

Dr. Öğr. Üyesi Ece Deniz GÜNAY
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

**Sermaye Piyasası Hukuku'nda
ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI
ve
Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi**

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ.....	IX
SUNUŞ.....	XI
ÖNSÖZ	XIII
İÇİNDEKİLER.....	XVII
KISALTMALAR.....	XXV
PRÉFACE	XXVII
PREFACE	XXXI
GİRİŞ.....	1
I. KONUNUN TANITIMI	1
II. İNCELEME PLANI.....	3

Birinci Bölüm **SERMAYE PİYASASI HUKUKU** **YÖNÜNDEN**

I. SERMAYE PİYASASI KANUNU MADDE 21 HÜKMÜ ve RATIO LEGIS'İ.....	5
--------------------------------------------------------------------	---

II.	ETKİN İŞLEM TEORİSİ İŞİĞİNDA İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ- OLUMLU İŞLEVLERİ	6
III.	ÇIKAR ÇATIŞMASI TEORİSİ - ZARARLI İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ.....	8
IV.	KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İLİŞKİLİ TARAF İŞLEMLERİ	10
	A. Avrupa Birliği Hukukunda	10
	B. İsviçre Hukukunda.....	14
	C. İtalyan Hukukunda	15
	D. Fransız Hukukunda.....	16
	E. Alman Hukukunda.....	17
	F. İngiliz Hukukunda	19
V.	SERMAYE PİYASASI KANUNU MADDE 21'DE KORUMA KAPSAMINA ALINAN SÜJELER.....	21
	A. Halka Açık Anonim Ortaklıklar	21
	B. Kolektif Yatırım Kuruluşları	21
VI.	SERMAYE PİYASASI KANUNU MADDE 21 HÜKMÜNÜN UYGULANMA ŞARTLARI	34
	A. İlişkili Taraf Kavramı ve Ölçütleri.....	34
	B. Yönetim-Denetim-Sermaye Bakımından Bağlılık	42
	C. Emsallere Uygunluk	45
	1. Karşılaştırılabilirlik Analizi	47
	a. Mal ve Hizmetlerin Özellikleri.....	47
	b. İşlevsel Analiz	48
	c. Sözleşme Hükümleri.....	49
	d. Ekonomik Koşullar.....	50
	e. İşletme stratejileri	51
	f. Lokasyon Avantajı.....	51
	g. Yerel Piyasa Özellikleri.....	53
	h. Tecrübeli İş Gücü.....	53
	i. Grup Sinerjileri.....	54

2. İç Emsal- Dış Emsal.....	55
3. Emsallere Uygunluk İlkesinin Katı Olarak Uygulanmasının Gerekip Gerekmediği Sorunu	58
4. Sözleşme Özgürlüğü Karşısında Emsallere Uygun Sözleşme Yapılması Gereği	61
5. Emsallere Uygun Sözleşme Yapılması Gereğinin İş Adamı Kararı İlkesi Çerçevesinde Değerlendirilmesi	62
D. Ticari Hayatın Basiret ve Dürüstlük İlkeleri	66
VII. ESKİ SERMAYE PİYASASI KANUNU MADDE 15 İLE SERMAYE PİYASASI KANUNU MADDE 21'İN KARŞILAŞTIRILMASI.....	69
VIII. SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMINI ÖNLEYİCİ MEKANİZMALAR/ PRE-FACTO	76
A. Özel Karar Alma Süreçleri Gerektiren Hallere İlişkin Düzenlemelerin Önleyici Etkileri.....	77
B. Kamuyu Aydınlatma İlkesinin, Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı'nın ve Kurumsal Yönetim İlkelerinin Örtülü Kazanç Aktarımını Önleyici Niteliği.....	83
C. Özel Denetimin ve Bağımsız Denetimin Örtülü Kazanç Aktarımındaki Önleyici Etkisi.....	91
IX. UYGULAMADA SIKÇA KARŞILAŞILAN ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YÖNTEMLERİ	97
X. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI OLUŞTURAN İŞLEMLER KARŞISINDA SERMAYE PİYASASI KURULU'NUN YETKİLERİ.....	110
A. Sermaye Piyasası Kurulu'nun Dava Açma Yetkisine Sahip Olduğu Haller	112
1. Sermayenin veya Mal varlığının Azalması veya Kaybı	112
2. Kanun'a ve Sermaye Piyasası Hükümlerine Aykırılık	115
3. Esas Sözleşmeye Aykırılık.....	117
4. İşletme Amaç ve Konusuna Aykırılık.....	118
B. Kurul Tarafından Açılacak Davalar	120

1. Hukuka Aykırılığın Tespiti Davası Bakımından Değerlendirme	120
2. İptal-Butlan-Yokluk Davaları Bakımından Değerlendirme	122
C. Kurul'un Diğer İdari Yetkileri	128

İkinci Bölüm

KAPALI ANONİM ORTAKLIKLAR HUKUKU YÖNÜNDEN

I. SERMAYENİN/ MAL VARLIĞININ KORUNMASI İLKESİ	131
A. Sermayenin İadesi Yasağı ve Pay Sahiplerine Örtülü Dağıtım Yapma Yasağı	132
B. Sermayenin İadesi Yasağı ve Nakit Havuzu (Cash Pooling) Uygulaması	134
C. Pay sahipleri ile Şirket arasında Gerçekleştirilen İlişkili Taraflar İşlemlerindeki Subjektif ve Objektif Yaklaşımların Sermayenin İadesi Yasağı Bağlamında Değerlendirilmesi	136
1. Subjektif Yaklaşım	136
2. Objektif Yaklaşım	140
3. Kişisel Görüşümüz	140
D. Sınırlı Sorumluluk İlkesi ve Sermayenin İadesi Yasağı İlişkisi	142
E. Eşit İşlem İlkesi ve Sermayenin İadesi Yasağı İlişkisi.....	142
II. KURUMSAL YÖNETİM İLKELERİ ve YÖNETİCİLERİN MALİ HAKLARI	144
A. Pay Sahiplerinin Bilgi Alma Hakkı Kapsamında Yöneticilerin Mali Hakları	146
B. Bağımsız Yönetim Kurulu Üyesi- Ücret Komitesi	148
C. Yöneticilerin Mali Haklarının Mahremiyet ve Şeffaflık Bakımından Değerlendirilmesi	150
D. Değerlendirmemiz	151

III. İSVİÇRE BORÇLAR KANUNU MADDE 678 ve TÜRK TİCARET KANUNU MADDE 512'nin KARŞILAŞTIRILMASI	152
IV. VERGİ HUKUKUNDA KULLANILAN DAĞITILMIŞ KÂR PAYI SAYILMA (ÖRTÜLÜ KÂR DAĞITIMI) KAVRAMININ TÜRK TİCARET KANUNU BAKIMINDAN İSABETLİ OLUP OLMADIĞI MESELESİ....	156
V. HAKSIZ ve KÖTÜ NİYETLE ALINAN KÂR PAYININ GERİ ALINMASININ (TTK 512), KURUMLAR VERGİSİ KANUNU MADDE 13 (ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI) EKSENİNDE UYGULANMASI MESELESİ	160
A. Pay Sahipleri Bakımından Değerlendirme	160
B. Yönetim Kurulu Üyelerinin Kazanç Payları Bakımından Değerlendirme.....	163
1. Türk Ticaret Kanunu madde 512 Bağlamında Değerlendirme.....	163
2. Türk Ticaret Kanunu madde 445 Bağlamında Değerlendirme	165
VI. YÖNETİCİ ve YÖNETİM KURULU ÜYELERİNİN MALİ HAKLARI ve ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI.....	166
VII. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI OLARAK NİTELENDİRİLEN İŞLEMİN GERÇEKLEŞTİRİLMESİ HALİNDE TÜRK TİCARET KANUNUNA GÖRE UYGULANACAK -POST-FACTO-YAPTIRIMLAR.....	171
A. Yönetici ve Yönetim Kurulu Üyelerinin Sorumluluğu.....	171
B. İlgili Yönetim Kurulu Kararı-Genel Kurul Kararının Geçersizliğinin Tespitinin Dava Edilmesi.....	173
C. Örtülü Kazanç Aktarımı Oluşturan İşlemi Yapan Hâkim Ortağın Sorumluluğu	174
VIII. ŞİRKETLER TOPLULUĞU BAKIMINDAN	180
A. TTK madde 202/1 ile SerPK madde 21'in Birlikte Değerlendirilmesi	181
B. Şirketler Topluluğunda Örtülü Kazanç Aktarımı İşlemleri ...	186

1. Bağlı Ortaklığın Halka Açık Olması Durumunda.....	186
2. İştirak ve Bağlı Ortaklıklar.....	187
3. Cash Pooling (Nakit Havuzu) Uygulaması	191
C. Şirketler Topluluğu Hükümleri Çerçevesinde Doğabilecek Sorumluluk.....	193
IX. TÜRK TİCARET KANUNUNDA POZİTİF HÜKÜM BULUNMAMASI ve SERMAYE PİYASASI KANUNU MADDE 21'İN KIIYASEN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI MESELESİ.....	207

Üçüncü Bölüm

BORÇLAR HUKUKU YÖNÜNDEN

I. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI İŞLEMİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ- İŞLEMİN MUVAZAA TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU	209
II. YANILMA (HATA) İLE ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YAPILIP YAPILAMAYACAĞI SORUNU.....	221
III. ALDATMA (HİLE) YAPILMASI SURETİYLE ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YAPILIP YAPILAMAYACAĞI SORUNU	223
IV. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI İŞLEMİNİN AŞIRI YARARLANMA (GABİN) TEŞKİL EDİP ETMEDİĞİ SORUNU	226
1. Türk Hukuku'nda Gabin	226
2. İsviçre Hukuku'nda Gabin.....	227
3. Örtülü Kazanç Aktarımı İşlemlerinin Gabin Teşkil Edip Etmeyeceğine Yönelik Değerlendirmemiz	229
V. ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI YASAĞI OLUŞTURAN İŞLEMLERE (TTK MADDE 1530/I)'İN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU	232

VI. İSVİÇRE ve TÜRK HUKUK SİSTEMLERİNDE ÖRTÜLÜ KAZANÇ AKTARIMI SONUCUNDA İADE TALEP EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ MESELESİ.....	234
VII. ÖRTÜLÜ KAZANÇ. AKTARIMI İŞLEMİ SONUCUNDA YAPILACAK OLAN İADENİN HUKUKİ DAYANAĞI	239
A. Sebepsiz Zenginleşme Bakımından İnceleme	239
B. Uyarlama Bakımından İnceleme	250

Dördüncü Bölüm

VERGİ HUKUKU YÖNÜNDEN

I. TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI BAĞLAMINDA GÜNDEME GELEN KAVRAMLAR	255
A. Transfer Fiyatlandırması.....	255
B. Transfer Fiyatlandırması Manipülasyonları	256
C. Gelirin Yer Değiştirmesi- Kârın Yer Değiştirmesi (Income Shifting- Profit Shifting- Profit Parking).....	257
D. Transfer Fiyatlandırması Kavramı ile Vergi Kaçırma, Vergiden Kaçınma Kavramları Arasındaki İlişki.....	258
II. TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI.....	260
A. Objektif unsurlar:	262
1. İlişkili Kişi	262
a. Kurumların Kendi Ortakları.....	263
b. Kurumların veya Ortaklarının İlgili Bulunduğu Gerçek Kişi veya Kurum	265
aa. Ortağa izafe meselesi	266
bb. Ortağa İzafe Meselesi ile Bağlantılı Özel Bir Durum: Pay Üzerinde İntifa Hakkı Sahibinin Durumu.....	269
c. Kurumun veya Ortaklarının İdaresi, Denetimi veya Sermayesi Bakımından Doğrudan ya da	

Dolaylı Olarak Bağlı Bulunduğu ya da Nüfuzu Altında Bulundurduğu Gerçek Kişi veya Kurumlar...	271
aa. İdare Bakımından İlişki.....	271
bb. Denetim Bakımından İlişki.....	272
cc. Sermaye Bakımından İlişki	272
dd. Bağlı Bulunmak	273
ee. Nüfuzu Altında Bulundurmak.....	273
d. Bakanlar Kurulu'nca İlan Edilen Ülkelerde veya Bölgelerdeki Kişiler	274
2. Mal- Hizmet Alım-Satımı.....	274
a. Alım-Satım İşlemleri.....	275
b. İmalat ve İnşaat İşlemleri.....	275
c. Kiralama ve Kiraya Verme İşleri.....	275
d. Kullanım Ödücü Sözleşmesi	276
e. Ödünç Para Alıp-Verme İşlemleri.....	279
f. İkramiye-Ücret- ve Benzeri Ödemeler.....	279
3. İlişkili kişiye bir menfaatin/çıkarın sağlanmış olması.....	279
4. Emsallere Uygunluk İlkesine Aykırılık	281
5. Hazine Zararı.....	281
B. Sübjektif Unsur:	284
C. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımına Bağlanan Sonuç Olarak Dağıtılmış Kâr Payı Sayılma (Örtülü Kâr Dağıtımı) Kavramı.....	286
D. Transfer Fiyatlandırmasında Belgelendirme Yükümlülükleri	288
III. TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI ve ÖRTÜLÜ SERMAYE İLİŞKİSİ.....	290
IV. VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN YAPILACAK TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI TESPİTİNİN MADDİ HUKUKA ETKİSİ.....	293
SONUÇ	295
KAYNAKÇA	301