



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**DOKTORA
TEZİ**

**ANONİM ŞİRKETLERDE
ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI**

HASAN KARSLIOĞLU

**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

OCAK 2015



ANONİM ŞİRKETLERDE ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI

Hasan KARSLIOĞLU

**DOKTORA TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

OCAK 2015

Hasan KARSLIOĞLU tarafından hazırlanan "Anonim Şirketlerde Örtülü Kâr Dağıtımı" adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ ile Gazi Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

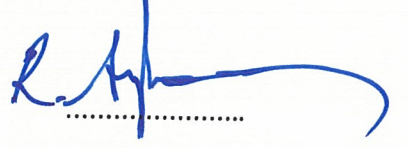
Danışman: Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



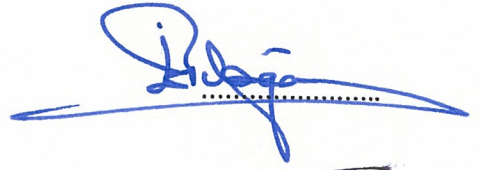
Başkan : Prof. Dr. Rıza AYHAN
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Başkent Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



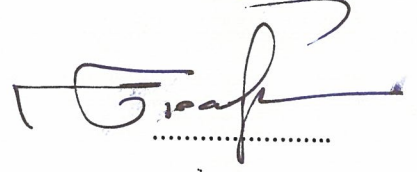
Üye : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



Üye : Prof. Dr. Kemal ŞENOCAK
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Ankara Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



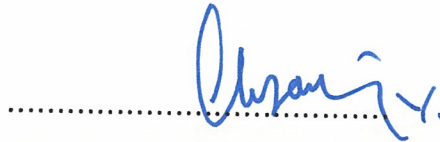
Üye : Doç. Dr. Hayrettin ÇAĞLAR
Özel Hukuk Anabilim Dalı, Gazi Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum



Tez Savunma Tarihi: 21/01/2015

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



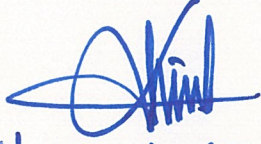
Prof. Dr. Hikmet KAVRUK
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.


Hasan KALSUOĞLU

..../..../2015

ANONİM ŞİRKETLERDE ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI
(Doktora Tezi)

Hasan KARSLIOĞLU

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ocak 2015

ÖZET

Anonim şirket pay sahiplerinin temel amacı, şirkete koydukları sermaye karşılığında kâr elde etmek ve bu elde ettikleri kârı artırmaktır. Kâr dağıtımı ve şartları genel olarak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenmiş olup, uygulamada da kâr dağıtımı bu düzenlemelere göre yapılmaktadır. Ancak vergi kanunlarında ve uygulamasında, Ticaret Kanunu'ndaki bu düzenlemeler dışındaki bazı ödemeler için de "örtülü kâr" nitelendirmesi yapılmıştır. Örtülü kâr dağıtımı konusu, genellikle vergi hukukçuları tarafından ele alınan bir konu olup, bu konu şimdiye kadar kâr payının temel unsurlarının düzenlendiği ticaret hukuku açısından detaylı olarak ele alınmamıştır. Bu nedenle hem vergi kanunları, hem de Türk Ticaret Kanunu kapsamında kâr dağıtımının, hangi hallerde örtülü olduğunun ele alınması gerekmektedir. Bunun yanında Sermaye Piyasası Kanunu'nda örtülü kâr dağıtımına benzer uygulamaların olup olmadığı ve halka açık anonim şirketler açısından konunun öneminin de ortaya konulması, meselenin daha net ele alınmasını sağlayacaktır. Çalışmamızda bu amaca yönelik tespitler yapılmış olup, konu tüm yönleri ile ele alınmıştır. İncelemelerimiz sonucunda; vergi kanunlarında "örtülü kâr" olarak nitelendirilen haksız menfaat ödemelerinin, Ticaret Kanunu'ndaki "kâr payı" düzenlemeleri ile açıkça çeliştiğini değerlendirmekteyiz. Bu nedenle vergi güvenliği amacıyla yapılmış da olsa "örtülü kâr dağıtımı" nitelendirmesinin ticaret hukuku genel ilkeleri ile çeliştiği tespitinde bulunduk. Çalışmamızda bu değerlendirmenin gerekçelerini ortaya koymaya gayret ettik.

Bilim Kodu : 501.2.132
Anahtar Kelimeler : Kâr Dağıtımı, Anonim Şirket, Örtülü Kâr Dağıtımı, Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç Dağıtımı, Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı
Sayfa Adedi : 375
Tez Danışmanı : Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

DISTRIBUTION OF CONCEALED PROFIT IN JOINT-STOCK COMPANIES
(Ph.D. Thesis)

Hasan KARSLIOGLU

GAZI UNIVERSITY
INSTITUTE OF SOCIAL SCIENCES

January 2015

ABSTRACT

The principal purpose of the shareholders in a joint-stock company is to get profit in consideration of the capital provided and to increase the level of such profit. The profit distribution and the relevant conditions are defined in the Turkish Commercial Law in general and the profit distribution in practice is performed according to these stipulations. However, there is the term i.e. "concealed profit" for some payments in the tax laws and practice apart from these stipulations in the Commercial Law. The concealed profit distribution is a subject that is generally handled by the tax jurists and this subject has not been studied in detail so far in terms of trade law where the main factors of the dividend are defined. For this reason, it is necessary to study on the cases where the profit distribution is deemed ad "concealed" within the scope of both tax laws and Turkish Commercial Law. Besides, whether there are similar practices to the concealed profit distribution in the Capital Markets Law and putting forward the importance of this subject in terms of the public joint-stock companies will enable to handle the subject more clearly. The determinations for this purpose are provided in our study and this subject is handled in all aspects. As a result of our analysis, we have revealed that the unjust interest payments characterized as "concealed profit" in the tax laws are clearly in conflict with the stipulations of "dividend" in the Commercial Law, and therefore, "concealed profit distribution" conflicts with the general principles of trade law even though it is performed for tax safety. We have tried to put forward the justifications of this evaluation in our study.

Science Code : 501.2.132
Key Words : Profit Distribution, Joint-Stock Company, Concealed Profit
Distribution, Concealed Capital, Concealed Earning
Distribution, Concealed Earning Transfer Prohibition
Page Number : 375
Supervisor : Assoc. Prof. Mehmet OZDAMAR

TEŞEKKÜR

Çalıőmalarım boyunca değerli yardım ve katkılarıyla beni yönlendiren, kıymetli tecrübelerinden faydalandığım danışmanım Doç. Dr. Mehmet ÖZDAMAR'a ayrıca, vergi uygulamaları ve bu alandaki tecrübeleri ile bana katkı sağlayan YMM. Hüseyin KARSLIOğLU ile YMM. Necmi ULUS'a, manevi destekleriyle beni hiçbir zaman yalnız bırakmayan çok değerli aileme ve arkadaşlarım Cansu DEMİRCİ, Nilhan ENGİNYURT KUYUMCU, Özge KIZILIRMAK ile tüm SİSTEM çalışanlarına teşekkürü bir borç bilirim.

Hasan KARSLIOğLU

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
İÇİNDEKİLER	vii
KISALTMALAR	xiii
GİRİŞ	1

1. BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR DAĞITIM

1.1. Anonim Şirket Kavramı	7
1.1.1. Tanımı ve Unsurları	7
1.1.1.1. Ticaret Unvanına Sahip Olmak	8
1.1.1.2. Sermayesi Belirli ve Paylara Bölünmüş Olmak	8
1.1.1.3. Şirketin Borçlarından Sınırlı Sorumluluk	11
1.1.1.4. Kanunen Yasaklanmamış Her Türlü İktisadi Faaliyette Bulunmak	12
1.1.1.5. Asgari Bir veya Birden Fazla Pay Sahibi Bulunması	12
1.1.1.6. Asgari Sermayeye Sahip Olmak	12
1.1.2. Anonim Şirketin Özellikleri	14
1.1.2.1. Tüzel Kişiliğe Sahip Olmak	14
1.1.2.2. Kâr Elde Etme Amacı	14
1.1.3. Anonim Şirketin Türleri	15
1.1.3.1. Ortak Sayısına Göre Tasnif	15
1.1.3.1.1. Tek Kişilik Anonim Şirketler	15
1.1.3.1.2. Çok Ortaklı Anonim Şirketler	18

	Sayfa
1.1.3.2. Halka Açık Olup Olmamasına Göre Tasnif	19
1.1.3.2.1. Kapalı Anonim Şirketler	19
1.1.3.2.2. Halka Açık Anonim Şirketler	19
1.1.4. Pay Kavramı ve Pay Sahipliği Hakları	22
1.1.4.1. Esas Sermayenin Bir Parçası Olarak Pay	23
1.1.4.2. Pay Sahipliği Sıfatının Oluşumunda Pay	24
1.1.4.3. Pay Senedi ile Eş Anlamı Olarak Pay	25
1.1.4.4. Hakların ve Borçların Kaynağı Olarak Pay	26
1.1.4.4.1. Malvarlığı Hakları	27
1.1.4.4.2. Katılma/Yönetim Hakları	31
1.2. Kâr Kavramı ve Niteliği	33
1.2.1. Kâr Kavramı	33
1.2.2. Türleri	36
1.2.2.1. Ticari Kâr	36
1.2.2.2. Mali Kâr	37
1.2.2.3. Safi (Net) Kâr	38
1.2.2.4. Dağıtılabilir Kâr	39
1.2.2.5. Kâr Payı Avansı	40
1.2.3. Kâr Payı ve Unsurları	42
1.2.3.1. Kâr Payının Tanımı	42
1.2.3.2. Kâr Payının Unsurları	45
1.2.3.3. Kâr Payı Hakkı	48
1.2.4. Kâr Payı Hakkının Hukuki Niteliği	50
1.2.4.1. Kâr Payı Hakkının Müktesep Hak Olup Olmadığı Sorunu	50
1.2.4.2. Kâr Payı Hakkının Vazgeçilmez Hak Olup Olmadığı Sorunu	55
1.3. Pay Sahipliği Hakkının Kâr Dağıtımını Açısından Değerlendirilmesi	58

	Sayfa
1.4. Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri	60
1.4.1. Kâr Payının Hesaplanması.....	60
1.4.1.1. Kâr Payının Hesaplanmasında Dikkate Alınacak Kâr (Net Dönem Kârı).....	64
1.4.1.2. Kâr Payının Hesabında Yedek Akçeler	68
1.4.1.2.1. Kanuni Yedek Akçe.....	68
1.4.1.2.2. İsteğe Bağlı Yedek Akçeler	76
1.4.2. Kâr Payının Hesaplama ve Dağıtım Usulü	78
1.4.2.1. Kâr Payı Hesaplamasında Ödenmiş Sermayenin mi? Yoksa Kârın mı? Dikkate Alınacağı Sorunu	79
1.4.2.2. Kazanç Payı Ödemesi, Kuruculara veya İntifa Hakkı Sahiplerine Ödenecek Kâr Payı	83
1.4.2.3. İmtiyazlı Pay Sahiplerine Ödenecek Kâr Payı	85
1.4.2.4. Kâr Payı Dağıtımının Temel İlkeleri.....	86

2. BÖLÜM

ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1. Örtülü Kâr Kavramı.....	89
2.2. Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç ve Transfer Fiyatlandırması İlişkisinde Örtülü Kâr.....	91
2.2.1. Kavramsal İlişki	91
2.2.2. Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımı İlişkisi	95
2.2.3. Transfer Fiyatlandırması Kavramı	99
2.3. Örtülü Kâr'ın Hukuki Niteliği	102
2.3.1. Muvazaa.....	105
2.3.2. Peçeleme	110
2.3.3. Örtülü Kâr Dağıtımının Hukuki Niteliği Olarak Peçeleme	117
2.3.4. Özün Önceliği ve Ekonomik Yaklaşım İlkesi	120

	Sayfa
2.4. Örtülü Sermaye	121
2.4.1. Kavram	121
2.4.2. Örtülü Sermayenin Unsurları	130
2.4.2.1. Objektif Unsur	133
2.4.2.1.1. Borcun Şirketin Pay Sahiplerinden veya Pay Sahipleri ile İlişkili Kişilerden Alınmış Olması	133
2.4.2.1.2. Borcun Şirkette Kullanılması	149
2.4.2.1.3. Alınan Borcun Şirket Öz Sermayesinin Üç (3) Katını Aşması	150
2.4.2.2. Sübjektif Unsur	166
2.4.3. Örtülü Sermaye Olmaya Bağlanan Sonuçlar	170
2.5. Örtülü Kazanç Dağıtımı	173
2.5.1. Kavram	173
2.5.2. Örtülü Kazanç Dağıtımının Unsurları	179
2.5.2.1. Objektif Unsur	180
2.5.2.1.1. Şirketin İlişkili Kişilerle Ticari Bir İşlem Yapması	180
2.5.2.1.2. Taraflar Arasında Yapılan İşlemin İlişkili Kişiye Haksız Menfaat Sağlaması	249
2.5.2.1.3. Emsallere Uygunluk İlkesi	249
2.5.2.1.4. Örtülü Kâr Dağıtımı Nitelendirmesi Yapabilmek İçin Hazine Zararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu	267
2.5.2.2. Sübjektif Unsur	275
2.5.3. Örtülü Kazanç Dağıtımı Olmaya Bağlanan Sonuçlar	280

3. BÖLÜM

TİCARET HUKUKU AÇISINDAN ANONİM ŞİRKETLERDE ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI NİTELENDİRMESİ

3.1. Genel Olarak	283
3.2. Örtülü Kazanç Dağıtımı Sonucunda Ortaya Çıkan Örtülü Kâr Dağıtımının Türk Ticaret Kanunu Açısından İncelenmesi.....	284
3.3. Örtülü Sermaye Tespiti Sonucunda Ortaya Çıkan Örtülü Kâr Dağıtımının Türk Ticaret Kanunu Açısından İncelenmesi.....	289
3.4. İlişkili Kişiye Sağlanan Haksız Menfaatin “Örtülü Kâr Dağıtımı” Olarak Nitelendirilmesi Sorunu	293
3.4.1. Ticaret Hukuku Genel İlkeleri Kapsamında Konunun Değerlendirilmesi	293
3.4.1.1. Genel Olarak.....	293
3.4.1.2. TTK'ya Hâkim Olan İlkeler ve Örtülü Kâr İlişkisi	295
3.4.1.3. TTK'ya Hâkim Olan İlkeler ile Örtülü Kâr Müessesesinin Amaçları Açısından Karşılaştırılması	297
3.4.2. TTK'daki Kâr Dağıtımı Kuralları ile KVK'daki Örtülü Kâr Dağıtımı Nitelendirmesinin Karşılaştırılması	302
3.4.2.1. Genel Olarak TTK'daki Kâr Dağıtımı Kuralları.....	302
3.4.2.2. Örtülü Kâr Dağıtımı Nitelendirmesi, TTK'daki Kâr Dağıtımı Kurallarına Uygun mudur?	305
3.4.3. Örtülü Kâr Dağıtımına Konu İşlemleri Yapan Yöneticilerin TTK Açısından Sorumlulukları	310
3.4.3.1. Genel Olarak.....	310
3.4.3.2. Yöneticilerin Sorumluluğu Konusunda 6102 Sayılı TTK ile Getirilen Yenilikler	316
3.4.3.2.1. Kusur	317
3.4.3.2.2. Birlikte (Müteselsil) Sorumluluk Halleri.....	319
3.4.3.3. Örtülü Kâr Dağıtımı Tespiti ile TTK'daki Özellikli Sorumluluk Halleri.....	323
3.5. Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımı	325

	Sayfa
3.5.1. Genel Olarak	325
3.5.2. Örtülü Kazanç Kavramı	328
3.5.3. Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının Unsurları	333
3.5.3.1. Halka Açık Anonim Şirketin Varlığı.....	334
3.5.3.2. Halka Açık Anonim Şirketle İlişkili Kişi.....	335
3.5.3.3. Kazanç Aktarımının Örtülü Bir İşlemlerle Gerçekleştirilmiş Olması ...	339
3.5.3.4. Kazanç Aktarımının Aktif ya da Pasif Bir Hareketler Yapılmış Olması	340
3.5.4. Örtülü Kazanç Aktarımına Konu Teşkil Edebilecek İşlemlerin Değerlemesi ve Belgelenmesi.....	342
3.5.5. Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımı Niteliğine Bağlı Sonuçlar	344
SONUÇ	347
KAYNAKLAR	361
ÖZGEÇMİŞ	375

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar	Açıklama
a.g.e	Adı Geçen Eser
AB	Avrupa Birliği
AET	Avrupa Ekonomik Topluluğu
ASMMO	Ankara Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası
AT	Avrupa Topluluğu
Av	Avukat
AYMMO	Ankara Yeminli Mali Müşavirler Odası
Bkz	Bakınız
D	Daire
Dpnt	Dipnot
E	Esas No
Ed	Edition (Basım)
f	Fıkra
FDI	Foreign Direct Investment (Doğrudan Yabancı Yatırım)
GmbH	Gesellschaft Mit Beschränkter Haftung (Limited Şirket-Alman Hukukunda)
GVK	Gelir Vergisi Kanunu
H.D	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
ICTA	Income and Corporation Taxes Act (Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunu)
IFRS	International Financial Reporting Standards (Uluslararası Finansal Raporlama Standartları)
IMF	International Monetary Fund (Uluslararası Para Fonu)

Kısaltmalar	Açıklama
İSMMMO	İstanbul Serbest Muhasebeci ve Mali Müşavirler Odası
İYMMO	İstanbul Yeminli Mali Müşavirler Odası
K	Karar No
KKEG	Kanunen Kabul Edilmeyen Gider
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
md	Madde
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development (Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü)
p	Page (Sayfa)
s	Sayfa
SerPK	Sermaye Piyasası Kanunu
SMMM	Serbest Muhasebeci Mali Müşavir
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TMK	Türk Medeni Kanun
TMS	Türkiye Muhasebe Standartları
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UFRS	Uluslararası Finansal Raporlama Standartları
vd	Ve Devamı
VDDGK	Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu
VUK	Vergi Usul Kanunu
YMM	Yeminli Mali MüşavirBu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

GİRİŞ

Çalışmamızda; anonim şirketlerde pay sahiplerinin vazgeçilmez haklarından olan kâr payı alma hakkının niteliklerini ortaya koyarak; bu nitelikte olmayan, ancak uygulamada ve vergi kanunlarında örtülü sermaye ile örtülü kazanç dağıtımı sonunda ortaya çıkan ve “örtülü kâr dağıtımı” olarak nitelendirilen bu durum tüm yönleriyle ele alınmaya çalışılmıştır.

Örtülü kâr dağıtımı konusu, genellikle vergi hukukçuları tarafından ele alınan bir konu olup, bu konu şimdiye kadar kâr payının temel unsurlarının düzenlendiği ticaret hukuku açısından detaylı olarak ele alınmamıştır. Bu nedenle hem vergi kanunları, hem de Türk Ticaret Kanunu kapsamında, kâr dağıtımın hangi hallerde örtülü olduğunun ele alınması gerekmektedir. Bunun yanında Sermaye Piyasası Kanunu’nda örtülü kâr dağıtımına benzer uygulamaların olup olmadığı ve halka açık anonim şirketler açısından konunun öneminin de ortaya konulması, meselenin daha net ele alınmasını sağlayacaktır.

Örtülü kâr dağıtımı müessesesi temel olarak 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nda düzenlenmiştir. Örtülü kâr dağıtımı Türk hukukunda, özellikle “Örtülü Sermaye” ve “Örtülü Kazanç Dağıtımı” nitelendirmelerine bağlanan bir sonuç olarak ele alınmıştır. Ancak, pay sahiplerine veya şirketle ilişkili kişilere yapılan bir ödeme için kâr payı nitelendirmesi yapıldığında, konunun ticaret hukuku açısından da ele alınması bir zarurettir. Çünkü kâr payının; şirket, ilgili pay sahipleri, diğer pay sahipleri ve vergi idaresi olmak üzere en az dört tarafı bulunmaktadır. Bu zamana kadar örtülü kâr dağıtımı incelemelerinde, konunun yalnızca şirket ve vergi idaresinden oluşan iki tarafı ele alınmıştır. Biz çalışmamızda örtülü kâr dağıtımının, diğer taraflar üzerindeki etkilerini de incelemeyi amaçladık. Örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesini, dünyadaki diğer uygulamalarla da karşılaştırarak, ülkemizde varsa değiştirilmesi gereken hususların olup olmadığını ve gerekçelerini de çalışmamızda ortaya koymaya çalıştık. Bunun yanında, kapalı anonim şirketler ile halka açık anonim şirketlerdeki örtülü kâr dağıtımı konusunda yaşanan farklılıkları ve yine bunların sonuçlarını da ortaya koymayı hedefledik.

Örtülü kâr dağıtımı, Türk hukukunda 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde düzenlenen "Örtülü Sermaye" ve 13'üncü maddesindeki "Örtülü Kazanç Dağıtımı" müesseselerinin bir sonucu olarak düzenlenmiştir. 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 dağıtımı nitelendirilmesi yapılması gerekmektedir. Bunun yanında ikinci olarak; şirketin pay sahiplerinden veya ilişkili kişilerden aldıkları belli şartlardaki borçlar da örtülü sermaye olarak nitelendirilmektedir. Örtülü sermaye için elde edilen menfaatler de, bunu elde edenler ve şirket açısından örtülü kâr dağıtımı olarak kabul edilmektedir. Bu düzenlemelerin temel amacı, şirketlerin vergi aşındırmalarını/kaçırmalarını önleyerek vergi güvenliğinin sağlanmasıdır. Vergi güvenliğinin sağlanması amacıyla yapılan bu düzenlemeler ile pay sahiplerine/ilşkili kişilere bu şekilde haksız menfaat sağlanması yoluyla (aslında pay sahiplerine kâr dağıtımı olarak aktarılması gereken bir menfaatin), kâr dağıtılması aşamasında ortaya çıkacak vergiden kurtulmak amaçlanmaktadır. Örtülü kâr dağıtımı düzenlemesiyle genel olarak, bu haksız menfaatlerin resmi (açık) kâr dağıtımı dışında, peçeleme yoluyla (başka bir ad altında) pay sahibine/ilşkili kişiye sağlandığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu tespit ile de temelde peçenin kaldırılması nihayetinde gerçek duruma göre vergilendirme yapılarak, verginin aşındırılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Başka bir deyişle, örtülü kâr dağıtımı düzenlemesiyle temelde verginin aşındırılmasını önlemek ve vergi güvenliğinin sağlanması amaçlanmış olup, örtülü kâr dağıtımında bahse konu haksız menfaat sağlanması, bir örtülü işlemle yapılarak kâr dağıtım niyeti peçelenmektedir.

Çalışmamızda öncelikle, kısaca anonim şirketler ve kâr payı dağıtımının, TTK'daki unsurları ve şekilleri ile kâr payı hakkındaki diğer ilgili zorunlu esaslar incelenmiştir. İlk bölümde, kâr payı dağıtımının genel olarak ne olduğu ve nasıl bir usulle kâr dağıtılabileceği konuları ele alınmış olup, devamında ise vergi kanunlarındaki örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımı müesseseleri de konumuzla sınırlı olarak incelenmiştir.

Türk hukukunda örtülü kâr dağıtımı müessesesinin, gerekçeleri ve örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin hukuksal açıdan isabetli olup olmadığı sorunu da ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Sonuç bölümünde ise bu nitelendirmenin yapılması

halinde, bundan etkilenen taraflar açısından “Örtülü Kâr Dağıtımını”nın etkileri ele alınarak, hukuki açıdan nitelendirmenin yerindeligi tartışma konusu yapılmıştır. Çalışma sonunda, tamamen vergi güvenliğinin sağlanması saikiyle yapılan “Örtülü Kâr Dağıtımını” nitelendirmesinin, hukukun temel ilkeleri ile ticaret hukuku açısından uygun bir nitelendirme olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bunun bir sonucu olarak çalışmamızda “Örtülü Kâr Dağıtımını” nitelendirmesi yerine başka hangi nitelendirmelerin yapılabileceğini de ortaya koymaya gayret ettik. Bunun için de temel olarak, vergi kanunlarına göre ortaya konan bahse konu tespitin TTK ve ticaret hukuku açısından da yerinde olup olmadığı sorunu tartışma konusu yapılmıştır. Bu konuda vergi uygulayıcılarının örtülü kâr dağıtımını tespiti yaparken, konunun TTK açısından etkilerinin dikkate alınmadığını genel olarak tespit etmiş bulunmaktayız. Ancak, şirketin pay sahibine/ilişkili kişiye yaptığı bir ödeme için kâr payı tespiti yapıldığında, şirketin diğer pay sahiplerinin ve bizatihi şirketin kendisinin de bu tespitten birinci derecede etkileneceği ortadadır. Bu nedenle de, hem yargı, hem vergi idaresi, hem de ticaret hukuku uygulamalarının birbiri ile uyumlu olmasının varlığının da bir zorunluluk olduğunu değerlendiriyoruz. Bu nedenle de dünyadaki diğer örneklerden de yola çıkarak, örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesinin vergi hukuku dışındaki alanlara olan etkisini de çalışmamızda ortaya koymaya gayret ettik.

İncelememizin amacını ve konunun derinlemesine ele alınması zorunluluğunu beraber değerlendirdiğimizde, çalışmamızın sınırlarının geniş olması gereği ortaya çıkacaktır. Örtülü kâr dağıtımını konusu temel olarak vergi kanunlarında düzenlenmiş bir konu olması nedeniyle, hangi durumlarda ve şartlarda örtülü kâr dağıtımının söz konusu olacağını tam olarak ortaya koymamız gerekmiştir. Bunun için de öncelikle “Örtülü Sermaye” konusunun şartları, unsurları ve etkileri ele alınmıştır. Devamında da örtülü kâr dağıtımının diğer şekli olan “Örtülü Kazanç Dağıtımını” konusunun, örtülü kâr dağıtımını açısından tüm yönleriyle ele alınması gerekmiştir. Kâr dağıtımını, temel olarak TTK’da düzenlenen bir uygulama olduğu için, ayrıca örtülü kâr dağıtımını açıklarken, örtülü olmayan açık kâr dağıtımının ne olduğunu ve tüm unsurlarını da ele almak mecburiyetindeyiz. Hâl böyle olunca burada ayrıca halka açık anonim şirketlerdeki duruma da değinmemiz gerekmiştir.

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile getirilen yeni düzenlemelere ve buradaki kâr payı hakkı ve örtülü kâr dağıtımı ile ilgili olabilecek hususların da ayrıca inceleme konusu yapılması zarureti doğmuştur. Bu alanlarda açıklama yaparken muhasebe ve işletme bilimi açısından örtülü kâr dağıtımı uygulamaları da, konumuzla sınırlı olacak şekilde incelenmiştir. Tüm bu alanlarda hali hazırdaki tespitleri beraber ele alıp, örtülü kâr dağıtımı konusunda hem vergi idaresi, Danıştay ve Yargıtay uygulamaları, hem de Sermaye Piyasası Kurulu uygulamalarının tüm yönleri ile ortaya konulmasına gayret edilmiştir.

Vergi Kanunları ve bu konudaki tebliğler, Ticaret Kanunu ile bu kapsamdaki yönetmelikler, Sermaye Piyasası Kanunu ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu kapsamdaki tebliğleri ile bunların gerekçeleri çalışmamızda ayrı ayrı incelenmiştir. Örtülü kâr dağıtımı ve açık kâr dağıtımı konusundaki Danıştay ve Yargıtay kararları da, kapsamı açısından genel nitelikli kararlar başta olmak üzere, ele alınmıştır. Özellikle, çalışmamızın tüm aşamasında OECD raporları olmak üzere, Almanya ve İsviçre Federal Mahkemeleri uygulamalarından da istifade edilmiştir. Bu alanda yapılmış tez çalışmaları, doktora tezleri başta olmak üzere incelenmiştir. Ek olarak vergi hukukçuları ile ticaret hukukçuları başta olmak üzere bu alanda yapılmış tüm çalışmalar incelenmiş ve güncel kaynaklar toplanmıştır. İnceleme yaparken, öncelikle ilgili kanun maddeleri ve gerekçeleri ile bunlara dayanak teşkil eden uluslararası kaynaklar ele alınarak değerlendirilmeler yapılmıştır. Kâr payı konusunda özellikle 6102 sayılı yeni TTK sonrası ortaya konan bilimsel çalışmalar ile bu konudaki Yargıtay kararları beraber incelenmiştir. Bunun yanında, vergi idaresinin bu alanda yaptığı çalışmalar incelenmiş ve bu konudaki yetkin Yeminli Mali Müşavirler ile konu tartışılmıştır. Devamında Maliye Bakanlığı'nın bu alanda çalışan yetkilileri ile görüşme yapılarak idarenin uygulamaları hakkında bilgi alınmıştır. Kaynak olarak tespit edilen tezlerde, konumuzla sınırlı olarak, özellikle 5520 sayılı KVK ve 6102 sayılı TTK sonrası hazırlanmış tez çalışmalarına öncelik verilmiştir. OECD raporları ile özellikle Almanya ve İsviçre'deki uygulamalarda kâr payı ile örtülü kâr payı arasındaki farkların hangi ölçülerde ortaya konulduğu tespit edilmeye çalışılmıştır. Tüm veriler, ilgili kanun maddeleri ve gerekçeleri ile birlikte ele alınırken örtülü kâr dağıtımı müessesesinin temel amacı tüm çalışma boyunca göz önünde tutulmuştur.

Çalışmamız üç ana bölümden oluşmaktadır. Öncelikle birinci bölümde, anonim şirketlerle ilgili çok kısa bir açıklama sonunda, kâr payı kavramının tanımı, hukuki niteliği ve unsurları ele alınmıştır. Devamında kâr payı dağıtım kararının niteliklerini ve usulüne göre bir kâr payı dağıtım kararının TTK'ya göre nasıl olması gerektiği konusu ele alınmıştır. Birinci bölümün sonunda ise, kâr payının hesaplanması ve uygulamada karşılaşılan şekilde yedek akçe ve kâr payı ilişkisine de konumuzla sınırlı olarak değinilmiştir.

İkinci bölümde “örtülü kâr dağıtımı” kavramı ele alınmıştır. Örtülü kâr dağıtımının hukuki niteliğinin, muvazaa mı, yoksa hakkın kötüye kullanımının vergi hukukundaki yansıması olan bir peçeleme mi olduğunun karşılaştırmalı bir şekilde incelenmesine gayret edilmiştir. Devamında ise, örtülü kâr dağıtımı müessesesinin ilk görünüm şekli olan örtülü sermaye konusu, hem OECD raporları hem de Türk hukuku kapsamında tüm unsurlarıyla birlikte ele alınmıştır. Bu bölümün sonunda “Transfer Fiyatlandırması” konusunun örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye ilişkisine de değindikten sonra, örtülü kazanç dağıtımı konusu tüm unsurları ve görünüş şekilleri ile birlikte inceleme konusu yapılmıştır.

Üçüncü bölümde ise, örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin ticaret hukuku ve TTK açısından isabetli bir nitelendirme olup olmadığı sorusuna cevap bulmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda, TTK ve KVK'daki düzenlemeler, gerekçeleri ile birlikte karşılaştırarak konu tüm yönleri ile ortaya konmaya gayret edilmiştir. Devamında örtülü kâr dağıtımını yapan veya buna katılan yöneticilerin TTK açısından sorumlulukları da ele alınarak, 6102 sayılı yeni TTK'nın “Yöneticilerin Sorumluluğu” konusunda getirdiği yenilik veya değişikliklere de değinmek zarureti hâsıl olmuştur. Bu bölümde son olarak, halka açık anonim şirketlerde örtülü kâr dağıtımının varlığı ve “Örtülü Kazanç Aktarımı” konusu örtülü kâr dağıtımını konusu ile karşılaştırılarak ele alınmıştır. Devamında da TTK'daki düzenlemeler ışığında, hali hazır duruma göre daha isabetli bir önerinin varlığının gerekip gerekmediği hususu da ele alınmış ve bu konuda uygulamada zaten var olan bazı öneriler getirilmiştir. Bu şekilde tüm çalışma boyunca, hem vergi hukuku hem de ticaret hukuku kapsamında örtülü kâr dağıtımı konusu tüm yönleriyle ele almayı gayret edilmiştir.

1. BÖLÜM

ANONİM ŞİRKETLERDE KÂR DAĞITIM

1.1. Anonim Şirket Kavramı

1.1.1. Tanımı ve Unsurları

Anonim şirketler, yapısı ve fonksiyonları itibariyle küçük tasarrufları bir araya getirerek bunları büyük yatırımcıların emrine sunan ve büyük teşebbüslerin oluşmasını sağlayan ekonomik yapılardır. Anonim şirketler, aynı zamanda temel amacı belli bir dönemde gerçekleştirmiş oldukları faaliyetler neticesinde kâr elde etmek ve elde ettikleri bu kârı pay sahiplerine dağıtmak olan sermaye ortaklıklarıdır¹. Anonim şirketler; sınırlı sorumluluk taşımaları, pay sahiplerinin taahhüt ettikleri sermaye oranında şirket tüzel kişiliğine karşı sorumlu olmaları, tüzel kişiliğin sağladığı ayrı malvarlığı ve örgütlü yapı ile uzman bir kadroya sahip olmaları itibariyle günümüz ekonomik düzeninin ve ticaret hayatının en önemli ve etkili araçlarından biridir.

Anonim şirket, TTK'nın 329'uncu maddesinde tanımlandığı üzere "*sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir*". Kanundaki bu tanımdan da açık bir şekilde anlaşılacağı üzere, anonim şirketler kanunen yasak olmayan her türlü iktisadi amacı gerçekleştirmek gayesiyle kurulan, pay sahiplerinin taahhüt etmiş oldukları sermaye payları ile sadece şirkete karşı sorumlu oldukları ve şirketi oluşturan pay sahiplerinden bağımsız birer tüzel kişiliğe haiz olan sermaye şirketleridir. Halka açık olsun veya olmasın anonim şirket pay sahibinin koymuş olduğu sermaye, almış olduğu risk ve yapmış olduğu yatırım karşılığında, pay sahibinin en doğal ve en önemli malvarlıksal hakkı, şirket tasfiye olmadığı sürece kârdan pay alma

¹ Eriş, G. (2004). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ticari İşletme ve Şirketler*, 3.Baskı, Cilt: III, Ankara- (TTK Şerhi-III), s.3356; Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2014). *Ortaklıklar Hukuku I*, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, İstanbul, (*Ortaklıklar Hukuku I*), s.230-281; **Yargıtay**, 11. H.D. 21.12.2006 tarihli ve E:2005/10060, K:2006/13738 sayılı kararında da, "*Anonim ortaklığın nihai amacının kâr elde edip ortaklarına dağıtması olduğu*" vurgulanmıştır. (www.kazanci.com).

hakkıdır. Bu nedenle de bu hak vazgeçilmez bir hak olarak kabul görmektedir². Çalışma konumuzu teşkil eden kâr dağıtımını konusundan önce kârın bünyesinde olduğu anonim şirketi temel yönleri ile ele almak gerekmektedir. TTK'ya göre anonim şirketin unsurları aşağıdaki gibi sıralanabilir:

1.1.1.1. Ticaret Unvanına Sahip Olmak

TTK uyarınca her tacir bir ticaret unvanı kullanmak zorundadır (TTK md.39/1). Bir ticaret şirketi olan ve tacir sıfatına sahip olan anonim şirketler de TTK'nın 18/1 ve 39/1'inci maddesindeki hükümler uyarınca, ticari faaliyetlerini yürütürken bir unvan seçip kullanmak ve işletmesiyle ilgili senetlerle diğer belgeleri bu unvan altında imzalamak zorundadır. Anonim şirketler, şirket esas sözleşmelerinde gösterilen ticaret unvanlarını, Ticaret Sicili'ne tescil ve ilan ettirmek zorundadırlar (TTK md. 40, 43, 44). Ticaret unvanının gerçeği yansıtması, kanunda belirtildiği şekilde oluşturulması ve kullanılması gerektiği genel olarak TTK'da hüküm altına alınmıştır. Sermaye şirketlerinde kullanılan ticaret unvanı ile ilgili olarak, TTK'nın 43'üncü maddesiyle şirket konusunun ve türünün unvanda açıkça gösterilmesi şartı getirmiş olup, 46'ncı maddede de unvana alınan eklerin gerçeğe aykırı olmaması hüküm altına alınmıştır³.

1.1.1.2. Sermayesi Belirli ve Paylara Bölünmüş Olmak

Anonim şirketin diğer şirket tiplerinden ayıran en belirgin özelliği; sermayesinin belirli sayıda birim değere bölünmüş olan payların toplamından oluşmasıdır. Bunun sonucu olarak, ortak kavramından ziyade “pay” kavramı belirleyici unsur olmuştur⁴. 6102 sayılı yeni TTK, “hisse” kavramı yerine “pay” kavramını, “ortak” yerine de “pay sahibi” kavramını tercih etmiştir. TTK'nın

² Tekinalp, Ü. (2013). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul, (Yeni Hukuk), s.300; Karahan, S. (1991). *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması*, İstanbul, (İmtiyaz), s.30; Moroğlu, E. (1993). *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İstanbul, (Hükümsüzlük), s.120; Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2005). *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, 10.Baskı, İstanbul, (Ort. ve Koop. Hukuku). s.515-516; **Yargıtay**, 11.H.D. 07.12.2004 tarihli ve E:2004/2805, K:2004/11915 sayılı; 11. H.D. 05.02.2010 tarihli ve E:2008/4676, K:2010/1315 sayılı; 11. H.D. 05.02.2010 tarihli ve E:2008/4676, K:2010/1315 sayılı; 11. H.D. 12.02.2001 tarihli ve E:2001/10112, K: 2001/1024 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

³ Ayhan, R., Özdamar, M. ve Çağlar, H. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 5.Baskı, Ankara, s.204.

⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 278; ARSLAN, İ. (1999), *Şirketler Hukuku Bilgisi*, 4.Baskı, Konya, s.147.

329'uncu maddesindeki tanımdan açıkça anlaşılacağı üzere pay, esas sermayenin belirli sayıda birim değere bölünmüş olan parçasıdır ve haklarla donatılmış ortaklık durumunu temsil eder⁵. Anonim şirket statüsü, şahıs şirketlerinden farklı olarak şahıslara değil, paylara bağlıdır⁶. Her pay şirket pay sahibinin şirket karşısındaki konumunu, haklarını ve yükümlülüklerini göstermektedir. Bir başka deyişle, ortakların sahip oldukları pay ve pay senetlerinin sayısı; pay sahiplerinin şirket yönetiminde yer alabilmeleri, şirketi ilgilendiren konularda oy kullanabilmeleri ve en önemlisi kâr ve tasfiye bakiyesinden pay alabilmeleri gibi mali hakları ile doğru orantılıdır.

Bu şirket tipinde payın sahip olduğu önem ve paya bağlanan hak ve yükümlülükler neticesinde "sermayenin korunması ilkesi"⁷ temel ve vazgeçilmez bir ilke olmuştur. Bu ilkenin gerçekleştirilebilmesi için; öncelikle bir sermaye şirketi olan anonim şirketlerde kanunen belirlenmiş asgari sermayenin, şirketin kuruluşunda eksiksiz ve fiilen oluşturulmasının temin edilmesi ve şirketin tasfiyesine kadar olan faaliyeti esnasında da korunması gerekecektir⁸. Bu ilk aşama gerçekleştirildikten sonra da şirket tasfiye edilene kadar esas sermayenin kanunda öngörülen koşullar ve sınırlar haricinde açık veya örtülü bir biçimde, pay sahiplerine iade edilmesinin önüne geçilmesi gerekecektir. Nitekim bu durum TTK'nın 480'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında, "*pay sahipleri sermaye olarak şirkete verdiklerini geri isteyemezler; tasfiye payına ilişkin hakları saklıdır*" denilmek suretiyle de hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde, TTK'nın şirketin kendi paylarını ancak belirli şartların varlığı halinde iktisap edebileceğini düzenleyen 612'nci maddesi veya kâr payının ancak net dönem kârından ve bu amaçla ayrılan

⁵ Domaniç, H. (1988). *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulamaları*, İstanbul, s.1054; İmregün, O. (1989). *Anonim Ortaklıklar*, (Anonim Ortaklıklar), 4.Baskı, İstanbul, s.273.

⁶ Bahtiyar, M. (2005). *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul, s.74.

⁷ 6102 sayılı TTK'nın 480'inci maddesinin 3'üncü fıkrası; "*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 görülmeyle, bu terim yerine "*malvarlığının korunması*", bir başka ifadeyle ortaklığın sahip olduğu tüm özvarlığın korunması ilkesi benimsenmiştir; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.287; Bilgili, F. ve Demirkapı, E. (2013)., *Şirketler Hukuku*, 9.Baskı, Bursa, s.204 vd; *Malvarlığının korunması ilkesi* için bkz; Pulaşlı, H. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, (Yeni Şirketler Hukuku), Ankara-s.353 vd; Sermayenin korunması ilkesi diğer birçok OECD üyesi ülke hukukunda da kabul edilmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz; Micheler, E. (2010, March). Disguised Returns of Capital-An Arm's Length Approach, *Cambridge Law Journal*, 69(1), 151 vd.

⁸ **Sevi**, A. M. (2013). *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, (İade Edilmesi Yasağı), 1.Baskı, Ankara, s.72.

yedek akçelerden dağıtılabileceğini öngören 509'uncu maddesi de şirket esas sermayesinin korunması gerekliliğine ilişkin getirilen kanuni düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir⁹.

Sermayeyi¹⁰, sermaye şirketleri bakımından önemli ve mutlaka muhafaza edilmesi gereken bir unsur haline getiren nedenlerin başında “sınırlı sorumluluk ilkesi” gelmektedir. Sınırlı sorumluluk ilkesi çerçevesinde, şirketin üçüncü kişilere ve alacaklılarına karşı sorumluluğunun şirket tüzel kişiliğiyle sınırlandırılmış olması bu açıdan oldukça önemlidir¹¹. Burada pay sahipleri getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarı itibari ile şirkete karşı sınırlı olarak sorumlu olurken, şirket ise borçlarından dolayı mal varlığıyla alacaklılara karşı sınırsız olarak sorumludur. Bunun doğal bir sonucu olarak şirketten alacağı olanlar sadece şirketin malvarlığı değerlerine başvurabileceklerdir. Hal böyle olunca, alacaklı üçüncü kişilerin ve kâr elde etmek amacıyla şirkete yatırım yapan pay sahiplerinin, alacaklarının teminatı olarak şirket esas sermayesinin güçlü bir mali yapıya sahip olması ve korunması gerekmektedir. Bu nedendir ki TTK, sermayenin muayyen ve önceden belirlenmiş olması şartını aramaktadır. Ayrıca bu amaca hizmet etmek için her bir pay sahibinin şirkete getirmeyi taahhüt ettiği sermaye miktarı ve bu taahhüdün sermayeye oranı ile şirketin esas sermayesinin ne kadar olduğunun şirket esas sözleşmesinde açık bir şekilde gösterilmesi şarttır¹².

⁹ Karahan, S. (2013). *Şirketler Hukuku*, (Şirketler Hukuku), 2. Baskı, Konya, s.355 vd.

¹⁰ **Sermaye** ile ilgili olarak yazar çalışmasında isabetli tespitlerde bulunmuştur: “*Sermayeden maksat esas sermaye veya kayıtlı sermayeli şirketlerde çıkarılmış sermayedir. Yeni TTK klasik şirketler için de kayıtlı sermaye sistemine geçişi kabul etmiştir (m. 332). Yeni TTK, 6762 sayılı TTK m. 324'den farklı olarak, sermaye kayıplarında yalnızca esas sermayeyi veya çıkarılmış sermayeyi değil, bununla birlikte kanuni yedek akçeleri de hesaba katmaktadır. Bu değişikliğin sebebi konusunda gerekçede açıklık yoktur. Ancak değişiklik su yönden olumludur. Kanuni yedek akçeler emredici kanun hükümleri gereği ayrılması zorunlu olan ve belirli amaçlara sarf edilebilen fonlardır. Esas sermaye alacaklıların asgari güvencesi olarak korunduğu gibi, artık sermaye kaybı ve borca batıklık yönünden kanuni yedek akçeler de hesaba katılacak, bunların da kısmen veya tamamen kaybı da derhal önlem alınmasını gerektirecektir. Sermaye kaybı ve borca batıklıkta kanuni yedeklerin de dikkate alınması şirketin mali durumunun bozulması halinde daha erken müdahale etmeyi ve tedbir almayı gerektireceğinden olumlu bir değişiklik olarak değerlendirilmelidir.*” (Bkz; Kayar, İ. Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, *Tebliğ*, s.646. <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak %C3%BCitedergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf>, (son yararlanma tarihi; 20.07.2014).

¹¹ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.394-395; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.328 vd.

¹² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.278.

1.1.1.3. Şirketin Borçlarından Sınırlı Sorumluluk

Şirketin malvarlığıyla, pay sahiplerinin malvarlıklarının ayrılması ilkesinin¹³ gereği olarak, pay sahipleri sadece şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri sermaye miktarı ile şirkete karşı sorumlu olacaktır¹⁴. Bir başka deyişle, şirketten tahsil etme imkânı bulunmayan alacaklar için şirket pay sahiplerine başvurulması mümkün değildir. Dolayısıyla, anonim şirketin ticari faaliyetleri sonucu doğacak alacak ve borçlarının muhatabı münhasıran anonim şirketin kendisi olup, şirketin kendisinin sorumlu olması esasına dayanan “sınırlı sorumluluk ilkesi”¹⁵ gereğince ayrıca pay sahiplerinin sorumluluğuna gidilemeyecektir¹⁶. Bu nedendir ki, bir önceki bölümde detaylı olarak açıklandığı üzere şirket alacaklılarının, alacaklarının güvence altına alınabilmesi ve menfaatlerinin korunabilmesi için şirket esas sermayesinin mümkün olduğu kadar güçlü olmasının ve korunmasının temin edilmesi gerekecektir.

Nitekim TTK’da bu korunmanın sağlanması amacıyla tesis edilen hükümlerin başlıcaları şöyledir: Kuruluş sırasında esas sermayenin tamamen ve muvazaadan arı olarak taahhüt edilmesi (TTK md.332,341); nakdi sermayenin yüzde yirmi beşinin tescilden önce, geriye kalanının ise tescilden sonra en geç 24 ay içerisinde ödenmesi zorunluluğu (TTK md.344); aynı sermayenin değerinin şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce tespiti¹⁷ (TTK md.343); itibari değerinden aşağı bir bedelle pay

¹³ **Malvarlığının ayrılığı ilkesi** hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.45 vd; **Bilgili ve Demirkapı**, a.g.e, s.198-199.

¹⁴ Doktrinde buna “Tek Borç İlkesi” denilmektedir. Tek borç ilkesi hakkında bilgi için bkz; Karahan, S. ve Pulaşlı, H. *Şirketler Hukuku*, s.687 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.328; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.793 vd; Bkz; I. Bölüm, md.3, dpnt: 200.

¹⁵ **Sınırlı sorumluluk ilkesi** hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.287; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.29,351-352; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.394-395.

¹⁶ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.353-354.

¹⁷ Kural olarak aynı sermayenin değeri TTK madde 343’e göre şirket merkezinin bulunacağı yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerce tespit edilir. Ancak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı; 27.09.2013 tarihinde yayımladığı Sayı:5003549.449/023 numaralı Genelge ile anonim şirkete sermaye olarak konulabilecek alacakları ikiye ayırarak; **1. Sermaye artırımı yapılacak anonim şirkete, pay sahibinin başka bir kişiden olan alacağını aynı sermaye olarak koymak isterse:** Alacağın varlığının tespitinde; şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerin raporunun sicile ibrazının şart olduğu belirtilmiştir. **2. Sermaye artırımı yapılacak anonim şirkete, pay sahibinin artırım yapılacak şirketten olan alacağı aynı sermaye olarak konulacaksa:** Alacağın varlığının tespitinde; şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesince atanan bilirkişilerin raporunun sicile ibraz edilebileceği gibi, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir raporuyla da aynı sermaye değerinin tespit edilebileceği (alacağın yalnızca şirkete nakit olarak verilen borçtan kaynaklanması ve ibraz

oluşturulamayacağı kuralı (TTK md.347); her yıl, yıllık kârın yüzde beşinin kanuni yedek akçe olarak ayrılmasının zorunlu kılınması (TTK md.519/1); pay sahiplerinin sermaye taahhüdü borcunu ifa etmemesi durumunda uygulanacak hukuki yaptırımlar ve iskat prosedürünü düzenleyen hükümlerdir (TTK md. 481-483)¹⁸.

1.1.1.4. Kanunen Yasaklanmamış Her Türü İktisadi Faaliyette Bulunmak

TTK'nın 16'ncı maddesi uyarınca tacir sıfatına sahip olan anonim şirketler kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç için kurulabilecektir. Anonim şirketler, göstermiş oldukları bu iktisadi faaliyetlerin doğal ve nihai bir sonucu olarak da, diğer tüm ticari ortaklıklarda olduğu gibi, kâr elde etmeyi ve elde ettikleri bu kârı ortakları arasında paylaştırmayı amaçlamaktadır¹⁹(TTK md.331).

1.1.1.5. Asgari Bir veya Birden Fazla Pay Sahibi Bulunması

TTK'nın 338'inci maddesine göre, bir anonim şirketin kurulabilmesi için en az bir kurucu ortağın bulunması gerekli ve yeterlidir²⁰. 6102 sayılı yeni TTK'da, mülga 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak ortakların sayısının beşten aşağı düşmesi fesih sebebi olarak sayılmamıştır.

1.1.1.6. Asgari Sermayeye Sahip Olmak

Anonim şirketlerin asgari kuruluş esas sermayesi elli bin Türk Lirasının (50.000 TL) altında olamaz. Ancak kayıtlı sermaye sistemini benimseyen anonim şirketlerde bu sermaye miktarı asgari yüz bin Türk Lirası (100.000 TL) olarak belirlenmiştir (TTK md.332). 6102 sayılı yeni TTK ile birlikte mülga 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, halka açık olmayan anonim şirketler bakımından da kayıtlı sermaye²¹ sisteminin mümkün olabileceği kabul edilmiştir. Esas sermayenin azaltılması suretiyle dahi olsa şirketin esas sermayesi kanunda öngörülen asgari

edilen raporda da bu alacağın nakdi borçlanmadan kaynaklandığının açıkça belirtilmesi şartıyla), ve denetime tabi şirketlerde bu tespitlere ilişkin raporun da ibraz edilebileceği, ifade etmiştir.

¹⁸ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.355.

¹⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.624.

²⁰ Mülga 6762 sayılı TTK'nın 277'nci maddesine göre, bir anonim şirketin kurulabilmesi için en az beş (5) kurucu ortağın bulunması gerekirdi.

²¹ **Kayıtlı sermaye** hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.20; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.390-391.

kuruluş esas sermayesinin altına düşürülemez. Sermayenin korunması ilkesinin öneminin açıklandığı yukarıdaki bölümde değinildiği üzere, anonim şirketlerin borçlarından kendi malvarlığı ile sınırsız olarak sorumlu olması ve hukuken kendisini meydana getiren pay sahiplerinden ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip olması nedenleriyle, başlangıçta mevcut olan asgari sermaye miktarının şirketin sona ermesine kadar var olması gerekmektedir. Yönetim kurulunun temel görevlerinden biri sermayenin korunmasıdır.

Sermayenin korunması ile ilgili olarak, TTK'nın "sermayenin kaybı, borca batık olma durumu" başlıklı 376'ncı maddesinde, yönetim kuruluna sermayenin belli oranlarda kaybedilmesi halinde derhal tedbir alma ve konuyu genel kurula götürme görevleri de verilmiş olup, eksik sermayenin tamamlanması halinde şirketin kendiliğinden sona ereceği de aynı maddede hüküm altına alınmıştır²². TTK'nın 376'ncı maddesinin 2'nci fıkrasına göre, "*Son yıllık bilançoya göre, sermaye ile kanuni yedek akçeler toplamının üçte ikisinin zarar sebebiyle karşılıksız kaldığı anlaşıldığı takdirde, derhâl toplantıya çağrılan genel kurul, sermayenin üçte biri ile yetinme veya sermayenin tamamlanmasına karar vermediği takdirde şirket kendiliğinden sona erer*" ifadesi ile şirketin sermayesini belli şartlarda kaybetmesi halinde izleyeceği yol hüküm altına alınmıştır. Kanunun gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, böyle bir durumun varlığı halinde kanunla, şirketin durumunu bir an önce açıklığa kavuşturarak, harekete geçmesini hızlandırmayı amaçlanmaktadır. Aynı şekilde 376'ncı maddenin 3'üncü fıkrasındaki²³ hüküm ile şirketin borca batık olması durumunda uygulanacak kurallar kaleme alınarak, yönetim organının gereken önlemleri alma konusunda

²² **Sermayenin kaybı ve borca batık olma** durumlarında, yönetim kurulunun görevleriyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.376 vd; Karaman, *S. Şirketler Hukuku*, s.756; Kayar, *İ. a.g.e.*, s.644-658.

²³ 6102 sayılı TTK'nın 376'ncı madde 3'üncü fıkrasında; "*Şirketin borca batık durumda bulunduğu şüphesini uyandıran işaretler varsa, yönetim kurulu, aktiflerin hem işletmenin devamlılığı esasına göre hem de muhtemel satış fiyatları üzerinden bir ara bilanço çıkarır. Bu bilançodan aktiflerin, şirket alacaklılarının alacaklarını karşılamaya yetmediğinin anlaşılması hâlinde, yönetim kurulu, bu durumu şirket merkezinin bulunduğu yer asliye ticaret mahkemesine bildirir ve şirketin iflasını ister. Meğerki iflas kararının verilmesinden önce, şirketin açığını karşılayacak ve borca batık durumunu ortadan kaldıracak tutardaki şirket borçlarının alacaklıları, alacaklarının sırasının diğer tüm alacaklıların sırasından sonraki sıraya konulmasını yazılı olarak kabul etmiş ve bu beyanın veya sözleşmenin yerindeliği, gerçekliği ve geçerliliği, yönetim kurulu tarafından iflas isteminin bildirileceği mahkemeye atanan bilirkişilerce doğrulanmış olsun. Aksi hâlde mahkemeye bilirkişi incelemesi için yapılmış başvuru, iflas bildiri olarak kabul olunur*" hükmü bulunmaktadır.

harekete geçirilmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla sermayenin korunması ticaret hukukunda anonim şirketlerin temel ilkelerinden biridir.

1.1.2. Anonim Şirketin Özellikleri

1.1.2.1. Tüzel Kişiliğe Sahip Olmak

Anonim şirketler, esas sözleşmelerinin ticaret siciline tescili ile birlikte, pay sahiplerinden ayrı ve bağımsız bir tüzel kişilik kazanırlar (TTK md. 355). Bu sebeple tescil kurucu etkiye sahiptir²⁴. Tescil edilmiş esas sözleşme, tescilin tabi olduğu otuz (30) gün içinde Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilir (TTK md.354/1). Durum böyle olmakla beraber, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın yayımladığı '*Anonim ve Limited Şirketlerin Sermayelerini Yeni Asgari Tutarlara Yükseltmelerine ve Kuruluşu ve Esas Sözleşme Değişikliği İzne Tabi Anonim Şirketlerin Belirlenmesine İlişkin Tebliğ*'de²⁵ belirlenen faaliyet alanlarında çalışan anonim şirketler ancak Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'nın izni ile kurulabilirler (TTK md. 333/1). Burada ayrıca önemle belirtmek gerekir ki, şirket ile şirkette pay sahibi olanların kişilikleri ve malvarlıkları ayrı ve birbirlerinden bağımsızdır. Bu nedenle, hukuken bağımsız bir tüzel kişilik taşıyan anonim şirket, ortaklığın borçlarından kendi malvarlığı ile sınırsız olarak sorumludur.

1.1.2.2. Kâr Elde Etme Amacı

Tescil ile birlikte ayrı bir tüzel kişilik kazanan anonim şirketler, tescil tarihinden itibaren tacir sıfatına sahip olurlar. Tacir olmanın ve ticari alanda faaliyet göstermenin gereği olarak her tacir gibi anonim şirketlerin de nihai amacı kâr elde etmektir²⁶. Kâr şüphesiz ki şirketin bir yıllık faaliyet sonuçlarını ortaya koyan en önemli göstergedir. Kâr elde etmenin sonucunda ise; kârın ne şekilde dağıtılacağı, ne kadarlık kısmının devlete vergi olarak aktarılırken, kalan kısmının ne oranda şirket bünyesinde yedek akçe olarak ayrılıp, pay sahiplerine ne miktarda kâr dağıtımını yapılacağı hususlarının tespiti büyük önem arz etmektedir.

²⁴ Ayhan, Özdamar ve Çağlar, *a.g.e.*, s.183.

²⁵ 15.12.2012 tarihli ve 28468 sayılı Resmi Gazete.

²⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.624.

Şüphesiz ki şirketin elde ettiği bütün kârın pay sahiplerine dağıtılması düşünülemez. Zira şirketler basiretli tacir gibi ticari hayatın muhtemel risklerine karşı gerekli önlemleri almak, bugünün ve geleceğin koşullarını gerçek ve ölçülü bir şekilde değerlendirmek durumundadır. Bu nedendir ki, gerek asıl amacı kârdan pay almak olan şirket pay sahipleri ve şirket malvarlığının korunması ve devamlılığı amacını güden şirket tüzel kişiliği; gerekse kâr paylarını, dağıtan şirket ve kârdan pay alan pay sahibini vergilendiren devlet gibi, farklı menfaat grupları arasında dengenin sağlanması son derece önemli bir gerekliliktir.

Konu bir bütün olarak değerlendirildiğinde, kârın hesaplanması, dağıtım şartları, usulü ve vergilendirmesi anonim şirketler hukukunun ve vergi hukukunun ortak inceleme alanını oluşturup çalışmamızın ileriki bölümlerinde²⁷ bu konuyla ilgili detaylı açıklamalar yapılacaktır.

1.1.3. Anonim Şirketin Türleri

Ekonominin gelişen ihtiyaçlarına paralel olarak anonim şirket türleri çoğalmaktadır. Dünya ekonomisinde olduğu gibi Türkiye ekonomisinde de sermaye piyasasının etkin hale gelmesiyle birlikte, halka açık anonim şirketler yaygınlık kazanırken, ticari hayatın gerekleri sonucu ve dünyadaki diğer hukuk sistemleri ile paralellik sağlamak amacıyla da “tek kişilik anonim şirket” ve “şirket topluluğu” gibi müesseseler 6102 sayılı yeni TTK’nın kapsamına alınmıştır.

Doktrinde anonim şirketler çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulabilir. Konumuzu sınırlandırmak bakımından çalışmamızın bu bölümünde, bu şirket türlerine ilişkin temel özellikler ele alınarak kısaca incelenecektir.

1.1.3.1. Ortak Sayısına Göre Tasnif

1.1.3.1.1. Tek Kişilik Anonim Şirketler

6102 sayılı TTK’nın getirdiği en yeni ve çarpıcı düzenlemelerden biri olan tek kişilik anonim şirketler, bugün pek çok hukuk düzeninde kabul gören bir

²⁷ **Kârın Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; I. Bölüm, md.4.

anonim şirket modelidir²⁸. 6102 sayılı TTK, Avrupa Konseyi'nin 89/667/AET sayılı şirketlere dair 12'nci Yönergesi'nin tanıdığı imkândan yararlanarak tek kişilik anonim şirketlerin kurulması ve çalışmasını kabul etmiştir. Bugün hukukumuzda tek kişilik anonim şirket kuruluşuna imkân tanıyan TTK'nın 338'inci maddesi "*Anonim Şirket kurulabilmesi için pay sahibi olan bir veya birden fazla kurucunun varlığı şarttır*" diyerek kurucular için asgarî bir sayı öngörmemiştir. Böylece tek kişilik anonim şirketin kurulmasına veya tek pay sahibi ile devam etmesine izin verilmiştir²⁹.

Şirket paylarının tek kişinin elinde toplandığı söz konusu anonim şirket uygulamasında, tek pay sahibi, tek başına genel kurulun bütün yetkilerini kullanabilir ve bütün kararları alabilir. Ancak genel kurul sıfatı ile verilen bütün kararların TTK'nın 408'inci ve 422'nci maddelerine göre geçerlilik kazanabilmeleri için genel kurul kararı olduğunun belirtilmesi ve yazılı olarak yapılması şarttır. Aynı şekilde TTK'nın 371'inci maddesi, tek kişilik anonim şirketlerde, bu pay sahibi ile şirket arasındaki sözleşmenin geçerli olmasını, sözleşmenin yazılı şekilde yapılması şartına bağlamıştır.

Bu düzenleme ile birlikte şirketi tek elden yönetmek ve aynı zamanda sınırlı sorumlu sermaye şirketi kurma amacını taşıyan yatırımcılar, artık anonim şirket kuruluşu için kanunda öngörülen asgari kişi sayısını sağlamak için mecburen yanlarına dört pay sahibi daha bulmak zorunda kalmayacaklardır. 6102 sayılı yeni TTK'nın tek kişilik şirket kurulmasına izin vermesiyle, şirket kurmak isteyen kişiler en az beş ortak zorunluluğunu yerine getirebilmek için eşine, çocuğuna, akrabalarına, muhasebecisine veya avukatına sembolik birer hisse vererek göstermelik ortak almak suretiyle, asgari sayı şartını sağlamaya çalışmak yerine, tek başına ayrı bir tüzel kişiliğe sahip sermaye şirketi kurabileceklerdir. Böylece şirket sahibinin, yanına akademik literatürde "saman adam" diye adlandırılan

²⁸ Kurumsal olarak ilk defa, 1980 tarihli **Alman** Limited Şirketler Kanun'unda (GmbH Gesetz) limited şirketlerin **tek kişilik şirket** olarak kurulabileceği kaleme alınmıştır. Aynı yöndeki benzer düzenleme **İngiliz** Şirketler Kanunu'nda da (Company Code 2006) mevcut olup, Bölüm 2, Madde 7 (1)'de şirket kuruluşunda izlenecek usulü düzenleyen madde hükmüne göre; "*A company is formed under this Act by one or more persons*" denilmek suretiyle, kanun kapsamında "*şirketler bir veya birden fazla kişiyle kurulabilecektir*" ifadesi hüküm altına alınmıştır. İlgili madde hükmü 6102 sayılı TTK'nın 338'inci maddesi ile paralellik göstermektedir.

²⁹ **Tek kişilik anonim şirket** hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.71 vd.

yapay pay sahipleri alması zorunluluğu ortadan kalkmış olacaktır³⁰. Bu düzenlemenin getirdiği diğer bir imkân ise yabancı sermayenin Türkiye'ye girişinin teşvik edilmesidir. Şöyle ki, bu yasal düzenlemeyle Türkiye'de yatırım yapmak isteyen yabancı yatırımcılar, yerli bir yatırımcı arayışına ihtiyaç duymadan doğrudan yatırımlarını tek pay sahibi olarak bizzat gerçekleştirebileceklerdir.

Tek kişilik anonim şirketlerin kendilerine özgü yapısı nedeniyle bir takım sorunlarla karşılaşılması muhtemeldir. Bunların başında şirket alacaklılarının, şirket çalışanlarının ve kamunun daha fazla korunması meseleleri gelir. Yukarıda değinildiği üzere, tüm anonim şirketlerde olduğu gibi, tek kişilik anonim şirketlerde de pay sahibinin kişiliği ile ortaklığın kişiliğinin birbirinden ayrılması hususu, başka bir deyişle malvarlığının ayrılığı ilkesi önem arz etmektedir³¹. Malvarlıklarının birbirinden ayrılması ve bunun doğal sonucu olarak da şirketin alacaklılarının şirketin malvarlığına, pay sahibinin alacaklılarının da pay sahibinin malvarlığına başvurması gerekmektedir.

Sınırlı sorumluluk ilkesinin gereği olarak şirket borçlarından dolayı pay sahiplerine gidilemeyecek olması, tek pay sahipli anonim şirketlerde hakkaniyete aykırı ve kötüye kullanımlara neden olabilecek sonuçlar doğurabilmektedir. Sınırlı sorumluluk ilkesinin kötüye kullanımını engellemek için öğreti ve Yargıtay uygulamalarında “perdenin kaldırılması”³² ilkesi benimsenmiştir. Pay sahibi, şirkete ait malvarlığını kendi malvarlığı gibi kullanmışsa örneğin; şirketin malvarlığını kendine veya yakınlarına aktarmış veya şirketi, kendi borçlarından kurtulmak için bir araç olarak kötüye kullanmışsa, bu durumda temelde “kanuna karşı hile” veya vergi hukukuna yansımış hali olarak “peçeleme”³³ söz konusu olduğundan³⁴ perde

³⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *a.g.e.*, s.28.

³¹ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.45 vd; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.198-199.

³² **ABD Hukukunda Bartle v. Home Owners Cooperative** (N.Y. 1955) kararı “perdenin kaldırılması” müessesesini düzenleyen emsal nitelikteki kararlardan biridir. Bu karara göre, perdeyi kaldırma teorisi, “aldatıcı davranışları önlemek veya hakkaniyeti sağlamak” amacına yöneliktir. **Mahkeme benzer nitelikteki kararlarında, şirket tüzel kişiliğinin şahsi sorumluluktan kurtulmak için kullanılmasının adaletsizliğe neden olduğu ve bu nedenle şirketin tüzel kişiliğinin arkasındaki pay sahibi/ortağa gidilmesi gerektiğini karara bağlamıştır.** <https://www.quimbee.com/cases/bartle-v-home-owners-co-op>, (son yararlanma tarihi; 17.08.2013); **Perdenin kaldırılması** konusuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Yasaman, H. *Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku İle İlgili Makaleler*, Mütalaalar, Birlikçi Raporları, Cilt:II, İstanbul-2013, s. 77; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.687 vd.

³³ **Peçeleme** konusu ile ilgili açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.1.2.

³⁴ Taylar, Y. *Vergi Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Genel Esaslar ve Bağlamda Bir Danıştay Kararının Değerlendirmesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türkiye'ye Armağan Projesinde Yayınlanmıştır, <http://www.law.ankara.edu.tr/s.5>,(son yararlanma tarihi; 04.08.2013).

(peçe) kaldırılarak pay sahibinin örtülü işleminin arkasındaki esas işleme itibar edilmek sureti ile tek kişinin sorumluluğuna gidilir³⁵. Başka bir deyişle, “*tüzel kişinin bağımsızlığı (onu oluşturan gerçek kişilerden ayrı bir varlık oluşu) sınırlanır ve üye ile tüzel kişilik özdeş kabul edilir*”³⁶. Burada ilk bakışta ticari hayata uygun gibi gözükken örtülü bir işlem vardır. Ancak özel hukuk biçimleri ve kurumları olağan kullanımları dışında kötüye kullanılarak, bir nevi kanunun dolanılması yoluna gidilerek, pay sahibinin menfaatlerinin meşru olmayan şekilde arttırılması söz konusu olmaktadır³⁷.

Dünya üzerinde farklı hukuk sistemlerinde ekonomik gereklilikler sonucu ortaya çıkan ve Türk hukuku açısından yeni bir düzenleme niteliğinde olan tek kişilik anonim şirketlerin, ticari hayatta tercih edilen bir şirket tipi olup olmayacağını uygulama belirleyecektir. Durum bu olmakla beraber, çok pay sahipli anonim şirketlere ait genel hükümlerin tek pay sahipli şirketlere de uygulanacak olması, tek kişilik şirketin sağlayacağı pratik faydalar ve şirket kurmak için mülga 6762 sayılı TTK'nın aradığı asgari beş kişi şartının bire indirilmesi unsurları birlikte değerlendirildiğinde, bu şirket tipinin Türk hukuk sisteminde de geniş yer bulacağı kanaatindeyiz.

1.1.3.1.2. Çok Ortaklı Anonim Şirketler

Uygulamada en sık rastlanan şirket tiplerinden biri olan çok ortaklı anonim şirketler birden fazla pay sahibinin bir araya gelmesiyle kurulur. Sınırlı sorumluluk ve tüzel kişilik unsurları bakımından tek ortaklı anonim şirketler ile çok ortaklı anonim şirketler arasında bir fark bulunmamaktadır.

³⁵ Tekinalp, Ü. *Tek Kişilik Ortaklık I*, Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık, (Tek Kişilik Ortaklık), İstanbul-2011, s.47.

³⁶ Antalya, G. (2008). *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, I. Uluslararası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul, s. 152.

³⁷ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; I. Bölüm, md.6.

1.1.3.2. Halka Açık Olup Olmamasına Göre Tasnif

1.1.3.2.1. Kapalı Anonim Şirketler

Halka kapalı anonim şirketler payları halka arz edilmemiş olan veya ortak sayısı 500 kişiyi geçmediği için halka arz edilmemiş sayılan şirketlerdir. Bu ortaklık tipinde genel olarak, anonim şirketin sunmuş olduğu sınırlı sorumluluk ve ayrı bir tüzel kişiliğin varlığı avantajlarından yararlanmayı amaçlayan az sayıda pay sahibi bulunmaktadır. Bu şirket tipinde genel olarak, aile üyelerinden veya aralarında bir şekilde yakınlık bulunan kişilerden oluşan pay sahiplerinin ticari faaliyetlerini anonim şirket yapılanması ile sürdürmesi söz konusudur. Halka açık olmayan anonim şirketlere 6102 sayılı TTK hükümleri uygulanacaktır.

6102 sayılı yeni TTK'nın halka açık olsun veya olmasın tüm anonim şirketler için "kayıtlı sermaye" sistemini kabul etmesi ile birlikte hukukumuzdaki halka kapalı anonim şirket ile halka açık anonim şirket arasındaki önemli bir fark da ortadan kalkmıştır.

1.1.3.2.2. Halka Açık Anonim Şirketler

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) 16'ncı maddesine göre halka açık anonim şirketler, pay senetleri borsada işlem gören veya ortak sayısının 500 kişiyi geçtiği belirlenip, pay senetleri halka arz edilmiş sayılan şirketlerdir. Bu tanımdan yola çıkarak, halka arz kavramı SerPK 3'üncü maddesinin (f) fıkrasına göre, "*sermaye piyasası araçlarının satın alınması için her türlü yoldan çağrıda bulunulması, halkın tasarruflarını menkul kıymetlere yatırarak iktisadi kalkınmasını sağlamaya davet veya bu kanuna göre sermaye artırımları dolayısıyla payların veya pay senetlerinin satışını*" ifade eder. Halka arz edilmiş sayılan anonim şirketlerden kasıt ise; pay senetleri borsaya kote edilmemiş olmakla beraber, eğer şirketteki pay sahibi sayısı 500'ü geçmişse bu şirketlerin de halka açık anonim şirket kategorisinde değerlendirilmesi ve bu şirketlerin de sermaye piyasası mevzuatına tabi olmasıdır.

Halka açık anonim şirketlerde, öncelikle bu şirket türüne ait özel düzenlemeleri içermesi sebebiyle, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından, SerPK'ya uygun olarak çıkarılan tebliğ hükümleri uygulanır. Konu ile ilgili hüküm bulunmayan hallerde ise genel kanun niteliğinde olan TTK'nın ilgili hükümleri uygulama alanı bulur.

Anonim şirket türlerini ifade ederken, her ne kadar doğrudan bir anonim şirket türü olmasa da, şirketler topluluğuna da kısaca değinmek gerekmektedir. 6102 sayılı TTK ile getirilen “şirket topluluğu” müessesesi uygulamadaki önemli bir boşluğu doldurmuş ve bu müessese ile ticari hayattaki gereksinimler karşılanmaya çalışılmıştır³⁸. Şirketler topluluğu ilk olarak Alman hukukunda “konzern” ve Anglo-Amerikan hukukunda “Corporate Group” diye adlandırılarak uygulama alanı bulmuş olup, daha sonra İsveç, Hollanda, Brezilya gibi ülkeler de ulusal hukuklarında bu şirket tipine ait özel düzenlemelere yer verilmiştir³⁹.

Genel bir tanımla şirketler topluluğu; *“topluluk içinde yer alan her bir şirketin faaliyet konuları yönünden aynı sektöre bağlı olsun veya olmasın, hukuken bağımsız ayrı birer tüzel kişiliğinin mevcut olduğu, ancak hâkim şirketin pay ve oy haklarının çoğunluğu veya diğer hâkimiyet araçları ile diğer bağlı şirketin/şirketlerin karar alma mekanizmalarına etki edebildiği⁴⁰, ve hâkim şirketin diğer bir şirketin yatırım, işletme ve finansman politikalarını belirleme ve kontrol etme gücüne sahip olduğu⁴¹, hâkim şirket ve bağlı şirketlerden oluşan ve kontrol/hâkimiyet gücü hâkim şirkette olan iştirakler bütünüdür”⁴².*

6102 sayılı TTK'nın 195 ila 209'uncu maddelerinin gerekçesinde şirketler topluluğu hakkında detaylı açıklamalar yapılmış, şirketler topluluğunun dayandığı temeller izah edilmeye çalışılmıştır. 6102 sayılı TTK'nın 195'inci maddesinde; ana/hâkim şirket ve bağlı/yavru şirket kavramları ile aralarındaki hukuki ilişki açık

³⁸ **Şirketler topluluğunda örtülü kâr dağıtım** konusu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.1.2.7.

³⁹ Bkz; 6102 sayılı TTK Gerekçe'sindeki 195 ve 209'uncu maddeler arası şirketler topluluğu ile ilgili genel açıklamalar.

⁴⁰ Okutan Nilsson, G. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, (Şirketler Topluluğu), 1. Baskı, İstanbul, s.210, 211; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.131 vd.

⁴¹ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.121; Okutan Nilsson, G. *Şirketler Topluluğu*, s.98.

⁴² Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.540; Akbulak, Y. (2011 Temmuz-Ağustos). Yeni Bir Kurum Şirketler Topluluğu, *Mali Çözüm Dergisi*, ISMMMO, s.261,262.

bir şekilde belirlenmiştir⁴³. 6102 sayılı TTK'nın 195'inci maddesindeki⁴⁴ hüküm ile şirketler topluluğunun sınırı çizilmiştir. Bu düzenleme ile bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunmasının, bu şirketin hâkim şirket olduğunun göstergesi olduğu kabul edilmiştir⁴⁵.

6102 sayılı yeni TTK ile hukuk sistemimize kazandırılan bu müesseseyle amaçlanan; şirketlerin sorumluluk sınırlarının belirlenerek, hâkim şirketin kontrol ve hâkimiyet altında bulundurma gücünün kötüye kullanılmasının önlenmesidir. Hâkim şirketin bu güçlerini kötüye kullanarak pay sahibi oldukları bağlı şirketler üzerinden yaptıkları hakkaniyetsiz işlemler neticesinde bu durumdan etkilenen bağlı şirketlerin, şirket alacaklılarının, şirket pay sahiplerinin ve hatta şirket çalışanlarının zarara uğratılmasının önlenmesi ve haklarının korunması da, bu müessesenin amaçları arasında sayılmaktadır⁴⁶. Bu düzenleme ile şirketler arasında örtülü kâr dağıtımının önüne geçilebileceği⁴⁷ ve böylece hem pay sahiplerinin hem de vergi idaresinin haklarının ihlalinin engellenebileceği düşünülmektedir⁴⁸.

⁴³ 6102 sayılı TTK'nın 195 ve 196'ncı maddeleri.

⁴⁴ 6102 sayılı TTK'nın 195'inci maddesinde; “a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya, 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya, 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarıyla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. (2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir. (3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir. (4) Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır. (5) Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır. (6) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder” hükmü bulunmaktadır.

⁴⁵ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.555 vd.

⁴⁶ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.141 vd; 6102 sayılı TTK'nın 195'inci madde gerekçesi.

⁴⁷ Topluluk içindeki şirketlerin, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını yapmaları konusundaki açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.1.2.7.

⁴⁸ Akbulak, Y, *a.g.e.*, s.272; **Şirketler Topluluğunda hâkimiyetin kötüye kullanılmasından doğan sorumluluk davaları** ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.433 vd; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.129 vd.

1.1.4. Pay Kavramı ve Pay Sahipliği Hakları

Pay, anonim şirketler hukukunun çatısını oluşturan, belirleyici ve teknik özellikler taşıyan en temel kavramdır⁴⁹. Genel bir tanımla pay, esas sermayenin belirli sayıda birim değere bölünmüş olan parçasını ifade eder. Bu birim değere “itibari değer” yahut “nominal değer” denir. Pay kavramının sahip olduğu önemin altında yatan nedenlerin başında, pay sahipliği sıfatını kazanmanın, kâr ve zarara katılma gibi pay sahipliği haklarından yararlanmanın ve borçlar yüklenmenin pay kavramına bağlanmış olması yatmaktadır. Nitekim kârın dağıtılmasındaki temel ölçü pay sayısıdır. TTK’ya göre, anonim şirketlerin en belirgin ve kendine has özelliği esas sermayesinin belirli ve paylara bölünmüş olmasıdır.

Pay, anonim şirketin kuruluşunun veya sermaye artırımında sermaye artırımına ilişkin alınan genel kurul kararının ticaret siciline tescili ile oluşur⁵⁰. Bu nedenle, pay ve pay sahipliği hukuksal bir işlem olan tescil ile doğar ve tescilden itibaren hüküm ifade eder⁵¹. Bu şekilde oluşan “pay” anonim şirketlerde pay sahipliği sıfatını kazanmak, hak ve borçların sahibi olmak bakımından en önemli ölçüttür. Sermayeyi temsil eden paya sahip olan kişiler “ortak” veya 6102 sayılı TTK’daki ifadesiyle “pay sahipliği”⁵² sıfatını kazanır.

Aksi esas sözleşme ile zorunlu hale getirilmemişse, anonim şirketlerde pay, senede bağlanmadan “çıplak pay” şeklinde oluşturulabileceği gibi⁵³, diğer şirket türlerinden farklı olarak, payları temsil etmek üzere kıymetli evrak niteliğine haiz nama veya hamiline yazılı olabilen senetlere de bağlanabilir⁵⁴. Ancak pay senede bağlanmadan önce de mevcut olduğundan⁵⁵, pay sahipliği sıfatını kazanmak için şirketin pay senedi çıkarması gerekmez⁵⁶. Zira ortaklık hak ve borçlarının doğumu bakımından pay senedi çıkarılması kurucu değil, açıklayıcı, yani bildirici etkiye

⁴⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıkla Hukuku I*, s.545; İmregün, O. *Anonim Ortaklıklar*, s.273.

⁵⁰ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.630 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıkla Hukuku I*, s.578.

⁵¹ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.724.

⁵² Çalışmamızda, “**ortak**” kavramı yerine, 6102 sayılı TTK’daki “**pay sahibi**” kavramı tercih edilmiştir.

⁵³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıkla Hukuku I*, s.547 vd; **Yargıtay**, 11. H.D. 10.11.2006 tarihli ve E:2006/10237, K:2006/11498 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁵⁴ Sevi, M. A. *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, (Payın Devri), 2. Baskı, Ankara-2012, s.26.

⁵⁵ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.541; İmregün, O. (2003). *Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Hükümler-Kambiyo Senetleri-Makbuz, Senedi Varant*, (Kıymetli Evrak), İstanbuls.11.

⁵⁶ **Yargıtay**, 12. H.D. 03.05.2010 tarihli ve E:2009/29850, K:2010:10936 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

sahiptir⁵⁷. Bu konu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte, pay senetlerinin bildirici nitelikte kıymetli evrak niteliğine sahip olduğu değerlendirildiğinden⁵⁸, tıpkı diğer kıymetli evrak türlerinde olduğu gibi hak ile senet iç içe geçmektedir⁵⁹. Payın senede bağlanmasının, o payın kullanılmasına hiçbir etkisi yoktur. Bir başka ifadeyle payın senede bağlanmış olması haklarda, borçlarda veya paya tanınan imtiyazlarda bir değişiklik yaratmaz. Payın senede bağlanmış olmasının en önemli faydası, ortaklık payının kolaylıkla tedavül edilebilir hale gelmesidir⁶⁰. Şirket tarafından payın senede bağlanması durumunda, paydan doğan haklarla ilgili işlemler, bu pay senetlerinin devri suretiyle gerçekleştirilecektir⁶¹.

Pay kavramı yasal düzenlemelerde ve doktrinde ihtiva ettiği anlamlar bakımından aşağıdaki sınıflandırmalara tabi tutulabilir:

1.1.4.1. Esas Sermayenin Bir Parçası Olarak Pay

Payın söz konusu bu anlamı TTK'nın 329'uncu maddesinden doğmaktadır. Bu anlamda pay, esas sermayenin belirli sayıda birim değere bölünmüş parçasını, bir başka deyişle bütün olan şirket sermayesinin bir parçasını teşkil eder. Böylece sermayeden ne kadar pay sahibi yaratılmak isteniyorsa, sermaye o kadar pay adedine bölünür ve her pay diğerlerinden bağımsız olarak ortaklık haklarının ve borçlarının muhatabı olur⁶².

Anonim şirketler hukukunda her payın bir itibari (nominal) değeri olup, itibari değeri olmayan pay yoktur⁶³. Esas sermaye tüm payların itibari değerinin toplamından oluşur⁶⁴. Şirket esas sözleşmesi ile farklı itibari değerde paylar

⁵⁷ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.728.

⁵⁸ Öztan, F. (2008, Temmuz). *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, s.34; Bilgili ve Demirkapı, a.g.e, s.541; 6102 sayılı TTK'nın 484'üncü madde gerekçesi.

⁵⁹ Taşdelen, N. (2005). *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının Kazanılması*, İstanbul, s.13.

⁶⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.545; Karyağdı, N. (1997, Ocak). GVK madde 38 Uyarınca Gelir ve Kurumlar Vergisi Mükellefleri Açısından Anonim Şirketlerin Hisse Senedi Satışlarında Maliyet Artışı, (Hisse Senedi Satışlarında Maliyet Artışı), *Vergi Dünyası Dergisi*, (185), 153.

⁶¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.580 vd; Payın nama ya da hamiline yazılı pay senedine bağlanmamış olması durumunda, **Yargıtay**, 11.H.D. 16.11.2009 tarihli ve E:2009/7735, K:2009/11931 sayılı kararında belirtildiği üzere, **çıplak payların** TBK'nın 162'inci vd. maddelerine göre temlik suretiyle devri söz konusu olacaktır (www.kazanci.com).

⁶² Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.725.

⁶³ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.629; İmregün, O. *Anonim Ortaklıklar*, s.273.

⁶⁴ Bilgili ve Demirkapı, a.g.e, s.198 vd; ANSAY, T. (1982). *Anonim Şirketler Hukuku*, 6.Baskı, Ankara-s.35; İmregün, O. (2001). *Kara Ticaret Hukuku Dersleri*, (Kara Ticaret Hukuku), 12. Baskı, İstanbul, s.261.

oluşturulabilmesi mümkün olmakla beraber, kural payların itibari değerlerinin birbirine eşit olması ve bu değerlerin şirket esas sözleşmesinde Türk Lirası olarak gösterilmesidir⁶⁵. TTK'nın 476'ncı maddesinin 1'inci fıkrasında, anonim şirketlerde her bir payın itibari değeri en az bir kuruş olarak belirlenmiş olup, "sermayenin korunması" ilkesi gereğince kanunda belirtilen itibari değer altında pay oluşturulamayacağı ve pay senedi çıkarılamayacağı aynı maddede düzenlenmiştir⁶⁶. Kanunda öngörülen itibari değer altında çıkarılan pay senetleri batıldır. TAŞDELEN⁶⁷, "*itibari değer altında çıkarılan pay senetlerinin şirketin sermayesinin azaltılması ve ortaklığın zarara uğraması sonucuna sebebiyet vereceğinden, bu durumda pay senetlerini çıkarma yetkisine sahip olan yönetim kurulunun sorumluluğunun doğacağı*" görüşündedir. Zira şirketin icra organı olan yönetim kurulu, şirket adına hareket ederken kanunun ve esas sözleşmenin kendisine yüklediği görevleri gereği gibi yerine getirmekle yükümlüdür. Bu durumda geçersiz pay senetleri nedeniyle zarar gören pay sahipleri ile şirketin, yönetim kuruluna tazminat davası açması mümkün olacaktır⁶⁸.

1.1.4.2. Pay Sahipliği Sifatının Oluşumunda Pay

Şahıs şirketlerinden farklı olarak anonim şirketlerde pay sahipliği hakları ve borçları pay sahibinin şahsına değil, pay sahipliğinin kişiliğinden ayrı soyut bir paya tanınır⁶⁹. Böylece payı anonim şirketin kuruluşunda veya daha sonra sermaye artırımında devir alarak iktisap eden kişi, esas sermayeye katılımından doğan ortaklık hakkı gereğince "pay sahibi" sıfatını kazanır ve paya bağlı olan tüm haklardan ve imtiyazlardan yararlanacağı gibi aynı zamanda borçlar altına da girer⁷⁰. Pay sahibi gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilecektir. Payın devri halinde pay sahipliği sıfatı da değişmektedir, bir başka ifadeyle pay el değiştirdikçe haklardan yaralanacak ve borçların muhatabı olacak kişi de değişmektedir⁷¹. Bu

⁶⁵ Anonim şirketlerde, esas sözleşmede belirtilmek kaydıyla **payların itibari değerleri birbirinden farklı olarak belirlenebilir**. (Bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.545).

⁶⁶ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.236; Taşdelen, N. *a.g.e.*, s.8.

⁶⁷ Taşdelen, N. *a.g.e.*, s.9.

⁶⁸ Tekinalp, Ü. (2011). *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığın Esasları*, 2. Baskı, İstanbul, (Ortaklıklar 2011), s.72.

⁶⁹ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s. 630 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.546; Arslanlı, H. Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği, (Pay Sahipliği), *İÜHFİM*, XXIII(1-2), 248; İmregün, O. *Anonim Ortaklıklar*, s.273.

⁷⁰ Sevi, A. M. *Payın Devri*, s.29.

⁷¹ Arslanlı, H. (1960). *Anonim Şirketler Umumi Hükümler*, (Umumi Hükümler), I, İstanbul-s.145.

durum payın sabit, pay sahipliği sıfatının değişken olduğunun, daha da önemlisi pay sahipliği mevkiinin, paya bağlı olduğunun açık bir göstergesidir⁷².

Anonim şirketlerde bir kişinin birden fazla payı elinde bulundurması mümkündür. Böyle bir durumun varlığı halinde ise pay sayısı kadar pay sahipliği mevki vardır. Payların birbirinden bağımsızlığı ilkesi gereğince, kişi sahip olduğu pay sayısı kadar hakların ve borçların muhatabı olur. Başka bir deyişle her pay, diğerlerinden bağımsız olarak sahibine haklar tanır ve borçlar yükler⁷³.

1.1.4.3. Pay Senedi ile Eş Anlamlı Olarak Pay

Anonim şirketler hukukunda pay ve pay senedi kavramları eş anlamlı kabul edilerek birbirleri yerine de kullanılabilirler⁷⁴. Ticari hayatın gereklerine hizmet etmek, paylar üzerindeki hukuki işlemleri kolaylaştırmak, paya devir ve dolaşım kolaylığı sağlamak amacıyla pay “kıymetli evrak” niteliğine haiz bir senede bağlanabileceği gibi, yukarıda da ifade edildiği üzere, senede bağlanmadan çıplak pay olarak da varlık gösterebilmektedir⁷⁵.

TTK'nın 484'üncü maddesine göre paylar, kıymetli evrak niteliğine haiz hamiline veya nama yazılı pay senetlerine bağlanarak somutlaştırılabilir. Halka kapalı anonim şirketlerde payın, pay senedine bağlanması zorunlu olmamakla beraber⁷⁶ 6102 sayılı yeni TTK'nın 486'ncı maddesi 2'nci fıkrasının öngördüğü kapsamlı düzenleme ile hamiline yazılı paylar bakımından pay senedi çıkarma zorunluluğu getirilmiştir. Aynı düzenleme ile pay senetleri bastırılincaya kadar yönetim kuruluna geçici ilmühaber çıkarma yetkisi de tanınmıştır. Maddenin 3'üncü fıkrasında da, “..azlık isterse nama yazılı pay senedi bastırılıp tüm nama yazılı pay sahiplerine dağıtılır “ hükmüyle azlığın bu yönde talebi halinde, nama yazılı pay senetlerinin bastırılmasının önü açılmıştır. 6102 sayılı yeni TTK ile getirilen bu düzenlemeler ile kapalı anonim şirketlerde pay senetlerinin bastırılmaması, dağıtılmaması yoluyla pay sahiplerinin pay sahipliği sıfatlarını ispattan yoksun

⁷² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.545; Taşdelen, N. *a.g.e.*, s.10.

⁷³ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.471; Arslanlı, H. Pay Sahipliği, s.253.

⁷⁴ 6102 sayılı TTK'nın 484'üncü maddesinde de açıkça ifadesini bulduğu gibi “hisse” ve “hisse senedi” yerine “pay” ve “pay senedi” kavramları kanuni terim olarak kullanılmaktadır.

⁷⁵ Bkz; dpnt:47-48-49; Sevi, A. M. *Payın Devri*, s.32.

⁷⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.552 vd; Arslanlı, H. Pay Sahipliği, s.170.

bırakılmaları ve devir olanaklarının sınırlandırılması gibi pay sahipleri üzerinde baskı yapılması suretiyle uygulanan hukuka aykırı yöntemlerin önüne geçilmeye çalışılmıştır⁷⁷. Bununla birlikte, yukarıda da ifade edildiği gibi, halka açık anonim şirketlerde de sermaye piyasası araçları olarak tanımlanan menkul kıymet niteliğine haiz pay senetleri, nama veya hamiline yazılı olarak ihraç edilebilmektedir. 6362 sayılı yeni SerPK'nın 13'üncü maddesine göre ise sermaye piyasası araçlarının nama veya hamiline yazılı olmalarına bakılmaksızın, senede bağlanmadan elektronik ortamda kayden ihracı esastır. Kaydileştirilmiş sermaye piyasası araçları, oluşturulan elektronik ortamda Merkezi Kayıt Kuruluşu (MKK) tarafından izlenir.

Pay senede bağlandıktan sonra pay ile ilgili yapılacak devir, rehin ve haciz gibi hukuki işlemlerin senet vasıtasıyla gerçekleştirilecek olması sebebiyle değişiklikler meydana gelecek olup⁷⁸ kıymetli evrak hukukunda hâkim olan "hak ile senedin iç içe geçme özelliği"⁷⁹ burada da uygulama alanı bulacaktır. Ancak öğretilerde ARSLANLI⁸⁰, İMREGÜN⁸¹ gibi pek çok yazarın ileri sürdükleri görüşe göre, her ne kadar pay senetleri kıymetli evrak niteliğine ve işlevlerine haiz olsalar da pay, senede bağlanmadan önce de mevcut olduğundan, pay senedi hukuken bildirici niteliğe sahip olan bir kıymetli evrak türü olma özelliğini taşımaktadır⁸².

1.1.4.4. Hakların ve Borçların Kaynağı Olarak Pay

Her pay, sahibine haklar tanıyıp borçlar yüklemektedir. Dolayısıyla paya sahip olan kişi sahip olduğu pay miktarı oranında payın kendisine tanıdığı kâr payı alma, tasfiye payı alma veya yeni pay edinmede ön alım (rüçhan) hakkı gibi para ile ölçülebilen malvarlıksal haklar ve genel kurula katılma, oy kullanma, bilgi alma, inceleme ve denetleme gibi katılma haklarından faydalanır. Pay sahibinin bu

⁷⁷ 6102 sayılı TTK'nın 486 ve 494'üncü madde gerekçesi.

⁷⁸ **Çıplak pay**, alacağın temliki hükümlerine göre devredilirken, pay senedine bağlanmış olan pay, senedin türüne göre kanunun aradığı işlem ve senedin devri ile hüküm ifade edecektir. (Bkz; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.548 vd).

⁷⁹ 6102 sayılı TTK'nın 645'inci maddesine göre; "Kıymetli evrak öyle senetlerdir ki, bunların içerdikleri hak, senetten ayrı olarak ileri sürülemediği gibi başkalarına da devredilemez".

⁸⁰ Arslanlı, H. *Pay Sahipliği*, s.272.

⁸¹ İmregün, O. *Kıymetli Evrak*, s.11.

⁸² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.545.

kapsamdaki tek borcu (tek borç ilkesi⁸³) ise taahhüt ettiği sermaye miktarının şirkete ödenmesinden ibarettir.

Pay sahibinin hakları çeşitli kıstaslara göre farklı sınıflandırmalara tabi tutulabilmektedir⁸⁴. Çalışmamızın konusu, kâr payı ile sınırlandırılmış olduğundan, bu bölümde sadece payın sahibine sağladığı haklardan olan malvarlığı ve yönetim/katılma haklarından⁸⁵ kısaca bahsedilecek olup, çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından, diğer pay sahipliği haklarından ayrıca ve detaylı olarak bahsedilmeyecektir.

1.1.4.4.1. Malvarlığı Hakları

Malvarlığı hakları; “kâr payı hakkı”, “tasfiye payı hakkı”, “iç kaynaklardan yapılan sermaye artırımında yeni payları edinmede öncelik hakkı”, “ön alım (rüçhan) hakkı” ve “hazırlık dönemi faizi hakkı” gibi para ile ölçülebilen bir değere sahip olan haklardır.

Kâr Payı Alma Hakkı

Kâr payı, pay sahibinin şirkete karşı sahip olduğu en önemli mali ve malvarlıksal haklarından biridir. Kâr payı ve unsurları⁸⁶ çalışmamızın ileriki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanacaktır. Bu kapsamda “kâr payı hakkı” genel olarak faaliyet yılı sonunda dağıtılmaya tahsis edilmiş net dönem karının varlığı halinde, genel kurulun kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre kârın dağıtılmasına karar vermesi halinde⁸⁷ pay sahiplerinin esas sermayedeki payları

⁸³ **Tek borç ilkesi** için bkz; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.687 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.328; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.793 vd; Bkz; I. Bölüm, md.3, dpnt: 200.

⁸⁴ Haktan vazgeçme imkânının bulunup bulunmamasına göre; **vazgeçilebilen ve vazgeçilemeyen haklar**; hakkın kapsamının değiştirilmesinde pay sahibinin rızasının aranıp aranmayacağına göre; **müktesep ve müktesep olmayan haklar**; payın sahibine sağladığı hakkın farklılığına göre; **imtiyazlı ve imtiyazsız haklar** ve hakkın konusuna, içeriğine göre; **malvarlığı hakları ve katılma/yönetimsel haklar**.

⁸⁵ Doktrinde paylardan doğan hakların tasnifinde kullanılan kavramlar bakımından bir birlik yoktur. PULAŞLI, konularına göre paya bağlı hakları “**malvarlıksal ve katılma**” olarak ayırır. (Bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.760-771). ARSLANLI ve DOMANIÇ ise “mali ve şahsi haklar” olarak sınıflandırır. (Bkz; Arslanlı, H. *Umumi Hükümler*, s.212; Domaniç, H. (1988). *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, İstanbul s.1021.

⁸⁶ Bkz; I. Bölüm, md.2.

⁸⁷ **Yargıtay**, 11.H.D. 07.11.2002 tarihli ve E;2002/6988, K:2002/10119 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

oranında talep etmesi mümkün olan alacak haklarıdır⁸⁸. Bir başka ifadeyle kâr payı, hesap dönemi sonunda dağıtılabılır bir kârın olması halinde, şirkete koymuş oldukları sermaye payı karşılığında pay sahiplerine ödenecek paradır⁸⁹.

Genel kurulda alınan karar sonucunda kâr payı artık pay sahibinin şirketten olan alacağı haline dönüşür⁹⁰. Şirketin kâr elde etmek ve bunu dağıtmak amacından doğan kâr payı, vazgeçilmez bir hak olmakla birlikte şirket, ancak esas sözleşmeye konulacak hükümler ve TTK'nın 523'üncü maddesinde gösterilen istisnai nedenlerin⁹¹ varlığının ispatı halinde kâr dağıtmaktan kaçınabilecektir⁹². Kişilerin şirkete ortak olmasındaki temel amaç kâr elde etmek olduğundan normal şartlar altında şirketlerin kârlarını düzenli olarak dağıtmaları beklenir. Durum bu olmakla birlikte şirketin elde ettiği kârın tamamının pay sahiplerine dağıtılması da düşünülemez. Zira şirketler ticari hayatın olağan risklerine, ileride karşılaşılabilecek muhtemel tehlikelere karşı basiretli bir tacir gibi davranarak

⁸⁸ **Pulaşlı, H.** *Yeni Şirketler Hukuku*, s.760; **Arslanlı, H.** *Umumi Hükümler*, s.212; **Yargıtay**, HGK. 03.06.1992 tarihli ve E:1992/11-279, K:1992/365 sayılı kararında, konuyla ilgili yerinde bir açıklama yapılmıştır; “*Özel Daire ilamında da değinildiği üzere, anonim şirketlerde kar payının ayrılmasına, dağıtımına ve bu dağıtımın şekline karar verecek organ, TTK.nun 360/1 ve 369/1-2. maddeleri hükümleri uyarınca şirketin genel kuruludur. Nitekim aynı hüküm, davalı anonim şirket ana sözleşmesinin 39/1-2 maddesinde de yer almış bulunmaktadır. Genel Kurulun bilançonun onanması ile kar paylarının dağıtılmasına ilişkin kararı, gerek uygulamada, gerekse doktrinde yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir (Bkz. Prof. Dr. F. Tekil Şirketler Hukuku, Cilt 2, Anonim Şirketler, İstanbul 1978, sh. 471-472). Bu ilkenin doğal sonucu olarak da kar payının ayrılması ve dağıtımına ilişkin genel kurul kararı, alındığı tarihten itibaren gerek ortaklar, gerekse diğer ilgililer bakımından alacak hakkı doğurur. Bir başka anlatımla, bilanço esaslarına göre saptanan dağıtılabılır safi kar, ancak genel kurul kararı ile kar payına dönüştürülebilir ve kar payları yine bu kararla tahakkuk eder. Genel kurul kararı alınmadan kar payı henüz tahakkuk etmiş olmayacağından, kar dağıtımı yapılamayacağı gibi, bu amaçla ortak veya diğer ilgililer tarafından şirket aleyhine bir dava açılması da mümkün olamaz (Bkz. Prof. Dr. Y. Karayalçın, Muhasebe Hukuku Ankara, 1988 sh. 135 vd. Prof. Dr. H. Domaniç, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 1988, sh.1535)” (www.kazanci.com).*

⁸⁹ Karayalçın, Y. (1988). *Muhasebe Hukuku, Kavramlar, İlkeler, Başlıca Sorunlar, Yeni Gelişmeler*, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araş. Ens, Ankara-127; Ayrıntılı bilgi için bkz; I. Bölüm, md.2.3.

⁹⁰ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.517; Eriş, G. TTK Şerhi-III, s. 3373 vd; **Yargıtay**, 11.H.D. 12.02.2001 tarihli ve E:2001/10112, K:2001/1024 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁹¹ 6102 sayılı TTK'nın 523'üncü maddesine göre; “(1) Kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez. (2) Genel kurul; a) Aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gereklirse, b) Bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımı yönünden haklı görülüyorsa, Kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına da karar verebilir. (3) Esas sözleşmede hüküm bulunmasa bile, genel kurul, şirketin işçileri için yardım sandıkları ve diğer yardım örgütleri kurulması veya bunların sürdürülebilmesi amacıyla veya diğer yardım ve hayır amaçlarına hizmet etmek üzere, bilanço kârından yedek akçe ayırabilir”.

⁹² **Yargıtay**, 11.H.D. 07.12.2004 tarihli ve E:2004/2805, K:2004/11915 sayılı; 11.H.D. 23.11.2006 tarihli ve E:2005/10060, K:2006/13738 sayılı; 11. H.D. 04.12.1997 tarihli ve E:1992/6928,K:1992/11163 sayılı kararları, (www.kazanci.com). **Kâr dağıtımından kaçınılamayacağı** ve 6102 sayılı yeni TTK'dan sonra her yıl şirketlerin **en az %5 oranda kâr dağıtmak zorunda oldukları** görüşü için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.623; Bu görüşe katılmıyoruz. Görüşümüz hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; dpnt:176.

içinde bulunduğu ekonomik ve hukuki çevre ve ileriye dönük planlarına göre kâr dağıtım politikasını oluştururlar. Şirketler elde ettiği kârdan kanunda belirtilen oranlardan daha yüksek oranda yedek akçe ayırma yoluna giderek güvence oluşturmayı da tercih edebilirler⁹³. Böylece şirketin devamlılığı, finansmanı ve güçlü bir ekonomik yapıya sahip olması sağlanacak ve aynı zamanda alacaklıların hakları da korunacaktır. Ancak isteğe bağlı yedek akçe olarak tanımlanan, bu tip fazladan yedek akçe ayırma işleminin kanuna, esas sözleşme hükümlerine ve nihayetinde iyi niyet kurallarına da uygun olarak yapılması gerekmektedir.

Diğer taraftan, pay sahibinin sahip olduğu kâr payı alma hakkı, dağıtılan kâr üzerinden belli oranlarda vergi alan Devlet açısından da önemlidir. Vergi kanunlarında dağıtılacak kârın ayrıca vergilendirilmesi gerektiğine ilişkin hükümler mevcuttur⁹⁴. Vergi daireleri gerçek kişilere dağıtılan kâr payları üzerinden, yaklaşık olarak %15 oranında stopaj vergisi⁹⁵ kesintisi yapmaktadır. Fazladan bu vergiyi ödemek istemeyen şirketler ise uygulamada, ya vergi sonrası kazançlarını sermayeye ilave etmeyi ya da örtülü (gizli) şekilde kâr dağıtımını yapma yolunu tercih etmektedirler. Bu gibi durumlarda ise ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımını gibi vergi güvenlik mekanizmaları karşımıza çıkacaktır⁹⁶.

Tasfiye Payı Alma Hakkı

Tasfiye en basit şekliyle şirketin malvarlığını elden çıkarıp, alacaklarını tahsil edip borçlarını ödeyerek, ilişki içinde bulunduğu pay sahipleri, yöneticileri ve diğer özel ve resmi kuruluşlarla olan ilişkilerini, aynı zamanda ticari hayatını sona erdirmesidir⁹⁷. Tasfiye genel olarak; *“malvarlığının nakde dönüştürülmesi, alacakların tahsil edilip borçların ödenmesi ve –varsa- kalanın, kural olarak, payları oranında pay sahiplerine dağıtılması”*⁹⁸ olarak tanımlanabilir. Tasfiyenin

⁹³ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.641; Yurtman, N. D. (1997). *Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı*, İstanbul, s.51.

⁹⁴ 193 sayılı GVK'nın 75, 94 ve 22'inci maddeleri ile 5520 sayılı KVK'nın 5'inci vd. maddeleri.

⁹⁵ **Stopaj vergisi** ile ilgili bkz; I. Bölüm, md.5, dpnt:256.

⁹⁶ **Örtülü Sermaye** konusu için bkz; II. Bölüm, md.2; **Örtülü Kazanç Dağıtımını** konusu için bkz; II. Bölüm, md.3.

⁹⁷ Ögredik, G. (2007, Şubat). Tasfiyesi Tamamlanan Firmalar Özsermaye Hesaplarına Ait Enflasyon Farkları İçin Vergi mi Ödemek Zorundalar, *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, s. 45.

⁹⁸ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s. 164.

sonuçlanması ile şirket ticaret sicilden terkin edilerek, hukuken tüzel kişiliği sona erecektir. Tasfiyeye giren şirketler, TTK'nın 543'üncü maddesinin 1'inci fıkrasına göre; tüm borçları ödendikten veya teminat altına alındıktan ve tüm işlemler tamamlandıktan sonra, şayet bir tasfiye bakiyesi kalmışsa kalan tutarı pay sahipleri arasında, ödedikleri sermayeler ve imtiyaz hakları oranında dağıtılmaktadır⁹⁹. Tasfiye sonucu kalan tutarın pay sahiplerine nasıl dağıtılacağına ilişkin esas sözleşmede herhangi bir düzenleme mevcut değilse, önce ödenmiş sermaye bedellerinin iade edileceği daha sonra kalan bakiyenin pay sahiplerine ödenmiş sermayeleri oranında dağıtılacağı doktrinde hâkim olan görüştür¹⁰⁰. TEKİNALP¹⁰¹ ise, kalan tasfiye bakiyesinin pay sahipleri arasında paylarının itibari değerleri oranında dağıtılması gerektiği görüşündedir.

Tasfiye sonunda ortaya çıkan tasfiye bakiyesinin pay sahiplerine dağıtılması sonucu vergi kesintisi yapıp yapılmayacağı ise üzerinde durulması gereken başka bir konudur. Tasfiye sonucu ortaya çıkan kazanç vergiye tabidir. Tasfiye dönemi sonundaki öz sermaye ile tasfiye dönemi başındaki öz sermaye arasındaki müspet fark sonucunda oluşan ticari kazanç üzerinden vergi kesintisi yapılmaktadır¹⁰².

⁹⁹ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.647 vd.

¹⁰⁰ Yasaman, H. a.g.e, s.619; Arslanli, H. (1961). *Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi*, (Anonim Şirketin Hesapları), Cilt:IV-V, Ankara-s.229; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.764.

¹⁰¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ort. ve Koop. Hukuku*, s. 534-535.

¹⁰² 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK) "**Tasfiye**" başlıklı 17'nci maddesinin birinci fıkrasında; "*her ne sebeple olursa olsun tasfiye haline girmiş kurumların vergilendirmesinde hesap dönemi yerine tasfiye döneminin geçerli olacağı, tasfiyenin kurumun tasfiyeye girmesine ilişkin genel kurul kararının tescil edildiği tarihte başlayacağı ve tasfiye kararının tescil edildiği tarihte sona ereceği, başlangıç tarihinden aynı takvim yılı sonuna kadar olan dönem ile bu dönemden sonraki her takvim yılı ve sonraki dönem için ilgili takvim yılı başından tasfiyenin bitiş tarihine kadar olan dönemin bağımsız bir tasfiye dönemi sayılacağı*" hükme bağlanmıştır. Anılan maddenin dördüncü fıkrasında ise "**tasfiye halindeki kurumların vergi matrahının tasfiye kârı olduğu, tasfiye kârının da tasfiye döneminin sonundaki servet değeri ile tasfiye döneminin başındaki servet değeri arasındaki olumlu fark olduğu**, tasfiye kârı hesaplanırken, ortaklara veya kurum sahiplerine tasfiye esnasında avans olarak veya diğer şekillerde yapılan her türlü ödemelerin tasfiye sonundaki servet değerine; mevcut sermayeye ilave olarak ortaklar veya sahipleri tarafından yapılan ödemeler ile tasfiye esnasında elde edilen ve vergiden istisna edilmiş olan kazanç ve iratların tasfiye döneminin başındaki servet değerine ekleneceği"; beşinci fıkrasında da "*tasfiye döneminin başındaki ve sonundaki servet değerinin, kurumun tasfiye dönemi başındaki ve sonundaki bilançosunda görülen öz sermayesi olduğu*" hüküm altına alınmıştır. Aynı Kanunun 15'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre de; "*vergiden muaf olan kurumlara dağıtılan kârın sermayeye eklenmesi kâr dağıtımı sayılmaz*". Gelir Vergisi Kanunu'nun (GVK) 75'inci maddesinin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı kâr paylarından, "*30'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında da tam mükellef kurumlar tarafından, Türkiye'de bir iş yeri veya daimi temsilci aracılığıyla kâr payı elde edenler hariç olmak üzere dar mükellef kurumlara veya kurumlar vergisinden muaf olan dar mükelleflere dağıtılan ve Gelir Vergisi Kanununun 75'inci maddesinin*

1.1.4.4.2. Katılma/Yönetim Hakları

Payın, sahibine tanıdığı yönetim, genel kurula katılma hakkı (TTK md.407), gündemde bulunan maddelere ilişkin görüşlerini açıklama, oy kullanma hakkı (TTK md. 434) pay sahibinin aydınlatılmasına hizmet eden kontrol ve denetlemeye (TTK md.437 f.2, f.4) ilişkin haklar, bilgi alma ve inceleme hakları, para ile ölçülebilen bir değere sahip olmayan katılma, yani yönetim haklarını oluşturur¹⁰³.

Yukarıda sayılan yönetim haklarından biri olan “oy hakkı” en geniş anlamda yönetime katılmak, yönetim organını ibra etmek, iptal davası açmak, bilgi edinmek, finansal tabloların, esas sözleşme değişikliklerinin onaylanması ve kârın dağıtımının sağlanması gibi pay sahibine tanınan en temel hakların kullanılmasına imkân tanımaktadır. Aksine bir düzenleme yoksa her payın en az bir oy hakkı vardır; ancak pay veya pay gruplarına şirket esas sözleşmesi ile oyda imtiyaz hakkı tanınabilir (TTK md. 479).

Pay sahibi oy hakkını kullanma mecburiyetinde olmamakla beraber, sahip olduğu paya bahşedilen bu haktan vazgeçemez. Doktrinde bazı yazarların savunduğu gibi, oyun kullanılmasının, payın bedelinin ödenmiş olması koşuluna bağlayan esas sözleşme hükümlerine geçerlilik tanınmasının¹⁰⁴ aksine, pay sahibinin sermaye taahhüt borcunu ödemediği durumlarda da, eğer iskat yoksa, oy hakkının devam edeceği görüşünde olan yazarlar da vardır¹⁰⁵. Ancak bu

ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı kâr payları üzerinden bu Kanunun 15'inci maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca vergi kesintisine tabi tutulanlar hariç olmak üzere vergi kesintisi yapılacağı” hüküm altına alınmıştır.22.07.2006 tarih ve 2006/10731 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen vergi kesintisi oranları,

– 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 15'inci maddesinin ikinci fıkrasında yazılı **kâr payları üzerinden % 15**,– 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 30'uncu maddesinin üçüncü fıkrasında yazılı **kâr payları üzerinden % 15**, –Tam mükellef kurumlar tarafından; tam mükellef gerçek kişilere, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara ve gelir vergisinden muaf olanlara dağıtılan, 75'inci maddenin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı **kâr paylarından %15**, – Tam mükellef kurumlar tarafından; dar mükellef gerçek kişilere ve gelir vergisinden muaf olan dar mükelleflere dağıtılan, 75'inci maddenin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde **yazılı kâr paylarından % 15 olarak belirlenmiştir.**

¹⁰³ **Katılma ve Yönetim Hakları** ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.771 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.311 vd.

¹⁰⁴ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.660; Teoman, Ö. (1973). Anonim Ortaklık Hukukunda Payın (Birim-Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi, ARSLANLI'ya Armağanı, *İkt. Mal*, XLX(12), 620-623.

¹⁰⁵ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.499 vd.

tartışmalar mülga 6762 sayılı TTK döneminde yapılmış tartışmalardır. 6102 sayılı TTK'nın "oy hakkının doğumu" başlıklı 435'inci maddesinde; "*Oy hakkı, payın, kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş en az miktarının ödenmesi ile doğar*" hükmü bulunmaktadır. Madde hükmüne göre oy hakkının, taahhüt edilen sermayenin asgari kısmının ödenmesi ile doğacağı sonucuna ulaşılabilir¹⁰⁶. Başka bir deyişle taahhüt ettiği sermayenin ¼'ünü ödeyen pay sahibinin, taahhüt ettiği tüm sermayeye tekabül eden tüm payların oy hakkını kullanabileceği gibi bir çıkarımda bulunulabilir. Ancak, madde gerekçesinde de; "*oy hakkı payın taahhüt edilmesiyle değil, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen tutarın ödenmesiyle doğar. 344'üncü ve devamı madde hükümleri uyarınca pay taahhüdünde bulunanlar ödeme yükümünü yerine getirmediğçe bu paylar için oy kullanamazlar*" açıklaması bulunmaktadır. Maddenin açık lafzındaki, "*en az miktarının ödenmesi ile doğar*" hükmü nedeniyle, taahhüt edilen sermayenin asgari miktarı ödendiğinde tüm taahhüt edilen sermayeye tekabül eden paylara ait oy hakkının kullanılabilmesi kanaatindeyiz¹⁰⁷. Ancak madde metni ve gerekçedeki açıklamanın tam olarak örtüşmediğini, doktrindeki tartışmalar ve Yargıtay kararları ile konunun netleşeceğini değerlendirmekteyiz.

Pay sahibinin "bilgi alma ve inceleme hakkı" ise kanunun gerekçesinde de ifade edildiği üzere kamuyu aydınlatma, kurumsal denetim ve dürüst hesap verme ilkelerinin gereği olarak 6102 sayılı yeni TTK ile açık ve kapsamlı bir şekilde düzenleme alanı bulmuştur¹⁰⁸. Yargıtay konuyla ilgili bir kararında¹⁰⁹; "*anonim ortaklığın, her bir ortağının, ortaklığın defter ve hesaplarını incelemekte hukuki yararları vardır. 6762 sayılı TTK'nın 363'üncü maddesi, öngördüğü ilke ile bu yararı kabul etmiş ve özel bir düzenleme getirmiştir. Davacıların, inceleme isteminde hukuki yararları olduğu gibi, bu istemin genel kurulca reddi, TTK'nın 363'üncü maddesi içeriğine de, aykırıdır*" şeklinde hüküm

¹⁰⁶ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.314.

¹⁰⁷ Aksi görüş için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.775.

¹⁰⁸ 6102 sayılı TTK'nın "**bilgi alma ve inceleme başlıklı**" 437'nci maddesinin gerekçesinde; "*6762 sayılı Kanunda, pay sahibinin genel kurulda bilgi almasına ilişkin hakkı, yani "bilgi alma hakkı" gerçek anlamı ile düzenlenmemiştir. Ayrıca 6762 sayılı Kanun, pay sahibinin genel kurul dışında bilgi almasına, yani inceleme hakkına teknik anlamı ile yer vermemiştir. 437 nci madde, çeşitli ülkelerin düzenlemeleri değerlendirilerek ve bağlı şirketler gerçeği de göz önünde tutarak bu eksikliği gidermeyi amaçlamıştır. Bu sebeple Tasarıyla, pay sahibine çağdaş ölçülerle örtüşen ve kamuyu aydınlatma, kurumsal denetim ve dürüst hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bulunan kapsamlı bir bilgi alma ve inceleme hakkı tanınmıştır. Hüküm her iki hakkı da içermektedir*" ifadeleri ile pay sahiplerine tanınan bu hakkın kapsamı ve amacı açıklığa kavuşturulmuştur.

¹⁰⁹ **Yargıtay**, 11.H.D. 16.12.1997 tarihli ve E:1997/7819, K:1997/9306 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

tesis etmiştir. Burada şu hususu önemle belirtmek gerekir ki; yukarıda sayılan malvarlıksal ve yönetim haklarından yararlanabilmenin ve bu hakları kullanabilmenin ön koşulu “pay sahipliği” sıfatına sahip olmaktan geçmektedir¹¹⁰.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, anonim şirketlerde “pay’ın” taşıdığı bu özellikler ve niteliği dikkate alındığında, “pay”ın; esas sermayenin bir parçası olması, esas sermayeye katılım miktarını gösteren bir senet olması, pay sahipliği sıfatının kazanılmasına hizmet etmesi ve pay sahibinin anonim şirketteki haklarının ve borçlarının ifadesi olması bakımlarından, anonim şirketlerin iskeletini oluşturduğu rahatlıkla ifade edilebilir.

1.2. Kâr Kavramı ve Niteliği

1.2.1. Kâr Kavramı

TTK’da ve öğretide sadece “kâr” kelimesi kullanılmamaktadır. Kâr payını ifade etmek için TTK’nın 455’inci ve 457’nci maddelerinde “kazanç”, SerPK’nın 19’uncu maddesinde “kâr payı” ve 26’ncı maddesinde “temettü” gibi farklı terimler kullanıldığından bu alanda kavram birliği yoktur. Bu farklı kullanımlara rağmen kâr, kazanç ve temettü kelimelerinin uygulamada ve mevzuatta eş anlamlı olarak kullanıldığı görülmektedir¹¹¹. Ancak, 6102 sayılı TTK’nın 507’nci maddesinin gerekçesine baktığımızda, “kazanç” ifadesinin şirketler hukukunda değil, vergi hukukunda kullanılan bir kavram olduğu ve ayrıca “kazanç payı”nın yeni TTK ile birlikte yönetim kurulu üyelerinin yıllık kârdan aldıkları kâr payını ifade etmek için özel teknik bir terim olarak kullanıldığı ifade edilmiştir¹¹².

Burada kısaca değinmek gerekirse, esasında “kâr” ve “kazanç” terimleri bir birinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Kanunlarımızda kâr-kazanç kavram ilişkisi ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, TTK’da genellikle “kâr” kelimesi kullanılmış olup, yukarıdada ifade edildiği üzere yalnızca yönetim kurulu üyelerine bu hizmetlerinin karşılığı olarak, kâr dağıtımı aşamında ödenecek

¹¹⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 610 vd.

¹¹¹ Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3356; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.760.

¹¹² Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.238-239; Bilgili ve Denirkapı, *a.g.e.*, s.391-392; 6102 sayılı TTK’nın 507’nci madde gerekçesi.

bedeller için “kazanç payı” ifadesi kullanılmıştır. Ancak TBK’da, bizce esasında “kâr” terimi ile ifade edilebilecek bazı durumlar için de “kazanç” ifadesi kullanılmıştır. Örneğin TBK 622 ve 623’üncü maddelerinde adi ortaklık kârını ifade etmek için “kazanç” kelimesi kullanılmıştır. Ancak kâr-kazanç kelimelerinin tercihi açısından TBK ile TTK arasındaki farklılığın net bir sebebi tam olarak ne kanunların lafzında ne de gerekçesinde bulunmaktadır. TBK’nın 622’inci maddesinin gerekçesinde daha önce “kâr” kelimesinin yerine “kazanç” kelimesinin kullanılması ile ilgili olarak *“ifadelerde arılaştırma yapıldığı”* ifade edilmiştir. Kanaatimizce, ticaret hukuku açısından 6102 sayılı TTK ile genel olarak kavram karmaşası çözülmüş olup, TBK’da ise “kazanç” kelimesinin tercih edilmesinin haklı bir gerekçesi bizce bulunmamaktadır. Ancak konumuzla ilgili olarak “örtülü kazanç dağıtımı” düzenlemesinden de yola çıktığımızda; kazançın, şirketin gelirlerinden giderler indirildikten sonra kalan miktar olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz. Şirketin elde ettiği giderler, belli faaliyet dönemi sonunda giderlerinden indirilecek olup, zaten şirket gelir elde etmek için belli zorunlara giderlere de katlanmak durumundadır. İşte bu zorunlu giderler yapılarak gelir elde edilmektedir. Örneğin, o geliri elde etmek için katlanan faaliyet giderleri buna örnek gösterilebilir. Şirket belli bir dönemde gelir elde etmek için zorunlu olarak katlandığı giderleri ödemeye mutakip, kalan kısmı kazanç olarak değerlendirebiliriz. Bu kazançtan, vergiler ve o gelirlerle doğrudan ilgili olmayan genel, ortak giderler düşüldükten sonra kâra ulaşılabilecektir.

Sözlük anlamı olarak kâr, *“alışveriş işlerinin sağladığı para kazancı, maliyet fiyatı ile satış fiyatı arasındaki farktır”*¹¹³. Vergi hukukundaki anlamıyla kâr, *“bir işletmenin belli bir dönem içinde gerçekleştirdiği ekonomik faaliyetler sonucunda elde ettiği gelir ile faaliyet için yapılan giderleri arasındaki olumlu farktır”*¹¹⁴. Aynı zamanda yine vergi hukukunda kârı, *“işletmenin ilgili hesap dönemi sonunda öz sermayesinin aynı hesap dönemi başındaki öz sermayesi ile karşılaştırılması sonucu elde edilen farka, dağıtılan kârlar ve işletmeden çekilen kıymetlerin*

¹¹³ Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türkçe Sözlük, Cilt:2, Ankara-1988, s.789.

¹¹⁴ Karyağdı, N. (2002). Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı, (Kâr Dağıtımı), Ankara-2000, s.1; Ansiklopedik Ekonomi Sözlüğü, İstanbul-s.189.

*eklenmesi ve işletme sermayesine eklenen kıymetlerin bu farktan düşülmesi yoluyla bulunan olumlu tutar*¹¹⁵ olarak da tanımlamak da mümkündür.

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 tutardır*”¹¹⁶.

Genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine göre bir hesap döneminin kârını aşağıdaki şekilde ifade etmek mümkündür:¹¹⁷ $Kâr = (Net\ Satışlar + Diğer\ Faaliyetlerden\ Olağan\ Gelirler) - (Satışların\ Maliyeti + Faaliyet\ Giderleri + Diğer\ Faaliyetlerden\ Olağan\ Giderler + Finansman\ Giderleri + Olağandışı\ Gider\ ve\ Zararlar)$ ¹¹⁸. Ticari kâr da denilen bu kârdan ödenmesi gereken vergi düşüldükten sonra bulunan kâra, “Dağıtımdan Önceki Kâr” denilmektedir¹¹⁹. Ticaret hukuku ile vergi hukuku ilkeleri arasındaki farklılıklar nedeniyle kâr tutarının belirlenmesinde farklı sonuçlar ortaya çıkabilmektedir.

TTK, SerPK ve vergi kanunlarının ilkeleri, hizmet ettikleri amaçlardaki farklılıklar nedeniyle kâr tanımında çeşitlilikler arz ettiği görülmektedir. Bir başka ifadeyle kâr, kârın belirlenmesinden farklı çıkarları olanlara göre farklı şekillerde tanımlanabilmektedir. Zira TTK kârı tanımlarken üçüncü kişilerin hak ve çıkarlarını, SerPK ise pay sahiplerinin haklarının korunmasını ön planda tutarken, vergi kanunları ise kârdan alınan vergi üzerinde yoğunlaşarak kârın tanımını yapmaktadır. Farklı tanımlandırmalara tabi tutulabilmekle beraber, genel olarak sermaye şirketleri bakımından dağıtılacak kâr, ticaret hukuku ilkelerine göre tespit edilen kârdır.

Yukarıdaki bölümlerde de değinildiği üzere, anonim şirketin varoluş amacı, bir ticaret şirketi olması sebebiyle, gerçekleştirdiği ekonomik faaliyetler sonucu kâr

¹¹⁵ Gündoğdu, B. (2004). Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı ve Muhasebeleştirilmesi, *Vergi Dünyası Dergisi* Sayı:279, s.55;

¹¹⁶ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.760; Birsal, M. (1973). Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı, İzmir, s. 18.

¹¹⁷ Karyağdı, N. *Kâr Dağıtımı*, s.24.

¹¹⁸ Erdamar, C. (1984). *Anonim Ortaklıklarda Karın Dağıtımı ve Vergilendirilmesi*, İstanbul, s.17.

¹¹⁹ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.306; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 625; Erdamar, C. *a.g.e.*, s.17.

elde etmek ve bunu pay sahiplerine dağıtmaktır¹²⁰. Kâr, şirketin bir yıllık faaliyet sonuçlarını ortaya koyan en önemli gösterge olmasının yanında, şirket faaliyetlerinin sürekliliği için zorunlu bir unsur olması sebebiyle de şirketin devamlılığının sağlanması bakımından hayati bir öneme sahiptir. Kâr şirketlerin belli bir hesap dönemi içindeki ekonomik faaliyetlerinin, performansının ve etkinliğinin ölçümü, devamlılığının sağlanması, gelecekteki yatırım kararlarının alınması bakımlarından en temel göstergedir. Bununla birlikte kâr pay sahipleri, şirket alacaklıları ve şirkete yatırım yapmayı düşünen üçüncü kişiler açısından da büyük önem arz etmektedir. Bu nedenledir ki kârın doğru tespit edilmesi birçok açıdan oldukça önemlidir.

1.2.2. Türleri

Yukarıda yapılan açıklamalar çerçevesinde kârın tespiti ve bilançonun oluşumunda dayanan temel değerlendirme noktalarındaki farklılıkların, kârın farklı tanımlandırmalara tabi tutulabilmesi neticesini doğurduğu görülmektedir. Mevzuatta farklı esaslar ve ilkeler dikkate alınarak kâr hesaplanmaktadır. Bu nedenledir ki bazen ticari bilançoda kâr gözükürken, mali bilançoda kâr, ticari bilançodakinden daha az gözükabilir veya hiç kâr gözükmez. Bu durumun tam tersi de mümkündür¹²¹. Bu farklılaşmalar nedeniyle kâr değişik sınıflandırmalara tabi tutulmaktadır. Bu sınıflandırmalar “ticari kâr”, “mali kâr”, “safi kâr” ve “dağıtılabilir kâr” olarak sayılabilir. Bu kapsamda, 6102 sayılı yeni TTK ile birlikte gündeme gelen “kâr payı avansı” müessesesinin de bu başlık altında incelemesi gerektiği kanaatindeyiz.

1.2.2.1. Ticari Kâr

Ticari kâr, ticaret hukukuna göre muhasebe ilke ve standartlarına uygun olarak düzenlenen ticari bilanço sonunda ortaya çıkan dönem kârıdır¹²². Ticari kâr kavramı, şirket gelir tablolarında yer alan dönem kârı ile eş anlamlıdır. Bu kâr

¹²⁰ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.637; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3355; İmregün, O. *Anonim Ortaklıklar*, s.294; Akyazan, S. (1975). Anonim Ortaklıklarda Paydaşların Müktesep Hakları, *BATİDER*, Ankara, 8(2), s.37.

¹²¹ Eriş, G. (2004). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ticari İşletme ve Şirketler*, (TTK Şerhi-II), Ankara-3.Baskı, Cilt:II, s.2642.

¹²² Karyağdı, N. (2002). *Türk Ticaret Sermaye Piyasası Kurumlar Vergisi ve Gelir Kanunları Kapsamında Kâr Dağıtımı ve Vergilendirmesi*, (Kâr Dağıtımı ve Vergilendirmesi), 2. Baskı, İstanbul-s.34.

aynı zamanda vergi öncesi kâr, gayri safi kâr ya da hesap dönemi kârı da denilmektedir¹²³.

Anonim şirketlerde kâr payı dağıtılmasının ilk şartı ticari kâr elde etmiş olmaktır. Bir başka anlatımla kâr dağıtımı bakımından TTK'da düzenlenen değerlendirme ölçülerine göre hazırlanan ticari bilanço esas alındığından, eğer ticari bilançoda kâr gözüküyorsa şirket pay sahiplerine kâr dağıtımı yapılamamaktadır¹²⁴.

1.2.2.2. Mali Kâr

Kâr üzerinden belli oranlarda devlet de vergi almaktadır. Anonim şirketler, vergi mükellefi olduklarından elde ettikleri kazanç kurumlar vergisine tabidir. Dolayısıyla kurumlar vergisi hesaplanırken vergi kanunlarındaki düzenlemeler dikkate alınacağından, burada hesaplanan kâr, mali kâr olacaktır. Bir diğer deyişle, mali kâr vergi kanunlarındaki ilke, kural ve değerlendirme ölçütleri uyarınca tespit edilen safi kurum kârıdır¹²⁵. Mali kâra ticari kârdan faydalanılarak ulaşılır¹²⁶. Dolayısıyla ticari bilançoda kâr gözüküyorsa şirket kâr dağıtımı yapamaz. Şirket bir gider yaptığında bu gider ticari kâr amacıyla hazırlanan bilançoda normal gider kalemleri içerisinde yer alır. Ancak şirketin yaptığı söz konusu gider vergi kanunları açısından, vergiden indirilemeyecek bir giderse, mali kâr amaçlı hazırlanan bilançoda bu gider, "Kanunen Kabul Edilmeyen Gider"¹²⁷ adındaki başka bir gider kaydında yer alacaktır. Mali kâr sadece vergiye konu olan miktarın, yani verginin matrahının bulunmasına hizmet eder, dolayısıyla bu tutara kâr dağıtımı yahut yedek akçe ayrılmasında başvurulamaz¹²⁸.

¹²³ Aşci, O. (2009). Anonim Ortaklıklarda Kar ve Karın Dağıtımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-s.14.

¹²⁴ Eriş, G. TTK Şerhi-II, s.2642.

¹²⁵ Acar, F. Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Vergilendirilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa-2005, s.23.

¹²⁶ Eriş, G. TTK Şerhi-II, s.2625.

¹²⁷ 5520 sayılı KVK'nın 11'inci maddesi.

¹²⁸ Akbilek, N. (2001). TTK ve SerPK Açısından Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Hakkı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.11.

1.2.2.3. Safi (Net) Kâr

TTK'nın kârı düzenleyen ilgili maddelerinde safi kâr kavramının tanımı yapılmamıştır. 6102 sayılı yeni TTK'nın 509'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında, mülga 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak "safi kâr" kavramı yerine "net dönem kârı" ibaresi kullanılmıştır¹²⁹. Uygulamada net dönem kârının kapsamı içerisinde, şirketin ödemesi gereken vergi vb. mali yükümlülüklerin bulunup bulunmadığının, bir başka anlatımla net kâr kavramının bilançoda yer alan ticari kâr mı, yoksa bu kârdan ödenmesi gereken vergiler düşüldükten sonra kalan kâr mı, olduğu hususunda görüş farklılıkları bulunmaktadır. Bu durum kanuni yedek akçe ve kâr payı miktarının tespiti bakımından büyük önem arz ettiğinden açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.

TTK'nın 509'uncu madde gerekçesinde net kârın vergi öncesi veya vergi sonrası kârı ifade etmesi hususunun, ticaret hukukundan ziyade vergi hukuku ve muhasebe ilkeleri çerçevesinde tespit edilmesi gereken bir konu olduğu ifade edilmiş, böylece görüş farklılıklarına ve bu konudaki tartışmalara açıklık kazandırılmamıştır. Konuyla ilgili ilerleyen bölümlerde açıklama yapılmış ve değerlendirmelerde bulunulmuştur¹³⁰. Mülga 6762 sayılı TTK'da bu konu ile ilgili açık bir hüküm bulunmamasına rağmen uygulamadaki hâkim görüşe göre safi kâr(net dönem kârı); genel bir ifadeyle elde edilen dönem kârından ödenmesi gereken vergiler ve diğer benzeri mali yükümlülükler indirildikten sonra kalan tutardır. Ancak dağıtılabilir kârı hesaplamak için safi kârdan geçmiş yıl zararları ile ayrılması gereken zorunlu yedek akçelerinden indirilmesi gerekmektedir. TTK'nın 509'uncu madde gerekçesinde de açıklandığı üzere, "net dönem kârı" ifadesi, "safi kâr" ifadesindeki belirsizliği ve bu konudaki tartışmaları, tam olmasa da¹³¹, genel olarak ortadan kaldırabilecek niteliktedir¹³².

¹²⁹ 6102 sayılı TTK'nın 509'uncu madde gerekçesinde, "safi kâr" deyiminin uygulamada ve öğretide açıklıktan yoksun bir kavram olduğu için eleştirildiği, "safi" sözcüğünün açık olmasına rağmen, "kâr" kavramının bir sıfatla tanımlanmasının gerektiğinin ileri sürüldüğünü, net dönem kârı ifadesi ile hangi kâr sorusunun, dönem kârı mı yoksa bilançoda geçen yıldan aktarılan kârı da içerebilecek olan bilançodaki kârı mı ifade ettiğinin belirsiz ve tartışmalara neden olduğu ancak "net dönem kârı" teriminin bu tartışmalara son verecek açıklıkta olduğunu ve uluslararası literatürde geçerli olan terim ile uyum sağlandığı belirtilmiştir.

¹³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz; I. Bölüm, md.4.1.1.

¹³¹ 6102 sayılı TTK'nın 509'uncu madde gerekçesinde; net dönem karının, vergi öncesi veya vergi sonrası kârı ifade etmesinin bir vergi hukuku sorunu olduğu ifade edilerek, bu sorunun tam olarak cevaplanmaması bizce yerinde olmamıştır. Çünkü kar payı dağıtımının, TTK'nın temel ilkelerine göre tam ve doğru olarak

Halka açık anonim şirketler bakımından safi kârın ne olduğu hususunda görüş farklılıkları yaşanmamaktadır. SPK tarafından çıkarılan, II- 19.1 sayılı “Kâr Payı Tebliği¹³³”nin 5’inci maddesinin düzenlemesiyle, “...TTK’ya göre ayrılması gereken yedek akçeler ile esas sözleşmede veya kâr dağıtım politikasında pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça; başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine, ortaklık çalışanlarına ve pay sahibi dışındaki kişilere kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, pay sahipleri için belirlenen kâr payı nakden ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz” açıklaması bulunmaktadır. Halka açık anonim şirketlerde daha öncesinde yürürlükte bulunan Seri:IV, No:27 sayılı Tebliğ’in aksine, safi kârın vergiden sonraki kâr olduğuna dair bir nitelendirmede bulunulmamıştır.

1.2.2.4. Dağıtılabilir Kâr

Dağıtılabilir kâr, TTK’ da düzenlenmemiş olup doktrinde belli bir hesap dönemi sonunda kâr elde etmiş bir anonim şirketin, kurumlar vergisi, diğer benzeri mali yükümlülükler, kanuni yedek akçeler ve varsa geçmiş yıl zararları ayrıldıktan sonra kârın kalan kısmı için kullanılan bir kavramdır¹³⁴.

Dağıtılabilir kâr ile safi kâr kavramları birbirinden farklı anlamlar ihtiva eder. Çok genel bir anlatımla; safi kârdan, öncelikle yedek akçeler ve diğer kanuni kesintiler yapıldıktan sonra dağıtılabilir kâra ulaşılır. TTK’nın 509/2’nci maddesine göre, kâr payı ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir. Madde gerekçesinde, şirketin kendi isteğiyle ayırdığı zorunlu olmayan tüm yedek akçelerin uygulamada “*dağıtılmak amacıyla*” ayrıldıkları belirtilmeden “*amaçsız olarak*” yedek akçe hesabına alındıkları, bu yedek akçelerde “*dağıtım amacı*”nın hiçbir zaman belirtilmediği, bu nedenlerle yorum güçlüklerine ve yanlış anlamalara sebebiyet vermemek için “*serbest yedek akçelerden*” ibaresinin tercih edildiği, şartlarını taşıması halinde fonlardan da kâr dağıtımını yapılabileceği

hesaplanması ve bu kapsamda hem şirket mal varlığının hem de pay sahiplerinin kar payı alma haklarının korunması hususunun bir şirketler hukuku sorunu olduğu kanaatindeyiz. Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklama için bkz; I. Bölüm, md.4.1.1.

¹³² 6102 sayılı TTK’nın 509’uncu madde gerekçesi.

¹³³ 23.01.2014 tarihli ve 28891 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

¹³⁴ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.306; Karayalçın, Y. (1990). Kanuni Yedek Akçenin İlk Ayrımı Açısından Safi Kâr Kavramı ve Dönem Vergi Borçları, (Kanuni Yedek Akçe), *BATİDER*, 15(3), s. 114.

belirtmiştir¹³⁵. Kârın hesaplanması başlıklı bir sonraki bölümde konuyla ilgili ayrıntılı açıklama yapılacaktır¹³⁶.

1.2.2.5. Kâr Payı Avansı

Anonim şirketlerde kâr payı dağıtım politikalarından biri de “kâr payı avansı”dır. Halka açık anonim şirketler açısından mülga 2499 sayılı SerPK’nın 15/4’üncü maddesinde kâr payı avansına ilişkin düzenlemeler yer almasına rağmen, mülga 6762 sayılı TTK’da bu konu ile ilgili her hangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak 6102 sayılı yeni TTK’nın 509’uncu maddesinin 3’üncü fıkrasında “*kâr payı avansı, Sermaye Piyasası Kanununa tabi olmayan şirketlerde, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının bir tebliği ile düzenlenir*” hükmü ile SerPK’ya tabi olmayan şirketler için de bu müessese uygulama alanı bulmuştur. Kanun’un gerekçesinde¹³⁷ açık bir şekilde izahını bulduğu gibi kâr payı avansını sadece halka açık anonim şirketlere özgülemenin haklı bir gerekçesi yoktur. Bu nedenledir ki bu uygulama 6102 sayılı yeni TTK ile kanunlaştırılmıştır.

6102 sayılı yeni TTK kapsamında, Gümrük ve Ticaret Bakanlığının çıkarmış olduğu Kâr Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliğ¹³⁸ ile SerPK’ya tabi olmayan anonim şirketler ile limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerin kâr payı avansı dağıtımında uyacakları usul ve esaslar düzenlenmiştir. İşbu düzenlemeden hareketle, intifa senedi sahiplerine, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyelerine ve pay sahipleri dışında kâra katılan diğer kimselere kâr payı avansı ödenemeyeceği (Tebliğ md.8/2) ifade edilebilir.

SerPK’ya tabi olan şirketlerin kâr payı avansı dağıtımını ayrı bir çalışma konusu olduğundan, çalışmamızda sadece kapalı anonim şirketlerin kâr payı avansı dağıtım esasları ile ilgili kısaca açıklamada bulunulacaktır. Bu doğrultuda, kâr payı avansı dağıtımını, şirketlerin dönem sonunda elde ettikleri kârdan önce, geçici vergi dönemlerinde elde ettikleri net kârın, dönem sonunda yapılacak kâr

¹³⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklar Hukuku I*, s.625-626; 6102 sayılı TTK’nın 509’uncu madde gerekçesi.

¹³⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; I. Bölüm, md.4.

¹³⁷ 6102 sayılı TTK’nın 521’inci madde gerekçesi.

¹³⁸ 09.08.2012 tarihli ve 28379 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

dağıtımına mahsuben önceden yapılan avans niteliği taşıyan bir ödemedir¹³⁹. Bu dağıtım ya hesap dönemi bitmeden ya da hesap dönemi bitse de genel kurul tarafından kâr dağıtım kararı alınmadan yapılabilir. Kâr payı avansı dağıtım politikasının belirlenmesindeki pratik fayda ise pay sahiplerine kısa vadede gelir sağlamak ve aynı zamanda pay sahiplerine şirketle ilgili daha sık ve güncel bilgi akışını mümkün hale getirmektir¹⁴⁰.

Kâr payı avansı dağıtımının yapılabilmesinin şartlarını düzenleyen ilgili Tebliğ'in 5'inci maddesine göre kâr payı avansı dağıtılabilmesi için, öncelikle şirketin 1, 2 ve 3'üncü geçici vergi dönemlerinde kâr etmiş olması gerekir. Bir başka ifadeyle kâr payı avansı dağıtılacak hesap döneminde hazırlanan üç, altı veya dokuz aylık ara dönem finansal tablolara göre şirketin kâr elde edilmiş olması ve şirket genel kurulunca kâr payı avansı dağıtım kararı alınmış olması gereklidir¹⁴¹. Kâr payı avansı dağıtılabilmesi için ayrıca şirket esas sözleşmesinde kâr payı avansı dağıtımına ilişkin her hangi bir hüküm bulunması gerekmediği kanaatindeyiz. Dağıtıma esas kâr payı tutarı hesaplanırken, şirketin geçici vergi dönemi kârından Tebliğ'in 7'nci maddesinde sayılan¹⁴² şirketin varsa geçmiş yıl zararlarının tamamı, vergi fon ve mali karşılıkların, kanun ve esas sözleşme uyarınca ayrılması gereken zorunlu yedek akçelerin, varsa imtiyazlı pay sahipleri için ayrılacak tutarların, varsa intifa senedi pay sahipleri için ayrılacak tutarların, varsa kâra katılan diğer kimseler için ayrılacak tutarların indirilmesi gerekmektedir. Kâr payı avansı, dağıtım tarihleri itibariyle pay sahiplerine payları oranında ödenecektir (Tebliğ md. 8/1).

6102 sayılı yeni TTK, pay sahiplerine böyle bir hak tanınmakla birlikte yıl içinde dağıtılan kâr payı avansını karşılayacak tutarda yılsonu net dönem kârının oluşmadığı durumlarla karşılaşılması da muhtemeldir. Bu gibi durumlar için

¹³⁹ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.644.

¹⁴⁰ Korgun, A. (1999). *Bir Temettü Politikası Olarak Temettü Avansı Teorisi ve Türkiye'ye İlişkin Uygulama Önerileri*, SPK. Denetleme Dairesi Araştırma Raporu, XIV-12/6-4; Ankara-s.2.

¹⁴¹ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.516.

¹⁴² Tebliğin 7'inci maddesinde;"(1) **Dağıtılacak kâr payı avansı; varsa geçmiş yıllar zararlarının tamamının, vergi, fon ve mali karşılıkların, kanunlara ve sözleşmeye göre ayrılması gereken yedek akçelerin, varsa imtiyazlı pay sahipleri, intifa senedi sahipleri ve kâra katılan diğer kimseler için ayrılacak tutarların, oluşan ara dönem kârından indirilmesi suretiyle hesaplanır. Ödenecek kâr payı avansı, bu şekilde hesaplanan tutarın yarısını geçemez. (2) Aynı hesap dönemi içinde izleyen ara dönemlerde de kâr oluşması halinde dağıtılacak kâr payı avansı tutarı birinci fıkrada belirtilenlerin yanı sıra önceki ara dönem veya dönemlerde ödenmiş olan kâr payı avansı tutarları da indirilerek hesaplanır. Ödenecek kâr payı avansı, bu şekilde hesaplanan tutarın yarısını geçemez**" düzenlemesi yer almaktadır.

Tebliğ'in 6'ncı maddesinde; *"net dönem kârını aşan kâr payı avanslarının varsa bir önceki yıla ait bilançoda yer alan serbest yedek akçelerden mahsup edileceği, serbest yedek akçe tutarının da dağıtılan kâr payı avanslarını karşılayamaması halinde fazla ödenmiş olan kâr payı avanslarının yönetim organının ihtarına üzerine ortaklar tarafından şirkete iade edileceği"* hüküm altına alınmıştır. İlgili hesap dönemi sonunda zarar oluşması halinde ise, alınan kar payı avansının Tebliğ'in 6'ncı maddesinin 2'nci fıkrasında¹⁴³ belirlenen şartlarda ve açıklanan usullerde iade edileceği Tebliğ'de açıklanmıştır.

1.2.3. Kâr Payı ve Unsurları

1.2.3.1. Kâr Payının Tanımı

Öğretide kâr payı ile ilgili çeşitli tanımlar mevcuttur. Bir tanıma göre kâr payı, *"dağıtılmasına genel kurul tarafından karar verilen kârın her bir pay sahibine şirket tarafından ödenmesi gerekli ve tutarı belli olan kısımdır"*¹⁴⁴. Muhasebe açısından da genel bir tanım vermek gerekirse kâr payı; *"bir şirketin bir yıllık faaliyet dönemi sonucunda elde ettiği, genel kurul tarafından karar verilen dağıtılabilir net dönem kârı üzerinden yasal karşılıklar ve serbest yedek akçeler çıkarıldıktan sonra şirketteki sermayeleri oranında her pay sahibine ödenmesi gerekli paradır"*¹⁴⁵.

Yukarıdaki tanımdan ve TTK'nın muhtelif maddelerindeki düzenlemelerden¹⁴⁶ de açık bir şekilde anlaşılacağı üzere, anonim şirketlerde

¹⁴³ 09.08.2012 tarihli ve 28379 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan **Kar Payı Avansı Dağıtım Hakkında Tebliği**'nin 6'ncı maddesi 2'nci fıkrasında; *"1) Varsa bir önceki yıla ait bilançoda yer alan genel kanuni yedek akçeler ile serbest yedek akçelerin öncelikle oluşan zararın mahsubunda kullanılacağı, bu akçelerin oluşan zararı karşılayamaması halinde dönem içinde dağıtılan kâr payı avanslarının tamamının yönetim organının ihtarına üzerine ortaklar tarafından şirkete iade edileceği, 2) Genel kanuni yedek akçeler ile serbest yedek akçelerin, oluşan dönem zararından mahsubu sonrasında bakiye serbest yedek akçe tutarının dağıtılan kâr payı avanslarından indirileceği, indirim işlemi sonucunda dönem içinde dağıtılan kâr payı avansı tutarının bakiye serbest yedek akçe tutarını aşması halinde ise aşan kısmının yönetim organının ihtarına üzerine ortaklar tarafından şirkete iade edileceği"* hükmü bulunmaktadır.

¹⁴⁴ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.637; Ünal, O. (1998, Eylül). Kürşat; Sermaye Piyasası Mevzuatında Birinci Temettü ve Sermaye Piyasası Değişiklik Tasarısında Bu Konuda Öngörülen Yenilikler, *Yaklaşım Dergisi*, 64, s. 43.

¹⁴⁵ Karayalçın, Y. *Kanuni Yedek Akçe*, s. 138-140.

¹⁴⁶ 6102 sayılı TTK'nın 508'inci maddesi *"Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kâr ve tasfiye payının pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edileceği"* belirtilerek Kanun'un pay sahiplerinin *"net dönem karına payı oranında katılma hakkına sahip olduğunu"* hüküm altına alan 507'inci maddesindeki temel ilkeyi teyit eder niteliktedir.

“pay” ve “pay sahibi” olma olgusu kâr dağıtımında esas alınacak asli ve en önemli unsurdur¹⁴⁷. Ancak burada değinmek gerekir ki; kârdan pay alacak kişiler yalnızca pay sahiplerinden ibaret değildir. İlerde de değinileceği üzere, intifa hakkı veya intifa senedi sahiplerine, kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve hatta çalışanlar için kullanılmak üzere kârdan pay ödenebilir veya pay ayrılabilir¹⁴⁸. Dolayısıyla kâr payı kural olarak pay sahiplerine ödenen tutar olmakla birlikte, esas sözleşmede hüküm bulunması ve kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde pay sahibi olmayan diğer ilgililere de kârdan pay ödenebilecektir¹⁴⁹. Bu yaklaşımla finansal açıdan da kâr payının; “*pay sahipleri ile kâra katılan diğer kimselere dağıtılmasına karar verilen kârdan, bu kişilerin her birine düşen payı*” ifade ettiği söylenebilir¹⁵⁰.

Kâr payı dağıtımına esas teşkil eden; pay sahibinin şirketteki payıdır. Kâr payının hesaplanmasında pay sahibinin esas sermaye miktarına mahsuben şirkete ödemiş olduğu sermaye tutarının tüm sermayeye oranı esas alınır¹⁵¹. Nitekim konuyla ilgili TTK'nın 507'nci maddesinde “*Her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkına haizdir*” hükmü bulunmaktadır. Ek olarak, TTK'nın 508'inci maddesinde “*Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa kâr ve tasfiye payı pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir*” hükmü yer almaktadır.

Yukarıda da değinildiği üzere, mülga 6762 sayılı TTK'da olduğu gibi 6102 sayılı yeni TTK'da da kâr payı ile ilgili düzenlemelerde kavram kargaşası yaşanmış olup muhtelif hükümlerde bazen “kâr” bazen de “kazanç” terimleri birbirleri yerine kullanılmıştır. SerPK'da ise pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı için “temettü” terimi kullanılmıştır (SerPK md. 19). 6102 sayılı yeni TTK, mülga 6762 sayılı TTK'da kullanılan “safî kazanç” gibi belirsiz olan bu terimin kullanımını terk ederek,

¹⁴⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 626; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.760.

¹⁴⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ort. ve Koop. Hukuku*, s.798; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.238; 6102 sayılı TTK'nın 348'inci maddesi **kuruculara** ödenecek kâr payını; 502'nci maddesi **intifa hakkı/senedi sahiplerine** ödenecek kâr payını; 511'inci maddesi **yönetim kurulu üyelerine** kazanç payı adı altında ödenecek kâr payını ve 522'nci maddesi de **çalışanlar için** kârdan ayrılacak payları düzenlemektedir. Bunun yanında, TTK'nın 339'uncu maddesinin (f) fıkrasında, “*kuruculara, yönetim kurulu üyelerine ve diğer kimselere de şirket kârından menfaat sağlanabileceği*” hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle şirketler esas sözleşmelerinde bu konuda düzenleme yapabileceklerdir.

¹⁴⁹ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.366; Ayrıntılı bilgi için bkz; I. Bölüm, md.4.2.

¹⁵⁰ Ateşgözoğlu, E. (2012). *Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı*, İstanbul-s.17.

¹⁵¹ **Yargıtay**, 11.H.D. 01.03.2005 tarihli ve E:2004/3925, K:2005/1864 sayılı; 11. H.D. 09.12.2004 tarihli ve E:2002/1001, K:2004/12140 sayılı kararları, (Bkz; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3363-3365)

bunun yerine 507'nci maddedeki "dağıtılabilir kâr" ve 509'uncu maddesindeki "net dönem kârı" kavramlarını tercih etmiştir. Bu yeni düzenleme ile birlikte artık pay sahibinin net dönem kârı üzerinde sahip olduğu oransal hak soyut bir haktan ziyade somut bir hak halini almıştır¹⁵².

Yukarıda adı geçen kanuni düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere kâr dağıtımında "pay" ölçü olarak esas alınacaktır. Anonim şirketlerde pay sahipliği hakkının doğal bir uzantısı olarak kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre genel kurul tarafından dağıtılmasına karar verilen kâra, pay sahiplerinin katılma hakkı söz konusu olacaktır. Nitekim yukarıda belirtildiği gibi TTK'nın 507'nci maddesinde her pay sahibinin, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtmaya tahsis olunan net dönem kârına, payı nispetinde katılmaya hakkı olduğu düzenlenmiştir¹⁵³. Bir anonim şirket pay sahibinin en önemli malvarlıksal hakkı ve şirkette pay sahibi olmasının en temel amacı, şirkette doğan kârdan pay talep etme hakkının olmasıdır. Nitekim şirketlerin varoluş amacı kâr elde etmek ve elde ettikleri bu kârı belli şartlar altında ortaklarına dağıtmaktır¹⁵⁴. Bu anlamda "kâr payı hakkı vazgeçilemez"¹⁵⁵ ve "bertaraf edilemez" niteliktedir. İMREGÜN'ün¹⁵⁶ de belirttiği gibi kâr payı, pay sahibinin kendi rızası ile dahi vazgeçemeyeceği, kanundan doğan bir haktır. Kâr payının müstesna hak olup olmadığı sorunu ise bir sonraki bölümde detaylı olarak inceleneceğinden bu bölümde sadece bu konuya kısaca değinilmekle yetinilecektir¹⁵⁷.

Kâr payı, para ile ölçülebilen bir değeri, "malvarlıksal/mali bir hakkı" ifade etmektedir. TTK'nın 508'inci maddesine göre pay sahibi bu hakkını, sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak, bir başka anlatımla sermayeye katılım oranına göre kullanmaktadır. Kural bu olmakla beraber esas sözleşmede

¹⁵² Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.306.

¹⁵³ **Yargıtay**, 11.H.D. 19.09.2005 tarihli ve E:2004/4803, K:2005/5589 sayılı; 11. H.D. 08.03.2012 tarihli ve E:2011/10281, K:2012/3488 sayılı kararları, (Bkz; Eriş, G. TTK Şerhi-III, s.3359-3363)

¹⁵⁴ **Yargıtay**, 11.H.D. 21.12.2006 tarihli ve E:2005/10060, K:2006/13738 sayılı kararında ise, "Anonim ortaklığın nihai amacının kâr elde edip ortaklarına dağıtması olduğu" vurgulanmıştır. (www.kazanci.com).

¹⁵⁵ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e*, s. 515; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.302; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.761; **Kâr payı hakkının vazgeçilmez bir hak olduğuna** dair açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, s.2.4.

¹⁵⁶ İmregün, O. *Anonim Ortaklıklar*, s.331.

¹⁵⁷ Bkz; I. Bölüm, md.2.4.

bazı paylara kâr payına katılma hakkında imtiyaz tanınmışsa, bu paylar için kâr payına katılma hakkı, imtiyaz dikkate alınarak, farklı olacaktır¹⁵⁸ (TTK md. 507/2).

1.2.3.2. Kâr Payının Unsurları

Kâr dağıtımı genel olarak TTK'nın kâr payı dağıtımına ilişkin ilkeleri çerçevesinde gerçekleştirilmekle beraber, halka açık anonim şirketler bakımından SerPK mevzuatının ilgili hükümlerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Kâr payının dağıtım şartları detaylı bir şekilde aşağıdaki bölümde açıklanacak olmakla beraber, şirketin kâr dağıtabilmesinin asli ve zorunlu koşulu TTK'nın 509'uncu maddesinde belirtildiği üzere, genel kabul görmüş muhasebe ilkeleri doğrultusunda düzenlenmiş bir bilançoya göre kâr elde edilmiş olması veya önceki yıllar kârından bu amaç için ayrılmış yedek akçelerin bulunmasıdır¹⁵⁹. Bu düzenlemeden hareketle eğer bir önceki hesap dönemi içinde zarar ortaya çıktıysa, mevcut geçmiş yıl zararları kapatılmadan kâr payı dağıtımı yapılamaz¹⁶⁰. Burada sözü geçen zarar elbette bilanço zararıdır.

Kâr payı dağıtılması için sadece kâr elde edilmiş olması yeterli olmayıp aynı zamanda dağıtılabılır kârın yanında yönetim kurulu tarafından hazırlanan bilanço ve kâr payı dağıtım teklifi üzerine, genel kurul tarafından kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre kâr payı dağıtımına ilişkin kararın da usulüne uygun olarak alınmış olması gerekir¹⁶¹. Kâr dağıtımı; kârın miktarı, şekli, oranı ve dağıtım tarihini belirlemeye ilişkin karar verme yetkisi ileriki bölümlerde ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere¹⁶², münhasıran genel kurula ait olan ve başka bir kişiye veya organa devri mümkün olmayan özel bir yetkidir¹⁶³. Genel kurulda kâr dağıtılmasına ilişkin alınan karar sonucunda kâr payı hakkı, pay sahibi bakımından nispi hak

¹⁵⁸ Karaman, S. *İmtiyaz*, s.58.

¹⁵⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.625; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.516; Bülbül, D. *Kâr Ortaklara Dağıtılmayıp Sermayeye İlave Edilirse Vergilendirilir mi?*, İSMMMO, s.3, archive. ismmmo.org.tr / docs/14-65%20DURAN%20BÜLBÜL.doc, (son yararlanma tarihi; 14.03.2014)

¹⁶⁰ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.761; Tekinalp, Ü. *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeler*, (Bilanço), İstanbul-1979, s.126; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.624.

¹⁶¹ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.516; **Yargıtay**, HGK. 03.06.1992 tarihli ve E:1992/11-276, K:1992/365 sayılı kararında; "...Anonim şirketlerde kâr payı dağıtımına karar verecek organın şirketin Genel Kurulu olduğu ve genel kurulun bilançonun onanması ile kâr payı dağıtımına ilişkin kararının yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği, bu ilkenin doğal bir sonucu olarak da genel kurulun kâr dağıtımına ilişkin kararı aldığı tarihten itibaren bu hakkın alacak hakkı doğurduğu" hüküm altına alınmıştır. (www.kazanci.com).

¹⁶² Bkz; I. Bölüm, md.3.

¹⁶³ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.248 vd; Ateşgaoğlu, E. *a.g.e.*, s.79.

olma vasfını kaybederek müktesep hak olma¹⁶⁴ niteliğini kazanır. Daha da önemlisi, bu durumda kâr payı hakkı artık pay sahiplerinin şirketten olan alacak hakkına dönüşür, muaccel olur ve pay sahipleri tarafından talep edilebilir bir hak haline gelirken, şirket açısından da bir borç haline gelir¹⁶⁵. Bu yönüyle kâr payı hakkı öğretide “şarta bağlı bir alacak hakkı” olarak da nitelendirilmektedir¹⁶⁶. Şöyle ki; pay sahipleri genel kurul tarafından kâr dağıtımına ilişkin bu yönde bir karar alınmadan kâr payı talep edemezken¹⁶⁷, genel kurulun da, bu yönde bir karar aldıktan sonra artık başka bir kararla bu kararından dönemeyeceği ifade edilmektedir¹⁶⁸. Bizce de, genel kurulun bir genel kurul kararı ile kâr dağıtım kararı aldıktan sonra bu kararından dönememesi gerekir. Ancak genel kurul kararlarının iptalini (TTK md. 445) veya butlanını (TTK md. 447) gerektirecek bir durum söz konusu ise elbette bu kararların da iptali veya butlanı, kanun hükümlerine göre mahkemeden talep edilebilecektir. Çalışma konumuzun doğrudan kapsamında olmamakla birlikte, bu konuda bizce tartışılması gereken bir husus da; genel kurulun alacağı başka bir kararla, daha önce aldığı bir kâr dağıtım kararının uygulanmasını önleyebilmesinin hiçbir şartta mümkün olup olmayacağı hususudur.

Elbette kâr payı alma hakkı, yukarıda ifade edildiği gibi pay sahipleri açısından vazgeçilmez bir haktır. Ancak sermayenin/mal varlığının korunması ve dürüst resim ilkesi ticaret hukukunun ve tabiidir ki “iyi niyet ve dürüstlük” kuralları da hukukun temel ilkelerindedir. Dolayısıyla, şirket bir genel kurul kararı ile kâr dağıtım kararı aldıktan sonra, bu kâr dağıtımını fiili olarak yapılmadan, önemli bir ekonomik fırsatın ortaya çıkması veya finansal bir krizin baş göstermesi gibi durumlar söz konusu olabilir. Böyle bir durum vuku bulduğunda, genel kurulun usulüne göre toplanıp daha önce alınan kâr dağıtım kararından vazgeçme

¹⁶⁴ **Yargıtay**, 11. H.D. 21.12.2006 tarihli ve E:2005/10060, K:2006/13738 sayılı kararında bu hususa vurgu yapılmıştır; “*Mahkemece kâr payını güçlü bir nispi müktesep hak olduğu ve TTK'nın 469/2'nci maddesinin TTK'nın 385'inci maddeye bertaraf eden bir hüküm olmayıp, gerektiğinde uygulanması mümkün istisnai bir nitelik taşıdığı, pay sahibinin yeterli oranda kâr payı üzerinde müktesep hakkı bulunduğu ve TTK'nın 469/2'nci maddesinin uygulanması gerektiğinde gerçekten şirketin inkişafı ve sürekli kâr dağıtılabilir durumda tutulması için kâr payı dağıtılmamasının uygun ve faydalı olup olmadığının ispat yükünün davalı şirkete yüklenmesi ve genel kurul kararının iyi niyetli olup olmadığının saptanması gerektiği belirtilmiş ve eksik inceleme sonucu hüküm kurulması doğru görülmemiştir*”. (www.kazanci.com).

¹⁶⁵ İmregün, O. *Anonim Ortaklıklar*, s.299; Arslanlı, H. *Umumi Hükümler*, s.212.

¹⁶⁶ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.763.

¹⁶⁷ **Yargıtay**, 11.H.D. 26.03.1998 tarihli ve E:1998/9240, K:1998/2211 sayılı kararı, (Bkz; **Eriş, G.** TTK Şerhi-III, s.3366-67), **Yargıtay**, 11.H.D. 26.03.1998 tarihli ve E:1998/9240, K:1998/2211 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

¹⁶⁸ Aşçi, O. *a.g.e.*, s.33.

hakkının bulunduğu başka bir deyişle genel kurula, daha önce alınmış kâr dağıtım kararının durdurulması yönünde yeni bir karar alabilmesi hakkının tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Sonradan alınacak kâr dağıtımının durdurulması yönündeki genel kurul kararı, eğer tüm pay sahiplerinin hazır bulunduğu genel kurulda, hepsinin olumlu oyuyla alınmış ise, bu duruma bizce şirketler hukuku açısından itiraz etmemek gerekir. Bu halde de, ikinci bir genel kurul kararı ile daha önce alınmış kâr dağıtım kararının uygulanmasının durdurulamayacağını söylemek, bizce en azından sözleşme serbestliği ve şirketler hukuku mantığı ile çelişecektir.

Şirket genel kurulu bir kâr dağıtım kararı aldıktan sonra, öngörülemeyen şekilde, ciddi bir finansal krizle karşılaşmış veya çok önemli bir ekonomik fırsat yakalanmış olabilir. Bu durumda eğer, genel kurulun tüm pay sahipleri ile toplanıp, tümünün olumlu oyuyla, bu kâr dağıtım kararını ortadan kaldıracak yeni bir karar alamayacağı iddia edilirse, bu hem şirket, hem de pay sahipleri açısından oldukça haksız bir durum yaratır. İhtiyaç varsa şirket, “kâr dağıtımını yaptıktan sonra sermaye artırsın, bu şekilde kriz ile ilgili tedbiri alsın veya fırsattan istifade etsin” denilebilir. Bu yaklaşım bizce hem hukuken, hem de ticari olarak isabetli değildir. En azından pay sahipleri bu kâr dağıtımını alacak ve bu dağıtımda, kâr payı bedellerinden %15 oranında stopaj vergisi kesilerek devlete şirket tarafından ödenecektir. Dolayısıyla pay sahibi aldığı kâr payını aynen şirkete sermaye olarak koymak istese bile, bu durumda şirket en az, dağıttığı kâr payı toplamının ancak %15 azını tekrar pay sahiplerinden alabilecektir. Bu nedenle, açıkça ve bariz şekilde haklı gerekçeye dayandığının ve kaçınılmaz olarak zaruri bir durumun varlığının, tereddütsüz bir şekilde ortaya konabildiği durumlarda, genel kurulun yukarıdaki şartları ihtiva eden ikinci bir kararla, önceki kâr dağıtım kararının uygulamasını durdurması halini, istisnai bir uygulama olarak da olsa kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz. Buna ek olarak, bahse konu ikinci karar, tüm pay sahiplerinin hazır bulunması ile toplanan genel kurulda, tamamının olumlu oyuyla alınmış bir karar olmayabilir. Bu halde de, söz konusu haklı, gerçek ve zaruri bir nedenle, başkaca bir imkân bulunmadığı durumlarda da genel kurulun daha önce alınmış bir kâr dağıtım kararının uygulanmasını durdurması halinin mümkün olabileceği de ileri sürülebilir. Ancak bu halde alınan kâr dağıtım kararının iptalini öngören ikinci genel kurul kararının hukuka uygun olmayacağını

değerlendirmekteyiz. Elbette, bu durumda, ikinci karara muhalif olan pay sahiplerinin kararın iptalini isteyebileceklerini ve hatta bu kararın butlanının da söz konusu olabileceğini ifade etmek gerekir.

Konuya, kâr payının genel kurul kararının alınması ile bu hakkın pay sahibi açısından bir alacak hakkına dönüşmesi kuralını gözeterek de bakmak gerekmektedir. Kâr payı dağıtımı konusunda usulüne göre alınmış genel kurul kararı ile kâr payı, pay sahibi açısından bir alacak, şirket açısından da bir borç niteliği kazanmaktadır¹⁶⁹. Hal böyle olunca, genel kurul kararından sonra alacak hakkı pay sahibi açısından, talep hakkını da doğuracaktır. Bu nedenle, pay sahibine, genel kurulun belirlediği kâr payını ödeme borçlu olan, borçlu sıfatına sahip şirket, başka bir genel kurul kararı ile, alacaklı olan her hangi bir pay sahibinin muhalefetine rağmen, bu borçtan tek tarafı olarak vazgeçmesi, BK'da düzenlenen, borç-alacak ilişkisi açısından da uygun olmayacaktır. Kaldı ki; borçlunun, alacaklının onayı olmadan, borcu temlik etmesi bile mümkün değilken, borcunu ertelemesi veya borcu yok etmesi de hukukun temel ilkeleri ile çelişecektir. Bu nedenle, genel kurul tarafından usulüne uygun olarak alınmış bir kâr dağıtım kararı sonrasında, ikinci bir genel kurul toplantısına tüm pay sahiplerinin katılmaması ve katılan tüm pay sahiplerinin olumlu oyuyla karar alınmaması halinde, bu ikinci genel kurul kararı ile, daha önce alınmış kâr dağıtım kararından vazgeçilmesinin uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

1.2.3.3. Kâr Payı Hakkı

Anonim şirketin nihai amacının kâr elde edip, elde ettiği bu kârı, pay sahiplerine paylaşmak olduğu dikkate alınır, şirket organlarının bu amaca uygun kararlar almak zorunda oldukları rahatlıkla ifade edilebilir¹⁷⁰. Dolayısıyla şirketin kâr elde etmek ve dağıtmak amacından doğan kâr payı hakkı, bu yönüyle vazgeçilmez ve bertaraf edilemez bir haktır (TTK md.452)¹⁷¹. Pay sahibinin kâr payı hakkı, kısıtlanabilse de özüne dokunulamayan müktesep bir haktır¹⁷². Nitekim 6102 sayılı yeni TTK'nın 447'nci maddesinde genel kurulun, özellikle pay

¹⁶⁹ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.517.

¹⁷⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.624; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3356; Ateşagaoglu, E. *a.g.e.*, s.26.

¹⁷¹ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.761; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.305; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s. 3051.

¹⁷² Karyağdı, N. *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, (Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı), 4. Baskı, Mart-2014, s.140.

sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran kararlarının batıl olduğu hüküm altına alınmıştır. Buradan hareketle, genel kurulun kâr payı dağıtımına karar verirken pay sahiplerinin sahip olduğu bu mütesep ve vazgeçilmez hakka uygun hareket etmesi gerekir¹⁷³. Yargıtay'ın çeşitli kararlarında bu konuya vurgu yapılmıştır. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında mütesep hak niteliğinde olan kâr payı hakkı ile bu hakkın istisnasını oluşturan TTK'nın 523'üncü maddesinin 2'nci fıkrası arasındaki hassas dengenin kurulmasının zorunlu olduğu belirtilmiş ve genel kurulun, hiç kâr dağıtılmamasına ilişkin kararları mütesep hakları ihlal edici nitelikte sayılmıştır¹⁷⁴. Ayrıca, Yargıtay'ın bazı kararlarında kâr payının gereksiz biçimde azaltılmasının, şirketlere duyulan güveni ve yatırım yapmak isteyen üçüncü kişilerin şirkete olan ilgisini sarsıcı bir etki yaratabileceği hüküm altına alınmıştır¹⁷⁵. Bunun da ötesinde Yargıtay, şirketin kâr dağıtımını yapmama kararının objektif ölçülere göre denetlenmesini ve bazı hallerde mahkemenin kâr dağıtımına doğrudan karar vererek, hatta kâr dağıtım miktarının bile bilirkişi marifetiyle mahkemece belirlenmesinin gerektiğine vurgu yapmıştır¹⁷⁶.

¹⁷³ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.306; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s. 3356; Moroğlu, E. *Hükümsüzlük*, s.111; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s. 761; **Yargıtay**, 11.H.D. 21.12.2006 tarihli ve E:2005/10060, K:2005/13738 sayılı kararında “Anonim şirketlerde **Genel Kurul’un gerek görmesi halinde kâr dağıtılmayıp yedek akçeye ayrılabilir ancak genel kurul bu konuda karar verirken objektif iyi niyet kurallarına uygun olarak hareket ederek, kararında somut gerekçeler göstermelidir**” denilmiştir. (www.kazanci.com).

¹⁷⁴ **Yargıtay**, 11. H.D. 08.11.1973 tarihli ve E:1973/3970, K:1973/4253 sayılı kararında; “kar payının dağıtılmasında sözleşme hükümlerine ve ticaret kanununun zorunlu hükümlerine uyulması gerektiği ve mütesep hakları ihlal etmeyen ve yasanın ihtiyat akçesi ayrılması hükümlerine uygun olan genel kurul kararının iptaline olanak olmadığı” hüküm altına alınmıştır. (www.kazanci.com).

¹⁷⁵ **Yargıtay**, 11.H.D. 07.12.2004. tarihli ve E:2004/2805, K:2004/11915 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

¹⁷⁶ **Yargıtay**, 11.H.D. 16.05.2003 tarihli ve E:2002/13209, K:2003/5053 sayılı kararında; “Kural olarak bir sermaye şirketi türü olan limited şirkete TTK.nun 533'üncü maddesi uyarınca bu şirketin sağlayacağı kazançtan yararlanmak amacı ile ortak olunur. Yine ilke olarak bu tür şirketlerde ortağın kâr payı alacağı, ortaklar kurulunun TTK.nun 539/4'üncü maddesi gereğince kâr dağıtım kararıyla muacceliyet kazanır. Ancak, şirket ana sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, şirket ortaklar kurulu TTK.nun bu konudaki düzenlemeleri ile bağlı olup, tahakkuk eden kazanç üzerinde dilediği gibi tasarruf yetkisine sahip değildir. **Ortaklar kurulu bilançoya göre ortaya çıkan kazancı dağıtmaktan keyfi bir şekilde, diğer bir deyişle hot be hot sarfınazar edemez. Türk Ticaret Kanunu hükümlerine aykırı olan kararlar iptal ettirilebileceği gibi, şirketçe kâr dağıtmama konusunda haklı bir nedene dayanmayan direnme halinde ortaklar, kazancın kanun hükümleri gereğince tespit ve dağıtılmasını da talep ve dava edebilirler.** (Bkz. Ord. Prof. Dr. Halil Aslanlı-Prof. Dr. Hayri Domaniç, *Limited Şirketler Hukuku ve Uygulaması*, İst. 1989 Cilt:III. Sah.454.) Bu nedenle somut olayda da davalı şirketin kuruluşundan beri kâr payı dağıtmadığı, bu konuda ortaklar arasında uyuşmazlık çıktığı ve davalı şirketin direngen hale geldiği anlaşıldığından, davacı ortağın kâr payının tespit ve tahsilini mahkemedен isteme hakkı olduğunun kabulü gerekir. Bu durumda mahkemece, davalı şirketin faaliyet gösterdiği sektörün genel gelişimi, davalı şirketin ekonomik faaliyet ve amaçları ayrıca şirket işlemlerinin devamlı gelişmesini veyahut mümkün olduğu kadar istikrarlı kâr payı dağıtılmasını temin bakımından 1999 yılında davalı şirketin kâr payı dağıtımının gerekip gerekmediği, gerekiyor ise, ne oranda dağıtması gerektiği yolunda bu sahada uzman kişilere bilirkişi incelemesi yaptırılarak, sonucuna göre karar verilmesi gerekir iken, sadece şirket bilançosu esas alınarak yazılı gerekçeyle davanın kısmen kabulüne karar verilmesi yerinde değildir. Ayrıca, dava konusu alacak kalemlerinden olan 1998 yılı kâr payı

TTK'nın 523'üncü maddesinde sayılan bu gibi hallerin varlığında ispat yükünün şirkette olduğu da kararlarda işaret edilmiştir¹⁷⁷.

Sonuç olarak düzenli kâr dağıtımı, pay sahipleri ve şirkete yatırım yapmak isteyen kişiler açısından en dikkat çekici özelliktir. Ancak burada menfaatleri çelişen iki grup vardır. Bir tarafta yedek akçe ayırma yoluyla elde ettiği kârı mümkün olduğunca bünyesinde tutup şirketin oto finansmanını ve devamlılığını sağlamaya çalışan anonim şirket tüzel kişiliği, diğer tarafta kârdan mümkün olduğunca fazla pay almak isteyen pay sahipleri yer almaktadır. Hal böyle olunca taraflar arasındaki menfaat çatışmasının dengelenmesi gerekmektedir.

1.2.4. Kâr Payı Hakkının Hukuki Niteliği

1.2.4.1. Kâr Payı Hakkının Müktesep Hak Olup Olmadığı Sorunu

Müktesep hak kavramı genel bir anlatımla hak sahibine ait ve sadece hak sahibi tarafından üzerinde tasarrufta bulunulabilen, hak sahibinin rızası olmadan sınırlandırılmayan ve hak sahibinden alınamayan haklardır. Bir hakkın müktesep hak olarak nitelendirilebilmesinin ölçütü, o hakkın nasıl kazanıldığı ile ilgilidir. Müktesep haklar nitelikleri ve sahip oldukları kuvvete göre mutlak ve nispi müktesep haklar olmak üzere ikiye ayrılır. Pay sahibinin rızası olmaksızın hiçbir değişiklik yapılamayan, genel kurul ve yönetim kurulu kararlarına karşı mutlak güce sahip olan haklar, mutlak müktesep haklardır¹⁷⁸. Bu anlamda anonim şirketin kâr elde etme ve elde ettiği kârı pay sahipleri arasında paylaşma amacı

alacağı için o yılın bilançosunun onaylandığı 1999 yılı içinde davacı tarafça istemde bulunulup bu konuda uyuşmazlık çıkarılmadığından 1997 yılında kurulan davalı şirket kâr payını ödememekte o yıl bakımından direngen duruma düşmüş sayılamayacağından bir başka deyişle, kâr payı dağıtmaması konusunda örtülü bir kabulün bulunduğu bu döneme ilişkin geriye yönelik kâr payı istenemez. Bu nedenle 1998 yılı kâr payı tespit ve tahsiline ilişkin istemin reddi yerine, bu yöne ilişkin istemin kısmen kabulüne karar verilmesi de yerinde değildir” açıklamasıyla pay sahibinin kâr payı hakkının müktesepliğine ve haklı gerekçeler olmadan engellenemeyeceğine vurgu yapmıştır. (www.kazanci.com).

¹⁷⁷ **Yargıtay**, 11.H.D. 05.02.2010 tarihli ve E:2008/4676, K:2010/1315 sayılı kararında; Yüksek Mahkeme “*şirketin kârı dağıtmayarak fevkalade ihtiyatlara ayırmasının ekonomik gerekliliğinin bulunup bulunmadığının uzman bilirkişiler aracılığı ile incelettirilerek, denetime elverişli bilirkişi raporu neticesine göre karar verilmesi gerektiğine*” işaret etmiştir. (www.kazanci.com).

¹⁷⁸ Karaman, S. *İmtiyaz*, s.30; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.300; Moroğlu, E. *Hükümsüzlük*, s.120; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.612; **Yargıtay**, 11.H.D. 07.12.2004 tarihli ve E:2004/2805, K:2004/11915 sayılı; 11. H.D. 05.02.2010 tarihli ve E:2008/4676, K:2010/1315 sayılı; 11. H.D. 05.02.2010 tarihli ve E:2008/4676, K:2010/1315 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

kapsamında “kâr payı hakkı”nın mutlak müktesep hak olduğu ileri sürülebilir¹⁷⁹. Bu kapsamda “kâr payı hakkı” göz önüne alındığında müktesep haklar da; *“değiştirilmesinde veya kaldırılmasında her pay sahibine veto hakkı tanınmış bulunan, yani her değişiklik için pay sahiplerinin tümünün oy birliğine gereklilik bulunan haklar”* olarak tanımlanabilir¹⁸⁰. Bu tanıma göre müktesep haklar vazgeçilmez değildir. Pay sahibinin değişikliğe veya ortadan kaldırılmasına olumlu oy verme hakkı bulunmakta olup, böylelikle pay sahibi müktesep hakkından vazgeçebilir. 6102 sayılı TTK’daki yaklaşım esas alındığında, müktesep hak yanında, “vazgeçilmez hak” sınırlarının tespiti gerekmektedir. Bu kapsamda “vazgeçilmez” olarak nitelenen haklar, genel olarak hakkın değiştirilmesinde veya ortadan kaldırılmasında pay sahibinin iradesinin rol oynamadığı haklardır. Vazgeçilmez haklarla ilgili, temelde pay sahibinin iradesi ile bu haklardan vazgeçemeyeceği, feragat edemeyeceği ifade edilmektedir¹⁸¹.

Nispi müktesep haklar ise özü itibariyle korunan ancak anonim şirketin menfaatleri gereği kapsamı sınırlandırmaya tabi tutulabilen haklardır. Bu açıdan bakıldığında ise dağıtılmaya tahsis edilen kâr belli kurallara ve şartlara uyulmak suretiyle sınırlandırılabilir¹⁸². Zira 6102 sayılı yeni TTK’nın 523’üncü maddesi 1’inci fıkrasındaki *“kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez”* hükmü bulunmaktadır. Bu hüküm mülga 6762 sayılı TTK’nın 469’uncu maddesinin tekrarıdır. Bu hükümle, net dönem kârından ayrılması gereken yasal yedek akçeler veya ödenmesi gereken bazı tutarların, kârın tamamının pay sahiplerine dağıtılmasının önüne geçtiği, bu yönüyle kâr payı hakkını nispi müktesep hak niteliğine dönüştürmüş olduğu ifade edilebilir¹⁸³. Ancak 6102 sayılı yeni TTK ile “kâr payının müktesep hak” olması kuralı terk edilmiştir. Mülga 6762 sayılı TTK’nın, müktesep hakları kısmen de olsa tanımlayan ve anonim şirketler açısından hangi hakların müktesep hak kapsamında olduğunu belirleyen, 385’inci maddesinin 2’nci fıkrasının karşılığı, 6102 sayılı TTK’da bulunmamaktadır. Bu

¹⁷⁹ **Yargıtay**, 11. H.D. 05.02.2010 tarihli ve E:2008/4676, K:2010/1315 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

¹⁸⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.612.

¹⁸¹ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.301; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.613.

¹⁸² Yasaman, H. *a.g.e.*, s.213; Ateşgaoğlu, E. *a.g.e.*, s.33 vd.

¹⁸³ **Yargıtay**, 11. H.D. 02.12.2009 tarihli ve E:2008/9651, K:2009/12353 sayılı; 11. H.D. 07.12.2004 tarihli ve E:2002/2805, K:2004/11915 sayılı kararları, (bkz; **Eriş, G.** TTK Şerhi-III, s.3415-3421); Akbulak, Y. *Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçeler*, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal TEKİNALP’e Armağan, Cilt:1, İstanbul-2003, s.171.

nedenle de, daha öncede tartışmalı olan, kâr payının müktesep hak olduğu konusu, yeni TTK ile ortadan kalkmıştır. Bu nedenle de, kâr payının bir müktesep hak değil vazgeçilmez bir hak olduğu ifade edilebilir¹⁸⁴.

Mülga 6762 sayılı TTK'nın 385'inci maddesi, kâr payını kanuni müktesep hak olarak düzenlemekle beraber, aynı kanunun 458, 466, 467, 468 ve 469'uncu maddelerinde kâr dağıtımının sınırlandırılmasına ilişkin hükümleri de bünyesinde barındırmaktaydı. Zira mülga 6762 sayılı TTK'nın muhtelif maddeleri birbirleriyle çelişki içinde düzenlemeler içererek, bazı müktesep hakları mutlak kabul edip bazılarını ise sınırlandırma yoluna gitmekteydi. Mülga 6762 sayılı TTK'da müktesep hakların kaynağını oluşturan 385'inci madde¹⁸⁵ hükmünde de görüleceği üzere mülga kanun müktesep hakları sınırlı olarak belirlememekle beraber, bu konuda örnekleme yoluna gitmiştir. Müktesep haklarla ilgili kanundaki kavram kargaşasının giderilebilmesi için 6102 sayılı TTK'nın "esas sözleşmenin değiştirilmesi" başlıklı 452'nci maddesi şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Genel kurul, aksine esas sözleşmede hüküm bulunmadığı takdirde, kanunda öngörülen şartlara uyarak, esas sözleşmenin bütün hükümlerini değiştirebilir; müktesep ve vazgeçilmez haklar saklıdır*". Bu kanuni düzenleme ile mülga kanundaki "müktesep hak" kavramı kanunun muhtelif maddelerinde bu hakka yer verilmesi ve şirket esas sözleşmesi ile bu nitelikteki hakların oluşturulabilmesine imkân tanınması, nedenlerinden ötürü muhafaza edilmiştir¹⁸⁶. Bu açıdan bakıldığında, yukarıda da ifade edildiği üzere; kâr payı hakkının müktesep hak değil bir vazgeçilmez hak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. Elbette, aksine esas sözleşmeye hüküm koyarak, kâr payı hakkının müktesep hak olarak nitelendirilmesi sağlanabilecektir¹⁸⁷.

¹⁸⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıkla Hukuku I*, s.623.

¹⁸⁵ Mülga 6762 sayılı TTK'nın 385'inci maddesinde; "*Aksine esas mukavelede hüküm olmadığı takdirde umumi heyet aşağıdaki maddelerde bildirilen şartlar dairesinde esas mukavelede bütün hükümlerini değiştirebilir. Şu kadar ki; münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları müktesep haklarda rızaları olmaksızın hiçbir değişiklik yapılamaz. Müktesep haklar; kanun veya esas mukavele hükümlerine göre umumi heyet ve idare meclisi kararlarına tabi olmayan yahut umumi heyetin toplantılarına iştirak hakkından doğan, hususiyle azalık, rey kullanmak, iptal davası açmak, kâr payı almak ve tasfiye neticesine iştirak etmek gibi haklardır*" hükmü bulunmaktadır.

¹⁸⁶ 6102 sayılı TTK'nın 452'nci madde gerekçesi.

¹⁸⁷ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s. 305; Aksi görüş için bkz; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.515, dpnt:1359.

6102 sayılı TTK ile, kâr payı hakkının müktesep hak niteliği bulunmadığı hususuna net bir açıklık getirilmemiştir¹⁸⁸. Ancak bu hakkın müktesep haktan daha kuvvetli vazgeçilemez, bertaraf edilemez nitelikte bir hak olduğuna vurgu yapılarak “vazgeçilmez hak” kavramı ortaya atılmıştır¹⁸⁹.

Kâr payının hukuki niteliği konusunda; 6102 sayılı yeni TTK ile, kâr payını kanuni müktesep hak olarak kabul eden mülga 6762 sayılı TTK arasında esaslı noktalarda büyük farklılıklar bulunmamaktadır. Zira 6102 sayılı yeni TTK’da kanuni yedek akçenin birinci ayırımına konu kalemlerin sayısı artırılmış, kâr dağıtımını yapılabilmesi için genel kurul kararı alınmasının gerekliliği belirtilmiş (TTK md.408/1), genel kurulun kârı yedek akçeye ayırma yetkisi devam ettirilmiştir. Ayrıca intifa senedi sahipleri kâr payı almaya hak kazandıklarından, 6102 sayılı yeni TTK ile birlikte, bu kişilere pay sahiplerine oranla daha fazla koruma sağlayacak düzenlemeler getirilmiştir. Ancak, 6102 sayılı yeni TTK ile birlikte müktesep hak kavramı yanında müktesep hakkın bir türü olduğu kabul edilen “vazgeçilmez hak” terimi kanuna dâhil edilerek bu konudaki düzenlemelerin daha da karışık hale getirilmiş olduğu ve tüm bu kavram kargaşasının yanında müktesep ve vazgeçilmez hakka tecavüzün yaptırımının ne olduğu ve hangi şartlarda ileri sürülebileceğinin de belirtilmemiş olduğu görüşünderiz¹⁹⁰. Bu açıdan da 6102 sayılı TTK’daki düzenlemeleri incelemek gerekirse, TTK’nın butlan başlıklı 447’nci maddesinde açıkça; “pay sahibinin kanundan kaynaklanan vazgeçilmez

¹⁸⁸ 6102 sayılı TTK’nın 452’nci maddesinin gerekçesinde; “*Hüküm, 6762 sayılı Kanunun 385 inci maddesinin birinci fıkrasını bazı değişikliklerle tekrar etmektedir. Müktesep haklar kavramı olarak korunmuştur. Bu suretle müktesep haklar Tasarı tarafından tanınmıştır. Tasarı, 6762 sayılı Kanunun “münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları müktesep haklarda rızaları olmaksızın değişiklik yapılamaz” hükmüne yer vermemiş, ayrıca, müktesep hakları yetersiz bir şekilde tanımlayan ve müktesep hakları sayan ikinci fıkra yanlış anlamalara yol açtığı için çıkarılmıştır. 6762 sayılı Kanundaki liste müktesep hakların tümünü içermediği gibi, müktesep hakların farklı türde hatta derecede olabileceklerine de işaret etmektedir. Tanım ise, müktesep hakların tümünü kapsamıyordu. Ayrıca 6762 sayılı Kanun çeşitli maddeleri ile de çelişki içindedir. Bazı müktesep haklar mutlak nitelik taşıırken bazıları niteliklerinden şüphe edilebilecek ölçüde sınırlandırılabilirdi. Kavramın (İsv. TBK’nın aksine) muhafaza edilmesinin sebebi kanunun bu tür haklara çeşitli hükümlerinde yer vermesi ve esas sözleşme ile de bu nitelikte hak oluşturabilmesidir. Nitekim kavramın kanundan tamamen çıkarıldığı İsviçre’de hukukî durum değişmemiştir. **Hükümde müktesep hakların bir yönden bir türünü oluşturan başka bir yönden de mezkûr haklardan tamamen farklı özellikleri olan vazgeçilmez haklara da kavram olarak yer verilmiştir**” açıklaması bulunmaktadır.*

¹⁸⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.623; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.515; Mülga 6762 sayılı TTK zamanında, bu hakkın müktesep hak olduğu yargı kararlarında da kabul edilmekteydi. **Yargıtay**, 11. H.D. 10.02.2005 tarihli ve E:2004/2649, K:2005/990 sayılı kararında; “*TTK. nun 385 nci maddesi hükmüne göre kar payı almak da dahil bazı ortaklık hakları müktesep hak niteliğindedir ve bu haklarda kural olarak ilgili pay sahiplerinin rızaları dışında hiçbir değişiklik yapılamaz*” hükmünü kurmuştur. (www.kazanci.com).

¹⁹⁰ 6102 sayılı TTK’nın 452, 447,391 vb. maddeleri.

haklarını sınırlayan” ve “sermayenin korunması hükümlerine aykırı” genel kurul kararlarının batıl olduğu hüküm altına alındığı görülecektir¹⁹¹.

Pay sahiplerinin hak ve menfaatlerinin korunması açısından son derece önemli olan bu hüküm ile genel kurulun batıl kararları sınırlı sayıda (tahdidi) olmamak üzere sayılmıştır. Aynı şekilde batıl kararlar başlıklı 6102 sayılı yeni TTK'nın 391'inci maddesi ile de örnekleme yoluyla yönetim kurulu kararlarının batıl olacağı durumlar ele alınmıştır. Madde hükmünde “*eşit işlem ilkesine*¹⁹² *aykırı olan, anonim şirketin temel yapısına uymayan veya sermayenin korunması ilkesini gözetmeyen, pay sahiplerinin, özellikle vazgeçilmez nitelikteki haklarını ihlal eden veya bunların kullanılmasını kısıtlayan ya da güçleştiren, diğer organların devredilemez yetkilerine giren ve bu yetkilerin devrine ilişkin*”, kararların batıl olacağı belirtilmiştir. Maddenin gerekçesinde de ifade edildiği gibi pay sahibinin vazgeçilmez ve sınırlandırılmaz haklarının kullanılmasının ihlal edilmesi veya kısıtlanmasının önüne geçilerek temelde pay sahibinin haklarının korunması amaçlanmıştır. Bu hükümlerle örneğin kâr elde etmek ve paylaşmak amacının terk edilmesi veya şirketin malvarlığının korunması ilkesinden ayrılması veya kâr payının bir daha dağıtılmayacağı yönünde esas sözleşmeye hüküm konulması gibi kararların anonim şirketlerin temel yapısına aykırı olması sebebiyle batıl sayılması amaçlanmıştır¹⁹³.

Kâr payı hakkının müktesepliği konusunda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. TTK'nın ilgili hükümleri kâr payının tamamen sınırlandırılmaz nitelikte olmadığını ortaya koymaktadır. TTK'da kâr payı hakkını sınırlandırıcı nitelikteki düzenlemelerden birkaçını şu şekilde sıralayabiliriz; 523'üncü maddenin

¹⁹¹ 6102 sayılı TTK'nın 447'nci maddesinde; “*Genel kurulun, özellikle; a) Pay sahibinin, genel kurula katılma, asgari oy, dava ve kanundan kaynaklanan vazgeçilemez nitelikteki haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran, b) Pay sahibinin bilgi alma, inceleme ve denetleme haklarını, kanunen izin verilen ölçü dışında sınırlandıran, c) Anonim şirketin temel yapısını bozan veya sermayenin korunması hükümlerine aykırı olan kararlarının*” batıl olduğu belirtilmektedir. Batıl genel kurul kararları ile ilgili bilgi için bkz; Moroğlu, E. Hükümsüzlük, s.47 vd.

¹⁹² Doktrin ve Yargıtay kararlarında sıkça kullanılan “**eşit işlem ilkesi**” 6102 sayılı 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**”. Gerekece 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. Ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.322-326, 619 vd; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.514 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s. 304 vd; **Yargıtay**, 11. H.D. 05.02.2010 tarihli ve E:2008/4676, K:2010/1315 sayılı kararı, (www.kazanci.com);

¹⁹³ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.522 vd; 6102 sayılı TTK'nın 391'inci madde gerekçesi.

1'inci fıkrasına göre kanun ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payının belirlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Benzeri şekilde TTK'nın 519'uncu maddesinde yıllık kârın %5'i, ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşıncaya kadar genel kanuni yedek akçe ayrılmasının zorunlu olduğu ve 521'inci maddeye göre aynı zamanda esas sözleşme ile başka yedek akçelerin ayrılmasının da öngörülebileceği belirtilmiştir. Bunlara ek olarak 478'inci ve 507/2'nci madde hükümlerine göre esas sözleşme ile veya esas sözleşme değiştirilerek bazı paylara veya pay gruplarına imtiyaz tanınabileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce, BOZGEYİK ve TEKİNALP'in de savunduğu üzere, mülga 6762 sayılı TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde; kanundaki düzenlemelere göre ayrılması gereken zorunlu kalemler ayrıldıktan sonra net dönem kârından geriye bir tutar kalmaz ise pay sahiplerine kâr dağıtılması mümkün olamayacağından, yukarıdaki madde hükümleri de dikkate alındığında kâr payı hakkının bazı sınırlamalara tabi "nispi müktesep hak" niteliğinde olduğu ileri sürülüyordu¹⁹⁴. Ancak 6102 sayılı yeni TTK'ile "kâr payı hakkı"nın vazgeçilmez bir hak olması kuralı getirilmiş olup, müktesep hak içinde değerlendirilmesinden vazgeçilmiştir¹⁹⁵.

1.2.4.2. Kâr Payı Hakkının Vazgeçilmez Hak Olup Olmadığı Sorunu

Yukarıda bahsi geçen düzenlemeler ışığında ifade etmek gerekirse, "kâr payı hakkı"nın iki anlamı vardır. 6102 sayılı TTK ile kâr payı kanuni müktesep haktan ziyade "vazgeçilmez hak" olarak nitelendirilmiştir. Anonim şirketler, sahip oldukları iktisadi karakter gereğince kâr elde etmek ve elde ettikleri kârı, pay sahipleri arasında paylaşmak amacı güderler. Kâr payı hakkının vazgeçilmez hak olarak adlandırılmasının en önemli nedeni, anonim şirketlerin bu gayeyi terk edememeleri, geçici veya daimi olarak erteleyememeleri ve vazgeçememeleridir¹⁹⁶. Buradan hareketle, şirket pay sahipleri bu haktan rızaları

¹⁹⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ort. ve Koop. Hukuku, s.511-512; Bozgeyik, H. (2000, Ağustos). Halka Açık Şirketlerde Kâr Dağıtımı, *BATİDER*, 20(3), s.121;

¹⁹⁵ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.301; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.515; Yazar çalışmasında kâr payı hakkının **vazgeçilmez hak** olduğunu ifade etmekle birlikte, bu hakkın genel kurul tarafından düzenlenebildiği için "**güçsüz nitelikli müktesep hak**" olduğunu da savunmaktadır.

¹⁹⁶ **Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I**, s.613-614; Yargıtay'da kararlarında buna vurgu yapmıştır. Yargıtay örnek bir kararında; "*Öncelikle belirtilmelidir ki, her ticaret ortaklığı gibi anonim ortaklığın nihai amacı kar elde edip ortaklarına dağıtmaktır. Bu amaç, ana sözleşmelerde yer almaz, çeşitli kanunlardaki kişi birliklerini ayıran, "müşterek gaye" kıstasından ve "ortaklık" kavramından doğar. Başka*

olsa dahi vazgeçemezler. Bir başka anlatımla, bu haktan henüz doğmadan vazgeçmek veya sürekli olarak vazgeçmeyi öngören sözleşme hükümleri veya bu anlamda alınan genel kurul kararları emredici kanun hükümlerine aykırılık oluşturması nedeniyle batıldır¹⁹⁷. Kâr payı hakkına vazgeçilmez hak niteliğini veren ise şirketin kâr elde etmek ve paylaşmak amacına özgülenmiş olmasıdır. Dolayısıyla şirketin tüm organları bu amaca uygun karar almak ve hareket etmek zorundadır¹⁹⁸. Yukarıda açıklandığı üzere müktesep hak sahibi bu hakkın kullanımından vazgeçebildiği halde¹⁹⁹, pay sahibinin sahip olduğu kâr payı hakkından tümüyle vazgeçmesi mümkün değildir.

Kâr payının ikinci anlamı ise yukarıda izahını bulduğu üzere “nispi bir müktesep hak” olmasıdır. Bunun anlamını; şirketin hesap dönemi sonunda elde ettiği dağıtılabilir kârın tamamı dağıtılmayarak, belli oranının kanuni ve ihtiyari yedek akçe olarak ayrılması şeklinde izah edebiliriz. Bunun yanında şirketin yıllık kârına pay sahiplerinin dışında intifa hakkı sahibi, yönetim kurulu üyeleri, şirket çalışanları gibi çeşitli gruplar da katılabilir; dolayısıyla dağıtılacak oran düşebileceği gibi, istisnai de olsa, hiç dağıtılmamasına da karar verilebilir²⁰⁰. Daha açık bir ifadeyle hakkın özüne dokunmadan, kanunun izin verdiği ölçüde bu hakkın kullanımına sınırlandırma getirilebilir²⁰¹. Ancak belirtmek gerekir ki, Yargıtay’ın yerleşik içtihatları ile de sabit olduğu üzere, genel kurulun kâr payı alma hakkını ihlal eden uygulamaları müktesep hakkı ihlal edici nitelikte kabul edilerek alınan kararlar batıl sayılmaktadır. Nitekim konuyla ilgili bir Yargıtay kararında²⁰² bu durum “*şirket ana sözleşmesinde aksine hüküm yoksa, şirket ortaklar kurulunun*

bir deyişle "anonim şirket kanunen yasak olmayan her türlü İktisadi maksat ve konular için kurulur" (TTK md. 271) ve kar elde etmek ve paylaşmak nihai amacını elde etmek hedefine yönelir ve bu yolda çaba harcar. Ortaklığın bütün organları bu nihai amaca uygun kararlar almak zorundadır. İşte, şirketin kar elde etmek ve dağıtmak nihai amacından doğan kar payı, bir vazgeçilmez haktır (TTK 385) (Poroy/Tekinalp/Çamoğlu - Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku 8. baskı, s. 487)" tespitiyle isabetli bir vurgu yapmıştır. **Yargıtay**, 11.H.D. 21.12.2006 tarihli ve E:2005/10060, K:2006/13738 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

¹⁹⁷ Yasaman, H. a.g.e, s.207; Moroğlu, E. *Hükümsüzlük*, s.52 vd. ve 147-148; Moroğlu, E. *Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı*, (Esas Sermaye) 2. Baskı, Ankara-2003, s.231.

¹⁹⁸ **Yargıtay**, 11.H.D. 16.05.2003 tarihli ve E:2002/11194, K:2003/5051 sayılı kararında “*ortaklar kurulunun bilançoya göre ortaya çıkan karı dağıtmaktan keyfi olarak imtina edemeyeceği belirtilmiştir. Buna göre, mahkeme kuruluşundan beri kar payı dağıtımını yapmayan şirketin ortağın kar payının tespiti ve tahsilini talep etme hakkının bulunduğu hüküm altına almıştır*” (www.kazanci.com).

¹⁹⁹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.614; **Yargıtay**, 11.H.D. 16.05.2003 tarihli ve E:2002/13209, K:2003/5053 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

²⁰⁰ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.761.

²⁰¹ Yasaman, H. a.g.e, s.215.

²⁰² **Yargıtay**, 11. H.D. 16.05.2003 tarihli ve E:2002/11194, K:2003/5051 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

TTK'nın bu konudaki düzenlemeleri ile bağılı olup, tahakkuk eden kazanç üzerinde dilediği gibi tasarruf yetkisine sahip değildir. Ortaklar kurulu bilanço'ya göre ortaya çıkan kazancı dağıtmaktan keyfi bir şekilde, diğer bir deyişle "hot be hot" sarfinazar edemez. Türk Ticaret Kanunu hükümlerine aykırı olan kararlar iptal ettirilebileceği gibi, şirketçe kâr dağıtmama konusunda haklı bir nedene dayanmayan direnme halinde ortaklar, kazancın kanun hükümleri gereğince tespit ve dağıtılmasını da talep ve dava edebilirler. Bu nedenle somut olayda da davalı şirketin kuruluşundan beri kâr payı dağıtmadığı, bu konuda ortaklar arasında uyuşmazlık çıktığı ve davalı şirketin direngen hale geldiği anlaşıldığından, davacı ortağın kâr payının tespit ve tahsilini mahkemeden isteme hakkı olduğunun kabulü gerekir" şeklinde hüküm altına alınmıştır.

Kanaatimizce mülga 6762 sayılı TTK'daki "kâr payı" ile ilgili düzenlemelerde müktesep hak kavramı yeterince açık olmamasına rağmen, 6102 sayılı yeni TTK ile bir de vazgeçilmez hak müessesesinin getirilmesi, teorinin ve uygulamanın daha karmaşık bir hal almasına neden olmuştur. 6102 sayılı yeni TTK ile anonim şirketler hukukuna özgü müktesep hak kavramının ne olduğunun, bu hakkın ayırıcı unsurlarının, müktesep ve vazgeçilmez hakka aykırılığın yaptırımının ne olduğunun belirsizliğe ve yanlış anlaşılmalara mahal vermeyecek şekilde açıkça düzenlenmemiş olmasının²⁰³ yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak 6102 sayılı yeni TTK'dan sonra kâr payı hakkının vazgeçilmez bir hak olduğu öncelikli olarak ifade edilebilir. Bunun yanında, kâr payı hakkının güçsüz nitelikli (nispi) bir hak olduğunu ileri sürmenin tamamen yanlış olduğunu söylemek de kanaatimizce uygun değildir. Bu nitelendirmelerin her ikisinin de dayanaklarının ve sonuçlarının farklı olmadığını ifade edebiliriz. Esasında, kâr payı hakkı pay sahibi açısından, vazgeçilemez bir haktır. Aynı zamanda, kanundaki sebepler ve şartlar dâhilinde, bu hak yetkili organlar tarafından kısıtlanabilir, değiştirilebilir veya azaltılabilir. Başka bir deyişle, yukarıda da ayrıntısı ile ifade edildiği üzere, kanun düzenlemesine göre, kârdan yedek akçe ayrılır veya genel kurul isteğe bağılı yedek akçe ayrılmasına karar verebilir. Bunun yanında istisna bir uygulamada olsa, şartlar oluşmuşsa ve haklı/yeterli sebepler

²⁰³ Aynı yöndeki açıklamalar için bkz; Moroğlu, E. (2006). *Makaleler II*, İstanbul, s.185-186, 198-199.

doğmuşsa o yıl genel kurul kar dağıtımı yapılmamasına da karar verebilir²⁰⁴. Hal böyle olunca, kâr payı hakkı, özüne dokunulamayan ve pay sahibinin, hak doğmadan vazgeçemeyeceği ve kural olarak da engellenemeyen vazgeçilmez bir haktır.

1.3. Pay Sahipliği Hakkının Kâr Dağıtımını Açısından Değerlendirilmesi

“Pay” ve “pay sahipliği” anonim şirketler hukukunun çatısını oluşturan kavramlar olması sebebiyle, şirket yapısının daha iyi anlaşılabilmesi için bu kavramların sahip oldukları önemin ve hizmet ettikleri amacın da ortaya konulması gerekmektedir. “Pay sahibi”, paya veya pay senedine sahip (malik) olan kişidir²⁰⁵. TEKİNALP²⁰⁶ “her payın bir haklar yumağı oluşturduğunu; bunun doğal bir uzantısı olarak her paydan pay sahipliği yahut ortaklık haklarının doğduğunu” ifade etmiştir.

Genel bir ifadeyle pay sahibi, paya veya pay senedine (hisse senedine) sahip olan gerçek veya tüzel kişiye denir. Bir başka anlatımla pay sahibi, payı anonim şirketin kuruluşunda veya daha sonra sermaye artırımında aslen veya diğer bir pay sahibinden devir yoluyla iktisap eden kişidir²⁰⁷. Her ne kadar uygulamada pay sahibi kavramı yerine hisse sahibi, hissedar gibi terimler kullanılsa da 6102 sayılı yeni TTK ile beraber bu kavramlar terk edilerek, kanunun

²⁰⁴ TEKİNALP'e göre (bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.623), **şirketler her yıl en az %5 oranında kâr dağıtmak zorundadır**. 6102 sayılı TTK'nın 519/2-c maddesindeki düzenlemeye dayandırılan bu görüşe göre, artık şirketler eğer kâr elde etmişse muhakkak her yıl en az %5 oranında kâr dağıtmak yükümlüğü altında olacaklardır. Biz bu tespitin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Öncelikle, şirketler yatırım yapmak, gerekli fırsatlarda büyümelerine devam etmek veya olası krizlere hazırlıklı olmak zorundadırlar. Bunu her zaman yedek akçeleri ile yapamayabilirler. Bu nedenle de, genel kurul, yapacağı tartışma sonucunda haklı gerekçelerle, iyi niyet içerisinde ve objektif kriterlere bağlı olarak, o yıl kâr dağıtılmamasına karar verebilmelidir. Yazar bu görüşünü 6102 sayılı yeni TTK'nın 519'uncu maddesine dayandırmaktadır. Ancak bahse konu düzenlemede, dağıtımın zorunlu olduğu yönünde bir hüküm bulunmadığı kanaatindeyiz. Kaldı ki aynı maddenin, mülga 6762 sayılı TTK'daki karşılığı olan 466'ncı maddenin 3'üncü fıkrasındaki “..pay sahipleri için %5 kar payı ayrıldıktan sonra..” ifadesi, 6102 yeni TTK'nın 519'uncu maddesinin 2-s fıkrasında “..pay sahibine %5 oranında kâr payı ödendikten sonra..” olarak düzenlenmiştir. Her iki maddede de ödemenin yapılmasını zorunlu kılan bir düzenleme olmadığı kanaatindeyiz. **Bu nedenle de, mülga 6762 sayılı TTK döneminde, kâr payının ödenmesi konusunda bir zorunluluk olmadığı düşünüldüğünde (yazar yeni düzenleme ile zorunluluk getirildiğini ifade etmektedir), yeni düzenleme sonucunda da, bizce bu yönde bir zorunluluk öngörülmemiş olduğu ifade edilebilir.** Benzer görüş için bkz; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3392; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.638; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.761.

²⁰⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.472; Aynı zamanda SerPK'ya tabi şirketler açısından da; Merkezi Kayıt Kuruluşu'ndaki pay senedi hesabının sahibine de “pay sahibi” denilmektedir (SerPK md.3).

²⁰⁶ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.12.

²⁰⁷ Karaman, S. *a.g.e.*, s.630 vd; İmregün, O. *Anonim Ortaklıklar*, s.275; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.471; İmregün, O. *Kara Ticaret Hukuku*, s.374.

özellikle anonim şirketleri düzenleyen bölümlerinde “pay” ve “pay sahibi” ifadeleri tercih edilmiştir. Pay sahibinin gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi olması da mümkündür. Ancak kanun veya esas sözleşme bazı durumlarda pay sahibi olacak kişinin belli meslek gruplarına mensup olması veya bazı sıfatları taşımasını zorunlu kılabilir²⁰⁸. Pay sahipliği sıfatının kazanılması için kişinin hak ehliyetine sahip olması yeterli görülmüş olup, ayrıca fiil ehliyetine sahip olması aranmamıştır²⁰⁹.

“Pay” anonim şirket yapısında her türlü kazanımın ve ilişkinin kaynağını oluşturan çekirdek bir kavramdır. Pay kavramını anonim şirketlerin merkezi yapan ise payın, pay sahipliği sıfatının kazanılması ve anonim şirkette yönetsel ve malvarlıksal haklardan yararlanmanın ve borçların muhatabı olmanın kaynağını teşkil etmesi açısından taşıdığı önemdir. Bir başka anlatımla, anonim şirketlerde pay, pay sahipliği sıfatının kazanılmasının yanında, malikine çeşitli haklar tanınması, borçlar yüklemesi ve dolayısıyla paydan doğan hakların ve borçların kime ait olduğunun tespitinin yapılmasını sağlamaktadır. Esas itibarıyla kişinin pay sahibi olmasının asıl amacı, şirkete katılımı bir başka ifadeyle şirkete yapmış olduğu yatırım karşılığında şirketin kazancından alacağı kâr gibi maddi bir çıkar sağlamasıdır.

Yukarıdaki bölümde²¹⁰ ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, söz konusu malvarlıksal ve yönetim haklarından yararlanabilmek ve bu hakları kullanabilmek için pay sahipliği sıfatına sahip olmak gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle bu hakların kullanılması şirkete karşı taahhüt edilmiş olan sermaye payının tamamen ödenmiş olması koşuluna bağlanmaktadır²¹¹. Anonim şirketler hukukuna hâkim olan “tek-borç ilkesi”²¹² gereğince pay sahibi sadece taahhüt etmiş olduğu sermaye payı kadar şirket tüzel kişiliğine karşı sorumludur. Dolayısıyla pay

²⁰⁸ Örneğin, Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmeliğin 6’ncı maddesine göre, yalnızca ortaklarının tamamı dış hekimi olan şirketlerin sağlık merkezi ya da poliklinik açma ve işletme yetkisi bulunduğu açık bir şekilde hüküm altına alınmıştır.

²⁰⁹ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.485; Taşdelen, N. *a.g.e.*, s.49.

²¹⁰ Bkz; I. Bölüm, md.1.3.

²¹¹ Taşdelen, N. *a.g.e.*, s.50.

²¹² **Tek borç ilkesi** ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.328; Okutan Nilsson, G. (2004). Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Sözleşmeleri, (Pay Sahipleri), İstanbul, s.15 vd; Tek borç konusuyla ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.1.1.3;

sahibinin, sermaye taahhüdünü yerine getirdikten sonra şirkete karşı olan borcu da sona ermektedir.

1.4. Kâr Payının Hesaplanması ve Dağıtım İlkeleri

1.4.1. Kâr Payının Hesaplanması

Kâr payının hesaplanma biçimine yönelik düzenleme, 6102 sayılı yeni TTK'da, Mülga TTK'da belirtilen hesaplama biçiminin "kazanç payı" ifadesi yerine "kâr payı" ifadesinin kullanılması suretiyle genel olarak korunmuştur. TTK'nın 508'inci maddesinin 1'inci fıkrası hükmüne göre; esas sözleşmede aksine bir hüküm yok ise kâr ve tasfiye payı, pay sahibinin, sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir. Diğer bir ifadeyle pay sahibi sermaye payını ödediği oranda kâra iştirak eder. Diğer taraftan TTK'nın 508/1'inci maddesi "*esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa...*" ifadesiyle şirket esas sözleşmesi ile kâr payının hesaplanması ve dağıtımına ilişkin usullerin kanundan farklı şekilde düzenlenebilmesine olanak tanımıştır. Buna göre şirket esas sözleşmesinde, pay sahiplerinin sermaye payını ödemiş olup olmadığına bakılmaksızın payları oranında kâr payına katılacağı belirlenebilir. Ancak esas sözleşme ile getirilebilecek bu yöndeki bir düzenleme, elbette ki tüm pay sahiplerine aynı şartlar altında, herhangi bir ayrıma tabi tutulmaksızın ve eşit işlem ilkesine uygun olarak getirilebilir²¹³. Bunun yanında yine esas sözleşmeye konabilecek bir hükümlerle, kâr payı dağıtımının sermaye ödemelerine orantılı değil, payların itibari değerine göre yapılması da karara bağlanabilir²¹⁴. Bu konuda da doktrinde tartışma mevcuttur. Örneğin TEKİNALP²¹⁵ "*bu durumda da, mutlak eşit işlem ilkesinin ihlal edilmemesi gerektiğini, başka bir anlatımla hesaplamada ölçü olarak payın itibari değeri esas alınmışsa pay sahiplerine eşitliği bozacak tarzda pay bedellerinin ödettirilmesi cihetine gidilmemesi gerektiğini, aksi halde açık yâ da örtülü imtiyazın söz konusu olacağını savunmuştur*". Aksi yönde YILDIZ²¹⁶ ise "*aksine sözleşmede hüküm bulunmayan hallerde kâr payının pay sahiplerinin esas sermayeye oranla yapmış*

²¹³ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.514 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.304 vd; Nomer, F. (1998). *Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi*, Prof.Dr.Oğuz İmregün'e Armağan, İstanbul, s.471.

²¹⁴ Çolak, M. (2009). *Anonim Şirketlerde Kâr Payı Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale-s.41; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.514; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.627.

²¹⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ort. ve Koop. Hukuku*, s.499.

²¹⁶ Yıldız, Ş. (2004). *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, Ankara, s.141.

oldukları ödemelere göre tespit edileceğini, böylece taahhüt ettiği sermayenin tamamını ödeyen pay sahibinin kâr hakkı ile yarısını ödeyen pay sahibinin kâr payı hakkı arasında fark olacağını, aksi takdirde eşit işlem ilkesine aykırılık oluşacağını, aksine bir düzenlemenin esas sözleşmeye konulabileceğini, anılan şekilde bir düzenlemenin esas sözleşmede yer almasının eşitlik ilkesini ihlal etmiş olma anlamına gelmeyeceğini, zira her şeyden önce kuralın emredici olarak düzenlenmediğini ve pay esas alınmak suretiyle farklı hesap tarzının kabul edilmesine müsaade edilmiş olduğunu, böylece payların tamamının bedellerinin ödeninceye kadar böyle bir farklılığın geçerli olduğunu” ileri sürmektedir²¹⁷. Bu konuda kanunun açık lafzı ile şirketin ihtiyaçlarına göre esas sözleşmeye aksi şekilde hüküm konabileceği hüküm altına alınmıştır. Pay sahiplerinin iradelerinin bu yönde olması halinde, kanaatimizce de kâr payının hesaplamasında, sermayenin ödenmesinin değil, taahhüt edilmesinin yeterli olacağı ve kâr payı ödemelerinde taahhüt edilen oranların esas alınacağı hususu esas sözleşmeye hüküm olarak konabilir.

TTK'nın 508'inci maddesine göre esas sözleşmede, yukarıda değinildiği üzere, kanundaki düzenleme dışında hüküm konabilir. Ancak bu düzenlemenin iyi niyet ve dürüstlük kurallarına da aykırı olmaması gerekmektedir. Bu nedenle, kanaatimizce esas sözleşmede, eşit işlem ilkesine, iyi niyet ve dürüstlük kurallarına ve hukukun temel ilkelerine aykırı olmayacak şekilde, kâr payı dağıtımı konusu düzenlenebilir. Benzer yaklaşımla eğer esas sözleşmede, kâr payında imtiyaz tanınan paylar varsa, bu imtiyazlar²¹⁸ da elbette geçerli olacaktır.

TTK'nın 508'inci maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre ise yıllık kâr bilanço'ya göre belirlenecektir. Bir başka deyişle, pay sahibine ödenecek kâr payı hesabında, anonim şirketin bir yıllık dönemdeki faaliyetleri sonucunda kazanç ve zarar miktarına ulaşmak için hazırlanan ve usulüne uygun düzenlenen yıllık bilanço²¹⁹ esas alınacaktır. Genel olarak bilanço; “anonim şirketin, belli iki tarih

²¹⁷ Çolak, M. a.g.e, s.40.

²¹⁸ **İmtiyazlı paylarla** ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.562-576; 6102 sayılı TTK'nın 478'inci maddesine göre; “**İmtiyaz**; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklarda, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır”; Karaman, S. *İmtiyaz*, s.9 vd.

²¹⁹ Yıldız, Ş. a.g.e, s.143; 6102 sayılı TTK'nın “**Bilançonun İçeriği**” başlıklı 73'üncü maddesinde; “*Türkiye Muhasebe Standartlarında aksi öngörülmemişse bilançoda, duran ve dönen varlıklar, özkaynaklar, borçlar*

arasındaki malvarlığı değişikliğini gösterir” ifadesiyle tanımlanabilir²²⁰. Ancak uygulamada, bilançonun, ticari ve mali bilanço şeklinde iki ayrı tipi olduğu²²¹ ifade edilmekle birlikte, çalışma konumuzla sınırlı olarak, burada bu sınıflandırmadan bağımsız olarak bilanço²²² ifadesi kullanılacaktır²²³. TTK'nın 78'inci maddesinde bilanço hazırlama esaslarının nasıl olması gerektiği hüküm altına alınmış²²⁴ olup,

ve dönem ayırıcı hesaplar ayrı kalemler olarak gösterilir ve yeterli ayrıntıya inilerek şemalandırılır. Duran varlıklar içinde işletmeye devamlı surette tahsis edilmiş bulunan varlıklar yer alır” hükmü bulunmaktadır. Türkiye Muhasebe Standardı-1 (Finansal Tabloların Sunuluşu) 77'nci maddede **“Bilanço, bir işletmenin belli bir tarihte sahip olduğu varlıklar ile bu varlıkların sağlandığı kaynakları gösteren finansal tablo”** olarak tanımlanmıştır.

²²⁰ İmregün, O. Kara Ticaret Hukuku, s.391; 6102 sayılı yeni TTK'nın 68'inci maddesinde, bilançonun genel işlevi ve kapsamına gönderme yapılmaktadır. Maddeye göre bilanço; *“tacirin varlık ve borçlarının tutarlarının ilişkisini gösteren”* finansal tablodur. Aynı maddenin 2'inci fıkrasında, yılsonu finansal tabloların; bilanço ve gelir tablosundan oluştuğuna da vurgu yapılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.507 vd.

²²¹ Sarıkaya, İ. Ticari Kâr-Mali Kâr Ayrımında Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğ ve Ticari Kârdan Mali Kâra Geçiş, *Vergi Dünyası*, Sayı:158, Ekim-1994, s.45; **“Ticari Bilanço: İşletmelerin, ticaret hukuku ve sermaye piyasasında faaliyet gösteren anonim ortaklıklar ve yardımcı kuruluşların sermaye piyasası mevzuatı hükümlerini de göz önüne alarak düzenledikleri bilançodur. Mali Bilanço: İşletmelerin, vergi hukuku kurallarını göz önüne alarak düzenledikleri bilançodur”**.

²²² Bizce aslında burada ifade edilen, **Ticari-Mali bilançodan ziyade, Ticari-Mali kârdır**. Çünkü esasında bilanço şirketlerde normal şartlarda, yıllık işlemler için bir adet tanzim edilir. Mali açıdan tamamen vergi kanunlarına göre bilanço kalemleri değerlendirilir ve bu bilançoda bazı kalemler matrah hesabında dikkate alınmaz. Bazı giderler matrahtan indirilirken, bazıları ise *“Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler”* hesabında takip edilerek, matrahtan gider olarak indirilmez. Dolayısıyla mali kârda verginin, vergi kanunlarına ve vergi idaresinin yaklaşımına uygun şekilde hesaplanması amaçlanır. Ticari kâr ise çok genel olarak, finansal açıdan muhasebe ve işletme bilimlerinin kabul ettiği ilkelere göre, gerçek bir kârın var olup olmadığı konusunda ilgilendirilir. **Ticari kârda şirketin yapmış olduğu tüm giderler (belgeye dayanmak ve gerçek durumu yansıtması şartıyla) gelirden indirilebilmektedir. Bu nedenle bizce bilanço tek olmasına rağmen, bilanço içindeki hesapların tanzim ve kaydı ile yorumlanması, ticari veya mali kârın tespitinde birbirinden farklı sonuçlar doğuracak, farklı yaklaşımların uygulanmasını gerektirecektir.**

²²³ Acar, F. a.g.e, s.23; Yazar çalışmasında bu ayrımın varlığına işaret etmiş ancak bu ayrımın isabetli olmadığına vurgu yapmıştır: *“İktisadi hayatın gereklerine göre tanzim olunan mali tabloların devletin vergi alacağını teminat altına almak bakımından konan kurallara her zaman paralellik gösteremeyebileceği dikkate alınarak vergi matrah ve hesaplarının ayrıca yapılması doğru ve tutarlı bir davranıştır. Bu suretle mali tabloların ve dolayısıyla işletme bilançosunun mali otoritenin koyduğu kurallardan bağımsız olarak hazırlanan “ticari bilanço”da yer alacağını, vergiye ilksin düzenlemelerin ise bu bilanço rakamlarının mali mevzuat ve vergi kanunlarının emredici kurallarına göre düzeltilmesi suretiyle ortaya çıkacağını kabul etmek gerekir. Uygulamada ticari esaslara göre hazırlanan “ticari bilanço” yanında, mali mevzuata göre hazırlanan “mali bilanço” tabirleri kullanılmakla beraber söz konusu tabirlerde bir miktar hata payı olduğu kanısındayız. Zira işletme bilançosu genel kurulca kabul edilen tek metin olup aynı işletme için farklı bilançolardan bahsedilmesinin hukuken geçerli olmadığı düşüncesindeyiz. Bilanço tek olmakla beraber, bilançodaki kârın (ticari kâr) mali mevzuata uygun hale getirilmesi suretiyle hesaplanan farklı mali kâr olarak ifadesi mümkündür. Bu suretle ticari ve mali bilanço tabirleri yerine ticari ve mali kâr kavramlarının kullanılması daha uygundur”*.

²²⁴ 6102 sayılı TTK'nın 78'inci maddesi; *“(1) Finansal tablolarında yer alan varlıklar ile borçlarla ilgili olarak, aşağıdakilerle sınırlı olmamak ve Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülen ilkeler de dikkate alınmak üzere şu değerlendirme ilkeleri geçerlidir: a) Bir önceki dönemin kapanış bilançosundaki değerler ile faaliyet döneminin açılış bilançosundaki değerler birbirinin aynı olmalıdır. b) Fiili veya hukuki duruma aykırı olmadıkça, değerlemelerde işletme faaliyetinin sürekliliğinden hareket edilir. c) Bilanço kapanış gününde, varlıklar ve borçlar teker teker değerlendirilir. d) Değerleme ihtiyatla yapılmalıdır; özellikle de bilanço gününe kadar doğmuş bulunan bütün muhtemel riskler ve zararlar, bunlar bilanço günü ile yılsonu finansal tablolarının düzenlenme tarihi arasında öğrenilmiş olsalar bile, dikkate alınır; kazançlar bilanço günü itibarıyla gerçekleşmişlerse hesaba katılır. Değerlemeye ilişkin olumlu ve olumsuz farkların dönem sonuçlarıyla ilişkilendirilmesinde Türkiye Muhasebe Standartlarındaki esaslara uyulur. e) Faaliyet yılının*

bilançonun gerçeği yansıtacak şekilde hazırlanması görevi yönetim kuruluna verilmiştir²²⁵. Bilançonun gerçeği yansıtması ifadesini destekleyecek şekilde, Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre de bilanço ve diğer finansal raporlar gerçeği yansıtmıyorsa, bu hallerde yönetim kurulunun ibrası da geçerli bir ibra olmayacaktır²²⁶. Dolayısıyla, yönetim kurulu Türkiye Muhasebe Standartları'na²²⁷ ve TTK hükümlerine göre, gerçeği yansıtan, dürüst resim ilkesine²²⁸ uygun bilanço hazırlayacaktır. Kâr dağıtımını da nihayet, gerçeği yansıtan, doğru bir bilançoya göre yapılacaktır²²⁹.

TTK'nın 509'uncu maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre, anonim şirketlerde kâr payı ancak net dönem kârından ve serbest yedek akçelerden dağıtılabilir. Bu nedenle kâr payının hesaplanmasında önem arz eden “*net dönem*

gider ve gelirleri, ödeme ve tahsilat tarihlerine bakılmaksızın yılsonu finansal tablolarına alınır. f) Önceki yılsonu finansal tablolarında uygulanmış bulunan yöntemler korunur. (2) Standartlarda öngörülen hâllerde ve istisnai durumlarda birinci fıkradaki ilkelerden ayrılabilir” hükmünü ihtiva etmektedir.

²²⁵ 6102 sayılı TTK'nın 375, 514 ve 515'inci maddeleri.

²²⁶ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.366,412-414; **Yargıtay**, 11. H.D. 30.05.2002 tarihli ve E:2002/2400, K:2002/5404 sayılı; 11. H.D. 21.10.2005 tarihli ve E:2003/081114, K:2005/10525 sayılı; 11.H.D. 08.01.1975 tarihli ve E:1972/3523, K:1975/31 sayılı; 11. H.D. 30.12.1972 tarihli ve E:1970/3561, K:1972/5858 sayılı kararları, (www.kazanci.com); **İbra** ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, 602 vd.

²²⁷ **TMS'ye göre bilanço** nasıl olmalı; TMS-1'deki Finansal Tablolar Sunuşu'na göre işletmenin bütün varlıklarının ve kaynaklarının uzun vade, kısa vade ayrımı ile Duran Varlıklar, Dönen Varlıklar, Yabancı Kaynaklar ve Özkaynaklar başlıkları altında detaylı olarak bilançoda gösterilmelidir. 6102 sayılı TTK'nın 64'üncü maddesinin 5'inci fıkrası 6335 sayılı yasa ile değişiklik sonrası; “*Bu Kanuna tabi gerçek ve tüzel kişiler, 4/1/1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun defter tutma ve kayıt zamanıyla ilgili hükümleri ile aynı Kanunun 175'inci ve mükerrer 257'nci maddelerinde yer alan yetkiye istinaden yapılan düzenlemelere uymak zorundadır. Bu Kanunun defter tutma, envanter, mali tabloların düzenlenmesi, aktifleştirme, karşılıklar, hesaplar, değerlendirme, saklama ve ibraz hükümleri 213 sayılı Kanun ile diğer vergi kanunlarının aynı hususları düzenleyen hükümlerinin uygulanmasına, vergi kanunlarına uygun olarak vergi matrahının tespit edilmesine ve buna yönelik mali tabloların hazırlanmasına engel teşkil etmez*” şeklini almıştır. Bu değişiklikten sonra Kamu Gözetim Kurulu'nun belirlediği ilkelere göre dönem net kârı tespit edileceği ve kâr dağıtımının da TTK'nın belirttiği karşılıklar (vergi dâhil) ayrılarak yapılacağı sonucuna ulaşıyoruz. **Kamu Gözetim Kurulu**'nun temel görevi, TTK kapsamında Bağımsız Denetim'e tabi şirketlerin denetim ilkelerini ve muhasebe esasları ile bilanço dâhil diğer mali tabloların hazırlama esaslarının belirlenmesidir. Bu kapsamda, Bağımsız Denetim'e tabi olan şirketlerin hazırlamak zorunda olduğu (diğerleri ise hala uygulamada olan bilanço ve gelir tablosunu hazırlamaktadırlar) gelir tablosu örnekleri yayımlanmıştır. Bahse konu örnek bilançonun “**Sürdürülen Faaliyetler Vergi Öncesi Kârı/Zararı**” ana hesabının alt kalemlerin; “**Sürdürülen Faaliyetler Vergi Gideri/Geliri**”, “**Dönem Vergi Gideri/Geliri**” ve “**Ertelenmiş Vergi Gideri/Geliri**” olarak gösterilmiştir. Bu tabloda gözüktüğü gibi dönem net kârına ulaşırken ödenmiş olan gelir/kurumlar vergisini de **Dönem Vergi Gideri** adı altında bir gider kalemi olarak dikkate almaktadır.http://www.kgk.gov.tr/content_detail-208-680-turkiye-muhasebe-standartlarinin-uygulanmasına-yonelik-ilke-kararlari.html, (son yararlanma tarihi; 10.01.2014).

²²⁸ 6102 sayılı TTK'nın “**Dürüst Resim İlkesi**” başlıklı 515'inci maddesi; “*Yönetim kurulu, geçmiş hesap dönemine ait, Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülmüş bulunan finansal tablolarını, eklerini ve yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunu, bilanço gününü izleyen hesap döneminin ilk üç ayı içinde hazırlar ve genel kurula sunar*”.

²²⁹ Yasaman, H. *a.g.e.*, s.215.

kârı” ve “*serbest yedek akçeler*” kavramlarının öncelikle dikkate alınarak, usulüne uygun şekilde belirlenmesi gerekir²³⁰.

1.4.1.1. Kâr Payının Hesaplanmasında Dikkate Alınacak Kâr (Net Dönem Kârı)

TTK'nın 509'uncu maddesinin 2'nci fıkrası hükmüne göre anonim şirketlerde kâr payı ancak *net dönem kârından* ve *serbest yedek akçelerden* dağıtılabilir. Mülga 6762 sayılı TTK'dan farklı olarak, 6102 sayılı yeni TTK'da kâr payının ancak “net dönem kârından” dağıtılabilceği yönündeki açık düzenleme; kâr payının dağıtımına esas teşkil edecek kârın belirlenmesine yönelik uygulamada karşılaşılan tereddütleri açıklığa kavuşturmuştur. Kanun koyucu bununla birlikte, kâr payının belirlenmesinde dikkate alınacak net dönem kârı ile kastedilenin ne olduğunu da gerekçede açıkça ifade etmiştir²³¹.

Kanunun madde ve gerekçesinin açık ifadesine göre net dönem kârı, özette bilanço zararı düşüldükten sonra kalan kârdır. Bu sebeple kâr payına esas olacak net dönem kârına ulaşabilmek için geçmiş yıl zararlarının öncelikle karşılanmış olması gerekir.²³² Ancak burada zararın kârdan mahsup edilmesi, bu zararların vergi kanunlarınca ilerideki kârlardan (matrahtan²³³) indirilmesine engel teşkil etmeyecektir. Nitekim 6102 sayılı TTK gerekçesinde de belirtildiği şekilde

²³⁰ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.762; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.625.

²³¹ 6102 sayılı TTK'nın 509'uncu maddesinin 2'nci fıkrası gerekçesi şu şekildedir: “Tasarının ikinci fıkrası da, 6762 sayılı Kanununun 470 inci maddesinin ikinci fıkrasından esinlenerek kaleme alınmıştır. İlk değişiklik Tasarıdaki “**net dönem kârından**” ibaresi ile yapılmıştır. Mevcut metindeki “**safi kâr**” terimi uygulamada ve öğretide açıklıktan yoksun bir kavram olarak nitelendirilerek eleştirilmiştir. “Safi” sözcüğü açık olmakla birlikte “kâr” kavramının bir sıfatla tanımlanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Hangi kâr? Dönem kârı mı yoksa bilançoda geçen yıldan aktarılan kârı da içerebilecek olan bilançodaki kâr mı? “Dönem kârı” bu tartışmaları ortadan kaldıracak açıklıktadır. “**Net**” kelimesi ise Tasarının başka maddelerinde kullanılan ve uluslararası literatürde geçerli olan terim ile de uyumu sağlamaktadır. İkinci fıkrada, olağanüstü, yani genel kurulun kendi takdiri ile ayırdığı yedek akçeler dahil, şirketin isteğiyle ayrılan tüm yedek akçeler uygulamamızda “dağıtılmak amacıyla” ayrıldıkları belirtilmeden “amaçsız olarak” yedek akçe hesabına alınmaktadır. Başka bir deyişle, şirketin iradesi gereği yedek akçe hesabına alınan kârlarda “dağıtılma amacı” hiçbir zaman belirtilmemektedir. Böyle bir uygulama yoktur. Bu sebeple yorum güçlüklerine ve bazı yanlış anlamalara yol açmamak için Tasarıda “serbest yedek akçelerden” ibaresi tercih edilmiştir. Kâr payı, vergisi verilmek şartıyla, yeniden değerlendirme, enflasyon düzeltilmesi gibi fonlardan da dağıtılabilir. Ancak, bunlar Tasarıda düzenlenmemiş, dağıtım kuralları ilgili mevzuatta öngörülmüştür. Bu sebeple anılan fonları ayrıca zikretmek gereği duyulmamıştır. Tasarıdaki “net dönem kârı” ibaresiyle her şeyden önce bilanço zararı düşüldükten sonra kalan kâr kastedilmiştir. Anonim şirkette, bilançoda geçmiş yıl zararı/zararları varken, yıllık kâr dağıtılamaz. Bu yasak **sermayenin korunması ilkesi** gereğidir ve anonim şirketlere ilişkin evrensel bir kuraldır. “Net kâr”ın vergi öncesi veya vergi sonrası kârı ifade etmesi ise bir şirketler hukuku sorunu değildir”.

²³² Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.305; İmregün, O. *Kara Ticareti Hukuku*, s.191; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.518.

²³³ **Matrah**'ın tanımı için bkz; II. Bölüm, md.2.2.1.3.3, dpnt:546.

sermayenin korunması ilkesi gereğince²³⁴, anonim şirkette bilançoda geçmiş yıl zararları varken yıllık kâr dağıtılamayacaktır. TTK'nın 509'uncu maddesinin lafzından ve gerekçesinden anlaşıldığına göre de kâr dağıtımı net dönem kârından yapılacaktır. Ancak net dönem kârının kapsamıyla ilgili olarak; net dönem kârının vergi öncesi kâr mı, yoksa, vergi sonrası kâr mı olduğu konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur. Kanaatimizce bu konunun madde gerekçesinde açıklanmış olması gerekirdi. Ancak gerekçede bu hususun bir “*şirketler hukuku sorunu olmadığı*” ifade edilerek, konu gerekçede cevapsız bırakılmıştır.

Kâr payı net dönem kârından ödeneceğine göre net dönem kârının doğru bir şekilde ortaya konulması zorunludur. Net dönem kârının, vergi sonrası kâr olduğu, başka bir ifadeyle vergiler düşüldükten sonra ulaşılabilecek kârın, ancak dağıtımına konu edilebileceği bizce de isabetli olarak doktrinde çoğunlukla ifade edilmiştir²³⁵. Ancak bazı yazarlara göre, net dönem kârı vergi öncesi kârı ifade etmektedir²³⁶. Çalışma konumuzla doğrudan ilgili olmadığı için burada bu tartışmaların ayrıntısı ele alınmayacaktır. Bize göre de; kâr dağıtımı yapılırken esas alınacak “net dönem kârı” ifadesi, vergi sonrası kârı ifade eder. Çünkü şirketler, Türk vergi hukukuna göre, geçici vergi düzenlemesi ile vergiyi önceden (peşin olarak) mali yıl içerisinde öderler. Dolayısıyla kâr dağıtımı yapılmadan önce, başka bir deyişle net dönem kârı hesaplaması tamamlanmadan önce, geçici vergi sistemiyle vergiler ödenmiştir. Fiili olarak yapılan bir ödemenin, bu vergi de olsa, net dönem kâr hesabında dikkate alınmaması gerçeklikle çelişmektedir.

²³⁴ 6102 sayılı TTK'nın Genel Gerekçesi'nin 57 No'lu başlığı altında, **sermayenin korunması ilkesi** ile bilanço arasında sıkı bir bağ olduğunu ve **kâr dağıtımının sermayenin korunması ilkesi çerçevesinde yapılması gerektiği şu şekilde ifade edilmiştir**: “*IFRS'in temelinde yatan düşünce, bilançonun, sadece, bir işletmenin finansal durumu ile bu hususta meydana gelen değişiklikler hakkında bilgi verme işlevini haiz olduğudur. Buna karşılık, Kara Avrupası anlayışında, bilançonun bu tür bilgilendirme yanında, en az bunun kadar önemli bir diğer görevi de, sermayenin iade edilip edilmediğini, sermayeye faiz verilip verilmediğini, yıllık kârın kanun ve esas sözleşmeye göre kullanılıp kullanılmadığını, dağıtılanın kâr olup olmadığını, sermayenin zararlarla yitirilip yitirilmediğini, kâr dağıtımının sermayeden ve sermayenin güvencesi olan yedeklerden yapılıp yapılmadığını da ortaya koymasındır. Yani Avrupa anlayışında, sermayenin korunması ilkesi ile bilanço arasında sıkı bir bağlantı vardır. Şimdi AB üyesi devletler IFRS'i konsolide olmayan bilançolara da uygularlarsa, sermayenin korunması ilkesinden özveride bulunup bulunmayacaklarının değerlendirilmesini yapmaktadırlar*”.

²³⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.625; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3356; Erdamar, C. a.g.e, s.39; Erimez, R. (1985). *Şirketlerde Kâr Dağıtımı Yedek Akçeler ve Vergilendirme*, 3. Baskı, İstanbul-s.133; Özer, I. (2013). *Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları*, Ankara, s.232.

²³⁶ Aşçı, O. a.g.e, s.15; Çevik, O. N. (2002). *Anonim Şirketler*, 4.Baskı, Ankara, s.1024.

Kârın tespiti için öncelikle bilançonun çıkartılması ve bilançonun da dürüst resim ilkesine göre gerçeği yansıtması gerektiği yukarıda gerekçeleri ile ifade edilmiştir²³⁷. Bilançoların tanzimi ülkemizde Tek Düzen Hesap Planı'na²³⁸ ve genel kabul görmüş muhasebe ilkelerine göre yapılmaktadır. Bilançoda da vergi indirildikten sonra yapılacak hesaplama ile net dönem kârına ulaşılır²³⁹. Türkiye'deki bilanço tekniğinde, net dönem kârının vergi sonrası hesaplama ile oluştuğu konusunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Kaldı ki; bilanço ve muhasebe tekniğinin dayanağı olan Tek Düzen Hesap Planı'nda; "590. Dönem Net Kârı; İşletmenin faaliyet dönemine ilişkin vergi sonrası net kâr tutarının izlendiği hesaptır" açıklaması bulunmaktadır. Muhasebe kayıtlarında yer alan 590 numaralı hesap "Dönem Net Kârı" adındaki hesap olup, bu hesap da vergi sonrası net kârın kaydının yapıldığı hesaptır²⁴⁰.

TTK hükümlerine göre, mali yıl bitimine müteakip üç ay içerisinde, bilanço ve diğer finansal raporlar tanzim edilerek, şirketin kâr ve zarar çalışması yapılır. Bu çalışma sonrasında kâr payı dağıtım gündemi ile şirket olağan genel kurulu toplanır. Şirketlerin kâr dağıtımını ancak genel kurul kararlarıyla yapabilecekleri ve zorunlu diğer kâr dağıtım usulleri de yukarıda ayrıntısı ile ele alınmıştır²⁴¹. Dolayısıyla şirketler ancak usulüne uygun alınmış genel kurul kararı ile kâr dağıtımını yapabilirler. Bu kararlar olağan genel kurul kararı olabileceği gibi, olağanüstü genel kurul kararları da olabilir. Ancak uygulamada kâr dağıtım kararları çoğunlukla olağan genel kurullarda alınır. Dolayısıyla, genel kural olarak mali yılın kapanmasına müteakip kâr dağıtımını yapılmaktadır²⁴². Her durumda bilanço Tek Düzen Hesap Planı'na, vergi mevzuatına ve TTK'ya göre hazırlanacaktır. Bu nedenle de, net dönem kârı ifadesi uygulamada bizce de vergi sonrası kârı ifade etmelidir.

²³⁷ **Dürüst resim ilkesi** ile ilgili bkz; III. Bölüm, md.4.2, dpnt:832; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.469

²³⁸ **Tek Düzen Hesap Planı** çerçevesi için bkz; <http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/eski/muhsisteb1ek/muh5a.htm>, (son yararlanma tarihi; 21.12.2013).

²³⁹ Bkz; I. Bölüm, md.4.2, Şekil-1.

²⁴⁰ **Tek Düzen Hesap Planı**'ndaki, hesap planını açıklamaları için bkz; <http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/eski/muhsisteb1ek/muh5c.htm>, (son yararlanma tarihi; 10.04.2014).

²⁴¹ Bkz; I. Bölüm, md.3.

²⁴² Olağanüstü genel kurullarda da ara bilanço çıkartılarak kâr dağıtımının yapılmasında, ne TTK açısından ne de vergi kanunları veya muhasebe tekniği açısından bir engel bulunmaktadır.

Son olarak bu konuda şunu da ifade etmek gerekir ki; vergi, şirketler açısından önemli bir maliyettir. İdare, esasında şirketlerinin kârından belli orandaki alacağını (vergi) peşinen (geçici vergi yoluyla) tahsil eden sabit bir alacaktır. Dolayısıyla, bu alacaklının borcunu ödedikten sonra, geri kalan kârdan, pay sahiplerine bir dağıtım yapılırken, sanki bu borç (vergi) ödenmemiş veya ödenmeyecek gibi bir hespla dağıtım yapmanın uygun olmayacağını değerlendirmekteyiz. Verginin peşinen (geçici vergi) alınmadığını farz etsek de durum değişmez. Çünkü TTK'nın 519'uncu maddesine göre, ancak yedek akçe/akçeler ayrıldıktan sonra kâr dağıtımı yapılabilir. Eğer şirket, kârının hepsini dağıtmaya karar verirse ve bu dağıtıma esas alınacak kâr, vergi öncesi kâr olursa, şirket kâr dağıtımından sonra vergisini nasıl ödeyecektir?

Yedek akçelerin amacı vergi ödenmesi değildir. Yedek akçeler vergilerin ödenmesi amacıyla kullanılabilirse bile, yedek akçe tutarları vergi ödemeye yetmez ise, şirket tüm kârını dağıttığında vergiyi ödemesini nasıl başaracaktır? Yukarıdaki örnek ve açıklamalardan da görüldüğü gibi, ne muhasebe ilkeleri açısından ne de ticari hayatın gereklilikleri açısından, net dönem kârının vergiler düşülmeden hesap edilmesi bizce doğru olmayacaktır. Yukarıda ifade edilen ticari kâr-mali kâr ayırımına göre de, mali kâr VUK'a göre hesaplanan kârdır. Vergi de mali kâr hesaplamasına göre tahsil edilir²⁴³. Vergi ve muhasebe uygulamalarına göre vergi, kârın bir unsuru değildir. Bu açıdan vergi kaydi olarak da, kârdan indirilen bir kalemdir. 193 sayılı GVK'nın 38'inci maddesinde de kâr; "*Bilanço esasına göre ticari kazanç, teşebbüsteki öz sermayenin hesap dönemi sonunda ve başındaki değerleri arasındaki müspet fark*" olarak tanımlanmıştır. Kâr dağıtımı bilançodaki özkaynaklarda kaydedilmiş kârdan yapılır. Başka bir deyişle kâr, gelir tablosunda hesaplandıktan sonra, yine gelir tablosunda vergi karşılığı ayrılır. Daha sonra vergi sonrası net kâr olarak, bilançodaki özkaynaklar arasına intikal ettirilir. Başka bir deyişle, bilançoya gelen kârdan vergi ayrılmıştır. Dolayısıyla bu da vergi sonrası

²⁴³ **Mali kâr**, üzerinde kurumlar vergisinin hesaplandığı, VUK değerlendirme hükümlerinde; "*kanunen indirim kabul edilen ve/veya edilmeyen giderlerin, indirim ve istisna kazanç unsurlarının dikkate alındığı sâfi kurum kazancı*" olarak tanımlanabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz; Çolak, M. a.g.e, s.10; Karyağdı, N. *Kâr Dağıtımı ve Vergilendirilmesi*, s.31; Atik, A. ve Karyağdı, N. (1997, Nisan). Limited Şirketlerde ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı, *Vergi Dünyası Dergisi*, (188), 15; Akman, P. (2004). *Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara-s.8.

net kâr olarak bilançoda kaydedilmiştir. Bu nedenle de TTK'daki “net dönem kârı” ifadesi vergi sonrası kârı ifade etmektedir²⁴⁴.

1.4.1.2. Kâr Payının Hesabında Yedek Akçeler

Kâr payı sadece net dönem kârından ve bunun için ayrılmış serbest yedek akçelerden dağıtılabilir. 6102 sayılı TTK ile getirilen bir yenilik de, ilgili madde hükmünde, Mülga TTK'dan farklı olarak “*bu gaye için ayrılan yedek akçeler*” ifadesi yerine “*serbest yedek akçeler*” ifadesinin kullanılmasıdır. Kâr payı dağıtımı konusunda 6102 sayılı TTK ile getirilen bir diğer yenilik de; gizli yedek akçe ayrılmasına ve bu kapsamdaki uygulamaların fiili olarak önüne geçecek düzenlemelerin kanunda yer almasıdır²⁴⁵. Bu noktada yedek akçelerin hukuki mahiyeti ve yedek akçe kavramlarının irdelenmesi, kâr payının hesaplanması ve dağıtılması bakımından önem arz etmektedir.

1.4.1.2.1. Kanuni Yedek Akçe

Şirketlerin ekonomik hayatlarına devam edebilmeleri için, istikrarlı bir şekilde mali yapılarının sağlam olması gerekir²⁴⁶. Bu yapının sağlamlığı da elbette yeterli bir sermayeye sahip olmakla birlikte, bu sermayenin de korunmasına ve devamında geliştirilmesine bağlıdır. Şirketlerin temel amacı muhakkak ki kâr elde etmektir. Bu açıdan pay sahibi olmanın, yani şirket kurmak veya kurulmuş bir şirkete ortak olmanın da temel amacı kâr elde etmektir. Elde edilen kârın belli bir kısmı, istikrarı sağlamak amacıyla ve finansal açıdan zor zamanlarda faydalanmak için, şirketin içinde bırakılır. Hem şirketin, hem de pay sahiplerinin temel amacı kâr elde etmek olduğuna göre, bu iki amacın birbiri ile kesiştiği nokta, kârın kimin bünyesinde ne kadar kalacağı ile de doğrudan ilişkilidir.

²⁴⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.625.

²⁴⁵ **Gizli yedek akçe** genel olarak Mülga 6762 sayılı TTK zamanında uygulamada karşılaşılan fiili bir durumdur. “*Eski kanun döneminde şirketin aktifinde yer alan mal varlığının değerinin düşük belirlenmesi suretiyle kâr miktarının düşük gösterilmesi böylece ve kârın şirkette bırakılmasına izin veren bir sistem kabul ediliyor ve buna gizli yedek akçe ismi veriliyordu. Yeni düzenlemede kabul edilen Uluslararası Finansal Raporlama Standartları, bu yönde bir uygulamaya izin vermemektedir. Böylece pay sahibi ve şirket dengesinde, pay sahibi lehine bir düzenleme getirilmiş olmaktadır*” (Bkz; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e*, s.518).

²⁴⁶ Ateşgaoğlu, E. *a.g.e*, s.54.

Şirket ekonomik istikrarı sağlayamaz ise pay sahipleri de ilerde elde edebilecekleri kârlardan mahrum kalabilir, hatta şirket kurmak için koydukları sermayeyi bile telafi edemeyecek bir durumla karşılaşabilirler. Buna ek olarak, şirket ile ticaret yapan üçüncü kişiler açısından da, şirket sermayesinin korunması ve bu ticari ilişki neticesinde şirketten alacaklı olan üçüncü kişilerin alacak haklarının korunması hususu önem arz etmektedir. İşte tüm bu gerekçelerle kanun koyucu da, şirketlerin kârlarının hepsini dışarı çıkarmalarını önlemek ve şirketlerle pay sahiplerini hatta şirket alacaklılarını korumak amacıyla, kârın belli bir miktarının düzenli olarak şirket bünyesinde tutulmasını öngörmüştür. Bu şekilde kârın belli orandaki miktarının şirket içinde tutulması gerekliliği uygulamada yedek akçe müessesesini doğurmuştur²⁴⁷.

Yedek akçe kavramının tanımı ne TTK'da, ne de vergi kanunlarında yapılmıştır. TTK'nın 509'uncu maddesinde kârın serbest yedek akçelerden dağıtılabileceği ifade edilerek, 519'uncu maddede de, yedek akçelerin hesaplanma usullerine yer verilmiştir. Doktrinde yedek akçenin birçok tanımı yapılmıştır. Bir tanıma göre; *"Elde edilen şirket kârının dağıtılmayarak işletme bünyesinde bırakılan kısmına"* yedek akçe denilir²⁴⁸. Bunun yanında yedek akçenin; *"esas sermayeyi aşan net varlığı olup, özkaynakların değişken kısmını ifade ettiği"* de belirtilmiştir²⁴⁹. Başka bir tanımda da yedek akçeler; *"İlerde ziyanları kapatmak, beklenen veya beklenilmeyen kayıp ve masrafları karşılamak, işletmenin idamesi ve gelişimini, istikrarlı kâr payı dağıtımını temin maksadı ile kazançlardan alıkonulmak suretiyle açık veya gizli olarak²⁵⁰ ayrılan kıymetlerdir"* şeklinde ifade edilmiştir²⁵¹. Tüm bu tanımların ortak noktası, yedek akçelerin, ihtiyat amacıyla, başka bir deyişle şirketlerin ekonomik olarak ticari hayatlarına devam edebilmeleri için, zor zamanlarda kullanacakları yedek birikimleri olmasıdır.

Yedek akçelerin ayrılmasının amacı genel olarak; şirketlerin devamlılığını ve gelişmesini sağlamak, borçların zamanında ödenmesini sağlayarak,

²⁴⁷ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s. 519.

²⁴⁸ Karyağdı, N. *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, s.165.

²⁴⁹ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.511.

²⁵⁰ **Gizli yedek akçe** ayırma 6102 sayılı yeni TTK ile terk edilmiştir. Bu nedenle gizli yedek akçe ayrımı, geçmiş bir uygulama olması ve yeni dönemde bunun mümkün olmaması nedeniyle çalışmamızda bu ayrımaya yer verilmemiştir. Bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.623. Bkz; dpnt:245.

²⁵¹ Arslanlı, H. *Anonim Ortaklığın Hesapları*, s.69.

alacaklıların haklarını korumak, iş hayatındaki belirsizliklerden doğan riski azaltmak, gelecekteki olası zararları karşılamak ve kâr dağıtımındaki istikrarı sağlamak şeklinde ifade edilebilir²⁵². Yedek akçelerin fonksiyonu da genel olarak üç şekilde özetlenmektedir. Bunların ilki sermayenin korunması, diğeri sermayenin kuvvetlendirilmesi ve bir diğeri ise düzenli kâr dağıtımının yapılmasıdır²⁵³. Bu fonksiyonlar da esasında yukarıda değinilen amaçlara doğrudan hizmet eden ilkelerdir.

Yedek ekçeler, TTK'da ifade edildiği üzere, iki ayrı şekilde gündeme gelmektedir. Çalışmamızda yedek akçeler, kanundaki ayrıma uygun şekilde, kanuni yedek akçe ve isteğe bağlı yedek akçe olarak iki başlık altında ele alınmıştır. Bu kapsamda, kanuni yedek akçe de ayrılma zamanına göre iki şekilde söz konusu olmaktadır:

Birinci Tertip Kanuni Yedek Akçe

Anonim şirketler, borçlarından dolayı yalnızca mal varlıklarıyla sorumlu olan tüzel kişiliklerdir²⁵⁴. Bu nedenle anonim şirketlerin mal varlıklarının korunması yasal bir zorunluluktur. Kanun koyucunun yedek akçe konusunda getirdiği zorunluluk, şirketin ve pay sahiplerinin haklarını korumak yanında yukarıda da değinildiği gibi, üçüncü kişilerin haklarının korunmasını da sağlamaktadır. Bu korunmaları sağlamak adına, şirketin vergi sonrası kârının belli bir oranının yedek olarak ayrılmasına, kanuni yedek akçe denilmektedir.

Kanuni yedek akçenin düzenlendiği TTK'nın 519'uncu maddesi 1'inci fıkrasında; "*Yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşınca kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır*" hükmü bulunmaktadır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, yıllık kâr tespit edildiğinde, bu kârın %5'i öncelikli

²⁵² Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.512; Akgüç, Ö. (1995). *Mali Tablolar Analizi*, 9. Baskı, İstanbul, s.183; Karyağdı, N. *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, s.166.

²⁵³ Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3391; Aşçı, O. *a.g.e.*, s.55.

²⁵⁴ 6102 sayılı TTK'nın 329'uncu maddesine göre; "*Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir*".

ve ilk olarak yedek akçe adıyla ayrılır. Kârdan, bu şekilde ilk olarak ayrılan %5'lik yedek akçe birinci tertip yedek akçe olarak adlandırılmaktadır²⁵⁵.

Birinci tertip yedek akçe ayrılacağı kârın kapsamı konusunda, yukarıda değinildiği üzere²⁵⁶, vergi hukukçuları ve vergi uygulayıcıları arasında tartışma bulunmaktadır²⁵⁷. Bu tartışmalar, çalışma konumuzun kapsamı dışında olduğu için burada ele alınmayacaktır. Ancak, konunun daha net anlaşılabilmesi için çok kısa olarak bu tartışma konularını ifade etmek gerekmektedir. Maddede ifade edilen "kâr", vergi ve diğer yasal yükümlülükler indirildikten ve varsa geçmiş yıl zararları düşüldükten sonra bulunacak kâr mıdır? Yoksa vergi veya zararlar düşülmeden ya da bunların her ikisi de düşülmeden elde edilen kâr mı, yedek akçenin ayrılacağı kârdır? Bizimde katıldığımız görüşe göre, birinci tertip yedek akçenin ayrılacağı kâr, vergi ve geçmiş yıl zararları düşüldükten sonra ulaşılabilecek kârdır²⁵⁸.

Yıllık kârdan %5 birinci tertip kanuni yedek ekçe ayrılmasının bir üst sınırının olduğu da kanunda hüküm altına alınmıştır. Birinci tertip kanuni yedek akçe, ödenmiş sermayenin %20'sine ulaşıncaya kadar ayrılacaktır. Başka bir deyişle, ayrılmış birinci tertip kanuni yedek akçelerin toplamı ödenmiş sermayenin %20'sine ulaştığında, artık bu sınırın üstünde birinci tertip yedek akçe ayrılmayacaktır²⁵⁹. Dolayısıyla kanun koyucu şirketlerin, zorunlu olarak yedeklerinde bulunduracakları miktarın, ödenmiş sermayenin %20'si kadar olması halinde, bununla yedek akçe bulundurma amacını karşılayabileceklerini kabul etmiştir. Şirkette yer alan toplam birinci tertip kanuni yedek akçe miktarı, ödenmiş

²⁵⁵ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.512; Aşçı, O. *a.g.e.*, s.58; Ateşagaoglu, E. *a.g.e.*, s.62; Acar, F. *a.g.e.*, s.32.

²⁵⁶ Bkz; I. Bölüm, md.4.1.1.

²⁵⁷ Karyağdı, N. *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, s.169 vd.

²⁵⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.652; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.763; Ateşagaoglu, E. *a.g.e.*, s.62; Bu konudaki açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.4.1.1; 6102 sayılı TTK'nın 509'uncu madde gerekçesi de bizim görüşümüzü destekler niteliktedir. Gerekçede; "*Tasarıdaki "net dönem kârı" ibaresiyle her şeyden önce bilânço zararı düşüldükten sonra kalan kâr kastedilmiştir. Anonim şirkette, bilânçoda geçmiş yıl zararı/zararları varken, yıllık kâr dağıtılamaz. Bu yasak sermayenin korunması ilkesi gereğidir ve anonim şirketlere ilişkin evrensel bir kuraldır.*" Ayrıca aynı madde gerekçesinde; "*Tasarının ikinci fıkrası da, 6762 sayılı Kanununun 470 inci maddesinin ikinci fıkrasından esinlenerek kaleme alınmıştır. İlk değişiklik Tasarıdaki "net dönem kârından" ibaresi ile yapılmıştır. Mevcut metindeki "safî kâr" terimi uygulamada ve öğretide açıklıktan yoksun bir kavram olarak nitelendirilerek eleştirilmiştir. "Safî" sözcüğü açık olmakla birlikte "kâr" kavramının bir sıfatla tanımlanması gerektiği haklı olarak ileri sürülmektedir. Hangi kâr? Dönem kârı mı yoksa bilânçoda geçen yıldan aktarılan kârı da içerebilecek olan bilânçodaki kâr mı? "Dönem kârı" bu tartışmaları ortadan kaldıracak açıklıktadır. "Net" kelimesi ise Tasarının başka maddelerinde kullanılan ve uluslararası literatürde geçerli olan terim ile de uyumu sağlamaktadır*" açıklaması bulunmaktadır.

²⁵⁹ Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3390; 6102 sayılı TTK'nın 521'inci maddesine göre, bu sınırın üstünde isteğe bağlı yedek akçe ayrılabilir.

sermayenin %20'sinin altına düştüğünde, bu sınıra ulaşıncaya kadar birinci tertip yedek akçe ayırmaya devam edilecektir²⁶⁰.

Birinci tertip kanuni yedek akçenin ayrılması konusunda, kanundaki %5'lik oran emredici bir hükümdür. Dolayısıyla esas sözleşmeye, bu oranın %5'den daha düşük olacağı şekilde bir hüküm konamaz. Bu nedenle şirketler yukarıda izah edildiği şekilde yıllık kârın %5'ini her durumda yedek akçe olarak ayıracaklardır. Bu oranda bir ayırım yapılmadan kâr dağıtımı kararı alınamaz.

İkinci Tertip Kanuni Yedek Akçe

Kanun koyucu, yıllık kârdan birinci tertip kanuni yedek akçe ayrıldıktan sonra, belli sınıra kadar pay sahiplerine kâr payı ödenmesine ve bu sınıra ulaşıncaya, pay sahiplerine bunun üstünde bir kâr dağıtmak için ayrıca ikinci bir yedek akçenin ayrılmasına hükmetmiştir. Başka bir deyişle, pay sahiplerine kârın belli bir oranı üstünde bir oranda kâr dağıtabilmek için, ikinci defa yedek akçe ayırmak gerekmektedir. TTK'nın 519'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında, İkinci tertip yedek akçenin, ne zaman ve hangi işlemler yapılmasına müteakip ayrılacağı hüküm altına alınmıştır²⁶¹.

Madde metninden de anlaşılacağı üzere; ikinci tertip kanuni yedek akçe ayırımının yapılmasının temel olarak iki şartı vardır. İlki, birinci tertip kanuni yedek akçenin ayrılmış olmasıdır. İkinci şart ise, birinci tertip kanuni yedek ekçe ayrıldıktan sonra, kârdan pay alacak kişilere kârın %5'inin, birinci kısım kâr payı olarak dağıtılmasıdır²⁶². Bu %5'lik kâr dağıtılmış olmalıdır ki, ikinci tertip kanuni

²⁶⁰ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, 513; Ateşgözoğlu, E. *a.g.e.*, s.62; Aşçı, O. *a.g.e.*, s.58.

²⁶¹ 6102 sayılı TTK'nın 519'uncu maddesinin 2'nci fıkrasında; "Birinci fıkradaki sınıra ulaşıldıktan sonra da; a) Yeni payların çıkarılması dolayısıyla sağlanan primin, çıkarılma giderleri, iffa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısmı, b) Iskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmı, c) Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu, genel kanuni yedek akçeye eklenir" hükmü bulunmaktadır.

²⁶² Birinci kısım (I.temettü) kar payının hesaplanmasında, **ödenmiş sermayenin mi, yoksa yıllık karı mı esas alınacağı** hususunda da tartışma vardır. Uygulamada çoğunlukla birinci kısım (I.temettü) kar payının hesaplanmasında, ödenmiş sermayenin esas alınması gerektiğine işaret edilmiştir (Bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.762; Karyağdı, N. *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, s.188). Bu yaklaşıma göre %5'lik birinci kısım kar payı, ödenmiş sermayenin %5'i olarak kabul edilecektir. Ayırımın yıllık kardan yapılacağı, ancak bu birinci kısım kar payının ödenmiş sermayenin %5'i olarak hesaplanacağına vurgu yapılmıştır. **Ancak bizim de katıldığımız diğer yaklaşım da, birinci kısım kar payının hesaplanmasında da, yıllık karın esas alınacağı** ifade edilmiştir. Bkz; **Bilgili ve Demirkapı**, *a.g.e.*, s.519; **Ateşgözoğlu**, *E. a.g.e.*, s.85.

yedek akçe ayrılabilir. İlk olarak dağıtılan bu kâr payı, yıllık kârın %5'nin altında kalıyor ise bu halde artık ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrılamayacak demektir. Konuyu çok genel bir örnekle incelersek;

Vergi Sonrası Net Kâr (VSNK)	:	100.000 TL
I. Tertip Kanuni Yedek Akçe	:	5.000 TL
Kalan Kâr Tutarı	:	95.000 TL
I. Kısım Kâr Payı	:	4.750 TL
Kalan Kâr Tutarı	:	90.250 TL
II. Tertip Kanuni Yedek Akçe	:	9.025 TL

Şirketin bilançosuna göre; birinci tertip kanuni yedek akçe ayrıldıktan sonra yıllık kârın %5'i kâr payı olarak dağıtılmasına yetecek bir net dönem kârı var ise, bu durumda yıllık kârın %5'ine ulaşıncaya kadar, pay sahiplerine birinci kısım kâr payı dağıtımı yapılacaktır. Bu aşamada, birinci kısım kar payının hesaplanmasında, yıllık karın %5'i kadar bir ödemeden mi bahsedildiği, yoksa ödenmiş sermayenin %5'i kadar mı yıllık kardan ödeme yapılacağı hususunun da tartışmalı olduğunu ifade etmek gerekir. Ancak bizim görüşümüz, ileride gerekçelerini ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere²⁶³, yıllık karın %5'i kadar bir ödemenin yine yıllık kardan yapılacağı yönündedir. Maddedeki "*Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra*" ifadesinden, şirketlerin en az %5 kâr payı dağıtmak zorunda oldukları yorumu yapılabilir. Bu yorum bizce dayanaktan yoksundur²⁶⁴. Çünkü şirketin kâr dağıtmasının hem finansal hem de hukuki şartları vardır. Bu şartlar yerine gelmeden şirket kâr dağıtamaz. Kaldı ki, şirketlerin her yıl kâr dağıtımını yapmak zorunda olduklarını ifade etmek de mümkün değildir²⁶⁵.

²⁶³ Bkz; I. Bölüm, md.4.1.2.1.

²⁶⁴ Zorunluluğun varlığı ile ilgili bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s. 623; Zorunluluk bulunmadığında dair bizim görüşümüzün dayanağı ile ilgili açıklama için bkz; I. Bölüm, md.2.4, dpnt:173.

²⁶⁵ Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3356, 3392; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.523; **Yargıtay**, 11. H.D. 08.04.1986 tarihli ve E:1986/1195, K:1986/2033 sayılı kararında; "*Karın dağıtılmaması veya az dağıtılması gerektiği takdirde ancak bu yönde bir genel kurul kararına ihtiyaç vardır*" hükmü bulunmaktadır. **Yargıtay**, 11. H.D. 14.10.1982 tarihli ve E:1982/3556, K:1982/3887 sayılı kararında da benzer şekilde; "*Kar payı dağıtım konusunda TTK.nun 385, 466/f. 2b, 3 ve 469/2. maddeleri hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi zorunludur. Gerçekten, TTK.nun 385. maddesi hükmüyle kar payı alma kazanılmış hak kabul edilmiş ve*

Pay sahiplerine, birinci kısım kâr payı dağıtıldıktan sonra, net dönem kârının kalan kısmının %10'u da ikinci tertip kanuni yedek akçe olarak ayrılacaktır. Net dönem kârının kalan kısmından kasıt; bilançodaki net dönem kârından, ayrılan birinci tertip kanuni yedek akçe ile dağıtılan birinci kısım kâr payı (%5) düşüldükten sonra geri kalan kârdır. Bu kârın da %10'u ikinci tertip kanuni yedek akçe olarak ayrılır. Bu hesaplama bir örnek ile Şekli-1'de ortaya konmaya çalışılmıştır²⁶⁶.

6012 sayılı yeni TTK'dan önce, doktrinde, ikinci tertip kanuni yedek akçenin ayırma zamanı ile ilgili görüş ayrılıkları bulunmaktaydı. Bu görüş ayrılıklarının nedeni; ikinci tertip kanuni yedek akçenin, birinci kısım %5'lik kâr payının ayrılmasından sonra mı, yoksa %5'lik kâr payının ödenmesinden sonra mı ayrılacağı hususudur²⁶⁷. Bu tartışmaları da ortadan kaldırmak amacıyla; mülga 6762 sayılı TTK'nın 466'ncı maddesindeki "...kâr payı ayrıldıktan sonra.." ifadesi, 6102 sayılı yeni TTK'nın 519'uncu maddesindeki "..kâr payı ödendikten sonra.." ifadesi ile değiştirilmiştir. Bu konuda kanun ile "ödenmesi" şartı getirildiğine göre, artık birinci tertip kanuni yedek akçe ayırmaya müteakip, diğer şartların da varlığı

paydaşın oluru bulunmaksızın bunda değişiklik yapılamayacağı öngörülmüş ve anılan Yasa'nın 466. maddesi 2. fıkrası 3. bendinde paydaşlara % 5 kar payı ayrılacağı düzenlemesi getirilmiştir. Ne var ki, aynı Yasa'nın 469/2. maddesi hükmüyle ise; ortaklığın sürekli gelişim ve paydaşlara olabildiğince düzenli biçimde kar dağıtımını sağlama amacıyla, uygun ve yararlı ise, genel kurulca yasa ve ana sözleşmede öngörülen sınırı da aşar biçimde olağan dışı yedek akçe ayrılabilirliği öngörülerek anılan koşullarla, kar payı dağıtmama kararı alınabileceği olanaklı kılınmıştır. Ancak bu konudaki bağlantı ve duyarlı dengenin zorunlu koşulu, kar dağıtmamaya yönelik genel kurul kararının, yalnızca, şirketin sürekli gelişimi ve paydaşlara düzenli biçimde kar dağıtımını sağlama amacına yönelik bulunmasıdır. Ayrıca bu konuda, kar payının gereksiz biçimde azaltılması ya da dağıtılmamasının anonim ortaklıklara karşı güven ve ilgiyi sarsabileceğinin ve kararın nesnel (afaki-objektif) iyiniyet kurallarına aykırı olmaması kuralının da özenle gözetilmesi gerekir. Bu yaklaşımın doğal sonucu olarak, kar payı dağıtılmamasına ilişkin genel kurul kararının, ortaklığın sürekli gelişimi ve paydaşlara düzenli kar payı dağıtımını amacına yönelik olup olmadığının belirlenmesi ve gerekirse bu doğrultuda uzman bilirkişilere de inceleme yaptırılarak buna göre değerlendirilmesi gerekirken, dayanağı gösterilmeden ve anılan kararın hiçbir haklı nedeni bulunmadığından söz edilerek iptali yoluna gidilmesi de bozma nedeni sayılmıştır" hükmünü kurmuştur. Elbette şirketin kar payı dağıtmamasının kanuna veya esas sözleşmeye uygun haklı gerekçelerinin de olması gerekmektedir. Şirket keyfi olarak kar payı dağıtılmaması yönünde karar alamaz. Yargıtay'ın yerleşik içtihatları da bu yöndedir. Örneğin Yargıtay, 11. H.D. 16.05.2003 tarihli ve E:2002/13209, K:2003/5053 sayılı kararında da; "TTK. nun bu konudaki düzenlemeleri ile bağlı olup, tahakkuk eden kazanç üzerinde dilediği gibi tasarruf yetkisine sahip değildir. Ortaklar kurulu bilançoya göre ortaya çıkan kazancı dağıtmaktan keyfi bir şekilde, diğer bir deyişle hot be hot sarfinazar edemez. Türk Ticaret Kanunu hükümlerine aykırı olan kararlar iptal ettirilebileceği gibi, şirketçe kâr dağıtmama konusunda haklı bir nedene dayanmayan direnme halinde ortaklar, kazancın kanun hükümleri gereğince tespit ve dağıtılmasını da talep ve dava edebilirler. Bu nedenle somut olayda da davalı şirketin kuruluşundan beri kâr payı dağıtmadığı, bu konuda ortaklar arasında uyumsuzluk çıktığı ve davalı şirketin direngen hale geldiği anlaşıldığından, davacı ortağın kâr payının tespit ve tahsilini mahkemeden isteme hakkı olduğunun kabulü gerekir" hükmüyle buna vurgu yapmıştır. (www.kazancı.com).

²⁶⁶ Bkz; I. Bölüm, md.4.2.

²⁶⁷ Bu konudaki tartışma mülga 6762 sayılı kanunun yürürlükte olduğu zaman var olan bir tartışmaydı. Bu tartışmalarla ilgili bkz; Ayaç, Z. (1998). *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımını*, Sermaye Piyasası Kurulunun 15. yıl Sempozyumu, Ankara-s.45; Arslanlı, H. (1960). *Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller*, Cilt:III, İstanbul-s.95; Tartışma ile ilgili bilgi için bkz; Aşçı, O. a.g.e, s.62 .

halinde şirketler, pay sahiplerine kârın %5'lik kısmını kâr payı olarak dağıtacaklar, başka bir deyişle ödeyeceklerdir. Eğer kâr uygunsa, şirketler ikinci tertip kanuni yedek akçe ayırdıktan sonra ikinci kısım kâr payını da ayrıca ödeyebileceklerdir. Dolayısıyla burada üzerinde durulması gereken konu, birinci kısım kâr payı ödenmesi için bir genel kurul kararı alınıp bu kâr payı fiilen ödendikten sonra, ikinci kısım kâr payı için de ayrı bir genel kurul kararı mı alınacağı, yoksa tek genel kurulda ayrı kararlarla bu işlemlerin yapılıp yapılmayacağı hususudur. Bu tartışma daha çok mülga 6762 sayılı TTK'nın yürürlükte olduğu dönemde yapılmaktaydı. Ancak yeni 6102 sayılı TTK'daki *“..kâr payı ödendikten sonra..”* hükmü sonrası, önce %5'lik birinci kısım kâr payının ödenmesi ve daha sonra ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrımı yapılarak, varsa ikinci kısım kâr payının ödeneceği sonucuna ulaşılabilmektedir²⁶⁸.

Uygulamada, çoğunlukla şirketler, yıllık bilançonun hazırlanmasına müteakip, hazırlayacakları raporlarla kâr payı dağıtımını ile ilgili tekliflerini pay sahiplerine ulaştırmakta ve devamında da tüm yedek akçe ayrımları ve kâr payı dağıtımlarını tek bir genel kurul kararı ile yapmaktadırlar²⁶⁹. Ancak 6102 sayılı yeni TTK'nın 519'uncu maddesinin açık hüküm nedeniyle; gündem maddelerinin ayrılarak, birinci tertip kanuni yedek akçe ve birinci kısım kâr payı dağıtımını yönünde karar alınmasını, devamında da, ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrılması konusunda başka bir gündem maddesi ile genel kurul karar tutanağında ayrı bir maddede karar alınarak işlemlerin yapılması daha uygun olacaktır. Aslında kanunun yalnızca lafzına baktığımızda, birinci tertip kanuni yedek akçe ayırma işlemi ile %5'lik birinci kısım kâr payının dağıtılması için bir genel kurul kararı alınması ve devamında bu kararın tescili ile pay sahiplerine kârın ödenmesi gerekmektedir. Eğer şartlar oluşmuşsa ikinci tertip kanuni yedek akçe ayrımı ve ikinci kısım kâr payı dağıtımını için ayrı bir genel kurul kararına ihtiyaç var denilebilir. Ancak bu yaklaşımın uygulamayı zorlaştıracaklarını ve gereksiz bir emek ve zaman kaybıyla ek maliyete sebep olacağı kanaatindeyiz. Bu nedenle tek genel kurul kararı ile tüm bu işlemlerin yapılmasının uygulamayı rahatlatacağını ve böylelikle daha tasarruflu bir işlem olacağını düşünmekle birlikte, bunun kanunun lafzı ile çeliştiği de ifade edilebilir.

²⁶⁸ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.640; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3399; Özer, I. *a.g.e.*, s.239.

²⁶⁹ Örnek tablo için bkz; bu bölümün sonundaki **Çizelge 1.1.**

Kanuni yedek akçelerle ilgili son olarak bu yedek akçenin kullanım amaçlarına da kısaca değinmek gerekmektedir. 6102 sayılı yeni TTK'nın 519'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına göre; "*Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir*". Maddeden de açıkça anlaşıldığı üzere; kanuni yedek akçe toplamı, sermayenin yarısını geçinceye kadar, bu yedek akçeler ancak maddedeki işler ve amaçlar için kullanılabilir²⁷⁰. Burada ifade edilen "yedek akçe" ifadesi, birinci ve ikinci tertip kanuni yedek akçelerin toplamını ifade etmektedir. Bu ifadenin yalnızca birinci tertip kanuni yedek akçeyi ifade ettiği ileri sürülemez. Çünkü birinci tertip kanuni yedek akçe toplamının sermayenin %50'sinin üstüne çıkma ihtimali genel olarak mümkün değildir. Yalnızca esas sözleşme ile kanundaki %20'lik sınırın %50'nin üstüne çıkartıldığı şirketlerde teorik olarak bu mümkün olabilir. Ancak ticari ve finansal açıdan şirketlerin böyle bir üst sınır belirlemeleri bize ihtimal dışı gibi gelmektedir. Dolayısıyla TTK'nın 519/3'üncü maddesinde ifade edilen "genel kanuni yedek akçe" ifadesi, birinci ve ikinci tertip kanuni yedek akçelerin toplamına işaret eder. Yıllık kârın toplamının %5'i birinci tertip kanuni yedek akçe olarak ayrıldığına göre bununla, ikinci kısım kâr payı dağıtımını yapılırken, bu kâr payının %10'u kadar ayrılan ikinci tertip kanuni yedek akçenin toplamı genel kanuni yedek ekçedir. Genel kanuni yedek akçe sermayenin %50'sini geçtiği takdirde, şirketler bu sermayenin %50'sinin üstündeki yedek akçe tutarlarını, kanundaki amaçlar dışında da kullanabileceklerdir. Ebetteki bu kullanımdan, kanuna ve esas sözleşmeye uygun bir kullanım kast edilmektedir²⁷¹.

1.4.1.2.2. İsteğe Bağlı Yedek Akçeler

Mülga 6762 sayılı TTK'nın 467'nci maddesinin başlığı "ihtiyari yedek akçe" idi. 6102 sayılı yeni TTK ile bu ifade "şirketin isteği ile ayırdığı yedek akçe" olarak değiştirilmiştir. 6102 sayılı TTK'nın 521'inci maddesinde; "*Yedek akçeye yıllık kârın yüzde beşinden fazla bir tutarın ayrılacağı ve yedek akçenin ödenmiş*

²⁷⁰ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e*, s.519; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.763; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.639.

²⁷¹ Yasaman, H. *a.g.e*, s.213; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.306; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3391.

sermayenin yüzde yirmisini aşabileceği hakkında esas sözleşmeye hüküm konabilir. Esas sözleşme ile başka yedek akçe ayrılması da öngörülebilir ve bunların özgülleme amacıyla harcanma yolları ve şartları belirlenebilir” hükmü bulunmaktadır. Madde metninde de görüleceği üzere, şirketler, kanuni yedek akçenin, yıllık kârın %5’inden daha fazla bir oranda ayrılabilmesi yönünde esas sözleşmeye hüküm koyabilirler. Buna ek olarak şirketler birinci tertip kanuni yedek akçenin üst sınırı olan %20 oranını da esas sözleşme ile artırabilirler. Bu yönde bir karar almak şirketlerin takdirine bırakılmıştır. Şirketler gelecekteki ihtiyaçlarını, yatırım planlarını veya ekonomik kriz gibi beklentilerini hesaba katarak, şirketin ihtiyatında bırakılan kârların miktarlarını artırmak isteyebilirler. Bu yönde şirketlerin istekleri ile kanuni yedek akçelerin oranlarının artırılması neticesinde, kârdan kanuni sınırın üstünde ayrılan yedek akçeler, isteğe bağlı yedek akçeleri oluşturmaktadır²⁷².

TTK’nın 521’inci maddesindeki isteğe bağlı yedek akçeler dışında, şirket genel kurullarının alacakları karar ile bunların dışında da yedek akçe ayrılması 523’üncü maddede hüküm altına alınmıştır²⁷³. Bu iki maddeyi beraber değerlendirdiğimizde isteğe bağlı yedek akçe tanımı içinde değerlendirilebilecek yedek akçeler konusunda, kanun koyucunun şirketlere önemli bir inisiyatif tanıdığı ifade edilebilir. Esas sözleşmeye hüküm koyarak şirketlerin, birinci tertip yedek akçe ayırma oranının %5’in üstünde olacağı veya birinci tertip kanuni yedek akçe üst sınırının da ödenmiş sermayenin %20’sini aşabileceği kararlaştırılabilir. Bunun dışında şirket genel kurullarının da ihtiyaç halinde, bu ihtiyaçları karşılayacak

²⁷² Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.762; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.639; Yargıtay da istisna olarak, eğer şartlar gerektiriyor ise kanundaki oranların üstünde **isteğe bağlı yedek akçe ayrılabilmesine** işaret etmektedir. **Yargıtay**, 11. H.D. 10.02.2005 tarihli ve E:2004/2649, K:2005/990 sayılı kararında; “*Davalı şirket ana sözleşmesinin 25 nci maddesiyle de net karın %5’inin birinci temettü olarak ortaklara dağıtılacağı öngörülmüş olup, bu orandaki kar payının TTK.nun 385 nci maddesi anlamında müktesep hak olduğu kuşkusuzdur. Ancak, kar payından doğan müktesep hakka ilişkin bu kural mutlak olmayıp, yasal koşulların gerçekleşmesi halinde ve uzun vadede daha yüksek ve istikrarlı kar payı dağıtılmasını sağlamaya yönelik olarak net karın saklı tutulan oranının dahi olağanüstü yedek akçelere ayrılması mümkündür.* Nitekim, TTK.nun 469/2 nci maddesinde şirketin devamlı gelişmesinin zorunlu kılması halinde yasa ve ana sözleşmede belirtilenlerden başka yedek akçeler ayrılabilmesi öngörülmüştür” hükmüyle görüşümüzü desteklemektedir. (www.kazanci.com).

²⁷³ 6102 sayılı TTK’nın 521’inci maddesinde; “(2) Genel kurul; a) Aktiflerin yeniden sağlanabilmesi için gerekliyse, b) Bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alındığında, şirketin sürekli gelişimi ve olabildiğince kararlı kâr payı dağıtımını yönünden haklı görülüyorsa, **Kanunda ve esas sözleşmede öngörülenlerden başka yedek akçe ayrılmasına da karar verebilir**” hükmü bulunmaktadır.

şekilde, ek yedek akçe ayrılmasına karar verebilecekleri 523'üncü maddede ifade edilmiştir²⁷⁴.

Ek olarak, TTK'nın 522'nci ve 523/3'üncü maddelerinde de, şirketlerin işçiler lehine veya yardım amaçlı yedek akçe ayrılabilirleri hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla şirketler, makul ve reel ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla kanundaki sınırların üstünde yedek akçe ayırabileceklerdir. Ancak şirketler bu isteğe bağlı yedek akçeleri, iyi niyetli ve dürüst bir şekilde usulüne göre alınmış kararlar ve bunları destekleyen gerçekçi raporlarla ayırmalıdır²⁷⁵. Eşit işlem ilkesine aykırı sonuçlar doğurabilecek veya bütün pay sahiplerinin menfaatleri dikkate alınmadan yapılan isteğe bağlı yedek akçe ayırma işlemlerine kanun koyucu cevaz vermemiştir²⁷⁶. Bunların hepsinin ötesinde MK 2'nci ve 3'üncü maddelerinde tanımını bulan "iyi niyet ve dürüstlük" kuralları gereğince de, gerçek ihtiyaçlar ve planlamalar dışında, pay sahiplerinin/sahibinin veya üçüncü kişilerin haklarını kısıtlayacak şekilde isteğe bağlı yedek akçe ayrılamayacağı kanaatindeyiz²⁷⁷.

1.4.2. Kâr Payının Hesaplama ve Dağıtım Usulü

Kâr payı temel olarak, TTK'nın 508'inci ve 519'uncu maddelerindeki esaslar göz önüne alınarak hesaplanmaktadır. Maddede öngörülen hesaplama şekli yukarıda, çalışma konumuzla sınırlı olacak şekilde ele alınmaya çalışılmıştır. Bu

²⁷⁴ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.520 vd; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3404.

²⁷⁵ Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3405; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.619 vd.

²⁷⁶ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.305; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.763; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.522; **Yargıtay**, 11. H.D. 06.05.2003 tarihli ve E: 2002/13209, K: 2003/5053 sayılı; 11.H.D. 22.01.1982 tarihli ve E:1982/55, K:1982/158 sayılı ve HGK. 07.02.1985 tarihli ve E:1984/9-171, K:1985/105 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

²⁷⁷ Yasaman, H. *a.g.e.*, s.216; **Yargıtay bu yöndeki kararlarında, isteğe bağlı yedek akçe ayırma işleminin şirketin gerekçelendirmesini ve bu gerekliliği de ispatlamak zorunda olduğunu ifade etmektedir.** Bu konuda bir Yargıtay kararında isabetli şekilde bu gerekliliğe vurgu yapılmıştır: "*TTK'nın 385'inci maddesinde düzenlenen mütesep hak olan kâr payı hakkı ile bu hakkın istisnasını oluşturan TTK'nın 469/2'nci fıkrası arasındaki hassas dengenin kurulması zorunludur. Ana sözleşmede ihtiyari ve kanuni yedek akçelerin ayrılmasından sonra kalan safî kârın bir kısmının dağıtılmamasına ve olağanüstü yedek akçeye ayrılması mümkün ve bu konudaki genel kurul kararının ana sözleşme ve iyiniyet kurallarına aykırılığı söz konusu olmamakla birlikte, tamamının yedek akçeye ayrılması TTK'nın 469/2'nci maddesinin istisna hükmü olduğu gözetildiğinde; TTK'nın 385'inci maddesinde düzenlenen mütesep hakkın ihlal edilmediğini kanıt yükünün davalı şirkette olması sonucunu doğurur. Olağanüstü yedek akçeye ayırma kararının genel kurul kararında gerekçesi gösterilmemiş olsa bile, yargılama sırasında mahkemeye davalıya açıklattırılıp somut delillerinin gösterilmesinin istenmesi gerekmektedir. Bu durum, ister bir defa, isterse süreklilik kazanmış olan kâr payı dağıtılmaması kararları için de söz konusudur". (Yargıtay, 11. H.D. 21.12.2006 tarihli ve E:2005/10060, K:2006/13738 sayılı kararı). Benzer yönde; **Yargıtay**, 11.H.D. 9.2.1982 tarihli ve E:1982/487, K:1982/479 sayılı; 11.H.D. 10.11.2005 tarihli ve E:2005/12344,K:2005/10872 sayılı kararları, (www.kazanci.com).*

hesaplama ile ilgili kanundaki diğer hükümlere de kısaca yer verdikten sonra, konu örnek bir tablo üzerinde ele alınacaktır.

1.4.2.1. Kâr Payı Hesaplamasında Ödenmiş Sermayenin mi? Yoksa Kârın mı? Dikkate Alınacağı Sorunu

Kârın hesaplanması konusunda değinilmesi gereken önemli bir konu da, yukarıda ifade edildiği gibi, birinci kısım kâr payının hesaplanmasında, ödenmiş sermayenin mi yoksa yıllık kârın mı esas alınacağı hususudur. Uygulamada çoğunlukla birinci kısım kâr payının hesaplanmasında, ödenmiş sermayenin esas alınması gerektiğine işaret edilmiştir²⁷⁸. Bu yaklaşıma göre %5'lik birinci kısım kâr payı hesaplamasında, ödenmiş sermayenin %5'i esas alınacaktır. Kâr payı hesaplamasında ödenmiş sermayenin esas alınması gerektiğini savunan yazarlar²⁷⁹, kâr payının sermaye için pay sahiplerine ödenen bir faiz niteliğinde olduğunu ileri sürmektedirler. Ancak biz bu yaklaşımın yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Çünkü kanununda bu yönde bir hüküm veya gerekçede bu görüşü destekleyecek bir açıklama bulunmamaktadır. Bu yaklaşımın amacının pay sahiplerinin haklarını korumak olduğu düşünülse bile kâr payı hesaplamasının, ödenmiş sermayenin esas alınarak yapılması bu amaçla ters düşecektir. Kâr payı hesabında, bu yaklaşım kabul edildiğinde; yıllık kârdan ödenmiş sermayenin %5'i tutarında birinci kısım kâr payının pay sahiplerine dağıtılması gerekecektir. Ancak, şirketler hukukunun temel ilkelerinden olan "sermayenin korunması"²⁸⁰ ilkesi, sermayenin belli sınırın altına düşmemesini yanında kuvvetlendirilmesini de içerir. Anonim şirketler de sermaye şirketi olmaları nedeniyle, sermayeleri korumalı ve kuvvetlendirmelidirler. Bu nedenle, genel kural olarak, şirketlerin kâr payı dağıtacakları dönemdeki yıllık karlarının çok üstünde bir sermayeye sahip olmaları gerekir.

Örneğin, yıllık kâr 100.000 TL olan bir şirketin, ödenmiş sermayesinin bu rakamın altında kalmış olması, şirketler hukukundaki ilkeler esas alındığında,

²⁷⁸ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.762; Karyağdı, N. *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, s.188; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ort. ve Koop. Hukuku*, s.769.

²⁷⁹ Karyağdı, N. *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, s. 161; "Ortaklara kardan ayrılan ilk pay olan I'inci temettü (kar payı) özü itibariyle sermayeye verilen pay (faiz) olarak nitelendirildiğinden ortakların ödemiş oldukları sermaye üzerinden I'inci temettü ayrılması ve yeni TTK'da açıkça belirtildiği üzere ödenmesi zorunludur".

²⁸⁰ Bkz; I. Bölüm, md.1.1.2.

kabul edilebilir bir durum değildir. Ödenmiş sermayenin çok üstünde bir kârın dağıtımına konu olmasının da ticari teamüllere uygun düşmediği kanaatindeyiz. Dolayısıyla bu şirketin sermayesinin de 1.000.000 TL olduğu farz edildiğinde, kâr dağıtım hesaplamasında eğer ödenmiş sermaye esas alınacaksa, birinci kısım kâr payı olarak bu 50.000 TL'nin dağıtılması gerekecektir. Yıllık kârın %50'sinin birinci kısım kâr payı olarak dağıtılması sonucunu doğuracak bir hesaplamanın birçok açıdan uygun olmayacağını değerlendirilmekteyiz.

Kâr dağıtımını yapılacak dönemde elde edilen kârdan, yasal zorunluluklar ayrıldıktan sonra artakalan miktar üzerinden bir oranlamayla, kâr payı dağıtımının hesaplanması bizce daha isabetli olacaktır. Çünkü bir kişinin pay sahibi olmasının temel amacı kârdan pay almaktır. Yoksa sermaye olarak şirkete verdiği paranın faizini almak değildir. Şirketler belli bir dönem içinde faaliyetlerini yapar ve bu dönem sonunda kâr dağıtmaya karar verirse, artık dağıtılacak kârın hesabında ödenmiş sermayenin esas alınmasının gerekçesi, bizce dayanaktan yoksundur.

Şirketler hukuku açısından da konu ele alındığında ilk olarak, birinci kısım kâr payı dağıtımından sonra, dağıtımına konu olacak paydan istifade edecek birden çok hak sahibinin varlığı dikkat çekmektedir²⁸¹. Örneğin kuruculara (md. 348) ve intifa hakkı/senedi sahiplerine ödenecek kâr payları (md. 502) ile yönetim kurulu üyelerine ödenecek kazanç payları (md. 511), birinci kısım kâr dağıtımını için hesaplanan %5'lik kısım (I.Temettü) ödendikten sonra dağıtılacaktır. Bunlar da ödendikten sonra ikinci tertip yedek akçe ayrımı yapılacak ve daha sonra kalan var ise bu kalan miktar da pay sahiplerine ikinci kısım kâr dağıtımını (II.Temettü) olarak ödenebilecektir. Dolayısıyla, bunların hepsini beraber değerlendirdiğimizde, kanunun bu yaklaşımdan; birinci kısım kâr payı ödemesinin, temel ve belli bir sınıra kadar (%5) yapılması gereken bir ödeme olduğu sonucuna ulaşıyoruz. Birinci kısım kâr payı ödemesinden sonra, yukarıda ifade edildiği sırayla, diğer ilgililere bir ödeme yapılmasına müteakip, eğer bu temel ödeme (I. Temettü) dışında pay sahiplerine kâr payı ödenecekse, bu ödemeden de %10 ikinci tertip

²⁸¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *a.g.e.*, s.624 vd; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.761.

yedek akçe ayrılması gerekmektedir. Bu ödeme ve ayrımlardan sonra yıllık kârdan kalan var ise bundan ikinci kısım kâr payı ödemesi yapılacaktır²⁸².

Tüm bu açıklamalar beraber ele alındığında; yüksek miktarda kâr elde edildiği durumda, bu kârın temel kısmının, birinci kısım kâr dağıtımında (I. Temettü) dağıtılmasına müteakip, asıl ve yüksek oranının ise, ikinci kısım kâr payında (II. Temettü) dağıtılmasının amaçlandığını ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu nedenle, birinci kısım kâr payı hesabında ödenmiş sermaye esas alınırsa (yukarıda ifade edildiği üzere, sermaye de genel olarak dönem kârından daha yüksek bir meblağ olacağı için) kârın asıl büyük kısmı genel kural olarak, birinci kısım kâr payı dağıtımında ödenecektir. Bu sonuç da yukarıda ifade edilen gerekçelerle, ne şirketler hukuku ilkelerine, ne de ticari uygulamalara uygun düşmektedir.

Kâr payı hesaplamasının hüküm altına alındığı TTK'nın 519'uncu maddesi bu görüşümüzü destekler niteliktedir. Maddenin 2'nci fıkrasında; "...*düşülmesinden sonra kalan kısmı, pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu, genel kanuni yedek akçeye eklenir*" hükmü bulunmaktadır. Madde metninin tamamı²⁸³ incelendiğinde, "...*sonra kalan kısmı..*" ifadesinden, bu hesaplamanın yıllık kârın esas alınarak yapılacağı sonucuna ulaşmaktayız. Yalnızca birinci kısım kâr payı değil, maddedeki diğer tüm ayırım ve ödemeler beraber değerlendirildiğinde de, bu hesaplamanın yıllık kâr üzerinden yapılacak şekilde kurgulandığı sonucuna ulaşılabilir²⁸⁴. Bu nedenle yıllık net dönem kârından %5 birinci tertip yedek akçe

²⁸² Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.640; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.518 vd; **Yargıtay**, 11. HD. 15.11.1976 tarihli ve E:1975/3795, K:1976/4917 sayılı kararı, (Bkz; **Eriş, G.** TTK Şerhi-III, s.3400).

²⁸³ 6102 sayılı TTK'nın 519'uncu maddesinde; "(1) *Yıllık kârın yüzde beşi, ödenmiş sermayenin yüzde yirmisine ulaşincaya kadar genel kanuni yedek akçeye ayrılır. (2) Birinci fıkradaki sınıra ulaşıldıktan sonra da; a) Yeni payların çıkarılması dolayısıyla sağlanan primin, çıkarılma giderleri, itfa karşılıkları ve hayır amaçlı ödemeler için kullanılmamış bulunan kısmı, b) Iskat sebebiyle iptal edilen pay senetlerinin bedeli için ödenmiş olan tutardan, bunların yerine verilecek yeni senetlerin çıkarılma giderlerinin düşülmesinden sonra kalan kısmı, c) Pay sahiplerine yüzde beş oranında kâr payı ödendikten sonra, kârdan pay alacak kişilere dağıtılacak toplam tutarın yüzde onu, genel kanuni yedek akçeye eklenir. (3) Genel kanuni yedek akçe sermayenin veya çıkarılmış sermayenin yarısını aşmadığı takdirde, sadece zararların kapatılmasına, işlerin iyi gitmediği zamanlarda işletmeyi devam ettirmeye veya işsizliğin önüne geçmeye ve sonuçlarını hafifletmeye elverişli önlemler alınması için kullanılabilir. 4) İkinci fıkranın (c) bendi ve üçüncü fıkra hükümleri, başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan holding şirketler hakkında uygulanmaz. (5) Özel kanunlara tabi olan anonim şirketlerin yedek akçelerine ilişkin hükümler saklıdır*" hükmü bulunmaktadır.

²⁸⁴ Benzer görüş için bkz; Ateşgaöglü, E. *a.g.e.*, s. 85.

ayrıldıktan sonra, yıllık kârın kalanının %5'i oranında birinci kısım kâr payı olarak dağıtılacağı sonucuna ulaşmaktayız²⁸⁵.

Birinci kısım kâr payının hesaplamasında, ödenmiş sermayenin %5'inin esas alınmasının, TTK'da bir dayanağı bulunmamaktadır. Yalnızca TTK'nın "kazanç payları" başlıklı 511'inci maddesindeki "*Yönetim kurulu üyelerine kazanç payları, sadece net kârdan ve ancak kanuni yedek akçe için belirli ayırım yapıldıktan ve pay sahiplerine ödenmiş sermayenin yüzde beşi oranında veya esas sözleşmede öngörülen daha yüksek bir oranda kâr payı dağıtıldıktan sonra verilebilir*" hükmünde, ödenmiş sermayenin %5'i ifadesi yer almaktadır. Bu maddenin gerekçesinde²⁸⁶ de (kâr payı hesaplamasında "ödenmiş sermayenin" dikkate alınacağı sonucunu doğuracak şekilde), mülga 6762 sayılı kanundaki düzenlemede esaslı bir değişiklik yapılmadığı ifade edilmiştir. Bunun yanında, düzenlemelerin içeriği ve esası dikkate alındığında, 6102 sayılı yeni TTK'daki 511'inci maddenin, mülga 6762 sayılı TTK'daki karşılığı 472'nci madde olduğu görülecektir. Mülga 6762 sayılı TTK'nın 472'nci maddesinde de "ödenmiş sermaye" veya bu kavramı çağrıştıracak hiçbir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun yanında kâr payı dağıtımının hesaplanmasında esas alınması gereken asıl düzenleme olan 6102 sayılı yeni TTK'nın 519'uncu maddesinin gerekçesinde; "*maddenin 6762 sayılı kanunun 466'ıncı maddesinden alındığı*" ve "*madde içeriğinin temeli olan düşünce ve hükümlerin değiştirilmediği*" ifade edilmiştir. Yukarıda değinilen 6102 sayılı TTK 519'uncu madde 2'nci fıkranın, mülga 6762 sayılı TTK'daki karşılığı olan düzenlemede "*safi kârdan, birinci fıkrada yazılı yedek akçeden başka pay sahipleri için %5 kâr payı ayrıldıktan sonra..*" hükmü bulunmaktadır (mülga 6762 sayılı TTK md. 466/3). Dolayısıyla 6102 sayılı yeni TTK ile mülga 6762 sayılı TTK'daki hükümler ve gerekçedeki açıklamalar incelendiğinde de bizce, kâr payı hesabında "ödenmiş sermaye"nin dikkate alınacağı görüşüne itibar edilmesinin yerinde olmayacağı söylenebilir.

²⁸⁵ Çalışmamızdaki tüm hesaplamalar ve örneklerdeki kar payı hesabında "**yıllık kar**" esas alınmıştır.

²⁸⁶ 6102 sayılı TTK'nın 511'inci madde gerekçesinde; "*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 474 üncü maddesinden esinlenerek, ancak bir değişiklik yapılarak alınmıştır. 6762 sayılı kanunun 472. maddesinde pay sahiplerine ayrılması gereken kâr payı oranı yüzde dördtür. Bunun Tasarı'nın 519 uncu maddesinin ikinci fıkrasının c) bendi ile uyumlu olabilmesi için oran yüzde beşe çıkarılmıştır. Bu uyumsuzluk mevcut kanunda 466 ve 472'nci maddelerde açıkça yer almakta ve öğretilde eleştirilmektedir*" açıklaması bulunmaktadır.

1.4.2.2. Kazanç Payı Ödemesi, Kuruculara veya İntifa Hakkı Sahiplerine Ödenecek Kâr Payı

Hesaplama ve dağıtım ilkeleri ile ilgili olarak, kâr dağıtımı ve yedek akçe ayırma konusunda TTK'da, yapılacak hesaplamaları etkileyecek yönde bazı hükümlere ayrıca yer verilmiştir. 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 sağlanabilecektir²⁸⁷. Maddeye göre, yönetim kurulu üyelerine, eğer bir kazanç payı ödenecekse, bu ödeme ancak birinci tertip kanuni yedek akçe ayrıldıktan ve birinci kısım kâr payı dağıtıldıktan sonra yapılabilecektir²⁸⁸. Esas sözleşmeye veya alınacak genel kurul kararına dayanarak, yönetim kurulu üyelerine kazanç payı dağıtımı yapılabilecektir²⁸⁹. Esas sözleşmede veya genel kurul kararlarında bu yönde bir hüküm olsa da, eğer yukarıda ifade edildiği şekilde 511'inci maddedeki şartlar oluşmamışsa, yönetim kurulu üyelerine kazanç payı ödemesi yapılamayacağı kanaatindeyiz²⁹⁰. Çünkü TTK'nın 511'inci maddesindeki hüküm emredici niteliktedir.

Şirketin yönetim kurulu üyelerine kazanç payı ödemesi yapabilmesi için, belli bir mali yeterliliğe sahip olması gerekir. Bu yeterlilik de, kanunda ifade edildiği üzere; ancak birinci tertip kanuni yedek akçenin ayrılmasına ve buna ilave olarak pay sahiplerine birinci kısım kâr dağıtımı yapılmasına yetecek bir miktarda mali yeterliliğin var olması ile mümkün olacaktır. Esasında bu düzenleme, ticari hayatın gerçekliğine ve mantığa da uygun düşmektedir. Yönetim kurulu üyeleri, çok genel bir anlatımla, şirket sermayesinin emanet edildiği şirketi yöneten ve idare eden kişilerden/kişiden oluşur²⁹¹.

²⁸⁷ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.238; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.646; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.391; Özer, I. *a.g.e.*, s.228-229.

²⁸⁸ **Birinci tertip kanuni yedek akçe ve birinci kısım kâr payı dağıtımı** konusu ile ilgili bkz; I. Bölüm, md.4.1.2.1.1.

²⁸⁹ 6102 sayılı TTK'nın 394'üncü maddesi.

²⁹⁰ Özer, I. *a.g.e.*, s.231 vd.

²⁹¹ 6102 sayılı yeni TTK'nın yürürlüğe girmesi ile yönetim kurulunun daha çok profesyonel kadrolardan oluşan bir kurul olacağına vurgu yapılarak, "**Yönetim Kurulunun Kendisine Yabancı Bir Malvarlığını Yönetmesi İlkesinin**" anonim şirketlere hâkim olan ilkeler arasında sayıldığı görülmektedir. (Bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.288).

Eğer şirket belli dönem içinde, mali açıdan uygun ve kabul edilebilir şekilde bir yeterliliğe ulaşırsa, bunun şirket karşısındaki birinci muhatabı yönetim kuruludur. Bunun tersi olmuşsa, başka bir deyişle şirket zarar etmiş, belli mali yeterliliğe ulaşamamışsa, bu konuda şirketin birincil muhatabı yine elbette yönetim kurulu olacaktır. Kazanç payı da, huzur hakkından veya ücretten farklı bir ödemedir. Kazanç payı, kârdan bir ödeme olduğu için şarta bağlıdır²⁹². Bu şart da şirketin belli bir oranın üstünde kâr etmiş olmasıdır. İşte bu nedenle şirket belli bir oranın üstünde kâr edemediğinde, yönetim kurulu üyelerine, başka bir yaklaşımla başarı primi gibi nitelendirilebilecek, kazanç payı adı altında bir ödeme yapılması hem ticari teamüllere, hem de mantığa aykırı olacaktır. Bu nedenle de kanundaki, kazanç payı dağıtımını konusundaki yaklaşımının isabetli olduğu kanaatindeyiz.

Kâr payı ve yedek akçe ayrılması konusunda, TTK'nın 519'uncu maddesindeki genel hüküm dışında diğer bir ek düzenleme de, kuruculara ve intifa senedi sahiplerine ödenecek kâr payı dağıtımlarıdır. TTK'nın 348'inci ve 502'nci maddelerindeki hükümler ile kuruculara veya intifa senedi sahiplerine kârdan pay dağıtılması yönünde esas sözleşmede hüküm bulunuyorsa, kâr payı hesaplaması yapılırken bu hükümlerin de dikkate alınması gerekecektir²⁹³.

Şirket kurucularına ödenecek kâr payıyla ilgili olarak TTK'nın "kurucu menfaatleri" başlıklı 348'inci maddesinin 1'inci fıkrasında; *"şirketi kurdukları sırada harcadıkları emeğe karşılık olarak kuruculara, para ve bedelsiz pay senedi vermek gibi şirket sermayesinin azalması sonucunu doğurabilecek bir menfaat tanınamaz. Bu hükme aykırı esas sözleşme hükümleri geçersizdir. Ancak, dağıtılabılır kârdan 519 uncu maddenin birinci fıkrasında yazılı yedek akçe ile pay sahipleri için yüzde beş kâr payı ayrıldıktan sonra kalanın en çok onda biri intifa senetleri bağlamında kuruculara ödenir"* hükmü ve 3'üncü fıkrasında da; *"Dağıtılabilecek kâr mevcut ise şirket kârın dağıtılmamasını kararlaştırmış olsa bile kurucu intifa sahipleri esas sözleşmede öngörülen kâr paylarını alırlar"* hükmü bulunmaktadır. İntifa senedi sahiplerine ödenecek kâr payıyla ilgili olarak da TTK'nın 502'nci maddesinde; *"genel kurul, esas sözleşme uyarınca veya esas sözleşmeyi değiştirerek, bedeli kanuna uygun olarak yok edilen payların sahipleri, alacaklılar veya bunlara benzer"*

²⁹² Eriş, G. TTK Şerhi-III, s.3372; Bilgili ve Demirkapı, a.g.e, s.391.

²⁹³ Tekinalp, Ü. Yeni Hukuk, s.306; Pulaşlı, H. Yeni Şirketler Hukuku, s.762.

bir sebeple şirketle ilgili olanlar lehine intifa senetleri çıkarılmasına karar verebilir. Bu senetlere 348'inci madde uygulanır" hükmü bulunmaktadır.

Yukarıdaki hükümlerden de anlaşılacağı üzere, esas sözleşmede kuruculara kârdan, normal kâr payı dışında ek bir kâr payı ödemesi yapılması hüküm altına alınabilir. Bunun dışında şirket intifa senedi çıkartarak, pay sahibi dışındaki kanunda belirtilen kişilere intifa senedi verebilir. Kuruculara kâr payı ödenmesine karar verildiğinde, dağıtım intifa senetleri bağlamında yapılacaktır. İntifa senetler sahiplerine yapılacak kâr payı dağıtımları da, kuruculara ödenecek kâr dağıtımını esaslarına göre yapılacaktır²⁹⁴. Dolayısıyla, şirket yıllık kârdan %5 birinci tertip kanuni yedek akçe ayırımını yapıp, devamında pay sahiplerine %5'lik birinci kısım kâr dağıtımını yaptıktan sonra, kalan kârın en çok %10'unu kuruculara kâr payı olarak dağıtılabilecektir²⁹⁵. Esas sözleşmede bu oranın ne kadar olduğu belirlenmiş olmalıdır. Bunun dışında, eğer şirket intifa senedi çıkarmışsa, bu intifa senet sahiplerine de, esas sözleşmede belirtilen oranda kâr dağıtımları bu aşamada yapılmalıdır²⁹⁶.

1.4.2.3. İmtiyazlı Pay Sahiplerine Ödenecek Kâr Payı

Kâr payı dağıtımının hesaplanması konusunda değinilmesi gereken bir diğer hüküm de imtiyazlı paylarla ilgili düzenlemedir. İmtiyaz; kâr payı, tasfiye payı, rüçhan ve oy hakkı gibi haklar da, paya tanınan üstün bir hak veya kanunda öngörülmemiş yeni bir pay sahipliği hakkıdır²⁹⁷. İmtiyaz konusu genel olarak TTK'nın 478'inci maddesinde düzenlenmiştir. Kanuna göre, paya imtiyaz tanınabilmesi ancak şirket esas sözleşmesi ile mümkün kılınabilir. Bu doğrultuda sermayenin tümünü teşkil eden pay sahiplerinin onayı olsa dahi, yalnızca bu yönde alınmış bir genel kurul kararı ile imtiyaz oluşturulamaz²⁹⁸. Belli grup paya/paylara birçok konuda, diğer paylardan farklı imtiyaz tanınabileceği gibi kâr payında imtiyaz da tanınabilir. Kârda imtiyazın kapsamı ve uygulama şeklinin esas

²⁹⁴ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.409.

²⁹⁵ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.640 vd.

²⁹⁶ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.516.

²⁹⁷ 6102 sayılı TTK'nın 478'inci maddesi 2'nci fıkrası; **İmtiyazlı paylarla** ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.562 vd.

²⁹⁸ Yasaman, H. *a.g.e.*, s.556; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.566.

sözleşmede açıkça gösterilmiş olması gerekmektedir²⁹⁹. Kârda imtiyazlı pay sahipleri, kâr payından imtiyazlı paylarını; TTK'nın 519'uncu maddesine göre, birinci tertip kanuni yedek akçe ayrıldıktan ve birinci kısım kâr dağıtımı yapıldıktan sonra alabilirler³⁰⁰.

1.4.2.4. Kâr Payı Dağıtımının Temel İlkeleri

Yukarıda kâr dağıtımının hesaplamasının nasıl yapılacağı ve özel durumlarda da kâr dağıtımı yapılması halinde hesaplamaların sınırları ifade edilmeye ve aşamaları belirlenmeye çalışılmıştır. Burada TTK'nın 523'üncü madde 1'inci fıkrasını tekrar etmekte fayda umuyoruz. Maddede; *“Kanuni ve esas sözleşmede öngörülen isteğe bağlı yedek akçeler ayrılmadıkça pay sahiplerine dağıtılacak kâr payı belirlenemez”* hükmü bulunmaktadır. Dolayısıyla, kâr payı dağıtımı yapmadan önce ilk olarak yedek akçe hesaplamalarının yapılması gerekecektir³⁰¹. Tüm bu açıklamalar ve ilgili TTK hükümleri esas alınarak, kâr payı dağıtım aşamaları aşağıda ortaya konmaya çalışılmıştır³⁰²:

1. Şirketin net dönem kârı tespit edilir (md. 509/2, 519/1),
2. Net dönem kârından %5 birinci tertip kanuni yedek akçe olarak ayrılır (md. 519/1),
3. Esas sözleşmede hüküm varsa, isteğe bağlı yedek akçe ayrılır (md. 521, 523),
4. Birinci tertip yedek akçe ve şartları varsa isteğe bağlı yedek akçe ayrıldıktan sonra, net dönem kârının kalanından %5 oranında birinci kısım kâr payı, pay sahiplerine ödenir (md, 519/2),
5. Birinci kısım kâr payı dağıtımı yapıldıktan sonra, kalan net dönem kârının %10'nuna kadar kâr, esas sözleşmede hüküm varsa, kuruculara dağıtılır (md.348),
6. Esas sözleşme hükümlerine göre, varsa intifa senedi sahiplerine kâr payı dağıtımı yapılır (md. 502),

²⁹⁹ Karaman, S. *İmtiyaz*, s.67.

³⁰⁰ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.743-744; Karyağdı, N. *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, s.145.

³⁰¹ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s. 516; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s. 639; Yasaman, H. *a.g.e.*, s.213; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.3389.

³⁰² Karyağdı, N. *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, s.162 vd; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.760-766; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.640.

7. Esas sözleşmede hüküm varsa yönetim kurulu üyelerine kazanç payı dağıtılır (md. 511),
8. Esas sözleşmede hüküm varsa, kârda imtiyaz tanınan pay sahiplerine, imtiyazlı olan kâr payı dağıtımı yapılır (md. 478),
9. İkinci tertip kanuni yedek akçe ayrımı yapılır (md. 519/2),
10. Genel kurul kararı varsa ilave isteğe bağlı yedek akçe ayrımı yapılır (md. 523),
11. Tüm dağıtım ve ayırlardan sonra, net dönem kârından geri kalan kâr varsa bundan da genel kurul kararı ile pay sahiplerine ikinci kısım kâr dağıtımı yapılabilir.

Anonim şirketler, yukarıda genel olarak ifade edilen aşamalarda TTK'nın ilgili hükümlerine uygun bir şekilde kâr dağıtımı yapabilirler. Kâr dağıtımı yapılırken hesaplamaların yapılması oldukça önem arz etmektedir. Çalışma konumuzu doğrudan ilgilendirmese de, bu bölümde açıklanmaya çalışılan kâr payının hesaplanması konusunu genel bir örnekle somutlaştırmak yerinde olacaktır. Aşağıdaki örnekte, çok genel olarak ve yalnızca kanuni yedek akçeler ile birinci ve ikinci kısım kâr dağıtımlarını ortaya koymak için, diğer özellikli konuların var olmadığı kabul edilerek, genel bir hesaplama yapılmıştır:

Çizelge 1.1. Kâr dağıtım tablosu

KÂR DAĞITIM TABLOSU	
GEÇMİŞ YIL KÂRI	1.000.000,00
Vergi Sonrası Toplam Kâr	1.000.000,00
Geçmiş Yıl Ticari Zararları	
Vergi Sonrası Dağıtımına Karar Verilen Kâr (-) G. Yıl Ticari Zararları	1.000.000,00
Ödenmiş Sermaye	2.000.000,00
Birinci Tertip Yedek Akçe Ayırma Sınırı	400.000,00
Daha Önce Ayrılmış Birinci Tertip Yedek Akçeler	200.000,00
Cari Yıl İçin Ayrılabilir Azami Birinci Tertip Yedek Akçe	200.000,00 ³⁰³
Birinci Tertip Yedek Akçe	50.000,00
Toplam Birinci Tertip Yedek Akçe	50.000,00 ³⁰⁴
Birinci Tertip Yedek Akçeden sonra kalan	950.000,00
Birinci Temettü	47.500,00³⁰⁵
Yönetim Kurulu Payı	0
Ortaklar Dışında Kalan Kârdan Pay Alma Hakkı Olanlara Verilecek Paralar	0
İkinci Tertip Yedek Akçe	90.250,00
Kalan Dağıtılabilir Kâr	812.250,00³⁰⁶
Stopaja Tabi Olmayan Kısım (stopaj düşüldükten sonraki, İstisna Kazanç)	
Kâr Dağıtımını Nedeniyle Stopaj Matrahı (1.Temettü de vergilendirilir)	
Hesaplanan Stopaj	128.962,50
Dağıtılabilir Net Kâr	683.287,50³⁰⁷

³⁰³ Geçmiş yıllarda ayrılmış birinci tertip yedek ekçe varsa, **bu rakam geçmiş yıl birinci tertip yedek akçelerin toplamını da kapsayacaktır.**

³⁰⁴ Önceki yıllardan gelen birinci tertip yedek akçe "0" kabul edilmiştir.

³⁰⁵ Birinci kısım kâr payı hesaplamasında "**ödenmiş sermayenin**" değil "**yıllık karın**" dikkate alınmasının **gerekçesi** için bkz; I. Bölüm, md.4.2.

³⁰⁶ Yıllık kârdan kalan kısmın hepsinin pay sahiplerine dağıtılacağı kabul edilerek hesaplanmıştır.

³⁰⁷ **Dağıtılabilir net kâr**, pay sahiplerine ikinci kısım kâr payı (II. Temettü) olarak dağıtılacaksa, bu dağıtımdan önce 178.687,50 TL stopaj (vergi) kesintisi yapıldığı için, tüm dağıtılabilir net kâr ayrıca bir vergiye tabi tutulmadan pay sahiplerine dağıtılabilir.

2. BÖLÜM

ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

2.1. Örtülü Kâr Kavramı

Ekonomik açıdan bakıldığında ticari hayatta tüm katılımcıların temel amacı kâr elde etmek ve ekonomik olarak devamlılıklarını sağlamaktır. Çalışma konumuzu oluşturan anonim şirket de yukarıda izah edildiği üzere³⁰⁸ sermayeden ve bu sermayeyi taahhüt eden pay sahiplerinden oluşur. Elbette pay sahiplerinin nihai amacı da bu kapsamda kâr elde etmektir. Şirketler hayatlarına devam edebilmek için öncelikle sermayelerini korumalıdırlar. Devamında da, şirketler kâr elde ederek yatırım yapmak, bunun üstünde elde ettikleri kârın bir kısmını faaliyetlerinin devamlılığını sağlamak amacıyla yedek akçe olarak ayırmak zorundadırlar. İşte bu ayrımları yaptıktan sonra şirketler, geriye kalan kârı, pay sahiplerine yukarıda izah edilen şekilde yapılan hesaplama sonucunda³⁰⁹ dağıtırlar. Şirketler kâr elde ettiklerinde genel kural olarak, bu kârı dağıtmaları gerekmektedir. Hatta bazı hallerde eğer pay sahipleri açısından açık bir hak kaybı olacaksa, mahkemeler kâr dağıtımına da doğrudan karar verebilmektedirler³¹⁰. Sonuç olarak bir gerçek veya tüzel kişinin şirkette pay sahibi olmasının temel amacı kâr elde etmektir³¹¹.

Şirket elde ettiği kârı pay sahiplerine dağıttığında, kârı elde eden pay sahibi bünyesinde bir gelir doğduğu için bu gelirden de, devletler kendi vergi kanunlarına göre vergi almaktadırlar³¹². Ülkemizde de pay sahibinin gerçek kişi olduğu

³⁰⁸ Bkz; I. Bölüm, md.1.1.

³⁰⁹ Bkz; I. Bölüm, md.4.1.

³¹⁰ **Yargıtay**, 11. H.D. 16.05.2003 tarihli ve E:2002/13209, K:2003/5053 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

³¹¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.624; Yargıtay birçok yerleşik kararında buna vurgu yapmıştır. Örneğin **Yargıtay**, 11.H.D. 21.12.2006 Tarih ve E:2005/10060, K:2006/13738 sayılı kararında; *“Öncelikle belirtilmelidir ki, her ticaret ortaklığı gibi anonim ortaklığın nihai amacı kâr elde edip ortaklarına dağıtmaktır. Bu amaç, ana sözleşmelerde yer almaz, çeşitli kanunlardaki kişi birliklerini ayıran, "müşterek gaye" kıstasından ve "ortaklık" kavramından doğar. Başka bir deyişle "anonim şirket kanunen yasak olmayan her türlü İktisadi maksat ve konular için kurulur" (TTK md. 271)ve kâr elde etmek ve paylaşmak nihai amacını elde etmek hedefine yönelir ve bu yolda çaba harcar. Ortaklığın bütün organları bu nihai amaca uygun kararlar almak zorundadır. İşte, şirketin kâr elde etmek ve dağıtmak nihai amacından doğan kâr payı, bir vazgeçilmez haktır(TTK md.385)(Poroy/Tekinalp/Çamoğlu-Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku 8. bası, s. 487)”* vurgusunu yapmıştır. (www.kazanci.com).

³¹² Anayasa'nın 73'üncü maddesi.

durumda, Şirketten kâr dağıtımı yapılması halinde, bu kârdan genel olarak ifade etmek gerekirse, %15 oranında (stopaj³¹³) bir vergi ödenir. Tüzel kişi (Şirket) pay sahibi aşıından, söz konusu vergi istisna kapsamında olup³¹⁴ tüzel kişi de kendi geręek kişi pay sahiplerine kâr dağıtacağı zaman, bu pay sahibi geręek kişi, ilgili mevzuat kapsamında yine bu kâr dağıtımında vergisini ödeyecektir. Esasında genel olarak ifade etmek gerekirse; kâr (para) ticari hayatın dışına çıkarken, başka bir deyişle geręek kişi ortağa dağıtılırken, vergilendirilmektedir. Ülkemizle birlikte birçok ülkede durum bu Őekildedir³¹⁵.

Vergi kanunlarına göre, kâr dağıtımı yapılırken, hak sahipleri bu kâr paylarını, kural olarak %15 vergi (stopaj) kesilmiş Şekilde almaktadırlar. Dolayısıyla vergi kesintisi yapılması nedeniyle, pay sahipleri de kâr dağıtımından alacağı payı da yaklaşık olarak %15 eksik almaktadırlar. Bu nedenle bazen, geręek kişi pay sahibi de, Şirketten kendisine dağıtılan kârı alırken vergilendirileceği için, kâr olarak elde edebileceği bir bedeli, peçeleme yoluyla (bir Şekilde kâr dağıtımı işleminin üstünü örterek) başka adlar ve usuller altında vergisiz olarak almaya çalışmaktadır. İŞte bu amaçla yapılan ve esasında pay sahibinin Őirkten aldığı kâr payı olarak nitelendirilmesi gereken bir işlemin peelenerek, tamamen vergi kaçırmak ve vergi ödemededen kâr payı almak amacıyla, başka bir hukuki işlem vasıtasıyla pay sahibine haksız menfaat sağlanması örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmektedir. Örtülü kâr dağıtımında, pay sahibi örtülü (peçelenmiş) bir iŐlemlle aslında kâr payı olan bu bedeli başka bir Şekilde ve ad altında almaktadır. Çalışmamızın başında Şu Şekilde bir tespit yapmak bizce mümkün olacaktır; örtülü kâr dağıtımı temelde, normal kâr dağıtımında ödenmesi gereken stopaj vergisinden kurtulmak ve vergi kaçırmak amacıyla yapılmaktadır.

Pay sahibi kâr payı olarak almaya müteakip, vergisini ödemek zorunda kalacağı bu bedeli, bir Şekilde üstünü örterek kendisine fazladan menfaat

³¹³ **Stopaj olarak tahakkuk eden vergiyi asıl ödemesi gereken kişi, kâr payını alan geręek 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. 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu (GVK) 94 ve 75'inci maddeleri; **kâr payının vergilendirilmesi ve kâr payı stopaj uygulaması** ile ilgi açıklama için bkz; Barınır, İ. (2014, Şubat). Yatırım İndirimi Stopajı Kâr Payı Stopajı mıdır? *Vergi Dünyası Dergisi*, (390), s.52 vd.

³¹⁴ 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu (KVK) 5'inci madde.

³¹⁵ Acar, U. ve Tokay, O. (2013). *Transfer Fiyatlandırması*, Ankara-s.133 vd.

sağlamakta, vergiye tabi tutmadan esasında kâr olan söz konusu bedeli, vergisiz olarak tasarrufuna geçirebilmektedir. İşte çalışmamızın temel konusu, bu şekilde yapılan örtülü kâr dağıtımının niteliğini, usullerini, çeşitlerini ve vergilendirilmesi konusundaki yaklaşımları ortaya koymaktır. Bir sonraki bölümde bu konuda detaylı açıklama yapılacaktır. Ancak normal kâr dağıtımı dışında yapılan örtülü kâr dağıtımının tam anlaşılabilmesi için bazı kavramların ve müesseselerin de ele alınması zorunludur. Örtülü kâr dağıtımı Türk hukukunda yalnızca 5520 sayılı KVK'nın 12'inci maddesindeki "örtülü sermaye" ve 13'üncü maddesindeki "örtülü kazanç dağıtımı" hallerinde söz konusu olmaktadır.

2.2. Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç ve Transfer Fiyatlandırması İlişkisinde Örtülü Kâr

2.2.1. Kavramsal İlişki

Örtülü kâr müessesesi hukukumuzda net bir şekilde tanımlanmış bir kavram değildir. Çok genel bir ifade ile örtülü kâr; "sermaye şirketlerinin, vergi kaçırmak ve şirketle ilişkili kişilere haksız menfaat sağlamak amacıyla, örtülü sermaye kullanarak veya ilişkili kişilere örtülü kazanç aktararak, şirket açısından haksız ve kanunsuz bir şekilde matrahdan indirilecek bir gider oluşturulması veya ilişkili kişi açısından haksız bir menfaat temini elde edilmesi hali" olarak tanımlanabilir. Örtülü kârın hukuka uygun ve net bir tanımın yapılması kanaatimizce pek mümkün değildir. Çünkü çalışmamızın devamında ve ayrıca sonuç bölümünde açıklandığı üzere, bizce örtülü kâr nitelendirmesi hukuka uygun bir nitelendirme değildir. Esasında tanımının tam olarak yapılamaması da "örtülü kâr" ifadesinin hukukun temel ilkelri ile çelişmesinin bir yansıması olarak kabul edilkebilir.

Örtülü kâr dağıtımı, hukukumuzda yalnızca, 5520 sayılı KVK'da düzenlenen örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımı durumlarında söz konusu olmaktadır. Bu konudaki açıklamalara başlamadan önce, bu kavramların kanunda nasıl düzenlenmiş olduğuna bakmak gerekmektedir. Örtülü sermaye 5520 sayılı KVK'nın 12'inci maddesinde düzenlenmiş olup, maddenin 1'inci fıkrasından; "*Kurumların, ortaklarından veya ortaklarıyla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde*

herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır" hükmü bulunmaktadır. Aynı maddenin 7'inci fıkrasında da; "...gerek 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 kazanç dağıtımı da 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin 1'inci fıkrasında; "*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....*" hükmü bulunmaktadır. Aynı maddenin 6'inci 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.

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 borç için ödenen faiz vb. ödemelerde örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmektedir. Aynı şekilde şirketin pay sahibi veya ilişkili kişiyle girdiği ticari ilişki de, bu kişilere emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde sağladığı haksız menfaatler de örtülü kazanç dağıtımı sayılarak, bu haksız menfaatler pay sahibine veya ilişkili kişiye sağlanmış örtülü kâr dağıtımı olarak kabul edilmektedir.

6102 sayılı yeni TTK'da özellikle vurgulanan kurumsallaşma, şirketler için temel bir gerekliliktir. Bir önceki bölümde³¹⁶ ayrıntısıyla ele alındığı üzere şirket, sermayesini taahhüt eden pay sahiplerinden bağımsız ve onlardan farklı bir tüzel kişiliktir. Nitekim TTK'nın 329'uncu maddesindeki "*Anonim şirket, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan şirkettir*" hükmü ile şirketin pay sahiplerinden bağımsız bir kişilik olduğu

³¹⁶ Bkz; I. Bölüm, md.1.1.2.

hüküm altına alınmıştır. Zaten şirketleşmenin de temel amacı budur. Dolayısıyla şirketin gelirleri, kârı ve zararı genel olarak kendisine aittir³¹⁷. Bu kârın veya zararın pay sahiplerine sirayet etmesi belli usullere ve şartlara bağlıdır.

Şirketler ticari hayatlarına devam ederken amaç ve konularındaki alanlarda ticari olarak faaliyet gösterirler. Üretim yapar, alım-satım veya hizmet üretirler. Özellikle ticari hayatın çok fazla çeşitlendiği, elektronik haberleşme ve e-ticaretin de geliştiği günümüzde, şirketlerin faaliyet alanları oldukça çeşitlidir. Bu alanlar artık malum olduğu üzere, ülke sınırlarından da bağımsız bir şekilde hızla gelişmektedir. Ancak anonim şirketler, hukuki acıdan tacir olmaları nedeniyle TTK'nın 19'uncu maddesine göre de, tüm işleri doğal olarak ticari iş sayılmaktadır³¹⁸. Şirketler bu nedenle, her türlü ticari faaliyeti, organları aracılığı ile yapmaktadırlar. Şirketler genel olarak, alım, satım, üretim, kiralama, fikri haklardan istifade, lisans kullanma vb. tüm ticari faaliyetleri yapabilmektedirler³¹⁹. Bu faaliyetleri yaparken şirketler, ticari hayatın diğer oyuncularını ile birçok farklı ticari ilişki içerisinde olmak zorundadırlar. Şirketler ticari hayatlarına devam ederken pay sahipleriyle veya pay sahiplerinin ilişkili oldukları kişilerle veya grup şirketlerde (şirket topluluğu içerisinde) kendi toplulukları içerisindeki şirketlerle ticari ilişkiye girmekte ve ticaret yapabilmektedirler. Hatta çoğunlukla yapmak zorunda kalmaktadırlar.

Yukarıda da değinildiği gibi, şirketlerin temel amacı kâr elde etmek ve devamlılıklarını sağlamak olduğu için, bu amacı yerine getirirken kendileri için en optimum noktada hareket etmeye ve menfaatlerine en uygun yolla ticaret yapmaya çalışmaktadırlar. Esasında şirketlerin yönetim organları da "basiretli tacir"³²⁰ gibi

³¹⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.277-280; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.356.

³¹⁸ Ayhan, Özdamar ve Çağlar, *a.g.e.*, s.65.

³¹⁹ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.* s.1-12; 6102 sayılı TTK'nın "Amaç ve Konu" başlıklı 331'inci maddesinde; "Anonim şirketler, kanunen yasaklanmamış her türlü ekonomik amaç ve konular için kurulabilir" hükmü bulunmaktadır.

³²⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.378-382; **Basiretli tacir** konusu hem yargıda, hem de doktrinde çok kullanılan bir konudur. Yazar makalesinde konuyu isabetli bir şekilde özetlemiştir: "TTK.md.20/2 (6102 sayılı TTK'da md18) hükmüne göre her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi şarttır. Türk hukukunda tacirlere uygulanan hükümler diğer kişilere uygulanan hükümlerden farklıdır. Bunun sebebi tacirin ticari hayatı ile ilgili olarak yaptığı işlerde diğer şahıslardan daha çok özen göstermesi gereğidir. Tacir devamlı olarak yaptığı işlerle ilgili mevzuatı, ne yapması gerekeceğini tacir olmayan şahıslardan daha iyi bilir ve bilmek zorundadır. Tacirin bilmek zorunda olduğu şeylerin başında ticari hayatı için gerekli olan kanun hükümleri, ticari hayatın gerekleri ve teamülleri ile ticari örf ve adet gelir. Çünkü tacir, ticari hayatı ile ilgili olarak yapacağı tüm muamelelerde bunları dikkati nazara alacaktır. Bu sebeplerden dolayı tacirden beklenen ihtimam tacir olmayanlara nazaran

hareket etmeli ve şirket menfaatlerini birinci derecede önemsemelidirler. Elbette ki şirketler açısından en önemli maliyetlerden biri de "vergi"dir. Şirketler vergiden kaçınarak, yani kanuna uygun en optimum usulleri kullanarak en az, ama yasal yollardan, en uygun seviyede vergi vermeyi amaçlarlar. Bu yaklaşım da oldukça doğal ve meşrudur. Ancak vergiden kaçınmak başka, vergi kaçırmak elbette başka şeylerdir. Vergiden kaçınmak, genel olarak meşru yollarla, kanunların izin verdiği usül ve yöntemleri kullanarak, daha az vergi verilmesinin tercih edilmesi ile bunun için meşru ve usüllere uygun yöntemlerin kullanılması olarak ifade edilebilir. Maliyetlerini düşürmek amacıyla şirketlerin vergilerini yasal olmayan yollarla düşürmeye çalışması (vergi kaçırma) hukuki olarak da elbette kabul edilemez. Ancak şirketler veya şirketten nemalanan pay sahipleri, bazen vergiden kaçınmanın ötesinde kanuna karşı hile yaparak, esasında vergiye tabi olması

vasatın üstünde olacaktır. Bu ihtimam borcunu tayinde ise objektif ölçüler kullanılacak ve bu objektif ihtimam gösterme borcunun vasati olmaması gereği tacirle tacir olmayanlar arasında söz konusu olacaktır. Tacir olan şahıslar arasında ise, tacirden beklenen objektif ihtimam gösterme ölçüsü, vasat bir tacirden beklenen kadardır. Ticaret Kanununun bu hükmü sayesinde tacirin ticari işleriyle ilgili faaliyetlerinde çıkabilecek uyumsuzlukların önlenmesi mümkün olabilmektedir. Zaten tüm hukuk sistemlerinin ana gayesi uyumsuzlukların çıkmasını önlemektir. Kanun hükmünde belirtilen "basiret" kelimesinin sözlük anlamı; sağgörü, biliş, kavrayış ve akıllılıktır. Buna göre, TTK.md.20/2 hükmü tacirin sağgörü, konusunu bilen, hukuki ve fiili durumları kavrayabilen ve akıllı bir şahıs olması gereğini belirtmektedir. Tüm bu kavramlar esasen sübjektif olup neye göre tespit edileceği bir yorum meselesidir ve kişiden kişiye değişebilir. Bu sebepten dolayı yazarlar, basiretli iş adamı gibi hareket mükellefiyeti tayinde objektif ölçüler kullanılması gereğini haklı olarak savunmuşlardır. Burada; kendisiyle aynı sınıfa dahil tedbirli ve muktedir bir tacirin aynı durumda göstereceği ihtimam objektif ölçü olarak nazara alınmaktadır. **Yargıtay'a göre bir tacirin göstermeye mecbur olduğu basireti, her tacirin adeten tahmin edebileceği hususlarla ölçmek lazımdır. Kimsenin önceden tahmin edemeyeceği ve vukun en uzak ihtimaller dahilinde bulunan hususlar ve aynı şeylerin başkası tarafından yapılamayacağı haller basiretsizlik olarak kabul edilemez.** Bu ölçüler kesin olmayıp her muameleye ve olaya göre ayrı ayrı tayin edilmelidir. Yargıtay'a göre, basiretli iş adamı gibi hareket etmek, "bugünün ve istikbalin piyasa durumunu tacirin işlemi yaptığı sırada göz önünde tutması" demektir. Buna benzer başka bir tarife göre de, basiretli hareket etmek, "bugünün ve geleceğin koşullarını gerçek ve ölçülü bir şekilde değerlendirebilmektir." Tüm yazarlar, basiret kavramı ile ilgili olarak hemen hemen aynı şeyleri belirtmektedir. Bize göre de basiret; tacirin gerek hukuki gerekse fiili muamelelerde göstermesi gereken dikkat, ihtimam ve tedbir demektir. Tacir tüm bu hukuki ve fiili faaliyetlerini yaparken, ticari hayatın gerektirdiği tüm tedbirleri alacak ve meydana gelebilecek değişimleri önceden tahmin etmeye çalışarak, taahhütler altına girmesi gerekecektir. **Burada belirttiğimiz sübjektif kavramların yani dikkat, ihtimam ve tedbirin tayininde ise objektif ölçülerin kullanılması gerekir. Tacirden beklenen basiretli hareketler, aynı faaliyet sahasında çalışan vasat bir tacirden beklenebilecek hareketlerdir. Yoksa, her tacirin çok zeki, akıllı ve olağanüstü bir insan olması beklenemez.** Zaten genel olarak kesin hükümler konması mahsurlu olup, bu husus her olayda ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Tacirden beklenen basiretin ne olduğu kanunda değil ticari hayattan, özellikle ticari teamüllerden çıkartılabilir. Uygulamada, kömür tedarikinin mümkün olup olmadığını tahkik etmemek, ithal edilmesi gereken bir malın ithalat işlemleri için zamanında müracaatta bulunmamak, emniyet edilmeyecek bir bekçinin, gece bekçisi olarak otele kabul edilmesi, basiretsiz hareketler olarak kabul edilmiştir. Basiretli iş adamı gibi hareket etmenin bir özel halini Ticaret Kanunu ayrıca hükme bağlanmıştır. Mukavelelere konan cezai şartların fahiş olması halinde tacir olmayan şahıslar; hâkimden bunun indirilmesini isteyebildikleri halde, eğer borçlu tacir ise böyle bir talepte bulunamaz. Çünkü tacir mukaveleyi yaparken basiretli bir iş adamı gibi hareket etmek zorundadır. Bu zorunluluk onun her türlü ihtimali düşünmesini, bu arada cezai şartın neticelerini takdir etmesini gerektirir". (Bkz; Saday, O. Basiretli Tacir Gibi Davranma Yükümlülüğü http://www.turkhukuksitesi.com/makale_139.htm) (son yararlanma tarihi; 23.09.2013).

gereken bir işlemi, vergi kanunlarındaki istisnalardan faydalanacak bir işlem gibi göstererek vergi kaçırabilmektedirler³²¹. Bu gibi durumlarda, şirketlerin veya şirket pay sahiplerinin vergiye tabi işlemlerde vergi kaçırmak³²², dolayısıyla maddi menfaatlerini artırmak amacıyla örtülü işlem yapmaları gündeme gelebilmektedir. Esasında ilk bakışta ticari hayata uygun gibi gözükken örtülü işlemlerin, temelde bir peçeleme olduğu ve pay sahiplerinin bu örtülü işlemin arkasındaki esas işlemle, menfaatlerini meşru olmayan şekilde artırmaya (eksiltmeden korumaya) çalıştıkları durumlar, son yıllarda tüm dünyada ve ülkemizde sıkça görünmektedir.

2.2.2. Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtım İlişkisi

Örtülü kâr dağıtımını diye adlandırılan durumlar da esasında bir sonraki bölümde değinilen peçeleme³²³ işleminin, vergi hukukunda zuhur etmiş halidir³²⁴. Yukarıda da vurgulandığı üzere, örtülü kâr dağıtımını genel olarak hukukumuzda 5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerinde düzenlenmiştir. Şirket pay sahiplerinin birinci ve en önemli yükümlülükleri sermaye koyma borcudur. TTK'nın 332 ve 338'inci maddelerine ve diğer ilgili hükümlerine göre, pay sahipleri, sermaye taahhüt eder ve belirlenen sürede öderler. Şirket de bu sermayeyle ticari hayatına devam eder. Genel bir tanımla, şirketlerin finansal yapısı sermayesi yeterli olduğu kadar güçlüdür. Şirket, ticari hayatına devam edebilmek için ihtiyaç duyduğu parayı sermayesinden karşılar. Ancak bilindiği üzere sermaye, pay sahipleri tarafından şirkete verildiğinde, artık bu sermayenin tasarruf yetkisi tamamen şirkette olup, sermaye şirkete ödendiğinde artık pay sahipleri tasarrufundan çıkmış olacaktır³²⁵. Sermayenin pay sahibine iadesi de, ancak sermaye azaltılması ve tasfiye halinde mümkün olmaktadır ki, bunlar da istisnai uygulamalardır. Dolayısıyla pay sahipleri kişisel menfaatlerini düşündükleri için kâr elde etmek gayesiyle, riske girerek şirkete sermaye koymayı göze almakta ama bunun olabilecek en az miktarda olmasını istemektedirler. Hal böyle olunca, bazı durumlarda pay sahipleri sermayeyi az tutup, sermaye yerine şirkete borç para

³²¹ Kızılot, Ş. (2002). *Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye*, Ankaras.506.

³²² Savaş, A. (2006). *İşletme Vergiciliğinde Bazı Temel Kavramlar*, Eskişehir, s.1. www.muhasabebet.net/makale_abdullah%20savas_isletme%20vergiciligi, (son yararlanma tarihi; 12.09.2013).

³²³ **Peçeleme** kavramı konusundaki açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.1.2.

³²⁴ Yılmaz, E. (2013). Kanuna Karşı Hilenin Vergi Hukukundaki Görünümü Olarak Peçeleme Kavramı ve Muvazaa ile Mukayesesi, Ankara, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVII(1-2), s.172.

³²⁵ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.688-690; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.19.

vermeyi tercih etmektedirler. Böylelikle, pay sahipleri tasarruf yetkisini kaybetmeyerek geri alabilecekleri bir bedeli, şirket işlerinde kullanmak üzere şirkete borç vermektedirler. Bu şekilde, söz konusu pay sahipleri hem şirketten para çıkarma işlemini (kâr) vergisiz yapabilmeyi ve hem de borç verdikleri bedelin üzerine faiz vb. menfaatlerle gelirlerini artırmayı hedeflemektedirler. İşte esasında sermaye olarak koymaları gereken miktarların bir kısmını sermaye olarak koymak, geri kalanını da şirkete borç vermek yoluyla, pay sahipleri olmaması gereken haksız bir menfaat elde etmektedirler. Bu şekilde örtülü sermaye olarak nitelendirilen ve ileride ayrı bir başlıkta incelenecek³²⁶ bu uygulama, örtülü kâr dağıtımının birinci çeşidini oluşturmaktadır. Örtülü sermaye konusu, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir³²⁷.

Örtülü kâr dağıtımının diğer bir şekli de; yine 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen "Örtülü Kazanç Dağıtımı"dır. İleride ayrı bir başlık altında

³²⁶ Bkz; II. Bölüm, md.2.

³²⁷ 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesine göre; "(1) Kurumların, ortaklarından veya ortaklarıyla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır. (2) Yukarıda belirtilen karşılaştırma sırasında, sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar hariç olmak üzere, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve pay sahibi veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar % 50 oranında dikkate alınır. (3) Bu maddenin uygulanmasında; a) 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 kurumu, b) Öz sermaye, kurumun Vergi Usul Kanunu uyarınca tespit edilmiş hesap dönemi başındaki öz sermayesini, ifade eder. (4) Kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin edinilmesi durumunda, söz konusu hisse nedeniyle pay sahibi veya ortakla ilişkili kişi sayılanlardan temin edilen borçlanmalarda en az % 10 ortaklık payı aranır. (5) Yukarıda belirtilen oranlar, borç veren pay sahipleri ve ortakların ilişkide bulunduğu kişiler için topluca dikkate alınır. (6) Aşağıda sayılan borçlanmalar örtülü sermaye sayılmaz: a) Kurumların ortaklarının veya ortakla ilişkili kişilerin sağladığı gayri nakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar. b) Kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar. c) 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmalar. ç) 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde kararname kapsamında faaliyet gösteren finansman ve faktoring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bu faaliyetleriyle ilgili olarak pay sahibi veya ortaklarla ilişkili kişi sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmalar. (7) Örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarlar, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulanmasında, gerek 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. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, tam mükellef kurumlar nezdinde yapılacak düzeltmede örtülü sermayeye ilişkin kur farklarını da kapsayacak şekilde, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin bu düzeltmenin yapılması için örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır".

incelenecek³²⁸ örtülü kazanç dağıtımı da; esasında şirketlerin pay sahipleri veya ilişkili kişilere, vergilendirme işlemine tabi olmayacak şekilde yaptıkları kazanç aktarımlarıdır. Bu haksız kazanç aktarımları, genel bir ifadeyle, hayatın normal akışına uymayan, ancak görünürde hukuka uygun gibi perdelenen³²⁹ kâr dağıtımından başka bir şey değildir. 5520 sayılı KVK'nın "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı" başlıklı 13'üncü maddesindeki³³⁰ örtülü kazanç dağıtımı tespitine müteakip gündeme gelecek "örtülü kar dağıtımı" konusu ayrıntılı

³²⁸ Bkz; II. Bölüm, md.3.

³²⁹ Çalışmamızda "perdeleme" ifadesi, örtülü kâr dağıtımının hukuki niteliği olarak kabul ettiğimiz "peçeleme" ifadesi ile eş anlamlı olarak kullanılmış olup, "perdeleme" ifadesi örtme, saklama anlamına vurgu yapmak için seçilmiştir.

³³⁰ 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesi; "(1) Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir. (2) İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır. (3) Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur. (4) Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit eder: a) karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder. b) Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder. c) Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder. ç) Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir. (5) İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dahilinde kesinlik taşır. (6) Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır. (7) (Ek: 4/6/2008-5766/21 md.) Tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığının kabulü Hazine zararının doğması şartına bağlıdır. Hazine zararından kasıt, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesidir. (8) Transfer fiyatlandırması ile ilgili usuller Bakanlar Kurulunca belirlenir".

olarak düzenlenmiştir. Maddenin 6'ncı fıkrasında, örtülü kazanç dağıtımını elde edenler açısından bahse konu haksız menfaatin örtülü kâr dağıtımı olduğu açıkça belirtilmiştir. Ülkemizde olduğu gibi birçok farklı ülkede de örtülü kâr dağıtım uygulamaları, hem devletlerin elde edecekleri vergilerin güvenliği açısından, hem de şirketlerin mali tablolarının güvenilirliğinin sağlanması ve piyasa oyuncularının rekabetinin haklı ve meşru ortamda sağlanması amacıyla, belli kurallar ve prensipler içerisinde kontrol edilmeye ve önlenmeye çalışılmıştır. Örtülü kâr dağıtım uygulamalarının önlenmesi vergi menfaati açısından devletler ve ticari olarak da şirketler ile diğer şirket pay sahipleri ve şirket alacaklıları açısından oldukça önem arz eden bir konudur.

Avrupa Birliği'nin vergilendirme alanındaki mevzuatına uyum çerçevesinde ülkemizde vergi kanunları yeniden gözden geçirilip, gerekli düzenlemeler ve değişiklikler yapılmaya başlanmıştır. Uzun bir süre tartışılan 5520 sayılı yeni KVK 13.06.2006 tarihinde kabul edilmiş ve 21.06.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. 5520 sayılı yeni KVK, ticari hayatımıza çok önemli değişiklikler getirmiştir. Mülga 5422 sayılı KVK'nın 17'nci maddesinde düzenlenmiş olan "Örtülü Kazanç" ile ilgili olarak uygulamada devlet ile şirketler arasında birçok anlaşmazlıklar ve mahkemeye intikal eden sorunlar nedeniyle bu konuda Avrupa Birliği esaslarına uygun yeni bir düzenleme yapma ihtiyacı doğmuştur.

5520 sayılı yeni KVK'nın 12'nci maddesindeki "örtülü sermaye" hakkındaki düzenleme de; mülga 5422 sayılı KVK'nın 16'ncı maddesindeki düzenlemeden çok daha kapsamlı ve daha belirgin hükümlere getirilmiştir. Örtülü kazanç dağıtım konusunda da, söz konusu 5520 sayılı yeni KVK'da, mülga 5422 sayılı KVK'nın 17'nci maddesi esas itibarıyla korunmuş olmakla birlikte "Transfer Fiyatlandırması" başlığıyla yeni bir kavram getirilerek "Transfer Fiyatlaması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım" konusunda bir düzenlemeye gidilmiştir. Yeni 5520 sayılı KVK'nın yürürlüğe girmesine kadar Türkiye'de uygulanan mevzuat çerçevesinde transfer fiyatlamasına ilişkin bir düzenlemenin bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Buna karşın bu sisteme çok yakın ve sonuçları itibarıyla de bu sisteme oldukça benzeyen düzenlemelerin bulunduğu da bir gerçektir³³¹. Transfer Fiyatlandırması ilgili yapılan düzenleme, Türkiye'nin de üye olduğu OECD'nin çok uluslu şirketler

³³¹ Mülga 5442 sayılı KVK'nın 17'nci maddesi.

ve vergi idareleri için 2001 yılında bir rapor çalışması şeklinde yayımlanmış olduğu genel transfer fiyatlandırma prensipleri ile uyum halindedir. Bu çerçevede, madde metninde yeni tanımlar yapılmış ve mülga 5422 sayılı KVK'da ifade edilen bazı kavramlar bu defa teknik terim olarak açıklanmıştır. 1949 yılında yürürlüğe giren ve çok sayıda değişiklikle 2006 yılının ikinci yarısına dek ömrünü sürdüren 5422 sayılı KVK, yeniden düzenlenerek tamamıyla yerini, 5520 sayılı KVK'ya bırakmıştır. Mülga 5422 sayılı KVK bünyesinde uygulanmakta olan örtülü sermaye ve örtülü kazanç müesseselerinin de içeriklerinde önemli değişiklikler yapılmış ve 5520 sayılı yeni KVK'da yerlerini almışlardır. Her iki müessese de uluslararası yeni ekonomik gelişmelere paralel olarak daha objektif kriterlere göre dizayn edilerek yeniden tanımlanmıştır³³².

Görüldüğü üzere örtülü kâr dağıtımı uygulaması hukuki olarak yasalarda ve uluslararası belgelerde örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı adı altında tanımını bulmuştur³³³. Esasında vergi hukukunun konusunu teşkil eden transfer fiyatlandırması müessesesine de çalışmamızda tanımsal olarak kısaca değinmek gerekmektedir. Çünkü yasal düzenlemelerde ve uluslararası belgelerde örtülü kazanç ifadesi tek başına değil, “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı” şeklinde ifade edilmektedir.

2.2.3. Transfer Fiyatlandırması Kavramı

Türk vergi hukukunda transfer fiyatlandırması kavramının 5520 sayılı KVK'nın yürürlüğe girmesine kadar tam karşılığı bulunmamaktaydı. Buna rağmen, transfer fiyatlandırmasının benzeri olacak şekilde, işlemin emsallerinden farklılık arz etmesi halinde, farklılıkların tanımlanması, mülga 5422 sayılı KVK'nın 17'nci maddesinde düzenlenen örtülü kazanç kavramı ile yapılmaktaydı. 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde ilk defa “transfer fiyatlandırması” kavramı olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık, “örtülü kazanç” kavramı, uluslararası litarütüre uygun olarak artık “transfer fiyatlandırması” kavramı ile birlikte kullanılmaya başlanmıştır.

³³² Ertan, Y. ve Güçenme Gençoğlu, Ü. (2012, Ekim). Türkiye’de Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımı: İMKB 50 Endeksinde Bir Uygulama, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, s.82.

³³³ 1984-1995 ve 2001 OECD raporları için bkz; <http://www.oecd.org/>, (son yararlanma tarihi; 23.09.2013); Örtülü kâr dağıtımı 5520 sayılı KVK'nın 12'inci ve 13'üncü maddesindeki “örtülü sermaye” ve “örtülü kazanç dağıtımı” durumlarında söz konusu olmaktadır.

Transfer fiyatlandırması kavramı, aralarında değişik açılardan bağ bulunan şirketler arasında mal ve hizmet alışverişlerinin nasıl olması gerektiği yönünde temel prensipleri ortaya koyan bir kavramdır³³⁴. Transfer fiyatlandırmasının birçok tanımı yapılmakla birlikte genel olarak bunların ortak yanı; *“ilişkili kişi veya şirketle arasındaki ticari ilişkinin yani vergisel açıdan para transferinin ve bunu doğuran temel ilişkinin nasıl olması gerektiğini düzenleyen kurallar bütünü”*³³⁵, tanımlamasıdır. Bunun yanında transfer fiyatlaması; *“bir şirketin gelir-gider veya kâr paylaşımı açısından aynı çıkar birliğine dâhil olan, ana şirket veya bağlı şirketle veya yönetim ve denetimi itibariyle hâkim durumda olduğu ortaklık, iştirak ve şubeleriyle, karşılıklı olarak mal ve hizmet sunumunda uygulanan fiyatlama olarak”*³³⁶ veya *“işletmenin bir bölümünün diğer bir bölümüne sunduğu mal ve hizmetler için uyguladığı fiyat veya ticari bir işletmenin kendi bölümleri ya da kolları arasındaki mal ve hizmet satışlarında uyguladığı fiyat”* olarak da tanımlanmaktadır³³⁷. Yukarıda yapılan tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere, transfer fiyatlandırması bir vergi kaçırma olayının ifadesi değildir. Transfer fiyatlaması, bağlı şirketler (ilişkili kişiler) arasında gerçekleşen bir fiyatlama sistemidir ve bu şirketler ilişkili de olsa aralarındaki transferlerde uygulanacak fiyat tespitinin bir iktisadi gereklilik olduğu tartışmasızdır³³⁸.

Örtülü kazanç kavramı ise hangi tür ilişkilerin vergi hukuku açısından kabul edilmeyeceğini tanımlayan bir kavramdır. Transfer fiyatlandırması ile örtülü kazanç kavramları bir arada değerlendirildiğinde, emsallerine uygun olmayan transfer fiyatlandırmaları, örtülü kazanç olarak mütalaa edilecektir. Diğer bir deyişle örtülü kazanç, transfer fiyatlandırmasının kötüye kullanılması olarak değerlendirilebilir³³⁹.

Transfer fiyatlandırması aynı gruba ait ayrı şirketler arasında ortaya çıkabileceği gibi, aynı şirkete ait birimler arasında ya da sahiplik yönünden ilişkili şirketler arasında da ortaya çıkabilmektedir. Transfer fiyatlandırmasında ana tema,

³³⁴ Geedan, H. A. (2010). Örtülü Sermaye ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, s.74.

³³⁵ Doğruyol, M. (2008). Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu Kapsamında Transfer Fiyatlandırması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-s.34.

³³⁶ Yenall, Ö. (2002). Transfer Fiyatlaması, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Vergilendirme, İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Notları, Seri-41, İstanbul, s.4.

³³⁷ Kapusuzoğlu, T. (1998, Eylül). Transfer Fiyatlandırması Nedir, *Vergi Dünyası Dergisi*, (205), s.55.

³³⁸ Tunali, F. (2010). *Transfer Fiyatlandırması ve Maliyet Modellerine İlişkin Bir Uygulama*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-s.4.

³³⁹ Doğruyol, M. a.g.e, s.36.

transfere konu olan mal veya hizmetin şirket politikalarına ve emsallere, kabul edilebilir farklılıklara uygun bir şekilde fiyatlandırılmasıdır. Muhasebe/işletme literatüründe farklı transfer fiyatlama yöntemleri bulunmaktadır. Şirketler örgütsel hedeflerine uygun olan herhangi bir yöntemi seçebilmektedirler. Diğer taraftan, Türk vergi sisteminde de, 5520 sayılı KVK'da yer alan örtülü kazanç müessesesi şirketlerin transfer fiyatlama kararlarını etkileyen bir unsur olarak kabul edilebilir. Çünkü örtülü kazanç müessesesi çerçevesinde şirketlerin ilişkili oldukları menfaat grupları (sahipleri, pay sahipleri, yöneticileri, denetçileri ile bunların yakınları) arasındaki; alım, satım, kiralama, ödünç verme gibi işlemlerin emsal bedel üzerinden gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Örtülü kazanç dağıtımına ilişkin düzenlemeye (5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesi) göre, neredeyse bir işletmenin, pay sahibi veya ilişkili kişilerle gerçekleştirebileceği tüm işlemlerin örtülü kazanç çerçevesinde değerlendirilebilme riski vardır. Bu nedenle de transfer fiyatlandırmasını kullanan şirketlerin, transfer edilen mal veya hizmetin fiyatını belirlerken emsal bedelden uzaklaşmamaları, emsal bedele göre göze çaracak derecede düşük ya da yüksek fiyat tespit etmemeleri gereklidir³⁴⁰.

Genel bir ifade ile işletme bilimi açısından transfer fiyatlandırması, temelde şirketi ve şirketler topluluğu arasındaki fiyatlama politikasını ilgilendirmektedir. Transfer fiyatlandırması; vergi ve muhasebe bilimi açısından hatta şirketler hukuku açısından da, şirket ile şirket pay sahipleri veya ilişkili kişiler arasında yapılan ticari işlerdeki fiyatlandırma politikasını ve prensiplerini de doğrudan ilgilendirmektedir³⁴¹.

Transfer fiyatlandırması konusunda yaptığımız bu kısa açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, esas olan grup şirketler (şirketler topluluğu) veya şirket ile ilişkili kişiler arasındaki ticari işlemlerde kullanılan fiyatlamaların, ticari hayatın normal akışına ve ölçülerine uygun olmasıdır. Ticari teamüllere, hayatın normal akışına ve emsal uygulamalara aykırı fiyatlamalar, borçlanmalar vb. tüm uygulamalar, hukukumuzda temel olarak kendini örtülü sermaye veya transfer

³⁴⁰ Geedan, H. A. *a.g.e.*, s.74.

³⁴¹ Transfer fiyatlandırmasının koşulları ve varlığı hakkındaki düzenlemeler ve kriterler her ne kadar ülkelerin yerel mevzuatlarına göre bir kısım farklılıklar göstermekte ise de, bu hususta OECD tarafından yayımlanan uluslararası düzenlemelerin yerel düzenlemelerdeki etkisi son derece önem taşımaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz; Pascalis, R. M. and Scharf, K. (2002). *Transfer Pricing Rules and Competing Governments*, Oxford Economic Papers 54, Oxford University Press-s.230 vd.

fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılması şeklinde göstermektedir. Örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılan bir işlemle ilgili olarak, bu işlem sonucunda söz konusu haksız menfaati elde eden pay sahibi/ilişkilinin elde ettiği menfaat de 5520 sayılı KVK'ya göre örtülü kâr olarak nitelendirilmektedir. Tüm bu işlemlerin hukuku uygun olması için bahse konu nitelendirmenin hukuk düzenindeki yerinin ve dayanağının tam ve doğru olarak tespit edinmesi gerekmektedir. Çalışma konumuzun tüm yönleri ile ortaya konabilmesi için "örtülü kâr" olarak nitelenen menfaatin hukuki niteliğinin de incelenmesinin gerektiği kanaatindeyiz.

2.3. Örtülü Kâr'ın Hukuki Niteliği

Yukarıdaki bölümde izah edildiği gibi³⁴², ortada bir örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilebilecek bir durum, başka bir deyişle örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımıyla pay sahibine sağlanmış bir haksız menfaat varsa, bu şartlarda esasında KVK uygulamasına göre ilgili pay sahibi açısından bir örtülü kâr dağıtımından bahsedilebilir. Buna örtülü kâr dağıtımı denilmektedir. Bizce örtülü kâr dağıtımının, hali hazırda Türk hukukan göre tam olarak hukuka uygun bir tanımının yapılamaması gerekir. Çünkü çalışmamızın devamında da detaylı bir şekilde izah edilmeye çalışıldığı³⁴³ üzere; örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi, ticaret hukuku ilkelerine uygun bir nitelendirme değildir.

Örtülü kâr dağıtımının; 5520 sayılı KVK'da örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı olarak yapılan tespitler neticesinde, bu tespitlere bağlanan bir sonuç olduğu ifade edilebilir. Çünkü 5520 sayılı KVK'ya göre; ortada bir örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı tespiti varsa, bu tespitlere konu olan haksız menfaati elde eden açısından, haksız menfaatlerin birer örtülü kâr dağıtımı olduğu kanun maddelerinde açıkça ifade edilmiştir³⁴⁴. Bu nedenle çalışmamızda "örtülü kâr" ifadesi bu sınırlar içinde, örtülü sermaye ve örtülü kazanç tespitinin sonucu olarak kullanılacaktır. Şunu da belirtmek gerekir ki; örtülü kâr dağıtımı yerine bazı yazarlar tarafından gizli kâr dağıtımı ifadesi de kullanılabilir. Esasında

³⁴² Bkz; I. Bölüm, md.5.

³⁴³ Bkz; III. Bölüm, md.4.

³⁴⁴ 5520 sayılı KVK'nın 12'nci madde 7'nci fıkrası ve 13'üncü madde 6'ncı fıkrası.

örtülü kâr dağıtımını ile gizli kâr dağıtımını tamamen aynı şey olup, bu iki farklı anlatımı yalnızca eş anlamlı bir ifade olarak anlamak gerekmektedir³⁴⁵.

Örtülü kazanç dağıtımında şirketler, ilişkili kişilerle yaptıkları ticari faaliyetlerini emsallerinden farklı şartlarda yaparak, ilişkili kişi veya pay sahibi bünyesinde fazladan/haksız bir menfaat oluşturmaya çalışmaktadırlar. Şirketler tarafından yapılan bu tür örtülü kazanç işlemleri temelde, pay sahipleri/ilişkili kişilerle şirketler arasındaki mal ve hizmet alımlarının bedellerinin, piyasada oluşan fiyatlardan değil de yapay fiyatlardan belirlenmesi suretiyle oluşturulur. İşte örtülü kazanç konusuyla ilgili olarak yapılan düzenlemelerin temelinde de şirketin mal varlığı ile gerek gerçek kişi gerekse tüzel kişi şirket pay sahiplerinin mal varlığının birbirinden ayrılması ve şirket kazancının vergiye tabi tutulmadan dağıtılmasını önlemek yatmaktadır³⁴⁶.

Transfer fiyatlaması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının temeli, kazancı meydana getiren şirket ile şirketi oluşturan pay sahiplerinin birbirlerinden farklı ve bağımsız kişiliğe sahip olmalarına dayanır³⁴⁷. TTK'nın 125/1'inci maddesinde, ticari şirketlerin tüzel kişiliğe sahip oldukları hüküm altına alınmış olup, 331'inci maddede de, kanunla yasaklanmayan her türlü ekonomik amaç ve konu için anonim şirket kurulabileceği hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında, tüzel kişiliğe sahip şirketlerin medeni haklardan yararlanma ehliyetlerine sahip oldukları da Medeni Kanun'da (TMK) belirtilmiştir³⁴⁸. Tüzel kişilikler pay sahiplerinin gerçek kişiliklerinden tamamen bağımsızdır³⁴⁹. Bu nedenle esasında pay sahipliği hakkı ve ilişkileri dışında pay sahibinin şirketle yapacağı işlemlerde ve gireceği ilişkilerde, şirkete yakınlığı en fazla üçüncü kişi kadar olmalıdır. Burada "en fazla" ifadesinin kullanılmasının amacı, pay sahibinin şirketle gireceği ticari ilişkinin üst sınırının belirlenmesidir. Ticaret hukukunda, sermaye şirketi pay sahiplerinin, bazı şartlarda şirketle herhangi bir üçüncü kişi gibi doğrudan işlem yapması da genel olarak tasvip edilmemektedir. Bununla birlikte, pay sahiplerinin şirketle işlem

³⁴⁵ Polat, İ. H. (1997, Kasım). Vergi Alacağı Uygulamasının Örtülü Kazanç Dağıtımını Anlayışına Etkisi, *Vergi Dünyası Dergisi*, (195), s.105.

³⁴⁶ Türedi Erdoğan, E. A. (2010). *Türk Vergi Mevzuatı Çerçevesinde Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını ve Vergilendirmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-s.64.

³⁴⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.19-26; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.9-10.

³⁴⁸ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 47-48-49'uncu maddeleri.

³⁴⁹ Ayhan, Özdamar ve Çağlar, *a.g.e.*, s.183; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.11.

yapması belli durumlarda ek bazı usullerin yerine getirilmesi şartına bağlanmıştır³⁵⁰. Hal böyle olunca, pay sahibi veya ilişkili şirket/kişi, şirketle üçüncü kişi gibi bile ilişki kuramıyorsa en fazla üçüncü kişinin tabi olduğu şartlarda ilişki kurabiliyorsa, elbette evleviyetle³⁵¹, emsal uygulamalar ve hayatın normal akışına göre üçüncü kişilerden daha avantajlı bir şekilde menfaat elde etmeleri kabul edilemez. Bu görüş bizce de, yalnızca vergi hukuku açısından değil, ticaret hukuku ve hatta borçlar hukuku açısından da tutarlı ve yerindedir.

Yukarıda da değinildiği üzere, şirketler vergi planlaması yaparken, bir vergi güvenlik prensibi olan transfer fiyatlamasına dikkat etmeleri gerekmektedir. Ancak gerçek kişilerde olduğu gibi, tüzel kişi olarak şirketler de, vergi kaçırmak vb. amaçlarla, kural dışı meşru olmayan uygulamalara başvurabilmektedirler. Örtülü kâr dağıtımı da bunların başında gelmektedir. Dolayısıyla anonim şirketin de, vergiyi en aza indirmek veya düşürmek için yasal olmayan yöntemlere başvurusu mümkündür. Bunun yolları vergi kaçırma (kaçakçılık), muvazaa ve peçeleme (perdeleme) gibi yöntemlerdir. Bunlar vergi kanunlarına aykırılık arz eden ve ceza gerektiren işlemlerdir³⁵². Bu şekilde meşru olmayan bir uygulamanın hukukta nasıl tanımlandığı ve niteliğinin ne olduğunu tespit etmek; unsurları ortaya koyarak hem tespitleri isabetli yapmak, hem de hukuki olguya bağlanan sonuçları doğru ortaya koymak için gereklidir. Örtülü sermaye ve örtülü kazanç tespitinin bir sonucu olan örtülü kâr dağıtımı, genel olarak “peçeleme” olgusuyla tanımlanmış ve nitelendirilmiş olmasına rağmen, azınlıktaki bazı yazarlarca da örtülü kârı “muvazaa” olarak nitelendirilmiştir³⁵³. Bu nitelendirilme yapılsa bile, konuyu incelerken hem muvazaayı hem de peçelemeyi beraber incelemek gerekmektedir. Çünkü bu iki olgu birbirine sıklıkla karıştırılmaktadır. İşlemlerin gerçek (gizlenen) iradelere göre kurulmuş sayılmasına imkân veren ve bir özel hukuk kavramı olan muvazaanın sıklıkla peçeleme ile karıştırıldığı görülmektedir³⁵⁴. Bu nedenle örtülü

³⁵⁰ 6102 sayılı TTK'nın 358 ve 395'inci maddesi; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.382 vd; Eriş, G. *TTK Şerhi-II*, s.2473.

³⁵¹ **Evleviyet ilkesi** ile ilgili açıklamalarımız için bkz; dpnt:701; Öztan, B. (2006). *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, Ankara, s.157.

³⁵² Tuncer, S. (2008, Ocak). İşletme Vergiciliğinden Vergi Planlamasına Etkisi, *Yaklaşım Dergisi*, (181), s.46.

³⁵³ Koyuncu, M. (2005, Mart). Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Uluslararası Transfer Fiyatlandırması, (Transfer Fiyatlandırması), *Vergi Dünyası Dergisi*, (278), s.37.

³⁵⁴ Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.175.

kâr dağıtımının hukuki niteliğini tam olarak ortaya koyabilmek için muvazaa ve peçeleme kavramlarına genel olarak değinmek gerekmektedir.

2.3.1. Muvazaa

Muvazaa müessesesinin net bir tanımı kanunlarımızda yapılmamıştır. Muvazaa hukukun tüm alanlarında çok sık karşılaşılan bir vaka olması nedeniyle her hukuk alanı kendi dinamikleri ile muvazaayı tanımlamıştır. Bir tanıma göre; *“muvazaa, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçek iradelerine dayanmayan bir işlem yapmaları, fakat görünürdeki bu işlemin kendi aralarında geçerli olmayacağı hususunda anlaşmalarıdır”*³⁵⁵. Bir diğer tanıma göre; *“muvazaa, tarafların gerçek amaçlarını gizleyerek gerçekten rızaları olmadığı bir sözleşmeyi üçüncü şahıslara karşı mevcutmuş gibi göstermek için anlaşmaya varmalarıdır”*³⁵⁶. Kanunlarımızda muvazaa ile ilgili açık ve net bir tanım yer almamıştır. Bunun yanında 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun (BK) 19'uncu maddesinde muvazaa ile ilgili; *“Bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve pay sahibi iradeleri esas alınır”* hükmü yer almaktadır. Görüldüğü üzere, BK da muvazaayı tanımlamamış, sadece muvazaalı durumlarda gerçek durumun geçerli olduğuna vurgu yapmıştır. Ancak genel olarak TBK'nın 19'uncu maddesinde bu konuda genel bir çerçeve çizilmiştir. Bu durumda muvazaa, *“tarafların üçüncü şahısları atlatmak maksadıyla fakat kendi hakiki iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve netice tevliit etmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmalarıdır”*³⁵⁷. Bununla birlikte muvazaa; *“Tarafların üçüncü kişileri aldatmak maksadı ile ve fakat kendi gerçek iradelerine uymayan ve aralarında hüküm ve sonuç meydana getirmeyen bir görünüş yaratmak hususunda anlaşmaları”* şeklinde de tanımlanmaktadır³⁵⁸.

³⁵⁵ Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt:I, (Borçlar Hukuku-I), 11. Baskı, İstanbul, s.130; Esener, T. (1956). *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, No:105, Ankara, s.7.

³⁵⁶ Altay, Ş. (1983). *Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Ankara, s.87.

³⁵⁷ Savaş, A. a.g.e, s.9; Esener, T. a.g.e, s.105.

³⁵⁸ Eren, F. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Baskı, Ankara-2014, s.350; Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku-I, s.130.

Muvazaa, iki kişinin gerçek iradelerini gizleyerek görünürde bir beyanda bulunmaları olduğuna göre³⁵⁹ muvazaa halinde ortada bir sözleşme vardır. Fakat bu sözleşme, tarafların gerçek iradelerini yansıtmamaktadır³⁶⁰. Genel olarak; muvazaanın üç unsurundan bahsedilebilir. Bunlar:

1. Tarafların iradeleri ve beyanları arasındaki kasti uyumsuzluk,
2. Üçüncü şahısları kandırma niyeti,
3. Üçüncü şahıslara gerçek görünüşü gizlemek hususunda anlaşılmasıdır.

Bir muvazaalı işlemde esasen birden çok işlem söz konusudur. Bunlar; üçüncü kişileri aldatmak için yapılmış “görünürdeki” işlem, görünürdeki işlemin taraflar arasında hüküm ifade etmeyeceği sonuç doğurmayacağı yönünde yapılan “muvazaa anlaşması” ve tarafların gerçek iradelerine uyan “gizli işlem” olmak üzere üç tanedir³⁶¹. Muvazaalı bir işlem, tarafların gerçeğin dışında bir görünüş yaratmak istemeleri sebebiyle yapılır. Diğer bir deyişle amaç, üçüncü kişiler nezdinde gerçeğin dışına çıkıp, esasında olmayan ve amaçlanmayan bir görüntü yaratmaktır³⁶².

Muvazaanın iki türü vardır. Bunlar mutlak ve nispi muvazaa halleridir. Mutlak muvazaada; tarafların gerçekte yapmayı arzu ettikleri gizli bir işlem bulunmamasına rağmen, arzu etmedikleri görünürde bir işlem yapmış olmaları durumu söz konusudur. Mutlak muvazaada yapma iradesine sahip olunan gizli bir işlem söz konusu olmadığı için işlem geçersizdir³⁶³. Konumuzla daha çok nispi muvazaa hali ilgilidir. Nispi muvazaada; taraflar arasında gerçekte arzu edilen bir sözleşme vardır. Ancak bu sözleşme gizlenerek, arzu edilmeyen görünürde bir sözleşme yapılmıştır. Bu durumda gizli işlem tarafların gerçek iradelerine uygun bir işlem olduğu için, bu gizli işlem kanunda belirtilen geçerlilik şartlarına (varsa)

³⁵⁹ Kiliçoğlu, A. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara-2012, s.167.

³⁶⁰ Eren, F. *a.g.e.*, s.351; Kiliçoğlu, A. *a.g.e.*, s.168.

³⁶¹ Reisoğlu, S. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, İstanbul-2004, s.85; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku-I*, s.131.

³⁶² Eren, F. *a.g.e.*, s.356.

³⁶³ 6098 sayılı yeni BK’da “Sözleşmenin Yorumu, Muvazaalı İşlemler” başlıklı 19’uncu maddede; “**..gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas alınır**” hükmü bulunmaktadır.

uygun olarak yapılmışsa geçerli olacaktır³⁶⁴. Örtülü kâr dağıtımı uygulamasına yakın olan muvazaa türü de esasında nispi muvazaa halidir.

Muvazaanın, tarafların üçüncü kişileri aldatmak için gerçek iradelerine uymayan bir işlem yapmaları ve görünürdeki işlemin geçerli olmayacağı konusunda anlaşmaya varmaları şeklinde tanımlanabileceği yukarıda ifade edilmişti. Bu tanıma dayanarak, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının muvazaalı bir işlem olmadığını savunan yazarlara³⁶⁵ göre; transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı; olanı değil, olması gerekeni tespit eden bir güvenlik müessesesidir. Yapılan işlem tamamen doğrudur. Bu yönüyle örtülü kâr dağıtımının muvazaadan ayrıldığını savunan yazarlar çoğunluktadır³⁶⁶. Yukarıdaki tanımlardan anlaşılacağı üzere, muvazaa çok yalın bir tanımla; *“tarafların aralarında yaptıkları sözleşmenin hiçbir hüküm doğurmaması yönünde veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması yönünde anlaşmalarıdır”*³⁶⁷. Buradan hareketle, tarafların üçüncü kişileri aldatmak amacıyla görünürde beyan ettikleri iradeleri ile gerçek iradeleri arasındaki uyumsuzluğa muvazaa, bu konuda yapılan işleme de muvazaalı işlem denilmektedir. Daha kısa bir ifadeyle muvazaalı işlem; tarafların gerçek iradeleri ile örtüşmeyen işlemdir. Gerçekte ortaya koymak istemedikleri görünürdeki iradelerini taraflar üçüncü kişileri aldatmak amacıyla gerçekmiş gibi gösterirken, görünürdeki işlemin geçerli olmayacağı konusunda anlaşmaktadırlar. Yukarıda belirtildiği gibi muvazaa mutlak ve nispi muvazaa olarak iki tür olarak ele alınmaktadır. Mutlak muvazaalı sözleşme geçerli kabul edilmez ve taraflar arasında borç ilişkisi doğurmaz³⁶⁸.

Örtülü kâr dağıtımının muvazaadan farklı bir niteliği olduğunu savunanlara göre; muvazaalı işlemi, örtülü kazanç işleminden ayıran ilk nokta muvazaada yer alan görünüşteki işlemin geçersiz olması kuralının gerçekleşmemesidir. Çünkü transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazancın dağıtılması işlemlerinde

³⁶⁴ Kiliçoğlu, A. *a.g.e.*, s.176; Eren, F. *a.g.e.*, s.356; Reisoğlu, S. *a.g.e.*, s.87.

³⁶⁵ Koyuncu, M. *Transfer Fiyatlandırması*, s.38.

³⁶⁶ Türedi Erdoğan, E. A. *a.g.e.*, s.65; Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.175; Koyuncu, M. *Transfer Fiyatlandırması*, s.41; Bkz; dpnt; 379.

³⁶⁷ Esener, T. *a.g.e.*, s.7; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul, s.408; Reisoğlu, S. *a.g.e.*, s.83; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku-I*, s.131.

³⁶⁸ Eren, F. *a.g.e.*, s.356; Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.170; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku-I*, s. 134

görünürdeki işlem gerçektir ve gerçekleşmiştir. Örneğin, alım satıma konu olan mal veya hizmetlerin tutarları gerçektir ve ödenmiştir. Zaten idare eleştirilerinde, şirketlerin mal veya hizmet alım satımını kayıtlarındakinden farklı bir tutarda yapmasını değil, aksine yapılan işlemin belirtilen tutardan yapılamayacağını söyleyip kıymet takdiri yapmaktadır. Ayrıca yukarıda değindiğimiz 213 sayılı VUK'un "ispat"³⁶⁹ başlıklı 3'üncü maddesindeki ifadeyle örtülü kazanç ve muvazaalı işlemlerin vergi kanunları yönünden, vergi tahakkuk ettirilirken (hesaplanırken) hüküm ifade etmeyeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla ne gerçekte var olmayan muvazaalı işlem, ne de gerçekte var olan fakat vergi matrahını aşındıran örtülü kazanç işlemi vergi kanunları yönünden hüküm ifade etmektedir³⁷⁰.

Vergi hukukçuları ve iktisatçılar tarafından genel kabul gören görüşe göre örtülü kâr dağıtımı, muvazaa değildir³⁷¹. Hatta bir vergi güvenlik prensibi olarak da muvazaa olmaması gerekir. OECD raporlarına göre de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hallerinde de "muvazaa olmama ilkesi (Arm's Length Approach)" diye nitelendirilen bir ilke 1970'li yıllardan beri geliştirilerek kabul edilmiş ve OECD raporlarında genel kabul görmüş bir prensip olarak yerini almıştır³⁷². OECD raporunda muvazaa olmaması ilkesi; *"diğer tüm etkenlerin aynı kalması koşuluyla şirketler arasındaki her hangi bir işlem sonunda doğan yükümlülüğün, işlemin bir biriyle ilişkisi olmayan ilgisiz taraflar arasında yapılmış olması durumunda uygulanan düzeyde olması gerekmektedir"* olarak tanımlanmıştır³⁷³.

Yukarıda da değinildiği gibi transfer fiyatlandırması olması gerekeni gösteren bir müessesedir. Bahse konu "muvazaa olmaması ilkesi" transfer fiyatlandırmasının esaslarını düzenleyen ve tüm dünyaca kabul gören bir kuruluş

³⁶⁹ 213 sayılı VUK'nın "ispat" başlıklı 3'üncü maddesinde "Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır" hükmü amirdir.

³⁷⁰ Ertan, Güçenme Gençoğlu, *a.g.e.*, s.85.

³⁷¹ Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.173; Keskin, F. (2006, Ocak). Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi ve Peçeleme Kavramı, *Vergi Sorunları Dergisi*, (208), s.116; Kizilot, Ş. *a.g.e.*, s.42; Taylar, Y. *a.g.e.*, s.5; Ergüden, E. ve Yildirim, G. (2014, Şubat). Vergi Uygulamalarında Hile, Vergi Denetimlerinde Hile Tespitleri ve Araştırılması, *Vergi Dünyası Dergisi*, (390). s.98 vd.

³⁷² Kizilot, Ş. *a.g.e.*, s.44.

³⁷³ OECD; Report on Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, 1998, s.4, <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/>, (son yararlanma tarihi; 09.11.2913).

olan OECD tarafından yayımlanırken³⁷⁴ daha çok, çok uluslu şirketler ve çifte vergilendirme ile vergi kaçırma uygulamaları dikkate alınmıştır. Ancak çalışmamızın konusunu teşkil eden örtülü kâr dağıtımı da bu yaklaşımların bir alt türevi olması nedeniyle, bu prensiplerin örtülü kâr dağıtımı uygulamalarında da benimsenmesi gerekmektedir.

Gerçekten muvazaada (nispi), görünürdeki işlem geçersiz, eğer yasal şartlar oluşmuşsa, saklanan (gizli) işlem tarafların iradesine uygun olduğu için geçerli olmaktadır³⁷⁵. Ama örtülü kâr dağıtımında esasında tek işlemin varlığından bahsedilebilir. Bu işlemin nitelendirilmesi ve içeriği, olması gereken prensiplere yaklaştırılmaktadır. Örneğin şirket ortağının binasını kiralayan şirket, ortağa emsal fiyatlar üzerinde bir kira bedeli ödüyorsa, bu durumda kira sözleşmesi geçerli olacak ve emsal kira bedeli üzerinde ödenen miktar vergisel olarak kira bedeli olarak değil, ortağa yapılan bir kâr dağıtımı olarak vergilendirilecek ve tarafların muhasebe kayıtları bu şekilde düzeltilecektir. Örtülü kâr dağıtımı uygulaması içinde iki işlemin varlığı kabul edilse bile durum değişmeyecektir. Başka bir deyişle, yine kira sözleşmesi geçerli olacak ve buna ilave olarak bir de tarafların perdelediği (örttüğü) bir kâr dağıtımı işleminin varlığından söz edilebilecektir. Kanaatimizce bu yaklaşım daha isabetlidir. Çünkü öncelikle ortada hukuken geçerli olan bir işlem vardır (kiralama sözleşmesi). Aynı zamanda bu işlem ile perdelenmiş bir de kâr dağıtımı işlemi vardır. Dolayısıyla örneğimizdeki kira sözleşmesi geçerliliğini korumaya devam edecektir. Benzer yaklaşımla örtülü sermaye uygulamasında da aynı sonuca ulaşılabilir. Şöyle ki; şirket ortağının şirkete verdiği borç, esasında sermaye olarak şirkete konulabilecekken, şirketten para çekmeyi kolaylaştırmak ve şirketin (sözde) giderlerini artırarak vergiyi azaltmak amacıyla yapıldığına göre, örtülü sermaye şartlarının oluşması hallerinde de örtülü sermaye şartlarını taşıyan işlemde, şirkete borç verme işlemi geçerli olacaktır. Yalnızca emsal borç verme işlemine uymayan veya kanundaki sınırı aşan miktar için uygulanan faiz vb. gelirler pay sahibi açısından kâr dağıtımı olarak nitelendirilmekte ve şirket açısından da bu miktarı aşan bedeller için ödenen faiz vb. giderler de “kanunen kabul edilmeyen gider” olarak değerlendirilerek, bunların

³⁷⁴ Bahse konu OECD Raporu'na, 5520 Sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin gerekçesinde de atıf yapılmıştır.

³⁷⁵ Eren, F. a.g.e, s. 356; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku-I*, s.134; Kiliçoğlu, A. a.g.e, s.176.

vergiden indirilmesine müsaade edilmemektedir. Sonuç olarak örtülü sermaye halinde de borç verme işlemi geçerli olacağı için bizce burada da muvazaadan bahsetmek mümkün görülmemektedir³⁷⁶. Bu nedenle örtülü kâr dağıtımını uygulamasının muvazaa olmadığı görüşüne biz de katılmaktayız.

2.3.2. Peçeleme

Peçeleme ya da perdeleme genel olarak; *“vergi kanununun vergilendirme konusu yaptığı bir özel hukuk işlemiyle ulaşılmaması gereken bir iktisadi sonucu elde etmek için, vergi kanununda vergilendirme konusu sayılmamasından yararlanmak üzere, olağan ve doğal kullanımı dışında başvurulmuş başka tür ve nitelikteki özel hukuk işlemi”* olarak ifade edilebilir³⁷⁷. Yukarıda da değinildiği üzere, VUK’un 3’üncü maddesinde yer alan *“Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır”* hükümlerle vergi hukukunda ekonomik yaklaşım ilkesi³⁷⁸ benimsenmiştir. Peçeleme söz konusu olduğunda idare ve vergi yargısı organları, vergilendirmede görünüşteki olayı değil, gerçek ekonomik durumu göz önüne alırlar³⁷⁹. Ekonomik yaklaşım ilkesinde de önemli olan dış görünüş değil, gerçek mahiyetleri ve ekonomik içerikleridir³⁸⁰.

Nitelendirmenin işlem ve olguların maddesel ve ekonomik içeriğine göre yapılması, “peçeleme” işlemlerinin vergi hukuku alanındaki sonuçları üzerinde durulmasını gerekli kılmaktadır. Vergi kanunlarında belli bazı işlemler peçeleme işlemi olarak görülür ve geçersiz sayılır³⁸¹. Vergi hukukunda genel olarak peçelemeye ilgili *“vergi yükümlülükleri ve sorumlulukları özel hukuk biçimlerini ve kurumlarını olağan kullanımları dışında kötüye kullanarak vergi kaçırma amacı güdüyorlarsa bu amaca yönelik sözleşmelere peçeleme sözleşmesi adı verilir. Bu durumda idare ve vergi yargısı organları ve vergilendirmede görünüşteki sözleşmeyi*

³⁷⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; Batun, M. (2010, Nisan). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım ve Muvazaa, *Vergi Dünyası Dergisi*, (344), s.67; Yılmaz, E. a.g.e, s.173.

³⁷⁷ Keskin, F. a.g.e, s.113; Kaneti, S. *Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi*, s.5, <http://www.muhasabe.gen.tr/mevzuat/vuk/genelyazilar/md00306.html>, (son yararlanma tarihi; 19.07.2013); Kiliçoğlu, A. a.g.e, 167 vd.

³⁷⁸ **Ekonomik yaklaşım ilkesi** ile ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.1, dpnt:353.

³⁷⁹ Öncel, Kumrulu ve Çağan, a.g.e, s.28.

³⁸⁰ Türedi Erdoğan, E. A. a.g.e, s.66.

³⁸¹ Keskin, F. a.g.e, s.115.

*değil, gerçek ekonomik durumu göz önüne alır*³⁸² tanımı ve tespiti yapılmaktadır. Burada peçeleme sözleşmesinden kasıt; tarafların vergi kaçırma ve pay sahibi/ilişkili kişiye şirketten haksız menfaat aktarma niyetiyle tarafların aradalarındaki karşılıklı irade beyanlarıdır. Şirket ve ilişkili kişinin bu yukarıda ifade edilen iradelerinin karşılıklı olarak icap ve kabulüyle esasında teorik olarak bir sözleşme kurulmuş olmaktadır. Bu idare beyanlarının uyuşması hali de doktrinde yukarıda ifade edildiği gibi, peçeleme sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır.

Borçlar hukuku açısından peçeleme işlemi tanımlanmış bir işlem değildir³⁸³. Ancak vergi hukukunda peçeleme³⁸⁴ ve bu kapsamda peçeleme sözleşmeleri sıkça kullanılan bir uygulama şeklidir. Peçeleme sözleşmesinde; *"yapılan sözleşme medeni hukuk açısından muteberdir, vergi hukuku açısından muteber değildir. Peçeli sözleşmelerde taraflar, peçeli sözleşmenin yalnız şeklini değil, muhtevasını dahi yerine getiriyor olabilirler. Fakat vergi hukuku, vergiyi azaltmaya yönelmişse peçeli sözleşmeyi tanımamaktadır*³⁸⁵". Peçelemede taraflar, esasında hukuki işlemi yapma konusunda iradi olarak mutabıktırlar. Ancak bu işlem geçerli olmakla beraber bu işleme vergi hukuku açısından bağlanan sonuçlar, tarafların iradesi doğrultusunda zuhur etmez. Çünkü taraflar yaptıkları görünürdeki hukuki işlemle bu işlemin maddi sonuçlarını, vergiden kaçmak amacıyla, farklılaştırarak vergiyi yok etmek veya azaltmayı amaçlamaktadırlar. Vergi idaresi de bu peçeleme (örtme) işlemini tespit ettiğinde, peçeyi kaldırır ve gerçek duruma göre vergilendirme işlemi yaparak vergiyi tahakkuk ettirir. Bahse konu hukuki işlem, taraflar açısından geçerli olmakla birlikte, idare açısından da perdelenen işlem de geçerli olarak kabul edilmekte ve vergilendirme bu peçelenen işleme göre yapılmaktadır. Kanaatimizce örtülü kâr dağıtımı işleminde taraflar arsında yapılan işlem, medeni hukuk açısından geçerli bir işlem olmakla birlikte, vergi hukuku açısından peçeleme işlemi olarak kabul edilmesi yaklaşımı daha isabetlidir. YILMAZ³⁸⁶ çalışmasında muvazaa ve peçeleme uygulamalarını vergi hukuku

³⁸² Öncel, Kumrulu ve Çağan, *a.g.e.*, s.26; Tuncer, S. (1999, Eylül). Vergi Hukukunda Muvazaa II (Muvazaa). *Yaklaşım Dergisi*, (81), s.59.

³⁸³ Şanver, S. (1968). *İşletme Vergiciliği ve Türk Vergi Sistemi*, İstanbul-s.124.

³⁸⁴ Kizilot, Ş. *a.g.e.*, s.48.

³⁸⁵ Öncel, M. (1978). *Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye*, Ankara-s.6.

³⁸⁶ Yılmaz, E, *a.g.e.*, s.173.

açısından net, anlaşılır ve isabetli bir şekilde kıyaslamış olup örtülü kâr dağıtımının, peçelemenin bariz bir örneği olduğunu ifade etmiştir³⁸⁷.

Peçeleme ifadesi hukukumuzda temel olarak vergi hukukunun kazandırdığı bir tanım olup, genellikle doktrinde de vergi hukukçuları tarafından kullanılan bir ifadedir. Özel hukuk alanında peçeleme durumları yaklaşık olarak kanuna karşı hile başlığı altında incelenmektedir. Peçeleme de aslında kanuna karşı hilenin vergi hukukuna yansımış hali olarak nitelendirilebilir³⁸⁸. Çünkü peçelemeye de esasında, ulaşılmak istenen sonuç vergi kanunları açısından mümkün ve meşru olmadığına, vergi kanunlarının veya hukukun izin verdiği bir müessese ile perdelenerek, yani dolanarak, istenen sonuç elde edilmeye çalışılmaktadır³⁸⁹.

Vergi kaçırmak amacıyla özel hukuk biçimlerini olağan sayılmayacak şekilde kötüye kullanılmasına genel olarak vergi hukukunda “peçeleme”, bu eylemi esas alan işleme de “peçeleme işlemi” denir³⁹⁰. Peçeleme sözleşmesi ise, “*vergi yükümlüleri ve sorumluları özel hukuk biçimlerini ve kurumlarını olağan kullanımları dışında kötüye kullanarak vergi kaçırma amacı güdüüyorsa bu amaca yönelik sözleşmeler*³⁹¹” şeklinde tanımlanmıştır. Bir başka tanımda ise peçeleme, “*gerçekten, vergi yasasının amacına göre, vergilendirme konusu olan iktisadi sonucu, vergi yasasının doğrudan doğruya kapsamadığı bir hukuksal biçimle ulaşılmaya çalışılmaktadır. Vergilendirilmesi amaçlanan iktisadi sonuç, başka bir*

³⁸⁷ Türedi Erdoğan, E. A. a.g.e, s.65; Yılmaz, E. a.g.e, s.175; Koyuncu, M. *Transfer Fiyatlandırması*, s.41; Bkz; dpnt; 379.

³⁸⁸ Yazar çalışmasında: “*Vergilendirmenin özel hukuk ilişkilerini biçimlendirmesi, vergi normlarında verginin doğumunun bağlandığı olayların (vergiyi doğuran olayın) soyut olarak tanımlanmasında özel hukuk kurum ve kavramlarının yoğun olarak kullanılması, vergi yükümlülerini, aslında ekonomik içerikleriyle vergi normlarının kapsamına giren ilişkilerini, normun kapsamı dışında tutacak özel hukuk biçimlerini tercih etmeye yöneltebilmektedir. Ekonomik sonuçtan vazgeçmek suretiyle vergi konusu ile ilişkiye girmemek (vergiden kaçınma) veya vergi kanunlarınca sunulan olanaklardan faydalanmak (vergi tasarrufu), vergi hukuku bakımından reddedilmeyen davranış biçimleridir. Ancak, özel hukuk biçimlerinin vergisel avantajlara ulaşmak için, vergi normlarının konulmalarındaki amaçla bağdaştırılmayacak biçimde kötüye kullanılması (verginin dolanımı, peçeleme), hiçbir vergi sisteminin kabul etmediği/korumayacağı bir durumdur*” tespiti ile isabetli bir çıkarımda bulunmuştur. (Bkz; **Taylar, Y.** a.g.e, s.5).

³⁸⁹ Peçeleme işlemi ile esasında genel bir ifade ile bir hileli işlem yapıldığı da ifade edilebilir. **Vergi uygulamalarında ve vergi hukukunda hile** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Ergüden ve Yıldırım, a.g.e, s.98 vd.

³⁹⁰ Savaş, A. a.g.e, s.7; Yılmaz, E. a.g.e, s.177.

³⁹¹ Öncel, Kumrulu ve Çağan, a.g.e, s.26.

*hukuksal kılıklandırma altında vergi dışı bırakılmak, yasa bu yoldan dolanılmak istenmektedir*³⁹²” olarak tanımlanmıştır.

Peçelemede vergiyi doğuran olay, vergilendirme kapsamı dışına çıkabilmek için gerçekte olduğundan farklı gösterilmektedir. Peçelemede özel hukukta kullanılan sözleşmeler yolu ile vergi yükünün azaltılması yahut ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır. Dolayısıyla bir sözleşmeyi peçeleme sözleşmesi olarak nitelendirebilmek için, vergi hukukundaki mükelleflerin vergi hukuku dışındaki bir özel hukuk müessesesini olağan dışı bir şekilde kullanarak, maddi olarak haksız menfaat elde ettiklerinin belirlenmiş olması gerekir³⁹³. Ayrıca özel hukuk müessesesini olağan dışı ve kötüye kullanan mükellef veya vergi sorumlusunun söz konusu müesseseyi vergi kaçırma amacıyla da kullanmış olması gerekir³⁹⁴. Peçeleme işlemi ya da peçeleme sözleşmesi de vergi hukuku-özel hukuk ilişkisinin bir ürünü olarak nitelendirilebilir³⁹⁵.

Vergi hukuku-özel hukuk ilişkisinden hareketle, belli hukuki biçimlere uyularak vergi kanunlarını dolanmak amacıyla başvurulması yönüyle, peçeleme muvazaaya yaklaşmaktadır. Peçeleme sözleşmesinde taraflar, kanunun sözüne uygun davranıyor görünmekle beraber, esasen onun özünü ihlal etmektedirler. Muvazaada da aynı durum söz konusudur³⁹⁶. Ancak doktrinde yapılan tespitlerde muvazaanın peçeleden farklı bir müessese olduğu ve sonuçlarının da birbirinden farklı olduğu tespiti isabetle yapılmıştır³⁹⁷.

Yukarıda konuyu tartışmaya başlarken esasında peçelemenin, kanuna karşı hilenin vergi hukukundaki yansıması olduğu tespitinde bulunulmuştur. Kanuna karşı hilenin; *“tarafların, hukuk düzeninin yasakladığı hukuki veya iktisadi bir sonucu elde etmek için, yapılması hukuken caiz olan bir başka hukuki işleme başvurmaları*³⁹⁸ şeklindeki tanımı, yukarda yapılan peçeleme tanımlarıyla

³⁹² Kaneti, S. (1989). *Vergi Hukuku*, (Vergi Hukuku), 2. Baskı, İstanbul-s.49.

³⁹³ Akman, Ş. T. (2008). Vergi Hukukunda “Peçeleme” Kavramının Hukuksal ve Sosyolojik Analizi, *Ankara Barosu Dergisi*, (66), Ankara-.27; Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.176.

³⁹⁴ Öncel, Kumrulu ve Çağan, *a.g.e.*, s.26.

³⁹⁵ Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.173.

³⁹⁶ Tuncer, S. *Muvazaa*, s.26; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku-I*, s.132 vd.

³⁹⁷ Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.174; Eren, F. *a.g.e.*, s. 374; Bu tespiti örnek teşkil edebilecek şekilde benzer olarak, hakkın kötüye kullanımını açısından konunun değerlendirilmesi için bkz; Kılıçoğlu, A. *a.g.e.*, s.167 vd.

³⁹⁸ Eren, F. *a.g.e.*, s.372; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *a.g.e.*, s.421.

beraber değerlendirildiğinde, bu tespitin isabetli olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

AKINTÜRK³⁹⁹ çalışmasında konuyu net bir şekilde özetlemiştir: *“Medeni Kanun (MK)’un başlangıç hükümleri tüm hukuk sisteminin dayanağını oluşturan temel ilkeleri ortaya koymakta ve bu anlamda hukukun uygulanması sorununu düzenlemiş olmaktadır. Kişilerin haklarını kullanırken veya borçlarını ifa ederken hareket tarzlarının hukuki sınırlarını belirleyen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı da bu hükümler içerisinde yer almakla özel hukukun olduğu kadar kamu hukukunun ilişkilerinde de mihenk taşı konumundadır. MK md. 2/1’e göre, “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır”. Bu bağlamda, kişiler haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken toplum içindeki makul, orta zekâlı bir kimsenin davrandığı gibi davranmalıdır. Dürüstlük kuralları; dürüst, namuslu ve orta zekâlı kişilerin ahlak, doğruluk ve karşılıklı güven esaslarına uyan sürekli davranışları sonucunda oluşan toplum tarafından da toplumun menfaatlerine ve iş hayatının gereklerine uygun görülerek benimsenen kuralların bütünüdür⁴⁰⁰. “Öte yandan mevcut bir hakkın bu kapsam dışında dürüstlük kurallarına aykırı olarak kullanımı da hakkın kötüye kullanımıdır. Nitekim hakkın kötüye kullanımının somut bir örneği olan kanuna karşı hilede, kanunun emredici bir hükmünden kurtulmak maksadıyla kanunun diğer bir hükmüne bu hükmün amacına aykırı bir şekilde dayanılmaktadır⁴⁰¹. “MK md. 2/1’e göre ise mevcut bir hakkın bu kapsam dışında dürüstlük kurallarına aykırı olarak kötüye kullanımı ise “hukuk düzenince korunmamak” kuralına tabi tutulmuştur⁴⁰². Bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanuna karşı hile, yukarıda açıklanan peçeleme işlemi ile neredeyse bire bir örtüşmektedir.*

Kanuna karşı hilede de peçelemede olduğu gibi, ortada hukuka uygun olan bir özel hukuk işlemi vardır. Ancak taraflar gerçek iradeleri ile ulaşmak istedikleri sonuca gizli (kapalı-örtülü) işlemle meşru olarak ulaşamayacakları için, bu amaca

³⁹⁹ Akipek, J. ve Akıntürk, T. (2004). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, İstanbul, s.79.

⁴⁰⁰ Akipek ve Akıntürk, *a.g.e.*, s.174.

⁴⁰¹ Akipek ve Akıntürk, *a.g.e.*, s.199.

⁴⁰² Altınok, D. (2012, Şubat).Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı Altında Peçeleme İşlemlerinin Vergisel Sonucu, *Vergi Dünyası Dergisi*, (366), s.28-29.

ulaşmalarını engelleyen kuralı dolanarak, görünürdeki hileli işlemle ulaşmaktadırlar. Hal böyle olunca bahse konu hileli işlemin⁴⁰³ de esasında tarafların amacını sağlayacak yeterlilikte olması gerekmektedir⁴⁰⁴. Peçelemede de, örtülü kâr dağıtımı örneğimizde olduğu gibi, esasında görünürdeki asıl işlem hukuken geçerli olup, vergi kanunlarının yasakladığı (vergisiz transfer yasaklaması) peçelenen işlem sonucu elde edilmeye çalışılmaktadır. Burada da bir “dolanma” bir “örtme” durumu söz konusudur. Vergi kanunlarını dolanmak için mükellef⁴⁰⁵ veya vergi sorumlusu⁴⁰⁶, hukuki kalıp veya biçimleri kötüye kullanmaktadır. Hedeflenen iktisadi sonuca ulaşmak için olağan olarak başvurulması beklenen hukuki biçim ve kalıplardan yararlanılmış olması ise, kötüye kullanmanın ölçütü olarak kabul edilmektedir⁴⁰⁷.

Amacı, sonuçla karşılaştırıldığımız zaman işlemin yapay, olağandışı, doğal akışına aykırı, uyumsuz, iktisadi açıdan gereksiz yere karmaşık olarak değerlendirilebilir oluşu, kötüye kullanmanın varlığının belirtileridir⁴⁰⁸. YILMAZ⁴⁰⁹ çalışmasında isabetli bir şekilde görüşümüzü destekleyerek şu tespitte bulunmuştur: *“Kurumlar Vergisi Kanununda yer alan örtülü sermaye (md. 12) ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı (md.13), peçelemenin tipik örnekleri arasında gösterilmektedir. Bir kurumun yakın ilişkide bulunduğu bir diğer kurum veya bağlı bulunduğu kuruluşlardan yaratılan yapay bir borçlanma neticesinde söz konusu kurum veya kuruluşa faiz, komisyon, vade farkı şeklinde ödemeler yapması halinde, örtülü sermaye kapsamında değerlendirilecek bir peçeleme şüphesi doğmaktadır. Durum ayrıntılı olarak tespit edildiği takdirde ödenen faiz veya vade farkları, sermayeye yürütölen faiz olarak kabul edilerek kurumun vergi matrahına dâhil edilecektir. Benzer şekilde, bir kurumun bağlı bulunduğu kurum veya kuruluştan piyasa koşullarına veya ticari teamüllere uygun olmayan bir düzeyde yüksek veya düşük fiyat veya bedellerle alım-satım yapması, inşaat ve imalat yapması veya yaptırması halinde, olayda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı şeklinde peçeleme olduğu yönünde yorum*

⁴⁰³ **Vergi uygulamalarında ve vergi hukukunda hile** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Ergüden ve Yıldırım; *a.g.e.*, s.98 vd.

⁴⁰⁴ Eren, F. *a.g.e.*, s.373; Akman, ř. T. *a.g.e.*, s.28.

⁴⁰⁵ **Mükellef** tanımı için bkz; dptn:412.

⁴⁰⁶ **Vergi Sorumlusu** tanımı için bkz; dpnt:413.

⁴⁰⁷ Savaş, A. *a.g.e.*, s.8.

⁴⁰⁸ Kaneti, S. Vergi Hukuku, s.49.

⁴⁰⁹ Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.176.

yapılabilecektir. Yapılan incelemeler neticesinde durumun kesin olarak tespit edilmesi halinde kazanç kısmen veya tamamen örtülü şekilde dağıtılmış sayılarak ek tarhiyat yapılacaktır. Bir kurumun ortağı ve aynı zamanda üst yöneticisi olarak, görev yapan yönetim kurul üyesi veya müdürüne, piyasa koşulları üstünde maaş, ücret, ikramiye veya prim ödemesi yapıldığı halde bu ödeme fazlalığı ücret sayılmayıp kâr payı sayılarak kurum matrahına eklenerek vergilendirilecektir”.

Örtülü kâr dağıtımının vergi hukukunda bir peçeleme olduğu görüşüne karşı çıkan ve özellikle 5520 sayılı KVK ile artık örtülü sermaye (md.12) ve örtülü kazanç dağıtımının (md.13) peçeleme sınırlarını aşarak muvazaa olarak nitelendirmesi gerektiğini savunan yazarlar da bulunmaktadır⁴¹⁰. DOĞRUSÖZ makalesinde⁴¹¹ “5520 sayılı yeni Kurumlar Vergisi Kanunu’nda transfer fiyatlandırması adı ile örtülü kazanç dağıtımı müessesesi, artık taraflar arası akçalı hukuki ilişkileri mali açıdan denetleyen değil, bizzat düzenleyen bir müessese haline dönüştürülmüştür. Düzeltme müessesesinin düzenlenişi bu hususu açıkça göstermektedir. Düzeltme müessesesi, vergi boyutunu aşarak ticari bilânçoya müdahale eden bir müessese durumundadır. Önceki kanun örtülü kazanç dağıtımına yol açan işlemleri “peçelemeli” kabul ederken yeni kanun bu işlemleri “muvazaalı” olarak kabul etmekte ve işlemin her iki tarafı nezdinde de ticari bilânçoya da etki yapacak şekilde düzeltme öngörmektedir. Vergi kanunu adeta piyasaya, reel ekonomiye müdahale eder hale gelmiştir” tespiti yapmaktadır. Buna ek olarak ŞEKER makalesinde⁴¹²; “Gerçekten de vergi hukukunda en temel ilkelerden biri olan ekonomik yaklaşım ilkesine göre de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının hâsılatı gizleme olduğu ve aslında kurum kazancı olarak kabul edilmesi gerektiği yerindedir. Zira görünürdeki işlem yapılmak istenen işlemi farklı bir şekilde göstermekten ibarettir. Ancak düzeltme hükümleri sonucunda örtülü kazanç miktarının kâr payı olarak kabul edilmesi uygulamanın amacını aşmakta, bir adım daha ileri giderek başka bir işlemi varsaymakta, yani kâr payı kabul etmektedir. Dolayısıyla yapılan işlemi “peçeleme” değil “muvazaa” kabul etmekte, görünürdeki işlemin arkasında gerçekleştirilmek istenen iradenin ne istediğini

⁴¹⁰ Şeker, S. (2008, Nisan). Örtülü Sermaye Kullanımı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Üzerine Bir Değerlendirme, *Yaklaşım Dergisi*, Sayı:184, s.132 vd; Doğrusöz, A. B. *Transfer Fiyatlandırmasının Hukuki Temeli*, (Hukuki Temeli) Referans, 20.03.2008, www.muhasabetr.com/ulusal_basin/haber_oku.php?haber_id=2531. s.1, (son yararlanma tarihi; 18.07.2013)

⁴¹¹ Doğrusöz, A. B. Hukuki Temeli, s.2.

⁴¹² Şeker, S. a.g.e, s.135.

kendisi belirlemektedir” diyerek muvazaa görüşünü desteklemiştir. Yazarların yukarıda ifade edilen tespitlerine hukuki açıdan katılmıyoruz.

2.3.3. Örtülü Kâr Dağıtımının Hukuki Niteliği Olarak Peçeleme

Yukarıda ayrıntısı açıklandığı üzere, bizimde katıldığımız genel yaklaşıma göre örtülü kâr dağıtımının hukuki niteliği kanuna karşı hilenin vergi hukukundaki yansıması olan “Peçeleme”dir. Çünkü mülga 5422 sayılı KVK’nın 17’nci maddesinde *“Aşağıdaki hallerde, kazanç tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılır”* hükmü ile kanundaki şartlar gerçekleştiğinde bir örtülü kazanç vakasının bulunduğu ve bu hallerde de kazancın örtülü olarak dağıtıldığının anlaşılacağı hüküm altına alınmıştır. 5520 sayılı KVK’nın 12’nci ve 13’üncü maddelerinde düzenlenen örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımı hallerinde de örtülü kâr dağıtımının söz konusu olacağı hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla detayı yukarıda açıklandığı şekilde, bu iki halde de tarafların iradelerine uygun yaptıkları bir hukuki işlemi vardır. Bu işlem geçerlidir. Ancak bu işlem ile perdelenen bir vergisiz kâr dağıtım sonucunu arzulama söz konusudur. Başka bir deyişle, kanuna karşı hile ile saikte farklılaştırılan bir irade söz konusudur. Hal böyle olunca perdelenmiş bir işlemle üstü örtülmeye çalışılan kâr dağıtımında, pay sahibine/ilişkili kişiye emsallerine uygun olmayan, kanuna aykırı (haksız) bir menfaat temin etme söz konusudur. İdare de vergilendirme işlemini, tarafların gerçek, örtülen/peçelenen, amaçlarına uygun şekilde elde ettikleri menfaati kâr dağıtımını olarak kabul edip, vergilendirmeyi buna göre yapmaktadır. Tarafların iradesiyle yapılan görünürdeki işlem geçerlidir. Bu işlem geçersiz kabul edilmemekte, yalnızca bu işlem sonunda tarafların elde ettiği menfaatin hukuki niteliği değişmekte yani gerçek duruma uyarlanmaktadır. Her iki kanunun ilgili maddeleri karşılaştırıldığında da, idarenin örtülü kazanç dağıtımını tespiti halinde dağıtılan menfaati kâr dağıtımını gibi nitelendirip, buna göre ilgililere vergi tahakkuk ettirdiği tartışmasızdır. Bu nedenle iki kanun arasında bu açıdan bir fark bulunmamaktadır. Bu gerekçelerle, 5520 sayılı kanuna göre örtülü kâr dağıtımını tespiti yapıldığında, bu tespitten önceden (mülga 5422 sayılı yasa döneminde) peçeleme olarak nitelendirildiği, ama yeni (5520 sayılı) kanun ile bu nitelendirmenin muvazaa olması gerektiği, tespitine katılmak mümkün görünmemektedir.

Peçelemenin kanuna karşı bir hile olduğu tespiti sonunda peçelemenin unsurlarını da genel olarak şu şekilde özetleyebiliriz⁴¹³:

1. Vergi hukukundaki mükellef⁴¹⁴ veya vergi sorumlusu⁴¹⁵, vergiye tabi bir işlemde özel hukukta düzenlenmiş olan bir hukuki biçim ya da kurumu kanuna uygun biçimde kullanmış olmalıdır.
2. Bu kullanım, iyi niyet kuralları çerçevesinde değil; tamamen vergi kanunlarını dolanmak veya vergi kaçırmak amacına yönelik olmalıdır.
3. Özel hukukta düzenlenmiş olan bir hukuki biçim veya müessese, görünüşe göre değil; gerçek iktisadi duruma göre değerlendirilecek ve gerçek iktisadi duruma göre vergilendirme yoluna gidilecektir⁴¹⁶

Sonuç olarak; örtülü kâr dağıtımını teşkil eden örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında, yukarıdaki peçeleme unsurlarının hepsinin varlığı söz konusudur. Bir özel hukuk işlemi ile iyi niyet kuralları dışında ve emsal uygulamalardan farklı bir şekilde; haksız olarak, daha az vergi vermek veya hiç vergi vermemek amacıyla, şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasında bir işlem yapıldığında, örtülü kâr dağıtımı söz konusu olabilmektedir. Bu durumda da vergilendirme, görünürdeki özel hukuk işlemine göre değil, gerçek ekonomik şartlara ve gerçek taraf iradelerinin sonucu olan işleme göre yapılacaktır. Dolayısıyla tüm unsurlar olduğu için, örtülü kâr dağıtımının bir peçeleme işlemi olduğu yönündeki tespitin isabetli olduğunu söylemek bizce mümkün olmaktadır. Türk vergi hukukunda vergi kaçırmak amacıyla yapılan peçeleme sözleşmelerine en iyi örnek transfer fiyatlaması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıdır⁴¹⁷.

⁴¹³ Akman, Ş. T. *a.g.e.*, s.48 vd.

⁴¹⁴ 213 sayılı VUK'un 8/1'inci maddesinde, **Mükellef**; "**Vergi kanunlarına göre kendisine vergi terettüp eden gerçek veya tüzel kişi**" olarak tanımlanmıştır. Bir başka deyişle **Vergi Mükellefi (Vergi Borçlusu)**; belirli bir miktarda vergiyi kamu alacaklısına ödemek durumunda olan gerçek veya tüzel kişidir. (Bkz; Öncel, Kumrulu ve Çağan; *a.g.e.*, s.71).

⁴¹⁵ 213 sayılı VUK'un 8/2'nci maddesinde "**Vergi sorumlusu, verginin ödenmesi bakımından, alacaklı vergi dairesine karşı muhatap olan kişidir**" şeklinde bir tanımlama yapılmıştır. Yani bir bakıma **vergi sorumlusu**, kanun koyucu tarafından mükellefin temsilcisi kabul edilmiştir. (Bkz; Mutluer, K. (2007). *Vergi Hukuku*, 5. Baskı, Eskişehir, s.52).

⁴¹⁶ Savaş, A. *a.g.e.*, s.9; Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.177.

⁴¹⁷ Akman, Ş. T. *a.g.e.*, s.28.

Peçeleme ve muvazaanın sınırları genel olarak yukarıda çizilmiş olup, örtülü kâr dağıtımının kanuna karşı hilenin bir vergi hukukundaki yansıması olan peçeleme işlemi olduğu tespiti yapılmıştır. Bu kapsamda, YILMAZ çalışmasında⁴¹⁸ peçeleme ile muvazaa arasındaki farkları isabetli bir şekilde özetlemiştir:

1. *“Muvazaa özel hukuk kavramıyken, peçeleme vergi hukukuna özgü bir kavramdır.*
2. *Peçelemeyi gerçek bir vergiyi doğuran olayın özel hukuk sözleşmeleri yoluyla farklı gösterilerek vergi borcunun kısmen yahut tamamen ortadan kaldırılması şeklinde tanımlamak mümkündür ve bir işlemde peçeleme olduğu tespit edildiğinde gerçek iktisadi duruma göre vergilendirme yapılacaktır. Muvazaada ise, gerçek olmayan bir olayın/işlemin taraflar arası bir sözleşme ile varmış gibi gösterilmek suretiyle vergi yükünün azaltılması ya da ortadan kaldırılması söz konusudur. Kısaca, peçelemde işleminin temelinde gerçek bir olay yatıyorken; muvazaada gerçekte olmayan bir işlemin/olayın taraflar arası bir sözleşme ile varmış gibi gösterilmesi, bu iki kavram arasındaki en temel farkı oluşturmaktadır”⁴¹⁹.*

Vergi hukukuna göre *“Peçeleme işleminin sonuçları şöyle belirlenmektedir: Vergi Usul Kanunu’nun 3/b maddesinin öngördüğü gibi, işlem, gerçek niteliğine göre değerlendirilecektir. Burada peçeleme işleminde seçilen hukuki yapıya bakılmayacak, vergilendirme yoluna gidilecektir. Diğer bir deyişle, iktisadi sonuç, vergi yasasının kapsamındaki doğal ve olağan olarak başvurulması gereken işlemle elde edilmiş olsaydı ne yolda vergilendirilecek idiyse, peçeleme işlemi de o şekilde vergilendirilecektir”⁴²⁰.* Bu yaklaşım kanaatimizce isabetlidir. Bu nedenle örtülü kâr dağıtımının hukuki niteliği bizce de peçeledir. Çünkü özel hukuk ilkelerine göre esas işlem gerçektir ve fiilen de uygulanmıştır⁴²¹. Bu işlem (kanundaki şartlara uymak koşuluyla) geçerli olurken, esasında arkada perdelenen

⁴¹⁸ Yılmaz, E. *a.g.e.*, s.177 vd; **Muvazaanın, kanuna karşı hileden farkı** için bkz; Eren, F. *a.g.e.*, s.374.

⁴¹⁹ Benzer yöndeki görüşler için bkz; Tuncer, S. *Muvazaa*, s.25; Gündoğdu, B. (2009, Ocak). Muvazaa ve Peçeleme, *Yaklaşım Dergisi*, (193), s.27; Şenyüz, D. *Peçeleme ve Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar*, http://www.ekonomik panorama. com/yazarlar/pr_dr_dogan_senyuz/12529.html, (son yararlanma tarihi;22.02.2013).

⁴²⁰ Kaneti, S. *Vergi Hukuku*, s.49; Tuncer, S. *Muvazaa*, s.42.

⁴²¹ Muvazaada bu sonucun söz konusu olmayacağı hususuyla ilgili bkz; Eren, F. *a.g.e.*, s.356 vd; Kılıçoğlu, A. *a.g.e.*, s.175-176; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku-I*, s.132-135.

işlem, vergi kaçırmak amacıyla yapıldığı için, vergilendirme işleminin de bu perdelenen asıl işleme göre yapılması bizce de yerindedir.

2.3.4. Özün Önceliği ve Ekonomik Yaklaşım İlkesi

Bir olgunun hukuki olarak niteliğini tam olarak ortaya koyabilmek için elbette olguyu yorumlayarak hangi hukuki müessesenin unsurlarını taşıdığı konusunda dayanaklı bir tespit yapmak zorunludur. Bir kanunun anlam bakımından uygulanması ya da yorumu, onun objektif anlamının ortaya konulması olarak tanımlanabilir⁴²². Örtülü kâr dağıtımı vergi kanunlarında düzenlenmiş bir olgu olması nedeniyle, öncelikle konuyu vergi hukukundaki yorum ve nitelendirmeye değinerek incelemek gerekecektir.

Diğer hukuk dallarında olduğu gibi vergi hukukunda da yorumun önemli bir yeri vardır. Vergi idaresi, vergi kanunlarını uygularken, vergi yargısı da dava yoluyla önlerine gelen vergi uyuşmazlıklarını çözümlerken, zorunlu olarak yorum yapmaktadırlar⁴²³. Yorumu yapan organ ya da kişilere göre yasama yorumu, idari yorum, yargısal yorum, bilimsel yorum olmak üzere, genel olarak dört yorum çeşidi olduğu ifade edilebilir⁴²⁴. Hangi organ ya da kişi tarafından yapılırsa yapılsın, vergi kanunları yorumlanırken çeşitli yöntemlerden yararlanılmaktadır. Bu kapsamda, lafzi yorum, sistematik yorum, tarihi yorum, amaçsal yorum olarak sınıflandırılan yorum yöntemleri kullanılmaktadır⁴²⁵. Amaçsal yorum kapsamında olmak üzere, vergi hukuku literatüründe “ekonomik yaklaşım”⁴²⁶ adı verilen ve yorumun kanunun amacının ve özün önceliğinin ön planda tutulduğu bir anlayışla yapılması gerektiği yönünde bir yöntem de mevcuttur. Nitekim 213 sayılı Vergi Usulü Kanunu’nun

⁴²² Öncel, Kumrulu ve Çağan, *Vergi Hukuku*, 8. Baskı, Ankara-2000, s.17 vd.

⁴²³ Karakoç, Y. (2012). *Genel Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara-s.163.

⁴²⁴ Öncel, Kumrulu ve Çağan, *a.g.e.*, s. 18.

⁴²⁵ Öncel, Kumrulu ve Çağan, *a.g.e.*, s. 19.

⁴²⁶ Savaş, A. *a.g.e.*, s.6; “*Ekonomik yaklaşım, vergiyi doğuran olayın belirlenmesinde ve vergi kanunu hükümlerinin yorumlanmasında hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek nitelik ve içeriklerin esas alınmasıdır. Ekonomik yaklaşım, vergi hukukuna özgü bir yorum yöntemidir. Ekonomik yaklaşım, hem maddi olayın belirlenmesi hem de maddi olaya uygulanacak hukuk normunun yorumunu içerdiğinden bir üst kavramdır. Vergiyi doğuran olayın ekonomik niteliği ve işlerliğine göre belirlenmesi ve değerlendirilmesine ekonomik irdeleme/nitelendirme; vergiyi doğuran olaya uygulanacak hukuk kuralının ekonomik gerçekler göz önüne alınarak belirlenmesine ise, ekonomik yorum denilmektedir. Bu itibarla, ekonomik irdeleme ve ekonomik yorum, ekonomik yaklaşım üst kuralını oluşturmaktadır*”; Danıştay; DDGK. 06.12.1996 tarihli ve E:1996/320, K:1996/410 sayılı kararında açıkça; “*Vergi hukukuna özgü bir yorum yöntemi olan ekonomik yaklaşım, yasanın vergiyi doğuran olayların saptanmasında ve vergi yasası hükümlerinin yorumlanmasında hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerin esas alınması anlamını taşır*” şeklinde isabetli bir tespit yapmıştır. (www.kazanci.com).

(VUK) 3'üncü maddesindeki “*Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*” hükmü ile ekonomik yaklaşım ilkesine işaret edilmekte olup bu hükümden hareketle söz konusu ilkeye ulaşılmıştır. VUK'un ilgili hükmüne, vergi hukukunda vergiyi doğuran olayın saptanmasında ekonomik gerçeğin ön planda tutulmasının esas olduğu rahatlıkla söylenebilir⁴²⁷. Bu kapsamda işlemin gerçek durumunu esas alan maddi boyutu, işlemin hukuki veya şekli görünüm veya görünümlerinden önemlidir. Özün önceliği noktasından hareketle, özü bulup ortaya çıkarmak asıl amaçtır ve ekonomik yaklaşım bu noktada devreye girmektedir. Ekonomik yaklaşım esasen, amaçsal yorumun vergi hukukuna özgü özel bir yorum yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır⁴²⁸. Ekonomik yaklaşımda amaç, gerçek iktisadi ilişkinin çeşitli hukuki kılıflar kullanılmak suretiyle gizlenmesinin önlenmesidir⁴²⁹. Diğer bir ifadeyle, ekonomik yaklaşım, vergiyi doğuran olayın meydana gelmesine karşın bunun gizlenmesi ve dolayısıyla vergi kaçırma amacını güden davranışların ortaya çıkarılmasına hizmet eden ve vergi ödevinin mükellefler tarafından olması gerektiği gibi yerine getirilmesini sağlayan vergi hukukuna özgü bir yöntemdir⁴³⁰. Ekonomik yaklaşıma göre yapılacak yorum yöntemi de doğal olarak amaçsal yorum olacaktır. Amaçsal yorum, “*peçeleme*” olarak adlandırılan kavramı vergi hukukuna kazandırmıştır.

2.4. Örtülü Sermaye

2.4.1. Kavram

Örtülü kâr dağıtımı diye nitelendirdiğimiz söz konusu peçeleme işlemi, uygulamada kendisini örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kâr dağıtımı şeklinde göstermektedir. Örtülü sermaye temel olarak 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde düzenlenmiştir. Örtülü sermaye çok genel bir anlatımla, esasında şirkete sermaye koymak zorunda olan pay sahiplerinin, şirketin sermayesi olması gereken bu bedeli sermaye olarak koymak yerine, başka adlar altında şirkete vermelerini, ama şirketin de bu miktarı sermaye gibi kullanmasını

⁴²⁷ Danıştay, 4.D. 07.06.2010 tarihli ve E:2009/4029, K:2010/3462 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁴²⁸ Karakoç, Y. *a.g.e.*, s.74.

⁴²⁹ Öncel, Kumrulu ve Çağan, *a.g.e.*, s.24-25.

⁴³⁰ Savaş, A. *a.g.e.*, s.5.

ifade eder⁴³¹. Sermaye, genel bir ifade ile şirketlerin ticari faaliyetlerine başlayabilmesi ve devam edebilmesi için gerekli olan varlıkların veya değerlerin, pay sahiplerince şirkete verilmesi sonucu şirketlerin kullanabilecekleri maddi varlık değerleridir⁴³².

Yukarıda da ayrıntısı ile ele alındığı üzere⁴³³; anonim şirketlerde sermaye, başta TTK'nın 329 ve 332'nci maddeleri olmak üzere diğer birçok maddede şirketin temel bir unsuru olarak düzenlenmiştir. TTK'da düzenlendiği ve yukarıda da değinildiği üzere; şirketin unsurlarından biri "sermaye"dir⁴³⁴. Anonim şirketlerde sermayenin özelliklerinden biri de "paylara bölünmüş olması"dır⁴³⁵. Anonim şirketlerde payın veya pay senedinin sahibine "pay sahibi" denilmektedir⁴³⁶. Pay sahiplerinin temel yükümlülüğü şirketlere sermaye sağlamaktır. Şirketler de bunu uygun kullanarak kâr elde etmek durumdadır. İktisadi açıdan da sermaye *"işletmelerin faaliyetlerini başlatmaları ve sürdürebilmeleri için işletmeye sermayedar ya da pay sahipleri tarafından konulan parasal ya da parayla ifade edilebilen aynı iktisadi kıymetleri ifade eder"*⁴³⁷. Bu konuda bir de öz sermayeyi kısaca tanımlamak gerekmektedir. Çünkü kanun maddesinde yapılan tanımlarda sürekli olarak, öz sermaye referans olarak alınmıştır. Öz sermaye de genel olarak; *"Aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark, girişimcinin işletmeye mevzu varlığını (öz sermayeyi) teşkil eder. Özsermaye pasif tablosuna kaydolunur ve bu suretle aktif ve pasif tablolarının toplamaları denkleştir. İhtiyatlar ve kâr ayrı gösterilseler dahi öz sermayenin parçaları sayılırlar"* olarak tanımlamaktadır⁴³⁸.

Örtülü sermaye kapsamını değerlendirirken, konuya TTK açısından da ele almak gerekmektedir. Ticaret hukukunda tanımladığımız sermaye, esasında şirket pay sahiplerinin şirkete koymayı taahhüt ettikleri ve genel bir anlatımla da pay

⁴³¹ Ertan ve Güçenme Gençoğlu, *a.g.e.*, s.83.

⁴³² **Sermaye**; *"çeşitli kavramları içeren bir şemsiye terimdir. Konuşulan dilde-ve bazen hukuk dilinde-sermaye denince, ortaklığın aktifleri veya malvarlığı kast edilir. Daha teknik bir anlamda ve muhasebe kuralları açısından, "sermaye" bilançonun pasif tarafında yer alan itibari bir meblağdır"*. (Bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.19).

⁴³³ Bkz; I. Bölüm, md.4.1.2.

⁴³⁴ Bkz; I. Bölüm, md.1.1.2.

⁴³⁵ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.198-201; 6102 sayılı TTK'nın 329'uncu maddesinde anonim şirketlerin tanımı yapılmıştır.

⁴³⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.577.

⁴³⁷ Aktaş, M. (2004). Uluslararası Transfer Fiyatlandırması ve Türk Vergi Mevzuatında Uygulanma Olanakları, *Yaklaşım Dergisi*, Ankara, s.211.

⁴³⁸ 213 sayılı VUK'un 192'nci maddesi.

sahiplerinin sorumluluklarının üst sınırını çizen bir kavramdır (TTK md.329/2)⁴³⁹. Ancak vergisel ve muhasebesel olarak sermayeden kasıt, dolayısıyla örtülü sermayeden bahsederken kast edilen sermaye, yalnızca pay sahiplerinin getirmeyi taahhüt ettikleri miktarla sınırlı değildir. Şirketler ticari hayatlarına devam ederken, genellikle, sadece pay sahiplerinden aldıkları sermaye ile hayatlarını sürdürmezler. Hatta çağımızda bu pek mümkün de değildir. Şirketler kısa ve uzun vadeli dış kaynak kullanarak ticaret yapabilirler ve çoğunlukla da bu şekilde yaparlar. Esasında finans biliminde öz kaynak oranının yüksek olması, başka bir deyişle dışarıdan az borç alarak veya hiç borç almadan çalışmak şirketler açısından bir eleştiri konusu bile yapılmaktadır⁴⁴⁰. Başka bir deyişle, finansal, yönetsel veya muhasebesel açıdan şirketler yabancı kaynaklarla da hayatlarına devam ederler. Elbette şirketlerin temel bir kuruluş sermayesi olacaktır. Ancak şirketler kaldırabilecekleri, yani ödeyebilecekleri miktarda borç alarak yatırım/üretim yaparlar. Şirketlerin, bahse konu borç için ödediği faiz vb. maliyetlerden fazla kazanç elde ettiklerinde, ticari olarak doğru bir iş yapmış olarak kabul edilirler⁴⁴¹. Dolayısıyla şirketler borçlanır ve bu borç için faiz vb. maliyetlere katlanırlar. İşte şirketler, normal piyasa uygulamalarına ve emsal oranlara göre, kendi pay sahibinden veya şirketler topluluğundaki finans kuruluşlarından da borç alabilirler.

Pay sahibinin şirkete borç vermesi hem ticaret hukuku⁴⁴² hem de vergi

⁴³⁹ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.198-206; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.19-20.

⁴⁴⁰ Akgüç, Ö. (2010). Finansal Yönetim, Ankara-s.44; **Özkaynak Oranı=Özkaynaklar/Aktif Toplamı** tanımlaması ve bu konudaki açıklamalar için bkz; Akdoğan, N. Finansal Tablolar ve Mali Analiz Teknikleri, Ankara-1998, s.612.

⁴⁴¹ İşletme Araştırmaları Dergisi; Firmaların Finansal Kaldıraç Oranları ile Öz Sermaye kârlılığı Arasındaki İlişki: Hisseleri Borsa İstanbul (BİST)'da İşlem Gören Şirketler Üzerinde Sektörler Bazında Bir Araştırma, s.77. http://www.isarder.org/isardercom/2014vol6issue1/vol.6_issue.1_article06.full.text.pdf, (son yararlanma tarihi;11.01.2014)

⁴⁴² 6102 sayılı TTK'nın "**pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı**" başlıklı 358'inci maddesinde "*Pay 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 bulunmaktadır. Bunun yanında 6102 sayılı TTK'nın, yönetim kurulu üyeleri ile ilgili "**şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı**" başlıklı 395'inci madde 2'nci fıkrasında da; "*Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler*" hükmü bulunmaktadır. Bununla birlikte, **pay sahiplerinin şirkete borç vermesi TTK'da açıkça yasaklanan bir husus değildir**. Bu konuda yazar çalışmasında; "*Gerek mevcut Türk Ticaret Kanunu, gerekse 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu'nda ortakların şirkete borç vermesini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir şirketin, ortakları veya yönetim kurulu üyelerine borç verip onlar lehine kefalet veya garantörlük şeklinde bir taahhüt altına girmesi yasak olmakla birlikte, şirket ortak ve yöneticilerinin şirkete borç vermesi veya şirketin borcuna kefil ve garantör olması*

hukuku açısından istenen veya onaylanan bir işlem olmamakla birlikte, belli sınırlar altında buna izin verilmiştir.

Yukarıda da değinildiği üzere, öz sermaye “*şirketin aktif toplamı ile borç toplamı arasındaki gerçek fark*” olarak tanımlanmaktadır⁴⁴³. Borç ise belli bir dönem sonunda, belli bir faiz oranı üzerinden alınacak faiz için yatırılan tutardır. Öz sermaye kurumlara verilmiş bir borç değildir. Kazanç elde etmek için pay sahipleri tarafından yatırılmıştır. Dolayısıyla öz sermaye karşılığında elde edilebilecek olan, kâr veya zarardır. Bu nedenle, öz sermaye üzerinden bir faizin ödenmesi ve bunun safi kurum kazancının tespitinde gider olarak kaydedilmesi kabul edilemeyecektir⁴⁴⁴.

Görüldüğü üzere, şirketler pay sahiplerinden temin ettikleri sermaye dışında, dışarıdan borç kullanabilir ve pay sahiplerinden de borç alabilirler. Ancak pay sahiplerinden kullanılan bu borç, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde belirtilen sınırları aştığında örtülü sermaye olarak kabul edilecektir. O zaman örtülü sermayeyi şu şekilde tanımlayabiliriz: “*şirketin öz sermayesine dâhil olması gerekirken, yabancı sermaye şeklinde işletmeye verilen kıymetler tutarındır*”⁴⁴⁵.

*serbesttir. Ancak, limited şirketlere ilişkin TTK.m.615'de ortaklar ve onlara yakın kişiler tarafından şirkete verilen özkaynak yerini tutan ödünçlerin, şirketin tasfiyesinde diğer alacaklardan sonra geleceği hükmüne bağlanmış, ancak 6335 sayılı Kanunla sözü edilen hüküm uygulama alanı bulamadan yürürlükten kaldırılmıştır. Mülga TTK.m.615/1 uyarınca, “ortaklar veya onlara yakın kişiler tarafından şirkete verilen ve özkaynakların yerini tutan nitelikteki ödünçler, bir sözleşme veya beyan dolayısıyla sırada en sonda yer alanlar da dâhil olmak üzere diğer tüm alacaklardan sonra gelir”. Buna göre, sözü edilen düzenleme ile ortakların şirkete ödünç vermesi yasaklanmamış, ancak bu ödünçlerin diğer tüm alacaklardan sonra geleceği öngörülmüştür. Maddede öngörülen tek yaptırım, sıralamada sonda kalma değildir. Ayrıca, mülga TTK.m.615/3 uyarınca, şirket hakkında iflas kararı verilmesi durumunda son bir yıl içinde geri alınan ödünçlerin alıcı tarafından iade edilmesi de gerekmektedir. Buna göre, “iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde, özkaynakların yerini tutar nitelikteki ödünçlerin geriye ödenmesi amacıyla yapılan ödemeler, bu ödemelerin alıcısı tarafından geri verilir”. Görüldüğü gibi, şirket iflas etmediği veya bir sebepten dolayı tasfiyeye gitmediği sürece, özkaynak niteliği taşıyan ödünçlerin şirketten geri alınması mümkün ve geçerlidir. Diğer bir deyişle, şirket ortakları veya yakınları tarafından sermaye yerine verilen borçlar, “ödünç” niteliğini korumakta olup, şirketin mali durumunun düzelmesi hâlinde bu borçların ortaklara ödenmesi gereklidir” şeklinde isabetli bir tespitte bulunmuştur. (Bkz; Çeker, M. Şirkete Borçlanma Yasağı, Tebliğ, s.667. http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCI_tedergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf, (son yararlanma tarihi; 20.07.2014); Yönetim kurulu üyelerinin borçlanma yasağı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Özdamar, M. ve Doğan, İ. (2013, Eylül). Banka Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, *Bankacılar Dergisi*, Yıl:24, (86), s.3 vd.*

⁴⁴³ 213 sayılı VUK'un 192'nci maddesi,

⁴⁴⁴ Işık, H. Çok Uluslu Şirketlerde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul-2005, s.5.

⁴⁴⁵ Kızılot, Ş. a.g.e, s.457.

Örtülü sermaye uluslararası literatüründe “Thin Capitalization” veya “Hidden Capitalization” olarak isimlendirilir⁴⁴⁶.

Örtülü sermaye; şirket pay sahiplerinin veya ilişkili kişilerin, belli bir miktar parayı şirkete sermaye koymak yerine, borç vermeyi tercih etmelerini ve bu paranın aslında şirket açısından borç değil de gizli bir sermaye olduğunu ifade eder⁴⁴⁷. Diğer bir ifade ile örtülü sermaye, şirket sermaye yapısının yapay olarak bağımlı olunan kişilerden; şirket pay sahiplerinden, grup içi şirketlerden veya şirketin bağımlı olduğu diğer kişilerden (ilişkili kişilerden) alınan yüksek miktarlardaki borçlardan oluşur⁴⁴⁸.

Örtülü sermayeden bahsedebilmesi için öncelikle şirket pay sahipleri/ilişkili kişi veya şirketlerden alınan borçların neden sermaye olarak nitelendirildiği sorusuna cevap bulunması gerekir. Pay sahipleri açısından; şirkete sermaye olarak verilen varlıklar artık şirketin mülkiyetine geçecek ve pay sahibi bu varlıklar üzerindeki tasarruf yetkisini kaybedecektir⁴⁴⁹. Yukarıda da değinildiği gibi şirketten pay sahibinin koyduğu sermayesini veya bir kısmını alabilmesinin iki istisnai yolu vardır. Bunlar sermaye azaltılması⁴⁵⁰ ve tasfiye halinde tasfiye payından⁴⁵¹ almak şeklinde kendini gösterir. Fakat bu uygulamalar oldukça seyrek yapılan ve yapılması belli sıkı şartlara bağlanmış müesseselerdir. Kaldı ki; bu hallerde bile konan sermayenin ne kadarının alınacağı belli değildir. Bu nedenle de pay

⁴⁴⁶ Işık, H. a.g.e, s.39.

⁴⁴⁷ **Alman hukukunda**, şirket sermayesine katılımları nedeniyle önemli derecede çıkarları olan (genel olarak en az %25) pay sahiplerinin şirkete borç vermeleri durumunda, bu borç belli şartlarda “**esas sermayenin yerini tutan ödünç**” veya yasal ifadesiyle “**yedek özsermaye**” olarak nitelendirilmektedir (GmbH 32/a vd maddelerindeki hükümlere istinaden). Burada şirketin, para ihtiyacını sermaye artırımı yerine pay sahiplerinden ödünç almak sureti ile “**sermayeye bağlı olma**” kuralını dolandırdığı ileri sürülmektedir. Alman Federal Mahkemesi de birçok kararında bu nitelendirmelere uygun tespitler yapmaktadır. Alman Federal Mahkemesi, BGHZ 90, 381 sayılı kararının gerekçesinde; “**sermaye korunmasına ilişkin yasal kuralları ve onunla amaçlanan alacaklıların korunması vasıtasıyla, sermaye yerine ikame edilen veya sermaye yerine geçen ortak borçlarını gözden kaçırmamak gerekir.....sermaye katılım tutarı, şirkete borç veren pay sahibine, “şirketin finansmanı için ciddi olarak sorumluluk” yüklenmesi hususunda “yatırımcı konumu” sağlıyorsa, sermaye yerini tutan, onun yerine ikame edilen, onun yerine ikame edilen ortak borcu kuralının kabul edilmesi gerekir**” vurgusu yapılmıştır. (Ayrıntılı bilgi ve Alman Federal Mahkemesi kararı için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.382-385).

⁴⁴⁸ Geedan, H. A. a.g.e, s.5.

⁴⁴⁹ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.342 vd.

⁴⁵⁰ **Sermaye azaltılması** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Çağlar, H. Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması, Ankara-2010, s.14 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.117 vd; Anonim şirketlerde **sermaye azaltılması** konusu 6102 sayılı TTK'nın 473-475'inci maddelerinde düzenlenmiştir.

⁴⁵¹ Anonim şirketlerde **pay sahiplerinin tasfiye payına katılma hakkı** 6102 sayılı TTK'nın 507'nci maddesinde düzenlenmiştir; Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.764-768; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.647.

sahipleri şirketin ihtiyacı olan varlıkların olabilen maksimum kısmını şirkete sermaye olarak değil, borç olarak vermek isterler. Çünkü hem verdikleri borçları şirketten istedikleri zaman alabilirler, hem de bunun için bir bedele (vergi) katlanmalarına gerek yoktur. Böylelikle aynı zamanda, pay sahipleri şirkete verdikleri borçtan faiz vb. adlar altında ilave gelir elde ederler. Şirket ve pay sahiplerinin farklı kişiliklere sahip olmaları nedeniyle, her ikisinin de mal varlıkları birbirinden ayrıdır. Hal böyle olunca genel kural olarak, şirkete biri borç veriyorsa, o kişi ticari hayatta kabul edilen oranda şirketten faiz alacaktır. Bu borcu veren pay sahibi olduğunda da doğal olarak verdiği borç için faiz ödenecektir.

Şirket pay sahibinin, şirkete verdiği borç belli sınırların üstünde ise vergi hukukuna göre, bu sınırın üstündeki borç bir peçeleme kabul edilerek, (kanuna karşı hile kabul edilerek) sınırın üstündeki borç miktarı, gerçek bir borç olarak değil örtülü sermaye olarak nitelendirilmiş (KVK md.12) olup, söz konusu bu nitelendirme ile vergi tahakkuk ettirilecektir. Bu örtülü sermaye uygulamasının birinci yansıması olup ikincisi de; pay sahibinin şirkete verdiği borç için ödenen faizin emsallerinden yüksek olması ve pay sahibine, benzer şartlardaki üçüncü kişiye göre fazladan faiz ödenmesi halidir. Bu durumda da pay sahibi aslında kâr dağıtımı şeklinde vergisini ödeyerek şirketten alabileceği bir bedeli, verdiği borç için haksız bir faiz elde ederek şirketten almış olmaktadır ki, bu da hukuken kabul edilemez⁴⁵².

Örtülü sermayede esasında pay sahibi ile şirket, aralarında bir borç sözleşmesi yapmaktadırlar. Bu sözleşme hukuken geçerli bir sözleşme olmakla birlikte, esasında bu borç sözleşmesi, perdelenen/peçelenen işlemi kapatmak için bir peçe veya perde olarak düşünülmektedir. Şirket, pay sahiplerinden alacağı, yani alması gereken sermayeyi eksik alıp, ihtiyacı olan parayı onlardan borç olarak almakta ve böylelikle hem kendisi için fazladan bir gider yaratmakta, hem de pay sahibine farklı menfaatler sağlamaktadır. Bu durumda, hem şirket için vergiden indirebileceği bir gider kalemi oluşmakta; hem de pay sahibi açısından da, istediğinde şirketten dışarı çıkartabileceği bir alacak hem de vergisini vermeden şirketten faiz adı altında alacağı fazladan bir gelir söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla, hem borcu veren pay sahibinin, hem de borcu kullanan şirketin vergi

⁴⁵² Işık, H. a.g.e, s.40.

kaçırması söz konusu olacaktır. Bu nedenle de kanun koyucu, vergi kaçılmasını önlemek amacıyla bazı vergi güvenliği prensiplerini içeren düzenleme yapmayı uygun bulmuştur⁴⁵³.

Hem vergi güvenliği ve rekabet ilkeleri açısından, hem de şirketlerin mali tablolarına ve sermayelerine güven duymaları gereken üçüncü kişiler açısından, örtülü sermaye konusu oldukça önem arz etmektedir. Vergi güvenlik müesseseleri de gerçek vergi matrahlarının beyan edilmesini sağlamaya yönelik olarak getirilmiş uygulamalardan birisidir. Kanun koyucu, devletin bu işle görevli ve yetkili organı olan vergi idaresinin denetleme görevini tam ve gerektiği gibi yerine getirebilmesini sağlamak amacıyla, vergi kanunlarında çeşitli hükümler koymuştur. 5520 sayılı KVK kapsamında düzenlenen vergi güvenlik müesseselerinden biri örtülü sermaye müessesesidir. Örtülü sermaye müessesesinin temel amacı da vergi matrahının haksız yere azaltılmasını engellemektir⁴⁵⁴.

Vergi güvenlik müessesesi olarak vergi sistemimizde yer alan örtülü sermaye uygulaması öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin, kurum kazancının tespitinde, gider olarak dikkate alınmasını engellemeyi amaçlayan bir uygulamadır⁴⁵⁵. Vergi idaresi de gerekli denetimleri yapmak suretiyle; şirketlerde yapılan örtülü sermaye uygulamalarını tespit ederek, hem vergiyi hem de kayıtları olması gereken duruma getirmeye ve vergi güvenliğini tesis etmeye çalışmaktadır.

Vergi güvenliği prensiplerini uluslararası platformda belirleyen OECD raporlarında da örtülü sermayenin önemli bir vergi güvenlik nitelendirmesi olduğuna değinilmiştir. Raporun 9'uncu maddesi şu şekildedir; *“Borç alan işletmeler, kârlarını emsal bir durumda oluşabilecek kâr miktarına yükseltmeyi sağladığı sürece örtülü sermaye hakkında ulusal mevzuatlar geçerli olabilecektir. Sadece borç ilişkisi içinde geçerli olan faiz oranının emsallere uygun olup olmadığını değil, aynı zamanda görünüşte borç olan bir ödemenin gerçekten borç olup olmadığını veya başka bir ödeme olarak ki, özellikle örtülü sermaye olarak*

⁴⁵³ Kızılot, Ş. a.g.e, s.449 vd; Ateşaoğlu, E. a.g.e, s.172.

⁴⁵⁴ 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü madde gerekçesi.

⁴⁵⁵ Öztaş, Y. (2009). *Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-s.5-6.

nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini belirlemede de geçerli bir düzenlemedir. Örtülü sermayeye ilişkin kurallar, ulusal işletmenin kârlarını emsal kârların üzerine çıkarmamalıdır. Mevcut vergi anlaşmalarında bu ilkeye uyulmalıdır⁴⁵⁶. Bu kapsamda vergi güvenlik müessesesi olarak vergi sistemimizde yer alan örtülü sermaye uygulaması, öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin, kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınmasını engellemeyi amaçlayan bir uygulamadır⁴⁵⁷.

Örtülü sermayenin bir vergi güvenliği uygulaması olmasının kabulüyle birlikte şirket mali yapısının ve tablolarının ilgili kişilere güven vermesi hususu, en önemli ticari gerekliliklerden biri olarak ifade edilebilir. Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de finansal tabloların kullanıcılarına daha doğru bilgi vermesini sağlamak ve devletlerin vergi gelirlerini korumak amacıyla örtülü sermaye uygulamalarının kontrol altında tutulmasına yönelik bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemeler ile günümüz ticaret hayatında yaygın bir şekilde rastlanılan, pay sahiplerinin şirketlere verdikleri borçlar ile sermaye dışındaki bir yolla işletmeye fon sağlamaları ve/veya pay sahiplerinden alacaklar hesabını kullanarak, yaptıkları iş ve işlemlerde şirket mal varlığını kullanmaları, kişisel harcamalarını bu yolla yapmaları gibi uygulamaların engellenmesi amaçlanmıştır⁴⁵⁸.

Örtülü sermaye uygulamalarının önlenmesi, sermaye piyasalarında işlem yapan yatırımcıların korunması açısından da önem taşımaktadır. Çünkü örtülü

⁴⁵⁶ OECD Raporu, 2010, s.5, <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/>, (son yararlanma tarihi; 02.09.2013).

⁴⁵⁷ Ateşoğlu, E. a.g.e, s.1724; Öztaş, Y. a.g.e, s.5.

⁴⁵⁸ Alman hukukunda olduğu gibi (bkz; dpnt:444) İsviçre hukukunda, pay sahiplerinin şirkete verdikleri borçların “sermaye yerine geçen ödünç” olarak nitelendirmesini sağlayacak bir düzenleme bulunmamaktadır. **Alman-İsviçre ve Türk hukukundaki durumun kıyasladığı çalışmasında** yazar isabetli tespitlerde bulunmuştur: “Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda sermayenin yerini tutan ödünçlerin şirketin diğer borçlarından farklı bir konuma alınmasının dayanağını, Alman Hukukunda 1980 yılında yapılan revizyon sırasında getirilen GmbHG § 32a ile İsviçre BK. ön tasarısının 807c hükmü oluşturmaktadır. **Buna göre, malî açıdan zora düşen şirkete ortakların sermaye artırımı yaparak yeni sermaye getirmek yerine borç vermesi arzu edilen bir davranış değildir; dolayısıyla ortaklarca verilen bu ödünçler sermaye ödemesi gibi kabul edilir ve şirketin sona ermesi hâlinde tasfiye yapılırken diğer tüm alacaklardan sonra en sonda ödenirler.** Alman Hukuku’ndan farklı olarak İsviçre Borçlar Kanunu bu yönde bir hükme sahip değildir. Gerçekten, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 2000 yılındaki revizyonu sırasında da benzer bir düzenleme gündeme gelmiş, sermayenin yerini tutan ortak ödünçleri (Eigenkapitalersatzende Gesellschafterdarlehen) hakkında ön tasarının 807c maddesi teklif edilmiştir. Ancak, daha sonradan yapılan müzakereler sonucunda bu hüküm tasarıya (Entwurf) alınmamış ve kanunlaşma olanağı bulunamamıştır. İsviçre’deki bu tartışmalar bir ölçüde Alman Hukuku’nu da etkilemiş, 1980 yılında konulan GmbHG § 32a hükmü, MoMiG düzenlemesiyle 01.11.2008 tarihinden geçerli olmak üzere yürürlükten kaldırılmıştır. **Buna karşılık, İsviçre’de kabul görmeyen ve Almanya’da yürürlükten kaldırılan bu kural, Türk Hukuku’na aynen alınmıştır. Ancak bu hüküm, tıpkı İsviçre’de olduğu gibi karşılaşılan tepkiler sonucunda 6335 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır.**” (Bkz; Çeker, M. a.g.e, s.668-669).

sermaye uygulamaları ile şirketlerin finansman yapısı bozulmakta, örtülü kâr dağıtımı yapılan pay sahiplerine, diğer pay sahiplerine tanınmayan bazı gizli ve haksız imtiyazlar tanınmış olmaktadır. Yatırımcıların korunma düzeyinin yüksek olması, sermaye piyasalarının gelişmişlik düzeyini olumlu olarak etkileyen bir faktördür. Dolayısıyla örtülü sermaye ve örtülü kâr dağıtımı uygulamalarının engellenmesi, sermaye piyasalarının gelişmişliğini de, gerek yatırımcı sayısı gerekse işlem hacmi bakımından arttıracaktır⁴⁵⁹.

Sonuç olarak hem şirketlerle iş yapan tacirler ile şirketin diğer pay sahipleri, hem de vergi alacaklısı olan devlet açısından şirketin mali tablolarının gerçeği yansıtması ve bu tablolara güvenerek ilgililerin işlem yapması oldukça önem arz etmektedir. Ülkemizde halen, bu açıdan şeffaflık ve standartlık maalesef yeterli seviyede olmamakla birlikte, son yıllarda özellikle şirket mali tablolarının güvenilirliğini artırmak adına önemli gelişmeler yaşanmaktadır. Özellikle 6102 sayılı TTK'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, şeffaflık ilkesinin yerleşmesi için bazı hükümler yasaya konulmuştur⁴⁶⁰. Sonradan yapılan bazı değişiklikler ve özellikle denetim konusunda TTK'nın zayıflatılmış olması, bu konudaki ümitleri biraz kırsa da, yakın gelecekte bu uygulamaların tekrar ticari hayatımıza yerleşmesi beklenmektedir. Çünkü Türk Muhasebe Standartları (TMS) yeniden yazılmakta ve Uluslararası Finansal Raporlama Standartları da (UFRS) önümüzdeki dönemde kaçınılmaz olarak Türk hukukunda ve muhasebe ilkelerinde yerini alacaktır⁴⁶¹. Aslında, 6102 sayılı yeni TTK ile Kamu Gözetim Kurulu'nun kurulması ve çıkartılan ikincil mevzuatlar da bu kapsamda atılan önemli adımlardan birdir⁴⁶². Sonuç olarak şirketlerin yaptıkları muhasebe kayıtlarının ve bu kapsamdaki mali tabloların güvenilirliği, elbette şirket pay sahiplerine veya ilişkili kişilere yapılan ödemeler ve

⁴⁵⁹ Ertan ve Güçenme Gençoğlu, *a.g.e.*, s.85.

⁴⁶⁰ 6102 sayılı TTK'nın genel gerekçesinde, **şeffaflık ve kamuyu aydınlatma ilkeleri** şirketler hukukunun temel prensipleri arasında sayılmıştır. Anonim şirketlere hâkim olan ilkeler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.487 vd.

⁴⁶¹ Kaya, İ. (2013). FASB-IASB Anlaşması ve Global Finansal Muhasebe Standartlarına Doğru, VI. Türkiye Muhasebe Denetimi Sempozyumu s.13; <https://www.google.com.tr/#q=Kaya+%C4%B0dil%3A+FASB-IASB+ANLAS%CC>, (son yararlanma tarihi; 23.03.2014).

⁴⁶² 6102 sayılı TTK'nın 397'nci maddesinde, 6335 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik sonucunda; denetime tabi şirketlerin denetiminin, **Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'na** yayımlanan uluslararası denetim standartlarıyla uyumlu Türkiye denetim standartlarına göre yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Genel olarak ülkemizdeki muhasebe standartları ile denetim standartlarının belirlenmesi ve denetçilerin tespiti gibi denetimle ilgili temel sorumlu ve yetkili kurum Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumu'dur. Denetim ve Kamu Gözetim Kurumu gözetiminde denetim ve esasları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.419 vd.

onlarla girilen ticari ilişkilerde, mali tabloların gerçeği yansıtması ve hukuka uygun olmasıyla mümkün olacaktır. İşte bu nedenle örtülü sermaye konusu da, örtülü kazanç uygulaması ile birlikte tüm unsurlarıyla ortaya konması gereken bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.4.2. Örtülü Sermayenin Unsurları

Örtülü sermaye genel olarak 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, şirketlerin kullandığı borcun örtülü sermaye olarak nitelendirilebilmesi için;

1. Borcun pay sahiplerinden veya pay sahipleriyle ilişkili kişilerden temin edilmesi,
2. Bu teminin, doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabileceği,
3. Temin edilen borcun işletmede kullanılması,
4. Borcun hesap dönemi içerisinde her hangi bir tarihteki toplamının esas kabul edileceği,
5. Temin edilen borcun hesap dönemi içinde şirket sermayesinin üç katını aşması, gerekmektedir.

Şirketler açısından pay sahiplerinden/ilişkili kişilerden alınan borçların yukarıdaki şartlarda örtülü sermaye olarak kabul edilmesine bağlanan sonucu da 5520 sayılı KVK 12'üncü maddenin 7'nci fıkrasında belirtilmiştir. Bu maddede; "*Örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarlar, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulanmasında, gerek 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 amirdir. Dolayısıyla pay sahibinin/ilişkili kişinin şirkete verdiği borcun örtülü sermaye olarak kabulünün yanında, bu örtülü sermayeden ortağın elde ettiği haksız menfaat de (faiz, kur farkı gibi ödemeler veya hesaplanan tutarlar) örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilmektedir. Bu menfaatin örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilebilmesi için de pay sahipleri açısından bunun haksız (fazladan) bir menfaat olması ve menfaatin hayatın normal akışına, emsal uygulamalara aykırı olması

gerekmektedir. Bizce burada, söz konusu haksız menfaat sağlama eyleminin, şirketler hukukunun temel ilkelerinden olan eşit işlem ilkesine⁴⁶³ aykırı olup olmadığının da irdelenmesi yerinde olacaktır.

Örtülü kâr olgusu temel olarak vergi hukukunu ilgilendiren ve sınırları vergi hukukunda çizilen bir olgudur. Ancak, ticaret hukukumuz göz ardı edilerek yalnızca vergi hukuku kuralları ile örtülü kâr dağıtımını nitelendirilmesi elbette yapılamaz. Eğer yapılırsa da, bu nitelendirme bizce eksik, yetersiz ve hatta bazen haksız bir nitelendirme olabilecektir. Konuyu tek başına ticaret hukuku açısından ele almak da yetersiz ve eksik kalmaktadır. Bu nedenle çalışmamızda vergi hukuku kuralları ve uygulamalarını incelerken, ticaret hukuku ile birlikte, uluslararası yaklaşımlar ile diğer ülkelerdeki uygulamaları da inceleme zorunluluğu doğmuştur.

Yapılan incelemeler sonucunda, yalnızca bir karar dışında, maalesef Yargıtay kararlarında örtülü kâr dağıtımını/örtülü sermaye vb. nitelendirmelere rastlanamamıştır⁴⁶⁴. Bu nedenle örtülü kâr dağıtımının bir şekli olan örtülü sermayeyi ortaya koyarken, vergi hukuku uygulamaları ve ilkelerinden hareket etmek zarureti hâsıl olmuştur. Ancak ticaret hukuku açısından vergi hukukunun bu tespitleri bazen yetersiz kalmaktadır. Çünkü örtülü sermaye, örtülü kazanç dağıtımını ve dolayısıyla örtülü kâr tespiti yaparken vergi hukuku daha çok vergi güvenliği ve verginin aşındırılmasının önlenmesini öncelikli olarak amaçlamıştır. Hal böyle olunca örtülü sermaye uygulamasında olduğu gibi, ortağın şirkete verdiği borç, yukarıda değinilen şartları sağlayınca, örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilmektedir. Ancak bu nitelendirme ticaret hukukuna göre bir kâr dağıtımını olarak değerlendirilebilir mi? sorusu gündeme gelmektedir. Esasında bu sorunun cevabını çalışmamızın sonunda ortaya koymaya çalışılacaktır. Ancak bunun için

⁴⁶³ 6102 sayılı TTK'nın "Eşit İşlem İlkesi" başlıklı 357'nci maddesinde; "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur" hükmü bulunmaktadır. Eşit işlem ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; **Poroy**, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.322 vd; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.218 vd; Eriş, G. *TTK Şerhi-II*, s.2471; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.284 vd; Yıldız, Ş. *a.g.e.*, s. 22 vd.

⁴⁶⁴ **Yargıtay**, 11.H.D. 11.06.2013 tarihli ve E:2011/8156, K:2013/11260 sayılı kararında; "Bu durum karşısında mahkemece, davalı şirketin daha önceki genel kurul toplantılarında yönetim kurulu başkanlarına verilen yıllık ücretlerin ne kadar olduğu ve bu miktarın yıllık net kârın ne kadarına karşılık geldiği, dolayısıyla ortada bir örtülü kâr aktarımının bulunup bulunmadığı araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçeyle hüküm kurulması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacı yararına bozulması gerekmiştir" ifadesi ile dolaylı olarak da olsa, ilişkili kişilere, emsallerine aykırı şekilde, sağlanan haksız menfaatlerin örtülü kâr sayılabileceğine vurgu yapılmıştır. (www.kazanci.com).

öncelikle örtülü kâr nitelendirilmesini, vergi hukukunun hangi esaslara göre yaptığının ortaya konması gerekmektedir.

Belirtmek gerekir ki; ortada 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesine göre tespiti yapılan bir örtülü sermaye söz konusu olduğunda, bu sermayeyi (borcu) veren pay sahibi açısından da, genel olarak bir örtülü kâr dağıtımını tespiti yapılmış demektir. Buna ilave olarak bu sermayeyi (borcu) kullanan şirket açısından da örtülü sermaye için pay sahibine ödenen menfaat bedelleri de (faiz, kur farkı gibi ödemeler veya hesaplanan tutarlar) o şirket açısından bir müeyyideye tabi tutulmuştur.

5520 sayılı KVK'nın 11'inci maddesine göre, şirketler örtülü kâr nitelendirmesi yapılan faiz vb. ödemeleri gider olarak kullanmayacaktır. Yani bu bedeller vergiden indirilemeyecektir. Bu kapsamda; şirketler gereksinim duydukları sermayeyi, öz kaynaklarının yanında borçlanma yoluyla yabancı kaynaklardan da sağlayabilirler. Şirketler, usulüne uygun yapılan işlemlerde, borç verenlere ödedikleri faizleri, bir çeşit faiz olan vade farklarını ve kur farklarını, borçlanmaya ilişkin diğer masraflarını gider kaydedebilirler. Yukarıda değinildiği gibi, yabancı kaynaklı borçlanmanın, üçüncü kişilerden olduğu kadar, şirketin kendi pay sahiplerinden de yapılabilmesi mümkündür. Ancak, bu yolun kötüye kullanılması olanağı bulunmaktadır. Çünkü şirket, aslında öz sermayeye dâhil olması gereken fonları pay sahiplerinden alınmış kredi gibi göstererek, bu kredilere tahakkuk ettirilen ya da ödenen faizleri gider olarak kaydedebilir. Böylelikle, şirketin kurumlar vergisi matrahı küçülür. Bu gibi peçeleme işlemlerini önlemek amacıyla, 5520 sayılı KVK'nın 11'inci maddesinde, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları vb. giderlerin vergiden, bir gider olarak indirilemeyeceği yönünde, vergi hukuku açısından isabetli bir düzenleme yapılmıştır⁴⁶⁵.

Ticari hayat içerisinde elbette şirket pay sahipleri/ilişkili kişiler ile şirket arasında borç ilişki olabilmektedir. Ancak bu ilişkinin hukukun meşru saydığı sınırlar içerisinde olması gerekmektedir. Hangi borçların örtülü sermaye sayılacağına tespiti yapılırken, örtülü sermaye unsurlarının da net olarak ortaya

⁴⁶⁵ Öztaş, Y. a.g.e, s.7.

konması gerekmektedir. Bu kapsamda örtülü sermayenin genel olarak objektif ve sübjektif olmak üzere iki unsurunun olduğu yönünde vergi hukukçuları genel bir mutabakat halindedir⁴⁶⁶. Çalışmamızda da bu sınıflandırmaya uygun bir tasnifle konu ele alınacaktır.

2.4.2.1. Objektif Unsur

Örtülü sermayenin objektif unsuru; kanunun tanımından yola çıkıldığında, öncelikle örtülü sermayeyi teşkil eden borcun muhakkak şirket ortağı veya pay sahibi ile ilişkili kişilerden alınmış olması, borcun şirket bünyesinde kullanılması ve hesap dönemi içerisinde borç miktarının şirket öz sermayesinin üç katını geçmesi olarak ifade edilebilir. Başka bir deyişle, öncelikle şirket pay sahiplerinden veya ilişkili kişilerden alınan dolaylı ve doğrudan bir borç olmalı, bu borç şirkette kullanılmalı ve son olarak da borç şirket öz sermayesinin üç katını aşmalıdır. Bunların eksiksiz ve objektif olarak ortaya konması halinde bir örtülü sermayeden bahsetmek mümkün olacaktır⁴⁶⁷. Bu şartlardan biri eksikse örtülü sermayeden bahsedilemeyecektir. Örtülü sermayenin objektif unsurlarını şu şekilde sınıflandırabiliriz:

2.4.2.1.1. Borcun Şirketin Pay Sahiplerinden veya Pay Sahipleri ile İlişkili Kişilerden Alınmış Olması

Pay Sahibi ve Şirket Kavramı

Örtülü sermayeden bahsedebilmek için öncelikle şirketin bahse konu borcu, pay sahiplerinden veya pay sahipleri ile ilişkili kişilerden almış olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, örtülü sermayenin söz konusu olması için, şirketin kullandığı borcun belli şartlara sahip olması gerekir. Bu şartların başında tabii ki borcun kimden alındığı hususu gelir. Şirketin borcu aldığı gerçek veya tüzel kişinin pay sahibi olması veya pay sahibi ile ilişkili bir kişi olması halinde bu borcun örtülü sermaye olup olmadığı incelemesi başlayacaktır. Eğer borcun sahibi pay sahibi veya pay sahibi ile ilişkili gerçek/tüzel kişi değilse, daha baştan bu borcun örtülü sermaye olmadığı hemen söylenebilecektir. Dolayısıyla örtülü sermayeden

⁴⁶⁶ Öncel, M. *a.g.e.*, s.174 vd; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.471; Işık, H. *a.g.e.*, s.254.

⁴⁶⁷ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.471 vd; Ateşgaoğlu, E. *a.g.e.*, s.172 vd.

bahsedebilmek için borç verenin kimliğinin ve şirketle ilişkisinin tam olarak ortaya konulması bir zarurettir. Çalışma konumuzu teşkil eden örtülü kâr dağıtımını da zaten kural olarak⁴⁶⁸ ancak pay sahibine sağlanan bir menfaat olduğuna göre, örtülü sermayenin pay sahibi ile ilişkisini ve hangi şartlarda pay sahibine haksız menfaat sağlandığının tespit edilmesi ve incelemenin pay sahibi ve pay sahibiyle ilişkili kişi ile sınırlı tutulması gerekmektedir.

Şirkete borç veren bir kişinin bu borcu vermesi ve borç dolayısıyla bu kişinin elde ettiği menfaatin pay sahipliği ilişkisinden kaynaklanması, başka bir ifadeyle pay sahipliği sıfatının, menfaatin verilmesinde kesin rol oynamış olması gerekmektedir. Bunun tersi zaten hayatın normal akışına uygun düşmez. Hiçbir basiretli yönetici üçüncü kişilerden piyasadaki cari oranın (emsal uygulamaların) üzerinde faizle kredi alıp bunu şirkette kullanmaz⁴⁶⁹.

Bu aşamada, konunun net olarak anlaşılabilmesi için örtülü sermayeye konu şirketten kastın ne olduğunu ortaya koymak gerekmektedir. Çalışmamızın konusu temelde anonim şirketlerdeki örtülü kâr dağıtımını olmakla birlikte, örtülü sermayeyi düzenleyen 5520 sayılı KVK'ya göre şirket yani kanunun tanımıyla "kurumun" kapsamını da ifade etmekte fayda vardır. 5520 sayılı KVK'nun 1'inci maddesinde "(1) Aşağıda sayılan kurumların kazançları, kurumlar vergisine tâbidir:

- a) Sermaye şirketleri.
- b) Kooperatifler.
- c) İktisadî kamu kuruluşları.
- ç) Dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler.
- d) İş ortaklıkları.

(2) Kurum kazancı, gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından oluşur" düzenlemesi bulunmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere, kurum ifadesinden kasıt yukarıdaki tüzel kişilikler ve organizasyonlardır. Çalışma alanımızı yakından ilgilendiren sermaye şirketleri de yine aynı kanunun 2'nci maddesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "Sermaye şirketleri: 29.06.1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret

⁴⁶⁸ Bkz; I. Bölüm, md.3; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.638 vd; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.762.

⁴⁶⁹ Öncel, M. *a.g.e.*, s.175.

*Kanunu*⁴⁷⁰ hükümlerine göre kurulmuş olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile benzer nitelikteki yabancı kurumlar sermaye şirkettir. Bu Kanunun uygulanmasında, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenleme ve denetimine tâbi fonlar ile bu fonlara benzer yabancı fonlar sermaye şirketi sayılır.” Dolayısıyla esasında TTK’da düzenlenen sermaye şirketleri doğrudan 5520 sayılı KVK’ya göre kurum sayılacak ve bu şekilde nitelendirilecektir. TTK’da sermaye şirketlerinin tanımı yapılmamakla beraber; anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler sermaye şirketleri olarak sayılmıştır⁴⁷¹. Dolayısıyla çalışmamızda şirket olarak ifade edilen aslında anonim şirket olmakla beraber, örtülü kâr dağıtımı açısından ortaya konulan esaslar tüm sermaye şirketlerini ilgilendirmekte olup, kıyasen onlar için de uygulanabilecek niteliktedir.

Şirket ve pay sahibi olmadan elbette örtülü kâr dağıtımından bahsedilemez. Şirketin sınırlarına kısaca değindikten sonra “pay sahibi” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğinin de kısaca ortaya konması gerekmektedir. I. Bölümde ayrıntısı ile değinildiği üzere, genel olarak “paya ve pay senedine sahip olan kişi” veya “şirketin paylarını kuruluşta aslen veya daha sonra devren iktisap eden kişi esas sermayeye katılımından doğan ortaklık hakkı gereğince” pay sahibi olarak nitelendirilmektedir⁴⁷². Şirketler hukuku açısından pay sahibi de, elbette yukarıdaki tanımların ortak noktasından hareket edersek “sermayeyi temsil eden paya veya pay senedine sahip olan kişi” olarak tanımlanabilir.

Pay sahibi şahsi emeğiyle değil maddi gücüyle, dolayısıyla taahhüt ettiği sermaye ile şirket organizasyonuna katılan ve koyduğu sermaye ile sınırlı (genel olarak) bir sorumluluk üstlenen ve sermaye koyarak belli bir ticari ve ekonomik riske giren kişidir. Pay sahibinin şirkete koyduğu sermaye, tabiri caiz ise, şirketin temel mal varlığını oluşturur. Pay sahibi ve sermaye olmadan şirketten bahsedilemez. Yazar⁴⁷³ vergici kimliği ve bakış açısıyla, yukarıda yapılan açıklamaları hem TTK, hem de vergi ve muhasebe ilkeleri ışığında net bir şekilde

⁴⁷⁰ 5520 sayılı KVK, 21.06.2006 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, bu tarihte mülga 6762 sayılı TTK yürürlükte olduğu için, o tarihteki yürürlükte olan TTK’ya atıf yapılmıştır. 14.02.2011 tarihli ve 27846 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 6102 sayılı yeni TTK, genel olarak 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

⁴⁷¹ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.18 vd; 6102 sayılı TTK’nın 124’üncü maddesi.

⁴⁷² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.577; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.485; Sevi, A. M. *Payın Devri*, s.29; **Pay ve pay sahipliği** konusundaki açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.1.3.

⁴⁷³ **Sarı, H.** Sermaye Artırım Avansı, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Örtülü Sermaye, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı:264, Ağustos-2003, s.38.

özetlemiştir: “Bilindiği üzere şirketler hukukunda ortakların şirket borçlarından dolayı sorumluluklarının sınırı ortaklar, şahıs şirketleri ve sermaye şirketleri olarak ikili bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Şahıs şirketlerinde pay sahipleri şirket borçlarından dolayı üçüncü kişilere karşı tüm malvarlıklarıyla sorumlu oldukları halde, sermaye şirketlerinde ortakların sorumluluğu şirkete getirmeyi taahhüt ettikleri halde henüz yerine getirmedikleri sermaye taahhütleri ile sınırlıdır. Bir başka deyimle, sermaye şirketlerinden olan alacaklar için (istisnalar saklı kalmak şartıyla) sadece şirket mamelekine başvurulabilir, ortaklıktan tahsil etme imkânı bulunmayan alacaklar için şirket ortaklarına başvurmak mümkün değildir. Ortaklık kuruluşu veya daha sonradan sermaye artırımı kararı ile, ortakların şirkete getirdikleri (ödenmiş sermaye) veya getirmeyi taahhüt ettikleri (ödenmemiş sermaye) iktisadi değerler toplamı sermayeyi oluşturmaktadır. Muhasebe-finansman açısından, işletmelerin mevcut ve alacaklarının (aktif) karşılığını teşkil eden kaynaklar (pasif), yabancı kaynaklar ve öz kaynaklar olarak iki gruba ayrılmıştır. Sermaye, öz kaynaklar grubuna dahil bir kalem olup, işletmenin ortaklarından sağladığı, dolayısıyla kendi bünyesinde yarattığı içsel kaynakları ifade eder. İşletme ortaklarından sermaye olarak sağlanan kaynaklar öz kaynaklar hesap grubunda izlendiği halde, ortaklardan temin edilen sermaye-dışı kaynaklar yabancı kaynak sınıfına girmektedir. Çünkü işletme ile olan sermaye dışındaki ilişkiler açısından, pay sahipleri ile üçüncü şahıslar arasında (örtülü kazanç ve örtülü sermaye ilişkisi hariç) hiçbir fark yoktur. Sermaye ile yabancı kaynaklar arasındaki temel ayrımlardan biri, sermaye ortaklık payı karşılığında işletmeye tahsis edilmiş kaynak olduğu halde, yabancı kaynakların iktisadi mantık gereğince belli bir finansman maliyeti ile işletmeye getirilmiş kaynakları ifade etmesidir. Bu ayrımın bir sonucu olarak, ortaklardan sermaye olarak sağlanmış kaynaklar için faiz yürütülemezken (TTK md. 470)⁴⁷⁴, yine ortaklardan sağlanan fakat sermaye niteliğini haiz olmayan kaynaklar için finansman gideri tahakkuk ettirilmektedir. TTK'nın 471'inci⁴⁷⁵ maddesinde düzenlenmiş bulunan hazırlık devresi faizi” bunun istisnasını teşkil etmektedir. Dolayısıyla ortakların işletmeye getirdikleri kaynakların sermaye veya sermaye- benzeri niteliğini haiz olup olmamasına göre finansman gideri tahakkuk ettirilecek veya ettirilemeyecektir. Bir iktisadi kıymetin pay sahibi tarafından işletmeye borç olarak verilmesi ya da sermaye olarak konması mümkün

⁴⁷⁴ 6102 sayılı yeni TTK'da 509'uncu madde.

⁴⁷⁵ 6102 sayılı yeni TTK'da 510'uncu madde.

olmakla beraber, ikisinin arasında şöyle bir fark vardır; birinci durumda borcun tasfiyesi hiçbir yasal prosedüre bağlanmamış olduğu halde, sermaye olarak işletmeye konulan kıymetleri pay sahipleri geri isteyemezler (TTK md.405)⁴⁷⁶. Ancak sermayenin azaltılması suretiyle sermayenin bir kısmının ortaklara iadesi mümkün olabilir, bu ise ana sözleşme değişikliğini gerektirir (TTK md.396)⁴⁷⁷. Konun koyucu bununla da yetinmeyip, esas sermayenin azaltılabilmesi için ortaklık yönetim kurulunun talebi üzerine mahkemece tayin edilecek üç bilirkişi tarafından verilecek müşterek bir raporla, esas sermayenin azaltılmasına rağmen şirket alacaklılarının haklarını tamamen karşılayacak miktarda aktifler mevcut olduğunun tespit edilmiş olmasını şart koşmuştur (TTK md.396). Ortakların koydukları sermayeyi geri almalarının diğer bir yolu ortaklığın tasfiyesidir. Bu durumda tasfiyeden payları oranında yararlanabileceklerdir⁴⁷⁸.

Dolayısıyla örtülü sermayeden bahsedebilmek için, öncelikle bir şirketin olması, bu şirketin pay sahiplerinin/sahibinin olması, şirketin pay sahibinden veya ilişkili kişilerden borç alması gerekli ki, bir örtülü sermaye varlığı şüphesi doğsun. Burada ifade etmek gerekir ki; pay sahibinin şirketteki sermaye oranının veya diğer bir deyişle pay sahiplik yüzde oranının, örtülü sermaye tespiti yaparken hiçbir önemi yoktur⁴⁷⁹. 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 2'nci fıkrasından anlaşılacağı üzere; pay sahibinin veya ilişkili kişinin borç alınan şirketteki payı sahipliği sıfatı önemlidir. Yoksa pay sahibi ve ilişkili kişinin borç alan şirketteki pay oranının örtülü sermaye açısından bir önemi yoktur. Pay sahibi olmadan veya pay sahipliğinden ayrıldıktan sonra şirkete borç verilmesi halinde örtülü sermaye yönünden, şirkete pay sahibi olunan dönem esas alınır. Yani, bir kişi daha sonra veya önce borç verse bile şirkete pay sahibi olmadığı zamanki dönem değil, pay sahibi olduğu zamanki süreyle sınırlı dönem dikkate alınacaktır⁴⁸⁰.

⁴⁷⁶ 6102 sayılı yeni TTK'da 480'inci madde.

⁴⁷⁷ 6102 sayılı yeni TTK'da 473'üncü madde.

⁴⁷⁸ Çalışmadaki TTK madde atıfları mülga 6762 sayılı kanun hükümleri olduğu için yeni 6102 sayılı kanuna göre değiştirilmiştir.

⁴⁷⁹ Türk hukukundan farklı olarak **Alman hukukunda**, örtülü sermaye müessesesinin şartlarından biri de pay sahibinin şirketteki ortaklık oranının belli sınırların üstünde olması kuralıdır. Alman hukukunda, şirket sermayesine katılımları nedeniyle önemli derecede çıkarları olan (genel olarak en az %25) pay sahiplerinin şirkete borç vermeleri durumunda bu borç belli şartlarda "**esas sermayenin yerini tutan ödünç**" veya yasal ifadesiyle "**yedek özsermaye**" olarak nitelendirilmektedir (GmbH 32/a vd). (Bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.382-385). Bu konudaki açıklamalarımız için bkz; dpnt:439.

⁴⁸⁰ Geedan, H. A. *a.g.e.*, s.18-19.

Elbette şirket pay sahibi denince hem gerçek kişi pay sahibi, hem de tüzel kişi pay sahibi anlaşılmalıdır⁴⁸¹. Hatta özellikle transfer fiyatlandırması ifadesi ve bu kapsamdaki vergi güvenlik ilkeleri genel olarak, tüzel kişi pay sahiplerini öncelikli olarak hedef almaktadır. Borç verme vb. işlemlerle örtülü sermaye yaratılması konusu, bizce de daha çok tüzel kişilerin yetkinlikleri içerisinde yer alır. Çünkü tüzel kişilerin maddi güçleri ve borç verme kapasiteleri ile bu yöndeki ticari alışkanlıkları, gerçek kişilere nazaran daha fazladır. Ama örtülü sermaye açısından gerçek kişi pay sahibiyle, tüzel kişi pay sahibi arasında temel olarak bir fark bulunmamaktadır.

İlişkili Kişi

İlişkinin Kapsamı

İlişkili kişi kavramı birçok açıdan farklı şekilde tanımlanabilir. Ancak konumuzu teşkil eden örtülü sermaye uygulamasında ilişkili kişi tanımının kapsamı 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde net olarak belirlenmiştir. Kanun'un 12'nci madde 3/a'da "*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 kurumu, ifade eder*" hükmü amirdir. Örtülü sermaye uygulanmasında pay sahibiyle ilişkili kişi;

- Pay sahibinin, doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında ortağı olduğu ya da en az %10 oranında oy veya kâr payı hakkına sahip olduğu bir şirketi, bunun yanında,
- Doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibinin veya pay sahibiyle ilişkili bir şirketin sermayesinin, oy veya kâr payı hakkına sahip hisselerinin en az %10'unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya şirketi, ifade etmektedir.

⁴⁸¹ Acar, U. Ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.191.

Kanun maddesinde de görüleceği üzere, esasında uluslararası uygulamalar dikkate alınarak 5520 sayılı KVK İle ilişkili kişinin sınırları olabildiği kadar net çizilmeye çalışılmıştır. Ancak elbette matematiksel olarak eksiksiz şekilde tanımlama yapabilmek hukuksal konularda pek mümkün değildir. Bu konuda da “..dolaylı olarak..” ifadesi ile her ne kadar direkt bağlantı/ilişki kurulamasa da, dolaylı olarak %10 pay sahipliği veya oy hakkı veya kâr payı alma hakkına sahip olunmasının da ilişkili olma sonucunu doğurması amaçlamıştır. Bu konudaki ilkeleri şu şekilde özetleyebiliriz:

1. Şirketin pay sahibi gerçek veya tüzel kişiden borç alması durumunda, pay sahibinin şirketteki pay/sermaye oranının bir önemi yoktur.
2. Eğer pay sahibi ile doğrudan en az %10 pay sahipliği olan başka bir gerçek veya tüzel kişiden borç alınmışsa, bu durumda da borç veren şirket ile pay sahibi arasındaki ilişki nihayetinde %10 veya üstüyse,
3. Aynı şekilde, pay sahibi ile dolaylı, yani arada başka pay sahipliği ilişkileri de varsa, bu durumda da borç veren şirket ile pay sahibi arasındaki ilişki nihayetinde %10 veya üstüyse,

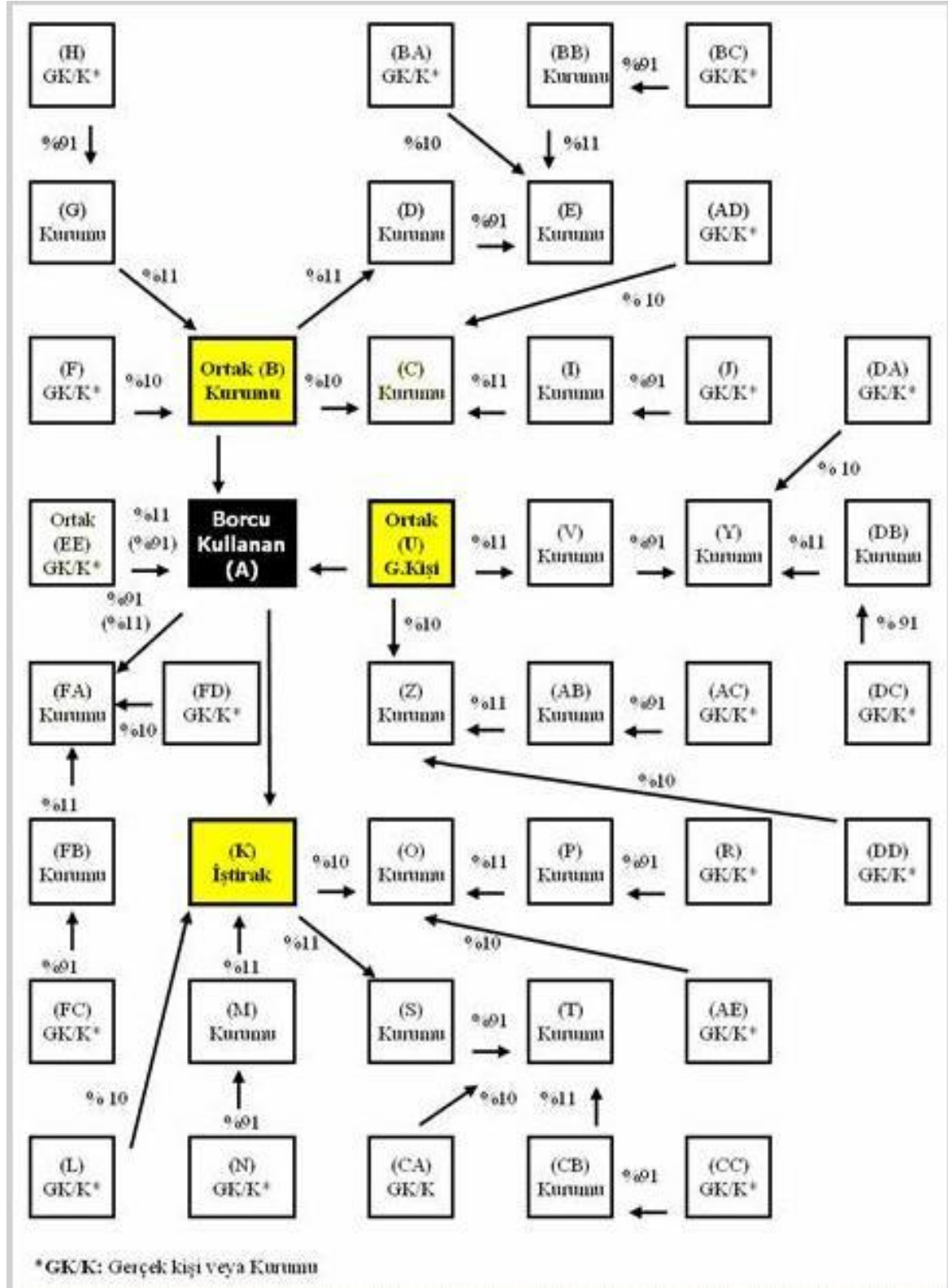
Bu durumlarda örtülü sermayenin objektif şartlarından kişi unsurunun varlığından bahsedilebilir. İlişkili kişi konusunda dolaylı ilişkili kişi ifadesi dolaysız ilişkili kişiden çok daha geniş bir çerçeve içinde değerlendirilir. Dolaylı ilişkili kişi, borç alan şirketle bir pay sahiplik bağı bulunmayan kişilerle olan ilişkileri de kapsar. Dolayısıyla şirketlerin aralarında dolaylı ilişki bulunan gerçek veya tüzel kişilerden borç almış olması halinde, şirket, örtülü sermaye uygulamasında, pay sahipliği ilişkisi olan kişilerden borç almış gibi değerlendirilmektedir⁴⁸². Çünkü bu kapsamdaki dolaylı ilişki, şirketin pay sahipleri ile borç veren kişiler arasında pay sahipliğini ifade eder⁴⁸³. 5520 sayılı KVK (1) seri no’lu Tebliğ’inde⁴⁸⁴ ilişkili kişi

⁴⁸² Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.476-477.

⁴⁸³ Öncel, M. *a.g.e.*, s.175.

⁴⁸⁴ 03.04.2007 tarihli ve 26482 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan **1 No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ**, <http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1079&uid=5x1AzzbBsfjPLPgx&type=teblig>, (son yararlanma tarihi; 11.10.2013), bu Tebliğ çalışmamızda yalnızca “**Tebliğ**” olarak anılacaktır.

konusu oldukça detaylı bir şekilde ortaya konulmuştur. Buradaki örnekten yola çıkıldığında şu şekilde bir tablo oluşturulabilir⁴⁸⁵:



⁴⁸⁵ Tebliğ'deki tablo.

Yukarıda yer alan şemada görüldüğü gibi borcu kullananın (A) şirketi olması halinde, pay sahibi (B) şirketi, pay sahibi (U) gerçek kişisi ile iştirak⁴⁸⁶ (K)'nin, (A) şirketi ile pay sahiplik ilişkisinde herhangi bir sermaye payı oranı aranmayacaktır. Tebliğ'deki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, şirket ile ilişki bağı oldukça geniş ve kapsamlı yorumlanmış olup, esasında hiçbir şekilde şirketten yapılacak bir kâr dağıtımına muhatap olamayacak bir çok kişi de bu Tebliğ'de ilişkili kişi sayılmıştır. Esasında bu bile, kanaatimizce örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesinin hukuka aykırı olduğunu ispatlamaya yetecektir⁴⁸⁷.

Görüldüğü gibi; temel olan ölçü, doğrudan veya dolaylı olarak %10 kâr payı alma hakkı veya pay sahipliğidir. Esasında yasa koyucu burada da, peçeleme kısmında değinildiği gibi⁴⁸⁸, gerçek durumu esas almış, dolaylı ilişkide perdeyi kaldırmak için %10 pay sahibi olma veya kâr payına sahip olma ölçüsünü getirmiştir. Bu yaklaşım, vergi idaresinin işini oldukça kolaylaştırmış ve örtülü sermaye tespitine bir netlik ve standartlık getirmiştir. Ancak bazen gerçekten doğrudan veya dolaylı %10 kâr payına veya pay sahipliği hakkına sahip ortağın, pay sahibi olduğu şirkete borç vermesi veya bu şirketle borç ilişkisi kurması gerekebilmektedir. Bu gerekliliği tamamen karşılayabilmek elbette mümkün değildir. Ancak kanun koyucu bu konuda da genel prensipten ayrılarak, istisnaları da kanunda belirlemeye çalışmıştır. Nitekim 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinin 6'nci fıkrasında⁴⁸⁹, bu istisnalara örnek gösterilebilir. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kanun koyucu, ticari hayatın kendi iç dengesini dikkate almış, böylelikle esas kuralın da istisnalarının olabilmesine

⁴⁸⁶ 5520 sayılı KVK 49. sıra No'lu Genel Tebliği'nde **iştirak hisseleri** şu şekilde tanımlanmıştır. “*Menkul değerler portföyüne dâhil tam mükellef kurumlara ait hisse senetleri ile ortaklık payları iştirak hisselerini oluşturur*”.

⁴⁸⁷ Vergi hukukundaki “**kurum**” ifadesi bu çalışmamızdaki “**şirket**” ifadesini de kapsamaktadır.

⁴⁸⁸ Bkz; II. Bölüm, md.1.2.

⁴⁸⁹ 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 6'nci fıkrasında; “*Aşağıda sayılan borçlanmalar örtülü sermaye sayılmaz: a) Kurumların ortaklarının veya ortaklarıyla ilişkili kişilerin sağladığı gayri nakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar. b) Kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarıyla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar. c) 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmalar. ç) 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde kararname kapsamında faaliyet gösteren finansman ve faktoring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bu faaliyetleriyle ilgili olarak pay sahibi veya ortaklarla ilişkili kişi sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmalar*” hükmü bulunmaktadır.

imkân tanımıştır. Ancak bu imkânın da sınırlarını çizerek vergi güvenliği ilkesini korumaya çalışacak bir denge kurmaya gayret etmiştir. Aynı amaçla ilgili maddenin 4'üncü fıkrasında⁴⁹⁰ da diğer önemli bir istisnanın varlığına dikkat çekilmiştir. Madde metninde ve gerekçesinde belirtildiği gibi, haklı olarak karışıklığı önleyeceği düşünülen “ortaklık payı” ifadesinin ne olduğunun da ortaya konması gerekmektedir.

Şirketin borç alması ve bu borcun ilişkili kişilerden temin edilmesi hususu izah edilirken en başta bizce TTK “şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı” başlıklı 395'inci maddesindeki düzenlemenin göz önüne alınması gerekmektedir. Bu düzenlemede de yönetim kurulu üyelerinin ve bunların 393'üncü maddede sınırlanan yakınlarının şirkete borçlanmaları yasaklanmış olup genel olarak ticaret hukukuna göre şirket pay sahipleri ile yöneticilerinin şirketle ticari ilişki veya borç-alacak ilişkisi içine girmeleri yasaklanmış veya belli kurallara bağlanmıştır. Elbette bu ticarek hukuku açısından “eşit işlem ve sermayenin korunması ilkesi” gibi temel ilkeler esas alınarak getirilmiş düzenlemelerdir⁴⁹¹.

TTK'nın “şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı” başlıklı 395'inci maddesindeki hüküm, 5520 sayılı KVK'nın 12'üncü maddesindeki “örtülü sermaye” konulu hüküm ile paralellik göstermektedir⁴⁹². Esasında örtülü sermaye konulu

⁴⁹⁰ 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 4'üncü fıkrasında “Kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin edinilmesi durumunda, söz konusu hisse nedeniyle pay sahibi veya ortakla ilişkili kişi sayılanlardan temin edilen borçlanmalarda en az % 10 ortaklık payı aranır.” kuralı getirilmiştir. İlgili maddenin 4'üncü fıkrasının gerekçesinde de aynen “Buna bağlı olarak kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin edinilmesi ve borç verilen kurumla sadece bu hisse senetlerinin alınması nedeniyle ortaklık bağlantısının kurulmasını önlemek amacıyla en az % 10 oranında ortaklık payı ölçütü getirilmektedir. Bu şekilde, pay sahibi veya ortakla ilişkili kişi sayılanlardan temin edilen borçlanmalarda en az % 10 ortaklık payı aranması kuralı konmak suretiyle, finansal enstrümanlarının ekonomik gereklerle alım-satımına ve finans piyasasının gelişmesine olumsuz etki yapabilecek sübjektif değerlendirmeler engellenmeye çalışılmıştır” hükmü bulunmaktadır.

⁴⁹¹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz; III. Bölüm, md.4.1,

⁴⁹² Yazar 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 yasaldir. 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 aldığı farz edersek, fazladan ödenen 1.000,00 YTL,

düzenleme ile engellenmek istenen şey; şirket yönetimine hâkim olan kişilerin, kendileri veya yakınlarıyla, emsallere aykırı şekilde ticari ilişkide bulunarak, bu kişilere veya kendilerine haksız menfaat sağlanmasının önlenmesidir. Yukarıda değinilen TTK'nın 395'inci maddesinin temel amacı da budur⁴⁹³. Madde gerekçesinde de, bu hükümlerin "sermayenin korunması" ilkesinin bir sonucu olduğu ve kötüye kullanımın engellenmek istendiği ifade edilmiştir⁴⁹⁴.

TTK'nın 395'inci maddesine ilave olarak, 396'ıncı maddesindeki hüküm ile de yönetim kurulu üyelerinin "rekabet yasağı"nın kapsamı çizilmiştir. Bu maddede tanımını bulan "rekabet yasağı" şirket yöneticilerinin, yönetim yetkilerini kötüye kullanmalarını önlemek amacıyla getirilmiştir⁴⁹⁵. Bu hüküm de sermayenin korunması ilkesinin doğal bir sonucu olan bir düzenlemedir. Her iki düzenlemede de; örtülü kâr dağıtımında işaret edilen "ilişkili kişilerin" şirketi zarara uğratmaları ve ilişkili olmalarından kaynaklanan haklarını/yetkilerini/güçlerini 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 vaaz edilmiş olmalarının doğal bir uzantısı olarak, peçeleme eylemlerinin engellenmesi sonucunu da doğurur. Bu hükümlerin uygulanması ile vergi aşındırılmasının da önüne geçilmiş

satılan malın maliyeti/amortisman/işletme gideri yoluyla, olması gereken kârı azaltarak; eğer kâr yoksa zararı arttırarak, özvarlığın bu kadar azalmasına sebep olacaktır. İşletmenin piyasa değeri ister sabit kıymetlerin emsal bedeli ya da yerine koyma metodu ile değerlemesi 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, faturalaşma yoluyla emsal bedele (satış yapılmışsa) çıkartılması/(alış yapılmışsa) indirilmesi halinde, vergi kaybının önlenmesi yanında işletme özvarlığının azaltılmasının da önüne geçilmiş olacaktır". (Bkz; Öcal, M. E. Transfer Fiyatlandırması, s.2); Benzer açıklama için bkz; Yasaman, H. a.g.e, s.329-331.

⁴⁹³ Eriş, G. TTK Şerhi-II, s.2679 vd.

⁴⁹⁴ 6102 sayılı TTK'nın 395'inci madde gerekçesinde; "bir açıdan sermayenin (malvarlığının) korunması ilkesinin gereğidir. Hüküm bir anlamda 358 inci maddenin tamamlayıcısıdır ve uygulamada sıkça rastlanılan kötüye kullanmaların engellenmesini amaçlamaktadır." İfadesi yer almaktadır. Sermayenin korunması ilkesi TTK açısından oldukça önemlidir. Kanun, sermayenin azalmasını önleyecek birçok tedbir almıştır. Örneğim 348'inci maddedeki; "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 maddesindeki; "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.

⁴⁹⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, s.373 vd.

olunmaktadır. TTK'daki bu düzenlemelerin, örtülü kâr dağıtımını müessesesinin temel prensibi olan "vergi güvenliği"nin sağlanmasına birinci derecede yardımcı olan düzenlemeler olduğu kanaatindeyiz.

Pay Sahipliği İlişkisi

Şirketler hukukuna göre, çalışma konumuz olan anonim şirketlerde pay sahiplik hakkı, yukarıda ayrıntısına değindiğimiz üzere, genel olarak "*paya bağlanmış olan hakların ve borçların sahipliği mevki*"⁴⁹⁶ olarak ifade edilmektedir. Payı, anonim şirketin kuruluşunda veya daha sonra sermaye artırımında devir olarak iktisap eden kişi, esas sermayeye katılımından doğan ortaklık hakkı gereğince "pay sahibi" sıfatını kazanır. Böylece, paya bağlı olan kâr payı alma hakkı gibi tüm mali haklardan ve oy kullanma, bilgi edinme, inceleme hakkı gibi yönetim/katılım haklarından ve imtiyazlarından yararlanacağı, bu hakları kullanabileceği gibi aynı zamanda paya sahip olmanın kendisine yüklemiş olduğu sermaye taahhüdü borcunu ödemek gibi borçlar altına da girer⁴⁹⁷. Anonim şirketler sermaye şirketleri olduğu için burada pay sahibinden ziyade "payın" önemi vardır, çünkü haklar, imtiyazlar sahibi ve borçların muhatabı payın sahibi olan kişidir. Dolayısıyla, bu şirket yapısında paylar sabit olup, değişken olan payların sahibi, bir başka deyişle pay sahipliği mevkiidir⁴⁹⁸.

Pay sahiplik hakkı bu şekilde belirtildiğine göre anonim şirketlerde hangi tür payın, pay sahiplik hakkı tanıdığına değinmek gerekmektedir. Yukarıda I. Bölüm'de detaylı olarak açıklandığı üzere⁴⁹⁹, anonim şirketlerde paylar çıplak pay şeklinde oluşturulabileceği gibi payın ve paya bağlı hakların devrini kolaylaştırmak amacıyla sadece bildirici (açıklayıcı) olma işlevine sahip kıymetli evrak niteliğine haiz pay senetlerine de bağlanabilir. Daha önce de belirtildiği üzere payın senede bağlanmış olmasının pratik faydası, ortaklık payının kolaylıkla tedavül edilebilir hale gelmesidir⁵⁰⁰. Bunun diğer bir anlamı ise pay sahipliğine bağlanan kâr payı alma hakkı veya oy hakkı gibi hakların işbu payların pay senetlerine

⁴⁹⁶ Bkz; I. Bölüm, md.1.3; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.580 vd; Arslanlı, H. *Pay Sahipliği*, s.251.

⁴⁹⁷ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.629 vd; Sevi, A. M. *Payın Devri*, s.29.

⁴⁹⁸ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.726-727.

⁴⁹⁹ Bkz; I. Bölüm, md.3.

⁵⁰⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.547 vd; Karyağdı, N. *Hisse Senedi Satışlarında Maliyet Artışı*, s.153.

bağlanmasından önce de mevcut olduğu ve bu hakların pay senetleri çıkarılmadan önce de pay sahipleri tarafından kullanılabilmiştir. TTK'nın 484'üncü maddesinin 1'inci fıkrası gereğince, devir şekillerine göre bu pay senetleri nama veya hamiline yazılı olarak çıkarılabilmektedir. İşbu hükmün ikinci fıkrası ile hamiline yazılı senetlerinin çıkarılmasını "bedellerinin tamamen ödenmesi" koşuluna bağlanmıştır.

6362 sayılı SerPK'na tabi halka açık anonim şirketlerde ise menkul kıymetler ve türev araçlar sermaye piyasası araçları kapsamında tanımlanmakta olup⁵⁰¹, şirketin tescilinden önce pay senetlerinin düzenlenmesi konusunda zorunluluk bulunmaktadır. Bir başka ifadeyle, TTK'daki düzenlemelerden farklı olarak burada pay senedinin verilmesi ile pay doğmaktadır. 6362 sayılı SerPK'nun 13'üncü maddesinde de belirtildiği üzere⁵⁰² pay senetleri gibi menkul kıymetlerin de bu kapsamda yer aldığı sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracı esastır. Kanun hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere pay sahiplerinin işbu pay senetlerini Merkezi Kayıt Kuruluşuna (MKK) teslim etmeleri gerekecektir. Bu düzenlemenin altında yatan neden ise, esas itibariyle SerPK'ya tabi olan şirketlerin büyük sermaye miktarlarına sahip çok ortaklı şirketler olmalarıdır. Bunun doğal bir sonucu olarak pay senetlerinin sayısının yüz milyonlarla ifade edilmesi ve günlük borsada pay senedi alım-satım işlemlerinin milyarları bulması nedenlerinden ötürü, bu pay senetlerinin basılarak

⁵⁰¹ 6362 sayılı SerPK'nın "kısaltmalar ve tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesi.

⁵⁰² 6362 sayılı SerPK'nun 13'üncü maddesinde; "(1) Sermaye piyasası araçlarının senede bağlanmaksızın elektronik ortamda kayden ihracı esastır. Kurul, kayden ihraç edilecek sermaye piyasası araçlarını ve kayden izlenecek hakları belirler; türleri ve ihraççıları itibarıyla kaydileştirmesine, kayıtların tutulmasına ve üyelik şartlarını kaybeden ihraççıların paylarının kayden izlenmesinin sona erdirilmesine ilişkin usul ve esasları düzenler. (2) Kaydi sermaye piyasası araçları, nama veya hamiline yazılı olmalarına bakılmaksızın isme açılmış hesaplarda izlenir. Kurul, sermaye piyasası aracının türüne ve ihraççısının veya MKK üyesinin niteliğine göre sermaye piyasası araçlarının hak sahibi ismine hesap açılmaksızın hesapların toplu olarak tutulmasına karar verebilir. (3) Kaydi sermaye piyasası araçlarına ilişkin haklar, MKK tarafından izlenir. Kayıtlar, MKK tarafından oluşturulan elektronik ortamda, bu kuruluşun üyelerince tutulur.(4) Kaydileştirilmesine karar verilen sermaye piyasası araçlarının Kurulca belirlenen esaslar çerçevesinde teslimi zorunludur. Teslim edilen sermaye piyasası araçları kendiliğinden hükümsüz hâle gelir. Teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları ise kaydileştirilme kararından sonra borsada işlem göremez, aracı kurumlarca bu sermaye piyasası araçlarının alım satımına aracılık edilemez ve katılma belgelerinin geri alımı yapılamaz. Kayden izlenmeye başladığı tarihi izleyen yedinci yılın sonuna kadar teslim edilmeyen sermaye piyasası araçları YTM'ye intikal eder. Bunların üzerindeki sınırlı aynı haklar kendiliğinden sona ermiş sayılır. Bunlar YTM'nin hesabına geçmesinden itibaren üç ay içinde satılır. (5) Kayden izlenen sermaye piyasası araçları üzerindeki hakların üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilmesinde, MKK'ya yapılan bildirim tarihi esas alınır. (6) Payların devrinin, 6102 sayılı Kanunun ilgili hükümleri çerçevesinde ortaklıklar tarafından pay defterine kaydında, ilgililerin başvurusuna gerek kalmaksızın MKK nezdinde izlenen kayıtlar esas alınır. (7) Kayden izlenen sermaye piyasası araçlarına ilişkin tedbir, haciz ve benzeri her türlü idari ve adli talepler münhasıran MKK'nın üyeleri tarafından yerine getirilir. İlgili kanunlar uyarınca elektronik ortamda tebligatı yapılan alacakların takip ve tahsiline ilişkin hükümler saklıdır" hükmü bulunmaktadır.

saklanması hem fiziksel hem de güvenlik nedenleri ile güç ve risklidir. Bu pay senetlerinin kaydi hale getirilmesinin yolu 6362 sayılı SerPK'ya 4487 sayılı Kanun ile eklenen 10/A madde hükmü ile açılmıştır⁵⁰³. Böylece pay sahipleri fiziksel olarak ellerinde pay senetleri bulunmadan ve bu senetleri değiştirmeden pay senedine bağlanan pay sahipliğinden doğan haklarını kullanabileceklerdir. Burada pay senetleri evraksız (kaydi) kıymetli evrak olma niteliğini sürdürmekte olup, konunun ayrıntıları çalışmamızın kapsamı dışında kaldığından, burada detaylı açıklama yapılmamıştır⁵⁰⁴.

Kanunun örtülü sermaye konusunda, ilişkili kişiyle ilgili olarak, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde düzenlenen, en az %10 kâr payına veya oy hakkına sahip olunması yönündeki temel kural dışında getirilen istisnalar yukarıda ele alınmıştır. Kanun koyucunun, ticari hayattaki dinamikleri ve özellikle şirketler topluluğu içerisindeki şirketler arasındaki borçlanma gerekliliklerini de dikkate alarak getirdiği istisnalara son örnek; 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinin 2'nci fıkrasını verebilir. Anılan hükümde "*(2) Yukarıda belirtilen karşılaştırma sırasında, sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar hariç olmak üzere, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve pay sahibi veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar % 50 oranında dikkate alınır.*" ifadesi bulunmaktadır.

Şirketle pay sahiplik ilişkisi, verilen borcun örtülü sermaye sayılması için objektif unsurun karşılama yetmekte, ancak pay sahibinin ilişkili olduğu kişiler ile pay oranının %10'luk bir sınırı aşması gerekmektedir. Burada pay sahibinin veya ilişkili kişinin kim olması gerektiği vurgulanmıştır. Ancak her ne kadar kanun maddesinde belirtilmiş olsa da, kanaatimizce ayrıca "ilişki"nin ne olduğuna da değinmek gerekmektedir.

Örtülü sermayenin objektif süjesi sayılan kişinin, borcu alan şirketin pay sahibi yanında, onunla veya şirketle ilişkili başka kişi de olabilir. Buradaki ilişki pay

⁵⁰³ Sevi, A. M. *Payın Devri*, s.272; Bkz; Tekinalp, Ü. (1988). Evraksız Kıymetli Evrak veya Kıymet Haklarına Doğru, *BATİDER*, İstanbul, XIV, s.3-4 vd, (Evraksız Kıymetli Evrak).

⁵⁰⁴ Turanboy, A. (1998). *Varakasız Kıymetli Evrak*, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara, s.65 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.628-620.

sahibinin başka bir şirkette, en az %10 “oy veya kâr payı hakkına sahip” olması gerekli ve yeterlidir. Kanunun koyucu burada “ve” değil “veya” ifadesini tercih ettiğine göre; yalnızca en az %10 oy hakkına veya yalnızca %10 kâr payı alma hakkına sahip olmak yeterli sayılmıştır.

Çalışmamızın I. Bölüm’ünde, kâr payı alma hakkıyla ilgili ayrıntılı açıklama yapılmıştır⁵⁰⁵. Ancak kanun ifadesini tam olarak ortaya koyabilmek için “oy hakkına” da genel olarak kısaca değinmek gerekecektir. TTK’nın 434’üncü maddesinde, pay sahiplerinin oy hakkını genel kurulda paylarının toplam itibari değeriyle orantılı olarak kullanabilecekleri ve şirket esas sözleşmesinde pay ve pay gruplarına oyda imtiyaz tanıyan düzenlemeler yoksa da her pay sahibinin en az bir oy hakkı bulunduğu hüküm altına alınmıştır⁵⁰⁶. TTK’nın 435’inci maddesinde de “oy hakkı, payın kanunen veya esas sözleşmeyle belirlenmiş en az miktarının ödenmesi ile doğacağı” hükmü bulunmaktadır⁵⁰⁷. Anonim şirkette pay sahibi olan kişinin oy hakkı bulunduğu ve bu kişinin de 5520 sayılı KVK’nın 12’nci maddesi kapsamında değerlendirileceğinden şüphe yoktur. Bunun yanında pay sahibi olmayıp da, yalnızca kâr payından pay alma hakkı olan, hatta bazı hallerde oy hakkı da tanınabilecek intifa hakkı ve intifa senedi sahiplerinin durumunu da bu açıdan ele almak gerekmektedir.

İntifa Senedi/Hakkı Sahipleri

Anonim şirketlerde intifa senetleri, pay sahipliğine bağlı ya da yönetime ilişkin hakları bahşetmeksizin sahibine bir takım mali haklar sağlayan ve kıymetli evrak vasfına haiz senetlerdir⁵⁰⁸. Paydan doğan hakların, doktrinde “mali” haklar ile “şahsi” ya da “yönetimsel” haklar olarak nitelendirildiği görülmekle birlikte bu hususta tam bir görüş birliği yoktur⁵⁰⁹. TTK’nın 502’nci ve 503’üncü madde hükümleri ile esas sözleşmeyle veya esas sözleşmeyi değiştirerek, bedeli kanuna uygun olarak yok edilen pay sahipleri, alacaklılar veya bunlara benzer bir sebeple şirket ile ilgili olanlar lehine intifa senedi çıkarılmasına karar verme yetkisi genel

⁵⁰⁵ Bkz; I. Bölüm, md.4.

⁵⁰⁶ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.659 vd.

⁵⁰⁷ 6102 sayılı TTK’nın 434’üncü maddesi; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, s.2939 vd.

⁵⁰⁸ Ateşaoğlu, E. *a.g.e.*, s.106.

⁵⁰⁹ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.304 vd; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.760 vd; Sevi, A. M. *Payın Devri*, s.30.

kurula tanınmıştır. Bu doğrultuda bizim de katıldığımız görüşe göre, intifa senedi sahiplerine net kâra, tasfiye sonucunda kalan tutara katılma veya yeni çıkacak payları almada rüçhan hakkına sahip olma yönünde bir takım mali haklar tanınmakta ve intifa senedi sahipleri de pay sahipleri yanında söz konusu mali haklara katılma imkânına sahip olmaktadır.⁵¹⁰

Bu noktada anonim şirketlerde yukarıda açıklanan şekilde “intifa senedine” sahip olmak ile şirket payı üzerinde “intifa hakkına” sahip olmanın birbirinden farklı kavramlar olduğunu belirtmek gerekir⁵¹¹. Nitekim pay üzerinde intifa hakkı tesis edilmesi, TTK ve MK hükümlerine göre mümkün olabilmekte ve pay üzerinde payın asıl sahibi ve lehine intifa hakkı tesis edilen iki kişinin varlığını zorunlu kılmaktadır. Diğer taraftan intifa hakkı sahibinin oy kullanabilme hakkına sahip olmasının yanında (TTK md.432/2), intifa senedi sahibinin oy kullanmak suretiyle yönetime katılma dolayısıyla yönetsel bir hakkının bulunmayışı, bu iki kavramın birbirinden asıl ayrıldığı noktadır⁵¹². Bu kapsamda intifa senetleri, pay sahiplerinin mali haklarını bir anlamda intifa senetleri sahipleri menfaatine sınırlayan ve intifa senedi sahiplerine kâr payı başta olmak üzere sayılan diğer mali haklara katılma hakkı veren ancak ortaklık ve paya bağlı hakları kullanma hakkı tanımayan bir senettir⁵¹³.

Bu açıklamalar ışığında intifa hakkı sahibi ile intifa senedi sahibinin, örtülü sermaye konusundaki “ilişkili kişi” kavramı kapsamında olup olmayacağı sorusu akla gelebilir. Bu noktada intifa hakkı sahibi TTK’nın 432’nci maddesinin 2’nci fıkrası hükmü gereğince, aksi kararlaştırılmadıkça oy hakkını pay sahibi adına kullanmaya yetkili olup bu yönde bir anlaşma, pay sahibi ile ayrıca yapılabilecektir. Kanaatimizce örtülü sermaye uygulamasında “ilişkili kişi” sayılan haller⁵¹⁴

⁵¹⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ort. ve Koop. Hukuku*, s.674 vd.

⁵¹¹ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.660,715 vd.

⁵¹² Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.357,763; Berzek, A. N. (2002). Anonim Ortaklıkta Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Oy Hakkı ve Oy Hakkına Bağlı Diğer Haklar, Ankara, *AÜEHFD*, VI(1-4), s.224.

⁵¹³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.117; **Yargıtay**, 11.H.D.’nin 26.09.2006 tarih ve E:2005/8273, K:2006/9282 sayılı kararında “...*intifa senedi sahibinin ortaklık hakları olmadığından, sahibine ortaklık hakkı vermeyeceğini, intifa hakkı sahiplerinin yararlanma hakları esas sözleşmede yer alsa dahi, anonim şirket ile intifa hakkı sahipleri arasında ortaklık sayılabilecek bir ilişki bulunmadığından, intifa hakkı sahiplerinin anonim şirkete karşı üçüncü kişi konumunda oldukları...*” şeklinde hüküm kurarak intifa senedi sahiplerinin ortaklık haklarına sahip olmadıklarını açıkça ifade etmiştir. (www.kazanci.com).

⁵¹⁴ 5520 sayılı KVK’nın 12’nci maddesinde; “*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*

kapsamına %10 oranında oy hakkına sahip olan intifa hakkı sahipleri de dâhil olacaktır. Nitekim intifa hakkı sahibi yukarıda izah edildiği üzere pay sahibi olmamasına karşın oy hakkına sahip olabilmektedir. KVK'nın anılan hükmü lafzında "doğrudan veya dolaylı olarak" "oy hakkı" ifadesi kullanıldığından, en az %10 oranında oy hakkına, intifa hakkı nedeniyle sahip bulunan kişinin de ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Bu bakışla intifa senedi sahipleri bakımından durum ne olacaktır? İntifa senedi sahiplerinin oy hakkına sahip bulunmamasına rağmen kâr payı alma haklarının bulunduğu yukarıda değinilmiştir. Bu doğrultuda, KVK'da ilişkili kişinin belirlenmesinde muhtemel bir dolanmayı engellemek açısından, ortağın intifa senedi aracılığıyla en az %10 oranında kâr payı alma hakkına sahip bulunduğu haller de örtülü sermaye uygulamasında ilişkili kişi kabul edilmesi gerekir⁵¹⁵. Aynı şekilde şirketlerin intifa senetlerine sahip gerçek veya tüzel kişilerin de ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁵¹⁶.

2.4.2.1.2. Borcun Şirkette Kullanılması

Örtülü sermayeden bahsedebilmek için elbette ortada şirket tarafından alınmış bir borç olması gerekmektedir. Bu borç şirket tarafından kullanılmış veya en azından kullanmak amacıyla alınmış olmalıdır. Çünkü şirkette kullanılmayan, şirket ihtiyaçları için harcanmayan veya en azından bu amaçla iktisap edilmeyen borçların, sermaye niteliğinde olması düşünülemez. Yukarıda sermaye ile ilgili genel açıklama yapılmıştır⁵¹⁷. Sermayenin temel özelliği elbette şirket ihtiyaçları için kullanılmaya uygun olması ve bu amaçla kullanılmasıdır⁵¹⁸. Bu yaklaşımla pay sahibinden veya ilişkili kişiden alınan borç, şirkette kullanılmamışsa zaten sermaye olarak nitelendirilemeyeceği için, bu durumda örtülü sermayenin de söz konusu

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, ifade eder" hükmü bulunmaktadır.

⁵¹⁵ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ (Seri No:1) md.3.1.3'de "*..Diğer taraftan, bir şirket ile söz konusu şirketin kurucu hisse senetleri ve/veya intifa senetlerine sahip olan gerçek kişi ve kurumlar ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir...*"denmek suretiyle, intifa senedi sahiplerinin ilişkili kişi olarak kabul edileceği açıkça düzenlenmiştir.

⁵¹⁶ Benzer görüş için bkz; Açar, S. (2011). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi (İlişkili Kişi), Ankara, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (94), s.181.

⁵¹⁷ Bkz; I. Bölüm, md.1.1.2.

⁵¹⁸ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.70 vd.

olmayacağı değerlendirilmektedir. Nitekim 5520 sayılı KVK Genel Tebliği'nde konuyla ilgili *“Örtülü sermayeden söz edilebilmesi için borcu alan kurumun bu borcu işletme veya yatırım harcamalarında kullanması gerekmektedir. Bu borcun aynı şartlarla diğer başka bir kuruma aktarılması halinde, işletmede kullanılan bir borçtan söz etmek mümkün olmayacak ve bu borçlanma nedeniyle örtülü sermaye oluşmayacaktır”* açıklaması isabetli olarak yapılmıştır. Konuyla ilgili bir örnek hesaplama ilgili Tebliğ'de açıklanmış olup, konuyu özetlemesi açısından bu hesaplama yerinde bir örnektir: *“Örneğin; Kurum (A), Kurum (B)'nin %60 oranında, Kurum (B)'de Kurum (C)'nin aynı oranda ortağıdır. Kurum (B), Kurum (A)'dan aldığı 1.000.000.-TL borcun yarısını aynı şartlarla Kurum (C)'ye borç vermiştir. Bu durumda, Kurum (B)'nin Kurum (A)'dan almış olduğu borcun yarısı, işletmede kullanılmadan devredildiğinden, borcun bu tutar kadar kısmının Kurum (B) için örtülü sermaye olduğundan söz edilemez. Diğer taraftan, Kurum (C)'nin kullandığı borç tutarı her halükarda örtülü sermaye hesabında dikkate alınacaktır”*. Sonuç olarak, şirketin kendi pay sahibinden veya onunla ilişkili kişiden aldığı borcun, örtülü sermaye olarak nitelendirilebilmesi için, borç olarak alınan bu bedelin, şirkette kullanılan bir borç olması veya en azından kullanılmak niyetiyle şirket bünyesindeki kısmının örtülü sermaye nitelendirilmesinde esas alınması gerekecektir⁵¹⁹.

2.4.2.1.3. Alınan Borcun Şirket Öz Sermayesinin Üç (3) Katını Aşması

Genel Kural

Gelişmiş ülkelerdeki vergi güvenliği konusunda yapılan çalışmalarda transfer fiyatlandırması ve özellikle örtülü sermaye ile ilgili, borçlanmanın veya ilişkili kişiye sağlanan menfaatin hesaplanması konusu uzun süre incelenmiş ve esasında bu konuda halen tartışmalar devam etmektedir. Bu konuda, OECD'nin de esas kabul ettiği ve raporlarına referans teşkil eden genel kabul görmüş üç yaklaşım vardır. Bunlar “Aşırı Faiz Ödemeleri Yaklaşımı”, “Karma Finansman

⁵¹⁹ **Danıştay**, 4.D. 09.05.2000 tarihli ve E:1999/5731, K:2000/2013 sayılı; 3.D. 24.02.200 tarihli ve E:1998/3913, K:2000/748 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

Yaklaşımı” ve son olarak “Sabit Oran Yaklaşımı”dır⁵²⁰. Sabit oran yaklaşımında, şirketin pay sahiplerinden veya pay sahipleri ile ilişkili kişilerden aldığı borç, sermayenin belli oranını aştığı durumlarda, başkaca bir matematiksel işleme gerek kalmadan bu oranın üstündeki borç, örtülü sermaye olarak nitelendirilecektir. Bahse konu oranın üstündeki borca ödenen faiz de örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmektedir⁵²¹. Görüldüğü gibi bu yaklaşım 5520 sayılı KVK’da kabul edilen yaklaşımdır. Esasında gelişmiş birçok ülkede de bu yaklaşım benimsenmiş olup⁵²², yalnızca oranlarda farklılıklar vardır.

5520 sayılı KVK’nın 12’nci maddesinde de “*hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır*” hükmü ile öz sermayenin üç katını⁵²³ aşan borçlanma, eğer 12’nci maddede belirtilen diğer şartları da taşıyorsa, başkaca bir işleme veya hesaplama gerektirmeyen, doğrudan örtülü sermaye tespitinin yapılmasına imkân tanınmıştır. Bu maddeye göre; borcun “örtülü sermaye” olarak nitelendirilmesinde, şirketin pay sahiplerine veya pay sahipleriyle ilişkili kişilere yaptığı borçlanmalarda, borç tutarı şirketin hesap dönemi başındaki VUK hükümlerine göre belirlenen öz sermayenin⁵²⁴ üç katını aşmazsa, örtülü sermaye sayılmayacaktır. Aşması durumunda, “*aştığı süre zarfında ve aştığı tutarla sınırlı olmak üzere*” örtülü sermaye sayılacaktır. Sözü edilen oranlar, ilgili Tebliğ’de de

⁵²⁰ Bu yaklaşımları incelemek konumuzun sınırları dışında kaldığı için yalnızca isimlerini vermek yetinilmiştir. Detaylı bilgi için bkz; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.108 vd; **OECD Raporu-1980**, s.27 vd, <http://www.oecd.org/>, (son yararlanma tarihi; 13.11.2013).

⁵²¹ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.110.

⁵²² Işık, H. *a.g.e.*, s.55.

⁵²³ Erdem, T. Vergi Hukukunda Finansman Giderlerinin Sınırlandırılması Sorunu, *Maliye Dergisi*, Sayı:162, Haziran-2012; “5520 sayılı Kanunun 12’nci maddesindeki örtülü sermaye düzenlemesine ilişkin hükümet tasarısında yer alan ilk metin dikkate alındığında pay sahibi veya ortakla ilişkili kişiden temin edilip işletmede kullanılan borçların, borç/öz sermaye oranının iki katını aşan kısmının örtülü sermaye olarak kabul edilebilmesi öngörülmüştür. Düzenlemeye ilişkin madde gerekçesinde ise öngörülen bu oranın (iki kat) uluslararası genel kabul görmüş uygulamalara paralel olarak belirlendiği ifade edilmiştir. Ancak yasama sürecinde kanun tasarısı üzerinde değişiklikler yapılmıştır. Plan ve Bütçe Komisyonundaki görüşmede tasarının kurumların, ortaklarından veya ortaklarıyla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı bir şekilde temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin iki katını aşan kısmının örtülü sermaye sayılmasına yönelik 12’nci maddesinin; öz kaynak yetersizliği nedeniyle dış kaynaklara yönelmek zorunda kalan kurumlar aleyhine bir yük oluşturacağı, kurumların sermaye temininde büyük güçlükler yaşamasına ve ticari hayatın olumsuz yönde etkilenmesine neden olunacağı gerekçeleriyle birinci fıkradaki “iki katı” ibaresi “**üç katı**” şeklinde değiştirilmiştir”. (31/05/2006 tarihli ve Esas No.1/1170, 2/719, Karar No:92 TBMM Plan ve Bütçe Komisyonu Raporu).

⁵²⁴ 213 sayılı VUK’un 192’nci maddesinde “.....**Aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark, müteşebbisin işletmeye mevzu varlığını (Öz sermayeyi) teşkil eder.** Öz sermaye pasif tablosuna kaydolunur ve bu suretle aktif ve pasif tablolarının toplamaları denkleştir. İhtiyatlar ve kâr ayrı gösterilseler dahi öz sermayenin cüzileri sayılırlar” hükmü bulunmaktadır. Ayrıca 213 sayılı VUK’un 192’nci maddesine göre; **öz sermaye** “kurumun esas sermayesi ile yedekler ve kârlar toplamından oluşur”.

belirtildiği üzere, borç veren pay sahipleri veya pay sahipleriyle ilişkide bulunduğu kişiler için topluca göz önüne alınacaktır⁵²⁵. Başka bir anlatımla, eğer yıl içinde birden fazla pay sahibinden ya da onlarla ilişkili kişilerden borç alınıyorsa, öz sermayenin üç katını aşip aşmadığının tespitinde, tüm pay sahiplerinden veya pay sahipleriyle ilişkili kişilerden alınan borçların toplamı göz önüne alınacaktır⁵²⁶.

Örtülü sermaye konusunda, öncelikle öz sermaye tanımını hatırlamak gerekmektedir. Genel olarak öz sermaye; “*Bilançoda yer alan aktif toplamı ile borçları arasındaki fark*” olarak tanımlanmıştır⁵²⁷. Bunun yanında aynı anlama gelmek üzere VUK’un 192’nci maddesine göre; öz sermaye “*kurumun esas sermayesi ile yedekler ve kârlar toplamından oluşur*”. Sonuç olarak, Öz sermaye=Aktifler-Borçlar, eşitliğinden oluşmaktadır⁵²⁸. Konunun muhasebe ve vergi hukuku açısından birçok detayı olmakla beraber, bu detaylar çalışma konumuzun dışındadır⁵²⁹.

Örtülü sermayeden bahsedebilmek için öncelikle, şirketin öz sermayesinin kanuna ve muhasebe ilkelerine göre doğru bir şekilde hesaplanması gerekmektedir. Ancak bu noktada şunu da ifade etmek gerekir ki; dönemsel olarak öz sermaye farklılıklar gösterdiği için, yapılan borçlanmanın öz sermayenin üç katını aşip aşmadığı hesabı da dönemlere göre farklılık oluşturur. Kanun hükmüne göre hesaplama, söz konusu hesap dönemindeki⁵³⁰ (hesap döneminin başındaki⁵³¹) öz sermayeye göre yapılacaktır. Hal böyle olunca örneğin yeni kurulan bir şirket için öz sermaye, kuruluş tarihindeki öz sermaye olarak kabul edilecektir. Öz sermaye aktiflerden, borçların çıkartılması sonunda elde edilen miktar olacağına göre⁵³²; bu rakam, yeni kurulan bir şirket için, çok düşük ve hatta

⁵²⁵ 1 No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği için bkz; II. Bölüm, md.4.2.1.1.2, dpnt:364.

⁵²⁶ Öztaş, Y. *a.g.e.*, s.8.

⁵²⁷ Ateşgaoğlu, E. *a.g.e.*, s. 183, dpnt:157; Ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, m.d.4.1.

⁵²⁸ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.461.

⁵²⁹ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.583 vd.

⁵³⁰ 213 sayılı VUK’un 174’üncü maddesine göre **Hesap Dönemi**; Defterler hesap dönemi itibariyle tutulur. Kayıtlar her hesap dönemi sonunda kapatılır ve ertesi dönem başında yeniden açılır. Hesap dönemi normal olarak takvim yılıdır. Şu kadar ki, takvim yılı dönemi faaliyet ve muamelelerinin mahiyetine uygun bulunmayanlar için, bunların müracaatı üzerine Maliye Bakanlığı 12’şer aylık özel hesap dönemleri belli edebilir. Yeniden işe başlama veya işi bırakma hallerinde, hesap dönemi içinde bir yıldan eksik olan faaliyet süresi, hesap dönemi sayılır. Bu maddeye göre özel hesap dönemi tayin edilenlerin ticari ve zirai kazançları, hesap dönemlerinin kapandığı takvim yılının kazancı sayılır.

⁵³¹ 5520 sayılı KVK’nın 12’nci maddesi 3/b’deki; “**Öz sermaye**, kurumun Vergi Usul Kanunu uyarınca tespit edilmiş hesap dönemi başındaki öz sermayesini, ifade eder” hükmü açıktır.

⁵³² Seviğ, V. Türk Vergi Sisteminde Öz Sermaye Kavramı, *Maliye Dergisi*, Sayı:41, Ekim-1979, s.93.

sıfır bile olabilecektir. Bu durumda, şirket pay sahiplerinin veya pay sahibiyle ilişkili kişilerin şirkete verdiği borçlar, çok düşüğe olsa örtülü sermaye söz konusu olacaktır⁵³³. Dolayısıyla, kanun koyucu örtülü sermaye tespiti için OECD raporlarında kabul edilen ve yukarıda değindiğimiz sabit oran yaklaşımını kabul etmiştir. Ancak bu yaklaşım çok net olması, esnek olmaması ve yorumu engellemesi nedeniyle kanaatimizce, yukarıda örnekte olduğu gibi, bazen hakkaniyete aykırı sonuçlara sebep olabilmektedir. Hatta bu hüküm, bazen benzer durumlarda hayatın olağan akışına uygun olan borçlanmaları bile yasaklayan sert bir sonuca sebebiyet verebilmektedir.

Benzer durum, 5520 sayılı KVK'nun 12'nci maddesinde geçen “..hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı,..” ifadesinde de söz konusu olabilmektedir. Burada borçlanmanın süresine değinilmemiştir. Bu nedenle, anılan hükümlerle, birkaç günlük/haftalık borçlanmaların bile örtülü sermaye sonucunu doğurabilmesi durumu söz konusu olabilecektir. Ancak örtülü sermaye uygulamasının temel amacının vergi güvenliğinin sağlanması olduğunu da dikkate almak gerekmektedir. Bu amacının temel olarak; pay sahiplerinin şirkete sermaye koyacakken, bunun yerine borç vererek, hem şirketten para çıkarmalarının kolaylaşmasına, hem de bu borçlanma nedeniyle haksız menfaat etmelerinin önlenmesi olduğu göz önüne alındığında, yukarıdaki örneklerde olduğu gibi, bu durum bazen izahı zor sonuçlar doğurabilmektedir. Birkaç günlük veya çok kısa süreli borç vermenin, örtülü sermayeye bağlanan sonuçları gündeme getirmesinin de, yukarıda değinilen benzer haksız ve doğru olmayan sonuçlara sebep olacağını değerlendiriyoruz⁵³⁴. Bu konuda vergi hukukçularının değerlendirmeleri de, süreden bağımsız olarak şirkete pay sahibinin verdiği borçların 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesindeki şartları taşıması halinde bu borcun ilgili kısmının örtülü sermaye olduğu yönündedir⁵³⁵.

Örtülü sermaye konusunda, şirketin pay sahiplerinden veya onlarla ilişkili kişilerden aldığı borcun da ne olduğuna, yani borç kavramına nelerin girdiğini de

⁵³³ Ateşagaoglu, E. *a.g.e.*, s.184.

⁵³⁴ Ateşagaoglu, E. *a.g.e.*, s.183; Ateşli, D. A. (2007). Örtülü Sermayenin Örtüsü Açılıyor, *Vergi Sorunları Dergisi*, Haziran-s.52.

⁵³⁵ İSMMO; Örtülü Sermaye ve Transfer Fiyatlandırması Uygulaması, İstanbul-2010, s.7; Kartaloğlu, E. ve Tekin, C. (2008, Ocak). *Örtülü Sermaye ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Dönem Sonu İşlemleri*, ASMMO Yayınları, s.41.

belirtmek gerekmektedir. Yalnızca nakit borç kullanmak mı bu kapsamda değerlendirilecek, yoksa diğer borç türleri de bu kapsamda borç sayılacak mı sorularının cevabını vermek gerekmektedir. 5520 sayılı KVK'da ve gerekçesinde borçlanmanın ne şekilde olacağı konusunda bir tanımlama yapılmamıştır. Ancak verilen tüm örnekler ile uygulamadaki işlemler, bu borcun nakit borçlanma olduğu yönündedir. Ancak Tebliği'de yer alan ifade şu şekildedir; *“Öte yandan, gelecekte yapılacak bazı mal ve hizmet teslimleri karşılığında peşin alınan ya da verilen değerleri ifade eden avanslar, sipariş yöntemi ile mal alan işletmenin, sipariş ettikleri iktisadi değerlerin üretiminde üretici işletmeye finansman imkanı sağlamak amacıyla verilebileceği gibi, satış fiyatını düşük tutmak veya satış garantisi sağlamak amacıyla da verilebilmektedir. Avanslar hangi amaçla verilirse verilsin işletmeye finansman imkânı sağladığı açıktır. Dolayısıyla, alınan avanslar da işletme bakımından alınan borç olarak değerlendirilecek ve örtülü sermaye hesaplamasında dikkate alınacaktır”*. Bu ifadeden, bahse konu borcun nakit dışında da paraya dönüştürülebilir herhangi bir değer olabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ayrıca; ilişkili kişiler tarafından, aslında sermaye olarak şirkete konması gereken bedelleri şirkette borç vermek suretiyle, bu ilişkili kişilerin şirketten haksız kazanç elde etmelerinin önlenmesi, örtülü sermaye müessesesinin temel amacıdır. Bu nedenle sermaye olarak konulabilen bütün değerlerin⁵³⁶ de, şirkete sermaye dışından bir yolla sokulması ve 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesindeki örtülü sermaye düzenlemesinde yer alan diğer şartları sağlaması durumunda, örtülü sermaye kapsamındaki “borç” olarak değerlendirilebileceği kanaatindeyiz.

Hesaplama Kapsamı Dışında Tutulan Borçlar

5520 sayılı KVK örtülü sermaye tespiti yaparken, şirketin kullandığı borcun, şirket öz sermayesinin üç katını geçmesi gerektiğini belirtirken, bazı borçlanma usullerinin hesaplamasında farklı hükümler öngörmüştür. Ticari hayattaki

⁵³⁶ 6102 sayılı TTK'nın 127'nci madde hükmü ile sermaye olarak konulabilecek değerleri şu şekilde saymıştır; (1) Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak; a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, b) Fikrî mülkiyet hakları, c) Taşınurlar ve her çeşit taşınmaz, d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, e) Kişisel emek, f) Ticari itibar, g) Ticari işletmeler, h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar, j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer, konabilir. (2) Kanununun 307 nci maddesinin ikinci, 342 nci maddesinin birinci ve 581 inci maddesinin birinci fıkrâ hükümleri saklıdır”.

gereklilikler nedeniyle, yukarıda da değinildiği gibi⁵³⁷, hayatın normal akışına uygun düşen bu borçlanma usulleri, yasa koyucu genel sınırı artırarak, örtülü sermaye hesaplamasında, bu işlemleri peçeleme yani kanuna karşı hile uygulamasının dışında tutmuştur. 5520 sayılı KVK'nun 12'nci maddesi 2'nci fıkrası⁵³⁸ bu istisnanın bir örneğini teşkil etmektedir. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, pay sahiplerinin işletmeye kullandığı borçların şirketin öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde örtülü sermaye olarak değerlendirilmiştir. Bu karşılaştırma sırasında; pay sahibi veya pay sahibiyle ilişkili kişi olmakla birlikte, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar %50 oranında dikkate alınacaktır. Yalnızca ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalarda ise %50 oranı dikkate alınmayacak olup genel kurallar çerçevesinde işlem yapılacaktır. Burada banka ifadesi açık olmakla birlikte, “*banka benzeri kredi kurumu*” ifadesi de Tebliğ'de açıklanmıştır⁵³⁹. Görüldüğü üzere, şirket pay sahibi olan veya pay sahibi ile ilişkili olan bir bankadan borç kullandığında, bu borcun yarısı (%50), borcu kullanan şirketin öz sermayesinin üç katını geçerse, ancak bu durumda örtülü sermayeden bahsedilebilecektir. Yani başka bir anlatımla, maddedeki diğer şartların gerçekleşmesi şartıyla, örtülü sermayeden bahsedebilmek için;

1. Banka dışındaki gerçek veya tüzel kişilerden alınan borçlarda, bu borcun şirket öz sermayesinin 3 katını geçmesi gerekirken,
2. Banka veya banka benzeri şirketlerden alınan borçlarda, bu borcun şirket öz sermayesinin 6 katını geçmesi gerekmektedir.

⁵³⁷ Bkz; II. Bölüm, md.1.

⁵³⁸ 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 2'nci fıkrasında; “(2) Yukarıda belirtilen karşılaştırma sırasında, sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar hariç olmak üzere, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve pay sahibi veya ortaklarla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar % 50 oranında dikkate alınır” hükmü amirdir.

⁵³⁹ 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğ, 12.1.5'nci maddesinde; “**Banka**, Türkiye’de 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bir bankayı; banka benzeri kredi kurumu, esas faaliyet konusu mevduat benzeri veya özel cari ve katılma hesapları benzeri hesaplar yoluyla fon toplayan ve kredi kullandıran kurumları; yurt dışında ise bulunduğu ülkede 5411 sayılı Kanun benzeri bir kanun ile ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve yaptırımları olan bir mevzuat çerçevesinde yukarıda belirtilen benzer faaliyetlerde bulunan kurumları ifade etmektedir” açıklaması yer almaktadır.

Yukarıda değinilen, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 2'nci fıkrasında belirtildiği gibi, banka veya benzeri şirketlerden alınan borçların %50'si dikkate alınacakken, ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden⁵⁴⁰ yapılan borçlanmalarda %50 oranı dikkate alınmayacak olup, bu kapsamdaki borçlarla ilgili genel kurallar çerçevesinde işlem yapılacaktır.

Örtülü sermaye tespiti yapılırken, alınan borcun, şirket öz sermayesinin üç katını geçmesi kuralının bir diğer istisnası da yukarıda değinildiği gibi, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 6'ncı fıkrasındaki hükümdür⁵⁴¹. Maddeden de anlaşılacağı üzere; şirketin pay sahiplerinden veya onlarla ilişkili kişilerden sağladığı gayri nakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yaptıkları borçlanmalar örtülü sermaye sayılmaz. Burada tersinden yapılabilecek bir yorumla, nakdi teminat karşılığında sağlanan kredilerin ise borç/öz sermaye oranının hesabında, yani örtülü sermaye tespitinde, şirkete verilen borç olarak dikkate alınacağı sonucuna rahatlıkla ulaşılabılır. Gayri nakdi teminatlar karşılığında alınan borçlar örtülü sermaye hesabında hiç dikkate alınmayacakken, nakdi teminat karşılığında alınan borçlarda, genel kural geçerli olacak ve bu borçların tamamı hesaba alınarak, öz sermayenin üç katını geçmesi halinde, diğer şartların gerçekleşmesi şartıyla, bu borçlanma işlemleri için de örtülü sermaye tespiti yapılabilecektir⁵⁴². Tebliğ'de,

⁵⁴⁰ Burada “finansman temin eden kredi şirketleri” tanımını yapmak gerekir. Finansman temin eden kredi şirketler, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Factoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 3'üncü maddesinde; “faaliyetleri, mal veya para cinsinden ölçülebilir bir değeri, belirli bir süre sonunda ve belirli şartlar çerçevesinde geri alınmak üzere vermek olan veya verilmiş bir değer karşılığının ödenmesine kefil olmak olan şirketlerdir.” şeklinde tanımlanmaktadır.

⁵⁴¹ 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 6'ncı fıkrasında “(6) Aşağıda sayılan borçlanmalar örtülü sermaye sayılmaz: a) Kurumların ortaklarının veya ortaklarıyla ilişkili kişilerin sağladığı gayri nakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar. b) Kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarıyla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar. c) 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmalar. ç) 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde kararname kapsamında faaliyet gösteren finansman ve faktoring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bu faaliyetleriyle ilgili olarak pay sahibi veya ortakla ilişkili kişi sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmalar” hükmü bulunmaktadır.

⁵⁴² 6102 sayılı TTK'nın “şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı” başlıklı 395'inci maddesinin 2'nci fıkrasında; “202 nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dâhil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti verebilirler” hükmü bulunmaktadır. TTK'nın bahse konu 202'nci maddesinde de, **şirketler topluluğu** müessesesi düzenlenmiştir. Bu maddelerden ve gerekçelerinden de anlaşıldığı üzere; şirketler topluluğu kapsamındaki ilişkili iki şirket, birbirine kefil olabilmekte ve birbiri lehine garanti verebilmektedirler. Ancak bunun, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, **hâkimiyet hakkının kötüye kullanılması ve yavru şirketin zararına hareket edilmesi**, gibi bir istisnası vardır. Dolayısıyla makul ve kabul edilebilir bir şekilde kefil olma veya garanti verme söz konusu olmakla birlikte, örtülü sermaye olarak nitelendirilebilecek bir şekilde bu işlemlerin yapılmasının, hem TTK'nın hem de KVK'nın yasaklamış

şirketin kasasında veya bankada bulunan yerli veya yabancı paralar ile her an nakde çevrilebilen çekler, altın, devlet tahvili, hazine bonusu, Toplu Konut İdaresi'nce çıkarılan veya İMKB'de işlem gören hisse senetleri, tahvil ve bonolar dışındaki her türlü teminatın, gayri nakdi teminat olarak değerlendirileceği de belirtilerek, tereddütlü olan bir konuya açıklık getirilmiştir⁵⁴³.

Şirket pay sahipleri vasıtasıyla şirketlerin iştiraklerinin⁵⁴⁴, pay sahiplerinin veya pay sahipleriyle ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen şirkete kullandığı borçlanmalar, yukarıdaki maddede belirtilen istisna kapsamında olduğu için, örtülü sermaye sayılmaz. Buna göre, şirketlerin iştiraklerinin pay sahiplerinin veya pay sahipleriyle ilişkili kişilerin banka veya finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla, yani kredi sözleşmesinin içerdiği vade, faiz oranı ve benzeri kullandırılma şartlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar, örtülü sermaye kapsamı dışında tutulmuştur. Burada önemli olan husus, bir değişiklik yapmadan aynı şartlarda⁵⁴⁵ borç olarak şirkete kullandırılmasıdır. Ancak, kredinin alındığı şartlarda pay sahibi lehine bir değişiklik yapılması halinde, bu istisna devre dışı kalacak ve örtülü sermaye söz konusu olabilecektir. Buna göre, kredibilitesi olan ana şirketin (şirketler topluluğu), anılan kaynaklardan temin edip ihtiyacı olan diğer yavru şirketlere (grup içi şirketlere) aynı şartlarla kısmen veya tamamen aktardığı krediler, örtülü sermaye tutarının tespitinde borç olarak dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla, grup şirketinin finans kuruluşlarından temin etmiş olduğu krediyi, aynı faiz ve vade ile birden fazla şirkete paylaşması durumunda örtülü sermayeden söz edilemeyecektir⁵⁴⁶.

5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 6'ncı fıkrasındaki, örtülü sermaye sayılacak borçların istisnalarından bir diğeri de, bankaların kullandığı borçlardır.

olduğu sonucunun çıkartılabileceği kanaatindeyiz. Ayrıca **Şirketler topluluklarında örtülü kâr dağıtım** ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, md. 3.2.1.1.2.7.

⁵⁴³ 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin 12.2.1'inci maddesi.

⁵⁴⁴ **İştirak**; "İşletmelerin, doğrudan veya dolaylı olarak diğer şirketlerin yönetimine ve ortaklık politikalarının belirlenmesi için katılmak üzere pay sahibi olmalarıdır"; **DODİ**, Kadir; Bağlı Ortaklıklar ve İştirakler, (makale yayım tarihi; 01.02.2008), www.muhasabebet.net, (son yararlanma tarihi; 21.11.2013).

⁵⁴⁵ Madde gerekçesinde "**aynı şartlar**" ifadesinden kasıt edilenin ne olduğu açıklanmış olup, bu "**aynı şartlarla, yani kredi sözleşmesinin içerdiği vade, faiz oranı ve benzeri kullandırılma şartlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar**" şeklinde ifade edilmiştir.

⁵⁴⁶ 1 No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin 12.2.2'nci maddesi.

Maddeye göre, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu dâhilinde faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmalar örtülü sermaye sayılmaz. Bankalar tarafından alınan kredilere ilişkin olarak Bankacılık Kanunu'nda gerekli düzenlemeler yer aldığından 5520 sayılı KVK'da, kanun koyucu ayrıca düzenleme yapılmasına gerek görmemiştir. Bu nedenle, bankalar tarafından kendi faaliyet konuları çerçevesinde, ulusal ve uluslararası piyasalardan yapılan borçlanmalar, herhangi bir şarta bağlı olmaksızın örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmeyecektir. Zaten bankanın temel faaliyet alanı borç almak ve vermek olduğu için, bu istisna isabetli bir düzenleme olmuştur. Ancak burada da elbette objektif iyiniyet kuralları çerçevesinde hareket etmek gerekecektir. Başka bir deyişle bankanın kendi grubu içindeki şirketlere kredi kullandırırken elbette emsal fazi oranları vb. ölçülere dikkat temesi gerekecektir. Aksi durumda zaten, bir sonraki kısımda izah edeceğimiz, örtülü kazanç dağıtım söz konusu olabilecektir. Benzer mantıkla kanun koyucu, 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri ile, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında faaliyet gösteren finansman ve faktoring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının, bu faaliyetleriyle ilgili, pay sahibi veya pay sahibiyile ilişkili kişi sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmaları, isabetli olarak, örtülü sermaye saymamıştır. Ancak borç veren bankaların pay sahibi veya pay sahibiyile ilişkili kişi kapsamı dışında olması halinde de, söz konusu borçlanma esas itibarıyla anılan madde kapsamına girmeyeceği de açıktır.

Sonuç olarak; yukarıda belirtilen istisnalar (12'nci madde 6'nci fıkra) dışında, şirketin, pay sahiplerinden veya pay sahibiyile ilişkili kişilerden aldığı borçlar, hesap dönemi içerisinde⁵⁴⁷, her hangi bir tarihte, şirket öz sermayesinin üç katını aştığında, örtülü sermaye konusu gündeme gelebilecektir. Ancak, banka veya benzeri şirketlerden alınan borçlarda ise bu borcun öz sermayenin altı katını aşması halinde, diğer şartların oluşması ile birlikte, örtülü sermayeden bahsetmek mümkün olacaktır. Burada önemli olan öz sermaye-borç ilişkisidir. Sermayesi yüksek olan şirketler ile sermayesi düşük olan şirket açısından bir orantısızlık

⁵⁴⁷ 1 No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin 12.1.5'inci maddesine göre "**Hesap dönemi başı kavramı**; öz sermayenin tespitinde dikkate alınacak tarihi ifade etmekte olup 12 aylık hesap döneminin başlangıç günü, yeni işe başlayanlarda ise işe başlama tarihidir".

varmış gibi gözükse de, esasında sermayenin korunması ve piyasalarda şirketlere ve mali tablolara güvenin sağlanması amacıyla konuya bakıldığında, bu düzenlemelerin tutarlı olduğu ifade edilebilir. Aynı zamanda şirkete yüksek miktarda sermaye konulması, şirketlerin sermayenin korunması ilkesine uygun hareket etme zorunluluğunun bulunması da dikkate alındığında, bunların tüm ticari hayatın oyuncularını açısından bir güvenlik unsuru olduğu ifade edilebilir. Bu nedenle şirketler, sermayelerini korumalı ve kendi ticari hayatlarına devam edebilecek yeterlilikte bir sermaye ile faaliyetlerine devam etmek zorundadırlar⁵⁴⁸. Bu yeterlilik, hem şirket pay sahipleri, hem şirket alacaklıları, hem şirket çalışanları ve hem de vergi alacaklısı olarak idare açısından oldukça önemlidir⁵⁴⁹. Bu şekilde bir bakış açısıyla aslında birinci olarak şirket pay sahiplerinin, sermaye olarak

⁵⁴⁸ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.23.

⁵⁴⁹ Konuyla ilgili 6102 sayılı TTK'nın Genel Gereğesinde; "Güvenli kuruluş ile sermayenin korunması, anonim şirketin sınırlı sorumlu bir ticaret şirketi olmasından kaynaklanan ve birbirini tamamlayan iki taşıyıcı ilke veya bir taşıyıcı ilkenin iki yüzüdür. Bu ilkeler, veya ilke, sermayenin, şirketin hem işletme konusunun hizmetinde bulunmasını hem de tam tasarruf yetkisinin kapsamında olmasını ifade eder. "Hizmetinde olmak" sermayenin, kural olarak, şirketin mülkiyetinde olması, sermayenin gerçek değeri ile şirkete fiilen getirilmesi, korunması ve geri iade edilmemesi şeklinde tanımlanır. AET'nin 13/12/1976 tarihli ve 77/91 sayılı şirketlere ilişkin ikinci yönergesi de bu anlayışı vurgular. Anılan ilkeler, denetlemenin amaca uygun yapılabilmesi için, basit, şeffaflığı sağlayıcı ve açık kuruluş ve sermaye artırımı hükümlerini gerekli kılar. Bu vesile ile, 77/91 sayılı, 2. şirketlere ilişkin yönergenin birkaç defa değiştiğine ve hep sermayenin korunması ilkesine bağlı kalındığına işaret etmek gerekir. AT'ın, iç pazarda engellerin kaldırılması bağlamında hukukî hükümlerin basitleştirilmesi [Simpler Legislation for the internal Market (SLIM-Team)] çalışmaları yapılması için kurduğu SLIM-çalışma-takımı, sermaye sağlanmasını kolaylaştırma bağlamında önerileri arasına, tehlike oluşturmayan belli hallerde, aynı sermayenin birliktelerce değerlendirilmesinden vazgeçilmesini de almıştır (93 nolu paragrafta anılan Yüksek Düzeyli Uzmanlar Raporu'na bakınız.). Bugün AB üyesi devletlerin bilanço hukuklarının güncel sorunu IFRS'in, münferit şirket bilançolarına da uygulanıp uygulanmayacağıdır. Çünkü, AB Konseyi 2005 yılından itibaren sadece pay senetleri borsada işlem gören anonim şirketlerde ve sadece konsolide finansal tabloların IFRS'e göre düzenlenmesi zorunluluğunu getirmiş, konsolide olmayan finansal tablolara uygulanacak standartlarda üye devletleri serbest bırakmıştır (68 nolu paragraf). IFRS'in temelinde yatan düşünce, bilançonun, sadece, bir işletmenin finansal durumu ile bu hususta meydana gelen değişiklikler hakkında bilgi verme işlevini haiz olduğudur. Buna karşılık, kâra Avrupası anlayışında, bilançonun bu tür bilgilendirme yanında, en az bunun kadar önemli bir diğer görevi de, sermayenin iade edilip edilmediğini, sermayeye faiz verilip verilmediğini, yıllık kârın kanun ve esas sözleşmeye göre kullanılıp kullanılmadığını, dağıtılanın kâr olup olmadığını, sermayenin zararlarla yitirilip yitirilmediğini, kâr dağıtımının sermayeden ve sermayenin güvencesi olan yedeklerden yapılıp yapılmadığını da ortaya koymasındır. Yani Avrupa anlayışında, sermayenin korunması ilkesi ile bilanço arasında sıkı bir bağlantı vardır. Şimdi AB üyesi devletler IFRS'i konsolide olmayan bilançolara da uygularlarsa, sermayenin korunması ilkesinden özveride bulunup bulunmayacaklarının değerlendirmesini yapmaktadırlar. Son yıllarda, sermayenin korunması ilkesinin kâra Avrupası anonim şirketler hukukundaki itibarlı konumunu sorgulayan görüşlere sıkça rastlanmaktadır. Bu eğilim belirgindir. Görüşün temsilcileri gün geçtikçe fazlaştırmaktadır. Buna karşılık sınırlı sorumluluk sisteminin, söz konusu ilke olmadan ayakta kalamayacağı düşüncesi dile getirilmektedir. Büyük çoğunluk ilkenin hâla anonim şirketler hukuku açısından vazgeçilmez nitelikte olduğunu kabul etmektedir. IFRS'nin anılan ilkeye duyarsız olduğu yorumu ise, bu standartlara ilişkin, yüzeyde kalan hatta haksız bir yargıdır" ifadesiyle sermayenin korunması ve şeffaflık ilkelerinin önemine dikkat çekilmiştir.

koyabilecekleri bir nakdi, kanuna karşı hile yoluyla şirkete borç vererek, şirketleri adeta içi boş kişilikler haline getirmeleri önlenmeye çalışılmıştır⁵⁵⁰.

Bir başka bakış açısıyla da, şirketlerin sermayelerinin olabildiği kadar yüksek olması sağlanmaya çalışılarak, şirketlerin örtülü sermaye uygulamasının altında kalabilmelerin öngörüldüğü söylenebilir. Ancak bu oranın yüksek olduğu eleştirilmiş olup, fiiliyatta öz sermayenin üç katının biraz altında tutulan borçlanmaların, peçeleme amacıyla da yapılırsa, örtülü sermaye sayılamaması durumunun, maddenin uygulamasını zorlaştırdığı ifade edilmiştir⁵⁵¹. Bu oran bizce de yüksektir. Zaten maddenin ilk halinde bu oran öz sermayenin iki katı olarak düzenlenmişti. Kanun taslağı, bütçe komisyonundaki görüşmelerde, taslaktaki “iki kat” ifadesi, “üç kat” olarak değiştirilmiştir. Ancak değişen söz konusu madde gerekçesindeki *“Uluslararası genel kabul görmüş uygulamalara paralel olarak örtülü sermaye ortakların işletmeye verdiği borçların öz sermayenin iki katını aşan kısmı olarak belirlenmiştir. Buna göre pay sahipleri ve pay sahibiyle ilişkili kişilerden yapılan toplam borçlanmaların, kurumun öz sermayesinin iki katını aşan kısmı, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde örtülü sermaye sayılmıştır”*⁵⁵² ifadesi yer almıştır. Gerekçede de belirtildiği üzere, birçok gelişmiş ülkede bu oran üç katın altındadır⁵⁵³. Ancak yasa hükmü açık olup örtülü sermayenin söz konusu olabilmesi için yukarıda detayı izah edilen şekilde, borcun, öz sermayenin üç katını geçmesi gerekmektedir.

Örtülü Sermaye Tutarının Hesaplanması

Örtülü sermayeden bahsedebilmek için, şirket öz sermayesini aşan bir borç miktarının varlığı temel şarttır. Dolayısıyla kanun maddesinin lafzından ve ruhundan, temel olarak şirket öz sermayesinin üç katını aşan borç miktarının, öz sermaye hesabında dikkate alınacağını ve bu üç katın üstündeki borçlanan kısım için öz sermaye tespiti yapılabileceğini anlıyoruz. Basit bir hesaplama bunu ortaya koymak gerekirse;

⁵⁵⁰ **Vergi uygulamalarında ve vergi hukukunda hile** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Ergüden ve Yıldırım, *a.g.e.*, s.98 vd.

⁵⁵¹ Işık, H. *a.g.e.*, s.56.

⁵⁵² Ateşgöğü, E. *a.g.e.*, s.183.

⁵⁵³ 5520 sayılı KVK'nın 12'nci madde gerekçesi.

<u>Şirket Öz Sermayesi</u>	: 100.000 TL
<u>Pay sahibi veya Pay sahibiyle İlişkili Kişi/Kişilerden</u>	
<u>Aynı Hesap Döneminde Kullanılan Borç Toplamı</u>	: 500.000 TL
<u>Örtülü Sermaye Sayılan Borç</u>	: 200.000 TL

Yukarıdaki örnekte görüleceği üzere, borcun yalnızca şirket sermayesinin üç katını aşan tutar örtülü sermaye olarak dikkate alınacaktır. Örtülü sermaye uygulamasında temin edilen borcun tamamının değil, sadece öz sermayenin üç katını aşan kısmının örtülü sermaye sayılması ve bu kısma ilişkin faiz, kur farkı ve benzeri giderlerin, 5520 sayılı KVK uygulamasında gider kabul edilmemesi hüküm altına alınmıştır. Kanunda borcun hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak kabul edildiğinden, bu limiti aşan kısma isabet eden faiz, kur farkı vb. giderlerin geçici vergi dönemleri de dâhil olmak üzere vergi matrahından⁵⁵⁴ indirilmesi mümkün olmayacaktır⁵⁵⁵. Bu tespitle ortaya çıkan sonuçta, şirket için maliyet oluşturmayan borçlar, şirket öz sermayesinin üç katını aşsa da, aşan kısım için borcu veren pay sahibine veya pay sahibiyle ilişkili kişiye bir faiz, kur farkı vb. bedel ödenmemişse, bu miktarın örtülü sermaye sayılıp sayılmayacağı sorunu ortaya çıkmaktadır.

Genel olarak bu soruya, Danıştay uygulamalarında ve doktrinde olumsuz yanıt verilmektedir⁵⁵⁶. Vergi hukukunda, 5520 sayılı KVK'da yer alan örtülü sermaye nitelendirmesi, bu sermaye üzerinden bir gider hesaplanması halinde geçerlik kazanır. İşletmede örtülü sermaye olmakla birlikte bunun üzerinden herhangi bir gider veya maliyet hesaplanmamış ve kayıtlara yansıtılmamışsa, örtülü sermaye hükmü herhangi bir sonuç doğurmaz⁵⁵⁷. Örtülü sermaye sayılan borçlar ancak matraha⁵⁵⁸ etki yaptığı anda vergi hukukunun alanına girmektedir. Dolayısıyla verilen bir borcun örtülü sermaye olarak addedilmesi, ne vergi kanunlarında, ne de diğer kanunlarda herhangi bir yaptırıma bağlanmıştır. Bu kapsamda, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde örtülü sermaye tanım, kapsam

⁵⁵⁴ **Matrah** tanımı için bkz; dpnt:546.

⁵⁵⁵ 1 No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin, 12.1.6'ncı maddesi.

⁵⁵⁶ **Danıştay**, 4.D. 13.12.2001 tarihli ve E:2000/6259, K:2001/4014 sayılı; 4.D. 26.01.1999 tarihli ve E:1998/2255, K:1999/46 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

⁵⁵⁷ Küçük, S. (2007, Şubat). 5520 Sayılı KVK Uyarınca Örtülü Sermaye Uygulaması, *Yaklaşım Dergisi*, (170), s.48.

⁵⁵⁸ **Matrah**; Bir verginin miktarını belirlemek için temel olarak alınan değer olarak tanımlanmaktadır. www.tdk.gov.tr, (son yararlanma tarihi; 26.01.2014).

ve şartları belirlenmekle birlikte, bunların mükellef kurum açısından vergi kanunları karşısında nasıl bir sonuç doğuracağına ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak indirim kabul edilmeyen giderleri düzenleyen 5520 sayılı KVK'nın 11'nci maddesinde örtülü sermayeye isabet eden faiz, kur farkı vb. giderlerin matrahtan indirilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu durum bize, matrah üzerinde etki yaratmayan borçlanmaların örtülü sermaye tanımına girse bile, öz sermayenin üç katının aşılıp aşılmadığının belirlenmesi aşamasında dikkate alınmaması gerektiğini göstermektedir. Bu nedenle, örtülü sermayenin hesaplanması sırasında pay sahibi ya da pay sahibiyle ilişkili kişiden temin edilen borcun, öz sermayenin üç katını aşıp aşmadığının tespiti sırasında, kurumlar vergisi matrahına bir etkisi olmayan, yani faiz, kur farkı vb. gider unsuru taşımayan bir borçlanmanın dikkate alınması mümkün değildir⁵⁵⁹. Çünkü yapılan borçlanma vergisel bir etki doğurmadığı için KVK bakımından bir sonuç yaratmayacaktır⁵⁶⁰.

⁵⁵⁹ Konuyla ilgili olarak Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu bir kararında isabetli tespitlerde bulunmuştur; "Davacı şirketin, 2000 yılında yurt dışında bulunan şirket vasıtasıyla, vasıtalı şirket ilişkisi içinde bulunduğu vakıftan döviz cinsinden yaptığı borçlanmaların örtülü sermaye niteliğinde olduğu ileri sürülerek, söz konusu borçlanma için hesaplanan faiz, kur farkı ve komisyon giderinin, kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilemeyeceği yolunda düzenlenen vergi inceleme raporuna dayanılarak ilave olarak yararlandırılan yatırım indirimi tutarı üzerinden 2001/4 ayı için ikmalen salınan gelir (stopaj) vergisi, hesaplanan fon payı ve kesilen vergi ziyayı cezasını kaldıran vergi mahkemesi ısrar kararının temyizden incelenerek bozulması istenilmektedir. 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 16 ncı maddesinde; kurumların aralarında vasıtalı vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları istikrazlar, teşebbüste devamlı olarak kullanılır ve bu istikrazlarla kurumun özsermayesi arasındaki nispet, emsali kurumlarınkine nazaran bariz bir fazlalık gösterirse, mezkur istikrazların örtülü sermaye sayılacağı belirtilmiş, anılan yasanın 15 inci maddesinin 1 inci fıkrasının 2 nci bendinde de, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde indirim olarak kabul edilmeyeceği kurala bağlanmıştır. Maddelerin incelenmesinden, öncelikle tespiti gereken hususun bir borçlanmanın örtülü sermaye niteliğinde olup olmadığının belirlenmesi olduğu anlaşılmaktadır. Borcun 16 ncı madde kapsamında örtülü sermaye olduğu belirlenmiş ise, bu borç için yüklenen finansman giderinin kurum kazancının tespitinde indirim konusu yapılması mümkün olmayacaktır. Davacı kurum, 1997-2000 yıllarında ... Adalarında mukim ... Coorporation adlı firmadan toplam 46.500.000 Amerikan doları kredi kullanmıştır. Kredinin kullanıldığı günlerde, aynı vade, aynı miktarda ve aynı faiz oranı tahviller çıkaran ... Coorporation firması, bu tahvilleri davacının ortağı olan ... Holding'in hissedarı durumundaki ... Vakfına satmıştır. Dolayısıyla Kanunun aradığı ilk şart olan vasıtalı veya vasıtasız bir şirket münasebeti olayda gerçekleşmiştir. Alınan borcun 2-3 yıl vadeli olması ve yıllar itibarıyla yenilenmiş olması karşısında, borçlanılan meblağların işletmede devamlı olarak kullanılması şartı gerçekleşmiştir. Örtülü sermayenin varlığı için yasanın aradığı üçüncü şart ise, borcun kurumun öz sermayesine nispetinin, emsali kurumlara göre bariz bir fazlalık göstermiş olmasıdır. Alınan kredinin öz sermayeye oranı, dönem başında %82,61, dönem sonu itibarıyla ise %52,17 olarak belirlenmiştir. Aynı şekilde borçlanmış, emsal başka kurumların varlığı saptanmadıkça, borçlanma miktarının emsal kurumlara göre fazla olup olmadığının değerlendirilmesinin, iktisadi ve ticari koşullara göre yapılacağı tabiidir. Alınan kredilerin faizlerinin, yükümlü tarafından başka kuruluşlardan alınan kredi faizlerinden daha yüksek olması ve adı geçen kurumdan yapılan borçlanmanın öz sermayeye oranı dikkate alındığında, Kanunda aranan üçüncü şartın da gerçekleşmiş olduğu sonucuna varılmaktadır. Vergi mahkemesi ısrar kararında, 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 15 inci maddesinde örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancından indiriminin kabul edilmeyeceği hükme bağlandığı, kur farkından kaynaklanan giderler ile alınan krediler karşılığında hesaplanan komisyon giderlerinin de kurum kazancının tespitinde

Örtülü sermaye tanımı, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 1'nci fıkrasında açıkça "kurumların, ortaklarından veya ortaklarıyla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır" hükmüyle yapılmıştır. Madde metninden anlaşılacağı üzere, diğer şartların varlığı koşuluyla, pay sahibi veya pay sahibiyle ilişkili kişilerden alınan borç, şirket öz sermayesinin üç katını aştığında, aşan kısım örtülü sermaye olacaktır. Öz sermayenin kanundaki unsurları içerisinde borcun, öz sermayeyi aşan kısmına faiz, kur farkı vb. bir bedel yüklenmesi gibi bir şart bulunmamaktadır. Bu nitelikteki bir borca; faiz, kur farkı vb. bir bedel yüklenmesi şartı, kanunun 12'nci maddesinin 7'nci fıkrasındaki, örtülü sermaye olmaya bağlanan sonucun bir unsuru olarak düzenlenmiştir. Maddedeki; "örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarlar, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulanmasında, gerek 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" düzenleme ile örtülü sermaye olarak nitelendirilen bir borcun, kâr payı olarak adlandırılmasının şartı hüküm altına alınmıştır.

Hukukta, bir vakanın kanundaki nitelendirmeye uygun olup olmadığı incelemesinin yapılabilmesi, vakanın kanundaki tüm unsurları karşılayıp karşılamadığı tespitiyle mümkün olmaktadır. Yoksa kanundaki nitelendirmeye

indirim olarak kabul edilmeyeceğine dair herhangi bir düzenlemeye yer verilmediği belirtilmiş ise de, Kurumlar Vergisi Kanununun 15 inci maddesindeki düzenlemeye göre, finansman giderini, örtülü sermaye olduğu kabul edilen borç üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz şeklinde defterlere intikal ettiren mükellefler ile finansmanın döviz cinsinden olması nedeniyle dönem sonunda borcu değerleyerek, doğan kur farkını defterlere yazan mükellefler arasında, sırf kanunun lafzından hareketle enflasyon baskısı ile kurun yükseldiği dönemlerde fark yaratmak kanun koyucunun amacına ters düşecektir. Çünkü, bu durumda kur farkı, aynı faiz gibi finansman gideri olarak kullanılmış ve kurum kazancı aşındırılmış olacaktır. Kurumlar Vergisi Kanununun değerlemeye ilişkin hükümleri göz önüne alındığında, kanun koyucunun 15 inci maddede sadece faizden bahsetmiş olması sonucu değiştirmeyecektir. Zira, yabancı para ile yapılan borçlanmanın örtülü sermaye niteliğinde olduğu belirlenmişse, bu paranın borçlanıldığı tarihte Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre değerlendirilerek hesaplara intikali gerekeceğinden, dönem sonunda bir kur farkından söz etmeye olanak bulunmayacaktır. Anılan nitelikteki bir borç için dönem sonunda kur farkı veya komisyon gideri hesaplanmış ve defterlere gider olarak intikal ettirilmiş ise, bu tür giderler, niteliği ve etkileri yönünden kur farkı veya komisyon gideri miktarında örtülü sermayeye faiz hesaplanmasından farklı bir sonuç doğurmayacaktır". (Bkz; Danıştay, VDDGK. 28.12.2007 tarihli ve E:2007/187, K:2007/671 sayılı kararı), (www.kazanci.com).

⁵⁶⁰ Sezgin, B. (2013, Nisan). Maliyeti Olmayan Borçlanmalar Örtülü Sermaye Hesabında Dikkate Alınır mı, *E-Yaklaşım Dergisi*, (244), s.4, <http://uye.yaklasim.com/MagazinDetail.aspx?magazinid=244>, (son yararlanma tarihi; 24.07.2013); Gülhan, N. (2012, Eylül). Faiz ve Kur Farkı Hesaplanmayan Borçlar Örtülü Sermaye Tutarının Hesabında Dikkate Alınabilir mi, (Faiz ve Kur), *Yaklaşım Dergisi*, (237), s.49.

bağlanan bir sonucun var olup olmadığı, başka bir tanımla, hukuki nitelendirmeye bağlanan sonucun uygulanıp uygulanmayacağı olgusu, hukuki nitelendirme için bir şart değildir. Hukuki nitelendirmeye bağlanan bir sonucun varlığı, nitelendirmenin bir unsuru veya şartı olarak kabul edilemez. Bu nedenle de, şirket öz sermayesinin üç katını aşan borçlar, diğer şartların varlığı halinde, kanaatimizce, örtülü sermaye olarak nitelendirilmelidir. Öncelikle borcun örtülü sermaye olduğu tespiti yapılmalı, sonra bu borca herhangi bir faiz, kur farkı vb. bir maliyet yüklenip yüklenmediğinin tespitiyle, örtülü kâr dağıtımının varlığı tartışma konusu yapılmalıdır. Yoksa örtülü sermaye şartları eksiksiz olarak var olmasına rağmen, örtülü sermaye nitelendirmesine bağlanan sonuç söz konusu olmadığı için, bu borcun örtülü sermaye olmadığı tespitini yapmak, bizce kanunun lafzına açıkça aykırılık teşkil eder. Şirket tarafından kullanılan borca, diğer şartların varlığı halinde, örtülü sermaye nitelendirmesi yapmaya müteakip⁵⁶¹, bu borç için şirket hiçbir faiz, kur farkı vb. maliyete katlanmamışsa o zaman, bu borcun örtülü sermaye olmadığı değil, ancak ortada örtülü kâr dağıtımının bulunmadığı yönünde bir tespit yapılabilir. Bu durumda 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının söz konusu olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir. İlişkili iki şirket arasında yapılan borç alma/verme işlemi ile ilgili olarak, borcu veren şirketin, bu borç karşılığında piyasa şartlarına ve emsallerine uygun şekilde her hangi bir faiz almamış olması halinde, bir sonraki bölümde ele alınan örtülü kazanç dağıtımı konusunun gündeme gelebileceğini değerlendiriyoruz⁵⁶². Bunun yanında, kanundaki unsurların hepsini ihtiva eden bir borçlanma işlemi için şirket hiçbir faiz, kur farkı vb. maliyete katlanmamışsa bile, bu borçlanmaların örtülü sermaye olduğunun tespitinin yapılması; diğer pay sahipleri, şirket alacaklıları ve diğer ilgililer için de önemli bir bilgi olup bu tespitin ticaret hukuku açısından da değerli olduğu kanaatindeyiz. Nitekim Alman hukukunda vergi düzenlemelerinden bağımsız olarak, şirketin belli şartlarda pay sahiplerinden borç alması işlemi “esas sermayenin yerini tutan ödünç” veya yedek özsermaye” olarak nitelendirilmektedir⁵⁶³. Türk hukukunda da, özellikle sermayenin

⁵⁶¹ Benzer görüş için bkz; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.508.

⁵⁶² Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s. 581.

⁵⁶³ **Alman hukukunda**, şirket sermayesine katılımları nedeniyle önemli derecede çıkarları olan (genel olarak en az %25) pay sahiplerinin şirkete borç vermeleri durumunda bu borç belli şartlarda “**esas sermayenin yerini tutan ödünç**” veya yasal ifadesiyle “**yedek özsermaye**” olarak nitelendirilmektedir (GmbH 32/a vd maddelerindeki hükümlere istinaden). Burada şirketin, para ihtiyacını sermaye artırımı yerine pay

korunması, dürüst resim ve şeffaflık ilkeleri gereğince benzer bir düzenlemenin yapılmasının gerektiği kanaatindeyiz. En azından, Kamu Gözetim ve Denetim Kurumu tarafından hazırlanan denetim ilkeleri çerçevesinde, bu tür örtülü sermaye işlemlerinin denetim raporlarında belirlenmesinin ve eleştirilerek gerekirse bu bilgilerin kamuoyuyla paylaşılmasının, şirket hesaplarına ve bilançolarına güvenin artıracaklarını değerlendirmekteyiz.

Örtülü sermayenin tutarının hesaplanmasında bir diğer özellikli durum da, şirketin, pay sahipleriyle veya pay sahibiyle ilişkili kişilerle yapmış olduğu vadeli alım/satım işlemlerindeki borçlanma halleridir. Ticari olarak şirketler elbette, varlık sebeplerine uygun olarak ticaret yapacak ve mal/hizmet alım-satımı yapacaklardır. Özellikle şirket; şirketler topluluğu içindeki şirketler veya pay sahibiyle ilişkili şirketler veya hatta pay sahibinin bizatihi kendisiyle mal/hizmet alım-satımı ilişkisine girebilmektedirler. Bu ilişkiler daha çok ileriki bölümlerde⁵⁶⁴ ayrıntılı olarak ele aldığımız “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı” konusuna girmekle birlikte, vadeli satışlardan kaynaklı borçların, örtülü sermaye kapsamındaki borca dâhil olup olmadığının da ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Tebliğ’de belirtildiği üzere; “*vade farkı tutarları ayrıca hesaplanmış olsa da bu borç tutarları örtülü sermayenin varlığının tespitinde dikkate alınmayacaktır*”⁵⁶⁵. Tebliğ’deki açıklama bizce de isabetli olmuştur. Şirketin pay sahipleriyle veya pay sahibiyle ilişkili kişiyle yaptığı ticari işler nedeniyle, ortaya çıkan vade sonucu vade farkından kaynaklanan faiz vb. uygulamaları, örtülü sermaye kapsamındaki hesaplama dışında tutmak kanunun amacına da uygun

sahiplerinden ödünç almak sureti ile karşılması durumunda, “**sermayeye bağlı olma**” kuralının dolanıldığı ileri sürülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz; dpnt:439. (Bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.382-385)

⁵⁶⁴ Bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.1.2.4.

⁵⁶⁵ 1 No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 12.1.6’ncı maddesinde; “**Piyasa koşulları ve ticari teamüllere göre yapılan vadeli mal ve hizmet alımları ile ilgili olarak ortaya çıkan borçlanmalarda, vade farkı tutarları ayrıca hesaplanmış olsa da bu borç tutarları örtülü sermayenin varlığının tespitinde dikkate alınmayacaktır.** Söz konusu süreleri aşan vadeli alımlar nedeniyle ortaya çıkan borçlar örtülü sermayenin varlığının tespitinde dikkate alınacak; bu şekilde hesaplanan örtülü sermaye tutarına isabet eden vade farkları tespit edilerek örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz olarak kabul edilecektir. Öte yandan, gelecekte yapılacak bazı mal ve hizmet teslimleri karşılığında peşin alınan ya da verilen değerleri ifade eden avanslar, sipariş yöntemi ile mal alan işletmenin, sipariş ettikleri iktisadi değerlerin üretiminde üretici işletmeye finansman imkanı sağlamak amacıyla verilebileceği gibi, satış fiyatını düşük tutmak veya satış garantisini sağlamak amacıyla da verilebilmektedir. Avanslar hangi amaçla verilirse verilsin işletmeye finansman imkanı sağladığı açıktır. **Dolayısıyla, alınan avanslar da işletme bakımından alınan borç olarak değerlendirilecek ve örtülü sermaye hesaplamasında dikkate alınacaktır.** Ancak, inşaat işlerinde yapılan iş kısmı ile orantılı olarak hesaplanıp ödenen istihkak bedellerinin avans olarak kabul edilip örtülü sermayenin hesabında borç unsuru olarak dikkate alınması söz konusu değildir” açıklaması yer almaktadır.

olacaktır⁵⁶⁶. Ancak burada önemli olan durum, vadeli işlemlere uygulanana vade farkı vb. uygulamaların, piyasa koşullarına ve ticari teamüllere uygun olması kuralıdır. Esasında burada somut olay, örtülü kazanç dağıtımı içerisindeki emsallere uygunluk ilkesi⁵⁶⁷ kapsamında, yukarıda açıklanan yaklaşımlarla değerlendirilmelidir. Bu tespitleri yaptıktan sonra, konu daha çok vergi hukukunu ilgilendirdiği için bu kapsamda başkaca bir ayrıntıya girilmemiştir⁵⁶⁸.

2.4.2.2. Sübjektif Unsur

Örtülü sermayenin objektif unsurları 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 1'inci fıkrada açıkça belirlenmiştir. Buna göre yukarıda detayıyla açıklanan şartlar gerçekleştiğinde, örtülü sermaye nitelendirmesi yapılacaktır. Ancak örtülü sermaye, yukarıda da belirtildiği üzere hukuki niteliği açısından, kanuna karşı hilenin vergi hukukundaki bir yansıması olan peçeleme işlemidir. Peçelemede, örtülen ve peçelenen bir amaç/saik vardır. Bu nedenle de örtülü sermayenin de, vergi kaçırmak gibi temel bir amacının olması gerekmektedir. Dolayısıyla örtülü sermayenin sübjektif unsuru da "vergi kaçırma" niyetidir⁵⁶⁹. Örtülü sermayede, borcu kullanan şirketin ve bu borcu veren pay sahibiyle ilişkili kişinin temel amacı; aslında şirkete sermaye olarak verilmesi gereken finansman kaynağını, şirkete borç olarak verilmesidir. Bunların temel amacı özetle:

1. Pay sahibi açısından; istenildiğinde şirketten hemen alınabilecek, şirket dışına kolaylıkla çıkartılabilecek bir alacak yaratılması ve alacak için hiçbir bedel (vergi) ödenmemesidir. Ayrıca bu borç için faiz, kur farkı vb. gelirler ortaya çıkartarak, esasında bu bedeli sermaye olarak verildiği hallerde hiçbir şekilde elde edilemeyecek, haksız bir menfaat elde edilmesidir.
2. Şirket açısından da; sermayeyi, olması gerekenden düşük tutarak, ticari hayatına devam edebilmesi için gereken bu bedeli, pay sahibinden borç

⁵⁶⁶ **Danıştay**, 3.D. 07.05.1998 tarih ve E:1997/293, K:1998/1650 sayılı; 4.D. 26.01.1999 tarih ve E:1998/2249, K:1999/41 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

⁵⁶⁷ Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.197 vd.

⁵⁶⁸ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.508. vd; Öncel, M. *a.g.e.*, s.176; Uyanık, N. K. (2009, Aralık). Vadeli İşlemlere Transfer Fiyatlandırması Hükümleri mi, Yoksa Örtülü Sermaye Hükümleri mi Uygulanmalıdır, *Yaklaşım Dergisi*, (204), s.2 vd.

⁵⁶⁹ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.506.

olarak alınmasıdır. Bu şekilde, borca yürütülecek faiz, kur farkı vb. bedelleri giderleştirmektir. Görünüşte gider tanımına uymakla birlikte, esasında gider olmayan bu bedellerin muhasebe kayıtlarına gider olarak kayıt edilmesi suretiyle, vergi matrahından haksız yere indirerek vergi kaçırmaktır.

Örtülü sermayenin tüm tarafları açısından, sermayenin örtülmesinin temel amacı vergi kaçırmaktır. Bu kapsamda, pay sahiplerinden alınan borç tutarları üzerinden hesaplanan faiz, kur farkı vb. giderlerin kurum kazancından indirilerek kurumlar vergisi matrahının aşındırılması ile vergi kaçırma amacı, örtülü sermayenin sübjektif unsurunu oluşturmaktadır⁵⁷⁰. ÖNCEL bu konuda net bir tespit yapmıştır⁵⁷¹: *“Örtülü sermayenin sübjektif unsuru vergi kaçırma niyetidir. Bu müessese, kurumun öz malı olan sermayenin kredi görünümü verilerek yabancı sermaye gibi gösterilmesini ve bu surette vergi kaçırıldığıının, vergi kaçırma niyetinin bu kavrama sıkı sıkıya bağlı olması gerekir”*. Vergi hukukunda bu görüşü destekleyen önemli müesseselerin başında VUK’un 3’üncü maddesinde tanımlanan “ispat” müessesesi gelmektedir. Yukarıda değinildiği üzere⁵⁷² bu maddede *“vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu”* hüküm altına alınmıştır. Danıştay da birçok kararında bu ilkeye atıf yaparak, idarenin temel görevinin vergi tahakkuk ettirirken, gerçek mahiyete göre işlem yapması gerektiğine vurgu yapmaktadır⁵⁷³. Nihai olarak, VUK’un 3’üncü maddesinde, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu bildirildiğine göre; vergi kanunları hükümlerinin yorumlanmasında ve tatbikinde “özün önceliği” olarak ifade edilen bu prensip üzerinde de hassasiyetle durulması gerekmektedir⁵⁷⁴.

Örtülü sermaye, peçelemenin vergi hukukundaki en belirgin yansıması olarak ifade edilirken, hukuki dayanağını VUK’un 3’üncü maddesinden

⁵⁷⁰ Ferhatoğlu, E. ve Köse, T. (2008). Ortaklardan Alınan Sipariş Avanslarının Örtülü Sermaye Müessesesi Bakımından Değerlendirilmesi, Eskişehir, *Mali Çözüm Dergisi*, (89), s.33. www.asosindex.com/journal-article-abstract?id=18498, (son yararlanma tarihi; 26.07.2013).

⁵⁷¹ Öncel, M. *a.g.e.*, s.179.

⁵⁷² Bkz; II. Bölüm, md.1.

⁵⁷³ Danıştay, 4.D. 15.04.209 tarihli ve E:2008/6038, K:2009/1973 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁵⁷⁴ Sarı, H. *a.g.e.*, s.34.

almaktadır⁵⁷⁵. Dolayısıyla vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esas alınacağına göre, peçelemeye de peçenin arkasındaki amaca göre tespit ve hukuki nitelendirme yapılması gerekecektir. Peçeleme konusunda yazar⁵⁷⁶, *“Vergi yükümlüleri ve sorumluları özel hukuk biçimlerini ve kurumlarını olağan kullanımları dışında kötüye kullanarak vergi kaçırma amacı güdüyorlarsa bu amaca yönelik sözleşmelere peçeleme sözleşmesi adı verilir. Bu durumda idare ve vergi yargısı organları, vergilendirmede görünüşteki sözleşmeyi değil, gerçek ekonomik durumu göz önüne alır”* ifadesi ile çok net ve isabetli bir tespit yapmıştır. Yine aynı kapsamda KANETİ⁵⁷⁷; *“Vergi yasasının amacına göre vergilendirme konusu olan iktisadi sonuca, vergi yasasının doğrudan doğruya kapsamadığı bir hukuksal biçimle ulaşılmaya çalışılmaktadır. Peçeleme sözleşmelerinde taraflar, yasanın sözüne uygun davranıyor görünmekle birlikte, onun özünü ihlal etmektedirler”* tespitini yapmaktadır. Görüldüğü üzere, örtülü sermaye bir peçeleme işlemidir. Bu nedenle de örtülü sermaye tespiti; yasaklanan, meşru olmayan bir amaçla, başka bir deyişle vergi kaçırma amacıyla yapılmaktadır. Bu vergi kaçırma amacı da örtülü sermayenin sübjektif unsurunu oluşturur.

Yukarıdaki açıklamalardan da ortaya çıkan sonuç; örtülü sermayenin sübjektif unsurunun, aslında sermaye olan fonların bilerek ve isteyerek borç gibi gösterilmesidir. Bu niyetin arkasında yatan husus vergi kaçırma amacıdır. Esasında sermaye olması gereken, yani şirketin malı olması gereken bir bedel, şirkete borç verilerek, hem şirket hem de veren pay sahibi nezdinde haksız bir menfaat oluşturulmak istenmektedir. Böylelikle vergi kaçırıldığıının gizlenmesi amaçlandığından, vergi kaçırma niyetinin, örtülü sermaye fiilinin amacı olması gerekir. Kanun koyucunun, 5520 sayılı 12’nci maddesi ile bir vergi kaçırma karinesi koymuş olduğunu ifade etmek bizce yanlış olmayacaktır⁵⁷⁸. Maddede sayılan şartların bir arada gerçekleştiği durumlarda, örtülü sermaye tespiti yapmak ve devamında da ilave tarhiyat⁵⁷⁹ yaparak, ceza uygulamak için bizce, gelir

⁵⁷⁵ Sarı, H. a.g.e, s.37.

⁵⁷⁶ Öncel, Kumrulu ve Çağan, a.g.e, s.26.

⁵⁷⁷ Kaneti, S. *Vergi Hukuku*, s.49.

⁵⁷⁸ Taylar, Y. a.g.e, s.10.

⁵⁷⁹ 213 sayılı VUK’nın 20’nci maddesinde **“tarh”** şu şekilde tanımlanmıştır; *“vergi alacağıının kanunlarında gösterilen matrah ve nispetler üzerinden vergi dairesi tarafından hesaplanarak bu alacağı miktar itibarıyla tespit eden idari muameledir”*.

idaresinin mükellefin kasıtlı olduğunu kanıtlaması gerekmez⁵⁸⁰. Bunu maddenin “..... öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır.” ifadesinden çıkarmak mümkündür. Vergi idaresinin mükellefin borç olarak gösterdiği tutarın aslında sermaye olduğunu ortaya koyması durumunda, bunun amaçlanmadığını, istenilerek yapılmadığını ispat külfeti mükellefe düşmektedir⁵⁸¹.

İdarenin vergiyi tahsil etme işleminde, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini araştırması zorunluluğu⁵⁸² yanında; örtülü sermaye nitelendirmesi tesis edilmesinin temel amacının vergi güvenliği sağlamak olduğu tartışmasızdır. Hal böyle olunca, örtülü sermayenin taraflarına, örtülü sermaye olduğu iddia edilen işlemlerin amaçlarının vergi kaçırmak olmadığını, ispat edebilmeleri imkânını vermek gerekmektedir. Nitekim uluslararası yaklaşımlarda da bu konuya vurgu yapılmıştır⁵⁸³.

Danıştay da kararlarında, örtülü sermaye tespitinin yapılabilmesi için, vergi kaçırmaya niyetini ve olgusunu çok net olarak aramaktadır⁵⁸⁴. Bununla birlikte hem doktrinde⁵⁸⁵, hem de Danıştay kararlarında açıkça “verginin aşındırılmış olması” örtülü sermayenin bir şartı olarak gösterilmiştir⁵⁸⁶. Tüm bunların yanında, yukarıda değinilen⁵⁸⁷, vergi hukukundaki “ekonomik yaklaşım” ilkesi de, örtülü sermaye nitelendirmesi için amacın, yani vergi kaçırmaya/vergiyi aşındırma amacının varlığını gerekli kılmaktadır⁵⁸⁸. Nitekim Danıştay Vergi Daireleri Genel Kurulu konuyla ilgili bir kararında⁵⁸⁹ açıkça “*Vergi hukukuna özgü bir yorum yöntemi olan ekonomik yaklaşım, yasanın vergiyi doğuran olayların saptanmasında ve vergi yasası hükümlerinin yorumlanmasında hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerin esas alınması anlamını taşır*” şeklinde isabetli bir tespit yapmıştır. Sonuç olarak, gerekçesi yukarıda açıklandığı şekilde; idare

⁵⁸⁰ Öncel, M. a.g.e, s.180.

⁵⁸¹ Işık, H. a.g.e, s.262.

⁵⁸² **Danıştay**, 4.D. 23.03.1990 tarihli ve E:1989/1939, K:1990/1057 sayılı kararı, (Bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s.869).

⁵⁸³ Işık, H. a.g.e, s.234.

⁵⁸⁴ **Danıştay**, 4.D. 23.12.1998 tarih ve E:1998/3295, K:1998/5516 sayılı; 4.D. 08.05.1968 tarihli ve E:1967/2151, K:1968/2606 sayılı kararları, (Bkz; Öncel, M. a.g.e, s.181).

⁵⁸⁵ Öztaş, Y. a.g.e, s.6; Koyuncu, M. *Transfer Fiyatlandırması*, s.14.

⁵⁸⁶ **Danıştay**, VDDGK. 18.11.2005 tarihli ve E:2005/121, K:2005/272 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁵⁸⁷ Bkz; II. Bölüm, md.1, dpnt:298.

⁵⁸⁸ Geedan, H. A. a.g.e, s.66.

⁵⁸⁹ **Danıştay**, VDDGK. 06.12.1996 tarihli ve E:1996/320, K:1996/410 sayılı kararı, (Bkz; Acar, U. ve Tokay, O. a.g.e, s.46).

açısından örtülü sermaye tespiti yapabilmek için kanun maddesinde belirtilen şartların tam ve eksiksiz olarak gerçekleşmiş olması gereklidir. Ancak bu nitelendirmenin yapılması sonunda, tarafların söz konusu fiililerinin amacının vergiyi kaçırmak/aşındırmak olmadığını, bu nedenle de bir vergi kaybı doğmadığından bahisle bu iddialarını ispatlama hakkını taraflara vermek gerekecektir. Örtülü sermaye esas itibarıyla, kanundaki şartların gerçekleşmesi halinde, öz sermayenin üç katını aşan borçlanmaların, şirkette kullanılmasıyla, vergi matrahının azaltılarak vergi kaçırmayı önlemek amacıyla getirilmiş bir müessesedir. Bu nedenle de örtülü sermayenin sübjektif unsuru “vergi kaçırmak/vergiyi aşındırma” niyetidir.

2.4.3. Örtülü Sermaye Olmaya Bağlanan Sonuçlar

Örtülü sermayeyi düzenleyen 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinin 7'nci fıkrasında, örtülü sermaye olmaya bağlanan sonuçlar hüküm altına alınmıştır⁵⁹⁰. Bu hükümlerle, örtülü sermaye olarak nitelendirilen borçlar üzerinden ödenen faiz vb. bedellerin, örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirileceği düzenlenmiştir. Örtülü sermaye ile ilgili yukarıda yapılan detaylı açıklamalarda da görüleceği üzere; şirketin, pay sahiplerinden veya pay sahibiyle ilişkili kişilerden almış olduğu borç, öz sermayenin üç katını aşarsa, aşan kısım örtülü sermaye olarak nitelendirilecektir.

Bir borç örtülü sermaye olarak nitelendirmişse, artık bu borcu veren ve kullanan açısından bir haksız menfaat temin etme hususunun da, peçeleme (kanuna karşı hile) yapıldığının da tespit edilmiş olduğu kabul edilecektir⁵⁹¹. Bu kabulle, şirket açısından örtülü sermayeye konu faiz, vb. ödemelerin gider olarak kaydedilemeyeceği ve vergi matrahından indiremeyeceği sonucu doğmaktadır. Borcu veren pay sahibi açısından da; örtülü sermaye nitelendirmesi yapılan borç

⁵⁹⁰ 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinin 7'nci fıkrasında “Örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarlar, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulanmasında, gerek 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. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, tam mükellef kurumlar nezdinde yapılacak düzeltmede örtülü sermayeye ilişkin kur farklarını da kapsayacak şekilde, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin bu düzeltmenin yapılması için örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır” hükmü bulunmaktadır.

⁵⁹¹ Vergi uygulamalarında ve **vergi hukukunda hile** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Ergüden ve Yıldırım, a.g.e, s.98 vd.

için şirketten aldığı faiz vb. ödemelerin “örtülü kâr dağıtımı” olarak nitelendirileceği kanun maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Bu tespitin temelinde, ortağın şirkete sermaye koymak yerine, şirketten vergisiz olarak para çekebilmek ve hatta bu para (borç) için fazladan, faiz, vb. menfaatler elde etmek niyetinin tespit edilmiş olması yatmaktadır. Bu niyetlerin uygulamaya geçmesi halinde, örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz vb. ödemeler veya hesaplanan tutarlar, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibariyle dağıtılmış örtülü kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacaktır. Kanunun açık ifadesinden anladığımız üzere de kur farkları bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.

Tebliğ'e göre; borç para verenin dar mükellef kurum⁵⁹², gerçek kişi veya vergiden muaf herhangi bir kişi olması durumunda, örtülü sermaye üzerinden ödenen faizler, borç veren nezdinde örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibariyle dağıtılmış kâr payı olarak kabul edilecektir. Bu şekilde dağıtılmış kâr payı, net kâr payı tutarı olarak dikkate alınacak ve brüte tamamlanarak belirlenen oranlarda vergi kesintisine tabi tutulacaktır⁵⁹³. Kanunun açık hükmüne göre, örtülü sermayeye isabet eden kur farkı giderlerinin kâr payı olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla vergi kesintisine tabi tutulması söz konusu değildir⁵⁹⁴. Eğer borcu veren pay sahibi gerçek kişi veya dar mükellef ise bu durumda KVK'ya göre; örtülü sermaye nitelendirmesi yapılan borç için alacaklıya (pay sahibine veya onunla ilişkili kişiye) ödenen faiz, vb. menfaatler, bu pay sahibine dağıtılmış örtülü kâr payı olarak nitelendirilecektir.

Vergi hukukuna göre, borç (örtülü sermaye) için ödenen faiz vb. menfaatlerin “kâr payı” olmasının temel şartı, söz konusu borç bedeli üstünden, pay sahibine/ilişkili kişiye ayrıca faiz, vb. bir menfaat sağlanmış olmasıdır. Vergi

⁵⁹² **Dar Mükellef** 193 sayılı GVK'nın 6'nci maddesinde tanımlanmıştır. Maddeye göre; “Türkiye’de yerleşmiş olmayan gerçek kişiler sadece Türkiye’de elde ettikleri kazanç ve iratlar üzerinden vergilendirilirler”. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, Türkiye’de kazanç ve irat elde eden fakat Türkiye’de yerleşmiş olmayan gerçek kişilere, vergi kanunlarında dar mükellef denilmektedir. Bunun yanında 5520 sayılı KVK'nın 3'üncü maddesinde de; “**Dar Mükellefiyet; Kanunun 1. Maddesinde sayılı kurumlardan kanuni ve iş merkezlerinin her ikisi de Türkiye’de bulunmayan, sadece Türkiye’de elde ettikleri kazançları üzerinden vergilendirilirler**” açıklamasıyla tanımlanmıştır. Her iki tanımdan da anlaşılacağı üzere, Türkiye’de yerleşik olmayan gerçek kişilerle, iş veya şirket merkezi Türkiye’de olmayan tüzel kişiler, Türkiye’de bir kazanç elde ettiklerinde söz konusu bu kişiler vergi kanunları karşısında “**Dar Mükellef**” olarak adlandırılmaktadır.

⁵⁹³ Ateşgaoğlu, E. a.g.e, s.309 vd.

⁵⁹⁴ 1 No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 12.4.2’nci maddesi

hukukunda, şirketlerin kullandıkları borçların, örtülü sermayeye isabet eden tutarına ilişkin faizleri giderleştirmemeleri veya tahakkuk eden faiz tutarlarını ödememeleri halinde, tahakkuk eden ancak ödenmemiş olan bu tutarların henüz dağıtılmış bir kâr payı olarak değerlendirilmesi mümkün olmayacağından, kâr payı stopajına tabi tutulması da söz konusu olmayacaktır⁵⁹⁵. Anılan faiz tutarlarının ödenmesi halinde ise kâr payının örtülü olarak dağıtıldığı kabul edilecektir.

Vergi hukuku açısından, örtülü sermaye kapsamında pay sahibine ödenen faiz, vb. menfaatlerin, örtülü kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilmesinin temel sebebi vergi aşındırılmasının önüne geçmektir. Başka bir deyişle, örtülü kar dağıtımı nitelendirmesinin gerekçesi; pay sahibinin veya ilişkili kişinin haksız yere ve vergilendirmeden şirketten para almasıdır. Bahse konu bu faiz vb. ad altındaki haksız menfaatin, temelde şirketten pay sahibine ödenirken, (kâr payı stopajı nedeniyle %15) vergi kesintisi yapılarak ödenmemiş olması ve böylelikle vergi kaçırma/vergiyi aşındırma fiilinin gerçekleşmiş olması da örtülü kar dağıtımının bir gerekçesidir. Bunun için de, 5520 sayılı KVK'da, pay sahibinin şirketten, örtülü sermaye için aldığı faiz, vb. menfaatlerin vergilendirilmesi amaçlanarak, alınan bu fazladan bedellere kâr payı nitelendirmesi yapılmıştır. Vergi hukuku açısından bu müessese, kendi içinde tutarlı olup, uluslararası yaklaşımlara da uygundur⁵⁹⁶. Ancak "örtülü kar dağıtımı" nitelendirmesinin yapılması, ticaret hukuku açısından bizce yerinde bir nitelendirme değildir⁵⁹⁷. Bu konudaki tespit ve gerekçelerimiz ilerleyen bölümlerde açıklanmıştır⁵⁹⁸.

⁵⁹⁵ 193 sayılı GVK'nın 94'üncü maddesinde "(i) Tam mükellef kurumlar tarafından; tam mükellef gerçek kişilere, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara ve bu vergilerden muaf olanlara dağıtılan, 75'inci maddenin ikinci fıkrasının (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yazılı kâr paylarından (kârın sermayeye eklenmesi kâr dağıtımı sayılmaz.), (2009/14592 sayılı BKK ile % 15, Yürürlük: 03.02.2009)" hükmü bulunmaktadır. Öte yandan GVK'nın 96'ncı maddesinde vergi tevkifatının 94'üncü madde kapsamına giren nakten veya hesaben yapılan ödemelere uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Hesaben ödemededen kasıt, vergi tevkifatına tabi kazanç ve iratları ödeyenleri istihkak sahiplerine karşı borçlu durumda gösteren her türlü kayıt ve işlemlerdir. GVK'nın 96'ncı maddesinin devamında vergi tevkifatının ücretler dışında kalan ödemelerde gayrisafi tutarlar üzerinden yapılacağı belirtilmiştir. Kesilmesi gereken verginin ödemeyi yapan tarafından üstlenilmesi halinde bu vergi, bilfiil ödenen **kâr payı miktarı ile ödemeyi yapanın yüklediği verginin toplamı üzerinden hesaplanacaktır.**

⁵⁹⁶ Işık, H. a.g.e, s.270 vd.

⁵⁹⁷ **Pulaşlı**, pay sahiplerinin şirkete verdikleri borçların belli şartlarda, 6102 sayılı TTK'nın 358'inci maddesinde düzenlenen "**pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı**"na benzer şekilde belirlenecek bir yasak kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine işaret etmiştir. Yazara göre, bu konu önemli sorunlar oluşturması nedeniyle TTK'da bu konuda bir düzenleme yapılması uygun olacaktır. Biz de yazarın bu görüşüne katılmaktayız. Yazar Alman hukukunda benzer bir düzenleme bulunduğu (GmbH, 32/a vd maddeleri) ve Almanya'da, önemli derecede çıkarları olan pay sahiplerinin şirkete verdikleri belli ağırlıktaki

2.5. Örtülü Kazanç Dağıtımı

2.5.1. Kavram

Vergi hukukunda, örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilebilecek iki fiili durumun varlığına yukarıda dikkat çekilmiştir⁵⁹⁹. Örtülü kâr dağıtımının, söz konusu olduğu birinci hal örtülü sermayedir. İkinci olarak da, örtülü kâr dağıtımı, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki "transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı" halinde söz konusu olmaktadır. Maddenin 1'inci fıkrasında "*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.*" hükmü ile genel olarak, örtülü kazanç dağıtımının sınırları çizilmiştir. Bu madde ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi, uluslararası gelişmeler özellikle OECD'nin düzenlemeleri dikkate alınarak düzenlenmiştir⁶⁰⁰. Bu kapsamda burada tekrar ifade etmek gerekirkirki⁶⁰¹;

borçların "esas sermayenin yerini tutan ödünç" veya yasal ifadesiyle "yedek özsermaye" olarak nitelendirilmesine vurgu yapmaktadır. (Bkz; **Pulaşlı, H. Yeni Şirketler Hukuku**, s.315); Bunun yanında ÇEKER de benzer şekilde PULAŞLI'nın görüşünü desteklemektedir; "*Kanaatimizce, limited şirketlere ilişkin mülga TTK.m.615 hükmünün anonim şirketlere de uygulanacağını kabul ederek sorun asılabilir. Zira yeni Türk Ticaret Kanunu'na hâkim olan dürüst resim ilkesi gereğince, şirket ortakları ve yakınları, mali açıdan zora düşen şirkete borç vermek yerine sermaye koymak suretiyle şirketi krizden kurtarmalıdır. Aksine davranışın bir yaptırımını olmalı, hiç olmazsa bu kişilerin tasfiye sürecinde diğer alacaklılardan sonra alacaklarını tahsil etmeleri gerektiği kabul edilmelidir.*" (Bkz; Çeker, M. a.g.e, s.670); Alman hukukundaki düzenleme için bkz; II. Bölüm, md.2.1, dptn:406; Karaman, **S. Şirketler Hukuku**, s.362 vd.

⁵⁹⁸ Bkz; III. Bölüm, md.4.1.

⁵⁹⁹ Bkz; II. Bölüm, md.1.

⁶⁰⁰ İYMMO'nun 15.09.2007 tarihli ve 07/39-40-41-42 sayılı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkındaki Karar ve Tebliğ; "*OECD oluşturan ilk grup ülkelerin 1979'da oluşturdukları transfer fiyatlandırması ile ilgili olarak temenni niteliğindeki düzenlemeler 27 Haziran ve 13 Temmuz 1995'de yeniden gözden geçirilmiş ve 2001 yılında Uluslararası Girişimciler ve Vergi Yönetimleri için Transfer Fiyatlaması Rehberi adı altında OECD sekreterliği tarafından kitap olarak yayımlanmıştır. Söz konusu rehberde yer alan Transfer Fiyatlandırması hususu uluslararası gelişmeler ve özellikle OECD ülkelerinin toplantı kararları ışığında; çok uluslu şirketlerin ekonomik faaliyetlerini yürüttükleri ülkeler bazında düzenlenmiştir. 5520 sayılı KVK'nın 13'ncü maddesinde düzenlenen Transfer fiyatlandırması, işletmenin ilişkili kişilerle mal ve hizmet satışlarındaki fiyatlandırma ve değerlendirme olarak tanımlanabilir. Bunun yanı sıra Uluslararası Transfer Fiyatlandırması bir uluslararası şirketin kendi bölümleri ya da şubeleri arasındaki mal ve hizmet satışlarında uyguladığı fiyat olarak tanımlanabilir. Başka bir tanıma göre ise transfer fiyatlaması ana şirketin başka şirketlere mal ve hizmet satımlarında uyguladığı fiyatları yabancı ülkede ve kendisine idari veya mali yönden bağlı bulunan şirketlere mal ve hizmet satımlarında uygulamasıdır. Transfer Fiyatlandırması ana şirketin mal ve hizmet satımlarında uyguladığı fiyat ve değerlendirmeyi kendisine mali ve idari yönden bağlı bulunan şirketleri arasında emsallere uygunluk ilkesine göre belirlemeyerek vergiden kaçınmayı sağlayan bir yönetim tekniği olarak da tanımlanabilir. Bu çerçevede 21.06.2006 tarih ve 26205 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13'üncü maddesinde yer alan "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı" na ilişkin düzenlemeler OECD'nin yayımladığı söz konusu Uluslararası Girişimciler ve Vergi Yönetimleri için Transfer Fiyatlaması Rehberi dikkate alınarak hazırlanmıştır. 5520 sayılı kurumlar*

“kâr” ve “kazanç” terimleri bir birinden farklı anlamlarda kullanılmaktadır. Kanunlarımızda kâr-kazanç kavram ilişkisi ile ilgili açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, TTK’da genellikle “kâr” kelimesi kullanılmış olup, yukarıda ifade edildiği üzere yalnızca yönetim kurulu üyelerine bu hizmetlerinin karşılığı olarak, kâr dağıtım aşamında ödenecek bedeller için “kazanç payı” ifadesi kullanılmıştır. Ancak TBK’da, bizce esasında “kâr” terimi ile ifade edilebilecek bazı durumlar için de “kazanç” ifadesi kullanılmıştır. Örneğin TBK 622 ve 623’üncü maddelerinde adi ortaklık kârını ifade etmek için “kazanç” kelimesi kullanılmıştır. Ancak kâr-kazanç kelimelerinin tercihi açısından TBK ile TTK arasındaki farklılığın net bir sebebi tam olarak ne kanunların lafzında ne de gerekçesinde bulunmaktadır.

Örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili olarak ifade edebilecek ilk sınıflandırma, örtülü kazanç dağıtımının bir vergi güvenliği müessesesi olduğudur⁶⁰². Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde, örtülü kazanç dağıtımını nitelendirmesinin temel amacının vergi güvenliği müessesesi olduğu açıkça ifade edilmektedir⁶⁰³. Örtülü kazanç dağıtımının hukuki niteliği de yukarıda ifade edildiği üzere, kanuna karşı hilenin vergi hukukundaki yansıması olan bir peçeleme⁶⁰⁴ işlemidir. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımında da, öncelikle ortada özel hukuk kapsamında taraflar açısından geçerli olan bir işlem vardır. Ancak taraflar bu işlemi bir perde gibi kullanarak, başka bir deyişle kanuna karşı hile yaparak, arkada hukuka uygun olmayan bir sonuç elde etmek istemektedirler. Örtülü kazanç dağıtımında şirket, hayatın normal akışına uygun olmayan, emsale uygunluk ilkesine⁶⁰⁵ aykırı olarak, pay sahibiyle/ilişkili kişilerle geçerli bir ticari ilişki kapsamında bir işlem tesis etmektedir. Bu yolla, esasında pay sahibinin/ilişkili kişinin şirketten vergisiz

vergi kanunu 13'ncü maddesinde yer alan transfer fiyatlandırmasının Türk Vergi sistemi açısından vergi güvenlik müessesesi olarak düzenlendiğini görmekteyiz. Yasada yapılan düzenlemeyle ilişkili kişilerle olan ekonomik faaliyetlerin emsallere uygunluk prensibine göre yapılması temel amaç olarak yer aldığı, Transfer Fiyatlandırması'nın özünü emsallere uygunluk prensibi ve bu prensibe uygun/aykırı şekilde ilişkili kişilerle yapılan mal/hizmet ya da değerlendirmeler Transfer fiyatlandırması uygulamalarının omurgasını oluşturmaktadır”

http://www.itym.com/itym/dosyalar/maliplatform/2007_39.%20transfer%20fiyat%20-%20ortulu%20kazanc.pdf, (son yararlanma tarihi; 15.02.2014).

⁶⁰¹ Bkz; I. Bölüm, md.2.1.

⁶⁰² Özelmacıklı, B. (2010). *Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Türkiye Uygulamaları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya, s.46 vd.

⁶⁰³ Kızılot, Ş. a.g.e, s.332.

⁶⁰⁴ **Peçeleme işlemi** ile ilgili açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.1.2.

⁶⁰⁵ **Emsallere uygunluk ilkesi** konusundaki açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.3.

(maliyetsiz) kazanç elde etmesi amaçlanmaktadır. Örtülen/perdelenen işlem, örtülü kazanç elde etme işlemi, daha somut ifadeyle pay sahibine/ilişkili kişiye ekonomik yaklaşım⁶⁰⁶ kapsamında vergisiz kazanç aktarılmasıdır. Nitekim, 5520 sayılı KVK'nın 6'nci fıkrasındaki; “*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*” hüküm ile de, örtülü kazanç dağıtımında perdelenenin/örtülenin, aslında bir örtülü kâr dağıtımı olduğu ifade edilmektedir.

Örtülü kazanç dağıtımı konusu, ülkemizde ilk olarak mülga 5422 sayılı KVK'nın 17'nci maddesinde düzenlenmiştir. Yukarıda da ifade edildiği üzere, 5520 sayılı KVK'da, mülga 5422 sayılı KVK'nın 17'nci maddesi esas itibarıyla korunmuş olmakla birlikte “transfer fiyatlandırması”⁶⁰⁷ başlığıyla yeni bir kavram getirilerek “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı” konusunda bir düzenlemeye gidilmiştir. Örtülü kazanç dağıtımının düzenlendiği 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde, özellikle Danıştay uygulamalarındaki tespitler ve OECD raporlarındaki⁶⁰⁸ somut kriterler esas alınmış olup, bu sayede hem idarenin, hem de yargının somut ve objektif tespitler yapabilmesine imkân tanınmıştır⁶⁰⁹.

Örtülü kazanç (hidden income) terimsel olarak; “*bir şirketin başkalarına, genellikle pay sahiplerine, dolaylı yollardan sağladığı yüksek kazançlar*” olarak tanımlanmıştır⁶¹⁰. Örtülü kazanç dağıtımı genel olarak; şirketin ekonomik faaliyetinden meydana gelen ve maliyetleri şişirmek ya da gelirlerini eksik göstermek gibi kâr-zarar hesabında yapılacak olan gerçeğe aykırı değişikliklerle gündeme gelmektedir. Bu tür kazançların da vergilendirilmeden, aslında şirkette kalması gereken kazancın, dağıtım ya da sermaye geri ödemesi gibi yolların

⁶⁰⁶ Savaş, A. a.g.e, s.6; Bkz; II. Bölüm, md.1, dpnt:298.

⁶⁰⁷ Transfer fiyatlandırması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Açar, S. (2011). Transfer Fiyatlandırması, Örtülü Kazanç Dağıtımı, (Örtülü Kazanç Dağıtımı), Ankara-s.33-90; Bostan, M. K. (2008). *Türk Vergi Sisteminde Transfer Fiyatlandırmasına İlişkin Düzenlemeler*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Manisa-s.39 ve 94; Kaşkaya, B. E. (2010). *Transfer Fiyatlandırması Uygulamasının Türkiye'deki ve Gelişmiş Ülkelerdeki Yeri*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.9 ve 80.

⁶⁰⁸ Son olarak OECD Rapor Taslağı 03.01.2014 tarihinde yayımlanmıştır. <http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/>, (son yararlanma tarihi; 13.04.2014).

⁶⁰⁹ Ertan ve Güçenme Gençoğlu, a.g.e, s.82-83.

⁶¹⁰ Seyidoğlu, H. (2002). *Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük*, 3. Baskı, İstanbul, s.481.

dışındaki yollarla, ilgili gerçek ve tüzel kişilere aktarılması, örtülü kazanç dağıtımı olarak tanımlanabilmektedir⁶¹¹.

Yukarıda da değinildiği üzere, örtülü kazançtan bahsedebilmek için, şirketin pay sahibi/ilişkili kişi ile vergi kaçırmak, vergisiz olarak şirket dışına (pay sahibine) maliyetsiz menfaat temin etme niyeti aranacaktır. Dolayısıyla, esas olan şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasında, hayatın normal akışına, piyasa şartlarına ve emsal uygulamalara aykırı olan bir ticari ilişkinin varlığıdır. Çalışmamızda bir çok kez vurguladığımız üzere, sermaye şirketlerinin varlık nedeni; kâr elde ederek, bu kârın belli oranını pay sahiplerine dağıtmaktır⁶¹². Ancak kurumlar vergisi açısından bu kârın dağıtılmasının bir maliyeti ve ticaret hukuku açısından da, yukarıda detayını izah edildiği gibi⁶¹³ bir usulü vardır. Zira şirketler, bilançolarına göre elde ettikleri kazançlarını ilk önce kurumlar vergisine tabi tutmak zorundadır. Kurumlar vergisi ve benzeri yükümlülükler yerine getirildikten sonra açık kâr dağıtımı olarak adlandırılan⁶¹⁴ dağıtım şeklinde, kurumun cari dönemde⁶¹⁵ kâr elde etmiş olması ya da geçmiş dönemlerden gelen birikmiş kârın varlığı gereklidir⁶¹⁶. Hem ticaret kanunu hem de vergi kanunlarına göre yapılan bu kâr dağıtımının elbette tüm taraflar açısından bazı külfetleri vardır. Şirket, kâr dağıtımı ile ilgili yukarıda detayıyla açıklanan tüm usulleri ve işlemleri yerine getirecek, hesaplamaları ve kayıtları yapacak, ilgili raporları tanzim edecek ve usulüne uygun genel kurul kararı olarak kârı dağıtabilecektir. Kâr elde eden pay sahibi de elde ettiği kârdan, kural olarak vergi ödeyecektir. Kâr dağıtımı işleminin de aynı zamanda hem kanunlara hem de şirket esas sözleşmesine uygun olarak yapılması bir zorunluluktur. Dolayısıyla şirketler hukukunda geçerli olan eşit işlem ilkesi⁶¹⁷ ve kâr payı alma

⁶¹¹ Türedi Erdoğan, E. A. *a.g.e.*, s.65.

⁶¹² Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.624.

⁶¹³ 6102 sayılı TTK'nın "Eşit İşlem İlkesi" başlıklı 357'nci maddesi. Ayrıntılı bilgi için bkz; dpnt:524.

⁶¹⁴ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.185.

⁶¹⁵ **Cari Dönem**; "geçerli olan, yürürlükte olan dönem" olarak tanımlanmaktadır. www.tdk.gov.tr, (son yararlanma tarihi; 06.02.2014).

⁶¹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; I. Bölüm, md.1.4; Türedi Erdoğan, E. A. *a.g.e.*, s.66.

⁶¹⁷ Doktrin ve Yargıtay kararlarında sıkça kullanılan "eşit işlem ilkesi" 6102 sayılı TTK'nın 357'inci maddesi ile açık bir şekilde düzenlenerek kanuni bir ilke haline getirilmiştir. İlgili madde hükmüne göre; "Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur". Gereğede de belirtildiği üzere bu hüküm ile bir taraftan organların öznel ve keyfi karar ve uygulamalarına bir üst hukuk kuralı ile kanuni bir barikat çekmekte, diğer taraftan da esas sözleşmelerdeki hükümlerin adil ve menfaatler dengesine uygun bir şekilde yorumlanmasının sağlanması amaçlanmaktadır. Eşit işlem ilkesi ile ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.4.1.

hakkının vazgeçilmez hak olma özelliği⁶¹⁸ vb. tüm ticaret hukukuna hâkim olan ilkeler de bu kapsamda şirketi kısıtlamaktadır.

Bazen şirketler ve pay sahipleri de bu kısıtlamalara ve külfetlere tabi olmadan şirketten para çıkartabilmeyi ve pay sahibine de vergisiz (maliyetsiz) menfaat temin edebilmeyi amaçlamaktadırlar. İşte bu yaklaşımlar, genel olarak birçok ülkede ve elbette nihayetinde ülkemizde de benzer yollar ve usullerle yapılmaktadır. Uluslararası düzenlemelerin başında gelen OECD raporlardan ve Avrupa Birliği üye ülkelerindeki düzenlemelerden esinlenerek hazırlanan 5520 sayılı KVK da, bu konudaki uygulamalarla; verginin aşındırılmasını engellenmeyi amaçlayan, bir vergi güvenliği müessesesi olarak, kanunun 13'üncü maddesindeki "transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı" hükmü vaaz edilmiştir. Şirketler tarafından yapılan bu tür örtülü kazanç dağıtımı işlemleri temelde; pay sahipleri/ilişkili kişiler ile şirketler arası mal ve hizmet alımlarını piyasada oluşan fiyatlardan değil, yapay fiyatlarla yapılması suretiyle meydana gelir. İşte örtülü kazanç konusuyla ilgili olarak yapılan düzenlemelerin temelinde de; şirketin mal varlığı ile pay sahiplerinin mal varlığının birbirinden ayrılması ve şirket kazancının kurumlar vergisine tabi tutulmadan dağıtılmasını önlemek yatmaktadır⁶¹⁹.

TTK'da örtülü kazanç dağıtımı veya örtülü sermaye sonucunda gündeme gelen örtülü kâr müessesesi, açıkça ve bir hükümlerle düzenlenmiş değildir. Ancak TTK'da da, yukarıda ifade edildiği gibi, şirket ile pay sahiplerinin mal varlıklarının

⁶¹⁸ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.761; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.638; **Kâr payı hakkının vazgeçilmez hak niteliği** bulunup bulunmadığı hususuna bir açıklık getirilmemekle beraber konu 6102 sayılı TTK'nın 452'inci maddesinin gerekçesinde; "*Hüküm, 6762 sayılı Kanunun 385 inci maddesinin birinci fıkrasını bazı değişikliklerle tekrar etmektedir. Müktesep haklar kavram olarak korunmuştur. Bu suretle müktesep haklar Tasarı tarafından tanınmıştır. Tasarı, 6762 sayılı Kanunun "münferit pay sahiplerinin bu sıfatla haiz oldukları müktesep haklarda rızaları olmaksızın değişiklik yapılamaz" hükmüne yer vermemiş, ayrıca, müktesep hakları yetersiz bir şekilde tanımlayan ve müktesep hakları sayan ikinci fıkra yanlış anlamalara yol açtığı için çıkarılmıştır. 6762 sayılı Kanundaki liste müktesep hakların tümünü içermediği gibi, müktesep hakların farklı türde hatta derecede olabileceklerine de işaret etmektedir. Tanım ise, müktesep hakların tümünü kapsamıyordu. Ayrıca 6762 sayılı Kanun çeşitli maddeleri ile de çelişki içindedir. Bazı müktesep haklar mutlak nitelik taşıırken bazıları niteliklerinden şüphe edilebilecek ölçüde sınırlandırılabilirdi. Kavramın (İsv. TBK'nın aksine) muhafaza edilmesinin sebebi kanunun bu tür haklara çeşitli hükümlerinde yer vermesi ve esas sözleşme ile de bu nitelikte hak oluşturabilmesidir. Nitekim kavramın kanundan tamamen çıkarıldığı İsviçre'de hukukî durum değişmemiştir. **Hükümde müktesep hakların bir yönden bir türünü oluşturan başka bir yönden de mezkûr haklardan tamamen farklı özellikleri olan vazgeçilmez haklara da kavram olarak yer verilmiştir**" şeklinde açıklanmıştır. Konuyla ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.2.4.*

⁶¹⁹ Türedi Erdoğan, E. A. *a.g.e.*, s.67.

tamamen ayrı olduğuna vurgu yapılmıştır. Nitekim ticaret şirketlerinde sermayenin korunması ilkesi⁶²⁰ kapsamında, şirket sermayesinin şirket faaliyetleri doğrultusunda yalnızca şirketin kullanımında olduğu ve sermayenin de yalnızca şirket mülkiyetinde bulunduğu TKK'nın genel gerekçesinde de vurgulanmıştır⁶²¹.

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, hem vergi hukukuna ve hem de ticaret hukukuna göre şirket ile pay sahiplerinin mal varlıkları tamamen bir birinden farklıdır. Bunun vergi hukukundaki bir yansıması olarak şirketten bir şekilde pay sahibine maddi bir menfaat sağlanacaksa, bu ya kâr payı dağıtımı yoluyla, ya sermaye azatımı sonrası sermayeden artan kısmın dağıtımı ile veya tasfiye payının dağıtımı ile mümkün olmaktadır. Kâr payını, şirket açık bir şekilde kanundaki usullerle pay sahiplerine dağıttığında vergisel bir yükü ve yukarıda ifade edilen diğer külfetlerle karşı karşıya kalmaktadır⁶²². Bu nedenle de, şirketler ve pay sahipleri, kanunun izin verdiği işlemlerle (perdeleme), bir şekilde pay sahibine emsallerine veya hayatın normal akışına ve piyasa uygulamalarına aykırı şekilde haksız kazanç sağlama yolunu seçebilmektedirler. Bu durumda da ortaya, örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilen durum çıkmaktadır. Bir işlem kanundaki tüm unsurları taşıyacak şekilde örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmişse, sonrasında bu işleme münhasır olarak ortağın elde ettiği haksız menfaatler de örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmektedir. Çalışma konumuz örtülü kâr dağıtımı olduğu için, örtülü kâr dağıtımının, örtülü sermayeden sonra ikinci şekli olan

⁶²⁰ Bkz; I. Bölüm, md.1.2.

⁶²¹ 6102 Sayılı TTK'nın Genel Gerekçesi'nin 57 No'lu başlığı altında, bu durum şu şekilde ifade edilmiştir: **“Güvenli kuruluş ile sermayenin korunması, anonim şirketin sınırlı sorumlu bir ticaret şirketi olmasından kaynaklanan ve birbirini tamamlayan iki taşıyıcı ilke veya bir taşıyıcı ilkenin iki yüzüdür. Bu ilkeler, veya ilke, sermayenin, şirketin hem işletme konusunun hizmetinde bulunmasını hem de tam tasarruf yetkisinin kapsamında olmasını ifade eder. “Hizmetinde olmak” sermayenin, kural olarak, şirketin mülkiyetinde olması, sermayenin gerçek değeri ile şirkete fiilen getirilmesi, korunması ve geri iade edilmemesi şeklinde tanımlanır. AET'nin 13/12/1976 tarihli ve 77/91 sayılı şirketlere ilişkin ikinci yönergesi de bu anlayışı vurgular. Anılan ilkeler, denetlemenin amaca uygun yapılabilmesi için, basit, şeffaflığı sağlayıcı ve açık kuruluş ve sermaye artırımı hükümlerini gerekli kılar...”** Benzer şekilde Genel Gerekçe'nin 60 No'lu başlığı altında, şirket malvarlığının ve bu kapsamda şirket sermayesinin şirketin malvarlığı olarak korunması yönündeki gerekliliğe ilişkin şu beliremeye yer verilmiştir: **“...Asgari sermaye kavramı, uzun yıllar sermayenin korunması ilkesi yönünden olmazsa olmaz görülmüş, kâr dağıtımının sermayeden veya sermayenin adeta tamamlayıcısı olarak öngörülmüş bulunan kanunî (zorunlu) yedek akçelerden yapılmasını engelleyen bir sınır olarak değerlendirilmiştir. Çünkü, geçmiş yıl zararları kapatılmadan kâr dağıtılamaz; kanunî yedek akçe, sermayenin belirli bir tutarını aşmadıkça ancak kanunla belirlenen yerlere harcanabilir; yoksa pahasahiplerine aktarılamaz, sermayeye eklenemez. Bu iki yasak Avrupa ülkelerinin ortak ilkeleridir. Yüksek Düzeyli Uzmanlar Raporunda (93 nolu paragraf) asgari sermayenin şirketin rekabet gücüne etkisi incelenmiş, ilkenin bu açıdan ne yararı ne zararı olduğu sonucuna varılmıştır. Ancak “rekabet gücü” ölçütünün elverişli olup olmadığı kendi başına bir sorundur”.**

⁶²² Bilgili ve Demirkapı, a.g.e, s.202.

transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesini ayrıntılı olarak ele almak ve bu kapsamda ortaya çıkan haksız menfaatlerin, TTK'da tanımlanan şekilde bir kâr dağıtımı sayılıp sayılmayacağını tartışmak gerekmektedir.

2.5.2. Örtülü Kazanç Dağıtımının Unsurları

Hukuk sistemimizde, bir normun hukuk zemininde sonuç doğurabilmesi için normda soyut bir şekilde tarif edilen ve sınırları çizilen olayın somut olarak gerçekleştiğinin tespiti gerekmektedir. Normun, somut olaya uygulanıp uygulanmayacağını tespit edebilmek için de, soyut norm tarifindeki unsurların, somut olayda eksiksiz olarak var olup olmadığını ortaya koymak, başka bir deyişle, normda soyut olan unsurlar ile somut olaydaki unsurları tam olarak örtüşmelidir⁶²³. Bunun için de öncelikle hukukun, normlarda soyut bir şekilde tarif edilen unsurları tam ve eksiksiz olarak ortaya koyması gerekir. Örtülü kazanç dağıtımı da, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde normlaşmıştır. Maddeye göre örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için; şirketin pay sahibi veya ilişkili kişi ile ticari ilişkiye girmesi, bu ilişki sonunda pay sahibine/ilşkili kişiye haksız menfaat sağlanması, yapılan işlemlerin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olması gerekmektedir. Bu gereklilikler, örtülü kazanç dağıtımının objektif unsuru olarak sınıflandırılmaktadır. Kanun maddesindeki düzenlemede açık olarak örtülü kazanç dağıtımının objektif unsurları sayılmış olmakla birlikte, maddeye göre; örtülü kazanç dağıtımının objektif unsuru olarak hazine zararı da sayılabilir. Çünkü maddeye yapılan bir ekleme ile bazı durumlarda hazine zararının aranması gerektiği hüküm altına alınmıştır⁶²⁴.

Ancak bu objektif unsurların tam olarak oluştuğu tespit edilse bile, bu tespit tek başına örtülü kazanç nitelendirmesi için yeterli değildir. Ek olarak şirketin bu kazancı dağıtırken açıkça vergiyi aşındırmak/kaçırmak niyet ve iradesi ile hareket etmesi gerekmektedir. Bu amaç ve irade de örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsurunu oluşturur. Burada şirketin vergiyi aşındırma/kaçırma iradesinden kasıt, esasında pay sahibine haksız menfaat sağlandığını bilmesi ve bunu istemesi

⁶²³ Keyman, S. (2002). *Hukuka Giriş*, Ankara, s.35; Battal, A. (2013). *Hukukun Temel Kavramları*, Ankara, s. 8 vd.

⁶²⁴ 04.06.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5766 sayılı Kanun'un 21'inci maddesiyle; 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde yapılan değişiklik sonucunda, maddeye; **örtülü kazanç tespiti için kanunda sayılan hallerde hazine zararının aranması hakkındaki 7'nci fıkra eklenmiştir.**

anlamına gelir. Yoksa şirketin muhakkak yaptığı eylemin hukuki niteliğini ve sonuçlarını bilmesi gerekli değildir⁶²⁵.

2.5.2.1. Objektif Unsur

Örtülü kazanç dağıtımının unsurları temel olarak 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde hüküm altına alınmıştır. Bu maddenin 1'inci fıkrasında örtülü kazanç dağıtımının unsurları açıkça belirlenmiş olup maddede; *“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”* hükmü ifade edilmiştir. Madde metninden anlaşılacağı üzere, örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için tam ve eksiksiz olarak:

1. Şirketin ilişkili kişilerle ticari bir işlem yapması,
2. Bu işlemin ilişkili kişilere haksız menfaat sağlaması,
3. İşlemin emsale uygunluk ilkesine aykırı olması ve
4. Hazine zararı, tespitlerinin yapılmış olması gerekir.

Bu dört şart genel olarak örtülü kazanç dağıtımının objektif unsuru olarak nitelendirilmektedir.

2.5.2.1.1. Şirketin İlişkili Kişilerle Ticari Bir İşlem Yapması

5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesine göre, şirketlerin yaptığı işlemlerin örtülü kazanç dağıtımı sayılabilmesi için temel olarak, şirketin pay sahibi/ilşkili kişiyle ticari bir işlem yapması gerekmektedir. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımının temel objektif unsuru ilişkili kişi ile yapılan ticari iş olduğuna göre öncelikle örtülü kazanç dağıtımındaki “ilişkili kişi” kavramının incelenmesi gerekmektedir.

⁶²⁵ Öncel, M. a.g.e, s.32.

İlişkili Kişi

5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında ilişkili kişi kavramı açıklanmıştır⁶²⁶. Maddedeki düzenleme ile esasında açık ve net bir şekilde ilişkili kişinin sınırlarını çizmiştir. Örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için, öncelikle şirketin ticari ilişkiye girdiği kişinin, ilişkili kişi olması ve bu kişiye sağlanan menfaatin de ilişkili kişi olma sıfatına dayanması gerekmektedir. Eğer şirketin sağladığı menfaat, ilişkili kişi olma sıfatına dayanmıyorsa, burada örtülü kazanç dağıtımından bahsedilemez.

Örtülü kazanç dağıtımı nitelendirilmesine bağlanan sonuç da örtülü kâr dağıtımı sayılmadır. Hal böyle olunca pay sahibi veya pay sahibiyile ilişkili kişi dışındaki kişilere kâr dağıtımı yapmak hem hukuken hem de fiili olarak mümkün olmayacağı için, örtülü kazanç dağıtımının da ancak ilişkili kişi sıfatına sahip kişiye yapılması gerekmektedir. Esasında burada, ilişkili kişiden kastın, ticaret hukuku kapsamındaki "pay sahibi"⁶²⁷ sıfatına sahip kişi olması gerekir. Ancak örtülü kazanç dağıtımı tespitinin sonucunda gündeme gelecek olana "örtülü kar dağıtımı", pay sahibi olmayan kişilere sağlanan haksız menfaatleri de kapsadığı için, bu nitelendirmenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

6102 sayılı TTK'da, anonim şirketlerde pay sahibi sıfatına sahip kişiye, "ortak" ifadesi yerine "pay sahibi" ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımında, bu dağıtımın yani söz konusu ticari ilişkideki menfaatin, kişinin ilişkili kişi olma sıfatına dayanmasından kasıt; bu menfaatin doğrudan veya dolaylı olarak⁶²⁸ "pay sahibi" sıfatına dayanmasıdır. Esasında 5520 sayılı KVK'daki

⁶²⁶ 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında; "**İlişkili kişi**; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır" hükmü bulunmaktadır.

⁶²⁷ **Pay sahipliği** konusuyla ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.1.3.2.

⁶²⁸ Buradaki "**dolaylı olarak**" ifadesindeki kastımız; maddedeki ilişkili kişi tanımının pay sahibi dışındaki kapsamındaki kişilerdir. Sonuçta haksız menfaat sağlanan ve böylelikle usulüne aykırı bir şekilde emsale uygunluk ilkesine aykırı şekilde şirketten menfaat elde eden pay sahibidir. Pay sahibi bunu ya doğrudan kendi üzerine, ya da kendiyile ilişkili kişileri kullanarak, görünüşte bunlar üzerinden ama esasında kendi şahsına ait menfaat elde etmektedir. **Bu nedenle bizce örtülü sermaye tespiti yapılabilmesi için, bu**

“transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı” düzenlemesinin amacı, vergi aşındırmasını/kaçırmasını önlemek olduğuna göre, bu kapsamda söz konusu menfaatin de pay sahipliği sıfatına doğrudan veya dolaylı olarak dayanması tespiti, kendi içinde tutarlı olmaktadır. Sonuç olarak örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için, şirketin pay sahibine veya onunla ilişkili kişiye haksız bir menfaat sağlaması ve bu menfaatin de ilişkili kişi sıfatından kaynaklanması gerekmektedir.

Örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili yukarıda yapılan tespiti destekleyecek şekilde, AĞAR çalışmasında⁶²⁹ isabetli bir açıklama yapmıştır: *“TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının objektif unsurlardan biri de, ilişkili kişinin işletmeyle yaptığı işlemde elde ettiği menfaatin onun ilişkili kişi sıfatına dayanması, yani ilişkili kişi olmanın menfaatin verilmesinde temel belirleyici olmasıdır. İşletme, ilişkili olmadığı kişilerle yaptığı hukuki işlemlerde de aynı şekilde menfaat sağlıyorsa, ilişkili kişi sıfatına dayanan bir menfaat aktarımından söz edilemez. TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, ilişkili kişiye aynı şartlar altında üçüncü bir kişiye verilmeyecek olan bir menfaat sağlandığında gerçekleşir. İlişkili kişinin işletme veya ortaklık sağladığı menfaatin temelinde ilişkili kişi sıfatı olduğundan, ilişkili olmayan kişilere sağlanan menfaatler TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı kapsamında değerlendirilmez. TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının en basit şekli; işletmenin, ortağın veya ilişkili diğer kişilerin özel hukuk sözleşmesi arkasına gizlenmiş bir işlemle o işletmeden doğrudan doğruya menfaat sağlamasıdır. İşletmenin, ortağın veya ilişkili diğer kişilerin, menfaati doğrudan doğruya sağlamayıp, ortağın akrabalarından biri, işletmenin veya ortağın hissedarı olduğu başka bir kişi yahut ilgili olduğu kişiden dolaylı yolla sağlaması da mümkündür. 5520 sayılı (yeni) KVK'nın 13/2 maddesindeki "ilişkili kişi (...) kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder." ve "Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır." ifadeleriyle TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının dolaylı yolla*

menfaatin bir şekilde doğrudan veya dolaylı olarak pay sahipliği sıfatına dayanması gerekmektedir. Kaldı ki; yukarıda değinilen sübjektif unsur da, bilmek ve kasti olarak vergi kaçırma/aşındırma istemek olgusunun varlığına dayandığı için, doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olmayan veya sayılmayan bir kişiye sağlanan menfaatte vergi aşındırma veya kaçırma iradesinin olması mantıken ve fiili olarak mümkün değildir. Bu nedenle de, kanaatimizce pay sahipliği sıfatı, örtülü kazanç dağıtımında irdelenmesi gereken bir olgudur.

⁶²⁹ Ağar, S. *İlişkili Kişi*, s.181.

elde edilmesine işaret edilmiştir. Bu çerçevede "ilişkili kişi"; işletmelerin kendi ortakları, işletmelerin veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya işletmeyle idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya işletmeleri ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyuyla üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır”.

5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesi 2'nci fıkrasındaki ilişkili kişi tanımı kapsamında olabilecek kişiler şunlardır:

- Şirketlerin kendi pay sahipleri,
- Şirketlerin veya pay sahiplerinin ilgili bulunduğu gerçek veya tüzel kişiler,
- Şirketlerin veya pay sahiplerinin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek veya tüzel kişiler,
- Şirketlerin veya pay sahiplerinin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek veya tüzel kişiler,
- Pay sahiplerinin eşleri,
- Pay sahiplerinin veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları.
- Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan gerçek ve tüzel kişiler.

İlgili maddedeki tanımdan da anlaşılacağı üzere ilişkili kişi, gerçek kişi veya tüzel kişi olabilmektedir. Kanun maddesinde geçen kurum ifadesinden; sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflar ile bunlara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıkları, anlaşılmaz. Gerçek kişi ifadesinden ise; gelir vergisi uygulamasında gerçek kişi kabul edilip⁶³⁰ vergilendirilenler ile şahıs

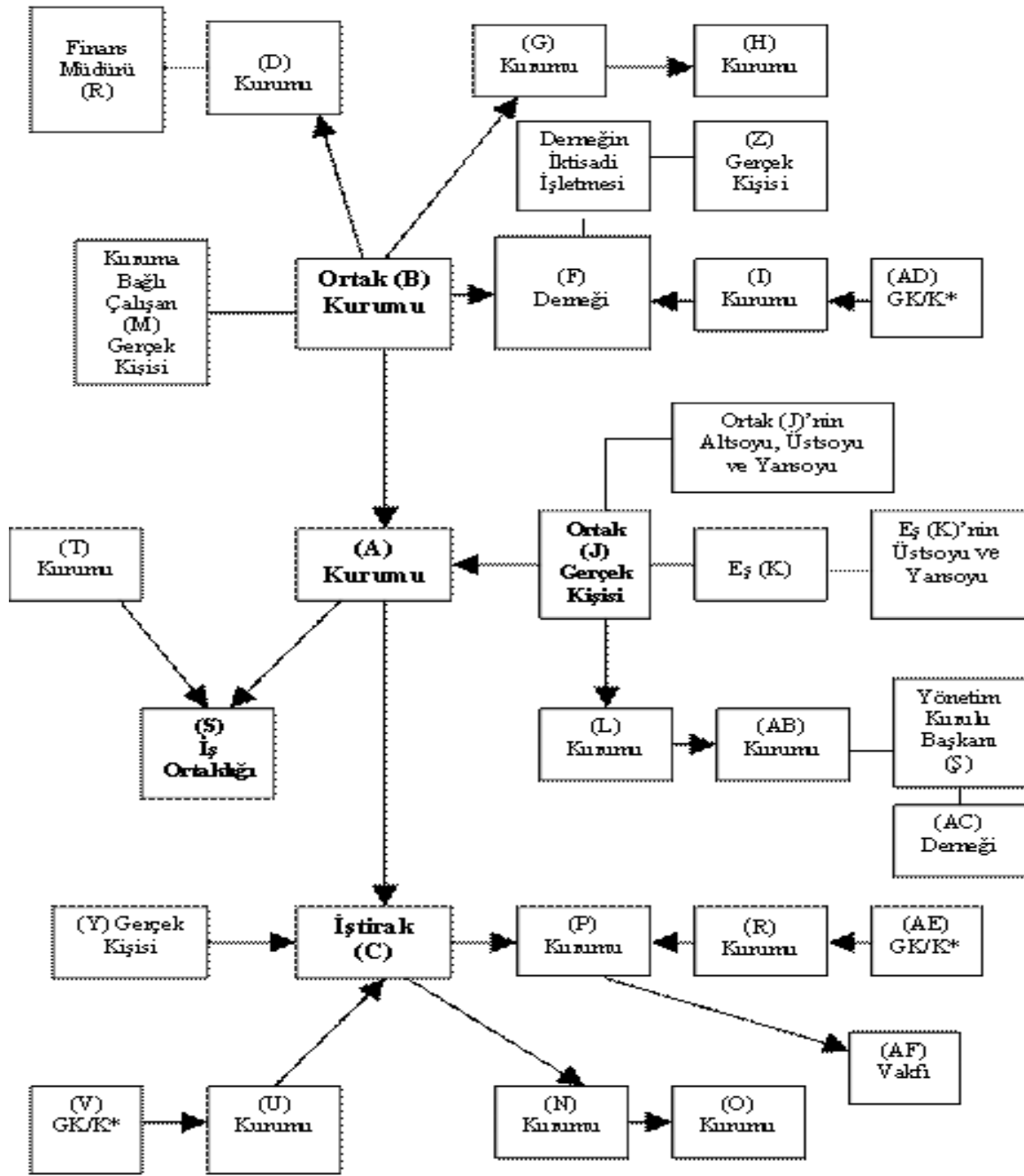
⁶³⁰ 193 sayılı GVK'nın 1'inci maddesinde; “Gerçek kişilerin gelirleri gelir vergisine tâbidir. Gelir bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarıdır” hükmü bulunmaktadır.

şirketleri (kollektif, komandit şirketler) ve adi ortaklıkların anlaşılması gerekmektedir⁶³¹.

İdare yayımladığı, Örtülü Kazanç Dağıtımı ile İlgili Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nde⁶³² ilişkili kişi kavramı ayrıntısıyla açıklanmıştır. Aşağıda bu Tebliğ'deki ilişkili kişi şeması ve bunun açıklaması yer almaktadır. Ancak, çalışma konumuzun anonim şirketlerde "örtülü kâr dağıtımı" olması nedeniyle, bundan sonraki bölümlerde, öncelikle pay sahibi ve pay sahibi ile ilişkili kişiler açısından örtülü kazanç dağıtımı müessesesi irdelenecek olup, vergi hukuku alanına giren diğer ilişkili kişilerle ilgili tespitler, konumuzun sınırları dışında olduğu için ayrıca irdelenmeyecektir. Tebliğ'in "İlişkili Kişi" başlıklı 3'üncü maddesinde:

⁶³¹ Tuncer Tokur, Ö. (2008, Ocak). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi Kavramı ve Grup İçi Hizmetler, *Vergi Dünyası Dergisi*, (317), s.172–173; Bostan, M. K. *a.g.e.*, s.95.

⁶³² 18.11.2007 tarihli ve 26704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren; 1 Seri No.lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ, <http://www.gib.gov.tr/index.php?id =1079&type=teblig>, (son yararlanma tarihi; 30.07.2013), Bu Tebliğ çalışmamızda "**Transfer Fiyatlaması Tebliğ**" olarak anılacaktır.



* GK/K: Gerçek kişi veya kurum

Yukarıda KVK, ilgili Tebliğ ve uygulamada ilişkili kişi kavramının genel sınırını çizmeye çalışılmıştır. Konumuzu ilgilendiren ilişkili kişilerden ayrıca bahsetmenin de, bu kişilerin “örtülü kâr dağıtımı” ile nasıl ilişkilendirileceğini ilerde ortaya koyabilmek açısından, faydalı olacağı değerlendirilmektedir.

Pay Sahipleri

Kanun maddesindeki ilişkili kişi⁶³³ kapsamındaki “pay sahibi” kavramı⁶³⁴, genel olarak, şirketlerin gerçek veya tüzel kişiden oluşan pay sahiplerini ifade eder. Şirket ile pay sahibi arasındaki ilişki temel olarak pay sahipliği ilişkisidir. Genel kural olarak, anonim şirkette pay sahibi olmak için, pay senedine sahip olmak gerekmemektedir. Dolayısıyla hiçbir pay senedine sahip olmayan, çıplak pay⁶³⁵ sahipleri de, şirket pay sahibi, yani vergi hukukundaki tanımıyla, şirket ortağıdır. Dolayısıyla anonim şirkette, şirketin her hangi bir pay senedine sahip olmasa da, pay defterinde kayıtlı olan gerçek veya tüzel kişiler şirket pay sahibidir⁶³⁶.

Ancak vergi hukukunda, örtülü kazanç dağıtımı hususundaki “ilişkili kişi” kapsamına intifa senetleri sahipleri de dâhil edilmektedir⁶³⁷. Örtülü kazanç dağıtımı müessesesinde intifa senetleri sahibi kişiler de ilişkili kişi kapsamında değerlendirildiği⁶³⁸ için, anonim şirketlerde intifa senetleri sahiplerine emsallere

⁶³³ TMS. 24 Hakkında 17 Sıra No.lu Tebliğ'e göre ilişkili taraf (kişi); **“İlişkili Taraf:** Bir tarafın bir işletme ile ilişkili sayılması için: (a) Söz konusu tarafın, doğrudan ya da dolaylı olarak bir veya birden fazla aracı yoluyla: (i) İşletmeyi kontrol etmesi, işletme tarafından kontrol edilmesi ya da işletme ile ortak kontrol altında bulunması (ana ortaklıklar, bağlı ortaklıklar ve aynı iş dalındaki bağlı ortaklıklar dahil olmak üzere); (ii) İşletme üzerinde önemli etkisinin olmasını sağlayacak payının olması; veya iii) İşletme üzerinde ortak kontrole sahip olması; (b) Tarafın, işletmenin bir iştiraki olması (“TMS 28 İştiraklerdeki Yatırımlar” Standardında tanımlandığı gibi); (c) Tarafın, işletmenin ortak girişimci olduğu bir iş ortaklığı olması (bakınız: “TMS 31 İş Ortaklıklarındaki Paylar”); (d) Tarafın, işletmenin veya ana ortaklığının kilit yönetici personelinin bir üyesi olması; (e) Tarafın, (a) ya da (d) de bahsedilen her hangi bir bireyin yakın bir aile üyesi olması; (f) Tarafın; kontrol edilen, ortak kontrol edilen ya da önemli etki altında veya (d) ya da (e) de bahsedilen her hangi bir bireyin doğrudan ya da dolaylı olarak önemli oy hakkına sahip olduğu bir işletme olması; veya (g) Tarafın, işletmenin ya da işletme ile ilişkili taraf olan bir işletmenin çalışanlarına işten ayrılma sonrasında sağlanan fayda planları olması, gerekir”.

⁶³⁴ Pay sahibinin tanımı 6102 sayılı TTK’da doğrudan yapılmamakla beraber, yukarıdaki bölümlerde detaylı olarak tanımlandığı üzere, pay sahibi genel itibariyle şirketin kuruluşunda veya daha sonra yapılan sermaye artırımını ile aslen veya devren paya veya pay senedine sahip olan kişidir. Konuyla ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.3.

⁶³⁵ Anonim şirketlerde senede bağlanmamış paylar **“çıplak pay”** olarak nitelendirilmekte ve pay senedi gibi her çeşit işleme konu olabilmektedirler. (Bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.552); Senede bağlanmamış çıplak payların da nama ya da hamiline yazılı olabileceği yönündeki görüş için ayrıca bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.553 vd; Çıplak pay ile ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.1.3.3.

⁶³⁶ Türk Hukuku’nda pay sahipliğinin kazanılması kural olarak aslen, devren ya da miras yoluyla mümkündür. Pay sahipliğinin kazanılması ve pay sahipliğine bağlı haklara yukarıda I. Bölüm’de değinilmiştir. (Bkz; I. Bölüm, md.1.3); **Anonim şirketlerde paylar sabit kalmakta ancak payın sahipleri kanunda belirtilen şartlar dâhilinde değişebilmektedir. Bu anlamda pay sahipliğinden doğan hakların pay sahiplerinin şahsi nitelikte bir hakkı olmadığı, paya bağlı bir hak olduğu unutulmamalıdır.** (Bkz; **Karaman, S.** Şirketler Hukuk, s.630 vd); Sevi, A. M. *Payın Devri*, s.29.

⁶³⁷ Açar, S. *İlişkili Kişi*, s.8.

⁶³⁸ Transfer Fiyatlandırması Tebliğ, md;13.1.3, s.6, <http://www.gib.gov.tr/index.php?İd=1079&type=teblig>, (son yararlanma tarihi;30.07.2013).

uygunluk ilkesine aykırı şekilde sağlanan haksız menfaatler de örtülü kazanç olarak nitelendirilebilecektir⁶³⁹.

Konuyla ilgili olarak Transfer Fiyatlandırması Tebliğ 3.1.1'inci maddesinde⁶⁴⁰; şirketin doğrudan veya dolaylı olarak sermaye payına sahip gerçek veya tüzel kişilerin veya bu kişilerin pay sahibi olduğu başka şirketlerin "ilişkili kişi" kapsamında değerlendirileceği ifade edilmektedir. Vergi idaresi konuya, yalnızca vergi alacağı ve bu kapsamda bir vergi güvenlik müessesesi olarak, verginin aşındırılmasını /kaçırılmasını önleme prensibiyle yaklaştığı için, ilişkili kişi olma kriterleri çok geniş tutulmuştur.

Örtülü kazanç dağıtımını nitelendirmesi yapabilmek için, pay sahibinin, şirkette sahip olduğu pay oranının veya miktarının bir önemi yoktur. Önemli olan pay sahipliği ilişkisi, yani miktardan bağımsız pay sahipliğidir. Eğer gerçek veya tüzel kişi (kurum) şirkette çok küçük veya önemsiz de olsa pay sahibiyse, bu durumda da ilişkili kişi sayılacak ve bu kişiyle veya bu kişiyle ilişkili başka kişi ile madde kapsamında bir ticari ilişki kuracak olursa, maddedeki diğer şartların var olması halinde, örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapılabilecektir. Kanun maddesindeki ilişkili kişi tanımında yalnızca pay sahibi olunması yeterli kabul edilmiş olmasının yanında, maddede başka bir ayrıntı verilmiş değildir. Bu nedenle özellikle uygulamada çok küçük oranda paya sahip olan etkisiz pay sahiplerinin veya halka açık şirketlerin İMKB'de işlem gören pay senetleri sahiplerinin de ilişkili kişi kabul edilmesi önemli eleştirilere maruz kalmıştır⁶⁴¹. Bizce de, İMKB'de işlem gören pay senedi sahiplerinin şirket ortağı kabul edilerek, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesine göre, bu pay sahipleri ile şirketle yaptıkları ticari işlerde emsale uygunluk ilkesine göre değerlendirme yapılarak örtülü kazanç dağıtımını

⁶³⁹ **İntiha hakkı ve intifa senetleri** konusundaki açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.3.

⁶⁴⁰ Transfer Fiyatlandırması Tebliğ 3.1.1'inci maddesinde; "*Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 2'nci maddesinde tüzel kişiliklerinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kurumlar vergisine tabi olan mükelleflerin gerçek ve tüzel kişi pay sahipleri Kanununun 13 üncü maddesi gereğince ilişkili kişi sayılacak ve bu kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak yapılan mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını çerçevesinde değerlendirilecektir. Dolayısıyla, kurumların doğrudan veya dolaylı olarak sermaye payına sahip gerçek kişi veya kurum ortakları ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir. Diğer taraftan, gerek ortakların doğrudan veya dolaylı pay sahibi oldukları kurumlara, gerekse bu kurumların kendi aralarındaki ilişki Kurumlar Vergisi Kanunu'nun uygulamasında ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir. Bu ilişkilerde sermaye veya kâr payı oranının herhangi bir önemi bulunmamaktadır*" hükmü bulunmaktadır.

⁶⁴¹ Ağar, S. Örtülü Kazanç Dağıtımını, s.107; Ateşagaoglu, E. a.g.e, s.153, dpnt:79; Acar, U. ve Tokay, O. a.g.e, s.191.

nitelendirmesi yapmak, her zaman hakkaniyetli ve kanunun amacına uygun sonuçlar doğurmayabilir. Bu nedenle somut olayda, sübjektif unsurun varlığını tespit ederek, vergi kaçırma/aşındırma iradesinin aranması isabetli olacaktır.

Bu yaklaşımı destekler mahiyette, örtülü sermaye müessesinin düzenlendiği 12'nci madde 4'üncü fıkrada⁶⁴² benzer şekildeki kaygılar nedeniyle, pay senetleri İMKB'de işlem gören şirket pay sahiplerinin ilişkili kişi kabul edilebilmesi için, söz konusu şirketteki payının en az %10 olması, kanun koyucu tarafından uygun görülmüştür. Kanaatimizce örtülü kazanç dağıtımını tespiti yaparken, maddedeki "şirket ortağı" ifadesinde, şirketi kontrol altında tutabilme⁶⁴³, başka bir deyişle, şirketten örtülü kâr dağıtımını yapılabilmesine karar verdirebilecek şekilde etkin olan pay sahipleri ifadesinin anlaşılması daha uygun olacaktır⁶⁴⁴. Bu tespit esasında her somut olayda, örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsurunun da dikkate alınması zaruretinin de bir ispatı sayılabilir. Dolayısıyla İMKB'de işlem gören pay senetlerinden, şirketin en az %10 payına sahip olan kişilerin, ilişkili kişi kabul edilmesi uygun olacaktır. Başka bir deyişle, 13'üncü maddedeki "örtülü kazanç dağıtımını" tespiti yapılırken, 12'nci maddedeki "örtülü sermaye"nin objektif kriterlerinin, kıyasen uygulanmasının daha isabetli olacağını değerlendiriyoruz. Elbette konu daha çok vergi hukukçularını ve idari yargıyı ilgilendirmekle birlikte, örtülü sermaye düzenlemesindeki ilişkili kişi tespitinde aranan %10 pay sahipliği ilkesinin veya buna benzer bir yaklaşımın, hem pay senetleri İMKB'de işlem gören şirketler için yapılacak tespit, hem de kapalı anonim şirketlerdeki ilişkili kişi tespitinde uygulanmasının, daha isabetli olacağını değerlendiriyoruz.

Çalışma konumuz anonim şirketlerde örtülü kâr dağıtımını olduğu için, burada vergi hukukunda yapılan örtülü kazanç dağıtımını tespitleriyle ilgili, pay sahibine ve

⁶⁴² 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinin 4'üncü fıkrasında; "Kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin edinilmesi durumunda, söz konusu hisse nedeniyle pay sahibi veya ortakla ilişkili kişi sayılanlardan temin edilen borçlanmalarda en az % 10 ortaklık payı aranır" hükmü bulunmaktadır.

⁶⁴³ Türkiye'dekine benzer şekilde, İngiltere'de de, emsallerine uygunluk ilkesi esas alınmıştır. Bu düzenlemeler, OECD düzenlemelerinin paralelinde olup; transfer fiyatlandırması ile ilgili kriterlerde "kontrol altında tutabilme ilkesi" benimsenmiştir. İngiltere'deki düzenlemeler için bkz; CTA 2010 (Corporation Taxes Act) Bölüm 1124 (önceden ICTA 1988, Schedule 28AA).

⁶⁴⁴ Bizim görüşümüze destekler mahiyette olmak üzere, Transfer Fiyatlandırması Tebliği'ndeki "İlişkili Kişi" başlıklı 3'üncü maddede; "Gelir Vergisi Kanunu'nun uygulanmasında ise teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoy, üçüncü derece dahil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler ilişkili kişi sayılmaktadır" ifadesi yer almaktadır.

pay sahibinin ilişkili kişilere sağlanan, emsal dışı menfaatlerin ele alınması gerekmektedir. Vergi idaresi, Transfer Fiyatlaması Tebliği'nde, şirket çalışanları ve hatta şirket avukatıyla yapılan ve bedelleri emsale uygun olmayan işlemleri bile örtülü kazanç dağıtımını kabul etmiştir⁶⁴⁵. Ancak buradaki açıklamalar, yalnızca örtülü kâr dağıtımını olarak değerlendirilebilecek, yani ticaret hukuku açısından kâr dağıtımının tarafı olabilecek pay sahiplerine ve pay sahipleri ile ilişkili kişilerle sınırlıdır. Burada yalnızca pay sahiplerini değil, pay sahipleri ile ilişkili kişileri de çalışmamıza dâhil edilmesinin sebebi, pay sahibinin ilişkili kişileri kullanarak, aslında ilişkili kişi nezdinde ona sağlanan menfaatlerin, dolaylı olarak pay sahibine ait olması gerçekliğidir.

Şirketin veya Pay Sahiplerinin İlgili Bulunduğu Gerçek veya Tüzel Kişi

Vergi Hukukundaki Temel Kural

Örtülü kazanç dağıtımının taraflarından biri şirket pay sahibidir. Pay sahibini nitelendirmek ve tespit etmek oldukça kolaydır. Ancak kanun maddesindeki “kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum” hükmü ile “ilgili bulunma hali” örtülü kazanç dağıtımındaki, ilişkili kişi kapsamında bir ölçü olarak kabul edilmiştir. Buradaki “ilgili bulunma” halinin tespiti zor ve sübjektif ölçülere dayanır. Bu nedenle de esasında bizce örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsuru olan, “bilerek ve isteyerek” vergi kaçırmak/aşındırmak halinin varlığının tespiti ile konu biraz daha netleştirilebilir. Kanun koyucu, yukarıda da değinildiği üzere, örtülü sermayenin düzenlendiği 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde, ilişkili kişiyi nitelemek için objektif kriterler getirerek %10 pay sahipliği gibi bir ölçü öngörmüştür. Ancak 13'üncü maddede düzenlenen örtülü kazanç dağıtımında bu şekilde net bir ölçü getirilmiş değildir.

Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nin 3.1.2'nci maddesinde “ilgili bulunma hali” detaylı şekilde açıklanmıştır⁶⁴⁶. Tebliğ'deki açıklamalardan anlaşılacağı gibi,

⁶⁴⁵ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nin 3.1'inci maddesi.

⁶⁴⁶ Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nin 3.1.2'nci maddesinde “**ilgili bulunma hali**” konusunda detaylı açıklamalar yer almaktadır: “*Kurumun ilgili bulunduğu gerçek kişi ifadesinden, kendi ortağı olan gerçek kişiler dışında kalan, kurumların ortağı olduğu şahıs şirketlerinin diğer gerçek kişi ortakları ile kurum çalışanları gibi şahıslar anlaşılmaktadır. Öte yandan, kurum çalışanlarının söz konusu kurum ile ilişkilerinin sadece işveren-hizmet erbabı ilişkisi içinde bulunması durumunda ilgili kurum ile kurum*

vergi idaresi kanun metnindeki “ilgili bulunma” halini oldukça geniş yorumlamaktadır. Şirket çalışanları, hatta şirkete bir sözleşmeyle hizmet eden üçüncü kişiler bile “pay sahipleri ile ilgili bulunan kişiler” olarak tasnif edilmişlerdir. Vergi hukuku açısından konu bu şekilde geniş yorumlanabilir mi sorusunun cevabını vergi hukukçuları tartışmaya devam ediyorlar⁶⁴⁷. Ancak konuya ticaret hukuku açısından baktığımızda, bunun hukuken mümkün olmadığını ifade edebiliriz. Çünkü örtülü kazanç dağıtımı nitelendirmesinin devamında, bu nitelendirmeye bağlanan sonuç örtülü kâr dağıtımıdır. Kâr dağıtımı da genel anlamıyla, pay sahiplerine ve kimi zaman pay sahiplerinin kâr payı hakkını kısıtlar nitelikte olmasına karşın, Kanun’da sayılan durumlarda kâr payı alma hakkı tanınanlara⁶⁴⁸ yapılabilecek bir ödemeden ibarettir.

Ticaret hukukuna hâkim olan ilkelerden biri olan “kâr, payı takip eder⁶⁴⁹” kuralı en başta kârın, pay sahibine dağıtılmasını zorunlu kılar. 5520 sayılı KVK’nın

çalışanı, yapılan ücret ödemeleri bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak, kurum ile çalışanları arasında yukarıda belirtilen istihdam ilişkisi dışındaki işlemler, ilişkili kişilerle yapılan işlem kapsamında değerlendirilecektir. Kurumun ilgili bulunduğu kurum ise kendi ortağı dışında, kurumun kendisinin pay ortağının bulunduğu bir başka kurumu yani iştiraklerini ifade etmektedir. Bir kurum diğer bir kuruma pay sahibi ise iki kurum ilişkili sayılacak, pay sahibi olduğu kurum üzerinden başka bir kuruma pay sahibi ise dolaylı olarak ilişkili olduğu kabul edilecektir. Diğer bir ifadeyle, kurumların doğrudan veya dolaylı olarak iştirak ettiği diğer kurumlar ve şahıs şirketleri ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir. Öte yandan kurumun ortağı olduğu şahıs şirketlerinin diğer kurum ortakları ilişkili kişi sayılacaktır. Kurum ortağının ilgili bulunduğu gerçek kişiler, Kanununun 13 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında da belirtildiği üzere, ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları, kayın hısımlarını ya da kurum ortakları ile ekonomik ve sosyal olarak ilişkili bulunan gerçek kişileri ifade etmektedir. Örneğin; (A) Kurumun ortağı olan (B) gerçek kişinin ekonomik ve sosyal olarak yakın ilişkide bulunduğu (C) gerçek kişinin şahsi işletmesi ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır. Ayrıca kurum ortağının pay sahibi olduğu şahıs şirketlerinin diğer gerçek kişi ortakları ilişkili kişi sayılacaktır. Kurum ortağının ilgili bulunduğu kurum ise, kurum ortağının başka bir kurum ile olan ortaklık ilişkisini ifade etmektedir. Ayrıca kurum ortağının pay sahibi olduğu şahıs şirketlerinin diğer kurum ortakları ilişkili kişi sayılacaktır. Diğer bir ifadeyle, kurum ortaklarının doğrudan veya dolaylı olarak pay sahibi olduğu kurumlar ve şahıs şirketleri ile söz konusu kurum ve şahıs şirketlerinin diğer kurum ortakları ilişkili kişi sayılacaktır. Örneğin; bir kurumun kendi ortağı tüzel kişinin iştiraki olan başka bir tüzel kişi ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır. Öte yandan, bir kurumun ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumların kendi aralarındaki ilişki Kurumlar Vergisi Kanunu’nun uygulamasında ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir”.

⁶⁴⁷ Koyuncu, M. (2001, Ağustos). Tespit Edilen Kurumlar Vergisi Matrah Farklarının Kâr Dağıtımına Bağlı Stopaj Müessesesi Açısından İrdelenmesi, (Stopaj), *Vergi Dünyası Dergisi*, (240), s.67; Ateşagaoglu, E. a.g.e, s.152.

⁶⁴⁸ **Kârda imtiyazlı paylar, intifa senedi sahipleri, kâra katılma hakkı veren tahviller ve şirket çalışanlarına ödenen kâr payı da şirket pay sahiplerinin kâr payı alma hakkını sınırlar niteliktedir.** Konuyla ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.3.

⁶⁴⁹ Bu ilkenin özü, kâr payı hakkının paydan doğan, bir başka deyişle pay sahibinin sadece bu paya sahip olması nedeniyle kazandığı bir hak olmasıdır. **Bu nedendir ki, paya veya pay senedine sahip olan kişi, paydan doğan kâr payı hakkının da muhatabı olacaktır.** Konuyla ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.1.3; TEKİNALP konuyla ilgili olarak benzer yönde; “pay, pay sahipliği mevkiidir. AO’da pay

13'üncü maddesindeki örtülü kazanç dağıtımını, pay sahibine doğrudan veya dolaylı olarak sağlanan ve emsallerine uygun olmayan, emsallerinden daha fazla, haksız bir menfaat olarak kabul etsek bile, bu sonuç bizce değişmez. Şöyle ki; örtülü kazançta, şirket kendi pay sahibine doğrudan veya dolaylı olarak menfaat sağlaması gereklidir. Başka bir deyişle, bu menfaat görünürde doğrudan pay sahibine ulaşmasa da, dolaylı olarak pay sahibine ulaşmalı, yani bu menfaatten bir şekilde pay sahibinin faydalanması veya faydalanabilecek durumda olması, işlemin nihayetinde pay sahibinin menfaati için yapılmış olması gerekir. Bizce ancak bu durumda, sonucuna katılmamakla birlikte, vergisel açıdan bir kâr dağıtımından bahsedilebilir.

Ticaret Hukuku Açısından Temel Kuralın Eleştirisi

Örtülü kazanç dağıtımında ortaya çıkan haksız menfaat, pay sahibi dışındaki bir üçüncü kişiye sağlanmışsa, söz konusu menfaatle ilgili örtülü kâr dağıtımını tespiti yapabilmek için; bu üçüncü kişinin aslında görünürde bu menfaati almış olması gerekmektedir. Ancak bizce bu menfaate, vergi hukuku açısından bile, kâr dağıtımını nitelendirmesi yapabilmek için, üçüncü kişi ile pay sahibi arasında, daha sonradan bu menfaatten pay sahibinin faydalanabileceği bir ilişki olması gerekir. Yoksa şirket çalışanları vb. üçüncü kişilere yapılan haksız ödemeler/menfaatler bizce vergisel açıdan bile örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilemez. Bu da hukuka, kanuna ve iyi niyet kurallarına, yöneticiler için "basiretli olma" ilkesine, yönetim kurulu açısından "özen ve sadakat" yükümlülüğüne vb. birçok hukuk kuralına veya ilkesine aykırıdır. Bu aykırılıklara bağlanan sonuç bizce örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilemez. Çünkü bu şekildeki üçüncü kişilere sağlanan menfaatin pay sahibi ile bir ilgisi yoktur.

Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nde belirtildiği şekilde şirket çalışanları veya şirket avukatı veya şirkete danışmanlık (uzmanlık) yapan bir serbest meslek erbabının, şirketten elde ettiği haksız menfaatlerin, örtülü kazanç dağıtımını olarak

sahipliği hakları ve borç, pay sahibine değil "pay"a bağlıdır. Pay bir pay sahipliği mevki oluşturur veya başka bir ifade ile pay, pay sahipliğine bağlı hak ve borçların "birlik"idir" açıklamasıyla görüşümüzü desteklemektedir. (Bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Ortaklıklar Hukuku I, s.546)

kabul edilmesi bizce kanunun amacına aykırılık teşkil eder⁶⁵⁰. Çünkü bu menfaatlerle pay sahipliği sıfatının hiçbir ilgisi bulunmamaktadır. Bir an bu haksız menfaatlerin örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilebileceğini düşünsek bile, bu menfaatlerin emsallerine uygun olmaması nedeniyle örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmesi ve buna göre pay sahibine (normal kay payında %15 stopaj vergisi) vergi tahakkuk ettirilmesi zaten ne hukuken, ne de fiili olarak mümkün olmayacaktır⁶⁵¹. Bu tespitimize, “haksız menfaatten alınan %15’lik stopaj vergisini, pay sahibi değil şirket ödeyecektir” şeklinde bir karşı görüş öne sürülebilir. Ancak, bahse konu stopaj vergisini şirket, ilgili kişiye kâr dağıtımı yapmış olduğu faraziyesiyle, ödemektedir. Dolayısıyla şirket, sanki pay sahibine bir kâr dağıtımı yapmış gibi vergisel bir işlemle muhatap kalmaktadır. Mali tablolarda da bu vergi ödemesi, pay sahiplerine bir kâr dağıtımı yapıldığı, ancak bu kâr dağıtımında kesilmesi gereken stopaj vergisi kesilmediği bir durum gibi yansiyacaktır. Tüm bu gerekçelerle, bizce pay sahibi olmayan üçüncü kişilere yapılan haksız ödemelerin, sonradan kâr dağıtımı gibi vergilendirilmesi ve buna göre muhasebe kayıtlarının düzeltilmesi yerinde bir işlem değildir. İdare bahse konu haksız ödemeleri (menfaatleri) başka bir ad altında vergilendirmesi yolunu seçerek, aynı oranda vergisini tahsil etme cihetine gitmiş olsa veya bu konu mali tablolarda kâr dağıtımı

⁶⁵⁰ Konuyla ilgili yazar **örtülü kazanç dağıtımının amacını** ve tarafların arasındaki ilişkiyi belirlerken bizim değerlendirmemiz paralelinde isabetli tespitler yapmıştır: “İşletme bünyesinde gerçekleşen kazanç, normal veya açık kâr dağıtımında ortaklara sermayeye iştirakleri oranında dağıtılır. Açık kâr dağıtımının muhatabı kurumun ortaklarıdır. Ancak TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımında kurum ortaklarının dışındaki kişiler de bu dağıtıma muhatap olabilir. Kanunda "ilişkili kişi" tanımına yer verilmesinin nedeni, kurumların, ortakları dışındaki kişilerle olan ilişkileri dolayısıyla kurum bünyesinde gerçekleşen kazancı vergiye tabi tutmadan kurum dışına aktarmaları olasılığıdır. TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının yapıldığı ilişkili kişiyle pay sahibi arasında şahsi veya maddi ilişki vardır. Şahsi ilişki; akrabalığa veya sözleşmeye dayanabileceği gibi sosyolojik ilişki şeklinde de gerçekleşebilir. Maddi ilişki ise, kurum veya ortağın diğer ortaklıktaki hisseleri nedeniyle ortaya çıkar. Kanunda açıklık bulunmamakla beraber, "kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum" ifadesi, hem şahsi, hem de maddi ilişkileri içerecek şekilde anlaşılmalıdır. "İlgili bulunma" geniş ölçüde takdire dayandığından, kurum veya ortakların ilgili oldukları gerçek kişi veya kurumun tespiti güçtür. İlişkili kişilere yapılan ödemelerde "menfaat sağlanan kişi" ile "menfaatin izafe edildiği kişi" kavramları arasında ayırım yapılmalıdır. Kurumun sağladığı menfaatle malvarlığı artan kişi "menfaat sağlananadır. Kurumla ortaklık bağı bulunmayan bu kişi, kuruma veya ortağa bir şekilde bağlıdır. Bunlar "kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum"dur. Buna karşılık "**menfaatin izafe edildiği kişi**", menfaati bizzat almamakla birlikte, kendisine menfaat sağlanmış varsayılan kurum veya ortaktır. Burada TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı dolaylı yolla gerçekleşir. Örneğin; payları (A) elinde toplanmış (X) A.Ş., (Y) A.Ş.'ye herhangi bir menfaati ivazsız olarak verir ve (Y) A.Ş.'nin payları da büyük ölçüde (A)'ya ait olursa, (Y) A.Ş. kurumun ve ortağın "ilgili bulunduğu kişi" sayılır. Her ikisinde de aynı pay sahibi veya ortaklığın payların çoğunluğunu elinde bulundurduğu ortaklıklar "kardeş şirketler" olarak nitelenir. Bir şirket, aynı ana şirkete bağlı başka bir şirketten (kardeş şirket) aldığı ürünler için üçüncü kişilere ödemeyeceği bir fiyat verir ise, burada TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı vardır”, (Bkz; Ağar, S. *İlişkili Kişi*, s.9).

⁶⁵¹ Konuyla ilgili görüşlerimiz için bkz; III: Bölüm md.2.

dışında başka bir muhasebe kaleminde kayıtlama yapılacak şekilde düzenlenmiş olsa, bunun daha isabetli bir düzenleme olacağı kanaatindeyiz⁶⁵².

Sonuç olarak kanaatimizce; örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapabilmek için pay sahibi ile “ilgili bulunma” hali olarak nitelendirilebilecek ilişkiler ancak, pay sahibi ile direkt veya doğrudan ilişkili bulunan kişileri ve nihayetinde bu haksız menfaatten pay sahibinin nemalanması ihtimalinin varlığını gerektirir⁶⁵³. Pay sahibinden tamamen bağımsız üçüncü kişilere sağlanan haksız menfaatlerin örtülü kazanç dağıtımı sayılıp, bu haksız menfaatlere örtülü kâr payı nitelendirmesi yapmak, kanaatimizce hukuka uygun düşmemektedir⁶⁵⁴. Danıştay’ın da benzer yönde kararları bulunmaktadır⁶⁵⁵.

Konu transfer fiyatlandırması açısından ele alındığında da bezer sonuçla karşılaşılır. Transfer fiyatlandırması yukarıda da ifade edildiği üzere⁶⁵⁶, şirketlerin bir şekilde ilişkili olan kişilerle yaptığı ticari faaliyetlerde, bu ticari faaliyetlerin bedellerinin nasıl olması gerektiğini ortaya koyan prensipler bütünüdür⁶⁵⁷. Transfer fiyatlandırması olumsuz bir tespit değildir, olması gerekeni gösteren kurallar bütünüdür. Dolayısıyla, şirketin bir çalışanıyla veya hiçbir şekilde pay sahibiyle ilişkili olmayan veya olmayacak olan bir kişiyle yapılacak ticari faaliyetlerde, bu kişiler pay sahibiyle ilişkili olmasa da şirket ile doğrudan veya dolaylı bir ilişkileri de olabilir. Bu nedenle bu kişilerle yapılacak ticari ilişkilerdeki fiyatların/bedellerin tespitinde belli kuralların olması doğaldır. Bu kurallar da transfer fiyatlandırması

⁶⁵² Konuyla ilgili görüşlerimiz için bkz; III. Bölüm, md.4.2.

⁶⁵³ Öncel, M. a.g.e, s.14; Kızılot, Ş. a.g.e, s.222-223.

⁶⁵⁴ Danıştay, VDDGK, 30.04.1999 tarihli ve E:1998/284, K:1999/253 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁶⁵⁵ Konuyla ilgili olarak; Danıştay, 4.D. 21.12.1988 tarihli ve E:1988/4004, K:1988/5013 sayılı kararında “Faizsiz Kredi verildiği iddia olunan Anonim Şirketinin yükümlü kurumun ortağı olmadığı, aksine yükümlü kurumun Anonim Şirketinin ortağı durumunda bulunduğu anlaşılmaktadır. Anonim Şirketine kazancı üzerinden kâr payı ödemesi söz konusu olmayan yükümlü kurumun faizsiz ödünç para vermek suretiyle örtülü kazanç dağıtması olanaksızdır. Bu nedenle tarhiyatın; Kurumlar Vergisi Kanununun 17. maddesi uyarınca örtülü kazanç dağıtımından bahsedilerek onanması yerinde görülmemiştir. Ancak yükümlü kurumun ortağı bulunduğu Anonim Şirketine faizsiz borç para verirken ihtiyacı nedeniyle bankalardan faiz karşılığı kredi sağladığı anlaşıldığından sonuçta Anonim Şirketi tarafından kullanılan kredilerin faizlerinin yükümlü kurum giderler arasında yer aldığı görülmektedir. Yükümlü kurumun ticari kazancının elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılmış bir gider niteliği taşımayan bu faiz ödemelerinin, giderleri arasında yer alarak gelirinin bu ölçüde azaltılmış olmasında isabet bulunmamaktadır. Temyize konu karar bu gerekçeyle sonucu itibariyle yerinde görülmüştür. Vergi Dairesi Müdürlüğü tarafından, kaçakçılık cezasına ilişkin olarak ilere sürülen iddialar, kaçakçılık cezasının kusur cezasına çevrilmesi nedeniyle ceza ilişkisi hükmü fıkрасının bozulmasını sağlayacak nitelikte değildir” şeklinde isabetli bir tespitte bulunmuştur. (Bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s.927).

⁶⁵⁶ Bkz; I. Bölüm, md.6.2.

⁶⁵⁷ Acar, U. ve Tokay, O. a.g.e, s.32 vd.

ölçülerini oluşturur. Ancak bu kişilere yapılan transferlerin, pay sahibi ile ilişkisini tam olarak ortaya koymadan, hepsini örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul etmek bize hukuki açıdan makul görünmemektedir. Benzer görüşlerin yer aldığı bir çalışmada yazar; *“Transfer fiyatlandırması kavramı, aralarında değişik açılardan bağ bulunan şirketler arasında emtia/hizmet alışverişlerinin nasıl olması gerektiği yönünde temel prensipleri ortaya koyan bir kavramdır. Örtülü kazanç kavramı ise hangi tür ilişkilerin vergi hukuku açısından kabul edilmeyeceğini tanımlayan bir kavramdır. Transfer fiyatlandırması ile örtülü kazanç kavramları bir arada değerlendirildiğinde; emsallerine uygun olmayan transfer fiyatlandırmaları örtülü kazanç olarak mütalaa edilecektir. Transfer fiyatlandırması aynı gruba ait işletmeler arasında ortaya çıkabileceği gibi, aynı işletmeye ait birimler arasında ya da sahiplik yönünden ilişkili işletmeler arasında da ortaya çıkmaktadır. Transfer fiyatlandırmasında ana tema, transfere konu olan mal veya hizmetin işletme politikalarına uygun bir şekilde fiyatlandırılmasıdır⁶⁵⁸”* vurgusunu isabetli olarak yapmıştır.

Örtülü kazanç dağıtımında “ilgili bulunma” hali tespiti yapılırken konu yalnızca transfer fiyatlandırması açısından ele alındığında, emsallere uygun olmayan bahse konu menfaatin sağlandığı kişinin tespitinde, bir şekilde şirketle ilişkili olan herkes, Transfer Fiyatlandırması Tebliği’nde olduğu gibi, “ilgili bulunma”, hali kapsamında nitelendirilebilir. Ancak transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı nitelendirmesi yapılırken, bu tespitin sonucunda örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi yapılacağı için, emsale uygun olmayan şekilde ve tutarda menfaat sağlanan kişinin⁶⁵⁹, pay sahibiyle ilişkisini net olarak ortaya koymak

⁶⁵⁸ Tunalı, F. a.g.e, s.10.

⁶⁵⁹ Kanunda belirtilen şekilde **akrabalık bağıyla bağlı olmak** ilişkili kişi olmak için yeterlidir. Ancak “örtülü kazanç dağıtımı” tespiti yapabilmek için, bu kişiye sağlanan menfaatin haksız olması veya başka bir deyişle emsallere uygunluk ilkesine aykırılığının da net bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu içtihat niteliğindeki bir kararında, ilgili Daire’nin mükellef lehine verdiği bir bozma kararını onaylamış olup özetle kararda; *“Vergi mahkemesinin ilk kararının iki işyerinin satışı sırasında kazancın örtülü olarak dağıtıldığı görüşüyle bulunan matrah farkına ilişkin hüküm fıkrasına karşı vergi dairesi müdürlüğü tarafından yapılan temyiz başvurusu reddedilmiş, yükümlü istemi kabul edilerek, örtülü kazanç dağıtımı için gerekli şartları arayan Kurumlar Vergisi Kanununun 17’nci maddesinin 1’inci fıkrasında belirtilen koşulların varlığı araştırılmadan yalnızca ortaklardan birinin bacanağına düşük bedelle satış yapıldığından bahisle örtülü kazanç dağıtıldığının kabul edilemeyeceği gerekçesiyle karar yükümlü lehine bozulmuştur”* İfadesinden sonra ilgili bozma kararını, hukuku uygun olduğu gerekçesiyle onaylamıştır. (Bkz; **Danıştay**, VDDGK, 30.04.1999 tarihli ve E:1998/284, K:1999/253 sayılı kararı), (www.kazanci.com).

gerekmektedir. Aksi halde örtülü kazanç dağıtımı sonucunda örtülü kâr dağıtımı tespiti yapmamak gerekir. Bu da kanunun amacına ters düşecektir.

Şirketlerin veya Pay Sahiplerinin Bağlı Bulunduğu Yada Nüfuzu Altında Bulundurduğu Gerçek veya Tüzel Kişi

Bağlı Bulunma Hali

Örtülü kazanç dağıtımının objektif unsuru olan ilişkili kişi kapsamında 5520 sayılı KVK 13'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında yapılan tanımlama içerisinde “*Şirketlerin veya Pay Sahiplerinin İdaresi, Denetimi veya Sermayesi Bakımından Doğrudan veya Dolaylı Olarak Bağlı Bulunduğu Gerçek Kişi veya Kurumlar*” da sayılmıştır. Örtülü kazanç dağıtımında, emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde dağıtılan menfaati elde eden kişiler arasında, şirketin veya pay sahibinin kontrolü altında olan kişilerin de sayılması, vergisel açıdan net bir belirlemedir. Bu kapsamda, herhangi bir şekilde pay sahipliği ilişkisi olmaksızın, şirket kararlarına doğrudan veya dolaylı olarak etkisi bulunabilecek gerçek kişi ve kurumlar ilişkili kişi kabul edilecektir⁶⁶⁰.

Yukarıda dikkat çektiğimiz gibi burada esasında, pay sahipliği sıfatı dışındaki üçüncü kişilere sağlanan menfaatlerin de belli şartlarda örtülü kazanç dağıtımı sayılması hali söz konusudur. Maddedeki düzenlemeye göre söz konusu menfaat bir gerçek kişiye değil de, şirketin veya pay sahibinin ilgili bulunduğu gerçek kişiye veya şirketin payına sahip olduğu başka bir şirkete de sağlanabilir. Bu durumda üçüncü kişi, menfaatin sağlandığı şirket üzerinde nüfuz sahibi olmalıdır. Diğer şirkete bu menfaat, sadece pay sahibi ile üçüncü kişi arasındaki şahsi ilişki sebebiyle sağlanmıştır. Bunun pay sahibine/yakınına geri verilmesi için onun ya pay sahibi olduğu şirkette payların çoğunluğunu elinde tutması, ya da başka sebeplerle şirketin idaresi üzerinde nüfuz sahibi olması gerekir⁶⁶¹.

Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nde bu konuda yapılan açıklamalar da yukarıda değinildiği gibi⁶⁶², örtülü kazanç dağıtımının kâr payı olarak nitelendirmesi

⁶⁶⁰ Tunalı, F. *a.g.e.*, s.12.

⁶⁶¹ Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.119.

⁶⁶² Bkz; I: Bölüm, md.5.

nedeniyle çok geniş yorumlanmış ve bu açıklamalar kanaatimizce kanunun amacına aykırı olmuştur. Tebliğ'de "nüfuz sahibi olma" veya "denetimi altında bulundurma" ifadeleri de benzere şekilde oldukça geniş yorumlanmıştır⁶⁶³. Çalışma konumuzu teşkil eden örtülü kâr dağıtımı ile ilgili olarak, bir örtülü kazancın, örtülü kâr dağıtımı sayılabilmesi için bu kazançtan, yani menfaatten, istifade eden tarafın şirketin pay sahibi olması gerekir. Aksi halde pay sahibi olmayan kişilere sağlanan ve hiçbir şekilde pay sahibine izafe edilemeyen bir menfaatin kâr payı olarak nitelendirilmesi, ticaret hukuku ilkelerine ters düşmektedir. Bu nedenle kanaatimizce, pay sahibi ile doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili bağının varlığı örtülü kâr dağıtımının temel şartıdır. Pay sahibinin bir şekilde kontrolünde olan veya pay sahibinin nüfuzu veya denetimi altında olduğu tespiti yapılabilecek kişiler dışında, Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nde sayılan tüm kişilere dağıtılan örtülü kazançların, örtülü kâr olarak nitelendirilmesi hukuki bütünlük açısından yerinde bir işlem olmayacaktır.

İlişkili kişi tespiti yapılırken bahse konu bu ilişkinin, pay sahibi olma sıfatıyla, bir şekilde doğrudan veya dolaylı bağının bulunması gerektiği konusundaki tespite biz de katılmaktayız⁶⁶⁴. Bu tespite aykırı şekilde, şirket yönetim kurulu üyesine, üst düzey yöneticiye veya denetçiye sağlanan menfaatler, maddedeki diğer şartlar gerçekleşmiş olsa da, bir şekilde pay sahibine izafe edilemiyorsa⁶⁶⁵ ortada örtülü

⁶⁶³ Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nin 3.1.3'üncü maddesinde, konuyla ilgili olarak; "Kurumun veya ortaklarının idaresi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişiler; ortaklık ilişkisi olmaksızın kurumun kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak etkisi bulunabilecek kurumun yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel müdürü, üst düzey müdürleri, aynı düzeydeki yüksek memurları gibi şahısları ifade etmektedir. Ayrıca, ortaklık ilişkisi olmaksızın kurumun kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak etkide bulunabilecek herhangi bir gerçek kişi veya kurum ilişkili kişi sayılacaktır. Kurumun veya ortaklarının denetimi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar ifadesinden, ortaklık ilişkisi olmaksızın kurumun kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak etkisi bulunabilecek kurumun denetçileri gibi gerçek ve tüzel kişiler anlaşılmaktadır. **Örneğin, bir limited şirket denetçisinin eşinin pay sahibi olduğu diğer şirketin limited şirket ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, kurumun denetim bakımından bağlı bulunduğu ilişkili kişilerle yapılan işlemleri ifade etmektedir. Nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar ifadesi, kurumun ekonomik ve ticari kararlarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyecek şekilde sürekli bir iktisadi ilişki veya devamlı borç para verme ya da alma ilişkisi içinde bulunduğu gerçek kişi veya kurumları ifade etmektedir**" açıklaması bulunmaktadır.

⁶⁶⁴ Öncel, M. a.g.e, s.14; Işık, H. a.g.e, s.215.

⁶⁶⁵ Örtülü kazanç dağıtımında menfaatin doğrudan sağlanan kişi ile bu menfaatten faydalanan kişi farklı olabilmektedir. Zaten bu nedenle pay sahibi ile dolaylı ilişkili olan üçüncü kişilere yapılan örtülü kazanç dağıtımı bizce de vergi kanunlarına göre örtülü kâr dağıtımı sayılır (Ancak örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin TTK'ya ve ticaret hukuku ilkelerine aykırı olduğu görüşümüzü de burada tekrarlamak isteriz. Bkz; III. Bölüm, md.2). Bu kapsamda yazar benzer tespitler yapmıştır: "İlişkili kişilere yapılan ödemelerde "menfaat sağlanan kişi" ile "menfaatin izafe edildiği kişi" kavramları arasında ayırım yapılmalıdır. Kurumun sağladığı menfaatle malvarlığı artan kişi "menfaat sağlananadır. Kurumla ortaklık bağı bulunmayan bu kişi, kuruma veya ortağa bir şekilde bağlıdır. Bunlar "kurumların veya ortaklarının

kazanca dayanan bir örtülü kâr dağıtımından bahsedilemeyeceği kanaatindeyiz. Örneğin Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nde, belli şartlarda şirket bayilerinin bile, ilişkili kişi sayılma ihtimalinden bahsedilmektedir⁶⁶⁶. Bu açıklamaya göre, bir şirketin bayisiyle, şirket bayilik ilişkisi dışında bir ticari ilişkiye girdiğinde, bu ilişkide tespit edilen fiyat/ücret emsallere uygunluk ilkesine aykırı derecede fazla ise vergi idaresine göre bu, bir örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilecek ve bu ticari ilişkide şirketin bayiye ödediği bedeller hakkında örtülü kâr dağıtımı tespitinde bulunulacaktır. Ancak bayi ile şirket pay sahibi/sahipleri arasında hiçbir ilişki yoktur. Bayi'ye sağlanan menfaat ile pay sahipliği sıfatı arasında ne doğrudan ne de dolaylı hiçbir ilişki bulunmamaktadır. Hal böyle olunca bu menfaatin örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmesi, bizce hiçbir durumda ticaret hukuku ilkeleri ile bağdaşmayacaktır⁶⁶⁷.

Şirketlerin "nüfuzu altında bulundurduğu" gerçek veya tüzel kişilerin tespiti yapılırken de esasında yukarıda işaret edildiği şekilde, şirket veya pay sahibi ile doğrudan veya dolaylı ilişkide olma kuralını esas almak gerekir. Kanun maddesinde "*kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder*" hükmü dolayısıyla, şirketlerin (kurumun) nüfuzu altında

ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum"dur. Buna karşılık "menfaatin izafe edildiği kişi", menfaati bizzat almamakla birlikte, kendisine menfaat sağlanmış varsayılan kurum veya oratktır. Burada TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı dolaylı yolla gerçekleşir. Örneğin; payları (A) elinde toplanmış (X) A.Ş., (Y) A.Ş.'ye herhangi bir menfaati ivazsız olarak verir ve (Y) A.Ş.'nin payları da büyük ölçüde (A)'ya ait olursa, (Y) A.Ş. kurumun ve ortağın "ilgili bulunduğu kişi" sayılır. Her ikisinde de aynı pay sahibi veya ortakların payların çoğunluğunu elinde bulundurduğu ortaklıklar "kardeş şirketler" olarak nitelenir. Bir şirket, aynı ana şirkete bağlı başka bir şirketten (kardeş şirket) aldığı ürünler için üçüncü kişilere ödemeyeceği bir fiyat verir ise, burada TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı vardır", (Bkz; Açar, S. İlişkili Kişi, s.9).

⁶⁶⁶ Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nin 3.1.3'üncü maddesinde; "*Bir gerçek kişi/kurum ile bir başka gerçek kişi/kurum arasında olağan ticari faaliyet çerçevesinde sadece bayilik ilişkisinin bulunması durumunda söz konusu gerçek kişi veya kurumlar bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmeyecek, bayiliğin konusunu oluşturan mal ve hizmet alım satımları dışındaki işlemler bakımından ise ilişkili kişi kapsamında değerlendirilebilecektir. Ayrıca bayilik ilişkisi dışındaki başka bir nedenle ilişkili sayılan kurum veya kişiler arasında bayiliğe ilişkin mal ve hizmet alım satımı bakımından da ilişkinin varlığı kabul edilebilecektir*" açıklaması bulunmaktadır.

⁶⁶⁷ Bu konuda ticaret hukuku ile vergi hukuku ilkelerinin çeliştiği konusunda benzer görüş için bkz; Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.114; "5520 sayılı (yeni) KVK, "doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar" ifadesiyle aslında pay sahibi olmayan gerçek kişi veya işletmelere yönelik bir belirleme yapmıştır. TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımının asıl nedeni, işletmeyle pay sahibi arasındaki ortaklık ilişkisi olduğundan, **pay sahibi sıfatı bulunmayan bir kişinin pay sahibi gibi değerlendirilmesi durumunda vergi hukuku kurallarıyla medeni hukuk ve ticaret hukuku ilkeleri çatışır.** Doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan veya nüfuzu altında bulunan kişilerin "pay sahibi gibi" değerlendirilmesi ve bu şekilde işletmeye yakın kişilere sağlanan menfaatlerin TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayılması, vergi hukukunun medeni hukuk ve ticaret hukukundan ayrıldığı istisnai durumlardan biridir". Aynı konudaki açıklamalarımız için bkz; III. Bölüm, md.2.

bulundurduğu kişiler de ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmektedir. Başka bir deyişle, örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için şirketin denetimi veya nüfuzu altında olmak yeterli görülmektedir. Ancak yukarıda değindiğimiz üzere, bu ilişki örtülü kazanç dağıtımının tespiti için yeterli olmakla birlikte, örtülü kazanç dağıtımını nitelendirmesinin bir yasal sonucu olarak örtülü kazanç konusu menfaatin örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirmesi için yeterli değildir. Çünkü muhatabı, ne pay sahibi, ne de bir şekilde pay sahibiyle en zayıfta olsa, bir bağlantısı olan kişi değildir. Bu kapsamda muhatap şirketle ilişkili bulunan kişidir.

Kanun maddesindeki; “*kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurum*” ifadesinden de anlaşılacağı gibi, burada yalnızca şirketlerin pay sahiplerine, şirketin veya pay sahiplerinin ilgili buldukları kişilere değil, şirketle bir şekilde yakınlık içerisinde olan kişilere sağlanan menfaatlerin de örtülü kazanç dağıtımını sayılacağı sonucuna ulaşılır. Çalışmamızda değinildiği üzere, bu şekilde bir yakınlık ilişkisindeki kişilere yapılacak ödemeler transfer fiyatlandırması kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak kendisine bağlanan sonuç açısından örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesi yapmak bize hukuki açıdan doğru gelmemektedir.

Nüfuzu Altında Bulundurma Hali

Nüfuzu altında bulundurma⁶⁶⁸ hususuyla ilgili olarak genel hatları ile iki ayrı alanda “nüfuz” kapsamı belirtilmeye çalışılmıştır. Birincisi, pay sahipliği oranı açısından nüfuz altında sayılma halleridir. Bu kapsamda, ilişkili kişi tespiti yapılırken “nüfuz altında olma” ile ilgili, şirketin diğer şirketteki sermaye katılma payı, yani sahip olduğu pay miktarının ne derecede etkili olacağı esas

⁶⁶⁸ Konuyla ilgili yazar; “*Nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler açısından değerlendirmede, daimi olarak borç vermek ya da devamlı iktisadi ilişkide bulunmak anlamına geldiği şeklinde yorumlanabilir. Örneğin bir şirketin sürekli olarak borç verdiği kişileri nüfuzu altında bulundurduğu kabul edilebilir. Benzer şekilde imalatında aynı kişinin sağladığı girdileri kullanan bir şirketin, tedarikçisinin nüfuzu altında olduğu kabul edilebilir. Aynı yaklaşımla bir imalat şirketinin üretimini büyük bir kısmının bayiliğini yapan gerçek ve tüzel kişilerin, imalat şirketinin nüfuzu altına girmiş veya tersine imalatçının büyük bayinin nüfuzu altında olduğu düşünülebilir. Benzer bir düzenleme Çin’in transfer fiyatlandırma düzenlemelerinde bulunmaktadır. Teşebbüslerden biri, diğer bir teşebbüsün üretimde kullandığı hammaddeler ve yardımcı parçalar gibi temel girdileri sağlıyor ise veya tedarikinin kontrolünü elinde bulunduruyorsa aralarında bir bağlı şirket ilişkisi var anlamına gelmektedir*” görüşüyle isabetli bir tespitte bulunmuştur. (Bkz; Işık, H. a.g.e, s.223).

alınmaktadır⁶⁶⁹. Elbette sermaye payı şirkette etkili olmak için önemli bir kriterdir. Şirketin %50 sermaye payına sahip bir pay sahibinin veya şirketin iştiraki olan başka bir şirketteki pay sahipliği oranının %50 veya üstünde olması tabidir ki, nüfuz altında bulundurmak için bir karine teşkil edecektir. Ancak, burada net bir objektif ölçü vermek, bize pek makul görünmemektedir. Örneğin, şirketin %10 payına sahipken yönetimde etkin olunabilir veya pay oranından bağımsız şirketin alacağı kararlarda öncelikli, hatta imtiyazlı olunarak, azlık şirketi fiiliyatta yönetiyor olabilir. Bu gibi durumlarda olduğu gibi, bizce sahip olunan pay sayısı değil, somut olaydaki etkinlik ve şirket kararlarını etkileyebilme gücü esas alınmalıdır⁶⁷⁰.

Çok genel bir ifadeyle, holding⁶⁷¹ olarak nitelendirilebilen şirketler toplulukları (grup şirketler) içerisinde de yapılacak, örtülü kazanç tespitinde konu, 6102 sayılı yeni TTK'dan sonra, eskiden olduğundan daha kolay bir hal almıştır. Şirketler topluluğu konusu 6102 sayılı yeni TTK ile hukuk hayatımıza girmiş bir müessesedir. Yukarıda da değinildiği üzere⁶⁷²; şirketler topluluğu, kanaatimizce çok genel bir anlatımla, esasında hukuki bir temeli veya anlamı olmayan holding yapısının hukuki anlam kazanmış halidir⁶⁷³. Bir grup şirket için şirketler topluluğu tespiti yapılırken de, aralarında hâkim olma durumunun varlığının tespiti yeterli görülmüştür⁶⁷⁴. Bir şirket, diğer şirket/şirketler üzerinde, ticari veya yönetsel

⁶⁶⁹ Öncel, M. a.g.e; s.15.

⁶⁷⁰ Konuyla ilgili uluslararası düzenlemelerde de benzer yaklaşımlar vardır. “Uluslararası uygulamada “bağlı işletme”, yabancı yatırımcının doğrudan veya dolaylı olarak (diğer bir bağlı işletme aracılığı ile) işletmenin %50 oranından fazla sermaye veya oy hakkına sahip olduğu ya da en az bu oranda yönetim çoğunluğunu seçme hakkına sahip olduğu; “iştirak” ise, yabancı yatırımcı ve bağlı işletmesinin hisselerinin veya yönetime katılma hakkının en az %10 ve en fazla %50 oranında bulunduğu işletmeler olarak kabul edilir.” (IMF, International Direct Investment Statistics How Countries Measure, FDI, 2001, Washington D.C, 2003, p.23-24; OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, 3rd ed., Paris, 1999, p. 9-10. Bkz; Açar, S. *İlişkili Kişi*, s.12, dpnt:22). Bunun yanında “OECD Model Vergi Anlaşması'nın 9. maddesine göre, “bir işletmenin doğrudan veya dolaylı olarak diğer bir işletmenin yönetim, kontrol veya sermayesine katıldığı” veya “aynı kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak aynı işletmelerin yönetim, kontrol veya sermayesine katıldığı” durumlarda bu işletmeler “bağlı” kabul edilir” ifadesiyle de kontrol edebilme gücünün varlığına vurgu yapılmıştır. (OECD, Model Tax Convention, C (9) I-11; OECD, Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, Paris-2001, P-3. Bkz; Açar, S. *İlişkili Kişi*, s.12, dpnt:23).

⁶⁷¹ **Holding şirketler** hakkındaki açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md. 5.2.1.1.2.7.

⁶⁷² Ekesan, N. (2013, Haziran). Grup Şirketlerden Temin Edilen Kredi Faizinin Vergisel Durumu, *Yaklaşım Dergisi*, (246), s.53.

⁶⁷³ **Holding şirketler ve şirketler topluluğu arasındaki farklılıklar** hakkında bilgi için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.216-217.

⁶⁷⁴ 6102 sayılı TTK'nın 195'inci madde gerekçesinde konuya vurgu yapılmıştır; “Birinci fıkra “kontrol” ölçütüne uygun olarak hâkimiyet olanaklarını araçlarını saymaktadır. Sayılan araçlardan herhangi birinin varlığı halinde fiili şirketler topluluğu meydana gelir. Bu, sözleşmesel şirketler topluluğundan farklı bir topluluğu ifade eder. Birinci fıkranın (a) bendinin (1), (2) ve (3) numaralı alt bentlerinde oy haklarının ve yönetim organı üyelerinin çoğunluğu ve oy sözleşmeleri ile sağlanan çoğunluk ifade edilmiştir. Fıkranın

kararları ile doğrudan veya dolaylı olarak ona hâkim olabiliyorsa, başka bir deyişle, onun kararlarını etkileme gücüne sahipse, şirketler topluluğunun varlığından bahsedilebilir. Burada esas olan fiilen hâkim olma değil, hâkim olabilme gücüne sahip olmaktır⁶⁷⁵. Dolayısıyla bu kapsamda bir grup şirket arasında, şirketler topluluğu varlığının tespiti hukuki olarak yapılmışsa, artık bu şirketlerin arasında örtülü kazanç dağıtımı açısından da ilişkili kişi sıfatının varlığı tespiti kolaylıkla yapılabilecektir. Çünkü “nüfuzu altında bulundurma” şartı şirketler topluluğunda zaten esaslı unsurdur⁶⁷⁶.

Nüfuz altında bulundurma kapsamının ikincisi ise, şirketin doğrudan veya dolaylı olarak ticari ilişkide bulunma ve bir başka deyişle, fiili bir göreceli bağımlı olma halidir. Bu ikinci halde, daimi olarak borç vermek ya da devamlı iktisadi ilişkide bulunmak anlamına geldiği yorumu yapılmaktadır⁶⁷⁷. Vergi hukuku bakımından bu hal, örtülü kazanç dağıtımı için yeterli görülebilir. Hem uygulamada hem de doktrinde, bu şekilde, şirketin devamlı ticari ilişkide bulunduğu, borç verdiği vb. şekilde bir ilişki ile nüfuzu altındaki kişilerin de örtülü kazanç dağıtımı kapsamında ilişkili kişi sayılacağı belirtilmiştir. Bununla da yetinilmeyip, bu kişilere sağlanan emsallere uygun olmayan menfaatlerin de örtülü kâr dağıtımı sayılacağı ifade edilmiştir⁶⁷⁸.

Sonuç olarak; bir şirket ile ilgili örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılırken, “*şirketlerin veya pay sahiplerinin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar*” 5520 sayılı KVK 13’üncü madde kapsamında ilişkili kişi olarak kabul edilecektir. Ancak bu kişilerle ile pay sahibi arasında doğrudan veya dolaylı bir ilişki yoksa, örtülü kazanç dağıtımına konu menfaat bir şekilde pay sahibine dolaylı olarak da olsa izafe edilemiyorsa ve bu menfaat ile pay sahipliği sıfatı arasında bir bağ yok ise,

sermayenin çoğunluğuna sahip bulunmayı bir hâkimiyet (kontrol) aracı olarak kabul etmediğine dikkat edilmelidir. Hâkimiyetin varlığının kanunen kabulü için fıkranın anılan alt bentlerde sayılan şartların bir arada bulunması gerekmez. Üç şıktan herhangi birinin varlığı yeterlidir. Bunu vurgulamak amacıyla “veya” sözcüğü tekrarlanmıştır”.

⁶⁷⁵ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.127 vd; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.129 vd.

⁶⁷⁶ **Şirketler topluluğu** içindeki şirketler arasında yapılan ticari işlemlerde söz konusu olabilecek örtülü kazanç dağıtımı konusu ile ilgili açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md. 5.2.1.1.2.7.

⁶⁷⁷ Işık, H. *a.g.e.*, s.213; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.233.

⁶⁷⁸ Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.193; Ateşgaoğlu, E. *a.g.e.*, s.152; Taç Güngör, Ş. ve Yalçınkaya, İ. (2013, Nisan). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Vergisel Açıdan Değerlendirilmesi, *Yaklaşım Dergisi*, (244), s.3; Kıyat, E. L. (2010). *5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’na Göre Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, s. 95 vd.

bu şartlarda kanaatimizce örtülü kâr dağıtımından bahsedilemez. Vergisel olarak bu tespitle ek vergi tahakkuk ettirilebilir, başka vergisel işlemler, cezaları ile elbette uygulanabilir. Ancak tespit edilen bu örtülü kazanç dağıtımına bağlanan sonucun örtülü kâr dağıtımı olmaması gerektiğini değerlendiriyoruz.

Şirketi yönetenlerin pay sahibi olması zorunlu değildir. Şirketi idare edenler, hatta temsil edenler pay sahibi olmayabilir. Şirket profesyoneller tarafından yönetiliyor olabilir. Kaldı ki; birçok kurumsal anonim şirkette durum budur. Bunun yanında 6102 sayılı yeni TTK'nın getirdiği, kurumsallaşma ilkesinin bir gereği olarak artık pay sahibi olmayanlar da yönetim kurulu üyesi olabilmektedirler⁶⁷⁹. Dolayısıyla şirketin yöneticileri ile girdiği ilişkilerin transfer fiyatlandırması ilkelerine tabi olması kaçınılmazdır. Bunun yanında yöneticiler veya onlarla ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde, emsale uygun olmayan menfaatlerin transfer fiyatlandırması kapsamında değerlendirilip, bu menfaatlerin örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmesi vergi hukuku açısından tutarlı ve kabul edilebilir bir yaklaşımdır. Ancak bu pay sahibi olmayan kişilere veya bu kişilerin (dolayısıyla şirketin) ticari ilişkiye girdiği, devamlı olacak şekilde, borçlanma ilişkisi içinde olduğu şirket dışı kişilere yapılan bu haksız ödemelerin örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmesi bizce ticaret hukuku açısından uygun değildir. Çünkü ilerde detayıyla tartışılacağı üzere; kâr dağıtımının temel şartları TTK'da sayılmıştır. Birincisi bu unsurların hiç biri örtülü kâr dağıtımında bulunmamaktadır. İkincisi, kâr dağıtımı sayılmaya bağlanan sonuçlar açısından hem şirket, hem pay sahipleri, hem de diğer üçüncü kişiler(şirket alacaklıları ve şirket çalışanları) ile ilgili olarak da konunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu şekilde örtülü kazanç dağıtımı neticesinde gündeme gelecek örtülü kâr dağıtımının kabulü halinde, hukuka veya usule uymayan ve hakkaniyete aykırı birçok durum söz konusu olmaktadır. Bu nedenle bizce; transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılırken yasal düzenlemede; pay sahibi olmayan veya pay sahibiyle dolaylı da olsa hiçbir ilişkisi kurulamayan üçüncü kişilere sağlanan emsallere uygunluk ilkesine aykırı menfaatlere, örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi yapılmaması gerekirdi⁶⁸⁰. Bu şekilde örtülü kazanç dağıtımı tespitlerinde, transfer fiyatlandırması yoluyla haksız kazanç elde edilmesi sonucunda ortaya çıkan vergilerin, örtülü kâr dağıtımı

⁶⁷⁹ 6102 sayılı TTK'nın 359'uncu maddesi ve aynı madde gerekçesinin (b) fıkrası.

⁶⁸⁰ Konuyla ilgili açıklama için bkz; III. Bölüm, md.2.

nitelendirmesi dışında başka bir adla düzenleme yaparak tahsil edilmesi, ticaret hukuku ile vergi hukukunun uyumu ve diğer sakıncaların⁶⁸¹ giderilmesi açısından daha doğru olabilirdi. Bu nedenle örtülü “kâr dağıtımı” adlandırmasının uygun olamadığı ve bu tespitteki “kâr dağıtımı” ifadesi (nitelendirmesi) yerine başka bir terimin kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

Pay Sahiplerinin Yakınları

Örtülü kazanç dağıtımında, ilişkili kişi sınırları içerisinde değerlendirilecekler arasındaki son tasnif “*Pay sahiplerinin eşleri ile pay sahiplerinin veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları*”dır⁶⁸². Bu tasnifteki kişilere emsallere uygun olmayan şekilde sağlanan menfaatlerin örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmesi ve bu nitelendirmenin yasal bir sonucu olarak, bahse konu menfaatlerin vergi hukuku açısından örtülü kâr dağıtımı olarak tespit edilmesi bizce de kendi içinde tutarlıdır. Çünkü bu tasnifteki kişilere sağlanan haksız menfaatler ile pay sahipliği sıfatı arasında net bir ilişki ve bağlantı vardır. Pay sahibi bu kişilere sağlanan menfaatten doğrudan veya dolaylı olarak faydalanacaktır. Bu nedenle de bu menfaatlerden, sanki pay sahibi doğrudan yararlanmış gibi, hukuki tespit yapmak da bizce isabetli olmuştur. Uygulamada da pay sahipleri ya vergi kaçırmak/vergiyi aşındırmak amacıyla, ya da şirketten emsallerine oranla fazladan para çıkışı yapmak amacıyla veya bunların her ikisini de amaçlayarak, yakınlarına şirketten haksız kazanç sağlanmasına neden olabilmektedirler. İşte bu haksız ve hukuka aykırı uygulamayı önlemek için örtülü kazanç tespitinin bu kişiler açısından yapılması uluslararası düzenlemelere de uygun olmuştur⁶⁸³.

Pay sahibinin eşini ve maddede tanımlanan akrabalık ilişkilerini ortaya koymak Medeni Kanun (MK) hükümleri kapsamında hiç de zor olmamaktadır.

⁶⁸¹ Konuyla ilgili açıklama için bkz; III. Bölüm, md.4.2.

⁶⁸² **Üstsoy-altsoy hısımlığı (Usul-füru hısımlığı)**, biri diğerinden gelen, yani birbirlerinden türeyen kimseler arasındaki hısımlıktır. Bu tanımdan anlaşılacağı üzere bu hısımlık hem ana, hem de baba tarafından olan bir hısımlıktır. Bu itibarla bir kimse ile ana ve babası, onların ana ve babaları (büyük analar ve büyük babalar), kendi çocukları, çocuklarının çocukları (torunları) ve torunlarının çocukları arasındaki bağ üstsoy-altsoy hısımlığını meydana getirir. Kayın hısımlığı (sıhri hısımlık) evlenme sonucunda meydana gelen hısımlıktır. Örneğin kârının anası, babası, kardeşleri, halası, amcası teyzesi, dayısı, bunları çocukları evlenmenin tamamlanmasıyla birlikte kocanın kayın hısımları olurlar. Ayrıntılı bilgi için bkz; Akipek ve Akıntürk, *a.g.e.*, s.474-483.

⁶⁸³ Işık, H. *a.g.e.*, s.214 vd.

Ancak uygulamada da en çok karşılaşılan örtülü kazanç dağıtım şekli, bu şekildeki akrabalık ilişkisindeki kişilere yapılan dağıtımlardır. Çünkü kanaatimizce en güvenilir ve kolay peçeleme/perdeleme şekli, esasında pay sahibine yapılması gerekip de yasal veya fiili zorunluluk nedeniyle bir akrabaya yapılan ödemelerdir. Şirketlerde pay sahipleri doğrudan kendisinin alması halinde her açıdan dikkat çekebilecek bir menfaati, bir akrabasına yapılmasını sağlayarak, kanuna karşı hileli bir işlemle, dolaylı olarak kendisi menfaat elde edebilmektedir. Kanaatimizce yukarıda sayılan yakınlarla/akrabalara, emsallere uygunluk ilkesi aykırı şekilde sağlanan menfaatin örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilebilmesi için, bu ilişkinin bir şekilde dolaylı olarak pay sahipliği sıfatıyla ilişkilendirilmesi, başka bir deyişle pay sahibine izafe edilebilmesi⁶⁸⁴ gerekir. Aksi halde, pay sahibinin yakınına/akrabasına sağlanan menfaat, hiçbir şekilde pay sahibine izafe edilemez ise, başka bir deyişle menfaatin pay sahipliği sıfatıyla hiçbir ilişkisi yok ise, bu durumda örtülü kazanç dağıtımı ve bunun neticesinde gündeme gelecek örtülü kâr dağıtımı tespiti tartışmalı olacaktır. Kanaatimizce en azından bu konuda, pay sahibine bu karinenin⁶⁸⁵ aksini ispat etme hakkını hem vergi denetimi esnasında, hem de yargılama aşamasında vermek gerekmektedir.

Pay sahibinin bahse konu yakınları/akrabaları ile şirketin veya pay sahibinin nüfuzu altında bulundurduğu kişilerin pay sahibi olduğu veya onlarla doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili olan kişilere sağlanan, söz konusu menfaatler de örtülü

⁶⁸⁴ Açar, S. *İlişkili Kişi*, s.16; Bizimde katıldığımız görüşe göre yazar çalışmasında isabetli olarak şu tespitleri yapmıştır: “*TF incelemesinde, akrabalık ilişkisi kolayca belirlenemediğinden menfaatin üçüncü kişinin ortakla olan sıkı şahsi ilişkisi nedeniyle sağlandığının ispatı güçleşir. Ortakla olan ilişkisinin yoğunluğuyla karşılaştırıldığında kişiliği ve faaliyetleri önemsiz ise, menfaat sağlanan kişiye kazancın TF yoluyla örtülü olarak dağıtılması olasılığı yüksektir. Akrabalık ilişkisi nedeniyle gerçekleşen TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımına örnek olarak bir işletmenin, yönetici ortaklardan birinin eşine emsaline göre değerinin altında bir fiyatla mal satması gösterilebilir. Bu menfaat aktarımı, aslında, hem ortakla eşi arasındaki akrabalık ilişkisine ve hem de işletmeyle pay sahibi arasındaki ticaret hukuku ilişkisine dayanır. Burada eşe sağlanan menfaat, ortağa izafe edilir. Ancak ortağın (akrabalık bağıyla) ilgili olduğu kişiye bir menfaatin sağlanması her zaman TF yoluyla örtülü kazanç dağıtıldığı anlamına gelmez. Bunun için ayrıca işletmenin akrabaya sağladığı menfaatle akrabasının işletmeye olan karşı edimi arasında açık bir uyumsuzluk bulunmalıdır*”.

⁶⁸⁵ Düzenlemenin lafzına ve amacına bakıldığında, pay sahibi ile akrabalık bağı içinde olan kişilere sağlanan haksız menfaatin, dolaylı olarak pay sahibine intikal edeceği ve bu menfaatin bahse konu kişiye sağlanmasının amacının, bu kişinin akrabası (yakını) olan pay sahibinin, pay sahipliği sıfatının varlığı olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle bir işlem, pay sahibinin akrabasına (yakınına) emsallere aykırı bir şekilde yapılmışsa, **o zaman yasa koyucu, bu işlemin pay sahipliği ilişkisinden kaynaklanmış olduğunu bir karine olarak kabul etmiştir. Başka bir deyişle, söz konusu işlemde, örtülü kazanç dağıtımının subjektif unsurunun var olduğu kabul edilecektir.** Eğer işlem, normal bir işlem ise, yani bu işlemin söz konusu kişiye bu şekilde yapılmasının kabul edilebilir, makul bir açıklaması varsa o zaman taraflar bu karinenin aksini de her zaman ispat edebileceklerdir.

kazanç dağıtımına konu teşkil eder⁶⁸⁶. Çünkü esas olan pay sahibinin bir peçeleme ile aslında kendisine sağlanacak olan menfaatin, vergi/kaçırmak ve böylelikle kendi maliyetlerini düşürmek amacıyla, bir şekilde kendisinin kontrolündeki kişilere veya yakınlarına yapılmış olmasıdır. Dolayısıyla, örtülü kazanç dağıtımı nitelendirmesi yapabilmek için, somut olayda sağlanan menfaatin yukarıda değinilen ölçülerde kendisine izafe edilip edilemeyeceğinin ortaya konulmuş olması gerekecektir.

İlişkili Kişi İle Şirket Arasındaki İlişkinin Kapsamı

Örtülü kazanç dağıtımının objektif unsularının düzenlendiği 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü madde 1'inci fıkrasında, taraflar arasındaki hangi hukuki ilişkinin, örtülü kazanç kapsamında değerlendirileceği esasında belirtilmiştir. Maddede; *“kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir”* hükmü genel olarak açıktır.

Kanun metninde temel olarak mal veya hizmet alım ya da satımı işlemlerinin örtülü kazanç dağıtımı konusunu oluşturacağı belirtilmiş olmasına rağmen, maddenin devamında;

- Alım, satım, imalat ve inşaat işlemlerinin,
- Kiralama ve kiraya verme işlemlerinin,
- Ödünç para alınması ve verilmesinin,
- İkramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemlerin de, her hal ve şartta örtülü kazanç dağıtımının konusunu oluşturacağı hüküm altına alınmıştır.

⁶⁸⁶ Kızılot, Ş. a.g.e, s.224.

Kanunundaki ifadelerden ve maddenin gerekçesinden dolayı olarak anlaşılacağı üzere; kanun koyucu yukarıda sayılan hukuki ilişkileri örnekleme yoluyla ifade etmiş olup, sayma yoluyla sınırlı olarak belirtmiş değildir. Dolayısıyla kanun metninde belirtilen şekiller dışında da, tarafların girdiği hukuki ilişki örtülü kazanç dağıtımına konu olabilir⁶⁸⁷. Önemli olan bu hukuki ilişkinin⁶⁸⁸ örtülü kazanç dağıtımına imkân tanıyıp tanımadığıdır. Örtülü kazanç dağıtımına konu hukuki işlemin, şirket pay sahibine/ilişkili kişiye, emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde, haksız bir menfaat sağlanmasına aracılık etmesi yeterlidir⁶⁸⁹. Bunun için de muhakkak bahse konu hukuki işlemin kanun maddesinde sayılan şekillerde ortaya çıkması kanaatimizce zorunlu olmayıp, bu hukuki işlem birçok farklı şekilde ortaya çıkabilecektir. Yeter ki bu işlemle şirket, pay sahibine veya ilişkili kişiye haksız bir menfaat sağlayabilsin.

Örtülü kazanç dağıtımına konu hukuki işlemler, esasında TTK'da tanımlanan "ticari iş" kapsamında değerlendirilebilir. TTK'nın 3'üncü maddesinde "*.. ticari işletmeyle ilgili bütün işlem ve fiiller ticari iş sayılacağı*" hüküm altına alınmış olmasının yanında aynı maddede "*.. tarafların yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğeri için de ticari iş sayılır.*" hükmü bulunmaktadır⁶⁹⁰. Dolayısıyla, örtülü kazanç dağıtımını yapan şirket, TTK kapsamında bir ticari işletme olması nedeniyle, iş TTK'da düzenlenmemiş olsa da, 3'üncü maddeye göre ticari iş sayılacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, örtülü kazanç dağıtımına konu hukuki işlem, diğer bir yaklaşımla "ticari iş" olarak kabul edilmelidir.

Örtülü kazanç dağıtımına konu bu hukuki işlem temel olarak borçlar hukuku ve ticaret hukuku işlemi olarak ortaya çıkmaktadır⁶⁹¹. Gerçekten de kanunun örnekleme yoluyla saydığı hukuki işlemler ile diğer başka şekillerde ortaya

⁶⁸⁷ Bolaç, U. (2008). *Transfer Fiyatlandırması ve Türk Vergi Sistemi Açısından Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trabzon, s.106; Kızılot, Ş. a.g.e, s.237.

⁶⁸⁸ **Hukuki İlişki**; kişinin hukukça önemli olan bütün ilişkilerine denir. Hukuki ilişkiler ya kişiler arasında ya da kişi ile eşya arasında kurulur. (Bkz; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, a.g.e, s.5).

⁶⁸⁹ Yazar benzer görüşü, isabetli bir şekilde şöyle açıklamıştır: "*Aynı kanunun 13'üncü maddesinin 1'inci fıkrasında ise "...mal veya hizmet alım satımında bulunduğu takdirde kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yolu ile örtülü kazanç dağıtılmış sayılır."* ifadeleri kullanılmıştır. Burada maddenin sonunda belirtilen "*sayılar*" ifadesi aslında bir ölçüde belirtilen haller dışında daha başka transfer fiyatlandırması yolu ile örtülü kazanç dağıtım şekilleri olabileceğini, kanun maddesinde yer alan dağıtım şekillerinin yol ve örnek gösterici bir nitelik taşıdığı ortaya koymaktadır" (Bkz; Geedan, H. A. a.g.e, s.91).

⁶⁹⁰ Ayhan, Özdamar ve Çağlar, a.g.e, s.62.

⁶⁹¹ Öncel, M. a.g.e, s.67; Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.166.

çıkabilecek, örtülü kazanç dağıtımına konu hukuki işlemler; ya borçlar hukuku ya da ticaret hukuku kapsamındaki hukuki işlemlerdir. Bu nedenle bu hukuki işlemleri değerlendirirken konuyu vergi hukukunun yanında ve ondan önce borçlar hukuku ve ticaret hukuku açısından da ele almak gerekecektir. Sonuç olarak hukuki görünüşte, yani örtülü kazanç dağıtımındaki peçeleme işleminde görünen işlem de karşılıklı edimler⁶⁹² söz konusu olmaktadır. Şirketler, örtülü kazanç dağıtımında çoğunlukla yeterli karşı edim almadan ödemede bulunurlar. Şirket açısından bu ödemelerin yani, pay sahibine veya ilişkili kişiye sağlanan haksız menfaatlerin, dolayısıyla edimlerin, pay sahibinin/ilişkili kişinin karşı edimini aşan kısmı tümüyle borçlar hukuku ilişkisi dışındaki bir müessese olan örtülü kazanç dağıtımını oluşturur⁶⁹³. Çalışmamızda üzerinde durulan bu menfaatlerin “haksız” olmasından kasıt, borçlar hukuku açısından “edimler ararsındaki nispetsizlik”⁶⁹⁴ veya “karşı edimi aşan kısım” olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla, örtülü kazanç dağıtımına konu hukuki işlemler temelde borçlar hukuku ve ticaret hukuku kapsamında değerlendirilmelidir. Esasından birçok farklı şekilde ortaya çıkabilecek örtülü kazanç dağıtımına konu hukuki işlemleri açıklayabilmek için öncelikle alım–satım işlemlerini tam olarak ortaya koymak gerekecektir. Daha sonra da kanun metnindeki sıraya bağlı olarak uygulamada ortaya çıkan şekliyle, bu hukuki işlemler genel hatları ile ele alınacaktır⁶⁹⁵.

Alım Satım İşlemleri

Örtülü kazanç dağıtımının düzenlendiği 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü madde gerekçesinde; “*maddenin birinci fıkrasında geçen "mal veya hizmet alım veya satımı" ifadesinin; alım, satım, imalat, inşaat işlemleri, kiralama, kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması, verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemlerinin de her halükarda mal veya hizmet alım veya satımı olarak değerlendirileceği, maddenin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir*” tespiti

⁶⁹² **Edim**; borç ilişkisinin konusudur. Alacaklının ifasını talep yetkisine sahip olduğu, borçlunun ifa yükümlülüğü altına girdiği borç konusuna denir. (Bkz; Kılıçoğlu, A. a.g.e, s.3); Eren, F. a.g.e, s.31.

⁶⁹³ Öncel, M. a.g.e, s.68.

⁶⁹⁴ **Edimler Arası Nispetsizlik**; edimler arasında makul bir denge mevcut olmayan ve taraflardan birine aşırı yararlanma sağlayan ve olağan olarak nitelendirilmesi mümkün olmayan durumlardır (Bkz; Eren, F. a.g.e, s.417 vd); **Yargıtay**, HGK. 06.02.2008 tarihli ve E:2008/21-53, K:2008/107 sayılı kararı. (www.kazanci.com). Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Oğuzman ve Öz, *Borçlar Hukuku-I*, s.137 vd.

⁶⁹⁵ Çalışma konumuzun sınırları dışında olduğu için bu hukuki işlemlerle ilgili genel açıklamalar yapmakla yetineceğiz. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s.237 vd; Öncel, M. a.g.e, s.67 vd; Ağar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.165 vd.

yapılmıştır. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımına konu hukuki işlemin, başta “alım satım” ilişkisi içinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecek hukuki ilişkiler sayılırken esasında genel başlık olarak alım-satım işlemleri belirlenmiştir. Yapılan diğer hukuki işlemler de eğer örtülü kazanç dağıtımını olarak nitelendirilmişlerse, alım-satım işlemlerinin başka bir şekli olarak ortaya çıkmış demektir. Çünkü kanun metninde açıkça “...işlemlerinin de her halükarda mal veya hizmet alım veya satımı olarak değerlendirileceği..” hüküm altına alınmıştır.

Kanun maddesinde temel hukuki işlem olarak kabul edilen “alım-satım” işlemleri esasında, dar anlamda 6098 sayılı TBK’nın 207’nci maddesinde düzenlenen “Satış Sözleşmesi” olarak algılanabilmektedir⁶⁹⁶. Kanunda satış sözleşmesi; “*satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşme*” olarak tanımlanmıştır. Kanundaki bu tanım dikkate alınarak genel bir ifade ile satış sözleşmesi; “*alıcının vermeyi yükümlendiği bir miktar para karşılığı, satıcı yönünden satım konusu malı alıcıya teslim ederek mülkiyeti ona geçirme borcunu doğuran bir sözleşme*” olarak tanımlanmaktadır⁶⁹⁷. Klasik anlamda “alım-satım ilişkisi” ifadesinin, satış sözleşmesini kapsadığı tartışmasızdır. Ancak geniş anlamda “alım-satım ilişkisi” ifadesi satış sözleşmesinin çok ötesindeki diğer sözleşme türlerinin birçoğunu da kapsamaktadır. Kanaatimizce çok genel bir ifade ile örtülü kazanç dağıtımını, kanuna karşı yapılan hile ile özel borç ilişkileri kullanılarak, pay sahibine/ilgili kişiye haksız menfaat sağlamaktır. Dolayısıyla örtülü kazanç bizce, TBK’da düzenlenen her türlü özel borç ilişkisi vasıtasıyla yapılabilir. Kanundaki sırayla; mal değişim sözleşmesi (md.282), kira sözleşmesi (md.299 vd.), hizmet sözleşmesi (md.393), eser sözleşmesi (md.470), yayım sözleşmesi (md.487), vekalet sözleşmesi (md.502 vd.), komisyon sözleşmesi (md.532), kefalet sözleşmesi (md.581), adi ortaklık sözleşmesi (md.620) vb. bir çok özel borç ilişkisiyle örtülü kazanç dağıtılabilir.

⁶⁹⁶ Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.166.

⁶⁹⁷ Zevkliler, A. ve Gökkaya, K. E. (2013). *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 13. Baskı, Ankara, s.29.

5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki hüküm, bu maddenin gerekçesini ve uygulamadaki örnekler⁶⁹⁸ incelendiğinde; esasında şirketin, pay sahibine/ilişkili kişiye emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak, haksız menfaat sağlarken, somut olaya ve şartlara göre yukarıda ifade ettiğimiz şekilde, özel borç sözleşmelerini kullanarak örtülü kazanç dağıtabileceği sonucuna ulaşılabilir. Elbette en çok karşılaşılan ve temelde kullanılan alım-satım işlemleri ve kanun metninde ifade edilen “*alım, satım, imalat, inşaat işlemleri, kiralama, kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması, verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemlerin*” dışındaki özel borç sözleşmeleri ile de örtülü kazanç dağıtılabılır. Bizce burada önemli olan, bu ilişkinin karşılıklı edimler içermesi ve pay sahibinin/ilişkili kişinin edimine nazaran, emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde, şirketin ediminin açık bir fazlalık veya nispetsizlik içermesidir⁶⁹⁹. Bu nispetsizliğe imkân verebilecek her türlü özel borç ilişkisinin örtülü kazanç dağıtımının konusunu teşkil edebileceği değerlendirilmektedir.

Örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecek hukuki ilişkiler arasında sayılan BK'daki özel borç ilişkileri dışında, diğer birçok farklı kanunda düzenlenen sözleşme türleriyle de örtülü kazanç dağıtılabileceği kanaatindeyiz. Örneğin TTK'nın 102'nci maddesinde düzenlenen “acentelik sözleşmesiyle”, 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'nda düzenlenen “telif hakları devir sözleşmesi” ile, 556 sayılı Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 20'nci maddesinde düzenlenen “lisans sözleşmesi” ile hatta bizce hukuki nitelik olarak karma sözleşme olarak nitelendirilen⁷⁰⁰ “barter sözleşmesi” ile de örtülü kazanç dağıtılabilecektir.

İmalat veya İnşaat İşlemleri

Şirketler imalat veya inşaat işlemlerinin düzenlendiği imalat veya inşaat sözleşmelerini⁷⁰¹ kullanarak da örtülü kazanç dağıtabilirler⁷⁰². İnşaat veya imalat

⁶⁹⁸ Danıştay, 3.D. 25.06.1998 tarihli ve E:1997/3599, K:1998/2567 sayılı; 3.D. 19.06.1997 tarihli ve E:1996/5968, K:1997/2571 sayılı; 4.D. 25.11.1999 tarihli ve E:1998/3459, K:1999/4288 sayılı kararları, (Bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s. 894 vd).

⁶⁹⁹ Öncel, M. a.g.e, s.68.

⁷⁰⁰ Keskin Dilşad, A. (2004). *Barter Sözleşmesi*, Ankara, s.82.

⁷⁰¹ Danıştay'ın; “İnşaat şirketinin sermayesinin % 99,99'unun (A) kurumuna ait olduğu durumda, örtülü kazançtan söz edebilmek için, şirketin nüfuzu altında bulunduğu kurum için yapılan inşaatın emsaline nazaran düşük bedelle yapılmış olması gerekir. *Olayda düşük bedelle inşaat yapıldığı yolunda hiçbir emsal*

sözleşmesi, özel olarak kanunda bu adlarla düzenlenmiş bir sözleşme şekli değildir. İmalat veya inşaat sözleşmeleri, TBK'nın özel borç ilişkileri kısmında düzenlenen "eser sözleşmesi" olarak nitelenebilir⁷⁰³. TBK'nın 470'inci maddesine göre "eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmelerdir." Hukukumuzda eser sözleşmesi; iki tarafa borç yükleyen, rızai ve sürekli bir borç ilişkisi doğurmayan sözleşmeler kapsamında değerlendirilmiştir⁷⁰⁴. Madde metninde de anlaşılacağı üzere eser sözleşmesinin üç unsuru vardır. Bunlar; eser meydana getirme, bedel ödeme ve tarafların bu konuda anlaşmış olmalarıdır⁷⁰⁵.

Konumuzu oluşturan imalat veya inşaat sözleşmelerinin eser sözleşmesi olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır. Zaten maddede ifade edilen "meydana getirmek" eylemi, doğal olarak inşa ve imal etmeyi de kapsamaktadır. İnşaat veya imal sözleşmesinde, meydana getirilecek bir eser ve bunun bir bedeli olduğuna göre, yukarıda değinildiği gibi⁷⁰⁶, karşılıklı edimler bulunmaktadır. Taraflar da bu edimleri özgürce kendi iradelerine göre anlaşarak kararlaştırabilmektedirler. Hal böyle olunca şirket, pay sahibi/ilişkili kişi ile bir eser meydana getirilmesi yönünde anlaşarak, taraflar bu eserin bedelini emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde belirleyebilirler. Dolayısıyla bu şekilde, yani imalat veya inşaat sözleşmelerini kullanarak da örtülü kazanç dağıtılabilecektir.

Şirketlerin ticari hayatlarına devam ederken belki de en çok karşılaştıkları sözleşme türü imalat veya inşaat (eser) sözleşmeleridir. Şirketler imalat yaptırabilir

mukayyesinin bulunmaması halinde, konut inşaat işinden zarar beyan edilmesi örtülü kazanç dağıtımını anlamına gelmez" konulu kararı, inşaat işlerinde örtülü kazanç dağıtımını olabileceğine bir örnektir. **Danıştay**, 4.D. 10.11.1994 tarihli ve E:1993/4105, K:1994/5242 sayılı kararı, (Bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s. 604).

⁷⁰² **Danıştay**, 4.D. 22.05.2000 tarihli ve E:1999/2471, K:2000/2201 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁷⁰³ Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.176.

⁷⁰⁴ Aral, F. (2000). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3.Baskı, Ankara, s.326; Zevkliler ve Gökkaya, a.g.e, s.454.

⁷⁰⁵ **Eser Sözleşmesi** (Yeni 6098 sayılı yeni TBK'nın 470'inci maddesi): Yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. Eser sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir iş görme sözleşmesidir. Yüklenicinin bir eseri meydana getirip teslim etmek borcuna karşılık iş sahibi de, yükleniciye bedel ödemek borcunu üstlenmektedir. **Yargıtay**, 15. H.D. 30.11.2006 tarihli ve E:2005/7631, K:2006/6983 sayılı kararında; "Kat karşılığı inşaat sözleşmesi taraflarına karşılıklı haklar sağlayan ve borçlar yükleyen iki yanlı bir eserdir" hükmü bulunmaktadır. **Yargıtay**, 23.H.D. 07.05.2013 tarihli ve E:2013/981, K:2013/2985 sayılı kararında; "Taraflar arasında 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununun 470. ve devamı maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesinin kendine özgü bir türü olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi mevcuttur" vurgusu yapılmıştır. (www.kazanci.com); Ayrıntılı bilgi için bkz; Zevkliler, A. (2002). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 7. Baskı, Ankara, s.319.

⁷⁰⁶ Bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.1.2.

veya yarı mamul veya mamul niteliğinde imal edilen malları temin ederek üretim yapabilirler. Bunun yanında inşaat işleri zaten doğal olarak hemen hemen tüm şirketlerin bir üçüncü kişiye yaptırdıkları işlerdendir. Şirketler bu işleri üçüncü kişilere yaptırabilecekleri gibi, pay sahiplerine veya ilişkili kişilere de yaptırabilmektedirler. Ancak bu işlemlere konu eserlerin, pay sahiplerine veya ilişkili kişilere yaptırılması esnasında, bu eserler ile ilgili belirlenen bedellerin emsallerine göre çok düşük veya yüksek olması durumu ile karşılaştırılabilir⁷⁰⁷. İşte bu durumda, bedellerin emsallerine göre çok düşük veya yüksek olması durumunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olabilecektir.

Kiralama, Kiraya Verme İşlemleri

Pay sahibi veya ilişkili kişi, şirkete bir gayrimenkulünü veya menkulünü⁷⁰⁸ kiraya vererek emsal bedel üzerinden bir kira bedeli alabilir. Bunun tersi de mümkündür. Başka bir deyişle, şirket bir menkul veya gayrimenkulünü, pay sahibine/ilişkili kişiye emsal bedelinin⁷⁰⁹ altında kullanırabilir/kiraya verebilir. İşte bu durumlarda da örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olabilmektedir.

TBK'nın 299'uncu maddesinde; *"Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir"* tanımlanmıştır⁷¹⁰. Maddeden de anlaşılacağı üzere kira

⁷⁰⁷ Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.179.

⁷⁰⁸ **Menkul** ifadesi burada hakları da kapsamaktadır. Örneğin lisans hakkının veya marka hakkının kiralanması, yazılım kaynak kodlarının kiralanması da "menkul" ifadesi içinde değerlendirilmelidir.

⁷⁰⁹ 193 sayılı GVK'nın 73'üncü maddesinde geçen **"kiraya verilen mal ve hakların kira bedelleri emsal kira bedelinden düşük olamaz"** hükümdeki **"emsal bedel"** ifadesinin, örtülü kazanç dağıtımı tespitinde esas kabul edilemeyeceği, bu hükmün yalnızca düşük bedelle kiraya verilmesi konusundaki vergi matrahı hesabında esas alınacağı ifade edilmektedir. Örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili asıl tespit, benzer gayrimenkul veya mal veya hakların kira bedellerinin emsal alınarak yapılması gerektiği konusunda vergi hukukçuları genel olarak mutabık kalmışlardır. (Bkz; Ateşagaoglu, E. *a.g.e.*, s.145); Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.279; Vural, İ. ve Karaca, D. (2002, Haziran). *Kiralama ve Kiraya Verme İşlerinde Örtülü Kazanç Dağıtımı, Vergi Sorunları Dergisi*, (165), s.110. Danıştay'ın bu konudaki bir kararı; *"GVK'nın 73. maddesinde sözü edilen emsal kira bedelinin getirilmesinden amaç sadece bedelsiz veya düşük bedelle kiraya verilen mal ve hakların kiralarında asgari haddin tayini diğer bir deyimle tarafların serbest iradeleri ve taahhüt eden kirada bedelin muvazaa yolu ile noksan gösterilmesini ve böylece vergi zıyanını önlemek olup, olayda aksi durum yani yüksek bedelle kiraya verme hali mevcut olduğuna göre matrah farkı tayininde öncelikle bu madde (GVK. md 73) hükmünün esas alınması yerinde değildir."* **Danıştay**, 11.D. 24.03.1998 tarihli ve E:1997/1092, K:1998/1151 sayılı kararı, (Bkz; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.686).

⁷¹⁰ Kira sözleşmeleri ile ilgili olarak, 6098 sayılı yeni TBK'nın 299'uncu maddesi ile eski 818 sayılı TBK'nın 248'inci maddesinde olmayan **"yararlanma"** ifadesi getirilmiştir. Buna bağlı olarak,

sözleşmesinde, bir tarafın edimi, bir şeyin kullanılması veya yararlandırılması hakkını diğer tarafa bırakmak; diğer tarafın edimi de bunun karşılığında bir bedel ödemektir⁷¹¹. Dolayısıyla şirket ve pay sahibi/ilişkili kişiden oluşan taraflar, iki tarafa borç yükleyen kira sözleşmesi ile bir tarafın ediminde, diğer tarafa nazaran ve emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak, düşük veya fazla bir edim belirlerse⁷¹², bu durumda örtülü kazanç dağıtımı gündeme gelecektir.

Kira sözleşmesi nitelendirmesi yapılırken vergi hukuku açısından elbette, yukarıda değinildiği üzere, “*vergilendirmede vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin esas alınmasını*” emreden 213 sayılı VUK’un 3’üncü maddesindeki düzenlemenin de dikkate alınması gerekmektedir. Dolayısıyla tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeye “kiralama” adını vermiş olmaları sözleşmeyi bu manada bir kira sözleşmesi yapmaz. Somut olayda ilişkinin gerçek mahiyeti esas alınacaktır. Örneğin, şirketin ticari faaliyeti ve amaç konusuyla hiç ilgisi olmamasına rağmen, şirket tarafından bir spor araba alınarak pay sahibinin oğluna düşük bedelle kiralanması olayında, vergi hukuku açısından, bu ilişkinin gerçek mahiyetinin ekonomik anlamda kira sözleşmesi değil, mülkiyetin teslimi olarak işlem tesis edilecektir⁷¹³. Dolayısıyla yalnızca örtülü kazanç tespitinde değil, örtülü kazanç dağıtımına konu ilişkinin hukuki nitelendirmesi yapılırken de olayın gerçek mahiyeti esas alınmalıdır.

Kira sözleşmesi genel olarak hukuki nitelik açısından, rızai, karşılıklı borç doğuran ve ivazlı, aynı zamanda da devamlı borç doğuran bir sözleşmedir. Kiraya verenin temel borcu, kiralanana teslim etmek; kiracının temel borcu ise kira bedelini ödemektir. Kira sözleşmesi unsurları da bu kapsamda; tarafların anlaşması, bir şeyin kullanımının devri ve kira bedelinden oluşmaktadır. Esasında kira sözleşmesinin hukuken kurulabilmesi için kiralanana şeyin, kiraya verenin mülkiyetinde olması şart değildir. Kişi malik olmadığı bir şey için de kira sözleşmesi akdedebilir. Dolayısıyla kira sözleşmesine konu “şeyin” kiracıya teslim

kullanılmayla birlikte yararlandırmanın da kiraya verenin borçlarından birini oluşturabileceği açıkça kabul edilmiştir. Bkz; 6098 sayılı yeni TBK’nın 299’uncu madde gerekçesi.

⁷¹¹ Zevkliler ve Gökkaya, *a.g.e.*, s.183.

⁷¹² **Edim** tanımı için bkz; s.174, dpnt:579; Eren, F. *a.g.e.*, s.96.

⁷¹³ Öncel, M. *a.g.e.*, s.91.

edilmesi ve kiracının kullanımına uygun bir şekilde teslim edilmesi için kiraya verenin muhakkak malik olması gerekmektedir⁷¹⁴.

Kira sözleşmesine konu “şey” den kasıt esasında kullanımı, bir başkasına devredilebilen her türlü hak, menkul ve gayrimenkuldür. Bu kapsamda BK’da özellikli bazı kira sözleşmeleri düzenlenmiş olmakla⁷¹⁵ birlikte, genel hükümler tüm kira sözleşmelerinde (eğer özel düzenleme yoksa) uygulanabilecektir. Dolayısıyla, şirket pay sahibinin/ilişkili kişinin, adı ne olursa olsun, bir şeyin kullanımını bir bedel karşılığında, şirkete devrettiği sözleşmeler, genel olarak kira sözleşmesi olarak nitelendirilebilecektir. Bu sözleşmelerde belirlenen kira bedelleri emsallere uygunluk ilkesine⁷¹⁶ aykırı tespit edilmesi durumunda da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusu gündeme gelebilecektir.

Örtülü kazanç dağıtımı tespiti ile ilgili yukarıda yapılan açıklamalarda⁷¹⁷ bu tespit yapılırken taraflar arasındaki gerçek ilişkinin esas alınacağına vurgu yapılmıştır. Bunun yanında şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasındaki özel borç ilişkilerinin, niteliği gereği örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil edebilmelerinin mümkün olduğu ve bu özel borç ilişkilerinin de kanunda sayılan şekillerle sınırlı olmadığı ifade edilmiştir. Dolayısıyla niteliği ve sonucu gereği şirketin, pay sahiplerine/ilişkili kişilere, haksız menfaat sağlamasına⁷¹⁸ imkân verebilecek her türlü özel borç ilişkisi konumuz kapsamındadır. Bu bilgiler ışığında kira

⁷¹⁴ Aral, F. *a.g.e.*, s.214; Zevkliler ve Gökaya, *a.g.e.*, s.185.

⁷¹⁵ Örneğin 6098 sayılı TBK’nın 339’uncu vd. maddelerde düzenlenen “Konut ve Çatılı İşyeri Kiraları”, 357’nci vd. maddelerde düzenlenen “Ürün Kirası”.

⁷¹⁶ Kira bedellerinin emsallere uygunluğu konusunda şunu da belirtmek gerekir ki, **eğer bedel belirlenenden çok daha geç ödenmişse, bedel emsallerine göre uygun olsa da, bu gecikmenin başlı başına bir örtülü kazanç dağıtımı olduğu isabetli olarak ifade edilmektedir.** Bu haliyle esasında şirkete ait bir para geç ödenerek faizsiz olarak kullanılmış olmaktadır ki, bu da pay sahibine/ilişkili kişiye açıkça haksız menfaat sağlamaktadır. Böyle olunca da, 5520 sayılı KVK’nın 13’üncü maddesindeki diğer şartların varlığı halinde, ortada örtülü kazanç dağıtımı olduğu rahatlıkla söylenebilir. Ayrıntı için bkz; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.264.

⁷¹⁷ Bkz; II. Bölüm, md.3.2.2, md.2.2.2.

⁷¹⁸ Çalışmamızda ifade edilen **haksız menfaat esasında emsallere uygunluk ilkesine aykırılık teşkil eden menfaatlerdir.** Bu konuda üçüncü kişilere sağlanan menfaatin ötesinde ve üstünde bir menfaat sağlanması olarak bir algılama olmakta birlikte, genel olarak her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapmak gerekmektedir. Konuyla ilgili önemli bir tespit yapan yazar çalışmasında “*Örtülü kazanç dağıtımında emsalin tayininin zorluk arz ettiği durumlarda, alım satım, devir, kiralama gibi hallerde işin örtülü kazançta varlığının tespitinde, pay sahibi içi ve pay sahibi dışı sınırının belirlenmesi için bir yorum getirilmiştir. Yorum Alman vergi hukukçusu Gerhard HEUER’e aittir. Yorumu kendi ifadesine göre şöyledir: "Örtülü kazanç dağıtımı, bir şirketin hissedarlarına, yabancılara tanıyabileceği en iyi şartlardan daha iyisini sağladığı noktada değil, yabancılara tanıyabileceği en gayri müsaait imkânlardan daha iyisini temin ettiği noktada başlar"* ifadesiyle konuya açıklık getirmiştir. (Bkz; Kurt, H. (1991, Aralık). Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Yüksek Mahkemenin Görüşü, *Vergi Dünyası Dergisi*, (124), s.2).

sözleşmeleri benzeri sözleşmelerin de, örtülü kazanç dağıtmaya elverişli olduğu ifade edebilir.

Kira sözleşmesine benzer sözleşmelere örnek olarak, kullanım hakkının devri olarak nitelenebilen intifa hakkı devri sözleşmeleri⁷¹⁹ ile bedelsiz kullanım hakkı veren kullanım öduncü (ariyet) sözleşmeleri⁷²⁰ gösterebilir. Bazı yazarlar⁷²¹, “özelikle *“haklar, menkuller veya gayrimenkuller üzerinde intifa veya diğer aynı hak kurulması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının gerçekleştirilebileceğinin ileri sürülemeyeceğini”* ifade etmektedirler. Hatta bu kapsamda, *“mal ve hakların kullanımının ilişkili kişiye bedelsiz bırakılmasının örtülü kazanç dağıtımına sebebiyet vermeyeceği”* de aynı yazarlarca ifade edilmektedir⁷²². Ancak bizim de katıldığımız diğer görüşe⁷²³ göre, intifa hakkı devir sözleşmesi veya kullanım öduncü (ariyet) sözleşmesi ile de örtülü kazanç dağıtımını söz konusu olabilmektedir. Çünkü bu hallerde de; şirketin bir malını veya hakkını, pay sahibine/ilişkili kişiye bedelsiz olarak kullandırması sonucunda, şirket bu malını veya hakkını üçüncü bir kişiye kullandırması sonucunda elde edebileceği bir kazancından vazgeçmektedir. Böylelikle esasında pay sahibine/ilişkili kişiye haksız bir menfaat sağlanmaktadır. Dolayısıyla şirket, pay sahibi/ilişkili kişi nezdinde, emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde haksız bir menfaat sağlamaktadır. Bu menfaatin sağlanmasına konu ilişkinin adı, kira sözleşmesi olmayabilir.

Bedelsiz kullandırma sözleşmesi bir kira sözleşmesi değildir. Çünkü kira sözleşmesinin unsurlarından biri de kira bedelidir. Kira bedeli belirlenmemişse, daha açıkçası bedelsiz kullanım devredilmişse, bu sözleşme kira sözleşmesi olmaz⁷²⁴. Ama bu da bir özel borç ilişkisidir. Şirket kanuna karşı hile yani peçeleme

⁷¹⁹ **İntifa hakkı** kişisel irtifak niteliğinde olması sebebiyle devredilemez, üzerinde sınırlı bir aynı hak kurulamaz ve mirasçılara geçmez. Ancak intifa hakkının olmasa da bu hakkın kullanımının başkasına devri mümkündür. TMK'nın 806'ncı maddesi uyarınca sözleşmede aksine hüküm yoksa veya durum ve koşullardan hak sahibince şahsen kullanılması gerektiği anlaşılıyorsa intifa hakkı sahibi, intifa hakkının kullanılmasını başkasına devredebilir.

⁷²⁰ Mülga 818 sayılı BK'daki Ariyet (md.299) ifadesi, 6098 sayılı BK ile “**Kullanım Öduncü**” (md.379) olarak değiştirilmiştir. Maddeye göre; *“Kullanım öduncü sözleşmesi, ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödünç alana bırakmayı ve ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir”*, (Bkz; Zevkliler ve Gökkaya, a.g.e, s.368).

⁷²¹ Öncel, M. a.g.e, s.92; Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.187.

⁷²² Öncel, M. a.g.e, s.92; Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.187.

⁷²³ Ateşgaoğlu, E. a.g.e, s.146; Gençyürek, L. (2000, Ağustos). *Örtülü Kazanç Dağıtımı, Vergi Sorunları Dergisi*, Sayı:43, s.73; Türedi Erdoğan, E. A. a.g.e, s.83.

⁷²⁴ Zevkliler ve Gökkaya, a.g.e, s.211.

yaparak, pay sahibine/ilişkili kişiye haksız bir menfaat sağlamaktadır. Hal böyle olunca, taraflar arasındaki sözleşmenin hukuki niteliği veya adı ne olursa olsun, gerçekte tarafların edimleri arasında açık bir nispetsizlik varsa ve bu hayatın normal akışına uygun değilse, böylelikle de şirket tarafından pay sahibine/ilişkili kişiye haksız bir menfaat sağlanıyorsa bu durumda bizce de örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olabilmelidir. Başka bir deyişle, bir mal veya hak bedelsiz olarak pay sahibine/ilişkili kişiye devir edilmişse, kanundaki diğer şartların varlığı halinde, örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olabilecektir. Kanaatimizce, hukukun temel ilkelerinden olan evleviyet ilkesi⁷²⁵ gereğince, azı yasak olan şeyin çoğunun da yasak olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, azı yeterli ise, çoğunun evleviyetle yeterli olması gerekir. Emsaller uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde şirket bir malını, açıkça emsallerinden daha az bir bedelle pay sahibinin kullanımına bıraktığı durumda, yani düşük bedelle kiraya verdiği durumda, örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olabiliyorsa; bedelsiz kullandırması halinde de örtülü kazanç dağıtımının söz konusu olması evleviyetle gerekmektedir⁷²⁶. Vergi kanunlarında, ticari kazancın sağlanmasında bedelsiz kiraya verme durumunu düzenleyen bir hüküm yoktur⁷²⁷. Ancak 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin lafzıyla birlikte amacı ve bununla birlikte örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsuru olan, bilerek isteyerek vergi kaçırmaya/vergiyi aşındırmaya sebebiyet vermek, unsuru da beraberce dikkate alındığında, bedelsiz kullandırma sözleşmelerinin de örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil edebileceği kanaatindeyiz.

Kira sözleşmesi adi kira sözleşmesi olarak anılan, bir malın bir bedel karşılığında kiracının kullanımına bırakılması şeklinde olabileceği gibi, yukarıda zikredilen özel kira ilişkilileri şeklinde de olabilir. Bunun yanında tüm bu kira şekilleri bir alt kiralama müessesesine temel oluşturabilecek niteliktedir⁷²⁸. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecek borç ilişkileri kira sözleşmesi şeklinde olabileceği gibi alt kiralama şeklinde de ortaya çıkabilecektir. Örneğin bir

⁷²⁵ **Evleviyet İlkesi**; bir kural belirli olgulara uygulanacak belirli bir hüküm (koşullar ve yaptırım) öngörülümüşse, karşılaşılan düzenlenmeyen olgunun koşulları, kuralın koşullar bölümünde gösterilen olgulardan daha rahat bir şekilde bu kuralın amacının kapsamına giriyorsa, söz konusu kural, evleviyetle (haydi haydi) (yeğlikle) uygulanır. (Bkz; Öztan, B. a.g.e, s.157).

⁷²⁶ Ateşagaoglu, E. a.g.e, dpnt:61; Danıştay da kararlarında “*bedelsiz işlemlerin de evleviyetle örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil edeceğine*” vurgu yapmıştır. **Danıştay**, 4.D. 28.10.1967 tarihli ve E: 1964/1080, K:1967/5005 sayılı kararı, (Bkz; Öncel, M. a.g.e, s.102, dpnt:96).

⁷²⁷ Öncel, M. a.g.e, s.92.

⁷²⁸ Zevkililer ve Gökkaya, a.g.e, s.299.

şirketin kiraladığı bir menkulü, hakkı veya gayrimenkulü, pay sahibine/ilişkili kişiye çok düşük bir bedelle kiralama işleminde örtülü kazanç dağıtımı şüphesi doğacaktır⁷²⁹.

İster kira, isterse alt kira sözleşmesi olsun tüm kiralama işlemlerinde, örtülü kazanç dağıtımı temel olarak iki şekilde ortaya çıkar. Birincisinde, şirket kiraya konu bir şeyi (malı) pay sahibine/ilişkili kişiye, emsallerle uygunluk ilkesine aykırı olarak düşük bedelle kiralar ise, bu durumda pay sahibi/ilişkili kişi nezdinde örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecek haksız menfaat doğmuş olur. İkincisinde ise, pay sahibi/ilişkili kişi, kiraya konu olabilecek bir şeyi (malı) şirkete emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak yüksek bedelle kiralar. Bu durumda da pay sahibi/ilişkili kişi nezdinde örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecek haksız menfaat doğmuş olur⁷³⁰.

Çalışmamızın devamında⁷³¹, vergilendirme konusunda, emsallere uygunluk ilkesinin hesaplanması ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Ancak burada kısaca belirtmek gerekir ki; kira bedellerinin tespitinde, emsal bedeller araştırılırken, 193 sayılı GVK'nın 73'üncü maddesinde tanımlanan "emsal kira bedeli" örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılırken emsal olarak kabul edilmeyecektir⁷³². Bunun yanında, emsal bedel tespiti yapılırken kiralan malın tüm nitelikleri, ayrıntılı olarak (mevkisi, ticari olarak önemi, cinsi, dönemsel ihtiyaçlar, rengi vs.) incelenmeli ve buna ek olarak kiracının kişisel özellikleri ile kiralanana sağlayacağı katkıları da ayrıca ele alınmalıdır⁷³³. Sonuç olarak yalnızca kira bedelinin para olarak hesaba katılması, diğer yan etkilerin dikkate alınmaması her zaman yeterli etkinlikte bir sonuç veremez⁷³⁴. Bu nedenle hem kiralananın, hem kiracının, hem de diğer şartların beraber hesaba katılması gerekir.

⁷²⁹ Ateşgöçer, E. *a.g.e.*, s.146, dpnt:61.

⁷³⁰ Öncel, M. *a.g.e.*, s.91-92.

⁷³¹ **Emsallere uygunluk ilkesi** konusundaki açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.3.

⁷³² Bkz; dpnt:609; Türedi Erdoğan, E. A. *a.g.e.*, s.83.

⁷³³ Kiralananın gerçek (emsal) kira bedelinin tespiti ile ilgili açıklamalar ve konuyla ilgili Yargıtay kararları için bkz; Zevkliler ve Gökaya, *a.g.e.*, s.214 vd.

⁷³⁴ Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.184.

Ödünç Para Alınması ve Verilmesi İşlemleri

5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesine göre "ödünç para alınması ve verilmesi" işlemleri sonucunda pay sahibine/ilişkili kişiye, emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde, bir haksız menfaat sağlanmışsa, örtülü kazanç dağıtımının varlığı konusunda bir tespit yapılabilecektir. İlgili maddeye göre; şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasında ödünç para alınması ve verilmesi işlemi varsa bu işlem her hal ve şartta, mal veya hizmet alımı olarak kabul edilecektir⁷³⁵.

Genel Olarak

Örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecek özel borç ilişkilerinden ödünç sözleşmeleri, genel olarak TBK'nın 5'inci Bölümü'nde düzenlenmiştir. Bunlar kullanım ödünçü (ariyet) ve tüketim ödünçü (karz) sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır⁷³⁶. Kullanım ödünçü sözleşmesi ile ilgili yukarıda açıklama yapılmıştır⁷³⁷.

Genel olarak kullanım ödünçü sözleşmesi TBK'nın 379'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; "ödünç verenin bir şeyin karşılıksız olarak kullanılmasını ödünç alana bırakmayı ve ödünç alanın da o şeyi kullandıktan sonra geri vermeyi üstlendiği sözleşmeler" kullanım ödünçü sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Kullanım ödünçü sözleşmesine konu "şey" den kasıt; haklar, menkul veya gayrimenkul mallardır. Bir malın kullanım ödünçü sözleşmesine konu teşkil etmesi için hak, menkul veya gayrimenkul olması yetmez. Bunun yanında, bu malın kural olarak, kullanmayla tükenen cinsten olmaması gerekir⁷³⁸. Dolayısıyla, tüketime konu para ödünçü, kullanım ödünçü sözleşmesinin konusunu teşkil edemez⁷³⁹. Bu kapsamda, konusu para olmayan kullanım ödünçü sözleşmeleri de, konumuzu teşkil eden örtülü kazanç dağıtım yollarından "ödünç para alma veya verme işlemleri" içinde değerlendirilemez. Çünkü ödünç para alan

⁷³⁵ 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü madde 1'inci fıkrası.

⁷³⁶ 6098 sayılı yeni TBK'nın 379-392 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁷³⁷ Bkz; II. Bölüm, md.5.2.1.1.2.3, dpnt:619.

⁷³⁸ Zevkliler, A. a.g.e, s.266; Aral, F. a.g.e, s.303.

⁷³⁹ Doktrinde isabetli olarak belirtildiğine göre; "Tüketilebilen misli şeylerin, örneğin; tahıl, altın, para gibi şeylerin tüketilmeksizin ve olduğu gibi geri verilmesine ilişkin anlaşmalar (örneğin bir yerde sergileyip, sonunda aynen geri verme amacıyla bu gibi malların ödünç alınması) kullanım ödünçü sayılmaktadır" (Bkz; Zevkliler, A. a.g.e, s.266).

bunu tüketecek ve yerine başka bir para, borcun ödenmesi amacıyla iade edilecektir. Bu da kullanım ödöncü sözleşmesinin konusunu oluşturmaz.

Ödünç sözleşmelerinden tüketim ödöncü (karz) sözleşmeleri ise TBK'nın 386'ncı maddesinde düzenlenmiştir. Maddeye göre; *“Tüketim ödöncü sözleşmesi, ödünç verenin, bir miktar parayı yada tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktarda şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmelerdir”*. Maddeden de açıkça anlaşılacağı üzere, tüketim ödöncünün konusu para veya tüketilebilen şeylerdir. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil edecek “ödünç para verme veya alma işlemleri” hukuki niteliğinin, özel borç ilişkilerinden tüketim ödöncü sözleşmesi olduğun ifade edilebilir.

Tüketim ödöncü sözleşmelerinde, sözleşmeye konu şeyin mülkiyeti, ödünç alana geçmektedir. Diğer kullanım amacı güden sözleşmelerde, mülkiyet değil zilyetlik, karşı tarafa geçtiği halde, tüketim ödöncü sözleşmesinde şeyin mülkiyeti karşı tarafa geçmektedir. Ancak bu geçiş kesin olmayıp, sözleşme sonunda ödünç alan sözleşme konusu şey ile eşit miktar ve nitelikteki şeyi, ödünç verene geri vermek zorundadır⁷⁴⁰. Genel olarak madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere tüketim ödöncü sözleşmesinin unsurları:

1. Bir miktar para veya misli şey,
2. Ödünç konusu şeyin, ödünç alana devri,
3. Aynı nitelik ve miktarda şeyi iade etme borcu, olarak ifade edilebilir.

Tüketim ödöncü sözleşmesi ile ilgili olarak, konumuzla alakalı en önemli hususlardan biri de, ödünç işleminde faiz konusudur. TBK'nın 387'nci maddesine göre; *“Ticari tüketim ödünç sözleşmesinde, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir”* hükmü bulunmaktadır. Yukarıda da ifade edildiği üzere⁷⁴¹; çalışma konumuz olan anonim şirketler TTK'da düzenlenmiş olduğu için, bu şirketlerin işlemlerinin de ticari iş sayılması gerekmektedir. TTK'nın 3'üncü maddesindeki düzenlemeye göre; *“Bu kanunda düzenlenen hususlarla, bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir”*. Dolayısıyla, anonim şirketin bir

⁷⁴⁰ Zevkliler ve Gökaya, *a.g.e.*, s.368.

⁷⁴¹ Bkz; I. Bölüm, md.1.1.

ticari işletme olduğu konusu tartışmasızdır. Aynı zamanda TTK'nın 19'uncu maddesine göre de *“taraplardan yalnızca biri için ticari iş niteliğinde olan sözleşmeler, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, diğer için de ticari iş sayılır”*⁷⁴². Borç alma ve verme işlemi de her durumda bir sözleşme ile mümkün olmaktadır. Şirketin pay sahibi/ilişkili kişi ile yaptığı ödünç sözleşmeleri de bu kapsamda ticari iş sayılacağı için, tüketim ödünç sözleşmeleriyle ilgili, ticari sözleşmelerde kararlaştırılmamışsa bile faiz istenebileceği⁷⁴³ hakkındaki hüküm, bu konuda uygulanma alanı bulacaktır⁷⁴⁴.

Ödünçün Örtülü Sermaye veya Örtülü Kazanç Olarak Nitelendirilmesi

Tüketim ödünç sözleşmesi, konumuzla ilgili olarak temelde; şirketin pay sahibine/ilişkili kişiye ödünç para vermesi şeklinde ortaya çıkar. Bunun tersi de mümkündür. Başka bir deyişle, paya sahibinin/ilişkili kişinin şirkete borç vermesi hali de bir tüketim ödünç sözleşmesi olarak nitelendirilebilir⁷⁴⁵. Ancak bu halde, yani pay sahibinin/ilişkili kişinin şirkete borç verdiği durumda; genel bir ifadeyle, örtülü kazanç dağıtımı değil, örtülü sermaye söz konusu olacaktır. Ancak şirketin pay sahibinden/ilişkili kişiden aldığı borç, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde belirlenen şartlar içerisinde bir örtülü sermaye olarak değerlendirilmiyorsa, bu halde bu borcun örtülü kazanç dağıtımı olup olmadığı tartışılacaktır. Şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasındaki borç sözleşmelerinde, borcu alanın (kullananın) şirket olduğu durumlarda; şirket tarafından alınan bu borcun, örtülü sermaye mi,

⁷⁴² Ayhan, Özdamar ve Çağlar, *a.g.e.*, s.63.

⁷⁴³ Tacir olan şirket, makul ve hukuken izah edilebilir bir sebep olmaksızın, faiz almadan pay sahibine/ilişkili kişiye borç verirse bu durumda doğal olarak örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olacaktır. Nitekim Danıştay'ın birçok kararında buna vurgu yapılmaktadır. Örneğin **Danıştay**, 4.D. 17.02.2005 tarihli ve E:2004/1777, K:2005/238 sayılı kararında; *“Uyuşmazlık, davacı şirketin büyük oranda hisselerine sahip olduğu şirketlere karşılıksız olarak kullandığı nakit kaynaklar nedeniyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu belirtilerek yapılan tarhiyata ilişkindir. Davacı şirketin ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu şirketlere sermaye artırımından çok önce nakit kaynaklarını kullandırmaya başlaması, söz konusu şirketlere sermaye taahhüdünden daha fazla miktarda kaynak aktarması, sermaye artırımını yaptıktan sonra da kaynak aktarmaya devam etmesi ve ilgili dönemde sadece davacı şirketin kâr beyanında bulunması dikkate alındığında, yasal olarak geçerli bir neden olmaksızın kendi kazancını azaltacak ve vergi kaybına yol açacak şekilde ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu şirketlere faiz geliri elde edebileceği yada finansman giderlerine katlanarak elde ettiği kaynaklarını karşılıksız kullandırması ve bunun sonucunda bu şirketlere menfaat sağlanması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımına ilişkin koşulların gerçekleştiği ve davacı şirket kazancının tamamen yada kısmen örtülü olarak dağıtıldığı sonucu ulaşıldığından re'sen tarhiyat yapılması yasal olup, aksi yöndeki mahkeme kararında isabet görülmemiştir”* yönünde isabetli bir karar vermiştir. (Bkz; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.609).

⁷⁴⁴ Ayhan, Özdamar ve Çağlar, *a.g.e.*, s.63.

⁷⁴⁵ Zevkililer ve Gökçaya, *a.g.e.*, s.377 vd.

yoksa örtülü kazanç dağıtımı mı olduğunun tespiti önemlidir. Örtülü sermaye ile ilgili yapılan açıklamalardan⁷⁴⁶ da anlaşılacağı üzere şirketin kullandığı borç:

- Pay sahibi veya pay sahibi ile ilişkili kişiden alınmışsa,
- Doğrudan veya dolaylı olarak alınmışsa,
- Şirkette kullanılmışsa,
- Borcun hesap dönemi içerisinde her hangi bir tarihteki toplamı şirket öz sermayesinin üç katını aşmışsa, bu durumunda örtülü sermayeden bahsedilmektedir.

Dolayısıyla şirketin, pay sahibinden/ilişkili kişiden kullandığı borç; somut olaydaki şartlara göre, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci veya 13'üncü maddelerine göre, örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilebilecektir. Çünkü örtülü kazanç dağıtımının düzenlendiği 13'üncü maddeye göre de, şirketin aldığı borç;

- Pay sahibinden/ilişkili kişiden alınmışsa,
- Alınan borç ile ilgili emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde bir faiz işletilmişse,
- Hazine zararı doğmuşsa, örtülü kazanç dağıtımı gündeme gelecektir.

Yapılan bu kısa karşılaştırmada bile, şirketin pay sahibinden/ilişkili kişiden aldığı borcun hukuki nitelendirmesi yapılırken, örtülü kazanç dağıtımı veya örtülü sermaye tespitinin söz konusu olabileceği anlaşılmaktadır. Bu durumda kanaatimizce, öncelikle örtülü sermayenin unsurlarına bakmak, eğer bu unsurlar varsa örtülü sermaye tespitinde bulunmak gerekmektedir⁷⁴⁷. Somut olayda örtülü sermayenin unsurları yok ise, bu sefer örtülü kazanç dağıtımının unsurlarına göre olayı değerlendirmek doğru olacaktır. Esasında, şirketin bu kapsamda borcun nitelendirmesi yapılırken her iki müessesenin de sübjektif unsuru belirleyici olacaktır. Örtülü sermayede tarafların amacı, şirkete aslında sermaye olarak konulması gereken bedellerin, şirkete borç olarak kullandırılması ve böylelikle de, pay sahibinin kanuna karşı hile yaparak, şirketten maliyetsiz haksız para transfer

⁷⁴⁶ Bkz; II. Bölüm, md.2.

⁷⁴⁷ Türedi Erdoğan, E. A. *a.g.e.*, s.85.

edebilmesinin sağlanması, şirketin de vergi matrahından indirebileceği bir gider oluşturmasıdır⁷⁴⁸. Örtülü kazanç dağıtımında ise tarafların amacı; pay sahibine/ilişkili kişiye emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde haksız bir kazanç sağlanması ve böylelikle esasında kâr payı olarak vergilendirerek dağıtılması gereken bedelin, vergisiz bir şekilde, peçelemeye bilerek ve isteyerek, sanki bir ticari ilişkinin karşı edimiymiş gibi bir ödemede bulunulmasıdır⁷⁴⁹. Görüldüğü üzere subjektif unsur açısından da örtülü sermaye ve örtülü kazanç müesseseleri birbirinden farklıdır.

Konunun vergisel açıdan detayları vergi hukukçuları tarafından ortaya konulmuş olup, vergisel tespit ve hesaplamalar veya düzeltme işlemleri her iki müessesede de farklılık arz etmektedir⁷⁵⁰. Genel bir yaklaşımla konu şu şekilde özetlenebilir: Bir şirketin pay sahibinden/ilişkili kişiden emsallere uygunluk ilkesine göre yüksek faizle aldığı borç için tahakkuk ettirdiği faiz örtülü kazanç sayılmakla

⁷⁴⁸ **Kurum kazancından indirilebilecek giderler** 193 sayılı GVK'nın 40'inci maddesinde ve 5520 sayılı KVK'nın 8'inci maddesinde sayılmıştır.

⁷⁴⁹ Danıştay da konuyla ilgili bir kararında; *"Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 17 nci maddesinin 1 ve 3 üncü bentlerinde, şirketin kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişilerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alması veya vermesi halinde kazancı tamamen ve kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı belirtilmiştir. Davacı şirketin 1995 yılı işlemleri incelenmiş, pay sahiplerine esas faaliyet konusu dışındaki işlemleri dolayısıyla ödünç para verdiği ancak düşük oranda faiz tahakkuk ettirdiği ve örtülü kazanç dağıtımında bulunduğundan söz edilerek ve Merkez Bankasının kısa vadeli avans işlemlerinde uyguladığı % 60,5 oranına göre hesaplanan faiz tutarından tahakkuk ettirilen faiz tutarı düşülmek suretiyle matrah farkı bulunmuştur. Davacı şirket motorlu araç alım satımı işiyle uğraştığını ve bir ticari faaliyet nedeniyle bayilerinden bir kısım paralar alarak bunları ortaklarına aktardığını bayilerden alınan paraların iş avansı niteliğinde dolayısıyla işle ilgili olduğunu, bayilerden alınan bu paralar karşılığında söz verilen otomotiv ürünlerinin verilmemesi üzerine bayilerin paraları aldıkları bankalara ödedikleri faizin davacı şirkete bildirilmesi üzerine aynı tutarları ortaklarına yansıttığını, dolayısıyla ortaklara borç para verme işleminin olmadığını ve dolayısıyla örtülü kazanç dağıtımından söz edilemeyeceğini ileri sürmektedir. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun 3 üncü maddesinde vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu 134 üncü maddesinde ise vergi incelemesinden maksadın ödenmesi gereken vergilerin doğruluğunu araştırmak, tespit etmek ve sağlamak olduğu ifade edilmiştir. Buna göre uyumsuzlukta örtülü kazanç dağıtımından söz edilebilmesi için ortaklara verilen paraların hangi nedenlerle aktarılmış olduğunun araştırılması ve bu kaynak aktarımının örtülü kazanç dağıtımına yönelik olduğunun tespit edilmesi gerekmektedir. Davacı şirketin dilekçe ve eklerinin incelenmesinden şirketin bayilerden iş avansı olarak aldığı paraları ortaklarına yine iş avansı olarak verdiği ve bayilerin şirkete dekont ettikleri faizleri de aynen ortaklara aktardığı anlaşılmaktadır. Bu durumda mahkemece bu hususlar dikkate alınarak tarhiyatın tamamen kaldırılması gerekirken kurumlar vergisi ve ağır kusur cezasına yönelik kısmının reddedilmesinde isabet görülmemiştir"* ifadesiyle isabetli olarak konuya vurgu yapmıştır. (Bkz; **Danıştay**, 4.D. 14.04.1999 tarihli ve E:1998/4577, K:1990/1370 sayılı kararı), (www.kazanci.com).

⁷⁵⁰ Detaylı bilgi için bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s.289 vd; Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.197 vd; Öncel, M. a.g.e, s.100 vd; Işık, H. a.g.e, s.253 vd.

birlikte; vade⁷⁵¹, faiz⁷⁵², ödeme şekli vb. gibi yukarıda ifade edilen diğer şartlar eklendiği takdirde, bu kredi olmaktan çıkar ve örtülü sermaye niteliği kazanır⁷⁵³. Örtülü sermaye düzenlemesi hiç olmasaydı bile, şirketlerin pay sahiplerinden/ilişkili kişilerden kullandıkları borçlar için, şirketin pay sahibine/ilişkili kişiye ödedikleri, emsallerine uygun olmayan faiz vb. bedeller, diğer şartlarında var olması halinde, örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilebilecekti. Ancak bu şekilde alınan borç için pay sahibine/ilişkili kişiye sağlanan haksız menfaatlerin (faiz vb), örtülü kazanç olarak nitelendirilebilmesi için, hem objektif hem de sübjektif unsurlarının beraber ve eksiksiz var olması gerekecektir.

⁷⁵¹ **Vadeli işlemlerde ortaya çıkan haksız menfaatin**, borcun örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı kapsamında mı, yoksa her ikisinin beraber mi değerlendirileceği de vergi hukukçuları arasında tartışmalıdır. Ancak genel olarak vergi hukukçuları arasında; *“Özetle örtülü sermaye düzenlemelerinin kısaca ilişkili kişiler arasındaki borçlanma sınırını belirlediği, buna karşın transfer fiyatlandırma düzenlemelerinin ise ilişkili kişiler arasındaki mal ve hizmet alım satımında uygulanan fiyatların emsal bedel ilkelerine uygun olarak belirlenmesi gerektiğini düzenlediği söylenebilir. Belirtilen düzenlemeler ayrı ayrı konulara ilişkin hükümler içermelerine rağmen iki düzenleme, ticari kredili işlemler noktasında çakışabilmektedir. Bunun nedeni ise vadeli işlemlerde uygulanan fiyatın faizi de içermesidir. Çünkü ilişkili kişiler arasındaki vadeli, ticari kredili işlemler hem örtülü sermaye hem de transfer fiyatlandırma düzenlemeleri kapsamına girmektedir. Örtülü sermaye açısından vadeli işlemlerde uygulanan fiyatı ele alalım. Tebliğ’de yapılan açıklamaya göre piyasa koşulları ve ticari teamüllere göre yapılan vadeli mal ve hizmet alımları ile ilgili olarak ortaya çıkan borçlar örtülü sermayenin varlığının tespitinde dikkate alınmayacaktır. Dolayısıyla, piyasa koşulları ve ticari teamüllere göre yapılan alımlardaki vade farkı tutarlarının ayrıca hesaplanmış olması borç sayılmasına neden olmayacaktır. Temel koşul olarak piyasa koşulları ve ticari teamüller esas alındığı için bunları aşan vadelerdeki borç tutarları borç kapsamı içinde değerlendirilecektir. Tebliğ’deki “bu şekilde hesaplanan” ifadesinden kastedilenin piyasa koşulları ve ticari teamülleri aşan vadelerdeki borç tutarlarının tamamının borç kapsamı içinde sayılacağı anlaşılmaktadır. Bu nedenle belirtilen vade bir bütün içinde ele alınmalıdır. Söz konusu süreleri aşan vadeli alımlar nedeniyle ortaya çıkan borçlar örtülü sermayenin varlığının tespitinde dikkate alınacak; bu şekilde hesaplanan örtülü sermaye tutarına isabet eden vade farkları tespit edilerek örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz olarak kabul edilecektir. Piyasa koşulları ve ticari teamüller şirketlerin içinde bulunduğu sektör, makro ve mikro ekonomik koşullara göre değişecektir. Dolayısıyla, inceleme elemanları bu tip bir tespit yaptıklarında önce vadeli işlemlerin gerçekleştiği dönemdeki piyasa koşulları ve ticari teamüllere göre belirlenen, o dönemde geçerli vadeyi tespit etmek durumundadırlar. Geçerli vadenin nasıl tespit edileceğine yönelik bir belirleme yoktur. Bu tespit yapılması için sektörde faaliyette bulunan şirketler nezdinde araştırma yapılmalı ve farklı vadelerin bir ortalaması bulunarak bu şekilde hesaplanan süre hesaplanmalıdır. Burada çok dikkat edilmesi gereken konu sadece vadenin esas alınmasıdır. Faiz oranı konusunda bir belirleme yoktur. Dolayısıyla, sektörde vadenin üç ay olduğunun tespit edildiği bir ortamda ilişkili kişiler arasında iki ay vade yapılarak ancak faiz oranının üç aylık faiz oranına eşit olacak şekilde belirlenmesi ve bu faizin ayrıca hesaplanması halinde bile bu borçlar, borç kapsamı içinde düşünülmecektir ve örtülü sermaye hesabında dikkate alınmayacaktır. Transfer fiyatlandırma açısından olayı incelediğimizde, tam mükellef (B) Kurumunun aynı niteliklere sahip bir malı ilişkili kişilere vadeli, ilişkisiz kişilere peşin olarak satması halinde ödeme koşullarındaki bu farklılık dikkate alınarak yapılacak ayarlama sonucu iki işlemde uygulanan fiyatın karşılaştırılabilir hale getirilecek, aksi takdirde emsallere uygun fiyata ulaşmak mümkün olmayacaktır. Tam mükellef kurumların yurt dışındaki ilişkili kişilerden yapacağı vadeli mal ve hizmet alımları, ki tutar ve miktar olarak çok önemlidir, ne olacaktır sorusunun cevaplandırılması gerekmektedir. Ayrımcılık yapılmaması gerektiği ve olayı vurgulamak açısından böyle bir örnek verildiği göz önüne alındığında **yurt dışından vadeli mal alımlarının da transfer fiyatlandırma düzenlemeleri kapsamında olduğu düşünülmektedir**” görüşünde olanlar çoğunluktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: Uyanık, N. K. a.g.e, s.4-5.*

⁷⁵² **Para borçlarında faiz** konusu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Zevkliler ve Gökçaya, a.g.e, s.380 vd.

⁷⁵³ Öncel, M. a.g.e, s.105.

Örtülü sermaye düzenlemesi ile aslında, kanun koyucu, şirketin pay sahibinden/ilişkili kişiden aldığı borcun, şirket öz sermayesinin üç katını aşması vb. unsurların varlığı halinde, bizce sübjektif unsurun varlığını da kabul etmiştir. Dolayısıyla şirketin kullandığı bu kapsamdaki borç, örtülü sermaye düzenlemesindeki şartları sağlıyorsa, bu borç ve ferileri ile ilgili olarak örtülü sermaye nitelendirmesi yapılması, bizce daha uygun olacaktır. Ancak şirketin kullandığı bahse konu borç, örtülü sermaye düzenlemesindeki şartlar kapsamında değerlendirilemiyorsa, bu halde de konunun örtülü kazanç dağıtımı düzenlemesi kapsamında ele alınmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Her iki düzenlemede de, örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı nitelendirmesine bağlanan sonuç aynıdır. Her iki nitelendirme halinde de sonuç, borç için ödenen faiz vb. ferilerin örtülü kâr sayılmasıdır. Başka bir deyişle, şirketin kullandığı borç 5520 sayılı KVK'nın 12'inci maddesindeki unsurları ihtiva ediyorsa, bu borç için pay sahibine/ilişkili kişiye ödenen faiz vb. haksız menfaatler örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilecektir. Fakat bahse konu bu borç, 12'inci maddedeki unsurları ihtiva etmiyorsa, örneğin öz sermayenin üç katının altında kalıyorsa, bu durumda örtülü sermaye nitelendirmesi yapılamayacaktır. Bunun yanında söz konusu borç, 13'üncü maddede düzenlenen örtülü kazanç dağıtımı unsurlarını ihtiva ediyorsa, bu halde de borç için pay sahibine/ilişkili kişiye ödenen faiz vb. emsallere aykırı sağlanan haksız menfaatler aynı şekilde örtülü kâr olarak nitelendirilebilecektir⁷⁵⁴. Ancak çalışma konumuzun sınırları açısından bu tespitlerin detayları ayrıca burada tartışılmayacaktır. Bu kapsamda, örtülü sermaye ile ilgili bir önceki bölümde açıklama yapıldığı için burada, yalnızca şirketin, pay sahibi/ilişkili kişiye borç vermesi konulu tüketim ödünç sözleşmesi incelenecektir.

⁷⁵⁴ 5520 sayılı KVK 12'nci maddesinin gerekçesinde benzer şekilde, örtülü sermaye sayılmama halinin veya örtülü sermaye unsurlarını taşısa da, maddedeki istisnalar kapsamında değerlendirilen borçların, örtülü kazanç dağıtımı konusunda ayrıca denetlenmesinin gerektiğine vurgu yapılmıştır. 12'inci madde gerekçesinde; “(b) bendinde ise kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin banka veya finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla, yani kredi sözleşmesinin içerdiği vade, faiz oranı ve benzeri kullandırılma şartlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar, örtülü sermaye kapsamı dışında tutulmuştur. Böylece, grup şirketlerinde kredi temin etmek için kredibilitesi olan grup şirketinin, anılan kaynaklardan kredi temin ederek ihtiyacı olan diğer grup şirketlerine aynı şartlarla kısmen veya tamamen aktarabilmesine olanak sağlanmaktadır. **Örtülü sermaye kapsamı dışına çıkarılan bu tipteki borçlanmaların, transfer fiyatlandırması açısından normal koşullar altında değerlendirileceği ve transfer fiyatlandırması işlemleri için bir istisna getirilmediği tabiidir**” açıklaması bulunmaktadır.

Ödücün Örtülü Kazanç Kapsamında Değerlendirilmesi

Örtülü kazanç dağıtımı kapsamında, tüketim ödücü sözleşmesi, klasik manada bir ödünç sözleşmesi şeklinde ortaya çıkabileceği gibi farklı adlar ve şekillerde de düzenlenebilir⁷⁵⁵. Tam anlamıyla ve bir tüketim ödücü sözleşmesi oldukları konusunda tartışma olmakla birlikte; genel olarak aynı kapsamda değerlendirilen başlıca örnekler olarak; tasarruf mevduatı sözleşmesi, kredi açma sözleşmesi, kâra katımlı ödünç sözleşmesi, tahvil çıkartılması, kâr ortaklığı ve gelir ortaklığı belgeleri, katılma intifa senetleri, avans, iskonto ve iştirah işlemleri, tüketim ödünç sözleşmeleri, gösterilebilir⁷⁵⁶.

Örtülü kazanç dağıtımının, uygulamada en çok karşılaşılan şekli borç verme ilişkisidir⁷⁵⁷. Ancak bunun yanında kredi açma sözleşmeleri de, dolaylı olarak ödünç sözleşmesi olarak, örtülü kazanç dağıtımının konusunu teşkil eder. Kredi açma işlemi, bankalar tarafından kredi sahibi kişi lehine yapılır. Banka kredi açtığı kişiye belirli bir faiz ve komisyon karşılığında ve üst limiti belli bir krediyi, kredi sahibi kişinin kullanılmasına olanak sağlar. Kredi alan, belirlenen bu üst limit sınırı içerisinde sürekli olarak ve birden çok kez para çekebilir veya geri ödeyebilir. Kredi açma sözleşmelerinin, hukuki niteliği tartışmalı olmakla birlikte, doktrinde genel olarak bu sözleşmenin, kendine özgü yapısı olan bir sözleşme olduğu ifade edilmektedir⁷⁵⁸. Kredi sözleşmeleri, örtülü kazanç dağıtımı açısından, şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasındaki kredi işlemlerinde veya bu kapsamdaki kefalet ilişkisinde kendini gösterir⁷⁵⁹.

Örtülü kazanç dağıtımı açısından, tüketim ödücü sözleşmelerine konu borç, pay sahibine/ilişkili kişiye verilirken, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesine göre, emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde, normal (emsal) faiz oranı veya

⁷⁵⁵ Zevkliler ve Gökaya, *a.g.e.*, s.388 vd.

⁷⁵⁶ Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.189; Bahse konu sözleşme türleri ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Zevkliler, A. *a.g.e.*, s.281 vd; Aral, F. *a.g.e.*, s.303 vd.

⁷⁵⁷ Tekin, A. (2003). Örtülü Kazanç ve Danıştay Kararları, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Isparta, 8(3), s.34; Aydemir, D. (2000, Ekim). Temettü Avansı ve Örtülü Kazanç Dağıtımı, *Vergi Dünyası Dergisi*, (230), s.88.

⁷⁵⁸ Zevkliler, A. *a.g.e.*, s.282; Feyzioğlu, N. F. (1980). *Borçlar Hukuku, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri*, Cilt:I, İstanbul, 4. Baskı, s.771; Tandoğan, H. (1992). *Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri*, Cilt:I-II, 5. Baskı, İstanbul, s.333.

⁷⁵⁹ **Yargıtay**, 11. H.D. 10.05.2010 tarihli ve E:2010/5400, K:2010/5060 sayılı kararı; **Danıştay**, 4.D. 06.11.1996 tarihli ve E:1996/2142, K:1996/8934 sayılı kararı, (www.kazanci.com); **Kefalet** konusundaki açıklamalar ile ilgili bkz; Zevkliler ve Gökaya, *a.g.e.*, s.653 vd.

iskonto tutarından yüksek veya düşük bir faiz oranı veya iskonto oranı belirlenmişse örtülü kazanç dağıtımının varlığından bahsedilir⁷⁶⁰. Şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasındaki borç ilişkisinin örtülü kazanç dağıtımına konu olması birden çok şekilde ortaya çıkabilir. Şirket, pay sahibine/ilişkili kişiye bir miktar parayı ödünç(borç) olarak verir. Bu borcu alarak, pay sahibi/ilişkili kişi kendine bir haksız menfaat sağlamış olduğu durumlarda, örtülü kazanç dağıtımından bahsedilebilir. Başka bir deyişle, bu borcu⁷⁶¹ şirket, pay sahibi/ilişkili kişi dışında üçüncü bir kişiye kullandırdığında uyguladığı şartlardan daha uygun ve kendisi açısından daha kötü şartlarda pay sahibine/ilişkili kişiye kullandırmışsa, yani emsalle uygunluk ilkesine aykırı kullandırmışsa, o zaman bu diğer taraf açısından haksız bir menfaat olarak değerlendirilebilir⁷⁶². Pay sahibi/ilişkili açısından ise, pay sahibinin/ilişkili kişinin, şirket dışında başka üçüncü bir kişiden kullanacağı krediden (borç) daha iyi şartlarda şirketten bir kredi kullanması ve bu iyi şartların emsallere uygunluk ilkesine göre mantıklı ve kabul edilebilir bir açıklamasının bulunmaması hali, haksız menfaat kabulü için gereklidir⁷⁶³. Bunun yanında, şirket

⁷⁶⁰ Ağar, S. Örtülü Kazanç Dağıtımı, s.194.

⁷⁶¹ Doğal olarak borç verme işlemine dayanarak örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için taraflar arasındaki ilişkinin bir ödünç (borç) alma/verme işlemi olduğunun ispatı gerekir. Danıştay da benzer görüştedir. Nitekim **Danıştay**, 4.D. 11.06.1996 tarihli ve E:1996/2142 ve K:1996/3934 sayılı kararında; “*Bu hükme göre örtülü kazanç dağıtımından söz edebilmenin bağlayıcı koşulu ortada bir ödünç para verme veya almanın varlığına-ve bunun somut olarak ortaya konulmasına bağlanmıştır. Olayda inceleme raporunda eleştirisi yapılan borç ilişkisinin bir ödünç- para alma veya verme nitelikli olmadığı iki şirket arasında gerçekleşen ticari ilişkilerden kaynaklanan ve dönemler itibarıyla karşılıklı olarak birbirlerine verdikleri hizmetlerden meydana gelen ticari gereklere ve iş hayatının doğal seyrine uygun bir ilişki olduğu anlaşılmaktadır. Cari hesapta dönem sonunda doğan alacak üzerinden faiz hesaplanmasının örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilmesinde ve bu yönden hesaplanan matrah farkında isabet görülmemiştir*” hükmü ile isabetli bir tespit yapmıştır. (Bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s.611).

⁷⁶² Danıştay da bu yönde verdiği isabetli bir kararında; “*Davacı şirketin finansman güçlükleri içinde bulunduğu ve bu amaçla kredi almak zorunda olduğunu iddia ettiği ve yüksek oranda finansman giderine katlanmak zorunda olduğu bir dönemde bankalara teminat göstermek amacıyla ortağına para aktarması ve karşılığında ortağa belli bir oranla faiz tahakkuk ettirilmemekle birlikte, verilen paralarla orantı kurulmaksızın ortağın bir kısım finansman giderlerine katlandığı görülmektedir. Anılan kanun hükmü uyarınca ödünç para verme işlemi nedeniyle faiz tahakkuk ettirilmesi gerekmektedir. Şirketin mali güçlükler içinde olduğu bir dönemde sadece kredi almak için teminat sıkıntısını aşmak amacıyla ortağına para aktarmış olması bu işlemin ortağa ödünç para verme niteliğini ortadan kaldırmamaktadır. Pay sahibi her ne kadar aldığı gayrimenkulleri şirketin kredi alması için bankalara teminat göstermiş ise de alınan gayrimenkullerin ortağın şahsi mal varlığına dahil olması karşısında ve tüzel kişiliği haiz şirketin pay sahipleri ile olan ilişkilerinde üçüncü şahıslarla yaptığı işlemler gibi hareket etmesi gerektiği dikkate alındığında, ortağın kendisine verilen borçlar için orantısız bir şekilde bir kısım finansmanın giderlerine katlanması örtülü kazanç dağıtımında bulunulmadığını göstermeye yeterli görülmemiştir. Kaldı ki inceleme elemanınca yapılan adatlandırma (faiz uygulama) sonucu ortağa yüklenen finansman giderleri matrah farkı hesaplanırken dikkate alınmıştır*” vurgusu ile temelde emsallere uygunluk ilkesinin gerekliliğine işaret etmiştir. (Bkz; **Danıştay**, 4.D. 04.04.1999 tarihli ve E:1998/4711, K:1999/1371 sayılı kararı), (www.kazanci.com).

⁷⁶³ Şirketin, pay sahibine verdiği borç için ilgili pay sahibinden aldığı faizin emsallerinden düşük olması halinde her zaman örtülü kazanç dağıtımı gündeme gelmeyebilir. Somut olaydaki şartların tüm taraflarıyla ela alınması gerekir. Pay sahibi ile şirket arasındaki ilişkinin ve şirketin acil ihtiyacının karşılanması zarureti

açısından borcun geri alınmasının istenip istenmediği ve bu verilen paranın gerçekten borç olarak verilir verilmediğinin bilinmesi, aynı zamanda pay sahibinin bu borcu alma niyetinin bilinmesi, örtülü kazanç dağıtımının tespiti açısından önem arz etmektedir⁷⁶⁴. Alınan şeyin iadesi ödünç sözleşmeleri için temel unsur olması nedeniyle⁷⁶⁵, ticaret hukukuna göre, basiretli bir tacirin makul bir özenle borç verdiği kişinin ödeme gücünden emin olması gerekir. Bu nedenle şirketin pay sahibine verdiği borç, pay sahibinin ödeme gücünü açıkça aşıyorsa veya vade için çok uzun bir süre tespit edilmişse ve ödenme şekli şirket için emsallere göre açıkça aleyhte ise, işte bu hallerde de örtülü kazanç dağıtımının varlığı gündeme gelecektir⁷⁶⁶.

Sonuç olarak; “ödünç para alma ve verme işlemleri” de kanunun açık hükmüne göre, örtülü kazanç dağıtımına konu olmaktadır. Şirketin pay sahibinden/ilişkili kişiden aldığı borç için ödediği emsallere uygun olmayan faiz vb. haksız menfaatler ile ilgili olarak, diğer şartlarında var olması halinde, örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapılabilecektir. Bununla birlikte, yukarıda da değinildiği üzere, şirketin kullandığı bu borç kanundaki şartların varlığı halinde örtülü sermaye olarak değerlendirilebilmektedir. Dolayısıyla şirketin pay sahibinden/ilişkili kişiden aldığı bir borç söz konusu olduğunda hem örtülü sermaye hem de örtülü kazanç dağıtımını müesseselerini birlikte değerlendirmek gerekecektir.

vb. gibi unsurlar istisnaide olsa bu ilişkiyi meşru kılabılır. Nitekim yazar isabetli bir şekilde **“Bir sermaye şirketinin ortağına düşük faizle veya faizsiz verdiği kredi, kaynağını ortaklık ilişkisinden alır. Çünkü şirket piyasada cari olan oranda faiz almadıkça böyle bir krediyi kendisi ile ortaklık ilişkisi içinde bulunmayan üçüncü kişiye veremez. Ancak, şirketle ortağı arasındaki ortaklık ilişkisinden kaynaklanamayan özel koşullar piyasada cari olan faizden sapmayı haklı gösteriyorsa, makul faizin saptanmasında bu koşullar dikkate alınır”** tespitiyle buna dikkate çekmiştir. (Bkz; **Öncel, M. a.g.e.**, s.103).

⁷⁶⁴ Konuyla ilgili **Danıştay**, 27.03.2001 tarihli ve E:2000/107, K:2001/1096 sayılı kararında; **“Olayda, yıllara yaygın dekupaj işi yapan yükümlü kurumun ortaklarına borç para verdiği ve herhangi bir faiz tahakkuk ettirmediği nedeniyle örtülü kazanç dağıtıldığı ileri sürülerek re'sen tarhiyat yapılmıştır. Dosyanın incelenmesinden davacı iş ortaklığınca, yıllara yaygın dekupaj işi ihalesi nedeniyle alınan istihkaklardan ortaklara borç para verildiği gibi ortaklardan borç para alındığı, alacak ve borçların "Ortaklardan Alacaklar ve Ortaklardan Borçlar" hesabında takip edildiği, bu hesabın hem borçlu hem de alacaklı olarak çalıştığı, ortaklara verilen borç paraların yıl sonuna kadar ödendiği ve bu paralar nedeniyle herhangi bir faiz tahakkukunun yapılmadığı anlaşılmıştır. Ticari hayatın bir gereği olarak ortakların cari hesap yoluyla ortaklıktan borç alıp borç vermeleri mümkün olup bu durum işletmeden para çekme anlamına gelmemektedir. Nitekim davacı iş ortaklığının pay sahipleri cari hesabının hem alacak hem borç bakiyesi vermesi, alınan borç paraların ortakların özel ihtiyaçlarında kullanıldığı yönünde herhangi bir tespitin yapılmaması ve yıl sonuna kadar alınan borç paraların ödenmiş bulunması karşısında örtülü kazanç dağıtıldığı iddiasıyla düzenlenen inceleme raporuna göre bulunan matrah farkı üzerinden yapılan tarhiyatta ve bu tarhiyata karşı açılan davanın reddine dair mahkeme kararında isabet görülmemiştir”** hükmüyle esasında **sübjektif unsurun tam olarak ortaya konulması gerektiğine** vurgu yapmıştır. (Bkz; Kızılot, Ş. a.g.e., s.612).

⁷⁶⁵ Zevkililer ve Gökkaya, a.g.e., s.379.

⁷⁶⁶ Öncel, M. a.g.e., s.98 vd.

Ödünç ilişkisinde örtülü kazanç dağıtımı daha çok uygulamada; şirketin borç olmasından çok, şirketin pay sahibine/ilişkili kişiye verdiği borçlardan faiz almaması veya düşük faiz alması halinde gündeme gelmektedir. Şirket ve pay sahibi, kişilik olarak farklı kişilikler olması nedeniyle, tek kişilik anonim şirket de olsa, şirket pay sahibine/ilişkili kişiye borç vermesi işlemi, faizden bağımsız olarak zaten hukuken beklenen, desteklenen veya teşvik edilen bir işlem değildir⁷⁶⁷. Bu nedenle şirketin pay sahibine/ilişkili kişiye borç vermesi halinde, konunun bu haliyle denetlenmesini ummak gerekir. Bir de şirket verdiği borç için faiz almaz veya emsallerine göre düşük faiz alırsa, emsallerine göre çok uzun vadeli borç verirse veya alamayacağı fiili olarak zaten belli olan miktarda bir borç verirse, pay sahibi/ilişkili kişi nezdinde, şirket aleyhine haksız bir menfaat sağlamış olur. İşte bu haksız menfaat de örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil etmektedir. Ancak bu tespit yapılırken örtülü kazanç dağıtımının tüm objektif ve sübjektif unsurlarının tespiti eksiksiz yapılmalı, özel şartlar ve durumlar dikkate alınmalıdır⁷⁶⁸. İdare

⁷⁶⁷ Belli şartlarda pay sahiplerinin şirkete borç vermeleri “**öz varlık (sermaye) yerine geçen ödünç**” olarak nitelendirilmektedir. (Bkz; dpnt;455); Yazar da, çalışmasında benzer yönde isabetli bir tespitte bulunmuştur; “Zira yeni Türk Ticaret Kanunu’na hâkim olan dürüst resim ilkesi gereğince, şirket ortakları ve yakınları, malî açıdan zora düşen şirkete borç vermek yerine sermaye koymak suretiyle şirketi krizden kurtarmalıdır. Aksine davranışın bir yaptırımı olmalıdır.” (Bkz; Çeker, M. a.g.e, s.670); 6102 sayılı TTK’nın “**pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı**” başlıklı 358’inci maddesinde “Pay 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 bulunmaktadır. Bunun yanında 6102 sayılı TTK’nın, yönetim kurulu üyeleri ile ilgili “**şirketle işlem yapma, şirkete borçlanma yasağı**” başlıklı 395’inci madde 2’nci fıkrasında da; “Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler” hükmü bulunmaktadır. Ayrıca bkz; II. Bölüm, md.4.1, dpnt:434. **Özdamar ve Doğan, a.g.e, s.4 vd.**

⁷⁶⁸ **Danıştay, 3.D. 18.05.2000 tarihli ve E:1998/71 ve K:2000/1920 sayılı kararında net bir şekilde konuyla ilgili olayın gerçek mahiyetinin ortaya konulmasının gerekliliğine** vurgu yapmıştır: “Kurumların nakit kaynaklarının ortaklar adına açılmış olan cari hesaplar aracılığı ile ortaklara karşılıksız olarak kullanılması suretiyle onlara örtülü kazanç dağıtılmış olduğundan söz edilebilmesi için; salt bu hesaplar aracılığı ile ortaklara kaynak aktarılmış olması yeterli bulunmayıp, bu kaynakların hangi nedenlerle ortaklara aktarılmış olduğunun her işlem için ayrı ayrı belirlenmesi suretiyle, yapılan işlemin niteliği itibarıyla örtülü kazanç dağıtımına amacına yönelik olup olmadığının ya da bu sonucu doğurup doğurmadığının açıklanması gerekmekte olup, bu şekilde bir inceleme ve belirleme yapılarak örtülü kazanç dağıtımı yapıldığı hususunun tespit edilmesi durumunda da, matrah farkının hesaplanmasında, ortaklara karşılıksız olarak kullanılmış olan paraların şirketten çekildiği ve daha sonra tekrar şirkete yatırıldığı tarihler arasındaki T.C. Merkez Bankası tarafından uygulanmış olan reeskont faiz oranının esas alınması icap etmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda ise, bu tür bir inceleme ve belirleme yapılmadan, un imalatı ve satışı işiyle uğraşan davacı şirketin bu faaliyeti ile ilgili bir kısım ödemeleri karşılamak üzere ortaklara iş avansı niteliğinde ödemelerde bulunup bulunmadığı araştırılmadan, **sadece ortaklara yapılmış olan ödemelerin belli süreler için onların üzerinde kalmış olması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımının yapıldığının kabulüne olanak bulunmadığı, bu nedenle sözü edilen açıklamalar doğrultusunda araştırma yapılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, mahkemece örtülü kazanç dağıtımını yapıldığı sonucuna**

örtülü kazanç dağıtımını tespiti yaparken de, VUK'un "ispat" başlıklı 3'üncü maddesinde tanımlanan "*vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini*" tam olarak *araştırarak, gerçek durumu ortaya koymalıdır*⁷⁶⁹.

İkramiye, Ücret ve Benzeri Ödemeler

5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen örtülü kâr dağıtımına konu olacak işlemlerin bir diğeri de, şirket tarafından pay sahibine/ilişkili kişiye yapılan ikramiye, ücret ve benzeri ödemelerdir. Ticari hayatta sıkça karşılaşılabildiği üzere, şirket pay sahipleri veya pay sahiplerinin yakınları veya söz konusu ilişkili kişiler, şirkette işçi olarak çalışmakta veya şirket için belli hizmetleri yaparak şirketten ücret, komisyon vb. adlar altında belli gelirler elde etmektedirler. Hatta bazen şirket çalışanlarına şirketten pay verilerek, şirket çalışanları aynı zamanda pay sahibi sıfatını kazanmaktadırlar. İşte bu veya benzer durumlarda şirket pay sahibi/ilişkili kişi şirketten ücret, ikramiye ve benzer adlar altında menfaat elde etmektedir. Bu menfaatlerin emsallere uygun olması halinde, başka bir deyişle, sağlanan bu menfaatin ticari, teknik ve emsal açıdan hakkaniyet ölçüsünde, izah edilebilen ve meşru kabul edilebilen hallerde, ortada eleştirilebilecek bir menfaat temini yoktur. Ancak bu menfaatler emsallere uygunluk ilkesine aykırı olduğu takdirde, bu menfaatlerin, örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil ettiği değerlendirilmesi yapılabilecektir.

Yönetim Kurulu Üyelerine Ödenen Kazanç Payları veya Ücretlerde Örtülü Kazanç İlişkisi

Şirketten ücret, ikramiye vb. ödeme alanlar kapsamında, belli şartlardaki yönetim kurulu üyelerini de sayabiliriz. Yönetim kurulu üyelerine, yönetim kurulu üyeliği yaptıkları için, bu hizmetlerinin karşılığı olarak huzur hakkı veya ücret vb. adı altında şirket tarafından ödeme yapılabilir. Eğer bu yönetim kurulu üyeleri aynı zamanda şirket pay sahibi ise⁷⁷⁰, işte bu durumda bu ücret, huzur hakkı vb.

ulaşılarak, davacı şirketin kullandığı başka kredilerine uygulanan faiz oranının dikkate alınması suretiyle verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir" (www.kazanci.com).

⁷⁶⁹ Taylor, Y. *a.g.e*, md:II/2, dpnt:30, (son yararlanma tarihi; 28.08.2013).

⁷⁷⁰ Mülga 6762 sayılı TTK'ya göre şirket yönetim kurulu üyesi olarak göreve başlayabilmek için pay sahibi olmak zorunlu idi. Ancak 6102 sayılı TTK ile bu zorunluluk kaldırılmış olup, **pay sahibi olmayanlarında**

ödemelerin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olduğu tespiti ile örtülü kazanç dağıtımı değerlendirmesi yapılabilecektir⁷⁷¹. TTK'nın 394'üncü maddesine göre “Yönetim kurulu üyelerine, tutarı esas sözleşmeyle veya genel kurul kararıyla belirlenmiş olmak şartıyla, huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kârdan pay ödenebilir”. Yönetim kurulu üyesi olan pay sahipleri, varsa şirkette hiçbir görevi olmayan diğer pay sahiplerine nazaran, elbette şirket için zaman ve emek harcayarak şirkete katkı sağlamaktadırlar. Bu katkının bir karşılığı olarak da şirketten ekstra menfaat temin etmeleri olağandır. Ancak bu menfaat, olağan olma sınırının dışına çıkarak, emsallerine göre fahiş ise, bu menfaatin haksız olduğu ve bu kapsamda da örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olacağı söylenebilir.

Yönetim kurulu üyelerine ödenen bu bedeller birçok ad altında kayıtlıdır. Bunlar; huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim vb. şekilde gündeme gelebilir. Ancak madde de geçen “kâr payı” ödemesi, konumuz kapsamında ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur. Kâr payı ile ilgili birinci bölümde detaylı açıklamalar yapılmıştır⁷⁷². Bu bölümdeki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kâr payı, kural olarak pay sahiplerine ödenebilir ve kâr payı ödemek için şirketin belli usulleri yerine getirerek, bir genel kurul kararı alması gerekir. Eğer esas sözleşmede hüküm varsa, yönetim kurulu üyelerine diğer pay sahiplerine nazaran daha yüksek oranda kâr payı verilebilir. Bunun yanında, yukarıda da değinildiği üzere⁷⁷³, pay sahibi olan veya olmayan yönetim kurulu üyelerine “kazanç payı” adı altında ödeme yapılabilmektedir. Dolayısıyla TTK'nın 394'üncü maddesinde düzenlenen maddi haklar kapsamındaki kâr payı ödemesi bu durumda, yönetim kurulu üyesi için bir ücret veya huzur hakkı benzeri bir nitelikte alacak hakkı oluşturur⁷⁷⁴. Diğer pay sahiplerine nazaran, yönetim kurulu üyesine yüksek oranda ödenen bu kâr payı, eğer emsallere uygunluk ilkesine aykırı ise yine ücrette veya

yönetim kurulu üyesi olması imkânı getirilmiştir. (Bkz; 6012 sayılı TTK'nın 359'uncu maddesi ve madde gerekçesi).

⁷⁷¹ Esasında, şirket yönetim kurulu üyeleri, pay sahibi olmasalar da, bunlara sağlanan haksız menfaatler 5520 sayılı KVK 13'üncü maddede düzenlenen şartları taşıyorsa, bu haksız menfaatler de örtülü kazanç dağıtımı kapsamında değerlendirilecektir. **Yönetim kurulu üyelerinin, maddedeki ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmiş olmaları nedeniyle, bu yönetim kurulu üyelerine yapılan haksız menfaat kapsamındaki ödemeler de örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecektir.** Ancak bu yönetim kurulu üyeleri aynı zamanda pay sahibi olmadıkları için, bunlara sağlanan haksız menfaatlerin örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmesi, ticaret hukuku ilkelerine ters düşmektedir. Çalışmamızda bu konu detayıyla ele alınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, md.3.21.1.2.5.

⁷⁷² Bkz; I. Bölüm, md.3.

⁷⁷³ Bkz; I. Bölüm, md.4.2.

⁷⁷⁴ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.390 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.369.

huzur hakkında, primde vb. ödemelerde olduğu gibi, örtülü kazanç dağıtımını gündeme gelecektir⁷⁷⁵.

TTK 394'üncü madde kapsamında, kendisine ödeme yapılan yönetim kurulu üyesi pay sahibi değilse veya pay sahibi ile ilişkilendirilebilecek bir kişi değilse, bu yönetim kurulu üyesine yukarıda ifade edildiği şekilde, söz konusu madde kapsamında, "kâr payı" adı altında bir ödeme yapılması durumunda, bu ödemenin niteliğini de ortaya koymak gerekir. Kanaatimizce, TTK'nın 394'üncü maddesi kapsamında, pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesine kâr payı adı altında bir ödeme yapılıyorsa ve bu kâr payı ödemesi kanuna uygun şekilde alınmış bir genel kurul kararına veya bir esas sözleşme hükmüne dayanıyorsa⁷⁷⁶ artık bu ödemenin örtülü kazanç kapsamı dışında olması gerektiğini iddia etmenin, kanunun açık ifadesiyle çeliştiği kanaatineyiz⁷⁷⁷.

Esasında TTK'da bu konuda bir terim birliği olmadığını da ifade etmek gerekir. Şöyle ki; TTK'nın "kâr, kazanç ve tasfiye payı" başlıklı 507'inci maddesinin gerekçesinde; "ayrıca "kazanç payı" tasarıda, yönetim kurulu üyelerinin yıllık kârdan aldıkları kâr payını ifade için "tantieme" karşılığı olarak özel bir terimdir" açıklaması yer almaktadır. TTK'nın "yönetim kurulu üyelerinin mali hakları" başlıklı bahse konu 394'üncü maddesinde ise "...yıllık kârdan pay ödenir" hükmü bulunmaktadır. Aynı şekilde 509'uncu maddenin başlığında "kazanç payları" ifadesi yer almaktadır. Benzer şekilde, yönetim kuruluna ödenecek kazanç paylarının ödenme usulü ve şeklinin hüküm altına alındığı 511'inci maddenin başlığı da "kazanç payları"dır⁷⁷⁸. Hem gerekçeden, hem de bahse konu maddelerdeki hükümlerden bizce çıkan sonuç; yönetim kurulu üyelerine, bu üyelik

⁷⁷⁵ Konuyla ilgili açıklamamız için bkz; II. Bölüm, md. 3.2.1.1.2.5.

⁷⁷⁶ 6102 sayılı yeni TTK'nın 394'üncü maddesi, yönetim kurulu üyesinin pay sahibi olup olmamasına ilişkin herhangi bir ayırım getirmediğinden, **pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesi de kâr payı (kazanç payı) alma hakkına, esas sözleşme veya genel kurul kararı ile ödenecek bedel belirlenmiş olması kaydıyla, sahiptir.** Kazanç payı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; **Özer, I. a.g.e.**, s.227 vd.

⁷⁷⁷ Aksi görüş için bkz; **Ateşagaoglu, E. a.g.e.**, s.150; "6102 sayılı TTK ile şirket yönetiminde profesyonel yönetim anlayışı başta olmak üzere şirket tarafından uygun görülen çeşitli nedenlerle pay sahibi olmayan üçüncü kişinin yönetim kurulu üyesi olarak atanması mümkün kılınmıştır. Bu doğrultuda şirket yönetimi için kendisinden istifade edilen ve pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyesine, şirket için harcadığı emeğe ve katma değere karşılık kimi zaman yüksek miktarda kâr payı ödenmesine karar verilebilir. Bu ödeme, yönetim kurulu üyesinin emeğinin ve bir nevi şirkete olan katkılarının kişisel nitelikte bir karşılığıdır. Bu yönde yapılacak bir ödemede de emsale uygunluk kıyaslamasının yapılması uygun olmayacaktır".

⁷⁷⁸ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.238-239; Kazanç payları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; **Özer, I. a.g.e.**, 227 vd.

hizmetinin karşılığı olarak şirket kârının artmasına gösterdikleri katkı nedeniyle kârdan ilave pay verilmesi, yukarıda ifade edildiği gibi⁷⁷⁹, kazanç payı olarak ifade edilmelidir. Bu nedenle, pay sahibi olmayan bir yönetim kurulu üyesine, yönetim kurulu üyelerinin mali hakları kapsamında yapılan kazanç payı ödemesi, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki şartları taşıyorsa, başka bir deyişle, emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde bir haksız menfaat sağlar nitelikte ise, bu ödemenin de örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil edebileceğini değerlendiriyoruz.

Yönetim kurulu üyelerinin mali haklarını düzenleyen TTK'nın 394'üncü maddesi ile ilgili son olarak, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde örtülü kazanç dağıtım şekilleri arasında sayılan "diğer ödemelerin" yönetim kurulu üyelerine ödenen mali haklar kapsamındaki değerlendirmeyi de ortaya koymak gerekmektedir. TTK'nın 394'üncü maddesinin gerekçesinde, yönetim kurulu üyelerine ödenen mali hakların ancak; huzur hakkı, ücret, ikramiye, prim ve yıllık kâr payı, olabileceği, hükümdeki bu ifadenin "sınırlı sayı ilkesi" kapsamında değerlendirmesi gerektiğini ifade edilmiştir⁷⁸⁰. Dolayısıyla maddede sayılan şekiller dışında, yönetim kurulu üyelerine bir ödeme yapılamaz⁷⁸¹. Yapılırsa bu TTK hükümleriyle çelişir. Yine kanun madde gerekçesinde; "*Yolluklar, temsil ödemeleri, sigorta primleri, ve benzeri primler, varsa özel emeklilikler, avanslar, hükmün kapsamı dışındadır*" ifadesi bulunmaktadır. Gerekçedeki bu ifadeye göre, yönetim kurulu üyelerine yapılan ödemelerden varsa, yolluk ödemeleri, temsil ödemeleri, primler, varsa özel emeklilik ödemeleri, avans ödemeleri ve yönetim kurulu adına yapılan sigorta prim ödemeleri TTK'nın 394'üncü madde kapsamında, yönetim kurulu üyelerinin mali hakları arasında kabul edilemez.

Örtülü kazanç dağıtımının düzenlendiği 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde "*..ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler*", örtülü kazanç dağıtılabilecek işlemler içinde sayılmıştır. Dolayısıyla, maddedeki "*benzeri ödemeleri gerektiren işlemler*" hükmü ile örnekleme yöntemiyle bir tespit yapılmış olup; maddeden, ikramiye veya ücret adı altındaki işlemler dışındaki ödeme işlemlerinde de, diğer şartların varlığı halinde, örtülü kazanç dağıtımının

⁷⁷⁹ Bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.1.2.4.

⁷⁸⁰ 6102 sayılı TTK'nın 394'üncü madde gerekçesi.

⁷⁸¹ Eriş, G. TTK Şerhi-II, s.2672.

söz konusu olacağı sonucu çıkmaktadır. Bu yaklaşımla, TTK'nın 394'üncü madde gerekçesinde her ne kadar yolluk, temsil ücreti, pirim vb. ödemelerin yönetim kurulu üyelerinin mali hakları içinde belirtilmemişse de, bu ödemeler örtülü kazanç dağıtımına konu olabilecektir. Örneğin bir yönetim kurulu üyesine, emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde, diğer şartların da varlığı halinde, yüksek tutarda bir yolluk veya temsil ücreti ödenmişse bu durumda örtülü kazanç dağıtımını gündeme gelecektir.

Diğer İlişkili Kişilere Ödenen Ücretlerde Örtülü Kazanç İlişkisi

5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki, örtülü kazanç dağıtımının konusu içinde sayılan, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeler, yalnızca yönetim kurulu üyelerine yapılan ödemelerle sınırlı değildir. Şirketin, pay sahibine/ilişkili kişiye, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak yaptığı her türlü ödeme, diğer şartların da varlığı halinde, örtülü kazanç dağıtımını sayılacaktır. Bu ödemeler çoğunlukla, yukarıda ifade edildiği gibi yönetim kurulu üyelerine yapılan ödemeleri kapsamakla birlikte, bunlarla sınırlı değildir. Kanunda ifade edilen “*İkramiye, ücret ve benzeri ödemeler*” kapsamındaki işlemler, hukuki nitelik açısından genel olarak; TBK'nın İkinci Kısım “özel borç ilişkileri” içerisindeki, hizmet sözleşmesi (md.393 vd.) veya vekâlet sözleşmesi (md.502 vd.) kapsamında değerlendirilmektedir⁷⁸².

TBK'nın 493'üncü maddesindeki tanıma göre; “*Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. İşçinin işverene bir hizmeti kısmi süreli olarak düzenli biçimde yerine getirmeyi üstlendiği sözleşmeler de hizmet sözleşmesidir*”. Bununla birlikte hizmet sözleşmesi benzer şekilde “iş sözleşmesi” adı altında 4857 sayılı İş Kanunu'nun (İŞK) 8'inci maddesinde de düzenlenmiştir. Her iki maddeye göre de, hizmet sözleşmesinin temel olarak iki unsuru vardır. Bunlar; işverenin ücret ödeme zorunluluğu ve bunun karşılığında da işçinin iş göreme yükümlülüğüdür⁷⁸³. Şirket çalışanları ile şirket arasındaki ilişki bu kapsamda bir hizmet (iş) sözleşmesidir. Bu

⁷⁸² Açar, S. Örtülü Kazanç Dağıtımını, s.218 vd; Aral, F. a.g.e, s.403 vd; Zevkililer, A. a.g.e, s.305 vd.

⁷⁸³ Zevkililer ve Gökkaya, a.g.e, s.418 vd.

sözleşme hükümlerine göre şirkette hizmet (iş) sözleşmesi kapsamında çalışan pay sahibi/ilişkili kişiye ödenen ücretlerin, emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde, pay sahibi/ilişkili kişi nezdinde haksız menfaat sağlaması durumunda, diğer şartların da varlığı halinde örtülü kazanç dağıtımından bahsedilebilecektir.

Ancak, ücretlerin örtülü kazanç dağıtımına konu edilmesi ile ilgili olarak yürürlükte olan GVK'daki düzenlemeyi de kısaca ele almak gerekmektedir. GVK'nın 61'inci maddesinde ücret; *"işverene tabi ve belirli bir iş yerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı verilen para ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatlerdir"* şeklinde tanımlanmıştır. Esasında yukarıda ifade edilen BK'daki ve İşK'daki tanımla da paralellik gösteren GVK'daki ücret tanımı, vergisel açıdan konunun sınırlarını netleştirmektedir.

Ücret GVK açısından, gerçek kişi için bir gelir olmakla birlikte; KVK açısından şirket için ise bir gider kalemi oluşturmaktadır. Dolayısıyla, şirket pay sahibi/ilişkili kişiye emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak, emsallerinden daha fazla bir ücret ödediğinde, bu ödemeyi giderleştirebileceği için, hem giderleştirilmiş (matrahtan indirilmiş) harcamaları artacak ve daha az vergi ödeyecek olup, bunun yanında pay sahibi de kâr payı ödemesinde ortaya çıkacak stopajdan (vergiden) kurtulmuş olacaktır. Elbette ücretten de vergi ödenmekle birlikte, ücretlerden artan oranda vergi alındığı için, çoğunlukla ücret için ödenen vergi, kâr payından ödenen vergiden daha az oranda olmaktadır. Ancak böyle olmasa bile, temelde kâr payı dağıtımına konu bedel giderleştirilemediği ve ücret tamamen giderleştirilebildiği için, bu açıdan da şirket önemli vergi avantajı sağlamış olacaktır. Bu nedenle de, vergi aşınmış/kaçırılmış kabul edilerek, haklı olarak 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde, emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde ödenen fazla ücretlerin, örtülü kazanç dağıtımını sayılacağına hükmedilmiştir.

Şirketten ücret alan pay sahibi/ilişkili kişi açısından da, esasında durum şirketteki duruma benzerdir. Şirketten ücret alan bu kişi, ücretini net olarak almakta ve bu ücret şirkette giderleştiği için kendisi de şirket pay sahibi/ilişkili kişi olması nedeniyle dolaylı bir menfaat elde etmektedir. Bunun yanında kâr payı ödemesi için yukarıda değinilen⁷⁸⁴ şartlar dâhilinde, şirket kârı bir hesaplama tabi

⁷⁸⁴ Bkz; I. Bölüm, md.4.

tutularak, bazı yasal zorunlu indirimler sonucunda geri kalan vergi ve yedek akçeler sonrası kârdan pay alınabilmektedir. Hal böyle olunca, bahse konu menfaat bedelini düşürecek kâr payı hesaplamalarına tabi olmadan, bu şekilde ücret adı altında şirketten menfaat temin etmek mümkün olacaktır. Bu nedenle gerçek kişi açısından da GVK'da, KVK'daki örtülü kazanç dağıtımına benzer sınırlamalar getirilmiştir⁷⁸⁵. GVK'da gerçek kişi açısından da, örtülü kazanç dağıtımına benzer mantıkla bir vergi aşındırması/kaçırılması söz konusu olabileceği için, bu şekilde bir vergi güvenliği uygulaması kanun koyucu tarafından uygun görülmüştür.

Yukarıda da ayrıntısına değinildiği üzere, örtülü kazanç dağıtımına konu ücret ödemeleri genel olarak hizmet ve vekâlet sözleşmesi kapsamında gündeme gelmektedir. Hizmet sözleşmesine yukarıda kısaca değinilmiştir. Vekâlet

⁷⁸⁵ 193 sayılı GVK'nın 41'inci maddesinde; "Aşağıda yazılı ödemelerin gider olarak indirilmesi kabul olunmaz: 1. Teşebbüs sahibi ile eşinin ve çocuklarının işletmeden çektikleri paralar veya aynen aldıkları sair değerler (Aynen alınan değerler emsal bedeli ile değerlendirilerek teşebbüs sahibinin çektiklerine ilave olunur.) 2. Teşebbüs sahibinin kendisine, eşine, küçük çocuklarına işletmeden ödenen aylıklar, ücretler, ikramiyeler, komisyonlar ve tazminatlar; 3. Teşebbüs sahibinin işletmeye koyduğu sermaye için yürütülecek faizler; 4. Teşebbüs sahibinin, eşinin ve küçük çocuklarının işletmede cari hesap veya diğer şekillerdeki alacakları üzerinden yürütülecek faizler; 5. (5615 sayılı kanunun 3 üncü maddesiyle eklenen bent Yürürlük; 1/1/2007 tarihinden geçerli olmak üzere 04.04.2007) Bu fıkranın 1 ilâ 4 numaralı bentlerinde yazılı olan işlemler hariç olmak üzere, teşebbüs sahibinin, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen bedel veya fiyatlar üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunması halinde, emsallere uygun bedel veya fiyatlar ile teşebbüs sahibince uygulanmış bedel veya fiyat arasındaki işletme aleyhine oluşan farklar işletmeden çekilmiş sayılır. Teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoy, üçüncü derece dahil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler ilişkili kişi sayılır. Bu bent uygulanmasında, imalat ve inşaat, kiralama ve kiraya verme, ödünç para alınması veya verilmesi, ücret, ikramiye ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler, her hâl ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir. İşletmeden çekilmiş sayılan farklar, ilişkili kişi tarafından beyan edilmiş gelir veya kurumlar vergisi matrahının hesabında dikkate alınmış ise ilişkili kişinin vergilendirme işlemleri buna göre düzeltilir. İlişkili kişiler ve bu kişilerle yapılan işlemler hakkında bu maddede yer almayan hususlar bakımından, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesi hükmü uygulanır. 6. Her türlü para cezaları ve vergi cezaları ile teşebbüs sahibinin suçlarından doğan tazminatlar (Akitlerde ceza şartı olarak derpiş edilen tazminatlar, cezai mahiyette tazminat sayılmaz.) 7. (3571 sayılı Kanunun 8'inci maddesiyle eklenen bent) Her türlü alkol ve alkollü içkiler ile tütün ve tütün mamullerine ait ilan ve reklâm giderlerinin % 50'si (90/1081 sayılı B.K.K. ile (0) sıfır) (Bakanlar Kurulu, bu oranı % 100'e kadar artırmaya, sıfıra kadar indirmeye yetkilidir). 8. (4008 sayılı Kanunun 25'inci maddesiyle eklenen bent Yürürlük; 1.1.1995) Kiralama yoluyla edinilen veya işletmede kayıtlı olan yat, kotra, tekne, sürat teknesi gibi motorlu deniz, uçak ve helikopter gibi hava taşıtlarından işletmenin esas faaliyet konusu ile ilgili olmayanların giderleri ile amortismanları; (6322 sayılı kanunun 6.maddesiyle düzenlenen bent; Yürürlük 15.06.2012). 9. Kullanılan yabancı kaynakları öz kaynaklarını aşan işletmelerde, aşan kısma münhasır olmak üzere, yatırımın maliyetine eklenenler hariç, işletmede kullanılan yabancı kaynaklara ilişkin faiz, komisyon, vade farkı, kâr payı, kur farkı ve benzeri adlar altında yapılan gider ve maliyet unsurları toplamının %10'unu aşmamak üzere Bakanlar Kurulunca kararlaştırılan kısmı. Belirlenecek oranı sektörler itibarıyla farklılaştırmaya Bakanlar Kurulu, bendin uygulanmasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye Maliye Bakanlığı yetkilidir. 10. (4756 sayılı Kanunun 28 inci maddesiyle eklenen bent Yürürlük; 21.05.2002) Basın yoluyla işlenen fiillerden veya radyo ve televizyon yayınlarından doğacak maddî ve manevî zararlardan dolayı ödenen tazminat giderleri. Bu maddenin uygulanmasında, kolektif şirketlerin ortakları ile adi ve eshamlı komandit şirketlerin komandite ortakları teşebbüs sahibi sayılır" hükmü bulunmaktadır.

sözleşmesi de, genel itibariyle, TBK'nın "özel borç ilişkileri" başlıklı ikinci kısmındaki 502'nci maddede düzenlenmiştir. Maddeye göre; "*Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmelerdir*". Maddenin devamında "*sözleşme veya teamül varsa, vekil ücrete hak kazanır*" hükmü ile vekile ücret ödenmesinin şartları düzenlenmiştir⁷⁸⁶.

Uygulamada örtülü kazanç dağıtımına konu işlemler sonucunda ödenecek ücret genel olarak; hizmet sözleşmesi, eser sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesinin varlığı ile gündeme gelmektedir. Pay sahibi/ilişkili kişi, şirkette çalışmasının karşılığı olarak genellikle hizmet sözleşmesi kapsamında ücret alır. Bunun yanında şirkete bağımlı olmadan, şirketin belli işlerinin yapılması, şirkete danışmanlık yapılması vb. hallerde de bazen vekâlet sözleşmesi gündeme gelmekte ve bu kapsamda pay sahibine/ilişkili kişiye ücret ödenmektedir.

Yönetim kurulu üyeleri ile şirket arasındaki ilişkinin, bizim de katıldığımız gibi "vekâlet ilişkisi" olduğu görüşü birçok yazar tarafından kabul edilmektedir⁷⁸⁷. Dolayısıyla yönetim kurulu üyelerine ödenen ücretlerin veya bu hizmetleri karşılığı olarak ödenen kâr paylarının, örtülü kazanç dağıtımına konu olması halinde, gündeme gelecek sözleşme vekâlet sözleşmesi olacaktır. Şirket açısından bahse konu ödemeler, örtülü kazanç dağıtımına konu olmakla birlikte bu ödemeleri alan gerçek kişiler açısından da konuyu ele almak gerekir. Ücret konusunda şirketler bünyelerinde çalışan yöneticisine, mühendisine, işçisine vb. yaptıkları hizmetlerin karşılığı olarak ücret, aylık, ikramiye vb. ödemeler yaparlar ve bunları ücret olarak muhasebeleştirirler. Fakat şirket pay sahiplerinin aldıkları kâr payları ya da yönetim kurulunun kazanç payı⁷⁸⁸ adı altında aldıkları kâr payları da, bunları alanlar gerçek kişi olduğu durumlarda, GVK'nın 75'inci madde uyarınca menkul

⁷⁸⁶ Zevkliler ve Gökçaya, *a.g.e.*, s.590 vd; Aral, *F. a.g.e.*, s.403.

⁷⁸⁷ Karaman, *S. Şirketler Hukuku*, s.416; İmregün, *O. Kara Ticaret Hukuku*, s.344; Açar, *S. Örtülü Kazanç Dağıtım*, s.223; Yargıtay da benzer görüştedir. **Yargıtay**, 11. H.D. 24.11.1981 tarihli ve E:1981/4751, K:1981/5019 sayılı kararında; "*Türk Ticaret Kanunu'nun 1. maddesindeki, Türk Ticaret Kanunu'nda bulunmayan hallerde genel hükümlere göre hüküm verileceği kuralı gereğince olaya, icabı halinde Borçlar Kanunu'nun vekâlet hükümlerinin de uygulanması gerekmektedir*" hükmüyle yönetim kurulu ile şirket arasındaki ilişkinin bir vekâlet ilişkisi olduğuna vurgu yapmıştır. (www.kazanci.com); Ancak **TEKİNALP'e** göre, bahse konu hukuki "*nitelendirmede önem taşıyan edim unsurunun hizmet odaklı*" olması nedeniyle yazar, yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin niteliğinin "**Hizmet Sözleşmesi**" niteliğinde olduğunu savunmaktadır. (Bkz; Tekinalp, *Ü. Yeni Hukuk*, s.237-238). Yönetim kurulu üyesi ile şirket arasındaki ilişkinin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi yada hizmet sözleşmesi mi olduğu yönündeki tartışma için bkz; Özer, *I. a.g.e.*, s.208-211.

⁷⁸⁸ **Kazanç payı** ile ilgili açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.1.2.5.

sermaye iradı olarak kabul edilir. Yapılan bu tür ödemelerin ücret gibi değerlendirilip kurum kazancından indirilmemesi gereklidir⁷⁸⁹. Dolayısıyla GVK'nın 75'inci maddesini bu açıdan incelemek gerekir⁷⁹⁰. GVK 75'inci maddede açıkça düzenlendiği üzere, yönetim kurulu üyelerine, bu hizmetlerinin karşılığı olarak TTK'nın 394'üncü maddesi kapsamında ödenen kâr payları, GVK açısından bir ücret değil, menkul sermaye iradıdır. GVK kapsamında ücretin vergilendirmesi politikası ile menkul sermaye iradının vergilendirme politikası birbirinden farklıdır.

⁷⁸⁹ Türedi Erdoğan, E. A. a.g.e, s.85.

⁷⁹⁰ 193 sayılı GVK'nın 75'inci maddesinde; “Kaynağı ne olursa olsun aşağıda yazılı iratlar menkul sermaye iradı sayılır: 1. (5582 sayılı Kanununun 28 inci maddesiyle değişen bent Yürürlük; 06.03.2007) Her nevi hisse senetlerinin **kâr payları** (kurucu hisse senetleri ve diğer intifa hisse senetlerine verilen kâr payları ve pay sahiplerine hazırlık dönemi için faiz olarak veya başka adlarla yapılan her türlü ödemeler ile Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan yatırım fonları katılma belgelerine ödenen kâr payları ile konut finansmanı fonlarını temsilen ihraç edilen ipoteye dayalı menkul kıymetlere ve varlık finansmanı fonlarını temsilen ihraç edilen varlığa dayalı menkul kıymetlere ödenen faiz, kâr payı veya benzeri gelirler dahil.). 2. (3239 sayılı Kanununun 57'nci maddesiyle değişen bent) İştirak hisselerinden doğan kazançlar (Limited Şirket ortaklarının, iş ortaklıklarının ortaklarının ve komanditerlerin kâr payları ile kooperatiflerin dağıttıkları kazançlar bu zümreye dahildir. Kooperatiflerin ortakları ile yaptıkları muamelelerden doğan kârların ortaklara, kooperatifle yaptıkları muameleler nispetinde tevzii, kazanç dağıtımı sayılmaz.) (5615 sayılı kanunun 4 üncü maddesiyle eklenen paragraf Yürürlük; 1/1/2007 tarihinden geçerli olmak üzere 04.04.2007) 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 7 nci maddesindeki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde; Türkiye'de yerleşik gerçek kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kazançları dağıtılsın veya dağıtılmasın, iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren yıl itibarıyla dağıtılan kâr payı sayılır. Türkiye'de vergilendirilmiş kazancın iştirak tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilendirilmiş kısmı bu tutardan indirilir. Adi komandit şirketlerde komanditerlerin kâr payları, şirket kârının ilişkin bulunduğu takvim yılında elde edilmiş sayılır; 3. Kurumların idare Meclisi Başkan ve üyelerine verilen kâr payları; 4.(4842 sayılı Kanununun 7'nci maddesiyle değişen bent Yürürlük; 24.04.2003) Kurumlar Vergisi Kanunu uyarınca yıllık veya özel beyanname veren dar mükellef kurumların, indirim ve istisnalar düşülmeden önceki kurum kazancından, hesaplanan kurumlar vergisi düşüldükten sonra kalan kısmı, 5. (5582 sayılı Kanununun 28 inci maddesiyle değişen bent Yürürlük; 06.03.2007)Her nevi tahvil (ipotek finansmanı kuruluşları ve konut finansmanı kuruluşları tarafından ihraç edilen ipoteye dayalı menkul kıymetler hariç ipotekli sermaye piyasası araçları, varlık teminatlı menkul kıymetler dahil) ve Hazine bonusu faizleri ile Toplu Konut İdaresi, Kamu Ortaklığı İdaresi (6111 Sayılı Kanunla değiştirilen ibare Yürürlük; 25.02.2011)Özelleştirme İdaresince çıkarılan menkul kıymetler ve varlık kiralama şirketleri tarafından ihraç edilen kira sertifikalarından sağlanan gelirler (Döviz cinsinden yahut dövize, altına veya başka bir değere endeksli menkul kıymetlerin iftası sırasında oluşan değer artışları irat sayılmaz). 6. (3239 sayılı Kanununun 57'nci maddesiyle değişen bent) Her nevi alacak faizleri (Adi, imtiyazlı, rehinli, senetli alacaklarla cari hesap alacaklarından doğan faizler ve kamu tüzelkişilerince borçlanılan ve senede bağlanmış olan meblağlar için ödenen faizler dahil). 7. (4761 sayılı Kanununun 1 inci maddesiyle değişen bent Yürürlük; 01.07.2002)Mevduat faizleri (Bankalara, bankalara, tasarruf sandıklarına, tevdiat kabul eden diğer müesseselere yatırılan vadeli, vadesiz paralara ödenen faizler, bunlar dışında kalan kişi ve kuruluşlardan devamlı olarak para toplama işi ile uğraşanların her ne şekilde ve ad altında olursa olsun toplanan paralara sağladıkları gelirler ve menfaatler ile bankalar ve 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan aracı kurumlar arasındaki borsa para piyasasında değerlendirilen paralara ödenen faizler de mevduat faizi sayılır.). 8. Hisse senetleri ve tahvillerin vadesi gelmemiş kuponların satışından elde edilen bedeller; 9. İştirak hisselerinin sahibi adına henüz tahakkuk etmemiş kâr paylarının devir ve temlik karşılığında alınan para ve ayınlar; 10. Her çeşit senetlerin iskonto edilmesi karşılığında alınan iskonto bedelleri; 11. (3239 sayılı Kanununun 57'nci maddesiyle değişen bent) Faizsiz olarak kredi verenlere ödenen kâr payları ile kâr, ve zarar ortaklığı belgesi karşılığı ödenen kâr payları ve özel finans kurumlarınca kâr ve zarara katılma hesabı karşılığında ödenen kâr payları. 13. (6322 sayılı kanununun 8.maddesiyle değişen ibare; Yürürlük 15.06.2012)Menkul kıymetleri geri alım ve satım taahhüdü ile iktisap veya elden çıkarılması karşılığında sağlanan menfaatler” hükmü amirdir.

Ancak konumuzu teşkil eden örtülü kazanç dağıtımını açısından, şirket tarafından pay sahibine/ilişkili kişiye, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak ödenen ücret ile TTK'nın 394'üncü maddesi kapsamında yönetim kurulu üyelerinin mali hakları kapsamında ödenen kâr payının temelde bir farkı yoktur. Çünkü ücret veya bu kapsamdaki kâr payı, örtülü kazanç dağıtımını şartları karşısında bir örtülü kazanç dağıtımını kabul edilirse, bu ücrete veya kâr payı ödemesine uygulanacak işlem aynıdır⁷⁹¹. Her ikisi de 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesi 6'ncı fıkra kapsamında örtülü kâr dağıtımını olarak işleme tabi tutulacaktır.

Örtülü kazanç dağıtımında, ücrete konu işlemlerin kapsamı ile ilgili olarak, bu ücretin muhatabının pay sahibi/ilişkili kişi olması gerektiği tartışmasızdır. Ancak pay sahibinin/ilişkili kişinin, şirketle ticari işlem yapması genel olarak, her zaman ve her şartta kabul edilebilir bir husus değildir. Çünkü şirket kendi pay sahibi/ilişkili kişiyle ticari ilişkiye girdiğinde, hem vergisel açıdan hem de diğer pay sahipleri ve hatta şirket çalışanları ile şirket alacaklıları açısından bir hak kaybı ihtimali her zaman mümkündür⁷⁹². Şirket, bu şekilde kaçınılması gereken bir ticari ilişki ile

⁷⁹¹ **Danıştay**, 3.D. 26.09.1990 tarihli ve E:1988/1544, K:1990/2716 sayılı kararında; “*Dosyada bulunan inceleme raporu ve eki olan tutanakta görüleceği üzere davacı şirketin dönem ticari kârının 122.918.234,51 lira olduğu, bu miktardan indirimler, yapıldıktan sonra safi kurum kazancınının 26.450.020,51 lira olarak hesaplandığı, yönetim kurulu başkanına 5.000.000 lirada üyelerine 4.000.000 lira olmak üzere toplam ödenen 13.000.000 lira huzur hakkının, ticari kârı %10'undan daha fazla olduğu ve safi kârın ise yarışma yakın bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda idare meclisi üyelerine yapılan ödemeyi Türk Ticaret Kanunu'nun 472. maddesinde tanımlandığı biçimde kâr payı olarak nitelenmek olanaksızdır. idare meclisi üyelerine yapılan ücret ödemelerine herhangi bir yasal sınırlama getirilmemiş olmakla birlikte; bu ücret ödemelerinin emsallerinden fazla olmaması halinde; örtülü kazanç dağıtımını nedeniyle vergilendirilmesi mümkün bulunmaktadır. Olayda örtülü kazanç dağıtım olup olmadığı yönünden belirli bir emsal araştırması yapılmamış, örtülü kazanç dağıtım yapıldığı saptanmamıştır. Bu bakımdan, yönetim kurulu başkan ve üyelerine huzur hakkı adı altında ödenen ve ücret olarak vergilendirilen giderlerin, şirket kayıtlarında masraf olarak gösterilmesinde ve kurumlar vergisi matrahından düşülmesinde kanuna aykırılık bulunmadığından, Vergi Mahkemesi kararının bu kısmında isabet görülmemiştir” hükmüyle, konuya isabetli şekilde vurgu yapmıştır. (Bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s.612).*

⁷⁹² Nitekim 6102 sayılı TTK'da da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin **TTK'nın 358'inci maddesindeki** “Pay 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; yine aynı paraleldeki **395'inci maddesindeki** “(1) Yönetim kurulu üyesi, genel kuruldan izin almadan, şirketle kendisi veya başkası adına herhangi bir işlem yapamaz; aksi hâlde, şirket yapılan işlemin batıl olduğunu ileri sürebilir. Diğer taraf böyle bir iddiada bulunamaz. (2) Yönetim kurulu üyesi, onun 393 üncü maddede sayılan yakınları, kendisinin ve söz konusu yakınlarının ortağı oldukları şahıs şirketleri ve en az yüzde yirmisine katıldıkları sermaye şirketleri, şirkete nakit veya ayın borçlanamazlar. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilirler. (2) (Değişik : 6335 - 26.6.2012 / m.17) Pay sahibi olmayan yönetim kurulu üyeleri ile yönetim kurulu üyelerinin pay sahibi olmayan 393 üncü maddede sayılan yakınları şirkete nakit borçlanamaz. Bu kişiler için şirket kefalet, garanti ve teminat veremez, sorumluluk yüklenemez, bunların borçlarını devralamaz. Aksi hâlde, şirkete borçlanılan tutar için şirket alacaklıları bu kişileri, şirketin yükümlendirildiği tutarda şirket borçları için doğrudan takip edebilir. (3) 202'nci madde hükmü saklı kalmak şartıyla, şirketler topluluğuna dâhil şirketler birbirlerine kefil olabilir ve garanti

çalışma konumuzu teşkil eden şekilde, örtülü kâr dağıtımı yaparak hem vergiyi aşındırabilir, hem de şirket pay sahipleri ile çalışanlar veya alacaklılar nezdinde bir tehlike yaratabilir. Bu nedenle, şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasındaki hizmet veya vekâlet ilişkisinin; yalnızca şirketin vazgeçemeyeceği, yapılması kaçınılmaz veya emsallerine göre en uygun işlemler olması, bunun yanında bu ilişkinin tarafının pay sahibi/ilişkili kişi olmasının makul, kabul edilebilir ve hayatın normal akışına uygun bir açıklamasının bulunması gerekmektedir⁷⁹³.

Örtülü kazanç dağıtımına konu işlemler, yukarıda da değinildiği üzere, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde sayılırken örnekleme yöntemi kullanılmış olup; 13/1'inci maddede ki; *“..ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler...”* ifadesiyle, pay sahibine/ilişkili kişiye ödenecek ve ücret benzeri ödemelerin de örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil edebileceği hüküm altına alınmıştır. Burada pay sahibine/ilişkili kişiye, hizmet sözleşmesi veya vekâlet sözleşmesi vb. diğer ilişkiler kapsamında ödenen ücret veya ücret benzeri her türlü haksız menfaat, örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil edilebileceği sonucuna ulaşılabilir. Ücret benzeri ifadesinin içine; her türlü prim ödemesi, yol ödemesi, temsil giderleri, mali sorumluluk tazminatı, doğum, ölüm, hastalık yardımları, giyim, konut, ısınma yardımları, vb. tüm ücret kapsamı içerisinde değerlendirilebilecek ödemeler girmektedir⁷⁹⁴. Hatta parasal değeri olması şartıyla, şirket uygulamaları ve emsallerinden farklı ve fazla hizmetlerin de örtülü kazanç dağıtımını kapsamında ücret olarak nitelendirmesi gerektiği de doktrin de isabetli olarak ifade edilmiştir⁷⁹⁵. Sonuç olarak ister hizmet sözleşmesi olsun, ister vekâlet sözleşmesi olsun, konusu ücret olan ilişkiler veya parasal olarak ölçülebilecek diğer haksız menfaatler, eğer diğer şartlar oluşmuşsa, örtülü kazanç dağıtımını olarak

*verebilirler.(4) Bankacılık Kanununun özel hükümleri saklıdır.” Bunun yanında “**Rekabet Yasağı**” başlıklı **396'nci maddesinde de benzer hükümde de;** “(1) Yönetim kurulu üyelerinden biri, genel kurulun iznini almaksızın, şirketin işletme konusuna giren ticari iş türünden bir işlemi kendi veya başkası hesabına yapamayacağı gibi, aynı tür ticari işlemlerle uğraşan bir şirkete sorumluluğu sınırsız pay sahibi sıfatıyla da giremez. Bu hükmeye aykırı harekette bulunan yönetim kurulu üyelerinden şirket tazminat istemekte veya tazminat yerine yapılan işlemi şirket adına yapılmış saymakta ve üçüncü kişiler hesabına yapılan sözleşmelerden doğan menfaatlerin şirkete ait olduğunu dava etmekte serbesttir.(2) Bu haklardan birinin seçilmesi birinci fıkra hükmüne aykırı harekette bulunan üyenin dışındaki üyelere aittir. (3) Bu haklar, söz konusu ticari işlemlerin yapıldığını veya yönetim kurulu üyesinin diğer bir şirkete girdiğini, diğer üyelerin öğrendikleri tarihten itibaren üç ay ve her hâlde bunların gerçekleşmesinden itibaren bir yıl geçince zamanaşımına uğrar.(4) Yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarıyla ilgili hükümler saklıdır” ifadeleri ile şirketin, şirket pay sahiplerinin, şirket çalışanlarının veya şirket alacaklılarının korunması hedeflenmiştir.*

⁷⁹³ Öncel, M. a.g.e, s.69; Ağar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.224.

⁷⁹⁴ Ağar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.225.

⁷⁹⁵ Öncel, M. a.g.e, s.70-71.

nitelendirilebilecektir. Bu tespitler yapılırken her durumda 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin lafzıyla birlikte, amacının da göz önüne alınması gerekmektedir⁷⁹⁶. Tarafların ilişkideki amaçları, ciddiyetleri ve bu ilişkinin hayatın normal akışındaki emsallere uygunluğu⁷⁹⁷, örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılmasına önemli bir katkı sağlayacaktır.

Gayri Maddi Haklar

İçinde bulunduğumuz ticari hayatta teknolojinin hızla gelişmesi ve ürün çeşitliliğinin teknoloji ile paralel şekilde artması, klasik manada alım satım, kira vb. şekiller dışında da gözle görülmeyen elle tutulmayan birçok ticari ilişkinin çeşitlenmesini sağlamıştır. Örneğin, yazılım kaynak kodlarının paylaşılması, know-how paylaşımı, lisans sözleşmesi ile marka hakkının kullanılması, internet servis sağlayıcılığı hizmeti vb. birçok değişik şekilde ve usulle şirketler mal veya hizmet almak/satmak durumunda kalmaktadırlar. Bu kapsamda genel olarak, elle tutulup, gözle görülemeyen yani klasik manada maddi olmayan hakların da, şirketler açısından kullanılması zorunluluğu söz konusu olunca, bu hakları kullandıran taraf şirket pay sahibi/ilişkili kişi olduğu durumlarda, diğer şartların da varlığı halinde, örtülü kazanç dağıtımı gündeme gelebilmektedir.

⁷⁹⁶ Çeliktaş, İ. (2003). *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, dpnt:51, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Makale, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (son yararlanma tarihi;28.08.2013).

⁷⁹⁷ Konuyla ilgili **Danıştay**, 3.D. 25.01.1988 tarihli ve E:1987/1688, K:1988/229 sayılı kararında; “*Olayda ise, daha önce de değindiğimiz gibi inceleme elemanınca emsal olarak seçilen A ve B holdingleri ile bu holdinglere bağlı şirketlerin iş sahalarının, holdinglerin ve bağlı şirketlerinin kuruluş tarihlerinin neler olduğu, holdinglerin bağlı şirketleriyle ilişkilerinin üçüncü şahıslarla ilişkilerinden farklı olup olmadığı, bağlı kuruluşlarına daha ucuz hizmet verdiği ileri sürülen bu holdinglerin hizmet bedelinin düşüklüğünün yavru şirkete bir örtülü kazanç dağıtımı niteliğinde sayılıp sayılmayacağı, hususları araştırılmadığı gibi emsal holdinglerdeki hizmet bedellerinin piyasa koşuluna uygun olup olmadığı hususunda da herhangi bir araştırma yapılmamış toplam hizmet bedeli, toplam cirolar ve bilanço aktif toplamları esas alınmak suretiyle yapılan hesaplarla yükümlü kurum tarafından ödenen hizmet bedelinin emsaline göre yüksek olduğu sonucuna varılmıştır. Böylece, gerek emsal kuruluş seçiminde ve gerekse seçilen emsallere göre hizmet bedelinin yüksek olduğu ileri sürülerek saptanan farkta isabet görülmemiştir. Kaldı ki, bir an için kurum tarafından ödenen hizmet bedelinin emsaline göre yüksek olduğu varsayılsa bile, Holding ana sözleşmesinin 4 üncü maddesinden de anlaşılacağı gibi, Holdingin yalnızca iştirak geliri elde etmek üzere kurulmuş bir holding olmayıp, her türlü ticari, sınai, zirai ve mali maksatlarla kurulmuş ve kurulacak Anonim ve Limited yerli ve yabancı şirketlerin sermayelerine ve idarelerine iştirak eden bir kuruluş olması nedeniyle, **yükümlü kurum tarafından gider yazılan uyuşmazlık konusu hizmet bedelleri Holdingin gelirleri arasında yer aldığına göre Holding genelinde de bir vergi kaybı söz konusu olmamaktadır.** Açıklanan, tüm bu nedenlerle tarhiyatı terkin eden vergi mahkemesi kararında yasaya aykırılık görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile vergi mahkemesi kararının onanması” yönünde isabetli bir tespitte bulunmuştur. (www.kazanci.com).*

Gayri maddi haklar⁷⁹⁸; patent, ticari marka, ticari unvan, tasarım ya da model gibi sınaî varlıkların kullanım hakkı ile edebi, sanatsal eserlerin mülkiyet haklarına ilave olarak ticari veya teknik bilgi birikimi (know how), kaynak kodları kullanım hakkı veya ticari sırlar gibi fikri hakları kapsamaktadır⁷⁹⁹. Bu kapsamda genel olarak; gayri maddi haklar özellikleri nedeniyle ticari gayri maddi haklar ve pazarlama amaçlı gayri maddi haklar olmak üzere iki grup altında değerlendirilmektedir.

Ticari gayri maddi haklar; bir malın üretiminde ya da bir hizmetin sağlanmasında kullanılan patentler, know-how, dizaynlar ve modeller ile müşterilere transfer edilen ya da ticari faaliyetin işletiminde kullanılan (bilgisayar yazılım programları gibi) ticari varlık niteliğine sahip gayri maddi hakları ifade etmektedir. Pazarlama amaçlı gayri maddi haklar ise; bir ürün ya da hizmetin ticari amaçlı olarak kullanımına yardımcı olan ticari markalar ve ticari unvanlar, müşteri listeleri, dağıtım kanalları ile ilgili ürün açısından önemli bir promosyon değerine sahip nevi sahsına münhasır isimler, semboller ya da resimler gibi gayri maddi hakları ifade etmektedir⁸⁰⁰. Sözlük anlamı olarak, gayri maddi haklar; *“maddi olmayan mallar; taşınır, taşınmaz gibi maddi varlıkları olmayan fikir ve sanat eserleri vb. (gayri maddi varlığı bulunan) mallar”* olarak tanımlanmaktadır⁸⁰¹.

Gayri maddi hakların örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil etmesi hususu öncelikle uluslararası zeminde tartışılmış olup devamında ülkemizdeki düzenlemelerde de yerini almıştır. OECD tarafından, öncelikle 1995 yılında “Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations” (Çok Uluslu Şirketler ve Vergi İdareleri için Transfer Fiyatlaması Rehberi) adlı rehberi yayımlayarak uluslararası platformda sorunları çözmeye ve uyumu sağlamaya çalışmıştır. Yayımlanan bu rehber 1979 yılında yayımlanan rehberin gözden geçirilmiş biçimidir. 1996’da gayri maddi haklar, 1997’de maliyet paylaşım düzenlemeleri de rehbera ilave edilerek kapsam genişletilmiştir. Bu rehber daha sonra 1999 yılında karşılıklı anlaşma bağlamında peşin fiyat uygulamaları

⁷⁹⁸ Çalışmamızda “**Gayri Maddi Haklar**”dan kastımız, “**Ticari Gayri Maddi Haklar**”dır.

⁷⁹⁹ Tekinalp, Ü. Fikri Mülkiyet Hukuku, (Fikri Mülkiyet), İstanbul-2005, s.7.

⁸⁰⁰ Bostan, M. K. *a.g.e.*, s.142.

⁸⁰¹ Yılmaz, E. (1996). Hukuk Sözlüğü, Ankara, s.278.

eklenerek revize edilmiştir⁸⁰². Bu paralelde gayri maddi hakların tanımı ve kapsamı Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nde düzenlenmiş⁸⁰³ olup, Tebliğ'de gayri maddi hakların sınırı genel olarak çizilmiştir.

Bununla birlikte genel olarak; gayri maddi haklar; Türk hukukunda, gayrimenkul sermaye iradını tanımlayan GVK'nın 70'inci maddesinin 4,5 ve 6'ncı fıkralarında konu edilmiştir. Bu haklar; maddedeki sırasıyla: gayrimenkul olarak tescil edilen haklar, arama, işletme ve imtiyaz hakları ve ruhsatları, ihtira beratı, alameti farika, marka, ticaret unvanı, her türlü teknik resim, desen, model, plan ile sinema ve televizyon filmleri, ses ve görüntü bantları, sanayi, ticaret ve bilim alanlarında elde edilmiş bir tecrübeye ait bilgilerle gizli bir formül veya imalat usulü üzerindeki kullanma hakkı veya kullanma imtiyazı gibi haklar ve telif hakları olarak sayılabilir⁸⁰⁴.

Gayri maddi haklar, hem uluslararası (çok uluslu) şirketlerde, hem de yerli şirketlerde, örtülü kazanç dağıtımını kapsamındaki konuların başında gelir. Çünkü gayri maddi hakları konu alan bir sözleşmede veya ticari ilişkide, emsallere uygunluk ilkesinin tespiti oldukça zordur. Emsal bedel tespiti yapmanın zor olduğu bu alanda da, bir ticari ilişkide örtülü kazanç dağıtımını nitelendirmesi yapmak için somut ölçüler bulunabilmesinde zorluklar bulunmaktadır. Örneğin, şirket pay sahibi/ilişkili kişi şirkete ticari ilişkilerinde veya üretiminde kullanması için know-how veya ticari sır vb. gayri maddi hakkını kullanabilir. Elbette ki, pay sahibi/ilişkili kişi bu kullandırma (lisans) sözleşmesi kapsamında şirketten bir bedel alacaktır. Bu bedel dönemsel (aylık/yıllık vb.) olabileceği gibi, bir seferlik de olabilir.

⁸⁰² Türedi Erdoğan, E. A. a.g.e, s.31.

⁸⁰³ Transfer Fiyatlandırması Tebliği'nin 16'ncı maddesinde; **“Gayri maddi haklar: sinema filmleri, radyo-televizyon yayınlarında kullanılan filmler ve bantlar dahil olmak üzere edebi, artistik, bilimsel her nevi telif hakkının veya her nevi patentin, alameti farikanın, desen veya modelin, planın, gizli formül veya üretim yönteminin veya sınai, ticari, bilimsel tecrübeye dayalı bilgi birikiminin kullanma imtiyazı, kullanma hakkı veya satışı ile sınai, ticari, bilimsel teçhizatın kullanma imtiyazı veya kullanma hakkını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, gayri maddi haklar patent, ticari marka, ticari unvan, tasarım ya da model gibi sınai varlıkların kullanım hakkı ile edebi, sanatsal eserlerin mülkiyet hakları ile ticari bilgi birikimi (know how) ve ticari sırlar gibi fikri hakları kapsamaktadır. Gayri maddi haklar özellikleri nedeniyle ticari gayri maddi haklar ve pazarlama amaçlı gayri maddi haklar olmak üzere iki grup altında değerlendirilmektedir. Ticari gayri maddi haklar bir malın üretiminde ya da bir hizmetin sağlanmasında kullanılan patentler, know-how, dizaynlar ve modeller ile müşterilere transfer edilen ya da ticari faaliyetin işletiminde kullanılan (bilgisayar yazılım programları gibi) ticari varlık niteliğine sahip gayri maddi hakları ifade etmektedir”** hükmü bulunmaktadır.

⁸⁰⁴ Öcal, M. E. Gayri Maddi Hak Bedelleri ve Dar Mükellefler, (Gayri Maddi Hak), *Vergi Sorunları Dergisi*, s.1. http://www.vergisorunlari.com.tr/makale_login.aspx?makaleno=2691, (son yararlanma tarihi 03.09.2013).

Hatta kârdan belli orandan fazladan pay almak şeklinde de bir bedel, bu kullandırma hizmeti için tespit edilebilmektedir. İşte bu kullandırmanın bedelinin, emsallere uygunluk ilkesi kapsamı içerisinde, uygun olarak değerlendirilmesi veya bu kapsam dışında haksız menfaat olarak nitelendirilmesi, somut örneklerin ve emsalin azlığı veya bazende bunların yokluğu nedeniyle zordur.

Gayri maddi haklar ve hizmetlerin oluşturduğu görünmeyen işlemlerle ilgili vergiyi doğuran olayların saptanması ve vergilendirilmesi her zaman sorunlu olmuştur⁸⁰⁵. Öncelikle, ortada maddi eşyalarda olduğu gibi, gözle görülen ve elle tutulan bir varlık yoktur. Vergiyi doğuran olayın saptanabilmesi; genel olarak yasal belgelerden, üretilen mal ya da hizmet için gerekliliğinden, hizmetin yapılması ya da gayri maddi hakkın yararlanmaya sunulması için yapılan yazışma, uzman ziyareti ve gerekli bilgiyi taşıyan ortamların teslimi gibi bir takım kanıtlarla dolaylı olarak mümkün olabilmektedir. Dahası, emsal bedellerinin belirlenmesinde karşılaşılan sorunlar belki her şeyden daha önemli olabilmektedir. Bu özellikleri nedeniyle, vergi idaresince görünmeyen işlemler; ihtiyatla karşılanmakta, dolayısıyla vergi mükellefleri için de bu tip işlemler her zaman bir risk unsuru oluşturmaktadır⁸⁰⁶.

Gayri maddi hakların tespitinin yapılması ve bu kapsamda hukuki nitelendirmelerdeki zorluk da, vergi kaçırmak/vergiyi aşındırmak isteyen şirketler ile haksız ve maliyetsiz menfaat temin etmek isteyen pay sahipleri/ilişkili kişi açısından oldukça uygun bir zemin hazırlamaktadır. Burada, temel olarak; şirketin bu gayri maddi hakkı kullanırken pay sahibine/ilişkili kişiye ödediği bedelle; eğer bu hakkı üçüncü kişiden alsaydı üçüncü kişiye ödeyeceği bedel arasında bir fark olup olmadığının ortaya konması gerekecektir. Ancak sonuçta, somut olayda vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetini tespit edecek olan denetim elamanı ve idare, uluslararası uygulamaları da dikkate alarak, somut verilerle bir haksız menfaatin tespitini yapabilecektir. Bu tespit yapılırken, öncelikle tarafların bu sözleşmeyi ciddi yapmayı isteyip istemedikleri ve istemişlerse de ivazlar arasında açık bir dengesizlik olup olmadığının tespit edilmesi gerekecektir⁸⁰⁷. İleriki bölümde de

⁸⁰⁵ Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.234 vd.

⁸⁰⁶ Öcal, M. E. *Gayri Maddi Hak*, s.2.

⁸⁰⁷ Öncel, M. *a.g.e.*, s.108.

ayrıntısı ile açıklandığı üzere, gayri maddi haklarda emsal bedelin tespitinde, karşılaştırılabilir fiyat yönetimi kullanılabilir⁸⁰⁸.

Şirketler Topluluğu Kapsamında Yapılan İşlemler

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını genel olarak doktrinde incelenirken, şirketler topluluğu yerine; gurup içi hizmetler, grup şirketler, holdingler, çok uluslu şirketler vb. adlar altındaki yapılar incelenmiştir⁸⁰⁹. Ancak 6102 sayılı yeni TTK'nın yürürlüğe girmesi ile TTK'da tanımlanan ve sınırları çizilen “şirketler topluluğu” müessesesinin tüm bu diğer yapıları kapsadığı değerlendirilmektedir.

Şirketler topluluğu yapısı, ulusal (yerli) şirketler arasında olabileceği gibi çok uluslu şirketler arasında da görülebilmektedir⁸¹⁰. Çok uluslu şirketler, adından da anlaşıldığı üzere bir ülkede kurulan merkez (ana) şirkete bağlı; birden çok ülkede kurulmuş birçok bağlı (yavru) şirketten oluşan bir yapıdır⁸¹¹. Bu kapsamda “Çok uluslu şirketler, bir ülkede kurulu ana şirket ile değişik ülkelerdeki birden fazla sayıda bağlı şirketler aracılığıyla faaliyetlerini sürdürmektedirler. Doğaları gereği birden fazla ülkede faaliyet gösteren çok uluslu şirketlerde, ana şirket ile bağlı şirketlerin birbirinden mal veya hizmet satın almaları ya da ödünç para gereksinimlerini gidermeleri normal şirket iliksilerinden farklılık gösterebilmektedir. Aynı şekilde çok uluslu şirketler grubu içinde yer alan bağlı şirketlerin kendi aralarındaki fiyatlandırma, emsallerinden farklılık gösterebilmektedir. Diğer bir deyişle fiyatın oluşumu, piyasa koşullarının belirleyiciliğinden uzaklaşmakta ve taraflar arasında belirlenen bir nitelik almaktadır. Çok uluslu şirket yapılanmalarına bakıldığında, genellikle mal ve hizmet üretiminin ve nihai satışının aynı şirket grubu içinde başlayıp bittiği görülmektedir. Çok uluslu şirket grubunu oluşturan bağlı şirketlerden bazıları mal ve hizmetleri üretirken, diğerleri pazarlamasını, dağıtımını ve satışını yapmaktadır. Normal bir şirket içinde de olabilecek bu iliksilerde, üretilen malın bir bölümden diğer bir bölüme verilmesinde uygulanacak

⁸⁰⁸ Ağar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.233.

⁸⁰⁹ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.369-390; Öncel, M. *a.g.e.*, s.28; Ağar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.234; Işık, H. *a.g.e.*, s.12 vd; Demir, H. (2008). *Holding Şirketlerde Transfer Fiyatlandırması Esasları ve Uygulanması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.7 vd.

⁸¹⁰ 6102 sayılı yeni TTK'nın 195'inci maddesi 5'inci fıkrası hükmü; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.130-131.

⁸¹¹ Işık, H. *a.g.e.*, s.2.

*fiyatların hesaplanması maliyet muhasebesinin konusunu oluşturmaktadır*⁸¹². Yazarın da yukarıda belirttiği gibi, örtülü kazanç dağıtımında ilişkili kişi kavramı çoğunlukla çok uluslu şirketlerde ve holdingleşmiş grup şirketlerinde söz konusu olmaktadır. Çünkü bu yapılar organizasyon olarak ya ikame işlerle/üretimle uğraşmakta ya da pazarlama üretim gibi birbirini tamamlayan işlerle iştigal etmektedirler. Böyle olunca grup şirketler içindeki bağlı şirketlerin birbirleri ile veya merkez (ana) şirket ile ticari ilişkiye girmeleri kaçınılmaz olmaktadır. Bu şekilde ilişkili kişi olduğu konusunda tereddüt bulunmayan grup içi şirketler arasındaki ilişkilerde, örtülü kazanç dağıtımının da gündeme gelmesi beklenmeyen bir durum değildir⁸¹³.

Çok uluslu şirketlerin yanında holding yapılanması da bu kapsamda konumuzu ilgilendirmektedir. Holdingin mevzuatımızda net bir tanımı yapılmış değildir. Doktrinde de birden çok tanımı olmakla birlikte, genel olarak Holding; *“birçok ortalığın pay senetlerini elinde bulundurarak onları denetimi altında tutan sermaye yatırım ortaklığı veya ana ortaklık olarak tanımlanmaktadır. Günümüzde ticari hayatta yaygın olarak kullanılan “holding” kavramı, hukuki bakımdan bağımsız en az iki işletmenin tek bir yönetim altında toplanmasını belirtmektedir. Tek bir yönetim uygulaması ile hukuken bağımsız durumdaki şirketler, bağımsızlıklarını yitirerek holdinge bağlı birer işletme durumuna gelirler”* denilerek⁸¹⁴; holdingler, başka şirketlere iştirak etmek için kurulmuş şirketler olarak ifade edilmiştir. Benzer şekilde holding; *“bir anonim şirketin (ana veya çatı ortaklık) ekonomik bütünlük sağlamak amacıyla bir veya daha fazla anonim şirkete (yavru ortaklıklara) yönetim ve kontrol imkanı verecek şekilde (oranda) katılması”* şekilde de tanımlanmaktadır⁸¹⁵. Bu yolla, holding şirketler, amaç unsuru bakımından tanımlanmış ve sınırlandırılmışlardır. *“Bütün bu bilgiler ışığında, holding şirketler; kendileri, esas olarak mal veya hizmet üretimi ile meşgul olmayıp, başka şirket veya şirketlere yönetim ve denetim mekanizmalarına etki edecek kadar iştirak eden ve bu yolla bu şirketleri hâkimiyeti altına alan şirketler olarak tanımlanabilir. Holdingler, mali güçleri olan sermayedar şirketlerdir. Holdinglerin sermayesine iştirak ettikleri bağlı (yavru) şirketler ise, doğrudan doğruya ticari ve sınai*

⁸¹² Işık, H. a.g.e, s.3.

⁸¹³ Yasaman, H. a.g.e, s.329.

⁸¹⁴ Demir, H. a.g.e, s.3 vd; Kızılot, Ş. a.g.e, s.297.

⁸¹⁵ Bilgili ve Demirkapı, a.g.e, s.120.

*isletmeleri çalıştırarak mal ve hizmet üretimi yapan şirketlerdir. Bu şirketler grubu içinde holdinglere; ana şirket, ana ortaklık veya hâkim şirket, sermaye yatırılan şirketlere de bağlı şirket, yavru şirket, tabi şirket adları verilmektedir*⁸¹⁶. Bu kapsamda; TTK'da holding tanımlanması açıkça yapılmamakla birlikte; 6120 sayılı yeni TTK'nın 519'uncu madde 4'üncü fıkrasında holdingler için “*amacı başka işletmelere katılmak olan şirket*” olarak genel bir nitelendirmede bulunulmuştur⁸¹⁷.

Açıklamadan da anlaşılacağı üzere; çok uluslu şirket yapılanması ve holding yapılanması içerisinde de⁸¹⁸, bir ana şirket ve buna bağlı birbiri ile doğrudan veya dolaylı olarak ilişki/organik bağ içerisinde bulunan şirketler bulunmaktadır. Bu yapılar içerisindeki birden çok şirket de, ya doğrudan ya da dolaylı olarak birbiri ile pay sahipliği ilişkisi ya da, yönetsel ilişki içerisinde bulunmaktadır⁸¹⁹. Hal böyle olunca bu yapı içerisindeki ticari ilişkiler, emsallerinden farklı ve vergiyi aşındıracak şekilde yapılabilmektedir⁸²⁰. Böylelikle de, bu yapılar örtülü kazanç dağıtımının konusunu teşkil etmektedirler. Hatta bu kapsamda; uluslararası alanda transfer fiyatlandırmasına ilişkin temel düzenlemelerin yapıldığı OECD çalışmaları ile esasında çok uluslu şirketlerin vergi kaçırmasını ve idarelerin örtülü kazanç dağıtımı ile yapacakları mücadelenin genel ilkeleri belirlenmeye çalışılmıştır⁸²¹. Dolayısıyla OECD raporlarının kapsamını da genel olarak çok uluslu şirketler yani grup (holding) şirketler oluşturmaktadır.

6102 sayılı yeni TTK ile genel olarak tüm bu yapıları yani grup veya holding şirket yapılarını kapsayacak yeni bir müessese getirilmiş olup, bu yapılara üst

⁸¹⁶ Demir, H. *a.g.e.*, s.4-5; Çevik, O. N. Uygulamada Şirketler Hukuku, 3. Baskı, Ankara-2002, s.703.

⁸¹⁷ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.295; Finansal Holding Şirket de, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3'üncü maddesinde; “*İçlerinden en az bir tanesi bir kredi kuruluşu olmak şartıyla bağlı ortaklıklarının tümü veya çoğunluğu kredi kuruluşu veya finansal kuruluş olan şirketi*” olarak tanımlanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.129 vd.

⁸¹⁸ Çok uluslu şirketler, uygulamada çoğunlukla “**Holding**” çatısı altında yapılanmaktadır.

⁸¹⁹ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.213-214.

⁸²⁰ Uluslararası uygulamalarda, emsallere uygunluk (the arm's length) ilkesine göre, şirket kontrolü altındaki işlemleri emsallere uygunluk ilkesine uygun gerçekleştirmelidir. **Bu noktada emsallere uygun fiyat, ortak teşebbüslerin aslında kontrol ettikleri ve yapmaya karar verdikleri fiyat yerine, serbest piyasada mukayese edilebilir bir fiyattan işlem yapmış olsalardı kabul edebilecekleri fiyat olarak nitelendirilebilir.** Ayrıntılı bilgi için bkz; Wittendorff, J. *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, www. kluwerlaw.com. s.6-7, (son yararlanma tarihi; 19.02.2014); Somut bir olayda, grup şirketler arasındaki örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili açıklama için bkz; Yasaman, H. *a.g.e.*, s.344-359.

⁸²¹ Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.56 vd.

başlık olarak “Şirketler Topluluğu”⁸²² adı verilmiştir⁸²³. 6102 sayılı TTK 195’inci maddesinde⁸²⁴ şirketler topluluğunun sınırı genel olarak çizilmiştir⁸²⁵.

⁸²² **Şirketler topluluğu** ile ilgili açıklama için bkz; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.127 vd; Bilgili ve Demirkapı, a.g.e, s.120 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.533 vd; Bkz; I. Bölüm, md.1.2.

⁸²³ 6102 sayılı TTK’nın 195 ila 209’uncu maddelerinin gerekçesinde **şirketler topluluğu** hakkında detaylı açıklama yapılmıştır. Konumuzla ilgili olan kısımların burada ifade edilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Gerekçede “*Sermaye şirketleri, özellikle anonim şirketler hukuku, uzun yıllardan beri ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukukî varsayımda ısrar etmektedir. Bu varsayımın veya başka bir deyişle temel hipotezin yanlışlığı gün geçtikçe daha da belirgin hâle gelmektedir. Bu hipotez, bir şirketler topluluğu içinde yer alsa, bağlı şirket konumunda bulunsu bile bir şirketin, dolayısıyla bir sermaye şirketinin bağımsız olduğudur. Bir şirket başka bir şirketin hakimiyeti altında bulunsu, onun belirlediği politikalar kendi menfaatine uymasa bile uygulamak zorunda kalsa, hakim şirketin talimatlarını aynen yerine getirmeye fiilen zorunlu olsa, bu talimatların yerine getirilmesi kendisine kayıp verse bile bağımsızdır, serbest iradesini kullanır demek gerçeği görmezlikten gelmektir. Bu varsayım gerçeğe gözüni kapatılması, yöneticilere, azlığa ve küçük pay sahiplerine haksızlıklar yapılması anlamına gelmektedir. Kanunlar, şirketler topluluğu olgusunu dikkate almadan, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu istisnasız düzenlemiş, hâkim şirketin talimatlarına uyan yöneticileri sorumlu saymış, hatta yargı onları tazminata mahkûm etmiştir. **Haklılık temelinden yoksun bağımsız şirket dogmasına göre, bağlı şirketin yönetim kurulunun, bu şirketin menfaatini gözeterek karar alması gerekir; aksi halde sorumlu olur.** Oysa yavru şirketin yönetim kurulu, talimat altında çalışan, menfaatler çatıştığında, hemen daima hâkim şirketin ve topluluğun menfaatlerini ön planda tutmak zorunda olan, aksi halde işini yitiren, hâkim şirketin, topluluğun veya makro politikalar sebebiyle bir topluluk şirketinin yararına olup, kendi ortaklığının kaybı sonucunu doğuran kararlar veren bir organdır. Hukukî konumu “bağlı yönetim kurulu” terimiyle ifade edilir. Bağlı şirketin topluluk dışında kalan pay sahipleri de aynı çaresiz konumdadır. Kayıp hatta zarar tehlikesi altındadır. Şirketler topluluğu kavramı yönünden önemli bir sorun da tanımdaki belirleyici unsurun, “hâkimiyet veya tekelden yönetim” mi yoksa “kontrol” mu olduğudur. AT’nin şirketler hukukuna ilişkin Yedinci Yönergesiyle, Belçika, Fransız, İngiliz ve İtalyan hukuklarında kabul edilen sisteme göre, bir şirket diğer bir şirketi (şirketleri) oy çoğunluğu veya diğer hâkimiyet araçları ile kontrol ediyorsa, şirketler topluluğundan söz edilir. **Buna karşılık, bir şirket diğeri üzerinde herhangi bir şekilde bir etki icra edebilmek gücüne sahipse o şirket “hâkimiyet” kurmuş demektir. Kontrol, matematiksel ve dolayısıyla kesin bir ölçüttür. Hâkimiyet ise, karinelere de sonuç bağlar. “Kontrol” anlayışı, ana şirketin yavru şirketler üzerinde kurduğu veya kurduğu varsayılan hâkimiyet olgusu üzerine yapılandırılmıştır. Kontrol araçları “kontrol” sistemini benimseyen düzenlemelerde çoğu kez sıra numarası altında sayılır: Sermaye çoğunluğu, oy çoğunluğu, yönetim organındaki üyelerin çoğunluğu gibi. Kontrol sisteminde hâkimiyetin uygulanıp uygulanmadığına bakılmaz; hatta hâkimiyetin uygulanmadığının ispatına bir sonuç bağlanmaz. Meselâ, AT’nin Yedinci Yönergesinde olduğu gibi, konsolidasyona tâbi işletmeler kontrol ölçütüne göre belirlendiklerinden, bir işletme kendisinin üzerinde hakimiyet uygulanmadığını ispatlayarak konsolidasyon kapsamından çıkamaz (Bakınız. Alm. TK 290’inci paragrafı). Anılan sistemin ilkesi şudur: Kim hakimse, hakimiyeti de uyguluyordur. Hâkimiyet ve tek elden yönetim ölçüsüne dayalı sistemde ise hakimiyet olanaklarının sadece varlığı, hakimiyetin de uygulandığı şeklinde yorumlanmaz, hakimiyetin gerçekten uygulanıyor olması gerekli görülür; bunun (gereğinde) ispatı istenir”** açıklaması ile **şirketler topluluğunun dayandığı temeller** izah edilmeye çalışılmıştır.*

⁸²⁴ **Şirketler Topluluğu** ile ilgili olarak, 6102 sayılı TTK’nın 195’inci maddesinde; “a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya, 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya, 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarıyla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. (2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir. (3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir. (4) Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır. (5) Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması

TTK'nın 197'nci maddesinde de “*Birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunan sermaye şirketleri karşılıklı iştirak durumundadır. Bu payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196'ncı madde uygulanır. Anılan şirketlerden biri diğerine hâkimse, ikincisi aynı zamanda bağlı şirket sayılır. karşılıklı iştirak durumundaki şirketlerin her biri diğerine hâkimse ikisi de bağlı ve hâkim şirket kabul olunur*” hükmü ile karşılıklı iştirakin açıklaması yapılmaktadır⁸²⁶.

Yukarıda değinilen⁸²⁷ TTK hükümlerinden ve madde gerekçelerinden de anlaşılacağı üzere; bir şirket doğrudan veya dolaylı olarak diğer şirket/şirketleri kontrol altında tutabilme ve onun kararlarını yönlendirme hâkimiyetine sahipse, şirketler topluluğundan bahsedilebilecektir. Burada kontrolden kasıt, fiili olarak kontrol etme olmayıp, kontrol edebilme yetisine sahip olmak “kontrol” unsurunun varlığı için yeterli olacaktır⁸²⁸. Dolayısıyla ana şirket yavru şirketi/şirketleri kontrol etme hâkimiyetine sahip ama bu yetkisini fiilen kullanmamış olsa da, bu şirketlerin şirketler topluluğu oluşturacağı sonucuna ulaşılabilecektir⁸²⁹. Kanaatimizce, ister holding, ister grup şirketi isterse de çok uluslu şirket olsun (en az birinin merkezinin Türkiye’de olması şartıyla) tüm bu yapılar şirketler topluluğu tanım ve kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir.

Şirketler topluluğu olarak nitelendirmenin bir sonucu olarak, bu yapı içerisindeki şirketlere, öncelikle TTK'nın 195 ila 209'uncu maddelerinde düzenlenen “Şirketler Topluluğu” hükümleri uygulanacaktır. Şirketler topluluğu müessesesinin temel amacı; ana şirketin kontrol ve hâkimiyet altında bulundurma gücünü kullanarak, hakkaniyetsiz ve haksız işlemler yoluyla hakkın kötüye kullanarak, başka bir deyişle konumuzla paralel bir ifadeyle peçeleme yaparak, yavru şirketleri, şirket alacaklılarını, şirket pay sahiplerini hatta şirket çalışanlarını

hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır. (6) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder” hükmü bulunmaktadır.

⁸²⁵ **Şirketler topluluğu ile holding şirketler arasındaki farklıklar** hakkındaki açıklama için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.216-217.

⁸²⁶ **Karşılıklı iştirak** konusuyla ilgili açıklamalar için bkz; Eriş, G. *TTK Şerhi-II*, s.1996.

⁸²⁷ Bkz; I. Bölüm, md.1.2.

⁸²⁸ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, 120; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.128.

⁸²⁹ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.537-538; Eriş, G. *TTK Şerhi-II*, s.1990.

zarara uğratmasını önlemek ve tüm bu tarafların haklarını korumaktır⁸³⁰. Esasında şirketler açısından vergi idaresi de bir şirket alacaklısı olarak kabul edilebilir. Bu yaklaşımla şirketler topluluğu müessesesinin bir amacının da; vergi güvenliğini sağlamak ve topluluk içerisindeki şirketlerin birbirleri ile veya birbirlerinin pay sahipleri/ilişkili kişileri ile yapacakları emsallere uygun olmayan ticari işlemlerle vergi aşındırılmasının önüne geçmek olduğu ifade edilebilir. Konuya böyle bakıldığında ki, kanaatimizce bu şekilde bakılabilir, örtülü kazanç dağıtımı ile şirketler topluluğu müesseseleri birbirlerini tamamlayan ve destekleyen, bütünleşen müesseseler olduğu ifade edilebilir.

TTK bu kapsamda, topluluk içerisindeki şirketlerin yaptıkları işlemleri şeffaflık ilkesi gereğince bazı ilave uygulamalara tabi tutmuştur. Örneğin TTK'nın "bildirim, tescil ve ilan yükümlülükleri" başlıklı 198'inci maddesindeki⁸³¹ hükümlerle, şirketlerin ortaklık yapıları ve birbirlerine olan iştiraklerinin açık bir şekilde kamuoyuyla paylaşılarak şeffaf bir sistem kurgulanmaya çalışılmıştır. Yine aynı kanunun "bağlı ve hâkim şirketlerin raporları" başlıklı 199'uncu maddesiyle de⁸³²,

⁸³⁰ 6102 sayılı TTK'nın 195'inci madde gerekçesi.

⁸³¹ 6102 sayılı TTK'nın 198'inci maddedeki; "(1) Bir teşebbüs, bir sermaye şirketinin sermayesinin, doğrudan veya dolaylı olarak, yüzde beşini, onunu, yirmisini, yirmibeşini, otuzüçünü, ellisini, altmışyedisini veya yüzde yüzünü temsil eden miktarda paylarına sahip olduğu veya payları bu yüzdelerin altına düştüğü takdirde; teşebbüs, durumu söz konusu işlemlerin tamamlanmasını izleyen on gün içinde, sermaye şirketine ve bu Kanun ile diğer kanunlarda gösterilen yetkili makamlara bildirir. Payların yukarıda belirtilen oranlarda kazanılması veya elden çıkarılması, yıllık faaliyet ve denetleme raporlarında ayrı bir başlık altında açıklanır ve sermaye şirketinin internet sitesinde ilan edilir. Payların yüzdelerinin hesaplanmasında 196 ncı madde uygulanır. Teşebbüsün ve sermaye şirketinin yönetim kurulu üyeleriyle yöneticileri de, kendilerinin, eşlerinin, velayetleri altındaki çocuklarının ve bunların, sermayelerinin en az yüzde yirmisine sahip buldukları ticaret şirketlerinin o sermaye şirketindeki payları ile ilgili olarak bildirimde bulunurlar. Bildirimler yazılı şekilde yapılır, ticaret siciline tescil ve ilan olunur. (2) Birinci fıkrada öngörülen bildirim ile tescil ve ilan yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, ilgili paylara ait oy hakkı dâhil, diğer haklar donar. Bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dair diğer hukuki sonuçlara ilişkin hükümler saklıdır. (3) Hâkimiyet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için bu sözleşmenin ticaret siciline tescil ve ilanı şarttır. Sözleşmenin geçersizliği, bu Kanun ile diğer kanunlardaki şirketler topluluğuna dair yükümlülüklerle ve sorumluluklara ilişkin hükümlerinin uygulanmasına engel olmaz" hükmü ile topluluk içindeki yapının kamuoyuyla paylaşılmasını **böylelikle şeffaf bir sistemin varlığı** amaçlanmıştır.

⁸³² 6102 sayılı TTK. 199'uncu madde; "(1) Bağlı şirketin yönetim kurulu, faaliyet yılının ilk üç ayı içinde, şirketin hâkim ve bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bir rapor düzenler. Raporda, şirketin geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı bir şirketle, hâkim şirketin yönlendirmesiyle onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı tüm hukuki işlemlerin ve geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketin ya da ona bağlı bir şirketin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan tüm diğer önlemlerin açıklaması yapılır. Hukuki işlemlerde edimler ve karşı edimler, önlemlerde, önlemin sebebi ve şirket yönünden yarar ve zararları belirtilir. Zarar denkleştirilmişse, bunun faaliyet yılı içinde fiilen nasıl gerçekleştiği veya şirketin sağladığı hangi menfaatlere ilişkin olarak bir istem hakkı tanındığı ayrıca bildirilir. (2) Rapor, doğru ve dürüst hesap verme ilkelerine uygun olmalıdır. (3) Yönetim Kurulu raporun sonunda şirketin, hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı veya alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hâl ve şartlara göre, her bir hukuki işlemde uygun bir karşı edim sağlanıp sağlanmadığını ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirketi zarara uğratıp uğratmadığını açıklar. Şirket zarara uğramışsa, yönetim kurulu ayrıca zararın denkleştirilip denkleştirilmediğini de belirtir. Bu açıklama sadece yıllık faaliyet raporunda yer alır. (4)

şirketlerin birbirleri, pay sahipleri veya onların yakınlarıyla yaptıkları işlemler, bu işlemleri yaparken yavru şirketlerin korunmasına yönelik alınan tedbirler gibi hususların üçer aylık dönemlerde raporlanması öngörülmüştür. Bu düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, TTK topluluk içindeki peçeleme işlemlerinin ortaya çıkması, alınan tedbirlerle peçeleme niyetinin başta önlenmesi ve böylelikle de örtülü kazanç dağıtımının engellenmesi veya yapılmışsa da ortaya çıkartılabilmesi için somut tedbirler öngören hükümler içermektedir. Benzer şekilde TTK'nın 200 ila 209'uncu maddelerindeki değişik hükümlerle, şirketleri zarar uğratabilecek eylemleri ve böylelikle kanun hükmüne aykırı davranışları; oy hakkının donması, oy hakkının kısıtlanması, denekleştirme tazminatı ve zararların karşılanması gibi birçok müeyyide ile sistemin doğru şekilde işletilmesi amaçlanmıştır⁸³³.

Sonuç olarak, TTK'da tanımlanan şirketler topluluğu müessesesi kapsamında olan topluluk şirketlerinin birbirleri ile olan ticari işlemleri, örtülü kazanç dağıtımının konusunu teşkil etmektedir. Örtülü kazanç dağıtımı ile şirketler topluluğu müesseselerinin amaçları birbirleri ile örtüşmekte olup, özellikle örtülü kazanç dağıtımı tespitindeki ilişkili kişi kavramının içeriği genel bir ifadeyle, şirketler topluluğu ilişkisini de kapsamaktadır. Dolayısıyla bir grup şirket arasında şirketler topluluğu nitelendirmesi yapıldığında, bu şirketler arasındaki ilişkilerin emsallere uygunluk ilkesine aykırılığı halinde örtülü kazanç dağıtımından bahsedilebilecektir⁸³⁴. Şirketler topluluğu nitelendirmesi yapılırken, TTK'nın 195'inci maddesindeki "kontrol edebilme" yetkinliğine sahip olma bir karine olarak belirlenmiş olup⁸³⁵, bu karinenin varlığı halinde, taraflar arasındaki ilişkilerin emsallere uygun olmadığı tespiti durumunda, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü

Hâkim şirketin her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanından; bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri; yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklenmesini isteyebilir. Bağlı şirketler, red için yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir haklı sebebin varlığını ispat edemedikleri takdirde, bu raporun hazırlanması için gerekli olan bilgi ve belgeleri hâkim şirketin bu işle görevlendirilen uzmanlarına vermekle yükümlüdürler. İstemde bulunan yönetim kurulu üyesi, bunu bir üçüncü kişinin yararlanması amacıyla yapmışsa bunun sonuçlarından sorumlu olur".

⁸³³ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.432 vd.

⁸³⁴ Yasaman, H. a.g.e., s.357.

⁸³⁵ 6102 sayılı TTK'nın "**Şirketler Topluluğu**" başlıklı gerekçesi (md;195 ila 209).

maddesindeki diğer şartların da varlığı halinde, örtülü kazanç dağıtımı nitelendirmesi yapılabilecektir.

2.5.2.1.2. Taraflar Arasında Yapılan İşlemin İlişkili Kişiye Haksız Menfaat Sağlaması

Çalışmamızda, şirket ile pay sahibi/ilişkili kişiler arasında yapılan örtülü kazanç dağıtımının, kanuna karşı hile yoluyla peçeleme şeklinde yapılan işlemler sonucunda gündeme geleceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla, örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmesi için, şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasında, peçelenen bir işlemin, başka bir deyişle pay sahibi/ilişkili kişiye sağlanan haksız bir menfaatin varlığı gerekmektedir. 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesi, örtülü kazanç dağıtımının şartlarını ortaya koyarken esasında bir karinenin varlığına da işaret etmiştir. Bu nedenle, taraflar arasında yapılan işlemler, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki şartları taşısa da, taraflar açısından haklı sayılabilecek bir nedene dayanabiliyorsa ve taraflar bunu, söz konusu karineyi çürütecek şekilde ispat edebiliyorlarsa, artık ortada örtülü kazanç dağıtımından söz etmemek gerekir.

Haksız menfaat ifadesi her somut olayda kendi içindeki şartlar ve tarafların kişiliğinden kaynaklanan sebeplerle çürütülebilir. Bu nedenle her somut olayda tarafların, bahse konu işlemin haklı bir gerekçeye dayandığını ve bu kapsamda vergi aşındırmak dolayısıyla haksız bir menfaat sağlamak amacına dayanmadığını ispatlayabilme haklarının varlığının kabulü gerekmektedir⁸³⁶.

2.5.2.1.3. Emsallere Uygunluk İlkesi

5520 sayılı 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”* hükmü bulunmaktadır. Bu hükümde açıkça, yapılan işlemlerin “emsallere uygun olmaması

⁸³⁶ **Danıştay**, 4.D. 27.04.1989 tarihli ve E:1987/4585, K:1989/1989 sayılı; 3.D. 30.05.1995 tarihli ve E:1994/4323, K:1995/1642 sayılı; 4.D. 25.12.1997 tarihli ve E:1996/5195, K:1997/5356 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

hali” örtülü kazanç dağıtımının bir unsuru olarak ifade edilmiştir. Emsallere uygun olmayan bir işlem, esasında bir önceki bölümde ifade edilen “haksız menfaat sağlama”nın dayanağı olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla bir işlem emsallere uygun değilse, bunu taraflar açısından haksız bir menfaatin varlığına karine olarak kabul etmek gerekir.

Şirketin, pay sahibi/ilişkili kişi ile yapacağı ticari ilişkide, pay sahibi/ilişkili kişiye sağladığı menfaatin emsallere uygun olması gerekmektedir. Burada temel husus, pay sahibi/ilişkili kişi olma sıfatından kaynaklanan bir haksızlık veya kayırma olup olmadığıdır. Bu kapsamda somut tespit yapılabilmesi için; sağlanan bahse konu menfaatin, benzer nitelikteki ilişkilerde pay sahibi/ilişkili kişi olmayan üçüncü kişilere sağlanan menfaatten daha farklı ve fazla bir menfaat sağlanıp sağlanmadığının tespiti gereklidir. Danıştay uygulamalarında da emsaller uygunluk konusundaki kıyaslamanın sınırları net olarak çizilmiştir; “*Emsal kıyaslamasının, şirketin yabancılara tanıyabileceği en gayri müsait imkânlardan hareketle yapılması gerekir*⁸³⁷. Burada şirketin örtülü kazanç dağıtımı, üçüncü şahıslara vermeyeceği bir menfaatin ortağın elde etmesini sağladığı zaman ortaya çıkacaktır. Ancak, gösterilen emsalin; sağlıklı ve isabetli olması⁸³⁸, ekonomik ve ticari icaplara uygun olması⁸³⁹, örtülü kazanç iddiasına konu işleme yeterince benzemesi⁸⁴⁰ ve mükellef tarafından emsal konusunda yapılan itirazın ve buna ilişkin açıklamaların da göz önüne alınması⁸⁴¹ gerekmektedir”⁸⁴². Dolayısıyla burada da 213 sayılı VUK’un 3’üncü maddesindeki “*Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*” ilkesindeki, “gerçek mahiyetin araştırılması zorunluluğu” konumuzla ilgili olarak, emsallerin gerçek ve somut olaya göre tam ve doğru tespit edilmesini de zorunlu kılmaktadır. Aynı zamanda yukarıda da işaret edildiği üzere, şirketin veya diğer ilgililerin, 5520 sayılı KVK’nın 13’üncü maddesindeki karinenin aksini ispatlama haklarının olduğunu da kabul etmek gerekir. Bu nedenle, bir vaka genel olarak emsal olabilecekken somut

⁸³⁷ Alşan, Z. (1991, Aralık). Kurumlarda Örtülü Kazanç Dağıtımı, *Vergi Dünyası Dergisi*, (124), s.48 vd.

⁸³⁸ Danıştay VDDGK’nın, 17.01.1997 tarihli ve E:1995/415, K:1997/6 sayılı kararı; 3.D. 25.01.1988 tarihli ve E:1987/1694, K:1988/181 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁸³⁹ Danıştay, 3.D. 10.12.1990 tarihli ve E:1990/1414, K:1990/3381 sayılı kararı, (Bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s.613 vd).

⁸⁴⁰ Danıştay, 4.D. 20.04.1988 tarihli ve E:1986/1392, K:1988/1622 sayılı; 3.D. 25.01.1988 tarihli ve E:1987/1694, K:1988/181 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

⁸⁴¹ Danıştay, 3.D. 07.03.1990 tarihli ve E:1989/762, K:1990/775 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁸⁴² Savaş, H. H. (2001, Şubat). Örtülü Kazanç Dağıtımında Emsal ve Danıştay’ın Konuya Yaklaşımı, *Yaklaşım Dergisi*, (234), s.3.

olayda; şartlardan, kişilerden veya olaylardan kaynaklanan nedenlerle, bu vakanın emsal olamayacağı savunmasının ispat edilmesine de imkân tanımak gerekecektir⁸⁴³.

Emsallere uygunluk ilkesi genel olarak; *“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 etmektedir”*⁸⁴⁴. Aynı şekilde Örtülü Kazanç Dağıtımı Tebliği’nde emsallere uygunluk ilkesi ile ilgili şu açıklama bulunmaktadır: *“Emsallere uygun fiyat veya bedel, aralarında ilişkili kişi tanımına uygun herhangi bir ilişki olmayan kişilerin tamamen işlemin gerçekleştiği andaki koşullar altında oluşturduğu piyasa ya da pazar fiyatı olarak da adlandırılan tutardır. Bu fiyat veya bedel, işlem anında hiçbir etki olmaksızın objektif olarak belirlenen en uygun tutar olup, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde uygulanan fiyat veya bedelin bu tutar olması gerekmektedir. Aralarında ilişki bulunmayan gerçek kişi veya kurumlar arasındaki işlemlerde fiyat, piyasa koşullarına göre belirlendiğinden, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde de aynı koşullar geçerli olmalıdır. Dolayısıyla, taraflar arasındaki ilişkinin mal veya hizmet fiyatlandırmasına herhangi bir etkisi bulunmamalıdır. İlişkili kişiler arasındaki mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerinde uygulanan fiyat veya bedelin piyasa fiyatını yansıtmaması durumunda, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde uygulanan bu fiyat veya bedelin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edildiği kabul edilecektir”*⁸⁴⁵.

Tebliğ’de emsallere uygunluk ilkesi açıklanırken, genel olarak; üçüncü kişilere uygulanan fiyattan farklı fiyat uygulamaları veya piyasa fiyatından farklı

⁸⁴³ Ateşagaoglu, E. a.g.e, s.158, dpnt:95; Danıştay VUK’nın 3’üncü maddedeki ispat yüküyle ilgili bir kararında; *“213 sayılı Vergi Usul Kanununun 3. maddesinin (B) bendinde yer alan, vergiyi doğuran olayın gerçek mahiyetinin yemin hariç her türlü delille ispatlanabileceği, iktisadi, ticari ve teknik raporlara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat yükünün, bu iddiayı ileri süren tarafa ait olacağı yolundaki kural gereğince, kurumun hesap ve işlemlerinin, kurum kazancının doğru olarak saptandığını gösterecek şekilde düzenlendiği hallerde, bu kazancın dağıtıldığını kanıtlama yükü vergi dairesine ait olmakla birlikte, davacı şirketin, fabrika binası ve arazisinin satışına ilişkin faturayı kayıtlarına yansıtmayarak kurum kazancını gizlediği olayda, kayıt dışı bırakılan bu kazancın dağıtılmayarak şirket tüzel kişiliği bünyesinde tutulduğunu kanıtlama yükünün vergi dairesine değil, davacıya düştüğü açıktır”* hükmünü kurmuştur. **Danıştay**, 4.D. 30.03.2007 tarihli ve E:2006/348, K:2007/119 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁸⁴⁴ 18.11.2007 tarihli ve 26704 No’lu Resmi Gazete’de Yayımlanan 1 Seri No’lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği’nin 4’üncü maddesi, **(Örtülü Kazanç Dağıtımı Tebliği)**.

⁸⁴⁵ Örtülü Kazanç Dağıtımı Tebliği’nin 4’üncü maddesi.

fiyat uygulamaları esas alınmıştır. Ancak somut olayda, pay sahibi/ilişkili kişinin şahsından kaynaklanan veya alınan hizmetin/ürünün özeliğinden kaynaklanan, somut gerçekliğe bağlı şartların varlığını da göz önünde tutmak gerekmektedir. Bu nedenle, bu kadar net bir şekilde, kanunun uygulamasını göstermek için hazırlanan bir mevzuatta; *“üçüncü kişiye yapılandan daha farklı veya piyasa fiyatlarından farklı fiyat uygulanmasının, emsallere uygunluk ilkesine aykırılık teşkil edeceği”* ifadesinin kullanılmasının, kanunu dar yorumlamak olduğu kanaatindeyiz. Bizce kanunun bu ifadesinin bir karine olduğunu, ortada haksız bir menfaatin olmadığı, hakkın kötüye kullanımı olan bir peçelemenin de var olmadığı hallerde, karinenin aksinin ispatlanması hakkına da vurgu yapılması daha uygun olurdu. Nitekim birçok kararında Danıştay da; şirketin ve ilişkili kişilerin özellikli durumlarının, ticari işlemin özelliğinin, emsal alınan uygulamanın uygunluğunun dikkate alınması gerektiğine⁸⁴⁶ ve ekonomik yaklaşımın⁸⁴⁷ kabulüyle, vergi kaçırma niyetinin aranması gerektiğine vurgu yapmıştır⁸⁴⁸.

⁸⁴⁶ Danıştay konuyla ilgili bir kararında; *“Ancak dosya içeriğinden, kanun hükmünde son şart olarak yer verilen borç-öz sermaye oranlamasında emsal olabilecek kurumlarla ilgili karşılaştırmada emsal alınan kurumların, o tarihlerdeki durumları itibarıyla kanunun aradığı anlamda davacı kuruma emsal teşkil edebilecek nitelikte bulduklarına ilişkin tespitin yeterli olmadığı sonucuna varılmaktadır. Her ne kadar inceleme elemanı, davacı şirketle aynı konuda faaliyet gösteren kurumların bir kısım özellikleri yönünden değerlendirme yapmış ise de, dava dilekçesinde ileri sürüldüğü üzere bu şirketlerin davacı şirketle farklılık arz ettiği, söz konusu şirketlerin ilgili yıllarda artırdıkları sermayeyi yatırıma yönlendirmeyerek finans piyasasında değerlendirmelerine karşılık, yükümlü şirketin yatırım yapan ve bu yatırım maliyetini ve ayrıca işleme finansmanını karşılamaya çalışan niteliğinin yeterince değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun bu konudaki şartı getirmekteki amacının, işletmelerin ekonomik bünyelerinin emsali kuruluşlarla karşılaştırılmasını sağlamaya ve ekonomik durumlarının bu tarzda bir borçlanmayı gerektirip gerektirmediğini tespiti için gerekli olduğu anlaşılmaktadır. Kanun hükmünde öngörülen şartlardan günümüz koşullarına en uygun olanı belki de bu şarttır. Zira vergi ile ilgili düzenlemelerde ekonomik boyutun öncelikle ele alındığı ve işletmelerin varlıklarını sürdürebilmek için kendilerine en uygun buldukları ekonomik tercihe yönelmek zorunda oldukları bilinen bir gerçektir. Kanun hükmündeki emsal kurum araştırmasında, firmaların aynı faaliyet kolunda olmaları yada bazı özelliklerinin benzer nitelik taşımasının yanı sıra ekonomik tercihlerinin ve gereksinimlerinin de göz önüne alınması gerekir. Getirilen bu tür hükümlerin asıl amacının vergi kayıp ve kaçırımı önlemeye yönelik olduğu kadar küçük hisseli ortakların korunmasına yönelik olabileceği de düşünülerek bir irdeleme yapıldığında, davacı kurumun küçük hisseli paydaşının Devlet kuruluşu olduğu ve örtülü sermaye ya da kazanç dağıtımına izin vermesinin söz konusu olamayacağı, ayrıca kaynaklarını yatırıma yönelten bir işletmenin tercihi ile finans piyasasında değerlendirme yoluna giden bir işletmenin tercihindeki farklılığa rağmen birbirlerine emsal alınmalarının kanunun amacıyla bağdaştığı da söylenemeyeceğinden, örtülü sermayenin varlığı konusunda kanunda öngörülen şartların olayda gerçekleştiğinin kabulü mümkün değildir. Bu nedenle, Kurumlar Vergisi Kanununun 16’ncı maddesinde sözü edilen örtülü sermayenin varlığından bahisle yapılan tarhiyatın kaldırılmasına ilişkin Mahkeme kararında kanuna aykırılık bulunmadığı ve temyiz isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir”* kararıyla yalnızca kanun lafzından hareketle örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapılamayacağına isabetli olarak hükmetmiştir. **Danıştay**, 3.D. 15.03.1999 tarihli ve E:1998/3629, K:1999/981 sayılı kararı, (Bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s.611).

⁸⁴⁷ Keskin, F. a.g.e, s.1114; Bkz; dpnt:38.

⁸⁴⁸ Danıştay, benzer yöndeki bir kararında; *“İnceleme elemanı tarafından aynı holding bünyesinde yer almak dışında, iki şirket arasında yasada öngörüldüğü gibi sermaye yapıları ve yönetimleri bakımından organik*

Emsallere uygunluk ilkesi, 5520 sayılı KVK'da hüküm altına alınmış olmakla birlikte, Türk hukukuna uluslararası düzenlemelerden intikal etmiş bir ilkedir. Emsallere uygunluk ilkesi (arm's length principle), OECD üyesi ülkeler tarafından kullanılan ve OECD raporlarında genel olarak sınırları belirlenmiş bir ilkedir. Esasında OECD ülkeleri, transfer fiyatlandırması kapsamında emsallere uygunluk ilkesini bir standart olarak kullanmakta ve vergi kaybının/aşındırmasının önlenmesinde de faal olarak bu ilkeyi aramaktadırlar⁸⁴⁹.

Şirketlerin yapmış oldukları mal ve hizmet alım-satımlarında söz konusu olan bedelini emsal bedel kavramı içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir. 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin 3'üncü fıkrasında yer alan hükümlerle OECD uygulamalarına paralel olarak emsallere uygunluk ilkesi, kanunumuzda yerini almıştır. Buna göre de; *"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."*⁸⁵⁰ Emsallere uygunluk ilkesi ilk olarak OECD Model Vergi Anlaşması'nın 9'uncu maddesinde yer almış, hem üye ülkeler hem de üye olmayan ülkeler arasında çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının çerçevesini oluşturmuştur⁸⁵¹.

bağ bulunup bulunmadığı ve emsaline göre düşük bedelle yapıldığı iddia edilen satışla vergi ziyana yol açacak biçimde bir gelir transferine sebebiyet verildiği saptanmamıştır. Bu durumda davacı şirketin aktifinde kayıtlı gayrimenkulün mücerret 3.475.000.000 lira bedelle holding bünyesinde bulunan bir başka şirkete satılması, örtülü kazanç dağıtıldığını göstermeye yeterli olamayacağından, Kurumlar Vergisi Kanununun 17'nci maddesi uyarınca örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu kabulü ile davanın reddinde isabet görülmemiştir" ifadesiyle vergi kaybının aranmasına ve somut olayda gerçek mahiyetin araştırılması gerektiğine vurgu yapmıştır. (Bkz; **Danıştay**, 4.D. 07.05.1997 tarihli ve E:1997/280, K:1997/1472 sayılı kararı). Yazar da bu yaklaşımı destekler şekilde ifadesinde; *"Birbirinden ayrı işletmelerin ticari ilişkiler sırasında aralarındaki ticari ve finansal ilişkileri belirleyen mal ve hizmete ilişkin şartlar ve alım esnasında uygulanacak fiyat piyasa koşulları tarafından belirlenmektedir. Ancak ilişkili şirketlerin kendi aralarında ticari ilişkiye girmeleri sırasında aralarında uygulayacakları fiyat piyasa koşulları dikkate alınarak tespit edilse de, piyasa koşullarından ayrı olarak da etkilenebilir. Ayrıca, Vergi idarelerinin ilişkili kuruluşların arasındaki ilişkilerdeki temel unsurun kârı gerçek dışı göstermek gibi bir amaçla yürütüldüğü konusunda da önyargılı olmamaları gerekmektedir. Bu nedenle her ne kadar transfer fiyatlaması ile ilgili uygulamaların vergiden kaçınma ya da vergi kaçırma yönelik olarak kullanılabilirlikleri bilinen bir gerçek olsa da, transfer fiyatlaması uygulamalarının, vergiden kaçınma ya da vergi kaçırma amacı taşıyan uygulamalarla karıştırılmaması gerekmektedir"* isabetli bir tespitte bulunmuştur. (Bkz; Kaşkaya, E. B. a.g.e, s.14).

⁸⁴⁹ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital (Condensed Version), 22 Temmuz 2010, OECD, s.27-28, <http://www.oecd.org/newsroom/>, (son yararlanma tarihi; 11.02.2104).

⁸⁵⁰ Türedi Erdoğan, E. A. a.g.e, s.46.

⁸⁵¹ Aktaş, M. a.g.e, s.84.

Bu kapsamda, emsallere uygunluk ilkesi OECD Model Vergi Anlaşması'nın 9'uncu maddesinde; *"İlişkili iki teşebbüs arasındaki ticari ve mali ilişkilerde oluşan veya empoze edilen koşullar, bağımsız teşebbüsler arasında oluşabilecek koşullardan farklılaştığında, olması gereken; fakat bu koşullar nedeniyle kendini göstermeyen kazanç, o teşebbüsün kazancına eklenebilir ve buna göre vergilendirilebilir"*⁸⁵² şeklinde tanımlanmıştır⁸⁵³.

Yukarıda kısaca değinilen, OECD rapor ve anlaşmalarından da görüleceği üzere, emsallere uygunluk ilkesinin temel mantığı; şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasında ve aynı zamanda şirketler topluluğu kapsamındaki topluluk içi ticari ilişkilerde uygulanan fiyatların, şirketlerin doğrudan birbirleri ile rekabet eden diğer şirketler veya kişilere uygulanacak fiyatlardan farklı olmaması gerektiğine dayanmaktadır⁸⁵⁴. Rekabet ve emsallere uygunluk ilkesi kapsamında uygun fiyat tespiti, genel olarak muhasebe ve işletme bilimlerinin ilgi alanına girmektedir. Bu bilim dallarında, uygun fiyat tespiti konusunda hem diğer ülkelerde hem de ülkemizde birçok çalışma yapılmıştır⁸⁵⁵. Emsallere uygunluk ilkesinin temeli olan prensip; *"ilişkili kişilere, diğer üçüncü kişilere uygulanan fiyattan veya menfaatten fazla bir menfaat verilmemesi"* prensibidir⁸⁵⁶. Bu ilke genel bir prensip olmakla birlikte, ilişkili kişilere, üçüncü kişilerden farklı fiyat uygulanmasının; ticari hayatın normal akışına uygun, şirketin veya ilişkili kişinin veya alıma konu mal veya hizmetin özelliklerinden kaynaklanma ihtimalini de baştan göz ardı etmemek

⁸⁵² **2010 tarihli OECD Raporu**, s. 23, <http://www.oecd.org/newsroom/>, (son yararlanma tarihi; 11.02.2014); *"Almanya'da emsallere uygunluk ilkesi Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun (Foreign Investments Act) 1'inci maddesinde ve Genel Vergi Kanunu'nun (General Tax Code) 90'inci bölümünün 3'üncü paragrafında düzenlenmiş olup OECD modeline paralel olan ve geçmiş uygulamalardaki bazı boşlukları doldurur nitelikteki yasal düzenlemeler yer almakla beraber iç mevzuatında bazı kuralları kendine göre yorumlamaktadır. İngiltere'de ise OECD Guideline'a paralel şekildeki düzenlemeler ulusal mevzuata geçirilmiştir"*. <http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2013-final.pdf>, (son yararlanma tarihi; 12.02.2014).

⁸⁵³ **Erdem, T.** (2013, Eylül). Emsale Uygunluk Değerlendirmesinde Emsal Fiyat Aralığının İşlevi-I, *Yaklaşım Dergisi*, (249). s.1.

⁸⁵⁴ Emsallere uygunluk ilkesi, OECD raporlarının etkisiyle pek çok ülkenin yerel mevzuatında kar dağıtımına ilişkin yeknesak kuralların oluşmasına da neden olmuştur. Bu durum diğer taraftan ülkelerin yerel hukuk kuralları ile uluslararası hukuk kuralları arasında da bir uyum sağlanmasını da beraberinde getirmiştir. Nitekim **OECD düzenlemeleri ile emsallere uygunluk ilkesi ülkesellik sınırlarını ve farklı hukuki uygulamaları aşarak uluslararası yeknesak bir hukuki yaklaşım yaratılmasına olanak sağlamıştır**. Ayrıntılı bilgi için bkz; Wittendorff, J. *a.g.e.*, s.7,

⁸⁵⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz; Işık, H. *a.g.e.*, s.88 vd; Demir, H. *a.g.e.*, s.62 vd; Kaşkaya, E. B. *a.g.e.*, s.12 vd; Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.56 vd.

⁸⁵⁶ Örtülü kazanç dağıtımının tespitinde, emsallere uygunluk ilkesi devreye girer. Bu sebeple **şirket ile pay sahibi arasındaki işlem, söz konusu işlemin ilişkili kişi olarak kabul edilmeyen üçüncü kişilerle yapılması halinde ortaya çıkacak işlem ile mukayese edilir**. Ayrıntılı bilgi için bkz; Lang, M. (2008). *Tax Compliance Costs for Companies in an Enlarged European Community*, Kluwer Law International, s.70.

gerekecektir. Nitekim Örtülü Kazanç Dağıtım Tebliği'nde de açıkça; *“karşılaştırılmakta olan mal veya hizmetlerin nitelikleri, ilişkili ve ilişkisiz kişilerin yerine getirdikleri işlevler ve üstlendikleri riskler, işlemlerin gerçekleştiği pazarın yapısı (pazar hacmi, pazarın yeri gibi) ve pazardaki ekonomik koşullar ile kurumların iş stratejileri dikkate alınacaktır”* ifadesiyle somut olayın özelliklerinin de dikkate alınması gereğine vurgu yapılmıştır.

Örtülü kazanç tespiti yapılırken, emsalin nasıl ve neye göre tespit edileceği örtülü kazanç dağıtım ve daha da ötesi, transfer fiyatlandırması uygulamalarında temel sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda işletme ve muhasebe bilimi ile ilgili birçok çalışma yapılmıştır. Ancak çalışmamızda yalnızca çok genel olarak konunun genel esaslarına değinmekle yetinilmiştir.

Örtülü Kazanç Dağıtım Tebliği'nin 4'üncü maddesinde bu konuyla ilgili olarak; *“Emsallere uygun fiyat veya bedele ulaşmak için öncelikle iç emsal kullanılacak, bu şekilde kullanılacak fiyat veya bedelin bulunmaması ya da güvenilir olmaması halinde dış emsal karşılaştırmada esas alınacaktır. Bu ilkenin uygulanabilmesi, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerle ilişkisiz kişiler arasındaki işlemlerin karşılaştırılabilir olmasına dayanmaktadır”*. Tebliğ'den de anlaşılacağı üzere öncelikle doğru emsal fiyatı belirlemek için öncelikle; *“şirketin aynı şartlardaki işlem için, ilişkili kişiler dışındaki üçüncü kişilerle yaptığı işlemlerdeki fiyatlar”* olarak tanımlanabilen⁸⁵⁷ iç emsal kullanılacak. Eğer iç emsal sağlıklı bir şekilde tespit edilemiyorsa⁸⁵⁸ bu kez de; *“ilişkisiz kişilerin kendi aralarında yaptıkları karşılaştırılabilir nitelikteki işlemlerde kullandıkları fiyat yada bedel”* olarak tanımlanabilen⁸⁵⁹ dış emsaller kullanılacaktır.

Dış emsal genel olarak; sektör yöneticisi kuruluşlar, meslek örgütleri, finansal analistlerin sektör araştırmaları, şirketlerin internette yayımladıkları bilgiler,

⁸⁵⁷ Ağar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtım*, s.137.

⁸⁵⁸ Örtülü Kazanç Dağıtım Tebliği'ni 5'inci madde 20'nci sayfasındaki örnekte de açıkça, **iç emsalin bulunmadığı hallerde dış emsalin kullanımına ve unsurlarına** değinilmiştir.

⁸⁵⁹ Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.201.

şirket yıllık raporları gibi açık veya vergi idaresinin ulaşabileceği kapalı verilerden elde edilen emsal fiyatlarıdır⁸⁶⁰.

Değerlendirmede iç emsal uygulanabilecekse, çok büyük bir sorunla genel olarak karşılaşılmaz. Çünkü iç emsal uygulanabilecek bir işlemde, iç emsal fiyatı veya bedeli tespit etmek genel bir deyişle kolay olacaktır. Ancak iç emsal bulunamıyor da, dış emsal kullanılmak zorunda kalınıyorsa bu durumda, dış emsal tespiti için yukarıda değinilen kaynakların dikkatli seçilmesi ve somut olaya uygulanabilir olması gerekmektedir. Nitekim dış emsalin tespitindeki zorluk, OECD'nin 2010 yılı Rapor'unda⁸⁶¹; *“Emsallere uygunluk ilkesinin uygulanışı, genellikle kontrol edilen işlemler ile bağımsız kuruluşlar arasındaki işlemlerin karşılaştırılması esasına dayanmaktadır. Bu tür karşılaştırmaların yararlı olabilmesi için, karşılaştırma konusu durumların ekonomik yönden bir biriyle yeterli düzeyde karşılaştırılabilir olmaları gerekmektedir.”* vurgulanmıştır. Raporla konunun önemine dikkat çekilmiş ve adeta dış emsalde olması gereken unsurlar ifade edilmiştir.

Bunun yanında Danıştay da birçok kararında örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapılabilmesi için; emsal fiyatlarda ya da bedel seçiminde kullanılacak yöntemlerde olması gereken unsurlara, haklı ve isabetli şekilde atıf yapmıştır⁸⁶². Genel olarak sıralamak gerekirse, Danıştay açısından örtülü kazanç dağıtımını nitelendirmesi yapılabilmesi için;

1. İdarece seçilen emsalin sağlıklı ve isabetli olması gerekir⁸⁶³.
2. Karara dayanak teşkil eden emsalin ekonomik ve ticari icaplara uygun olması gerekir⁸⁶⁴.

⁸⁶⁰ Ağar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımını*, s.139.

⁸⁶¹ **2010 tarihli OECD Raporu**, s. 11, <http://www.oecd.org/newsroom/>, (son yararlanma tarihi; 11.02.2014).

⁸⁶² Ayrıntılı bilgi için bkz; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.249-258.

⁸⁶³ **Danıştay**, 3.D. 25.01.1988 tarihli ve E:1987/1694, K:1988/181 sayılı; 4.D. 08.03.1995 tarihli ve E:1994/5731, K:1995/995 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

⁸⁶⁴ **Danıştay**, 3.D. 10.12.1990 tarihli ve E:1990/1414, K:1990/3381 sayılı; VDDGK'nın 28.04.1995 tarihli ve E:1994/263, K:1995/995 sayılı; 4.D. 06.11.1996 tarihli ve E:1996/2142, K:1996/3934 sayılı kararları, (Bkz; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.616 vd).

3. Örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılırken, bahse konu şirketin (mükellefin), emsal konusunda yaptığı itiraz ve buna ilişkin açıklamalarının dikkate alınması gerekir⁸⁶⁵.
4. Emsal gösterilen işlem veya bedelin, örtülü kazanç iddiasına konu işleme yeterince benzemesi gerekir⁸⁶⁶.

Bahse konu Danıştay kararlarının incelenmesinde de görüleceği üzere; yargı da örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılırken, yalnızca kanunun lafzına bağlı kalmayı yeterli görmemiş, somut olaylarda vergi kaçırma veya aşındırma niyetinin varlığının zorunluluğuna dikkat çekmiştir. Örtülü kazanç dağıtımı tespiti, emsal fiyat/bedel belirlemeden yapılamayacağına göre; emsalin, kabul edilebilir ve hayatın gerçeklerine uygun, karşılaştırmaya müsait ve yeterince benzeş olması gerekecektir⁸⁶⁷.

Emsal Belirleme Yöntemleri

Emsallere uygunluk ilkesi ve emsalin belirlenmesi için uygulanacak yöntemler, OECD raporundan örnek alınarak 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin 4 ve 5'inci fıkralarında hüküm altına alınmıştır⁸⁶⁸. Maddede açıkça

⁸⁶⁵ Danıştay, 3.D. 07.03.1990 tarihli ve E:1989/762, K:1990/775 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁸⁶⁶ Danıştay, 3.D. 25.01.1988 tarihli ve E:1987/1694, K:1988/181 sayılı; 4.D. 21.04.1988 tarihli ve E:1986/1392, K:1988/1622 sayılı; 4.D. 10.11.1994 tarihli ve E:1993/4105, K:1994/5242 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

⁸⁶⁷ Danıştay kararlarında da buna açıkça vurgu yapılmaktadır. Örneğin Danıştay 4.D. 22.02.2007 tarihli ve E:2006/01865, K:2007/00485 sayılı kararında; *“Yasa hükmü gereğince şirketler tarafından örtülü kazanç dağıtımı yapıldığından söz edebilmek için sermaye şirketlerinin maddede sayılan gerçek ve tüzel kişilerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım satım ilişkilerinde bulunduğu tespit edilmiş olmasının gerektiği, olayda davacı şirketin, serbest bölgede faaliyet gösteren kardeş firmaya sattığı malların kısa bir süre sonra bu firma tarafından ortalama % 75 oranında fazla fiyatla yurt dışına satılması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımının var olduğundan bahisle tarhiyat yapılmışsa da, davacı şirketle aynı alanda faaliyet gösteren müesseseler nezdinde hiç bir emsal araştırması yapılmadığından ve sırf söz konusu malların davacı şirket tarafından kardeş firmaya satıldığı fiyatla, bu firma tarafından yurt dışındaki firmalara satıldığı fiyat arasında kıyaslama yapılması örtülü kazanç dağıtımının var olduğunu tespit için yeterli bulunmadığından”* hükmüyle bu kurala işaret etmiştir. (www.kazanci.com).

⁸⁶⁸ 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin 3 ve 4'üncü fıkralarında; *“(3) Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur.(4) Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit eder: a) karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile*

ifade edildiği gibi; şirketler ilişkili kişilerle işlem yaparken belirleyecekleri fiyatları; ya “karşılaştırılabilir fiyat”, ya “maliyet artı”, ya da “yeniden satış fiyatı” yöntemlerinden birine göre ya da bu yöntemler kullanılarak uygun fiyat belirlenemiyorsa, işlemlerin mahiyetine göre “kendi belirleyecekleri” yöntemle göre fiyatları tespit edeceklerdir. İlk üç yöntem uluslararası kabul gören ve parametreleri belli yöntemlerdir. Ancak bu yöntemlerle sonuca ulaşılamıyorsa o zaman şirketin kendi belirleyeceği yöntemin, neden seçildiği, hangi parametrelere göre tespit yapıldığı ve bu yöntemin tüm unsurlarını şirket, yazılı ve gerekçeli olarak bir rapor halinde tespit etmelidir.

Mülga 5422 sayılı KVK'nın 17'nci maddesinde, örtülü kazanç dağıtımının tespitiyle ilgili olarak “..*emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük fiyat ve bedeller..*” ifadesi, net olmaması, göreceli ve takdire bağlı bir değerlendirmeye neden olabileceği gerekçesiyle eleştirilmekteydi⁸⁶⁹. Bu nedenle 5520 sayılı KVK ile yukarıda değinilen daha somut ve uluslararası kabul görmüş temel ilkeler getirilerek, kullanılacak yöntemler sayılmış ve böylelikle objektif ölçüler konmaya çalışılmıştır. Bu yöntemlerle yapılan çalışma, “karşılaştırılabilirlik analizi” olarak ifade edilmiş olup, Örtülü Kazanç Tebliği'nde de; “*Karşılaştırılabilirlik analizi, genel olarak ilişkili kişiler arasındaki mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerindeki koşullarla, aralarında ilişki bulunmayan kişiler arasındaki benzer nitelikteki işlemlerin koşullarının karşılaştırılmasına dayanmaktadır. Bu karşılaştırmaların güvenilir sonuçlar vermesi; karşılaştırılan durumlar arasında farklılıklar varsa, bu farklılıkların işlemi somut bir biçimde etkilememesi veya söz konusu farklılıkların etkisini ortadan kaldırmak için uygun düzeltmelerin yapılmasına bağlıdır. Bu çerçevede yapılacak karşılaştırılabilirlik analizinde; karşılaştırılmakta olan mal veya hizmetlerin nitelikleri, ilişkili ve ilişkisiz kişilerin yerine getirdikleri işlevler ve üstlendikleri riskler, işlemlerin gerçekleştiği pazarın*

karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder. b) Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder. c) Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder. ç) Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir. (5) İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dâhilinde kesinlik taşır” hükmü bulunmaktadır.

⁸⁶⁹ Kızılot, Ş. a.g.e, s.243; Ateşgaoğlu, E. a.g.e, s.158.

yapısı (pazar hacmi, pazarın yeri gibi) ve pazardaki ekonomik koşullar ile kurumların iş stratejileri dikkate alınacaktır⁸⁷⁰ açıklaması yapılmıştır. Yine bahse konu Tebliğ'de karşılaştırılabilirlik analizinin yapılması için uyulması gereken kurallar ve bu kapsamdaki ilkeler ayrıntılı olarak ele alınmıştır⁸⁷¹. Bu yöntemler ve

⁸⁷⁰ Örtülü Kazanç Dağıtımı Tebliği, 4.1'inci maddesi.

⁸⁷¹ Tebliğ'de; "Bu çerçevede, kontrol altındaki işlemler ile kontrol dışı işlemler karşılaştırılırken aşağıda açıklanan unsurların göz önüne alınması gerekmektedir. **a) Mal veya hizmetlerin nitelikleri:** Mal veya hizmetlerin niteliğindeki farklılıklar, genellikle söz konusu mal ya da hizmetlerin değerinde belli bir farklılığa da neden olmaktadır. Bu nedenle, kontrol altındaki işlem ile kontrol dışı işlemlerin karşılaştırılabilirliğinin tespitinde, bu tür farklılıkların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Mal ve hizmetlerin alım ya da satımında malların fiziksel özellikleri, kalite ve güvenilirliği, arz miktarı ve bulunabilirliği gibi özellikler; hizmetlerde hizmetin yapısı ve büyüklüğü gibi özellikler; gayri maddi varlıklarda ise işlemin biçimi (satış, lisans gibi), malın tipi (patent, marka, know-how gibi), garanti süresi ve kapsamı, malın kullanımından sağlanan faydalar gibi özellikler önem taşımaktadır. Örneğin; bilinen bir marka ile üretim yapan bir kuruluşun fiyatı ile aynı pazarda benzer özelliklere sahip bir ürünü üreten kuruluşun fiyatı "marka" özelliği dikkate alınmadan karşılaştırıldığında, emsallere uygun fiyata ulaşmak mümkün olmayacaktır. **b) İşlev analizi:** İlişkisiz kişiler arasındaki işlemlerde, her bir tarafın kullandığı varlıklar ve üstlendiği riskler, emsallere uygun fiyat veya bedel üzerinde doğrudan etkide bulunmaktadır. Dolayısıyla, yapılan işlemlerin karşılaştırılabilirliğinin tespitinde, tarafların gerçekleştirdikleri işlevlerin göz önünde bulundurulması zorunludur. Kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemlerin karşılaştırılabilirliğinin tespitinde tasarım, üretim, montaj, araştırma ve geliştirme, hizmet, satın alma, dağıtım, pazarlama, reklam, nakliye, finansman ve yönetim gibi işlevler kullanılabilir. İşlev analizi ayrıca kullanılan ya da kullanılacak olan varlıkların, bu varlıkların türünün (kullanılan fabrika ve tesis, gayri maddi varlıklar vb.) ve niteliğinin (kullanılan varlığın yaşı, piyasa değeri, yeri, mülkiyet hakkının sağladığı koruma vb.) de göz önüne alınmasını gerektirmektedir. Bu çerçevede, ilgili tarafların gerçekleştirdiği temel işlevlerin tanımlanması gerekmektedir. Kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemleri gerçekleştiren kişilerin karşılaştırılmasında, ilişkisiz kişilerin üstlendiği işlevlerde belli maddi farklılıklar varsa, düzeltim yapılması zorunlu olacaktır. Ayrıca işlev analizi yapılırken, ilgili tarafların üstlendikleri risklerin de dikkate alınması gerekmektedir. İlişkili kişiler arasındaki işlemlerde, tarafların üstlendikleri riskler koşulları etkiliyorsa, işlev analizinde bu risklerin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle, kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemlerin karşılaştırılmasında, üstlenilen riskler arasında önemli farklılıklar varsa ve bunların düzeltimi mümkün değilse, karşılaştırılabilirlik söz konusu değildir. Karşılaştırmaları etkileyen risklere, pazar riski (girdi maliyetleri ve çıktı fiyatlarındaki dalgalanmalar gibi), finansal riskler (faiz oranlarındaki ve döviz kurlarındaki dalgalanmalar, kredi riskleri gibi), araştırma ve geliştirme yatırımlarındaki başarısızlık riski, yatırımlarla, kullanılan malzeme, tesis ve fabrikalarla bağlantılı zarar riski ile kredi riski örnek olarak verilebilir. **c) Ekonomik koşullar:** İşlem konusu mal veya hizmet aynı olmasına karşın, pazardaki ekonomik koşullar farklıysa, emsallere uygun fiyat farklı olabilecektir. Bu nedenle, karşılaştırma yapılırken pazar koşullarının aynı olması ya da fiyat üzerinde etkisi bulunan farklılıkların düzeltmelerle giderilebilir olması gerekmektedir. Karşılaştırma konusu olabilecek ekonomik koşullar arasında coğrafi konum, pazar hacmi, pazardaki rekabetin boyutu, alıcı ve satıcının pozisyonları, mal ve hizmetlerin benzerlerinin bulunabilirliği, bölgeler itibarıyla mal veya hizmet arz ya da talep düzeyi, pazarda devlet tarafından yapılan düzenlemeler, arazi, işçilik ve sermaye unsurlarını da içeren ürün maliyetleri, ulaşım masrafları, perakendeci ya da toptancı olma koşulları, işlem tarihi, zamanı ve benzerleri sayılabilir. Örneğin; Türkiye'de tam mükellef olan (A) Kurumu tarafından, (B) ülkesindeki ilişkili kuruma rekabet nedeniyle 100 YTL'ye satılan bir ürün, Türkiye'deki ilişkisiz kuruma 150 YTL'ye satılıyor ise, pazarın içinde bulunduğu şartların fiyat üzerindeki önemli etkisinin düzeltimi gerekmektedir. Aksi halde, yapılan işlemler karşılaştırılabilir nitelikte olmayacaktır. **d) İş stratejileri:** İş stratejileri, karşılaştırma yapılırken dikkate alınması gereken önemli hususlardan biri olup, bu stratejiler arasında pazar payının artırılması ve/veya korunması, yenileme ve yeni ürün geliştirilmesi, riskten kaçınma, portföy çeşitlendirmesi ve işin gündelik akışına ilişkin diğer faktörler sayılabilir. Söz konusu iş stratejilerinin kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemlerin karşılaştırılabilirliğini belirlerken göz önüne alınması gerekmektedir. Örneğin; pazara girmeye veya pazar payını arttırmaya çalışan şirket ile pazar payını korumaya çalışan şirketin izleyeceği stratejiler farklı olabilir. Dolayısıyla karşılaştırmada bu hususun da dikkate alınması gerekecektir". (Bkz; Örtülü Kazanç Tebliği md.4.1).

uygulama örnekleri çalışma konumuzun dışında olması nedeniyle⁸⁷², konuyla ilgili burada detaylı bir değerlendirmede bulunulmayacaktır.

Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi

Karşılaştırılabilirlik analizinde kullanılan yöntemler hakkında, kanun ve ilgili Tebliğ'de açıklamalar yapılmıştır. Buna göre; *“karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder”*⁸⁷³. Kanunda, yöntemin genel sınırları çizilmiş olup, bu yöntemi kullanarak emsal bedel tespiti yapacak olan şirket, bu açıklamalar ışığında bedeli tespit edecektir. Bunun yanında Örtülü Kazanç Dağıtımı Tebliğ'nin 5.1'inci maddesinde bu yöntemin detay ve esasları belirlenmiştir⁸⁷⁴.

Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi hem transfer fiyatlandırması uygulamasında hem de bu kapsamda örtülü kazanç dağıtımı emsal fiyat tespitinde en çok

⁸⁷² **Emsal fiyat belirleme yöntemleri** ve uygulama örnekleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Akarca, A. ve Şafak, M. *Transfer Fiyatlandırmasının İşleyişine İlişkin Usullerle İlgili Bakanlar Kurulu Kararı Hazırlıkları*, Dünya (03.07.2007), <http://www.turmob.org.tr/turmob/basin/14-06-2007.htm>, (son yararlanma tarihi; 26.03.2014),

⁸⁷³ 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesi.

⁸⁷⁴ Örtülü Kazanç Dağıtımı Tebliğ'nin 5.1'inci maddesinde; *“Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade etmektedir. Bu yöntemin uygulanabilmesi için ilişkili kişilerle yapılan işlemin, birbirleriyle ilişkili olmayan kişilerin yaptıkları işlemler ile karşılaştırılabilir nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin; kontrol altındaki işlemlerde satış fiyatının nakliye ve sigorta dahil teslim fiyatı olduğu, kontrol dışı işlemlerde ise satışların nakliye ve sigorta hariç teslim fiyatından benzer koşullar altında gerçekleştiği durumlarda düzeltme yapılmalıdır. Nakliye ve sigortadaki farklılıklar fiyat üzerinde kesin ve tespit edilebilir etkiler oluşturmaktadır. Dolayısıyla, kontrol dışı işlemdeki satış fiyatını belirlemek amacıyla teslimdeki bu farklılığın fiyat üzerindeki etkisi düzeltilmelidir. İlişkili kişilerle yapılan işlemlerde oluşan fiyatın, ilişkisiz kişilerle yapılan işlemlerdeki fiyatlardan farklı olması durumunda; ilişkili kişiler arasında yapılan işlemlerin emsallere uygun olarak gerçekleşmediği kabul edilerek, ilişkisiz kişilerle yapılan işlemlerdeki fiyat, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerdeki fiyatın yerine ikame edilecektir. Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, işleme konu mal veya hizmet ile işlemin koşullarının gerek ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde, gerekse aralarında ilişki bulunmayan kişilerin arasındaki işlemlerde benzer nitelikte olduğu durumlarda uygulanacaktır. Söz konusu işlemler arasında, ölçülebilir nitelikte küçük farklılıklar varsa, bu farklılıklar düzeltilerek yöntemin uygulanması mümkündür. Ancak, farklılıkların büyük olması ya da farklılıkların ölçülebilmesinin mümkün olmaması halinde bu yöntemin uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır. Sonuç olarak, karşılaştırılabilir nitelikte kontrol dışı işlemlerin bulunması durumunda emsallere uygun fiyat ya da bedelin tespiti bakımından emsallere uygunluk ilkesinin en dolaysız ve güvenilir biçimde uygulandığı bir yöntem olması nedeniyle karşılaştırılabilir fiyat yöntemi diğer yöntemlere tercih edilir”* açıklaması bulunmaktadır.

kullanılan yöntemlerden biridir. Tebliğ’de karşılaştırılabilir fiyat yönteminin uygulaması ile ilgili olarak birçok örnek verilmiş olup, genel kapsamlı olarak; *“Merkezi İstanbul’da bulunan ve otomotiv, gıda, tekstil ve inşaat alanlarında faaliyetleri bulunan (A) Holding Şirketinin Almanya’da 1, Türkiye’de 3 bağlı şirketi bulunmaktadır. Grup şirketlerinden Bursa’da bulunan (B) şirketine üretilen iplik, İzmir’de bulunan (İ) şirketine ve Almanya’da bulunan (C) şirketine satılmaktadır. (A) Holding Şirketi bünyesinde bu ürüne ilişkin olarak ilişkisiz şirketlere satış işlemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla holding bünyesinde bulunan şirketler arasındaki iplik satışına ilişkin olarak kullanılacak emsallere uygun fiyatın tespitinde, iç emsal olmadığından dış emsal araştırılmalıdır. Yapılan araştırmalar sonucu Türkiye’de (A) Kurumu ile ilişkisi bulunmayan bir şirketin ilişkili firmalarına aynı ürünü sattığı tespit edilmiştir. Bu durumda söz konusu işlem de ilişkili kişiler arasında gerçekleştiğinden dış emsal olarak kabul edilemeyecektir. Örneğimizde ancak dış emsalin bulunması şartıyla karşılaştırılabilir fiyat yöntemi kullanılabilir”* şeklinde bir örnekleme yapılmıştır.

Maliyet Artı Yöntemi

Örtülü kazanç dağıtımında emsal fiyat tespit ederken kullanılan bir diğer yöntem de maliyet artı yöntemidir. Maliyet artı yöntemi de 5520 sayılı KVK’nın 13’üncü maddesinde tanımlanmış olup, maddeye göre; *“Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder”*. Maddeden de anlaşılacağı üzere, bu yöntem karşılaştırılabilir fiyat yöntemine göre biraz daha soyut bir yöntem olup, genellikle diğer yöntemlerin kullanılamayacağı durumlarda söz konusu olur.

Örtülü Kazanç Dağıtımı Tebliğ’inde de maliyet artı yöntemi hakkında detaylı açıklama yapılmıştır⁸⁷⁵. Maliyet artı yöntemi de diğer yöntemler gibi kanunumuza

⁸⁷⁵ Örtülü Kazanç Dağıtımı Tebliği, 5.2’nci maddesinde; *“Maliyet artı yöntemi, emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder. Buradaki makul brüt kâr oranı, işlemi yapan mükellefin bu mal veya hizmetlere ilişkin olarak ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde uyguladığı brüt kâr oranı olacaktır. Piyasa şartları ve gerçekleştirilen işlemler dikkate alınarak ilgili mal ve hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle bulunan tutar ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde emsallere uygun fiyat veya bedel olacaktır. Maliyete ilave edilecek kâr marjı olarak yukarıda da belirtildiği gibi, işlemi yapan mükellefin bu mal veya hizmetlere ilişkin olarak ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde uyguladığı brüt kâr marjı kullanılacaktır. Ancak,*

OECD rehberi ve uluslararası uygulamalardan alınmıştır⁸⁷⁶. Bu yöntemler OECD tarafından “geleneksel yöntemler” adı altında öncelikle önerilen yöntemlerdir⁸⁷⁷. Şirketler emsal fiyat belirleme yöntemini seçerken, kendi şartlarına ve işleme en uygun yöntemi seçmekte özgürdürler. Ancak bu yöntemi neden seçtiklerini de gerekçeli olarak izah edebilmeli ve bunu muhasebe veya işletme bilimi ilkeleri ile ortaya koyabilmelidir. Bu kapsamda, maliyet artı yöntemini daha çok üretim sektöründeki firmaların kullandığı görülmektedir.

Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi

Yeniden satış fiyatı yöntemi de 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde; *“Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder”* şeklinde izah edilmiştir.

Kanun metninde de ifade edildiği üzere; emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade etmektedir. Bu yöntemle ilgili olarak da Örtülü

böyle bir kâr marjı mevcut değilse ya da karşılaştırma için gerekli işlem sayısı yetersizse, aynı koşullarda karşılaştırılabilir olmak şartıyla dış emsal de kullanılabilir. Kurumların maliyetleri belirlenirken; mal veya hizmetin üretilmesi için yapılan doğrudan ve dolaylı harcamalar dikkate alınacaktır. Diğer taraftan, maliyetler belirlenirken faaliyet giderlerine de yer verilmesinin zorunlu olduğu durumlarda, brüt kâr marjının hesabında bu giderlerin de dikkate alınması gerekmektedir. Bu çerçevede, maliyet unsurları içinde yer alan faaliyet giderlerinin, söz konusu işlemle ilgili olmak kaydıyla, en uygun kıstasa göre maliyetlerle ilişkilendirileceği tabiidir. Dolayısıyla, brüt kâr marjının hesaplanması sırasında maliyet bazının kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemlerde aynı olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, maliyet bazının az ya da çok olması brüt kâr marjını etkileyeceğinden maliyetler kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemlerde aynı olmalıdır. Maliyet artı yönteminin uygulanabilmesi için kontrol dışı bir işlemin kontrol altındaki bir işlemle karşılaştırılmasında; karşılaştırılan işlemler arasında taraflarca üstlenilen risk ve gerçekleştirilen işlemlerle birlikte maliyetler arasındaki farklılıklar göz önünde bulundurularak, bir farklılık var ise bu farklılıkların maddi etkilerini ortadan kaldıracak düzeltmelerin yapılabilir olması gerekmektedir. Ayrıca, kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemlerde uygulanan muhasebe yöntemleri arasında farklılıklar varsa tutarlılığı sağlamak için kullanılan bilgilerde uygun düzeltimler yapılmalı ve aynı usul ve esasların kullanımında süreklilik bulunmalıdır. Karşılaştırılabilir fiyat yöntemine göre bu yöntemin uygulanmasında ürün farklılıklarından ziyade karşılaştırılabilirlik analizinin diğer faktörlerine daha çok ağırlık verilmesi gerekmektedir. Bu yöntem özellikle hammadde ve yarı mamuller ile imal edilen mallara ilişkin işlemlerde, fason imalatlarda ve hizmet tedarikinde uygulama alanı bulmaktadır” açıklaması yapılmıştır.

⁸⁷⁶ 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü madde gerekçesi, s.4.

⁸⁷⁷ 1995-OECD'nin "Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi", s.8. <http://www.oecd.org/newsroom/>, (son yararlanma tarihi; 25.03.2014)

Kazanç Dağıtım Tebliği'nde önemli açıklamalar yer almaktadır⁸⁷⁸. Bu yöntem de diğer yöntemler gibi, öncelikle şirketin yaptığı ticari faaliyetin özellikleriyle ilişkili olup, pazarlama, dağıtım vb hizmet sektöründeki şirketlerin kullanmasına müsaittir.

Bu yöntemler kanunda ifade edilen yöntemler olmakla birlikte, her ne kadar kanunda ifade edilemese de, Örtülü kazanç Tebliği'nde bu yöntemlere ilave olarak; "Kâr Bölüşüm Yöntemi" ve "İşleme Dayalı Net Kâr Marjı Yöntemi" de, emsal fiyat belirlemede kullanılacak yöntemler arasında sayılmıştır⁸⁷⁹. Yukarıda değinilen yöntemler ile şirketler transfer fiyatlandırması kapsamında emsal fiyat belirlenmesini yapabilmektedirler. Bu yöntemleri, işlemdeki şartlar nedeniyle kullanamayan şirketlerin de, yukarıda değinildiği üzere, kendi yöntemlerini belirleyerek fiyat tespitinde bu yöntemi kullanabileceklerdir. 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki; "*Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir*" hükmü ile şirketlerin özel şartlarına göre yapacakları değerlendirmelerle şirketlere inisiyatif tanınmaya çalışılmıştır. Karşılaştırılabilirlik analizi olarak ifade edilen bu yöntemlerle ilgili son olarak 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesi 5'inci bendinde hüküm altına alınan, Maliye Bakanlığı ile anlaşma usulüne de genel olarak değinmek gerekmektedir.

⁸⁷⁸ Örtülü Kazanç Dağıtım Tebliği'nin 5.3'üncü maddesinde; "*Bu yöntem, ilişkili kişiden satın alınan bir ürünün, ilişkisiz bir gerçek veya tüzel kişiye yeniden satılması durumunda uygulanan fiyatı esas almaktadır. Bu fiyattan (yeniden satış fiyatı) makul bir brüt satış kârı düşülecektir. Makul brüt satış kârı hesaplanırken yeniden satışı gerçekleştiren satıcının satış ve diğer faaliyet giderleri ile üstlenilen riskler ve kullanılan varlıklar göz önüne alınacaktır. Diğer bir ifadeyle, makul brüt satış kârı söz konusu mal veya hizmet için işlem anında uygulanabilecek, piyasa koşullarına göre belirlenen veya üstlenilen işlev ve riskleri dikkate alarak belirlenebilecek objektif nitelikte bir oran ile saptanan kârı ifade etmektedir. Bu kâr düşüldükten sonra mal veya hizmetin ilişkili kişilere satılmasında uygulanabilecek emsallere uygun fiyata ulaşılabilecektir. Farklı ürünlerin söz konusu olduğu işlemler için de kullanılabilir olan bu yöntem, özellikle pazarlama ve dağıtım faaliyetleri gibi ilişkili şirketin satın aldığı mal veya hizmeti ilişkisiz kişilere sattığı işlemlerde güvenilir sonuçlar vermektedir. Bu yöntemin uygulanmasında da kontrol altındaki işlem ile kontrol dışı işlemin karşılaştırılabilir olması gerekmektedir. Örneğin, araştırma ve geliştirme harcamaları faaliyet giderleri ya da satışların maliyeti içinde gösterilebilir. Ancak, söz konusu harcamaların işlemlerin birinde faaliyet giderleri, diğerinde satışların maliyeti içinde yer alması durumunda düzeltme yapılması şartıyla, bu iki işlemin karşılaştırılması mümkün olacaktır. Diğer taraftan, bu yöntemin uygulandığı olaylarda genellikle yeniden satışı yapan kişi ya da kuruluş, satmak üzere aldığı mallara herhangi bir şekilde değer artırıcı bir katkıda bulunmamakta, fiziksel olarak ürünün yapısını değiştirmemekte ve söz konusu ürünü aldığı biçimde satmaktadır. Bu çerçevede paketlenme, etiketlenme ve küçük çaplı montajlar değer artırıcı katkı ya da fiziksel değişim olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak, yeniden satıştan önce ürüne çok fazla değer katılması veya bir başka ürünle birleştirilmesi nedeniyle ürünün ilk özelliğini yitirmesi hallerinde emsallere uygun bedel bulmak zorlaşacağından, bu yöntemin kullanılması mümkün olmayacaktır*" açıklaması yer almaktadır.

⁸⁷⁹ Örtülü Kazanç Dağıtım Tebliği'nin 5.4'üncü ve 5.5'inci maddeleri.

Maliye Bakanlığı İle Anlaşma Yöntemi

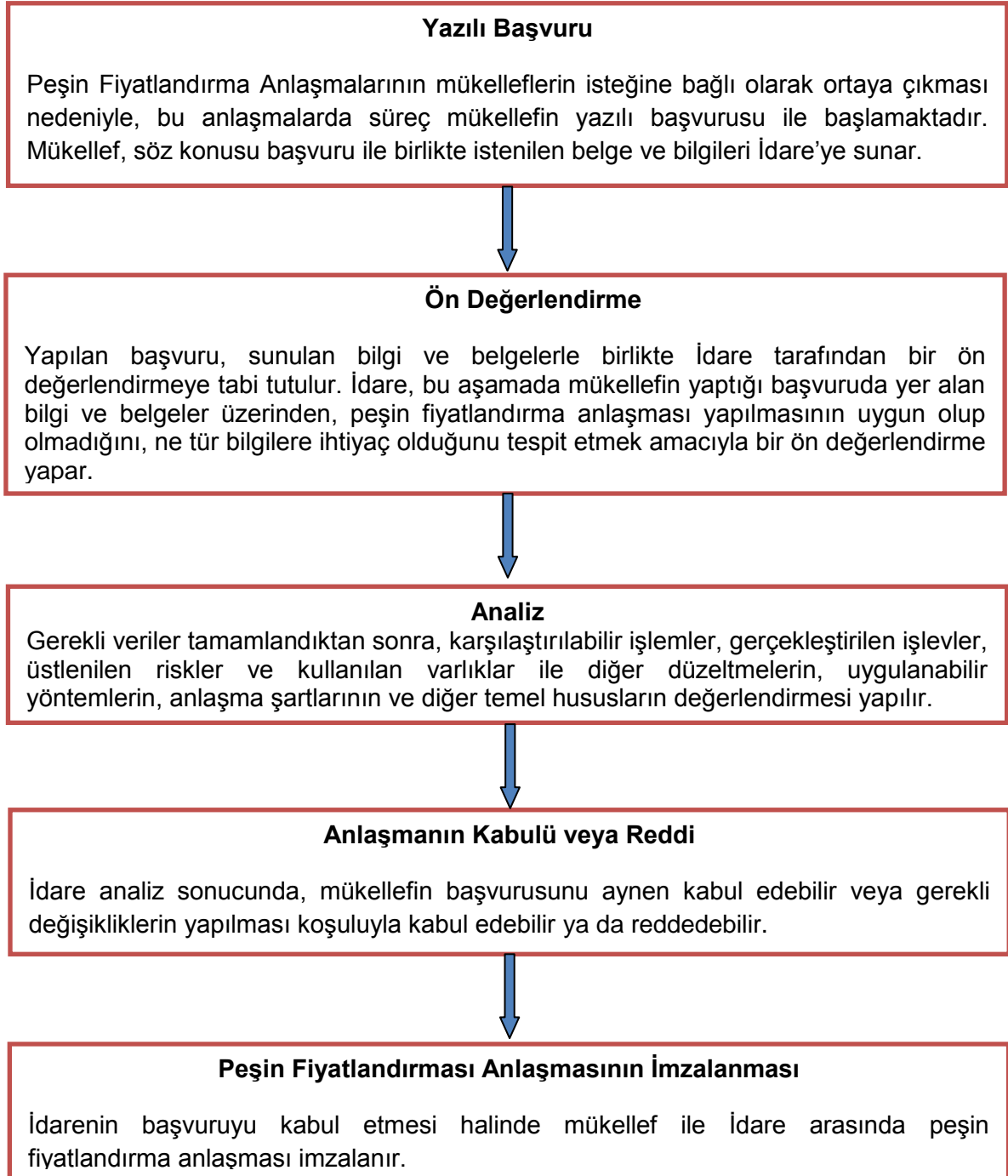
5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesine göre; şirketler daha işlem yaparken veya işlemle ilgili bedeli tespit ederken idareyle (Maliye Bakanlığı) anlaşarak, işleme en uygun yöntemi belirleyebilir ve yöntem hakkında idareyle bir anlaşma yapabilirler. Madde metninde; *“İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dahilinde kesinlik taşır”* ifadesiyle bu anlaşma usulü hüküm altına alınmıştır.

Şirketin, Maliye Bakanlığı ile anlaşarak, pay sahibiyle/ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulayacağı bedelin tespitine ilişkin yöntem konusunda karar alınan anlaşmaya “Peşin Fiyatlandırma Anlaşması” adı verilmektedir⁸⁸⁰. Peşin fiyatlandırma anlaşmasında, şirket Maliye Bakanlığı'na yazılı başvurarak anlaşma sürecini başlatabilir. Bu usulü kullanıp kullanmamak, tamamen şirketin takdirinde olup, kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere, bu konuda şirketlere bir seçim hakkı tanınmıştır. Şirketlere daha işin başında Maliye Bakanlığı ile bir fiyatlandırma anlaşması yapma imkânı getirilmiştir. Bu uygulamanın en belirgin özelliği, şirket açısından idarenin yapacağı denetimde, bu yöntemle yapılacak fiyatlandırmanın en uygun fiyatlandırma yönteminin seçilmediği eleştirisini bertaraf etmesidir. Bu nedenle de şirket için ceza riskini ortadan kaldırmasıdır. Bu alternatifin idare için faydası ise; eleştiri sürecinden başlayarak yargı sürecine kadar taşınabilecek ek işlemlerin getirdiği zaman ve iş yükünden tasarruf ile uygulamayı yönetebilme yeteneğinin kazanılmasıdır⁸⁸¹. Zaten taraflar, yani şirket ile idare bu anlaşma ile bahse konu işlemlerde uygulanacak yöntemi belirleyecekleri için, öngörülebilir sonuçlar nedeniyle, belirsizlik veya keyfilik ortadan kalkacak ve ortada, peçeleme işlemi ile yapılacak bir örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olmayacaktır. Bu anlaşmaya rağmen şirketin, belirlenen yöntemi kötüye kullanarak örtülü kazanç dağıtımında bulunması ihtimali teorik olarak bulunmakla birlikte, hayatın normal akışında bu ihtimal yüksek görünmemektedir.

⁸⁸⁰ Özelmacıklı, B. a.g.e, s.104; Bolaç, U. a.g.e, s.65; Türedi Erdoğan, E. A. a.g.e, s.60.

⁸⁸¹ Öztaş, Y. a.g.e, s.70.

Örtülü Kazanç Dağıtımı Tebliği'nde peşin fiyatlandırma anlaşmasının yapılış süreciyle ilgili detaylı açıklamalar yapılmıştır⁸⁸². Bununla birlikte; Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı konuyla ilgili yayınladığı Rehber'de⁸⁸³, peşin fiyatlandırma sürecini aşağıdaki şekilde özetlemiştir:



⁸⁸² Örtülü Kazanç Tebliği'nin 7'nci maddesi.

⁸⁸³ "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber" Maliye Bakanlığı, Gelir İdaresi Başkanlığı, Yayın No:114, Ankara-Kasım-2010, s.10. http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/yayinlar/transfer_fiyatlandırma2010.pdf, (son yararlanma tarihi; 25.10.2013).

Örtülü Kazanç Dağıtım Tebliği'nden ve uygulamadan görüleceği üzere, peşin fiyatlandırma anlaşması, daha çok uluslararası işlemler ile yurt dışı işlemlerinde uygulama imkânı olan ve bu işlemleri yapan şirketlerin başvurduğu bir yöntemdir. Peşin fiyatlandırma anlaşmasının kapsamına kurumlar vergisi mükellefleri girmektedir. Tüm kurumlar vergisi mükelleflerinin ilişkili kişilerle yaptıkları yurt dışı işlemleri ile ilgili olarak belirlenecek yöntem konusunda İdare'ye başvurmaları mümkün bulunmaktadır⁸⁸⁴.

Peşin fiyatlandırma anlaşması, bu anlaşmayı yapan şirket açısından sonuç doğurmakta olup, bu anlaşmanın tarafı olmayan şirketler açısından bir sonuç doğurmaz. Başka bir deyişle, bu anlaşmada üzerinde mutabık kalınan yöntemi anlaşma kapsamında idarenin onayıyla kullanmak, anlaşmayı yapan şirketin hakkıdır. Anlaşmanın tarafı olmayan üçüncü kişi konumundaki şirketlerin bu anlaşmaları kullanmaları mümkün değildir⁸⁸⁵. Anlaşmada belirlenen yöntemi veya benzerini elbette başka şirketler kullanabilir, ancak bu yöntem hakkında idarenin onayı, bu üçüncü kişi konumundaki şirketler açısından hüküm ifade etmeyecektir. Bunun yanında; peşin fiyatlandırma anlaşmasına ilişkin başvuruda bulunan şirket, tek taraflı, iki taraflı veya çok taraflı peşin fiyatlandırma anlaşması talep edebilir. İdarenin, iki taraflı ya da çok taraflı peşin fiyatlandırma anlaşmasına ilişkin talebi değerlendirmesi sonucu birden fazla ülkeyi ilgilendirdiğini tespit etmesi durumunda, ilgili ülke veya ülkelerle anlaşma/anlaşmalar bulunması şartıyla bu anlaşmalar çerçevesinde değerlendirme yapması mümkün bulunmaktadır.

Ülkemizde peşin fiyatlandırma anlaşmaları ile emsal bedel belirleme yöntemi sık kullanılan bir yöntem değildir. 2008 yılından günümüze kadar, Maliye Bakanlığı ile peşin fiyatlandırma anlaşması yapan şirket sayısı yalnızca üçtür⁸⁸⁶. Esasında vergi riski yaşamama açısından şirketler, özellikle de çok uluslu şirketler açısından önemli bir imkân olan bu anlaşma usulü, ülkemizde pek tercih edilen bir usul de değildir. Bu usulden faydalanabilmek için yüksek miktarda bir harç ödenmesi gerekmektedir. Belki bu sebeplerden, belki de mahremiyet kaygısı vb. nedenlerle şirketler bu usulü kullanmaktan imtina etmektedirler. OECD rehberinde

⁸⁸⁴ Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Hakkında Rehber, s.9, (son yararlanma tarihi; 25.10.2013).

⁸⁸⁵ Yazar, F. (2008, Ocak). Peşin Fiyatlandırma Anlaşmaları, *Vergi Dünyası Dergisi*, (317). s.147.

⁸⁸⁶ Acar, U. ve Tokay, O. a.g.e, s.229.

de uygulanması önerilen bu yöntem, birçok gelişmiş ülke vergi mevzuatında bulunmaktadır.

Ülkemizdeki transfer fiyatlandırması çalışmalarına ışık tutan OECD rehberinde önerilen peşin fiyatlandırma yönteminin, 5520 sayılı KVK'da düzenlenmiş olması isabetli olmuştur. Ancak kanaatimizce, bu yöntemin daha sık ve daha fazla şirket tarafından kullanılabilmesi için, hem maddi külfetinin makul seviyeye indirilmesi, hem de şirketlerce daha iyi bilinmesinin sağlanması faydalı olacaktır⁸⁸⁷.

2.5.2.1.4. Örtülü Kâr Dağıtımını Nitelendirmesi Yapabilmek İçin Hazine Zararının Gerekli Olup Olmadığı Sorunu

Örtülü kâr dağıtımını müessesesi temel olarak 5520 sayılı KVK'da düzenlendiği için, ortada bir hazine zararı yoksa yapılan işlemler her ne kadar yukarıda değinilen şartları ihtiva etse de, bu işlemler sonucu tarafların elde ettiği menfaat için örtülü kazanç dağıtımını ve devamında da örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesi yapılıp yapılmayacağı sorunu, hem doktrinde hem de uygulamada tartışılmaktadır⁸⁸⁸. Çalışmamızın başında da ifade edildiği gibi, örtülü kazanç dağıtımını uygulamasının temel amacı vergi aşındırmasını/vergi kaybını önlemektir. Örtülü kâr dağıtımını düzenlemeleri de vergi kanunlarıyla yapılmıştır. Hal böyle olunca ortada vergi idaresinin bir zararı yoksa eleştirilecek bir şey olmayacağı tespiti de genel olarak yapılabilir.

Hukukun temel ilkelerine göre, çok genel bir tespit yapılırken; öncelikle ortada bir zarar olmalı, bu zarara sebep olan bir kişi olmalı ve nihayetinde bu kişinin eylemi ile zarar arasında bir illiyet bağı olmalıdır⁸⁸⁹. Dolayısıyla vergi aşındırmasını/kaybını önlemek için getirilen bu müessesede ortada bir hazine zararının gerektiği sonucu, bu genel yaklaşımla ortaya konabilir. Ancak burada bizce tartışılması gereken iki konu vardır: Birincisi, hazine zararı tespiti yapmak

⁸⁸⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz; Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.226-234.

⁸⁸⁸ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.315; Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımını*, s.151; Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.261; Koyuncu, M. (1999, Kasım). Örtülü Kazanç Müessesinde Hazine Zararı Kavramı, (Hazine Zararı), *Vergi Dünyası Dergisi*, (219), s.58 vd; **Kapusuzoğlu, T.** (2008, Aralık). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç dağıtımını Uygulamasında Hazine Zararı Aranmasının Sakıncaları, (Hazine Zararı), *Vergi Dünyası Dergisi*, (323), s.28-36.

⁸⁸⁹ Eren, F. *a.g.e.*, s.536.

ayrıca gerekecek midir, yoksa diğer şartlar varsa zaten hazine zararının bir şekilde varlığı kendiliğinden kabul mü edilecektir? İkincisi ise, bir işlemin örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapıldığında, hazine dışında diğer ilgili kişilerin zararı olması durumu değiştirecek midir? Konuyu aşağıda tartışırken, temelde bu iki soruya cevap bulunmaya çalışılacaktır.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının düzenlendiği 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin 7'nci fıkrasında hazine zararı ile ilgili olarak *"Tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye'deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığı kabulü Hazine zararının doğması şartına bağlıdır. Hazine zararından kasıt, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesidir."* hükmü bulunmaktadır. Esasında kanun metninin ilk halinde bu hüküm bulunmamaktaydı. Ancak 04.06.2008 tarihli ve 5766 sayılı Kanun'un 21'nci maddesi ile yukarıdaki hüküm, 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesine ilave edilmiştir.

Kanundaki tanımıyla hazine zararının kapsamı; *"Hazine zararından kasıt, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesidir"* şeklinde ifade edilmiştir. Hazine zararının kapsamı kanun ile olabildiği kadar geniş olarak ifade edilmiştir. Hem *"tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamı"* ifadesiyle, her türlü KV, KDV, ÖTV vb. tüm vergiler, hazine zararı kapsamına alınmıştır. Hem de bu vergilerin toplamının eksik ödenmesinin yanında geç ödenmesi de hazine zararı sayılmıştır⁸⁹⁰. Bunun yanında hazine zararı; *"İlişkili kişiler ile işletmeler arasındaki mal veya hizmet alım-*

⁸⁹⁰ 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde sınırları çizilen **"hazine zararı"**, 213 sayılı VUK'un 341'inci maddesinde tanımlanan **"vergi ziyayı"** ile benzerlik göstermektedir. *"Ancak iki kavram bir birinden farklıdır. Çünkü, vergi ziyayı sadece bir mükellef nezdinde verginin eksik ya da geç tahakkuk edip etmediğine odaklanırken; hazine zararı her iki taraftan en az birisi için tahakkukun eksik ya da geç olup olmadığını araştırmaktadır. Ayrıca vergi ziyayı cezası vergilendirmeye ilgili ödevlerin zamanında yerine getirilmemesi ya da eksik yerine getirilmesi nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Ancak hazine zararı için böyle bir şart aranmamaktadır. Sonuç olarak hazine zararı, vergi ziyasına nazaran daha geniş bir kavramdır"*. (Bkz; Gülhan, N. (2014). Şubat-Hazine Zararı Tespitinde Karşılaşılan Sorunlar, (Hazine Zararı), *Vergi Dünyası Dergisi*, (390), s.61).

satım işlemlerinde hazine zararı; menfaat aktaran işletmenin ödenmesi gereken vergiyle menfaat aktarımının muhatabı ilişkili kişinin ödediği verginin bir arada değerlendirilmesiyle ortaya çıkan vergi kaybı” olarak ifade edilebilir⁸⁹¹. Benzer şekilde hazine zararı; “geniş anlatımıyla, iki ya da daha fazla gerçek veya tüzel kişi tarafından yapılan işlemler sonucunda, bu kişilerden hazine tarafından alınması gereken toplam vergi kaybı” şeklinde de tanımlanabilmektedir⁸⁹².

5520 sayılı KVK'nın 13'üncü madde 7'nci fıkradaki hazine zararı ile ilgili düzenlemeye göre, bir işlemin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmesi için yukarıda ifade edilen objektif unsurlara hazine zararını da eklemek gerekmektedir. Ancak kanundaki düzenlemeye göre, Türkiye merkezli bir şirketin (tam mükellef) ilişkili kişi kapsamındaki başka bir şirketle arasındaki ticari faaliyette ortaya çıkan örtülü kazanç dağıtımı kapsamındaki menfaat aktarımının ayrıca hazine zararına da sebep olması gerekir. Ancak kanundaki söz konusu düzenlemeye göre, aynı Türkiye merkezli şirketin (tam mükellef), pay sahibi gerçek kişi veya bu kapsamdaki ilişkili gerçek kişiye sağladığı haksız menfaat aktarımlarında hazine zararı şartı aranmayacaktır. Kanaatimizce bu açıdan hazine zararı şartı isabetli olmamıştır. Ayrıca maddedeki düzenlemedeki; “*tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamı*” ifadesiyle, her türlü verginin eksik yada geç ödenmesinin hazine zararı kapsamı içinde değerlendirilmesi ve bununda örtülü kazanç dağıtımının bir unsuru olması hususu, vergi denetimini uygulayanlar tarafından da eleştirilmiştir⁸⁹³.

Örtülü kazanç dağıtımı müessesesi esasında bir vergi güvenliği uygulaması olup, elbette temel amaç vergi güvenliğini sağlayarak vergi aşındırılmasını/kaybını önlemektir. Ancak kanundaki düzenlemeye göre, bir işlemle ilgili örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldıktan sonra bu işlemle ilgili “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirilmesi yapılması gerekecektir. Hal böyle olunca aynı şirket tarafından, aynı şartlardaki aynı işlem ile ilişkili kapsamındaki bir şirkete haksız bir menfaat

⁸⁹¹ Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.151.

⁸⁹² Kerimoğlu, A. (2008). *Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, s.55.

⁸⁹³ Yazar çalışmasında, özellikle **damga vergisi ve KDV'nin** örtülü kazanç dağıtımı hususunun konusu olmaması gerekçesiyle, bu vergilerin maddedeki hazine zararı kapsamında değerlendirilmeyeceğine ve bu nedenle de “*..her türlü vergi..*” ifadesinin çok geniş olduğuna vurgu yapmıştır. (Bkz; Gülhan, N. *Hazine Zararı*, s.63).

sağlandığında, bu menfaate konu işlemin örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmesi için ayrıca hazine zararının varlığı aranacaktır. Eğer hazine zararı yoksa ortada örtülü kazanç dağıtımının bulunmadığı sonucuna ulaşılabilecek, doğal olarak menfaati alan şirket açısından da örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılamayacaktır. Ancak aynı şartlardaki aynı işlemle, aynı şirket söz konusu menfaati bir gerçek kişi pay sahibi veya bu kapsamdaki bir ilişkili kişiye sağladığında, ortada hazine zararı olmasa da bu işlem için, örtülü kazanç dağıtımı ve nihayetinde de örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılabilecektir⁸⁹⁴. Dolayısıyla zaten karmaşık olan bir konunun, hazine zararı şartı ile daha karmaşık bir hale getirildiğini değerlendirmekteyiz. Bunu yanında konuyla ilgili olarak idarenin açıklaması oldukça sınırlı olup, yargı kararı, sirküler ve özelge bağlamında henüz ilgili makamlara intikal eden bir olaya ilişkin karar ya da açıklama yoktur⁸⁹⁵.

Mülga 5422 sayılı kanunda, örtülü kazanç dağıtımı için hazine zararı şartı bulunmamaktaydı⁸⁹⁶. Buna rağmen Danıştay 5422 sayılı kanunun yürürlükte olduğu dönemde de, örtülü kazanç dağıtımının varlığı için hazine zararının varlığını aramaktaydı⁸⁹⁷. Ancak Danıştay söz konusu dönemde, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, hazine zararının varlığını aramak için, tam mükellef (şirket) veya gerçek kişi pay sahibi ayırımına gitmemiş, tüm örtülü kazanç dağıtımı tespitleri için hazine zararının gerekliliğini şart koşmuştur⁸⁹⁸.

Danıştay kararlarının incelemesinden de görüleceği üzere; Danıştay'ın görüşü hazine zararının, örtülü kazanç dağıtımı tespiti için gerekli olduğu yönündedir. Ancak kanunun açık hükmüne göre, yalnızca kanunda belirtilen şirketlerin gerçek kişi olmayan ilişkili kapsamındaki şirketlere, emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde sağladıkları (haksız) menfaatlerin, örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmesi için, ayrıca hazine zararına da sebep olmaları gerekmektedir. Ancak eğer bu haksız menfaatten istifade eden ilişkili kişi gerçek

⁸⁹⁴ Doğrusöz, B. *Transfer Fiyatlandırması Sorunlar*, Referans, 17.12.2009, www.bumindogrusoaz.com/m.aspx?id=494, (son yararlanma tarihi; 01.12.2013).

⁸⁹⁵ Gülhan, N. *Hazine Zararı*, s.61.

⁸⁹⁶ Mülga 5422 sayılı KVK'nın 17'nci madde.

⁸⁹⁷ **Danıştay**, 4.D. 08.11.1989 tarihli ve E:1988/3238, K:1989/3847 sayılı; VDDGK, 25.06.2004 tarihli ve E:2004/26, K:2004/82 sayılı; 4.D. 19.10.1988 tarihli ve E:1987/4703, K:1988/3511 sayılı; 4.D. 27.12.1994 tarihli ve E:1993/4686, K:1994/6250 sayılı; 4.D. 29.05.2001 tarihli ve E:2000/2668, K:2001/2319 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

⁸⁹⁸ Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.261.

kişi pay sahibi veya dernek vakıf vb. kişiler ise, bu durumda hazine zararının varlığı aranmayacaktır. Bu nedenle bizce de⁸⁹⁹ 5520 sayılı KVK 13'üncü maddeye, 5766 sayılı Kanun'un 21'inci maddesiyle yapılan hazine zararı konusundaki ekleme isabetli olmamış ve bu düzenleme ile eşitlik ilkesine aykırı bir durum ortaya çıkmıştır. Ancak 5520 sayılı KVK'dan önce mülga 5422 sayılı KVK'nın yürürlükte olduğu zamanda da, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, birçok açıdan Danıştay da hazine zararını, örtülü kazanç dağıtımının bir objektif unsuru olarak kabul etmiştir⁹⁰⁰.

Hazine zararı unsurunun da, örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılırken objektif bir unsur haline getirilmiş olması dolayısıyla, örtülü kazanç dağıtımı tespiti için hazine zararının aranması şartının isabetli olduğunu savunan⁹⁰¹ yazarlar

⁸⁹⁹ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.153. vd; Doğrusöz, B. *Transfer Fiyatlandırması Raporu*, Referans, 05.04.2010, www.bumindogruso.com/m.aspx?id=198, (son yararlanma tarihi;01.12.2013); Şenlik, E. (2008, Eylül). Transfer Fiyatlandırmasında Hazine Zararının Doğması Şartının Aranmasına Yönelik Değerlendirme ve Tavsiyeler, *Yalkın Mevzuat Dergisi*, (57), s.47.

⁹⁰⁰ Koyuncu, M. *Hazine Zararı* s.58 vd.

⁹⁰¹ Konuyla ilgili genel gerekçeler şu şekilde özetlenebilir: “Örtülü kazanç dağıtımı konusunda Hazine zararının bir koşul olarak aranması gerekir. Örtülü olarak dağıtılan kazancın, örtülü kazanç dağıtan kurumda vergilendirilmesi ile örtülü kazanç elde eden kurumda vergilendirilmesi durumunun karşılaştırılması ve Hazine zararı olup olmadığının araştırılması zorunludur. Kurumlar vergisi matrahının araştırılmasına yol açan meblağ, aynı yılda bu kazancı elde eden kurumlar vergisi matrahına ilave ederek vergilendirilmişse veya vergilendirilebilir durumda ise bu olaya konu işlemin vergi kaçırmaya yönelik hile unsuru taşımadığı (bu yoldan Hazine’ nin kayba uğratılmadığı) dikkate alınarak, söz konusu meblağ, örtülü kazanç gerekçesiyle eleştiriye konu edilmemelidir. Örtülü kazanç dağıtımının varlığından söz edebilmek için vergi ziyainın varlığı yeterli değildir. Olayda mutlak surette Hazine kaybının da olması gerekir. Zira, taraflardan birisinde vergi ziyainın tespit edilmesi, Hazine zararının olduğu anlamına gelmemektedir. Hazine kaybı, işleme taraf olan her iki şirketin birlikte değerlendirilmesiyle saptanmalıdır. Diğer taraf, söz konusu işlemin vergisini üstlenmişse Hazine zararının varlığından söz edemeyiz. Bu nedenlerden dolayı Hazine zararı koşul olarak mutlaka aranmalıdır. Aksi halde mükerrer vergileme söz konusu olacak, tek bir işlem üzerinden aynı vergi iki kez alınacaktır. Danıştay kararlarında yer alan “Kurumlar yönünden örtülü kazanç dağıtıldığı kabul edilmesi için, ilgili kurumlar arasındaki çeşitli ilişkilerin, bu kurumların ödeyecekleri verginin azaltılması veya vergilendirilecek kazancın döneminin kaydırılmasına dönük olması ve bunun da incelemeye ortaya konulması gerekir”; “örtülü kazançtan söz edebilmek için, yapılan işlemler sonucunda bir vergi kaybına neden olduğunun somut biçimde ortaya konulması gerekir. Eğer söz konusu ilişki sonucunda vergi kaybına neden olduğu saptanamazsa, artık örtülü kazançtan söz etmeye olanak yoktur.”; “Aynı holding bünyesinde bulunan şirketler arasındaki finansman temini hizmetinde, bu şirketlerden birisi lehine hesaplanan faizin, diğer şirketin giderini oluşturduğunun anlaşılması karşısında kazancın örtülü olarak dağıtıldığı kabulüne olanak yoktur”; “Bağlı şirketlerin tamamı sabit oranlı kurumlar vergisine tabi bulduklarından, yıl sonunda oluşan kurum kazancının tamamı şirketlerden birine mal edilse dahi, bu kazanç üzerinden alınacak vergi değişmeyeceğinden örtülü kazancın varlığından söz edilmesine olanak yoktur.” şeklindeki gerekçeler son derece yerindedir. Kurumlar vergisinin tek oranlı olması, vergi kaybının olup olmadığının tespitinin kolayca yapılmasını sağlamaktadır. Bağlı şirketler arası işlem sonucunda da şirketler birlikte değerlendirildiğinde bir vergi kaybı yoksa örtülü kazanç dağıtımından söz edilemez.” Ayrıntılı bilgi için bkz; Kerimoğlu, A. a.g.e, s.57; Benzer şekilde yazar da bir örnekle konuyu açıklayarak hazine zararının her durumda doğacağına vurgu yapmıştır: “ilk bakışta yüksek bedel ile mal alımlarında henüz maliyetlere yansıtılan bir durum olmadığından, hazine zararının olmadığı bu nedenle de transfer fiyatlandırması kapsamında örtülü bir kazanç aktarımının gerçekleşmeyeceği düşünülebilir. Ancak transfer fiyatlandırması kapsamındaki örtülü kazanç aktarımı, KVK'nun 13'üncü maddesinde yer aldığı şekliyle yorumlanır ve bu kapsamda dağıtılan kâr payları, KKEG olarak değil de matraha eklenmesi

bulunmaktadır. Ancak hazine zararı şartının varlığına gerek olmadığını ve hatta bunun adaletsiz (eşitlik ilkesine aykırı) sonuç doğurduğunu ifade eden yazarlarla birlikte, hazine zararının aranmasının, örtülü kazanç dağıtımını müessesesinin var oluş amacıyla çeliştiğini ifade eden yazarlar da bulunmaktadır⁹⁰². Ancak çalışma konumuzla sınırlı olarak kısaca değinmek gerekirse; bizce de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını bir vergi güvenliği müessesesidir⁹⁰³. Bu nedenle vergi güvenliği müessesesi yukarıda da değinildiği üzere, vergi kaçırmadan yani hazine zararından daha kapsamlı bir ifadedir. Dolayısıyla, vergi güvenliği, şirketlerin korunması ilkeleri; şirket mal varlığı ile ilişkili kişilerin mal varlıkları ve hazine (idare) arasındaki bir denge gerektirir. Esasında birçok uygulama şeklinde çoğunlukla vergi güvenliği, hazine zararının varlığına bağlıdır. Ancak hazine zararının doğmadığı bazı hallerde de örtülü kazanç dağıtımını söz konusu olabilmektedir⁹⁰⁴. Bu nedenle bizce de, hazine zararının örtülü kazanç dağıtımının bir objektif unsuru haline getirilmesi, örtülü kazanç dağıtımını müessesesinin vergi güvenliği olması ilkesi ile çelişmektedir⁹⁰⁵. Kaldı ki; örtülü

*gereken unsurlar olarak değerlendirilirse ortaya hazine zararı çıkmış olacaktır. Şöyle ki; 4 no.lu örnekte, Yağmur A.Ş boş araziye emsaline göre (1000-100=) 900 YTL yüksek bedel ile alarak bu tutarı örtülü olarak aktarmıştır. Söz konusu tutarın Yağmur A.Ş'nin 2007 yılı kurum kazancına giderler ile ilişkilendirilmese dahi eklenmesi gerekmektedir. Zararda olan Mert A.Ş'nin zararı 900 YTL tutarında arttırılacak ancak, aynı zamanda Yağmur A.Ş'nin 2007 kurum kazancı 900 YTL artacağından üzerinden kurumlar vergisi tahakkuk ettirilmesi gerekecek dolayısıyla hazine zararı ortaya çıkmış olacaktır. Yağmur A.Ş'nin yasal kayıtlarında 1.000 YTL'ye alınan boş araziye ilişkin olarak herhangi bir düzeltme yapılmayacak olup, bu tutarın kayıtlarda 1.000 YTL olarak gözükmeye başlamesi gerekmektedir. Yağmur A.Ş'nin 2007 kurum kazancı 900 YTL arttırılmıştır. Ancak ileride satış yapıldığında Yağmur A.Ş'nin kurum kazancı 900 YTL daha düşük olacaktır.” (Bkz; Çetin, İ. (2009). Gider Oluşması Dahil Transfer Fiyatlandırması Kapsamında Örtülü Kazanç Aktarımı Gerçekleşir, *Vergi Dünyası Dergisi*, (329), s.47. <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?Ay=1&Yil=2009>), (son yararlanma tarihi;05.12.2013); Çetinkaya, O. (2000, Nisan). Örtülü Kazanç Dağıtımında Hazine Zararı Aranması Doğru Yaklaşımdır, *Yaklaşım Dergisi*, (112), s.253 vd.*

⁹⁰² Parlak, S. (1987). *Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Uygulaması*, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul, s.432; Gülhan, N. *Hazine Zararı*, s.60 vd; **Danıştay**, 4.D. 13.10.1987 tarihli ve E:1987/2585, K:1987/2881 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

⁹⁰³ İSYMMO'nun 15.09.2007 tarihli ve 07/39-40-41-42 sayılı “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını Hakkında Taslak karar ve Tebliğ”, s.5. http://www.iymmo.com/iymmo/DOSYALAR/MaliPlatform/2007_39.%20transfer%20fiyat%20-%20ortulu%20kazanc.pdf, (son yararlanma tarihi; 09.04.2014).

⁹⁰⁴ Ayaz, G. ve Söylemez, E. (1995, Şubat). Örtülü Kazanç Dağıtımında Hazine Zararı Olup Olmadığı Araştırılabilir mi, *Vergi Dünyası Dergisi*, (162), s.24.

⁹⁰⁵ Bu konudaki genel olarak, **hazine zararının aranmasının uygun olmayacağı** yönündeki yazarların gerekçeleri şu şekilde özetlenebilir; “Örtülü kazanç dağıtımına ilişkin yasal düzenleme bir vergi güvenlik müessesesi olup, bu müessese ile kurum kazancının her ne şekilde olursa olsun aşındırılmaması amaçlanmıştır. Bu nedenle bu müessese çerçevesinde, örtülü kazanç olayını gerçekleştiren, yani kazancını bu yolla azaltan firmanın konuya ilişkin işlemlerinin, Hazine zararı kıstası aranmaksızın eleştiri konusu yapılması gerekir. Örtülü kazanç dağıtan ve dağıtılan kurumların birlikte değerlendirilerek Hazine zararı olgusunun aranması halinde bir kazancın elde edilen mükellefte değil örtülü kazanç dağıtılan diğer bir mükellefte vergilendirilmesi söz konusu olmaktadır. Burada her ne kadar aralarında bağ bulunan iki şirket söz konusu olsa da bu iki şirketin ayrı birer tüzel kişiliği ve mükellefiyeti vardır. Bu nedenle böyle bir

kazanç dağıtımını konusunda 5520 sayılı KVK'daki düzenlemeler için esas alınan OECD modelinde de hazine zararı veya ona benzer bir uygulama yer almamaktadır⁹⁰⁶.

Yürürlükte olan yasal düzenlemeye göre tespit yapılacağı için, kanunda da hazine zararı, örtülü kazanç dağıtımının bir unsuru olarak belirlendiğinden dolayı, emsallere uygun olmayan bir şekilde, ilişkili kişiye haksız bir menfaat sağlandığında bunun örtülü kazanç dağıtımı olup olmadığına karar vermek için yukarıda ifade edilen şartlarda, hazine zararının varlığı aranacaktır. Ancak yukarıda değinilen hukuksal ve teorik sakıncaları yanında, hazine zararı şartının tespitinde de taraflar açısından adaletsiz sonuçlar doğuracak durumlar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin zaman olarak, bir işlemle ilgili hazine zararı tespiti yapabilmek için söz konusu kişilerin/kurumların o dönemle ilgili vergi beyanlarını yapmaları gerekmektedir. Bu da dönemsel olarak en az 3 ay ile bir yıl arasında olabilecek bir durumdur. Çünkü taraflardan biri, haksız menfaatle ilgili vergi beyanında bulunmuşsa veya bu konuda kanunen kabul edilmeyen giderler kaydı yapılmışsa vb. işlemler neticesinde bir taraf için tek başına hazine zararı olarak nitelendirilebilen bir durum söz konusu olabilecektir. Aynı işlemle ilgili olarak aynı zamanda, diğer tarafın yapacağı bir beyanla veya kayıtle, hazine zararı tespiti yapılamayacak bir durum da söz konusu olabilir⁹⁰⁷. Dolayısıyla esasında tam anlamıyla bir peçeleme, hakkın kötüye kullanımı, sonucu emsallerine uygunluk ilkesine aykırı şekilde, ilişkili kişiye yapılan bir haksız menfaat sağlama işlemi, hazine zararı bir şekilde (kayıt/beyan) ortadan kalktığı için örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapılamayabilir⁹⁰⁸.

durumda söz konusu verginin mükellefi olmayan bir kişiden vergi alınması gibi vergilendirme tekniğine ve mevcut vergi yasalarımıza ters düşen bir sonuç doğmaktadır. Örtülü kazanç dağıtımında gerçek bir işlem vardır. Bu işlem sonucunda örtülü yolla dağıtılan kazanç, KVK'nın 15/3. maddesi uyarınca kanunen kabul edilmeyen bir gider niteliğindedir. Bu konuda anılan maddede açık bir belirleme yapılmıştır. karşı taraf açısından ise emsaline göre yüksek bedel üzerinden yapılan gerçek işlem sonucu elde edilen ve kayıtlara intikal ettirilen bir gelir söz konusudur. Vergi yasaları açısından bu gelir vergiye tabi bir gelirdir ve vergilenmesi açısından bir sorun yoktur. Bu tutarın beyan edilmesi ve vergisinin ödenmesi gerekmektedir. Bu durumda mükerrer vergilemeden bahsetmek mümkün bulunmamaktadır". (Bkz; Kapusuzoğlu, T. Hazine Zararı, s.33).

⁹⁰⁶ Gülhan, N. *Hazine Zararı*, s.61.

⁹⁰⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz; Türedi Erdoğan, E. A. *a.g.e*, s.101 vd.

⁹⁰⁸ Gülhan, N. *Hazine Zararı*, s.66.

Konu bir de kâr dağıtımı düzenlemesinin yapıldığı temel kanun olan TTK kapsamında değerlendirildiğinde⁹⁰⁹ çok karmaşık bir durumlarla karşılaşılır. Örneğin, TTK'nın temel ilkelerinden biri olan “eşit işlem ilkesi”ne⁹¹⁰ göre, şartları eşit olan tüm pay sahiplerine, durumlarına uygun düşen şekilde eşit davranmak gerekmektedir. Pay sahibinin biri gerçek kişi, bir diğeri ise şirket olan bir anonim şirket, farz edelim ki; emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde bu iki pay sahibine haksız menfaat sağladı ve bir şekilde de ortada hazine zararı olduğu yönünde bir tespit bulunmamaktadır. Bu durumda, bir taraftan gerçek kişi pay sahibinin elde ettiği haksız menfaat için örtülü kazanç dağıtımı tespiti ve bunun devamı olarak bahse konu haksız menfaat de elde eden açısından örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilecektir. Diğer taraftan tüzel kişi pay sahibinin elde ettiği aynı haksız menfaat açısından örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılamayacaktır. Bununla birlikte TTK hükümlerine göre, kâr payı dağıtımı açısından veya diğer ilgili düzenlemeler açısından hazine zararının bir kriter olarak alınması mümkün değildir. Hal böyle olunca hazine zararının, kanundaki şekliyle örtülü kazanç dağıtımının bir unsuru sayılması kanaatimizce yerinde bir düzenleme değildir.

Örtülü kâr dağıtımı tespiti yapabilmek için kanunda öngörüldüğü üzere öncelikle bir örtülü kazanç dağıtımının varlığının tespiti gerekmektedir. Esasında bizce, örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapabilmek için de, hakkın kötüye kullanımının vergi hukukundaki yansıması olan peçelenmiş bir işlemle, pay sahibine/ilişkili kişiye haksız bir menfaat sağlanmış olması gerekecektir. Başka bir deyişle, subjektif unsur olan, bilerek ve isteyerek hakkın kötüye kullanılması yoluyla peçeleme işlemi yapmak ve bunun sonucunda ilgililere haksız bir menfaat sağlanması gerekmektedir ki, örtülü kazanç dağıtımından bahsedilebilsin. Bu nedenle, kanaatimizce olaya hazine zararı açısından değil de, subjektif unsurun varlığı açısından bakmak, yani bir kandırma, peçeleme vb. şekilde hakkın kötüye kullanımının varlığı açısından bakmak daha isabetli olacaktır⁹¹¹. Çünkü somut

⁹⁰⁹ 5520 sayılı KVK'daki “örtülü kâr dağıtımı” ile 6102 sayılı TTK'daki “kâr dağıtımı” karşılaştırması için bkz; III. Bölüm, md. 2.

⁹¹⁰ Eşit işlem ilkesi ile ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.2.3-2.4.

⁹¹¹ Yazar “O halde örtülü kazanç esas itibariyle vergi kaçakçılığının gizlenmesi ile ilgili bulunduğu göre yasadaki tanımlamaya uygun her örtülü kazanç olayında subjektif unsorda aranmalıdır. **Yükümlü vergi kaçırma kastının bulunmadığını kanıtlayabiliyorsa, yasadaki tanımlamaya uygun olsa bile örtülü kazançtan söz edilememelidir**” diyerek bizim görüşümüz desteklemektedir (Bkz; Öncel, M. a.g.e, s.34). Her ne kadar yazar 5520 sayılı KVK'dan önceki mülga 5422 sayılı KVK dönemindeki düzenlemeye göre bir

olayların hepsinde, hakkın kötüye kullanımı yoluyla, dolaylı olarak bir vergi aşındırması söz konusu olsa da, hazine zararının varlığı her zaman (az da olsa) söz konusu olmayabilir. Taraflar açısından baktığımızda da, örtülü kâr dağıtımını tespiti yapılırca bu durumdan yalnızca vergi idaresi değil, diğer şirket pay sahipleri, şirketin kendisi hatta şirket alacaklıları bile doğrudan veya dolaylı olarak etkilenecektir. Bu nedenle hazine zararı olmadan da bir vergi aşındırması ve diğer ilgililerin dolaylı bir zararı söz konusu olabilir. Konuyu bu açıdan değerlendirdiğimizde de, hazine zararı şartının isabetli olmadığı kanaatindeyiz⁹¹².

2.5.2.2. Sübjektif Unsur

Örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsuru, şirketin ilişkili kişi/pay sahibine, emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir bedelle haksız menfaat sağlamayı, bilerek isteyerek bilinçli bir şekilde yapmasıdır. Şirketin bahse konu ödemeyi bilinçli

tespit yapmış olsa da, kanaatimizce, yeni 5520 sayılı KVK'da da sübjektif unsur açısından bir farklılık bulunmadığı için, görüş bugün için de isabetlidir; Benzer görüş için bkz; Gülhan, N. *Hazine Zararı*, s.66.

⁹¹² Benzer şekilde yazar **hazine zararı yerine sübjektif unsurun varlığının aranmasının** gerektiğine vurgu yapmıştır; “*Örtülü kazanç dağıtımına ilişkin yasal düzenlemenin bir vergi güvenlik müessesesi olduğunu kabul etmekle birlikte, K.V.K. uygulaması bakımından aralarında vergisel menfaat birlikteliği bulunduğu varsayımından hareketle, işlemleri örtülü sermaye ve/veya örtülü kazanç dağıtımını eleştirisine muhatap tutulan gerçek ve tüzel kişilerin vergisel yükümlülüklerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve bu kişi ve kurumların toplamda ödemesi gereken verginin güvence altına alınması gerektiğini düşünüyoruz. Hazine zararının aranması gerektiği yönündeki düşüncemiz, vergisel yükümlülüğün, kimin tarafından yerine getirildiğine bakılmaksızın, salt yerine getirilip getirilmediğine odaklanan, bizce de sağlıklı bir bakış açısından ziyade, örtülü kazanç dağıtımını ve/veya örtülü sermayenin mevcudiyetinin bir önkoşulu olarak kanuna karşı hile kastının aranması gerektiği fikrine dayanmaktadır. Bizce, hazine zararının buna mukabil karşı taraf açısından haksız bir vergisel avantajın bulunmadığı durumda olayı örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımını olarak nitelendirmek mümkün olmayacağından, verginin mükellefi olmayan bir kişiden vergi alınması gibi bir durum gündeme gelmeyecektir. Zira hazine zararı kavramı örtülü sermaye ve/veya örtülü kazanç dağıtımını müesseselerinin sonuçlarının değerlendirilmesi değil mevcudiyetinin ortaya konması açısından önem arz eder. Hazine zararı bulunmadığı durumda, olay örtülü sermaye ve/veya örtülü kazanç dağıtımını niteliğini haiz olduğu halde, sonuçları açısından hazine zararı bulunmadığı noktadan hareketle tarhiyat yapılmaması gerektiğini öne sürüyor değiliz. Bilakis, örtülü sermaye ve/veya örtülü kazanç dağıtımından bahsedilemeyeceğini iddia ediyoruz. Ne örtülü sermaye, ne de örtülü kazanç dağıtımında vergi kanunları uygulaması açısından geçerli bir işlem vardır. Dolanılan vergi kanunları açısından muteber değildir. Bu işlem sonucunda örtülü yolla dağıtılan kazanç sadece kanunen kabul edilmeyen bir gider olarak nitelendirilemez. Örtülü kazanç dağıtımını ticari kâr açısından da hukuki sonuçları olan bir müessesedir. Örtülü kazanç dağıtımının ticari kâr açısından değil sadece kurumlar vergisi matrahına esas teşkil eden kurum kazancı açısından hüküm ifade eden bir müessese olduğuna yönelik K.V.K."nda herhangi bir hüküm olmadığı gibi, böyle bir yasal düzenlemenin vergi kanunlarında yapılması zaten mümkün değildir. Bilhassa, örtülü kazanç dağıtımını kapsamındaki işlemler özel hukuk bağlamında da butlan ile sakattır. Bu nedenle, hakları haleldar olan pay sahipleri ve şirket alacaklıları, örtülü kazanç dağıtımının unsurlarını bünyesinde barındıran bir muameleye karşı kanuna karşı hile yapıldığı gerekçesiyle butlanın tespiti davası açabileceklerdir”.*

(Bkz; **Sarı, H.** Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımını Müesseselerinin Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile Bağlamında Değerlendirilmesi, *Vergi Dünyası Dergisi*, Sayı:293, Ocak-2006, s.27, <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?id=3171>) (son yararlanma tarihi; 05.12.2010); **Vergi uygulamalarında ve vergi hukukunda hile** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; **Ergüden ve Yıldırım, a.g.e.**, s.98 vd.

yapması demek; ilişkili kişiye/pay sahibine sağlanan, emsallere uygun olmayan ödemenin/menfaatin, ilişkili kişi/pay sahibi olmayan üçüncü kişiye yapılandan daha avantajlı şartlarla sağlanması ve bunu istemesi olarak tanımlanabilir⁹¹³. Başka bir deyişle şirketin bu emsallere uymayan haksız menfaati sağlama amacını bilmesi ve istemesi, yani kasten bu işlemi yapmış olması, örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsurudur. Esasında burada 5520 sayılı KVK 13'üncü maddedeki; *"...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"* hüküm ile kanun koyucu, kastın varlığı açısından bir karine koymuştur. Kanuna göre de, ilişkili kişiye/pay sahibine sağlanan, emsallere uygun olmayan menfaatlerin varlığı halinde, şirket açısından kastın varlığının, yani bilerek isteyerek yapma unsurunun (sübjektif) karinesi sayılacaktır⁹¹⁴. Dolayısıyla kanundaki bu düzenleme ile bir kasıt karinesi getirilmiş olduğu ifade edilebilir. Bu karinenin varlığını tespit ettikten sonra, bunun ispat külfetine etkisinin de kısaca ele alınması gerekmektedir. Şöyle ki; kanundaki şartları taşıyan bir haksız menfaat tespiti yapılırken, bu tespiti yapanlar tarafından artık bunun kasti bir fiil olduğunun ispatı değil; şirketin veya menfaati elde edenlerin bunun kasti olmadığını, başka bir deyişle bilme ve isteme unsurunun bulunmadığını, ispat etmeleri gerekecektir. Bu karine ile ispat külfeti ters çevrilmiş olmaktadır⁹¹⁵.

Örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsurundan kasıt, bilerek ve isteyerek, kasti olarak, ilişkili kişiye/pay sahibine menfaat sağlamak olduğuna göre; örtülü kazanç tespiti için şirketin yöneticilerinin iradi bir eyleminin varlığı gerekmektedir. Buradaki iradi eylemden kasıt da; ilişkili kişiye/pay sahibine, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak, bir menfaatin sağlanmış olmasıdır. Şirketin amacı temelde kâr elde etmektir. Şirket yöneticilerinin de birincil görevi, şirketi kâr ettirmek veya zarar etmesine engel olmaktır. Dolayısıyla ilişkili kişiye/pay sahibine haksız menfaat sağlayarak şirketi zarara uğratan yönetici açısından da, bilerek isteyerek yapma halinin varlığı kabul edilecektir.

⁹¹³ Öncel, M. a.g.e, s.32; Özelmacıklı, B. a.g.e, s.43.

⁹¹⁴ **Bolaç, U. a.g.e, s.109; Daniştay, 4.D. 14.03.2013 tarihli ve E:2012/2729, K:2013/1376 sayılı kararı, (www.kazanci.com).**

⁹¹⁵ Geedan, H. A. a.g.e, s.77; Türedi Erdoğan, E. A. a.g.e, s.67.

İlk bakışta örtülü kazanç dağıtımı yaparak şirketin göreceli bir kazancının olduğu söylenebilir. Örneğin gider olarak yazılamayacak bir unsur, peçeleme ile gidermiş gibi kayıt altına alınıp, bir vergi aşındırması ile vergisel bir (haksız) avantaj sağlanmış olabilir. Esasında temelde örtülü kazanç dağıtımı, şirkette çoğunlukla da ilişkili kişi/pay sahibi nezdinde vergisel bir avantaj sağlanmak amacıyla yapılmaktadır⁹¹⁶. Ancak idare tarafından inceleme neticesinde, örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında, şirket, olması gereken duruma göre daha dezavantajlı bir duruma düşeceği için her durumda zarar etmiş olacaktır. Bu nedenle de, örtülü kazanç dağıtımına sebep olan yönetici, şirketin zararına hareket etmiş olacaktır. Çünkü yukarıda açıklanan kast karinesinin varlığı bunu gerektirir⁹¹⁷.

Sonuç olarak, bir şekilde örtülü kazanç dağıtımının objektif unsurları tespit edildiğinde, artık sübjektif unsurun ayrıca tespitine gerek olmayacaktır. Sübjektif unsurun varlığını veya yokluğunu, başka bir deyişle, bilme/isteme kastının olmadığını şirket veya ilgili haksız menfaati kullanan taraf ispat edecektir. Ancak bu ispat hakkının ilgili taraflara verilmesi gerekmektedir⁹¹⁸. Çünkü objektif unsur tam ve eksiksiz olarak tespit edilince, kast karinesinin bir sonucu olarak sübjektif unsurun varlığı da kabul edilmiş olacaktır.

Örtülü kazanç dağıtımı yapılırken; şirketin ilişkili kişiye/pay sahibine, emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde haksız bir menfaat sağlamış olması, bu eylemin “kasıtlı” yapıldığına işaret eder. Kasıt olmadan yanlışlıkla veya hata ile böyle bir ödeme yapıldığında bu kasıt söz konusu olmayacağı için, diğer şartlar gerçekleşmiş de olsa örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olmayacaktır. Bunun

⁹¹⁶ **Danıştay**, 4.D. 17.06.2009 tarihli ve E:2008/9064, K:2009/3348 kararında buna vurgu yapmıştır; “5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunda düzenlenen örtülü kazanç dağıtımından söz edilebilmesi için, yasal yolun dışında bir kâr dağıtımının söz konusu olması ve örtülü olarak yapılan bu kâr dağıtımı sonucunda da bir vergi kaybının ortaya çıkması gerekmektedir. Örtülü kazanç dağıtımında esas olarak gerçek işlemi gizleyen ve görünürde olan muvazaalı bir işlem vardır” (www.kazanci.com).

⁹¹⁷ Işık, H. a.g.e, s.237; Benzer şekilde **ÖNCEL** de “Şirket ile ortağının ilişkisinde makul olmayan bir çıkarın verildiği görülürse, şirketin bilerek, isteyerek yaptığı ödemenin söz konusu olduğu varsayılabilir. Bu varsayımı doğrulayan şey, iş hayatında hediye kavramına yer bulunmadığı ve gelir elde etme amacının bütün iş ilişkilerinde en önemli rolü oynadığı gerçeğidir. Bu nedenle şirket, ortağı ile arasındaki iş ilişkisinden kazanç sağlamamış veya ortağına fahiş ödemeler yapmışsa, yeterli bir karşı edimden bilerek isteyerek feragat ettiği varsayımı yapılabilir. **Bir şirketin ortaklık ilişkisini göz önünde bulundurarak ortağına bir çıkar sağlaması mantıken ancak bu iş bilerek istenilerek yapıldığında mümkündür. Bu nedenle ancak bilerek yapılan ödemeler şirket yönünden bir örtülü kazanç dağıtımının unsurunu gerçekleştirir**” tespitiyle bu görüşe vurgu yapmıştır. (Bkz; Öncel, M. a.g.e, s.32).

⁹¹⁸ **Danıştay**, 3.D. 20.09.2007 tarihli ve E:2007/00089, K:2007/02446 sayılı kararı, (www.kazanci.com).

yanında, şirket emsallere aykırı şekilde haksız bir menfaat sağladığında, yani kasti olarak davrandığında, bu kasti gizlemek için peçelenmiş bir işlemle hakkını kötüye kullanarak gizli bir işlem yapmış olacaktır. Söz konusu olan bu gizli işlem yapma iradesi de “bilme” ve “isteme” olgusunun varlığına işaret eder⁹¹⁹. Bu kapsamda, örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsuru; “şirketin örtülü yoldan menfaat sağlama iradesinin” varlığı olduğu da yukarıdaki tanımlara ek olarak, ifade edilebilir⁹²⁰.

Bazı yazarlar, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını nitelendirmesi yapabilmek için objektif unsurun yeterli olduğunu, objektif unsurun tam olarak tespiti ile sübjektif unsurun aranmasının gerekli olmadığını savunmaktadırlar. Genel olarak da bilmek ve istemek iradesinin yani kastın ceza hukukuna ait bir gereklilik olduğuna vurgu yapmaktadırlar⁹²¹. Ancak bizim de katıldığımız genel kabul gören diğer yaklaşıma göre de; örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapmak için objektif unsurların varlığının tespiti gereklidir. Ancak yeterli değildir. Buna ilave olarak, bilmek ve istemek iradesi ile ortaya çıkan vergiyi aşındırma kastının var olmadığını ve bu kastın var olmadığı durumlarda da örtülü kazanç dağıtımını tespitinin yapılamayacağı görüşü, yukarıda açıklanan gerekçelerle bizce daha isabetlidir.

Vergi güvenliği ilkesinin bir sonucu olan örtülü kazanç dağıtımını müessesesinin var oluş amacı, vergi aşındırılmasını önlemektir. Bu yaklaşımın doğal bir sonucu da, örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsurunun “vergi kaçırma niyeti” olduğudur⁹²². Hal böyle olunca, vergi aşındırma kasti olmayan veya buna sebep olan eylemi bilerek ve isteyerek yapmayan bir şirketin söz konusu eylemi sonucunda haksız bir kazanç dağıtılmış olsa da, bu eylemin bir müeyyideye bağlanmasının, hakkaniyete uygun olmayacağını değerlendirmekteyiz. Çünkü bu kasti taşımadan ve bilmeden, istemeden yapılan bahse konu eylem de, ayrı bir peçeleme niyeti veya hakkın kötüye kullanımı olgusu söz konusu değildir. Bu durumda gizli bir işlem veya gizlenen bir irade (kasıt) yoktur. Bu nedenle de örtülü kazanç dağıtımına bağlanan sonuçların; kasıt ve bilmek, istemek unsurlarını taşımayan söz konusu eyleme de uygulanması, bizce hakkaniyetle çelişmektedir.

⁹¹⁹ Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.163.

⁹²⁰ Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.207.

⁹²¹ Aktaş, M. *a.g.e.*, s.236.

⁹²² Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.631; Gülhan, N. *Hazine Zararı*, s.66.

Ancak, örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsuru açısından, önemli olan sadece haksız ve örtülü yolla menfaat sağlanmaya yönelmiş iradenin varlığıdır⁹²³. Yoksa bu yönde bir iradenin varlığına rağmen vergi kaçırma niyetinin olmaması, somut olaya göre objektif unsurun eksik olması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımının varlığına engel olabileceksen, aynı olayda sübjektif unsur, bahse konu irade olduğu için, var kabul edilecektir.

Örtülü kazanç dağıtımında sübjektif unsurun aranıp aranmayacağı, eğer aranacaksa bunun tam olarak ne olduğu sorusu vergi hukukçularının halen tartışmaya devam ettikleri bir husus olmakla birlikte, çoğunluğun kabul ettiği gibi, sübjektif unsur aranmalıdır⁹²⁴. Bu da, bilmek ve istemek kastının varlığından oluşur. Bu tartışmalara yukarıda kısaca değinmekle birlikte, konumuzla sınırlı olarak tespitler ortaya konulmaya çalışılmıştır. Ancak son olarak ispat konusunda bir vurgu yapmak gerekecektir. Şöyle ki; çalışmamızda çok defa değinildiği üzere, 213 sayılı VUK'un, "Vergi kanunlarının Uygulanması ve İspat" başlıklı 3'üncü maddesinde; "*Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder*" hükmü ile "*vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*" hükmü bulunmaktadır. Danıştay uygulamalarında da haklı olarak, bu madde hükümleri öncelikle dikkate alınmaktadır. Bu hükümlerden de rahatlıkla anlaşılacağı üzere; somut olayın gerçek mahiyeti esas alınmalı ve kanun metninin lafzı ile ruhu beraber değerlendirilmelidir. Bu nedenle, örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapılırken yalnızca objektif unsurların varlığı ile hareket etmek yeterli olmayacaktır. Buna ek olarak sübjektif unsurun, yani gerçek durumda, şirketin haksız ve örtülü bir menfaat sağlama niyetinin varlığı, başka bir deyişle, bilmek istemek kastının varlığının da aranması gerekecektir⁹²⁵.

⁹²³ Kızılot, Ş. a.g.e, s.208.

⁹²⁴ Işık, H. a.g.e, s.228 vd; Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.163; Alşan, Z. a.g.e, s.48.

⁹²⁵ **Danıştay** birçok kararında buna vurgu yapmıştır. Örneğin; 3.D. 20.09.2007 tarihli ve E:2007/00089, K:2007/02446 sayılı kararında Danıştay; "*Ancak, ithal edilen emtianın, Türkiye'deki merkeze tesliminde 3218 sayılı Yasanın 8'inci maddesi gereği dış ticaret rejiminde bağlı kılınmasından doğan maliyeti de içerdiği gözardı edilmiştir. Vergi Usul Kanununun 3'üncü maddesi uyarınca, vergi idaresince saptanan yüksek maliyetin, dış ticaret rejiminin gerektirdiği harcamalardan kaynaklandığını kanıtlaması gereken davacının bu amaçla sunabileceği kanıtlar istenip, tarh matrahının miktarı yönünden yapılacak inceleme sonucuna göre yeniden karar verilmek üzere temyize konu yapılan kararın bozulması gerekmiştir*" hükmü ile ispat konusunda yukarıda değindiğimiz hususlarda karar oluşturmuştur. (Bkz; **Danıştay**, 3.D. 20.12.2011 tarihli ve E:2009/2352, K:2011/7637 sayılı kararı). Benzer şekilde **Danıştay**, 4.D. 17.01.2011 tarihli ve E:2010/6152, K:2011/65 sayılı kararında; "*...ve hizmet ilişkilerinde bulunması halinde, kazancın tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağına hüküm altına alındığı, örtülü kazanç dağıtımına ilişkin*

2.5.3. Örtülü Kazanç Dağıtımı Olmaya Bağlanan Sonuçlar

Vergi güvenlik sisteminin bir argümanı olan örtülü kazanç dağıtımında da, örtülü sermayede olduğu gibi⁹²⁶, örtülü kazanç sonucu ilişkili kişiye/pay sahibine sağlanan haksız menfaat örtülü kâr olarak nitelendirilmektedir. 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü madde 6'ncı fıkrasına göre; *"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"*. Aynı kapsamda, Örtülü Kazanç Dağıtımı Genel Tebliği'nin, "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Düzeltme İşlemleri" başlıklı 9'uncu maddesinde⁹²⁷ de benzer yönde bir tespit bulunmaktadır. Yine Tebliğ'in aynı maddesinde, örtülü kazanç dağıtımı tespitine müteakip, ilgili tarafların vergisel kayıt ve beyanlarının da "örtülü kâr dağıtımı" şeklinde düzeltilmesi gereğine vurgu yapılmıştır. Şirketten bahse konu haksız menfaati elde eden pay sahibinin/ilişkili kişinin, vergi kanunlarına göre, merkezi Türkiye'de bulunan bir şirket(tam mükellef) olması veya yurt dışı merkezli bir şirket (dar mükellef) olması durumunda yapılacak düzeltme işlemleri de farklı olacaktır. Bunun yanında, haksız menfaati elde eden pay sahibinin/ilişkili kişinin gerçek kişi olması durumunda da yapılacak düzeltme işlemleri ve konunun vergisel yansıması

yasal düzenlemelerin amacının kuruma ait kazancın tamamen ya da kısmen vergiye tabi tutulmaksızın kurum dışına çıkarılmasını önlemek olduğu...," şeklinde hüküm kurarken, kanunun amacının dikkate alınması gerektiği ve bununda vergi aşındırılması olduğuna vurgu yapmıştır. Aynı kararda isabetli şekilde *"..Varsayım veya kıyas yoluyla vergileme yapılmasına olanak bulunmadığı veya bu yollarla re'sen tarh nedeni oluşturulamayacağı açık olup, olayda re'sen tarh nedeni de mevcut olmadığından, hisse değişimi yolu kullanılarak emsaline göre düşük bedelle hisse satışı yoluyla örtülü kazanç dağıtımında bulunulduğundan söz edilemez"* hükmünü kurmuştur. (www.kazanci.com).

⁹²⁶ Bkz; II. Bölüm, md.2.3.

⁹²⁷ Örtülü Kazanç Dağıtımı Genel Tebliği'nin 9'uncu maddesinde; *"Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarının uygulamasında, Kanunda belirtilen şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacaktır. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazancın kâr payı sayılması ile mükellefler bu kâr payına ilişkin olarak istisna hükümlerinden yararlanacağından, "karşı taraf düzeltmesi" bu şekilde, işleme taraf olanlar arasında gerçekleşmiş olacaktır. Dolayısıyla, dağıtılmış kâr payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden ortaklıkların hukuki niteliğine göre belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılacaktır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilenecektir. Ancak, bu düzeltmenin yapılabilmesi için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması gerekmektedir. Örtülü kazanç dağıtılan kurum nezdinde yapılacak düzeltmede dikkate alınacak tutar, kesinleşen ve ödenen tutar olacaktır"* hükmü bulunmaktadır.

farklı olmakla birlikte⁹²⁸, bu farklılıkların örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılan bedelin, örtülü kâr dağıtımı sayılmasına bir etkisi yoktur.

Şirketin, pay sahibi/ilişkili kişi ile yapmış olduğu bir işlem, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki şartları ihtiva edecek şekilde ise, bu işlemi muhatabı açısından "kâr payı" kabul edilecektir⁹²⁹. Bu işlem sonucunda ilişkili kişinin elde ettiği haksız menfaatin kâr dağıtımı sayılmasının temel sonucu, ilişkili kişiye ödenen bu ödemeden, normal (açık) kâr dağıtımında alınan verginin tahsil edilmesidir. Yukarıda ayrıntısı açıklandığı üzere⁹³⁰, usulüne uygun yapılmış bir kâr payı dağıtımı esnasında, dağıtımı yapan şirket, dağıtılacak net kâr payının tespitine müteakip, bu dağıtıma konu bedelden genel olarak⁹³¹ %15 vergi (stopaj) kestikten sonra, kalanını ilgili pay sahibine öder. İlerde ayrıntılı olarak ele alınan gerekçelerle⁹³², örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin ticaret hukuku açısından uygun olmadığı ve bu nitelendirmenin diğer ilgililer açısından da önemli sorunlara sebep olabileceği kanaatindeyiz. Bu görüşümüzden bağımsız olarak, örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi yapılan tutardan da vergi idaresi, normal (açık) kâr dağıtımında olduğu gibi vergisini tahsil edecektir. Ancak, elbette normal kâr dağıtımındaki dışında, vergi ziyai ve gecikme faizi gibi uygulamalar⁹³³ ile örtülü kâr dağıtımı tespiti neticesinde, şirketin katlanacağı külfetler artacaktır.

Örtülü kazanç dağıtımı müessesesi bir vergi güvenlik sistemi olması nedeniyle, tarafların vergi kaçırmak niyetiyle yapmış oldukları haksız işlemlerin tespiti neticesinde, bu işlemlerle kaçırılan verginin tahsil edilmesi yanında vergi kaçırma eylemine bağlanan müeyyidelerin de gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla örtülü kâr dağıtımı tespiti neticesinde, şirket bununla ilgili ödemekten imtina ettiği vergileri ve bunun sonucunda ortaya çıkan cezaları ödeyecektir. Bunun için de, şirket kayıtlarında gerekli düzeltme işlemlerinin yapılması ve şirket

⁹²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz; Örtülü Kazanç Genel Tebliğ 9'uncu madde.

⁹²⁹ Düzenlemede, **dar mükellefler için bu bedelin merkeze aktarılan tutar kabul edileceği** de hüküm altına alınmıştır. Ancak bu husus çalışma konumuzun kapsamı dışında olduğu için burada incelenmeyecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz; Açar, S. *Örtülü Kazanç Dağıtımı*, s.324; Taşkın, Y. (2012). *Transfer Fiyatlandırmasında Emsallere Uygunluk İlkesi*, İstanbul, s.243.

⁹³⁰ **Kârın hesaplanması** konusundaki açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.4.

⁹³¹ **Kâr dağıtımında vergiden istisna** olan durumlar söz konusudur. Bu konudaki açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.1.3.4.1, dpnt:83.

⁹³² Bkz; III. Bölüm, md.4.1.

⁹³³ Bkz; III. Bölüm, md.4.3.

kayıtları ile vergi idaresine verilen beyanların gerçek durumu göre uyarlanması gerekecektir. Bu düzeltme işlemlerinin nasıl yapılacağı Örtülü Kazanç Dağıtım Tebliği'nde ayrıntısı ile açıklanmıştır⁹³⁴.

Örtülü kâr dağıtımının, örtülü kazancı sağlayan ve bu kazancı elde eden olmak üzere iki tarafı vardır. Bu tarafların vergi uygulamalarındaki statü ve sıfatlarına göre farklı düzeltme işlemleri yapılmaktadır⁹³⁵. Düzeltme işlemi sonucunda, konumuzla ilgili olarak, örtülü kazancı dağıtan şirketin bu kazancı “kâr dağıtım” olarak düzeltereği hususu ile alan tarafın da, vergi uygulamaları yönünden, bu kazancı “kâr dağıtım” olarak almış olduğu resmileşmiş olacaktır. Örtülü kâr dağıtım neticesinde ortaya çıkacak uygulamaların vergisel yönünün ele alınması hususu çalışma konumuzun dışındadır. Bu nedenle bir sonraki bölümde, örtülü kâr dağıtım nitelendirmesi neticesinde ortaya çıkacak sonuçlar, ticaret hukuku açısından ele alınacaktır.

⁹³⁴ Örtülü Kazanç Genel Tebliği 9'uncu madde vd.

⁹³⁵ **Gerçek kişi GVK'ya göre, şirketler (kurum) KVK'ya göre vergilendirilmekte** olup, birçok açıdan mükelleflerin farklı statüleri bulunmaktadır. Bu statüler ve işlemlerin kapsamı nedeniyle de bazı vergi istisnaları vb. uygulamalar gündeme gelebilmektedir. Bu hususlar çalışma konumuzun dışındadır. Ayrıntılı bilgi için bkz; Taşkın, Y. *a.g.e.*, s.239 vd; Kızılot, Ş. *a.g.e.*, s.371 vd; Acar, U. ve Tokay, O. *a.g.e.*, s.240 vd.

3. BÖLÜM

TİCARET HUKUKU AÇISINDAN ANONİM ŞİRKETLERDE ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI NİTELENDİRMESİ

3.1. Genel Olarak

5520 sayılı KVK'daki örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapıldıktan sonra, bu örtülü kazancı elde eden pay sahibi/ilişkili kişiye ödenen bahse konu haksız kazanç, KVK uygulamasına göre örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilecektir. Bu nitelendirmenin amacının temelde vergi güvenliğinin sağlanması olduğuna yukarıda ayrıntısı ile değinilmiştir. 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 yapılan bahse konu düzenlemenin ticaret hukuku açısından yerinde olmadığı kanaatindeyiz.

Kâr dağıtımı, şirket ve diğer pay sahipleri yanında başka kişileri de doğrudan ilgilendiren bir işlemdir. Fakat 5520 sayılı KVK'da düzenlenen "örtülü kâr dağıtımı" olgusunun, şirket ve diğer pay sahipleri yanında başka ilgilileri de hesaba katmadan öngörülmüş bir düzenleme olduğunu değerlendiriyoruz. Çünkü şirketin pay sahibine yaptığı bir ödeme için "kâr dağıtımı" tespiti yapıldığında, bu kâr dağıtımından pay alması gereken diğer pay sahipleri ve ilgillerin de talep veya itiraz haklarının olduğunun kabulü gerekmektedir. Şirketlerin kâr dağıtımını yapmasının, bahse konu bu ilgili taraflarının yanında, vergi idaresi de çok genel bir ifadeyle, şirketlerin kâr dağıtımından belli oranda pay (vergi) alması gereken bir taraftır. KVK'daki örtülü kâr dağıtımını düzenlemesinde, vergi idaresi söz konusu haksız işlemi bir kâr dağıtımını olarak nitelendirerek, bu dağıtımdan payını (vergisini) almayı amaçlamıştır. Ancak bu düzenleme ile kâr dağıtımının diğer tarafları göz ardı edilmiştir. Bu nedenle KVK'daki örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesinin, ticaret hukuku açısından çok önemli sonuçları olduğu kanaatindeyiz. Bu sakıncaları

ortadan kaldırabilmek için 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, vergilendirilebileceği şekilde bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu bölümde, örtülü kâr dağıtımını nitelendirmesinin, ticaret hukuku açısından sebep olduğu sorunlar ortaya konmaya çalışılacaktır.

3.2. Örtülü Kazanç Dağıtımını Sonucunda Ortaya Çıkan Örtülü Kâr Dağıtımının Türk Ticaret Kanunu Açısından İncelenmesi

Örtülü kazanç dağıtımını konusu yukarıda detaylı bir şekilde ele alınmıştır. 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki düzenlemeye göre şirketin, pay sahibine/ilişkili kişiye, emsallerine uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde haksız bir menfaat sağlaması örtülü kazanç dağıtımını olarak nitelendirilmektedir. Aynı düzenlemede, örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapılan bir haksız menfaatin, bu menfaati kullanan pay sahibi/ilişkili açısından örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirileceği de hüküm altına alınmıştır.

Kâr payı ile ilgili olarak I. Bölüm'de detaylı açıklama yapılmıştır. Kâr payı TTK'da düzenlenmiş bir müessese olup, TTK'daki şartları taşımayan ve TTK'daki usullere göre genel kurul kararı alınmadan, ilişkili kişiye/pay sahibine sağlanan menfaatlerin, “kâr payı” olarak nitelendirilmesi, kanaatimizce mümkün değildir. 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 doğurmaktadır⁹³⁶. Bu nedenle örtülü kazanç dağıtımını tespiti sonunda bu kazancın “kâr dağıtımını” olarak nitelendirilmesi yerinde ve TTK'ya uygun bir nitelendirme değildir. Bu nedenle, aşağıda gerekçeleri de detayıyla açıklandığı üzere, “kâr dağıtımını” ifadesinin, aynı şekilde kâr dağıtımına bağlanan vergisel sonuçlarla benzer vergisel sonuçlara bağlanmış “kazanç aktarımını” vb. bir ifade ile değiştirilmesi uygun olacaktır.

⁹³⁶ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.623-625.

Örneğin; şirket, pay sahibine sattığı bir ürün için, 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. Bu nedenle bu 40.000 TL eksik satış (faturalama) nedeniyle, 40.000 TL'lik daha satışın vergisini almak konusunda idarenin bir vergi kaybı doğmuştur. Bu örtülü işlemle de verginin aşındırılması söz konusudur. Bahse konu 60.000 TL'lik satışın, emsallerine uygunluk ilkesine aykırı bir şekilde, eksik bedelle yapıldığı tespitiyle bir vergi düzeltmesi talep edilecektir. Bunun neticesi olarak, bahse konu satışın vergisinin 60.000 TL'den değil gerçek değeri olan 100.000 TL üzerinden tahakkuk ettirilmesi, hem vergi hukuku açısından hem de hukukun temel ilkeleri açısından olması gereken ve kabul edilebilen bir işlemdir. Örnekteki pay sahibinin 100.000 TL'ye alması gereken bir ürünü, yalnızca pay sahibi olması nedeniyle 60.000 TL'ye almış olması da, bu pay sahibi açısından haksız bir menfaattir. Bu pay sahibinin de haksız elde ettiği 40.000 TL'lik menfaati, iade ederek yani 100.000 TL'ye tamamlayarak vergisel işlemleri bu şekilde düzeltmesini beklemek de benzer şekilde makul ve doğrudur. Bu pay sahibi, şirketten, 40.000 TL haksız bir menfaat elde etmiştir. Dolayısıyla şirket varlıklarının içinde ya nakit ya da alacak olarak olması gereken 40.000 TL'lik bir değer, örtülü kazanç dağıtımı nedeniyle şirket varlıkları içinde yer almamaktadır. Kanunda öngörüldüğü üzere bu işlem ile ilgili "örtülü kâr dağıtımı" nitelendirilmesi yapıldığında bahse konu 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 stopajı⁹³⁷ olan 7.059 TL⁹³⁸ tutarındaki vergisi ödenerek idare ile vergisel açıdan ilişki eşitlenecek ve idare açısından işlem tamamlanmış olacaktır⁹³⁹. Ancak şirket bu 40.000 TL'yi kâr payı olarak dağıtmış gibi kabul ederek, bunun vergisini ödemesi nedeniyle kayıtlarını bu şekilde yapar ise, TTK hükümlerine uymadan ve açıkça kanunsuz bir kâr payı dağıtım işlemi gibi bir vergisel kayıtlama yapmış olacaktır⁹⁴⁰. Bu durumda;

⁹³⁷ Stopaj vergisi ile ilgili bkz; I. Bölüm, md.5, dpnt:256 ve 286.

⁹³⁸ Düzeltme işlemelerinde örtülü kâr dağıtımına konu tutar önce bürüte yani, miktara %15 eklenmek sureti ile yapılacak hesaplama ile nihaiyi tutara artırılarak matrah bulunmaktadır. Örneğimizdeki 40.000 TL net kar payı kabul edip, $K/0,85$ formülünden bürüt kar payı bulunup, bürütün %15'i hesabı ile 7.059 TL'ye ulaşılmıştır.

⁹³⁹ Bu örnekte, konu yalnızca kâr dağıtımı açısından ele alınmış olup, vergi ziyayı ve gecikme cezaları vs. diğer detay işlemler hesaba katılmamıştır.

⁹⁴⁰ Vergisel açıdan, örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında (yukarıdaki örnekte) bu tespite konu 40.000 TL, haksız menfaat ilgili pay sahibine sağlanmış bir kâr dağıtımı olarak nitelendirilecek olup, bunun stopajı

ticaret hukuku açısından teorik olarak bile mümkün olmayacak şekilde, diğer pay sahiplerine de benzer ödemenin yapılıp yapılmayacağı, yapılmayacaksa bir sonraki kâr dağıtımında söz konusu pay sahibine bu kadar eksik ödeme mi yapılacağı vb. sorular gündeme gelecektir. Ek olarak; yoksa bu ödeme, kâr payı avansı⁹⁴¹ mı kabul edilecektir ki, TTK hükümlerine göre bu da mümkün değildir. Bu bedelin tamamını şirket geri mi isteyecek, geri isteyecekse, ödenen stopaj ne olacak, vb. birçok sorun ve soru cevapsız kalmaktadır. Tabii, şirketin kâr payı dağıtacak şekilde kâr elde edip etmediği, şirket alacaklıları varsa bunların bir hak kaybının olup olmadığı gibi, tam bir karmaşa ile karşılaşılmaktadır.

Tüm bu nedenlerle bizce örtülü kazanç dağıtımı tespiti sonunda haksız dağıtılan bu kazancın “kâr dağıtımı” olarak nitelendirilmesi isabetli olmamıştır. Bu nitelendirmenin “örtülü kazanç” vb. bir ifade ile değiştirilmesinin daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz. Elbette bu değişiklik teklifindeki amacımız yalnızca, müessesenin adının değiştirilmesinden ibaret değildir. Bu değişiklik teklifi ile, örtülü kâr dağıtımı, müessesesi yerine yeni bir müessesenin ihdas edilerek, tüm ferileri ile birlikte yeni müessesenin uygulanmaya geçirilmesi amaçlanmıştır. Örneğin 6362 sayılı SrPK'nın 21'inci maddesindeki benzer düzenlemede 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 boyutu da çözülmüş ve vergi güvenliği sağlanmış olacağı kanaatindeyiz. Bu şekilde bir başka (yeni) düzenleme yapılırsa, zaten TTK'da, ayrıntısına ileride değinildiği üzere⁹⁴², haksız ödenen kâr payının iadesi,

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 onlar aleyhine 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.

⁹⁴¹ **Kâr payı avansı** ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.644 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.630 vd.

⁹⁴² Bkz; III. Bölüm, md.3.

yöneticilerin bu kapsamdaki sorumlulukları vb. diğer konular düzenlendiği için, ticaret hukuku açısından da, bu konuda net bir usül belirlenmiş olacaktır.

Ancak 5520 sayılı 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, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında bu bedel kayıtlara örtülü kâr payı dağıtımı olarak girecektir. Uygulamada da bu şekilde işlem yapılmaktadır. 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinin açık hükmü örtülü kâr dağıtımı tespitinin KVK ve GVK açısından yapılacağı yönünde olduğu için, TTK açısından bir kâr dağıtımının söz konusu olmadığı bu nedenle de yukarıdaki paragrafta 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 yapılacaktır⁹⁴³. Şirket kayıtlarının gerçeği yansıtması ve objektif olması da temel bir kuraldır⁹⁴⁴. Hal böyle olunca, muhasebe kayıtları ve vergisel işlemlerde "kâr payı" olarak görünen bir kalemin, şirketin pay sahipleri ve diğer ilgili kişiler ile ilişkilerde, bahse konu bedeli, muhasebe kayıtlarının dışında ve bunlara açıkça aykırı şekilde, başka bir kalemden göstermesi, hem şeffaflık ilkesine⁹⁴⁵, hem basiretli yönetici olma kuralı vb. birçok hukuki ve fiili gerçekliğe aykırı olacaktır. Bu nedenle, örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi tespitinin yapılması KVK ve GVK'ya uygun da olsa, yapılan bu tespit başta TTK olmak üzere birçok başka mevzuat ile çeliştiği kanaatindeyiz.

Örtülü kazanç dağıtımı tespitinin sonucu olan örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi neticesinde, uygulamada bahse konu bu 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 gözükmeyle birlikte, konunun diğer tarafları

⁹⁴³ Esasında, örtülü kâr dağıtımı tespiti ile yapılacak düzeltme işlemleri neticesinde, **yalnızca ödenecek vergi ile ilgili bir KKEG kaydı yapılmakta olup, yoksa bahse konu haksız kazancın tamamı bir kâr dağıtımymış gibi bir muhasebe kaydı yapılmamaktadır.** Ancak yukarıda da değindiğimiz üzere (bkz; dpnt:933-935), 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.

⁹⁴⁴ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.209-210.

⁹⁴⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.289.

açısından maalesef karmaşıklık devam etmektedir. Sonuç olarak, eğer bir şirket ilişkili kişiye/pay sahibine emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde bir haksız menfaat sağlamışsa bu örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilerek, bu menfaati elde etmiş kişiler açısından örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılacaktır. Bu konuda bir tereddüt bulunmamaktadır. Vergi idaresi bu tespiti yaptıktan sonra, kâr dağıtımına konu bedelin %15 stopajını almakla birlikte, ilave olarak vergi ziyayı ve gecikme faizi de bu kişiler adına tahakkuk ettirilecektir⁹⁴⁶.

Örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılırken, yukarıda da değinildiği üzere, bu tespit sonucunda, kazancın örtülü kâr payı olarak dağıtılmış olduğudur. Bu menfaati alan ilişkili kişi, pay sahibi olduğunda bu konuda, yukarıda ifade edilenler dışında başkaca bir sorun ortaya çıkmaz. Ancak bahse konu ilişkili kişi, pay sahibi değil veya pay sahibinin bir şekilde bu menfaatten dolayı olarak etkilenmesi (nemalanması) mümkün değilse işte o zaman, başka bir sorunla daha karşı karşıya kalınır. Örneğin menfaati alan ilişkili kişi, pay sahibinin yakın akrabası ise veya bir şekilde bu menfaat pay sahibine izafe edilebilirse, işte o zaman bu menfaat, pay sahibi açısından, teorik olarak (yukarıdaki çekincelerimizin varlığı ile birlikte) bir kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilebilir. Ancak ilişkili kişi ile pay sahibi arasında bu açıdan hiçbir ilişki kurulmuyor ise, başka bir deyişle pay sahibinin gerçekten bu menfaatten bir şekilde dolayı veya doğrudan nemalanmış olması mümkün değilse, pay sahibinden bağımsız olan bu ilişkili kişiye sağlanan haksız menfaatin de “kâr dağıtımı” olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Çünkü kâr dağıtımı kural olarak pay sahiplerine yapılabilir. Dolayısıyla yukarıda da değinildiği üzere⁹⁴⁷, örtülü kazanç dağıtımına konu menfaate “kâr dağıtımı” nitelendirmesi yapılacaksa ki, kanunun açık emri budur, o zaman pay sahibi olmayan ya da bir şekilde pay sahibiyle ilişkilendirilemeyen bir kişiye sağlanan bu haksız menfaate de örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılması mümkün değildir⁹⁴⁸. Yapılırsa da, TTK'nın açık hükümleri⁹⁴⁹ ile çelişen hukuk dışı bir işlem yapılmış olacağı kanaatindeyiz.

⁹⁴⁶ Bkz; I. Bölüm, md.5.

⁹⁴⁷ Bkz; I. Bölüm, md.6.

⁹⁴⁸ Öncel, M. a.g.e, s.65-66.

⁹⁴⁹ 6102 sayılı 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

3.3. Örtülü Sermaye Tespiti Sonucunda Ortaya Çıkan Örtülü Kâr Dağıtımının Türk Ticaret Kanunu Açısından İncelenmesi

Yukarıda ayrıntısı ile ele alındığı üzere⁹⁵⁰ şirketin, pay sahibinden/ilişkili kişiden 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesindeki şartları ihtiva eden bir borç kullanması örtülü sermaye tespitine konu olacaktır. Şirketin, pay sahibinden/ilişkili kişiden kullandığı bahse konu bu borç ile ilgili olarak, pay sahibine/ilişkili kişiye ödediği faiz vb. haksız ödemeler de, KVK uygulamasında örtülü kâr dağıtımı olarak nitelenmektedir. Bizce burada açıklanması gereken birinci husus, vergi kanunlarında kâr payı nitelendirmesi yapılan ve bu kapsamda pay sahibine ödenen haksız menfaatlerin, ticaret hukuku açısından da gerçekten kâr payı olup olmayacağı sorusudur.

Bunun yanında, eğer pay sahibinin/ilişkili kişinin şirkete verdiği bir borç, hem objektif hem de sübjektif unsurların varlığı açısından örtülü sermaye olarak nitelendirmişse bu borç için bir faiz alınmadığında, yukarıda da değinildiği üzere, örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılmamaktadır. Başka bir deyişle, pay sahibi borç miktarı üzerinden bir menfaat elde etmemişse, bu örtülü sermaye tespitinin ticaret hukuku açısından nasıl nitelendirileceği de gündeme gelebilecek diğer bir sorudur. Bu iki sorunun ticaret hukuku açısından tartışılması oldukça önemlidir. Bu nedenle, örtülü sermaye kapsamında şirket pay sahibine ödenen faiz vb. haksız menfaatler hakkında örtülü kâr payı nitelendirmesi yapıldığında, bu haksız menfaatin TTK açısından değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Hukukun temel ilkelerine göre, çok genel olarak ifade etmek gerekirse, kusurlu bir hareketiyle bir başkasının zararına sebep olan kişi, bu zarardan sorumludur⁹⁵¹. Eğer şirket ile pay sahibi/ilişkili kişi arasındaki borç ilişkisi, KVK kapsamında örtülü sermaye tespiti yapabilecek bir seviyede ise, bu borç için pay sahibi/ilişkili kişiye ödenen faiz vb. haksız ödemeler, örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilecektir. Örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilen haksız ödeme sonucunda, şirketin temelde iki şekilde zararı oluşur. Birincisi pay sahibi/ilişkili

olarak hesap edilir" hükmü ile "kâr payı dağıtımının ancak pay sahiplerine yapılabileceği" açık bir şekilde düzenlenmiştir.

⁹⁵⁰ Bkz; II. Bölüm, md.2.

⁹⁵¹ Eren, F. a.g.e, s.490, 520 vd.

kişiden aldığı borç için ödediği 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 ödediği bahse konu faiz vb. haksız ödemeler vergi matrahından indirilmeyecek ve şirket bu kadarlık bir indirimden mahrum kalacaktır. Dolayısıyla, şirketin bu doğrudan ve dolaylı zararına sebep olan kişilerin de (yönetim) bu zarardan sorumlu olmaları gerekecektir.

İkinci olarak, örtülü sermaye için şirketin pay sahibi/ilişkili kişiye ödediği faiz vb. haksız ödemelerin, vergi matrahından indirilmesinin mümkün olmaması yanında, bu haksız ödemeler, bunları alan pay sahibi/ilişkili kişi açısından da örtülü kâr dağıtımı sayılacaktır. Vergi kanunlarına göre, bir ödemenin kâr payı olarak nitelendirilmesinin temel sonucu, bu ödemelerin belli oranda (genel olarak %15) stopaj vergisine tabi tutulmasıdır. Dolayısıyla örtülü sermaye için pay sahibi/ilişkili kişiye ödenen faiz vb. haksız ödemeler de örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirildiği için bunlardan belli oranda (%15) stopaj vergisi alınacaktır. Bu vergi kaynaktan kesilen bir vergi olması nedeniyle, şirket bu stopaj vergisini idareye ödemek zorunda kalacaktır.

Yukarda ifade edildiği gibi, idare tarafından yapılacak tespit sonucunda, örtülü sermaye için ödenen faiz vb. giderlerin kanunen kabul edilmeyen giderler kapsamına alınması gerekecek ve bunun için düzeltme vs. işlemler yapılacak olup bu işlemler için ayrıca şirket, vergi ziyai cezası ile gecikme faizine katlanacaktır⁹⁵². Aynı şekilde, idare tarafından örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi yapılan kısım için de şirket, vergi ziyai cezası ile gecikme faizine katlanacaktır. Sonuç olarak, şirketin pay sahibi/ilişkili kişiden almış olduğu borç için bir örtülü sermaye tespiti yapıldığında, şirket en az yukarıda ifade edilen kadar zararlarla karşılaşmış olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce, vergi kanunlarına ek olarak, ticaret hukuku açısından da

⁹⁵² **Vergi ziyai ve cezası** hususu, 213 sayılı VUK'un 341 ve 344'üncü maddesinde, **gecikme zammı** hususu ise 112'nci maddede düzenlenmiştir.

şirket yöneticilerinin şirkete vermiş oldukları zararlarla ilgili konuyu ele almak ve şirketin zararlarının karşılanması yoluna gitmek gerekecektir⁹⁵³.

Yukarıda ortaya koymaya çalışılan şirket zararlarının birincil muhatabı bizce şirket yönetim kuruludur. İlerde ayrıntısı ile inceleneceği üzere⁹⁵⁴ TTK'nın 549'uncu maddesine göre, yöneticiler şirkete vermiş oldukları zararlardan sorumludurlar. Şirketler, örtülü sermaye olarak nitelendirilen borç alma işlemi elbette yöneticileri vasıtasıyla yapmaktadırlar. Dolayısıyla, örtülü sermaye kullanarak yöneticiler de, belki bilerek kasten, belki de işlerini yaparken gerekli özeni göstermeyerek kusurlarıyla, şirketin zararına sebep olmaktadır. Bu nedenle örtülü sermaye tespiti yapıldığında, bu tespitle ilgili şirkette doğan zarar konusunda, en azından yöneticilerin sorumluluğu konusunun⁹⁵⁵, yargı önünde tartışılması gerektiği kanaatindeyiz.

Bunlara ilave olarak, örtülü sermaye tespitiyle ortaya çıkan haksız menfaati elde eden ilişkili kişinin/pay sahibinin, elde ettiği bu haksız menfaatin şirkete iadesi konusunun da gündeme gelebileceğini değerlendiriyoruz. Bu konuda ileride detaylı açıklama yapılacak olup burada da konunun özetini ifade etmek gerekmektedir. TTK'nın "kötü niyet halinde" başlıklı 512'nci maddesinde haksız ve kötü niyetle şirketten alınan kâr payının iade edileceği hüküm altına alınmıştır. 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 alan pay sahibi, haksız ve kötü niyetli olduğu takdirde bu bedeli geri vermekle yükümlüdür⁹⁵⁶. TTK'nın 549'uncu maddesinde olduğu gibi burada da, haksız menfaati elde eden pay sahibinin/ilişkili kişinin kötü niyetli olduğunun, başka bir deyişle kusurlu olduğunun ispatı, geri iade talebinde bulunan kişiye ait olacaktır⁹⁵⁷. Bu hüküm olmasa da aslında, TTK'nın 549-553'üncü maddeleri ile TBK'nın 49 ve 50'inci maddeleri gereğince, zararını

⁹⁵³ **Yöneticilerin şirket zararlarından sorumluluğu** ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.881 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.362 vd.

⁹⁵⁴ Bkz; III. Bölüm, md.4.3.

⁹⁵⁵ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.782 vd; Eriş, G. *TTK Şerhi-III*, 3555 vd.

⁹⁵⁶ Yasaman, H. *a.g.e.*, s.100; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.638,864.

⁹⁵⁷ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.503,504.

iddia eden ve bu zarar ile pay sahibinin kusurunu ispat edebilen şirket veya kişilerin zararlarını, ilgili ilişkili kişi/pay sahibinden talep edebileceği kanaatindeyiz.

Örtülü sermaye tespiti neticesinde, örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilen haksız menfaati alan pay sahibinin, bu kapsamda en azından TTK'nın 512'inci maddesi kapsamında bahse konu haksız menfaati şirkete geri ödemekle karşı karşıya kalabileceğini değerlendiriyoruz. Elbette konunun yargı önünde tartışılması ve tüm yönleriyle ele alınarak zararın, zararlar ilgili yeterli illiyet bağının, yöneticilerin bu konudaki sorumluluklarının ve ilgili pay sahibinin iade yükümlülüğünün; hem TTK ve hem de hukukun temel ilkelerine göre irdelenerek somut olaya göre karar verilmesi gerekmektedir. Bu güne kadar bu konuda bir yargı kararının varlığı tespit edilememiştir. Ancak bu konuların TTK'nın ilgili hükümleri dikkate alındığında hem yöneticilerin sorumluluğu konusunun, hem de ilgili haksız ödemenin şirkete iadesi konusunun gündeme gelebileceği kanaatindeyiz⁹⁵⁸.

Örtülü sermaye tespitini yaparken, örtülü sermaye olarak nitelendirilen ve pay sahibinden/iliskili kişiden alınan borç için bu kişilere borç miktarı dışında, faiz vb. her hangi bir menfaat aktarılmamışsa, bu durumda şirketin kullandığı borcun ne olduğu tespiti yapılması gereken diğer bir husustur. Bu şekilde; yalnızca şirkete verilen borç miktarının aynı şekilde, hiçbir ek menfaat sağlanmadan, borcu veren pay sahibi/iliskili kişi tarafından geri alınması halinde de, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesi 1'inci fıkrasındaki, örtülü sermayenin objektif unsurları açısından, bu borcun örtülü sermaye olarak nitelendirilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuz yukarıda belirtilmiştir⁹⁵⁹.

Vergi hukuku açısından aslında konu açıktır. Eğer 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesindeki şartlar oluşmuşsa, ortada örtülü sermaye olarak nitelendirilecek bir fiil vardır. Bu örtülü sermayeye faiz vb. işletilerek, borcu veren pay sahibine/iliskili kişiye bir menfaat sağlanmışsa, bu bedeller şirket açısından vergi matrahından indirilemeyecektir⁹⁶⁰. Örtülü sermayeye konu borcu veren pay sahibi/iliskili kişi açısından ise, vergi hukukuna göre, borç bedeline ilave olarak

⁹⁵⁸ Bkz; III. Bölüm, md.4.3.

⁹⁵⁹ Bkz; II. Bölüm, md.2.3; Benzer görüş için bkz; Kızılot, Ş. a.g.e, s.564 vd.

⁹⁶⁰ 5520 sayılı KVK'nın 11'inci maddesi.

alınan bu menfaatlerin, “kâr payı” olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Ancak 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 fiil var mıdır? Bir görüşe⁹⁶¹ göre bu örtülü sermayenin, bir sermaye azatlımı olduğu tespiti yapılabilir. ÖNCEL⁹⁶² 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 atmıştır. Bizce 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. Sonuç olarak, vergi hukuku açısından örtülü sermaye tespiti yapılan borç ilişkisi ile ilgili şirketin, diğer pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının doğrudan veya dolaylı bir zararı yok ise, bu durumda bu borç ile ilgili olarak ticaret hukuku açısından net bir şekilde eleştirilecek bir husus bulunmadığı kanaatindeyiz⁹⁶³.

3.4. İlişkili Kişiyne Sağlanan Haksız Menfaatin “Örtülü Kâr Dağıtımı” Olarak Nitelendirilmesi Sorunu

3.4.1. Ticaret Hukuku Genel İlkeleri Kapsamında Konunun Değerlendirilmesi

3.4.1.1. Genel Olarak

Şirketler, Türk hukuku’nda 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

⁹⁶¹ Öncel, M. a.g.e, s.182; Yazar çalışmasında “...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...” ifadesine isabetli bir şekilde vurgu yapmıştır. (Bkz; Heper, F. (2005). *Türk Vergi Sistemi*, Eskişehir-Anadolu Üniversitesi Yayını, Yayın No:1572, s.186).

⁹⁶² Öncel, M. a.g.e, s.183.

⁹⁶³ Ancak 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 gerekecek şekilde yasak bir düzenleme yapılmasının daha uygun olacağını ifade etmektedir. (Bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.382-385). Konuyu **sermayenin korunması ilkesi** açısından değerlendirdiğimizde, bizce de yazarın ifade ettiği gibi yasal bir düzenleme yapılmış olması; şirketler, şirket pay sahipleri ve hatta şirket alacaklıları için daha isabetli olabilir.

yalnızca TTK'yı esas almak yeterli değildir. Diğer birçok düzenlemenin yanında tabi ki 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 olan “örtülü kâr dağıtımı” konusunu şirketler açısından incelerken, yalnızca vergi düzenlemelerinin bilinmesi ve uygulaması yeterli olmayacaktır. Örneğin, şirketin yapmış olduğu bir alım/satım işlemi hakkında örtülü kazanç dağıtımı nitelendirmesi yapıldığında, ortada emsallere aykırı bedelle pay sahibine/ilişkili kişiye sağlanmış haksız bir menfaat var demektir. Bu haksız ve hukuksuz işlemi yapan şirket, başka bir deyişle şirket yönetimidir. Şirketin de bu haksız işlem sonrasında zararı doğmuştur. Zarar etmese bile, en azından diğer pay sahipleri açısından bir haksızlık ve dolaylı zarar⁹⁶⁴ söz konusudur. Bunun yanında sermaye yönünden şirketin olumsuz etkilenmesi ve bu nedenle de şirket alacaklılarının dolaylı zararlar karşı karşıya kalmaları muhtemeldir.

Nihayetinde, bu konuların hepsi sürecin bir aşamasında veya sonrasında muhakkak TTK ile doğrudan ilgilidir. Bu sonuçların ortaya çıkmasına sebep olan “Örtülü Kâr Dağıtımı” müessesesinin tam olarak incelenmiş olması için, konunun TTK'daki yansımalarının ve bu kapsamdaki TTK düzenlemelerinin de beraber değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz⁹⁶⁵. Bu açıdan bu bölümde, TTK düzenlemelerinde, örtülü kâr dağıtımı müessesesi ile paralel amaç taşıyan

⁹⁶⁴ Doğrudan ve dolaylı zarar ayrımı için bkz; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.389 vd; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.893 vd.

⁹⁶⁵ Yazar benzer yönde görüşleri ihtiva eden çalışmasında; “*Transfer fiyatlandırması (TF) önce işletme yönetimi sorunu, daha sonra vergi güvenlik aracı olarak ortaya çıkmış ve bu yönleriyle çok işlenmiş ve tartışılmış bir konu olmakla beraber, ticari hayatı düzenleyen ticaret hukukunun da bu konuda söyleyecek çok şeyi olması gerekir. Nedeni açık: Bu yolla işletmenin varlıkları ve gizli yedekleri ortakların bilgisi ve onayı dışında dağıtılmaktadır. Hem de bu dağıtım belki hukuken pay sahibi statüsünde dahi olmayan ilişkili kişilere ya da pay sahibi bile olsalar, ortaklık payları dikkate alınmadan yapılmaktadır. Bu hortumlama değildir de nedir? Böylece, hem ortakların ortaklığa katılım oranında sahip oldukları ve hem de alacaklıların alacakları için bir teminat kabul edilebilecek ortaklık varlıkları azaltılmış dolayısıyla her ikisi de hak kaybına uğramış olmaktadır. Ticaret Hukukunun bunun karşısında sessiz kalması düşünülemez. Bu yazımızı, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesine göre TF yoluyla kazanç dağıttığı saptanan sermaye şirketlerinin bu eylemlerinin, genel olarak ticaret hukuku özel olarak Türk Ticaret Kanunu ve SPK Kanunu açısından, doğuracağı sonuçlara ayırdık. Vergi, her konuda ekonomik hayatla çok yakın ilişkilidir, ancak bu, hiçbir zaman TF müessesesindeki kadar yoğun ve belirleyici değildir. Dolayısıyla ekonomik hayatı düzenleyen diğer kuralları, bu arada ticaret hukukunu göz ardı edersek, TF konusunda analiz ve yorum yapmamız zor olacak; sadece vergi hukukuna göre verilen görüşlerin uygulanma olanağı olmayabilecektir. Çünkü işletmenin derdi sadece vergi değildir”* tespitinde bulunmuştur. (Bkz; Öcal, M. E. (2009, Şubat). *Transfer Fiyatlandırması ve Ticaret Hukuku*, (Transfer Fiyatlandırması), *Yaklaşım Dergisi*, (194), s.11).

düzenlemelerin ve sonuç itibariyle bu müessese ile ilişkili diğer düzenlemelerin de incelemesi gerekmektedir.

3.4.1.2. TTK'ya Hâkim Olan İlkeler ve Örtülü Kâr İlişkisi

Önceki bölümlerde birkaç defa değinildiği üzere; TTK'nın temel ilkelerden biri "eşit işlem ilkesi"⁹⁶⁶ ve bu kapsamdaki yasaklardan biri de "pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağıdır"⁹⁶⁷. Elbette bu ilkelere ek olarak "sermayenin korunması" ilkesi de TTK'nın vazgeçilmez ilkelerinden biridir⁹⁶⁸. Bu ilkeler özellikle, diğer birçok düzenlemenin yanında, 6102 sayılı yeni TTK ile hukuk hayatımıza giren "şirketler topluluğu" hükümlerinde de kendini göstermektedir. Şirketler topluluğu düzenlemesinin temel yaklaşımı; güçsüz, küçük şirketi ve bu şirket alacaklıları ile pay sahiplerinin hakkının korunmasıdır⁹⁶⁹. Yukarıda da değinildiği üzere⁹⁷⁰, TTK'da da bu temel ilkelerin yansıması olan hükümlerin hemen hemen hepsinde, şirket sermayesinin korunması ve şirket zararlarının önlenmesi amaçlanmıştır.

⁹⁶⁶ Eşit işlem ilkesi ile ilgili açıklamalarımız için I. Bölüm, md.3, dpnt:156.

⁹⁶⁷ 6102 sayılı TTK'nın Genel Gereğesi "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.

⁹⁶⁸ Sermayenin korunması ilkesi ile ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.1.1.2-1.1.3.

⁹⁶⁹ **Şirketler Topluluğu** ile ilgili 6102 sayılı TTK Gereğesi 194'üncü madde; "Sermaye şirketleri, özellikle anonim şirketler hukuku, uzun yıllardan beri ekonomik yaşam gerçeğine yabancı bir hukukî varsayımda ısrar etmektedir. Bu varsayımın veya başka bir deyişle temel hipotezin yanlışlığı gün geçtikçe daha da belirgin hâle gelmektedir. Bu hipotez, bir şirketler topluluğu içinde yer alsa, bağlı şirket konumunda bulunsa bile bir şirketin, dolayısıyla bir sermaye şirketinin bağımsız olduğudur. Bir şirket başka bir şirketin hakimiyeti altında bulunsa, onun belirlediği politikalar kendi menfaatine uymasa bile uygulamak zorunda kalsa, hakim şirketin talimatlarını aynen yerine getirmeye fiilen zorunlu olsa, bu talimatların yerine getirilmesi kendisine kayıp verse bile bağımsızdır, serbest iradesini kullanır demek gerçeği görmezlikten gelmektir. Bu varsayım gerçeğe gözün kapatılması, yöneticilere, azlığa ve küçük pay sahiplerine haksızlıklar yapılması anlamına gelmektedir. Kanunlar, şirketler topluluğu olgusunu dikkate almadan, yönetim kurulu üyelerinin özen borcunu istisnasız düzenlemiş, hakim şirketin talimatlarına uyan yöneticileri sorumlu saymış, hatta, yargı onları tazminata mahkûm etmiştir. Haklılık temelinden yoksun bağımsız şirket dogmasına göre, bağlı şirketin yönetim kurulunun, bu şirketin menfaatini gözeterek karar alması gerekir; aksi halde sorumlu olur. Oysa, yavru şirketin yönetim kurulu, talimat altında çalışan, menfaatler çatıştığında, hemen daima hakim şirketin ve topluluğun menfaatlerini ön planda tutmak zorunda olan, aksi halde işini yitiren, hakim şirketin, topluluğun veya makro politikalar sebebiyle bir topluluk şirketinin yararına olup, kendi ortaklığının kaybı sonucunu doğuran kararlar veren bir organdır. Hukukî konumu "bağlı yönetim kurulu" terimiyle ifade edilir. **Bağlı şirketin topluluk dışında kalan pay sahipleri de aynı çaresiz konumdadır. Kayıp hatta zarar tehlikesi altındadır**". Şirketler Topluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.531 vd; Bilgili ve Demirkapı, a.g.e, s.120 vd; Bkz; I. Bölüm, md.1.2.2.2.

⁹⁷⁰ Bkz; I. Bölüm, md.1.1.2.

Aynen 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. Örneğin şirketler topluluğu ile ilgili TTK'nın "bağlı ve hâkim şirketlerin raporları" başlıklı 199'uncu maddesinde⁹⁷¹; 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. Aynen 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki "*ilişkili kişiye yapılan alım satım işlemlerinde emsaller uygunluk ilkesine aykırı işlemler örtülü kazanç dağıtımı sayılır*" yaklaşımındaki "ilişkili kişi" ve "zarar" faktörleri, TTK'nın bu 199'uncu maddesindeki hükümler ile benzerlik göstermektedir. TTK düzenlemesine göre de; hâkim şirket, kendi pay sahibi olan bir şirketle veya kendisinin pay sahibi olduğu bir şirketle (şirketler topluluğu), ticari ilişki de bulunurken, üçüncü kişilerle ilişkilerde olmayan bazı ek kurallara tabi tutulmuştur. Amaç, yukarıda da değinildiği üzere, hâkim olanın, hâkimiyet hakkının kötüye kullanılmasının önlenmesi, dolayısıyla şirketlerin zarara uğratılmasının önüne geçilmesidir⁹⁷². Temelde 5520 sayılı KVK 13'üncü maddede

⁹⁷¹ 6102 sayılı TTK'nın 199'uncu maddesinde; "(1) Bağlı şirketin yönetim kurulu, faaliyet yılının ilk üç ayı içinde, şirketin hâkim ve bağlı şirketlerle ilişkileri hakkında bir rapor düzenler. Rapor, şirketin geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketle, hâkim şirkete bağlı bir şirketle, hâkim şirketin yönlendirmesiyle onun ya da ona bağlı bir şirketin yararına yaptığı tüm hukuki işlemlerin ve geçmiş faaliyet yılında hâkim şirketin ya da ona bağlı bir şirketin yararına alınan veya alınmasından kaçınılan tüm diğer önlemlerin açıklaması yapılır. Hukuki işlemlerde edimler ve karşı edimler, önlemlerde, önlemin sebebi ve şirket yönünden yarar ve zararları belirtilir. Zarar denkleştirilmişse, bunun faaliyet yılı içinde fiilen nasıl gerçekleştiği veya şirketin sağladığı hangi menfaatlere ilişkin olarak bir istem hakkı tanındığı ayrıca bildirilir. (2) Rapor, doğru ve dürüst hesap verme ilkelerine uygun olmalıdır. (3) Yönetim Kurulu raporun sonunda şirketin, hukuki işlemin yapıldığı veya önlemin alındığı veya alınmasından kaçınıldığı anda kendilerince bilinen hâl ve şartlara göre, her bir hukuki işlemde uygun bir karşı edim sağlanıp sağlanmadığını ve alınan veya alınmasından kaçınılan önlemin şirketi zarara uğratıp uğratmadığını açıklar. Şirket zarara uğramışsa, yönetim kurulu ayrıca zararın denkleştirilip denkleştirilmediğini de belirtir. Bu açıklama sadece yıllık faaliyet raporunda yer alır. (4) Hâkim şirketin her yönetim kurulu üyesi, yönetim kurulu başkanından; bağlı şirketlerin finansal ve malvarlığıyla ilgili durumları ile üç aylık hesap sonuçları, hâkim şirketin bağlı şirketlerle, bağlı şirketlerin birbirleriyle, hâkim ve bağlı şirketlerin pay sahipleri ve bunların yakınlarıyla ilişkileri; yaptıkları işlemler ve bunların sonuç ve etkileri hakkında, özenli, gerçeği aynen ve dürüstçe yansıtan hesap verme ilkelerine göre düzenlenmiş bir rapor hazırlattırıp yönetim kuruluna sunmasını ve bunun sonuç kısmının yıllık rapor ile denetleme raporuna eklenmesini isteyebilir. Bağlı şirketler, red için yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir haklı sebebin varlığını ispat edemedikleri takdirde, bu raporun hazırlanması için gerekli olan bilgi ve belgeleri hâkim şirketin bu işle görevlendirilen uzmanlarına vermekle yükümlüdürler. İstemde bulunan yönetim kurulu üyesi, bunu bir üçüncü kişinin yararlanması amacıyla yapmışsa bunun sonuçlarından sorumlu olur" hükmü bulunmaktadır.

⁹⁷² 6102 sayılı TTK'nın "**hâkimiyetin hukuka aykırı kullanılması**" başlıklı 202'nci maddesindeki; "Hâkim şirket, hâkimiyetini bağlı şirketi kayba uğratabilecek şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi, iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya ya da aktarmaya; malvarlığını aynı veya kişisel nitelikte haklarla sınırlandırmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi

düzenlenen “örtülü kazanç dağıtımı” müessesinin amacı da budur. Dolayısıyla, bizce TTK’daki “şirketler topluluğu” düzenlemeleri ile 5520 sayılı KVK 13’üncü maddede düzenlenen “örtülü kazanç dağıtımı” müessesinin, amaçları ve getirdikleri prensipler birbirini destekler niteliktedir. 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.

3.4.1.3. TTK’ya Hâkim Olan İlkeler ile Örtülü Kâr Müessesesinin Amaçları Açısından Karşılaştırılması

TTK’da, yukarıda zikredilen düzenlemeler dışında, örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin amacıyla örtüşen ve hatta bu amaca hizmet eden başka birçok hüküm bulunmaktadır. Bunların başında, TTK’nın önemli ilkelerinden olan “eşit işlem ilkesi”⁹⁷³ gelmektedir. Bu ilke temel olarak TTK’nın 357’nci maddesinde düzenlenmiş olup maddede; *“Pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulur”* hükmü bulunmaktadır. Madde gerekçesinde de; *“...evrensel nitelikteki eşit işlem ilkesini kanunî bir üst-kural haline getirmiştir...”* açıklaması yer almıştır⁹⁷⁴. 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

sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliğini ya da faaliyetini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yönelmez; meğerki, kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilsin veya kaybın nasıl ve ne zaman denkleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar, bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınsın” hükmü benzer niteliktedir. Maddenin gerekçesinde de; *“Hukuka aykırılık, hakimiyetin 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; Ayrıntılı bilgi için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.236 vd.

⁹⁷³ **Eşit İşlem ilkesi** ile ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.3, dpnt:156.

⁹⁷⁴ 6102 sayılı TTK’nın 357’nci maddesinin gerekçesinde; *“Tasarının 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 öznel ve keyfî 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. İlkenin bağlılık yükümüne de yeni anlamlar kazandıracığı şüphesizdir. Eşit işlem ilkesi ancak şartların eşit olması halinde uygulanabilir”* açıklaması bulunmaktadır.

sahibine daha fazla menfaat sağlanması, hukuka aykırı olacaktır⁹⁷⁵. 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.

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 maddedeki; *“pay 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. Bu hüküm kanun koyucunun; pay sahipleri ile şirket arasındaki borç ilişkisinin, sınırlı olması ve şirket sermayesinin belli bir güce ulaşması iradesinde olduğunun bir göstergesidir⁹⁷⁶. Bu hüküm ile temelde, pay sahipleri ile şirketin ayrı kişilikler olduğu ve pay sahibinin şirket mal varlığını, kendi mal varlığı gibi kullanmaması amaçlanmıştır⁹⁷⁷. Bunun yanında 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. Bu kapsamda, pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağının da, yukarıdaki diğer düzenlemeler gibi, örtülü kazanç dağıtımı müessesesine amaçsal olarak uygun olduğu ve hatta bu iki düzenlemenin birbirini tamamlamış olduğu ifade edilebilir.

TTK'ya hâkim olan ilkelerden bir diğeri de “şeffaflık ilkesi”dir. Şeffaflık ilkesi, esasında adından da anlaşılacağı üzere, şirketin yapacağı işlemlerin, ilgililer açısından açık ve anlaşılır olmasını ve nihayetinde de ilgililerden gizlenen bir işlem

⁹⁷⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.322 vd.

⁹⁷⁶ 6102 sayılı 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, hükümle pay sahiplerinin şirkete karşı borçlanmalarının yani, sermaye taahhüdü dahil, birçok iş ve işlemlerde 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.

⁹⁷⁷ Şirkete **borçlanma yasağı ve alacaklılarla şirket malvarlığının korunması** hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Çeker, M. a.g.e, s.659-670; Özdamar ve Doğan, a.g.e, s.4 vd.

yapılmamasını ifade eder⁹⁷⁸. TTK'da şeffaflık ilkesinin gereği olarak kaleme alınmış birçok düzenleme bulunmaktadır. Konumuzla sınırlı olarak, örtülü kazanç dağıtım müessesesini ilgilendiren bu düzenlemeler şu şekilde sıralanabilir. Örneğin TTK'nın 77'nci maddesindeki “...*üçüncü kişiler lehine taahhütlerden doğan sorumluluklar ile Türkiye Muhasebe Standartlarında öngörülen diğer sorumluluklar pasifte gösterilmemişlerse, bilançonun altında veya ekte Türkiye Muhasebe Standartlarına göre açıklanır*” hüküm şeffaflık ilkesinin bir yansımasıdır⁹⁷⁹. Bu hükme göre şirket bilançoları ve finansal tabloları hazırlanırken; çek düzenleme, üçüncü kişi lehine taahhütler vb. şekildeki, şirketi taahhüt altına sokan işlemlerin bilançoda gösterilmesi, eğer gösterilmemişse de bunun bilançonun altında gösterilmeme nedeninin açıklanması istenmiştir. Kanun koyucu bu hükümde, şirketi ilgilendiren her türlü taahhüdün mali kayıtlarda görünmesini arzulamıştır⁹⁸⁰. Bu kayıtlar da 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.

Bilançonun ve finansal tabloların hazırlanması konusunda hâkim olan temel ilke şeffaflık ilkesidir. Bunun amacı ise, bir peçeleme olmasını engellemek ve bu kapsamda yönetimin hakkını kötüye kullanarak, şirketin veya diğer ilgililerin zararına işlem yapmasının önüne geçmektir⁹⁸¹. Yukarıda da değinildiği üzere, pay sahipleri ve vergi idaresi de bu açıdan tartışmasız olarak “ilgililer” olarak kabul edilecektir. Bunun yanında, TTK'nın 149'uncu maddesindeki, birleşme durumunda ilgililere inceleme hakkının tanınması da, madde gerekçesinde şeffaflık ilkesinin bir

⁹⁷⁸ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.140 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.289.

⁹⁷⁹ Konuyla ilgili olarak, 6102 sayılı TTK 77'nci madde gerekçesinde; “*Hüküm şeffaflık ilkelerinin 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.

⁹⁸⁰ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.506 vd.

⁹⁸¹ 6102 sayılı TTK'nın 78'inci madde gerekçesinde de “*şeffaflık ilkesi*” ile ilgili şu açıklama bulunmaktadır; “*Bu ilke, iki alt ilkeyi içerir: Bilânço 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.*”

gereği olarak ifade edilmiştir. Bu hükme, haksız kazancın önlenmesi amacıyla maddede yer verildiğine dikkat çekilmiştir⁹⁸².

TTK'da genel olarak dayanılan şeffaflık ilkesinin en önemli yansıması, kendini denetim ile ilgili hükümlerde gösterir. Denetim 6102 sayılı TTK ile yeni bir anlayışla ele alınmış olup⁹⁸³, denetime tabi olan şirketlerin yükümlülükleri ile denetçinin yetkileri ve denetçinin sorumlulukları farklı, yeni ve etkin bir yaklaşımla düzenlenmiştir. Gerçekten denetim sistemi, TTK'da öngörüldüğü şekilde kurulabilirse, denetime tabi olan şirketlerin, mali kayıtları ve finansal raporları internet sitesi aracılığı ile paylaşılacak olup, elbette tüm ilgililer istediklerinde bu bilgilere rahatlıkla ulaşabilecektir. Ancak kanaatimizce, asıl sorun bu bilgilere ulaşmaktan ziyade, ulaşılan bu bilgi ve belgelerin içeriklerinin güvenilirliğidir. 6102 sayılı yeni TTK'nın getirdiği düzenleme ile bu belgelerin ve kayıtların denetçi tarafından kontrolü ve onaylanması gerekecek olup, bu onaylanan belgelerde veya ilgili raporlarda gerçeğe aykırı bir durum söz konusu olduğunda, denetçi de bundan sorumlu olacaktır⁹⁸⁴. Bu nedenle denetime tabi şirketlerin hem mali kayıtlarına veya finansal tablolarına ulaşmak, hem de bu mali kayıtların veya finansal tabloların içeriklerinin güvenilirliğini sağlamak mümkün olacaktır⁹⁸⁵. Elbette tüm bunlar 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 bir şekilde; şeffaf ve güvenilir olarak; gerçeği dürüst, aynen ve aslına sadık surette yansıtacak*

⁹⁸² 6102 sayılı 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*". Benzer ifadeler 171'inci madde gerekçesinde de bulunmaktadır.

⁹⁸³ **Denetim** konusu ile ilgili 6102 sayılı TTK ile getirilen yenilikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.416 vd; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.681 vd; Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.413 vd.

⁹⁸⁴ **Denetçinin sorumluluğu**, 6102 sayılı 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.

⁹⁸⁵ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.457 vd; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.799 vd.

“şekilde çıkarılır” hükmü ile bu ilkeye 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 bu bilgileri daima açık tutacak⁹⁸⁶, bunun da ötesinde tüm kayıtlar ve işlemler, denetime açık, karşılaştırmaya müsait ve doğru (dürüst) olacaktır⁹⁸⁷. Bu kapsamda hem mali kayıtların tutulması hem de denetlenmesi dürüst olarak yapılacak ve bu ilkelere aykırılık, yetkililer açısından doğrudan sorumluluk gerektirecektir. Hal böyle olunca, TTK’daki şeffaflık ilkesi kapsamındaki hükümlerin hepsinin doğrudan, örtülü kazanç dağıtımının önlenmesine yardımcı düzenlemeler olduğu söylenebilir. Her iki düzenlemenin temel amacının, dürüst işlem yapılması, şirketin şeffaf yönetilmesi ve hiçbir peçeleme yapmadan, görünürdeki işlemle gerçek işlemlerin tamamen örtüştüğü bir yönetim sistemi oluşturmak olduğu ifade edilebilir.

Sonuç olarak; TTK’ya hakim olan ilkelere; “eşit işlem”, “sermayenin korunması”, “şeffaflık” ve “dürüst resim” ilkeleri⁹⁸⁸ ile bu kapsamdaki yasaklardan; “rekabet yasağı”, “pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı” ve “şirketle işlem yapma yasağı”, temel olarak⁹⁸⁹; şirketin dürüst ve tüm ilgillerin denetimine açık şekilde yönetilmesini amaçlamaktadır⁹⁹⁰. Bu düzenlemeler, öncelikle şirketin zararının önlenmesi ve devamında da pay sahipleri başta olmak üzere diğer ilgililerin hakkının korunmasına hizmet etmektedir. Kanaatimizce, 5520 sayılı KVK’nın 12’inci ve 13’üncü maddesindeki “örtülü kâr dağıtımı” düzenlemeleri de; her ne kadar birincil olarak vergi güvenliği amacıyla ihdas edilmiş düzenlemeler olsa da, ikincil olarak yukarıda ifade edilen şekilde, TTK ilkeleri ile amaçsal paralellik göstermektedir.

⁹⁸⁶ 6102 sayılı 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 haklardır.

⁹⁸⁷ 6102 sayılı TTK’nın 515’inci madde gerekçesinde; “*Madde, dört emredici ilkeyi içerir: (a) Yıl sonu 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 vermelidir; 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 kararlarındaki 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 Medeni Kanunu 1 inci maddesi)*” açıklaması yer almaktadır.

⁹⁸⁸ İlkelerle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.287 vd.

⁹⁸⁹ Yasaklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.242; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.663 vd.

⁹⁹⁰ Yasaman, H. *a.g.e.*, s.482.

3.4.2. TTK'daki Kâr Dağıtım Kuralları ile KVK'daki Örtülü Kâr Dağıtım Nitelendirmesinin Karşılaştırılması

3.4.2.1. Genel Olarak TTK'daki Kâr Dağıtım Kuralları

Çalışmamızın I. Bölümü'nde kâr dağıtım ile ilgili ayrıntılı bilgi verilmiştir. Kâr dağıtım ile ilgili temel düzenleme, TTK'nın 507'nci maddesindeki düzenlemedir. Maddede; *“her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir. Şirketin sona ermesi hâlinde her pay sahibi, esas sözleşmede sona eren şirketin mal varlığının kullanılmasına ilişkin, başka bir hüküm bulunmadığı takdirde, tasfiye sonucunda kalan tutara payı oranında katılır”* hükmü amirdir. Kâr dağıtım ile ilgili bu madde de, yukarıda ifade edildiği üzere⁹⁹¹, “eşit işlem ilkesi” kapsamında değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, kâr dağıtım yapılırken, eşit şartlardaki tüm pay sahiplerine, eşit davranılması gerekmektedir⁹⁹².

Kâr dağıtım, yukarıda da ayrıntısı ile değinildiği üzere⁹⁹³, anonim şirketlerde ancak usulüne uygun alınmış genel kurul kararı ile yapılabilir. Kâr dağıtımına karar verme görev ve yetkisi, TTK'nın 408'inci maddesinde genel kurulun devredilmez görev ve yetkileri arasında sayılmıştır⁹⁹⁴. Bunun yanında, kâr payının hesaplanması ile ilgili de, TTK'nın 508'inci maddesinde açıkça; *“esas 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 dağıtım için ilave bir şart getirmiştir. Bu hükümler çok genel olarak, anonim şirketlerde kâr dağıtımının yapılması ile ilgili düzenlemeleri ihtiva eden

⁹⁹¹ Bkz; I. Bölüm, md.2.4.

⁹⁹² **Eşit İşlem İlkesi** ile ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.3, dpnt:156.

⁹⁹³ BKz; I. Bölüm, md.2 ve 4.

⁹⁹⁴ 6102 sayılı TTK'nın 408'inci maddede kâr dağıtım ile ilgili; *“Genel kurul, kanunda ve esas sözleşmede açıkça öngörülmüş bulunan hâllerde karar alır. Çeşitli hükümlerde öngörülmüş bulunan devredilemez görevler ve yetkiler saklı kalmak üzere, genel kurula ait aşağıdaki görevler ve yetkiler devredilemez: d) Finansal tablolara, yönetim kurulunun yıllık raporuna, yıllık kâr üzerinde tasarrufa, kâr payları ile kazanç paylarının belirlenmesine, yedek akçenin sermayeye veya dağıtılacak kâr katılması dâhil, kullanılmasına dair kararların alınması”* hükmü bulunmaktadır.

temel hükümlerdir. Bu hükümlere göre, anonim şirketlerde usulüne uygun bir şekilde kâr dağıtımı yapılabilmesi, aşağıdaki şartların eksiksiz olarak yerine getirilmesi şartına bağlıdır:

1. Kâr payı alma hakkı pay sahibi açısından temel, vazgeçilmez ve bertaraf edilemez bir haktır⁹⁹⁵. Kural olarak, pay sahibi olmayan kişilere kâr dağıtımı yapılamaz⁹⁹⁶, bu nedenle dağıtım katılacak pay sahiplerinin doğru olarak tespit edilmesi gerekecektir⁹⁹⁷.
2. Kâr dağıtımı yapılırken genel kural, kâr payının pay sahibine, sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesaplanarak yapılmasıdır. İmtiyazlı paylar ile ilgili hükümler saklıdır⁹⁹⁸. Bir başka ifadeyle, şirket esas sözleşmesi ile bazı paylara veya pay gruplarına kârdan pay almada imtiyaz tanınabilir(TTK md. 478/2).
3. Kanuni yedek akçe ayrımı yapılmadan, kâr payı dağıtılamaz.
4. Kâr payı dağıtımı için, kanunda temel ve kesin usulü işlemlerin yapılması öngörülmüştür. Yönetim kurulu tarafından, usulüne uygun olarak bilanço, kâr-zarar hesabı, vb. mali raporlar hazırlanır. Bu kapsamda bu bilgiler ve belgeler pay sahiplerine ulaştırılarak, kâr payı dağıtımı gündemini ihtiva eden bir gündemle genel kurul toplantısı yapılır. TTK'da kâr payı dağıtımına ilişkin herhangi bir özel toplantı ve karar alma nisabı öngörülmemiş olup, pay sahipleri açısından sadece usulüne uygun olarak alınmış kâr payı dağıtımı yönündeki genel kurul kararı ile ilgililer için, kâr payı alma hakkı bir başka deyişle alacak hakkı doğar⁹⁹⁹.

⁹⁹⁵ **Kâr payı hakkının vazgeçilmez bir hak olduğu** konusu ile ilgili açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.2.4.

⁹⁹⁶ **Yargıtay**, 11. H.D. 06.06.1994 tarihli ve E:1994/799, K:1994/4732 sayılı kararında “*sahte pay senetlerine malik olan kişilere kâr payı verilmesi, bu kimselere ortaklık sıfatını ve dolayısıyla sahte pay senetlerine geçerlilik kazandıramaz*” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. (www.kazanci.com).

⁹⁹⁷ **Avusturya hukukuna göre örtülü kar dağıtımı ancak şirketin pay sahibine kasten ve isteyerek avantaj sağlaması halinde söz konusu olmaktadır.** Ayrıntılı bilgi için bkz; Lang, M. *a.g.e.*, s.70.

⁹⁹⁸ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.631,638.

⁹⁹⁹ **Yargıtay**, 11. H.D. 15.04.2004 tarih ve E:2003/9215 ve K:2004/4057 sayılı kararında “*..Dosya incelendiğinde, davacının Asliye Hukuk Mahkemesi'ne açtığı davaya karşı verilen cevapta kâr dağıtımı için ortaklar kurulu kararı gerektiği, eldeki davada ise, kâr dağıtmama kararı alındığı savunulmuş ve kararın aslı sunulmadığı gibi, öte yandan davalı ortağın davacıya bu konuda karar verilmek üzere çağrı yaptığı ve toplantının yapılmadığı anlaşıldığına göre, tüm bu hususlardan davalı şirket ortaklarınca kâr dağıtımı konusunda olumlu veya olumsuz bir karar alınmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda mahkemece, davacı*

Bu şartlar oluşmadan anonim şirket kâr dağıtımını yapamaz. Eğer bu şartlara uymadan, herhangi bir kişiye “kâr dağıtımını” adı altında bir ödeme yapılırsa, bu işlem, kanaatimizce vazgeçilmez hakları ihlal niteliğinde olduğu gerekçesiyle kanuna aykırı olduğu için batıl¹⁰⁰⁰ olacaktır. Dolayısıyla bu usulüne uygun yapılmayan dağıtım yok hükmünde olacaktır¹⁰⁰¹.

Kâr dağıtımını hiçbir şartta, kanuna ve esas sözleşme hükümlerine aykırı şekilde yapılamaz. Örneğin; pay sahiplerinin bir kısmına kâr dağıtımını adı altında ödeme yapılırken, diğerlerinin bu dağıtımdan pay alması engellenemez. Hesaplamanın kanuna ve esas sözleşmeye uygun yapılması gereklidir. Bu kapsamda kanuni yedek akçeler ayrılmadan kâr dağıtımını yapılamaz. Kâr dağıtımını konusunda gerekli tüm bilgileri ihtiva eden genel kurul kararının da, usulüne uygun alınmış olması gerekmektedir. 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

*tarafça kâr dağıtımını konusunda ortaklar kurulunca bir karar alınmasının sağlanması ve bundan sonra davanın açılacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmek gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın kabulünün doğru olmadığı” hüküm altına alınmıştır. Aynı şekilde, Yargıtay, HGK. 03.06.1992 tarihli ve E:1992/11-276, K:1992/365 sayılı kararında “...anonim şirketlerde kâr payının ayrılmasına, dağıtımına ve bu dağıtımın şekline karar verecek organ, TTK.nun 360/1 ve 369/1-2. maddeleri hükümleri uyarınca şirketin genel kuruludur. Nitekim aynı hüküm, davalı anonim şirket ana sözleşmesinin 39/1-2 maddesinde de yer almış bulunmaktadır. Genel Kurulun bilançonun onanması ile kâr paylarının dağıtılmasına ilişkin kararı, gerek uygulamada, gerekse doktrinde yenilik doğuran bir hak niteliğinde olduğu kabul edilmektedir (Bkz. Prof. Dr. F. Tekil Şirketler Hukuku, Cilt:2, Anonim Şirketler, İstanbul 1978, s.471-472). **Bu ilkenin doğal sonucu olarak da kâr payının ayrılması ve dağıtımına ilişkin genel kurul kararı, alındığı tarihten itibaren gerek ortaklar, gerekse diğer ilgililer bakımından alacak hakkı doğurur.** Bir başka anlatımla, bilanço esaslarına göre saptanan dağıtılabilir safi kâr, ancak genel kurul kararı ile kâr payına dönüşebilir ve kâr payları yine bu kararla tahakkuk eder. Genel kurul kararı alınmadan kâr payı henüz tahakkuk etmiş olmayacağından, kâr dağıtımını yapılamayacağı gibi, bu amaçla ortak veya diğer ilgililer tarafından şirket aleyhine bir dava açılması da mümkün olamaz” şeklinde hüküm tesis edilmiştir. (www.kazanci.com). Pay sahipleri açısından, **kâr payı ile ilgili alacak hakkının doğması** konusunda bilgi için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.763; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.626 vd.*

¹⁰⁰⁰ **Batıl olma (Geçersizlik)** hali ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Kılıçoğlu, A. *a.g.e.*, s.87 vd; Eren, F. *a.g.e.*, s.333 vd; Anonim şirketlerde genel kurul kararlarının hukuku aykırılığı (butlan, yokluk ve iptal halleri) ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.554 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.339 vd; **Bilgili ve Demirkapı**, *a.g.e.*, s.342 vd.

¹⁰⁰¹ **Yargıtay**, HGK. 16.04.2008 tarihli ve E:2008/8-324, K:2008/328 sayılı kararı, (www.kazanci.com); **Batıl kararlar** hakkında bilgi için bkz; **Moroğlu, E.** Hükümsüzlük, s.68 vd; **Vazgeçilmez hakları ihlal ettiği** gerekçesiyle batıl sayılacak yönetim kurulu kararları ile ilgili açıklama için bkz; Pekdinçer, T. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği (Özellikle Batıl Yönetim Kurulu Kararları), *Tebliğ*, s.671-679. <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf>, (son yararlanma tarihi; 20.07.2014).

oldukça önemli ve şekil şartlarına bağlanmış bir karar olduğu rahatlıkla söylenebilir¹⁰⁰².

3.4.2.2. Örtülü Kâr Dağıtımını Nitelendirmesi, TTK'daki Kâr Dağıtım Kurallarına Uygun mudur?

5520 sayılı KVK'nın 13'üncü madde 6'ncı fıkrasına göre; "...hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır" hükmü bulunmaktadır. Bu hükümlerle, TTK'daki kâr dağıtımını konusunda yukarıda zikredilen hükümler beraber değerlendirildiğinde ortada bir karışıklık ve tutarsızlık olduğu rahatlıkla söylenebilir. Vergi idaresi, KVK'ya göre bir tespit yapıp, şirketin bir pay sahibine/ilişkili kişiye emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir haksız menfaat sağladığını tespit ettiğinde, bu menfaat bedeli şirket açısından dağıtılmış kâr payı olarak nitelendirilecektir. Ek olarak aynı haksız menfaat bu menfaati elde eden pay sahibi/ilişkili kişi açısından da gelir olarak elde edilmiş bir kâr payı olarak nitelendirilecektir. Bu nitelendirme sonunda, vergi idaresi tarafından, gerekli vergisel işlemler, kayıtlar, cezalar vs. bu bedelin "dağıtılmış kâr payı olduğu" faraziyesiyle yapılacak veya yaptırılacaktır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, bizce bu tespit yerinde değildir ve TTK hükümleri ile açıkça çelişmektedir. Şöyle ki;

1. Haksız menfaati alan ilişkili kişi, pay sahibi veya aldığı menfaat, pay sahibine izafe edilebilecek bir kişi değilse, bu kişiye yapılan ödeme hakkında nasıl kâr payı nitelendirmesi yapılacaktır?
2. Bahse konu bedel için kâr payı dağıtımını nitelendirmesini kabul edersek, eşit işlem ilkesi gereğince, diğer pay sahiplerinin de kâr payı alma hakkının varlığını kabul etmek gerekir. Nasıl bir dağıtım, neye göre ve ne zaman yapılacaktır?

¹⁰⁰² **Yargıtay**, 11. H.D. 07.11.2002 tarihli ve E:2002/6988, K:2002/10119 sayılı kararında "...Şirket ana sözleşmesinde şirket kârının pay sahiplerine nasıl dağıtılacağına yönetim kurulunun önerisi ile Genel Kurul tarafından kararlaştırılacağı öngörüldüğüne ve şirket genel kurulunda bilanço da 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 isteyemeyeceği" şeklinde hüküm tesis edilmiştir. (www.kazanci.com).

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

Hukuki açıdan konunun değerlendirilmesi yapılırken, bu veya buna benzer birçok soru sorulabilir¹⁰⁰³. Bizce de, örtülü kazanç dağıtımını sonucunda elde edilen haksız menfaatler, örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilir ise, bu soruların hiçbirinin çözümü, hukuka uygun şekilde tam olarak bulunamaz. Çünkü örtülü kâr dağıtımını ile TTK'nın açık hükümleri ile çelişen bir dizi işlem yapılmaktadır. Bu haliyle de, örtülü kâr dağıtımını ifadesi ve bu ifadeye bağlanan nitelendirmelerin kanuna aykırı olduğu kanaatindeyiz. En temel olarak; ortada bir genel kurul kararı yoktur. Kâr dağıtımını için ise temel şart, bu konuda bir genel kurul kararının alınmış olmasıdır¹⁰⁰⁴. 5520 sayılı KVK'ya göre, örtülü kazanç dağıtımına konu işlemdeki, emsale aykırı bedel ile örtülü sermaye için ödenen faiz vb. bedeller örtülü kâr dağıtımını olarak kabul edilmektedir. Ancak yukarıda da değinildiği üzere, TTK'ya göre, bilanço ve mali tablolar dürüst resim ilkesine göre çıkartılmalı ve bundan sonra yapılacak hesaplama ile yedek akçeler ayrıldıktan sonra, genel kurulun uygun bulacağı miktar, ödenmiş sermaye oranına göre pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılacaktır. Dolayısıyla esasında 5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre, örtülü kâr dağıtımını tespiti yapılan haksız ödemenin, TTK açısından bir "kâr payı ödemesi" olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

Kâr payı konusu da temelde TTK ile düzenlenmiş bir konu olması hasebiyle, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerinde yapılan "örtülü kâr dağıtımını" nitelendirmesinin yukarıda açıklanan gerekçelerle ticaret hukukunun temel ilkelerine aykırı olduğu kanaatindeyiz. Bu kapsamda, pay sahibi/ilişkili kişilere şirketin yaptığı haksız ödemelerin "örtülü kâr dağıtımını" olarak nitelendirilmesi,

¹⁰⁰³ Yazar da çalışmasında, "örtülü kazanç dağıtımını" müessesesinin TTK hükümleri ile çeliştiğini ve bu müessesenin uygulamada birçok soruna sebep olacağına vurgu yapmıştır. (Bkz; Ateşagaolu, E. a.g.e, s.169-172).

¹⁰⁰⁴ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.623 vd; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.760; Bkz; I. Bölüm, md.4.

doğal olarak TTK ve ticaret hukukunun temel ilkeleri açısından uygun düşmediği ve bir çelişkili işlemler dizisinin söz konusu olduğunu ifade edebiliriz. Ancak örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye tespiti yapılan bahse konu bu haksız ödeme hakkında 5520 sayılı KVK'daki "...kâr dağıtımı sayılacaktır" hükmünün, kâr payıyla örtüştürülmeden başka bir ifade ile değiştirilmesinin daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz. Buna ilave olarak, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerindeki "örtülü kâr dağıtımı" tespitine bağlanan vergisel sonuçların, bir dizi düzenleme ile "kâr dağıtımı" dışında başka bir ifadeye (örneğin "örtülü kazanç") bağlanması mümkün görünmektedir. Bu değişikliğin yapılması halinde; yukarıda ifade edilen, hem kanunlar arası çelişkinin, hem de şirket ile pay sahipleri, pay sahipleri ile diğer pay sahipleri ve şirket alacaklıları ile şirket arasındaki haksız durumların ve karmaşanın önüne geçilmiş olacağı kanaatindeyiz. Örneğin çalışmamızın devamında genel hatları ile değinilecek olan, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SerPK) 21'inci maddesindeki "örtülü kazanç aktarımı" hükmü, bu konuda benzer bir düzenlemedir¹⁰⁰⁵. Aynı şekilde şirketten ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatler de, SerPK'da örtülü kazanç aktarımı yasağı olarak düzenlenmiştir. Ancak bu tespit yapılması sonucunda, ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatlerin faiziyle birlikte şirkete iadesi hüküm altına alınmış olup, ilgililer hakkında da diğer başka bir dizi ceza, kanunda öngörülmüştür. Ancak SerPK kapsamında, bahse konu bu haksız menfaatler ile ilgili olarak "kâr payı" nitelendirmesi yapılmamıştır. Benzer şekilde KVK'daki hükümde de, bir değişiklik yapılarak, örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında, kâr payı nitelendirmesi kaldırılarak, "söz konusu olan vergi kaybını önlemek amacıyla, bahse konu haksız menfaat için uygun bir oranda vergi tahakkuk edeceği" hüküm altına alınabilir. Böylelikle kanaatimizce, hem "kâr dağıtımı" nitelendirmesiyle ortaya çıkacak karmaşık durum çözülmüş olacak, hem de vergi güvenliği sağlanmış olacaktır.

Örtülü kâr dağıtımı ile TTK'daki kâr dağıtımı düzenlemelerini kıyaslarken ifade edilmesi gereken bir konu da, yönetim kurulu üyelerine ödenen "kazanç payları" konusudur¹⁰⁰⁶. Uygulamada, yönetim kurulu üyelerine, şirkete yapmış oldukları katkılardan dolayı, başarı primi benzeri bir yaklaşımla, şirket kârından

¹⁰⁰⁵ Örtülü kazanç aktarımı konusuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; III. Bölüm, md.5.

¹⁰⁰⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.636 vd; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.426 vd; Eriş, G. *TTK Şerhi-II*, s.2672

belli oranda veya miktarda kazanç payı adı altında ödeme yapılabilmektedir. Nitekim, çalışmamızda yukarıda da değinildiği üzere, TTK'nın "yönetim kurulu üyelerinin mali hakları" başlıklı 394'üncü maddesinde bu konuda hüküm bulunmaktadır. Dolayısıyla, yönetim kuruluna, genel kurul kararı veya esas sözleşmedeki hükümlerle belli maddi haklar sağlanabilecektir. Bu hakların da elbette, hukukun temel ilkeleri, hakkaniyet, eşitlik gibi genel sınırları vardır. Bunlara ek olarak, TTK'nın 511'inci maddesindeki hüküm ile kanun koyucu, yönetim kurulu üyelerine sağlanacak mali haklarla ilgili belli şartlar getirmiştir¹⁰⁰⁷. Yukarıda değinildiği üzere, yönetim kurulu üyelerine sağlanan bu mali haklar¹⁰⁰⁸, 5520 sayılı KVK'daki örtülü kazanç dağıtımını hükmü ile de ilişkilidir. Şöyle ki; yönetim kurulu üyeleri pay sahibi olabileceği gibi, pay sahibi olmayan kişiler de yönetim kurulu üyesi olabilmektedirler¹⁰⁰⁹. Yönetim kurulu üyesi eğer pay sahibiyse, bu üyeye sağlanan mali haklar açısından, emsaller uygunluk ilkesine aykırılık nedeniyle, örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapıldığında, yukarıda değinilen eleştiriler burada da geçerli olacaktır. Ancak yönetim kurulu üyesi aynı zamanda pay sahibi değilse, bu üyeye sağlanan benzer nitelikte bir haksız menfaatin örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilmesi, pay sahibi olmayan bir kişiye, kâr dağıtımını yapılmış olması gibi, hem kanun dışı, hem de hayatın normal akışına aykırı bir durum gündeme getirecektir. Bu nedenle yönetim kurulu üyeleri açısından, örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapılırken konunun bu yönünün de ele alınması gerektiği kanaatindeyiz.

5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerinde örtülü kâr dağıtımını tespiti yapılırken "ilişkili kişi" olarak kabul edilecek kişiler sayılmıştır. Şirket yönetim kurulu üyelerinin, bu açıdan ilişkili kişi oldukları yönünde bir tartışma yoktur. Esasında şirketi yöneten asıl organ yönetim kurulu olması nedeniyle, usule uygun olmayan bir işlem yapılacak olsa bile, bunun yönetim kurulunun veya en azından üyesinin iradesi ile gerçekleşmesi gerekir. Örtülü kâr dağıtımının da, bir peçeleme işlemi olması ve bu kapsamda, hakkın kötüye kullanılmasının bir sonucu

¹⁰⁰⁷ **Kazanç payı ödemesinin şartları** hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; Özer, I. *a.g.e.*, s.229 vd.

¹⁰⁰⁸ Bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.1.2.5.

¹⁰⁰⁹ 6102 sayılı yeni TTK'nın 359'uncu maddesi.

olması nedeniyle (burada kötüye kullanılan hak yönetim hakkıdır) yönetim kurulu üyelerinin bu kapsamda ilişkili kişi sayılması, işin doğası gereğidir¹⁰¹⁰.

TTK'ya göre hazırlanacak mali ve finansal tablolarda, yönetim kuruluna sağlanan tüm mali haklar açık ve doğru şekilde yer alır. Konuyla ilgili TTK'nın 516'nci maddesinde; *"...her yönüyle finansal durumunu, doğru, eksiksiz, dolambaçsız, gerçeğe uygun ve dürüst bir şekilde yansıtır..."* hükmü bulunmaktadır. Görüleceği üzere bu hüküm, şeffaflık ve dürüst resim ilkesinin açık bir yansımasıdır. Dolayısıyla bu tedbirlerle şirket yönetiminin, yönetim hakkını kötüye kullanmasının önün geçilmek istenmektedir. Aynı maddenin 2'nci fıkrasında da, finansal raporlarda olması gereken asgari bilgiler arasında, yönetime sağlanan mali haklar yer almıştır. Maddede; *"...yönetim kurulu üyeleri ile üst düzey yöneticilere ödenen ücret, prim, ikramiye gibi mali menfaatler, ödenekler, yolculuk, konaklama ve temsil giderleri, ayni ve nakdî imkânlar, sigortalar ve benzeri teminatlar..."* düzenleme ile yönetime sağlanan maddi hakların finansal tablolarda yer alması zorunluluğu getirilmiştir. Dolayısıyla TTK'da vergi güvenliği ilkesi olan örtülü kâr dağıtımını müessesesinin tespitini de kolaylaştırıcı ve hukuk dışı uygulama niyeti açısından caydırıcı, isabetli hükümler getirilmiştir. Yönetim kurulu üyelerine sağlanan mali haklar da bu açıdan özellikle ele alınmalıdır. Örtülü kâr dağıtımına konu işlemler arasında bu mali hakların değerlendirilmesinin de isabetli olacağı kanaatindeyiz.

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; vergi güvenliği ilkesinin bir yansıması olan "örtülü kâr dağıtımını" müessesesinin, vergi güvenliğini sağlama fonksiyonu yanında, TTK hükümleri ile birlikte; şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları açısından da önemli fonksiyonları bulunduğu ifade edilebilir¹⁰¹¹. Çünkü hem 5520 sayılı KVK'nın

¹⁰¹⁰ Danıştay, 4.D. 16.03.1976 tarihli ve E:1975/479, K:1976/679 sayılı; 13.D. 13.04.1988 tarihli ve E:1987/100, K:1988/1141 sayılı kararları, (www.kazanci.com).

¹⁰¹¹ Yazar konuyla ilgili çalışmasında; *"Örtülü kazanç dağıtımına bir atıf olmasa da, örtülü kazanç dağıtımının da, gerçek olmayan bir kârın dağıtılması, özvarlığın azalması dolayısıyla pay sahiplerinin ve alacaklılarının çıkarlarına sonunda aynı derecede zarar verdiği açıktır."* İfadesi yanında; *"Kurumlar Vergisi Kanunu'ndaki bir düzenlemenin TTK açısından da geçerli olması beklenemeyeceğinden, kurumlar vergisi açısından vergi kaybına yol açan işlemin işletme için gerçekten zarar yaratıp yaratmadığı her türlü delil kullanılarak kanıtlanmalıdır. Tabii ki, yapılan vergi incelemesi sonucunda düzenlenen rapor ve yapılan tarhiyat hareket noktası olarak alınabilir ve buradaki analizler ve kullanılan emsallerden yargılamada yararlanılabilir. Anlaşılacağı üzere, TF yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, sadece bir vergi güvenlik müessesesi değil; ayrıca, ortakların ve alacaklıların haklarının korunması açısından hukuki sonuçları olabilecek bir işlemdir. Bu yönüyle de, iş ve hukuk çevrelerince ele alınıp incelenmeyi hak etmektedir"* ifadesiyle isabetli tespitlerde bulunmuştur. (Bkz; Öcal, M. E. *Transfer Fiyatlandırması*, s.2-5).

12'nci ve 13'üncü maddelerindeki örtülü kâr dağıtımını müessesinin; hem de yukarıda ifade edilen TTK'nın genel ilkeleri olan, "sermayenin korunması", "eşit işlem", "şeffaflık" vb. genel ilkelerin¹⁰¹² amacı çok benzerdir. Bu ilkeler ışığında TTK'da var olan hükümlerin de temel amacı; haksız işlemlerin önlenmesi, şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları ile dolaylı olarak diğer üçüncü kişilerin de korunması ve zararlarının önlenmesidir. Hal böyle olunca, örtülü kâr dağıtımının var olup olmadığı yönünde yapılacak tüm çalışmalar, incelemeler ve denetimler; dolaylı olarak şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının da haklarını korumak amacıyla, varsa yapılan yanlışlıkları ortaya çıkarma sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla, yapılacak denetimlerden tüm ilgililer istifade edecektir. Çünkü örtülü kâr dağıtımına konu işlemler, hakkın kötüye kullanımın vergi hukukundaki bir yansıması olan peçeleme işlemi ile örtülmekte ve gizlenmektedir. Bu nedenle bu gizlenen işlemlerin, konunun uzmanı olmayan kişiler tarafından anlaşılması çok zor olup, bazen de imkânsız olabilmektedir. Ancak vergi denetimi yapan vergi müfettişlerinin uzmanlıkları ve devlet gücünü kullanarak her türlü inceleme araştırmayı yapabilme ve hatta tüm kişi ve kurumlardan bilgi, belge isteyebilme yetkilerinin varlığı nedeniyle, elbette varsa bir peçeleme işlemi sonucunda var olan örtülü kâr dağıtımını tespit edebilme imkân ve kabiliyetleri, diğer ilgililere nazaran çok daha kuvvetlidir. Başka bir deyişle, esasında vergi idaresinin bu kapsamda yaptığı denetimler, dolaylı olarak şirketin, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının da hakkını korumaya yöneliktir. Bu açıdan bakıldığında da, örtülü kâr dağıtımını müessesesinin, ticaret hukukunun temel ilkeleri kapsamındaki TTK hükümlerinin uygulanmasına yardımcı olan bir müessese olduğunun rahatlıkla ifade edilebileceği kanaatindeyiz.

3.4.3. Örtülü Kâr Dağıtımına Konu İşlemleri Yapan Yöneticilerin TTK Açısından Sorumlulukları

3.4.3.1. Genel Olarak

TTK'nın "hukuki sorumluluk" başlıklı 11'inci Bölümü'nde genel olarak, şirketin ve dolayısıyla pay sahiplerinin zararına sebep verenlerin sorumluluk halleri

¹⁰¹² Anonim şirketlere **hâkim olan ilkeler** ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.287 vd.

düzenlenmiştir. Örtülü kâr dağıtımına konu işlemler de temelde, hakkın kötüye kullanımının vergi hukukundaki yansıması olan peçeleme işlemi olması nedeniyle¹⁰¹³, bu bölümdeki hükümlerin, örtülü kâr dağıtımını tespitinde de gündeme gelebileceğini değerlendiriyoruz.

TTK'nın bu bölümünde, “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.

TTK'nın 549'uncu maddesinde de açıkça anlaşılacağı üzere, ortada hakkın kötüye kullanımı sayılacak bir hukuksuz işlem varsa, bu işlemler sonucunda zarara muhatap kalanlara karşı, bu hukuksuz işlemleri yapanlar ve hatta buna katılanlar sorumlu olacaktır¹⁰¹⁴. Başka bir deyişle, yönetim kurulu, 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 hükümler kapsamında talep edilebilecektir¹⁰¹⁵. Çünkü ortada kanunsuz bir işlem ve bu işlem sonrasında, bu illiyetle ortaya çıkan bir şirket zararı mevcuttur. Bunun yanında, bu örtülü kâr dağıtımını tespiti sonucunda, şirket ekstra bir vergi cezası vb. bir fer-i ödemek zorunda kalmışsa, bunların hepsi ile bahse konu örtülü kâr dağıtımını işlemi arasında uygun illiyet bağı olduğu için, ilgililer yine bu zarardan sorumlu olacaktır¹⁰¹⁶. Burada sorumlu olacak ilgililerden kasıt, elbette TTK kapsamında

¹⁰¹³ Ayrıntılı açıklama için bkz; II. Bölüm, md.1.2.

¹⁰¹⁴ Eriş, G. *TTK şerhi-III*, s.3556 vd; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.782 vd.

¹⁰¹⁵ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.874.

¹⁰¹⁶ **Yargıtay**, 11. H.D. 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**

sorumlu olan yöneticilerdir. Ancak bunlara ilave olarak, 549'uncu maddedeki; "...belgeleri düzenleyenler veya beyanları yapanlar ile kusurlarının varlığı hâlinde bunlara katılanlar sorumludur" hükmüne göre, bu işlemlere katılanlarda bu zararlardan sorumlu olacaklardır¹⁰¹⁷. Nitekim madde gerekçesinde de net bir şekilde; "Tasarı "düzenleyen" ile "katılanların" tanımını yapmamış, ancak bunları farklı sorumluluk sistemlerine bağlamıştır. Düzenleyenler için kusursuz, katılanlar bakımından kusurlu sorumluluk kabul edilmiştir. Katılanlar arasına dağıtanlar da girebilir" açıklaması yapılmıştır.

Konumuzla ilgili olarak, örtülü kâr dağıtımı yapanlar, şirketin zararından sorumlu olmakla beraber, kusurlarının varlığı halinde bu haksız kazancı (menfaati) elde edenler de şirketin zararlarından sorumlu olacaktır¹⁰¹⁸. Madde gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, düzenleyenler ve katılanlar açısından farklı sorumluluk halleri öngörülmüştür¹⁰¹⁹. Düzenleyenler, yani konumuzla sınırı olarak, örtülü kazanç dağıtımına konu işlemi yapanlar açısından 6102 sayılı yeni TTK ile bir "kusur karinesi"¹⁰²⁰ getirilmişti (TTK md. 553/1). Yasanın ilk halinde, işlemi yapan (düzenleyen) yönetici, bu işlem sonunda bir şirket zararı doğduğu durumda, davacıların ayrıca yöneticinin kusurunun varlığını ispatlamaya gerek olmadan bu zarardan sorumlu olacaktı. Ancak, yöneticilerin sorumluluğunu düzenleyen 6102 sayılı yeni TTK'nın 553'üncü maddesindeki "...kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça..." ibaresi, 6335 sayılı kanunla, yapılan değişiklik¹⁰²¹ sonucunda kaldırılmış olup, maddede bu ibare yerine "..kusurlarıyla.." ibaresi eklenmiştir. Dolayısıyla TTK'nın 553'üncü maddesine göre, zarardan dolayı yöneticilerin sorumluluğu için, bu zararın varlığını, zara ile yöneticilerin eylemleri/eylemsizlikleri arasında bir illiyet bağı olduğunu ve yöneticilerin kusurlarıyla bu zarara sebep verdiklerini bunu iddia edenin (davacının) ispat etmesi gerekecektir¹⁰²². Bunun

usulsüzlük nedeniyle şirket vergi cezası ödemişse, bu cezadan idare meclisi üyeleri sorumludur..." (www.kazanci.com).

¹⁰¹⁷ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.885.

¹⁰¹⁸ **Yöneticilerin hukuki ve cezai sorumluluğu** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Doğrusöz Koşut, H. Anonim Ortaklık Yöneticilerinin ve Denetçilerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, *Tebliğ*, s.683-696, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak %C3%BClteredergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf>, (son yararlanma tarihi; 20.07.2014).

¹⁰¹⁹ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.396;

¹⁰²⁰ Mülga 6762 sayılı TTK'nın 336'ncı maddesinde de yöneticiler için "kusur karinesi" kabul edilmişti.

¹⁰²¹ 6335 sayılı kanunun 41'inci maddesinin 16'ncı bendi ile 6102 sayılı TTK'nın 553'üncü maddesinde yapılan değişiklik.

¹⁰²² 6335 sayılı kanun ile 6102 sayılı TTK'nın 553'üncü maddesinde yapılan değişiklik sonrasında, **kusur karinesinin kaldırılması ve yöneticilerin sorumluluğu için kusurlarının, bunu iddia eden tarafından**

yanında, örtülü kazanç dağıtımı durumunda, bu işlemi yapan yöneticinin kusurunun tam olarak ispatlanamadığı durumlarda da, örtülü kazanç dağıtımının sübjektif unsuru konusunda değindiğimiz gibi¹⁰²³, yöneticinin “bilerek-isteyerek” yapma halinin de ispatlanmış olmayacağı nedeniyle sorumluluktan kurtulacağı kanaatindeyiz. Çünkü TTK’da düzenlenen bu sorumluluk hali bir “kusursuz sorumluluk hali” değildir¹⁰²⁴.

TBK’nın “zararın ve kusurun İspatı” başlıklı 50’nci maddesinde; *“Zarar gören, zararı ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır”* hükmü bulunmaktadır. Tazminatın gündeme gelebilmesi için hukukun temel ilkelerine göre de *“zarar, zarara sebep verenin kusuru ile meydana gelmeli ve kusur ile zarar arasındaki illiyet bağı bulunmalıdır”*. TMK’nın 6’ncı maddesinde de; *“kanunda aksi bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür”* hükmü bulunmaktadır. Normal kural budur. Başka bir deyişle “herkes iddiasını ispatla mükelleftir”. Ancak bunun istisnası da vardır. Her zaman ve istisnasız olarak her iddia sahibinin, iddiasını ispatlaması mümkün olmayabilir. Bu nedenle de bazı hallerde “kusur karinesinin” varlığı kabul edilmekte ve ispat külfeti, iddia edenin ispatlamasındaki güçlük veya imkânsızlık nedeniyle, hakkaniyet gereği tersine çevrilebilir. Konuyla ilgili olarak yazar; *“İstisnalar, bu ilkenin her somut olayda olduğu gibi uygulanamaz olmasından kaynaklanmaktadır. Bu istisnalar bazen dürüstlük kuralından, bazen hakkaniyetten, bazen de doğrudan doğruya kanundan doğar. İstisnaların söz konusu olduğu durumlarda, normal ispat yükü ilkesi tersine çevrilir. Normal ispat yükünü tersine çeviren bir başka hal de, taraflardan birinin lehine kanuni karinenin bulunmasıdır. Böylece iddiasını veya savunmasını bir kanuni karineye dayandıran taraf, iddiasını ispat yükünden kurtulur; buna karşılık, diğer taraf karinenin aksini ispat etmekle, yani karineyi çürütmekle yükümlü olur”*¹⁰²⁵ ifadesiyle konuya, isabetli bir açıklık getirmiştir. Dolayısıyla, hakkında örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan işlemle ilgili olarak; TTK’nın 549’uncu maddesi kapsamında da, işlemi yapan yönetici

ispattının gerekeceği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.389; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.798; Doğrusöz Koşut, H. *a.g.e.*, s.697.

¹⁰²³ Bkz; III. Bölüm, md.3.3.2.

¹⁰²⁴ 6098 sayılı TBK’nın 65-71’inci maddeleri arasında düzenlene **“Kusursuz Sorumluluk”** halleri arasında, anonim şirket yöneticilerin sorumluluğu bulunmamakta olup, kanunda açıkça düzenlemeyen hallerde kusursuz sorumluluk öngörülemez.

¹⁰²⁵ Akıntürk, T. ve Ateş Karaman, D. (2009). *Medeni Hukuk*, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Genişletilmiş 14’üncü Baskı, İstanbul-s.100.

(düzenleyen) açısından, 6102 sayılı TTK'nın 553'üncü maddesindeki "kusur karinesi" kaldırılmadan önceki durumda bahse konu yöneticinin, sorumluluğunun söz konusu olmaması için, kendisinin kusursuzluğunu ispat külfeti altında olduğu söylenebilirdi¹⁰²⁶. Ancak 6102 sayılı TTK'nın 553'üncü maddesinde yapılan değişiklik neticesinde, artık yöneticinin kusursuzluğunu ispat külfeti altında olmadığını, aksine bunu iddia edenin, yöneticinin kusurunu ispatlaması gerektiğini ifade edebiliriz¹⁰²⁷. Ancak 6102 sayılı yeni TTK döneminde ve devamında TTK'da yapılan bu değişiklik sonrasında da, yöneticilerin sorumluluğu konusunda Yargıtay'ın açık bir kararı oluşmamıştır. Her ne kadar kanun açık hükmüne göre yöneticiler açısından "kusur karinesinin" kaldırılmış olduğunu ifade etsek de, Yargıtay'ın bu konudaki kararlarının nasıl şekilleneceğini de takip etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Örtülü kâr dağıtımına konu haksız menfaati, 5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre, elde eden kişi (katılan), normal ispat hükümlerine tabi olduğu için, bu kişiden şirketin zararını talep edebilmek için bu kişinin kusurunun, iddia eden tarafından ispatlanması gerekecektir. Örtülü kâr dağıtımında, TTK'nın 549'uncu maddesinin uygulanabilmesi için, bahse konu bu işlemler sonucunda şirketin bir zararının doğmuş olduğunu net bir şekilde ortaya koymak gerekecektir¹⁰²⁸. 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. Zararın ispatlanması konusu genellikle, teknik açıdan zor olmakla beraber, ispat için istifade edilecek deliller arasında, vergi müfettişi tarafından örtülü kâr dağıtımını tespiti yapılan "vergi inceleme raporunun" öncelikli olarak kullanılabileceğini değerlendirmekteyiz¹⁰²⁹.

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 zararında

¹⁰²⁶ Yasaman, H. a.g.e, s.329.

¹⁰²⁷ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.923 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.389.

¹⁰²⁸ Yasaman, H. a.g.e, s.331-359.

¹⁰²⁹ Öcal, M. E. *Transfer Fiyatlandırması*, s.6.

sorumlu olması hali yanında, elde ettiği bu haksız menfaatin şirkete iadesi konusunda da TTK'nın 512'nci maddesinin gündeme geleceği ifade edilebilir. “Kötü niyet halinde” başlıklı 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 yükümlüdür¹⁰³⁰.

TTK'nın 549'uncu maddesinde de olduğu gibi, burada da, haksız menfaati elde eden pay sahibinin/ilişkili kişinin kötü niyetli olduğunun, başka bir deyişle kusurlu olduğunun ispatı, geri iade talebinde bulunan kişiye ait olacaktır. Bu hüküm olmasa da aslında, TTK'nın 549-553'üncü maddeleri ile TBK'nın 49'uncu ve 50'inci maddeleri gereğince, zararını ispat eden ve bu 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 kanaatindeyiz¹⁰³¹. Ancak her ne kadar, 5520 sayılı KVK'nın 12'inci ve 13'üncü maddelerinde “örtülü kâr dağıtımı” sayılma halleri hüküm altına alınmış olsa da, yukarıda yapılan açıklamalar¹⁰³² çerçevesinde; örtülü kâr dağıtımı tespiti yapılan bir haksız menfaatin, TTK kapsamında “kâr payı dağıtımı” olarak nitelendirilemeyeceği yönündeki görüşümüzü burada bir kere daha tekrar ediyoruz. 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 kazanç payları açısından, bu kazanç payları TTK'da kâr payı olarak nitelendirilmediği için, TTK'nın 512'inci maddesine dayanarak talepte bulunulabilecektir. Bu konuda henüz yargıya intikal etmiş bir çekişme yoktur. Yargıtay'ın bu konudaki kararlarıyla konunun daha da netleşeceğini değerlendiriyoruz.

¹⁰³⁰ Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.632; Yasaman, H. *a.g.e.*, s.100-103; Özer, I. *a.g.e.*, s.389 vd.

¹⁰³¹ Örtülü kâr dağıtımı tespiti halinde, **diğer pay sahiplerinin veya ilgililerin talep hakları konusunda** 6102 sayılı 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; **Pulaşlı, H. Yeni Şirketler Hukuku**, s.893 vd; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.802 vd.

¹⁰³² Bkz; III. Bölüm, md.4.

3.4.3.2. Yöneticilerin Sorumluluğu Konusunda 6102 Sayılı TTK ile Getirilen Yenilikler

Anonim şirketlerde yöneticilerin sorumluluğu ile ilgili temel düzenlemelerden biri de TTK 553'üncü maddedir. Maddeye göre; *“kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları, kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde¹⁰³³, hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı verdikleri zarardan sorumludurlar¹⁰³⁴”*. Esasında bu düzenleme, yöneticilerin sorumluluğu açısından temel bir düzenlemedir. Bu düzenleme, eski (mülga) 6762 sayılı TTK'daki sorumluluk hallerinden farklı hükümler ihtiva etmektedir. Sorumluluğun belirlenmesinde esas olan “kusurun” ağırlık derecesi, mülga 6762 sayılı TTK döneminde yalnızca zarara sebebiyet veren yönetim kurulu üyeleri arasındaki rücu ilişkisinde göz önünde tutulurken¹⁰³⁵, 6102 sayılı TTK'daki yeni düzenleme ile yönetim kurulunun müteselsil sorumluluğu yumuşatılarak, *“farklılaştırılmış teselsül¹⁰³⁶”* öngörülmüş ve kusur konusunda farklılıklar getirilmiştir. Madde gerekçesinde bu yenilikler ayrıntısı ile ele alınmıştır¹⁰³⁷.

¹⁰³³ 26.06.2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanun'un 41'inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan **“kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça”** ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

¹⁰³⁴ 26.06.2012 tarihli ve 6335 sayılı Kanununun 28'inci maddesiyle, bu fıkrada yer alan **“yükümlülüklerini”** ibaresinden sonra gelmek üzere **“kusurlarıyla”** ibaresi eklenmiş ve metne işlenmiştir.

¹⁰³⁵ Çamoğlu, E. (2010). *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul, s.387.

¹⁰³⁶ **Farklılaştırılmış Teselsül** konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.935; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.804 vd; Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, *Ortaklıklar Hukuku I*, s.390 vd.

¹⁰³⁷ 6102 sayılı TTK'nın 553'üncü madde gerekçesinde; *“6762 sayılı Kanununun 309 uncu maddesinden birçok noktada farklı olan maddenin kaynağı İsv. BK m. 754'tür. Hüküm, kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları hakkında olup; denetçiler, işlem denetçileri ve özel denetçinin sorumluluğu 554 üncü maddeye tabidir. Hüküm 6762 sayılı Kanununun 309 uncu maddesinin aksine hem doğrudan hem de dolayısıyla zarara uygulanır. Kaynak ile 553'üncü madde arasında dört fark vardır. Hükmümüzde, “kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurları” denilerek açıkça görevli kişiler ifade edilmiştir. Kaynakta ise, “yönetim kurulu üyeleri ile yönetim ve tasfiye ile uğraşan kişiler” ifadesine yer verilmiştir. Geniş anlama sahip “uğraşan” sözcüğü ile görevli olmadığı halde yönetime ve tasfiyeye karışan, talimat veren, yönetimi ve tasfiyeyi yönlendiren, bir bakıma arkadan yöneten büyük pay sahipleri başta olmak üzere, gizli yöneticiler ve tasfiye memurları (öğretideki deyimle, “fili organ”lar) kastedilmiştir. Bu geniş kapsamlı ibarenin hukukumuzda aktarılması halinde (banka hukukundaki deneyim ve birikim göz önüne alınınca) ibarenin amacı ve İsviçre'deki anlayışı aşan bir anlam ve boyut kazanacağından endişe edilmiştir. Böyle ucu açık bir ibareyi hükme koymak yerine mevcut “yöneticiler” sözcüğünün yorumlanmasının öğretiyeye ve yargı kararlarına bırakılmasının, bu yolla daha dinamik bir anlayışın hukukumuzda egemen olabileceği düşünülmüştür. İkinci fark, “kurucular”ın da fıkrada (kaynağın aksine) anılmış olmasıdır. İsviçre, 754 üncü maddeyi yönetim ve tasfiye ile uğraşanlara özgülemek istemekte, 753 üncü maddede kuruluşa ilişkin sorumluluğun düzenlenmiş olduğu düşüncesine ağırlık tanımaktadır. Oysa kurucuların, Tasarınının 549 ilâ 552 nci maddelerine girmeyen görev aykırılıkları olabilir. Çünkü, fark hükmümüzde “kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlerin” ihlâli denilerek sorumluluğu doğuran sebepler somutlaştırılmıştır. Eşit işlem, sermayenin korunması gibi ilkelerin kanunda açıkça yer almış*

Yöneticilerin ve yönetim kurulunun hukuki sorumluluğu, konumuzla sınırlı olarak burada ele alınacaktır. Çünkü bu konuda 6102 sayılı yeni TTK ile eski (mülga) 6762 sayılı TTK'dan çok farklı hükümler getirilmiştir. Tüm bu yenilikler, hem ilkesel olarak hem de uygulamaya getirecekleri değişiklikler açısından oldukça geniş ve farklı bir çalışma gerektirmektedir¹⁰³⁸. Bu nedenle çalışmamızda yalnızca, örtülü kâr dağıtımına neden olan yöneticilerin bu işlemlerden nasıl ve ne ölçüde sorumlu olacakların ele alınacaktır. Çalışmamızda "yöneticiler" ifadesini, maddede¹⁰³⁹ ifade edilen tüm "kurucular, yönetim kurulu üyeleri, yöneticiler ve tasfiye memurlarını" kapsayacak şekilde kullanmaktayız.

3.4.3.2.1. Kusur

Yöneticilerin sorumluluğu ile ilgili olarak öncelikle, TTK'nın 553'üncü maddesi ile yöneticilerin kanundan ve esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde, bu kusurları sonucunda ortaya çıkan zarardan sorumlu oldukları ifade edilmiştir. Bu ifadeyle, yukarıda da değinildiği üzere, daha önceki kanunda var olan "kusur karinesi" ortadan kaldırılmış gözükmektedir. Maddenin ilk halindeki "...kusurlarının bulunmadığını ispatlamadıkça.." ifadesi, 6102 sayılı yeni TTK'da, 6335 sayılı Kanun'un 41'inci maddesiyle yapılan değişiklikle, madde metninden çıkartılarak "..kusurlarıyla.." ifadesine dönüştürülmüştür. Bu haliyle, yöneticilerin yaptığı veya yapmayı ihmal ettikleri eylemler ile şirketi zarara uğrattığını iddia edenin, bu zarar ile yöneticinin eylemi arasındaki illiyet bağıını ispatlaması, yeterli olmayacaktır. Bunun yanında iddia sahibinin, yöneticinin bahse konu eylemlerinde kusurlu olduğunu da ispat etmesi gerekecektir. Nitekim yönetim kurulu üyelerinin hukuki manada sorumlu

olması görev ve yetkilerin 374 ilâ 378 inci maddelerde belirginleşmiş bulunması ve diğer ilgili hükümlerin kesin yükümler öngörmesi ve nihayet özen ve bağlılık yükümlerinin, şirketler topluluğuna ilişkin özel düzenlemeler dahil duraksamalara olanak tanımayan nitelikte ortaya konulmuş olması somutlaştırmanın olası sakıncalarını ortadan kaldırmıştır. Buna rağmen açık olmayan bir ifade kullanılması nesnellığı zedeleyebilirdi. Kaynak "yükümlerin ihlâli" ibaresiyle bu konuda bir belirsizliğe yer vermiştir. Dördüncü fark İsviçre'de "kasıt ve ihmâl" denilerek kusurun derecesinde ayrıma vurgu yapılarak mahkeme yönünden bir rehber hüküm oluşturulmuş olmasına rağmen, 557'nci madde zaten bu ayrımı yaptığı için hükmümüzde "kusur" sözcüğü ile yetinilmiş olmasıdır. Ayrıca BK m. 43 ve 44'ün bu konuda açık olduğu da dikkate alınmıştır. "Yönetim kusuru" açık bir sorumluluk hâli olarak düzenlenmemiştir. Bunun gibi, mahkemenin yerindelik incelemesi yapıp bu yaklaşımla sorumluluğa varması, hükmümüzde yer alan "kanun ve esas sözleşmeden doğan yükümler" somutlaşması karşısında güçtür; meğerki her iki hâl de özen yükümüne aykırılık olarak kabul edilsin" açıklaması yer almaktadır.

¹⁰³⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz; Doğrusöz Koşut, H. a.g.e, s.683 vd.

¹⁰³⁹ 6102 sayılı TTK'nın 553'üncü maddesi.

tutulabilmeleri için kanundan ve/veya esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini kusurlu olarak ihlal etmeleri gerekir. Burada görevin hiç yapılmamasının yanı sıra eksik, geç ve hatalı yapılmasının da sorumluluğu doğuracağı açıktır. Bununla birlikte, sorumluluk için kasıt zorunlu olmayıp herhangi bir kusur veya hafif ihmal de sorumluluk için yeterlidir. Madde metnindeki sorumluluğun kaynağı “..kanundan ve esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali..” olarak belirlenmiştir. Düzenlemedeki “..yükümlülük..” hallerinin ne olduğu da konumuzla doğrudan ilgilidir. Genel olarak yükümlülük kavramının; “yönetim kurulunun bir görevi ve/veya yetkisi bağlamında, kanunda veya esas sözleşmede öngörülen hususlardaki yapma veya yapmama zorunluluklarını ifade ettiği” söylenebilir . Çok genel bir ifade ile (konumuzla sınırlı) temel olarak; TTK’nın 369’uncu maddesinde düzenlenen “özen ve sadakat yükümlülüğü”, ile TTK’nın 374’üncü maddesinde düzenlenen “yönetim kurulunun görevleri” bahse konu “yükümlülük” hali içinde değerlendirilmelidir.

Bizce bu nedenle, örtülü kâr dağıtımı yaparak şirketin zararına sebep olan yönetici, bu zarardan TTK’nın 553’üncü maddesine göre de sorumlu olacaktır. Çünkü eğer örtülü kâr dağıtımı yapıldığı, tereddütsüz olarak ortaya konulmuş ve yapılan bir işlem için örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi tam olarak yapılmışsa, olayda örtülü kâr dağıtımının sübjektif unsuru var demektir. Örtülü kâr dağıtımının sübjektif unsuru da temelde; “bilme” ve “isteme” kastını ihtiva ettiği için, bahse konu işlemde yöneticinin kusurunun varlığı da söz konusu olacaktır. Dolayısıyla, yöneticinin kusuru yoksa zaten örtülü kâr dağıtımının sübjektif unsuru da somut olayda var kabul edilemeyeceğinden, ortada bir zarardan bahsedilemeyecek olup, bu durumda da sorumluluğun söz konusu olmayacağını değerlendiriyoruz. Ancak örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığı durumlarda, hem sübjektif hem de objektif unsurların varlığının da tespiti yapılmış demektir. Bu nedenle de, örtülü işlemi yapan veya buna göz yuman yöneticilerin de, yukarıda ifade edilen şekilde yükümlülüklerini ihlal etmiş oldukları tespitinin de dolaylı olarak yapılmış olduğu bizce rahatlıkla söylenebilecektir.

TTK’nın 553’üncü maddesindeki düzenlemeye göre ayrıca, yöneticilerin, “kanundan ve esas sözleşmeden doğan yükümlülüklerini” kusurlarıyla ihlal etmiş olmaları gerekmektedir. Yukarıda da ayrıntısı ile ifade edildiği üzere; “eşit işlem”,

“sermayenin korunması” ve “şeffaflık” ilkelerinin yansıması olan birçok hüküm de TTK’da düzenlenmiştir. Bu nedenle, yönetici bir pay sahibine/ilişkili kişiye, peçeleme işlemi ile haksız bir menfaat sağlamışsa, kanundaki yükümlülüklerini ihmal etmiş olacaktır. Bu durum ayrıca, yönetim kurulu üyelerinin dürüstlük kuralına da aykırı davranmış olduğu sonucunu doğuracaktır.

TTK’da yer alan yöneticilerin özen ve dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleri gerektiği kuralı, TTK’nın 369’uncu maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Yeni getirilen bu düzenleme ile yönetim kurulu üyelerinin eşitlik esasına uygun olmayan şekildeki davranışlarının yasaklandığı görülmektedir. Hangi şekilde yapılmış olursa olsun, ticari zarar hariç, ortada bir şirket zararı veya pay sahiplerinin veya şirket alacaklılarının zararı varsa; bizce bu yöneticilerin, kanundan veya esas sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olmaları veya özen ve bağlılık yükümlülüğüne aykırı davranışları ile mümkün olabilir. Bu nedenle de kusur mevzusunda olduğu gibi, yükümlülüklerin ihlal edilmiş olması mevzusunda da; somut olayda örtülü kâr dağıtımını tespiti tam ve eksiksiz olarak yapılmışsa, bu kapsamda yöneticinin kanundan veya esas sözleşmeden kaynaklanan bir yükümlülüğünü de ihlal etmiş olması gerekir. Bu nedenle, bir işlemde örtülü kazanç dağıtımını nitelendirmesi hukuka uygun şekilde tam olarak yapılmış ve bu işlemde, örtülü kazanç dağıtımının hem objektif hem de sübjektif unsurları tam olarak bulunuyorsa, yöneticilerin bu işlemde dolayı söz konusu olan zarardan da sorumlu oldukları sonucuna ulaşılabileceğini değerlendirmekteyiz.

3.4.3.2.2. Birlikte (Müteselsil) Sorumluluk Halleri

Bu konuda ele alınması gereken bir diğer konuda, yöneticilerin sorumluluklarının müteselsil olup olmadığı konusudur. Yine çalışmamızla sınırlı olarak konu ele alındığında; çok genel olarak, gerekçede de açıklandığı gibi, sorumluluk konusuna, “tam teselsül”¹⁰⁴⁰ hükümlerinin değil, “farklılaştırılmış

¹⁰⁴⁰ Birden çok kişi ortak kusurlarıyla aynı zarara birlikte sebep oldukları takdirde **tam teselsül** söz konusu olur. (Bkz; Eren, F. *a.g.e.*, s.812 vd); Kılıçoğlu, A. *a.g.e.*, s.740 vd; Oğuzman ve Öz, Borçlar Hukuku-II, s.451.

teselsül¹⁰⁴¹” hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilebilir. Mülga 6762 sayılı TTK'ya göre, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu müteselsil sorumluluktur. Ancak 6102 sayılı yeni TTK ile yöneticilerin sorumluluğunun, tam teselsül bir sorumluluk olmadığı, bu kapsamdaki sorumluluğun “farklılaştırılmış teselsül” kapsamında bir sorumluluk haline dönüştürüldüğü ifade edilebilir. TTK'nın 557'nci maddesinde; “Birden çok kişinin aynı zararı tazminle yükümlü olmaları hâlinde, bunlardan her biri, kusuruna ve durumun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, bu zarardan diğerleriyle birlikte müteselsilen sorumlu olur” hükmü bulunmaktadır. Bu maddenin gerekçesinde örneklerle konuyla ilgili detaylı açıklamalara yer verilmiştir¹⁰⁴²:

¹⁰⁴¹ **Karaman, S.** Şirketler Hukuku, s.804 vd; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.408 vd; “Yasada yer alan farklılaştırılmış teselsül özünde yönetim kurulu üyelerinin birlikte sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Farklılaştırılmış teselsül her somut olaya göre değerlendirilmesi gerekli bir ilkedir. Bu değerlendirme yapılırken öncelikle tüm yönetim kurulu üyelerinin birlikte sorumluluğu dikkate alınmalı, bunu takiben hangi üyenin farklılaştırılmış teselsül doğrultusunda, diğerlerinden farklı bir sorumluluk yükleneneğine ilişkin belirleme yapılmalıdır”. (Bkz; Dedeoğaç, E. ve Sapan, O. (2013). *Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu*, Ankara Barosu Yayınları, Ankara, s.39, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonim-sirketlerde-yonetim-kurulu.pdf>), (son yararlanma tarihi; 20.07.2014).

¹⁰⁴² 6102 sayılı TTK'nın 557'inci madde gerekçesi “**Mutlak teselsül ilkesi** (öğretide eleştirilmiş olmasına rağmen) Türkiye'de de genel kabul görmüştür. Bu girişin ışığında, 557'nci maddeye temel veren düşünceleri aydınlatmak ve yeni sistemi açıklayabilmek amacıyla (fikralara ilişkin gerekçelere geçmeden önce) üç noktanın altını çizmek gerekir. 1) **Müteselsil sorumluluk ağırlaştırılmış sorumluluk demek değildir.** Bu tür sorumluluk, birden çok kişinin birlikte verdikleri zarardan zarar görene karşı birlikte sorumlu olmaları anlamına gelir. Yoksa, müteselsil sorumluluk, sorumluların tek başlarına sorumlu tutulmaları bağlı olacakları sorumluluk rejiminden daha ağır şartlar içeren bir rejimle karşı karşıya bırakılmaları şeklinde yorumlanamaz. Başka bir deyişle, müteselsil sorumluluk birden çok kişinin, bu arada anonim şirketlere ilişkin hükümler çerçevesinde şirket yönetim kurulu üyelerinin, mevcut zarardan, bu zararın birlikte verilen zarar olup olmadığı dikkate alınmaksızın sorumlu tutulmalarını haklı göstermez. Ayrıca, BK m. 43 (1) hükmü, yargıcın, tazminatın türünü ve kapsamını durumun gereğine ve kusurun ağırlığına göre belirlemesini öngörmüştür. Bunun gibi, BK m. 44 uyarınca zarar gören, zarara razı olmuşsa, eylemi zararın doğmasına veya çoğalmasına yardım etmiş ve zarar verenin durumunu ağırlaştırmışsa hâkim tazminat tutarını indirebilir veya tazminatı vermekten büsbütün vazgeçebilir. **Hakim öğretisi bu hükümlerin müteselsil sorumlulukta da uygulanabileceğinden şüphe etmemektedir. Ancak, uygulamaya başka bir anlayış hâkim olmuş, müteselsil sorumluluğu "birlikte verilen zarar" kavramının tanımladığı ile tazminat hukukunun temel ilkesinin uygun nedensellik ilkesi olduğu gerçeği geri plana itilmiş ve sorumluların tümü bütün zarardan (bu arada uygun nedensellik kurallarına göre dışarda kalan) sorumlu tutuldukları gibi, BK m. 43 ve 44 hükümleri de müteselsil sorumlulukta sadece iç ilişkide dikkate alınmıştır.** İsviçre Federal Mahkemesi çeşitli kararlarında mutlak teselsül yorumunu kabul edip İsv. BK m. 43, 44 (BK 43, 44)'ün dış ilişkide uygulanmasını reddetmiştir. 2) **Sorumluluk, dolayısıyla tazminat hukukunu, uygun nedensellik bağı kuralları yönetir. Bunun doğal sonucu olarak, anonim şirketin yönetim kurulu üyelerinin şirkete birlikte değil de tek başlarına verdikleri zarardan, müteselsilen değil, tek başlarına sorumlu olmaları gerekir. Zarardan sorumlu olmayan, yani uygun nedensellik bağının dışında kalan kişinin alacaklının korunması uğruna sorumlu tutulması, müteselsil sorumluluk kavramına açıkça aykırı olduğu gibi hukuka ve adalete de terstir.** 3) Müteselsil sorumluluğun uygulandığı hallerde, önce, sorumluların tek başlarına ve birlikte verdikleri zarar birbirinden ayrılmalıdır. İkinci olarak birlikte verilen zararda da kusurun ağırlığına ve diğer indirim olgularına göre farklılaştırılmış teselsüle gidilmelidir. Böylece birlikte verilen zararda herbir tazminat yükümlüsüne isnat edilebilen zarar da belirlenmelidir. Teselsül tavanı içinde müteselsil sorumluluk gereği açığı kapama yükümü aynen devam eder. Diğer yandan, bu ayrımı ve teselsül farklılaştırmasını zarara uğrayan yapamaz. Bu sebeple, davacının zararın tamamını dava etmesine ve her bir

TTK'nın "teselsül ve başvuru" başlıklı 557'nci maddesini, yöneticilerin sorumluluğunun düzenlendiği TTK'nın 553'üncü maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarıyla birlikte değerlendirdiğimizde; bizce de yöneticilerin sorumluluğunda klasik manada tam teselsülün geçerli olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Yeni düzenleme ile "farklılaştırılmış teselsül" ilkesinin varlığı, artık yönetim kurullarının veya üyelerinin sebep oldukları zararlara, öncelikle her hangi bir üyenin/üyelerin kişisel kusurlarının mı neden olduğu yoksa kurul halinde (müteselsil) bir kusurun mu söz konusu olduğunun tespitini zorunlu kılmaktadır. Başka bir deyişle; *"sorumlu olan her kişi ancak kendi kusurunun ve durumunun gereklerine göre, zarar şahsen kendisine yükletilebildiği ölçüde, zarardan diğerleri ile birlikte müteselsilen sorumlu olacaktır. Buradan çıkan ilkeler şöyle tespit edilebilir: Hiç kimse, uygun illiyet bağına göre kendisinin sebep olmadığı zarardan sorumlu değildir; her sorumluluk, dış ilişkideki kişisel kusurun varlığına bağlıdır; kusur derecesi artık teselsülde dikkate alınacaktır"*¹⁰⁴³.

Yönetim kurulunun/üyesinin sorumluluğu ile ilgili, konumuzla sınırlı olarak, değinilmesi gereken bir diğer konu da "yönetimin devri"nin sorumluluğun da hangi ölçüde devrini sağladığı hususudur. TTK'nın 553'üncü maddesinin 2 ve 3'üncü fıkralarında da, yönetim kurulunun kanunun cevaz verdiği¹⁰⁴⁴ şekilde bir yetki devri yapabilmesine imkân tanınmıştır. Bu devri yaparken, yönetim kurulu, kanunun öngördüğü şekil şartlarını yerine getirmek ve düzenlemenin amacına da uygun olarak devir işlemini iyi niyetle yapmak zorundadır¹⁰⁴⁵. Devir bu şekilde iyi niyetle ve usulüne uygun yapıldığı durumda artık bir işlemle ilgili sorumluluğun da bu devir işleminden sonraki yetkilere ve bu görev bölümüne göre belirlenmesi

davalının müteselsilen veya tek başına ödemesi gereken tazminat borcunu belirlemesini mahkemeden talep etmesine izin verilmelidir. Aksi halde, davacı hem davayı açarken hem de dava sonrasında, aşamayacağı güçlükler ve çözemeyeceği sorunlarla karşılaşır" açıklaması yer almaktadır.

¹⁰⁴³ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.935-936.

¹⁰⁴⁴ 6102 sayılı TTK'nın "**Yönetimin Devri**" başlıklı 367'nci maddesine göre, yönetim görevi devredilebilir. Maddede *"Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir."* hükmü bulunmaktadır. Bu düzenleme uygun şekilde yapılacak bir "**İç Yönerge**" ile yönetim görevi üyelerde bir veya birkaç kişiye devir edilebilir. Devir işlemi bu düzenlemeye göre yapılmışsa, artık sorumlulukta bu iç yönergeye göre belirlenecektir. Yine yönetimin devri ile ilgili olarak, TTK'nın 370'inci madde 2'inci fıkrasında; *"Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır"* hükmü bulunmaktadır.

¹⁰⁴⁵ Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.796.

gerekir. TTK'nın 367'nci maddesindeki "iç yönerge"¹⁰⁴⁶ hazırlanmışsa, artık bundan sonra sorumluluğun da bu yönergedeki görev bölümüne göre yapılması icap eder¹⁰⁴⁷. Nitekim TTK'nın 553'üncü maddesinin 2'nci ve 3'üncü fıkraya gerekçesinde; "...bu hüküm yönetim ile görevli kişilerin bu arada yönetim kurulu üyelerinin uygun nedensellik bağının veya kusurlarının yokluğu halinde, soyut bir gözetim (nezaret) görevi anlayışına dayanılarak sorumlu tutulmalarına engel olmak amacıyla öngörülmüştür...." açıklaması yer almaktadır. Gerekçedeki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, kanuna uygun şekilde bir yetki devri yapıldığında, artık sorumluluk da bu devre göre belirlenecektir¹⁰⁴⁸. Ancak tüm bu açıklamalar ve tespitler; yetkilerin devrinin ve bu kapsamda sorumlulukları belirleme işlemlerinin, TMK'nın 2'nci ve 3'üncü maddelerindeki "iyi niyet ve dürüstlük" kurallarına uygun olduğu ön kabulüyle yapılmaktadır. Yoksa gerçek durumundan farklı olarak yalnızca sorumluluktan kurtulmak niyetiyle, şekli olarak yapılan yetki devirleri vb. işlemler elbette, temelde iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırı oldukları için batıl olacaklardır¹⁰⁴⁹. Esasında 6102 sayılı TTK'nın getirdiği bu yeni yaklaşımın temel amacı da, hakkaniyet ölçüsünde, iş ve yetki kimde ise sorumluluğun da onda olması kuralının benimsenmiş olmasıdır. Sorumluluk ve yetki devri konusunda yukarıda yapılan açıklamaların hepsi bir bütünün parçalarıdır. Bu yaklaşımla, somut olayın bu açıklamaların her biri dikkate alınarak, bunların ışığında beraberce değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹⁰⁴⁶ İç yönerge ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; Pekdinçer, T. a.g.e, s.672 vd.

¹⁰⁴⁷ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.365; Doğrusöz Koşut, H. a.g.e, s.691 vd.

¹⁰⁴⁸ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.929-930; 6102 sayılı TTK'nın 557'nci madde gerekçesi, bu konuyla ilgili oldukça önemli açıklamalar ihtiva etmektedir. Örneğin; "*Müteselsil sorumluluğun kabul edildiği durumlarda (çoğu kez) zararın bir kısmı, müteselsil sorumlular tarafından birlikte verilebilir, bir kısmı da, tazminat yükümlülerinden bazılarının, anonim şirkete ilişkin hükümler anlamında hukuka aykırı, kişisel eylem ve kararlarının ürünü olabilir. Meselâ; A, B, C, D, E adlı üyelerden oluşan bir yönetim kurulunda bu üyelerin tek başlarına ve birlikte verdikleri toplam zarar 4000 ise ve bunun 2000'i bu beş kişi tarafından birlikte verilmiş, geriye kalanın 1000'i A, 500'ü D ve 500'ü de E'ye tek başlarına isnat ediliyorsa, 2000'den A, B, C, D, E müteselsilen ve zararın diğer bölümünden de kendilerine isnat edilen tutarda A, D ve E tek başlarına sorumlu olur. Birinci fıkrada yer alan "aynı zarar" ibaresi ile "birlikte verilen zarar" kastedilmiştir. Aynı ibare kaynak İsv. BK m. 759 (1)'in Fransızca metninde "mème dommage" şeklinde ifade olunmuştur. Birinci fıkrada sorumluların "tek başına verdikleri zarar"dan söz edilmemiştir. Ancak hükümde yer alan "bu zarardan" ve "aynı zarardan" ibareleri bu farkı vurgular. Mahkemenin, talep edilen şirket zararında önce "aynı zarar" ve "tek başına verilen zarar" ayrımı yapması gerekliliğini ortaya koyar. Zararın tümü davacı tarafından "aynı zarar" diye nitelendirilerek talep edilmiş olsa bile mahkeme bu araştırmayı yapacak, ondan sonra teselsülde farklılaştırmaya gidilecektir"* açıklaması da teselsül konusunda aydınlatıcı ve isabetli olmuştur.

¹⁰⁴⁹ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.212 vd.

3.4.3.3. Örtülü Kâr Dağıtımını Tespiti ile TTK'daki Özellikli Sorumluluk Halleri

5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddesinde düzenlenen, örtülü kâr dağıtımını tespiti yapıldığında, bu haksız menfaat sağlama işlemine konu eylemde bulunan yetkili yöneticinin sorumluluğu da, yukarıda ifade edilen ölçüler kapsamında gündeme gelecektir. Yetki devri TTK'nın 367'nci maddesine göre yapılmış da olsa, sonuç itibariyle, şirkette bahse konu örtülü kâr dağıtımına konu işlemi yapan bir yönetici bulunmaktadır. Bu yöneticinin bilerek ve isteyerek, vergiyi aşındırmak kastıyla yapmış olduğu bir haksız menfaat sağlama söz konusudur. Zaten ortada, bilmek veya istemek kastı yoksa¹⁰⁵⁰, başka bir deyişle yöneticinin kusuru yoksa o zaman ortada, kanundaki şartları taşıyan bir örtülü kâr dağıtımını tespitinden söz edilemeyeceği için, sorumluluk da söz konusu olmayacaktır¹⁰⁵¹. Örtülü kâr dağıtımını müessesesi ile ilgili olarak, TTK'nın yukarıda değinilen genel sorumluluk hallerinin düzenlendiği hükümler temel hükümlerdir. Elbette sorumluluk halleri de bunlara göre belirlenecektir. Ancak TTK'da özel bazı hallerde de sorumluluk halleri ayrıca düzenlemiş olup, bunlardan bir kısmı da örtülü kâr dağıtımını tespiti yapıldığında, yöneticilerin sorumluluğu açısından öncelikli olarak gündeme gelebilecektir. Örneğin TTK'nın 550'nci ve 551'inci maddelerindeki düzenlemeler bu kapsamda değerlendirilebilir.

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 edilirler ve payların karşılıkları ile zararı faiziyle birlikte müteselsilen öderler. Sermaye taahhüdünde bulunanların ödeme yeterliliğinin bulunmadığını bilen ve buna onay verenler, söz konusu borcun ödenmemesinden doğan zarardan sorumludurlar"* hükmü bulunmaktadır. Burada da aslında, "sermayenin korunması ilkesi"nin bir gereği olarak, bilerek ve kusurlu olarak haksız bir menfaat sağlanmasına sebep olma durumu düzenlenmiştir¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ Örtülü kazanç dağıtımının **sübjektif unsuru** konusundaki açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.3.3.2.

¹⁰⁵¹ Yasaman, H. a.g.e, s.344.

¹⁰⁵² 6102 sayılı 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*

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 ayının niteliğini veya durumunu farklı gösterenler ya da başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar, bundan doğan zarardan sorumludur" hükmü bulunmaktadır. Bu hükümlerle de, benzer şekilde, kusurlu olarak, bir haksız menfaat sağlanmasına sebep olan yöneticinin bundan sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Burada da kusurlu sorumluluk hali kabul edilmiş olup, net bir şekilde buna vurgu yapılmıştır. Bunun yanında eylemler, örnekleme yoluyla sayılmış olup, "başka bir şekilde yolsuzluk yapanlar" ifadesi ile her türlü yolsuzluk (hakkın kötüye kullanım halleri de dâhil) madde kapsamına alınmıştır¹⁰⁵³. Maddede örtülü kâr dağıtımı ile paralel bir yaklaşımla "emsaline oranla yüksek fiyat biçenler" ifadesi ile sağlanacak haksız menfaatin şekli belirtilmiştir¹⁰⁵⁴. Dolayısıyla her iki düzenleme de, örtülü kazanç dağıtımı sonucunu doğurabilecek eylemleri düzenlemektedir. Birçok örtülü kâr dağıtımı tespitinde, TTK'nın 550 ve 551'inci maddelerindeki söz konusu sorumluluk hallerinin de, bu tespitten ayrı olarak gündeme gelebileceği kanaatindeyiz.

maddenin özellikle taahhütlere ilişkin yönü 550 nci madde ile yakından ilgilidir. İki madde arasındaki ayrım 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; Ayrıntılı bilgi için bkz; Bilgili ve Demirkapı, a.g.e, s.588 vd; Karaman, S. Şirketler Hukuku, s.784 vd.

¹⁰⁵³ Tekinalp, Ü. Yeni Hukuk, s.374.

¹⁰⁵⁴ 6102 sayılı TTK'nın 551'inci madde gerekçesinde; "Bu madde, 6762 sayılı Kanununun 307'nci maddesinin tekrarıdır. Ancak bazı noktalarda eski hükümden ayrılmıştır. (1) Hükmün uygulanabilmesi için hile yapılmasına gerek yoktur. Aynı sermayeye emsaline nazaran yüksek fiyat biçilmiş olması veya işletme veya ayının 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, değerlendirme, emsal belirleme hatalarının bile sorumluluk doğurmasına yol açardı. Aktif dava ehliyeti şirkete, pay sahiplerine ve alacaklılara aittir. Pasif dava ehliyeti somut olaya göre belirlenir" açıklaması bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz; Pulaşlı, H. Yeni Şirketler Hukuku, s.887.

3.5. Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımı

3.5.1. Genel Olarak

Payları halka arz edilmiş olan veya arz edilmiş sayılan anonim şirketler genel olarak “halka açık anonim şirket” olarak ifade edilmektedir. Çalışmamızın başında da değinildiği üzere, pay sahibi sayısı 500’ün üstünde olan şirketlerin payları halka arz edilmiş kabul edilmektedir¹⁰⁵⁵. Halka açık anonim şirketlerin temel özelliği, paylarının halka arz edilmiş olması veya pay sahibi sayısının 500’ün üstünde olmasıdır. Başka bir deyişle, pay sahibi sayısının çok yüksek olması ve bunun yanında pay senetlerinin, öncelikli olarak bir yatırım aracı olması, halka açık anonim şirketlerin temel özelliğidir¹⁰⁵⁶. Bu açıdan bakıldığında, halka açık anonim şirketlerin pay sahiplerinin ve dolayısıyla öncelikle yatırım amacıyla pay senetlerine sahip olmuş kişilerin, yönetimde etkin olmaları, denetim müessesesini kullanabilmeleri veya şirket faaliyetlerini yeteri kadar takip edebilmeleri oldukça zordur. Bu amaçla da halka açık anonim şirketlerle ilgili olarak, bu şirketlerin pay senetlerinin işlem gördüğü piyasaları düzenlemek ve halka açık anonim şirketlerin, pay senedi sahipleri ile kamuoyu açısından denetlenmesini sağlamak amacıyla 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu (SerPK) adı altında, TTK’dan farklı düzenlemeler içeren bir kanun yürürlüktedir.

Tüm halka açık anonim şirketler ve bu şirketlerin pay senetlerinin işlem gördüğü piyasalar, öncelikli olarak SerPK’ya tabi olarak faaliyetlerine devam etmektedirler. Elbette halka açık anonim şirketler de öncelikli olarak bir anonim şirket olmaları hasebiyle, bu şirketler açısından TTK’yı ve SerPK’yı beraber ele almak gerekecektir¹⁰⁵⁷. TTK’da hâkim olan ilkeler ve şirketler hukukunun temel prensiplerine göre; şirket pay sahiplerinin şirkete ve şirket yönetimine karşı hatta kendi aralarında, azlığın, çoğunluğa karşı korunması gerekmektedir. Tüm anonim şirketler açısından bu kural geçerlidir. Ancak halka açık anonim şirketlerde bu koruma daha öncelikli bir hal almakta ve bu ilkenin önemi bir kat daha artmaktadır. Halka açık anonim şirketler, TTK’daki anonim şirket düzenlemesinden çok daha

¹⁰⁵⁵ 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun (SerPK) 3’üncü maddesi.

¹⁰⁵⁶ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.348.

¹⁰⁵⁷ Manavgat, Ç. (2013). Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU’na Armağan, İstanbul, (2), s.287 vd.

farklı ve daha düzenleyici hatta bazı yazarlara¹⁰⁵⁸ göre müdahaleci kurallara gereksinim duymaktadır. Çünkü bu şirket pay sahiplerinin, şirket işleyişinde etkin olmaları vb. durumlardaki denetim güçleri yok denecek kadar azdır. Bunun yanında şirketlerin açıkladıkları bilgiler ve faaliyet raporlarına göre, piyasalarda işlem gören pay senetlerinin değeri ciddi ve anlık değişiklikler göstermektedir¹⁰⁵⁹. Hal böyle olunca TTK'dan ayrı olarak kendi iç dinamikleri ve mekanizmaları olan başka bir yapıya (sermaye piyasasına) ve bu yapıyı denetleyen/düzenleyen bir kanuna ihtiyaç duyulmaktadır¹⁰⁶⁰.

Türkiye'de ilk olarak 30.07.1981 tarihinde 2499 sayılı (mülga) Sermaye Piyasası Kanunu yürürlüğü girmiştir. 2499 sayılı mülga Sermaye Piyasası Kanunu¹⁰⁶¹ yayımlandığı 30.07.1981 tarihinden itibaren yaklaşık 31 yıl boyunca sermaye piyasasını düzenlemiştir. Dünyada finans piyasalarında son yıllarda meydana gelen büyük değişimler ve düzenleme uygulamaları ülkemizde de etkisini göstermiş olup, bu kapsamda ticari hayattaki hızlı gelişmeler, global piyasalar vb. gelişmeler karşısında, öncelikli olarak AB ile uyumu sağlamak, TTK ile koordine olmak ve Türkiye'de yaşanan 2008 ekonomik krizinden çıkartılan dersler kapsamında gerekli düzenlemeleri yapmak amacıyla¹⁰⁶², 6362 sayılı yeni SerPK 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

6362 sayılı SerPK getirdiği düzenlemeler arasında yatırımcıları korumaya yönelik önemli hükümler bulunmaktadır. Kanunda ilk önemli düzenleme, kanunun kavram olarak tasarruf sahipleri ile yatırımcıları birbirinden ayıracak şekilde, öncelikli olarak tasarruf sahiplerinin değil, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunmasının amaç kapsamına alınmasıdır¹⁰⁶³. 6362 sayılı SerPK, birçok açıdan yeni düzenlemeler getirmekle birlikte, çalışma konumuzla ilgili olarak ifade etmek

¹⁰⁵⁸ Tekinalp ve Çamoğlu, (2013). *Sermaye Piyasası Kanunu*, 1. Baskı, İstanbul, s.7.

¹⁰⁵⁹ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.374.

¹⁰⁶⁰ Halka açık anonim şirketlerde kâr payı hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; Karaman, S. *Şirketler Hukuku*, s.641 vd.

¹⁰⁶¹ 30.07.1981 tarih ve 17416 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu.

¹⁰⁶² Tekinalp ve Çamoğlu, *a.g.e.*, s.4 vd; Aynı paralelde olmak üzere 6362 sayılı SerPK'nın 1'nci maddesinde; "Bu Kanunun amacı; sermaye piyasasının güvenilir, şeffaf, etkin, istikrarlı, adil ve rekabetçi bir ortamda işleyişinin ve gelişmesinin sağlanması, yatırımcıların hak ve menfaatlerinin korunması için sermaye piyasasının düzenlenmesi ve denetlenmesidir." hükmü bulunmaktadır.

¹⁰⁶³ Arslan, A. *Yeni SPK Kanunu Yatırımcıyı Nasıl Koruyacak*, SPK web sayfası, www.dunya.com/yeni-spk-kanunu-yatirimciyi-nasil-koruyacak, (son yararlanma tarihi;17.03.2014).

gerekirse, öncelikle pay sahiplerinin korunması kapsamında, kamuyu aydınlatma ve kurumsal yönetim ilkelerinin işlerliği konusunda da, Türk hukukuna önemli kazanımlar getirmiştir. Bu kapsamda, Sermaye Piyasası Kurulu (SPK); şirketler tarafından uygulanacak kurumsal yönetim ilkeleri ve ilişkili taraf işlemlerine ilişkin usul ve esaslara dair düzenleme olan Kamuyu Aydınlatma Tebliği'ni¹⁰⁶⁴ yayımlamış ve bu Tebliğ ile de detaylı olarak yeni getirilen ilkeleri açıklamıştır¹⁰⁶⁵. Bu kapsamda 6362 sayılı SerPK, birçok yeni düzenleme getirmiş olup, çalışma konumuzla sınırlı olarak burada yalnızca örtülü kazanç aktarımı konusunda getirilen yeni düzenlemelere değinmekle yetinilecektir.

Çalışma konumuzu teşkil eden örtülü kâr dağıtımının; uygulamadaki düzenlemeler kapsamında, yalnızca 5520 sayılı KVK'nın 12'nci maddesinde düzenlenen örtülü sermaye ve 13'üncü maddede düzenlenen örtülü kazanç dağıtımını tespitlerinin yapılması neticesinde gündeme geldiği yukarıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Öncelikli olarak şunu ifade etmemiz gerekir ki; KVK'da düzenlenen "örtülü kazanç dağıtımını" müessesesi, 6362 sayılı SerPK'da düzenlenen "örtülü kazanç aktarımını" müessesesi ile çok benzer müesseseler olmakla birlikte, birbirinin tekrarı olan müesseseler değildir. Kanun madde başlıkları ve müesseselerin adlarının da birbirinden farklı olduğunu başta ifade etmek gerekir. KVK'da "dağıtımını", SerPK'da "aktarımını" olarak adlandırılan bu düzenlemeler, kanunların temel mantıklarının ve ilkeleri ile amaçlarının farklı olmasından kaynaklanmaktadır. KVK temelde bir vergi kanunu olup, öncelikle

¹⁰⁶⁴ 30.12.2012 tarihli ve 28513 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6362 sayılı SerPK'ya uyum kapsamında hazırlanan, II-17.1 sayılı "**Kurumsal Yönetim Tebliği**" 3 Ocak 2014 tarih ve 28871 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kurumsal Yönetim Tebliği ile; "*Kurumsal yönetim ilkeleri SPKn ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun yayımlanması sebebiyle, anılan Kanunlarda yer verilen hükümler çerçevesinde revize edilmiştir. Kurulumuzun Seri:IV, No:56 sayılı "Kurumsal Yönetim İlkelerinin Belirlenmesine ve Uygulanmasına İlişkin Tebliğ" ile Seri:IV, No:41 sayılı "Sermaye Piyasası Kanununa Tabi Olan Anonim Ortaklıkların Uyacakları Esaslar Tebliği" (Seri:IV, No:41 Tebliği) yürürlükten kaldırılmış ve söz konusu iki tebliğdeki hususlar yeniden düzenlenmiştir. SPKn'nun 17'nci maddesinde yer alan ve ortaklıkların ilişkili tarafları ile arasındaki işlemlere başlanmadan önce, **yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı alma zorunluluğuna ilişkin hüküm Tebliğ'e eklenmiş ve sadece ortaklıkların değil, ortaklıkların bağlı ortaklıklarının da ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri işlemlerde aynı yükümlülüğe tabi olduğu hükmüne bağlanmıştır. Seri:IV, No:41 Tebliği'nde düzenlenen "Pay sahipleri ile ilişkiler birimi" başlıklı madde; Tebliğ'de "Yatırımcı ilişkileri bölümü" olarak revize edilmiş, söz konusu maddeye bu bölümün ortaklık genel müdürü veya genel müdür yardımcısına ya da muadili diğer idari sorumluluğu bulunan yöneticilerden birine doğrudan bağlı olarak çalışması ve yürütmekte olduğu faaliyetlerle ilgili olarak en az yılda bir kere yönetim kuruluna rapor hazırlayarak sunmasının zorunlu olduğu düzenlenmiştir". (Bkz; <http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20140103&subid=3&ct>), (son yaranma tarihi; 02.04.2014).***

¹⁰⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz; **Kamuyu Aydınlatma Tebliği**, <http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20140103&subid=3&ct>, (son yaranma tarihi;02.04.2014).

olarak bu kanunun amacı; vergisel düzenlemeler ile vergi güvenliğinin sağlanmasıdır. Bu nedenle, örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapıldığında, dağıtıma konu haksız kazancın, bir örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilmesi ve muhasebe kayıtlarında, bu bedelin kâr dağıtımını olarak kaydedilmesi ile bu örtülü kâr payının stopaj vergisine tabi tutularak vergilendirilmesi, böylelikle de vergi kaçırmanın önlenmesi amaçlanmıştır. Ancak SerPK'nın temel amacı; sermaye piyasalarının güvenliğini sağlayarak, yatırımcının veya halka açık anonim şirket pay sahiplerinin hakkının korunması ile bu piyasaların güvenilirliğinin sağlanmasıdır¹⁰⁶⁶. Bu nedenle de, KVK'da örtülü kâr dağıtımını tanımına daha yakın ve uygun bir ifade ile "örtülü kazanç dağıtımını" ifadesinin kullanılmış olduğunu; SerPK'da ise, halka açık anonim şirketlerin kazançlarını örtülü işlemle ilişkili kişiler lehine olacak şekilde aktarımını tanımına uygun şekilde "örtülü kazanç aktarımını" ifadesinin kullanılmış olduğunu görüyoruz.

3.5.2. Örtülü Kazanç Kavramı

Örtülü kazanç kavramı, vergi kanunları dışında ilk defa 6362 sayılı kanunda açıkça ifade edilmiştir. 6362 sayılı SerPK'nın "örtülü kazanç aktarımını yasağı" başlıklı 21'nci maddesinde¹⁰⁶⁷, şirket kazancının hangi şartlarda, kimler tarafından nasıl örtülü olarak aktarılacağı ve bu eylemlerin müeyyideleri hüküm altına alınmıştır.

¹⁰⁶⁶ Bilgili ve Demirkapı, *a.g.e.*, s.210.

¹⁰⁶⁷ 6362 sayılı SerPK'nın 21'inci maddesinde; "(1) 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. (2) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının, esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımını sayılır. (3) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar. Birinci fıkrada belirtilen ilkelere aykırılığın tespitinde izlenmesi gereken usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir. (4) Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımını yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortağa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımını yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. Örtülü kazanç aktarımını yasağının ihlali ile ilgili 94 üncü ve 110 uncu maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır" hükmü bulunmaktadır.

Mülga 2499 sayılı SerPK'nın "temettü ve bedelsiz payların dağıtım esasları" başlıklı 15'inci maddesinin son fıkrasında örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili olarak; *"halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolayı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak kârını ve/veya mal varlığını azaltamaz"* hükmü bulunmaktaydı. Ancak maddenin yeteri kadar açık ve kapsamlı olmadığı, aynı zamanda bu konunun ayrı bir maddede müstakil olarak düzenlenmesi gerektiği yönündeki haklı eleştiriler neticesinde, 6362 sayılı yeni SerPK ile 21'inci maddedeki "örtülü kazanç aktarımı yasağı" düzenlemesi ayrı bir madde olarak getirilmiştir.

Örtülü kazanç dağıtımının transfer fiyatlandırması yoluyla olabileceği yaklaşımdan hareket eden vergi hukukçuları; çalışmamızın temel konusunu teşkil eden "örtülü kâr dağıtımının" KVK'nın 12'nci maddesinde düzenlenen "örtülü sermaye" veya 13'üncü maddesinde düzenlenen "örtülü kazanç dağıtımı" sonunda gündeme gelebileceğini değerlendirmişlerdir. Dolayısıyla örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı sonunda ortaya çıkan haksız menfaatin bir örtülü kâr dağıtımı olarak değerlendirileceği ve bu kârın vergilendirmesi neticesinde hukuksuzluğun vergisel açıdan ortadan kaldırılmış olacağı düşüncesiyle bahse konu KVK'nın 12 ve 13'üncü maddeleri vaaz edilmiştir.

6362 sayılı SerPK'nın 21'inci maddesindeki düzenlemenin, örtülü kazanç dağıtımının vergi kanunlarındaki karşılığı olan KVK'nın 13'üncü maddesindeki düzenleme ile paralel bir düzenleme olduğu ifade edilebilir. 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki örtülü kazanç dağıtımının kapsamı yukarıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bunun yanında 6362 sayılı SerPK'nın 21'inci maddesindeki örtülü kazanç aktarımının kapsamının KVK'daki düzenleme ile paralel olmakla birlikte bazı açılardan daha geniş olduğu madde metinlerinin kıyaslanmasında görülmektedir. SerPK'nın 21'nci maddesindeki düzenlemedeki ilişkili kişi kavramı, KVK'daki düzenleme ile paraleldir. Ancak SerPK'daki düzenlemede, yalnızca kâr dağıtımı ile ilgili eylemlerin değil, mal varlığındaki azalmalara sebep olan bahse konu eylemlerin de örtülü kazanç dağıtımı sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Başka bir deyişle kârın ya da malvarlığının azaltılması yanında arttırılmasının engellenmesi de yasaklanan eylemler arasında sayılmıştır.

SerPK'nın 21'inci maddesindeki düzenleme ile yasaklanan yalnızca aktif davranış ile kârın veya mal varlığının azaltılması ya da artmasının engellenmesi değil, bununla birlikte pasif davranışla şirketin zarara uğratılması da örtülü kazanç dağıtımı kapsamında yasaklanan eylemlerdendir¹⁰⁶⁸. Pasif davranıştan kastımız, yapılması gereken bir görevin yapılmamış olması, başka bir deyişle, eylemsizlik sonunda şirketin zarar etmiş olmasıdır. Maddenin 2'nci fıkrasındaki “.....esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır” düzenlemesi ile zarara sebep olan pasif davranışın da örtülü kazanç aktarımı sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Sermaye piyasasının temel oyuncularından olan halka açık anonim şirketlerde, mal varlığının korunması SerPK'nın temel amaçlarından biridir¹⁰⁶⁹. Esasında sermaye piyasasının temel düzenleyicisi olan SPK'nın da öncelikli görevi, SerPK'nın uygulanmasını dolayısıyla, şeffaf, denetlenebilir bir piyasanın oluşması ile şirket malvarlıklarının korunmasının sağlanmasıdır¹⁰⁷⁰. Halka açık anonim şirketlerde, azlığın ve şirket pay sahiplerinin dolayısıyla yatırımcıların korunmasının önemi elbette çok yüksektir. Çünkü pay sahipleri yüzlerce hatta binlerce olabilmektedir. Hal böyle olunca şirketi idare ve temsil edenlerin, denetleyenlerin veya bu şirketler ile ilişkili diğer gerçek ya da tüzel kişilerin yaptığı veya yapmaktan imtina ettiklerinin de denetlenmesi gerekmektedir. Böylelikle de şirket mal varlığının korunması, pay sahipleri azlık vb. kişiler açısından olduğu kadar piyasalar açısından da önem arz etmektedir. Bu nedenle de 6362 sayılı SerPK'nın 21'inci maddesinde örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi yapılırken, yöneticilerin, şirketi denetleyenlerin veya diğer ilişkili kişilerin aktif davranışlarının yanında, mal varlığının artmasını engelleyen pasif davranışlar da yasaklanan

¹⁰⁶⁸ Kaya, A. (2013). Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Artırım Yasağı, Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU'na Armağan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, İstanbul, (2), s.196.

¹⁰⁶⁹ 6362 sayılı SerPK'nın 1'inci maddesi.

¹⁰⁷⁰ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.292.

eylemler içinde sayılmıştır¹⁰⁷¹. Madde gerekçesindeki detaylı açıklamalarla esasında düzenlemenin amacı net bir şekilde ortaya konulmuştur.

6362 sayılı SerPK'nın 21'inci maddesindeki düzenlemenin, KVK 13'üncü maddesindeki "örtülü kazanç dağıtımı" düzenlemesinden bir farkı da, dağıtımı ve kazancın konularındaki farklılıktır. KVK'da; "emsaller aykırı işlemlerin" örtülü kazanç dağıtımına konu olabileceği hüküm altına alınmışken; SerPK'da emsallere aykırı işlemlere ek olarak; "esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da" örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilmiştir¹⁰⁷². Emsallere aykırı işlemler dışında, halka açık anonim şirketlerin "basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya piyasa teamülleri uyarınca" kârlarını ya da mal varlıklarını korumaları beklenmektedir. Bunun yanında, örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapılırken emsallere aykırı fiyatlamanın dışında, "piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat" uygulaması da halka açık anonim şirketlerde bir örtülü kazanç hali olarak belirlenmiştir. Bu husus da SerPK'nın, KVK'daki emsal fiyat nitelendirmesinden ayrıldığı noktalardan biridir.

¹⁰⁷¹ 6362 sayılı SerPK 21'inci madde gerekçesinde; "madde ile örtülü kazanç aktarımı yasağı düzenlenmektedir. Özellikle hâlihazırda uygulamada tereddütler oluşmasına neden olabilecek hususlara açıklık kazandırılmış ve halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarının ilişkili kişilerle gerçekleştirdikleri işlemlerde belirli ilkelere uygun hareket edip etmediklerini belgeleri zorunluluğu getirilmiştir. Bu kapsamda; a) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarının, ilişkili kişiler ile gerçekleştirdikleri işlemlerde emsallerine uygunluk ilkesinin yanı sıra piyasa teamülleri ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük kurallarına da uygun hareket etmeleri gerektiği belirtilmiştir. Yine bu kuruluşların yalnızca kârlarını veya malvarlıklarını azaltarak değil, bunların artmasını engelleyerek de kazanç aktarımında bulunmalarının yasak olduğu açıkça ifade edilmiştir. b) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarının kendi aleyhine ve ilişkili oldukları kişiler lehine sonuç doğuracak şekilde, pasif bir tutum içerisinde kendilerinden beklenen faaliyetleri yapmamalarının yasak olduğu özellikle vurgulanmıştır. c) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarının ilişkili taraflarla gerçekleştirdikleri işlemlerde emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun hareket edildiğini belgeleri ve bu belgeleri sekiz yıl süre ile saklamaları zorunluluğu getirilmiştir. ç) Kurulun örtülü kazanç aktarımını tespit etmesi halinde, kendilerine örtülü kazanç aktarımı yapılan tarafların Kurulca belirlenecek süre içerisinde örtülü olarak aktarılan tutarı kanunî faizi ile birlikte iade etmek zorunda olduğu ifade edilmiştir" açıklaması bulunmaktadır. (Bkz; <http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuhea=der=-1>), (son yaranma tarihi; 17.03.2014).

¹⁰⁷² 6362 sayılı SerPK'nın 21'inci madde gerekçesindeki; "Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarının, ilişkili kişiler ile gerçekleştirdikleri işlemlerde emsallerine uygunluk ilkesinin yanı sıra piyasa teamülleri ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük kurallarına da uygun hareket etmeleri gerektiği belirtilmiştir" açıklaması bulunmaktadır. (Bkz; <http://www.spk.gov.tr/apps/Mevzuat/?submenuheader=-1>), (son yaranma tarihi; 17.03.2014).

Vergi hukukuna göre, bir işlemin örtülü kazanç dağıtımına konu olabilmesi için kanunda sayılan emsallere aykırı olarak fiyatlanmış bir işlemin varlığı gerekiyken, SerPK'ya göre emsallere aykırı olduğu tespiti yanında, “*piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat uygulaması*” yapılması halinde de örtülü kazanç aktarımı gündeme gelecektir. Kanunun lafzından anlaşılan budur. Ancak uygulamada genel olarak piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı fiyat tespit edilmesi halinde, bunun aynı zamanda emsal fiyata da aykırı olma ihtimalinin yüksek olduğu ifade edilebilir. Henüz bu konuda bir kurul kararı veya yargı kararı olmadığı için düzenlemenin tam olarak nasıl uygulandığını söyleme imkânı bulunmamaktadır. Fakat kanunun lafzı hatta gerekçelerindeki ifadeler nedeniyle, SerPK'daki düzenlemenin, KVK'daki düzenlemeden daha geniş olduğun ifade edebilir. Ancak, SPK'nın çıkardığı Kurumsal Yönetim Tebliği'nin “*emsallerine, piyasa teamüllerine ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygunluk*” başlıklı 20'nci maddesinde, bu konuda KVK'nın 13'üncü maddesi kapsamındaki ölçülerin esas alınabileceği ifade edilerek Tebliğ'de, bu iki düzenleme arasında, esaslı bir ayrım olmadığı sonucunun çıkartılabileceği ifadeler kullanılmıştır¹⁰⁷³. Ancak bu hükümdeki “*...hususları dikkate alınabilir*” ifadesiyle bu konunun SPK'nın inisiyatifine bırakılan bir konu olduğunu, hükmün bağlayıcı olmadığını değerlendiriyoruz. Kaldı ki; eğer SerPK'nın 21'inci maddesindeki örtülü kazanç tespiti için, KVK'nın 13'üncü maddesindeki “*emsallere aykırılık*” tespiti yeterli olsaydı, kanun koyucunun SerPK'nın 21'inci maddesindeki; “*emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı*

¹⁰⁷³ **Kurumsal Yönetim Tebliği**'nin 20'nci maddesinde; “(1) *İlişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirilen işlemlerde emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun hareket edilir. Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirdikleri işlemlerin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar. (2) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının ilişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirdikleri işlemlerde uygulanan fiyat, ücret, bedel veya şartların emsallerine uygun olması esastır. Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarınca ilişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirilen işlemlerin emsallerine uygunluğunun tespitinde, bu Tebliğde aksi belirtilmediği müddetçe, Maliye Bakanlığının “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği”nin “Emsallere Uygunluk İlkesi”, “Emsallere Uygun Fiyat ya da Bedelin Tespitinde Kullanılan Yöntemler”, “Gayri Maddi Haklar” ile “Grup İçi Hizmetler” başlıklı 4, 5, 10 ve 11 inci bölümlerinde belirtilen hususlar dikkate alınabilir. (3) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının ilişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirdikleri işlemlerde, bunların menfaati ile ilişkide bulunulan kişilerin menfaatinin çatışması durumunda, halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının menfaatlerinin gözetilmemesi ticari hayatın basiret ve dürüstlük kurallarının ihlali olarak değerlendirilir” açıklaması bulunmaktadır.*

olarak..” ifadesini ve gerekçedeki; “..gerçekleştirdikleri işlemlerde emsallerine uygunluk ilkesinin yanı sıra..” açıklamasını yapmış olmasının bir anlamı olmazdı. Maddede böyle bir farklı ifade kullanıldığına ve gerekçede de böyle bir açıklama yapıldığına göre, bizce SerPK ile KVK’daki bu düzenlemelerin tam olarak birbirini karşılamadığı ifade edilebilir.

3.5.3. Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağının Unsurları

Halka açık anonim şirketlerde pay sahiplerinin, azlığın ve şirket malvarlığının korunmasının önemine yukarıda değinilmiştir. Esasında halka açık anonim şirketin halka açık olmasının temel bir gereği olan mal varlığının korunması hususu; örtülü kazanç aktarımı yasağının temel konusunu oluşturmasının yanında, TTK’ya hâkim olan ilkelerden “sermayenin korunması” ilkesinin¹⁰⁷⁴ de bir yansıması olduğu kabul edilebilir. Pay sahibi sayısının çok daha fazla olması ve pay senetlerinin devrindeki ciddi farklılıklar ile sermayesinin büyüklükleri dikkate alındığında, halka açık anonim şirketlerde, mal varlığının korunmasının önemi rahatlıkla anlaşılabilir¹⁰⁷⁵. Bu nedenle halka açık anonim şirketlerde ayrı bir kanun maddesi ile “örtülü kazanç” konusunun düzenlenmesi ve açıkça vergi kanunları dışında, bir ticaret hukuku çekincesiyle bu düzenlemelerin yapılmış olmasını isabetli bulmaktayız.

Kapalı anonim şirketler açısından hangi işlem ve eylemlerin örtülü kazanç dağıtımı sayılacağı yukarıda ayrıntısı ile ele alınmıştır. Genel olarak örtülü kazanç dağıtımı sayılmanın şartlarından farklı olarak halka açık anonim şirketlerde hangi şartlarda “örtülü kazanç” nitelendirmesinin yapılabileceğine de, burada kısaca değinmek gerekmektedir. Çünkü bu nitelendirme için KVK’dakinden farklı bazı şartlar getiren SerPK’daki düzenleme, yeni bir yaklaşımla vaaz edilmiş, oldukça güncel bir düzenlemedir.

Esasında yukarıda ayrıntısı ile değinildiği üzere, KVK’daki örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye tespiti sonucunda yapılan “örtülü kâr dağıtımı”

¹⁰⁷⁴ Sermayenin korunması ilkesi hakkındaki açıklamalarımız için bkz; I. Bölüm, md.1.1.2.

¹⁰⁷⁵ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.290 vd.

nitelendirmesi, ticaret hukuku açısından isabetli bir nitelendirme değildir. Bu tespitin neticesinde de, bahse konu işlem veya eylemlerin örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmesi ve doğrudan örtülü kazanç dağıtımına tespitine bağlanan sonucun “kâr payı” değil de, bu tespite ticaret hukuku ilkeleri ile bağdaşabilen başka hukuki sonuçların bağlanmasının daha isabetli olacağı da yukarıda gerekçeleri ile birlikte ifade edilmiştir. Bu konuda genel olarak, SerPK’da yapılan örtülü kazanç aktarımı nitelendirmesi ve buna bağlanan hukuki sonuçların isabetli olduğunu, diğer ilgili kanunlarda da benzer düzenlemelerin veya değişikliklerin yapılamasının bu açıdan daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

SerPK’ya göre örtülü kazanç aktarımı nitelendirmesi yapabilmeyenin özel¹⁰⁷⁶ şartları¹⁰⁷⁷:

1. Halka açık anonim şirketin varlığı,
2. Halka açık anonim şirketle ilişkili kişi,
3. Kazanç aktarımının örtülü işlemlerle gerçekleştirilmiş olması,
4. Kazanç aktarımı sonucunda halka açık anonim şirketin kârı veya mal varlığının azalması ya da artmasının aktif ya da pasif tutumla engellenmiş olmasıdır.

3.5.3.1. Halka Açık Anonim Şirketin Varlığı

SerPK’nın 21’inci maddesindeki örtülü kazanç aktarımının söz konusu olabilmesi için elbette, bu işlemi yapan şirketin, halka açık bir anonim şirket olması gerekmektedir. Dolayısıyla yapılan bu örtülü işlem sonucunda kârı veya mal varlığı azalan şirketin halka açık anonim şirket olması halinde, SerPK 21’inci madde uygulama alanı bulabilecektir. Halka açık anonim şirket de SerPK’nın 3/e maddesinde; *“payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar”* olarak tanımlanmıştır. Halka arz edilmiş sayılma hali de, yukarıda ifade edildiği gibi, (pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim şirketler) kapalı yapıda da olsa, halka açık anonim şirket sayılırlar. SerPK’nın 16’ncı maddesinde *“payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim*

¹⁰⁷⁶ Yukarıda ayrıntılı olarak açıklanan örtülü kazanç dağıtımının unsurlarından farklı olan 6362 sayılı SerPK ile gelen şartlar, çalışmamızda özel olarak ele alınacaktır.

¹⁰⁷⁷ Kaya, A. a.g.e, s.197 vd.

ortaklıkların payları halka arz olunmuş sayılır. Bu ortaklıklar halka açık ortaklık hükümlerine de tabi olurlar” hükmü ile bu “sayılma hali” belirlenmiştir. Dolayısıyla pay sahibi sayısı ne olursa olsun, payları halka arz edilmiş halka açık anonim şirketlerle, pay sahibi sayısı beş yüzü geçen kapalı anonim şirketlerin, örtülü bir işlemle, kârını veya mal varlığını aktif veya pasif davranışla, ilişkili kişilerin menfaatine olacak şekilde azaltılmış olması, SerPK kapsamında örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilebilecektir.

3.5.3.2. Halka Açık Anonim Şirketle İlişkili Kişi

Şirketlerde, bir kişiye sağlanan haksız menfaatin örtülü kazanç dağıtımı sayılablmesinin temel şartının; bu haksız menfaatin şirketle ilişkili kişiye yapılması gerektiği yukarıda ifade edilmiştir¹⁰⁷⁸. SerPK’nın 21’inci maddesinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımı tespitinin temel şartı da elbette, ilişkili kişinin varlığıdır. Nitekim SerPK’nın 21’inci maddesinde de; “...*yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile...*” ifadesiyle örtülü işlemin ilişkili kişilerle yapılması şartı getirilmiştir. SerPK’da yapılan bu düzenlemede, ele alınması gereken husus, ilişkili kişi kavramının kapsamıdır. SPK’nın bu konu ile ilgili yayımlamış olduğu Kurumsal Yönetim Tebliği’nin “İlişkide bulunulan kişiler” başlıklı 19’uncu maddesinde¹⁰⁷⁹, konu detaylı bir şekilde açıklanmıştır. Tebliğ’e göre; “*halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının yönetim,*

¹⁰⁷⁸ Bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.2.

¹⁰⁷⁹ Kurumsal Yönetim Tebliği’nin 19’uncu maddesinde “**ilişkili kişi**” ile ilgili; “(1) *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; a) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının yönetim kurulu üyelerini, yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması halinde söz konusu tüzel kişiyi yönetim kurulunda temsil eden gerçek kişiyi, fon kurulu üyelerini, halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının finansal veya faaliyet politikalarını, kararlarını veya hedeflerini doğrudan veya dolaylı olarak belirleme, kontrol etme veya etkileme gücüne sahip olan pay sahibi veya yöneticileri ile diğer kişileri, b) Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarının iştirak veya bağlı ortaklıklarının, doğrudan veya dolaylı olarak, bağlı ortaklık veya iştiraklerini, c) Kolektif yatırım kuruluşlarının portföylerini yöneten portföy yönetim şirketleri ile portföy yöneticilerini, ç) Bireysel emeklilik fonlarının kurucusu olan bireysel emeklilik şirketlerini, d) (a), (b), (c) ve (ç) bentleri kapsamında bulunan tüzel kişilerin yönetim kurulu üyelerini, yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olması halinde söz konusu tüzel kişiyi yönetim kurulunda temsil eden gerçek kişiyi, bu tüzel kişilerin finansal veya faaliyet politikalarını, kararlarını veya hedeflerini doğrudan veya dolaylı olarak belirleme, kontrol etme veya etkileme gücüne sahip olan pay sahibi veya yöneticileri ile diğer kişileri, e) (a), (b), (c), (ç) ve (d) bentleri kapsamında bulunan gerçek kişilerin yakınlarını, f) (a), (b), (c), (ç), (d) ve (e) bentleri kapsamında bulunan gerçek veya tüzel kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak nüfuzu altında bulundurduğu veya menfaat birlikteliği içinde olduğu gerçek veya tüzel kişileri, ifade eder*” açıklaması bulunmaktadır.

denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler” genel olarak ilişkili kişi sayılacaktır.

Tebliğ'deki bazı ifadelerin kapsamının yeteri kadar açık olmaması nedeniyle, konumuzla ilgili olarak 3'üncü maddedeki tanımları da ortaya koymak gerekmektedir. Bu tanımlar ile; “kişiler açısından nüfuz altında bulunma”, “gerçek kişilerin yakınları ilişkili taraf”, “iştirak”, “ilişkili taraf işlemleri” ve “tüzel kişiyi nüfuzu altında bulundurma” hallerinin kapsamı daha belirgin hale gelmiştir. Tebliğ'deki açıklamalardan da görüleceği üzere; SerPK 21'inci maddesinde düzenlenen, örtülü kazanç aktarımına konu olacak eylemlerin/fiillerin, ilişkili kişilerle yapılmış olması hususunda, esasında ticari hayatta karşılaşılabilecek tüm ihtimaller göz önüne alınarak genel bir kapsam belirlenmiştir¹⁰⁸⁰. Konunun Tebliğ ile bu şekilde detaylı açıklanmasının uygulamayı da netleştireceği kanaatindeyiz. Çalışmamızda, KVK 13'üncü maddesindeki “ilişkili kişi” kapsamının çok geniş ve uygulamada kendisine kâr payı ödemesi mümkün olmayan kişileri de kapsayacak şekilde düzenlenmiş olmasını eleştiren tespitler yapılmıştır¹⁰⁸¹. SerPK'nın 21'inci maddesindeki “ilişkili kişi” kavramının kapsamı açısından benzer bir eleştiri yapılmayıp, bilakis KVK'daki düzenlemeden daha kapsamlı olan SerPK'daki bu düzenlemenin uygun görülmüş olması, ilk bakışta bir çelişki gibi anlaşılabilir. Bizce bu çelişki değildir. Aksine SerPK'daki düzenleme hakkında yukarıda yapılan tespitlerin, söz konusu eleştirileri desteklediği kanaatindeyiz. Şöyle ki; KVK'nın 13'üncü maddesindeki ilişkili kişi kapsamının genişliği konusundaki eleştirinin temel nedeni; örtülü kazanç dağıtımını tespitinde, örtülü olarak ilişkili kişiye sağlanan menfaatin bir “kâr payı” olarak nitelendirilmiş olmasıdır. Eğer KVK'nın 13'üncü maddesindeki örtülü kazanç dağıtımını tespitine konu haksız kazanç, kâr payı sayılacaksa bu haksız menfaatin sağlandığı veya bunun izafe edilebileceği kişinin de, TTK kapsamında kâr payı alma hakkına sahip kişiler arasında belirlenmiş bir

¹⁰⁸⁰ Kurumsal Yönetim Tebliği'nin 3'üncü maddesinde konuyla ilgili tanımlar aşağıdaki şekilde ifade edilmiştir: “f) **Gerçek kişiler açısından nüfuz altında bulunma:** Gerçek kişilerin belirli bir konu ile sınırlı olacak şekilde veya sınırlı olmaksızın başkalarının talimat veya yönlendirmeleri ile hareket etmesini, g) **Gerçek kişilerin yakınları:** Gerçek kişilerin eşlerini, alt ve üst soyu ile yan soy kan ve kayın hısımlarını, bunların evlat edindikleri kişilerle bunları evlat edinen kişileri, m) **İlişkili taraf:** Türkiye Muhasebe/Finansal Raporlama Standartlarında tanımlanan ilişkili tarafı, n) **İlişkili taraf işlemleri:** Türkiye Muhasebe/Finansal Raporlama Standartlarında tanımlanan ilişkili taraf işlemlerini, o) **İştirak:** İşletmenin önemli derecede etkide bulunduğu, bağlı pay sahiplikleri dışında kalan işletmeleri, t) **Tüzel kişiyi nüfuzu altında bulundurma:** Tüzel kişinin finansal veya faaliyet politikalarını, kararlarını veya hedeflerini doğrudan veya dolaylı olarak belirleme veya kontrol etme gücünü, ifade eder”.

¹⁰⁸¹ Bkz; III. Bölüm, md.3.2.1.1.1.

kişi olması gerekmektedir. Ancak yukarıda detayıyla açıklandığı üzere¹⁰⁸², KVK'nın 13'üncü maddesindeki örtülü kazanç dağıtımına konu ilişkili kişilerin bir kısmı, esasında hiçbir şartta kâr payı almaya hakkı olamayacak kişilerdir. Bu nedenle yukarıdaki kıyaslama ve bunun sonucundaki tespit bir çelişki değildir. Hatta örtülü kazanç dağıtımı tespitinin sonucunun örtülü kâr dağıtımı olması nedeniyle, bu tespitle bizce, kâr payı olarak nitelendirilen örtülü kazancın, fiili olarak "kâr payı" olmayacağı sonuçlar doğurabilecek bir tespit yapılmış olmaktadır. Ancak SerPK'nın 21'inci maddesinde örtülü kazanç tespitine bağlanan böyle bir sonuç yoktur. Bizce de isabetli olarak kanun koyucu, KVK'dan farklı olarak SerPK'da örtülü kazanç tespitinin sonucunu "kâr payı" nitelendirmesine bağlamamıştır. Bu nedenle bizce, KVK'daki düzenleme ile SerPK'daki düzenlemenin, örtülü kazanç dağıtımına bağlanan sonuçlar açısından değerlendirilmesi neticesinde; SerPK'nın bu açıdan, hukukun temel ilkeleri ve ticaret hukuku ilkelerine daha uygun olduğunu söylemek mümkün olacaktır. SerPK'daki ilişkili kişi kapsamı, bizce KVK'daki düzenlemeden daha geniş olmasına rağmen, sonuçları açısından değerlendirildiğinde, şirketlerin fiili ticari hayatlarına ve bunların yansımaları ile ticaret hukuku ilkelerine daha uygun olduğu söylenebilir.

SerPK'nın 21'inci maddesindeki örtülü kazanç aktarımı tespitini yapabilmek için, kanunda düzenlenen şartların varlığı gerekmektedir. Şirketle yönetim, denetim ve sermaye açısından, dolaylı veya dolaysız olarak ilişkide bulunan kişinin, şirketteki; yönetme, denetleme veya sermaye gücünü kullanarak, kendisinin veya kendisi ile bir şekilde ilişkilendirilebilecek bir başka kişinin (gerçek veya tüzel) menfaatine veya şirketin aleyhine örtülü bir işlemle (haksız) kazanç aktarması (menfaat sağlaması) gerekmektedir¹⁰⁸³. Burada yönetim, denetim ve sermayeden kast edilen teknik anlamda belirleyici yönetim, denetim ve sermaye ilişkisidir¹⁰⁸⁴.

KVK'daki örtülü kazanç konusunda olduğu gibi, burada da elbette asıl eylemin (aktif) veya eylemsizliğin (pasif) gerçek mahiyetine bakarak, örtülü kazanç tespiti yapılabilecektir. Yukarıda değinilen örtülü kazanç dağıtımının sübjektif

¹⁰⁸² Bkz; III. Bölüm, md.3.2.1.1.3-4.

¹⁰⁸³ 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki örtülü kazanç dağıtımı konusunda; **İlişkili Kişi, Haksız Kazanç/Menfaat**, ifadelerinin ayrıntılı açıklamaları için bkz; III. Bölüm, md.3.2.1.1.1-3.2.1.2.

¹⁰⁸⁴ Kaya, A. a.g.e, s.199.

unsurunun¹⁰⁸⁵ varlığını, hukuki açıdan SerPK'daki örtülü kazanç tespitinde de aramak gerekecektir. Başka bir deyişle bir halka açık şirketin, yönetim, denetim veya sermaye açısından belirleyici bir güce sahip, gerçek veya tüzel kişinin örtülü bir eylemi/eylemsizliği neticesinde, bu kişiye veya bunla ilişkili başka bir kişi lehine haksız bir menfaat sağlanmış olması gerekmektedir. Eğer ortada bu ilişkili kişiler açısından, haksız kazanç yok ise, aynı zamanda bu paralelde halka açık şirketin aktif veya pasif olarak bir kâr veya kazanç kaybı ve zararı yok ise, bu durumda bir örtülü kazanç aktarımından da bahsedilemeyecektir. Dolayısıyla, halka açık anonim şirketin yönetim, denetim veya sermaye gücüne sahip kişilerin aktif veya pasif eylemleri nedeniyle ilişkili kişi nezdinde, dolaylı da olsa, bir haksız kazanç gerçekleşmişse, bu durumda örtülü kazanç tespiti yapılabilecektir.

Özelikle yukarıda da değinildiği gibi¹⁰⁸⁶, TTK'nın 195'inci vd. maddelerinde düzenlenen "şirketler topluluğu" müessesesindeki hâkim-yavru şirket ayrımı ile bunların arasındaki örtülü işlemlerin, halka açık anonim şirketlerdeki örtülü kazanç uygulamasına daha çok konu olabileceği ifade edilebilir. Çünkü uygulamada hem sermaye, hem yönetim, hem de büyüklük/ticari kapasite açısından; halka açık anonim şirketlerin, kapalı anonim şirketlere nazaran, daha çok grup şirket ve bağlı/ilşkili şirket kapsamı ilişkilere yatkın olduğu rahatlıkla ifade edilebilir¹⁰⁸⁷.

Burada dikkat çekilmesi gereken bir konu da, örtülü işlemin aşamalarıdır. Aşamadan kasıt, işlemin doğrudan mı, yoksa dolaylı mı olduğudur. Şirketler topluluğu içindeki halka açık bir anonim şirket, bir kararı/eylemi/eylemsizliği neticesinde, yavru şirkete veya yavru şirketin başka yavru şirketine, haksız bir menfaat sağlamış olsa da, birden çok aşama neticesinde sağlanan bu haksız menfaat, diğer unsurların da gerçekleşmiş olması şartıyla, bizce örtülü kazanç olarak nitelendirilebilecektir. Çünkü önemli olan nihai olarak doğrudan veya dolaylı ilişkili olan bir kişiye haksız bir menfaatin örtülü bir işlemle sağlanmış olmasıdır. Aradaki işlem adedinin bir önemi yoktur¹⁰⁸⁸.

¹⁰⁸⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, md.3.2.2.

¹⁰⁸⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.1.2.7.

¹⁰⁸⁷ Pulaşlı, H. *Yeni Şirketler Hukuku*, s.211 vd.

¹⁰⁸⁸ Kaya, A. *a.g.e.*, s.199.

3.5.3.3. Kazanç Aktarımının Örtülü Bir İşlemlerle Gerçekleştirilmiş Olması

Halka açık anonim şirketlerde, SerPK'nın 21'inci maddesi kapsamında bir örtülü kazanç aktarımının tespitini yapabilmek için, işlemin "örtülü" olması gerektiği kanun lafzında açık olarak ifade edilmemiştir. Ancak kanunun; "...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..." ifadesinden anlaşılan; işlemin olağan olmayan veya makul olmayan yollarla yapılmış olmasıdır. Bunun yanında kanun madde başlığı da "örtülü kazanç aktarımı"dır. Eğer işlem örtülü olmadan, açık şekilde, olağan yolla yapılmışsa, şirket açısından haksız bir kâr kaybı veya malvarlığı azalması yok demektir. Bu nedenle de eylemin ya da eylemsizliğin (aktif/pasif), yukarıda ayrıntısı ile değinildiği üzere¹⁰⁸⁹, hakkın kötüye kullanımı yoluyla peçeleme ile yapılmış olması gerekmektedir¹⁰⁹⁰. Eğer ortada peçelenmiş (örtülü) bir işlem yok ise, başka bir deyişle, "emsallerine uygun olan, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olmayan işlemler söz konusu ise, bahse konu işlemin kanundaki bu ilkelere ve normal mutata uygulamalara aykırı olmadığı, dolayısıyla ortada örtülmesi/peçelenmesi gereken bir eylem veya eylemsizlik olmadığı için, örtülü kazanç aktarımından bahsedilemeyecektir. Buna ilave olarak şunu da ifade etmek gerekir ki; mutata uygulamalara, emsallerine vb. ölçülere uygun olmayan¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁹ Peçeleme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, md.1.2.

¹⁰⁹⁰ Eserinde yazar (Bkz; Kaya, A. a.g.e, s.202.) örtülü kazanç aktarımının muvazaalı bir işlem olduğunu ifade etse de, gerekçesine çalışmamızda değindiğimiz üzere, **örtülü kazanç dağıtım/aktarımının, hukuki niteliği açısından muvazaa değil peçeleme olduğu kanaatindeyiz. Muvazaa ve Peçeleme işlemlerinin ayırımı açısından**, açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.1.2.

¹⁰⁹¹ SPK'nın yayımlanmış olduğu **Kurumsal Yönetim Tebliği**'nde bu ölçülere uygunluk konusunun kapsamı ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır. Kurumsal Yönetim Tebliği'nin "**Emsallerine, piyasa teamüllerine ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygunluk**" başlıklı 20'nci maddesinde: (1) *İlişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirilen işlemlerde emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun hareket edilir. Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirdikleri işlemlerin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar.* (2) *Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının ilişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirdikleri işlemlerde uygulanan fiyat, ücret, bedel veya şartların emsallerine uygun olması esastır. Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarınca ilişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirilen işlemlerin emsallerine uygunluğunun tespitinde, bu Tebliğde aksi belirtilmediği müddetçe, Maliye Bakanlığının "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Hakkında Genel Tebliği"nin "Emsallere Uygunluk İlkesi", "Emsallere Uygun Fiyat ya da Bedelin Tespitinde Kullanılan Yöntemler", "Gayri Maddi Haklar" ile "Grup İçi Hizmetler" başlıklı 4, 5, 10 ve 11 inci bölümlerinde belirtilen hususlar dikkate alınabilir.* (3) *Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının ilişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirdikleri işlemlerde, bunların menfaati ile ilişkide*

bir işlem, yalnızca bu özelliği nedeniyle örtülü kazanç olarak nitelendirilemez. Bu aykırılığının aynı zamanda, ekonomik, iktisadi veya mali vb. sebeplerle de izah edilememesi gerekir. Eğer bu aykırılığın kabul edilebilir bir izahı varsa, sübjektif unsurun yokluğu nedeniyle, bu durumda örtülü kazanç dağıtımından bahsedilemeyecektir¹⁰⁹².

Son olarak bu konuda işlemlerin aykırılık hallerinin kanunda sayılan hallerle sınırlı olmadığını da ifade etmek gerekir. Kanundaki “...gibi işlemler..” ifadesinden¹⁰⁹³ de, örtülü kazanç konu işlemin, kanunda sayılan ölçülere (standartlara) doğrudan aykırı olmasa da, bunlara benzer şekilde, haksız menfaat olarak nitelendirilebilecek işlemlerin de, SerPK'nın 21'inci maddesindeki örtülü kazanç aktarımı tespitine konu olabileceği ifade edilebilir. Kanun koyucu burada sınırlı sayıda sayma yöntemini değil, örnekleme yöntemini kullanarak, konunun geniş olarak yorumlanması niyetini açıkça ortaya koymuştur¹⁰⁹⁴. Bu kapsamda, halka açık anonim şirketteki, ilişkili kişiye yapılan bir ödemenin/aktarımın veya ilişkili kişinin pasif hareketiyle şirketin kâr/mal kaybının, kanunda örnekleme yoluyla sayılan, emsallere uygun olma vb. ölçülere aykırı olması (objektif unsur¹⁰⁹⁵) örtülü kazanç aktarımı yapabilmek için tek başına yeterli değildir. Buna ilave olarak, bu ilişkili kişiye yapılan bir ödemenin/aktarımın veya ilişkili kişinin pasif hareketiyle şirketin kâr/mal kaybının, ekonomik, iktisadi veya mali/ticari açıdan kabul edilebilir (makul) bir açıklamasının da bulunmaması gerekmektedir (sübjektif unsur¹⁰⁹⁶).

3.5.3.4. Kazanç Aktarımının Aktif ya da Pasif Bir Hareketler Yapılmış Olması

SerPK'nın 21/2'nci maddesinde; “..kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır” hükmü amirdir. Bu hükme göre;

bulunulan kişilerin menfaatinin çatışması durumunda, halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının menfaatlerinin gözetilmemesi ticari hayatın basiret ve dürüstlük kurallarının ihlali olarak değerlendirilir” açıklaması bulunmaktadır.

¹⁰⁹² **Sübjektif unsurun yokluğu** konusuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, md.2.2.2-3.2.2.

¹⁰⁹³ 6362 sayılı SerPK'nın 21'inci maddesinin 1'inci fıkrası.

¹⁰⁹⁴ Kaya, A. a.g.e, s.200.

¹⁰⁹⁵ Örtülü kazanç dağıtımında **objektif unsur** konusuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, md.3.2.1.

¹⁰⁹⁶ Örtülü kazanç dağıtımında **sübjektif unsur** konusuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz; II. Bölüm, md.3.2.2.

açıkça yönetim, denetim ve sermaye açısından etkili olan kişilerin bu etkilerini kötüye kullanarak, ilişkili kişilerin lehine, şirketin aleyhine, yapmaları gerekenleri yapmaması, başka bir deyişle pasif davranışları da örtülü kazanç aktarımı sayılmıştır. Ticari hayatın olağan akışına uygun ve isabetli olan bu hüküm, şirket mal varlığını ve dolayısıyla şirket pay sahiplerini koruma amacı taşımaktadır.

Halka açık anonim şirketlerde, şirketi idare eden veya doğrudan idare etmese de, (yönetim/denetim/sermaye gücüyle), şirket kararlarını etkileme gücüne sahip kişilerin, bu güçlerini kullanarak kendileri veya kendileri ile ilişkili olan kişilere, halka açık şirketin kârını veya mal varlığını aktarabilmesi (aktif) oldukça kolay olabilmektedir. Çünkü diğer pay sahipleri ve yönetim dışındaki pay sahipleri, şirket hakkında yeterli ve gerçek bilgiyi almak veya yönetim/denetim de etkin olmak gücüne, halka açık şirketlerin niteliği ve pay sahiplerinin sayısının çok yüksek olması nedeniyle, sahip değillerdir¹⁰⁹⁷. Hal böyle olunca, ilişkili kişiler menfaatine ve şirket aleyhine kazanç aktarımının olması veya şirketin yapması gerekenleri yapmayarak veya kârını veya mal varlığını artırma fırsatını, kusurlu davranışla, değerlendirmeyerek (pasif), bu artırımın ilişkili kişi nezdinde meydana gelmesi de, şirkette yönetim, denetim veya sermaye açısından etkin kişilerin pasif davranışları nihayetinde olabilmektedir. İşte kanun koyucu bu pasif davranışın da bir örtülü kazanç aktarımı olduğunu isabetli olarak hüküm altına almıştır¹⁰⁹⁸.

TTK'ya göre yönetim kurulu üyeleri, görevlerini yaparken “özen ve sadakatle” hareket etmek zorundadırlar. Nitekim TTK'nın “özen ve bağlılık yükümlülüğü” başlıklı 369'uncu maddesinde; “...görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar” hükmü ile yönetim kurulu üyelerinin, aktif davranışlarıyla olduğu kadar, tedbirli ve dürüst davranarak, pasif davranışları ile de şirketin menfaatlerini korumakla yükümlü olduklarına, zimmi olarak işaret edilmiştir¹⁰⁹⁹. Bu açıdan da SerPK'daki örtülü kazanç aktarımının pasif

¹⁰⁹⁷ Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.374.

¹⁰⁹⁸ 6362 sayılı SerPK 21'inci madde gerekçesinde de açıkça pasif eylemlerin de örtülü kazanç aktarımına konu teşkil edeceği ifade edilmiştir: “*Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşlarının kendi aleyhine ve ilişkili oldukları kişiler lehine sonuç doğuracak şekilde, pasif bir tutum içerisinde kendilerinden beklenen faaliyetleri yapmamalarının yasak olduğu özellikle vurgulanmıştır*”. 6362 Sayılı SerPK Gerekçesi, <http://www.spk.gov.tr/apps/mevzuat/?submenuheader=-1>, (son yararlanma tarihi; 17.03.2014).

¹⁰⁹⁹ **Yasaman, H.** *a.g.e.*, s.327-330; Tekinalp, Ü. *Yeni Hukuk*, s.241.

davranışlarla mümkün olacağı yönündeki hüküm, TTK hükümleriyle de genel olarak uyumludur. Şirketi idare edenler, yapmaları gerekenleri yapmayarak veya eksik yaparak, ilişkili kişilere haksız menfaat sağladıkları takdirde, hem SerPK 21'inci maddede düzenlenen örtülü kazanç aktarımı yasağına aykırı hareket etmiş, hem de TTK'da düzenlenen yükümlülüklerini yerine getirmemiş olmaktadır¹¹⁰⁰. Önemli olan şirketin, ilişkili kişinin kusurlu eylemiyle zarara uğramış olmasıdır. İlişkili kişinin aktif bir eylemi nedeniyle bu zarar oluşabileceği gibi, pek tabidir ki, pasif davranışıyla da şirket zarara uğrayabilir. Dolayısıyla, SerPK'nın 21'inci maddesindeki bahse konu bu düzenleme, hem TTK, hem BK, hem de hukukun genel ilkeleri ile bire bir uyumludur.

3.5.4. Örtülü Kazanç Aktarımına Konu Teşkil Edebilecek İşlemlerin Değerlemesi ve Belgelenmesi

SerPK'nın 21'inci maddesinde düzenlenen örtülü kazanç aktarımına konu teşkil edebilecek işlemlerin, yapıldığı andaki şartlara göre; ekonomik, mali, iktisadi veya ticari açıdan emsallere vb. diğer şartlara uygun olup olmadığını, şirketin ispat etmesi gerekmektedir. Nitekim SerPK'nın 21/3'üncü maddesindeki¹¹⁰¹ hüküm ile halka açık anonim şirketlerin, ilişkili taraf ile yapacağı işlemlerin, bahse konu ölçülere uygunluğunu ispatlayacak belgeleri, öncelikle tespit ve temin etmeleri ve devamında da sekiz yıl saklamaları kuralı getirilmiştir. Bu kural esasında, şirketlerin ilişkili kişilerle yapılacak işlemlerde, kanunun öngördüğü ölçülere özde uyulduğunun ispatını sağlamak açısından şirketlere getirilmiş bir imkân olarak da değerlendirilebilir. Çünkü ticari hayatın normal akışında halka açık anonim şirket, ilişkili taraf ile ticari bir işlem yapmak veya ilişkili kişi ile ticari bir ilişkiye girmek zorunda kalabilir. İşte bu durumda şirketin, ilişkili kişi ile girdiği ticari ilişkinin, kanundaki ölçülere uygun olarak işlediği ve bu ilişki sonucunda, şirket veya pay sahiplerinin veya diğer ilgililerin bir zararının olmadığını ispatlama hakkını da, dolaylı olarak kanun koyucu şirkete vermiştir. Başka bir deyişle, görünürde bu

¹¹⁰⁰ 6102 sayılı TTK'nın 551 ve 553'üncü maddelerinde, yönetim kurulu üyelerinin; yolsuzluk, emsallere aykırı işlem vb. kasıt veya ihmalleri ile şirketi zarara uğratmaları halinde bundan sorumlu olacakları hüküm altına alınmıştır.

¹¹⁰¹ 6362 sayılı SerPK'nın 21/3'üncü maddesinde; "Halka açık ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları, ilişkili taraf işlemlerinin emsallerine, piyasa teamüllerine, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uygun şartlarda gerçekleştirilmiş olduğunu belgelemek ve bu durumu tevsik edici bilgi ve belgeleri en az sekiz yıl süre ile saklamak zorundadırlar. Birinci fıkrada belirtilen ilkelere aykırılığın tespitinde izlenmesi gereken usul ve esaslar Kurul tarafından belirlenir" hükmü bulunmaktadır.

ölçülerin dışında bir işlem yapılmış olsa da, ekonomik, iktisadi, mali vb. açıdan izah edilebilecek durumların söz konusu olabilmesi nedeniyle, özde kanundaki bu ölçülere uyulmuş olduğu sonucunu doğurabilecek durumlar da söz konusu olabilir¹¹⁰². İşte bu şekilde mutad durum dışındaki ilişkilerde, şirket zararının olmadığı ve örtülü kazanç aktarımının söz konusu olmadığı ilişkilerin varlığını, şirketler ancak bahse konu bu raporlar veya değerlemeler vb. belgelerle ispat edebileceklerdir.

SerPK'nın 21/3'deki hüküm gereğince, SPK'nın yayımlamış olduğu Kurumsal Yönetim Tebliği "ilişkili taraf işlemleri" başlıklı 4'üncü Bölüm'ünde; hangi işlemlerin değerlemesinin bağımsız olarak yaptırılması gerektiği ve bu değerlemelerin nasıl muhafaza edileceği ile kimlere bu konuda nasıl bilgi verilmesi gerektiği konusunda açıklamalar yapılmıştır. Tebliğ'in "değerleme yaptırma yükümlülüğü" başlıklı 16'nci maddesindeki açıklama ile hangi taraf ile hangi işlemlerin değerlendirme yaptırma yükümlülüğü kapsamında olacağı ve değerlemenin nasıl yapılacağı konularında detaylı açıklamalar yapılmıştır.

Kurumsal Yönetim Tebliği'ndeki bu açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, halka açık anonim şirket ilişkili kişiler ile yapacağı işlemlerden, çok basit ve günlük, şirketin genel işlem kapasitesine göre değersiz ve cari işlemler dışındaki tüm işlemlerde, bu işlemlere konu bedellerin emsallere veya kanundaki diğer ölçülere uygun olup olmadığının tespitinin yapılması bir zorunluluktur. Bu uygunluğun ortaya konmasını sağlamak adına, bahse konu Kurumsal Yönetim Tebliği ile bunların bağımsız kişilerce değerlendirilmesi zorunluluğunu getirilmiştir. Dolayısıyla şirket, ilişkili kişilerle yapılacak değerlemeye konu işlemleri yaparken, bu işlemlerle ilgili değerlendirme yaptırma yükümlülüğünü dikkate alacak, böylelikle de daha işlem yapılmadan aslında bir önleyici tedbir söz konusu olacaktır. Taraflarda örtülü kazanç aktarma niyeti hâsıl olsa da, bu tedbirlerin varlığı ile bu niyetin eyleme dönüşmesini, başka bir deyişle şirketin zararını daha başta, doğmadan önlenmesi amaçlamıştır.

¹¹⁰² Örtülü kazanç dağıtımının **sübjektif unsurunun varlığı, örtülü kazanç tespiti yapabilmek için zorunludur. Eğer sübjektif unsur (bilmek/istemek) yoksa** yapılan işlemin, bir şekilde genel olarak kabul edilebilir, makul olarak izah edilebilir bir sebebi varsa, o zaman örtülü kazançtan bahsedilemeyecektir. Konuyla ilgili açıklamalarımız için bkz; II. Bölüm, md.3.2.2.

Şirketi idare eden yönetim kurulu, şirket ile ilişkili kişiler arasında yapılacak işlemler ve ticari faaliyetler konusunda, yukarıda değinilen, değerlendirme yaptırma zorunluluğu yanında, şirket ile ilişkili kişi arasında yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerle ilgili de emsallere, piyasa şartlarına uygunluk vb. konuları kapsayan bir rapor hazırlamakla da yükümlüdür. Aynı değerlemede olduğu gibi, ilişkili kişilerle yapılacak işlemlerin kapsam ve bedelleri ve bunların ticari hayatın normal şartlarına uygunluğu konusunda, yönetim kurulu gerekli denetimi yapmak ve bu denetim sonucunu bir raporla tüm ilgililerle paylaşmak zorundadır. Bu zorunluluk sayesinde, yukarıda da değinildiği gibi, önleyici bir tedbir olarak, örtülü kazanç aktarımının başlamadan önlenmesi amaçlanmıştır.

Kurumsal Yönetim Tebliği'nin "yaygın ve süreklilik arz eden işlemlerin değerlemesi" başlıklı 17'nci maddesinde, değerlemenin usûlleri belirtilmiştir. Tebliğ'in 17'nci maddesinde de görüleceği üzere, halka açık anonim şirketlerde yönetim kurulu, ilişkili kişilerle yapılacak; yaygın ve sürekli işlemlerle ilgili birçok bilginin yanında, piyasa koşullarına uygunluk ve gerekli değerlemeleri kapsayan raporları tanzim ederek hem genel kurulla, hem de kamuoyuyla paylaşmak zorundadır. Tüm bunlar esasında, TTK'ya da hâkim olan şeffaf yönetim ilkesinin bir sonucudur. Hem şeffaf, hem denetlenebilir, hem de uygulamaları ve bunların bedel ve sonuçlarını ölçüp karşılaştırılabilir bir yönetim olması kuralı ile (birçok diğer amaç ile birlikte) örtülü kazanç aktarımının önlenmesinin amaçlandığı kanaatindeyiz.

3.5.5. Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımı Nitelendirmesine Bağlı Sonuçlar

SerPK'nın 21/4'üncü maddesinde, halka açık anonim şirketlerde örtülü kazanç aktarımı tespiti yapıldığında, bu tespite bağlanan sonuçlar hüküm altına alınmıştır. Madde metninde; "*Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek süre içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade*

etmek zorundadır. Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ile ilgili 94 üncü ve 110 uncu maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır” hükmü bulunmaktadır. Madde metninden de anlaşılacağı üzere, örtülü kazanç aktarımının varlığının kurul (SPK) kararı ile tespiti gerekmektedir. Bu tespitten sonra ilgili taraf, örtülü işlemle elde ettiği haksız menfaati (aktarımı) faizi ile birlikte şirkete iade etmek zorundadır. Böylelikle, şirket ile birlikte dolaylı olarak da pay sahiplerinin zararları karşılanmış ve hakları korunmuş olmaktadır¹¹⁰³.

Halka açık anonim şirketlerde, örtülü kazanç aktarımının tespiti halinde, bu aktarımın haksız olması hasebiyle, faiziyle birlikte şirkete iade edilmesi sonucunda; şirketin zararı karşılanmış ve pay sahiplerinin hatta dolaylı olarak şirket çalışanları veya şirket alacaklıları gibi üçüncü kişilerin de hakları korunmuş olmaktadır. Ancak SerPK uygulamasında bununla yetinilmemiş; SPK tarafından, aktarımın faiziyle iadesi yanında ilgililerin imza yetkilerinin kaldırılması, idari para cezası, tüm pay sahiplerine konunun duyurulması ve bunların dışında SPK tarafından gerekli tüm tedbirlerin alınması gibi, şirketi ve pay sahiplerini korumaya yönelik birçok tedbir SerPK’da öngörülmüştür¹¹⁰⁴. Bunların da ötesinde, SerPK 21/4’üncü maddesinin yollama yaptığı, “güveni kötüye kullanma ve sahtecilik” başlıklı 110’uncu maddesinde de, örtülü kazanç aktarımını yapan kişilerin üç yıldan az olmamak üzere hapis cezasıyla cezalandırması hüküm altına alınmıştır¹¹⁰⁵. SerPK, örtülü kazanç aktarımını; hem tazmin vb. düzenlemeler, hem

¹¹⁰³ Kurumsal Yönetim Tebliği’nin 21’inci maddesinde; “(1) Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıkla ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, söz konusu tespite ilişkin Kurul kararının tebliğ edildiği tarihten itibaren en geç bir ay içinde kazanç aktarılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iade edilmesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarılan taraflar, halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak veya bağlı ortaklıkları tarafından **iade talebinin yapıldığı tarihten itibaren en geç üç ay içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadırlar.** Aktarılan tutar, ilişkide bulunulan kişilerle gerçekleştirilen işlemler sonucunda ortaklık veya kolektif yatırım kuruluşunun kârında veya mal varlığında meydana gelen azalmayı veya kârında veya mal varlığında meydana gelmesi engellenen artışı ifade eder. (2) Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ile ilgili Kanun’un 94 üncü, 103 üncü ve 110 uncu maddeleri ile ilgili mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır” açıklaması bulunmaktadır.

¹¹⁰⁴ 6362 sayılı SerPK 21/4’üncü maddede atıf yapılan 94’üncü maddede; “(1) Kurul, 21 inci maddede belirtilen işlemlerde buldukları tespit edilen halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ve bunların bağlı ortaklıkları ile iştiraklerinden denetleme sonuçlarının Kurul tarafından belirlenecek usul ve esaslar dâhilinde ortaklıklara duyurulmasını istemeye, Kurulca belirlenen tutarın tayin edilen süre içinde iadesi için dava açmaya yetkilidir. (2) 92’nci maddenin birinci fıkrası bu madde bakımından da uygulanır” hükmü bulunmaktadır. **İmza yetkisinin kaldırılması dâhil, diğer tüm gerekli tedbirlerin kaldırılması** hususu da, 94’üncü maddenin yollaması ile 92’nci maddeden anlaşılmaktadır.

¹¹⁰⁵ 6362 sayılı SerPK’nın 110’uncu maddesinde; “(1) Aşağıdaki fiiller **güveni kötüye kullanma** suçunun nitelikli hâlini oluşturur; ancak bu durumda 5237 sayılı Kanunun 155 inci maddesinin ikinci fıkrasına göre hükmolunacak ceza üç yıldan az olamaz: a) Yatırım kuruluşuna, 58 inci madde kapsamındaki fon kuruluna ve

de ilgililerin imza yetkilerinin iptali, hapis ve idari para cezalarıyla cezalandırma dâhil birçok müeyyide ile önlemeye çalışmıştır.

Kendilerine bağlanan sonuçlar açısından değerlendirildiğinde de; SerPK ile KVK arasındaki kıyaslamada SerPK'daki düzenlemelerin, ticaret hukukuna ve ticari hayatın makul ölçülerine daha uyum olduğu rahatlıkla ifade edilebilir. Bu tespitin en önemli argümanı da, KVK'da örtülü kazanç dağıtımına konu haksız menfaatin kâr payı olarak nitelendirilmesidir. Bahse konu örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin isabetsiz olduğuna çalışmamızda ayrıntısı ile ele alınmıştır¹¹⁰⁶. SerPK'nın 21'inci maddesinde, örtülü kazanç aktarımının tespiti halinde, ilişkili kişinin elde ettiği bu haksız kazancın, faiziyle beraber iadesinin sağlanarak şirketin zararının karşılanmış olması ve bu kazancın bir kâr payı vs. olarak nitelendirilmemesinin isabetli olduğunu değerlendirmekteyiz.

59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumlularına; sermaye piyasası faaliyetleri sebebiyle veya emanetçi sıfatıyla veya idare etmek için veya teminat olarak veya her ne nam altında olursa olsun, kayden veya fiziken tevdi veya teslim edilen sermaye piyasası araçları, nakit ve diğer her türlü kıymeti kendisinin veya başkasının menfaatine satmak, kullanmak, rehin etmek, gizlemek veya inkâr etmek, b) Yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak, c) 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, şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunarak kârlarını veya malvarlıklarını azaltmak veya kârlarının veya malvarlıklarının artmasını engellemek, (2) Yatırım kuruluşu, 58 inci madde kapsamındaki fon kurulu ve 59 uncu madde kapsamındaki teminat sorumluları bünyesinde tutulan kayıtları bozan, yok eden, değiştiren veya erişilmez kılan kişiler, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beş bin günden on bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılırlar. Ancak 5237 sayılı Kanunun belgede sahtecilik suçuna ilişkin hükümlerinden mahkûmiyete bağlanan kanuni sonuçlar, bu suçtan mahkûm olanlar hakkında da uygulanır. (3) Birinci fıkranın (b) ve (c) bentleri kapsamına giren güveni kötüye kullanma suçunu işleyen kişi, etkin pişmanlık göstererek 21 inci maddenin dördüncü fıkrasında yer alan ödemenin yanı sıra bunun iki katı parayı Hazineye; a) Henüz soruşturma başlamadan önce ödediği takdirde, hakkında cezaya hükümlenmez, b) Soruşturma evresinde ödediği takdirde, verilecek ceza yarısı oranında indirilir, c) Kovuşturma evresinde hüküm verilinceye kadar ödediği takdirde, verilecek ceza üçte biri oranında indirilir” hükmü bulunmaktadır.

¹¹⁰⁶ III. Bölüm, md. 2 ve 4.

SONUÇ

Anonim şirketler, temel amacı belli bir dönemde gerçekleştirmiş oldukları faaliyetler neticesinde kâr elde etmek ve elde ettikleri bu kârı pay sahiplerine dağıtmak olan sermaye ortaklıklarıdır. Anonim şirketler genel kural olarak, elde ettikleri kârı, TTK hükümlerine göre, kanundaki usullere uyararak ve genel kurullarında alacakları bir karar nihayetinde pay sahiplerine “kâr payı” olarak dağıtırlar.

Kâr payı, pay sahibinin şirkete karşı sahip olduğu en önemli mali ve malvarlıksal haklarından biridir. Bu kapsamda “kâr payı hakkı” genel olarak faaliyet yılı sonunda dağıtmaya tahsis edilmiş “**net dönem kârının varlığı**” halinde söz konusu olacaktır. Kâr payı hakkı, genel kurulun kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre kârın dağıtılmasına karar vermesi halinde, pay sahiplerinin esas sermayedeki payları oranında talep edebilecekleri vazgeçikmez bir alacak hakkıdır. Bir başka ifadeyle kâr payı, hesap dönemi sonunda dağıtılabılır bir kârın olması halinde, şirkete koymuş oldukları sermaye payı karşılığında pay sahiplerine ödenecek paradır.

Şirket elde ettiği kârı pay sahiplerine dağıttığında, kârı elde eden pay sahibi bünyesinde bir gelir doğduğu için bu gelirden de, vergi kanunlarına göre vergi alınmaktadır. Ülkemizde pay sahibinin gerçek kişi olduğu durumda, şirketten kâr dağıtımını yapılması halinde bu kârdan, genel olarak ifade etmek gerekirse, %15 oranında bir vergi (stopaj) ödenir. Tüzel kişi (şirket) pay sahibi açısından söz konusu vergi, istisna kapsamında olup tüzel kişi de kendi gerçek kişi pay sahiplerine kâr dağıtacağı zaman, bu pay sahibi gerçek kişi, ilgili mevzuat kapsamında yine bu kâr dağıtımında vergisini ödeyecektir. Esasında genel olarak ifade etmek gerekirse; kâr (para) ticari hayatın dışına çıkarken, başka bir deyişle gerçek kişi ortağa dağıtılırken vergilendirilmektedir. Ülkemizle birlikte birçok ülkede durum bu şekildedir.

Vergi kanunlarına göre, kâr dağıtımını yapılırken, hak sahipleri bu kâr paylarını, kural olarak %15 vergi (stopaj) kesilmiş şekilde almaktadırlar. Dolayısıyla vergi kesintisi yapılması nedeniyle, pay sahibi kâr dağıtımından

alacağı payı da yaklaşık olarak %15 eksik almaktadırlar. Bu nedenle bazen, gerçek kişi pay sahibi, şirketten kendisine dağıtılan kârı alırken vergilendirileceği için, kâr olarak elde edebileceği bir bedeli, peçeleme yoluyla (bir şekilde kâr dağıtımını işleminin üstünü örterek) başka adlar ve usuller altında vergisiz olarak almaya çalışmaktadır. İşte bu amaçla yapılan ve esasında şirketten pay sahibine ödenen bir kâr payı olarak nitelendirilmesi gereken bir işlemin, peçelenerek (tamamen vergi kaçırmak ve vergi ödemedi kâr payı almak amacıyla) başka bir hukuki işlem vasıtasıyla pay sahibine haksız menfaat sağlanması **örtülü kâr dağıtımı** olarak nitelendirilmektedir.

Örtülü kâr dağıtımında, pay sahibi örtülü (peçelenmiş) bir işlemle aslında kâr payı olan bu bedeli başka bir şekilde ve ad altında almaktadır. Genel bir yaklaşımla ifade etmek gerekirse; örtülü kâr dağıtımını temelde, normal kâr dağıtımında ödenmesi gereken stopaj vergisinden kurtulmak ve vergi kaçırmak amacıyla yapılmaktadır. Pay sahibi kâr payı olarak almaya müteakip, vergisini ödemek zorunda kalacağı bu bedeli, bir şekilde üstünü örterek (peçeleyerek) kendisine fazladan menfaat sağlamakta, vergiye tabi tutmadan esasında kâr olan söz konusu bedeli vergisiz olarak tasarrufuna geçirebilmektedir.

Örtülü kâr dağıtımının hukuki niteliğinin; muvazaa mı yoksa peçeleme mi olduğu konusu da doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız, genel kabul gören yaklaşıma göre örtülü kâr dağıtımının hukuki niteliği, hakkın kötüye kullanımının vergi hukukundaki yansıması olan **peçelemedir**. Çünkü muvazaada, bir gerçekte istenen işlem, bir de görünürde olan ancak gerçekte istenmeyen iki işlem vardır. Muvazaa tespitiyle, genel olarak, görünürdeki işlem geçersiz olmakla birlikte, arkada gizlenen ve gerçekte istenen işlem de, kanundaki şartları ihtiva etmesi şartıyla geçerli olmaktadır. Ancak örtülü kâr dağıtımında yapılan işlem geçerli olmakta, ancak sonuçları farklı nitelendirmelere tabii tutulmaktadır. Peçelemede de görünürdeki işlem geçerli olmakta, ancak bu işleme bağlanan sonuç tarafların gerçek iradelerine göre nitelendirilmektedir. Başka bir deyişle peçeleme tespiti yapıldığında, peçe kaldırılmakta ve gerçek iradelere göre hukuki nitelendirme yapılmaktadır. Örneğin, pay sahibiyle şirket arasındaki alım-satım sözleşmesinde, pay sahibine emsallere aykırı şekilde, fazladan ve fahiş bir bedel ödenmiş olabilir. Bu haksız ve fazla ödemenin amacı da, pay sahibine kâr payı ödemesi

yapıldığında doğacak olan verginin kaçırılmasıdır. Pay sahibiyle şirket arasındaki alım-satım sözleşmesi gerçek ve geçerlidir. Ancak bu sözleşme sonucundan pay sahibinin şirketten elde edeceği bedel, emsallerinden yüksek tutulmuştur. Bu yüksek bedelin sebebi de, taraflardan birinin pay sahipliği sıfatına sahip olmasıdır. Örtülü kâr dağıtımında, sözleşme bedelinin emsallerine göre yüksek tutulması yoluyla fazladan/haksız olarak ödenen bedel, aslında pay sahibine kâr payı olarak ödenecekken, vergi vermemek amacıyla başka bir ad altında ödenmektedir. Bu durumda da hakkın kötüye kullanımı, başka bir deyişle peçeleme yoluyla ve vergi kaçırmak niyetiyle, pay sahibine sanki alım-satım işleminin sonucuymuş gibi gösterilerek fazladan ve haksız ödeme yapılması söz konusu olmaktadır. Taraflar arasındaki alım-satım işlemi geçerlidir. Ancak bu işlem ile ilgili örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında, işlem geçerli olmakla birlikte, sözleşme bedelinin emsallere aykırı olan kısmı, taraflar açısından örtülü kâr olarak nitelendirilecek ve bu şekilde eksik verginin tamamlanması sağlanacaktır. Ancak alım-satım işlemi ve bu işlemin bedelinin emsallere uygun olan kısmı geçerli olacak, emsallere aykırı ve bu kapsamda haksız menfaat olan kısmı ise alım-satım işleminin bedeli değil, pay sahibinin şirketten aldığı örtülü kâr payı olarak nitelendirilecektir. Bu nedenle de örtülü kâr dağıtımının hukuki niteliği muvazaa değil, hakkın kötüye kullanımının vergi hukukunda görünümü olan peçelemedir.

Örtülü kâr dağıtımı Türk hukukunda yalnızca 5520 sayılı KVK'nın 12'inci 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 borç için ödenen faiz vb. ödemeler de örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilmektedir. Aynı şekilde şirketin pay sahibi veya ilişkili kişiyle girdiği ticari ilişki de, bu kişilere emsallere uygunluk ilkesine aykırı şekilde sağladığı haksız menfaatler de örtülü kazanç dağıtımı sayılarak, bu haksız menfaatler pay sahibine veya ilişkili kişiye sağlanmış örtülü kâr dağıtımı olarak kabul edilmektedir. **Sonuç olarak, örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımı tespitine bağlanan sonuç, örtülü kâr dağıtımıdır.**

Şirketlerin temel amacı kâr elde etmek ve devamlılıklarını sağlamak olduğu için, bu amacı yerine getirirken kendileri için en optimum noktada hareket etmeye ve menfaatlerine en uygun yolla ticaret yapmaya çalışmaktadırlar. Bu ticaret yapılırken muhakkak maliyet-kâr dengesi göz önüne alınmaktadır. Elbetteki şirketler açısından en önemli maliyetlerden biri de "vergi"dir. Şirketler vergiden kaçınarak, yani kanuna uygun en optimum usulleri kullanarak; en az, ama yasal yollardan en uygun seviyede vergi vermeyi amaçlarlar. Ancak vergiden kaçınmak başka, vergi kaçırmak elbette başka şeylerdir. Maliyetlerini düşürmek amacıyla şirketlerin vergilerini yasal olmayan yollarla düşürmeye çalışması (vergi kaçırma) hukuki olarak da elbette kabul edilemez. Bu kapsamda, şirketler veya şirketten nemalanan pay sahipleri, bazen vergiden kaçınmanın ötesinde kanuna karşı hile yaparak, esasında vergiye tabi olması gereken bir işlemi, vergiye tabi olmayan veya vergi kanunlarındaki istisnalardan faydalanacak bir işlem gibi göstererek vergi kaçırabilmektedirler. Bu gibi durumlarda, şirketlerin veya şirket pay sahiplerinin vergiye tabi işlemlerde vergi kaçırmak, dolayısıyla maddi menfaatlerini artırmak amacıyla örtülü işlem yapmaları gündeme gelebilmektedir. Esasında ilk bakışta ticari hayata uygun gibi gözükken örtülü işlemlerin, temelde bir peçeleme olduğu ve pay sahiplerinin bu örtülü işlemin arkasındaki esas işlemle, menfaatlerini meşru olmayan şekilde artırmaya (eksiltmeden korumaya) çalıştıkları durumlar son yıllarda tüm dünyada ve ülkemizde sıkça görülmektedir.

Şirket pay sahiplerinin şirkete karşı birinci ve temel yükümlülükleri, sermaye koyma borcudur. TTK'nın 332 ve 338'inci maddelerine ve diğer ilgili hükümlerine göre pay sahipleri, sermaye taahhüt eder ve belirlenen sürede bunu öderler. Şirket de bu sermayeyle ticari hayatına devam eder. Şirketler, genel bir tanımla, sermayesi yeterli olduğu kadar güçlüdürler. Şirket ticari hayatına devam edebilmek için ihtiyaç duyduğu parayı sermayesinden karşılar. Ancak bilindiği üzere sermaye, pay sahipleri tarafından şirkete verildiğinde, artık bu sermayenin tasarruf yetkisi tamamen şirkette olup, sermaye şirkete ödendiğinde artık pay sahipleri tasarrufundan çıkmış olacaktır. Sermayenin pay sahibine iadesi de, ancak sermaye azaltılması veya tasfiye halinde mümkün olmaktadır ki, bunlar da istisnai uygulamalardır. Dolayısıyla pay sahipleri öncelikle kişisel menfaatlerini düşündükleri için kâr elde etmek gayesiyle, riske girerek şirkete sermaye koymayı göze almakta, ama bunun olabilecek en az miktarda olmasını istemektedirler. Hâl

böyle olunca, bazı durumlarda pay sahipleri sermayeyi az tutup, sermaye yerine şirkete borç para vermeyi tercih etmektedirler. Böylelikle, pay sahipleri tasarruf yetkisini kaybetmeyerek geri alabilecekleri bir bedeli, şirket işlerinde kullanmak üzere şirkete borç vermektedirler. Bu şekilde, söz konusu pay sahipleri hem şirketten para çıkarma işlemini (kâr payı) vergisiz yapabilmeyi ve hem de borç verdikleri bedelin üzerine faiz vb. menfaatlerle gelirlerini artırmayı hedeflemektedirler. **İşte esasında pay sahipleri sermaye olarak şirkete koymaları gereken miktarların bir kısmını sermaye olarak koymak, geri kalanını da şirkete borç vermek yoluyla, olmaması gereken haksız bir menfaat elde etmektedirler. Bu şekilde, örtülü sermaye olarak nitelendirilen bu uygulama, örtülü kâr dağıtımının birinci şeklini oluşturmaktadır.**

Örtülü kâr dağıtımının diğer bir şekli de; yine 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesinde düzenlenen "**örtülü kazanç dağıtımı**"dır. Örtülü kazanç dağıtımı da; **esasında şirketlerin pay sahipleri veya ilişkili kişilere, vergilendirme işlemine tabi olmayacak şekilde yaptıkları haksız kazanç aktarımlarıdır.** Bu haksız kazanç aktarımları, **genel bir ifadeyle, hayatın normal akışına uymayan, ancak görünürde hukuka uygun gibi peçelenen haksız menfaatten başka bir şey değildir.** 5520 sayılı KVK'nın "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı" başlıklı 13'üncü maddesinde; örtülü kazanç dağıtımı tespitine müteakip gündeme gelecek "örtülü kâr dağıtımı" konusu ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Maddenin 6'ncı fıkrasında, örtülü kazanç dağıtımını elde edenler açısından bahse konu haksız menfaatin örtülü kâr dağıtımı olduğu açıkça belirtilmiştir. Ülkemizde olduğu gibi birçok farklı ülkede de örtülü kâr dağıtımı uygulamaları; hem devletlerin elde edecekleri vergilerin güvenliği açısından, hem de şirketlerin mali tablolarının güvenilirliğinin sağlanması ve piyasa oyuncularının rekabetinin haklı ve meşru ortamda sağlanması amacıyla, belli kurallar ve prensipler içerisinde kontrol edilmeye ve önlenmeye çalışılmıştır. Örtülü kâr dağıtımı uygulamalarının önlenmesi vergi menfaati açısından devletler ve ticari olarak da şirketler ile diğer şirket pay sahipleri ve şirket alacaklıları açısından oldukça önem arz eden bir konudur.

Sonuç olarak 5520 sayılı KVK'ya göre, şirketin bir işlemi hakkında "örtülü sermaye" veya "örtülü kazanç dağıtımı" tespiti yapılmışsa, örtülü

sermaye veya örtülü kazanç dağıtımına konu haksız menfaat de, şirket ve ilgili pay sahibi/ilişkili kişi açısından örtülü kâr dağıtımı kabul edilecektir. Örtülü kâr dağıtımı kabul etmekten kasıt; öncelikli olarak, şirketin kayıtlarında söz konusu haksız ödemenin kâr dağıtımı olarak düzeltilmesidir. Aynı zamanda, söz konusu haksız menfaat/ödeme, bunu elde eden pay sahibi/ilişkili kişi açısından da elde edilmiş bir kâr payı olarak kabul edilecektir. **Örtülü kâr dağıtımının söz konusu olduğu her iki durumda da, başka bir deyişle, hem örtülü sermaye hem de örtülü kazanç dağıtımı tespitinde, bu tespite konu haksız menfaat/ödeme, taraflar açısından örtülü kâr dağıtımı olarak nitelendirilecektir.** Bu nitelendirme sonucunda da devlet normal kâr dağıtımında elde ettiği vergiyi aynı oranda elde edecektir. Esasında örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımı, dolayısıyla örtülü kâr dağıtımı düzenlemelerin temel nedeni, vergi kaybının/ aşındırılmasının önlenmesidir.

Vergi hukuku açısından, örtülü sermaye kapsamında pay sahibine ödenen faiz, vb. menfaatlerin, **örtülü kâr payı dağıtımı olarak nitelendirilmesinin temel sebebi vergi aşındırılmasının önüne geçmektir.** Başka bir deyişle, örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin gerekçesi; pay sahibinin veya ilişkili kişinin haksız yere ve vergilendirmeden şirketten para almasıdır. Bahse konu bu faiz vb. ad altındaki haksız menfaatin, temelde şirketten pay sahibine ödenirken, (kâr payı stopajı nedeniyle %15) vergi kesintisi yapılarak ödenmemiş olması ve böylelikle vergi kaçırma/vergiyi aşındırma fiilinin gerçekleşmiş olması da örtülü kâr dağıtımının bir gerekçesidir. Bunun için de, 5520 sayılı KVK'da, pay sahibinin şirketten, örtülü sermaye için aldığı faiz, vb. menfaatlerin vergilendirilmesi amaçlanarak, alınan bu fazladan bedellere örtülü kâr payı nitelendirmesi yapılmıştır. Dolayısıyla örtülü sermaye verginin korunmasını amaçlayan bir vergi güvenlik sistemidir.

Vergi güvenlik sisteminin bir diğer argümanı olan örtülü kazanç dağıtımında da, örtülü sermayede olduğu gibi, örtülü kazanç sonucu ilişkili kişiye/pay sahibine sağlanan haksız menfaat örtülü kâr olarak nitelendirilmektedir. 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü madde 6'ncı fıkrasına göre; örtülü kazanç tespitine konu teşkil eden haksız menfaat/ödeme ilgili taraflar açısından bir örtülü kâr dağıtımıdır. Bu konudaki düzenlemelerde, örtülü kazanç dağıtımı tespitine müteakip, ilgili tarafların

vergisel kayıt ve beyanlarının da “örtülü kâr dağıtımı” şeklinde düzeltilmesi gereğine vurgu yapılmıştır.

Şirketin, pay sahibi/ilişkili kişi ile yapmış olduğu bir işlem, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak 5520 sayılı KVK'nın 13'üncü maddesindeki şartları ihtiva edecek şekilde ise, bu işlemi muhatabı açısından “kâr payı” kabul edilecektir. **Bu işlem sonucunda ilişkili kişinin elde ettiği haksız menfaatin kâr dağıtımı sayılmasının temel sonucu, ilişkili kişiye ödenen bu ödemeden, normal (açık) kâr dağıtımında alınan verginin tahsil edilmesidir.** Usulüne uygun yapılmış bir kâr payı dağıtımı esnasında, dağıtımı yapan şirket, dağıtılacak net kâr tespitine müteakip, bu dağıtıma konu bedelden genel olarak %15 vergi (stopaj) kestikten sonra, kalanını ilgili pay sahibine öder. Örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesi yapılan tutardan da vergi idaresi, normal (açık) kâr dağıtımında olduğu gibi vergisini tahsil edecektir. Ancak, elbette normal kâr dağıtımındaki dışında, vergi ziyai ve gecikme faizi gibi uygulamalar ile örtülü kâr dağıtımı tespiti neticesinde, şirketin katlanacağı bedeller artacaktır.

Örtülü kâr dağıtımı müessesesi bir vergi güvenlik sistemi olması nedeniyle, tarafların vergi kaçırmak niyetiyle yapmış oldukları haksız işlemlerin tespiti neticesinde, bu işlemlerle kaçırılan verginin tahsil edilmesi yanında vergi kaçırma eylemine bağlanan müeyyidelerin de gündeme gelmesi kaçınılmazdır. Dolayısıyla örtülü kâr dağıtımı tespiti neticesinde, şirket bununla ilgili ödemekten imtina ettiği vergileri ve bunun sonucunda ortaya çıkan cezaları ödeyecektir. Bunun için de, şirket kayıtlarında gerekli düzeltme işlemlerinin yapılması ve şirket kayıtları ile vergi idaresine verilen beyanların gerçek duruma göre uyarlanması gerekecektir.

Örtülü kâr dağıtımının, örtülü kazancı sağlayan ve bu kazancı elde eden olmak üzere iki tarafı vardır. Bu tarafların vergi uygulamalarındaki statü ve sıfatlarına göre farklı düzeltme işlemleri yapılmaktadır. Düzeltme işlemi sonucunda, konumuzla ilgili olarak, örtülü kazancı dağıtan şirketin bu kazancı “kâr dağıtımı” olarak düzeltereği hususu ile alan tarafın da, vergi uygulamaları yönünden, bu kazancı “kâr payı” olarak almış olduğu resmileşmiş olacaktır. Sonuç olarak örtülü kâr dağıtımı tespiti neticesinde, ilgili tarafların tüm mali ve vergisel

kayıtlarında düzeltme yapılacaktır. Bu düzeltme işlemlerinin bir devamı olarak tarafların ilgili vergi beyanları da bu düzeltmelere uygun hale getirilecektir. **Tüm bu düzeltme işlemleri sonucundan, şirketin bilanço ve diğer mali kayıtlarında, örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımına konu teşkil eden söz konusu haksız menfaat/ödeme bir kâr dağıtımı olarak gösterilmiş olacaktır.** Bunun sonucunda idare örtülü işlemlerle aşındırılmış olan vergisini ve bunun faizi ile cezalarını tahsil edecek olup, bu işlemleri de resmileştirilerek kayıtları uygun şekilde düzeltilmiş olacaktır.

Örtülü kâr dağıtımı tespiti yapıldıktan sonra, söz konusu haksız kazanç ile ilgili gerekli düzeltme işlemleri ile vergi idaresi, aşındırılmış olduğu vergiyi tahsil edecek ve böylelikle vergisel açıdan konu olması gereken şekilde çözülmüş olacaktır. Ancak bu haksız kazancın vergilendirilmesi amacıyla, ilgili haksız kazancın “örtülü kâr” olduğu yönünde bir tespit yapılarak, bu kazancın yalnızca vergisini tahsil etmek için yapılan bahse konu düzenlemenin ticaret hukuku açısından yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki:

Kâr dağıtımı, şirket ve diğer pay sahipleri yanında başka kişileri de doğrudan ilgilendiren bir işlemdir. **Fakat 5520 sayılı KVK’da düzenlenen “örtülü kâr dağıtımı” olgusunun, şirket ve diğer pay sahipleri yanında diğer ilgilileri hesaba katmadan öngörülmüş bir düzenleme olduğunu değerlendiriyoruz.** 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. Şirketlerin kâr dağıtımı yapmasının, bahse konu bu ilgili taraflarının yanında, vergi idaresi de çok genel bir ifadeyle, şirketlerin 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 bu düzenleme ile kâr dağıtımının diğer tarafları göz ardı edilmiştir. Bu nedenle KVK’daki örtülü kâr dağıtımı nitelendirmesinin, ticaret hukuku açısından çok önemli sonuçları olduğu muhakkaktır. 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 kanaatindeyiz.

Şirketler, TTK'ya göre kurulurlar ve tüm işlemlerini öncelikle TTK olmak üzere diğer kanuni düzenlemelere göre yerine getirirler. Elbette şirketler vergi kanunlarını da dikkate alarak ve vergi kanunlarındaki düzenlemelere de uygun şekilde yönetilmelidirler. Ancak şirketler faaliyette bulunurken, yalnızca vergi kanunlarına veya yalnızca TTK'ya göre hareket edemezler. **Bu kapsamda düzenleme yapılırken yalnızca ticaret hukuku ilkelerini esas almak ne kadar yanlışsa, yalnızca vergi hukukunu esas almak ve vergi aşındırılmasını önlemek için yapılacak düzenlemelerde ticaret hukuku ilkelerini dikkate almamak en az o kadar yanlıştır. Ancak örtülü kâr dağıtımı düzenlemesini ihtiva eden 5520 sayılı KVK'nın 12 ve 13'inci maddesi düzenlenirken, yalnızca vergisel yaklaşımla hareket edilmiş olduğu ve bu düzenlemelerin ticaret hukukundaki yansımalarının dikkate alınmadığı kanaatindeyiz.**

TTK'ya hakim olan ilkelerden; **“eşit işlem”, “sermayenin korunması”, “şeffaflık” ve “dürüst resim”** ilkeleri ile bu kapsamdaki yasaklardan; **“rekabet yasağı”, “pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı” ve “şirketle işlem yapma yasağı”,** temel olarak; şirketin dürüst ve tüm ilgililerin denetimine açık şekilde yönetilmesini amaçlamaktadır. Bu düzenlemeler, öncelikle şirketin zararının önlenmesi ve devamında da pay sahipleri başta olmak üzere diğer ilgililerin hakkının korunmasına hizmet etmektedir. Kanaatimizce, 5520 sayılı KVK'nın 12'inci ve 13'üncü maddesindeki “örtülü kâr dağıtımı” düzenlemeleri de; her ne kadar birincil olarak vergi güvenliği amacıyla ihdas edilmiş düzenlemeler olsa da, ikincil olarak yukarıda ifade edilen TTK ilkeleri ile amaçsal paralellik göstermektedir. Ancak 5520 sayılı KVK'nın 12'inci ve 13'üncü maddesindeki “örtülü kâr dağıtımı” nitelendirmesi, TTK'daki “kâr dağıtımı” düzenlemeleri ile çelişen sonuçlar doğurmaktadır.

Kâr dağıtımı ile ilgili temel düzenleme, TTK'nın 507'nci maddesindeki düzenlemedir. Kâr dağıtımı ile ilgili bu düzenleme **“eşit işlem ilkesi”** kapsamında değerlendirilmelidir. Başka bir deyişle, kâr dağıtımı yapılırken, eşit şartlardaki tüm

pay sahiplerine, eşit davranılması gerekmektedir. Ancak örtülü kâr dağıtımını düzenlemesinde, şirketin diğer pay sahipleri ve ilgililer hiç hesaba katılmamaktadır. Dolayısıyla örtülü kâr dağıtımını düzenlemesinin, en başta “eşit işlem ilkesine” aykırı sonuçlar doğurabileceği ifade edilebilir.

Kâr dağıtımını anonim şirketlerde, ancak usulüne uygun alınmış genel kurul kararı ile yapılabilir. 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; *“esas 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 dağıtımını için ilave bir şart getirmiştir. Bu hükümler çok genel olarak, anonim şirketlerde kâr dağıtımının yapılması ile ilgili düzenlemeleri ihtiva eden temel hükümlerdir. Bu hükümlere göre, **anonim şirketlerde usulüne uygun bir şekilde kâr dağıtımını yapılabilmesi, TTK'daki bir dizi kuralın eksiksiz olarak yerine getirilmesi şartına bağlıdır. Bu şartlar oluşmadan anonim şirket kâr dağıtımını yapamaz. Eğer bu şartlara uymadan, herhangi bir kişiye kâr dağıtımını adı altında bir ödeme yapılırsa bu işlem, kanuna aykırı olduğu için batıl olacaktır.** Dolayısıyla bu usulüne uygun yapılmayan dağıtım yok hükmünde olacaktır.

Kâr dağıtımını hiçbir şartta, kanuna ve esas sözleşme hükümlerine aykırı şekilde yapılamaz. Örneğin; pay sahiplerinin bir kısmına kâr dağıtımını adı altında ödeme yapılırken, diğerlerinin bu dağıtımdan pay alması engellenemez. Hesaplamanın kanuna ve esas sözleşmeye uygun yapılması gereklidir. Örneğin, kanuni yedek akçeler ayrılmadan kâr dağıtımını yapılamaz. Kâr dağıtımını konusunda gerekli tüm bilgileri ihtiva eden genel kurul kararının da, usulüne uygun alınmış olması gerekmektedir. 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.

5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddesinde; örtülü sermaye veya örtülü kazanç dağıtımını tespiti yapıldığında, bu tespitlere konu haksız menfaatlerin bir örtülü kâr dağıtımını olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hükümlerle, TTK'daki kâr dağıtımını konusunda yukarıda zikredilen hükümler beraber değerlendirildiğinde ortada bir karışıklık ve tutarsızlık olduğu rahatlıkla söylenebilir. Vergi idaresi, KVK'ya göre bir tespit yapıp, şirketin bir pay sahibine/ilişkili kişiye emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir haksız menfaat sağladığını tespit ettiğinde, bu menfaat bedeli şirket açısından dağıtılmış kâr payı olarak nitelendirilecektir. Ek olarak aynı haksız menfaat bu menfaati elde eden pay sahibi/ilişkili kişi açısından da gelir olarak elde edilmiş bir kâr payı olarak nitelendirilecektir. **Bu nitelendirme sonunda, vergi idaresi tarafından, gerekli vergisel işlemler, kayıtlar, cezalar vs. bu bedelin “dağıtılmış kâr payı olduğu” faraziyesiyle yapılacak veya yaptırılacaktır. Ancak yukarıda ifade edildiği üzere, bizce bu tespit yerinde değildir ve TTK hükümleri ile açıkça çelişmektedir.**

Bizce, örtülü kazanç dağıtımını ve örtülü sermaye sonucunda elde edilen haksız menfaatler, örtülü kâr dağıtımını olarak nitelendirilir ise, yukarıda değinilen çelişkilerin hiçbirinin çözümü, hukuka uygun şekilde tam olarak bulunamaz. Çünkü örtülü kâr dağıtımını tespiti ile TTK'nın açık hükümleri ile çelişen bir dizi işlem yapılmaktadır. Bu haliyle de, örtülü kâr dağıtımını ifadesi ve bu ifadeye bağlanan nitelendirmelerin kanuna aykırı olduğu kanaatindeyiz. En temel olarak; ortada bir genel kurul kararı yoktur. Kâr dağıtımını için ise temel şart, bu konuda bir genel kurul kararının alınmış olmasıdır. 5520 sayılı KVK'ya göre, örtülü kazanç dağıtımına konu işlemdeki, emsale aykırı bedel ile örtülü sermaye için ödenen faiz vb. bedeller örtülü kâr dağıtımını olarak kabul edilmektedir. Ancak TTK'ya göre, bilanço ve mali tablolar dürüst resim ilkesine göre çıkartılmalı ve bundan sonra yapılacak hesaplama ile yedek akçeler ayrıldıktan sonra, genel kurulun uygun bulacağı miktar, ödenmiş sermaye oranına göre pay sahiplerine kâr payı olarak dağıtılacaktır. **Dolayısıyla esasında 5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerine göre, örtülü kâr dağıtımını tespiti yapılan haksız ödemenin, TTK**

açısından bir “kâr payı ödemesi” olarak nitelendirilmesi bizce mümkün değildir.

Kâr payı konusu da temelde TTK ile düzenlenmiş bir konu olması nedeniyle, pay sahibi/ilişkili kişilere şirketin yaptığı haksız ödemelerin “örtülü kâr dağıtımı” olarak nitelendirilmesinin, doğal olarak TTK ve ticaret hukukunun temel ilkeleri açısından uygun düşmediğini ve bir çelişkili işlemler dizisinin söz konusu olduğunu ifade edebiliriz. **Ancak örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye tespiti yapılan bahse konu bu haksız ödeme hakkında 5520 sayılı KVK’daki “...kâr dağıtımı sayılacaktır” hükmünün, kâr payıyla örtüştürülmeden başka bir ifade ile değiştirilmesinin daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz. Buna ilave olarak, 5520 sayılı 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 bize mümkün görünmektedir.** Bu değişikliğin 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 geçilmiş olacağı kanaatindeyiz. Örneğin çalışmamızda genel hatları ile değinilen, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun (SerPK) 21’inci maddesindeki “örtülü kazanç aktarımı” hükmü, **bu konuda benzer bir düzenlemedir.** Aynı şekilde şirketten ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatler de, SerPK’da örtülü kazanç aktarımı yasağı olarak düzenlenmiştir. Ancak bu tespit yapılması sonucunda, ilişkili kişilere sağlanan haksız menfaatlerin faiziyle birlikte şirkete iadesi hüküm altına alınmış olup, ilgililer hakkında da diğer başka bir dizi ceza, kanunda öngörülmüştür. Ancak SerPK kapsamında, bahse konu bu haksız menfaatler ile ilgili olarak “kâr payı” nitelendirmesi yapılmamıştır. **Benzer şekilde KVK’daki hükümde de, yeni bir düzenleme ile örtülü kazanç dağıtımı tespiti yapıldığında, kâr payı nitelendirmesi kaldırılarak, “söz konusu olan vergi kaybını önlemek amacıyla, bahse konu haksız menfaat için uygun bir oranda vergi tahakkuk edeceği” hüküm altına alınabilir.**

Yukarıdaki açıklamalar ışığında; vergi güvenliği ilkesinin bir yansıması olan “örtülü kâr dağıtımı” müessesesinin, vergi güvenliğini sağlama fonksiyonu yanında, TTK hükümleri ile birlikte; şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları açısından da

önemli fonksiyonları bulunduğu ifade edilebilir. Ancak bu fonksiyonlardan tam olarak istifade edebilmek ve bu kapsamdaki tespitlerin tüm yasal düzenlemelere uygun olması için, yasaların çelişmeden birbirlerini tamamlar nitelikte olmaları gerekmektedir. **Hem 5520 sayılı KVK'nın 12'nci ve 13'üncü maddelerindeki örtülü kâr dağıtımını müessesinin; hem de yukarıda ifade edilen TTK'nın genel ilkeleri olan, "sermayenin korunması", "eşit işlem", "şeffaflık" vb. genel prensiplerin amacı çok benzerdir.** Bu prensipler ışığında TTK'da var olan hükümlerin de temel amacı; haksız işlemlerin önlenmesi şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklıları ile dolaylı olarak diğer üçüncü kişilerin de korunması ve zararlarının önlenmesidir. Hal böyle olunca, örtülü kâr dağıtımının var olup olmadığı yönünde yapılacak tüm çalışmalar, incelemeler ve denetimler; dolaylı olarak şirket, pay sahipleri ve şirket alacaklılarının da haklarını korumak amacıyla, varsa yapılan yanlışlıkları ortaya çıkarma sonucunu doğuracaktır. Dolayısıyla, yapılacak denetimlerden tüm ilgililer istifade edecektir. Çünkü örtülü kâr dağıtımına konu işlemler, hakkın kötüye kullanımın vergi hukukundaki bir yansıması olan peçeleme işlemi ile örtülmekte ve gizlenmektedir. Bu nedenle bu gizlenen işlemlerin, konunun uzmanı olmayan kişiler tarafından anlaşılması çok zor olup, bazen de imkânsız olabilmektedir. Ancak vergi denetimi yapan, vergi müfettişlerinin uzmanlıkları ve devlet gücünü kullanarak her türlü inceleme araştırmayı yapabilme ve hatta tüm kişi ve kurumlardan bilgi, belge isteyebilme yetkileri nedeniyle, elbette varsa bir peçeleme işlemi sonucunda var olan örtülü kâr dağıtımını tespit edebilme imkân ve kabiliyetleri, diğer ilgililere nazaran çok daha kuvvetlidir. Başka bir deyişle, esasında vergi idaresinin bu kapsamda yaptığı denetimler, dolaylı olarak, şirketin, pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının da hakkını korumaya yöneliktir. Bu açıdan bakıldığında da, örtülü kâr dağıtımını müessesesinin, ticaret hukukunun temel ilkeleri kapsamındaki TTK hükümlerinin uygulanmasına yardımcı olan bir müessese olduğunun rahatlıkla ifade edilebileceği kanaatindeyiz. Bu nedenle de, tüm tarafların bu tür tespitlerden istifade etmelerini sağlamak ve şirket kayıtları veya raporlarının güvenilirliğini artırmak için de KVK'daki "örtülü kâr dağıtımını" nitelendirmesinin, TTK hükümleri ile çelişmeyecek şekilde, "örtülü kazanç dağıtımını" veya benzer bir ifadeyle değiştirilmesinin daha uygun olacağını değerlendirmekteyiz.

KAYNAKLAR*

KİTAPLAR

- Acar, F, (2005). *Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Vergilendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa,
- Acar, U. ve Tokay, O. (2013). *Transfer Fiyatlandırması*, Ankara.
- Ağar, S. (2011). *Transfer Fiyatlandırması, Örtülü Kazanç Dağıtımı*, Ankara.
- Akbilek, N. (2001). *TTK ve SerPK Açısından Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Akdoğan, N. (1998). *Finansal Tablolar ve Mali Analiz Teknikleri*, Ankara.
- Akgüç, Ö. (1995). *Mali Tablolar Analizi* (9. Baskı), İstanbul,
- Akgüç, Ö. (2010). *Finansal Yönetim*, Ankara.
- Akintürk, T. ve Ateş Karaman, D. (2009). *Medeni Hukuk, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış, Genişletilmiş 14. Baskı*, İstanbul.
- Akipek, J. ve Akintürk, T. (2004). *Kişiler Hukuku*, İstanbul.
- Akipek, J. ve Akintürk, T. (2004). *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri*, İstanbul.
- Akman, P. (2004). *Anonim Ortaklıklarda Kâr Payı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Aktaş, M. (2004). *Uluslararası Transfer Fiyatlandırması ve Türk Vergi Mevzuatında Uygulama Olanakları*, Ankara.
- Altay, Ş. (1983). *Hukuk ve Sosyal Bilimler Sözlüğü*, Ankara.
- Ansay, T. (1982). *Anonim Şirketler Hukuku*, 6.Baskı, Ankara.
- ANTALYA, G. (2008). *Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması Teorisi, Tüzel Kişilik Perdesinin Aralanması*, I. Uluslar arası Ticaret Hukuku Sempozyumu, İstanbul.
- Aral, F. (2000). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 3.Baskı, Ankara.
- Arslan, İ. (1999). *Şirketler Hukuku Bilgisi*, 4.Baskı, Konya.
- Arslanlı, H. (1960). *Anonim Şirketin Organizasyonu ve Tahviller*, Cilt:III, İstanbul.
- Arslanlı, H. (1960). *Anonim Şirketler Umumi Hükümler*, Cilt: I, İstanbul- (Umumi Hükümler).

* Bir yazarın, birden çok eserinin eser adları, ilgili eserin künyesinde parantez içinde ayrıca gösterilmiştir.

- Arslanlı, H. (1961). *Anonim Şirketler, IV. Kısım Anonim Şirketin Hesapları, V. Kısım Anonim Şirketin İnfisahı ve Tasfiyesi*, Cilt:IV-V, Ankara- (Anonim Şirketin Hesapları).
- Aşci, O. (2009). *Anonim Ortaklıklarda Kâr ve Kârın Dağıtımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara.
- Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu. (1988). *Türkçe Sözlük*, Cilt:2, Ankara-
- Ateşaoğlu, E. (2012). *Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kâr Payı Dağıtımı*, İstanbul.
- Ayhan, R., Özdamar, M. ve Çağlar, H. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu Hükümlerine Göre Ticari İşletme Hukuku Genel Esaslar*, 5.Baskı, Ankara.
- Bahtiyar, M. (2005). *Ortaklıklar Hukuku*, İstanbul.
- Battal, A. (2013). *Hukukun Temel Kavramları*, Ankara.
- Bilgili, F. ve Demirkapi, E. (2013). *Şirketler Hukuku*, 9. Baskı, Bursa.
- Birsel, M. (1973). *Anonim Şirketler Hukukunda Kâr Kavramı*, İzmir.
- Bolaç, U. (2008). *Transfer Fiyatlandırması ve Türk Vergi Sistemi Açısından Değerlendirilmesi*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Trabzon.
- Bostan, M. K. (2008). *Türk Vergi Sisteminde Transfer Fiyatlandırmasına İlişkin Düzenlemeler*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Manisa.
- Çağlar, H. (2010). *Anonim Şirketlerde Esas Sermayenin Azaltılması*, Ankara.
- Çamoğlu, E. (2010). *Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu*, İstanbul.
- Çevik, O. N. (2002). *Anonim Şirketler*, 4. Baskı, Ankara.
- Çevik, O. N. (2002). *Uygulamada Şirketler Hukuku*, 3. Baskı, Ankara.
- Çolak, M. (2009). *Anonim Şirketlerde Kâr Payı Hakkı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale.
- Demir, H. (2008). *Holdingle Şirketlerde Transfer Fiyatlandırması Esasları ve Uygulaması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Doğruyol, M. (2008). *Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu Kapsamında Transfer Fiyatlandırması*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Domaniç, H. (1988). *Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulamaları*, İstanbul.
- Erdamar, C. (1982). *Anonim Ortaklıklarda Kârın Dağıtımı ve Vergilendirilmesi*, İstanbul.

- Eren, F. (2014). *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanuna Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara.
- Erimez, R. (1985). *Şirketlerde Kâr Dağıtımını Yedek Akçeler ve Vergilendirme*, 3. Baskı, İstanbul.
- Eriş, G. (1995). *Anonim Şirketler Hukuku*, Ankara.
- Eriş, G. (2004). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ticari İşletme ve Şirketler*, 3. Baskı, Cilt: II, Ankara, (TTK Şerhi-II).
- Eriş, G. (2004). *Türk Ticaret Kanunu Şerhi, Ticari İşletme ve Şirketler*, 3.Baskı, Cilt: III, Ankara- (TTK Şerhi-III),
- Esener, T. (1956). *Türk Hususi Hukukunda Muvazaalı Muameleler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını No:105, Ankara.
- Feyzioğlu, N. F. (1980). *Borçlar Hukuku*, İkinci Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, 4. Baskı, Cilt: I, İstanbul.
- Geedan, H. A. (2010). *Örtülü Sermaye ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Kayseri.
- Heper, F. (2005). *Türk Vergi Sistemi*, Anadolu Üniversitesi Yayını No:1572, Eskişehir-
- Işık, H. (2005). *Çok Uluslu Şirketlerde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- İmregün, O. (1989). *Anonim Ortaklıklar*, 4. Baskı, İstanbul, (Anonim Ortaklıklar).
- İmregün, O. (2001). *Kara Ticaret Hukuku Dersleri, Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak*, 12. Baskı, İstanbul, (Kara Ticaret Hukuku).
- İmregün, O. (2003). *Kıymetli Evrak Hukuku, Genel Hükümler-Kambiyo Senetleri-Makbuz Senedi-Varant*, İstanbul, (Kıymetli Evrak).
- Kaneti, S. (1989). *Vergi Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul.
- Karahan, S. (1991). *Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması*, İstanbul, (İmtiyaz).
- Karahan, S. (2013). *Şirketler Hukuku*, 2. Baskı, Konya- (Şirketler Hukuku).
- Karakoç, Y. (2012). *Genel Vergi Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 6. Baskı, Ankara.
- Karayalçın, Y. (1988). *Muhasebe Hukuku, Kavramlar, İlkeler, Başlıca Sorunlar, Yeni Gelişmeler*, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araş. Ens, Ankara.
- Karyağdı, N. (2000). *Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımını*, Ankara, (Kâr Dağıtımını).

- Karyağdi, N. (2002). *Türk Ticaret, Sermaye Piyasası, Kurumlar Vergisi ve Gelir Vergisi Kanunları Kapsamında Kâr Dağıtımı ve Vergilendirilmesi*, İstanbul, (Kâr Dağıtımı ve Vergilendirilmesi).
- Karyağdi, N. (2014). *Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı*, 4. Baskı, İstanbul, (Tüm Yönleriyle Kâr Dağıtımı).
- Kaşkaya, B. E. (2010). *Transfer Fiyatlandırması Uygulamasının Türkiye'deki ve Gelişmiş Ülkelerdeki Yeri*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Keskin Dilşad, A. (2004). *Barter Sözleşmesi*, Ankara.
- Keyman, S. (2002). *Hukuka Giriş*, Ankara.
- Kiliçoğlu, A. (2012). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Genişletilmiş 15. Baskı, Ankara.
- Kiyat, E. L. (2010). *5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na Göre Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul.
- Kizilot, Ş. (2002). *Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye*, Ankara.
- Koyuncu, M. (2005). *Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Uluslararası Transfer Fiyatlandırması*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul.
- Lang, M. (2008). *Tax Compliance Costs for Companies in an Enlarged European Community*, Kluwer Law International.
- Micheler, E. (2010). Disguised Returns of Capital-An Arm's Length Approach, *Cambridge Law Journal*, 69(1).
- Moroğlu, E. (1993). *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, İstanbul, (Hükümsüzlük).
- Moroğlu, E. (2003). *Anonim Ortaklıklarda Esas Sermaye Artırımı*, 2. Baskı, Ankara, (Esas Sermaye).
- Moroğlu, E. (2006). *Makaleler II*, İstanbul, (Makaleler).
- Mutluer, K. (2007). *Vergi Hukuku*, 5. Baskı, Eskişehir.
- Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: I, 10. Baskı, İstanbul, (Borçlar Hukuku-I).
- Oğuzman, M. K. ve Öz, M. T. (2013). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt: II, 10. Baskı, İstanbul, (Borçlar Hukuku-II).
- Okutan Nilsson, G. (2004). *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Sözleşmeleri*, İstanbul, (Pay Sahipleri).

- Okutan Nilsson, G. (2009). *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'na Göre Şirketler Topluluğu Hukuku*, 1. Baskı, İstanbul, (Şirketler Topluluğu).
- Öncel, M. (1978). *Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye*, Ankara.
- Öncel, M., Kumrulu, A. ve Çağan, N. (2000). *Vergi Hukuku* (8. Baskı), Ankara.
- Özelmacikli, B. (2010). *Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Türkiye Uygulamaları*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Antalya.
- Özer, I. (2013). *Türk ve Yabancı Hukuk Sistemlerinde Anonim Şirket Yöneticilerinin Mali Hakları*, Ankara.
- Öztan, B. (2006). *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, Ankara.
- Öztan, F. (2008). *Kıymetli Evrak Hukuku*, Güncelleştirilmiş 15. Baskı, Temmuz.
- Öztaş, Y. (2009). *Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Paklar, S. (1987). *Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Uygulaması*, Genişletilmiş 2. Baskı, İstanbul.
- Pascalis, R. M. ve Scharf, K. (2002). *Transfer Pricing Rules and Competing Governments*, Oxford Economic Papers-54, Oxford University Press.
- Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2005). *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, 10. Baskı, İstanbul, (Ort. ve Koop. Hukuku).
- Poroy, R., Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2014). *Ortaklıklar Hukuku I*, Yeniden Yazılmış 13. Baskı, İstanbul, (Ortaklıklar Hukuku I).
- Pulaşli, H. (2003). *Şirketler Hukuku*, 4. Baskı, Adana, (Şirketler Hukuku).
- Pulaşli, H. (2012). *6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar*, Ankara, (Yeni Şirketler Hukuku).
- Reisoğlu, S. (2004). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 16. Baskı, İstanbul.
- Sevi, A. M. (2012). *Anonim Ortaklıkta Payın Devri*, 2. Baskı, Ankara, (Payın Devri).
- Sevi, A. M. (2013). *Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı*, 1. Baskı, Ankara, (İade Edilmesi Yasağı).
- Seyidoğlu, H. (2002). *Ekonomik Terimler Ansiklopedik Sözlük*, 3. Baskı, İstanbul.
- Şanver, S. (1968). *İşletme Vergiciliği ve Türk Vergi Sistemi*, İstanbul.
- Tandoğan, H. (1992). *Borçlar Hukuku, Özel Borç ilişkileri*, Cilt: I/2, 5. Baskı, İstanbul.

- Taşdelen, N. (2005). *Anonim Ortaklıkta Pay Sahipliği Sifatının Kazanılması*, İstanbul.
- Tekinalp, Ü. (1979). *Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri*, 2. Baskı, İstanbul, (Bilanço).
- Tekinalp, Ü. (2005). *Fikri Mülkiyet Hukuku*, İstanbul, (Fikri Mülkiyet).
- Tekinalp, Ü. (2011). *Tek Kişilik Ortaklık I, Tek Pay Sahipli Anonim Ortaklık*, İstanbul, (Tek Kişilik Ortaklık).
- Tekinalp, Ü. (2011). *Yeni Anonim ve Limited Ortaklıklar Hukuku ile Tek Kişi Ortaklığının Esasları*, 2. Baskı, İstanbul, (Ortaklıklar 2011).
- Tekinalp, Ü. (2013). *Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku*, İstanbul, (Yeni Hukuk).
- Tekinalp, Ü. ve Çamoğlu, E. (2013). *Sermaye Piyasası Kanunu*, 1. Baskı, İstanbul.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Baskı, İstanbul.
- Tunali, F. (2010). *Transfer Fiyatlandırması ve Maliyet Modellerine İlişkin Bir Uygulama*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Turanboy, A. (1998). *Varakasız Kıymetli Evrak*, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Türedi Erdoğan, E. A. (2010). *Türk Vergi Mevzuatı Çerçevesinde Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Vergilendirmesi*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul.
- Yasaman, H. (2013). *Şirketler Hukuku ve Sermaye Piyasası Hukuku İle İlgili Makaleler, Mütalaalar, Birlikli Raporları*, Cilt: II, İstanbul.
- Yildiz, Ş. (2004). *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi*, Ankara.
- Yılmaz, E. (1996). *Hukuk Sözlüğü*, Ankara.
- Yurtman, N. D. (1997). *Anonim Ortaklıklar ve Vergi Hukuku Yönünden İç Kaynaklardan Sermaye Artırımı*, İstanbul.
- Zevkliler, A. (2002). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 7. Baskı, Ankara.
- Zevkliler, A. ve Gökkaya, K. E. (2013). *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 13. Baskı, Ankara.

MAKALELER

- Ağar, S. (2011). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi (İlişkili Kişi), Ankara, *Ankara Barosu Dergisi*, (94), 181.
- Akarca, A. ve Şafak, M. Transfer Fiyatlandırmasının İşleyişine İlişkin Usullerle İlgili Bakanlar Kurulu Kararı Hazırlıkları, *Dünya Gazetesi*, (03.07.2007). <http://www.turmob.org.tr/turmob/basin/14-06-2007.htm>, adresinden 26 Mart 2014'de alınmıştır.
- Akbulak, Y. (2003). Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı ve Yedek Akçeler, *Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal TEKİNALP'e Armağan*, İstanbul,: I, 171.
- Akbulak, Y. (2011). Yeni Bir Kurum: Şirketler Topluluğu, *Mali Çözüm Dergisi*, İstanbul, *İSMMM*, 272.
- Akman, Ş. T. (2008). Vergi Hukukunda "Peçeleme" Kavramının Hukuksal ve Sosyolojik Analizi, Ankara, *Ankara Barosu Dergisi*, (66), 28.
- Aktaş, M. (2004). Uluslararası Transfer Fiyatlandırması ve Türk Vergi Mevzuatında Uygulanma Olanakları, Ankara, *Yaklaşım Dergisi*, 211.
- Akyazan, S. (1975). Anonim Ortaklıklarda Paydaşların Müktesep Hakları, Ankara, *BATİDER*, 8(2), s.37.
- Alşan, Z. (1991, Aralık). Kurumlarda Örtülü Kazanç Dağıtımı, *Vergi Dünyası Dergisi*, 124, 48.
- Altınok, D. (2012, Şubat). Hakkın Kötüye Kullanımı Yasağı Altında Peçeleme İşlemlerinin Vergisel Sonucu, *Vergi Dünyası Dergisi*, 366, 28-29.
- Arslan, A. *Yeni SPK Kanunu Yatırımcıyı Nasıl Koruyacak*, SPK web sayfası, www.dunya.com/yeni-spk-kanunu-yatirimciyi-nasil-koruyacak, adresinden 17 Mart 2014'e alınmıştır.
- Arslanlı, H. Anonim Şirkette Pay ve Pay Sahipliği, *İÜHF*, XXIII(1-2), 246 vd, (Pay Sahipliği).
- Ateşli, D. A. (2007, Haziran). Örtülü Sermayenin Örtüsü Açılıyor, *Vergi Sorunları Dergisi*, 52.
- Atik, A. ve Karyağdi, N. (1997, Nisan). Limited Şirketlerde ve Anonim Şirketlerde Kâr Dağıtımı, *Vergi Dünyası Dergisi*, 188, 15.
- Ayaz, G. ve Sönmez, E. (1995, Şubat). Örtülü Kazanç Dağıtımında Hazine Zararı Olup Olmadığı Araştırılabilir mi, *Vergi Dünyası Dergisi*, 162, 24.
- Aydemir, D. (2000, Ekim). Temettü Avansı ve Örtülü Kazanç Dağıtımı, *Vergi Dünyası Dergisi*, (230), 88.
- Aytaç, Z. (1998). *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Kâr Dağıtımı*, Sermaye Piyasası Kurulunun 15. yıl Sempozyumu, Ankara, SPK Yayın No:119, 45.

- Barinir, İ. (2014, Şubat). Yatırım İndirimi Stopajı Kâr payı Stopajı mıdır? *Vergi Dünyası Dergisi*, (390), 52.
- Batun, M. (2010, Nisan). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Muvazaa, *Vergi Dünyası Dergisi*, (344), 67.
- Berzek, A. N. (2002, Ankara). Anonim Ortaklıkta Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Oy Hakkı ve Oy Hakkına Bağlı Diğer Haklar, *AÜEHFD*, VI(1-4), 224.
- Bozgeyik, H. (2000, Ağustos). Halka Açık Şirketlerde Kâr Dağıtımı, *BATİDER*, 20(3), 121.
- Bülbül, D. *Kâr Ortaklara Dağıtılmayıp Sermayeye İlave Edilirse Vergilendirilir mi?*, İSMMMO Yayınları, s.3. archive.ismmmo.org.tr/docs/.../14-65%20duran%20b%C3%BCl.doc, adresinden 14.03.2014).
- Çeker, M. Şirkete Borçlanma Yasağı, *Tebliğ*, s.659-670. <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClteredergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf>, adresinden 20 Temmuz 2014'de alınmıştır.
- Çelikleş, İ. (2003). *Halka Açık Anonim Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Sorunu*, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, adresinden 28 Ağustos 2013'de alınmıştır.
- Çetin, İ. (2009, Ocak). Gider Oluşmasa Dahı Transfer Fiyatlandırması Kapsamında Örtülü Kazanç Aktarımı Gerçekleşir, *Vergi Dünyası Dergisi*, (329), 47. <http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?Ay=1&Yil=2009>, adresinden 05 Aralık 2013'de alınmıştır.
- Çetinkaya, O. (2000, Nisan). Örtülü Kazanç Dağıtımında Hazine Zararı Aranması Doğru Yaklaşımdır, *Yaklaşım Dergisi*, 112, 253.
- Dedeoğaç, E. ve Sapan, O. (2013, Ankara). Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu ve Sorumluluğu, *Ankara Barosu Dergisi*, 39.
- Doğrusöz Koşut, H. Anonim Ortaklık Yöneticilerinin ve Denetçilerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, *Tebliğ*, s.683-696, <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClteredergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf>, adresinden 20 Temmuz 2014'de alınmıştır.
- Doğrusöz, A. B. Transfer Fiyatlandırması Raporu, *Referans Gazetesi*, 05.04.2010. www.bumindogruso.com/m.aspx?id=198, adresinden 01 Aralık 2013'de alınmıştır.
- Doğrusöz, A. B. Transfer Fiyatlandırması Sorunlar, *Referans Gazetesi*, 17.12.2009. www.bumindogruso.com/m.aspx?id=494, adresinden 01 Aralık 2013'de alınmıştır.

- Doğrusöz, A. B. Transfer Fiyatlandırmasının Hukuki Temeli, *Referans Gazetesi*, 20.03.2008. www.muhasabetr.com/ulusalbasin/haber_oku.php?haberid=2531. s.1, adresinden 18 Temmuz 2013'de alınmıştır.
- Ekesan, N. (2013, Haziran). Grup Şirketlerden Temin Edilen Kredi Faizinin Vergisel Durumu, *Yaklaşım Dergisi*, (246), 53.
- Erdem, T. (2012, Haziran). Vergi Hukukunda Finansman Giderlerinin Sınırlandırılması Sorunu, *Maliye Dergisi*, 162.
- Erdem, T. (2013, Eylül). Emsale Uygunluk Değerlendirmesinde Emsal Fiyat Aralığının İşlevi-I, *Yaklaşım Dergisi*, 249, 1.
- Ergüden, E. ve Yildirim, G. (2014, Şubat). Vergi Uygulamalarında Hile, Vergi Denetimlerinde Hile Tespitleri ve Araştırılması, *Vergi Dünyası Dergisi*, (390), 98 vd.
- Ertan, Y. ve Güçenme G. Ü. (2012, Ekim). Türkiye'de Örtülü Sermaye Ve Örtülü Kazanç Dağıtımı: İMKB 50 Endeksinde Bir Uygulama, *Muhasebe ve Finansman Dergisi*, 82.
- Ferhatoğlu, E. ve Köse, T. (2008, Eskişehir). Ortaklardan Alınan Sipariş Avanslarının Örtülü Sermaye Müessesesi Bakımından Değerlendirilmesi, *Mali Çözüm Dergisi*, 89, 33.
- Gençyürek, L. (2000, Ağustos). Örtülü Kazanç Dağıtımı, *Vergi Sorunları Dergisi*, (43), 73.
- Gülhan, N. (2012, Eylül). Faiz ve Kur Farkı Hesaplanmayan Borçlar Örtülü Sermaye Tutarının Hesabında Dikkate Alınabilir mi, *Yaklaşım Dergisi*, (237), 49. (Faiz ve Kur).
- Gülhan, N. (2014, Şubat). Hazine Zararı Tespitinde Karşılaşılan Sorunlar, *Vergi Dünyası Dergisi*, 390, 61 vd. (Hazine Zararı).
- Gündoğdu, B. (2004, Şubat). Sermaye Şirketlerinde Kâr Dağıtımı ve Muhasebeleştirilmesi, *Vergi Dünyası Dergisi*, 279, 55.
- Gündoğdu, B. (2009, Ocak). Muvazaa ve Peçeleme, *Yaklaşım Dergisi*, (193), 27.
- Kaneti, S. Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi, <http://www.muhasabe.gen.tr/mevzuat/vuk/GenelYazilar/md00306.html>, adresinden 19 Temmuz 2013'de alınmıştır.
- Kapusuzoğlu, T. (1998, Eylül). Transfer Fiyatlandırması Nedir, *Vergi Dünyası Dergisi*, 205, 55.
- Kapusuzoğlu, T. (2008, Aralık). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Uygulamasında Hazine Zararı Aranmasının Sakıncaları, *Vergi Dünyası Dergisi*, 323, 28-36.

- Karayalçin, Y. (1990, Ankara). Kanuni Yedek Akçenin İlk Ayrımı Açısından Safi Kâr Kavramı ve Dönem Vergi Borçları, *BATİDER*, 15(3), 138-140.
- Kartaloğlu, E. ve Tekin, C. (2008, Ocak). *Örtülü Sermaye ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Dönem Sonu İşlemleri*, ASMMO Yayınları, s. 41.
- Karyağdı, N. (1999). *Kâr Dağıtımı*, Maliye Hesap Uzmanları Derneği Yayınları, İstanbul, 24.
- Karyağdı, N. (1997, Ocak). GVK Madde 38 Uyarınca Gelir ve Kurumlar Vergisi Mükellefleri Açısından Anonim Şirketlerin Hisse Senedi Satışlarında Maliyet Artışı, *Vergi Dünyası Dergisi*, (185), 153.
- Kaya, A. (2013, İstanbul). Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Artırım Yasağı, Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU'na Armağan, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 196.
- Kaya, İ. (2003). *FASB-IASB Anlaşması ve Global Finansal Muhasebe Standartlarına Doğru*, VI. Türkiye Muhasebe Denetimi Sempozyumu, 13.
- Kayar, İ. Yeni TTK'ya Göre Anonim Şirkette Sermaye Kaybı ve Borca Batıklığın Tespiti ve Sonuçları, *Tebliğ*, s.4-18. <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BCIteredergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf>, adresinden 20 Temmuz 2014'de alınmıştır.
- Keskin, F. (2006, Ocak). Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi ve Peçeleme Kavramı, *Vergi Sorunları Dergisi*, (208), 113.
- Korgun, A. (1999). Bir Temettü Politikası Olarak Temettü Avansı Teorisi ve Türkiye'ye İlişkin Uygulama Önerileri, Ankara, *SPK. Denetleme Dairesi Araştırma Raporu*, XIV-12(6-4), 2.
- Koyuncu, M. (1999, Kasım). Örtülü Kazanç Müessesinde Hazine Zararı Kavramı, *Vergi Dünyası Dergisi*, 219, 8. Vd. (Hazine Zararı).
- Koyuncu, M. (2001, Ağustos). Tespit Edilen Kurumlar Vergisi Matrah Farklarının Kâr Dağıtımına Bağlı Stopaj Müessesesi Açısından İrdelenmesi, *Vergi Dünyası Dergisi*, (240), 67, (Stopaj).
- Koyuncu, M. (2005, Mart). Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Uluslararası Transfer Fiyatlandırması, *Vergi Dünyası Dergisi*, (278), 37, (Transfer Fiyatlandırması).
- Kurt, H. (1991, Aralık). Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Yüksek Mahkemenin Görüşü, *Vergi Dünyası Dergisi*, (124), 2.
- Küçük, S. (2007, Şubat). 5520 Sayılı KVK Uyarınca Örtülü Sermaye Uygulaması, *Yaklaşım Dergisi*, (170), 48.

- Manavgat, Ç. (2013, İstanbul). Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Halka Açık Anonim Ortaklıklara Uygulanması ve Sınırları, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Prof. Dr. Ersin ÇAMOĞLU'na Armağan*, (2), 287 vd.
- Nomer, F. (1998, İstanbul). Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma (Eşit İşlem) İlkesi, *Prof.Dr.Oğuz İMREGÜN'e Armağan*, 471.
- Öcal, M. E. (2009, Şubat). Transfer Fiyatlandırması ve Ticaret Hukuku, *Yaklaşım Dergisi*, 194, 11.
- Öcal, M. E. Gayri Maddi Hak Bedelleri ve Dar Mükellefler, *Vergi Sorunları Dergisi*, 195. 1, http://www.vergisorunlari.com.tr/makale_login.aspx?makale_no=2691, adresinden 03 Eylül 2013'de alınmıştır.
- Öğredik, G. (2007, Şubat). Tasfiyesi Tamamlanan Firmalar Özsermaye Hesaplarına ait Enflasyon Farkları için Vergi mi Ödemek Zorundalar? *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, 45.
- Özdamar, M. ve Doğan, İ. (2013, Eylül). Banka Anonim Şirket Yönetim Kurulu Üyelerinin Borçlanma Yasağı, *Bankacılar Dergisi*, Yıl:24, (86).
- Pekdiñçer, T. Anonim Şirketlerde Yönetim Kurulu Kararlarının Geçerliliği (Özelikle Batıl Yönetim Kurulu Kararları), *Tebliğ*, s.671-679. <http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClteredergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf>, adresinden 20 Temmuz 2014'de alınmıştır.
- Polat, İ. H. (1997, Kasım). Vergi Alacağı Uygulamasının Örtülü Kazanç Dağıtımına Etkisi, *Vergi Dünyası Dergisi*, (195), 105.
- Saday, O. *Basiretli Tacir Gibi Davranma Yükümlülüğü*, http://www.turkhukusitesi.com/makale_139.htm, adresinden 23 Eylül 2013'de alınmıştır.
- Sarıkaya, İ. (1994, Ekim). Ticari Kâr-Mali Kâr Ayrımında Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğ ve Ticari Kârdan Mali Kâra Geçiş, *Vergi Dünyası Dergisi*, 158, 45.
- Sari, H. (2003, Ağustos). Sermaye Artırım Avansı, Örtülü Kazanç Dağıtım ve Örtülü Sermaye, *Vergi Dünyası Dergisi*, (264), 38.
- Sari, H. (2006, Ocak). Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtım Müesseselerinin Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile Bağlamında Değerlendirilmesi, *Vergi Dünyası Dergisi*, (293), 27.
- Savaş, A. (2006). İşletme Vergiciliğinde Bazı Temel Kavramlar, Eskişehirs.1. www.muhasabenet.net/makale_abdullah%20savas_isletme%20vergiciligi, adresinden 12 Eylül 2013'de alınmıştır.
- Savaş, H. H. (2001,Şubat). Örtülü Kazanç Dağıtımında Emsal ve Danıştay'ın Konuya Yaklaşımı, *Yaklaşım Dergisi*, (234), 3.

- Seviğ, V. (1979, Ekim). Türk Vergi Sisteminde Öz Sermaye Kavramı, *Maliye Dergisi*, 41, 93.
- Sezgin, B. (2013, Nisan). Maliyeti Olmayan Borçlanmalar Örtülü Sermaye Hesabında Dikkate Alınır mı, *E-Yaklaşım Dergisi*, 244, 1, <http://uye.yaklasim.com/MagazinDetail.aspx?magazinid=244>, adresinden 24 Temmuz 2013'de alınmıştır.
- Şeker, S. (2008, Nisan). Örtülü Sermaye Kullanımı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Üzerine Bir Değerlendirme, *Yaklaşım Dergisi*, 184, 135.
- Şenlik, E. (2008, Eylül). Transfer Fiyatlandırmasında Hazine Zararının Doğması Şartının Aranmasına Yönelik Değerlendirme ve Tavsiyeler, *Yalkın Mevzuat Dergisi*, 57, 47.
- Şenyüz, D. Peçeleme ve Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar, *Ekonomik Panorama web sayfası*, http://www.ekonomikpanorama.com/yazarlar/pr_dr_dogan_senyuz/12529.html, (son yararlanma tarihi;22.02.2013).
- Tanç Güngör, Ş. ve Yalçinkaya, İ. (2013, Nisan). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Vergisel Açından Değerlendirilmesi, *Yaklaşım Dergisi*, 244, 3.
- Taylar, Y. Vergi Yargılaması Hukukunda İspata İlişkin Genel Esaslar ve Bağlamda Bir Danıştay Kararının Değerlendirmesi, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Türkiye'ye Armağan Projesi*, 5, <http://www.law.ankara.edu.tr/>, adresinden04.08.2013)
- Tekin, A. (2003). Örtülü Kazanç ve Danıştay Kararları, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Isparta, 8(3), 34.
- Tekinalp, Ü. (1988). Evraksız Kıymetli Evraka veya Kıymet Haklarına Doğru, *Ankara, BATİDER*, XIV, 3, (Evraksız Kıymetli Evrak).
- Teoman, Ö. (1973, İstanbul). Anonim Ortaklık Hukukunda Payın (Birim-Nominal) Değerinin Oy Hakkının Saptanmasındaki İşlevi ve Türk Sistemi, *Arslanlı'ya Armağan, İkt. Mal*, XLX(12), 620.
- Tuncer Tokur, Ö. (2008, Ocak). Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında İlişkili Kişi Kavramı ve Grup İçerisinde Hizmetler, *Vergi Dünyası Dergisi*, 317, 172.
- Tuncer, S. (1999, Eylül). Vergi Hukukunda Muvazaa II, *Yaklaşım Dergisi*, (81), 42.
- Tuncer, S. (2008, Ocak). İşletme Vergiciliğinden Vergi Planlamasına Etkisi, *Yaklaşım Dergisi*, 181, 46.
- Uyanık, N. K. (2009, Aralık). Vadeli İşlemlere Transfer Fiyatlandırması Hükümleri mi, Yoksa Örtülü Sermaye Hükümleri mi Uygulanmalıdır, *Yaklaşım Dergisi*, (204), 2.

Ünal, O. K. (1998, Kasım). Sermaye Piyasası Mevzuatında Birinci Temettü ve Sermaye Piyasası Değişiklik Tasarısında Bu Konuda Öngörülen Yenilikler, *Yaklaşım Dergisi*, 64, 43.

Wittendorff, J. *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, www.kluwerlaw.com. s.7, adresinden 19 Şubat 2014'de alınmıştır.

Yazar, F. (2008, Ocak). Peşin Fiyatlandırma Anlaşmaları, *Vergi Dünyası Dergisi*, (317), 147.

Yenall, Ö. (2002). Transfer Fiyatlaması, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Vergilendirme, *İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Maliye Araştırma Merkezi Konferansları Notları*, Seri-41, İstanbul, s.4.

Yılmaz, E. (2013). Kanuna Karşı Hilenin Vergi Hukukundaki Görünümü Olarak Peçeleme Kavramı ve Muvazaa ile Mukayesesi, Ankara, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, XVII(1-2), 172.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

İnternet: <http://www.asosindex.com/journal-article-abstract?id=18498>, adresinden 26 Temmuz 2013'de alınmıştır.

İnternet:

http://www.iymmo.com/iymmo/DOSYALAR/MaliPlatform/2007_39.%20transfer%20fiyat%20-%20ortulu%20kazanc.pdf; adresinden 15 Şubat 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://dosya.marmara.edu.tr/huk/fak%C3%BClitedergisi/2012C.18.S.2/14.oturum.pdf>, adresinden 20 Temmuz 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/2012yayin/2011sonrasikitap/anonimsirketlerde-yonetim-kurulu.pdf>, adresinden 20 Temmuz 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/eski/muhsisteb1ekmuh5c.htm>, adresinden 10 Nisan 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuatek/eski/muhsisteb1ekmuh5a.htm>, adresinden 21 Aralık 2013'de alınmıştır.

İnternet:http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/yayinlar/transfer_fiyatlandirma_2010.pdf, adresinden 25 Ekim 2013'de alınmıştır.

İnternet:http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/yayinlar/transfer_fiyatlandirma_2010.pdf, adresinden 25 Ekim 2013'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1079&type=teblig>, adresinden 30. 07. 2013'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1079&uid=5x1AzzbBsfjPLPg&type=teblig>, adresinden 11 Ekim 2013'de alınmıştır.

İnternet:http://www.isarder.org/isardercom/2014vol6issue1/vol.6_issue.1_article06.full.text.pdfadresinden 11 Ocak 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, (son yararlanma tarihi;28 Ağustos 2013'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.kluwerlaw.com>, adresinden 19 Şubat 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.law.ankara.edu.tr/s.5>,adresinden 04 Ağustos 2013'de alınmıştır.

İnternet:http://www.muhasebenet.net/makale_abdullah%20savas_isletme%20vergiciligi, adresinden 12 Eylül 2013'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.oecd.org/>, adresinden 23 Eylül 2013'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/>, adresinden 09 Kasım 2013'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.oecd.org/newsroom/>, adresinden 11 Şubat 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.pwc.com/gx/en/international-transfer-pricing/assets/itp-2013-final.pdf>, adresinden 11 Şubat 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.quimbee.com/cases/bartle-v-home-owners-co-op>, adresinden 17 Ağustos 2013'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.spk.gov.tr/apps/mevzuat/?submenuheader=-1> adresinden 17 Mart 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.spk.gov.tr/duyurugoster.aspx?aid=20140103&subid=3&ct>, (adresinden 02 Nisan 2014'de alınmıştır.

İnternet:<http://www.vergidunyasi.com.tr/dergiler.php?ay=1&yil=2009>, adresinden 05 Mart 2014'de alınmıştır.

İnternet:<https://www.google.com.tr/#q=Kaya+%C4%B0dil%3A+FASB-IASB+ANLAS%CC>, adresinden 23 Mart 2014'de alınmıştır.

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : Hasan KARSLIOĞLU
Uyruğu : Türkiye Cumhuriyeti
Doğum tarihi ve yeri : 31.12.1970 / Ankara
Medeni hali : Evli
Telefon : 0549 745 28 89
Faks : 0312 442 20 40
e-mail : hasan.karslioglu@sistemglobal.com

Eğitim Derecesi	Okul/Program	Mezuniyet yılı
Yüksek Lisans	Gazi Üniversitesi	2009
Lisans	Kırıkkale Üniversitesi	2002
Lise	Jandarma Hazırlık Okulu	1987

İş Deneyimi, Yıl	Çalıştığı Yer	Görev
Avukat	12 yıl	Serbest

Yabancı Dil

İngilizce iyi seviye

Yayınlar

Hobiler

Aletli Dalış, kayak yapmak, müzik dinlemek, spor yapmak



GAZİ GELECEKTİR..



Gazi gelecektir...

