiş bir ilkedir<sup>76</sup>. Esasında adından da anlaşılacağı üzere şeffaflık ilkesi, şirketin yapacağı işlemlerin, pay sahipleri açısından açık ve anlaşılır olmasını ve nihayetinde de pay sahiplerinden gizlenen bir işlem yapılmamasını ifade eder<sup>77</sup>. Konumuzla sınırlı olarak, örtülü kazanç dağıtım müessesesini ilgilendiren düzenlemeler şu şekilde sıralanabilir. Örneğin TTK'nın 77'nci maddesindeki “...[Ü]çüncü kişiler lehine taahhütlerden doğan sorumluluklar ile Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülen diğer sorumluluklar pasifte gösterilmemişlerse, bilançonun altında veya ekte Türkiye Muhasebe Standartlarına göre açıklanır.” hükmü şeffaflık ilkesinin bir yansımasıdır<sup>78</sup>. Anılan hükme göre şirket bilançosu ve finansal tabloları hazırlanırken; çek düzenleme, üçüncü kişi lehine taahhütler vb. şekildeki, şirketi taahhüt altına sokan işlemlerin bilançoda gösterilmesi, eğer gösterilmemişse de bu durumun bilançonun altında gösterilmeme nedeninin açıklanması istenmiştir. Kanun koyucu ilgili hükümde, şirketi ilgilendiren her türlü taahhüdün mali kayıtlarda görünmesini arzulamıştır. Şirket kayıtları şeffaflık ilkesi gereğince tüm pay sahiplerine ve diğer ilgililere açık olduğu için, emsallere uygun olmayan bir haksız menfaat sağlama durumunun olup olmadığı konusunda bir kontrol zemini hazırlanmak istenmiştir.

Yukarıda değinildiği üzere; bilançonun ve finansal tabloların hazırlanması konusunda hâkim olan bir diğer temel ilke de şeffaflık ilkesidir. İlkenin amacı ise, bir peçeleme olmasını engellemek ve yönetimin yetkisini kötüye kullanarak, şirketin veya diğer ilgililerin zararına işlem yapmasının önüne geçmektir<sup>79</sup>. Bu açıdan, pay sahipleri ve vergi idaresi de tartışmasız bir şekilde “*ilgililer*” olarak kabul edilecektir. Ayrıca TTK'nın 149'uncu maddesindeki, birleşme durumunda ilgililere inceleme hakkının tanınması da

---

<sup>76</sup> TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 318.

<sup>77</sup> BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 140 vd.

<sup>78</sup> Konuyla ilgili olarak, TTK 77'nci madde gerekçesinde; “*Hüküm şeffaflık ilkesininin gereği olarak, pasifte yer almayan sorumluluk ilişkilerinin ekte açıklanmasını öngörmektedir. Sorumluluk ilişkileri 77 nci maddede sınırlı sayıda sayılmamışlardır. Zaten Türkiye Muhasebe Standartlarına yapılan gönderme de bunu doğrular*” ifadesi bulunmaktadır.

<sup>79</sup> TTK'nın 78'inci madde gerekçesinde de “*şeffaflık ilkesi*” ile ilgili şu açıklama bulunmaktadır: “*Bu ilke, iki alt ilkeyi içerir: Bilanço günü ve teker teker değerlendirme. Değerlemeler bilanço günü itibarıyla yapılmalı, bu tarihe kadar değerlendirmeyi etkileyen bütün etkenler dikkate alınmalı, anılan tarihten sonrakiler de hesaba katılmamalıdır. Teker teker değerlendirme ise şeffaflığın vazgeçilmez gereğidir. Aksi halde kalemler toplanır ve mahsuplarla bir değer elde edilirse, finansal durum anlaşılabilir*”. (Gerekçe, s. 98.)

madde gerekçesinde şeffaflık ilkesinin bir gereği olarak ifade edilmiştir. Bu hükme, haksız kazancın önlenmesi amacıyla maddede yer verildiğine dikkat çekilmiştir<sup>80</sup>.

TTK'da genel olarak dayanılan şeffaflık ilkesinin en önemli yansıması, kendini denetim ile ilgili hükümlerde gösterir. Denetim TTK'da yeni bir anlayışla ele alınmış olup<sup>81</sup>, denetime tabi olan şirketlerin yükümlülükleri ile denetçinin yetkileri ve sorumlulukları farklı, yeni ve etkin bir yaklaşımla düzenlenmiştir. TTK'da öngörüldüğü şekilde denetime tabi olan şirketlerin, mali kayıtları ve finansal raporları internet sitesi aracılığı ile paylaşılmakta ve elbette tüm ilgililer istediklerinde bu bilgilere rahatlıkla ulaşabilmektedir. Ancak kanaatimizce, asıl sorun bilgilere ulaşmaktan ziyade, ulaşılan bilgilerin ve belgelerin içeriklerinin güvenilirliğidir. TTK'nın getirdiği düzenleme ile belgelerin ve kayıtların denetçi tarafından kontrolü ve onaylanması gerekecektir. Onaylanan belgelerde veya ilgili raporlarda gerçeğe aykırı bir durum söz konusu olduğunda, denetçinin de sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır<sup>82</sup>. Bu doğrultuda denetime tabi şirketlerin hem mali kayıtlarına veya finansal tablolarına ulaşmak hem de mali kayıtların veya finansal tabloların içeriklerinin güvenilirliğini sağlamak mümkün olacaktır<sup>83</sup>. Yukarıda yapılan tüm açıklamalar şeffaflık ilkesinin doğal bir sonucudur.

TTK'nın “*Dürüst Resim İlkesi*” başlıklı 515'inci maddesinde, “*Anonim şirketlerin finansal tabloları, Türkiye Muhasebe Standartlarına göre şirketin malvarlığını, borç ve yükümlülüklerini, öz kaynaklarını ve faaliyet sonuçlarını tam, anlaşılabilir, karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun*

<sup>80</sup> TTK'nın 149'uncu madde gerekçesinde; “*Maddenin kaynakları İBirk 16'ncı madde ile 78/855/AET sayılı Yönergenin 11 inci maddesidir. Hükümün amacı, ortaklara, intifa senedi hamilleri ile menkul değer veya menfaat sahiplerine ve diğer ilgililere bilgi vermek; bu suretle haksız menfaat sağlanmasını ve kaybını önlemek; şeffaflığı sağlamak ve oy hakkını haiz olanlara bu haklarını bilinçli olarak kullanmalarında yardımcı olmaktır*”. (Gerekeçe, s. 118). Benzer ifadeler 171'inci madde gerekçesinde de bulunmaktadır. Bkz. Gerekeçe, s. 128.

<sup>81</sup> Denetim konusu ile ilgili TTK ile getirilen yenilikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. AY-HAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 370 vd.; PULAŞLI, s. 505 vd.; BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 413 vd.

<sup>82</sup> **Denetçinin sorumluluğu**, TTK'nın 554'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddede; “*Şirketin ve şirketler topluluğunun yılsonu ve konsolide finansal tablolarını, raporlarını, hesaplarını denetleyen denetçi ve özel denetçiler; kanuni görevlerinin yerine getirilmesinde kusurlu hareket ettikleri takdirde hem şirkete hem de pay sahipleri ile şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarar dolayısıyla sorumludur*” hükmü amirdir.

<sup>83</sup> TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), s. 522-523 vd.



*bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak şekilde çıkarılır*” hükmü ile dürüst resim ilkesine vurgu yapılmıştır. Dürüst resim ilkesi, şeffaflık ilkesinin tam bir yansımasıdır. Kısacası; şirket şeffaflık ilkesi gereğince, tüm işlemleri ve ihtiyaç duyulan bilgileri zamanında ilgililere verecek ve bahse konu bilgileri daima açık tutacaktır<sup>84</sup>. Ayrıca tüm kayıtlar ve işlemler, denetime açık, karşılaştırmaya müsait ve doğru (dürüst) olacaktır (TTK m. 402/5)<sup>85</sup>. Bu kapsamda hem mali kayıtların tutulması hem de denetlenmesi dürüst olarak yapılacak ve temel ilkelere aykırılık, yetkililerin doğrudan sorumluluklarının doğmasına neden olacaktır<sup>86</sup>. Hal böyle olunca, TTK’daki şeffaflık ilkesi kapsamındaki hükümlerin hepsinin doğrudan, örtülü kâr dağıtımının önlenmesine yardımcı düzenlemeler olduğu söylenebilir. Her iki düzenlemenin temel amacının, dürüst işlem yapılması, şirketin şeffaf yönetilmesi ve hiçbir peçeleme yapılmadan, görünürdeki işlemle gerçek işlemlerin tamamen örtüştüğü bir yönetim sistemi oluşturmak olduğu ifade edilebilir.

Sonuç olarak; anılan tüm düzenlemeler genel olarak ifade etmek gerekirse; öncelikle şirket zararının önlenmesini ve devamında da pay sahipleri başta olmak üzere diğer ilgililerin haklarının korunmasına hizmet etmektedir. Kanaatimizce, KVK’nın 12’nci ve 13’üncü maddesindeki *“örtülü kâr dağıtımı” düzenlemeleri öncelikli olarak vergi güvenliğinin sağlanması amacıyla ihdas edilmiş olsa da, bu amacının yanı sıra TTK’nın temel ilkeleri doğrultusunda korunmak istenen şirket menfaatleri ile paralellik*

<sup>84</sup> TTK’nın 437’nci maddesindeki *“Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”* ile 438’inci maddesindeki *“Özel Denetim İsteme Hakkı”*, şeffaflık ilkesi gereğince pay sahiplerine tanınmış önemli haklardandır.

<sup>85</sup> Ayrıca TTK’nın 515’inci madde gerekçesinde de; *“Madde, dört emredici ilkeyi içerir: (a) Yıllık finansal tabloları Türkiye Muhasebe Standartlarına (m. 88, geçici m. 1) göre çıkarılır. (b) Finansal tablolardan şirketin malvarlığı, borçları, yükümlülükleri, öz kaynakları ve faaliyet sonuçları anlaşılmalıdır. (c) Finansal tablolar tam, anlaşılabilir, geçmiş yıllarla karşılaştırılabilir, ihtiyaçlara ve işletmenin niteliğine uygun, şeffaf, güvenilir olmalıdır. (d) Şirketin durumunun resmini vermemelidir; bu resim gerçeği dürüst ve aslına uygun olarak yansıtmalıdır. Anglo-Sakson hukukunun ünlü üst hukuk kuralı “true and fair view” ilkesi bu suretle “dürüst resim” ilkesi olarak ifade edilmiştir. Dürüst resim ilkesi kanunî terimdir. Dürüst resim ilkesinin içeriği ve alt ilkeleri IFRS’yi aynen yansıtan Türkiye Muhasebe Standartları, öğreti ve mahkeme kararlarınca doldurulur. Dürüst resim ilkesi bir üst hukuk kuralıdır. Yani bu ilkeye uymayan, bu ilkeyi yeteri kadar temsil etmeyen standart ve hükümleri bertaraf eder ve tabloyu çıkarandan ilkeye uygun hareketin yerine getirilmesini ister (Türk Medenî Kanunu 1 inci maddesi)”* açıklaması yer almaktadır. (Gerekçe, s. 241.)

<sup>86</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 473.

**göstermektedir.** Bu düzenlemedeki “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesinden vazgeçilerek, yukarıda önerdiğimiz şekilde, idare açısından aynı sonucu doğuracak ve TTK ile çelişmeyecek bir nitelendirme yapılması halinde tüm bu düzenlemelerin tam olarak birbiri ile örtüşeceği hatta birbirini tamamlayacağı kanaatindeyiz.

## C. KVK KAPSAMINDA YAPILAN ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI TESPİTİ SONUCUNDA SORUMLULUK HALLERİ

### 1. Türk Ticaret Kanunu’nda Düzenlenen Genel Sorumluluk Halleri ile Örtülü Kâr Dağıtımı İlişkisi

TTK’nın “*hukuki sorumluluk*” başlıklı 11’inci Bölümü’nde genel olarak, şirketi, alacaklıları ve dolayısıyla pay sahiplerini zarara uğratanların sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Bilindiği üzere peçeleme işlemi hakkın kötüye kullanımının vergi hukukundaki bir yansıması olduğundan örtülü kâr dağıtımının bir görünüm şekli olması nedeniyle çalışmamızın bu başlıkta incelenecek sorumluluk hallerinin işlemleri gerçekleştiren kişilere karşı da ileri sürülebileceği kanaatindeyiz.

TTK’nın “*belgelerin ve beyanların kanuna aykırı olması*” başlıklı 549’uncu maddesinde; “*Şirketin kuruluşu, sermayesinin artırılması ve azaltılması ile birleşme, bölünme, tür değiştirme ve menkul kıymet çıkarma gibi işlemlerle ilgili belgelerin, izahnamelerin, taahhütlerin, beyanların ve garantilerin yanlış, hileli, sahte, gerçeğe aykırı olmasından, gerçeğin saklanmış bulunmasından ve diğer kanuna aykırılıklardan doğan zararlardan, belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur*” hükmü bulunmaktadır. Hükümden anlaşılabilirliği üzere, ortada hakkın kötüye kullanımı sayılacak bir hukuksuz işlem varsa, işlem sonucunda zarara maruz kalanlara karşı, işlemi yapan kişiler ve hatta işleme katılanlar sorumlu olacaktır<sup>87</sup>.

Başka bir deyişle, yönetim kurulu/yönetim kurulu üyesi, bir pay sahibi veya pay sahibinin yakınıyla yapılan bir alım-satım işleminde, emsallerinden daha düşük bedelle bir satış yapmışsa, bu satıştan, emsalinden eksik alınan bedel kadar şirket zararı doğacağı ortadadır. Bahse konu alım-satım eyleminin, objektif ve sübjektif unsurları taşıması şartıyla, örtülü kâr dağıtımına konu bir eylem olarak nitelendirilmesi halinde, emsaline göre eksik satış bedeli kadar şirket zararı, ilgili yönetim kurulundan TTK’nın 549’uncu ve diğer ilgili

<sup>87</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 473; ERİŞ, s.2768 vd.

hükümleri kapsamında talep edilebilecektir<sup>88</sup>. Zira ortada hukuksuz bir işlem ve işlem sonrasında ortaya çıkan bir şirket zararı mevcuttur<sup>89</sup>. Bunun yanında, örtülü kâr dağıtımının tespit edilmesi sonucunda, şirket ekstra bir vergi cezası vb. bir fer'i ödemek zorunda kalmışsa, bahse konu örtülü kâr dağıtımını işlemi ile zarar arasında uygun illiyet bağı olduğu için, ilgililer yine anılan zarar kalemlerinden sorumlu olacaktır<sup>90</sup>. Sorumlu olacak ilgililerden kasıt, elbette TTK'nın 553'üncü maddesinde sayılan yetkililerdir.

Örtülü kar dağıtımını tespiti sonucunda da bizce yöneticiler birinci derecede bu işlemlerden sorumlu olacaklardır. Şöyle ki; hukukun temel ilkelerine göre, genel olarak ifade etmek gerekirse, kusurlu bir hareketiyle bir başkasının zararına sebep olan kişi, bu zarardan sorumludur<sup>91</sup>. Örneğin, eğer şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasındaki borç ilişkisi, KVK kapsamında örtülü sermaye tespiti yapılabilecek bir seviyede ise, bu borç için pay sahibi/ilişkili kişiye ödenen faiz vb. haksız ödemeler, örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilecektir. Örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilen haksız ödeme sonucunda, şirketin temelde iki şekilde zararı oluşur.

Birinci olarak; pay sahibi/ilişkili kişiden aldığı borç için ödemediği faiz vb. haksız ödemeleri gider olarak vergi matrahından indiremez. Eğer bu borç, örtülü sermaye olarak nitelendirilmeyecek bir borç olsaydı şirketin katlandığı faiz vb. ödemeler gider olarak nitelendirilecek ve bunların vergi matrahından indirilmesine imkân tanınmış olacaktı. Dolayısıyla örtülü sermaye tespitiyle, şirketin pay sahibine/ilişkili kişiye ödemediği bahse konu faiz vb. haksız ödemeler vergi matrahından indirilmeyecek ve şirket bu kadarlık bir indirimden mahrum kalacaktır. Şirketin doğrudan ve dolaylı zararına sebep olan kişilerin de (yönetim) zarardan sorumlu olmaları gerekecektir.

İkinci olarak; bu ödemeler haksız ödemeleri alan pay sahibi/ilişkili kişi açısından da örtülü kâr dağıtımını sayılacaktır. Bunun bir sonucu olarak da şirket idareye (yukarıda izah edildiği gibi stopaj) vergi ödemek zorunda kalacaktır. Aynı durum örtülü kazanç dağıtımını tespiti sonucunda ortaya çıkan

---

<sup>88</sup> ERİŞ, s. 2788; Yargıtay 11. H.D.'si 25.06.2012 tarihli ve E. 2012/4958, K. 2012/10828 sayılı kararı (Kararın tam metni için bkz. ERİŞ, s. 2788-2789).

<sup>89</sup> Konuyla ilgili tartışmalar için bkz. AKDAĞ GÜNEY, s. 292 vd.

<sup>90</sup> **Yargıtay**, 11. H.D.'si 06.07.1993 tarihli ve E: 1993/7107, K: 1993/5002 sayılı kararı "...İdare meclisi üyeleri, şirket defter ve kayıtlarının usulsüz tutulması nedeniyle doğan zararlardan sorumludur. **Bu usulsüzlük nedeniyle şirket vergi cezası ödemişse, bu cezadan idare meclisi üyeleri sorumludur...**", (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

<sup>91</sup> EREN, s. 512.

örtülü kar dağıtımı durumunda da söz konusu olacaktır. Burada da alım veya satım gerçek bedel üzerinde yapılıyorsa, bu bedel kadar matrahta bir eksiklik ortaya çıkması gündeme gelecekti. Diğer bir ifadeyle, şirket gideri ya daha fazla ya da geliri daha az tespit edilecek ve her durumda vergi matrahı bu kadar eksik çıkacaktı. Bu nedenle her iki örtülü kar dağıtımı tespiti halinde de şirket bu haksız menfaat kadar bir vergi matrahı fazlalığı ile karşı karşıya kalacak, sözün özü doğrudan zarar etmiş olacaktır.

Bu zarara ilave olarak, idare tarafından yapılacak tespit sonucunda, örtülü sermaye için ödenen faiz vb. giderler ile örtülü kazanç dağıtımı sonucunda yapılmış olan giderlerin kanunen kabul edilmeyen giderler kapsamına alınması gerekecek ve bunun için düzeltme gibi işlemler yapılacak olup bu işlemler için şirket, vergi ziyayı cezası ile gecikme faizine de katlanmak zorunda kalacaktır<sup>92</sup>. Aynı şekilde, idare tarafından örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi yapılan kısım için de şirket, vergi ziyayı cezası ile gecikme faizine katlanacaktır. Sonuç olarak, şirketin pay sahibi/ilişkili kişiden almış olduğu borç için bir örtülü sermaye tespiti yapıldığında veya bu kişilerle örtülü kazanç dağıtımına konu bir ilişki tespiti halinde şirket açısından en az yukarıda ifade edilen kadar zararlarla karşılaşmış olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, örtülü kar dağıtımı tespiti halinde, vergi kanunlarına ek olarak, ticaret hukuku açısından da şirket yöneticilerinin şirkete vermiş oldukları zararlarla ilgili konuyu ele almak ve şirketin zararlarının karşılanması yoluna gitmek gerekecektir.<sup>93</sup>

Ayrıca, yukarıda detayları verilen “eşit işlem ilkesi”nin yönetim kurulu üyeleri tarafından eşit statüdeki ortaklar arasında ayırım yapılmak suretiyle ihlal edilmesi halinde de pay sahipleri doğrudan zarar gördüğünden söz konusu zararlardan yönetim kurulu üyeleri sorumlu olacaktır<sup>94</sup>. Bu kapsamda, “eşit işlem ilkesi”ne aykırı şekilde örtülü kâr dağıtımı yapılması halinde de söz konusu işlemi gerçekleştiren yöneticilerin doğacak zararlardan sorumlu olacağı açıktır.

Konumuzla ilgili olarak, örtülü kâr dağıtımı yapanlar, şirketin zararından sorumlu olmakla beraber, kusurlarının varlığı halinde bu haksız kazancı

<sup>92</sup> Vergi ziyayı ve cezası hususu, 213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun (RG. 12.01.1961, S. 10705) 341 ve 344’üncü maddesinde, gecikme zammı hususu ise 112’nci maddede düzenlenmiştir.

<sup>93</sup> Yöneticilerin şirket zararlarından sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 693 vd.; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 470 vd.

<sup>94</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 471; AKDAĞ GÜNEY, s. 295-296.

(menfaati) elde edenler de şirketin zararlarından sorumlu olacaktır<sup>95</sup>. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, düzenleyenler ve katılanlar açısından farklı sorumluluk halleri öngörülmüştür<sup>96</sup>. Düzenleyenler, yani konumuzla sınırlı olarak, örtülü kazanç dağıtımına konu işlemi yapanlar açısından TTK ile bir “*kusur karinesi*” getirilmiştir<sup>97</sup> (TTK md. 553/1). Kanunun ilk halinde, işlemi yapan (düzenleyen) yöneticinin bu işlem sonucunda şirketi bir zarara uğratması halinde, yönetici davacıların ayrıca yöneticinin kusurunun varlığını ispatlamaya gerek olmadan bu zarardan sorumlu olacağı düzenlenmekteydi. Ancak, madde metninde yer alan “...[K]usurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça...” ibaresi, 6335 sayılı Kanun<sup>98</sup> ile yapılan değişiklik<sup>99</sup> sonucunda kaldırılmış olup, maddeye bu ibare yerine “*kusurlarıyla*” ibaresi eklenmiştir. Dolayısıyla TTK’nın 553’üncü maddesinde yapılan değişiklik ile zarardan dolayı yöneticilerin sorumlu tutulabilmesi için, zararın varlığını, zarar ile yöneticilerin eylemleri/eylemsizlikleri arasında illiyet bağı olduğunu ve yöneticilerin kusurlarıyla bu zarara sebep verdiklerini iddia eden (davacının) ispat etmesi gerekecektir<sup>100</sup>. Buna göre; madde metninin değişiklik yapılan halinde kusur karinesine dayalı sorumluluk terk edilerek TBK’nın haksız fiil hükümlerine paralel bir sorumluluk sistemi kabul edilmiştir<sup>101</sup>. Bunun yanında, örtülü kazanç dağıtımında, işlemi yapan yöneticinin kusurunun tam olarak ispatlanamadığı noktada, yöneticinin “bilerek-isteyerek” yapma halinin de ispatlanmış olmayacağı, dolayısıyla sorumlu tutulamayacağı değerlendirilmektedir. Çünkü TTK 553’üncü maddesinde düzenlenen sorumluluk hali bir “*kusursuz sorumluluk hali*” değildir<sup>102</sup>.

<sup>95</sup> **Yöneticilerin hukuki ve cezai sorumluluğu** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞRU-SÖZ KOŞUT, s.683-696.

<sup>96</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 473.

<sup>97</sup> Mülga 6762 sayılı TTK’nın 336’ncı maddesinde de yöneticiler için “**kusur karinesi**” kabul edilmişti AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 478.

<sup>98</sup> RG. 30.06.2012, S. 28339.

<sup>99</sup> 6335 sayılı kanunun 41’inci maddesinin 16’ncı bendi ile TTK’nın 553’üncü maddesinde yapılan değişiklik.

<sup>100</sup> TTK’nın 553’üncü maddesinde yapılan değişiklik sonrasında, **kusur karinesinin kaldırılması ve yöneticilerin sorumluluğu için kusurlarının, bunu iddia eden tarafından ispatının gerekeceği** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), s. 430 vd.; DOĞRUSÖZ KOŞUT, s. 697; PULAŞLI, s. 715 vd.; TEKİNALP, Tek Kişi Ortaklığının Esasları, s. 280 vd.

<sup>101</sup> BAHTİYAR, s. 393-394.

<sup>102</sup> AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 476. TBK’nın 65-71’inci maddeleri arasında düzenlenen “**Kusursuz Sorumluluk**” halleri arasında, anonim şirket yöneticilerin sorumluluğu

Dolayısıyla, hakkında örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan işlemle ilgili olarak; TTK'nın 549'uncu maddesi kapsamında işlemi yapan yönetici (düzenleyen), TTK'nın 553'üncü maddesinde yapılan değişiklik neticesinde, artık kusursuzluğunu ispat külfeti altında olmayıp, aksine iddia edenin, yöneticinin kusurunu ispatlaması gerektiğini<sup>103</sup> ifade edebiliriz<sup>104</sup>.

Örtülü kâr dağıtımına konu haksız menfaati, KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre elde eden kişi (katılan), normal ispat hükümlerine tabi olduğundan, şirketin zararını talep edebilmek için katılanın kusurunun, iddia eden tarafından ispatlanması gerekecektir. Örtülü kâr dağıtımında, TTK'nın 549'uncu maddesinin uygulanabilmesi için, bahse konu işlemler sonucunda şirketin bir zararının doğmuş olduğunu net bir şekilde ortaya koymak gerekecektir<sup>105</sup>. Madde gerekçesinde; *“Sorumluluk şartları ise kanuna aykırı, doğru olmayan, gerçeği dürüst bir şekilde yansıtmayan beyanlar ve bazı hususların gizlenmiş olması bundan zarar doğmuş bulunması ve uygun nedensellik bağıdır”* ifadesiyle konu net bir şekilde açıklanmıştır<sup>106</sup>. Zararın ispatlanması konusu genellikle, teknik açıdan zor olmakla beraber, ispat için istifade edilecek deliller arasında, vergi müfettişi tarafından örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan *“vergi inceleme raporunun”* öncelikli olarak kullanabileceği

bulunmamakta olup, kanunda açıkça düzenlemeyen hallerde kusursuz sorumluluk öngörülemez.

<sup>103</sup> **Yargıtay**, 23. H.D.'si 06.02.2019 tarihli ve E:2016/2905, K:2019/301 sayılı kararında; *“6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 553. maddesinin 1. fıkrasının ilk halinde, ‘Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde, kusurları bulunmadığını ispatlamadıkça hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar”* şeklinde düzenlenme yapılmış ve kusur bir karine olarak kabul edilerek, ispat yükü yönetim kurulu üyeliklerinde görev alanlara yüklenmişti. Söz konusu maddenin 26.06.2012 tarih ve 6335 Sayılı Kanun'un 28. ve 41. maddeleri ile düzenlenmiş son hali ise, *“Kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar”* şeklinde olup, kusurluluk bir karine olmaktan çıkmış ve yönetim kurulu üyeliklerinde görev alanların kusurlu oldukları ispat edilmedikçe sorumlu olmadıkları düzenlenmiştir. Yukarıdaki açıklamalar ışığında somut olaya baktığımızda, yargılama aşamasında alınan bilirkişi raporlarında ihtimalli değerlendirmeler yapılmış ve vergi beyannamelerinin verilmemesinde davalı yönetim kurulu üyelerinin kusurları davacı yanca kesin olarak ispat edilememiştir. Bu itibarla, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisini doğru olmamış, hükmün bozulması gerekmiştir.” hükmüyle kusur karinesinin kaldırıldığı yönünde karar vermiştir, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019).

<sup>104</sup> PULAŞLI, s. 715 vd.; ÇAMOĞLU(POROY/TEKİNALP), s. 432.

<sup>105</sup> YASAMAN, s. 331-359.

<sup>106</sup> Gerekeçe, s. 254.

kanaatindeyiz<sup>107</sup>.

Örtülü kâr dağıtımına konu işlem ile emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde ortaya çıkan haksız menfaati elde eden ilişkili kişinin/pay sahibinin, yukarıda ifade edilen TTK'nın 549'uncu maddesine göre, şirketin zararından sorumlu olmasının yanı sıra, elde ettiği bu haksız menfaatin şirkete iadesi konusunda da TTK'nın 512'nci maddesinin gündeme geleceği ifade edilebilir. “*Kötü niyet halinde*” başlıklı 512'nci maddede; “*Haksız yere ve kötü niyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri, bunları geri vermekle yükümlüdür. Yönetim kurulu üyelerinin kazanç payları hakkında da aynı hüküm uygulanır*” hükmü bulunmaktadır. Madde metninden anlaşılacağı üzere, haksız kâr payını veya kazanç payını alan pay sahibi veya yönetim kurulu üyesi, haksız ve kötü niyetli olduğu takdirde bu bedeli geri vermekle yükümlüdür<sup>108</sup>.

TTK'nın 549'uncu maddesinde de olduğu gibi, TTK'nın 512'nci maddesinde de haksız menfaati elde eden pay sahibinin/ilişkili kişinin kötü niyetli olduğunun, başka bir deyişle kusurlu olduğunun ispatı, iade talebinde bulunan kişiye ait olacaktır<sup>109</sup>. İlgili hüküm düzenlenmemiş olsaydı bile, TTK'nın 549-553'üncü maddeleri ile TBK'nın 49'uncu ve 50'nci maddeleri gereğince, zararını ispat eden ve zarar ile pay sahibinin/ilişkili kişinin kusuru arasında uygun illiyet bağının var olduğunu ispat edebilen şirket veya kişilerin, zararlarını ilgili pay sahibinden/ilişkili kişiden talep edebileceği kanaatindeyiz<sup>110</sup>. Ancak her ne kadar, KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerinde “*örtülü kâr dağıtımı*” sayılma halleri hüküm altına alınmış olsa da yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde; örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan bir haksız menfaatin, TTK kapsamında “*kâr payı dağıtımı*” olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki görüşümüzü burada bir kere daha tekrar ediyoruz<sup>111</sup>. Bu görüşümüze göre ortada TTK kapsamında bir kâr payı söz konusu olmadığı için, TTK'nın 512'nci maddesinin burada uygulanamayacağı da başka bir açıdan ele alınabilir. Ancak yönetim kurulu üyelerine ödenecek

---

<sup>107</sup> ÖCAL, s. 6.

<sup>108</sup> PULAŞLI, s. 470; YASAMAN, s. 100-103.

<sup>109</sup> ÖZDAMAR, s. 327-329.

<sup>110</sup> Örtülü kâr dağıtımı tespiti halinde, **diğer pay sahiplerinin veya ilgililerin talep hakları konusunda** TTK'nın “**şirketin zararı**” başlıklı 555'inci maddesinin de dikkate alınması gerekmektedir. Bunun yanında doktrinde yapılan **doğrudan-dolayısıyla zarar ayrımları** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 893 vd.

<sup>111</sup> Bkz. Başlık II.A.3.

kazanç payları açısından, ödenen kazanç payları TTK'da kâr payı olarak nitelendirilmediği için, TTK'nın 512'nci maddesine dayanarak talepte bulunulabileceği görüşündeyiz<sup>112</sup>. Kaldı ki, TTK'nın 512'nci maddesinde sadece yönetim kurulu üyelerine sağlanan haksız kazanç payları değil aynı zamanda haksız yere ve kötü niyetle kâr payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahiplerinin de geri verme yükümlülüğü düzenlenmiştir. İlgili madde ile KVK'daki düzenlemeye benzer şekilde haksız ve kötü niyetle menfaat elde edilmesin de yaptırıma bağlanmıştır. Zira, konumuzla ilgili olarak TTK'nın 512'nci maddesi de; “*malvarlığının korunması ilkesi*”nin bir sonucudur<sup>113</sup>.

## 2. Örtülü Kâr Dağıtımına Konu İşlemi Yapan Yöneticilerin Türk Ticaret Kanunu Açısından Sorumlulukları

KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddesinde düzenlenen, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapıldığında, haksız menfaat sağlama işlemine konu eylemde bulunan yetkili yöneticinin sorumluluğu da yukarıda ifade edilen hükümler kapsamında gündeme gelecektir. Yetki devri TTK'nın 367'nci maddesine göre yapılmış da olsa, sonuç itibarıyla, şirkette örtülü kâr dağıtımına konu işlemi yapan bir yönetici bulunmaktadır. Örtülü kâr dağıtımı tespiti idare tarafından net bir şekilde yapıldığı takdirde yöneticinin bilerek ve isteyerek, vergiyi aşındırmak kastıyla bir haksız menfaat elde ettiği veya elde edilmesine sebep olduğu kabul

<sup>112</sup> Yargıtay 11. H.D.'si 14.09.2017 tarihli ve E:2016/5118, K:2017/4360 sayılı kararında; “Yönetim kurulu üyelerine ödenen yıllık toplam ücretin ise yıllık 120.000 Avro olduğu dikkate alındığında şirketin elde ettiği gelirin yarısından fazlasının yönetim kurulu üyelerine ücret olarak dağıtılmasına karar verildiği görülmektedir. TTK 507/1.maddesi uyarınca «Her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış dönem kârına payı oranında katılma hakkını haizdir...». Şirket yöneticilerine verilecek yüksek miktarlı huzur hakkı ile yönetim kurulu üyesi olmayan ortakların payları oranında kâr payı alma haklarının zayıflatıldığı, belli ortaklara örtülü kâr dağıtılması sonucunu doğuracağı bir gerçektir. Dolayısıyla şirketin elde ettiği gelir ile yönetim kurulu üyelerine ödenmesine karar verilen ücretler nazara alındığında, yönetim kurulu üyelerine verilmesine karar verilen huzur hakkının şirketin geliri, yapılacak işler ve yönetim kurulunun görevleriyle orantılı olmadığı, dava konusu genel kurulun 5 numaralı maddesinde alınan kararın belli ortaklara örtülü kâr dağıtımı niteliğinde olduğu kabul edilmeli, bu kararın eşitlik dürüstlük kurallarına da aykırı bulunduğu nazara alınmalıdır. Bu suretle; dava konusu davalı şirketin olağan genel kurulunun 5. maddesi uyarınca huzur hakkı belirlenmesine ilişkin olarak alınan kararın iptali gerekirken, yanılığılı değerlendirmelerle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış, kararın *bu nedenle bozulması gerekmiştir.*” denilmek suretiyle, Yönetim Kurulu üyelerine sağlanan menfaatin örtülü kâr dağıtılması sonucunu doğurduğu gerekçesi ile zarar görenlerin talebini haklı bulmuştur. Benzer yönde kararlar için bkz. Yargıtay 11. H.D.'si 29.05.2018 tarihli ve E:2016/8998, K:2018/4037 sayılı kararı; Yargıtay 11. H.D.'si 07.12.2017 tarihli ve E:2016/4782 K:2017/7020 sayılı kararı, (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.07.2019). Ayrıntılı görüşümüz için bkz: s. 35 vd. Ayrıntılı görüşümüz için bkz. Bölüm D.

<sup>113</sup> AYHAN, s. 17.



edilecektir. Zaten ortada, bilmek veya istemek kastı yoksa başka bir deyişle yöneticinin kusuru yoksa, kanundaki şartları taşıyan bir örtülü kâr dağıtımı tespitinden söz edilemeyeceği için, sorumluluk da söz konusu olmayacaktır<sup>114</sup>.

Ancak diğer taraftan elbette sorumluluk, örtülü kâr dağıtımı müessesesi ile ilgili olarak, TTK'nın yukarıda değinilen genel sorumluluk hallerinin düzenlendiği temel hükümler esas alınmak suretiyle belirlenecektir. TTK'da özel bazı sorumluluk halleri de düzenlenmiş olup, yapılan düzenlemelerden bir kısmı da örtülü kâr dağıtımı tespiti yapıldığında, yöneticilerin sorumluluğu açısından öncelikli olarak gündeme gelebilecektir.

Buna göre; TTK'nın "*Sermaye hakkında yanlış beyanlar ve ödeme yetersizliğinin bilinmesi*" başlıklı 550'nci maddesinde; "*Sermaye tamamıyla taahhüt olunmamış veya karşılığı kanun veya esas sözleşme hükümleri gereğince ödenmemişken, taahhüt edilmiş veya ödenmiş gibi gösterenler ile kusurlu olmaları şartıyla, şirket yetkilileri, bu payları üstlenmiş kabul edirlirler ve payların karşılıkları ile zararları faiziyle birlikte müteselsilen öderler. Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler; söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar*" hükmü bulunmaktadır. Bu düzenlemede aslında, "*sermayenin korunması ilkesi*"nin bir gereği olarak, bilerek ve kusurlu bir şekilde haksız bir menfaat sağlanmasına sebep olan kişilerin sorumlulukları düzenlenmektedir<sup>115</sup>.

Bunun yanında TTK'nın "*Değer biçilmesinde yolsuzluk*" başlıklı 551'inci maddesinde de "*Aynı sermayenin veya devralınacak işletme ile ayınların değerlemesinde emsaline oranla yüksek fiyat biçenler, işletme ve*

<sup>114</sup> KARSLIOĞLU, s. 374; YASAMAN, s. 344.

<sup>115</sup> TTK'nın 550'nci madde gerekçesinde; "*Sermayenin korunması ilkesinin bir uygulaması olan bu hüküm, aynı ilke bağlamında öngörülmüş bulunan 549 uncu maddenin tamamlayıcısıdır. 549 uncu maddenin özellikle taahhütlere ilişkin yönü 550 nci madde ile yakından ilgilidir. İki madde arasındaki ayırım şöyle konulabilir: Sermaye tamamen taahhüt olunmamışken ödenmiş gibi gösterilmişse sermaye taahhüdünde bulunanlar 341 inci maddeye göre; onayan noter düzenleyen olarak 549 uncu maddeye göre sorumlu olurlar ve onlara katılanlar da aynı hükmün kapsamındadır. Buna karşılık 550'nci madde sermayede bir boşluk kalmamasını sağlamak amacıyla, kusurlu olmaları şartıyla "şirket yetkilileri"nin bu payları üstlenmesini ve zararın varlığı halinde bu zarardan müteselsilen sorumlu olmalarını hükme bağlamaktadır. Aynı ilkeler kanun ve esas sözleşme gereği ödenmesi gereken pay karşılıkları için de geçerlidir.* «Şirket yetkilisi» geniş şekilde anlaşılmalıdır" açıklaması bulunmaktadır (Gereke. s. 254). Ayrıntılı bilgi için bkz. BİLGİLİ/DEMİRKAPI, s. 588 vd.

aynın niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur” denilmek suretiyle, kusurlu olarak, bir haksız menfaat sağlanmasına sebep olan yöneticinin bundan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Anılan düzenlemede de kusurlu sorumluluk hali kabul edilmiş olup, kusurlu sayılacak eylemler, örnekleme yoluyla sayılmıştır. Buna göre; “başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar” ifadesi ile her türlü yolsuzluk (hakkın kötüye kullanım halleri de dâhil) madde kapsamında açıkça belirtilen hukuka aykırılıklardan biridir<sup>116</sup>. Maddede örtülü kâr dağıtımı ile paralel bir yaklaşımla “*emsaline oranla yüksek fiyat biçenler*” ifadesi ile sağlanacak haksız menfaatin şekli belirtilmiştir<sup>117</sup>.

Sonuç olarak örtülü kar dağıtımı tespiti yapıldığında, yukarıda ayrıntısı ile değinildiği üzere, şirketin veya diğer ilişkili kişilerin zararlarının doğmuş olduğu kural olarak kabul edilmektedir<sup>118</sup>. Bu zararların doğmasına sebep olan da söz konusu haksız ve hukuksuz işlemi yapan da şirketin yöneticileridir. Yöneticiler de elbette kusurlarının varlığı halinde TTK’daki düzenlemeler kapsamında bu zararlardan birinci derecede sorumludurlar. Bu sorumluluğun ispatı için söz konusu örtülü kar dağıtımı tespitine konu vergi inceleme raporu kullanılabilirlikle birlikte, şirket zararının varlığı zaten şirketin ödeyeceği ilave vergiler ve cezaları ile de sabit hale gelecektir. Örtülü kar dağıtımı tespiti sonucunda yöneticilerin doğrudan bu zarardan sorumlu olmalarının yanında,

<sup>116</sup> ERİŞ, s. 2771.

<sup>117</sup> TTK’nın 551’inci madde gerekçesinde; “*Bu madde, 6762 sayılı Kanununun 307’nci maddesinin tekrarıdır. Ancak bazı noktalarda eski hükümden ayrılmıştır. (1) Hükümün uygulanabilmesi için hile yapılmasına gerek yoktur. Aynı sermayeye emsaline nazaran yüksek fiyat biçilmiş olması veya işletme veya aynın niteliğinin (meselâ, arsa iken bina; sosyal amaçlı yapı iken üretim birimi; mesken iken turistik tesis gösterilmesi gibi) veya durumunun (meselâ, imar durumu yokken varmış gibi gösterme; imar durumunu olduğundan iyi gösterme; imar durumu hakkında belirtme yapmama gibi) farklı gösterilmesi veya başka bir tarzda yolsuzluk yapılması (kurucular kabul etmemişken etmiş göstermek; mahkeme bilirkişisi yerine özel bilirkişiden rapor almak vs. gibi) yeterlidir. Hüküm kusur esasına dayalıdır. Bu, özellikle “emsaline nazaran yüksek” ibaresi yönünden önem taşır. Madde kaleme alınırken “yüksek”lik, “açık”, “önemli derecede yüksek”, “aşırı” gibi sıfatlara bilinçli olarak yer verilmemiştir. Bunun iki sebebi vardır: Bir taraftan bu sıfatların yorum güçlükleri doğuracağı, diğer taraftan da ölçümü altındaki farkların yasal kabul edileceğinden endişe edilmiştir. Oysa mahkeme konuyu hem kusur araştırması hem de takdir hakkı bağlamında karara bağlar. Kusursuz sorumluluk, değerlendirmeye, emsal belirleme hatalarının bile sorumluluk doğurmasına yol açardır. Aktif dava ehliyeti şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara aittir. Pasif dava ehliyeti somut olaya göre belirlenir” açıklaması bulunmaktadır (Gerekçe, s. 254). Ayrıntılı bilgi için bkz. PULAŞLI, s. 696; ÖZDAMAR, s. 338-341.*

<sup>118</sup> KARSLIOĞLU, s. 341.

zarara konu haksız kazancı elde edenlerin de bunu faizi ile birlikte şirkete iade etmeleri gereğine de yukarıda değinilmiştir.

#### **D. VERGİ KANUN VE UYGULAMASI DIŞINDA ORTAYA ÇIKAN ÖRTÜLÜ KAZANÇ HALLERİNİN TTK AÇISINDAN İRDELENMESİ**

Yukarıda genel olarak KVK kapsamında ortaya çıkan örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye tespiti sonucunda yapılan “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesine ve bu nitelendirmenin TTK hükümlerine aykırı olduğuna değinilmiştir. Sonuç olarak “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesinin, SerPK’nın 21’inci maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme ile “örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı” olarak değiştirilmesinin daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.

Ancak çalışmamızın başında ifade ettiğimiz gibi<sup>119</sup> konu yalnızca vergi kanunları ile sınırlı bir konu değildir. Şirketler faaliyetlerini yürütürken vergi kanunları dışında TMK, TTK ve TBK gibi birçok temel kanun ile ikincil mevzuata uymak zorundadırlar. Şirketler tüzel kişiliğe sahip olmaları nedeniyle TMK’nın 49’uncu maddesine göre organları aracılığı ile yönetilir ve temsil edilirler. Bir önceki bölümde de ayrıntısına değindiğimiz gibi anonim şirketler de yönetim kurulu tarafından yönetilir ve temsil edilirler. Çalışmamızın önceki bölümlerinde belirtildiği gibi yönetim kurulu, KVK kapsamında ortaya çıkan şekilde örtülü kâr dağıtımına konu bir işleme sebebiyet verdiğinde, bu işlem veya eylemi sonucunda ortaya çıkan zarardan da sorumlu olmalıdır. Bu hususu yukarıda tartışarak görüşümüzü TTK’nın 553’üncü madde ve diğer ilgili hükümler kapsamında gerekçelendirdik. Ancak burada tartışılması gereken ve uygulamada çok daha sık karşılaşılan diğer bir husus; vergi uygulamaları veya tespiti sonucunda ortaya çıkan örtülü kâr dağıtımına bağlı devlette oluşan vergi zararı dışında diğer ilgililer nezdinde oluşan zararların nasıl ve ne şekilde tazmin edilebileceği hususudur.

Öncelikli olarak konuya kanuni düzenlemeler ışığında baktığımızda; yönetim kurulu şirketi yönetme ve temsil etme görevini yerine getirirken temelde TTK ve TMK’daki düzenlemelere göre ve elbette hukuka uygun davranmak zorundadır. Bu düzenlemelerin en başında TMK’nın 2’nci maddesindeki “Dürüstlük Kuralı” gelmektedir. TMK’nın 2’nci maddesinin birinci fıkrasına göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine

---

<sup>119</sup> Bkz: s. 8-9. Bkz. Bölüm II, A, 1.

*getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır*". Dürüstlük kuralları, herhangi bir organ ya da makam tarafından konulmuş olan yazılı kurallar değildir. Bunlar, toplumdaki dürüst, namuslu ve orta zekalı kişilerin ahlak, dürüstlük ve karşılıklı güven esaslarına uygun olarak sürekli davranışları sonucu oluşan ve toplum tarafından da toplumun menfaatlerine ve iş hayatı gereklerine uygun görülerek benimsenen kuralların tümüdür<sup>120</sup>. Dürüst davranmanın en önemli işlevi, hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde hak sahibinin veya borçlunun davranış biçimlerini saptamak, bunun sınırlarını belirlemektir<sup>121</sup>. TMK'nın 2'nci maddesinin 2'nci fıkrası ise dürüstlük kurallarına uymamanın yaptırımını ortaya koymuştur. Maddeye göre, *"Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"*. Her hak, hakkı tanıyan hükmün ve genel olarak hukuk düzeninin izin verdiği sınırlar içerisinde kullanılır. Bu çerçevede sahip olunan hakkın, en genel anlamıyla o hakkı tanıyan hükmün amacına aykırı ve hukuk düzeninin izin vermeyeceği bir çizgide kullanılması, hakkın kötüye kullanılmasıdır<sup>122</sup>. Konuya yalnızca bu düzenleme ışığından baktığımızda bile temel olarak şirket yönetim kurulunun dürüstlük kuralına aykırı işlemleri ile şirkette, pay sahiplerinde ve alacaklılarda oluşmuş zararlardan dolayı sorumlu olacağı en başta söylenebilir.

Bunun yanında bir önceki bölümde detayıyla değindiğimiz üzere; TTK'nın 553'üncü maddesine göre; *"kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurları ile ihlal ettikleri takdirde, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zararlardan sorumludurlar"*. Benzer amaca hizmet edecek şekilde, yukarıda da değindiğimiz gibi TTK'nın 512'inci maddesinde; *"haksız yere ve kötü niyetle kar payı veya hazırlık dönemi faizi alan pay sahipleri, bunları geri vermekle yükümlüdürler. Yönetim kurulu kazanç payları hakkında da aynı hükümler uygulanır"* hükmü ile hukuk dışı eylemler sonrasında ortaya çıkabilecek şirket zararları başta olmak üzere, pay sahipleri veya alacaklar nezdinde de oluşabilecek zararların telafisi için yasal düzenlemeler yapılmıştır. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere haksız ve kötü niyetle alınmış kâr payı veya hazırlık dönemi faizi söz konusu olduğunda zararın telafisi iade işlemi ile gerçekleştirilir. Buna göre; konumuzla bağlantılı olarak, yönetim kurulu üyeleri tarafından haklı bir neden olmaksızın elde edilen haksız kazanç paylarının, başka bir ifade ile örtülü kazanç aktarımlarının iadesi

<sup>120</sup> ATEŞ, s. 82.

<sup>121</sup> AKINTÜRK/KARAMAN, s. 92

<sup>122</sup> ZEVKLİLER, s.148.

TTK'nın 512'nci maddesine göre talep edilebilecektir<sup>123</sup>. Ancak ebetteki ticari hayatta karşılaşılabilecek durumlar bunlarla sınırlı değildir.

Bu konuda istifade edilebilecek bir diğer düzenleme de şirketin iflası halinde gündeme gelebilecek TTK'nın 513'üncü maddesindeki düzenlemedir. Buna göre; “*şirketin iflası hâlinde, yönetim kurulu üyeleri şirket alacaklılarına karşı, iflasın açılmasından önceki son üç yıl içinde kazanç payı veya başka bir ad altında hizmetlerine karşılık olarak aldıkları ve fakat uygun ücreti aşan ve bilanço uygun bir ücret miktarına göre tedbirli bir tarzda düzenlenmiş olsaydı ödenmemesi gereken paraları geri vermekle yükümlüdürler*”. Şirketin iflası halinde, iflas öncesi dönemde yöneticilerin şirketin malvarlığını korumak yerine alacakların karşılıksız bırakılması, başka bir ifade ile şirketin içinin boşaltılmasına sebebiyet verecek şekilde haksız menfaat elde etmeleri hali yaptırıma bağlanmıştır. Ancak ilgili düzenleme kapsamında KVK'da yapılan düzenlemeler ve TTK'nın 512'nci maddesinden farklı olarak, iade yükümlülüğü kazanç paylarının haksız ve kötü niyetli olarak alınması şartına bağlanmamış “tedbirli tarzda yapılan düzenlemeler” esas alınmıştır.<sup>124</sup>.

Tüm bu düzenlemelerden de görüleceği üzere kanun koyucu şirket yöneticilerine temel görev olarak şirketin malvarlığını koruma görevini vermiştir<sup>125</sup>. Yöneticiler görevlerini yerine getirirken şirketin malvarlığını korumalı ve bunun yanında şirketin, pay sahiplerinin ve alacaklıların da haklarına zarar getirebilecek eylem veya işlemlerden uzak durmalıdırlar. Bunun yanında yönetim kurulu görevlerini yerine getirirken özen ve sadakat ile hareket etmek zorundadır. Bu zorunluluğun bir yansıması olarak, TTK'da yukarıda da detayına değindiğimiz gibi, 395'inci maddede “*şirketle işlem yapma ve şirkete borçlanma yasağı*” düzenlenmiş, yine bu kapsamda 396'ncı maddede de “*rekabet yasağı*” düzenlenmiştir. Esasında TMK'nın 2'nci maddesindeki “*Dürüstlük Kuralı*” ve diğer tüm bu kanun hükümleri beraber değerlendirildiğinde görüleceği üzere; ortada bir şirket zararı veya pay sahipleri veya alacaklılar nezdinde oluşan bir zarar varsa ve bu zarar da örtülü, muvazaalı veya peçelenmiş bir işlemde kaynaklanmış ise bu zararın telafisi mümkün olabilecektir. Buna göre çalışma konumuzla sınır olarak göre örtülü kazanç aktarımı hususunun da bu açıdan değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Tarafımızca, tercih edilmesi önerilen “*örtülü kazanç dağıtımı*”

---

<sup>123</sup> AYHAN, s. 19.

<sup>124</sup> AYHAN, s. 15.

<sup>125</sup> Malvarlığının korunması ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz: PULAŞLI, s. 277; AYHAN/ÇAĞLAR/ÖZDAMAR, s. 282; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 316.

*aktarımı*” ifadesi için yukarıda değindiğimiz SerPK 21’inci maddesindeki düzenlemenin de bu bilgiler ışında önemli olduğu değerlendirilmektedir. Maddede; *“Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır”* hükmü bulunmaktadır. Her ne kadar ilgili hüküm doğal olarak halka açık şirketler için vaaz edilmiş olsa da madde metni incelendiğinde, düzenlemenin yukarıda detaylarına yer verilen düzenlemelere paralel olarak konumuza hizmet eden bir amacının olduğu kanaatindeyiz.

Bu konuda bir tespitte bulunabilmek için yargı uygulamalarında karşımıza çıkan *“Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması”* teorisine de kısaca değinmekte fayda mütalaa etmekteyiz. Kural olarak bir sermaye şirketi olan anonim şirketler için “sınırlı sorumluluk” ilkesi geçerlidir. Çalışmamızın temelini oluşturan örtülü kazanç dağıtımı konusunda da görüleceği üzere, kimi zaman sözleşme ve kanundan doğan borç ve yükümlülüklerden kurtulabilmek için tüzel kişiliğin araç olarak kötüye kullanıldığı bilinen bir gerçektir. Bunun engellenebilmesi amacıyla doktrinde *“Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi”* geliştirilmiş, zaman içerisinde Yargıtay uygulamalarında da bu teori benimsenmiştir<sup>126</sup>. Perdenin aralanması ile şirket kurucusu veya yöneticisi gerçek kişilerin sorumluluğuna gidilebildiği gibi, aynı şirketler topluluğu içerisinde yer alan kardeş şirketler arasında da benzer bir sorumluluğun gerçekleşebileceğinin kabulü mümkündür<sup>127</sup>.

Yargıtay bir kararında tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisini şu şekilde açıklamaktadır; *“...Ticaret şirketlerinde ise sınırlı sorumluluk ilkesi ayrı ve bağımsız malvarlığı oluşumunu yaratmaktadır. Tüzel kişi ile ortakları arasında malvarlığı ile sorumluluk ayrılmaktadır. Ticaret şirketlerinde sınırlı sorumluluk ya da ayrı malvarlığı ilkesinin alacaklıların menfaatlerine zarar verecek şekilde kötüye kullanılması durumunda alacaklıların hak ve*

<sup>126</sup> Yargıtay 11. HD’si 15.05.2015 tarihli ve E. 2015/1107, K. 2015/6980 sayılı kararı (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).

<sup>127</sup> ÇAMOĞLU, s.17; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU), s. 106 vd.; TEKİNALP, Yeni Hukuk, s. 689; PULAŞLI, Şerh, s. 643.

*menfaatlerini korumak için Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde “Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisi” geliştirilmiş ve tüzel kişiliğin arkasına sığınarak durumu kötüye kullanan ortakları sorumlu tutma imkanı getirilmiştir. Teorinin amacı, hakkaniyet gerektirdiği zaman tüzel kişilik perdesinin arkasına sığınulmasının önlenmesidir. Teorinin uygulanmasının yasal dayanağı olarak dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen MK’nın 2. maddesi kabul edilmektedir”<sup>128</sup>. Bu teoriye göre eğer somut olayda tüzel kişilik kurumu bir kişi veya kuruluşun sorumluluktan kurtulmasının aracı yapıyor, diğer bir anlatımla kötüye kullanılıyorsa, bu takdirde tüzel kişilik zırhı kaldırılabilir ve arkasındaki gerçek sorumluya gidilebilir<sup>129</sup>. Görüldüğü gibi bu teori hukukî temelini, TMK’nın 2’inci maddesindeki “dürüstlük kuralında” bulmaktadır<sup>130</sup>. Bu teori esasında, konumuzla bağdaştırdığımızda; örtünün kaldırılarak gerçek durumun ortaya çıkartılmasını ve gerçek duruma ve gerçek esas niyete göre karar verilmesi gerektiği esasına dayanmaktadır<sup>131</sup>.*

Tüm bu açıklamalar ışığında şunu söylemek mümkündür; şirket, pay sahipleri veya alacaklılar nezdinde zarar doğurabilecek bir örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı söz konusu ise bu öncelikle TTK’da yukarıda zikredilen hükümlerden (TTK. m. 553, 512, 513, 395,396 vb) istifade edilerek, zarar ile yapılan örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı arasındaki illiyet bağının kurulması sureti ile işlemi yapanlardan bu zararların karşılaması talep edilebilecektir.

<sup>128</sup> Yargıtay 11. HD’si 04.04.2019 tarihli ve E. 2017/2384, K. 2019/2653 sayılı kararı (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019)

<sup>129</sup> Yargıtay 23. HD’si 23.12.2015 tarihli ve E.2014/10384, K.2015/8391 sayılı kararında; “...*davalı şirketlerin ortaklık yapıları ve davalı ...’in her iki davalı şirketin de hakim ortağı olduğu birlikte değerlendirildiğinde TMK’nın 2. maddesi uyarınca dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında tüzel kişilik perdesinin kaldırılarak davalı her iki şirketin de davacı zararından sorumlu olması gerektiği gerekçeyle... davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir*” hükmü ile konuya dikkat çekilmiştir (www.sinerjimevzuat.com.tr), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).

<sup>130</sup> ÇAMOĞLU, s.17; Yargıtay 11. HD’si 10.03.2017 tarihli ve E.2016/5148, K.2016/7084 sayılı kararında; “(...) *pay sahibinin şirket tüzel kişiliğiyle özdeşleşmesinin, şirket ortağının malvarlığı ile şirket tüzel kişiliğinin malvarlığının birbirine karışmasının, art niyetli ve hesaplı davranışlarla sırf sorumluluktan kurtulmak amacıyla, tüzel kişilik perdesinin arkasına saklanması hakkın köyüye kullanılması mahiyeti taşıması gibi hallerde tüzel kişilik perdesi aralanarak şirket borcundan dolayı sorumluluğuna gidilebilecektir*”denilmek suretiyle konuya vurgu yapılmıştır. (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019) .

<sup>131</sup> Bu teori hakkında ayrıntılı açıklama için bakz: TEKİNALP, Yeni Hukuk, s. 689; ULUSOY, s. 370 vd.; TEKİNALP /TEKİNALP, s. 387, 396.

Bunun yanında bu illiyet bağının kurulması hususunun veya kusurun ispatının tüzel kişilik perdesine takıldığı, başka bir anlatımla tüzel kişilik zırhına sarılarak bu işlemlerin örtüldüğü durumlarda da kanattimizce tüzel kişilik perdesinin kaldırılması teorisinden istifade edilerek zararların tazmini talep edilebilecektir<sup>132</sup>.

Yargıtay uygulamalarında olduğu gibi, esasında bir yeknesaklık olmamakla birlikte<sup>133</sup>, şirket yöneticilerine veya hâkim kişiye sağlanan haksız menfaatler için genel olarak “örtülü kazanç” nitelendirmesi yapmak kanaatimizce isabetli olacaktır. Çalışmamızda ayrıntısı ile değindiğimiz üzere; KVK kapsamında yapılan tespitler ile ilişkili kişiye sağlanan emsallere uygunluk ilkesine aykırı haksız menfaatler için yapılan “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesi yerine, SerPK’nın 21’inci maddesindeki düzenlemeye de uygun olarak yapılacak “örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı” nitelendirmesinin daha uygun olacağı kanaatimizi gerekçeleri ile ifade etmiştik. Ancak uygulamada vergi kaçırma saiki dışında birçok hukuksuz amaca da hizmet edebilecek şekilde, şirketlerin malvarlıklarının üçüncü kişilere muvazaalı veya peçelenmiş işlemler ile aktarıldığı veya yöneticilerin çok yüksek miktarda huzur hakkı, kazanç payı (prim) vb. adlar altında haksız menfaatler elde ettiği durumlar söz konusu olabilmektedir<sup>134</sup>. Bu nitelendirme yapılırken kanaatimizce; haksız menfaat, ilişkili kişi ve emsallere uygunluk ilkesine aykırılığın tespit edilebilmesi için uzun zamandır vergi uygulamalarında

<sup>132</sup> Konuyla ilgili olarak Yargıtay 11. HD’si 19.03.2018 tarihi ve E. 2016/9387, K. 2018/2071 sayılı kararında özetle; “Tüzel kişiliklerde mal ayrılığı ilkesi geçerli olup, tüzel kişinin malvarlığı onun ortaklarının ve onun yönetiminde bulunan organları oluşturan kişi ve kardeş ortaklıklarından bağımsız ve ayrıdır. Eğer kişilik ve malvarlığı ayrılığı ilkesi uygulanmıyorsa yani malvarlıkları birbirine karışmışsa ve bu durumdan 3. Kişiler zarar görmüyorsa, art niyetle ve hesabi davranışlarla sırf sorumluluktan kurtulmak amacıyla tüzel kişilik perdesi ardına sığınmış ise bu durumda TMK’nın 2. Maddesi gereği şahıs ve mal ayrılığı ilkesi istisnaen uygulanmamaktadır” hükmünü kurmuştur (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).

<sup>133</sup> Makalemizde yer verilen Yargıtay kararlarının tetkikinde de görüleceği üzere; bazı kararlarda Yargıtay, “örtülü kar” ifadesini kullanırken bazıları için ise “örtülü kazanç” ifadesini kullanmıştır. Ancak biz yeknesaklık önerimizde daha kapsayıcı olduğunda değerlendirdiğimiz “örtülü kazanç” ifadesinin tercih edilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

<sup>134</sup> Yargıtay 17. HD’si 26.4.2011 tarihli ve E. 2010/12173, K. 2011/3938 sayılı kararında; “Borçlunun alacaklılardan mal kaçırma amacı ile yine kendisine ait aile şirketi olan davalı şirketin tüzel kişilik perdesinden yararlanarak, ticari faaliyete bu şirket üzerinden devam ettiğini,” belirterek, tüzel kişilik perdesinin aralanmasının koşulu olan kötü niyeti, alacaklılardan mal kaçırma amacının bulunduğuna hükmetmiştir (www.kazanci.com), (Erişim Tarihi: 23.09.2019).



içtihat haline gelmiş ölçülerden de istifade edilebilir. Esasında vergi alacaklısı olarak devlet de pay sahipleri veya alacaklılar gibi şirketin bir muhatabı olup vergi esaslı inceleme yapılırken bir işlem için emsallere uygunluk ilkesine aykırılık tespitinin yapılmış olması veya bir üçüncü kişiye sağlanan menfaat durumunda bu kişinin şirketle ilişkili kişi sayılması hususu, vergi söz konusu olmayan durumlarda da, başka bir deyişle, yapılan işlemin TTK veya TMK kapsamında bir haksız menfaat sayılacağı durumlar için de birer karine teşkil etmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Yukarıda ifade ettiğimiz üzere, benzer durumlarda, vergisel bir sonuç veya vergisel bir tespit söz konusu olmasa bile şirket, alacaklılar veya pay sahiplerinin zararlarının tespit ve tazmini için bu eylemlere “örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı” nitelendirmesinin yeknesak bir şekilde yapılmasının, bu kapsamda yasal bir düzenleme yaparak, Yargıtay kararları ile doldurulmaya çalışılan önemli bir boşluğun kanun maddesi ile doldurulmasının daha isabetli olacağı değerlendirilmektedir.

## SONUÇ

Örtülü kâr dağıtımı Türk hukukunda yalnızca KVK’nın 12’nci maddesindeki “örtülü sermaye” ve 13’üncü maddesindeki “örtülü kazanç dağıtımı” hallerinde söz konusu olmaktadır. Söz konusu kanun maddelerindeki düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere, belli şartlarda pay sahibinin veya pay sahibiyle ilişkili kişilerin şirkete verdikleri borçlar örtülü sermaye sayılmakta ve bu borçlar için ödenen faiz vb. ödemeler de örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmektedir. Aynı şekilde şirketin pay sahibi veya ilişkili kişiyle girdiği ticari ilişkilerde emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak sağladığı haksız menfaatler örtülü kazanç dağıtımı sayılmakta ve sağlanan haksız menfaatler pay sahibine veya ilişkili kişiye dağıtılmış örtülü kâr olarak kabul edilmektedir. Sonuç olarak, örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı tespitine bağlanan sonuç, örtülü kâr dağıtımıdır.

Vergi hukuku açısından örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımı, dolayısıyla pay sahibine ödenen haksız menfaatlerin örtülü kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilmesinin temel nedeni, vergi kaybının/ aşındırılmasının önlenmesidir. Başka bir deyişle, örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin gerekçesi; pay sahibinin veya ilişkili kişinin haksız yere ve vergilendirilmeden şirketten para almasıdır. Bahse konu haksız menfaatin, şirketten pay sahibine ödenirken vergi kesintisi yapılarak ödenmemiş olması ve böylelikle vergi kaçırma/vergiyi aşındırma fiilinin gerçekleşmiş olması da örtülü kâr dağıtımının bir gerekçesidir. Dolayısıyla, KVK’da, pay sahibinin şirketten örtülü sermaye için aldığı faiz vb. bedellerin vergilendirilmesi amaçlanarak,

fazladan alınan haksız menfaatlere örtülü kâr payı nitelendirmesi yapılmıştır.

Kâr dağıtımı, şirket ve diğer pay sahipleri yanında başka kişileri de doğrudan ilgilendiren bir işlemdir. **Fakat KVK’da düzenlenen “örtülü kâr dağıtımı” olgusunun, şirket ve diğer pay sahipleri yanında diğer ilgilileri hesaba katmadan öngörülmuş bir düzenleme olduğu değerlendirilmektedir.** Çünkü şirketin pay sahibine yaptığı bir ödeme için “kâr dağıtımı” tespiti yapıldığında, kâr dağıtımından pay alması gereken diğer pay sahipleri ve ilgililerin de talep veya itiraz haklarının olduğunun kabulü gerekmektedir. Şirketlerin kâr dağıtımı yapması halinde, bahse konu ilgili tarafların yanında, vergi idaresi de genel bir ifadeyle, kâr dağıtımından belli oranda pay (vergi) alması gereken bir taraftır. KVK’daki örtülü kâr dağıtımı düzenlemesinde, vergi idaresi söz konusu haksız işlemi bir kâr dağıtımı olarak nitelendirerek, bu dağıtımdan payını (vergisini) almayı amaçlamıştır. Ancak yapılan düzenlemede kâr dağıtımının diğer tarafları göz ardı edilmiştir. KVK’daki düzenlemenin, söz konusu haksız kazancın vergilendirilmesi amacıyla yapılmış olduğu konusunda tartışma bulunmamaktadır. **Bu amacı karşılayacak şekilde, örtülü kâr dağıtımına konu haksız kazancın, “kâr dağıtımı” dışında başka bir adlandırmayla, aynı oranda vergilendirilebilecek şekilde bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı değerlendirilmiştir.**

Ayrıca, KVK’da düzenlenen örtülü kâr dağıtımı düzenlemeleri TTK’ya hâkim olan ilkelerden; “*eşit işlem*”, “*sermayenin korunması*”, “*şeffaflık*” ve “*dürüst resim*” ilkeleri kapsamında değerlendirilmiştir. Söz konusu ilkeler kapsamındaki yasaklardan; “*rekabet yasağı*”, “*pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı*” ve “*şirketle işlem yapma yasağı*” temel olarak şirketin dürüst ve tüm ilgililerin denetimine açık şekilde yönetilmesini amaçladığı için KVK’daki düzenlemeler ile paralellik göstermektedir. Ancak KVK’nın 12’nci ve 13’üncü maddesindeki “*örtülü kâr dağıtımı*” nitelendirmesi, TTK’daki “*kâr dağıtımı*” düzenlemeleri ile çelişen sonuçlar doğurmaktadır.

Bilindiği üzere kâr dağıtımı ile ilgili temel düzenleme, TTK’nın 507’nci maddesindeki düzenlemedir. Kanaatimizce anılan düzenleme “*eşit işlem ilkesi*”nin bir yansıması olup; kâr dağıtımı yapılırken, eşit şartlardaki tüm pay sahiplerine, eşit davranılması gerekmektedir. Ancak yukarıda da detayları ile açıklandığı üzere, KVK’da düzenleme bulan örtülü kâr dağıtımı hükümlerinde, şirketin diğer pay sahipleri ve ilgili kişiler hesaba katılmamıştır. Dolayısıyla örtülü kâr dağıtımı düzenlemesinin, en başta “*eşit işlem ilkesine*” aykırı sonuçlar doğurabileceği ifade edilebilir.

Kanaatimizce, örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye sonucunda elde edilen haksız menfaatler, örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilir ise, yukarıda değinilen çelişkilerin hiçbiri hukuka uygun şekilde çözülemeyecektir. Çünkü örtülü kâr dağıtımı tespiti ile TTK'nın emredici hükümleri ile çelişen bir dizi işlem yapılmaktadır. Bu haliyle de örtülü kâr dağıtımı ifadesi ve ifadeye bağlanan nitelendirmelerin kanuna aykırı olduğu kanaatindeyiz. Kanaatimizin temelini KVK uyarınca örtülü kazanç dağıtımı işlemi ve emsale aykırı bedel ile örtülü sermaye için ödenen faiz vb. bedellerin örtülü kâr dağıtımı olarak kabul edilmesi oluşturmaktadır. Ancak TTK'ya göre kâr payı dağıtımı yapılabilmesi için öncelikle bilanço ve mali tabloların dürüst resim ilkesine göre çıkartılması, yedek akçelerin ayrılması üzerine genel kurulun kararı doğrultusunda, genel kurul tarafından öngörülen net kârın ödenmiş sermaye oranına göre pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılması gerekmektedir.

Aktarılanlara ek olarak, SerPK 21'inci maddesi de **“örtülü kazanç aktarımı”** hakkında KVK'daki düzenlemeye benzer bir hüküm öngörmektedir. SerPK'da şirketten ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatler örtülü kazanç aktarımı yasağı olarak düzenlenmiş ve sağlanan haksız menfaatlerin faiziyle birlikte şirkete iade edilmesi gerektiği de dâhil bir dizi ceza öngörülmüştür. Fakat her ne kadar SerPK kapsamında KVK'ya benzer bir düzenleme yapılmış olsa da haksız menfaatler ile ilgili olarak **“kâr payı”** nitelendirmesi KVK aksine yapılmamıştır. Benzer bir düzenlemenin de KVK'da yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan haksız ödemenin, TTK açısından bir **“kâr payı ödemesi”** olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı kanaatinde olmakla birlikte örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye tespiti yapılan bahse konu bu haksız ödeme hakkında KVK'daki **“...[K]âr dağıtımı sayılacaktır”** hükmünün, **kâr payıyla örtüştürülmeden başka bir ifade ile değiştirilmesinin daha uygun olacağı değerlendirilmektedir. Bu kapsamda KVK'nın ilgili hükmünün “söz konusu olan vergi kaybını önlemek amacıyla, bahse konu haksız menfaat için uygun bir oranda vergi tahakkuk edeceği”** şeklinde değiştirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Buna ilave olarak, KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerindeki **“örtülü kâr dağıtımı”** tespitine bağlanan vergisel sonuçların, bir dizi düzenleme ile **“kâr dağıtımı”** dışında başka bir nitelendirmeye bağlanması da mümkündür. Bu değişikliklerin yapılması halinde; yukarıda ifade edilen hem kanunlar arası çelişkinin hem de şirket ile pay sahipleri, pay sahipleri ile diğer pay sahipleri veya şirket alacaklıları ile şirket arasındaki

karmaşanın önüne geçileceği kanaatindeyiz.

Yukarıda açıklanan hususlara ilave olarak; şirket malvarlığının korunması, ticari istikrar ve güvenin sağlanması ve ticaretin daha sağlam temellerde yürütülebilmesi için; vergi kaçırma amacı taşıyan veya taşıyan, yöneticilerin kendilerine veya diğer ilişkili kişilere haksız menfaat sağlamak amacıyla yaptıkları örtülü işlemler sonucu ortaya çıkan zararların telafi edilmesi gerekmektedir. Ayrıca şirketlerin özellikle alacaklılardan mal kaçırmak amacıyla şirketin malvarlığını üçüncü kişiler aleyhine olacak şekilde muvazaalı veya peçelenmiş işlemlerle aktarmaları, başka bir deyişle şirketin içini boşaltmalarının da, söz konusu sonucu doğuran işlemlerin örtüsünün kaldırılması ve gerçek durumun ortaya çıkartılması ile engellenmesi hususu oldukça önemlidir. TMK’da düzenlenen “*Dürüstlük Kuralı*” ve TTK’nın 553’üncü maddesindeki düzenlemeler ile diğer ilgili düzenlemelerden istifade ederek; vergi kaçırma niyetinin varlığına bakılmaksızın, yöneticilere veya yöneticilerle/şirket ile ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatlere de “*örtülü kazanç dağıtımı/aktarımı*” nitelendirmesi yapmanın isabetli olacağını değerlendirmekteyiz. Örtülü kazanç aktarımı/dağıtımı tespiti yapıldığında bu tespite göre örtünün kaldırılarak aynen “*Tüzel Kişilik Perdesinin Kaldırılması Teorisinde*” olduğu gibi gerçek durum ortaya çıkartılmalı ve bu gerçek niyet ve duruma göre zarar tazmin edilerek hukuksuz durum düzeltilmelidir. Bunun sağlıklı bir şekilde işletilebilmesi ve yargı kararları ile istikrar sağlanarak var olan boşluğun doldurulması sureti ile ticari hayatta oluşan güvensiz ortamın düzeltilmesi için, bu konuda yasal bir düzenleme yapmanın da oldukça önemli olduğu kanaatindeyiz.

## KAYNAKÇA

AKDAĞ GÜNEY, Necla: **Anonim Şirket Yönetim Kurulu**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.

AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN ATEŞ, Derya: **Medeni Hukuk**, Beta Yayıncılık, 14. Baskı, 2009, İstanbul

ATEŞ, Derya: **Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları**, TBB Dergisi, S. 72, Y. 2007.

AYHAN, Rıza: **Anonim Şirketin İflası Halinde Yönetim Kurulu Üyelerinin**

- Aldıkları Kazanç Payları İle Diğer Paraların İadesi Sorunu**, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 2, Y. 2015, s. 13-31.
- AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: **Şirketler Hukuku Genel Esaslar**, 1. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- BAHTİYAR, Mehmet: **Ortaklıklar Hukuku**, 13. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- BİLGİLİ, Fatih/DEMİRKAPI, Ertan: **Şirketler Hukuku**, 9. Baskı, Dora Yayıncılık Bursa, 2013.
- CANÖZÜ, Salih: **Anonim Şirketlerde Kâr Payının Tespiti ve Dağıtılması**, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.
- ÇAMOĞLU, Ersin: **Ticaret Ortaklıkları Bağlamında Perdenin Kaldırılması Kuramı ve Yargıtay Uygulaması**, Batider, C. 32, S. 2, Haziran, 2016.
- ÇAĞLAR, Hayrettin: **Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması**, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2010.
- ÇEKER, Mustafa: Şirkete Borçlanma Yasağı, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, Y. 2012, s. 659-670.
- DOĞRUSÖZ KOŞUT, Hanife: Anonim Ortaklık Yöneticilerinin ve Denetçilerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 18, S. 2, Y. 2012(Özel Sayı), s. 683-698.
- EREN, Fikret: **6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.
- ERİŞ, Gönen: **Açıklamalı-İçtihatlı 6335-6552-6728 Sayılı Kanunlarla Güncellenmiş TTK Hükümlerine Göre Ticari İşletme ve Şirketler**, 3. Baskı, Seçkin Yayınları, C. 3, Ankara, 2017.
- GÖKTÜRK, Kürşat: **Şirketler Topluluğunda Sorumluluk Esasları**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- GÜCENME GENÇOĞLU, Ümit/ERTAN, Yasemin: Türkiye’de Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımı: İMKB 50 Endeksinde Bir Uygulama, **Muhasebe ve Finansman Dergisi**, S. 56, Ekim, 2012, s. 85-100.

- İMREGÜN, Oğuz: **Anonim Ortaklıklar**, 4. Baskı, Yasa Yayıncılık, İstanbul, 1989.
- KARA, Döndü/CAN, Ahmet Vecdi: Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi Kavramının 6728 Sayılı Kanun Kapsamında Değerlendirilmesi, **İşletme Bilimi Dergisi (JOBS)**, C. 5, S. 1, Y. 2017 s. 13-33.
- KARSLIOĞLU, Hasan: **Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı**, 1. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015.
- KILIÇOĞLU, Ahmet: **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Genişletilmiş 22. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2018.
- KIRCA, İsmail/ŞEHİRALİ ÇELİK, Feyzan Hayal/MANAVGAT, Çağlar: **Anonim Şirketler Hukuku, C. 1, Temel Kavram ve İlkeler, Kuruluş, Yönetim Kurulu**, 1. Baskı, Bankacılık ve Ticaret H. Araş. E., Ankara, 2013.
- KIZILOT, Şükrü: **Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**, 1. Baskı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2002.
- MICHELER, Eva: Disguised Returns of Capital-An Arm's Length Approach, **Cambridge Law Journal** 69(1), Mart, 2010, s. 151-185.
- ÖCAL, M. Erdoğan: Transfer Fiyatlandırması ve Ticaret Hukuku, **Yaklaşım Dergisi**, Şubat, 2009.s. 19-38.
- ÖNCEL, Muallâ: Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, **BATİDER**, Ankara, 1978, s. 65-66.
- ÖZDAMAR, Mehmet/DOĞAN, İlker: Banka Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, **Bankacılar Dergisi**, Y. 24, S. 86, Eylül, 2013 s. 3-26.
- ÖZDAMAR, Mehmet: **Banka Yöneticilerinin Mali Hakları**, 10. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- ÖZER, Işık: **Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: **Ortaklıklar Hukuku I**, 14. Baskı, İstanbul, 2019.

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Şerhi, C. 1, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018 (**Şerh**).

PULAŞLI, Hasan: Şirketler Hukuku Genel Esaslar, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

TEKİNALP, Ünal: **Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013 (**Yeni Hukuk**).

TEKİNALP, Ünal: **Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları**, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011 (**Tek Kişi Ortaklığının Esasları**).

TEKİNALP, Gülören/TEKİNALP, Ünal: **Reha Poroy'a Armađan, Perdeyi Kaldırma Teorisi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, İstanbul, 1995.

ULUSOY, Erol: **Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması**, Sempozyum 1, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakóltesi, İstanbul, 2008.

YASAMAN, Hamdi: Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku İle İlgili Makaleler, Mütalaalar, Bilirkişi Raporları, 1. Baskı, Vedat Yayıncılık, C. 2, İstanbul, 2013.

YILDIZ, Şükrü: **Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi**, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.

ZEVKLİLER, Aydın: **Giriş ve Başlangıç Hükümleri**, İzmir, 1991.

