

HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERDE ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMININ
SERMAYE PİYASASI KANUNU VE KURUMLAR VERGİSİ KANUNU AÇILARINDAN
“İŞLEM” VE “İLİŞKİLİ KİŞİ” UNSURLARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Murat Can PEHLİVANOĞLU

113615054

İSTANBUL BİLGİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
(EKONOMİ HUKUKU)

Prof. Dr. Veliye YANLI

2015

HALKA AÇIK ANONİM ŞİRKETLERDE ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMININ
SERMAYE PİYASASI KANUNU VE KURUMLAR VERGİSİ KANUNU AÇILARINDAN
“İŞLEM” VE “İLİŞKİLİ KİŞİ” UNSURLARI KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

CONCEALED DISTRIBUTION OF CAPITAL IN PUBLICLY-HELD JOINT STOCK
CORPORATIONS IN TURKISH CAPITAL MARKETS LAW AND CORPORATE TAX
LAW: AN APPROACH FROM “TRANSACTION” AND “ASSOCIATED PERSONS”
TERMS’ ASPECTS

Murat Can PEHLİVANOĞLU

113615054

Prof. Dr. Veliye YANLI :
Prof. Dr. Elif SONSUZOĞLU :
Doç. Dr. Gül OKUTAN NILSSON :

Tezin Onaylandığı Tarih :
Toplam Sayfa Sayısı : 126

Anahtar Kelimeler (Türkçe)

- 1) Örtülü Kazanç Aktarımı
- 2) Halka Açık Anonim Şirket
- 3) İşlem
- 4) İlişkili Kişi
- 5) Sermaye Piyasası Hukuku

Anahtar Kelimeler (İngilizce)

- 1) Concealed Distribution of Capital
- 2) Publicly- Held Joint Stock Corporation
- 3) Transaction
- 4) Associated Person
- 5) Capital Markets Law

ÖZET

Örtülü kazanç aktarımına ilişkin olarak Türk hukukundaki temel düzenlemeleri 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yer alan hükümler oluşturmaktadır. Örtülü kazanç aktarımı sermaye piyasası hukukuna kurumlar vergisi hukukundan geçmiş bir müessesedir. Konu kurumlar vergisi hukuku açısından birçok yargı kararı ve çalışma tarafından değerlendirilmiş olmasına karşın, aynısının sermaye piyasası hukuku düzenlemesi açısından söylenmesi mümkün olamamaktadır. Bu durum konunun sermaye piyasası hukuku açısından değerlendirilmesinin yapılmasında kurumlar vergisi hukukundan faydalanılması zorunluluğunu doğurmaktadır. Nitekim çalışmada örtülü kazanç aktarımı iki kanun açısından karşılaştırılarak değerlendirilmiş, değerlendirmeler bu düzenlemelerin kesişiminde yer alan en önemli hukuki yapıyı oluşturan halka açık anonim şirketler üzerinden yapılmıştır.

Halka açık anonim şirketlerin çok sayıda kişinin menfaatini ilgilendiren yapılar olması, bu şirketlerin konu olduğu örtülü kazanç aktarımı faaliyetlerinin çok sayıda kişinin menfaatini etkiliyor olması sonucunu da beraberinde getirmektedir. Türkiye'de halka açık anonim şirketlerin sayısının ve bunlara yatırılan maddi kaynakların miktarının her geçen sene artıyor olması, örtülü kazanç aktarımının ilerleyen dönemde iki kanun açısından da sıkça gündeme gelmesi olasılığını ve dolayısıyla bu çalışmanın önemini artırmaktadır.

Bir faaliyetin örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olup olmadığının tespitinde esas olarak "işlem" ve "ilişkili kişi" unsurları belirleyici olmaktadır. Örtülü kazanç aktarımının gerek sermaye piyasası hukuku gerekse kurumlar vergisi hukuku açısından "işlem" ve "ilişkili kişi" unsurları yönünden benzerlikler taşıması, bir kanun açısından örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olan bir faaliyetin öteki kanun açısından da örtülü kazanç aktarımı sayılması sonucunu doğurabilmektedir. Çalışmada "işlem" ve "ilişkili kişi" unsurları iki kanun açısından karşılaştırılarak incelenmiş, farkları ve kesişimleri üzerine değerlendirmeler yapılmıştır.

ABSTRACT

In Turkish law there are two main regulations on “concealed distribution of capital”; one is in 6362 numbered Capital Markets Law and the other one is in 5520 numbered Corporate Tax Law. Concealed distribution of capital regulation is a subject that is transferred from the corporate tax law system to the capital markets law system. Although there are many court decisions and academic studies on the corporate tax law’s concealed distribution of capital regulation, it is not possible to state the same for the capital markets law regulation. This eventually makes it necessary to use a comparative method and to evaluate the capital markets law regulation by comparing it with the corporate tax law regulation. In this study, concealed distribution of capital subject is examined by comparing both laws’ regulations and by focusing on publicly-held joint stock corporations as these are the most important legal structures that are in the scope of both regulations.

As many people have interests connected with publicly- held joint stock corporations, activities of concealed distribution of capital which are carried out via these corporations affects many people. In Turkey, the number of publicly-held corporations and the money invested in these are increasing every year. Therefore, it is possible to say that the number of concealed distribution of capital activities will increase and thus the importance of this study will also increase in the near future.

“Transaction” and “associated persons” terms are the main determinants that determine if an activity is a concealed distribution of capital or not. As concealed distribution of capital regulations which are in capital markets law and corporate tax law have similarities, an activity that can be stated as a concealed distribution of capital sometimes can also be stated as a concealed distribution of capital for the other law. In this study, “transaction” and “associated persons” terms are evaluated from both laws’ aspects by comparing and evaluations are carried out on the similarities and intersections of these laws.

İÇİNDEKİLER

Özet.....	iii
İçindekiler.....	v
Kısaltmalar cetveli.....	vii
Kaynakça.....	viii
Çevrimiçi kaynakça.....	xiv
Mahkeme kararları dizini.....	xvii
I. Giriş.....	1
II. Halka açık anonim şirket ve düzenlemelerin kesişim kümesi.....	3
A- Halka açık anonim şirket.....	5
B- Halka açık anonim şirketlerin kesişim kümesindeki yeri.....	7
C- Kesişim kümesinde yer alan diğer yapılar.....	8
1. Kolektif yatırım kuruluşları.....	8
2. İştirakler.....	10
3. Bağlı şirketler.....	11
III. Kavramlar.....	13
A- Örtülü kazanç aktarımı.....	13
1. KVK açısından.....	13
a) Transfer fiyatlandırması ile ilişkisi.....	15
b) Gerçekleştirilme sebepleri.....	18
2. SPK açısından.....	20
a) Transfer fiyatlandırması ile ilişkisi.....	22
b) Gerçekleştirilme sebepleri.....	23
3. Hukuki niteliği.....	27
a) Genel olarak.....	27
b) Diğer hukuki niteliklerden farkı.....	30
c) Özel düzenleme niteliği.....	30
d) Terminolojinin nitelikle uyumu.....	32
B- İlişkili kişi.....	35
1. KVK açısından.....	35
2. SPK açısından.....	36
C- İşlem.....	37
1. KVK açısından.....	37
2. SPK açısından.....	38
IV. Örtülü kazanç aktarımı düzenlemeleri ile korunan menfaatler.....	39
A- Düzenlemeler ile korunan genel menfaat.....	39
B- Düzenlemeler ile korunan özel menfaatler.....	41
1. KVK ile korunan özel menfaatler.....	41
a) Hazine gelirinin korunması.....	41
b) Vergi ilkelerinin korunması.....	42
aa) Vergide rekabet tarafsızlığı ve eşitlik ilkeleri.....	43
bb) Vergilemede müdahale ilkesi.....	44
2. SPK ile korunan özel menfaatler.....	45
a) Piyasanın adil, rekabetçi ve güvenli işleyişinin korunması.....	45
aa) Adil ve rekabetçi işleyişin korunması.....	45
bb) Güvenli işleyişin korunması.....	47
b) Yatırımcının korunması.....	49
aa) Sermaye piyasası hukuku ilkeleri açısından.....	49
bb) Şirketler hukuku ilkeleri açısından.....	51
c) Alacaklıların korunması.....	52
d) Şirketin ekonomik kişilik hakkının korunması.....	54
V. Örtülü kazanç aktarımı düzenlemelerinin tarihçesi.....	56
A- Kurumlar vergisi hukuku açısından.....	57
B- Sermaye piyasası hukuku açısından.....	59
VI. KVK'da örtülü kazanç aktarımı.....	60
A- İşlem unsurunun değerlendirilmesi.....	61
1. İşlemin kanundaki ilkeye aykırılığı.....	62
2. İşlem türleri.....	65
a) Mal veya hizmet alım ya da satımı.....	66

b) Mal veya hizmet alım ya da satımı kapsamına giren işlemler.....	68
aa) İmalat ve inşaat işlemleri.....	68
bb) Kiralama ve kiraya verme işlemleri.....	69
cc) Ödünç para alınması ve verilmesi işlemleri.....	70
dd) İkramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler.....	72
B- İlişkili kişi unsurunun değerlendirilmesi.....	73
1. Kurumların kendi ortakları.....	74
2. Kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar.....	75
3. Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar.....	76
4. Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar.....	80
5. Ortakların eşleri.....	81
6. Ortakların veya eşlerinin üstsoyu ve altsoyu, üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları.....	81
7. Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülke veya bölgelerde bulunan kişiler.....	82
VII. SPK'da örtülü kazanç aktarımı.....	83
A- İşlem unsurunun değerlendirilmesi.....	83
1. İşlemin kanundaki ilkelere aykırılığı.....	86
a) Emsallerine uygunluk ilkesine aykırılık.....	86
b) Piyasa teamülleri ilkesine aykırılık.....	89
c) Ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılık.....	91
2. İşlem türleri.....	98
a) Farklı bedel veya şartlar içeren anlaşmalar ya da ticari uygulamalar yapmak ve işlem hacmi üretmek.....	99
b) Mal veya hizmet alımı satımı veya imalat veya inşaat işleri yapılması işlemleri.....	101
c) Kiralama ve kiraya verme işlemleri.....	103
d) Ödünç para verme işlemleri.....	103
e) Aylık, ücret ve ikramiye ödemesi işlemleri.....	104
f) Pasif davranış şeklindeki işlemler.....	104
B- İlişkili kişi unsurunun değerlendirilmesi.....	105
1. Şirketin yönetim bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunduğu gerçek veya tüzel kişiler.....	108
2. Şirketin denetim bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunduğu gerçek veya tüzel kişiler.....	111
3. Şirketin sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunduğu gerçek veya tüzel kişiler.....	111
4. Nüfuz altında bulundurulmuş gerçek veya tüzel kişiler.....	114
VIII. Örtülü kazanç aktarımının KVK ve SPK açılarından karşılaştırılması.....	115
A- Amacın yoruma etkisi açısından karşılaştırılması.....	115
B- İşlem unsuru açısından karşılaştırılması.....	116
C- İlişkili kişi unsuru açısından karşılaştırılması.....	119
D- Düzenlemelerin kesişiminin sonuçları.....	121
IX. Sonuç.....	124

KISALTMALAR CETVELİ

Bkz.	Bakınız
CD	Ceza Dairesi
D.	Daire
E.	Esas
ET	Erişim Tarihi
GVK	Gelir Vergisi Kanunu
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kurulu
K.	Karar
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
m.	Madde
OECD	Organization for Economoc Cooperation and Development/ Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
R.G.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
SPK	Sermaye Piyasası Kanunu
T.	Tarih
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TFRS	Türkiye Finansal Raporlama Standartları
TMK	Türk Medeni Kanunu
TMS	Türkiye Muhasebe Standartları
TTK	Türk Ticaret Kanunu

KAYNAKÇA

- AĞAR, Serkan Transfer Fiyatlandırması(Doktora Tezi), Ankara 2009
- AKBULAK, Sevinç
AKBULAK, Yavuz Türkiye’de Sermaye Piyasası Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul 2004
- AKBULAK, Yavuz “Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı Esasları ve Yedek Akçeler”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt I, İstanbul 2003.
- AKTAŞ, Mehmet “Uluslararası Transfer Fiyatlandırması ve Türk Vergi Sistemindeki Konumu-I”, Yaklaşım, Sayı:130, Ekim 2003
- ARSLANLI, Halil Türk Hukukunda Devletçiliğin Anonim Şirketlerin Ehliyeti Üzerine Tesiri, İstanbul 1942
- ARKAN, Sabih Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011
- ASLAN, Yılmaz
ŞENYÜZ, Doğan
ERGÜN, Mevci İşletme Hukuku, Bursa 2002
- ATANASOV, Vladimir
BLACK, Bernard
CICCOTELLO, Conrad S. “Law and Tunneling”, The Journal of Corporation Law, Vol. 37:1
- ATEŞ, Leyla Transfer Fiyatlandırması ve Vergilendirme, Ankara 2011
- AYDIN, Alihan “SERPK’ya Tabi Olmayan Anonim Ortaklıklarda Sermayeye Eklenebilecek Fonlar Sermayeye Eklenmeksizin Dış Kaynaklardan Sermaye Artırımı Yapılamaması Üzerine Düşünceler”, BATIDER Aralık 2013
- AYTAÇ, Zühtü “Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu”, BATIDER Aralık 2013
- BACHNER, Thomas Creditor Protection in Private Companies: Anglo-German Perspectives for a European Legal Discourse, Cambridge 2009
- BEYLİK, Ali “Transfer Fiyatlandırması”, Yaklaşım, Sayı: 142, Ekim 2004
- BIYIK, Recep
KIRATLI, Aydın Giderler ve İndirimler, İstanbul, 2010
- BİLİCİ, Nurettin Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014
- BLACK, Barbara “Behavioral Economics and Investor Protection: Reasonable Investors”, Efficient Markets, University of Cincinnati Collage of Law Scholarship and Publications, Faculty Articles and Other Publications, 2013.

- BLACK, Bernard S. The Legal and Institutional Preconditions For Strong Securities Markets, UCLA Law Review (781) 2001
- BOZGEYİK, Hayri “Halka Açık Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı”, BATIDER Haziran 2000 Cilt XX Sayı 3
- BULUTOĞLU, Kenan Türk Vergi Sistemi, İstanbul 2004
- BULUTOĞLU, Kenan Tepeden Dibe Borsalar, İstanbul 2003. (Borsalar)
- BULUTOĞLU, Kenan Kamu Ekonomisine Giriş: Devletin Ekonomik Bir Kuramı, İstanbul 1997
- CHONG, Alberto
LOPEZ-DE-SILANES, Florencio Overview: Corporate Governance in Latin America”, Investor Protection and Corporate Governance, Firm Level Evidence Across Latin America, Ed. Alberto Chong/Florencio Lopez-de-Silanes, Standord Economics and Finance, 2007.
- CONAC, Pierre- Henri
ENRIQUES, Luca
GELTER, Martin “Constraining Dominant Shareholders’ Self- Dealing: The Legal Framework in France, Germany and Italy”, ECFR 4/2007
- COŞGUN, Özlem Karaman “Anonim Şirketin Temel Nitelikleri ve Kuruluşu”, Şirketler Hukuku, Ed. Sami Karahan, Konya 2012
- ÇELİK, Binnur Vergilemede Müdahale İlkesi, Anayasa ve Gelir Vergisi Hükümleri Açısından İncelenmesi, Ankara 2001
- DERELİOĞLU, Deniz Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç Dağıtımı, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, 1996
- DUMAN, Aysel “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Düzeltme İşlemlerinin Örnek Üzerinde İrdelenmesi”, Vergi Sorunları, Sayı: 234, Mart 2008
- DURSUN, Selma Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul 2010
- EDELMAN, Paul H.
THOMAS, Randall S.
THOMPSON, Robert B. “Shareholder Voting in an Age of Intermediary Capitalism”, ECGI Working Paper No. 246/2014 September 2014
- Ekonomik ve Sosyal Etüdler Konferans Heyeti Sermaye Piyasası Seminerleri, Ekim, Kasım 1963, İzmir, Ankara, İstanbul, İstanbul 1964
- ENRIQUES, Luca
VOLPIN, Paolo “Corporate Governace Reforms in Continental Europe”, Journal of Economic Perspectives, Vol. 21 Winter 2007

- ENRIQUES, Luca
GELTER, Martin
- How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law, Harvard John M.Olin Center for Law, Economics, and Business Fellows' Discussion Paper Series, Discussion Paper No.19
- ERMAN, Sahir
- Şirketler Ceza Hukuku VIII, İstanbul 1993
- EROL, Ahmet
- Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, Ankara 2012
- FIKENTSCHER, Wolfgang
- “İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu(Tekelleri Önleme Hukuku)”, Çev: Tuğrul Ansay, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt X Sayı 3, Haziran 1980
- GENÇYÜREK, Levent
- “Örtülü Kazanç Dağıtımı”, Vergi Sorunları Dergisi, 2000, S.143
- GIBSON, Ronald
GORDON, Jeffrey
- “Controlling Controlling Shareholders”, 152 U. PA. L. Rev. 785 (2003).
- GOSHEN, Zohar
- “The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality”, California Law Review Vol: 91/2, 2003
- GÖNEN, Doruk
- Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı Ve Korunması, (Doktora Tezi)
- GÜNAL, Vural
- Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 1987
- GÜNEY, Necla Akdağ
- “Anonim Ortaklıklarda Eşitlik İlkesi”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII Y. 2014, Sayı 3-4
- GÜVEN, Pelin
- Rekabet Hukuku, Ankara 2008
- HACIMAHMUTOĞLU, Sibel
- The Business Judgment Rule: İş Adamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı? BATIDER C. XXX S. 4, Aralık 2014
- HANSMANN, Henry
KRAAKMAN, Reinier
- “The End of History for Corporate Law”, 89 GEO. L. J. 438, 441 (2001)
- HIRSCH, Ernst E.
- Ticaret Hukuku Dersleri Cilt 2, İstanbul 1940
- KARAHAN, Sami(Ed.)
- Şirketler Hukuku, Konya 2012
- KARASU, Nihat Akar
- “Örtülü Kazanç ve Sermaye”, Banka ve Finans Hukuku, Panel ve Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009
- KAYA, Arslan
- “Halka Açık Ortaklıklarda Örtülü Kazanç Aktarımı Yasası”, İÜHFİM C.LXXI Sayı:2 2013
- KAYAR, İsmail
- “Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO'larda Kar Dağıtımı”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2003.

- KANETİ, Selim “Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi”, Vergi Dünyası, Temmuz 1992, S.131
- KANETİ, Selim Vergi Hukuku, İstanbul1987
- KAPUSUZUOĞLU, Tuncay “Transfer Fiyatlandırması Nedir?”, Vergi Dünyası, Eylül 1998 Sayı 205
- KEAY, Andrew “Stakeholder Theory In Corporate Law: Has It Got What It Takes?”, Richmond Journal Of Global Law And Business, Volume 9 Number 3 Summer 2010
- KIZILOT, Şükrü Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara 2002
- KÖSE, Tunç
FERHATOĞLU, Emrah Transfer Fiyatlandırması(üretim işletmelerinde uygulama), Ankara 2008
- KRAAKMAN, Reiner
ARMOUR, John
DAVIES, Paul
ENRIQUES, Luca
HANSMANN, Henry
HERTIG, Gerard
KOPT, Klaus J.
KANDA, Hideki
ROCK, Edward The Anatomy of Corporate Law, Second Edition, Oxford 2009.
- MOROĞLU, Erdoğan “Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu”, Makaleler 1, İstanbul 2010
- MOROĞLU, Erdoğan “Halka Açık Ortaklıklar”, Makaleler I, İstanbul 2010 (Halka Açık Ortaklıklar)
- NILSSON, Gül Okutan Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009
- OĞUZMAN, M. Kemal
BARLAS, Nami Medeni Hukuk, İstanbul 2008
- ORKUNOĞLU, Işıl Fulya “Transfer Fiyatlandırmasında Yöntem Seçimi”, Vergi Sorunları, Sayı:242, Kasım 2008
- ÖNCEL, Mualla Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Örtülü Kazanç Dağıtımı, Ankara 1970
- ÖNCEL, Mualla
KUMRULU, Ahmet
ÇAĞAN, Nami Vergi Hukuku, Ankara 2013.
- PEHLİVAN, Serdar
GÖKBUNAR, Ali Rıza “Ülkemizde Transfer Fiyatlandırmasının Yol Açtığı Tahmini Kurumlar Vergisi Kaybı”, Yönetim ve Ekonomi, Y.2000, C.17, S.1
- LA PORTA, Rafael
LOPEZ-DE-SILANES, Florencio
SCHLEFFIER, Andrei
VISHNY, Robert Investor Protection and Corporate Valuation, 1999

- POROY, Reha
TEKİNALP, Ünal
ÇAMOĞLU, Ersin
- Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2010
- PULAŞLI, Hasan
- 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012
- PULAŞLI, Hasan
- Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2014
- ROCK, Edward
WACHTER, Michael
- “Corporate Control Transactions”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 152, Dec. 2003
- SADAK, Murat
- Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu(Doktora Tezi), İstanbul 2014
- SAVAŞ, Hüseyin
- Örtülü Kazanç Dağıtımında Emsal ve Danıştayın Konuya Yaklaşımı, Vergi Dünyası, Sayı: 234, Şubat 2001
- SCHÖN, Wolfgang
- “Tax and Corporate Governance: the Legal Approach“, in: Wolfgang Schön (Ed.), Tax and Corporate Governance, Springer, Heidelberg, 2008
- SARI, Hamit
- “Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımı Müesseselerinin Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile Bağlamında Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, S.293, 2006
- SENGİR, Turgut
- “Anonim Ortaklarda Kar Payı Hakkı”, BATIDER Haziran 1973 Cilt VII Sayı 1, Sf.79.
- Sermaye Piyasası Semineri Tertip Heyeti
- Sermaye Piyasası Semineri, 2-5 Aralık 1964, Ankara 1965
- SEROZAN, Rona
- Kişilik Hakkının Korunması ile İlgili Bazı Düşünceler, MHAD 1997
- SEROZAN, Rona
- Tüzel Kişiler/ Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994
- SEVİ, Ali Murat
- Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasası, Doktora Tezi, 2011
- TANDOĞAN, Hulki
- Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C I/1-2, 5.Bası, İstanbul 1988
- TEKİNALP, Ünal
- Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013
- TEKİNALP, Ünal
- Sermaye Piyasası Hukukunun Genel Esasları, 1992
- TEKİNALP, Ünal
- “Sermaye Piyasasının Hukuki Yönü ve Sorunları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 38 Sayı 1-4 (1973).
- TEOMAN, Ömer
- Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler, Türk- Alman Uluslararası Sempozyumu, Beykent Üniversitesi Haziran 2010,

	Ağustos 2011
TURHAN, Salih	Vergi Teorisi ve Politikası, İstanbul 1998
TUNCER, Selahattin	Türkiye’de Sermaye Piyasası(Teori ve Uygulama), İstanbul 1985
ULUSOY, Yılmaz	Anonim ve Limited Şirketlerde Kar Dağıtımı ve Vergilendirme, Ankara 1987
ULUSOY, Yılmaz	Borsa-Piyasa Bankerliği, Sermaye Piyasasında Vergilendirme, Yorum ve Açıklamalı Sermaye Piyasası Kanunu, Ankara 1982
YALTI, Billur	“Transfer Fiyatlandırmasında Vergi Anlaşması Uygulaması”, Vergi Sorunları Sayı:222, Mart 2007
YALTI, Billur	“Çokuluslu İşletmeler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlaması Rehberi”, Vergi Sorunları, Sayı:91, Aralık 1996
YANLI, Veliye	“Anonim Şirketlerin Vergi Borçlarından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Bazı Hususlar”, BATIDER Aralık 2013
YANLI, Veliye	“Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Bir Tasarruf Yapılabilir mi?” İÜHFM 1997, C.LV Sayı:4
YAVUZ, Cevdet ACAR, Faruk ÖZEN, Burak	Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul 2011
YILDIZ, Şükrü	Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004.
ZEVKLİLER, Aydın ACARBEY, Beşir GÖKYAYLA, Emre	Medeni Hukuk, Ankara, 1999

ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

- AVI-YONAH, Rouvan S. Society and the State: A Defense of Corporate Tax, Virginia Law Review Vol:90 No: 5 September 2005, <http://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1044&context=articles>, ET: 10/12/2015
- BERKİ, Osman Fazıl Osman Fazıl Berki, “Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile”, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/993/1557.pdf>, ET: 10/02/2015
- Borsa Trendleri Raporu <http://www.fortuneturkey.com/borsaya-2014te-net-yabanci-girisi-23-milyar-dolar-oldu-6609>, ET: 10/02/2015
- BURKE, John JA Re- Examining Investor Protection in Europe and US, <https://elaw.murdoch.edu.au/index.php/elawmurdoch/article/view/File/38/13>, ET: 10/03/2015
- Çeviri Eşgüdüm Faaliyetleri <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=44332&l=1>, ET: 10/02/2015
- DAM, Kenneth W. Equity Markets, The Corporation, and Economic Development, University of Chicago Law School Coase- Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No: 280 02/2006, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1195&context=law_and_economics, ET: 20/04/2015.
- DJANKOV, Simoen
LA PORTA, Rafael
LOPEZ- DE- SILANES, Florencio
SHLEIFER, Andrei “The Law and Economics of Self-Dealing”, Journal of Finance Economics, Vol. 88 Issue 3, Y.2008, <http://www.doingbusiness.org/~media/FPDKM/Doing%20Business/Documents/Methodology/Supporting-Papers/DB-Methodology-Law-and-Economics-of-Self-Dealing.pdf>, ET: 10/01/2015
- DOĞAN, Fatih “Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı: 56 Yıl: 2005, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-56-103>, ET: 10/12/2014
- EDEN, Laurence “Transfer Pricing and Multinational Enterprise”, The Oxford Handbook of International Business(2.ed), <http://www.voxprofessor.net/eden/Publications/EDEN-OHIB-CHAPTER-12102552.pdf>, ET: 05/12/2014
- ENRIQUES, Luca
GELTER, Martin “How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law”, Harvard John M.Olin Center for Law, Economics, and Business Fellows’ Discussion Paper Series, Discussion Paper No.19, 2006, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=887164, ET: 10/03/2015
- ENRIQUES, Luca
VOLPIN, Paolo “Corporate Governance Reforms in Continental Europe”, Journal of Economic Perspectives Vol.21 Winter 2007, https://business.illinois.edu/aguilera/Teaching/ICC/Enriques_Volpin_2007_JOEP_CopGovReform.pdf, ET: 10/02/2015.
- FREEMAN, M. Edward “Stakeholder Theory of the Modern Corporation”, <http://rintintin.colorado.edu/~vancecd/phl306/Freeman.pdf>, ET: 09.01.2015

- FRIEDMAN, Milton
The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits,
N.Y. Times 13/09/1970,
<http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/firedman-soc-resp-business.html>, ET: 11/03/2015
- Halka Arz ve Borsada İşlem Görme Kılavuzu
http://www.borsaistanbul.com/data/kilavuzlar/Halka_arz_ve_borsada_islem_gorme.pdf, ET: 06/05/2015.
- IRS, Announcement and Report Concerning Advance Pricing Agreements, Issued Pursuant to Pub. L. 106-170, Section 521(b) Announcement 2000-35
<http://www.irs.gov/pub/irs-drop/a-00-35.pdf>, ET: 20/02/2015
- JOHNSON, Simon
LA PORTA, Rafael
LOPEZ-DE-SILANES, Florencio
SCLEIFER, Andrei
Tunneling, The American Economic Review Vol.90 No.2, 2000,
<http://federation.ens.fr/ydepot/semin/texte0506/LOP2006DRO3.pdf>, ET: 05/02/2015
- KARASU, Rauf
“6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Anonim Şirketlerde Emredici Hükümler İlkesi”, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001563/500000552> ET: 10/01/2015.
- KURAN, Timur
The Absence of Corporation in Islamic Law, Origins and Persistence,
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=585687
ET: 18/04/2015
- LEVMORE, Saul
“The Positive Role of Tax Law In Corporate and Capital Markets”, University of Chicago Law School Chicago Unbound Journal, 1987,
http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2573&context=journal_articles, ET: 10/01/2015.
- MCLURE, Charles E
“Transfer Pricing and Tax Heavens: Mending the Revenue Nets of Developing and Transition Countries”, The Challenges of Tax Reform in a Global Economy, Ed: Mark Rider, 2006,
<http://www.iticnet.org/file/document/watch/1662>, ET: 13/01/2015
- NASDAQ Sözlük
<http://www.nasdaq.com/investing/glossary/v/volume>, ET: 10/12/21015
- LA PORTA, Rafael
LOPEZ-DE-SILANES, Florencio
SCHLEFFIER, Andrei
VISHNY, Robert
Investor Protection: Origins, Consequences, Reform, The World Bank Financial Sector Discussion Paper No.1, 1999, Sf.2,
http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/Fs01_web1.pdf, ET: 10/01/2015
- LA PORTA, Rafael
LOPEZ-DE-SILANES, Florencio
SCHLEFFIER, Andrei
Corporate Ownership Around the World,
https://business.illinois.edu/aguilera/Teaching/ICC/LaPorta.etal_1999_JOF_COaroundWorld.pdf, ET: 15/05/2015
- Organization for Economic Co-operation and Development(OECD), Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, B, 1-6
www.oecd.org, ET: 10/01/2014

- Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı Gerekçesi <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>, ET: 10/03/2015
- Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Rehber http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/yayinlar/transfer_fiyatlandirma2010.pdf, ET: 04/01/2015
- Türk Dil Kurumu Elektronik Sözlük <http://www.tdk.gov.tr/>, ET: 02/02/2015
- Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekçe <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/turk%20Oticaret/genel%20gerekce.doc>, ET: 11/03/2015
- UNCTAD Transfer Pricing, United Nations, 1999 <http://unctad.org/en/docs/psiteiid11v1.en.pdf>, ET: 10/03/2015
- URAL, Mehmet Piyasa Ekonomisinde Sermaye Piyasasının Rolü, sf.217 ve Zühtü Aytaç, Sermaye Piyasası Kanunu ve Çok Ortaklı Şirketler, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Fakültesi Dergisi, Yıl 1985 Cilt 40 S. 1, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/449/5064.pdf>, ET: 10/01/2015
- URTIAGA, Maria Guterrez
LACAVE, Maria Isabel Saez "A Contractual Approach to Discipline Self-dealing by Controlling Shareholders", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2440663, ET: 10/02/2015
- YANLI, Veliye Hakimiyet Sözleşmeleri, <http://www.ito.org.tr/itoyayin/SY0083720.pdf>, ET: 23/05/2015
- YENAL, Öncel Transfer Fiyatlaması, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Vergilendirme, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuamk/article/viewFile/1023008709/1023008068>, ET: 10/01/2015

MAHKEME KARARLARI DİZİNİ

Anayasa Mahkemesi Kararları:

Anayasa Mahkemesi E. 2013/24 K. 2013/133 T: 14.11.2013.
 Anayasa Mahkemesi E. 2012/103 K.2013/105 T.03/10/2013.
 Anayasa Mahkemesi E.2000/8 K. 2003/104 K.26/12/2003.
 Anayasa Mahkemesi E. 1984/9 K. 1985/4 T. 18/2/1985.
 Anayasa Mahkemesi E. 1968/38 K.1969/34 R.G. T. 29.01.1970/13412.
 Anayasa Mahkemesi E. 1963/128 K. 1964/8 T. 28/01/1964.

Danıştay Kararları:

Danıştay 3.D E. 2007/3846 K. 2007/4127 T. 12/12/2007
 Danıştay 4.D E. 2004/1777 K. 2005/238 T. 17.2.2005.
 Danıştay 3.D E.1999/4040 K.2001/475 T.27/02/2001.
 Danıştay 4.D E.1999/4482 K.1999/4898 T.22/12/1999.
 Danıştay 4.D E.1998/3459 K.1999/4288 T.25/11/1999.
 Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu E.1995/415 K.1997/6 T.17/01/1997.
 Danıştay 4.D E. 1996/2142 T. 06/11/1996.
 Danıştay 4.D E. 1994/5729 K. 1995/993 T. 08/03/1995
 Danıştay 3.D E.1993/724 K.1994/387 T.10/02/1994.
 Danıştay 4.D E. 1989/762 K. 1990/775 T. 07/03/1990.
 Danıştay 3.D E. 1990/1414 K. 1990/3381 T.10/02/1990.
 Danıştay 4.D E.88/4804 K.88/5013 T.21/12/1988.
 Danıştay 3.D E.1987/308 K.1988/482 T. 13/02/1988.
 Danıştay 3.D E.1987/1688 K.1988/229 T.25/01/1988.
 Danıştay 3.D E.87/1694 K.88/181 T.25/01/1988
 Danıştay 3.D E. 1987/85 K. 1987/2311 T.19/10/1987.
 Danıştay 3. D E. 1980/157 K. 1980/181 T. 13/10/1980.

Yargıtay Kararları:

Yargıtay 11. HD E. 2013/11690 K. 2014/2486 T. 13/02/2014
 Yargıtay 7. CD E. 2011/12736 K. 2012/8459 T. 17.4.2012
 Yargıtay İBK E. 2010/1 K. 2012/1 T. 10/02/2012.
 Yargıtay 11. HD E. 2008/9248 K. 2010/4881 T. 04/05/2010
 Yargıtay 11. HD E. 2010/2541 K. 2010/4736 T. 30.4.2010.
 Yargıtay 11. HD E. 2005/3321 K. 2006/3772 T. 10/04/2006.
 Yargıtay HGK E. 1978/11-773 K. 1980/2310 T. 17/10/1980
 Yargıtay 11. HD E. 2932 K.2985 T. 03/06/1976.
 Yargıtay HGK E.1966/T-1396/K. 847 T. 29/11/1969.
 Yargıtay İBK E.1964/2 K.1964/4 T.18/11/1964.

Yabancı Mahkeme Kararları:

Burwell v. Hobby Lobby Stores, Supreme Court of United States No: 13-354, 30/06/2014
 SEC v. Texas Sulphur Co, 401 F.2d 833 (2nd Cir. 1968).
 Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668 (Mich. 1919).
 Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward, 17 U.S. 4 Wheat. 518 518 (1819).

I. Giriş

“Örtülü kazanç aktarımı” bir halka açık anonim şirketin bünyesinde kalması gereken bir kazancın(maddi kaynağın), kardan pay verme şeklinde olmaksızın¹, bu şirket ile ilişkili gerçek veya tüzel kişilere aktarılmasını ifade etmektedir². Bu anlamda örtülü kazanç aktarımı kar payı dağıtımına alternatif bir yol olarak işlev görmekte olup³, “şirket hortumlamasının” şekillerinden birini oluşturmaktadır⁴. Nitekim mülga 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu⁵ örtülü kazanç aktarımına “Temettü ve Bedelsiz Payların Dağıtım Esasları” başlıklı 15.madde içerisinde yer vererek konunun kar payı dağıtımı ile bağlantısını ortaya koymuştur⁶.

Anonim şirketlerin icra ettikleri faaliyetler neticesinde elde ettikleri kazançlar ayrı bir hukuk süjesi olan şirketin yine kendisine aittir⁷. Gerek ortakların gerekse anonim şirketin kazancı ile ilişkili diğer kişilerin(yönetim kurulu üyeleri, şirket çalışanları, intifa senedi sahipleri v.b.) bu kazançlar üzerinde sınırlı bir hakkı bulunmaktadır⁸. Zira şirket kazancı ancak kanunlarda yer alan kar payı dağıtımına ilişkin hükümlere uyulmak suretiyle, yine kanunlarda belirtilen kişilere dağıtılabilmektedir. Örtülü kazanç aktarımında ise kazancın bir hukuk süjesinden diğer hukuk süjelerine kanunların öngördüğü şekillerden farklı yollarla dağıtımı söz konusu olmakta ve dolayısıyla kuralların dışına çıkılmaktadır⁹. Bu anlamda örtülü kazanç aktarımı faaliyeti ekonomik açıdan “gerçek olan” ancak hukuki açıdan “gerçek olmayan” bir kar dağıtımı niteliği taşımaktadır¹⁰.

¹ Mualla Öncel/Ahmet Kumrulu/Nami Çağan, Vergi Hukuku, Ankara 2013, s.341.

² Benzer yönde bkz: Mualla Öncel, Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından Örtülü Kazanç Dağıtımı, Ankara 1970, s.1.

³ Şükrü Kızılot, Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara 2002, s.210.

⁴ Kenan Bulutoğlu, Tepeden Dibe Borsalar, İstanbul 2003, s.129.

⁵ R.G. T: 30/07/1981 S:17416.

⁶ İsmail Kayar, “Hisse Senedi Yatırımcısının Korunması Açısından HAAO’larda Kar Dağıtımı”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2003, s.487.

⁷ Öncel, s.1.

⁸ Hayri Bozgeyik, “Pay Sahibinin Hakları ve Borçları”, Şirketler Hukuku, Sami Karahan(Ed.), Konya 2012.

⁹ Benzer yönde: T.C. Danıştay 3.D. E.2007/3846 K.2007/4127 T. 12/12/2007.

¹⁰ Sahir Erman, Şirketler Ceza Hukuku VIII, İstanbul 1993, s.59.

Türk hukukunda örtülü kazanç aktarımına ilişkin olarak iki farklı kanunda iki benzer düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden biri 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda¹¹ diğeri ise 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nda¹² yer almaktadır¹³. Kavram sermaye piyasası hukukuna vergi hukukundan geçiş yaptığından iki düzenlemenin benzerlikler taşıması kaçınılmazdır¹⁴. Nitekim örtülü kazanç aktarımı iki kanun açısından da benzer bir anlama gelmektedir¹⁵. Gerek kanunların kapsamı gerekse örtülü kazanç aktarımına ilişkin düzenlemelerinin benzerliği sebebiyle, bir kanun açısından örtülü kazanç aktarımı sayılan faaliyetin çoğu zaman öteki kanun açısından da örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmesi muhtemeldir. Kavramın sermaye piyasası hukukuna vergi hukukundan geçiş yapmış olması ve SPK'nın KVK'ya nazaran daha yeni bir düzenleme olması, özellikle SPK açısından örtülü kazanç aktarımının kurumlar vergisi hukukundaki tecrübelerden faydalanılarak değerlendirilmesi gerekliliğini doğurmaktadır¹⁶. İki düzenlemenin birbirleriyle karşılaştırılarak değerlendirilmemesi halinde, örtülü kazanç aktarımının ve onun "işlem" ve "ilişkili kişi" unsurlarının doğru şekilde anlaşılması mümkün olamamaktadır.

Bu çalışmada örtülü kazanç aktarımı ile onun "işlem" ve "ilişkili kişi" unsurları incelenecek, değerlendirmeler gerek KVK'ya gerekse SPK'ya tabi hukuki yapılardan en çok öne çıkan olan "halka açık anonim şirketler" üzerinden yapılacaktır. Zira iki düzenlemenin kesişiminde yer alan en önemli hukuki yapıyı

¹¹ R.G. T: 21/06/2006 S: 26205.

¹² R.G. T: 06/12/2012 S: 28513.

¹³ Örtülü kazanç aktarımı KVK'da "örtülü kazanç dağıtım", SPK'da ise "örtülü kazanç aktarımı" şeklinde ifade edilmektedir. Esasen "aktarım" ve "dağıtım" kelimeleri arasında düzenlemelerin anlamını değiştirecek bir fark bulunmamaktadır. SPK'nın KVK'dan altı yıl sonra yürürlüğe girmiş yeni tarihli bir kanun olmasından ötürü bu çalışmada gerek KVK gerekse SPK kapsamında kavram "örtülü kazanç aktarımı" şeklinde ifade edilecektir. Zira kanun koyucunun iradesinin "dağıtım" ifadesinin "aktarım" olarak değişmesi yönünde olduğu varsayılmaktadır.

¹⁴ Yılmaz Ulusoy, Borsa-Piyasa Bankerliği, Sermaye Piyasasında Vergilendirme, Yorum ve Açıklamalı Sermaye Piyasası Kanunu, Ankara 1982, s.77.

¹⁵ Murat Sadak, Sermaye Piyasası Hukukunda Örtülü Kazanç Aktarımı Suçu, Doktora Tezi, 2014, s. XXIV.

¹⁶ Aynı yönde bkz: Nihat Akar Karasu, "Örtülü Kazanç ve Sermaye", Banka ve Finans Hukuku, Panel ve Seminer Notları, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2009, s.359 ve Selman Dursun, Sermaye Piyasasında Gerçeğe Aykırılıktan Doğan Suçlar, İstanbul 2010, s. 348.

halka açık anonim şirketler oluşturmaktadır¹⁷. Nitekim Türkiye’de halka açık anonim şirketlerin sayısının her geçen sene artıyor olması¹⁸, örtülü kazanç aktarımının iki kanun açısından da sıkça gündeme gelmesi ihtimalini ve dolayısıyla da bu çalışmanın önemini artırmaktadır.

II. Halka açık anonim şirket ve düzenlemelerin kesişim kümesi

Örtülü kazanç aktarımı açısından SPK ve KVK’nın kesişim kümesinde yer alan en önemli yapı halka açık anonim şirketler olmakla beraber, bu kümedeki yegâne yapının bu şirketler olmadığı ifade edilmelidir. Kanun koyucu SPK’nın 21.maddesinin kapsamına halka açık anonim şirketler ile birlikte kolektif yatırım kuruluşlarını ve bu iki yapının iştirakleri ile bağlı ortaklıklarını da örtülü olarak kazanç aktarabilecek yapılar olarak almış, bu sayede belirtilen yapılar hem SPK hem de KVK anlamında örtülü kazanç aktarımı düzenlemelerinin uygulama alanına girmiştir¹⁹.

¹⁷ Günümüzde ülkelerin ekonomik gelişmelerini halka açık anonim şirketler olmaksızın sürdüremeyecekleri kabul edilen bir gerçek durumundadır(Kenneth W. Dam, Equity Markets, The Corporation, and Economic Development, University of Chicago Law School Coase- Sandor Working Paper Series in Law and Economics, No: 280 02/2006, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1195&context=law_and_economics, ET: 23/04/2015, s.1 ve 8). Halka açık şirketlerin ve sermaye piyasalarının işlevi Anayasa Mahkemesi’nin E. 2000/8 K. 2003/104 T. 26/12/2003 kararında şu şekilde ortaya konmuştur: “...anonim ortaklıklar, halka arz yoluyla, bir yandan sermayenin tabana yayılmasını sağlamakta, diğer yandan da, alternatif finans yöntemleri arasında en ucuz kaynak niteliğinde olan fonlar ile yeni yatırımlara girebilme olanağına kavuşturmuştur. Borsada işlem görme, tasarrufların atıl fonlarını aktif hale getirmekte ve kısa vadeli fonların uzun vadeli fonlara dönüşmesini sağlamaktadır.”

¹⁸ Dünya Borsalar Federasyonu’nun verilerine göre, Türkiye’de halka açılan şirket sayısı son 10 yılda yüzde 40 artmıştır(<http://www.dunya.com/turkiye-halka-acik-sirket-artisinda-ilk-5te-183096h.htm>, E.T.: 10/03/2015). Sermaye piyasasından kaynak toplama imkanının elde edilmek istenmesinin yanı sıra, sermaye piyasasında işlem görmenin kurumsal kalite, kalıcılık ve devamlılık sağlaması hususları şirketleri halka açılmaya teşvik eden etmenlerdendir. Halka açılmanın faydaları hakkında bkz: Halka Arz ve Borsa İstanbul’da İşlem Görme Kılavuzu, Borsa İstanbul, http://www.borsaistanbul.com/data/kilavuzlar/Halka_arz_ve_borsada_islem_gorme.pdf, ET: 06/05/2015.

¹⁹ Bu çalışmada örtülü kazanç aktarımı ve onun işlem ile ilişkili kişi unsurları sadece halka açık anonim şirketler açısından değerlendirildiği için SPK m.21’de belirtilen diğer yapıların dahil olduğu örtülü kazanç aktarımlarına ilişkin bir değerlendirme yapılmayacaktır. Ancak belirtilen yapıların KVK ve SPK düzenlemelerinin kesişim kümesinde kalması sebebiyle bu bölümde bunlara ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır(bkz. s. 8-12).

Ülkelerin ekonomik ve toplumsal düzeylerinin değişimiyle bağlantılı olarak hukuki çerçeveleri de zaman içerisinde değişmektedir. Bu anlamda kanun koyucunun SPK ve KVK'nın kesişim kümesine belirli hukuki yapıları almasının, Türk sermaye piyasasının mevcut seviyesi ile ilişkili olduğunun ve bu seviyede meydana gelecek değişikliklerin örtülü kazanç aktarımının kapsamının da değişmesini beraberinde getireceği ifade edilmelidir.

Sermaye piyasasında yer alan hukuki yapıların ve bu bunların gerçekleştirdikleri işlemlerin anlaşılabilmesi için öncelikle “sermaye piyasası” kavramının değerlendirilmesi gerekmektedir. Sermaye piyasası kavramı “halkın elindeki tasarrufların menkul kıymetler vasıtasıyla yatırım alanlarına akmasını sağlayan ve ekonomik, mali hatta toplum alışkanlıkları gibi sosyal nitelikteki faktörlerin etkisi altında bulunan bir ortam” olarak tanımlanmaktadır²⁰. Bilindiği üzere “piyasa” kavramı alıcı ve satıcıların bir araya geldiği ve alışverişin gerçekleştiği bir ortamı ifade etmektedir²¹. Ekonomik açıdan piyasaları çeşitli şekilde tasnif etmek ve bu kapsamda mali piyasa, sermaye piyasası, para piyasası, menkul değerler piyasası, kambiyo piyasası ve altın piyasası olmak üzere sıralamak mümkündür²². Piyasa türlerinden biri olan mali piyasa, esasen para ve sermaye piyasasını da içeren üst bir piyasa olarak kabul edilmektedir²³.

Gerek para gerekse sermaye piyasası halkın tasarruflarının toplandığı ortamlar niteliğindedir²⁴. Para piyasası kısa vadeli fon arz ve talebinin karşılaştığı ortamı, sermaye piyasası ise orta ve uzun vadeli fon arz ve talebinin karşılaştığı ortamı ifade etmektedir²⁵. Mali piyasanın içerisinde fon arz edenler(tasarruf sahipleri), fon talep edenler, yatırım ve finansman araçları, yardımcı kuruluşlar ve hukuki ve idari düzen olmak üzere beş temel öge bulunmaktadır²⁶.

²⁰ Sermaye Piyasası Semineri, 2-5 Aralık 1964, Sermaye Piyasası Tertip Heyeti, Ankara 1965, s.3.

²¹ Selahattin Tuncer, Türkiye’de Sermaye Piyasası(Teori ve Uygulama), İstanbul 1985, s.1.

²² Tuncer, s.2.

²³ Tuncer, s.5.

²⁴ Sermaye Piyasası Semineri Aralık 1964, s.246.

²⁵ Zühtü Aytaç, Sermaye Piyasası Hukuku ve Hisse Senetleri, Banka ve Ticaret Hukuku AE, s.1

²⁶ Tuncer, s.3.

Bu çalışmanın konusu açısından halka açık anonim şirketler “fon talep edenler” başlığı altında²⁷, kolektif yatırım kuruluşları ise tasarruf sahipleri açısından “fon talep edenler” ve “fon talep edenler” açısından “fon arz edenler” başlığı altında sınıflandırılabilir. İki yapının yer aldığı sınıflar farklı olmakla beraber ikisinin de iştirakleri ve bağlı ortaklıkları “fon talep edenler” başlığı altına yerleştirilebilir. Ancak halka açık anonim şirketler ile kolektif yatırım kuruluşlarının farklı amaçlara sahip olması, iki yapının bağlı şirketlerine ve iştiraklerine yaklaşımlarını farklılaştırmaktadır. Zira kolektif yatırım kuruluşları iştirak ve bağlı şirketleri temelde rizikoyu dağıtma ve portföy genişliği sağlama amacıyla yaparken²⁸, halka açık anonim şirketler iştirak ve bağlı şirketlere ekonomik faaliyetlerini geliştirmek için sahip olmaktadır. Ancak bu farklılık iştirak ve bağlı şirketlerin “fon talep edenler” altında sınıflandırılması hususunu değiştirmemektedir.

A- Halka açık anonim şirket

“Anonim şirket” kavramı, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız şirket tüzel kişiliğinin kendi malvarlığı ile sorumlu olduğu, pay sahiplerinin yalnızca taahhüt ettikleri sermaye paylarından ve ancak şirkete karşı sorumlu oldukları şirket tipini ifade etmektedir²⁹. Türk hukukunda anonim şirketleri düzenleyen temel kanun olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’na³⁰ (“TTK”) göre, anonim şirketler, şahıs ve sermaye şirketleri olarak iki gruba ayrılan ticaret şirketlerinin sermaye şirketleri alt grubunun içerisinde yer almaktadır³¹.

TTK anonim şirketleri 329.maddesinde tanımlamıştır. Bu tanıma göre anonim şirketler, sermayesi belirli ve paylara bölünmüş olan, borçlarından dolayı yalnız malvarlığıyla sorumlu bulunan ve pay sahiplerinin sadece taahhüt etmiş oldukları

²⁷ Tuncer, s.3.

²⁸ Sermaye Piyasası Hukuku Semineri, Aralık 1964, s.175.

²⁹ Özlem Karaman Coşgun, “Anonim Şirketin Temel Nitelikleri ve Kuruluşu”, Şirketler Hukuku, Ed. Sami Karahan, Konya 2012, s.323.

³⁰ R.G. Tarihi: 14/02/2011 Sayısı: 27846.

³¹ Karahan/Coşgun, s.324.

sermaye payları ile şirkete karşı sorumlu oldukları şirketlerdir. Anonim şirketler kanunen yasaklanmamış her türlü iktisadi amaç ve konular için kurulabilmektedir(TTK m.331). TTK'nın 332.maddesine göre anonim şirketler için esas sermaye tutarı en az 50 bin Türk Lirası olup, kayıtlı sermaye sistemini benimsemiş şirketler için ise bu tutar en az 100 bin Türk Lirasıdır.

Anonim şirketlerin çeşitli açılardan ve bu arada halka açık olup olmama açısından tasnif edilmesi mümkündür³². Bu kapsamda anonim şirketler “kapalı” ve “halka açık” olarak ikiye ayrılabilir³³. Halka açık anonim şirketler SPK'nın 3.maddesinin 1.fikrasının (e) bendinde “payları halka arz edilmiş olan veya halka arz edilmiş sayılan anonim ortaklıklar” şeklinde tanımlanmaktadır. “Halka arz edilmiş sayılan” anonim şirketler SPK'nın 16.maddesinin 1.fikrasında “payları borsada işlem gören ortaklıklar ile pay sahibi sayısı beş yüzü aşan anonim ortaklıklar” olarak ifade edilmektedir. “Halka arz edilmiş olma” ise SPK'nın 3.maddesinin 1.fikrasının (f) bendi gereği bir anonim şirketin paylarının satın alınması için çağrı yapılmış ve bu çağrı sonucunda satış gerçekleşmiş olması anlamına gelmektedir³⁴.

SPK halka açık anonim şirketleri aynı zamanda “ihraççı” olarak da nitelendirmektedir. Kanunun 3.maddesinin 1.fikrasının (ğ) bendine göre “ihraççı” kavramı “Sermaye piyasası araçlarını ihraç eden, ihraç etmek üzere Kurula başvuruda bulunan veya sermaye piyasası araçları halka arz edilen tüzel kişileri ve bu Kanuna tabi yatırım fonlarını” ifade etmektedir.

³² Öğretide Ünal Tekinalp “halka açık anonim şirket” ile “anonim şirketin” birbirlerinden “önemli ve etkileyici unsurlarla ayrılan” farklı yapılar olmadığını belirterek, bu tasnife ilişkin şu değerlendirmeyi yapmaktadır: “...her ikisinin de ‘anonim ortaklık olması’ böyle bir unsur farklılığına olanak tanımaz. HAOO(halka açık anonim ortaklıklar)‘lar, anonim ortaklıkların belki de özellik gösteren tipleri bile değildir. Aksine anonim ortaklık kendileridir, gerçek örnekleridir. Aykırı olan kapalı(aile) anonim ortaklıklarıdır”(Ünal Tekinalp, “Sermaye Piyasasının Hukuki Yönü ve Sorunları”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 38 Sayı 1-4 (1973), <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023005099/1023004638>, ET: 25/04/2015, s.450-451).

³³ Hasan Pulaşlı, 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Yeni Şirketler Hukuku Genel Esaslar, Ankara 2012, s.347.

³⁴ Veliye Yanlı, Anonim Şirketlerin Vergi Borçlarından Kanuni Temsilcilerin Sorumluluğuna İlişkin Bazı Hususlar, BATIDER, Aralık 2013 C.XXIX Sayı 4, s.69-70.

SPK'nın "Kapsam" başlıklı 2.maddesinin 1.fıkrasına göre "Sermaye piyasası araçları, bu araçların ihracı, ihraççılar, halka arz edenler, sermaye piyasası faaliyetleri, sermaye piyasası kurumları, borsalar ile sermaye piyasası araçlarının işlem gördüğü diğer teşkilatlanmış piyasalar, piyasa işleticileri, Türkiye Sermaye Piyasaları Birliği, Türkiye Değerleme Uzmanları Birliği, merkezî takas kuruluşları, merkezî saklama kuruluşları, Merkezî Kayıt Kuruluşu ve Sermaye Piyasası Kurulu bu Kanun hükümlerine tabidir." Bu kapsamda halka açık anonim şirketler SPK'ya tabi hukuki yapılardan biri olarak kabul edilmektedir.

B- Halka açık anonim şirketlerin kesişim kümesindeki yeri

KVK'nın 1.maddesinin 1.fıkrasında kazançları kurumlar vergisine tabi olan kurumlar bentler halinde sayılmış ve (a) bendinde "sermaye şirketleri" bunlardan biri olarak belirtilmiştir. KVK'nın 2.maddesinin 1.fıkrasında "sermaye şirketleri" şu şekilde tanımlanmıştır: "Sermaye şirketleri: 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu 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." Bu hükme göre KVK sermaye şirketlerini 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu³⁵ hükümlerine göre kurulmuş şirketler olarak tanımlamaktadır. Her ne kadar 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu TTK'nın 1533.maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olsa da, 6103 sayılı Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunu'nun³⁶ 7.maddesi gereği KVK tarafından mülga kanununa yapılan bu yollama TTK'ya yapılmış sayılacaktır. O halde TTK kapsamındaki anonim şirketler, KVK'ya tabi sermaye şirketlerinden biri olarak kabul edilecektir.

Bir anonim şirketin halka açık olup olmama bakımından tasnifi, şirketin kurumlar vergisi tabi olma durumunu değiştirmemektedir. Zira anonim şirketler halka açık

³⁵ R.G. T: 09/07/1956 S: 9353.

³⁶ R.G. T: 14/02/2011 S:27846.

olsun ya da olmasın bir sermaye şirketi niteliğindedir. Nitekim SPK'nın 2.maddesinin 2.fıkrasında yer alan “Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağına belirtildiği hâllerde genel hükümler uygulanır” hükmü, anonim şirketlerin SPK'nın kapsamındayken de TTK'ya tabi olmaya devam ettiklerini göstermektedir³⁷. TTK'ya tabi anonim şirketler KVK'ya tabi olduğundan, halka açık anonim şirketlerin de KVK'ya tabi olması kaçınılmazdır.

Halka açık anonim şirketler gerek SPK gerekse KVK kapsamında bulunan, yani bu kanunların “kesişim kümesinde” yer alan hukuki yapılardır³⁸. Bu nedenle kural olarak iki kanunun düzenlemelerine de uygun davranmakla yükümlüdürler. Örtülü kazanç aktarımı her iki kanunda da düzenlendiğine göre, halka açık anonim şirketler iki düzenlemeye de tabi durumdadır.

C- Kesişim kümesinde yer alan diğer yapılar

1. Kolektif yatırım kuruluşları

Sermaye piyasalarının çok gelişmiş olduğu ülkelerde dahi yatırımcılar bu piyasada yer alan kuruluşları izleyerek karlılık yaratan bir yatırım politikası yürütecek bilgi ve zamana sahip değillerdir³⁹. Ayrıca yatırımcıların tasarrufları yeterli büyüklükte olmaması sebebiyle bunların bireysel olarak değerlendirilmesinin hem karlılığı düşük hem de riski yüksektir. Bu nedenle sermaye piyasasında çeşitli yardımcı kuruluşlara ihtiyaç duyulmuş ve bu kapsamda çeşitli kuruluşlar ortaya çıkmıştır⁴⁰. Bu yardımcı kuruluşların aydınlatma hizmeti, risk dağıtma hizmeti, aracılık yüklenimi hizmeti, pazarlama hizmeti ve portföy işletmeciliği hizmeti gibi işlevleri olduğu ifade edilmektedir⁴¹.

SPK'nın 3.maddesinin birinci fıkrasının (m) bendinde kolektif yatırım kuruluşlarının yatırım fonlarını ve yatırım ortaklıklarını ifade ettiği belirtilmiştir.

³⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı E. 2000/8 K.2003/104 T. 26/12/2003.

³⁸ Öncel/Kumrulu/Çağan, s.332.

³⁹ Sermaye Piyasası Semineri, Aralık 1964, s.4.

⁴⁰ Tuncer, s.95.

⁴¹ Tuncer, s.96.

Yine aynı kanunun 35.maddesinde kolektif yatırım kuruluşları “sermaye piyasası kurumları” olarak nitelendirmiştir. Mülga SPK döneminde de yatırım fonları ve yatırım ortaklıkları “sermaye piyasası kurumları” olarak nitelendirilmekle beraber(m.32), bu kanunda sermaye piyasası kurumlarının düzenlendiği 5.Bölüm’ün başlığı 29/04/1992 tarih ve 3794 sayılı Kanunun 20.maddesi ile değiştirilinceye kadar “Sermaye Piyasasında Yardımcı Kuruluşlar” şeklinde yer almıştır. Buradan hareketle, kolektif yatırım kuruluşlarının sermaye piyasası kurumlarından oldukları, temel işlevlerinin fon arz edenler ile fon talep edenler arasındaki bilgi ve fon akımını sağlamak olmasından dolayı⁴², fon arz eden ve fon talep edenlerin sermaye piyasasının asli unsurları olarak sayıldığı bu ortamda sermaye piyasasının yardımcı kuruluşları olarak nitelendirilebilecekleri ifade edilebilecektir.

Kolektif yatırım kuruluşlarının bir türü olan “yatırım ortaklıkları” SPK’nın 48.maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasında yatırım ortaklıkları “sermaye piyasası araçları, gayrimenkul, girişim sermayesi yatırımları ile Kurulca belirlenecek diğer varlık ve haklardan oluşan portföyleri işletmek amacıyla, paylarını ihraç etmek üzere kurulan sabit veya değişken sermayeli anonim ortaklıklardır” olarak tanımlanmıştır. Tüzel kişiliğe sahip bu yapılar yatırımcıların tasarruflarını en iyi yatırım kanallarında değerlendirmelerini sağlamayı ve yatırımcıların risklerini azaltmayı amaçlamaktadır⁴³. Yatırım ortaklıkları esas itibariyle bir “anonim şirket” olduklarından, KVK’nın 2.maddesinin birinci fıkrası gereği KVK’ya ve dolayısıyla örtülü kazanç aktarımı düzenlemesine tabii yapılardan biri olarak kabul edilmektedir⁴⁴.

Kolektif yatırım kuruluşlarının diğer bir türü olan “yatırım fonları” SPK’nın 52.maddesine göre “tasarruf sahiplerinden fon katılma payı karşılığında toplanan para ya da diğer varlıklarla, tasarruf sahipleri hesabına, inançlı mülkiyet esaslarına göre Kurulca belirlenen varlık ve haklardan oluşan portföy veya portföyleri

⁴² Tuncer, s.96.

⁴³ Tuncer, s.131.

⁴⁴ Öncel/Çağan/Kumrulu, s.332.

işletmek amacıyla portföy yönetim şirketleri tarafından fon iç tüzüğü ile kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan mal varlığına” verilen addır. Yatırımcılar bu fona katılımları karşılığında bir katılma payına sahip olmaktadır. KVK’nın 2.maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Bu Kanunun uygulanmasında, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenleme ve denetimine tâbi fonlar ile bu fonlara benzer yabancı fonlar sermaye şirketi sayılır” ifadeleri gereği, yatırım fonları KVK’ya tabi yapılar olarak kabul edilmekte ve dolayısıyla örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin de kapsamına girmektedir⁴⁵.

2. İştirakler

“İştirak” kelimesi sözlükte “katılma” ve “ortaklık” anlamlarına gelmekte olup, hukuken ise bir “pay sahipliği” durumunu ifade etmektedir⁴⁶. Bu kapsamda bir şirketin diğer bir şirkette pay sahibi olması durumunda, payına sahip olunan şirket diğer şirketin “iştiraki” olmaktadır. İştirak kavramı hukuken pay sahipliğini ifade ettiğinden, bir yapının iştirak niteliğinde olabilmesi için bu yapının bünyesinin pay sahipliğine uygun olması gerekmektedir. O halde bir yapının iştirak durumunda olabilmesi için bu yapının hukuki niteliğinin “ticaret şirketi” olması gereklidir. TTK’nın 124.maddesinin birinci fıkrasına göre ticaret şirketleri kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif şirketlerdir.

Bir iştirakin KVK’ya tabiiyetinde bu iştirakin iştirak niteliği önem taşımamaktadır. KVK’nın 2.maddesinin birinci ve ikinci fıkrası gereği ticaret şirketleri içerisinde sadece anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ve kooperatifler KVK düzenlemelerine tabiidir. Dolayısıyla KVK açısından bu yapılar dışarısında kalan bir yapı, bir iştirak niteliğinde olsun ya da olmasın, örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin kapsamında yer almamaktadır.

Bir iştirakin örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi açısından SPK’ya tabiiyeti için ya bu şirketin ortağının bir halka açık anonim şirket olması ya da iştirakin

⁴⁵ Öncel/Çağan/Kumrulu, s.332.

⁴⁶ Türk Ticaret Kanunu Madde Gereçekleri, m.195.

kendisinin bir halka açık anonim şirket niteliğinde olması gerekmektedir. Zira SPK'nın 21.maddesi örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi açısından iştirakin iştirak niteliğine ancak bir halka açık anonim şirket ile bağlantısı bulunması durumunda önem vermektedir.

“İştirak” kavramına farklı düzenlemelerde farklı nitelikler yüklenmesi mümkündür. Örneğin TMS 28'in 3.paragrafında “iştirak” “yatırımcı işletmenin üzerinde önemli etkisinin bulunduğu işletmedir” olarak tanımlanmakta ve dolayısıyla sadece pay sahipliğine bağlı olmayan bir iştirak tanımı getirilmektedir⁴⁷. Benzer şekilde TTK'nın 197.maddesi karşılıklı iştirak için sermaye şirketlerinin birbirlerinin paylarının en az dörtte birine sahip bulunmalarını aramaktadır. Ancak KVK ve SPK açısından “iştirak” kavramına herhangi bir nitelik yüklenmediğinden bu kavramın örtülü kazanç aktarımı düzenlemeleri açısından salt pay sahipliği durumunu ifade ettiğinin kabulü gerekmektedir.

3. Bağlı şirketler

“Bağlı şirket” kavramı TFSR 10'un Ek A bölümünde “başka bir işletme tarafından kontrol edilen bir işletmedir” ve TMS 27'nin 4.paragrafında “adi ortaklıklar gibi tüzel kişiliği olmayan işletmeler de dahil olmak üzere, ana ortaklık tarafından kontrol edilen işletmelerdir” şeklinde tanımlanmaktadır. Kontrol kavramı ise TMS 27'nin 4.maddesinde “bir işletmenin faaliyetlerinden fayda sağlamak amacıyla, söz konusu işletmenin finansal ve faaliyet politikalarını yönetme gücü” şeklinde tanımlanmıştır.

Bağlı ortaklık kavramı TTK açısından incelendiğinde, TTK açısından bu kavramın şirketler topluluğunu düzenleyen 195 ve devamı maddeleri kapsamında yer aldığı görülmektedir. TTK m.195'e göre bir ticaret şirketinin hakimiyeti altında iki ticaret şirketin bulunması halinde, bu iki şirket bağlı şirketler olmakta ve bu üç şirketin oluşturduğu yapıya “şirketler topluluğu” denilmektedir. Buna

⁴⁷ TMS 28, http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TFRS_2015/TMS/TMS28.pdf.

göre TTK bağılı şirketin mutlaka bir ticaret şirketi niteliğinde bulunmasını aramaktadır. SPK'nın 2.maddesinin ikinci fıkrası gereği SPK ve SPK'ya dayanılarak yürürlüğe konan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanmakta olduğundan, bağılı şirket kavramına ilişkin olarak TTK'nın tanımlamasına bağılı kalınması gerekecektir. Bu kapsamda SPK açısından bağılı şirketin bir ticaret şirketi niteliğinde olması gerektiği ifade edilebilecektir.

Bu değerlendirmelerden yola çıkarak “bağılı şirket” kavramının bir şirketin belirli ölçütlere uygun olarak diğer şirketi hakimiyeti altında tutması durumunu ifade ettiği söylenebilecektir⁴⁸. Bu tanım gereği ortada bir bağılı şirketin bulunabilmesi olabilmesi için ona hakim bir şirketin bulunması gerekmektedir.

Bir bağılı şirketin KVK'ya tabiiyetinde bu bağılı şirketin “bağılı şirket” niteliği önem taşımamaktadır. KVK'nın 2.maddesinin birinci ve ikinci fıkrası gereği ticaret şirketleri içerisinde sadece anonim, limited, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ve kooperatifler KVK düzenlemelerine tabiidir. Dolayısıyla KVK açısından bu yapılar dışarısında kalan bir yapı, bir bağılı şirket niteliğinde olsun ya da olmasın, örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin kapsamında yer almamaktadır.

Bağılı şirket kavramı iştirak kavramı ile karşılaştırıldığında, her iştirak ilişkisi şirkete hakimiyet imkanı sağlamadığından her iştirakin aynı zamanda bağılı şirket olmasının zorunlu olmadığı ortaya çıkmaktadır. Benzer şekilde her bağılı şirketin aynı zamanda bir iştirak olması da zorunlu değildir. Örneğin bir halka açık anonim şirketin bir başka şirketi TTK'nın 195.maddesinin 1. fıkrasının (b) bendi kapsamındaki bir “hakimiyet sözleşmesi gereği” hakimiyeti altında tutması durumunda, sermaye açısından bir katılım bulunmadığından hakimiyet altındaki şirket bir “bağılı şirket” olacak ancak bir “iştirak” olmayacaktır⁴⁹.

⁴⁸ Pulaşlı, Şirketler, s.222.

⁴⁹ Ticaret Sicil Yönetmeliği'nin 106.maddesinin birinci fıkrasına göre “Hâkimiyet sözleşmesi, aralarında doğrudan veya dolaylı iştirak ilişkisi bulunmayan, bulunsa bile bu ilişkiden bağımsız ve

IV. Kavramlar

A- Örtülü kazanç aktarımı

1. KVK açısından

Kurumlar vergisi kurum gelirlerini vergilendiren dolaysız bir vergi niteliğindedir⁵⁰. Bu vergiyi doğuran olay gelirin, kurum kazancının, elde edilmesidir⁵¹. Kurumlar vergisine tabi olan kazançlar 31/12/1960 tarihli ve 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu'nun⁵²("GVK") 2.maddesinde sayılan ticari kazanç, zirai kazanç, ücret, serbest meslek kazancı, gayrimenkul sermaye iradı, menkul sermaye iradı ve diğer kazanç ve iratlardır. Kurumlar vergisi yönünden yukarıda sayılan kazançların tamamı herhangi bir ayırım yapılmaksızın kurum kazancı olarak nitelendirilerek vergilendirilmektedir⁵³. KVK'nın 32.maddesi gereği kurumlar vergisi kurum kazancı üzerinden yüzde 20 oranında alınmaktadır.

Kurumlar vergisi matrahı GVK'nın ticari kazanç ile ilgili hükümlerine göre saptanmaktadır(KVK m.6). Vergi, kurumların bir hesap dönemi içerisinde elde ettikleri net kurum kazancı üzerinden hesaplanmaktadır. Bu hesaplama kazancın elde edilmesi için katlanılan maliyet ve giderlerin brüt kazançtan düşülmesi

soyutlanmış bir şekilde taraflardan birinin, sermaye şirketi olan diğerinin yönetim organına hiçbir şarta bağlı olmadan talimat verme yetkisini içeren sözleşme" olarak tanımlanmaktadır.

Hakimiyet sözleşmesi bir şirketin kendi yönetimini diğer bir şirkete bıraktığı bir sözleşme niteliğindedir, ancak bu sözleşme hakim şirkete diğer şirketin genel kuruluna müdahale etme yetkisi vermemektedir(Gül Okutan Nilsson, Türk Ticaret Kanunu Tasarısına Göre Şirketler Topluluğu Hukuku, İstanbul 2009, s. 135). Yine, hakimiyet altına alınan şirketin yönetim kurulunun tüm yetkilerinin bu sözleşme ile devredilmesi de gerekmemekte olup, sözleşmenin şirketin alacağı temel kararları belirleyebilecek ölçüde bir müdahaleye imkan tanıması yeterlidir(Veliye Yanlı, Hakimiyet Sözleşmeleri, <http://www.ito.org.tr/itoyayin/SY0083720.pdf>, ET: 23/05/2015, s.7). Hakimiyet sözleşmesinin geçerliliği bu sözleşmenin tescil ve ilanına bağlıdır(TTK m.193/3). TTK'nın 195.maddesinin gerekçesinde bu sözleşmeler ilişkin şu açıklamaya yer verilmiştir: "Birinci fıkranın (b) bendinde ilk planda borçlar hukuku bağlamında hakimiyet sözleşmeleri kastedilmiştir. Bu sözleşmeler temelinde sözleşmesel şirketler topluluğu kurulur. Hakimiyet sözleşmeleri dışındaki sözleşmelerle, meselâ paysahipleri sözleşmeleriyle de hakimiyet sağlanabilir. Hükümdeki "başka bir yolla" ibaresi geniş yoruma olanak sağlamaktadır. Birleşmeler, bölünmeler ve pay alımları da bu ibare içine girebilirler."

⁵⁰ Öncel, s.329.

⁵¹ Öncel, s.331.

⁵² R.G. T: 06/01/1961 S: 10700.

⁵³ Erdoğan Öner, Türk Vergi Sistemi, İstanbul 2015, s.184.

suretiyle gerçekleştirilmektedir⁵⁴. Bu noktada brüt kazançtan indirilecek giderlerin kapsamı önem kazanmaktadır. Brüt kazançtan hangi giderlerin indirileceği GVK'nın 40 ve 41.maddeleri ile KVK'nın 8 ve 11.maddelerine göre tespit edilmektedir⁵⁵.

KVK'nın 11.maddesinde kurum kazancının tespitinde brüt kazançtan düşülmesi kanunen izin verilmeyen indirimler belirtilmektedir. Maddenin 1.fikrasının (c) bendinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların indirim konusu yapılamayacağı ifade edilmektedir. Buna göre kurum kazancının tespitinde kurumlarca örtülü olarak dağıtılan kazançların da dikkate alınması gerekmektedir⁵⁶.

KVK'nın 11.maddesi vergiye tabi kazancın çeşitli işlemlerle azaltılması durumunda, azaltılan bu kazanç kalemlerinin matraha katılmasını emretmektedir⁵⁷. Bu kapsamda sadece "transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançlar" değil, 11.maddede belirtilen diğer kalemler de kazançtan indirim konusu yapılamamaktadır⁵⁸. Vergilendirme devletin temel yetkilerinden biri olduğundan, hangi gelir ve varlıklardan ne ölçüde vergi

⁵⁴ Ahmet Erol, Türk Vergi Sistemi ve Vergi Hukuku, Ankara 2012, s.277.

⁵⁵ Öncel, s.338.

⁵⁶ Selim Kaneti, Vergi Hukuku, İstanbul 1987, s.357.

⁵⁷ Öncel, s.2.

⁵⁸ Bu kapsamda öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizler; örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderler; her ne şekilde ve ne isimle olursa olsun ayrılan yedek akçeler; Kurumlar Vergisi Kanunu'na göre hesaplanan kurumlar vergisi ile her türlü para cezaları, vergi cezaları, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre ödenen cezalar, gecikme zamları ve faizler ile Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre ödenen gecikme faizleri; Kanunlarla veya kanunların verdiği yetkiye dayanılarak tespit edilen hadler saklı kalmak kaydıyla, menkul kıymetlerin itibarî değerlerinin altında ihracından doğan zararlar ile bu menkul kıymetlere ilişkin olarak ödenen komisyonlar ve benzeri her türlü giderler; Kiralama yoluyla edinilen veya işletmede kayıtlı olan; yat, kotra, tekne, sürat teknesi gibi motorlu deniz taşıtları ile uçak, helikopter gibi hava taşıtlarından işletmenin esas faaliyet konusu ile ilgili olmayanların giderleri ve amortismanları; sözleşmelerde ceza şartı olarak konulan tazminatlar hariç olmak üzere kurumun kendisinin, ortaklarının, yöneticilerinin ve çalışanlarının suçlarından doğan maddî ve manevî zarar tazminat giderleri; basın yoluyla işlenen fiillerden veya radyo ve televizyon yayınlarından doğacak maddî ve manevî zararlardan dolayı ödenen tazminat giderleri; her türlü alkol ve alkollü içkiler ile tütün ve tütün mamullerine ait ilan ve reklam giderlerinin % 50'si, kazançtan indirim konusu yapılamamaktadır.

alınacağı⁵⁹, hangi kalemlerin kazançtan indirileceğinin ve hangilerinin indirilemeyeceğinin kapsamını belirlemek yetkisi de kuşkusuz anayasal sınırlar içerisinde devlete aittir. Bu anlamda belirtilen kalemlerin zaman içerisinde değişmesi ve pek tabii “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançlar”ın da gelecekte bu kapsamdan çıkarılmasının mümkün olduğu unutulmamalıdır.

KVK’nın 11.maddesi esasen transfer fiyatlandırması yoluyla kazancın örtülü olarak aktarılmasını değil, bu kazançların kurum kazancından indirilmesini yasaklamaktadır. Bu kapsamda KVK açısından “örtülü kazanç aktarımı” kavramı kurumların kazançlarını küçük göstermek amacıyla kar- zarar hesabını meydana getiren kalemleri gerçeğe aykırı miktarlarda göstermesini ve bunu yaparken kurum bünyesinde kalması gereken bir kazancı kurumlar vergisini ödemeksizin(kurumlar vergisi matrahından kaçırarak) kurumla ilişkili kişilere aktarmasını ifade etmektedir⁶⁰. Bu nedenle KVK açısından örtülü kazanç aktarımına “vergisiz gelir aktarma” denilmesi de mümkündür⁶¹.

a) Transfer fiyatlandırması ile ilişkisi

KVK’nın 11.maddesinin 1.fıkrasının (c) bendinde yer alan ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların kurum kazancının tespitinde indirim olarak kabul edilemeyeceğini ifade eden hükmü takiben “Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı” başlıklı 13.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” hükmüne yer verilmiştir. Hükümden anlaşıldığı

⁵⁹ Anayasa Mahkemesi E. 2012/30 K. 2012/96 T. 15/06/2012.

⁶⁰ Öncel, s.1.

⁶¹ Kenan Bulutoğlu, Türk Vergi Sistemi, İstanbul 2004, s.161.

üzere, KVK kapsamında örtülü kazanç aktarımı transfer fiyatlandırması kavramı ile birlikte değerlendirilmektedir.

KVK açısından örtülü kazanç aktarımı, transfer fiyatlandırması yoluyla gerçekleştirilen bir faaliyettir⁶². Kurumlar vergisi hukuku, transfer fiyatlandırması yoluyla gerçekleştirilen işlemler haricindeki işlemleri örtülü kazanç aktarımı olarak kabul etmemektedir.

Transfer fiyatlandırması hukuki olmaktan çok ekonomik bir kavramdır. Bir işletmenin mal ve hizmetler ile gayri maddi varlıklarını kendi bölümleri arasında transfer ederken kullandığı fiyat “transfer fiyatı” olarak nitelendirilmekte, transfer fiyatının tespit edilme sürecine de “transfer fiyatlandırması” denilmektedir⁶³. Bu tanımda yer alan “işletme” kavramı, TTK’da düzenlenen “ticari işletme” kavramından çok 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda⁶⁴(RKHK) düzenlenen “teşebbüs” kavramına benzemektedir. Teşebbüs kavramı RKHK’nın 3.maddesinde “Piyasada mal veya hizmet üreten, pazarlayan, satan gerçek ve tüzel kişilerle, bağımsız karar verebilen ve ekonomik bakımdan bir bütün teşkil eden birimler” olarak ifade edilmektedir. Bu tanıma göre herhangi bir yapının teşebbüs sayılabilmesi için hukuki bağımsızlıktan çok ekonomik bağımsızlığa sahip olması gerekmektedir. Örneğin hukuki açıdan iki ayrı tüzel kişiliğe sahip olan iki anonim şirketin aynı holdingin bağlı şirketi durumunda olmaları halinde, şirketler ekonomik açıdan holding ve şirketlerinden bağımsız olmadıklarından, bağlı buldukları grupla birlikte tek bir teşebbüs sayılmaktadırlar⁶⁵. Zira bağlı şirket durumundaki anonim şirketler, bağlı buldukları grubun aldığı ekonomik kararlar çerçevesinde hareket edeceklerinden sadece kendi ekonomik amaç ve çıkarlarını benimseyemeyecekler, bu nedenle de ekonomik açıdan farklı bir yapı olarak nitelendirilemeyeceklerdir⁶⁶. Bu kapsamda tek bir teşebbüs olarak nitelendirilen

⁶² Billur Yaltı, Çokuluslu İşletmeler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlaması Rehberi, Vergi Sorunları, Aralık 1996 Sayı 91, s.107.

⁶³ Tunç Köse, Emrah Ferhatoğlu, Transfer Fiyatlandırması(üretim işletmelerinde uygulama), Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara 2008, s.4.

⁶⁴ R.G. T:13/12/1994 S: 22140.

⁶⁵ Pelin Güven, Rekabet Hukuku, Ankara 2008, s.86.

⁶⁶ Güven, s.87.

bir yapı içerisindeki şirketler arasında yapılan işlemler, tek bir teşebbüs tarafından yapılmış sayılacaktır⁶⁷.

Transfer fiyatlandırması tanımında yer alan “işletme” kavramı açısından RKHK'daki “teşebbüs” kavramına ilişkin değerlendirmelerin aynen kabul edilmesi mümkündür. Bu kapsamda işletme kavramının “ekonomik açıdan bir bütün teşkil eden yapıyı” ifade ettiği söylenebilecektir. Buna göre işletmenin “kendi bölümleri” kavramı da “hukuken ayrı kişilikleri bulunmasına rağmen ekonomik açıdan işletmeyle bir bütün sayılan yapılar” anlamına gelecektir⁶⁸. O halde bir anonim şirketin kendisine bağlı bir şirketinin bulunması durumunda, iki şirket tek bir işletme olarak kabul edilecek, dolayısıyla da bağlı şirket o işletmenin bir bölümü olarak nitelendirilecektir.

Bir mal veya hizmet için tespit edilen fiyat, bu mal veya hizmeti ifade(transferde) bulunan kişiler ekonomik bütünlük arz eden bir yapının bileşenleri olarak kabul edilebildikleri ölçüde “transfer fiyatı” olarak nitelendirilebilecektir. Kişiler arasında ekonomik açıdan bir bütünlük arz etme halini ortadan kaldıracak derecede “ilişkisizlik” bulunması halinde, ifa edilen mal veya hizmet için tespit edilen fiyata “transfer fiyatı” denemeyecektir. O halde transfer fiyatlandırmasının, aralarında ancak belirli seviyede bir ilişki bulunan kişiler arasındaki işlemlerde söz konusu olabildiği söylenebilecektir.

Dikkat etmek gerekir ki, transfer fiyatlandırması kendiliğinden bir kazanç aktarma veya vergi kaçırma yöntemi değildir. Sonuçta transfer fiyatlandırması sadece kurumların ilişkili oldukları kişiler ile gerçekleştirdikleri işlemlerde kullandıkları fiyatlandırma yöntemini ifade etmektedir⁶⁹. Vergi kaçırma hususu, transfer fiyatlandırmasının “yapay” şekilde gerçeğe aykırı olarak tespit edilen fiyatlar üzerinden gerçekleştirilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır⁷⁰. Transfer

⁶⁷ Güven, s.88.

⁶⁸ Köse/Ferhatoglu, s.4.

⁶⁹ Laurence Eden, Taxes, Transfer Pricing and MNE, The Oxford Handbook of International Business(2 Ed.), Ed: Alan M.Rugman, Oxford 2009, s. 593.

⁷⁰ Ali Beylik, “Transfer Fiyatlandırması, Yaklaşım”, Sayı: 142, Ekim 2004, s.113.

fiyatlandırması ile işlem yapmak hukuka uygundur. Yasak olan, işlemde kullanılan transfer fiyatlarının “yapay” şekilde gerçeğe aykırı olarak belirlenmesidir⁷¹.

KVK’ya göre gerçeğe aykırı transfer fiyatlandırması ile yapılan işlemler, işlemlerin tarafları arasında bir miktar kazancın “örtülü” olarak aktarımının gerçekleşmesi sonucunu doğurmaktadır⁷². Kurumlar vergisi hukuku açısından örtülü kazanç aktarımı, transfer fiyatlandırmasının gerçeğe aykırı olarak yapılması suretiyle gerçekleştirilen bir kazanç aktarımı olarak anlaşılmaktadır⁷³. Bir fiyatının hangi kişiler arasındaki işlemlerde “transfer fiyatı” olarak nitelendirilebileceği ve hangi durumda gerçeğe aykırı tespit edildiği sonucuna varılabileceği ise KVK’nın “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı” başlıklı 13.maddesinde cevap bulmaktadır.

b) Gerçekleştirilme sebepleri

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımı, günümüzdeki en önemli vergi sorunlarından biri olarak kabul edilmektedir⁷⁴. Zira sebep olduğu vergi kaybı nedeniyle vergi gelirini ve dolayısıyla milli geliri yakından ilgilendirmektedir⁷⁵. Türkiye’de gerçeğe aykırı transfer fiyatlandırmasının yol açtığı tahmini kurumlar vergisi kaybı miktarı 2007 yılı için yaklaşık 1.73 milyar TL olarak hesaplanmıştır⁷⁶. Bu veri örtülü kazanç aktarımının sıkça başvurulan bir vergi kaçırma yöntemi olduğunu ortaya koymaktadır.

⁷¹ Eden, s.594.

⁷² Mehmet Aktaş, Uluslar arası Transfer Fiyatlandırması ve Türk Vergi Mevzuatındaki Uygulama Olanakları, Ankara 2004, s.24.

⁷³ Işıl Fulya Orkunoğlu, “Transfer Fiyatlandırmasında Yöntem Seçimi”, Vergi Sorunları, Sayı:242, Kasım 2008, s.112.

⁷⁴ Transfer Pricing, UNCTAD Series on issues in international investments agreements, United Nations, New York 1999, <http://unctad.org/en/docs/psiteiid11v1.en.pdf>, E.T.: 10/03/2015, s.3.

⁷⁵ Mehmet Aktaş, “Uluslararası Transfer Fiyatlandırması ve Türk Vergi Sistemindeki Konumu-I”, Yaklaşım, Sayı:130, Ekim 2003, s.84.

⁷⁶ Serdar Pehlivan/Alı Rıza Gökbunar, “Ülkemizde Transfer Fiyatlandırmasının Yol Açtığı Tahmini Kurumlar Vergisi Kaybı”, Yönetim ve Ekonomi C.17 S.1 Yıl: 2000, s.118.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımının sıkça bir vergi kaçırma yöntemi olarak kullanmasının dışsal ve içsel olmak üzere iki sebebi vardır⁷⁷. Dışsal sebebi kurumlar vergisinin kendisi oluşturmaktadır⁷⁸. Şirketlerin net karı üzerinden kurumlar vergisi alınmakta ve bu nedenle kazanç daha hak sahiplerine dağıtılmadan önce önemli miktarda azalmaktadır. Üstelik kurumlar vergisinin yanı sıra şirket karının dağıtılmasından sonra karı elde eden kişilerin bu kazançları üzerinden bir de GVK sebebiyle vergilendiriliyor olması⁷⁹, bu kişilerin gözünde şirket kazancından dolayı çifte vergilendirildikleri düşüncesini yaratmaktadır⁸⁰. Kişiler bu çifte vergilendirilmeden kaçabilmek için de şirket kazancını kendilerine örtülü olarak aktarma yolunu seçebilmektedir⁸¹. Belirtilen nedenler, şirket kazancı üzerinde hak sahibi olan kişileri bu kazançları henüz kurumlar vergisine tabi hale gelmeden önce kendilerine aktarma yoluna sevk edebilmektedir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımının bir vergi kaçırma yöntemi olarak kullanılmasının içsel sebebini ise şirket yöneticilerinin şirket kazancından daha fazla pay alma güdüsü oluşturmaktadır⁸². Şirket yöneticilerinin elde edeceği “kardan pay” gibi ek gelirlerin çoğu zaman şirketin karı ile orantılı olması, yöneticileri kendi birimleri ile gerçekleştirdikleri işlemlerde şirket karını azami seviyeye getirmek amacına uygun transfer fiyatları belirlemeye sevk edebilmektedir. Karın yükseltilmesi şirketi zenginleştirdiğinden, yöneticilerin gerek hukuka uygun şekilde elde edecekleri gelirin gerekse şirketin malvarlığından kendi malvarlıklarına örtülü şekilde aktaracakları meblağın artmasına imkan sağlayabilmektedir⁸³.

⁷⁷ Ateş, s.2.

⁷⁸ Eden, s.593.

⁷⁹ Kar payları, GVK'nın 75.maddesinin 1.fıkrası göre menkul sermaye iradı sayılmakta ve bu kapsamda vergilendirilmektedir.

⁸⁰ Nurettin Bilici, Vergi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2014, s.205.

⁸¹ Ali Murat Sevi, Anonim Ortaklıkta Sermayenin Oluşturulması ve Pay Sahiplerine İade Edilmesi Yasağı, Doktora Tezi, 2011, s.542.

⁸² Eden, s. 593.

⁸³ Yöneticilerin şirketin toplam kazancını artırarak hukuka uygun şekilde elde edeceği geliri artırmayı düşünmeksizin, şirket ile doğrudan kendileri işlemler yaparak, kendilerine kazanç aktarmayı tercih etmeleri de mümkündür. Ancak bu durumda amaç artık kazancın vergi kesintisine uğramaksızın elde edilmesi olmayacaktır. Bu nedenle bu güdü yöneticiler için vergi hukuku

2. SPK açısından

Hukuk düzeni şirketlerin maddi kaynaklarının kullanımının mutlak bir serbestlik içerisinde gerçekleşmesine izin vermemektedir. Şirketlerin kar payı dağıtabilmeleri için belirli şartlara uymalarının gerekmesi(TTK m.509), pay sahiplerinin şirkete borçlanma yasağı(TTK m.358), yönetim kurulu üyelerinin şirkete borçlanma ve işlem yapma yasağı(TTK m.395) ve önemli nitelikteki işlemler için nitelikli karar alınması zorunluluğu(SPK m.23) gibi düzenlemeler şirket kaynaklarının kullanıma yönelik sınırlamalara örnek olarak gösterilebilmektedir.

Şirket kaynaklarının en önemlisi olan şirket kazançlarının kanunların belirlediği şekilde(miktar ve zamanda) belirli menfaat sahiplerine dağıtılmasına ilişkin kuralların mevcudiyeti, kaynaklardan doğrudan faydalanan menfaat sahipleri(ortaklar, yöneticiler v.b.) ile dolaylı olarak faydalanan menfaat sahipleri(işçiler, toplum v.b.) arasında bir “menfaatler dengesi” sağlamakta olduğundan büyük önem taşımaktadır. Ancak tüm kurallar olduğu gibi, şirket kaynaklarından biri olan şirket kazançlarının kullanımına ilişkin kurallar da suiistimale uğrayabilmektedir. Kişiler bu kuralları dolanmak amacıyla çeşitli yollara başvurabilmekte, şirket kazancını kurallara uymaksızın örtülü olarak kendilerine aktarmaya çalışabilmektedir. Bu kapsamda sermaye piyasası hukuku açısından “örtülü kazanç aktarımı” kavramı, şirket kaynaklarının menfaat sahipleri aleyhine kullanılması neticesini doğuran her türlü faaliyeti ifade etmektedir⁸⁴.

SPK'nın “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı” başlıklı 21.maddesinin 1.fikrasında “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

açısından değil sermaye piyasası hukuku açısından bir örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirme sebebidir.

⁸⁴ Benzer yönde bkz: Ömer Teoman, Anonim Şirketler ve Sermaye Piyasası Hukukunda Güncel Gelişmeler, Türk- Alman Uluslararası Sempozyumu, Beykent Üniversitesi Haziran 2010, Ağustos 2011, s.318.

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” ve 2. fıkrasında “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 aktarımı sayılır” ifadeleri yer almaktadır. Bu kapsamda şirketlerin şirket ile ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerin(alışverişlerin) belirli koşulları taşıması aranmakta, işlemlerin bu koşullara uygun olmaması halinde yapılan işlem örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilmektedir.

SPK'nın örtülü kazanç aktarımını yasaklaması, şirketin ihtiyaçlarını kendisi ile ilişkili olmayan kişilerden alması gibi bir zorunluluğun bulunduğu anlamına gelmemektedir⁸⁵. Halihazırda ticaret hayatında şirketler faaliyetlerinin önemli bir kısmını bağlı ortaklıkları veya iştirakleri gibi kendileriyle ilişkili bulunan şirketler ile gerçekleştirmektedir⁸⁶. Halka açık olsun ya da olmasın bir anonim şirketin sadece kendisi ile ilişkili olmayan kişilerle işlem yapması zorunluluğu da mevzuatta bulunmamaktadır⁸⁷. Nitekim SPK'nın örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi de ilişkili kişiler ile işlem yapılmasının engellenmesine değil, bu işlemlerin belli koşullar içerisinde gerçekleşmesinin sağlanmasına hizmet etmektedir. Bu şekilde şirket kaynaklarının kullanımına ilişkin kurallara uygunluk

⁸⁵ Teoman, s.319.

⁸⁶ Bkz: TMS 24, 5.paragraf.

⁸⁷ Arslan Kaya, Halka Açık Anonim Şirketlerde Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/viewFile/1023022293/1023020833>, E.T: 10/03/2015, s. 194. Nitekim bu tür bir zorunluluğun bulunması şirketin Anayasanın 48.maddesi ile güvence altına alınan sözleşme özgürlüğüne bir müdahale anlamına geleceğinden çeşitli tartışmalar yaratabilecektir.

sağlanmakta ve kaynakların en azından “kâğıt üstünde” tüm menfaat sahiplerinin lehine kullanılması temin edilmiş olmaktadır.

a) Transfer fiyatlandırması ile ilişkisi

SPK'nın örtülü kazanç aktarımını düzenleyen 21.maddesinin başlığının “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı” olmasına rağmen, aynı kanunun Sermaye Piyasası Kurulu tarafından yayımlanan İngilizce metninde maddenin başlığı Türkçe’de “Yasadışı Transfer Fiyatlandırması Faaliyetlerinin Yasaklanması” anlamına gelen “Prohibition of Illegal Transfer Pricing Activities” ifadesi şeklinde yer almıştır. İngilizce metinde örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin “transfer fiyatlandırması” ile bağdaştırılması elbette sebepsiz değildir. Bunun sebebinin değerlendirilmesi düzenlemenin niteliğinin saptanması açısından oldukça önemlidir.

Yukarıda belirtildiği üzere transfer fiyatlandırması birbirleriyle belirli bir ilişkiye sahip olan kişiler arasında gerçekleştirilen işlemlerde uygulanan fiyatlandırmayı ifade etmektedir⁸⁸. Bu kapsamda bir işlem için tespit edilen fiyat, işlemin taraflarının ekonomik bütünlük arz eden bir yapının bileşenleri olarak kabul edilebildikleri ölçüde “transfer fiyatı” olarak nitelendirilebilmektedir. SPK'nın 21.maddesinin 1.fikrası örtülü kazanç aktarımının halka açık anonim şirketler ve kolektif yatırım ortaklıkları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının “yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler“ ile yapacakları işlemler suretiyle gerçekleştirilebileceğini belirtmektedir. Bu hükümle düzenleme, örtülü kazanç aktarımının aralarında sadece belirli bir ilişkinin bulunduğu kişiler arasında gerçekleşebileceğini ifade etmiş olmaktadır.

Aralarında belirli bir ilişkinin bulunduğu kişiler arasında gerçekleşen işlemlerde uygulanan fiyatlar transfer fiyatı olarak nitelendirilebildiğine göre, maddede belirtilen kişilerin birbirleri ile yaptıkları işlemlerin transfer fiyatlandırması

⁸⁸ Bkz. s.8.

yoluyla gerçekleştirildiği sonucuna varmak da mantıken mümkündür. Ne var ki SPK'nın 21.maddesi sadece transfer fiyatlandırması yoluyla gerçekleştirilen kazanç aktarımlarını ifade etmemektedir. Maddenin 1.fıkrasında "...farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle" ve 2.fıkrasında "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 aktarımı sayılır" ifadeleri yer almaktadır. Buna göre örtülü kazanç aktarımı, bir mal veya hizmet alım-satımı gibi hukuki bir işlem kadar, bir işlem yapma ya da yapmama gibi basit bir davranış şeklinde de gerçekleştirilebilmektedir⁸⁹. Buna karşılık transfer fiyatlandırması yoluyla bir kazanç aktarımının gerçekleştirilebilmesi için öncelikle ortada bir mal veya hizmet ifasının ve buna bağlı bir fiyatlandırmanın bulunması gerekmektedir. O halde SPK açısından örtülü kazanç aktarımı sadece transfer fiyatlandırması yoluyla gerçekleştirilebilen bir faaliyet olarak nitelendirilemez. SPK açısından transfer fiyatlandırması yoluyla yapılan aktarımlar örtülü kazanç aktarımının ancak bir türü(şekli) olarak kabul edilebilecektir. Bu nedenle SPK'nın İngilizce metninde yer alan madde başlığı hükmün içeriğini ifade etmekte yetersiz olduğu söylenebilecektir.

b) Gerçekleştirilme sebepleri

Hukuk düzeni şirket ortakları ve yöneticileri gibi şirket üzerinde güce sahip kişilerin şirket kaynaklarının ancak sınırlı bir miktardan faydalanmalarına izin vermektedir. Şirket ortakları şirket kaynaklarından kendilerine düşeni kar payı hakkı kapsamında elde ederken, yöneticiler iş veya hizmet sözleşmesi kapsamında

⁸⁹ Öncel, s.32.

ödenen ücretler ve kardan pay gibi ek ödemeler almak suretiyle fayda elde etmektedirler.

Anonim şirketlerde ortakların kardan pay alması bazı koşulların gerçekleşmesine bağlıdır⁹⁰. Bu şirketlerde kar dağıtımının kaynağını kanuna ve esas sözleşmeye göre dağıtılması kararlaştırılan net dönem karı ve serbest yedek akçeler oluşturmaktadır⁹¹. TTK'ya göre anonim şirketlerde kar payı dağıtılabilmesi için, yıllık bilançoya göre oluşan ve hesaplanan(m.508/2) net dönem karından öncelikle kanuni ve isteğe bağlı yedek akçelerin ayrılması gerekmektedir(m.509/2 ve m. 523)⁹². Bu kurallara uymaksızın yapılan kar payı dağıtımı bir nevi sermayenin iadesi anlamına gelmektedir ve bu da TTK m.480/3 ile yasaklanmıştır⁹³. TTK'nın 507.maddesinin 3.fıkrası ile SPK'nın kar dağıtımı konudaki düzenlemelerini saklı tutulmuştur. Nitekim SPK 19.maddesinin 2.fıkrası⁹⁴ ile halka açık anonim şirketlerde kar payı dağıtımına ilişkin esaslar düzenlenmiş ve kar payı dağıtımı için net dönem karından sadece kanunen ayrılması gereken yedek akçelerin ayrılmasını yeterli görmüştür⁹⁵. Kar dağıtımı için TTK'nın ve SPK'nın getirdiği kuralların yanı sıra, şirket kazancının pay sahiplerine dağıtılmadan önce kurumlar vergisine de tabi tutulması ve verginin ödenmesinden sonra kalan kısım üzerinden kar dağıtımının yapılmasının gerektiği

⁹⁰ Yargıtay 11. HD T.20/01/1994 E.1139 K.191.

⁹¹ Bozgeyik/Karahan, s.604.

⁹² Bozgeyik/Karahan, s.606.

⁹³ Bu şekilde TTK sermaye şirketlerinin icra ettikleri faaliyetler sonucunda elde ettikleri kazançların bir kısmının yine şirkette kalmasını sağlamakta, şirket sermayesini(dolayısıyla alacaklıları) korumaktadır. Ayrıca şirketin zorunlu olarak yedek akçe ayırması sayesinde şirket ileriki dönemlerde ortaya çıkabilecek zararlara karşı korunmakta, şirketin faaliyetlerini zarardan etkilenmeden sürdürebilmesine ve ortakların istikrarlı olarak kar payı alabilmesine olanak sağlanmaktadır (Yavuz Akbulak, "Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı Esasları ve Yedek Akçeler", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt 1, İstanbul 2003, s.173).

⁹⁴ M.19/2: "Kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kâr payı ayrılmadıkça başka yedek akçe ayrılmasına, ertesi yıla kâr aktarılmasına ve intifa senedi sahiplerine, yönetim kurulu üyelerine ve ortaklık çalışanlarına kârdan pay dağıtılmasına karar verilemeyeceği gibi, belirlenen kâr payı ödenmedikçe bu kişilere kârdan pay dağıtılamaz."

⁹⁵ Sermaye Piyasası Kurulu Kar Payı Rehberi, s.3-5, <http://www.spk.gov.tr/displayfile.aspx?action=displayfile&pageid=986&fn=986.pdf&submenuheader=-1> , ET: 24/04/2015.

unutulmamalıdır⁹⁶. Bu tablo ortakların kardan pay alabilmesi için tüm koşulların gerçekleştiği durumlarda dahi bu karın ortakların eline geçene kadar bir hayli azaldığını ortaya koymaktadır.

Halka açık anonim şirketlerde yöneticilerin kardan pay alması da tıpkı ortakları gibi teferruatlıdır. SPK'nın 19.maddesinin 2.fıkrası gereği, yöneticilerin kardan pay alabilmesi için önce kanunen ayrılması gereken yedek akçelerin ayrılması ve esas sözleşmede pay sahipleri için belirlenen kar payının dağıtılması gerekmektedir.

Halka açık anonim şirketler üzerinde güce sahip kişiler olan ortaklar ve yöneticiler, şirket kaynaklarını yukarıda belirtilen kapsamda ancak sınırlı bir kısmını kendi malvarlıklarına katabildiklerinden, bunlardan daha fazla yararlanma arzusu taşıyabilmektedirler. Dolayısıyla bu kişiler şirket üzerindeki güçlerini şirket kaynaklarını kendi malvarlıklarına yönlendirme amacıyla kullanabilmektedirler⁹⁷. Ortaklar ve yöneticiler şirketin yararına değil de kendi yararlarına işlemler gerçekleştirmek suretiyle şirket kaynaklarını kişisel malvarlıklarına yönlendirebilmektedir⁹⁸.

Bir şirkette pay sahibi olan kişi bu şirketteki pay oranının düşük olması nedeniyle şirketin elde edeceği kardan daha fazla faydalanmak isterken daha az faydalanmış olacaktır. Bu kişi şirket kaynaklarından daha fazla faydalanabilme amacıyla şirkete kişisel yararına uygun işlemler gerçekleştirmek suretiyle kendisine örtülü olarak kazanç aktartabilecektir. Bu kapsamda doğrudan kendisiyle ya da düşük oranda pay sahibi olduğu şirket ile yüksek oranda pay sahibi olduğu bir şirket arasında işlemler gerçekleştirmek suretiyle, yüksek oranda pay sahibi olduğu şirkete malvarlığı aktararak oradan elde edeceği kazancı yükseltebilecektir. Benzer şekilde kişinin şirketin kar etmediği veya kar dağıtımını yapabileceği serbest

⁹⁶ Danıştay 3.D E.1987/1688 K.1988/229 T.25/01/1988 ve Sermaye Piyasası Kurulu Kar Payı Rehberi, s.3-5.

⁹⁷ Simeon Djankov/Rafael La Porta/Florencio Lopez-de-Silanes/Andrei Schleifer, "The Law and Economics of Self-Dealing", Journal of Finance Economics, Vol. 88 Issue 3, June 2008, s.430.

⁹⁸ Pierre- Henri Conac/Luca Enriques/Martin Gelter, "Constraining Dominant Shareholders' Self-Dealing: The Legal Framework in France, Germany and Italy", ECFR 4/2007, s. 492 ve 495.

yedek akçelerinin bulunmadığı için kar dağıtamayacağı dönemlerde(TTK m.509/2), örtülü kazanç aktarımı yoluyla kendisine “örtülü” olarak kar dağıtımı gerçekleştirmesi de olasıdır.

Yöneticilerin örtülü kazanç aktarımına başvurmalarının arkasında da pay sahiplerinininki ile benzer bir mantık yatmaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere yöneticiler şirketten aldıkları ücret ve kardan pay gibi ek gelirler ile kazanç elde etmektedir. Ancak SPK'nın 19.maddesinin 2.fıkrası nedeniyle kanunen ayrılması gereken yedek akçeler ayrılmadığı ve pay sahiplerine kar payı dağıtılmadığı sürece yönetim kurulu üyelerinin kardan pay dağıtılmasına olanak bulunmamaktadır. Ayrıca bu kişiler çoğunlukla şirket ortağı olmadıklarından ya da sahip oldukları pay oranı çok düşük olduğundan, şirketin geleceğinden çok kısa vadede kendi gelirlerini arttırmak düşüncesindedirler⁹⁹. Bu kapsamda gelirlerini arttırmak üzere şirket kazancını kendi malvarlıklarına aktarma yolunu seçebilmektedirler.

Günümüzde Türkiye’de çoğu halka açık anonim şirket, birçok başka ticaret ortaklıklarının da sahibi olan ve ekonominin belirli alanlarına hükmeden büyük sermaye sahipleri tarafından kurulmaktadır¹⁰⁰. Halkın pay alarak katıldığı bu tür halka açık anonim şirketlerde, şirketin daha çok kar elde etme ve dağıtma amacına aykırı amaçlar gütmesi gündeme gelebilmektedir¹⁰¹. Bu kapsamda halka açık anonim şirketin başka şirketlere kar sağlama aracı durumuna düşmesi ve başka şirketlerin yararına sömürülmesi söz konusu olabilmektedir¹⁰². Nitekim örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin varlığı da bu noktada önem kazanmaktadır¹⁰³.

⁹⁹ Bulutoğlu, Borsalar, s.215.

¹⁰⁰ Moroğlu, “Halka Açık Ortaklıklar”, Makaleler I, İstanbul 2010, s.691.

Benzer durumun ekonomik açıdan gelişmekte olan ülkelerin çoğunda söz konusu olduğu yönünde bkz: “Corporate Ownership around the World”, Rafael La Porta/ Florencio Lopez-de-Silanes/ Andrei Shleifer, https://business.illinois.edu/aguilera/Teaching/ICC/LaPorta.etal_1999_JOFCOaroundWorld.pdf, ET: 15/05/2015, s.472.

¹⁰¹ Moroğlu, Halka Açık Ortaklıklar, s.691.

¹⁰² Bulutoğlu, Borsalar, s. 129.

¹⁰³ Anayasa Mahkemesi Kararı E. 2000/8 K. 2003/104 T. 26/12/2003.

3. Hukuki niteliği

a) Genel olarak

Örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilmesindeki temel amaç belirli kişilerin şirketlerden elde edeceği faydaları azami seviyeye getirmektir. Bu anlamda örtülü kazanç aktarımının konusunu, belirli kişilerin şirket üzerindeki güçlerini kullanarak şirket kaynaklarını kendi malvarlıklarına aktardıkları “kendi yararına işlemler” oluşturmaktadır¹⁰⁴.

Kendi yararına işlemler türleri bakımından ikiye ayrılmaktadır. Bunlardan ilkinin “doğrudan kendi yararına işlemler” olarak nitelendirilen ve şirket ile şirket içerisindeki kişiler arasında yapılan işlemler vasıtasıyla gerçekleştirilen kazanç aktarımları oluşturmaktadır¹⁰⁵. İkincisini ise “dolaylı kendi yararına işlemler” olarak nitelendirilen ve şirket içerisindeki kişilerin şirket ile ilgili kamuya duyurulmamış bilgileri kullanarak daha az bilgili kişiler ile yaptığı işlemler oluşturmaktadır¹⁰⁶. “Örtülü kazanç aktarımı” bu tasnifte ilk türdeki işlemlerin içerisinde bulunmaktadır. Bu açıdan şirketten elde edilecek faydaları azami seviyeye getirme amacına ulaşmadaki tek yolun örtülü kazanç aktarımı olmadığı söylenebilecektir¹⁰⁷.

SPK doğrudan kendi yararına işlemleri “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı” madde başlığıyla 21.maddede, dolaylı kendi yararına işlemleri ise “Bilgi Suiistimali” madde başlığıyla 106.maddede düzenlemiştir. Bunların yanı sıra “Önemli Nitelikteki İşlemler” başlıklı 23’ncü ve “Kurumsal Yönetim İlkeleri” başlıklı 17’nci maddeler ile de kendi yararına işlemlerin denetlenmesi sağlanmaktadır.

Kendi yararına işlemler kapsamında şirket kaynaklarının kişisel malvarlığına yönlendirilmesi faaliyetinin kimin tarafından gerçekleştirildiği, aktarımdan

¹⁰⁴ Djankov/La Porta/Silanes/Shleifer, s.430.

¹⁰⁵ Bernard S.Black, The Legal and Institutional Preconditions For Strong Securities Markets, UCLA Law Review (781) 2001, s.804.

¹⁰⁶ Black, s.804.

¹⁰⁷ Luca Enriques/Paolo Volpin, “Corporate Governance Reforms in Continental Europe, Journal of Economic Perspectives”, Vol. 21 Winter 2007, s.122.

kimlerin faydalandığı ya da hangi amaçla yapıldığı önem taşımamaktadır. Zira her durumda şirket kaynakları bazı kişilerin yararına ve geri kalan menfaat sahiplerinin zararına olarak kullanılmış olmaktadır¹⁰⁸.

Örtülü kazanç aktarımında şirket kazançları kanunların öngördüğü kazanç dağıtımını usulünü kullanılmaksızın kişilerin “kendi yararına işlemler” gerçekleştirmeleri suretiyle dağıtılmaktadır¹⁰⁹. Bu anlamda kazanç, kar dağıtımı şeklinde değil de mal veya hizmet alım ya da satımı gibi bir işlemin gerçekleştirilmesi ya da bunların gerçekleştirilmesinden kaçınılması suretiyle aktarılmaktadır. Nitekim kazanç aktarımının “örtülülüğü” de aktarımının ekonomik hayatta olağan görünen bir işlemin arkasına gizlenmesinde yatmaktadır¹¹⁰.

Örtülü kazanç aktarımında kişiler kendilerine uygulanmasını istemedikleri bir hükümü dolanarak o hükümdeki sonuca başka bir işlem yapmak suretiyle ulaşmaktadır. Durum şu örneklendirilebilecektir: Halka açık bir anonim şirket olan (A) A.Ş. 800 bin TL değerinde bir apartman dairesine sahiptir ve bu daireyi 600 bin TL’ye şirket ortaklarından Bay (B)’ye satmaktadır. Burada taraflar arasında bir taşınmaz alım-satım ilişkisi vardır ve gerek görünüşteki işlem gerekse tarafların gerçekten yapmak istediği ve de yaptığı işlem alım-satımdır. Ancak bu işlemin yapılmasının amacı esasen taşınmazın devri değil, gerçek değer ile satış bedeli arasındaki fiyat farkından doğan 200 bin TL’nin devridir. Olayda 200 bin TL’lik kazancın SPK açısından kar payı dağıtımına ilişkin hükümlere uymadan aktarılması, KVK açısından ise şirket kazancının tespitini sağlayan kalemlerle oynamak suretiyle kazancın vergiden kaçırılması, yani matrahın saptanmasına ilişkin hükümlere uyulmaması söz konusu olmaktadır.

Yukarıda belirtilen işlev ve özellikleri değerlendirildiğinde, örtülü kazanç aktarımının hukuki niteliği itibarıyla “kanuna karşı hilenin” bir örneğini

¹⁰⁸ Simon Johnson/Rafael La Porta/Florencio Lopez-De-Silanes/Scleifer, “Tunneling”, The American Economic Review Vol.90 No.2 Mayıs 2000, s.24.

¹⁰⁹ Conac/Enriques/Gelter, s.502.

¹¹⁰ Şükrü Kızılot, Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara 2002, s.184.

oluşturduğu anlaşılmaktadır¹¹¹. Kavram gerek sermaye piyasası hukuku gerekse vergi hukuku açılarından aynı hukuki niteliği taşımaktadır. Örtülü kazanç aktarımı işleminin hangi hukuk kuralını dolanmak için yapıldığı hususu işlemin “kanuna karşı hile” niteliği açısından bir önem taşımamaktadır.

Bir emredici hukuk kuralının amacına aykırı bir fiile ya da hukuk işlemine uygulanacak yaptırımı bertaraf etmek için, hukuken uygun görünen başka bir yola başvurarak aynı sonuca ulaşmaya “kanuna karşı hile” denmektedir¹¹². Bir başka anlatımla kanuna karşı hile, bir kanun hükmünün diğer hükümlerden faydalanılarak dolanılması anlamına gelmektedir¹¹³. Kanuna karşı hilede, kişilerin, kanun hükümlerinden yararlanma haklarını kötüye kullanmaları söz konusu olmaktadır¹¹⁴. Bu yola başvurulmasının sebebi kişilerin “işlerine gelmeyen” kanun hükümlerinden kurtulmayı istemesidir. Kanuna karşı hilenin mevcut olabilmesi için kanunun izin vermemesine rağmen yapılması arzu edilen bir işlemin bulunması ve arzu edilen sonuca ulaşabilmek üzere yine bu sonuca ulaştırılan başka bir işlemin yapılması, gerçekleştirilen bu “alternatif” işlemin de kanunu bertaraf etmek için yapılmış olması gerekmektedir¹¹⁵.

Vergi hukuku kapsamında örtülü kazanç aktarımının hukuki niteliğine “peçeleme işlemi” de denilebilmektedir¹¹⁶. Peçeleme işlemi, vergi hukukunun vergilendirme konusu yaptığı bir özel hukuk işlemiyle ulaşılmak istenen bir ekonomik sonucu elde etmek amacıyla, bu işlem yerine vergi hukuku anlamında avantaj yaratacak bir başka özel hukuk işleminin yapılmasını ifade etmektedir¹¹⁷. Kanuna karşı hilede olduğu gibi burada da bir ekonomik sonuca vergi hukuku anlamında daha avantajlı olacak başka bir hukuksal biçimle ulaşılmaya çalışılmakta, yani hukuksal kalıplar vergi hükümlerini dolanmak amacıyla kullanılmaktadır. Bu kapsamda

¹¹¹ Serkan Açar, Transfer Fiyatlandırması, Doktora Tezi, 2009, s.255.

¹¹² Kemal Oğuzman/ Nami Barlas, Medeni Hukuk, İstanbul 2008, s.240.

¹¹³ Oğuzman/Barlas, s.241.

¹¹⁴ Oğuzman/Barlas, s.241.

¹¹⁵ Osman Fazıl Berki, Devletler Hususi Hukukunda Kanuna Karşı Hile, <http://acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/993/1557.pdf>, E.T.:10/03/2015, s.409.

¹¹⁶ Öncel/Kumrulu/Çağan, s.342.

¹¹⁷ Öncel/Kumrulu/ Çağan, s.28.

peçeleme işlemi kanuna karşı hilenin bir türünü oluşturmakta olduğundan, örtülü kazanç aktarımının hukuki niteliğine peçeleme işlemi veya kanuna karşı hile denilmesi arasında bir fark bulunmamaktadır¹¹⁸.

b) Diğer hukuki niteliklerden farkı

Örtülü kazanç aktarımı işleminin hukuki niteliğinin muvazaa veya hakkın kötüye kullanılması ile karıştırılması mümkündür. Öncelikle belirtmelidir ki, örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirildiği işlemde bir muvazaa bulunmamaktadır¹¹⁹. Zira örtülü kazanç aktarımında görünüşteki işlem ve gizli işlem olmak üzere iki işlem mevcut değildir. Kişiler yapmak istedikleri işlemi görünüşteki işlem olarak da gerçekleştirmek istemekte¹²⁰ ve bu yapıyı vergi düzenlemelerini veya kar payı dağıtımını düzenlemelerini dolanmak için seçmektedirler.

Örtülü kazanç aktarımının hukuki niteliği hakkın kötüye kullanılması olarak da kabul edilememektedir¹²¹. Zira hakkın kötüye kullanılmasında bir hakkın mevcudiyeti, zarar ve başkasına zarar verme kastı unsurlarının bulunması gerekmektedir¹²². Kanuna karşı hileden farklı olarak hakkın kötüye kullanılmasında saptırılan şey bir hak veya yetkidir¹²³. Burada kişinin hakkını gereğinden daha kapsamlı olarak ve kendisine yararlı olan ölçüyü aşarak başkasına zarar verecek biçimde kullanması söz konusu olmaktadır¹²⁴. Oysa örtülü kazanç aktarımında bir hakkın saptırımı ya da geniş şekilde kullanımı bulunmamaktadır.

c) Özel düzenleme niteliği

Örtülü kazanç aktarımı düzenlemeleri, gerek vergi hukuku gerekse sermaye piyasası hukuku açısından özel düzenleme niteliğindedir. Zira iki kanunun da

¹¹⁸ Selim Kaneti, “Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi”, Vergi Dünyası, Temmuz 1992 S.131, s. 49.

¹¹⁹ Aksi yönde bkz. Kaya, s.202.

¹²⁰ Kaneti, Ekonomik Yaklaşım, s.50.

¹²¹ Ağar, s.402.

¹²² Berki, s.413.

¹²³ Ağar, s. 401.

¹²⁴ Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, Medeni Hukuk, Ankara, 1999, s.179.

örtülü kazanç aktarımına ilişkin herhangi bir düzenleme içermemesi durumunda dahi hukuk düzeni bu tür faaliyetlere müdahale edilmesini sağlayacak özellikteki hükümleri bünyesinde barındırmaktadır.

KVK açısından örtülü kazanç aktarımı faaliyetleri için kullanılabilir düzenleme 213 sayılı Vergi Usul Kanununda¹²⁵(VUK) yer almaktadır. VUK m.3B'nin genel suiistimali önleyici bir düzenleme olarak yer verdiği ve “vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esas alınır” ifadesinde somutlaştırdığı “özün biçime önceliği” ilkesi, örtülü kazanç aktarımının engellenmesi için kullanılmaya uygundur¹²⁶. Ancak düzenleme vergi idaresine herhangi bir ispat kolaylığı sağlamadığından kullanımı KVK m.13'ün yanında oldukça elverişsizdir. KVK'nın örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi neticesinde vergi idaresinin sadece kazancın örtülü olarak aktarıldığını ispatlaması yeterli hale gelmişken, VUK m.3B'yi kullanılacak olsaydı idarece aynı zamanda işlemin vergi matrahını azaltmak amacıyla yapıldığının da kanıtlanması gerekecektir¹²⁷. Oysa KVK'nın 13.maddesi maddede belirtilen koşulları sağlayan özel hukuk sözleşmelerinin kötüye kullanıldığını varsayarak işlemin vergi matrahını azaltma amacını da bulundurduğu yönünde bir adi kanuni karine getirmektedir¹²⁸. KVK düzenlemesi transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımını, koşulları gerçekleştiğinde kanunun öngördüğü bir peçeleme sözleşmesi olarak kabul ederek ispat yükünü vergi idaresinin omuzlarından almış ve aksinin ispatını vergi yükümlüsüne yüklemiştir¹²⁹.

Benzer şekilde SPK'nın 21.madde düzenlemesinin olmaması halinde de örtülü kazanç aktarımına karşı sınırlı da olsa başvurulabilecek hukuki yollar bulunabilecektir. SPK'nın 2.maddesinin 2.fıkrası gereği genel düzenleme

¹²⁵ R.G. T: 10/01/1961 S: 10705.

¹²⁶ Ateş, s.33.

¹²⁷ Ateş, s.33.

¹²⁸ Billur Yaltı, “Transfer Fiyatlandırmasında Vergi Anlaşması Uygulaması”, Vergi Sorunları Sayı:222 Mart 2007, s.9.

¹²⁹ Öncel/Kumrulu/Çağan, s.342 ve bkz. Hamit Sarı, “Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımı Müesseselerinin Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile Bağlamında Değerlendirilmesi”, Vergi Dünyası, Ocak 2006 S.293.

niteliğindeki TTK'da örtülü kazanç aktarımına ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamakla beraber; hakim şirketin sorumluluğu¹³⁰(TTK m.202), yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna gidilmesi(TTK m.553), genel kurul kararının iptali(TTK m.445) veya butlanı(TTK m.447) gibi mekanizmalara yer verilmiştir. Bunların yanı sıra “kanuna karşı hile” müessesesi de örtülü kazanç aktarımına uygulanmaya uygundur. Ancak bu mekanizmalar örtülü kazanç aktarımını doğrudan engelleyici nitelikte değildir. Bu nedenle sermaye piyasası hukukunda konuya ilişkin özel bir düzenleme yapılması, bu alanda artan suiistimaller de göz önüne alındığında¹³¹, haklı bir gerekliliği karşılamaktadır.

d) Terminolojinin hukuki nitelikle uyumu

“Örtülü kazanç aktarımı” kavramının ifade etmek istediği durumu betimlemede ne kadar uygun olduğunun, bir başka deyişle kanun koyucunun terminolojiyi doğru seçip seçmediğinin tartışılması gerekmektedir. Zira öğretilerde örtülü kazanç aktarımını ifade için “gizli kar payı dağıtımı”¹³², “örtülü kar payı dağıtımı”¹³³ ve “kaynak aktarımı yasağı”¹³⁴ gibi farklı kavramların kullanılmasının mümkün olduğu yönünde düşünceler bulunmaktadır.

Örtülü kazanç aktarımının hukuki niteliği kanuna karşı hile olduğundan, esasen “kazanç aktarımı” davranışı için “örtülü” kelimesinin kullanımı, yapılan işlemin bazı hukuk kurallarının uygulamasından kaçılabilmesi için üzeri “örtülen”, gerçek niteliği gizlenen bir durumu ifade etmekte oldukça yerinde bir kullanım olduğu söylenebilecektir. Aynı şekilde kavramda “aktarım”(veya “dağıtım”) kelimesinin kullanılması konusunda da terminolojik açıdan herhangi bir sakıncanın ileri sürülmesi mümkün gözükmemektedir. Ancak kavramda “kazanç” kelimesinin

¹³⁰ Şirket karının herhangi bir şekilde azaltılması TTK m.202 kapsamında yer aldığı ve SPK m.21 ile kesişen noktaları olduğu konusunda bkz. Zühtü Ayaç, Yönetim Kurulu Üyelerinin Hakimiyetin Hukuka Aykırı Kullanılmasından Doğan Sorumluluğu, BATIDER Aralık 2013, s.30.

¹³¹Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı Gerekçesi, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss337.pdf>, s.20.

¹³² Yaltı, s.12.

¹³³ Füsün Nomer, “Anonim Ortaklıkta Eşit Davranma(Eşit İşlem) İlkesi”, Prof. Dr. Oğuz İmregün’e Armağan, İstanbul 1998, s.478.

¹³⁴ Teoman, s.318.

kullanımının, kavramın ifade ettiği durumu tanımlamada terminolojik açıdan ne kadar doğru olduğu üzerine bazı değerlendirilmelerin yapılması yerinde olacaktır.

Örtülü kazanç aktarımı kavramında yer alan “kazanç” kelimesi sözlükte “satılan bir mal, yapılan bir iş veya harcanan bir emek karşılığında elde edilen para, getiri” olarak tanımlanmaktadır¹³⁵. Bu açıdan “kazanç” kelimesi, “maliyet fiyatıyla satış fiyatı arasındaki fark” anlamına gelen “kar” kelimesinden farklı bir anlama sahiptir¹³⁶. Zira bir alım-satım işlemi neticesinde kazanç elde edilmesi, aynı satış işleminden kar elde edildiği anlamına gelmemektedir. Her ne kadar örtülü kazanç aktarımı bunu gerçekleştirenler açısından kar payı dağıtımına alternatif bir yol olarak işlev görmekteyse de, bu faaliyetle aktarılan maddi kaynağın her zaman “kar” olarak nitelendirilmesi hukuken mümkün bulunmamaktadır. Bir halka açık anonim şirketin karı belirli hukuk kurallarına uygun şekilde hesaplanmakta, üstelik TTK’ya göre hazırlanan bir bilançoya göre tespit edilen kar KVK’ya uyularak hazırlanan bir bilançoya göre tespit edilen kardan farklı olabilmektedir¹³⁷. Zira iki kanunun karın hesabında yer verilmesini emrettiği kalemler birbirleriyle eş olmadığından, bir şirketin karının ticari bilançoya göre farklı mali bilançoya göre farklı çıkması mümkündür. Üstelik karın pay sahiplerine dağıtımını için kanunun öngördüğü kurallara uyulması gerektiğinden, bir şirketin karının tamamı dağıtılabılır kar niteliğinde de değildir. Oysa örtülü kazanç aktarımı kavramı hukuki işlemler vasıtasıyla her zaman gerçekleştirilebilecek bir maddi kaynak aktarımını ifade etmektedir. Burada bir şirket için kar haline gelip gelmeyeceği belirsiz olan ve şirketin faaliyetleri neticesinde elde ettiği kazançlar ile genel olarak şirketin malvarlığından maddi değerlerin aktarımı söz konusu olmaktadır. Örtülü kazanç aktarımında bu değerler sanki dağıtılabılır kar niteliği kazanmışçasına aktarılmaktadır. Aktarılan maddi

¹³⁵ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.553d2592226352.12368102, ET: 24/04/2015.

¹³⁶ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&kelime=k%C3%A2r&uid=27631&guid=TDK.GTS.553d25d2a072c4.24889007, ET: 24/04/2015.

¹³⁷ Pulaşlı, Şirketler Hukuku Şerhi, Cilt II, Ankara 2014, s.1405.

kaynakların kar niteliğinde olup olmağı belirsiz olduğundan, örtülü kazanç aktarımı durumunu ifade için “örtülü kar dağıtımı” veya “zımni kar payı dağıtımı” kavramlarının kullanılması terminolojik olarak isabetli olmayacaktır.

Bir halka açık anonim şirketin esas sermayesi esas sözleşmede yer alan değişmez itibari bir kıymeti ifade etmekte olup, şirketin malvarlığı ile esas sermayesi kuruluşta eşit durumdadır¹³⁸. Şirket esas sermayesini kullanmak suretiyle faaliyet göstermekte, bu faaliyetler neticesinde kazanç elde etmekte ve malvarlığında artış ya da azalışlar meydana gelmektedir. TTK'nın 480. maddesi gereği sermayenin iadesi yasak olduğuna göre, anonim şirketin şirket sermayesi üzerine çeşitli faaliyetler göstererek koyduğu tüm maddi kaynakların(yani şirket kazancından esas sermaye tutarının çıkarılması sonrasında arta kalan maddi kaynakların) “kazanç” kelimesi ile ifade edilmesi, kazanç kelimesinin anlamına uygundur¹³⁹. Bu kapsamda örtülü kazanç aktarımında söz konusu durumun ifadesinde, aktarılan değerlerin “kazanç” olarak nitelendirilmesi terminolojik açıdan bir sakınca yaratmamaktadır. Ancak yine de kavramın “kazanç aktarımı” değil “kaynak aktarımı” olarak nitelendirilmesi, ifade edilmek istenen durumun belirtilmesinde daha yerinde olacaktır. Zira örtülü kazanç aktarımında sadece şirketin elde ettiği kazançların değil, sahip olduğu veya olacağı her maddi kaynağın(taşınır, taşınmaz, sermaye piyasası araçları, nakit para v.b.) ve bu arada esas sermayenin karşılığının da sömürülmesi söz konusu olabilmektedir. “Kazanç aktarımı” ifadesi, örtülü kazanç aktarımının sermayenin iadesi sonucunu da doğurabileceği göz önüne alındığında, yetersiz kalmaktadır. Bu açıdan “kazanç aktarımı” ifadesine göre “kaynak aktarımı” ifadesi şemsiye bir ifade olarak anlatılmak istenen durumu betimlemede daha uygun gözükmektedir.

¹³⁸ Pulaşlı, Şerh, s.639.

¹³⁹ Öğretide Sevi, Şirketin net malvarlığından esas sermaye tutarı çıkarılmak suretiyle bulunacak olan miktardan fazla ise ya da ödeme sonucunda şirket net malvarlığının miktarının esas sermayenin tutarından aşağıya düşmesi durumunda, esas sermayenin karşılığında yapılan bir ödemenin mevcut olacağını ve dolayısıyla ödemelerin sermayenin iadesi yasağını ihlal edeceğini, aksi takdirde yapılan ödemelerin ancak yedek akçelere veya kar payı dağıtımına ilişkin hükümlerin bir ihlali sayılacağını ifade etmektedir(Sevi, s.541). Bu değerlendirmeden yola çıkarak, esas sermayenin üzerindeki tüm tutarların “kazanç” olarak nitelendirilmesinin yerinde olduğu söylenebilecektir.

B- İlişkili kişi

1. KVK açısından

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımının gerçekleşmesi için kazanç aktarıcı işlemin KVK m.13'te belirtilen kişiler arasında gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu kapsamda kazanç aktaran tarafın KVK'ya tabi bir kurum olması gerekirken, kazanç aktarılan tarafın ise KVK m.13'te belirtilen "ilişkili kişiler"den olması gerekmektedir.

KVK'nın 1.maddesinde sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait ticari işletmeler ve iş ortaklıkları kurumlar vergisine tabi kurumlar olarak belirtilmektedir. Bu kapsamda KVK m.13'e göre kazanç aktaracak olan tarafın, KVK m.1'de belirtilen kurumlardan biri olması aranmaktadır. Buna karşılık kendisine kazanç aktarılan tarafın KVK m.13'te belirtilen ilişkili kişilerden biri olması yeterli olup aynı zamanda KVK'ya tabi yapılardan olması gerekmemektedir. KVK m.13'e göre ilişkili kişiler şunlardır:

- a) Kurumların kendi ortakları.
- b) Kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar.
- c) Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar.
- d) Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar.
- e) Ortakların eşleri.
- f) Ortakların veya eşlerinin üstsoyu ve altsoyu, üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları.
- g) Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülke veya bölgelerde bulunan kişiler.

2. SPK açısından

Örtülü kazanç aktarımı SPK açısından da kazanç aktaran ve kazanç aktarılan olmak üzere iki tarafı bulunan bir faaliyeti ifade etmektedir. KVK ile benzer

şekilde burada da kazanç aktarılan tarafın kazanç aktaran taraf için “ilişkili kişi” konumunda olması gerekmektedir.

SPK m.21 kazanç aktaran tarafın bir halka açık anonim şirket, kolektif yatırım kuruluşu ya da bunların iştiraki veya bağlı ortaklığı olmasını aramaktadır. Kazanç aktarımının halka açık anonim şirket tarafından bizzat veya doğrudan yapılması gerekmemektedir. Aktarımın halka açık anonim şirketin bağlı ortaklığı veya iştiraki tarafından bizzat ya da bağlı ortaklık veya iştiraki üzerinden gerçekleştirilmesi mümkündür¹⁴⁰. Üstelik bağlı ortaklığın ve iştirakin bir halka açık anonim şirket ve hatta bir anonim şirket olması da gerekmemektedir¹⁴¹. Düzenlemenin kazanç aktaran tarafının kapsamında hem iştirak hem de bağlı şirket kavramlarına yer verilmesi, her iştirakin bağlı şirket olmamasından ileri gelmektedir¹⁴².

SPK'nın 21.madde kapsamına iştirak ve bağlı ortaklıkları alması son derece yerindedir. Zira araştırmalara göre Kara Avrupası'nda ve dolayısıyla Türkiye'de “kendi yararına işlemler” sıkça grup şirketleri vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir¹⁴³. Türkiye'de sermaye piyasasından kaynak toplayan şirketler genellikle belirli gruplara bağlı olduğundan¹⁴⁴, Türk sermaye piyasası açısından kendi yararına işlemlerin grup şirketleri vasıtasıyla gerçekleştiriliyor olması oldukça doğaldır. Bu açıdan iştirak ve bağlı ortaklıklar üzerinden kazanç aktarımının örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamına alınması sayesinde konsolide yapıda yatırımcıların korunmasının sağlanması¹⁴⁵ Türk sermaye piyasasının yapısı gereği ihtiyaç duyulan bir gerekliliği karşılamaktadır.

SPK'nın 21.maddesinin 1.fıkrasına göre kendisine kazanç aktarılan kişinin, halka açık anonim şirket ya da onun iştiraki veya bağlı şirketi ile yönetim, denetim veya

¹⁴⁰ Kaya, s.197.

¹⁴¹ Kaya, s. 198.

¹⁴² Bkz. s.12.

¹⁴³ Conac/Enriques/Gelter, s.495.

¹⁴⁴ Anayasa Mahkemesi Kararı E. 2000/8 K. 2003/104 T. 26/12/2003.

¹⁴⁵ Kaya, s.198.

sermaye bakımından doğrudan ya da dolaylı ilişkili olması gerekmektedir. İlişkinin bulunduğu bu kişi, bir gerçek veya tüzel kişi olabilmektedir.

B- İşlem

1. KVK açısından

KVK 13.maddesinin 1.fıkrasına göre “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.” O halde bir işlemin KVK kapsamında örtülü kazanç aktarımı sayılması için kanunda belirtilen “bir mal veya hizmet alım ya da satımı” işlemi türünden olması ve “emsallere uygunluk ilkesi”ne aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir.

Emsallere uygunluk ilkesi, transfer fiyatlandırmasının gerçeğe aykırılığının tespitini sağlayan bir ölçüt olarak işlev görmektedir¹⁴⁶. Bu ilke kullanılarak işlem için belirlenen fiyata işlemin tarafları arasındaki ilişkinin etki edip etmediğinin denetimi yapılmaktadır¹⁴⁷. Bu ilke kapsamında işlemler kendileri ile aynı amaca uygun aynı ekonomik nitelikteki diğer işlemler ile kıyaslanmaktadır¹⁴⁸. Bir fiyatın emsallere uygunluk ilkesine uygun olabilmesi için fiyatın taraflar arasında hiç ilişki olmasaydı uygulanacak olan fiyat ile aynı olması, yani piyasa koşullarına göre belirlenmiş olması gerekmektedir¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Eden, s. 601.

¹⁴⁷ Charles E.McLure, “Transfer Pricing and Tax Heavens: Mending the Revenue Nets of Developing and Transition Countries”, The Challenges of Tax Reform in a Global Economy, Ed: Mark Rider, 2006, <http://www.iticnet.org/file/document/watch/1662>, ET: 13/01/2015, s.13.

¹⁴⁸ Eden, s. 603.

¹⁴⁹ Bulutoğlu, s. 161.

2- SPK açısından

Tıpkı KVK gibi SPK'nın işlem unsuru da iki aşamalı bir değerlendirmeye tabidir. Herhangi bir davranışın örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında değerlendirilebilmesi için ilk olarak davranışın kanunda belirtilen türden bir işlem olması, ikinci olarak da kanunda belirtilen ilkelere aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir.

SPK'nın 21.maddesinin 1.fikrasında işlem türleri “farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak” şeklinde ifade edilmiştir. Aynı maddenin 2.fikrasında yer alan “kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları” ifadesi, aktarımın sadece hukuki işlemlerle değil, hukuki bir işlem niteliğinde olmayan davranışlarla da gerçekleştirilebileceğini göstermektedir. O halde SPK açısından işlem unsurunun geniş algılanması, ticari hayatta gerçekleştirilebilecek her türlü hukuki işlemin ve davranışın, türü ve konusu ne olursa olsun, örtülü kazanç aktarımı yasağı kapsamında olabileceğinin kabul edilmesi gerekmektedir¹⁵⁰.

Bir işlemin örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilebilmesi için kanunda sayılan ilkelere de aykırılık teşkil etmesi gerekmektedir. Zira örtülü kazanç aktarımının söz konusu olabilmesi için şirketin gerçekleştirilen işlem ile ilişkili kişilere 3.kişilere sağlamadığı bir menfaati sağlaması aranmaktadır¹⁵¹. İşlemin bu şekilde bir menfaat sağlayıp sağlamadığının tespiti ise ancak belirli ölçütler ile denetlenmesi sonucunda yapılabilmektedir. SPK, işlemin niteliğinin tespiti için emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri ölçütlerini kullanmaktadır. Belirtilen ilkeler vasıtasıyla işlemler bir nevi “adillik ölçümüne” tabi tutulmakta ve bunların örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olup olmadıklarının tespiti yapılmaktadır.

¹⁵⁰ Ünal Tekinalp, Sermaye Piyasası Hukukunun Genel Esasları, İstanbul 1992, s.77.

¹⁵¹ Sevinç Akbulak/Yavuz Akbulak, Türkiye’de Sermaye Piyasası Hukuku Araçları ve Halka Açık Anonim Şirketler, İstanbul 2004, s.391.

Örtülü kazanç aktarımı esasen halka açık anonim şirketin, kendisiyle aynı durumda bulunan bir şirketin kendi menfaatine gördüğü için yapacağı veya görmediği için yapmayacağı işlemleri yapması durumunda gündeme gelmektedir. Zira bir işlemin şirkete kendisi ile benzer konumdaki bir şirkete sağlayacağı düzeyde menfaat sağlamaması durumunda, bu işlem işlemin karşı tarafına normalde böyle bir işlemde karşı tarafın elde edemeyeceği seviyede bir fazladan menfaat sağlamış olmaktadır. Ancak hangi işlemin bunu gerçekleştiren şirketin menfaatine olduğunun takdiri elbette güçtür. Bu nedenle kanun koyucu çeşitli ilkeler belirlemek suretiyle, her somut olay için uygun ilkenin uygulanarak işlem ve içeriğinin şirketin menfaatine olup olmadığının tespitinin yapılmasını amaçlamıştır.

Önemle belirtilmelidir ki, bir işlemin kanunda belirtilen ilkelere uygunluk teşkil etmesi, o işlemin şirket için en faydalı işlem olduğu anlamına gelmemektedir. Zira ekonomik hayatta en yüksek tedbir ve özenin gösterildiği, piyasa koşullarına göre en iyi kararların verildiği durumda dahi olumsuz sonuçlar alınabilmektedir¹⁵². Kanunda yer alan ilkelere uygunluk sadece işlemin “adil” olduğunu, bir edim ve karşı edim dengesi içerdiğini, ekonomik açıdan bir mantığının bulunduğunu, yani piyasa koşullarına uygun olduğunu tescillemektedir¹⁵³.

IV. Örtülü kazanç aktarımı düzenlemeleri ile korunan menfaatler

A- Düzenlemeler ile korunan genel menfaat

Örtülü kazanç aktarımı düzenlemeleri temelde ekonomik kamu düzeninin korunmasına hizmet etmektedir. “Ekonomik kamu düzeni” kavramı, kamu düzeninin toplum hayatının sahalarından biri olan ekonomik sahaya ilişkin olan kısmını ifade etmektedir. Ekonomik kamu düzeninin korunması, ekonomik sahaya

¹⁵² Okutan, s.230.

¹⁵³ Zohar Goshen, The Efficiency of Controlling Corporate Self-Dealing: Theory Meets Reality, California Law Review Vol: 91 Issue:2 Year: 2003, s.403 ve 414.

ilişkin temel kuralların ve çıkarların muhafazası anlamına gelmektedir¹⁵⁴. Ekonomik kamu düzeninin çerçevesi Anayasa tarafından çizilmektedir.

Anayasa'nın 48.maddesinin 2.fıkrası¹⁵⁵ ile “özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesi” ve 167.maddesinin 1.fıkrası¹⁵⁶ ile “sermaye piyasalarının sağlıklı ve düzenli işleyişi” ekonomik kamu düzenine dahil unsurlar haline getirilmiştir. Bu nedenle halka açık anonim şirketlerde ve sermaye piyasalarında yaşanacak her türlü “bozulmanın”, ekonomik kamu düzenine zarar vereceğinin kabulü gerekmektedir. Nitekim halka açık anonim şirketlerin ekonomik kamu düzeni içerisindeki bir unsur olarak kabul edilmesi, bu şirketlerin sadece şirket ile ilişkili kişilerin (pay sahipleri, yöneticiler, çalışanlar v.b.) menfaatini değil genel olarak kamunun (tüketiciler, alacaklılar, devlet v.b.¹⁵⁷) menfaatini ilgilendiren yapılar olduğu¹⁵⁸ ve bunların kazanç elde etme amacına yönelik faaliyet göstermelerinin son tahlilde toplumsal bir fayda sağladığı¹⁵⁹ sonucunu da beraberinde getirmektedir.

Anayasa'nın bir ekonomik kamu düzeni kuralı tesis eden bir diğer düzenlemesini de devlete vergilerin salınması ve tahsili konusunda bir yetki ve ödev yükleyen 73.maddesi¹⁶⁰ oluşturmaktadır. Vergilerin salınması ve tahsilinin ekonomik

¹⁵⁴ Danıştay 3. D. E. 1980/157 K. 1980/181 T. 13/10/1980.

¹⁵⁵ Anayasa m.48: (2) Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.

¹⁵⁶ Anayasa m.167: Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler.

¹⁵⁷ Edward Freeman, Stakeholder Theory of the Modern Corporation, <http://academic.udayton.edu/lawrenceulrich/Stakeholder%20Theory.pdf>, ET: 09.01.2015, s. 39.

¹⁵⁸ Nitekim Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumunun Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname (Karar Sayısı: KHK/660 R.G. T. 02/11/2011 S. 28103)'nin 2.maddesinin 1.fıkrasının (ğ) bendinde halka açık şirketler “kamu yararını ilgilendiren kuruluşlar” kapsamında belirtilmiştir. Benzer yönde bkz: Halil Arslanlı, Türk Hukukunda Devletçiliğin Anonim Şirketlerin Ehliyeti Üzerine Tesiri, İstanbul 1942, s.23.

¹⁵⁹ Milton Friedman, The Social Responsibility of Business is to Increase its Profits, N.Y. Times 13/09/1970, <http://www.colorado.edu/studentgroups/libertarians/issues/friedman-soc-resp-business.html>, ET:11/03/2015.

¹⁶⁰ Anayasa m.73: (1) Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür.

(2) Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

(3) Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır.

hayata doğrudan bir müdahale niteliği taşıması, vergilemenin ekonomik kamu düzenine dahil bir husus olarak kabul edilmesini zorunlu kılmaktadır.

Anayasa'nın 48, 73 ve 167.maddeleri ile çerçevesi çizilen ekonomik kamu düzeni, örtülü kazanç aktarımı neticesinde zarar görebilmektedir. Bu nedenle örtülü kazanç aktarımına ilişkin düzenlemeler temelde anayasal nitelikteki hukuki değerleri korumakta oldukları ifade edilebilecektir. Örtülü kazanç aktarımına ilişkin düzenlemelerin yer aldığı KVK ve SPK, ekonomik kamu düzeninin korunması hedefini birbirlerinden farklı özel menfaatleri korumak suretiyle gerçekleştirmektedir. SPK'daki düzenleme sermaye piyasasının adil, rekabetçi ve güvenli işleyişinin, yatırımcıların, alacaklıların korunması ve şirketlerin ekonomik kişilik haklarının korunması suretiyle, KVK'daki düzenleme ise devletin hazine gelirinin ve vergi ilkelerinin korunması suretiyle ekonomik kamu düzeninin korunması amacına ulaşmaktadır.

B- Düzenlemeler ile korunan özel menfaatler

1. KVK ile korunan özel menfaatler

a) Hazine gelirinin korunması

KVK'nın örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi devletin hazine gelirini elde etmesini kolaylaştıran ve garanti altına alan bir vergi güvenlik müessesesi niteliğindedir¹⁶¹. Tıpkı bütün vergi güvenlik müesseselerinde olduğu gibi, örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi ile de öncelikle hazine gelirinin güvence altına alınması amaçlanmaktadır¹⁶². Bu kapsamda KVK'nın 13.maddesi ile kurumlara ait kazançların tamamen ya da kısmen vergiye tabi tutulmaksızın kurumların dışına çıkarılmasının önlenmesi sağlanmaktadır¹⁶³.

(4) Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.

¹⁶¹ Kızılot, s.206.

¹⁶² KVK'da yer alan diğer vergi güvenlik müesseseleri örnek olarak kontrol edilen yabancı kurum(m.7), örtülü sermaye(m.12) ve vergi kesintisi(m.30) düzenlemeleri gösterilebilir.

¹⁶³ Danıştay 4. D. E. 2004/1777 K. 2005/238 T. 17.2.2005.

KVK'nın 14.maddesine göre kurumlar vergisi beyan esasına dayalı bir vergidir. Bu kapsamda kurumlar vergisi mükelleflerinin, ödeme gücüne sahip yapılar olarak vergi ödevlerini kanunda belirtilen şekilde kendilerinin yerine getirmesi esastır. Ancak vergi ödevinin yerine getirilmesi sadece mükelleflerin vicdanına bırakılamayacak kadar önemlidir. Her ne kadar şirketler bünyeleri ve kuruluşları icabı vergi kaçakçılığı yapamıyor olsalar da, gerekli tedbirler alınmaz ise kazanç aktarımları yolundan gitmek suretiyle vergi matrahlarını azaltabileceklerdir¹⁶⁴. O halde mükelleflerin vergiye tabi gerçek gelirlerini yansıtmalarını sağlamak üzere çeşitli tedbirlere yer verilmesi¹⁶⁵ ve bu kapsamda örtülü kazanç aktarımına ilişkin düzenlemelerin yapılması bir zorunluluktur¹⁶⁶. Nitekim KVK'nın 13.maddesinin 7.fıkrasında örtülü kazanç aktarımının gerçekleşmesi için aktarımın hazine zararına yol açmış olması şartının yer alması da düzenlemenin hazine gelirini koruma amacının göstergesidir.

b) Vergi ilkelerinin korunması

Vergi ilkeleri, vergilere yönelik düzenlemelerin yürürlüğe konulmaları ve uygulanmaları aşamalarında uyulması gereken kurallar olarak tanımlanmaktadır¹⁶⁷. Vergi ilkelerinin vergileme ile hedeflenen sonuçlara ulaşmada birer araç niteliğinde olduğu kabul edilmektedir¹⁶⁸. Bir vergi kanunu içerisinde yer almasından ötürü örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin de vergi ilkeleri ile bağdaşır nitelikte olması ve bunların gerçekleşmesine hizmet etmesi gerekmektedir.

¹⁶⁴ Kurumlar Vergisi Kanunu Gerekçesi, s.9.

¹⁶⁵ Örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin vergi gelirinin korunmasının yanı sıra kurumların gelirlerini tam ve doğru olarak beyan etmelerinin sağlanması olduğu 2007/12888 karar sayılı(R.G. T.06/12/2007 S.26722) Bakanlar Kurulu Kararı'nın 2.maddesinde de ifade edilmiştir.

¹⁶⁶ Aysel Duman, "Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Düzeltme İşlemlerinin Örnek Üzerinde İrdelenmesi", Vergi Sorunları, Sayı: 234, Mart 2008, s.51.

¹⁶⁷ Binnur Çelik, Vergilemede Müdahale İlkesi, Anayasa ve Gelir Vergisi Hükümleri Açısından İncelenmesi, Ankara 2001, s.5.

¹⁶⁸ Çelik, s.5.

aa) Vergide rekabet tarafsızlığı ve eşitlik ilkeleri

Vergi ilkelerinden biri olan rekabet tarafsızlığı ilkesine göre vergilemenin ekonominin işleyişini ve özellikle rekabeti bozmaması gerekmektedir¹⁶⁹. İlke aynı zamanda benzer ekonomik güce sahip olanların benzer şekilde vergilendirilmesini ifade eden vergilemede eşitlik ilkesi ile de bağlantılıdır¹⁷⁰.

Bir şirketin kaynaklarının örtülü kazanç aktarımı suretiyle başka bir kişiye aktarılması sonucunda şirketin toplamdaki kazancı azaldığından ödeyeceği vergi miktarında farklılık meydana gelmektedir. Şirketin malvarlığı örtülü işlemlerle azaltılarak gerçek ekonomik gücü gizlenebilmekte ve aktarım neticesinde şirketin kazancı azaldığından devlete daha az vergi ödenmektedir. Oysa bu tür işlemlere başvurmeyan şirketler, şirket kazançlarını aktaramamakta ve dolayısıyla ödenecek vergi miktarını da azaltamamaktadır. Neticede şirketlerden birinin ekonomik gücünü gizlemesi nedeniyle ekonomik güçleri aynı olan kişilerin vergiye yansıyan kazançları farklılaşmakta, dolayısıyla hem vergilemede rekabet tarafsızlığı ilkesi hem de vergilemede eşitlik ilkesi zedelenmektedir. Öte yandan örtülü kazanç aktarımı sonucunda ilişkili kişilere sahip olan şirketler kaynaklarını vergi olarak ödemeyip bunları saklayabilmekte ve sakladıklarını ekonomik faaliyetlerine yatırarak faaliyetlerini geliştirebilmekte iken, bu yola başvurmeyan şirketler bu imkanlardan yoksun kalmaktadır. Bu durum vergileme neticesinde şirketler arasındaki rekabetin kazanç aktaramayan şirketler aleyhine bozulmasına neden olmakta ve sonuçta kurallara uygun davranan dürüst kişiler bir nevi cezalandırılmaktadır. Örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi sayesinde kazanç aktarımı yapma düşüncesine sahip olan şirketlerin bu davranışının önüne geçilmekte ve bu surette kazanç aktarımı yapmayan veya yapamayan şirketlerle aralarındaki rekabet ve eşitlik korunmaktadır.

¹⁶⁹ Bulutoğlu, s.137.

¹⁷⁰ Açar, s. 366.

bb) Vergilemede müdahale ilkesi

Günümüzde vergilemenin amacının sadece mali olmadığı ve vergilemenin aynı zamanda mali olmayan amaçlar da taşıdığı kabul edilmekte, vergilerin sosyal ve ekonomik işlevleri olduğu ifade edilmektedir¹⁷¹. Bu kapsamda vergilerin ekonomik hayata doğrudan bir müdahale aracı olarak kullanılabilirleri kabul edilmektedir¹⁷². Vergilemede müdahale ilkesi, vergilerin kullanımı yoluyla ekonomik hayata müdahale edilmesi ve vergilerin ekonomiyi yönlendirici ve düzenleyici etkisinden faydalanılması gerekliliğini savunan bir ilke niteliğindedir.

Vergilerin kişilerin doğrudan ekonomik varlıklarını hedef aldığı düşünüldüğünde, vergilemenin doğası gereği ekonomik hayata müdahale sonucunu doğurduğu anlaşılmaktadır. Bu yönüyle vergiler, kişilerin ekonomik kararları üzerinde de doğrudan etki göstermektedir¹⁷³. O halde vergi düzenlemeleri yapılırken bu düzenlemelerin kişilerin ekonomik yaşamlarında ve tercihlerinde yaratacağı etkilerin dikkate alınması gerekmektedir¹⁷⁴. Vergilemede müdahale ilkesi gereği vergi düzenlemelerinin kişilerin ekonomik kararlarını belirli bir yöne doğru çekmeyi doğrudan bir amaç olarak benimsemesi de mümkündür.

Tıpkı tüm vergi düzenlemeleri gibi KVK da ekonomik hayata müdahale aracı olarak işlev görmektedir. Bu kapsamda KVK'nın örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi kişilerin ekonomik kararları üzerinde etki sağlayarak belirli faaliyetleri gerçekleştirme güdülerini azaltmaktadır¹⁷⁵. KVK'nın örtülü kazanç aktarımına izin vermemesi, şirketlerin vergi hukukundan doğan yaptırımlara maruz kalmamak için örtülü işlemler gerçekleştirme yoluna başvurmalarından

¹⁷¹ Salih Turhan, Vergi Teorisi ve Politikası, İstanbul 1998, s.21 ve 35.

¹⁷² Saul Levmore, The Positive Role of Tax Law In Corporate and Capital Markets, University of Chicago Law School Chicago Unbound Journal, 1987, http://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2573&context=journal_articles, ET: 10/01/2015, s.501.

¹⁷³ Kenan Bulutoğlu, Kamu Ekonomisine Giriş: Devletin Ekonomik Bir Kuramı, İstanbul 1997, s.426.

¹⁷⁴ Sermaye Piyasası Semineri, 2-5 Aralık 1964, Sermaye Piyasası Semineri Tertip Heyeti Ankara, Ankara 1965, s.213.

¹⁷⁵ Vladimir Atanasov/Bernard Black/Conrad S. Ciccotello, Law and Tunneling, The Journal of Corporation Law Vol. 37:1, s.10-13.

vazgeçmelerini sağlamaktadır. Örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin şirketlerin ekonomik kararlarında meydana getirdiği bu etki kişilerin örtülü işlemlerde bulunma niyetini körelterek bu tür davranışlara engel olmaktadır¹⁷⁶.

Şirketler hukuku esasen SPK'nın 21.maddesine tabi olmayan şirketler açısından ilişkili kişiler ile yapılan işlemleri kontrol eden bir mekanizmayı içermemektedir. Bu kapsamda SPK'nın 21.maddesine tabi olmayan bir şirketin yatırımcı ve alacaklılarının, kişilerin şirket kaynaklarını kendi yararlarına kullanmalarına karşı ancak işlemler gerçekleştiikten sonra başvurabilecekleri mekanizmalar bulunmaktadır¹⁷⁷. KVK'nın örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi hukuk düzeninde yer alan bu boşluğu vergi düzenlemelerinin kişilerin ekonomik kararları üzerinde yaratacağı etki yoluyla doldurmuş olmaktadır. Bu düzenleme şirketlerin vergi yaptırımlarına maruz kalmak istememesi nedeniyle ilişkili kişiler ile yapılan işlemlerin kötüye kullanılması yönündeki güdüsünü bastırmakta ve bu şekilde şirket ilgilerinin muhtemel mağduriyetlere karşı korunmasına katkı sağlamaktadır. Bu anlamda KVK düzenlemesinin örtülü bir şirketler hukuku düzenlemesi olarak etki gösterdiği ifade edilebilecektir.

2. SPK ile korunan özel menfaatler

a) Piyasanın adil, rekabetçi ve güvenli işleyişinin korunması

aa) Adil ve rekabetçi işleyişin korunması

Örtülü kazanç aktarımı neticesinde bir şirket bir başka kişiye kazanç aktararak aktarım yapılan kişinin kaynaklarını ve dolayısıyla piyasadaki gücünü arttırabilmektedir. Bu açıdan örtülü kazanç aktarımı kaynakların aktarıldığı kişi yönünden bir nevi mali hizmet niteliği taşımaktadır¹⁷⁸. Aktarım sonucunda kazancı elde eden kişi aslında kendi çabası ile kazanmadığı bir sermayeyi edinerek kaynaklarını arttırmış olmaktadır. Oysa hukuken korunan menfaat

¹⁷⁶ Wolfgang Schön, „Tax and Corporate Governance: the Legal Approach“, in: Wolfgang Schön (Ed.), Tax and Corporate Governance, Springer, Heidelberg 2008, s. 57.

¹⁷⁷ Bu anlamda işletilebilecek en etkin düzenlemeler TTK'nın yönetim kurulu üyelerinin(m.553) ve hakim şirketin sorumluluğuna(m.195) gidilmesini sağlayan hükümleridir.

¹⁷⁸ Akbulak/Akbulak, s.405.

yatırım ve emeğin mahsulü olan kazançtır¹⁷⁹. Kişilerin uygun bir yatırım ve emek karşılığı olmayan kazançlar elde etmesi piyasanın adil işleyişini bozmaktadır. Örtülü kazanç aktarımının yasaklanması bu tür kazanç edinimlerinin önüne geçerek piyasanın adil işleyişinin korunmasını kolaylaştırmaktadır.

Şirket kazançlarının örtülü şekilde aktarılması şirket kaynaklarının bu şekilde azaltıldığından haberdar olmayan alacaklı ve yatırımcıların aldatılmasına sebep olarak da adil işleyişe zarar vermektedir. Zira özellikle yatırımcılar şirket kaynaklarının azaldığından haberdar olmaları durumunda yatırım yapmayacakları bir şirkete, kaynakların aktarımının örtülü olarak gerçekleşmesi nedeniyle haberdar olmamalarından ötürü yatırım yapmayı sürdürebilecektir. Bu durumda şirketler kişilerin aldatılmasına dayanan bir kazanç döngüsü yaratmış olacaktır. Örtülü kazanç aktarımı yasağı bu suiistimalin de önüne geçilmesini sağlamaktadır.

Örtülü kazanç aktarımı piyasanın adil işleyişini kendisinden aktarım yapılan şirketin piyasa değerine zarar vermek suretiyle de bozmaktadır. Zira bir şirketin “kasasının” boşaltılması şirketin malvarlığı toplamını ve dolayısıyla şirketin toplam maddi değerini azaltmaktadır. Şirketin toplam maddi değerinin azalması da şirketin sermaye piyasası araçlarının değerinin düşmesini beraberinde getirmektedir¹⁸⁰. Bu durum kuşkusuz şirketin diğer şirketlere göre adil olmayan bir biçimde değer ve itibar kaybetmesine yol açarak piyasadaki adil işleyişini bozmaktadır.

Örtülü kazanç aktarımı faaliyetleri piyasanın rekabetçi işleyişini açısından da sorun yaratmaktadır. Kendisine örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilmeyen şirketler kendi çabaları ile elde ettikleri sermayeden yararlanarak faaliyet gösterirken, örtülü kazanç aktarımı yapan şirketler bu imkanı kullanmak suretiyle kendilerini zenginleştirebilecek ve faaliyetlerini büyütebilecektir. Böyle bir durum hiç kuşkusuz piyasadaki rekabete zarar verebilecektir. Örtülü kazanç aktarımı yasağı

¹⁷⁹ Wolfgang Fikentscher, İktisadi Kontrolün Üç Fonksiyonu(Tekelleri Önleme Hukuku), (Çev: Tuğrul Ansay), Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, Cilt X Sayı 3, Haziran 1980, s. 717 ve 719.

¹⁸⁰ Benzer şekilde kar payı dağıtımı da sermaye piyasası araçlarının değerini etkilemektedir(Akbulak, Tekinalp'e armağan, s.178).

bu tür piyasayı bozucu faaliyetlerin meydana gelmesinin önüne geçerek piyasanın rekabetçi işleyişini güvence altına almaktadır.

bb) Güvenli işleyişin korunması

Sermaye piyasası açısından güven unsuru, sermaye piyasasında işlem yapacak kişilerin bu piyasaya güven duymasını ifade etmektedir. Sermaye piyasalarının gelişimi için piyasaya güvenin tesis edilmesinin önemli ve gerekli olduğu kabul edilmektedir¹⁸¹.

Yatırımcılar sermaye piyasasında işlem yaparak çalışma ve emeklerinin neticesinde elde ettiği malvarlıklarını bunları kaybetme riskini de içeren “tehlikeli” bir piyasada değerlendirmektedir¹⁸². Üstelik sermaye piyasasında işlem yapan çoğu yatırımcının piyasa dinamikleri konusundaki bilgi ve öngörüsü de son derece yetersiz durumdadır¹⁸³. Hal böyle olunca bu riski azaltacak hukuki korumaların mevcudiyeti yatırımcıyı yatırıma teşvik eden bir unsur haline gelmektedir¹⁸⁴. Yatırımcılar, pay sahipliğinden doğan haklarının korunmadığı, sermaye piyasası araçlarının değerinin ekonomik hayatın olağan gereklerine ve piyasa şartlarına göre şekilleneceğini garanti altına alan korumaların bulunmadığı piyasalarda işlem yapmaktan kaçınmaktadır¹⁸⁵. Bu nedenle sermaye piyasası hukukunda şirket kaynaklarının yatırımcıların aleyhine kullanılabileceği yönünde halk nezdinde mevcut olabilecek düşüncelerin ortadan kaldırılmasını ve piyasada olağan olanın “güvenlik” olduğu fikrinin yerleştirilmesinin sağlanmasına önem

¹⁸¹ Mehmet Ural, “Piyasa Ekonomisinde Sermaye Piyasasının Rolü”, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuamk/article/download/1023014797/1023014008>, s.217 ve Zühtü Aytaç, “Sermaye Piyasası Kanunu ve Çok Ortaklı Şirketler”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/42/449/5064.pdf>, E.T.: 10/01/2015, s.229.

¹⁸² Black, s.782.

¹⁸³ Barbara Black, “Behavioral Economics and Investor Protection: Reasonable Investors”, Efficient Markets, University of Cincinnati College of Law Scholarship and Publications, Faculty Articles and Other Publications, 2013, s.1495.

¹⁸⁴ John JA Burke, Re- Examining Investor Protection in Europe and US, <https://elaw.murdoch.edu.au/index.php/elawmurdoch/article/viewFile/38/13>, s.10.

¹⁸⁵ Rafael La Porta/Florencio Lopez-de-Silanes./Andrei Schleffier/Robert Vishny, “Investor Protection: Origins, Consequences, Reform”, The World Bank Financial Sector Discussion Paper No.1, 1999, http://www1.worldbank.org/finance/assets/images/Fs01_web1.pdf ET: 10/12/2014, s.2.

verilmektedir¹⁸⁶. Bu çerçevede örtülü kazanç aktarımı yasağı piyasanın güvenli işleyişini sağlayan tedbirlerden biri olarak öne çıkmaktadır¹⁸⁷.

Güvenli işleyiş sadece yatırımcılar açısından değil sermaye piyasasında faaliyet gösteren şirketler açısından da önemlidir¹⁸⁸. Piyasanın güvenli işleyişini sağlayan düzenlemelerin varoluşundan şirketler üç şekilde yararlanır. İlk yararı, piyasanın güvenli işleyişinin yatırımcıları teşvik etmesinde ve bu sayede şirketlerin kendilerine yatırımcı bulmakta zorluk çekmemelerinde kendini göstermektedir¹⁸⁹. İkinci yarar ise düzenlemenin muhtemel uyuşmazlıkların önüne geçmesindedir¹⁹⁰. Zira örtülü kazanç aktarımına ilişkin açık bir düzenlemenin yer alması, şirketlerin işlemlerinin hangi kısıtlara göre denetleneceği konusunda bir rehber görevi görmekte ve bu hukuki belirlilik şirketlere kurallara uygun hareket ederek muhtemel uyuşmazlıklardan korunma imkanını sağlamaktadır. Üçüncü yarar ise bizzat şirketin kendisinin korunmasında kendini göstermektedir. Günümüzde halka açık anonim şirketlerde şirketin mülkiyeti ile yönetiminin birbirinden ayrılmış olması¹⁹¹, bu iki farklı grubun birbirinden farklı menfaatleri gözetmesi ve dolayısıyla özellikle yönetim kesiminin şirket menfaati yerine kendi menfaatini gözetken işlemler yapması riskini yaratmıştır. Örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi, kötü niyetli yöneticilerin şirket aleyhine işlemler yapmasının önüne geçerek şirketin kendisini ve dolayısıyla da şirketten menfaati bulunan tüm kişileri korumuş olmaktadır.

¹⁸⁶ SEC v. Texas Sulphur Co, 401 F.2d 833 (2nd Cir. 1968).

¹⁸⁷ Kaya, s.194.

¹⁸⁸ Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı, s.8.

¹⁸⁹ Moroğlu, Makaleler 1, “Sermaye Piyasası Kanunu ve Türk Ticaret Kanunu”, s.279.

¹⁹⁰ Burke, s.13.

¹⁹¹ Sermaye Piyasası Seminerleri, Ekim, Kasım 1963, İzmir, Ankara, İstanbul, Ekonomik ve Sosyal Etüdler Konferans Heyeti, İstanbul 1964, s.67.

b) Yatırımcının korunması

aa) Sermaye piyasası hukuku ilkeleri açısından

SPK'nın 1.maddesinde 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” şeklinde açıklanmıştır. Günümüzde yatırımcılar sermaye piyasasının temel unsurlarından biri olarak kabul edilmekte¹⁹² ve yatırımcıların korunmalarının piyasaların gelişimi için gerekli olduğu ifade edilmektedir¹⁹³. Nitekim yapılan araştırmalar yatırımcının korunmasına yönelik mekanizmaların kuvvetli olduğu ülkelerin sermaye piyasalarının, yatırımcıyı koruyan mekanizmaların kuvvetli olmadığı ülkelere göre çok daha değerli olduğunu ortaya koymaktadır¹⁹⁴.

Sermaye piyasası hukuku kapsamında yatırımcının korunması çeşitli düzenlemeler vasıtasıyla sağlamaktadır. Bu kapsamda özellikle kurumsal yönetim ilkeleri(SPK m.17), kamunun aydınlatılmasına yönelik düzenlemeler¹⁹⁵(SPK m.14-15), önemli nitelikteki işlemlere yönelik esaslar(SPK m.17) ve sermaye piyasası suçları¹⁹⁶(SPK m.106-113) vasıtasıyla yatırımcının korunması temin edilmektedir. Sayılan düzenlemelerin mevcudiyeti aynı zamanda yatırımcılarda hukuken korundukları inancını yaratmakta ve dolayısıyla sermaye piyasasına yatırım yapma güdülerini kuvvetlendirmektedir¹⁹⁷.

SPK m.1’de belirtilen “yatırımcılar” arasında en önde gelen grup kuşkusuz pay sahipleridir¹⁹⁸. Halka açık anonim şirketlerde iki türlü pay sahibinin bulunduğu, bunlardan ilkinin şirketin yönetimine doğrudan katılan pay sahipleri

¹⁹² Vural Günal, Sermaye Piyasası Hukuku, Ankara 1987, s.151.

¹⁹³ La Porta/ Silanes,/Schleffier/Vishny, s.13.

¹⁹⁴ La Porta/Silanes/Schleifer/Vishny, s.14.

¹⁹⁵ Burke, s.8.

¹⁹⁶ Conac/Enriques/Gelter, s.496

¹⁹⁷ Rafael La Porta/Florencio Lopez-de-Manes/Andrei Shleifer/Robert Vishny, Investor Protection and Corporate Valuation, <ftp://ftp.repec.org/opt/ReDIF/RePEc/fth/harver/hier1882.pdf>, s.2

¹⁹⁸ Kaya, s.193.

olduğu(işletmeci pay sahibi), diğerinin ise sadece tasarruflarını anonim şirkete katılarak değerlendirerek şirketin yönetimi ile ilgilenmeksizin payların piyasa değerindeki artışlar ve kar payından yararlanan pay sahipleri(yatırımcı pay sahibi) olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁹. Örtülü kazanç aktarımı iki türden pay sahibini de olumsuz yönde etkileyebilmektedir. Zira hangi türden pay sahibi olursa olsun, pay sahiplerinin şirkete yatırımları karşılığında elde etmeyi umdukları menfaatler şirketin ekonomik durumuyla doğrudan etkileşim içerisindedir²⁰⁰. Anılan menfaatlerinin başında kuşkusuz “kar payı hakkı” gelmektedir²⁰¹. Nitekim halka açık anonim şirketlere pay sahibi olarak katılan yatırımcıların çoğu pay sahipliği konularından çok alacakları kar payını düşünmektedir²⁰². Oysa örtülü kazanç aktarımı neticesinde şirket kaynakları azaldığından, pay sahiplerinin kar payı hakkı tehlikeye düşebilmektedir. Nitekim Türkiye’de sermaye piyasasının yeterince gelişmemesinin en önemli nedenlerinden biri olarak yatırımcıların şirket karından yeterince pay alamaması gösterilmekte²⁰³, kar payının yersiz biçimde azaltılması anonim şirketlere karşı güveni olduğu kadar ilgiyi de sarstığı ifade edilmektedir²⁰⁴. Örtülü kazanç aktarımı yasağı şirket kaynaklarının pay sahiplerinin zararına kullanmasını engelleyen bir mekanizma olarak işlev göstererek pay sahiplerinin kar payı hakkını korumaktadır²⁰⁵. Nitekim mülga SPK’nın örtülü kazanç aktarımını düzenleyen 15.maddesinin gerekçesinden anlaşıldığı üzere, örtülü kazanç aktarımını düzenlemesi ile pay sahiplerine ödenecek kar miktarının azaltılmasının önlenmesi amaçlanmıştır²⁰⁶.

¹⁹⁹ Pulaşlı, Şerh, s.530.

²⁰⁰ Paul H. Edelman/Randall S. Thomas/Robert B. Thompson, Shareholder Voting in an Age of Intermediary Capitalism, ECGI Working Paper N. 246/2014, s.105 ve 116.

²⁰¹Turgut Sengir, Anonim Ortaklarda Kar Payı Hakkı, BATIDER Haziran 1973 Cilt VII Sayı 1, s.79.

²⁰² Hayri Bozgeyik, “Halka Açık Anonim Şirketlerde Kar Dağıtımı”, BATIDER Haziran 2000 Cilt XX Sayı 3, s. 126.

²⁰³ Sengir, s.81.

²⁰⁴ Yargıtay 11. HD E. 2932 K.2985 T. 03/06/1976.

²⁰⁵ Anayasa Mahkemesi E.2013/24 K.2013/133 T.14/11/2013.

²⁰⁶ Mülga SPK m.15’in gerekçesi: “İkinci olarak, maddenin üçüncü fıkrası, ortaklıkların karlarının, bunların hisse senetlerine yatırım yapan tasarruf sahiplerinin menfaatlerine aykırı düşecek şekilde dolaylı veya dolaysız olarak azaltılmasının önlenmesini amaçlamaktadır.”(Sermaye Piyasasının Düzenlenmesi ve Denetimi Hakkındaki Kanun Tasarısı, Ulusoy, s.5)

Örtülü kazanç aktarımı yasağı yatırımcının korunması ilkesi kapsamında sadece pay sahiplerinin kar payı hakkını korumamaktadır. Yukarıda ifade edildiği üzere yatırımcılar sermaye piyasasına sadece kar payı almak üzere katılmamaktadır. Önemli sayıda yatırımcı sermaye piyasası araçlarını sadece al-sat işlemleri yapmak ve alım fiyatı ile satım fiyatı arasındaki farktan kar etmek üzere iktisap etmektedir²⁰⁷. Örtülü kazanç aktarımı neticesinde şirket kaynakları ve şirket değeri azaldığından şirketin sermaye piyasası araçlarının fiyatı düşmekte²⁰⁸, dolayısıyla aktarımdan al-sat işlemleri yapan yatırımcı grubu da zarar görmektedir²⁰⁹. Örtülü kazanç aktarımı yasağı, anılan türdeki yatırımcıları da koruyucu etki göstermektedir.

bb) Şirketler hukuku ilkeleri açısından

Örtülü kazanç aktarımının yatırımcıları koruyucu etkisi aynı zamanda şirketler hukuku ilkeleri ile de uyumludur. Düzenleme anonim şirketler için geçerli ilkelerden biri olan “eşit işlem ilkesi”nin suiistimalini engelleyici etki göstermektedir²¹⁰.

TTK’nın “Eşit İşlem İlkesi” başlıklı 357.maddesine göre “pay sahipleri eşit şartlarda eşit işleme tabi tutulurlar”. Buna göre eşit şartların varlığında hiçbir pay sahibinin diğerinden daha kötü işleme muhatap olmaması gerekmektedir²¹¹. Eşit işlem ilkesi ortaklık organlarına bir ödev olarak yüklenmiş ve bir anlamda şirketin irade serbestisini sınırlamıştır²¹². İlke bu yönüyle bir kısım pay sahiplerinin diğer

²⁰⁷ Bulutoğlu, Borsalar, s.84.

²⁰⁸ Deniz Derelioğlu, Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç Dağıtımı, Sermaye Piyasası Kurulu Araştırma Raporu, 1996, s.16.

²⁰⁹ Kaya, s.1.

²¹⁰ Luca Enriques/Martin Gelter, How the Old World Encountered the New One: Regulatory Competition and Cooperation in European Corporate and Bankruptcy Law, Harvard John M.Olin Center for Law, Economics, and Business Fellows’ Discussion Paper Series, Discussion Paper No.19, s.26

²¹¹ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku, İstanbul 2010, s.461.

²¹² Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.461.

kısım pay sahiplerine nazaran keyfi ve haksız işlemlere muhatap edilmelerini engellemektedir²¹³.

Eşit işlem ilkesi esas olarak pay sahibinin şirket ile ortaklıktan kaynaklanan ilişkileri açısından söz konusu olmakta, pay sahibi şirket ile sözleşmesel bir borç ilişkisine girdiğinde ise söz konusu olmamaktadır²¹⁴. Ancak öğretide Yıldız, şirket ile pay sahibi arasında olan sözleşmesel bir borç ilişkisi içeren işlemlerde, sözleşmenin sözleşme tarafı olan pay sahibinin şirket içerisindeki etki durumu nedeniyle yapılması halinde eşit işlem ilkesinin devreye girebileceğini ifade etmektedir²¹⁵. Bu kapsamda yazar pay sahiplerinin kar payını doğrudan ya da dolaylı etkileyebilecek nitelikte olan her işlemin, esas sözleşmede açıkça öngörülmemiş ise, eşit işlem ilkesini ihlal edeceğini ileri sürmekte, bu tür bir işleme örnek olarak da örtülü kazanç aktarımı durumunu göstermektedir²¹⁶. Buna göre örtülü kazanç aktarımı eşit işlem ilkesine aykırılığın doğması ihtimalini gündeme getirebilmektedir. SPK örtülü kazanç aktarımına yasağına yer vermek suretiyle, en azından halka açık anonim şirketler için eşit işlem ilkesinin muhtemel bir suiistimalinin önüne geçmiş olmaktadır.

c) Alacaklıların korunması

Anonim şirketlerin borçlarından şirket ortakları sorumlu olmadığından(TTK m.329), alacaklıların alacakları tahsil güvencesini şirketin kazançlarının da dahil olduğu kendi malvarlığı oluşturmaktadır. Bu kapsamda anonim şirketler için getirilen asgari sermaye zorunluluğu(TTK m.332) alacaklılara karşı bir sorumluluk fonunun oluşumunu sağlamaktadır²¹⁷. Nitekim anonim şirketin borçlarından dolayı sadece kendi malvarlığı ile sorumlu olması, şirketin sahip olduğu asgari sermayenin varlığından doğmaktadır. Yoksa anonim şirketin pay

²¹³ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.461.

²¹⁴ Necla Akdağ Güney, Anonim Şirketlerde Eşitlik İlkesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVIII Y.2014, Sayı 3-4, s.123.

²¹⁵ Şükrü Yıldız, Anonim Ortaklıkta Pay Sahipleri Açısından Eşit İşlem İlkesi, Ankara 2004, s.79.

²¹⁶ Yıldız, s.80.

²¹⁷ Türk Ticaret Kanunu Genel Gerekeçe paragraf 60.

sahiplerinden ayrı bir kişiliğe sahip olması sınırlı sorumluluğun doğal bir sonucu değildir²¹⁸.

Anonim şirketin alacaklılara karşı kendi malvarlığı ile sınırlı olarak sorumlu olması hususu özellikle alacaklıların korunmasının sağlanmasını temin eden “malvarlığının korunması ilkesi”nin doğmasına yol açmıştır²¹⁹. Bu şirket kaynaklarının örtülü kazanç aktarımı vasıtasıyla azaltılması, alacaklıların korunmasını temin eden malvarlığının korunması ilkesine de aykırılık teşkil etmekte, zira şirketin malvarlığının bu şekilde azaltılması alacaklılara sağlanan güvenceleri “erozyona” uğratmaktadır²²⁰. Bu açıdan örtülü kazanç aktarımı yasağının şirket kaynaklarını korumak suretiyle alacaklıları koruyucu etki gösterdiği söylenebilecektir.

Malvarlığının korunması ilkesinin uygulamasını sağlayan hükümlerden birini de TTK'nın 480.maddesinin 3.fıkrası oluşturmaktadır²²¹. Bu hüküm ile pay sahiplerinin şirkete sermaye olarak verdiklerini geri isteyemeyecekleri düzenlenerek sermayenin muhafazasının sağlanması ve bu şekilde malvarlığının korunmasını amaçlanmıştır. Şirketlerin kendi ortakları ile yaptıkları işlemlerde şirket malvarlığından üçüncü kişilere sağlanmayacak bir menfaati ortaklara sağlaması, ortağa fazladan bir kazanç sağladığından, bunun sermayenin örtülü şekilde iadesi anlamına geleceği söylenebilecektir²²². O halde ortakların taraf olduğu örtülü kazanç aktarımı faaliyetlerinin, şirketin net malvarlığını esas sermaye tutarının altına düşürmesi halinde sermayenin iadesi sonucu

²¹⁸ Reiner Kraakman/John Armour/Paul Davies/Luca Enriques/Henry Hansmann/Gerard Hertig/Klaus Kopt/Hideki Kanda/Edward Rock, *The Anatomy of Corporate Law*, Second Edition, Oxford 2009, s.29.

²¹⁹ Reha Poroy/Ünal Tekinalp/Ersin Çamoğlu, *Ortaklıklar ve Kooperatifler Hukuku*, İstanbul 2010, s.222. Bu ilke elbette sadece alacaklıları değil şirketin kendisini, pay sahiplerini ve şirkette menfaati olan herkesi korumaktadır(Coşgun/Karahan, s.344)

²²⁰ Bachner, s.22.

²²¹ Malvarlığının korunması ilkesi kapsamında getirilen tedbirler için bkz. Coşgun/Karahan, s.344-345.

²²² Beşir Fatih Doğan, *Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Geri Ödeme Yasağı*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sayı: 56 Yıl: 2005, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2005-56-103>, s.51.

doğurabileceği²²³, şirket malvarlığına ve dolayısıyla alacaklılara zarar vereceği ifade edilebilecektir.

d) Şirketin ekonomik kişilik hakkının korunması

Kişilik hakkı kapsamında yer alan ekonomik kişilik hakkı, kişilerin ekonomik hareket serbestliğini dilediği şekilde gerçekleştirmesini güvence altına almaktadır²²⁴. Bu kapsamda tüzel kişilerin de ekonomik varlığa sahip olma ve bunu elverişli şartlar içerisinde sürdürme özgürlüğü vardır²²⁵. Anayasa'nın 17.maddesinde yer alan "herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir" ve 48.maddesinde yer alan "herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir" ifadeleri, ekonomik kişilik hakkının hem gerçek hem de tüzel kişiler için anayasal temelini oluşturmaktadır²²⁶.

Tüzel kişiliğe sağlanan hak ve özgürlükler temelde sadece tüzel kişilik için değil, tüzel kişilikle ilgili kişileri korumak için getirilmiştir²²⁷. Tüzel kişiliği haiz yapılar olan halka açık anonim şirketlerde, şirketlerle ilgili kişiler arasında en önde gelen ve tüzel kişiliğe sağlanan haklarla asıl korunmak istenen kişiler kuşkusuz pay sahipleridir²²⁸. O halde bir şirketin sahip olduğu ekonomik kişilik hakkının öncelikle şirketin pay sahiplerini korumaya hizmet ettiği söylenebilecektir.

Ekonomik kişilik hakkı, tüzel kişiliği ve pek tabii halka açık anonim şirketleri ekonomik hareket serbestliğini engelleyici saldırılara karşı korumaktadır. Bu hakka saldırı özellikle şirketin ekonomik varlığını, faaliyetlerini ve ekonomik ve sosyal geleceğini olumsuz yönde etkilemeye yönelik davranışlar şeklinde ortaya çıkabilmektedir²²⁹. Saldırının dışarıdan başkalarınca veya tüzel kişinin kendi

²²³ Şirketin net malvarlığının esas sermaye tutarının altına düşmesine neden olan her türlü işlemin sermayenin iadesi yasağının kapsamına gireceği yönünde bkz. Sevi, s.541.

²²⁴ Rona Serozan, Kişilik Hakkının Korunması ile İlgili Bazı Düşünceler, MHAD 1977, s.93 ve s.109.

²²⁵ Aydın Zevkliler/ Beşir Acarbey/ Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, Ankara, 1999, s.473 ve s.626.

²²⁶ Rona Serozan, Tüzel Kişiler/ Özellikle: Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994, s.32.

²²⁷ Supreme Court of United States, Burwell v. Hobby Lobby Stores, No: 13-354, 30/06/2014,

²²⁸ Trustees of Dartmouth Coll. v. Woodward, 17 U.S. 4 Wheat. 518 518 (1819).

eylemleriyle gerçekleştirilmesi, eylemin saldırı niteliğini değiştirmemektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu²³⁰'nun 23.maddesi gereği kişiler özgürlüklerinden vazgeçemediğinden ya da onları hukuka veya ahlaka aykırı sınırlandıramadığından, tüzel kişi ekonomik kişiliğine kendi eylemi ile zarar verse dahi bu eylem bir saldırı olarak kabul edilecektir.

Tüzel kişinin ekonomik kişilik hakkına sahip olması, bu kişinin ekonomik kişiliğini ihlal edici bir borcun altına girmesinin hukuka aykırı kabul edilmesi sonucunu gerektirecektir²³¹. Bu kapsamda şirket kaynaklarını “sömürücü” neticesi nedeniyle örtülü kazanç aktarımı da tüzel kişinin ekonomik kişilik hakkına yönelik bir saldırı olarak nitelendirilebilecektir²³². Zira bu faaliyet sonucunda kaynaklarında azalma meydana gelen şirketin ekonomik varlığının ve ekonomik hareket serbestliğinin zarar gördüğü aşıkardır. Örtülü kazanç aktarımı yasağı sayesinde şirket kazancının şirket bünyesinde kalması sağlanmakta, şirketin malvarlığı ve dolayısıyla ekonomik hareket serbestliği korunmaktadır.

Örtülü kazanç aktarımının ekonomik kişiliği ihlal edici nitelikte bir davranış olarak kabulünü, ekonomik kişilik hakkının pay sahibini koruma temeline dayanması ve anonim şirketlerin doğası gerektirmektedir. Anonim şirketler ekonomik konu ve amaçlarla kurulabilen, ekonomik fayda elde etmek üzere faaliyet icra etme ve bu faaliyetin gelirini dağıtma temeline dayanan yapılardır²³³. Böyle bir yapıda kar payı hakkı, pay sahiplerinin anonim şirketin kar elde etmek için çabalaması konusundaki haklarını ifade etmektedir²³⁴. Nitekim pay sahiplerinin anonim şirket yapısı içerisinde en önde gelen hakkını da kar payı hakkı oluşturmaktadır. Bu kapsamda anonim şirketlerin kar elde etme ve

²²⁹ Zevkliler, s.625 ve Doruk Gönen, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, Doktora Tezi, s. 94.

²³⁰ R.G. T: 08/12/2001 S: 24607.

²³¹ Gönen, s. 136.

²³² Benzer şekilde rekabet özgürlüğünün sınırları çizen düzenlemelerin getiriliğinde de rakiplerin ekonomik kişiliklerinin korunması amacı bulunduğu yönünde bkz: Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, Ankara 2011, s.307.

²³³ Ernst E. Hirsch, Ticaret Hukuku Dersleri Cilt 2, İstanbul 1940, s.1.

²³⁴ Veliye Yanlı, Anonim Ortaklıklarda Karın Tamamen Devrine İlişkin Bir Tasarruf Yapılabilir mi? <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023003982/1023003574>, ET: 10/01/2015, s. 201.

paylaştırma gayesini izleme gerekliliğinden sapması mümkün değildir²³⁵. Bu nedenle şirketin her zaman kar elde etme ve paylaştırma gayesi yönünde çaba harcaması, şirketin bu gayeye uygun şekilde yönetilmesi gerekmektedir²³⁶. O halde şirket kaynaklarının öncelikle şirketin ve dolayısıyla pay sahiplerinin menfaatine, yani kazanç elde etme ve kar payı dağıtma hedefine yönelik olarak kullanılması zorunludur²³⁷.

Anonim şirketin kaynaklarını kar payı dağıtma amacıyla bağdaşmayan şekilde azaltmak mümkün değildir. Zira kaynakların azaltımı şirketin kazanç elde etme ve bunu paylaştırma amacını engellemekte, dolayısıyla pay sahiplerine dağıtılacak kar miktarını azaltmaktadır. Bu kapsamda bir anonim şirketin gayesine ve pay sahiplerinin kar payı hakkına aykırı nitelikte işlem yapması veya kazanç elde etmek için yapması gereken işlemleri yapmaması, şirketin ekonomik kişilik hakkının ihlali anlamına gelecektir. O halde şirketin çeşitli işlemlerle örtülü olarak kazanç aktarması, şirketin kaynaklarını gayesi ile bağdaşmayacak bir şekilde azalttığından ve bu surette pay sahiplerinin kar payı hakkını ihlal ettiğinden, şirketin ekonomik kişilik hakkına yönelik bir saldırı olarak nitelendirilecektir. Bu yönüyle örtülü kazanç aktarımı yasağının mevcudiyeti, şirketin ekonomik kişilik hakkını güvence altına almakta ve anonim şirketlerin temel yapısının korunmasına hizmet etmektedir²³⁸.

V. Örtülü kazanç aktarımı düzenlemelerinin tarihçesi

Örtülü kazanç aktarımı Türkiye’de ilk olarak vergi hukuku kapsamında düzenlenmiştir. Nitekim bu müessese sermaye piyasası hukukundan çok vergi hukukuna ilişkin bir araç olarak kabul edilmektedir²³⁹. Üstelik bu durum sadece

²³⁵ Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, s.464.

²³⁶ Yargıtay 11. HD E.2008/9248 K.2010/4881 T. 04/05/2010.

²³⁷ Michigan Supreme Court, Dodge v. Ford Motor Co., 170 N.W. 668, 1919 ve Yargıtay HGK E.1966/T-1396/K. 847 T. 29/11/1969.

²³⁸ Pay sahiplerinin anonim şirketin temel yapısının korunmasını isteme hakkı konusunda bkz. Bozgeyik/Karahan, s.623.

²³⁹ Sadak, s. 45.

Türkiye için geçerli değildir. Konu, dünyada ilk düzenlendiği ülke olan Amerika Birleşik Devletleri'nde de ilk olarak bir vergi kanunu kapsamında yer almıştır²⁴⁰.

A- Kurumlar vergisi hukuku açısından

Örtülü kazanç aktarımı tüm dünyada hukuk düzenine ilk defa 1917 yılında Savaş Gelirleri Kanunu kapsamında Amerika Birleşik Devletleri'nde girmiş ve diğer ülkelerin düzenlemeleri de ABD etkisinde bir gelişme göstermiştir²⁴¹. ABD'yi takiben benzer düzenlemeler 1925 yılında Almanya'da, 1933 yılında Fransa'da ve 1951 yılında İngiltere'de vergi hukuku kuralları arasındaki yerini almıştır²⁴². Nitekim Amerikan Vergi Dairesi'nin(IRS) 2000 yılına ait bir raporunda, Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Teşkilatı'nın(OECD) ve Birleşmiş Milletler'in transfer fiyatlandırmasına ilişkin düzenlemelerinin dayanağının ABD olduğu açıklanmıştır²⁴³. Bu anlamda günümüzde çoğu devletin örtülü kazanç aktarımı alanına ait düzenlemelerinde ABD etkisinin mevcut bulunduğu söylenebilecektir²⁴⁴.

Zamanla tüm dünyada yaygın hale gelen örtülü kazanç aktarımı müessesesine Türk hukuku da kayıtsız kalmamış ve müesseseyi bir vergi reformu kapsamında hukuk düzenine katmıştır²⁴⁵. Örtülü kazanç aktarımına ilişkin bir düzenlemeye ilk olarak 1934 tarihli Kazanç Vergisi Yasası'nın 13.maddesinin 5'inci fıkrasında yer verilmiştir²⁴⁶. Bu düzenleme ile bir şirkette ortakların veya yakınlarının şirkete

²⁴⁰ Ateş, s.13. Örtülü kazanç aktarımına ilişkin ilk düzenlemenin ABD'de yapılmış olması çok da şaşırtıcı değildir. Bu ülkede yer alan şirketlerin sayısı, malvarlıklarının boyutunu ve bunlardan elde edilen vergi gelirinin miktarı düşünüldüğünde, düzenlemenin toplumsal altyapının bir gereği olarak getirildiği açıktır. Buna karşılık aynı noktalar Türkiye için değerlendirildiğinde, düzenlemenin hukuk düzenine uygulamadan doğan belirgin ihtiyaçlardan ötürü girmiş olduğu sonucuna varmak pek mümkün gözükmemektedir.

²⁴¹ Sadak, s.46.

²⁴² Ateş, s.13.

²⁴³ IRS, Announcement and Report Concerning Advance Pricing Agreements, Issued Pursuant to Pub. L. 106-170, Section 521(b) Announcement 2000-35, <http://www.irs.gov/pub/irs-drop/a-00-35.pdf>, s.3-5.

²⁴⁴ Ateş, s.21.

²⁴⁵ Öncel, s.12.

ödünç vereceği paralar sermaye sayılmış ve bunlara tahakkuk ettirilecek faizlerin gider olarak matrahtan indirilmesine izin verilmemiştir²⁴⁷.

Örtülü kazanç aktarımı müessesinin Türk hukuk sisteminde günümüzdeki anlamıyla yer alması ise 1949 tarihli ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile gerçekleşmiştir. Modeli Almanya'dan alınan bu kanunun 17.maddesi ile bir şirketin kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu kişiler ve belirtilen diğer ilişkili kişiler ile olan alım-satım, kira, ödünç alma-verme ve hizmet sözleşmesi ilişkilerinde emsallerine oranla göze çarpacak ölçüde yüksek yahut düşük miktarlar üzerinden ivaz ödemesi örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmiştir²⁴⁸. 1980 yılında 2362 sayılı Kanunun 13.maddesiyle yüksek veya düşük bedeller üzerinden veya bedelsiz olarak imalat, inşaat işlemlerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunulması hali de, örtülü kazanç aktarımı kapsamına eklenmiştir²⁴⁹.

1949 tarihli kanun, 2006 yılında 5520 sayılı KVK'nın yürürlüğe girmesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. 5520 sayılı KVK'nın eski kanun ile kıyaslandığında öne çıkan farklılıklarını, yeni kanunun örtülü kazanç aktarımına daha geniş yer vermesi ve uluslararası vergi hukukuna paralel uygulama getirmesi

²⁴⁶ 934 Kazanç Vergisi Kanunu 13/5: "Sermaye için faiz kabul edilmeyeceği gibi, kolektif şirketlerde şirketlerin ve komandit şirketlerde komandite azaların ve bunların usul ve fününun veya karı veya kocanın; sair sınıai ve ticari teşebbüsatta karı veya koca ile bunların usul ve fününun şirkete veya teşebbüse ikraz edecekleri paralar sermaye sayılır..."(Öncel, s.12).

²⁴⁷ Ateş, s.22.

²⁴⁸ Kızılot, s.208. 1949 tarihli KVK m.17: "Aşağıdaki hallerde kazanç tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılır: 1.Şirket kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermaye bakımlarından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım muamelelerinde bulunursa; 2. Şirket, 1 numaralı fıkırada yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük bedeller üzerinden kiralama veya kiraya verme muamelelerinde bulunursa; 3.Şirket, 1 numaralı fıkırada yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alır veya verir; 4.Şirket, ortaklarından veya bunların eşleri ile usul ve fünündan ve 3'üncü dereceye kadar(dahil) kan ve sıhri hısımlarından şirketin idare meclisi başkan veya üyesi, müdürü veya yüksek memuru durumunda bulunanlara emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek aylık, ikramiye, ücret verir veya benzeri ödemelerde bulunursa."

²⁴⁹ Ateş, s.23.

oluşturmaktadır²⁵⁰. Nitekim iki kanun arasında bunun dışında esaslı bir farklılığın bulunmadığı ifade edilmektedir²⁵¹.

B- Sermaye piyasası hukuku açısından

Sermaye piyasası hukuku açısından örtülü kazanç aktarımı müessesesi gerek dünyada gerekse Türkiye’de borsaların ve halka açık şirketlerin ortaya çıkmasını takiben düzenlenmeye başlanmıştır²⁵². Sermaye piyasasına ilişkin dünyadaki ilk düzenlemelerin 1920’lerde İngiltere’de ve 1930’larda Amerika Birleşik Devletleri’nde ortaya çıkmaya başladığından hareketle²⁵³, sermaye hukuku açısından örtülü kazanç aktarımı alanına ait düzenlemelerin vergi hukukundaki muadillerine göre nispeten daha yeni olduğu söylenebilecektir.

Türkiye’nin sermaye piyasasına ilişkin ilk düzenlemesi 28/07/1981 yılında yürürlüğe giren 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu olduğundan, doğal olarak bu tarihe kadar sermaye piyasası hukuku kapsamında örtülü kazanç aktarımına ilişkin herhangi bir gelişme yaşanmamıştır. Örtülü kazanç aktarımı bu kanunun “Temettü ve Bedelsiz Payların Dağıtım Esasları” başlıklı 15.maddesinin son fıkrasında “Halka açık anonim ortaklıklar; yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını ve/veya mal varlığını azaltamaz” şeklinde yer almıştır.

2249 sayılı kanun 29/04/1992 ile 15/12/1999 tarihlerinde değişikliğe uğramış, 30/12/2014 tarihinde ise 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun yürürlüğe konması ile geçerliliğini yitirmiştir. Halihazırda yürürlükte bulunan SPK örtülü kazanç aktarımı konusuna “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı” başlıklı 21.maddesinde yer vermiştir. SPK’daki düzenleme eski kanun ile kıyaslandığında yeni düzenlemenin eskisine göre çok daha geniş ve ayrıntılı olduğu

²⁵⁰ Kızılot, s.195.

²⁵¹ Erol, s.275.

²⁵² Sadak, s. 37

²⁵³ Dam, s.27.

görülmektedir²⁵⁴. Bu farklılık iki sebebe dayanmaktadır. Birinci sebebi Türkiye’de sermaye piyasasının gelişmesi ile paralel olarak örtülü kazanç aktarımı faaliyetlerinin de artması nedeniyle konuyu daha kapsamlı bir şekilde düzenleme ihtiyacının duyulması oluşturmaktadır. İkinci sebebi ise kanun koyucunun SPK’yı genel olarak Avrupa Birliği mevzuatına uyumlu hale getirme çabası oluşturmaktadır²⁵⁵.

IV- KVK’da örtülü kazanç aktarımı

KVK’nın 11.maddesinin 1.fıkrasının (c) bendinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak aktarılan kazançların kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınamayacağı düzenlenmiş, 13.maddesinde de bir faaliyetin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olması için aranan şartlar belirtilmiştir. KVK m.13’e göre bir faaliyetin KVK kapsamında örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilebilmesi için faaliyetin; objektif şart, subjektif şart²⁵⁶ ve hazine zararı²⁵⁷ şartı olmak üzere üç temel şartı karşılaması gerekmektedir²⁵⁸. Çalışmanın konusu gereği bu bölümde sadece objektif şart ele alınacaktır.

²⁵⁴ Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı Gerekçesi, s.20.

²⁵⁵ Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı Gerekçesi, s.12.

²⁵⁶ Subjektif unsurda mükellefin amaç ve iradesi incelenmektedir(Ateş, s.65). KVK’nın 13.maddesinin birinci cümlesinde “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” ifadesi kullanılmaktadır. Kanun ilişkili kişi, işlem ve emsallere uygunluk ilkesine aykırılık unsurlarının(objektif unsurların) bulunması durumunda kazancın dağıtılmış sayılacağını kabul ederek bir “kasıt karinesi” ortaya koymaktadır(Ateş, s.66). O halde ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak işlem yapılması, kurumun bu fiili bilerek yaptığının karinesi olarak kabul edilmektedir. Nitekim KVK’nın mehzaz kanunu niteliğindeki Alman Kurumlar Vergisi Kanunu’nda, örtülü kazanç aktarımına ilişkin düzenlemenin uygulanmasında subjektif unsur aranmaktadır(Kızılot, s.208).

²⁵⁷ 5520 sayılı KVK’nın 13.maddesinin 7.fıkrasına göre “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.” Fıkradan anlaşıldığı üzere, örtülü kazanç aktarımının gerçekleşmesi için hazine zararının bulunması şarttır.

²⁵⁸ Kızılot, s.205.

Objektif şart kapsamında; (1) Kurumun mal veya hizmet alım ya da satımı şeklinde bir işlem gerçekleştirmesi(işlem unsuru), (2) İşlemin ilişkili kişiler ile gerçekleştirilmesi(ilişkili kişi unsuru), (3) İşlem için belirlenen fiyat ya da bedelin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olması(işlemin emsallere uygunluk ilkesine aykırılığı unsuru) gerekmektedir. Objektif şartın karşılanması için, olayda tüm bu unsurların birlikte bulunması aranmaktadır²⁵⁹.

A- İşlem unsurunun değerlendirilmesi

KVK'nın 13. maddesinin 1.fıkrasında kurumlar ile ilişkili kişilerin emsallere uygunluk ilkesine aykırı tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmaları durumunda kazancın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı ifade edilmektedir. O halde madde bir işlemin örtülü kazanç aktarımı niteliğinde sayılabilmesi için; (1) kanunda belirtilen işlem türlerinden biri olması ve (2) emsallere uygunluk ilkesine aykırı olmasını aramaktadır.

Önemle belirtilmelidir ki, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımının gerçekleşmesi için işlemin kurumun sermayesine ya da yedek akçelerine temas etmesi gerekmemektedir. İlişkili kişiye sağlanan menfaatin genel olarak şirketin sahip olduğu kaynaklarından çıkması yeterlidir. Örneğin bir halka açık anonim şirket bir ilişkili kişiye emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir fiyatla bir otomobilinin satışını gerçekleştirirse, bu işlem kanundaki işlem türlerinden biri olduğu(mal veya hizmet alım ya da satımı) ve kanundaki ilkeye aykırı olduğu(emsallere uygunluk ilkesi) için örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilecektir. Ayrıca kazanç aktarımı maddi bir edimde bulunmak suretiyle olabileceği gibi ilişkili kişinin harcamalarından tasarruf etmesinin sağlanması şeklinde parayla değerlendirilebilen bir menfaat şeklinde de olabilmektedir²⁶⁰. Bir halka açık anonim şirketin yaptığı saha araştırması sonucu derlediği verileri ücretsiz olarak ilişkili kişiye vermesi, ilişkili kişinin harcamalarından tasarruf

²⁵⁹ Kızılot, s.201.

²⁶⁰ Ağar, s.220.

etmesinin sağlandığı bir örtülü kazanç aktarımına örnektir. Bunların yanı sıra, sağlanan menfaatin ilişkili kişide meydana getirdiği zenginleşme ile kurumda meydana getirdiği kaynak azalmasının eş zamanlı gerçekleşmesi de zorunlu değildir²⁶¹. Bu kapsamda bir işlemin örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olabilmesi için KVK m.13'ün işlem unsurunda aradığı şartları karşılaması gerekli ve yeterlidir.

1. İşlemin kanundaki ilkeye aykırılığı

Emsallere uygunluk ilkesi ilişkili kişiler arasında yapılan bir işlemin bedelinin, bu işlemin ilişkisiz kişiler arasında yapılmış olması durumunda ortaya çıkacak olan bedel ile uyumlu olup olmadığının tespitini sağlamaktadır. Bu anlamda örtülü kazanç aktarımının mevcudiyeti için gerçekleştirilen işlemde yer alan edim ve karşı edim arasında açık bir dengesizliğin bulunması gerekmektedir. Kanun koyucu bu dengesizliğin saptanmasında ölçüt olarak kullanılmak üzere “emsallere uygunluk ilkesi”ni belirlemiştir²⁶².

Emsallere uygunluk ilkesi OECD'nin “Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi”nde²⁶³ Türkçe'ye “kol uzunluğu ilkesi” olarak çevrilebilecek olan “arm's length principle” kavramı ile ifade edilmektedir. İlkenin “kol uzunluğu ilkesi” olarak adlandırılmasının sebebi, fiyatın piyasa koşullarında, alıcı ve satıcının pazarlıkları sonucunda belirlenmesi sırasında tarafların fiyatta anlaşmaları üzerine el ve kollarını sallayarak tokalaşmaları davranışını çağrıştırmaktır²⁶⁴.

Emsallere uygunluk ilkesine aykırılık hali OECD Model Vergi Anlaşmasının 9.maddesinin 1.paragrafında “İki ilişkili kuruluş arasındaki ticari finansal ilişkilerde belirlenen ya da kabul ettirilen koşulların, birbirinden bağımsız kuruluşlar arasında uygulanan koşullardan farklı olması durumu” olarak

²⁶¹ Öncel, s.23.

²⁶² 2007/12888 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı, m.5.

²⁶³ Organization for Economic Co-operation and Development(OECD), Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administration, B, 1-6. ET: 10.12.2014.

²⁶⁴ Köse/Ferhatoglu, s. 37.

belirtilmektedir²⁶⁵. Nitekim KVK da 13.maddesinin 3.fikrasıyla, OECD Model Vergi Anlaşmasında yer alan tanımla benzer şekilde, emsallere uygunluk ilkesinin “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 ettiğini düzenlemiştir. O halde ilişkili kişiler ile gerçekleştirilen bir işleme uygulanan bedel, tarafların arasında herhangi bir ilişkinin mevcut olmaması durumunda da uygulanacak olan bedel ise, işlem, emsallere uygunluk ilkesine aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu anlamda “emsallere uygun” bedelin “piyasa koşullarına uygun” bedel olduğu söylenebilecektir²⁶⁶.

Emsallere uygunluk ilkesinin uygulanmasında önce “emsallere uygun bedel” saptanmakta ve daha sonra bu bedel olaydaki bedel ile karşılaştırılmaktadır. Şayet olaydaki bedel ile emsal bedel farklıysa, bedeller arasındaki farkın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak aktarılan tutarı oluşturduğu kabul edilmektedir²⁶⁷. Bu anlamda emsallere uygunluk ilkesinin uygulanabilmesi, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerin ilişkisiz kişiler arasındaki işlemlerle karşılaştırılabilir olmasına dayanmakta²⁶⁸, dolayısıyla karşılaştırmada kullanılacak emsalin tespiti önem taşımaktadır. 1 Seri No’lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını Genel Tebliğinin 4.bölümüne ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını Hakkında Rehber²⁶⁹ göre, emsallere uygunluk ilkesi kapsamında önce iç emsale göre değerlendirme yapılacaktır. Emsalin bu şekilde tespit edilememesi ya da güvenilir olmaması durumunda dış emsale başvurulacaktır²⁷⁰. İç emsalde kurumun aynı işlem için ilişkisiz kişiler ile yaptığı işlemlerde yer alan bedeller incelenecek, dış emsalde ise diğer kurumların aynı işlem için kendileri ile ilişkili olmayan kişiler ile

²⁶⁵ OECD Model Tax Convention on Income and on Capital, <http://www.oecd.org/ctp/treaties/2014-model-tax-convention-articles.pdf>,

²⁶⁶ Köse/Ferhatoğlu, s.37.

²⁶⁷ Levent Gençyürek, Örtülü Kazanç Dağıtımını, Vergi Sorunları Dergisi, 2000, S.143, s. 71-72.

²⁶⁸ Köse/Ferhatoğlu s.38.

²⁶⁹ Gelir İdaresi Başkanlığı Yayın No: 114, Kasım 2010, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/yayinlar/transfer_fiyatlandirma2010.pdf.

²⁷⁰ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu E.1995/415 K.1997/6 T.17/01/1997

işlemlerinde uyguladıkları bedeller(yani ilişkisiz kişiler arasındaki işlemlerdeki bedeller) incelenecektir.

Bir işlemin emsali araştırılırken sadece sözleşmeye konu mal veya hizmetin niteliğine bakılmamalı, aynı zamanda sözleşmenin içerdiği diğer şartlara ve hatta gerçekleştirildiği ortama da bakılmalıdır. Bu anlamda emsalin tespiti bir malın ya da hizmetin piyasadaki fiyatının tespitinden öte işlemi oluşturan sözleşmenin piyasadaki değerinin tespiti olmalıdır. Bir başka deyişle, emsal tespitinin konusu “sözleşme değeri” olmalıdır. Bu değer in saptanmasında yapılacak işin karşılığında alınacak vergi iadesi dahil, ekonomik açıdan önem taşıyan tüm hususların dikkate alınması gerekmektedir²⁷¹. Nitekim 2007/12888 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı’nın 5.maddesinde karşılaştırılabilirliğin tespitinde; mal veya hizmetin nitelikleri, işlev analizi, ekonomik koşullar ve iş stratejileri gibi unsurların başlıca dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir²⁷².

Kanun koyucu, kurumların transfer fiyatlandırmasında emsallere uygunluk ilkesi ile uyumlu bedelleri tespit için izleyebilecekleri yöntemleri 13.maddenin 4.fıkrasında ifade etmektedir. Bu kapsamda kurumlara ilişkili kişiler ile yaptıkları işlemlerde uygulayacakları bedelleri işlemin mahiyetine en uygun yöntemi esas almak suretiyle tespit edebilme serbestisi tanınmıştır²⁷³. KVK’nın 13.maddesinin 4.fıkrasına göre emsalin tespitinde kullanılacak yöntemler ve anlamları şu şekildedir:

“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.

²⁷¹ Danıştay 4.D E. 1989/762 K. 1990/775 T. 07/03/1990(Hüseyin Savaş, Örtülü Kazanç Dağıtımında Emsal ve Danıştayın Konuya Yaklaşım, Vergi Dünyası, Sayı: 234, Şubat 2001).

²⁷² R.G. T. 06/12/2007 S. 26722

²⁷³ Öncel/Kumrulu/Çağan, s.342.

- 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.”

KVK'nın 13.maddesinin 5.fıkrasına göre kurumların ilişkili kişiler ile yapacakları işlemleri gerçekleştirmeden önce, belirli bir zaman diliminde gerçekleştirilecek işlemlere ilişkin transfer fiyatlarının belirlenmesinde kullanılacak yöntemleri vergi idaresi ile önceden anlaşarak da tespit etmesi mümkündür²⁷⁴. Vergi idaresi ile kurumlar arasında yapılan bu anlaşmalara “peşin fiyatlandırma anlaşması” denilmektedir²⁷⁵. Bu şekilde mükellefler transfer fiyatının nasıl tespit edileceği konusunda idare ile önceden anlaşmış olmakta ve bir uyuşmazlık çıkması durumunda idare “emsallere uygunluk ilkesi” çerçevesinde sadece uygulanan fiyatların anlaşmada kararlaştırılan esaslara uygun tespit edilip edilmediğini incelemektedir²⁷⁶.

2. İşlem Türleri

KVK'nın 13.maddesinin 1.fıkrası örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilebileceği işlem türlerini belirtmektedir. Fıkranın 1.cümlesinde “mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması

²⁷⁴ KVK m.13/5: 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.

²⁷⁵ Köse/Ferhatoğlu, s.107.

²⁷⁶ Köse/Ferhatoğlu, s.108.

yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır” ifadesi bulunmakta, 2.cümlesinde de “mal veya hizmet alımı ya da satımı” ifadesinin her hal ve şartta “alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemleri” de kapsadığı belirtilmektedir. O halde örtülü kazanç aktarımı konusu işlemin bir “mal veya hizmet alım ya da satımı” türünde olması aranmaktadır. Bu niteliği taşıyan tüm işlemler KVK’nın 13.maddesinin kapsamında sayılacaktır.

a) Mal veya hizmet alım ya da satımı

Mal veya hizmet alım ya da satımı işlemleri, örtülü kazanç aktarımı kapsamına alınan temel işlem türünü oluşturmaktadır. “Hizmet” kelimesi sözlükte “birinin işini görme veya birine yarayan bir işi yapma” anlamına gelmekteyken²⁷⁷, “mal” kelimesi “taşınır veya taşınmaz varlıkların bütünü, emtia” anlamına gelmektedir²⁷⁸. Bu kelimelerin hukuki açıdan taşıdığı anlamın ise 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun²⁷⁹,dan faydalanılarak tespiti mümkündür.

6502 sayılı kanunun 3.maddesinin 1.fıkrasının (d) bendinde “hizmet” kelimesinin “bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusu” anlamında ve “mal” kelimesinin “alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi mallar” anlamında kullanıldığı belirtilmiştir. Kanunda “eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem”in tüketici işlemi olduğu belirtilmiş ve bu işlemler m.3/1(d) gereği birer “hizmet” olarak

²⁷⁷ Türk Dil Kurumu Elektronik Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54fb4266758a63.32137261, ET: 10/10/2014

²⁷⁸ Türk Dil Kurumu Elektronik Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54fb42c7f423a6.18384449, ET: 10/10/2014.

²⁷⁹ R.G. T: 28/11/2013 Sayı: 28835

kabul edilmiştir. KVK açısından da mal ve hizmet kelimelerinin hukuki anlamlarının 6502 sayılı Kanundaki gibi olduğu düşünüldüğünde, örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin ekonomik hayatta yapılan neredeyse her türlü işlemin kapsamına aldığı söylenebilecektir. Bu kapsamda KVK'nın 13.maddesinin 1.fıkrasının 2.cümlesinde yer alan işlem türlerinin sınırlı sayıda olmadığı ve fıkroda belirtilmemiş olmakla beraber bir mal veya hizmet alım ya da satımı niteliğindeki her işlemin maddenin kapsamına girdiğinin kabul edilmesi gerekmektedir.

KVK'nın mal ve hizmet kavramlarının kapsamına hakların girip girmediğinin tartışılması mümkündür. Zira örneğin GVK hakları “mal” kavramının dışında tutmuş, hem malları hem de hakları düzenlediği maddelerde hakların da madde kapsamına dahil olduğunu ayrıca belirtmiştir²⁸⁰. Bu nedenle KVK açısından da mal ve hizmet kavramlarının hakları içermediğinin iddia edilmesi mümkündür. Ancak kurum kazançlarının genel olarak hakların elde edilen gelirleri de kapsadığı gerçeği karşısında, kanun koyucunun hakların alım ve satımını örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin dışarısında tuttuğunun düşünülmesi yerinde olmayacaktır. Bu nedenle hakların da “mal” kavramının içerisine girdiği kabul edilmesi gerekmektedir.

Bir kurumun ilişkili kişiye bir mal veya hizmeti emsallerine göre düşük fiyatla satması ya da ilişkili kişiden mal veya hizmeti emsallerine göre yüksek fiyattan alması durumunda, örtülü kazanç aktarımından söz edilebilecektir. Benzer şekilde bir kurumun ilişkili kişiye ilişkili olmayan kişilere yapmadığı yüksek bir oranda indirim yapması; ilişkili kişiden fahiş bir fiyatla pay satın alması; ilişkili kişiye yüksek kar oranı ile satabilecekken düşük kar oranı ile mal satması²⁸¹; kurumun ilişkili kişiden fahiş fiyatla taşınmaz satın alması ya da kendi taşınmazını emsalin altında bir bedel ile satması gibi durumlar emsallere uygunluk ilkesine aykırı

²⁸⁰ Örneğin, GVK m. 70: Aşağıda yazılı mal ve hakların sahipleri, mutasarrıfları, zilyedleri, irtifak ve intifa hakkı sahipleri veya kiracıları tarafından kiraya verilmesinden elde edilen iratlar gayrimenkul sermaye iradidir...”

²⁸¹ Ağar, s. 274.

olarak gerçekleştirilen mal veya hizmet alım ya da satımına örnek olarak gösterilebilecektir.

Bir mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat ilk bakışta emsallere uygunluk ilkesine aykırı gözükse dahi, olayın kendine özgü şartları neticesinde örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilemeyebilecektir. Bu kapsamda örneğin satışlarının %43'ünü gerçekleştiren aracı şirkete diğer şirketlere oranla daha yüksek oranda indirim(iskonto) yapan şirketin işleminin²⁸²; devamlı müşterisine yüzde 90 oranda indirim uygulamayan bir şirketin işleminin²⁸³; malın maliyetine satılması işleminin²⁸⁴; malın maliyetinin altına bir tutarla satılması işleminin; nakit ve peşin ödeme yapılacak olması sebebiyle fiyattan emsaline göre daha fazla indirim yapılması işleminin her zaman örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. Benzer şekilde ilişkili kişilerin aralarında gerçekleşen bir mal veya hizmet alım ya da satımının emsaline göre düşük bir fiyat üzerinden gerçekleşmesi halinde, satışın iki kurum arasındaki yardımlaşma ve paylaşımına ilişkin bir sözleşmeden kaynaklanması durumunda, bir örtülü kazanç aktarımı gerçekleşmeyecektir²⁸⁵. Yine bir şirketin üretim maliyetlerinin yüksekliği nedeniyle ilişkili kişiye gerçekleştirdiği mal satımının toplam bedelinin emsallerine göre yüksek olması tek başına örtülü kazanç aktarımının gerçekleştiği sonucunu doğurmamaktadır²⁸⁶.

b) Mal veya hizmet alım yada satımı kapsamına giren işlemler

aa) İmalat ve inşaat işlemleri

KVK'nın 13.maddesinin 1.fikrasına göre imalat ve inşaat işlemleri her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilecektir. İmalat ve

²⁸² Danıştay 3.D. E: 1990/1414 K: 1990/3381 T: 10/02/1990.

²⁸³ Danıştay 4.D. E: 1996/2142 K: 1996/3934 T: 06/11/1996.

²⁸⁴ Danıştay 3.D. E. 1999/4040 K.2001/475 T.27/02/2001.

²⁸⁵ Danıştay 3.D. E. 1987/85 K. 1987/2311 T.19/10/1987.

²⁸⁶ Açar, s.274.

inşaat işlemlerinin hukuki niteliğini 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda²⁸⁷ düzenlenen eser sözleşmesi oluşturmaktadır.

Bina, fabrika, yol, köprü ve tünel inşası; elektrik, kalorifer ve su tesisatı yapılması; tekne, araba, alet, elektronik teçhizat ve ilaç imalatı; elbise dikimi; eşya tamiri; bina onarımı gibi faaliyetler imalat ve inşaaata ilişkin bir eser sözleşmesinin konusunu oluşturabilmektedir²⁸⁸. Bu kapsamda örneğin bir kurumun işletme merkezinin bulunduğu daireye telefon ve internet tesisatı yaptıracak olması durumunda, bunu yapacak kişinin ilişkili bir kişi olması halinde işin karşılığında ödenecek ücretin emsallere uygunluk ilkesine uygun olması gerekmekte, aksi halde işlem örtülü kazanç aktarımı sayılabilmektedir.

bb) Kiralama ve kiraya verme işlemleri

KVK m.13'ün mal veya hizmet alım ya da satımı kapsamına dahil ettiği işlemlerden bir diğeri de kiralama ve kiraya verme işlemleridir. Kiralama ve kiraya verme işlemlerinin hukuki niteliğini TBK'da düzenlenen kira sözleşmeleri oluşturmaktadır.

Kira sözleşmelerine göre kiraya veren sözleşme konusunun kullanımını kiracıya bırakmakta ve kiracı da bunun karşılığında "kira" adında bir bedel ödemektedir. Kira sözleşmesinin konusunu taşınmazlar kadar taşınır mallar ve hatta haklar da oluşturabilmektedir²⁸⁹. Bu kapsamda örneğin kara hayvanlarının avlanması hakkının, intifa hakkının veya maden imtiyazının kiralanması mümkündür²⁹⁰.

Bir kira bedelinin emsallerine göre değerlendirilmesinde dikkate alınacak tek ölçüt bedelin parasal tutarı olmamalıdır. Kira sözleşmesinden doğan diğer yükümlülükler de kira bedelinin emsalinin tespitinde dikkate alınmalıdır. Buna göre bir taşınmazın kira bedelinin taşınmazın içerisindeki eşyaları, apartman aidatını, elektrik ve su giderini, emlak vergisini veya bakım masraflarını da

²⁸⁷ R.G. T: 04/02/2011 S: 27836.

²⁸⁸ Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Borçlar Hukuku Dersleri(Özel Hükümler), İstanbul 2011, s.437.

²⁸⁹ Yavuz/Acar/Özen, s.183.

²⁹⁰ Yavuz/Acar/Özen, s.311.

içermesi durumunda artık bu bedelin sayılan yükümlülükleri içermeyen diğer kira sözleşmelerinin bedelleri ile kıyaslanması mümkün değildir. Aynı şekilde taşınmazın bulunduğu yerin de değerlendirmede dikkate alınması gerekmektedir.

cc) Ödünç para alınması ve verilmesi işlemleri

KVK m.13 kapsamında mal veya hizmet alım ya da satımı sayılan bir diğer işlem de ödünç para alınması ve verilmesi işlemleridir. Bu işlemlerin hukuki niteliği ödünç sözleşmeleridir(TBK m.379). Ödünç sözleşmeleri bir malın kullanımının kural olarak ivazsız şekilde devrini içermektedir. Bunlar kişilere bir malın kullanma ve yararlanma hakkını veren kişisel nitelikteki sözleşmelerdir. Tasarruf mevduatı sözleşmesi, kredi açma sözleşmesi, kara katımlı ödünç, tahvil çıkarılması, kar ortaklığı ve gelir ortaklığı belgeleri, katılma intifa senetleri, avans, iskonto ve iştirak işlemleri ödünç sözleşmelerine örnek olarak sayılmaktadır²⁹¹.

Ödünç sözleşmeleri kapsamında örtülü kazanç aktarımı ödünçün faizsiz ya da çok yüksek veya çok düşük faiz karşılığında verilmesi şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Şirketlerin ilişkili kişiler ile yapacağı ödünç sözleşmelerinde faiz oranının emsallere uygunluk ilkesine uygun belirlenmesi gerekmektedir. Bu işlemlerde belirlenen faiz oranı veya iskonto tutarının emsallerine göre yüksek veya düşük olması durumunda, ödünç para alınması veya verilmesi işlemi suretiyle örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilmiş olacaktır.

Maliye Bakanlığı'nın 11/11/1996 tarihli ve 53284 sayılı özelgesine göre emsal faiz oranı; işletmenin krediye olan ihtiyacına, kredinin alındığı finans kurumunun faiz uygulamalarına, kredinin alındığı tarihteki piyasa şartlarına, alınan sermayenin işletme sermayesindeki oranına ve benzeri sebeplere göre farklılık gösterdiğinden, emsallere uygunluk ilkesine göre yapılan değerlendirmede bu etkenlerin bir bütün olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Bir şirketin ödünç karşılığında hiç faiz almaması durumu ise başlı başına örtülü kazanç aktarımını oluşturmaktadır. Benzer şekilde bir bankanın ilişkili bulunduğu

²⁹¹ Hulki Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C I/1-2, 5.Bası, İstanbul 1988, s.325.

kişilere açtığı kredilerden faiz ve komisyon almaması²⁹²; kurumun ortaklarına verdiği borçtan faiz almaması; sermaye artırımına giden bir şirketin amaçladığı faaliyet başlayamaması sebebiyle oluşan nakit fazlasını cari hesap yoluyla ortaklara geri ödemesi ve bu surette oluşan cari hesaplara faiz işletmemesi²⁹³ durumları da örtülü kazanç aktarımı sayılacaktır. Bununla beraber ortakları aynı olan iki anonim şirketin, şirketlerin mali yapılarının güçlendirilmesi amacıyla birbirlerine karşılığında faiz almaksızın borç vermesinin, borç verilen dönemde iki şirketin de kazanç beyan etmesi durumunda, bu işlemler örtülü kazanç aktarımı sayılmayacaktır²⁹⁴. Bir kurumun ortaklarına borç verme işini nakden para vermek şeklinde değil de ortakların namına ödemede bulunmak şeklinde gerçekleştirmesi ve bu ödemeye karşı faiz işletmemesi durumunda da örtülü kazanç aktarımı gerçekleşecektir²⁹⁵. Bir bankanın nüfuzu altında bulundurduğu bir kuruma verdiği borçlarla bu kurum aracılığıyla diğer işletmelere açtığı krediler karşılığında faiz almaması, çoğu işleminde karşılık ve teminat almak yönünde uygulaması bulunan bankaların krediyi tahsil edip etmeyeceği şüpheli başka işletmelere borç vermesi düşünülemeyeceğinden, bu durum örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilecektir²⁹⁶.

Ticari hayatta çeşitli düşüncelerle şirketlerin bir “holding” çatısı altında toplandığı görülmektedir. Holdinge bağlı şirketler arasında eş güdüm sağlamak üzere kimi zaman nakit fazlası holding şirketinin bünyesinde toplanmakta ve buradan ya da banka kredisi olarak ihtiyacı olan bağlı şirketlere dağıtılmaktadır²⁹⁷. Holding şirketinin finansman yükünü tamamen borç sağladığı şirketlere aktarması durumunda örtülü kazanç aktarımının gerçekleştiğinden söz edilememektedir. Ancak holding şirketinin verdiği borçlardan kaynaklanan maliyeti bağlı şirketlerden tahsil etmemesi durumunda örtülü kazanç aktarımı gerçekleşmektedir. Benzer şekilde şirketin kendi ticari faaliyetinde kullanarak

²⁹² Danıştay 3.D E.1987/308 K.1988/482 T. 17/02/1988.

²⁹³ Danıştay 3.D E.1993/724 K.1994/387 T.10/02/1994.

²⁹⁴ Ağar, s.332.

²⁹⁵ Danıştay 3.D. E.1991/1765-3031 T. 02/12/1991(Ağar, s. 325).

²⁹⁶ Danıştay 4.D. E.1964/1080 K.1967/5005 T. 28/10/1967(Ağar, s.329)

²⁹⁷ Ağar, s. 331.

gelir elde edeceği nakdini, bir iştirakine faiz talep etmeden vermesi durumunda da örtülü kazanç aktarımı gerçekleşmektedir.

dd) İkramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler

İkramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler 4857 sayılı İş Kanunu'nda²⁹⁸ düzenlenen iş sözleşmesi(m.8) ya da TBK'da düzenlenen hizmet(m.393) veya vekalet(m. 502) sözleşmeler kapsamında ortaya çıkmaktadır. Belirtilen sözleşmeler ile kişiler bir başkasının işini görmeyi, işi görülen kişi de bunun karşılığında bir karşı edim ödemeyi üstlenmekte, bu edim de bir ücret şeklinde ortaya çıkmaktadır.

KVK m.13/1'deki "ücret" ifadesi 193 sayılı GVK'nın 61.maddesindeki "ücret" tanımından faydalanılarak tanımlanabilmektedir. GVK'ya göre "ücret" ifadesi işverene tabi ve belirli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığında verilen ve ayınlar ile sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaatler anlamına gelmektedir. Bu bağlamda şirketin işçi, yönetim kurulu üyesi, müdür, teknisyen, şoför, temizlik çalışanı, sekreter ve benzeri tüm sıfattaki çalışanlarına hizmetleri karşılığında ödenen bedeller "ücret" kavramının kapsamına girmektedir.

KVK m.13 "benzeri ödemeyi gerektiren işlemler" ifadesi ile arızı ödemeleri kastetmekte olup, bu ödemeler; prim, kasa tazminatı, imza tazminatı, mali sorumluluk tazminatı, çocuk, aile, gıda, giyecek, yakacak, ev yardımları, tatil ücretleri, yol ücretleri, teşvik prim ve ödemeleri, bayram harçlıkları, doğum, ölüm, hastalık, iş arama, eğitim ve doğal afet yardımları şeklinde örneklendirilebilmektedir²⁹⁹.

Çalışanlara ödenen bedelin emsallerine uygun olup olmadığının denetimi öncelikle iç emsallere göre değerlendirilmeli, eğer bu mümkün değilse şirket ile sermaye, ciro, çalışan sayısı ve karlılık gibi unsurlar yönünden benzerlik gösteren

²⁹⁸ R.G. T: 10/06/2003 S: 25134.

²⁹⁹ Ağar, s. 354.

şirketlerin aynı görevde bulunan kişilere ödedikleri bedelin karşılaştırılması suretiyle yapılmalıdır.

Bir şirketin ortağının eşinin ya da kardeşinin işe alınması ve karşılığında emsallerine göre yüksek miktarda bir bedel ödenmesi durumunda örtülü kazanç aktarımı gerçekleşmiş olacaktır. Buna karşılık ödenen bedel emsallere uygun ise bir örtülü kazanç aktarımından söz edilemeyecektir. Zira KVK açısından bir akrabanın işe alınması başlı başına örtülü kazanç aktarımı yaratan bir işlem olarak kabul edilmemektedir. Bu noktada belirtmek gerekir ki, şirketlerin emsallerine göre yüksek ücret ödemesi yapabileceği kişiler yalnız ortaklar ya da ortakların yakınları ile sınırlı değildir. TTK'nın 359.maddesi gereği anonim şirketlerin yönetim kurulu üyeliğine bir tüzel kişi de seçilebilmektedir. Bu kapsamda bir anonim şirketin yönetim kurulu üyesi başka bir anonim şirket olabileceğinden, bu yönetim kurulu üyesi şirkete ödenecek ücret de örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi kapsamında değerlendirilebilecektir.

B- İlişkili kişi unsurunun değerlendirilmesi

Örtülü kazanç aktarımı kendi bünyesinde “kazanç aktaran” ve “kazanç aktarılan” olmak üzere iki farklı tarafı barındırmaktadır. KVK’da kendisine kazancın aktarıldığı kişiler “ilişkili kişiler” olarak, kazanç aktaran kişiler ise “kurumlar” olarak ifade edilmektedir³⁰⁰. Bu kapsamda KVK’ya tabi tüm kurumlar ve bu arada halka açık anonim şirketler de örtülü kazanç aktarımının “kazanç aktaran” tarafı olabilmektedir. KVK’nın 13.maddesinin 2.fıkrasında kendisine kazanç aktarılabilen kişiler, yani ilişkili kişiler şunlar olabilmektedir: “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 kurumlar”,

³⁰⁰ Mülga KVK’nın örtülü kazanç aktarımını düzenleyen 15. Maddesinin 3 numaralı bendinde “*sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançlar*” hükmünün yer almasından dolayı, örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin sadece sermaye şirketlerin için mi yoksa diğer kurumları da mı kapsadığı yönünde öğretide tartışma bulunmaktaydı(Kızılot, s.197 ve 200). Yürürlükteki KVK kazanç aktaran tarafın “kurumlar” olduğunu açıkça belirttiğinden bu tartışma artık geçerliliğini yitirmiş bulunmaktadır.

“ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları”, “Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişiler”.

1. Kurumların kendi ortakları

Kurumların ortakları gerçek kişiler veya KVK m.1’de belirtilen kurumlar olabilmektedir. Üstelik ortakların ilişkili kişi olarak nitelendirilmesinde kuruma iştirak oranlarının herhangi bir önemi de bulunmamaktadır. Bu nedenle örneğin bir anonim şirkette % 0,1 oranında pay sahibi bulunan kişinin %50 oranında pay sahibi bulunan kişi ile arasında KVK m.13 kapsamında bir fark bulunmamaktadır. İkisi de ilişkili kişi olarak kabul edilmektedir.

Kurumlara iştirak oranının KVK m.13 kapsamında bir önem ifade etmemesi halka açık anonim şirketler açısından bazı önemli sonuçlara yol açmaktadır. Zira halka açık bir anonim şirkette çok küçük oranda paya sahip olan binlerce kişi bulunabilmekte, üstelik pay sahipleri neredeyse her dakika değişiklik gösterebilmektedir. Düzenleme bu haliyle şirkette pay sahipliği konumu ile ilgilenmeksizin payları sadece “al-sat” işlemi yaparak aradaki değer farkından kar elde etmek üzere edinen bir kişinin de ilişkili kişi sayılmasını gerektirmektedir. Oysa bu tür kişilerin şirket üzerinde herhangi bir gücü veya bir güç kullanma niyeti bulunmadığından, şirket kaynaklarını kendilerine aktarma girişiminde bulunmaları ne mümkün ne de olasıdır. Bu türde kişilerin düzenlemenin dışarısında bırakılması için KVK m.13’e halka açık anonim şirketler açısından ilişkili kişi olarak sayılmaya neden olan ortaklık ilişkisinde şirkete iştirak oranına ilişkin bir taban orana yer verilmesi yerinde olacaktır³⁰¹.

³⁰¹ Örneğin KVK’nın örtülü sermayeye ilişkin 12.maddesinin 3.fikrasının (a) bendinde, ortakla ilişkili kişi tanımında asgari %10 oranında ortaklık payına sahip olunması öngörülmüştür. KVK m.13 için de benzer bir düzenleme yapılabilir.

2. Kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar

“Kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar” ifadesi 1 Seri No’lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Hakkında Genel Tebliğ’inin 3.1.2.bölümünde açıklanmaktadır. Tebliğe göre “kurumların ilgili bulunduğu gerçek kişi”den kasıt, kurumların kendi ortağı olan gerçek kişiler dışında kalan, kurumların ortağı olduğu şahıs şirketlerinin diğer gerçek kişi ortakları ile kurum çalışanları gibi kişilerdir. Ancak burada kurum ile çalışanları arasındaki işlemlerde, çalışanların istihdamın konu olduğu işçi-işveren ilişkisindeki ücret ödemeleri açısından değil bunun dışında kalan işlemler bakımından ilişkili kişi olması durumu kastedilmektedir.

“Kurumun ilgili bulunduğu kurum” ise kurumun kendi ortakları dışında kalan, kurumun kendisinin ortaklığının bulunduğu bir başka kurumu(iştiraklerini) ifade etmektedir. Örneğin (A) kurumu (B) kurumuna ortak ise bu kurumlar doğrudan, (B) kurumu da (C) kurumuna ortak ise (A) kurumu (C) kurumu ile dolaylı olarak ilişkili sayılmaktadır. Ayrıca tebliğde kurumun ortağı olduğu şahıs şirketlerinin diğer kurum ortaklarının da ilişkili kişi sayılacağı belirtilmektedir.

“Kurum ortağının ilgili bulunduğu gerçek kişiler”, Kanununun 13’üncü maddesinin 2. fıkrasında belirtilen akrabalar ya da kurum ortakları ile ekonomik ve sosyal olarak ilişkisi bulunan gerçek kişileri ifade etmektedir. Buna göre örneğin (A) Kurumunun ortağı olan (B) gerçek kişinin ekonomik ve sosyal olarak yakın ilişkide bulunduğu (C) gerçek kişisi ile (A) kurumunun yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, (A) kurumu açısından ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır. Ayrıca kurum ortağının ortak olduğu şahıs şirketlerinin diğer gerçek kişi ortakları da bu işlem bakımından ilişkili kişi sayılacaktır.

“Kurumun ortaklarının ilgili bulunduğu kurum” ise, kurum ortağının başka bir kurum ile olan ortaklık ilişkisini ifade etmektedir. Kurum ortağının ortak olduğu şahıs şirketlerinin diğer kurum ortakları da ilişkili kişi sayılmaktadır.

1 Seri No'lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğde konuya ilişkin şu örnekler yer almaktadır: “(A) Kurumunun; Ortak (F) Kurumu, Ortak (F) Kurumunda çalışan Bölge Müdürü (U), Ortak (F)'nin ortağı (G) Kurumu, (G) Kurumunda çalışan Uzman (V), Ortak (F)'nin ortağı (H) Gerçek Kişisi, Ortak (I) Gerçek Kişisi, Ortak (I) Gerçek Kişisinin Eşi (J), Ortak (I) Gerçek Kişisinin Eşi (J)'nin alt ve üstsoyu ile yansoyu ,Ortak (I)'nin alt ve üstsoyu ile yansoyu, Finans Müdürü (T),Muhasebe Yetkilisi (Z) ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilecektir. (B) Kurumunun; İştiraki (K) Kurumu,(K) Kurumunun iştirak olarak katıldığı (O) Kurumu, (O) Kurumunda çalışan Mühendis (İ), (K) Kurumunun iştirak olarak katıldığı (P) Kurumu, İştiraki (L) İş Ortaklığı, (L) İş Ortaklığının diğer ortağı (R) Kurumu, İştiraki (M) Kurumu, İştirak olarak katıldığı (M) Kurumuna ortak olan (S) Kurumu, (S) Kurumunda çalışan Hukuk Müşaviri (Ü), İştirak olarak katıldığı (M) Kurumuna ortak olan (T) Gerçek Kişisi, (M) Kurumunun Genel Müdürü (Ç), Genel Müdür (Ç)'nin üye olduğu (R) Derneği,(R) Derneğinde çalışan Muhasebe Yetkilisi (O) ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilecektir.”

3. Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar

1 Seri No'lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'inin 3.1.3.bölümünde “kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar” ifadesi için şu tanımlar yapılmaktadır:

- a) “Kurumun veya ortaklarının idaresi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişiler” için “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” tanımlaması yapılmıştır.

- b) “Kurumun veya ortaklarının denetimi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar” ifadesi için; “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 ortak 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” tanımlaması yapılmıştır.
- c) “Kurumun sermayesi bakımından bağlı olduğu bir gerçek kişi veya kurum” ifadesi, “kurumun ortakları” olarak tanımlanmıştır.

Tebliğdeki açıklamalardan anlaşıldığı üzere kurumların veya ortaklarının idare bakımından doğrudan bağlı bulunduğu kişiler, kurumun üst düzey yöneticileri olan kişilerdir. Burada kurum politikasına yön veren kişiler ile icracı kişiler arasında bir ayırım yapılması ve sadece kurum politikasına yön veren üst düzey yöneticilerin ilişkili kişiler kapsamında sayılması gerektiği ifade edilmelidir³⁰². Ancak iş sözleşmesi ile çalışan ve işçiler arasında üst düzey mevkide bulunan birinin de pekala kurum politikası üzerinde etki göstermesi mümkündür. Bu nedenle, bu tür kişilerin de ilişkili kişiler kapsamında kabul edilmesi gereklidir.

Kurumun veya ortaklarının idare bakımından dolaylı olarak bağlı bulunduğu kişiler kurumun üst düzey yöneticilerinin akrabaları ve ilişki içerisinde buldukları kişiler ile kurumların ortağı olan kurumların ortak ve yöneticileridir³⁰³.

³⁰² Köse/Ferhatoğlu, s.31.

³⁰³ Recep Bıyık, Aydın Kıratlı, Giderler ve İndirimler, PwC Business School Yayınları, İstanbul, 2010, s.891.

Kurumların denetim yönünden doğrudan bağlı buldukları kişiler kurumların denetçileridir. Denetçilerin ilişki içerisinde bulunduğu kişiler ise kurumun dolaylı olarak bağlı bulunduğu kişiler olacaktır³⁰⁴. TTK'nın 397. maddesi³⁰⁵ gereği anonim şirketler için denetim zorunluluğu bulunmaktadır. TTK'nın 400. maddesinde denetçilerin “ortakları yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir ünvanını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu” olabileceği düzenlenmiş ve bu şekilde denetçilere bir anonim şirket yapısında da faaliyet gösterebilme imkanı tanımıştır³⁰⁶. Dolayısıyla denetçilerin bir şirket yapısında faaliyet göstermeleri durumunda şirketin diğer ortaklarının da kurumlar ile denetim bakımından dolaylı olarak ilişkili kişi sayılmaları da mümkün hale gelmiştir. Esasen TTK'nın 400.maddesi denetçilerin bağımsızlığını sağlamak için çeşitli tedbirler öngörmüş, örneğin denetlenecek şirkette pay sahibi veya yönetici olan kişilerin denetçilik yapmasını engellemiştir³⁰⁷. Ancak KVK zaten denetçi

³⁰⁴ Kızılot, s.230.

³⁰⁵ MADDE 397

³⁰⁶ TTK Madde Gerekçeleri, m.400.

³⁰⁷ M. 400- (1) Denetçi, ancak ortakları, yeminli mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir ünvanını taşıyan bir bağımsız denetleme kuruluşu olabilir. Orta ve küçük ölçekli anonim şirketler, bir veya birden fazla yeminli mali müşaviri veya serbest muhasebeci mali müşaviri denetçi olarak seçebilirler. Bağımsız denetleme kuruluşlarının kuruluş ve çalışma esasları ile denetleme elemanlarının nitelikleri Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan, Bakanlar Kurulunca yürürlüğe konulacak bir yönetmelikle düzenlenir. Aşağıdaki hâllerden birinin varlığında, yeminli mâlî müşavir, serbest muhasebeci mali müşavir, bağımsız denetleme kuruluşu ve bunun ortaklarından biri ve bunların ortaklarının yanında çalışan veya bu cümlede anılan kişilerin mesleği birlikte yaptıkları kişi veya kişiler, ilgili şirkette denetçi olamaz. Şöyle ki, önceki cümlede sayılanlardan biri;

a) Denetlenecek şirkette pay sahibiyse,

b) Denetlenecek şirketin yöneticisi veya çalışanıysa veya denetçi olarak atanmasından önceki üç yıl içinde bu sıfatı taşıymışsa,

c) Denetlenecek şirketle bağlantısı bulunan bir tüzel kişinin, bir ticaret şirketinin veya bir ticari işletmenin kanuni temsilcisi veya temsilcisi, yönetim kurulu üyesi, yöneticisi veya sahibiyse ya da bunlarda yüzde yirmiden fazla paya sahipse yahut denetlenecek şirketin yönetim kurulu üyesinin veya bir yöneticisinin alt veya üst soyundan biri, eşi veya üçüncü derece dâhil, üçüncü dereceye kadar kan veya kayın hismiysa,

d) Denetlenecek şirketle bağlantı hâlinde bulunan veya böyle bir şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip olan bir işletmede çalışıyorsa veya denetçisi olacağı şirkette yüzde yirmiden fazla paya sahip bir gerçek kişinin yanında herhangi bir şekilde hizmet veriyorsa,

e) Denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının düzenlenmesinde denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunmuşsa,

f) Denetlenecek şirketin defterlerinin tutulmasında veya finansal tablolarının çıkarılmasında denetleme dışında faaliyette veya katkıda bulunduğu için (e) bendine göre denetçi olamayacak gerçek veya tüzel kişinin veya onun ortaklarından birinin kanuni temsilcisi, temsilcisi, çalışanı, yönetim kurulu üyesi, ortağı, sahibi ya da gerçek kişi olarak bizzat kendisi ise,

olan kişinin şirket ile bağlantısını “denetim” üzerinden çizdiği için, TTK’nın getirdiği düzenlemeler denetçinin KVK açısından ilişkili kişi sayılmasını engelleyici nitelikte değildir. Bu noktada KVK’nın yürürlüğe konulduğu dönem ile günümüz arasındaki bir farkın da altının çizilmesi gerekmektedir. KVK mülga Türk Ticaret Kanunu döneminde yürürlüğe konulmuş olup o dönemde denetçiler anonim şirketlerin bir organı olarak sayılmaktaydı³⁰⁸. Oysa TTK bu sistemi değiştirmiş ve denetçileri şirket organı olmaktan çıkarmıştır³⁰⁹. Bu nedenle KVK’nın esasen denetçileri kurumun bir organı niteliğinde oldukları için düzenlemenin kapsamına aldığı düşünülebilse de, KVK’nın denetçilere ilişkin geniş tanımı neticesinde TTK’da yaşanan değişiklik KVK açısından herhangi bir önem ifade etmemekte, denetçiler ilişkili kişi sayılmaya devam etmektedir.

Kurumların sermaye bakımından doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı bulunduğu kişiler ile esas olarak kurum ortakları kastedilmektedir. Sermaye bakımından bağımlılık aynı zamanda örtülü sermaye kapsamındaki bağımlılığı da kapsamaktadır³¹⁰. Tebliğde “bir şirket ile söz konusu şirketin kurucu hisse senetleri ve/veya intifa senetlerine sahip olan gerçek kişi ve kurumlar ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir” denmektedir. Ancak Tebliğde bu kişilerin kurum ile hangi bakımdan ilişkili kişi sayılacağı belirtilmemiştir. Bir şirketin kurucu hisse senetleri veya intifa senetlerine sahip olan kişiler, kurum ile sermaye

g) (a) ilâ (f) bentlerinde yer alan şartları taşıdığı için denetçi olamayan bir denetçinin nezdinde çalışıyorsa,

h) Son beş yıl içinde denetçiliğe ilişkin meslekî faaliyetinden kaynaklanan gelirinin tamamının yüzde otuzundan fazlasını denetlenecek şirkete veya ona yüzde yirmiden fazla pay ile iştirak etmiş bulunan şirketlere verilen denetleme ve danışmanlık faaliyetinden elde etmiş ve bunu cari yılda da elde etmesi bekleniyorsa,

denetçi olamaz; ancak, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği, katlanılması güç bir durum ortaya çıkacaksa (h) bendindeki yasağın kaldırılması için belli bir süreyle sınırlı olarak onay verebilir.

(2) Bir bağımsız denetleme kuruluşunun, bir şirketin denetlenmesi için görevlendirdiği denetçi yedi yıl arka arkaya o şirket için denetleme raporu vermişse, o denetçi en az iki yıl için değiştirilir.

(3) Denetçi, denetleme yaptığı şirkete, vergi danışmanlığı ve vergi denetimi dışında, danışmanlık veya hizmet veremez, bunu bir yavru şirketi aracılığıyla yapamaz.

(4) Bu madde hükümleri, 554 üncü maddede öngörülen işlem denetçilerine de uygulanır. Kanunda veya esas sözleşmede aksi öngörülmemişse, işlem denetçisi genel kurul tarafından atanır ve görevden alınır.

³⁰⁸ Arı/Karahan, s.423.

³⁰⁹ Pulaşlı, Şirketler, s.681.

³¹⁰ Bıyık/Kıratlı, s. 891.

bakımından ilişkili kişiler olarak nitelendirilebileceği gibi kurum ile idare veya denetim yönünden ilişkili bulunan ya da nüfuzu altında bulunduran kişiler olarak da nitelendirilebileceklerdir. Bu nedenle söz konusu kişilerin kurum ile ilişkisinin değerlendirilmesinde çok yönlü bir araştırma yapılması gerekmektedir.

4. Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar

KVK'nın 13.maddesinin 2.fikrasında bulunan "kurumların veya ortaklarının idaresi, denetim veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar" ifadesi 1 Seri No'lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'inin 3.1.3.bölümünde tanımlanmıştır. Buna göre "nüfuzu altında bulundurmak" ifadesi; "kurumun ekonomik ve ticari kararlarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyecek şekilde sürekli bir iktisadi ilişki ya da devamlı borç para verme ya da alma ilişkisi içinde bulunduğu gerçek kişi ya da kurumlar" anlamına gelmektedir. Bu kapsamda örneğin imalat işiyle iştigal eden bir kurumun sürekli olarak aynı gerçek kişiden kendi iktisadi faaliyetinin önemli bir bölümünü oluşturacak miktarda sürekli alım yapması ya da önemli miktarda sürekli satım yapması durumunda, kurumun söz konusu gerçek kişinin nüfuzu altında bulunduğu kabul edilebilecektir.

Bir kurum ya da kişi ile bir başka kurumun önemli boyutta sürekli bir iktisadi ilişki içerisinde olması her zaman o kurumun nüfuz altında bulunduğu anlamına gelmemektedir. Tebliğin 3.1.3. bölümünde belirtildiği üzere bir gerçek kişi ya da kurum ile bir başka kurum arasında bayilik ilişkisi bulunması durumunda, taraflar bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler bakımından ilişkili kişi olarak değerlendirilemeyecektir. Ancak kurumlar bayilik ilişkisi dışında bir nedenle ilişkili kişi sayılıyorsa bu durumda bayiliğe ilişkin mal ve hizmet alım satımı bakımından da ilişkili kişi olarak kabul edileceklerdir. Örneğin ortakları ve yöneticileri farklı olan (A) şirketi ile (B) şirketi arasında bir bayilik sözleşmesi söz konusu ise taraflar bu ilişki bakımından ilişki kapsamında yapılan işlemler bakımından ilişkili kişi sayılmayacaklardır. Buna karşılık (A) şirketi (B) şirketinin

bir ortağı ise, taraflar aralarında ortaklık ilişkisi bulunmasından dolayı bayilik ilişkilerinde dahi ilişkili kişi sayılacaklardır.

Tebliğde “kurumların veya ortaklarının idaresi, denetim veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar” ifadesi için verilen örnekler şu şekildedir: “(C) Kurumunun; İştiraki (B) Kurumu, (B) Kurumunda çalışan Avukat (N), İştiraki (B) Kurumunun diğer ortağı (D) Kurumu, (D) Kurumunda çalışan Mali Müşavir (Ç), İştiraki (A) Kurumu, İştiraki (A) Kurumunun ortağı (R) Gerçek Kişisi, Kurucusu olduğu (F) Vakfı, (F) Vakfına Ait İktisadi İşletme, (F) Vakfına Ait İktisadi İşletmede çalışan Genel Müdür(R) ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilecektir.”

5. Ortakların eşleri

Gerçek kişi ortakların ilişkili olduğu kişiler içerisinde en başta gelen grup kuşkusuz ortakların eşleridir. Eş, ortakla ile arasında yasal evlilik bağı bulunan kişiyi ifade etmektedir. Bu açıdan örneğin ortakların eski eşlerinin ilişkili kişi olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

6. Ortakların veya eşlerinin üstsoyu ve altsoyu, üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları

KVK m.13 ortakların ve eşlerin annesi, babası, büyükannesi, büyükbabası, çocukları, torunları ve 3.dereceye kadar yansoy hısımlarını ilişkili kişiler kapsamına almıştır. Anılan madde ilişkili kişi sayılan hısımlık kapsamına, kişinin çoğu akrabasını dahil ederek örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin kapsamını bir hayli genişletmiştir. Bir kurumun ortaklarından birinin kendi babasına emsallerine uygunluk ilkesine aykırı bir fiyatla mal satması, akrabalık ilişkisi nedeniyle gerçekleşen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç aktarımına örnektir.

Hısımlık genellikle kan bağına dayanmakla beraber, bunun kan ilişkisinden doğması zorunlu değildir. Bu kapsamda hısımlık kan hısımlığı ve hukuki

işlemden kanun gereği doğan hısımlık olarak ikiye ayrılabilir³¹¹. Kan bağına dayanmayan hısımlık evlenme(TMK m.18) ya da evlat edinme(TMK m.282) gibi işlemlerden doğmaktadır. Evlenen eşlerden her birinin kan hısımlarıyla öteki eş arasında yasa gereği hısımlık bağı doğmaktadır³¹².

Kan hısımlığı, altsoy- üstsoy hısımlığı ve yan soy kan hısımlığı olmak üzere ikiye ayrılmaktadır(TMK m.17). Altsoy ve üstsoy hısımları birbirinin soyundan gelen kişiler arasındaki hısımlıktır. Örneğin bir kişinin annesi, babası, büyükannesi ve büyükbabası ile arasında üstsoy hısımlığı mevcutken aynı kişinin çocuğu, torunu ve torununun çocuğu arasında altsoy hısımlığı bulunmaktadır. Altsoy-üstsoy hısımlığının bir sınırı yoktur. Evlat edinenle evlatlık ve evlatlığın altsoyu arasında kanun gereği bir altsoy-üst soy hısımlığı doğmaktadır³¹³. Yansoy hısımlığı ise ortak bir soydan gelenler arasındaki hısımlık olarak kardeşler arasındaki; amca, teyze, hala ve dayı ile yeğenler arasındaki; kardeş çocukları ve torunları arasındaki hısımlıkları ifade etmektedir³¹⁴. Ancak KVK m.13 yansoy hısımlığının sadece 3.dereceye kadarını ilişkili kişi kapsamına sokarak madde kapsamındaki hısımlığı daraltmıştır.

Kayın hısımlığı hukuki işlemde yasa gereği doğan hısımlık grubunda yer almaktadır. Bu hısımlık evlenme ile kurulmaktadır. TMK'nın 18.maddesine göre "eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları, aynı türden ve dereceden kayın hısımları olur." Ancak eşlerden birinin kan hısımlarıyla diğer eşin kan hısımları arasında bir kayın hısımlığı doğmaz³¹⁵.

7- Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülke veya bölgelerde bulunan kişiler

KVK 13.maddesinin 2.fikrasının üçüncü cümlesinde "Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi

³¹¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.377.

³¹² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.376.

³¹³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.390.

³¹⁴ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.380.

³¹⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.386.

hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır” ifadesinin bulunması sebebiyle, Bakanlar Kurulunca yurtdışında ilan edilen yerlerdeki kişilerle yapılmış işlemler de ilişkili kişiler ile yapılmış işlemler kapsamında sayılacak, üstelik burada gerçekleştirilen işlemin KVK’daki diğer şartları karşılama da gerekmeyecektir. KVK m.13’ün gerekçesinde de belirtildiği üzere bu hüküm yurtdışı ile yapılan işlemlerin kötüye kullanılmasının önlenmesi amacıyla getirilmiştir.

VII. SPK’da örtülü kazanç aktarımı

SPK örtülü kazanç aktarımını “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı” başlıklı 21.maddesinde düzenlemiştir. Bu düzenlemeye göre bir faaliyetin örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilebilmesi için, faaliyetin dört ana unsuru içermesi gerekmektedir. Bu unsurlar; (1) kazanç aktarımının bir halka açık anonim şirket veya kolektif yatırım kuruluşu ile bunların bağlı ortaklıkları veya iştirakleri tarafından gerçekleştirilmesi, (2) kazanç aktarılan tarafın kanunda belirtilen doğrudan veya dolaylı olarak ilişkili bulunulan kişilerden olması (ilişkili kişi unsuru), (3) kazanç aktarımının kanunda belirtilen niteliklerdeki işlemler vasıtasıyla gerçekleştirilmesi (işlem unsuru), (4) yapılan işlem sonucunda halka açık anonim ortaklığın veya kolektif yatırım kuruluşunun ya da bunların bağlı ortaklıkları veya iştiraklerinin karı ve/veya malvarlığının azalması ya da artmasının engellenmesi veya ilişkili kişilerin malvarlıklarının veya karlarının artmasının sağlanmasıdır. Çalışmanın bu bölümünde, örtülü kazanç aktarımının işlem ve ilişkili kişi unsurları incelenecektir.

A- İşlem unsurunun değerlendirilmesi

Örtülü kazanç aktarımı hem aktif hem de pasif işlemler yoluyla gerçekleştirilebilmektedir. Aktif işlemleri düzenleyen SPK’nın 21.maddesinin 1.fikrasına göre, kazanç aktarımı, ilişkili kişilerle “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” gerçekleştirilebilecektir. O halde aktif işlemler yoluyla gerçekleştirilen örtülü kazanç aktarımında işlem unsurunun iki ögeyi karşılaması gerekmektedir: (1) İşlemin emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret veya dürüstlük ilkelerine aykırı olması ve (2) “Farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemler” şeklindeki işlem türlerinden biri olarak ortaya çıkması.

Pasif işlemler yoluyla gerçekleştirilen örtülü kazanç aktarımını düzenleyen SPK'nın 21.maddesinin 2.fikrasına göre “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 aktarımı sayılır.” O halde pasif işlemler yoluyla gerçekleştirilen örtülü kazanç aktarımında işlem unsurunun şu iki ögeyi karşılaması gerekmektedir: (1) İşlemin esas sözleşme veya içtüzük çerçevesinde belirlenen basiretli ve dürüst bir tacir ilkeleri veya piyasa teamülleri ilkelerine aykırı olması ve (2) İşlemin şirketin kârını ya da malvarlığını korumak veya artırmak için yapılması beklenen faaliyetleri yapmamaları şeklindeki bir işlem türünde olması gerekmektedir.

SPK'nın 21.maddesinin 1.fikrasının “farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemler” ifadesinden anlaşılacağı üzere, kanun koyucu aktif işlemler yoluyla gerçekleştirilen kazanç aktarımları için bazı işlem türlerini örnek olarak saymış ve “gibi” demek suretiyle bunların sınırlı sayıda olmadığını belirtmiştir³¹⁶. O halde işlem türleri sadece farklı şartlar içeren anlaşmalar yapmak, ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek olarak anlaşılmalı, geniş yorumlanmalıdır. Bu kapsamda ekonomik hayatta gerçekleştirilebilecek her türlü işlem ve

³¹⁶ Yargıtay 11. HD E. 2005/3321 K. 2006/3772 T. 10/04/2006 ve Kaya, s.200.

kurulabilecek her türlü ilişki, örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirileceği işlemlerden olabilecektir. Nitekim 21.maddenin 2.fıkrasında pasif işlemler yoluyla gerçekleştirilen kazanç aktarımları için işlem türüne ilişkin bir herhangi bir tanım getirilmeksizin sadece bazı sonuçlara yol açacak nitelikteki “faaliyet”lerden söz edilmesi de işlem türlerinin sınırlı şekilde düşünülmediğinin kanıtıdır. Öğretide Tekinalp, mülga SPK’nın örtülü kazanç aktarımını düzenleyen maddesindeki işlem kavramının geniş yorumlanması gerektiğini belirterek özetle şu değerlendirmeleri yapmıştır³¹⁷: İşlemler hizmet, vekalet, eser, alım/satım veya ortaklık gibi tipik veya atipik bir sözleşmeden veya davranıştan veya kaçınmadan doğabilir. Mesela, teşebbüs veya şahsın yararına ihaleye girilmemesi, yüksek fiyat verilmesi, bazı işlerin başkalarına nakledilmesi gibi. Hükümdeki ‘işlem’ kelimesini geniş olarak anlamak zorunluluğu vardır çünkü uygulamada, karı azaltıcı işlemlerin çoğu, iş nakli veya işin başkalarına bırakılması ile gerçekleştirilmektedir. Finans masraflarının yüklenilmesi veya yükletilmesi de ‘işlem’ kapsamına girmelidir.

Tekinalp’in değerlendirmelerinden de anlaşıldığı üzere, örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirildiği işlemin hukuki niteliği ya da ismi herhangi bir önem taşımamaktadır. Şirketin malvarlığını ya da karını azaltma ya da artmasını engelleme sonucunu doğurabilecek her türlü iktisadi işlem örtülü kazanç aktarımı kapsamında yer almaktadır³¹⁸. Üstelik işlem unsurunun mevcudiyeti için, ortada mutlaka hukuki bir işlemin olması gerekmemektedir³¹⁹. Basit bir hareket ya da bir işlemi yapmamak gibi bir davranış da yeterlidir. Bu durum SPK m.21/2’nin “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” ifadelerinde somutlaşmaktadır. O halde SPK açısından işlem unsurunun her türlü davranışı içerdiği kabul edilmelidir. Nitekim bu durum gerek aktif gerekse pasif işlemler yoluyla gerçekleştirilen örtülü kazanç aktarımında, bir

³¹⁷ Tekinalp, s.77.

³¹⁸ Akbulak/Akbulak, s.390.

³¹⁹ Öncel, s.32.

işlemin örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olmasında asıl belirleyici olanın işlemin türünden çok kanunda belirtilen ilkelere bir aykırılığın mevcudiyetinin olduğunu sonucuna götürmektedir. Üstelik işlemlerin maddede sayılan ilkelere sadece birine aykırı olması yeterlidir³²⁰.

1. İşlemin kanundaki ilkelere aykırılığı

a) Emsallerine uygunluk ilkesine aykırılık

SPK “emsallerine uygunluk ilkesi” kavramını tanımlamamaktadır. Bu nedenle kavramın tanımlanmasında KVK m.13’ten faydalanılması gerekmektedir. KVK m.13’e göre 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.” Bu tanıma göre emsallerine uygunluk ilkesi, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde oluşan fiyatın emsallere göre ayrıcalıklı bir fiyat olup olmadığını sorgulamaktadır³²¹.

Emsal bedel her olaya göre farklılık arz edeceğinden, emsalin her somut olay için özel olarak saptanması gerekmektedir. Ancak SPK emsal bedel tespitinin nasıl yapılacağı konusunda sessiz kalmıştır. Emsalin tespiti için somut yöntemlerin belirlenmemesi uygulamada farklılıkların ortaya çıkmasına sebep olabilecek, bu da yasa önünde eşitlik ile hukuki güvenlik ve belirlilik ilkelerine aykırılık yaratabilecektir³²². Bu nedenle emsal bedelin tespitinde kullanılacak ölçütlerin

³²⁰ Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı, 21.Madde Gerekçesi, s.26.

³²¹ Erol, s.294.

³²² “Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir.”(Anayasa Mahkemesi E.2012/103 K.2013/105 T.03/10/2013)

kanun koyucu tarafından belirlenmesi önemlidir. Zira aksi takdirde emsal bedelin Yargıtay uygulamasındaki gibi belirlenmesi, yani benzer şartlardaki sözleşmelerin bulunamaması durumunda emsalin ekonomi esasları, hak ve nesafet ilkeleri çerçevesinde tespiti söz konusu olabilecektir³²³. Ancak bu tür yöntemlerin kullanılması sermaye piyasası gibi özellikli bir alan için hiç de uygun değildir. İçerisinde “hak ve nesafet” gibi izafi kavramların yer aldığı bir tespit yönteminin eşitlik, hukuki güvenlik ve belirlilik sağlamakta yetersiz kalacağı izahtan varestedir. Bu nedenle emsal bedelin tespitinde kullanılacak karşılaştırılabilirlik yöntemlerine yönelik düzenleme yapılması önemli olup, bu gerçekleşene kadar emsal bedelin tespiti için KVK düzenlemelerinden yararlanılabilecektir.

KVK'nın örtülü kazanç aktarımı düzenlemesine istinaden çıkarılan “Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı” adlı rehberine göre, emsal karşılaştırmasına esas olarak “iç emsal”, iç emsalin karşılaştırmaya uygun olmaması durumunda “dış emsal” ölçüt alınacaktır³²⁴. Rehberine göre iç emsal şirketin “ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde kullandığı fiyat ya da bedeli ifade etmekte”, dış emsal ise “ilişkisiz kişilerin kendi aralarında yaptıkları karşılaştırılabilir nitelikteki işlemlerde kullandığı fiyat ya da bedeli ifade etmektedir.” Bu kapsamda dış emsalin tespitinde şirketin faaliyet türü, iş hacmi, karlılığı, öz varlığı, gelişmesindeki istikrar gibi unsurların göz önüne alınması ve uğraş konuları benzer olan şirketlerle somut olarak ölçülebilir ve kavranabilir madde ve hizmetlerin kıyaslanmasının gerektiği ifade edilebilecektir³²⁵. Benzer şekilde iç emsal kapsamında esas alınacak emsalin olaydaki işlem ile aynı ekonomik içeriğe sahip olmasının gerekmekte olduğu, bu nedenle örneğin toptancılık yapan bir şirkete uygulanan iskontoya ilişkin emsalin tespitinde, perakende satıcılık işi yapan şirkete uygulanan iskontonun esas alınması doğru bir uygulama olmayacağı söylenebilecektir³²⁶.

³²³ Yargıtay İBK E.1964/2 K.1964/4 T.18/11/1964.

³²⁴ Gelir İdaresi Başkanlığı Yayın No: 114, Kasım 2010, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/yayinlar/transfer_fiyatlandirma2010.pdf.

³²⁵ Danıştay 3.D. E.87/1694 K.88/181 T.25/01/1988(Ağar, s.236).

³²⁶ Ağar, s.234.

Bir işlemin emsallerine uygunluk ilkesine aykırı gerçekleşmiş olması için, işlemin emsaline göre farklı bedel ve koşullar ile gerçekleştirilmiş olmasının gerekmektedir³²⁷. Emsallerine uygunluk ilkesine aykırı şekilde yapılan bir işlem neticesinde örtülü olarak aktarılan kazanç, işlemin bedeli ile emsal bedel arasındaki fark kadar olacaktır. Halka açık anonim şirketin iştiraklerinin hisselerinin ilişkili kişilere emsalin altında bir bedel ile satması; şirketin ilişkili kişi sayılan bir şirketin paylarından bir kısmını emsalin üzerinde bir bedel ile satın alması; şirketin ilişkili kişilerinden sayılan bir bankaya para yatırması ancak bunun karşılığında emsaline göre düşük miktarda faiz alması³²⁸; şirketin yönetim kurulu üyelerine emsaline göre yüksek ücret ödeniyor olması; ilişkili kişi ile emsaline göre düşük ya da yüksek faizli ödünç ilişkisi gerçekleştirilmesi gibi işlemler, emsallerine uygunluk ilkesine aykırı gerçekleştirilen işlemler olarak örnek gösterilebilecektir. Ancak işlemlerin taraflarının karşılıklı borçlarının değerinin eşit olduğu durumlarda örtülü kazanç aktarımından söz edilemeyecektir³²⁹.

SPK kapsamında işlem unsurunun hukuki işlemler kadar pasif işlemleri(davranışları) da ifade etmesi, bu tür işlemlerin de emsallere uygunluk ilkesine aykırılık teşkil edebileceğinin kabul edilmesini mümkün kılmaktadır. Ancak emsallerine uygunluk ilkesi doğası gereği davranışları değerlendirmekten çok alım-satım gibi ilişkilerde uygulanan bedellerin değerlendirilmesinde (SPK açısından bu ilkenin taraflar arasındaki sözleşmelerde yer alan cezai şart niteliğinde olan ve sonucunda bir ödeme doğurabilecek hükümlerin değerlendirilmesinde kullanılması da mümkündür) kullanılmaya yatkındır. Nitekim bu yaklaşımın SPK tarafından da benimsendiği, kanunun 21.maddesinin 2.fikrasından anlaşılmaktadır. Zira hükümde pasif işlemlerin piyasa teamülleri ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olması durumlarından söz edilmiş ancak emsallerine uygunluk ilkesine aykırılık durumuna yer

³²⁷ Akbulak/Akbulak, s. 391.

³²⁸ Yargıtay 11. HD E. 2010/2541 K. 2010/4736 T. 30.4.2010

³²⁹ Danıştay 4. D. E. 1994/5729 K. 1995/993 T. 08/03/1995.

verilmemiştir. Dolayısıyla emsallerine uygunluk ilkesi, SPK'nın 21.maddesinin 2.fıkrasının kapsamındaki işlemleri denetleyecek bir ölçüt olarak kabul edilemeyecektir.

b) Piyasa teamülleri ilkesine aykırılık

SPK'da “piyasa teamülleri” kavramına ilişkin olarak herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. “Teamül” kelimesi sözlükte “bir yerde öteden beri olagelen davranış” anlamına gelmektedir³³⁰. Ancak kelimenin sözlük anlamı kavramın hukuki niteliğinin belirlenmesi için yeterli değildir. Bu nedenle kavramın diğer kanunlardan faydalanılarak tanımlanması gerekmektedir.

SPK'nın 2.maddesinin 2.fıkrasında “Bu Kanunda ve bu Kanuna dayanılarak yürürlüğe konulan ikincil mevzuatta hüküm bulunmayan ve diğer kanunlarda bu Kanunun uygulanmayacağına belirtildiği hâllerde genel hükümler uygulanır” hükmü bulunmakta olup, SPK açısından TTK genel düzenleme niteliğindedir³³¹. O halde SPK açısından teamül kavramının özellikle TTK'daki kullanımı yol göstericidir. TTK'nın 878.maddesinin gerekçesinde, 878.maddede geçen “teamül” sözcüğünün TTK'nın 2.maddesi çerçevesinde anlamlandırılması gerektiği, 2.maddedeki “teamül” sözcüğünün de “sektörde mutad olan” anlamına geldiği ifade edilmektedir. Buradan hareketle SPK'nın 21.maddesindeki “piyasa teamülleri” ifadesi “piyasada mutad, öteden beri olagelen davranışların bütünü” şeklinde anlaşılabilir.

TTK'nın 2.maddesine göre “Kanunda aksine bir hüküm yoksa, ticari örf ve âdet olarak kabul edildiği belirlenmedikçe, teamül, mahkemenin yargısına esas olamaz.” Bu hükümden hareketle kanun koyucunun teamülü, ticari örf ve adet özelliği taşıyan ancak bu düzeyde olmayan davranışlar olarak anlamlandırdığı söylenebilir³³². Bir davranışın örf ve adet olarak nitelendirilebilmesi için

³³⁰ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54d5010f19ea79.94439262.

³³¹ Ulusoy, s.12.

³³² Arkan, s.93.

kuralın devamlılık, genel olarak uyma zorunluluğu inancı ve aykırılığı hukuki yaptırıma bağlı olma unsurlarını taşıması gerekmektedir³³³. Oysa ticari teamüller, süreklilik ve genel olarak uyma zorunluluğu inancı unsurlarını taşımasına rağmen, aykırılığına hukuki yaptırım bağlanmış davranışlar değildir³³⁴. TTK'nın teamülleri örf ve adet katında kabul etmemesine karşın, SPK piyasa teamüllerine aykırı davranışları 21.madde kapsamında yaptırıma tabi tuttuğundan, SPK açısından teamüllerin “örf ve adet” katındaki kurallar olarak kabul edilmesi gerekecek ve teamül hükme esas oluşturabilecektir.

Örtülü kazanç aktarımı için geçerli olabilecek bir “piyasa teamülüne” örnek olarak İzmir Ticaret Odası Meclisi'nin 5590 sayılı Ticaret ve Sanayi Odaları Kanunu'ndan aldığı yetkiye dayanarak verdiği bir karar gösterilebilecektir. 1954 tarihli bu karara göre İzmir bölgesi içinde belirtilen şu teamül, sözleşmelerin yorumlanmasında dikkate alınmaktadır: “Pamuk çekirdeklerinde yabancı madde nisbeti %1 olarak kabul edilir. %3'e kadar fark tenzil edilmek suretiyle alıcı tarafından kabul edilir. %3'ten fazla olduğu takdirde alıcı malı alıp almamakta serbesttir”³³⁵.

Piyasa teamülleri ilkelerine SPK'nın 21.maddesinin gerek 1.fıkrası gerekse 2.fıkrası kapsamında yer verildiği için, ilişkili kişilerle piyasa teamüllerine aykırı şekilde gerçekleştirilen hem aktif hem pasif işlemler örtülü kazanç aktarımı sayılabilecektir. Teamüller bölgeden bölgeye ve faaliyetten faaliyete farklılık gösterebilen kurallar niteliğinde olduklarından³³⁶, teamülün tespit yöntemi önem taşımaktadır. Ancak kanun koyucu SPK için hangi olayda hangi piyasa teamüllerinin uygulanacağı ve teamüllerin neye göre tespit edileceği konusunda suskun kalmıştır. 5147 sayılı Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği ile Odalar ve Borsalar Kanunu'nun³³⁷ 17.maddesinin (e) bendinde oda meclislerinin

³³³ Mahmut T. Birsal, Ticari Örf ve Adet, Ankara Barosu Dergisi, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/1968-2/2.pdf>, s.204.

³³⁴ Birsal, s.207.

³³⁵ Birsal, s.208.

³³⁶ Sadak, s.134.

³³⁷ R.G. T: 01/06/2004 S: 25479

görevlerinden birinin “çalışma alanları içindeki ticari ve sınai örf, adet ve teamülleri tespit etmek ve ilan etmek” olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla örtülü kazanç aktarımına konu işlemin piyasa teamülleri ilkelerine aykırılığının saptanmasında ilgili odaya sorulması ve buradan alınacak cevaba göre işlemin piyasa teamüllerine aykırı olup olmadığının tespiti gereklidir. Zira Sermaye Piyasası Kurulu’nun yetkisi sermaye piyasası ile sınırlı olduğundan(SPK m.128), Kurul’un bu piyasanın dışında gerçekleşen ticari faaliyetlere yönelik sahip olduğu bilgilerin piyasa teamülleri ilkelerinin kapsamının belirlenmesinde esas alınması doğru olmayacaktır.

Bir işlemin piyasa teamüllerine aykırılık niteliği işlemin fiyatı nedeniyle söz konusu olabileceği gibi, piyasa teamüllerine aykırı ticari uygulamalar, işlem hacmi üretmek ya da bir ticari fırsatı değerlendirmemek gibi işlemler olarak da ortaya çıkabilecektir. Bu kapsamda İzmir bölgesinde pamuk çekirdekleri içerisinde % 3’ten fazla yabancı madde olduğunda alıcının malı iade etmesi yönünde bir teamül olduğunun varsayıldığı bir örnekte, bir halka açık anonim şirketin bir ilişkili kişi ile yaptığı alım işlemi sonucunda kendisine teslim edilen pamuk çekirdeklerinde % 5 oranında yabancı madde çıkmasına rağmen bu malı iade etmemesi piyasa teamüllerine aykırı bir davranış olacaktır. Bu durumda yapılan işlem piyasa teamülleri ilkelerine aykırılık teşkil ettiğinden, örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilecektir. Zira şirketin kendisine ayıplı mal teslim edilmesine rağmen malı iade etmeyerek alım bedelini aynen ödemesi, piyasadaki diğer kişilerin benzer bir alım sonucunda elde edecekleri kazanç ile karşılaştırıldığında şirketin malvarlığını ya da karlılığını azaltan bir davranış olarak kabul edilecektir.

c) Ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılık

SPK tıpkı diğer ilkeleri olduğu gibi, “ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri”ni de tanımlamamıştır. Bu nedenle “ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri” de ancak diğer kanunlar faydalanılarak tanımlanabilecektir.

TTK'nın 18.maddesinin 2.fikrası gereği “her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.” Aynı kanunun 16.maddesine göre ticaret şirketleri tacir sayılmaktadır. O halde bir ticaret şirketi olan(TTK m.124) halka açık anonim şirketlerin her tacir gibi ticaretlerine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekmektedir³³⁸. Ticaret şirketlerinin bütün faaliyetleri ticari olduğuna göre, her zaman basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeleri zorunludur ve esasen örtülü kazanç aktarımında bulunmak üzere gerçekleştirecekleri işlemlerde de basiretli bir iş adamı gibi hareket etmeleri gerekmektedir. Bu nedenle SPK'nın 21.maddesinin kapsamına ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerini alması dahi, TTK m.18/2 gereği halka açık anonim şirketlerinin bu ilkelere uygun davranmaları zorunluluğu devam edecektir.

“Basiret” kelimesi “gerçekleri yanılmadan görebilme yeteneği, uzağı görüş, sezgi, anlayış, kavrayış, sağgörü, vizyon, anlamına gelmektedir³³⁹. TTK'nın yönetim kurulu üyelerinin özen ve bağlılık yükümlülüğünü düzenleyen 369.maddesinin gerekçesi, kanun koyucunun “basiret ilkesine” yüklediği anlamı ortaya koymaktadır. TTK'nın 369.maddesinin 1.fikrasına göre anonim şirketin yönetiminde görevli kişiler, “görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar.” Maddenin gerekçesinde belirtildiği üzere, kanun koyucu bu maddede özellikle “basiret” ilkesini değil, “tedbirli bir yönetici özeni” ilkesini kullanmıştır. Zira gerekçeye göre tedbirli yönetici ölçüsü, basiretli iş adamı ölçüsünden farklıdır. “Şirketin lehine olanı muhakkak yapmak ve zararına olandan muhakkak kaçınmak, özen borcunun ölçüsü olarak kabul edilemez. Çünkü, ekonomideki bütün krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden doğan riskleri yönetim kurulu üyesinin önceden teşhis etmesi ve

³³⁸ TTK'nın 124.maddesine göre ticaret şirketleri anonim, limited, komandit ve kooperatif şirketlerden ibarettir.

³³⁹ Türk Dil Kurumu, Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.54d48076646403.67061611.

gerekli önlemleri alması, aksi halde sorumlu tutulması gerekir. Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyesinin kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak "işadamı kararı" (business judgement rule) verilebileceğini kabul eder ve riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanır. Genel kabul gören kural uyarınca, duruma uygun araştırmalar yapıp, ilgililerden bilgiler alınıp yönetim kurulunda karar verilmişse, gelişmeler tamamen aksi yönde olup şirket zarar etmiş olsa bile özensizlikten söz edilemez." Gerekçenin bu ifadelerinden anlaşılacağı üzere, "basiretli iş adamı" ölçüsü bir özen ölçüsü olarak "tedbirli bir yönetici özeni" ilkesinden çok daha ağırdır. Öğretide Hacımahmutoğlu'nun TTK ve gerekçesinde yer alan ölçütlerin ağırlık derecesine ilişkin yaptığı sıralamaya göre en hafif özeni gerektiren ölçüt "iş adamı kararı" olmakta, "tedbirli yönetici özeni" ilkesi "iş adamı kararı" ilkesinden biraz daha ağır olmakta ve en ağır ilke olarak "basiretli bir iş adamı" ilkesi öne çıkmaktadır³⁴⁰.

"İş adamı kararı" ölçütü, "ortaklığın esas sözleşmesi ile yönetiminin görev ve yetkilerinin çerçevesi içinde kalınması ve bir yükümlülüğün kusurla ihlali niyetini taşınamaması koşuluyla makul sebeplere dayanılarak iyi niyetle alınan kararların sorumluluğa yol açmayacağı anlamına" gelmektedir³⁴¹. Bu kural kapsamında örneğin bir yatırım kararının alınması sırasında gösterilen özenin ölçümü sağlamakta ancak yatırım kararının yerindeliğini yargılanmamaktadır³⁴². Bu açıdan anılan ilkede kişiler verilen kararın başarısızlığından değil, varsa özensiz davranışlar nedeniyle sorumlu tutulmaktadır³⁴³.

TTK'nın 369.maddesinin gerekçesine göre "tedbirli yönetici ilkesi" ölçütü, kurumsal yönetim ilkelerine uygun olarak iş adamı kararı verebileceğini kabul ederek riskin bundan doğduğu hallerde üyenin sorumlu tutulmaması esasına dayanmaktadır. Bu anlamda tedbirli yönetici ilkesinin iş adamı kararı ilkesi ile

³⁴⁰ Sibel Hacımahmutoğlu, The Business Judgment Rule: İşadamı Kararı Mı Yoksa Ticari Muhakeme Kuralı Mı?, BATIDER C.XXX S.4, Aralık 2014, s.138.

³⁴¹ Ünal Tekinalp, Sermaye Ortaklıklarının Yeni Hukuku, İstanbul 2013, s.385.

³⁴² Tekinalp, Sermaye Ortaklıkları, s.386.

³⁴³ Pulaşlı, Şirketler, s. 655.

birlikte değerlendirilmesi gereken bir ölçüt olduğu ve bir objektif özen ölçüsünü içerdiği³⁴⁴ ifade edilebilecektir. Maddede şirketin menfaatlerinin gözetilmesine vurgu yapılmış ve dürüstlük kuralı tedbirli bir yönetici ilkesinin ölçütü olarak kabul edilmiştir³⁴⁵.

SPK'nın TTK'ya göre yeni tarihli bir kanun olması karşısında, kanun koyucunun SPK'da "iş adamı kararı" veya "tedbirli bir yönetici özeni" gibi kavramlara yer vermeyerek "ticari hayatın basiret ilkeleri" kavramına yer vermesini bilinçli bir tercih olarak yorumlamak ve buna göre anlamlandırmak gerekmektedir³⁴⁶. Bu kapsamda ticari hayatın basiret ilkesinin "basiretli bir iş adamı" ölçütüne verilen anlamın kullanılarak tanımlanması gerekmektedir. Basiretli bir iş adamı, faaliyet gösterdiği ticaret alanındaki tedbirli, bilgili, ileriye gören, yaptığı ticaretin koşullarını iyi bilen, faaliyetini yaparken bu faaliyetin gerçekleştirileceği koşulları öngörebilen ya öngörmek durumunda olan bir iş adamını ifade etmektedir³⁴⁷. Dolayısıyla basiretli bir iş adamının mevcut ve gelecekte meydana gelebilecek tüm koşullara rağmen kendi menfaatlerini en iyi şekilde gözetecek nitelikte işlemler gerçekleştirmesi gerekmektedir³⁴⁸.

Yargıtay 11. HD'nin E. 3677 K. 3733 sayılı ve 17.12.1974 tarihli bir kararına göre basiretli bir iş adamı gibi hareket edilip edilmediğinin önemli bir kıstası herhangi bir faaliyetin şirketin menfaatine yararlı olup olmadığıdır. O halde bir faaliyetin şirketin menfaatine yararlı olmaması halinde basiretli bir iş adamı olarak hareket edilmediği sonucuna varılabilecektir. Dolayısıyla basiretli bir iş adamının şirketin lehine olanı muhakkak yapması ve zararına olandan muhakkak kaçınması gerektiği ifade edilebilecektir. Bunun başarılması için de hiç kuşkusuz kişilerin ekonomideki krizlerden, pazar şartlarındaki değişikliklerden ve belirsizliklerden

³⁴⁴ Pulaşlı, Şirketler, s. 653.

³⁴⁵ Pulaşlı, Şirketler, s. 644.

³⁴⁶ Pulaşlı TTK'nın mülga Türk Ticaret Kanunu ile kıyaslandığında yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğuna ilişkin getirdiği en önemli değişikliklerden birini, mülga kanunun 320.maddesindeki göndermeler sonucunda varılan objektif ve sübjektif özen ölçüleri ve basiretli bir iş adamı kavramının terk edilerek bunun yerine tedbirli bir yönetici ölçütünün getirilmiş olması olduğunu ifade etmektedir(Pulaşlı, Şirketler, s.643).

³⁴⁷ Yılmaz Aslan/Doğan Şenyüz/Mevci Ergün, İşletme Hukuku, Bursa 2002, s.74.

³⁴⁸ Aslan/Şenyüz/Ergün, s.75.

doğan riskleri önceden teşhis etmek ve gerekli önlemleri almak gibi davranışlarda bulunması gerekmektedir³⁴⁹. Basiretli bir iş adamı gibi davranma yükümlülüğü bulunan tacirin, “düşüncesizliği ya da deneyimsizliği” de söz konusu olamamaktadır³⁵⁰. Bu yüküm objektif bir özen ölçüsü getirmekte ve tacirin kendi yetenek ve imkanlarına göre ondan beklenebilecek olan özeni değil, aynı ticaret dalında faaliyet gösteren tedbirli, öngörülü bir tacirden beklenen özeni göstermesi gerekliliğini doğurmaktadır³⁵¹. O halde SPK’nın “ticari hayatın basiret ilkesi” kavramının şirketin lehine olanın muhakkak yapılması ve zararına olandan muhakkak kaçınılması yükümlüğünü ve sorumluluğunu ifade ettiği söylenebilecektir. İlkenin “ticari hayatın” içerisinde değerlendirilecek olması, şirketin bütün ekonomik hayat içerisindeki menfaatlerinin gözetilmesi gerektiğini tasdiklemektedir. SPK’nın “iş adamı kararı” veya “tedbirli yönetici özeni” kavramları yerine “basiret” kavramını kullanmasının sebebi olarak, kanun koyucunun şirket tarafından gerçekleştirilen işlemin şirketin menfaatine olup olmadığının saptanmasının sağlanmasını istemesi, bir başka ifadeyle şirketin yapmış olduğu işleme ilişkin herhangi bir “özen” değerlendirmesinin yapılmasını istememesi gösterilebilecektir.

SPK “ticari hayatın dürüstlük ilkesi” kavramına ilişkin bir tanım da içermemektedir. Bu konuda yine TTK’nın 369.maddesinin gerekçesi yol göstericidir. TTK’nın 369.maddesi “dürüstlük kuralına” yer vermiş ve şirket yöneticilerinin “şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyararak gözetmek yükümlülüğü altında” olduğunu düzenlemiştir. Gerekçeye göre tıpkı “basiretli bir iş adamı” ve “tedbirli bir yönetici özeni” ölçüleri gibi, “dürüstlük kuralı” da bir özen ölçüsüdür. Dürüstlük kuralı yükümü ile “yönetim kurulu üyesinin kişisel menfaatini, hakim pay sahibinin veya pay sahiplerinin ve onların yakını olan gerçek ve tüzel kişiler ile üçüncü kişilerin menfaatini, şirketin menfaatinin önüne

³⁴⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun E. 1978/11-773 K. 1980/2310 T. 17/10/1980 sayılı kararında devalüasyon olabileceği ihtimalini öngörmenin ve hesaba katmanın basiretli bir iş adamı gibi davranma mükellefiyetinin kapsamında olduğu ifade edilmiştir.

³⁵⁰ Arkan, s.139.

³⁵¹ Arkan, s.138.

geçirmemesi kastedilmiştir. Hüküm, menfaatler çatışması bulunan hallerde yönetim kurulunun gerekli önlemleri almasını ve arm's length temelinde yani, hakim ortağı ve onun yakınlarını kayırmadan şirket için, şirketin menfaati için rekabet şartlarına uygun olarak pazarlık yapmasını” ifade etmektedir. O halde ticari hayatın dürüstlük ilkeleri, her durumda şirketin menfaatlerinin üstün tutulması gerekliliği ile özellikle şirketle ilişkili kişiler arasında menfaat çatışması bulunan hallerde aradaki ilişkinin şirketin menfaatini olumsuz yönde etkilememesi gerekliliği anlamına gelmektedir. Nitekim bu yorum TMK'nın dürüstlük kuralını düzenleyen 2.maddesine de uygundur³⁵².

SPK'nın 21.maddesinin 2.fıkrası ile örtülü kazanç aktarımının pasif davranışlar yoluyla da gerçekleştirilebileceği düzenlenmiş, bu fıkrada basiret ve dürüstlük ilkesinin esas sözleşme veya iç tüzük çerçevesinde belirleneceği ifade edilmiştir. Dikkat edilmelidir ki kanun koyucu 1.fıkrada “ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri” ifadelerine yer vermişken 2.fıkrada “ticari hayatın” ifadelerini kullanmamış, bunun yerine esas sözleşme ve iç tüzüğe göre belirlenen bir basiret ve dürüstlük ilkesi düzenlemiştir. Bu ilkenin kapsamının ticari hayata göre değil de esas sözleşme ve iç tüzük çerçevesinde belirlenecek olması muhtemelen pasif davranış yoluyla gerçekleştirilecek örtülü kazanç aktarımını için geçerli sorumluluğun çerçevesini daraltma düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Zira bu sayede şirketin sadece kendisinden beklenebilecek davranışları gerçekleştirmek ile sorumlu olduğu kabul edilmiş olmaktadır. Bu kapsamda özellikle TTK'nın 339.maddesinin 2.fıkrasının (b) bendi gereği esas sözleşme yer alması gereken şirketin işletme konusuna ilişkin ifadeler, basiret ve dürüstlük ilkesinin çerçevesinin belirlenmesinde rol oynayacaktır. Zira şirketin amaç ve konusuna ilişkin hükümler, şirketin hangi menfaatleri gözetmesi gerektiğini işaret etmektedir. Bu ifadelerden yola çıkarak şirketin amaç ve konusu saptanacak, bunlar ile ilgili olmayan hususlarda şirketin bir menfaati olmayacağı ve şirketin kendisiyle ilgili olmayan hususlarda “harekete geçmesi” yönünde bir

³⁵² TMK'daki dürüstlük kuralı “bir kimsenin diğer kişilerle olan ilişkilerinde, dürüst, namuslu, iyiniyetle, içten, onların güvenini sarsmayacak biçimde davranmasını emreder.”(Zevkliler/Acarbey/Gökyayla, s.162)

yükümlülüğünün olmadığı kabul edilecektir. Bu anlamda örneğin spor malzemesi satımı ile uğraşan bir şirketin, esas sözleşme veya iç tüzüğünde şirketin inşaat malzemeleri sektörüne müdahil olmasını gerektirecek herhangi bir ibare bulunmaması halinde, şirketin spor malzemesi satımı gerçekleştirdiği mağazaları kendi inşa etmesi halinde dahi inşaat malzemeleri sektöründeki fırsatları değerlendirmesi zorunluluğu bulunmayacaktır. Her ne kadar mağazalarını kendi inşa eden bir şirketin inşaat malzemeleri üretim ya da stoku yapması şirketin lehine olan bir durum olabileceksede, şirketin amaç ve konusunun bunu içermemesi nedeniyle şirketin bu alanlardaki fırsatları değerlendirmesinin şirketten beklenmemesi gerekecektir. Ancak yine aynı şirketin esas sözleşmesi veya iç tüzüğünden dolayı şirketin amaç ve konusunun spor malzemeleri satımı olması nedeniyle, spor malzemeleri sektöründe gerçekleşen tüm faaliyetleri takip etmesi ve her türlü fırsatı değerlendirmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bu sektördeki herhangi bir fırsatın değerlendirilmemesi durumunda, şirketin hareketsiz kalışı esas sözleşme ve içtüzük kapsamında saptanan basiretli ve dürüst bir tacir ilkesine aykırı davranılmış olacaktır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi E. 2005/3321 K. 2006/3772 sayılı ve 10/04/2006 tarihli bir kararında, elektrik üretim ve iletimi ile iştigal etmesi nedeniyle tesis inşa etmek ve işletmek ihtiyacı olmasından dolayı her zaman çimento ihtiyacı içerisinde bulunan bir şirketin halihazırda sermayesinin belirli bir bölümüne sahip olduğu bir çimento şirketinin(iştirakinin) bulunduğu ve şirketteki sermaye artırımına rüçhan hakkının kullanılması suretiyle katılmaması sonucunda şirketteki pay sahipliği oranının önemli ölçüde düştüğü bir olayı değerlendirilmiştir. Mahkeme şirketin çimento üretimi ile iştigal eden şirketlere katılmasının ticari yaşamın doğasına uygun olduğunu belirtmiş ve her ne kadar sermaye artırımına katılma zorunluluğu bulunmasa da şirketteki paylarının oranının önemli ölçüde azalmasının önlenmesi için basiretli bir iş adamı gibi hareket edilmesi ve sermaye artırımına katılması gerektiğini ifade etmiştir. Şirketin sermaye artırımına katılmamasının pay sahipliği oranının azalmasına sebep olduğu, dolayısıyla da şirketin yatırımcılarının elde edeceği temettü

miktarını azalttığı ve yatırımcıların kazanç kaybının oluştuğu belirtilmiştir. Bu nedenle mahkeme, şirketin sermaye artırımına katılmamak suretiyle örtülü kazanç aktarımında bulunduğu sonucuna varmıştır. Yargıtay'ın bu kararına esas teşkil olay yürürlükteki SPK'nın 21.maddesi açısından değerlendirilecek olursa, olayda örtülü kazanç aktarımına yol açan işlem türünün bir pasif davranış şeklinde olan “sermaye artırımına katılmamak” olarak ortaya çıktığı ve işleme örtülü kazanç aktarımının niteliğini verenin esas sözleşmede yer alan şirketin amaç ve konusunun göz önünde tutulması ile çerçevesi belirlenen basiret ve dürüstlük ilkelerine uyulmaması olduğu ifade edilebilecektir. Olayda şirketin “sermaye artırımına katılmamak” şeklindeki pasif işlemi, bu şirket ile ilişkili bir kişinin sermaye artırımını durumundan fayda sağlamasına imkan vermiş ve bu imkan sayesinde o ilişkili kişinin malvarlığının artması sağlanmıştır.

2. İşlem türleri

SPK'nın 21.maddesinin 1.fikrasında örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilebileceği işlem türleri “farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemler” olarak ifade edilmiştir. Bu kapsamda farklı şartlar içeren anlaşmalar yapmak, ticari uygulamalar yapmak ve işlem hacmi üretmek işlemleri birer örnek olarak verilmiştir.

Pasif davranışlar şeklindeki işlemlerin belirtildiği 21.maddenin 2.fikrasında ise sadece “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” ifadeleri yer almaktadır. Kanun koyucu pasif davranışlara örnek vermeyerek sadece “faaliyetler” demek suretiyle hükmün kapsamını neredeyse “sınırsız” bir niteliğe büründürmüştür.

SPK'nın işlem türleri konusundaki ifadeleri karşısında şirketin malvarlığını ya da karını azaltma veya artmasını engelleme sonucunu doğurabilecek her türlü

ekonomik işlem, örtülü kazanç aktarımı tanımı içerisinde yer almaktadır³⁵³. Düzenlemede işlem türlerinin teker teker verilmemesi, verilen örneklerin de sınırlı olması sebebiyle aşağıda uygulamada sıklıkla karşılaşılabilecek işlem türlerinden bazıları incelenecektir.

a) Farklı bedel veya şartlar içeren anlaşmalar ya da ticari uygulamalar yapmak ve işlem hacmi üretmek

SPK'nın 21.maddesinin 1.fikrası kapsamında şirketlerin farklı bedel veya şartlar içeren anlaşmalar ya da ticari uygulamalar yapması ve işlem hacmi üretmesi örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilebileceği işlemlere örnek olarak verilmiştir. Hükümde anlaşma ve ticari uygulamaların “farklı bedel veya şartlar” içermesi aranmışken, işlem hacmi üretmek açısından “farklı bedel veya şartlar” içerme hususu aranmadığının kabulü gerekmektedir. Zira kurulan cümle incelendiğinde(“farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek”), “anlaşmalar” kelimesinden sonra herhangi bir fiile yer verilmediği ve “ticari uygulamalar” kelimelerinden sonra gerek “anlaşma” gerekse “ticari uygulamalar” kelimeleri için ortak bir fiil olarak “yapmak” kelimesine yer verildiği görülmektedir. Oysa cümlede “işlem hacmi” kelimeleri için “üretmek” fiili kullanılmıştır. Bununla birlikte aşağıda açıklandığı üzere “işlem hacmi” kavramı “farklı fiyat veya şartlar” içermesi gereken bir işlemin mevcudiyetini gerekli kılmamakta olup, kanunda belirtilen ilkelere aykırı şekilde işlem hacminin üretilmesi örtülü kazanç aktarımının gerçekleşmesi için başlı başına yeterli görülmelidir.

Farklı bedel veya şartlar içeren anlaşma veya ticari uygulamalar yapılması ile kastedilen, şirketin, eşit durumdaki kişilere aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, bazı kişiler için ayrımcılık yapması durumu kastedilmektedir. Bir başka ifadeyle, şirketin benzer bir işlem için 3.kişiler ile yaptığı anlaşmayı ilişkili kişiler ile daha farklı koşullar içerecek şekilde yapması suretiyle kazanç aktarımı gerçekleştirmesi hali ifade edilmektedir. Ancak bir

³⁵³ Akbulak/Akbulak, s.390.

konuda eşit konumdaki alıcılara farklı şartlar veya uygulamalar yapılması her zaman doğrudan ayrımcılık yapıldığı anlamına gelmemektedir. Anlaşma veya uygulama konusunun niteliği, cinsi ve miktarı, maliyet farklılıklarının yanı sıra bölge ve ülkeye göre farklılık; pazar koşullarına göre farklılık; karşı tarafın alıcı, rakip veya üretici olup olmamasına göre farklılık; uzun süreli ilişki olup olmamasına göre farklılık; ödeme koşullarından doğan farklılık söz konusu olması durumunda, eşit durumdaki kişilere aynı edimler için farklı şart ve uygulamaların yapıldığı iddia edilemeyecektir³⁵⁴.

“İşlem hacmi”, belirli bir zaman dilimi içerisinde belirli bir piyasada yapılan alım ve satım işlemlerinin toplam miktarını ifade etmek üzere kullanılan bir kavramdır³⁵⁵. Şirketlerin belirli kişiler ile yüksek miktarda alışveriş gerçekleştirilmesi şirket ile işlem yapan kişi arasındaki işlem hacminin yüksek olduğu anlamına gelmektedir. İşlem hacmi üretmek suretiyle kazanç aktarılması durumu aslında “sürümden kazanılması” şeklinde ortaya çıkmaktadır. Örneğin bir şirketin ilişkili bir kişi ile piyasa koşullarına uygun bir fiyat üzerinden çok yüksek miktarda mal alımı yapması halinde parça başına fiyatın piyasa koşullarına uygun olmasına rağmen yüksek işlem hacmi nedeniyle ilişkinin karşı tarafının alım-satım işleminden doğan kazancının önemli miktarlara ulaşması mümkündür ve bu durumda ilişkili kişi malı emsaline göre ucuza dahi satsa toplamdaki satış miktarı yüksek olduğundan “sürümden kazanmış” olacak, toplamda yüksek miktarda kar sağlayabilecektir. Dolayısıyla bu tür bir işlemde şirketin “işlem hacmi üretmek” suretiyle kazanç aktarımında bulunması söz konusu olacaktır. Bu açıdan değerlendirildiğinde, işlem hacmi üretmek suretiyle kazanç aktarımında bulunulması için işlem hacmini yaratan işlemlerin ayrıca farklı bedel veya şartlar içermek gibi unsurlara sahip olmasının gerekmediği ifade edilebilecektir. Zira işlem hacmini yaratan işlemler zaten teker teker değerlendirildiğinde, farklı bedel veya şartlar içermesi durumunda kanununda belirtilen ilkelere aykırı olacağından, örtülü kazanç aktarımı doğuran işlemlerden biri olarak kabul edilerek

³⁵⁴ Güven, s.353.

³⁵⁵ <http://www.nasdaq.com/investing/glossary/v/volume>, ET: 19/12/2014 ve Yargıtay 11. HD E. 2013/11690 K. 2014/2486 T. 13.2.2014

düzenlemenin kapsamına girecektir. “İşlem hacmi üretmek” kavramının işlevini, farklı bedel veya şartlar içermemesine ve özellikle piyasa teamülleri ile emsallerine uygunluk ilkelere aykırılık yaratmamasına rağmen “sürümden kazanılması” hali ile özellikle “ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı” şekilde kazanç aktarımı sağlanması durumunun engellenmesi oluşturmaktadır.

b) Mal veya hizmet alımı satımı veya imalat veya inşaat işleri yapılması işlemleri

Halka açık anonim şirketlerin ilişkili kişiler ile alım-satım ve imalat-inşaat işlemleri³⁵⁶ gerçekleştirirken kanundaki ilkelere uygun hareket etmeleri gerekmektedir. Bu kapsamda örneğin, şirketin, malvarlığında bulunan bir hisse senedini ya da taşınmazı ilişkili bir kişiye emsaline göre bariz düşük fiyatta satması durumunda örtülü kazanç aktarımı gerçekleşmiş olacaktır³⁵⁷. Bir halka açık anonim şirketin ortağı olduğu limited şirkete % 20 karla satabileceği bir malı % 5 karla satması veya ilişkili kişiye model, yaş, aksesuar ve kullanım bakımından emsallerine göre düşük bedelle vasıta satması suretiyle de örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilebilecektir.

Bir şirket ile ilişkili bulunan diğer bir şirket arasında gerçekleştirilen mal alım veya satımı, bazı hallerde kanundaki ilkelere aykırı olmasına rağmen örtülü kazanç aktarımı niteliğinde olmayabilecektir. Örneğin iki şirket arasında yardımlaşarak üretim yapılması ve üretilen emtia satış bedelinin eşit paylaşımı konusunda bir sözleşme mevcutsa, bu sözleşmeye istinaden yapılan satış işlemleri örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilemeyecektir³⁵⁸.

Bir mal veya hizmet alım satımı veya imalat işinin kanunda belirtilen ilkeler kapsamında değerlendirilmesi aşamasında ayrıntılı bir inceleme yapılması önemlidir. Zira örneğin bir malın maliyetine satılması³⁵⁹; bir malın farklı

³⁵⁶ Hukuki niteliği için bkz. s.69.

³⁵⁷ Akbulak/Akbulak, s.396.

³⁵⁸ Danıştay 3. D. E. 87/85 K. 87/2311 T.19/10/1987.

³⁵⁹ Açar, s.275.

bölgelerde veya farklı zamanlarda farklı fiyatlar üzerinden satılması³⁶⁰; şirkete aracılık yapan bir şirkete diğer şirketlere göre daha yüksek oranda iskonto yapılması³⁶¹; malın şirketin üretim maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle ilişkili kişilere emsaline göre daha yüksek fiyatla satılması; grup şirketleri arasındaki alışverişlerde ciro primi ödenmesi ve vadeli satış yapılması³⁶² her durumda örtülü kazanç aktarımı gerçekleştiği anlamına gelmemektedir.

SPK halka açık anonim şirketler tarafından ilişkili kişiler ile yapılan malvarlığı alım veya satımı içeren işlemlere karşı örtülü kazanç aktarımı düzenlemesi dışında da bazı mekanizmalar getirmiştir. Bu mekanizmalardan ilkinin Seri: IV No: 41 “Sermaye Piyasası Kanuna Tabi Anonim Şirketlerin Uyacakları Esaslar” Tebliği’nin 4.maddesinin 2.fıkrası ile getirilen “Payları borsada işlem gören ortaklıklar ile ilişkili tarafları arasındaki varlık, hizmet veya yükümlülük transferleri işlemlerinde her bir işlemin tutarının, ortaklığın Kurul düzenlemeleri uyarınca kamuya açıklanan son yıllık finansal tablolarında yer alan aktif toplamının veya brüt satışlar toplamının % 10’una veya daha fazlasına ulaşacağı öngörülmesi durumunda, işlem öncesinde, Kurulca esasları belirlenen kuruluşlara işlemin değerlemesinin yaptırılması zorunludur” hükmü oluşturmaktadır. Buna göre halka açık anonim şirketler bazı taraflar ile bazı işlemleri yapabilmek için, işlem öncesinde işleme değerlendirme yaptırmak zorundadır. Benzer şekilde SPK’nın 17.maddesinin 3.fıkrası ile “Halka açık ortaklıkların, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri Kurulca belirlenecek nitelikteki işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı almaları zorunludur” düzenlemesini getirilmiş ve bazı kişiler ile gerçekleştirilecek bazı işlemler öncesinde yönetim kurulu kararı alınmasını zorunlu hale getirmiştir. İlişkili kişilerle yapılan ve mal varlığı edinme sonucunu doğuran işlemleri de kapsayacak bir diğer düzenleme de II-23.1 sayılı “Önemli Nitelikteki İşlemlere Yönelik Ortak Esaslar ve Ayrılma Hakkı” Tebliği’nin 5.maddesinin 1.fıkrasının (e) bendi ile getirilmiştir. Buna göre ilişkili

³⁶⁰ Kızılot, s.242.

³⁶¹ Danıştay 3.D. E.1990/1414 K.1990/3381 T.10/02/1990(Ağar, s.273).

³⁶² Danıştay 4.D. E.1999/4482 K.1999/4898 T.22/12/1999.

tarafından önemli ölçüde malvarlığı edinilmesi veya kiralanması işlemlerinde, işlemin tebliğin 6.maddesindeki önemlilik kriterini de sağlaması halinde 7.madde uyarınca genel kurulun onayına sunulması zorunludur. Yine Kurumsal Yönetim İlkeleri Tebliği'nin 9.maddesinin “Ortaklıkların ve bağlı ortaklıklarının, ilişkili tarafları ile gerçekleştirecekleri ikinci ve üçüncü fıkralarda yer alan işlemlere başlamadan önce, yapılacak işlemin esaslarını belirleyen bir yönetim kurulu kararı almaları zorunludur” düzenlemesi, ilişkili kişiler ile yapılan mal ve hizmet alım satım işlemlerine ilişkin getirilen bir diğer yükümlülük olarak gösterilebilecektir.

c) Kiralama ve kiraya verme işlemleri

Şirketlerin ilişkili buldukları kişiler ile kanundaki ilkelere aykırı olarak gerçekleştirecekleri kira işlemleri³⁶³ örtülü kazanç aktarımı niteliğindedir. Kiralama veya kiraya verme işlemleri ile örtülü kazanç aktarımına örnek olarak; halka açık bir şirketin ilişkili kişilerinden bariz derecede yüksek bir kira bedeli ile taşınmaz kiralaması, bariz şekilde düşük ücretle kendi taşınmazını kiraya vermesi ya da taşınmazını şirketin ihtiyacı olmadığı halde kiraya vermesi durumları verilebilecektir³⁶⁴. Buna karşılık kiralanın gayrimenkulün, kullanılmayan bir bölümünün, ortak olunan bir şirkete mükellefiyet tesisi için adres ihtiyacı nedeniyle daha düşük bedelle kiraya verilmesi durumunda örtülü kazanç aktarımından söz edilemeyecektir³⁶⁵.

d) Ödünç para verme işlemleri

Halka açık şirketlerin ilişkili kişiler ile yaptıkları ödünç para verme işlemlerinin³⁶⁶ de kanundaki ilkelere uygun olması gerekmektedir. Bu anlamda halka açık anonim şirketin ilişkili bulunduğu bir kişiden emsaline göre yüksek bir komisyon ve faiz ile ödünç para alması ya da vermesi örtülü kazanç aktarımı

³⁶³ Hukuki niteliği için bkz. s.69.

³⁶⁴ Akbulak/Akbulak, s.397.

³⁶⁵ Danıştay 4.D. E.1998/3459 K.1999/4288 T.25/11/1999(www.legalbank.net).

³⁶⁶ Hukuki niteliği için bkz. s. 70.

niteliğindedir³⁶⁷. Benzer şekilde bankalardan kredi alan şirketin, bu krediyi aynı şirketler grubuna dahil bir başka şirkete kullandırması neticesinde bu kullandırma için faiz veya komisyon tahakkuk ettirilmemesi örtülü kazanç aktarımı sayılmaktadır³⁶⁸. Yine, düşük faizle kredi verme veya alma³⁶⁹, cari hesap yoluyla ortaklara faizsiz borç verme³⁷⁰ veya şirketin kendi ticari faaliyetinde kullanacağı nakdini faizsiz şekilde ödünç vermesi gibi işlemler de “ödünç para verme” işlemi suretiyle örtülü kazanç aktarımı sayılmaktadır. Benzer şekilde, şirketin sahip olduğu bir parasal kaynağı ilişkili kişiye borç vermek yerine vadeli mevduat, döviz, hazine bonosu, devlet tahvili ve benzeri yatırım araçlarına yöneltseydi şirket daha fazla kazanç elde edebilecek ise³⁷¹, ilişkili kişiye yapılan ödünç işlemi ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılıktan dolayı örtülü kazanç aktarımı sayılabilecektir.

e) Aylık, ücret ve ikramiye ödemesi işlemleri

Halka açık şirketlerin ilişkili kişilerine emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak ödeyeceği aylık, ücret ve ikramiyeler örtülü kazanç aktarımı niteliğindedir³⁷². Bu kapsamda örneğin halka açık anonim şirketi yönetim kurulu başkanına emsaline göre yüksek derecede yüksek maaş ödemesi yapıyorsa, bu ödeme örtülü kazanç aktarımı sayılacaktır.

f) Pasif davranış şeklindeki işlemler

SPK'nın 21.maddesinin 2.fıkrası ile şirketlerin “kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla” örtülü olarak kazanç aktarmaları yasaklanmıştır. Bu kapsamda şirketlerin esas sözleşmeleri veya iç tüzükleri çerçevesinde basiretli ve dürüst bir tacir olarak veya

³⁶⁷ Akbulak/Akbulak, s.397.

³⁶⁸ Ağar, s.332.

³⁶⁹ Danıştay 4.D. E.88/4804 K.88/5013 T.21/12/1988

³⁷⁰ Ağar, s. 315.

³⁷¹ Kızılot, s.439.

³⁷² Hukuki niteliği için bkz. s.72.

piyasa teamülleri uyarınca yapmaları gerekenleri yapmamaları, yani hareketsiz kalmaları örtülü kazanç aktarımı olarak değerlendirilebilmektedir.

Şirketin kar ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları gerekeni yapmamasına örnek olarak, şirketin bir ekonomik fırsatı değerlendirmemesinin verilmesi mümkündür. Bir ekonomik fırsatın değerlendirilmemesine de bir şirketin ihtiyacı olan bir malzemeyi indirim döneminde satın almaması, işletme konusuna ilişkin bir ihalede sebepsiz yere yer almaması, ihtiyacı sebebiyle iştirak ettiği bir şirketteki sermaye artırımına katılmaması, müşterileri ile sözleşmelerini yenilememesi, kendisine menfaat sağlayacak bir işi başkalarına bırakması gibi durumlar örnek olarak verilebilecektir.

B- “İlişkili kişi” unsurunun değerlendirilmesi

Bir şirketin bir işlem vasıtasıyla örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilebilmesi için işlemin karşı tarafının kanunda belirtilen ilişkili kişilerden olması gerekmektedir. Bir şirketin kendi menfaatine olmayan işlemleri yapması hayatın olağan akışına uygun olmadığından, şirket aleyhine gerçekleştirilecek kazanç aktarımı işlemlerinin ancak şirket üzerinde kontrol gücü olan kişilerin mevcudiyeti durumunda gerçekleşebileceği yönünde bir mantık yürütülebilecektir. Bu anlamda “ilişkili kişi” unsurunda esasen taraflar arasındaki bir kontrol ilişkisinin varlığının araştırılması ve kazanç aktarımının doğrudan veya dolaylı olarak şirketi kontrol gücü olan kimselere mal edilemediği durumlarda örtülü kazanç aktarımından söz edilmemesi gerektiği söylenebilecektir³⁷³. Ancak kanun koyucunun ilişkili kişilerin saptanmasında kullanılmak üzere getirdiği “yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişki” ölçütlerinin, kontrol ilişkisinin varlığını kanıtlamaya ne kadar uygun olduğu belirsizdir. Zira örneğin bir şirkette salt pay sahipliği veya yönetim organının üyelerini belirleme imkanına sahip olmak, şirket üzerinde her zaman kontrol gücüne sahip olmayı sağlamamaktadır. Pay sahipliğinin şirket üzerinde kontrol gücü sağlaması bu paylar ile oy haklarının çoğunluğuna sahip olunması, yönetim organında karar

³⁷³ Kızılot, s.211-212.

alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçiminin sağlanabilmesi veya bir sözleşmeye dayalı olarak kendi oy hakları yanında diğer pay sahipleri ile birlikte oy haklarının çoğunluğunu elinde bulundurulmasının sağlanabilmesi durumlarında gerçekleşebilecektir³⁷⁴. Üstelik bir şirketin TTK m.195/1(b) kapsamındaki bir hakimiyet sözleşmesi gereğince bir kişi tarafından hakimiyet altında tutulması durumunda bir önceki örnekte verilen nitelikli pay sahipliği durumunun verdiği imkanlar da şirket üzerinde kontrol sağlanmasında yetersiz kalabilmektedir.

SPK'nın 21.maddesinin 1.fıkrası kişilerin şirkete yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı bir katılımı aradığı açık olsa da, hükümde bu katılımın şirketi kontrol katına çıkması gerektiğine yönelik herhangi bir ibare bulunmamaktadır. Bu nedenle düzenlemeyi kontrol yaklaşımına göre yorumlamak kanun koyucunun iradesine uygun gözükmemektedir. Zira kanun koyucu yönetim, denetim veya sermaye bakımından katılımın kontrol gücü sağlayacak düzeyde olmasının aranmasını isteseydi pekala TTK'nın kontrol yaklaşımını benimsediği şirketler topluluğuna ilişkin 195 ve devamı maddelerinde yer verdiği ifadelerle SPK'da da yer verebilirdi³⁷⁵. Bu nedenle SPK'nın 21.maddesi açısından “yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı” ilişkinin kişiler arasında kontrol ilişkisinin bulunduğunu kanıtlamaya yönelik ölçütler olduğunu ileri sürmek mümkün gözükmemektedir. Bununla beraber kontrolün olduğu durumlarda bu ölçütlerin mevcut bulunduğu ifade edilmelidir. Zira

³⁷⁴ Okutan, s.102. Benzer yönde bkz: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu m.3(R.G.T: 19/10/2005 S: 25983 Mükerrer).

³⁷⁵ Kanunun şirketler topluluğunu düzenleyen 195 ve devamı maddelerinde kontrol yaklaşımının benimsendiği yönünde bkz. TTK Madde Gereçleri Şirketler Topluluğu 195 ila 209'uncu Maddelerle İlgili Genel Açıklamalar. TTK'nın 195.maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde bir ticaret şirketinin diğer bir ticaret şirketinin doğrudan ya da dolaylı olarak; oy haklarının çoğunluğuna sahip olması, şirket sözleşmesi uyarınca yönetim organında karar alabilecek çoğunlukta üye seçimini sağlayabilme hakkına sahip olması, kendi oy hakları yanında bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte oy haklarının çoğunluğunu oluşturması, sözleşme gereğince ya da başka bir yolla hakimiyet altında tutabilmesi halinde birinci şirket hakim öteki şirketin bağlı şirket sayılacağını düzenlenmiştir. Maddeden anlaşıldığı üzere düzenleme bir şirketin diğer şirket üzerinde “hakimiyeti” olmasını aramakta, bu hakimiyetin varlığının saptanmasında kullanılmak üzere belirtilen ölçütleri sunmaktadır. Bu düzenleme SPK ile karşılaştırıldığında, SPK'nın bu ölçütlerden hiçbirine yer vermediği görülmektedir.

fiiliyatta örtülü kazanç aktarımının gerçekleştirilmesi ihtimali özellikle şirket üzerinde kontrol gücü bulunan kişilerin mevcudiyeti halinde yüksektir. Ancak SPK'nın 21.maddesinin ifadeleri karşısında şirkete yönetim, denetim veya sermaye bakımından alelade bir katılım veya bu yönde doğrudan veya dolaylı bir bağlantının bulunması, şirket üzerinde bir kontrol gücü sağlamasa da kişinin ilişki kişi sayılması için yeterli sayılması gerekmektedir.

Bu noktada SPK m.21/1 ile m.21/2 arasındaki bir farklılığın da değerlendirilmesi önemlidir. Önceki bölümlerde belirtildiği üzere, örtülü kazanç aktarımı hem aktif hem de pasif davranışlar ile gerçekleştirilebilmektedir. Aktif şekli düzenleyen SPK'nın 21.maddesinin 1.fikrası örtülü kazanç aktarımı niteliğindeki işlemlerin “yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları gerçek veya tüzel kişiler ile” gerçekleştirilmesi aramaktadır. Oysa pasif şekli düzenleyen 21.maddenin 2.fikrasında “ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır” ifadesi bulunmaktadır. Burada 21.maddenin 2.fikrası açısından aranan ilişkinin “yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı” olması gerekip gerekmediği tartışılabilecektir. Ancak bu ölçütlerin arandığı kabul edilsin ya da edilmesin, sonuç değişmeyecektir. Zira kişiler arasındaki ilişkinin saptanmasında belirleyici olan “yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı” bağlantının bulunmasıdır³⁷⁶. Bu ölçütlere dayalı bir bağlantının mevcut olmadığı durumlarda, kişiler arasında bir ilişkinin bulunduğu kanıtlanması oldukça güçtür. Nitekim m.21/2’de m.21/1’de yer alan ibarelerin yer almaması, fıkranın geniş yorumlanmasına imkan vermekte ve m.21/1’de yer alan ölçütlerin kullanılmasını mümkün kılmaktadır. Ayrıca SPK m.21/2’nin geniş yorumlanmaya müsait olması, birinci fıkrada olmayan bir bağlantı ölçütünün daha değerlendirmeye alınması imkanını doğurmaktadır. Bu kapsamda KVK m.13 kapsamında yer verilen fakat SPK m.21/1’de bulunmayan “nüfuzu altında bulundurma” türündeki ilişkiler de SPK m.21/2 açısından söz konusu olabilecektir.

³⁷⁶ Kaya, s.199.

Kanun koyucu ilişkinin doğrudan veya dolaylı olmasını arayarak “dolaylı” ilişkileri de ilişkili kişi unsurunun kapsamına dahil etmiş fakat bu ilişkinin sınırlarını belirtmemiştir. Bu nedenle dolaylı ilişkinin yönetim ve denetimin sağlanabildiği³⁷⁷, “sermaye” bakımından da sermaye bağlantısının sağlanabildiği noktaya kadar uzanabileceği kabul edilebilecektir. Örtülü kazanç aktarımı düzenlemesinin özellikle karmaşık ortaklık ve yönetim bağlantılarının olduğu hallerde uygulanması gündeme gelecek olması nedeniyle, dolaylı ilişkinin bir sınırının olmaması kanun koyucu tarafından yapılmış yerinde bir tercih olarak yorumlanabilecektir.

1. Şirketin yönetim bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunduğu gerçek veya tüzel kişiler

Şirketin yönetim bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunduğu kişiler, şirket ile şirketteki görevleri, sermayeleri veya yönetime ilişkin bir sözleşme nedeniyle yönetim bakımından ilişki sahibi olan kişileri ifade etmektedir³⁷⁸.

Şirketteki görevleri nedeniyle şirket yönetimi bakımından doğrudan ilişkide bulunan kişiler, şirketin yönetimine ilişkin kararlarda doğrudan etki sahibi olan kişilerdir. Şirketin yönetime ilişkin kararlarında doğrudan etki sahibi olabilecek kişilere örnek olarak üst düzey yönetimde yer alan kişiler verilebilir. Buna göre şirketin yönetim kurulu üyeleri, genel müdürü, genel müdür yardımcıları, koordinatörleri ve benzeri sıfattaki kişiler, şirketin üst düzey yönetimine dahil kişiler olarak ilişkili kişiler sayılacaktır³⁷⁹. Şayet şirketin yönetim kurulu üyesi bir tüzel kişi ise, tüzel kişinin temsilcisi olan kişi doğrudan ilişkili bulunan kişilerden olacaktır. Şirketin yönetim kurulu üyesi olan tüzel kişinin yönetim kurulu üyeleri ise yönetim bakımından dolaylı olarak ilişkide olunan kişiler olarak belirtilebilecektir. Kanunun dolaylı olarak ilişkide bulunan kişileri de kapsamına alması sebebiyle, şirketin üst yönetimine dahil olmamakla beraber şirket yönetimi

³⁷⁷ Tekinalp, s.76.

³⁷⁸ Akbulak/Akbulak, s.394.

³⁷⁹ Akbulak/Akbulak, s.394.

üzerinde etkisi bulunan herhangi bir çalışan da şirketin yönetim bakımından dolaylı olarak ilişkide bulunduğu kişi olarak nitelendirilebilecektir. Benzer şekilde şirketin bağlı ortaklıklarının, iştiraklerinin ve şirketin ortağı olan şirketlerin yönetim kurulu üyeleri de şirketin dolaylı olarak ilişkide bulunduğu kişiler arasında sayılabilecektir. Zira yönetim bakımından dolaylı ilişkide önemli olan şirket yönetimi ile kişi arasında yönetsel bir bağın bulunduğuun kanıtlanabilmesidir³⁸⁰. Elbette fiiliyat açısından bu kişilerin ilişkili kişi sayılmalarının bir öneminin olup olmadığı tartışılması mümkündür, zira şirketin bağlı ortaklıkları ve iştirakleri de nihayetinde halka açık anonim şirketin kendisi tarafından yönetilmektedir.

Şirketteki sermayeleri nedeniyle şirketin yönetim bakımından doğrudan ilişkide bulunduğu kişiler, şirketteki sermayeleri gereği alınacak kararları etkileyebilecek durumdaki ortakları ifade etmektedir³⁸¹. Bu anlamda ortakların sermaye oranının yüksekliğinin şirket yönetiminde etki edecek miktarda oy hakkı sağlaması nedeniyle ya da sahip olduğu paylara tanınan imtiyazlar nedeniyle(TTK m. 478) şirketin yönetimini ilgilendiren kararlarda etki sahibi olmaları mümkündür³⁸². O

³⁸⁰ Yönetim ilişkisinin denetimi aynı zamanda TTK'nın yönetim kurulu üyelerinin sadakat yükümlülüğünü düzenleyen 369.maddesi, yönetim kurulu üyelerine ilişkin görüşmelere katılma yasağını düzenleyen 393.maddesi, yönetim kurulu üyesinin şirket ile işlem yapma yasağını düzenleyen 395.maddesi ve yönetim kurulu üyelerinin şirket ile rekabet yapma yasağını düzenleyen 396.maddesi ile de sağlanmaktadır.

³⁸¹ Akbulak/Akbulak, s.394.

³⁸² Bu noktada sermaye nedeniyle yönetim ilişkisinde bulunulan kişiler konusunda mülga Sermaye Piyasası Kanunu döneminde çıkarılan Sermaye Piyasası Kanunu XI Seri 1 Nolu Mülga Tebliğin 3 nolu ekinde yer verilen açıklamalara değinmek gereklidir(R.G. T: 29/01/1989 S: 20064, s.31). "Mali Tablolara İlişkin Açıklamalar" başlığı ile yayımlanan bu tebliğde, iştiraklere ilişkin açıklamaların bulunduğu bölümde doğrudan veya dolaylı sermaye veya yönetim ilişkisinin tanımı yapılmıştır. Tebliğe göre doğrudan sermaye ve yönetim ilişkisi, bir ortaklıkta en az yüzde on oranında oy hakkına sahip olmak veya ortaklık yönetimine en az bu oranda katılmak anlamına gelmektedir. Dolaylı sermaye ve yönetim ilişki ise, bir ortaklıkta işletmenin yüzden ondan fazla paya sahip ortağı gerçek ve tüzel kişilerin, iştiraklerinin ve bunların iştiraklerinin en az aynı oranda oy hakkına sahip olmasını veya en az aynı oranda yönetime katılmasını ifade etmektedir. Kısacası Tebliğ doğrudan veya dolaylı bir yönetim veya sermaye ilişkisinin bulunması için en az yüzde on oranında oy hakkına sahip olmayı veya ortaklık yönetimine en az bu oranda katılmayı aramaktadır. Tebliğdeki tanımdan yola çıkılırsa, yüzde on oranında oy hakkına sahip olmak veya yönetime en az bu oranda katılmak şartlarını taşımayan kişilerin ilişkili kişi olarak nitelendirilmesi mümkün olmayacaktır. Ancak yukarıda belirtildiği gibi, tebliğ örtülü kazanç aktarımına ilişkin olarak değil mali tablolara ilişkin olarak ve mülga Sermaye Piyasası Kanununa dayanarak düzenlenmiştir. Bu nedenle ne tebliğin ne de belirlenen yüzde on oranının SPK açısından aynen kabul edilmesi

halde sermaye nedeniyle yönetim bakımından ilişkili bulunulan kişilerin tespitinde somut olaya göre değerlendirme yapılması gerekmektedir. Örneğin bir kişi halka açık anonim şirketin yüzde 50 payına sahip olmasına rağmen, yüzde 0,1 paya sahip olan kişinin yönetim kurulu üyelerinin kararlarda etki doğuracak bir çoğunluğunu seçebilme yönünde bir imtiyaza sahip olması durumunda, şirketteki sermayesi nedeniyle yönetim bakımından ilişkide bulunulan kişilerden biri de yüzde 0, 1 paya sahip olan kişi olacaktır. Sermayeleri nedeniyle dolaylı olarak yönetim üzerinde etkisi olabilecek kişilerin değerlendirmesinin de somut olaya göre yapılması gerekecektir. Zira ortakların pay oranlarının birbirine yakın olduğu bir şirkette, her pay sahibinin öteki pay sahipleri ile ittifak kurarak şirket yönetimine etki edecek konuma gelmesi muhtemeldir. Bu durumda ittifaka katılan tüm pay sahipleri şirket yönetimi üzerinde dolaylı olarak etkisi olan kişiler olacaktır. Benzer şekilde, şirketin iştirakleri veya bağlı ortaklıklarının şirkette sahip oldukları sermaye nedeniyle, şayet sermaye gereği yönetimi etkileyecek güce sahiplerse, dolaylı olarak ilişkide bulunulan kişiler olarak sayılmaları mümkündür. Ancak karşılıklı iştirak halinde zaten sermaye yönünden bir doğrudan bağlantı kurulmuş olacağından, bu şirketlerin ilişkili kişi olması için ayrıca yönetsel bir bağlantının bulunması gerekmeyecektir.

Yönetim bakımından ilişkide bulunulan bir kişinin varlığını doğurabilecek bir başka hal de şirket ile bir kişi arasında mevcut olan bir sözleşme ilişkisidir. Bu kapsamda örneğin TTK'nın 195.maddesinin 1.fikrasının (b) bendinde belirtilen "bir sözleşme gereği hakimiyet altında tutma" kriterini sağlayan herhangi bir sözleşme vasıtasıyla yönetiminde söz sahibi olan kişiler de ilişkili kişi sayılacaktır. O halde hakimiyet sözleşmeleri, talimat sözleşmeleri, pay sahipleri sözleşmesi, işletmenin yönetimi sözleşmeleri, işletme hasılatı kira sözleşmesi,

mümkün değildir. Ancak tebliğden hareketle, sermayeden doğan yönetim ilişkisinin mevcudiyeti için sermayenin en azından şirket yönetimine etki edecek miktarda oy hakkı sağlamasının veya imtiyazın bulunması gerektiği söylenebilecektir.

karın kısmen nakli sözleşmesi gibi borçlar hukuku sözleşmelerinin de yönetim bakımından ilişkiyi sağlaması mümkündür³⁸³.

Bir önceki bölümde belirtildiği gibi, her ne kadar SPK m.21 kapsamında kontrol yaklaşımının benimsenmesi mümkün olmasa da örtülü kazanç aktarımının çoğu zaman halka açık anonim şirkette pay sahibi olan bazı kişilerin aynı zamanda şirketin kontrolünü de elinde bulundurması durumunda gerçekleşmesi muhtemeldir³⁸⁴. Kontrol sahibi kişiler şirket karından daha fazla faydalanmak üzere, kazancın önemli bir bölümünü diğer pay sahipleri ile paylaşmak zorunda kalmamak için, örtülü kazanç aktarımını tercih edebileceklerdir. Bu açıdan şirkette hem yönetim kurulu üyesi hem de pay sahibi olan kişiler örtülü kazanç aktarımını gerçekleştirmesi muhtemel kişiler olarak öne çıkmaktadır.

2. Şirketin denetim bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunduğu gerçek veya tüzel kişiler

Şirketin denetim bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları kişilerden kasıt, şirketin hesap ve faaliyetleri denetleyen kişilerdir. Bu anlamda denetçiler, müfettişler, bağımsız dış denetçiler, şayet denetimi gerçekleştiren bir şirket ise bu şirketin yönetim kurulu üyeleri ve ortakları ilişkili kişiler olarak kabul edilebilecektir³⁸⁵. Benzer şekilde herhangi bir borçlar hukuku sözleşmesi vasıtasıyla şirketin denetiminde söz sahibi olan kişiler de denetim bakımından ilişkide olunan kişilerin kapsamına dahildir³⁸⁶.

3. Şirketin sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunduğu gerçek veya tüzel kişiler

Sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulunan kişiler, şirkette pay sahibi olan gerçek veya tüzel kişileri ifade etmektedir. Bu anlamda doğrudan ilişkinin mevcudiyeti için doğrudan bir sermaye bağlantısı aranacakken,

³⁸³ Tekinalp, s.76.

³⁸⁴ Enriques/Volpin, s.122.

³⁸⁵ Akbulak/Akbulak, s.394.

³⁸⁶ Tekinalp, s.76.

dolaylı ilişkinin mevcudiyeti için ise doğrudan bir sermaye bağılılığı ile doğrudan olan bir ilişki yeterli olacaktır.

Sermaye bakımından ilişkide sahip olunan sermayenin oranı önem taşımamakta olup, önemli olan sermaye açısından bir katılımın mevcudiyetidir³⁸⁷. İlk bakışta ne doğrudan ne de dolaylı sermaye ilişkisinde belirli bir pay oranına sahip olunması zorunluluğun aranmaması yerindedir. Zira şirkette belirli oranların altındaki pay sahibi olan kişilerin ilişkili kişiler dışında bırakılması, örtülü kazanç aktarımı düzenlemesini etkisiz bırakma tehlikesini de beraberinde getirebilecektir. Ancak sermaye piyasası doğası gereği pay sahiplerinin her an değiştiği ve şirketlerde küçük oranda binlerce pay sahibinin bulunmasına imkan sağlayan bir ortamdır. Düzenleme mevcut haliyle sermaye piyasasından bir halka açık anonim şirketin tek bir payını iktisap eden ve örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirme gücü ve niyeti olmayan sıradan bir kişinin bile ilişkili kişi sayılmasına sebep olmaktadır. Üstelik bu durum yatırımcıları sermaye piyasasından “korkutarak” uzaklaştıran bir sebep dahi olabilecektir. Bu nedenle SPK’nın 21.maddesinin daha etkin uygulanabilmesi adına sermaye bakımından ilişkide bir taban oranının veya belirli oranların altındaki pay sahipliğinde belirli bazı imtiyazlara sahip olunması şartının aranması faydalı olacaktır.

Sermaye bakımından ilişkide sermaye oranının önem taşımaması hususu, şirketler arasında sermaye yönünden bir iştirak ilişkisinin bulunduğu hallerde de önem arz edecektir. Bir şirketin diğer bir şirkette tek bir paya bile sahip olması, o şirketin ilişkili kişi olarak nitelendirilmesi için yeterli olacaktır. Bu nedenle bir şirket tüm bağlı ortaklıkları ve iştirakleri ile yaptıkları her işlem bakımından ilişkili kişi sayılacaktır³⁸⁸.

³⁸⁷ Akbulak/Akbulak, s.394.

³⁸⁸ SPK ile benzer şekilde ilişkili taraf açıklamalarını düzenleyen TMS 24’ün 9.paragrafında da ilişkili taraf sayılmada iştirak oranının önem taşımadığı görülmektedir(http://www.kgk.gov.tr/contents/files/TFRS_2015/TMS/TMS24.pdf, ET: 23/05/2015).

Bir şirketin ortaklarından birinin tüzel kişi olması durumunda bu tüzel kişi şirket ile sermaye bakımından doğrudan ilişkili kişi sayılacaktır. Sermaye bakımından dolaylı ilişkinin mevcudiyeti için ise, şirketin ortağı olan tüzel kişi ile arasında sermaye bakımından doğrudan bir ilişkinin bulunduğu bir kişinin olması aranacaktır. O halde bir şirketin ortağı olan tüzel kişinin ortağı olan herhangi bir gerçek veya tüzel kişi, sermaye bakımından dolaylı olarak ilişkili sayılacak, üstelik bu dolaylı ilişki sermaye bağlantısının sağlanabildiği noktaya kadar da uzatılabilecektir. Zira bu kişinin şirket ile arasında, şirkete ortak olan tüzel kişinin ortağı olmasından doğan bir sermaye bağı bulunmaktadır. Ancak bu noktada belirtilmelidir ki sermaye bakımından dolaylı ilişkide sermaye bakımından bir bağlantı arandığından, bu bağlantıyı sağlayamayacak olan tüzel kişiler olan dernek ve vakıfların sermaye bakımından dolaylı olarak ilişkide bulunulan kişiler için bir bağ teşkil etmesi mümkün değildir. Bir başka ifadeyle, bir şirketin ortağının sadece bir dernek veya vakıf olması durumunda bu tüzel kişiler doğrudan ilişkili kişi sayılacak ancak şirketin sermaye bakımından dolaylı olarak ilişkide bulunduğu bir kişi söz konusu olamayacaktır. O halde sermaye üzerinden dolaylı sermaye ilişkisinin mevcudiyeti için şirkete sermaye bağlantısını sağlayacak tüzel kişi ortağın mutlaka bir ticaret şirketi olması gerekmektedir. Ancak sermaye bakımından bir dernek veya vakıf arasındaki bağlantının sona erdiği noktada, “ilişkinin” dernek veya vakıf yöneticileri üzerinden “yönetim bakımından ilişki” şeklinde devam ederek ilerletilebileceği gözden uzak tutulmamalıdır.

Bir şirketin ortaklarından birinin gerçek kişi olması durumunda, gerçek kişi, şirket ile sermaye bakımından doğrudan ilişkili kişi sayılacaktır. Şirketin ortağı olan gerçek kişi ile ilişkide olan kişilerin, şirket ile sermaye bakımından dolaylı ilişkide olmaları ihtimali şirketin ortağı olan gerçek kişinin ortağı olduğu başka bir şirketin mevcudiyeti durumunda belirlemektedir. Bu kapsamda gerçek kişinin ortağı olduğu şirketler, diğer şirketin ilişkili kişileri sayılacaktır³⁸⁹. Ayrıca sermaye

³⁸⁹ Akbulak/Akbulak, s.395.

bağlantısı kesilmediğinden gerçek kişinin ortağı olduğu şirketlerin ortağı olduğu şirketler de ilişkili kişi olarak kabul edilecektir.

Daha önce de ifade edildiği gibi sermaye bakımından ilişkide sermaye oranı önem taşımamakla beraber, sermaye oranının yüksekliği ortağın şirket üzerindeki kontrol gücünün bir göstergesi olabilecektir³⁹⁰. Bu kapsamda özellikle pay sahiplerinin şirket kontrolünü ellerinde tutacak oranda paya sahip olduğu şirketlerde, azınlıktaki pay sahipleri için her zaman örtülü kazanç aktarımına maruz kalma tehlikesi bulunmaktadır³⁹¹.

4. Nüfuz altında bulundurulmuş gerçek veya tüzel kişiler

SPK'nın 21.maddesinin 2.fikrasında “ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlamaları da örtülü kazanç aktarımı sayılır” ifadesine yer verilmiştir. Bu kapsamda 21.maddenin 2.fikrası açısından ilişkinin “yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı” olması şartı bulunmamaktadır. Bu nedenle fıkrayı geniş yorumlama imkanı doğmaktadır. O halde ilişkinin yönetim, denetim veya sermaye bakımından olduğu kadar “nüfuz altında bulundurma” bakımından da söz konusu olması mümkün olabilecektir. Bu kapsamda pasif davranış ile gerçekleştirilecek kazanç aktarımlarında, ilişkili kişi, şirketin nüfuzu altında bulundurduğu kişilerden biri de olabilmektedir.

³⁹⁰ Kızılot, s.222.

³⁹¹ Ancak şirket yapısının kontrol sahibi pay sahiplerini bulundurmasının, azınlıktaki pay sahipleri için tamamıyla olumsuz bir durum olmadığı da kabul edilmelidir. Aslında çoğu zaman azınlıktaki pay sahipleri şirketin kontrolüne hakim bir pay sahibi ya da pay sahibi grubunun mevcudiyetinden fayda sağlayacaktır(Ronald Gibson ve Jeffrey Gordon, “Controlling Controlling Shareholders”, 152 U. PA. L. Rev. 785 (2003), s.785). Zira şirketin kontrolünü elinde bulunduranlar şirketin verimliliğinde en çok çıkarı olan ve verimsizliğinde en çok zararı görecektir kişiler olarak, şirketin doğru yönetilmesi için gerekli çabayı yönetim katında pay sahibi olmaksızın bulunan kişilerden daha çok harcayacaktır(Edward Rock ve Micheal Wachter, “Corporate Control Transactions”, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 152, Aralık 2003, s.468). Ayrıca şirkette kontrol sahiplerinin bulunması, bu kişilerin şirket ile gerçekleştireceği şirkete yararlı işlemlerin mevcudiyetini de sağlayacaktır. Maria Guiterrez Urtiaga/Maria Isabel Saez Lacave, “A Contractual Approach to Discipline Self-dealing by Controlling Shareholders”, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2440663, ET: 11/03/2015, s.1)

SPK “nüfuzu altında bulundurma” kavramını içermediği ve bu kavrama yorum sonucu ulaşıldığı için, içeriği de yine yorum yoluyla belirlenecektir. Bu kapsamda KVK’nın düzenlemeleri yol göstericidir. 1 Seri Nolu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Hakkında Genel Tebliğ’inin 3.1.3.bölümünde belirtildiği üzere “nüfuzu altında bulundurmak” ifadesi; “kurumun ekonomik ve ticari kararlarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyecek şekilde sürekli bir iktisadi ilişki ya da devamlı borç para verme ya da alma ilişkisi içinde bulunduğu gerçek kişi ya da kurumlar”ı işaret etmektedir. O halde şirketin tebliğde belirtilen şartları sağlayan ilişkilerinin muhatabı olan kişiler, şirketin nüfuzu altında bulundurduğu kişilerden sayılacak ve ilişkili kişi olarak kabul edilebilecektir.

VIII. Örtülü kazanç aktarımının KVK ve SPK açılarından karşılaştırılması

A- Amacın yoruma etkisi açısından karşılaştırılması

SPK ve KVK düzenlemelerinin korudukları özel menfaatler açısından farklılık göstermeleri, ilişkili kişi ve işlem unsurları bakımından iki kanun açısından da örtülü kazanç aktarımı kapsamında olan bir faaliyetin farklı şekilde değerlendirilmesi sonucunu doğurabilmektedir. Bu açıdan herhangi bir olayın KVK ve SPK açılarından değerlendirilmesinde, düzenlemelerinin “amaç” bakımından gösterdiği farklılığın da göz önüne alınması gerekmektedir.

Danıştay 4. Dairesi’nin E. 1987/4539 K. 1989/4393 sayılı ve 25/12/1989 tarihli kararı KVK açısından benimsenmesi gereken yaklaşıma önemli bir örnek teşkil etmektedir: “sermaye şirketlerinin holding bünyesinde toplanmalarının amacı, yönetim, sermaye ve denetim açısından birleşmek suretiyle hem finans ve yönetim yapılarını güçlendirmek ve hem de bu suretle ticari hayata ve ticari organizasyonlara daha güçlü katılımı sağlamaktır. Durum böyle olunca aynı holding bünyesinde yer alan şirketler arasında, finans kaynaklarını holding amacı doğrultusunda işbirliği içinde kullanmak, finans ihtiyacı karşılanan şirketlerin de Kurumlar Vergisi mükellefi olmamaları ve vergi kaybına neden olmamaları (örneğin finans aktarımı yapan ve yapılan şirketlerin dönem bilançolarının zararla kapanması hali gibi) halinde, örtülü kazanç dağıtım

olarak kabul edilemez.” Danıştay’ın ifadelerinden anlaşıldığı üzere düzenleme esas olarak hazine gelirini koruduğundan, bir faaliyet KVK m.13 kapsamında bulunsa da işlemin tarafları holding yapısı altındaki şirketler ise ve olayda kararda belirtilen diğer şartlar da bulunuyorsa, bu işlemin bir vergi kaybına yol açmaması halinde faaliyet örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilemeyecektir.

SPK açısından ise örtülü kazanç aktarımı niteliğindeki işlemlerin bir holding bünyesindeki şirketlerce gerçekleştiriliyor olması önem taşımamaktadır. Holding bünyesindeki her şirketin diğerinden ayrı bir kişiliği bulunmakta ve dolayısıyla holding bünyesine dahil olsa da her bir şirketin diğerlerinden farklı pay sahipleri ve yatırımcı olabilmektedir. Özellikle şirketlerin azınlıkta kalan ve holding ile herhangi bir ilişkisi olmayan pay sahiplerinin, holding bünyesindeki toplam kazancın yükselmesini sağlamasına karşın, ortak olduğu şirketin malvarlığında azalmaya neden olan işlem sebebiyle zarar görmesi mümkündür. SPK’nın 21.maddesi temel amaç olarak yatırımcının korunmasını benimsemiştir³⁹². Bu nedenle bir işlemin holding bünyesinde bulunsa dahi bir şirketin malvarlığında ya da karında azalmaya sebep olması durumunda, holdingin karı ya da malvarlığı artsa dahi örtülü kazanç aktarımı gerçekleşmiş olacaktır.

B- İşlem unsuru açısından karşılaştırılması

İşlem unsuru açısından SPK KVK’ya göre çok daha geniş bir çerçeveye çizmektedir. SPK’nın işlem unsuruna çizdiği çerçeve KVK’nın işlem unsuruna çizdiği çerçeveyi de içermekte, KVK’nın işlem unsuru SPK’nın bir alt kümesini oluşturmaktadır. Bu nedenle KVK açısından örtülü kazanç aktarımı sayılan bir işlem SPK açısından her zaman örtülü kazanç aktarımı niteliğinde bir işlem olarak sayılabilecekken SPK açısından örtülü kazanç aktarımı sayılan her işlem KVK açısından örtülü kazanç aktarımı niteliğinde bir işlem olarak sayılamayacaktır.

KVK açısından örtülü kazanç aktarımı sadece transfer fiyatlandırması yoluyla yapılan işlemler vasıtasıyla gerçekleşen bir faaliyettir. Gelgelelim transfer

³⁹² Anayasa Mahkemesi E. 2013/24 K. 2013/133 T.14.11.2013.

fiyatlandırması örtülü kazanç aktarımı gerçekleştiriminin yollarından sadece bir tanesini oluşturmaktadır³⁹³. Örtülü kazanç aktarımı bir mal veya hizmetin kazanç aktarımı sağlayacak şekilde fiyatlandırılması suretiyle gerçekleştirilebileceği gibi, ticari hayatın olağan akışında hiç yapılmayacak bir işlemin yapılması suretiyle işlemin karşı tarafına kazanç sağlanması ya da ticari bir fırsattan bir başkasının faydalanması için faydalanılmaması(işlem yapmaktan kaçınılması) gibi davranışlar ile de gerçekleştirilebilecektir. Benzer şekilde KVK açısından emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir ücret ödemesi olmaksızın sadece bir akrabanın “işe alınması” örtülü kazanç aktarımı olarak nitelendirilemezken, SPK açısından pay sahibinin bir akrabasının işe alınması dahi başlı başına bir örtülü kazanç aktarımı olarak sayılabilecektir³⁹⁴. Nitekim bu nedenle SPK düzenlemesi işlem unsurunun kapsamına sadece transfer fiyatlandırması yoluyla gerçekleştirilecek işlemleri almamış, 21.maddenin 1.fikrasındaki “farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde” demek ve 2.fikrasında da sadece “faaliyetler” ifadesine yer vererek KVK’ya göre çok daha geniş bir çerçeve çizmiştir.

Örtülü kazanç aktarımının transfer fiyatlandırması dışında şekillerde gerçekleştirilebilecek olması sebebiyle SPK, işlemlerin uyması gereken ilkeleri emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkeleri olarak belirlemiştir. Buna karşılık KVK transfer fiyatlandırmasına odaklandığından işlemleri sadece emsallere uygunluk ilkesi açısından değerlendirmektedir. Bu kapsamda bir işlemin piyasa teamülleri veya ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak gerçekleştirilmesi durumunda

³⁹³ Atanasov/Black/Ciccotello, s.6.

³⁹⁴ Şirketin “akrabayı” istihdam etmesini SPK’daki ilke ve işlem türleri açısından çeşitli şekillerde değerlendirmek mümkündür. Örneğin şirket öyle bir çalışana hiç ihtiyacı olmamasına rağmen o çalışanın istihdamını sağlıyorsa, bu durumun “işlem hacmi üretmek” işlem türü ve “basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırılık” ilkesi altında sınıflandırılması mümkündür. Şayet akrabanın gördüğü işe ihtiyaç varsa ancak kişiye ödenen ücret yüksekse, bu durumun “farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar” işlem türü ve “emsallerine uygunluk ilkesi” altında sınıflandırılması mümkündür.

SPK açısından örtülü kazanç aktarımı meydana gelebilecekken, KVK açısından aynı sonuca ulaşılamayacaktır.

KVK emsallere uygunluk ilkesine ilişkin açıklamalara yer vermekteyken, SPK, maddede yer verdiği ilkelere ilişkin herhangi bir açıklama içermeyerek düzenlemeyi yorumun odağında bırakmıştır. Ancak SPK'nın ilkelere ilişkin açıklamalar içermemesini kanun koyucunun bilinçli bir tercihi olarak yorumlamak gerekmektedir. Zira Sermaye Piyasası Kanunu Tasarısı'nın 21.maddesinin gerekçesinde, yeni düzenleme ile “hâlihazırda uygulamada tereddütler oluşmasına neden olabilecek hususlara açıklık kazandırılmış” olduğu ifade edilmiştir. Buna göre kanun koyucunun ilkelerin açıklanmamasını uygulamada tereddüt yaratabilecek bir husus olarak görmediği kabul edilebilecektir. O halde kanun koyucunun ilkelere ilişkin açıklamalara yer vermemesinin sebebini, ilkelerin her somut olaya göre özel olarak yorumlanmasını istediği şeklinde anlamak gerekecektir.

KVK kapsamında kurumların vergi idaresi ile anlaşarak ilişkili kişiler ile yapacakları işlemlerde kullanacakları fiyatları tespit yöntemine ilişkin “peşin fiyatlandırma anlaşması” adında bir anlaşma yapmaları mümkündür. Vergi idaresi ile böyle bir anlaşmanın varlığı durumunda, idare sadece fiyatların anlaşmadaki yönteme uygun tespit edilip edilmediğini denetlemektedir. Her ne kadar SPK açısından böyle bir imkan olmasa da, vergi idaresi ile KVK için bir peşin fiyatlandırma anlaşması gerçekleştiren bir halka açık anonim şirketin bu anlaşmayı işlemlerinin SPK kapsamındaki emsallerine uygunluk ilkesi açısından değerlendirmesinde delil olarak kullanması mümkün olabilecektir.

SPK 21.maddenin 1.fikrasındaki “farklı fiyat, ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar veya işlem hacmi üretmek gibi işlemler” hükmü ve 2.fikrasındaki “kârlarını ya da malvarlıklarını korumak veya artırmak için yapmaları beklenen faaliyetleri yapmamaları yoluyla” ifadeleri ile işlem türlerini sınırlı olmayan bir şekilde belirtilmiştir. Buna karşılık KVK'nın 13.maddesi temel işlem türü olarak mal veya hizmet alım ya da satımını

belirlenmiş ve “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 ile bu işlem türünün içeriğini kısmen tanımlamıştır. Bu kapsamda SPK’nın işlem türleri açısından da KVK’ya nazaran daha geniş bir çerçeve çizdiği söylenebilecektir. Örneğin SPK açısından bir halka açık anonim şirketin bir başka şirketteki payları nedeniyle sahip olduğu rüçhan hakkını, gerçekleştirilen bir sermaye artırımında kullanmaması başlı başına bir örtülü kazanç aktarımı işlemi sayılabilmektedir³⁹⁵. Oysa sermaye artırımına katılmama davranışını bir “mal veya hizmet alımı ya da satımı” işlemi olarak nitelendirmek mümkün olmadığından, işlemin KVK açısından örtülü kazanç aktarımı sayılması mümkün değildir. SPK doğrudan “artırıma katılmamayı” örtülü kazanç aktarımı olarak kabul etmekteyken, KVK “artırıma katılmamayı” değil ancak artırımdaki pay satın alma ya da satma işlemini “mal veya hizmet alımı ya da satımı” işlemi olarak değerlendirebilecek ve emsallere uygunluk ilkesi kapsamında inceleyebilecektir.

C- İlişkili kişi unsuru açısından karşılaştırılması

SPK ve KVK arasındaki bir diğer fark da düzenlemelerin ilişkili kişi unsurunu tanımlamalarında görülmektedir. İlişkili kişi unsurunun KVK’da SPK’ya göre daha geniş tanımlandığı söylenebilecektir³⁹⁶.

KVK ve SPK’nın ilişkili kişi tanımlamasındaki birinci farklılık iki kanunun kapsamından kaynaklanmaktadır. İlişkili kişi kavramı iki yönlü olup, ortada bir ilişkili kişinin(kazanç aktarılanın) söz konusu olabilmesi için öncelikle bu kişi ile bağlantısı olan diğer bir kişinin(kazanç aktaranın) bulunması gerekmektedir. SPK 21.maddesi ile ilişkinin bir tarafını “halka açık anonim ortaklıklar ve kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları” olarak tanımlayarak sınırlamıştır. Oysa KVK 13.maddesinde sadece “kurumlar” ifadesini kullanarak

³⁹⁵ Yargıtay 11. HD E. 2005/3321 K: 2006/3772 T: 10/04/2006

³⁹⁶ Akbulak/Akbulak, s.388.

KVK m.1’de belirtilen bütün kurumları ilişkinin “kazanç aktaran” tarafı haline getirmiştir. Bu nedenle ilişkinin kazanç aktaran tarafının kapsamı KVK’da SPK’ya göre daha geniş durumdadır³⁹⁷.

İlişkili kişi açısından iki düzenleme arasındaki ikinci farklılık, ilişkili kişi unsurunun karşı tarafının(kazanç aktarılan tarafın) nitelenmesindedir. KVK kazanç aktarılan tarafın kapsamına “gerçek kişi ve kurumları” almasına karşın SPK kapsamına “gerçek ve tüzel kişileri” almıştır. Yürürlükteki SPK’nın aksine, mülga Sermaye Piyasası Kanununun örtülü kazanç aktarımını düzenleyen 15.maddesinin son fıkrasında “ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahıs”tan söz edilmekteydi. Bu ifadeye istinaden, öğretide, maddedeki “teşebbüs” ifadesinden hareketle gerçek veya tüzel kişilerin yanında tüzel kişiliği bulunmayan toplulukların da ilişkili kişiler kapsamına girebileceği belirtilmekteydi³⁹⁸. Ancak yürürlükteki SPK ilişkili kişiler kapsamına sadece gerçek ve tüzel kişileri alarak tüzel kişiliği bulunmayan toplulukları ilişkili kişiler kapsamının dışında tutmuştur³⁹⁹. Oysa KVK ilişkili kişiler tanımı içerisine gerçek kişi ve kurumları almış olduğundan, SPK’nın kapsamadığı çeşitli oluşumları da kapsamaktadır. Buna göre örneğin tüzel kişiliği bulunmayan bir malvarlığı olan “yatırım fonu”(SPK m.52/1) ile tüzel kişiliği bulunmayan iş ortaklıkları SPK açısından ilişkili kişi olarak kabul edilmeyecekken, yatırım fonları (KVK m.2/1) ve tüzel kişiliği olmayan iş ortaklıkları(KVK m.2/7) KVK’ya tabi bir kurum sayıldıklarından KVK açısından ilişkili kişi olarak kabul edilecektir⁴⁰⁰. Bu farklılıktan ötürü KVK’nın ilişkili kişi tanımının SPK’ya göre daha geniş bir kapsam belirlediği söylenebilecektir.

İlişkili kişilerin kazanç aktaran tarafına ilişkin diğer bir farklılık KVK’nın 13.maddesinin 2.fıkrası ile bazı akrabaları açıkça ilişkili kişi kapsamına almasına karşın, SPK açısından buna 21.maddenin 1.fıkrasındaki “doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide buldukları” ifadesindeki “dolaylı” ilişki kapsamında dahi yer

³⁹⁷ Derelioğlu, s.15.

³⁹⁸ Tekinalp, s. 75.

³⁹⁹ Kaya, s.198.

⁴⁰⁰ Öncel/Çağan/Kumrulu, s.332 ve 334.

verilmemesinden doğmaktadır. KVK’da belirtilen akrabaların ilişkili kişi sayılabilmesi için sadece akrabalık ilişkisinin mevcudiyeti yeterlidir. Oysa SPK açısından dolayı ilişkide dahi sermaye, yönetim veya denetim yönünden bir bağlantının üzerinden bir sermaye, yönetim veya denetim ilişkisinin mevcut olması gerekmektedir. Oysa akrabalık ilişkisi tek başına bunu sağlayabilen bir husus değildir. Aynı şekilde SPK m.21/2 açısından kabul edilen “nüfuzu altında bulundurma” halinde de bir ekonomik ilişkinin varlığı arandığından, salt akrabalık ilişkisine bu tür ilişkiler içerisinde de yer verilmesi olanaklı değildir.

KVK’nın ilişkili kişiler tanımını SPK’dan daha geniş kılan son husus ise KVK’nın 13.maddesinin 2.fıkrasında yer alan “nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar” ifadesinden doğmaktadır. SPK’nın 21.maddesinin 1.fıkrasında ilişkili kişiler için “yönetim, denetim veya sermaye bakımından” bir ilişki aranırken, KVK “nüfuzu altında bulundurma” şeklinde bir başka ilişki türünü daha kapsamına almıştır. SPK’nın 21.maddesinin 2.fıkrasında pasif davranışla gerçekleştirilen örtülü kazanç aktarımları için sermaye, denetim veya yönetim unsurları gibi ilişkiyi sağlayan hususlar belirtilmemiş, sadece “ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişiler” demek suretiyle kapsamı yoruma açık bırakılmıştır. Buradan hareketle SPK’nın 21.maddesinin 2.fıkrası açısından “nüfuzu altında bulundurma” ilişkisinin de ilişkili kişilerin saptanmasında ölçüt olarak kullanılabileceği ifade edilebilecektir. Yine de bunun sadece 2.fıkra için söz konusu olması sebebiyle, KVK’nın ilişkili kişi tanımının bu açıdan da SPK’dan daha geniş bir içerik taşıdığı söylenebilecektir⁴⁰¹.

D- Düzenlemelerin kesişiminin sonuçları

Yukarıdaki değerlendirmelerden anlaşıldığı üzere SPK ve KVK’da yer alan örtülü kazanç aktarımı düzenlemeleri, kapsamaları itibariyle önemli derecede örtüşmektedir. Bu nedenle bir halka açık anonim şirket ve kolektif yatırım kuruluşu ile bunların bağlı ortaklığı veya iştirakleri tarafından gerçekleştirilecek bir işlemin, bir kanun kapsamında örtülü kazanç aktarımı niteliğini taşıması

⁴⁰¹ Derelioğlu s.15.

işlemin çoğu zaman öteki kanun kapsamında da örtülü kazanç aktarımı olarak kabul edilmesine yol açabilecektir. Bu da şirketlerin aynı işlem dolayısıyla hem SPK'nın hem de KVK'nın belirlediği yaptırımlara maruz kalması sonucunu doğuracaktır⁴⁰². Bu durumu aşağıdaki şekilde örneklendirmek mümkündür:

Halka açık bir anonim şirket olan (A) A.Ş. gazete basımı için ihtiyaç duyduğu gazete kağıdı ve baskı malzemesini, bu malzemeleri satan (C) A.Ş.'den doğrudan satın almak yerine (B) Ltd. şirketi aracılığıyla satın alıyor olsun. (B) Ltd. şirketinin pay sahipleri, (A) A.Ş.'nin paylarının yüzde 70'ini elinde bulunduran kişilerden oluşsun. (B) Ltd.'nin satın alma sürecinde aracı olmasının sürece fiili bir katkısı bulunmuyor olsun ve (A) A.Ş. dilerse herhangi ek maliyet doğmaksızın ya da fazladan emek harcanmaksızın doğrudan (C) A.Ş.'den malzemeleri satın alabilir durumda olsun. Sürece aracılık etmesinden dolayı (B) Ltd. malzemeleri kendi aracılık ücretini de dahil ederek hesapladığı bir fiyat üzerinden (A) A.Ş.'ne satıyor olsun.

- 1) Olayın KVK açısından değerlendirilmesi: Olayda (B) Ltd. (A) A.Ş. ile sermaye bakımından doğrudan ilişkili kişi konumundadır ve aralarında bir mal alım ve satım işlemi gerçekleşmektedir. Bu kapsamda (B) Ltd.'nin malzemeleri ilişkili bulunduğu (A) A.Ş.'ne transfer fiyatlandırması yoluyla belirlediği fiyat üzerinden satmakta olduğu söylenebilecektir. Ancak (A) A.Ş.'nin ilişkili bulunduğu (B) Ltd.'ne KVK kapsamında örtülü kazanç aktarımında bulunduğu yönünde bir sonuca varılabilmesi için, (B) Ltd.'nin malzemeler için belirlediği satış fiyatının emsallere uygunluk ilkesi açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Şayet (B) Ltd.'nin belirlediği satış fiyatı emsallerine uygun ise, KVK kapsamında örtülü kazanç aktarımının

⁴⁰² Örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilmesi neticesinde şirketlerin maruz kalacağı düzenlemeler sadece KVK ve SPK'da yer almamaktadır. Bu kapsamda özellikle TTK'nın "hakimiyetin hukuka aykırı kullanılması" başlıklı 202.maddesinin düzenlemeleri örtülü kazanç aktarımı gerçekleştirilmesi durumunda gündeme gelebilecektir. Ancak TTK'nın 330.maddesinin birinci fıkrasında özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında TTK hükümleri uygulanacağı ifade edilmiş ve maddenin gerekçesinde SPK'nın bu özel hükümler arasında olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle SPK'ya tabi anonim şirketlere öncelikle TTK'nın değil SPK'nın hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.(Okutan, s.251). SPK'nın düzenlemesinin dışında kalan hallerde TTK'nın 202.maddesinden pekala faydalanılabilecektir.

gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir. Şayet fiyat emsallere uygunluk ilkesine aykırılık teşkil eden bir bedel ise, bu durumda (A) A.Ş.'den (B) Ltd.'ye örtülü kazanç aktarımı gerçekleşmiş olacaktır.

- 2) Olayın SPK açısından değerlendirilmesi: Olayda (B) Ltd. (A) A.Ş. ile sermaye bakımından doğrudan ilişkili kişi konumunda olup, aralarında bir mal alım ve satım işlemi gerçekleşmektedir. KVK açısından olayın takdiri fiyatın emsallere uygunluk ilkesi açısından değerlendirilmesi noktasında düşünülmese de, SPK kapsamında örtülü kazanç aktarımı fiyat ne olursa olsun gerçekleşmiş sayılacaktır. Zira malzemeler doğrudan (C) A.Ş.'nden alınabilecek iken sürece fiili hiç bir katkısı bulunmayan (B) Ltd.'nin aracı kılınmasının piyasa teamülleri ilkeleri ve ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine uymuyor olması işlemin örtülü kazanç aktarımı sayılması için başlı başına yeterli sebeplerdir⁴⁰³. Bu nedenle (B) Ltd. malzemeleri emsallerine uygun bir fiyat ile satıyor olsa dahi sonuç değişmeyecektir. Ancak işlem için belirlenen fiyat emsallerine uygunluk ilkesine de aykırı olur ise KVK açısından da koşullar gerçekleşmiş olacak ve bu durumda aynı işlem neticesinde hem KVK hem de SPK kapsamında örtülü kazanç aktarımı yaptırımları uygulanabilecektir.

Örtülü kazanç aktarımının hem SPK hem KVK'yı ilgilendiren bir konu olması kuşkusuz ilginç bir piyasa denkleminin oluşumunu da beraberinde getirmektedir. Örtülü kazanç aktarımı faaliyeti kazancı aktaran şirketin karını ve kurumlar vergisinin safi kazanç üzerinden alınması nedeniyle ödeyeceği vergi miktarını azalmaktayken, kendisine kazanç aktarılan tarafın karını ve dolayısıyla da ödeyeceği vergi miktarını artırmaktadır. Bu durum aslında örtülü kazanç aktarımının bir ölçüde kendiliğinden denetlenmesine yol açmaktadır. Örtülü kazanç aktarımı kazancın “toptan” değil devamlılık arz edecek şekilde “ufak ufak” aktarıldığı bir faaliyet olduğundan, faaliyetin tarafları, kazanç aktarımının “örtülülük” niteliğini kaybetmemesi için aktarımın bir tarafın mutlak karına

⁴⁰³ Yargıtay 7. CD E.2011/12736 K.2012/8459 T.17/04/2012.

ötekinin de mutlak zararına sonuç açacak boyutta olmasını istemeyeceklerdir. Ancak kişilerin kar ile vergi ilişkisini doğru hesaplayamadığı durumlarda bu faaliyetin bir “kara daha az kar” ilişkisinden çıkarak “benim karım senin mutlak zararın” ilişkisine dönüşmesi mümkündür⁴⁰⁴. Yine örtülü kazanç aktarımının iki kanunda da düzenlenmiş olması, bu faaliyeti gerçekleştirecek kişilerin “bir kanundan kaçsa da ötekine yakalanma” riski olması nedeniyle örtülü aktarımlar yapma güdülerini bastırabilecektir. Bu noktalar örtülü olarak kazanç aktarmak isteyen tarafları tekrarlarca “hesap ve kitaba” sevk edici bir etki göstererek, faaliyeti az da olsa sınırlandırabilecektir.

IX. Sonuç

Halka açık anonim şirketlerin sayısının her geçen gün artıyor olması, ekonomik kamu düzenini sağlayan araçlardan biri olan örtülü kazanç aktarımı düzenlemelerini hukuk düzeni için vazgeçilmez bir niteliğe büründürmektedir. Örtülü kazanç aktarımının kişilere gerek şirketler üzerinden doğrudan, gerekse devletin vergi gelirlerinin azalmasının yarattığı toplumsal aksaklıklar üzerinden dolaylı olarak verdiği zararlar, düzenlemelerin ne denli önemli değerleri koruduğunu ortaya koymaktadır. Ayrıca düzenleme yatırımcıları koruyucu bir tedbir olarak işlev gösterdiğinden, mevcudiyeti kişileri sermaye piyasasında işlem yapmaya teşvik etmekte, dolayısıyla bu piyasanın ve genel olarak ekonominin gelişimine katkı sağlamaktadır.

SPK ve KVK’da yer alan örtülü kazanç aktarımı düzenlemelerinin iki sebepten ötürü birbirinden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Bu sebeplerden ilkini düzenlemelerin yorumlanma aşamasında birbirlerinden faydalanması gerekliliği oluşturmaktayken, ikincisini düzenlemelerin kapsamlarının örtüşmesi oluşturmaktadır.

Örtülü kazanç aktarımı sermaye piyasası hukukuna vergi hukukundan geçiş yaptığından, sermaye piyasası hukuku alanında nispeten yeni bir düzenlemedir.

⁴⁰⁴ Bulutoğlu, Borsalar, s.162.

Konu vergi hukuku kapsamında 1949 yılından beri incelemekteyken, sermaye piyasası hukuku kapsamında ancak 1981 yılından beri incelenmektedir. Bu nedenle gerek mahkemelerin gerekse öğretinin sermaye piyasası hukuku alandaki örtülü kazanç aktarımına ilişkin incelemeleri yetersizdir. Üstelik vergi hukukuna ilişkin yayımlanan oldukça kapsamlı ikincil mevzuatın bulunmasına rağmen, sermaye piyasası hukuku alanında konuya ilişkin yayımlanan herhangi bir ikincil mevzuat da bulunmamaktadır. Sermaye Piyasası Kurulu'nun bu konuya ilişkin ikincil mevzuatı oluşturması, hukuki güvenliğin ve belirliliğin sağlanması adına önemlidir. İkincil mevzuat oluşturulana kadar vergi hukuku kapsamında yapılan değerlendirmeler, sermaye piyasası hukukundaki düzenlemenin yorumlanması açısından büyük önem taşımayı sürdürecektir.

Bu noktada SPK'ya yönelik bir eleştiri ve önerinin ifade edilmesi faydalı olacaktır. SPK'nın Türkçe metninde 21.maddenin başlığının “Örtülü Kazanç Aktarımı Yasağı” olmasına rağmen, aynı başlık SPK'nın İngilizce metninde Türkçe'de “Yasadışı Transfer Fiyatlandırması Faaliyetlerinin Yasaklanması” anlamına gelen “Prohibition of Illegal Transfer Pricing Activities” ifadesi olarak yer almaktadır. Oysa bu çalışmada ortaya konulduğu üzere, SPK kapsamında örtülü kazanç aktarımı sadece transfer fiyatlandırması yoluyla gerçekleştirilen işlemleri ifade etmemektedir. Bu farklılık muhtemelen SPK'nın uygulayıcılarının kavramı vergi hukuku üzerinden değerlendiriliyor olmalarından kaynaklanmaktadır. SPK'nın İngilizce metninde yer alan 21.maddenin başlığının Türkçe'de “Örtülü Kazanç Dağıtım Yasağı” anlamına gelen “Prohibition of Concealed Distribution of Capital” olarak değiştirilmesi ve bu şekilde metinler arasında yeknesaklık sağlanarak yanlış anlaşılmaların ortadan kaldırılması gereklidir⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Kanunun İngilizce metninin Türkçe metin ile yeknesaklık sağlaması iki açıdan önemlidir. Bunlardan ilki 03/10/2005 tarihli “Türkiye İçin Müzakere Çerçevesi Belgesi”nden doğan Avrupa Birliği üyelik süreci kapsamında gerek Avrupa Birliği mevzuatının Türkçe'ye çevrilmesi gerekse Avrupa Birliği mevzuatına uyum sağlandığının ortaya konabilmesi için Türkçe mevzuatın bir Avrupa diline çevrilmesi gerekliliğinden çıkmaktadır(<http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=44332&l=1>, ET: 10/02/2015). Bu kapsamda



Avrupa Birliği üyelik yükümlölükleri sebebiyle çevirilerin kanunların orijinal metne uygunluk taşıması önemli ve gereklidir. Metinler arasında yeknesaklık sağlanması diğer önemi ise sermaye piyasasının doğası gereği yabancı yatırımcılar ile olan ilişkisinden çıkmaktadır. 2014 yılına ait verilere göre, Borsa İstanbul'un toplam piyasa değerinin yüzde 64'ü yabancı yatırımcıların elinde bulunmakta, bu yatırımcıların çoğunluğunu da Amerika Birleşik Devletleri ve İngiltere'de mukim kişiler oluşturmaktadır (<http://www.fortuneturkey.com/borsaya-2014te-net-yabanci-girisi-23-milyar-dolar-oldu-6609>, ET:12/02/2015). 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu'nun(R.G. T:17/06/2003 S: 25141) 1.maddesinden anlaşıldığı üzere, Türkiye'de yabancı yatırımların teşvik edilmesi ve yabancı yatırımcıların haklarının korunması önemsenmektedir. Yabancı yatırımcıların teşvik edilmesi ve haklarının korunmasının sağlanması için öncelikle bu kişilerin hukuki düzenleme ve güvencelerden doğru şekilde haberdar olabilmelerinin sağlanması gerekmektedir. O halde mevzuatın yabancı bir dile, yatırımcıların uyrukları sebebiyle özellikle İngilizceye, doğru şekilde çevrilmesi önemlidir. Çevirilerin orijinal metin ile uyumlu olmaması halinde yatırımcıların hukuki düzenleme ve güvenceleri doğru şekilde yorumlamasının mümkün olmayacağı zahtan varestedir.