U.F 14 Ek 5

Bu not aşağıdaki makaleden bazı bölümleri içermektedir. Bölümler içindekilerde **bold** olarak işaretlenmiş kısımları kapsamaktadır.

**ŞİRKETLER TOPLULUĞUNDA BAZI KURUMSAL YÖNETİM SORUNLARI (SOME CORPORATE GOVERNANCE PROBLEMS OF CORPORATE GROUPS)**

**Banka ve Finans Hukuku Dergisi, Cilt 4, Sayı 16, 2015, ss. 23-79**

Ali İhsan Karacan

**İÇİNDEKİLER**

**I- Giriş**

II- Şirketler Topluluğunun Bazı Özellikleri

a) Şirketler Topluluğunun Politikaya ve Politikacıya Karşı Olan Bağımlılığının Yüksekliği

b) Şirketlerin Yaşam Tarihlerinin Kısalığı

c) Şirketlerin yada Şirketler Grubunun Küresel Konumlanması ve Küresel Marka Yaratma

**d) Şirketler Hiyerarşik Organizasyonlardır**

**e) Şirketler Topluluğu Bir Risk/Getiri Aktarım ve Paylaşım Havuzudur**

III- Şirketler Topluluğunun Bazı Temel Konuları

a) Kamuyu Aydınlatma Yöntemi Olarak Bildirim, Tescil ve İlanda Bulunma

i) Kapsam

ii) Bildirim Yapılması ve Bildirimi Yapacak Olanlar

iii) Yaptırım

iv) TTK Bildirim Kuralları Yeterlimidir?

**b) Finansal Yönetim Açısından Bazı Konular**

**i) Raporlama Standartları**

**ii) Fon Yönetimi**

**ii) Vergi Yönetimi**

**c) Kayıp Verdirme ve Kayıpların Denkleştirilmesi**

**d) İlişkili Taraf İşlemleri ve Örtülü Kazanç Aktarımı**

**i) Giriş**

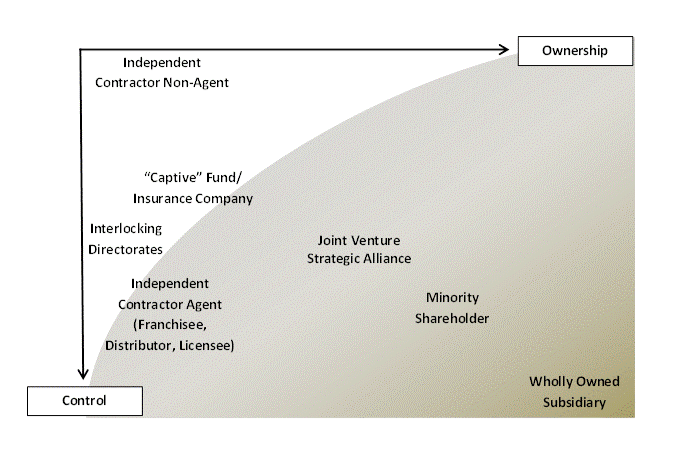
**ii) Sermaye Piyasası Hukuku ve Örtülü Kazanç Aktarımı**

**I- Giriş**

Şirket grubu, tek bir ekonomik yönetim altında iki veya daha fazla tabi kuruluştan oluşan bir ekonomik oluşumdur (***Cahn-Donald, 2010, Ch.23; Ho, 2012; Wieser, 2102***).

Şirketler topluluğu, bir hakim şirketin sahiplikten yada ona kontrol olanağı veren bir ilişkiden kaynaklanan güç ile onun başka şirketler üzerinde yönetim hakimiyeti kurması ile oluşan bir ağdır. Bu nedenle bir şirketler grubunu sınırlayan etken sahiplik ve/veya kontrol gücüdür. Bunu şematik olarak şu şekilde göstermek olasıdır (***Ho, 2012***).

Şekilde gri ile taralı alan sahiplik ve/veya kontrol gücü ile üzerinde hakimiyet kurulan şirketleri ve kurumları göstermektedir. Sağ alt köşeye doğru gidildikçe gri koyulaşmakta ve bu da hakimiyetin yoğunlaştığını ifade etmektedir. Şekilin sağ al köşesine gidildikçe şirketler topluluğunun yada şirket grubunun gruba dahil olan şirket üzerinde hem sahiplik oranı yükselir hem de kontrol gücü artar. Sağ alt köşenin uç noktası yada kesişme noktasında sermayesinin tamamına olunan grup şirketi yer alır.



Finansal tarihte batışı bir milat olarak nitelenebilecek olan Enron 2000 yılında 10-K formunda 2500 yavru şirketi olduğunu beyan etmişti ***(Cahn-Donald, 2010; Wieser, 2012).*** Enron yavru şirketler kurma yoluyla aşırı, kontrolüz risk almanın bir örneği olarak tarihe geçti. Enron’un batışı başta finansal tablolar, muhasebe ilkeleri ve standartları, muhasebe denetimi, denetim firmalarının denetimi, kurumsal yönetim konuları olmak üzere bir çok olgu için milat oldu.

Birleşik Krallık’da bankalar dışında en yüksek ciro sahip olan 100 şirketin herbirinin 2 ile 858 arasında değişen iştiraki vardır. En büyük 50 şirketin ortalama 230 yavru şirketi vardır. Büyük BK şirketlerinin hemen hepsi şirketler topluluğu olarak organize olmuşlardır (Wieser, 2012). 1986 da Almanya’da 511 şirketler topluluğu vardır. Bu gruplardaki şirketler Almanyadaki AG şeklindeki şirketlerin % 33,53’ünü oluşturmaktadır. Her gurubun ortalama 19 şirketi vardır***. (Wieser, 2012).***

Finansal sektör de bu resimden farklı durumda değildir. Yakın tarihlerde yapılan bir çalışmaya göre, düzenleyici otoriteler tarafından “büyük ve kompleks” olarak nitelenen uluslararası finansal konglomerat guruplardan herbirisinin çoğunluk payına sahip oldukları yüzlerce şirketleri vardır. Bunlardan en büyük sekizinin ise herbirinin yavru şirket sayısı 1.000’in üzerindedir ***(Ferran-Ho, 2015, s.21).***

Bundan 41 yıl önce bir dergide yayınlanmış olan bir çalışma (***İlke 1, İlke 1a***) Türkiye’de sermayenin yapısını ele alıyordu. Çalışma iştirakler yoluyla oluşturulmuş olan, bugün şirketler toplululuğu olarak isimlendirdiğimiz grupları ele alıyor ve bu gruplara ilişkin olarak kendi ideolojik perspektifinden açıklama ve çözümlemeler yapıyordu. Çalışmada o günlerdeki Türk ekonomisinin büyük gurupları ele alınmıştı.

Çalışmanın “Holdingler” ile ilgili bölümünde o günlerin 4 en büyük şirketler topluluğuna yer veriliyor idi. Bunlar Koç, Sabancı, Yaşar ve Transtürk grupları idi. Bunlardan ilk ikisi hala ülkemizin en büyük şirketler toplulukları olmayı sürdürüyorlar. Yaşar grubu 2001 krizinin ardından Bankası nedeniyle zor günler yaşadı ve küçüldü. Transtürk ise 1984 banka ve banker krizinin ardından deyim yerinde ise dağıldı.

Sabancı Grubunun (SG) hakim şirketi konumunda HAO olup BIST’de işlem gören Hacı Ömer Sabancı Holding’in (HÖSH) 2104 Yılı Faaliyet Raporu’na baktığımızda şirketin konsolide finasal tablolarında 12 bağlı ortaklık, ile özkaynak yöntemiyle konsolide edilmiş 5 iş ortaklığı ve 2 iştirak olmak üzere 19 şirketin olduğunu görüyoruz. Bu 19 şirketin de bir çoğu kendi başlarına şirketler grubu oluşturup alt yada ara hakim ortak konumundalar. Bunlardan bazılarının kendi faaliyet raporlarına bakıldğında yukarıdaki 19 şirket şirket arasında olmayan şirketlerden oluşan bir portföyleri olduğunu görüyoruz. Örneğin Akbank’ın portföyünde sermayelerinin tamamına sahip olduğu 5 finansal şirket bulunuyor. Bunların ikisi yurtdışında kurulu. Yine SG’nun sermayesinin % 50 den fazlasını kontrol ettiği Çimsa’nın 10 tane yavru şirketi var ve bunların 7 sinin sermayesinin tamamına sahip. Bir başka şirketin Akçansa’nın ise 6 tane şirket var.

Bu çalışmanın ***(İlke 1 ve 1a)*** “bankalar” ile ilgili bölümünde ise T.İş Bankası, Akbank, Yapı ve Kredi Bankası, Türkiye Sınai Kalkınma Bankası, Sınai Yatırım ve Kredi Bankası, Uluslararası Endüstri ve Ticaret Bankası ele alınmıştı.

Yine o tarihlerde yapılan bir başka çalışmada ise, bankacılıkta iştirak portföyü ile grup oluşturma uygulması ele alınıp incelenmişti (***Ocakçıoğlu-Karacan, 1977***). 1974 yıl sonu verileri ile bu incelemede kendi başına bir grup oluşturan T.İş Bankası’nın iştirakler portföyüne sermaye ve kredi şeklinde tahis ettiği kaynaklar bilanço toplamının % 14’ünü oluştururuyor ve iştirakler portföyünde 67 şirket bulunuyordu. Sabancı grubunuda yer alan Akbank’ın iştirakler portföyünde 41 şirket var idi ve bunların 18’inde sermayedeki doğrudan payı % 25 ve üzerinde idi. Şirketlerin çoğunluğu Sabancı Grubunda yer alan şirketlerdi. Banka 1974 sonu itibariyle iştiraklerine sermaye ve kredi şeklinde tahsis ettiği kaynaklar bilançonun % 13’ünü oluşturuyordu. O tarihlerde herhangi bir sermaye grubunun hakim ortak konumunda olmadığı Yapı ve Kredi Bankası ise portföyü ise 30 şirketten oluşuyordu. Bu bankanın portföyünde yer alan ve % 99,99’una sahip olduğu bir Holding şirketin portföyünde ise 17 şirket yer almakta idi.

Bu çalışmada yer alan 13 bankanın verileri incelendiğinde ister özel ister kamu mülkiyetinde olsunlar ticari bankaların hepsinin iştirakler portföyleri ile birer şirketler topluluğu oluşturduklar ve bunlara önemli ölçüde kaynak yatırdıkları görülmektedir. Özel kesimde T.İş Bankası ve Akbank; kamuda da Sümerbenk ve Etibank bu açıdan belirgin bir konumdadır. Ancak daha çarpıcı olan bir durum var. Bu 13 bankanın içerisinde yer alan 3 özel (İstanbul, Türk Ticaret, Osmanlı) ve 4 kamu Bankası (Sümerbank, Etibank, Emlak Kredi, Denizcilik) olmak üzere 7’si artık bankacılık sisteminde yer almıyorlar. Özel kesim bankacılığı tarihsel olarak Holding bankacılığı yapısında olan bir bankacılık sistemi idi. Ancaki, 2001 Krizinin ardından ülkemizde bankalar artık sermaye olarak bir Holding grup içinde yer alsa bile Holding Bankacılığı döneminin sona ermiş olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır.

Görüldüğü gibi ülkemizde şirketlerin bir şirketler gurubu olarak hem varlığı hem de ele alınıp incelenmeleri oldukça eskidir.

Yakın bir çalışma (***Ararat et.al, 2014***) 18 büyük şirketler topluluğunun ve bunların halka açık şirketlerinin 2006-2012 arasındaki kurumsal yönetim uygulamalarını incelemektedir. Burada Koç Grubu (12 şirket), Sabancı Grubu (10 şirket), T.İş Bankası (9 şirket), Oyak ve Yaşar Grupları (8 er şirket), Doğan ve İhlas Grupları (6 şar şirket), Eczacıbaşı (5 şirket), Anadolu ve Akkök Grupları (4 er şirket), Doğuş, Enka, Yıldız ve Zorlu Grupları (3 er şirket), Akfen, Alarko, Borusan, Çukurova Grupları (2 şer şirket) yer alıyor.

Çok sayıda şirketin bir şirketler topluluğu içerisinde yer alması ve bu şirketlerin ortak bir hedef ve uyum içerisinde yönetilebilmesi için o ülkedeki ekonominin piyasa ekonomisi açısından belirli bir olgunluğa ulaşması, ekonominin büyümesi, şirketler kesiminin gelişmesi, şirketlerin büyümesi ve profesyonel yönetim kadrolarına olan gereksinimin ortaya çıkmasına bağlıdır. Bu açıdan baktığımızda ülkemiz özel kesimi için bu koşulların 1950 lerden sonra gelişmeye başladığı ve 1960 yılların sonlarına doğru ise fikir ve uygulama olarak olgunlaştığını görüyoruz. Bu nedenle, 1960 lı yıllardaki bir çok sermaye gurubunun şirketler topluluğu yönetiminde bir aşama olarak “holding” kurmaya başlamaları bir tesadüf değildir.

Diğer yandan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa kadar ticaret ve şirketler hukukumuz bir şirketler topluluğu kavramına bazı istisnalar dışında yabancıdır. Şirketler topluluğu kavramına yakın olarak kullanılan terimlerden birisi TTK m.466’da yer alan ve gayesi esas itibariyle başka işletmelere iştirakten ibaret olan “Holding” şirketleri terimidir.

Ancak, bu alanı düzenleyen özel kuralların olmaması şirketler topluluklarının fiilen var olmalarına bir engel olmamıştır.

Örneğin 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile aynı yıllarda yayınlanmış olan ***1958 tarihli 7129 sayılı Bankalar Kanunu***, kredi açma açısından bir kişiye doğrudan ve dolaylı olarak kredi açılmasını kısıtlarken bir gurup tanımı da yapıyordu. Gerçek kişilerin, yönetim kurulu başkanı, üyesi, genel müdürü, genel müdür yardımcısı, müdürü oldukları veya sermayesinin % 10’undan fazlasına sahip oldukları (ana, baba, karı, koca ve çocukların hisseleri bir tek şahsa ait hisse olarak ad ve itibar olunur) ortaklık ve müessseseler ile menfaat rabıtası ile bağlı bulundukları şahıs şirketlerine kredi açılmasını dolaylı kredi vermek olarak tanımlarken (m.38) bir şirketler topluluğu tanımı da yapmış oluyor idi. Yine aynı yasa, bir bankanın kendi müessese ve iştiraklerinin tümüne açabileceği krediyi kısıtlarken (m.39) bankanın iştirakleriyle birlikte bir şirketler topluluğu oluşturduğu düşüncesine sahipti. Yine banka mensuplarına kredi açılmasını kısıtlayan kuralda (m.41), kanun veya statü nedeniyle bir tüzel kişinin yönetim ve denetiminde bulunan veya sermayesinin % 10’undan fazlasına sahip olan gerçek kişinin tüzel kişiye menfaat rabıtası ile bağlı olacağı öngörülmüştür.

6102 sayılı TTK ile getirilen (m.197) karşılıklı iştirak tanımlaması 7129 sayılı Kanunda yer alıyordu. Buna göre, bankanın doğruda veya dolaylı olarak sermayesinin % 20’sine sahip oldukları iştirakler banka pay senetlerini alamıyor, rehin olarak kabul edip karşılığında avans veremiyorlardı. Kanun bunu sermaye azaltıcı işlem olarak kabul ediyordu (m.48).

Bankalar Kanunu’nun bu hükümleri, kredi açma nedeniyle uygulanacak ksıt ve sınırları belirlese de ülkemiz iş yaşamında şirketler topluluğu fikrinin ve anlayışının doğmasında ve gelişiminde önemli bir etken olmuştur. Çünkü bir bankaya ayrı tüzel kişilik olarak kredi almak için gittiğinizde banka kredi açma kararını vermeden önce sizi kanunda yapılmış bir şirketler gurubu tanımı içine yerleştiriyordu. Artık alabileceğiniz kredinin parasal miktar ve sınırları, kredi değerliliğiniz, kredi açmak için aranacak teminatlar, kredinin fiyatlanması açısında hep bu gurubun içine yerleştirilmenizden kaynaklanan kriterler ile değerlendiriliyor idiniz.

Yine o dönemde yürürlü olan ***5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda*** yer alan iştirak kazancı istisnası uygulaması (m.8), bir şirketler topluluğu fikrine yabancı olsa da bir şirket ile iştirak ettiği şirketler arasında bir bağ kuruyor ve çifte vergilemeyi önlemeyi amaçlıyor idi. Ayrıca, yasada yer alan örtülü sermaye ve örtülü kazanç kuralları bir şirketler topluluğu düşüncesinin paçası idi.

Şirketler topluluğu hukukunda iki temel vekalet (agency) sorunu ortaya çıkmaktadır. Birisi, kontrol eden pay sahibi ile azınlık pay sahipleri arasındadır. Bu daha ziyade, Kıta Avrupası ülkeleri gibi kontrol eden pay sahipliğinin yaygın ve baskın olduğu ülkelerde karşılaşılan bir vekalet sorunudur. Bu ülkelerde kontrol eden pay sahibi ilişkili taraf işlemleri, örtülü kazanç aktarımı, kendi yararına işlem gibi değişik yol ve yöntemlerle güçlerini kötüye kullanabilirler. Şirketler topluluğunda kontrol eden pay sahibinin bu gücü kullanabilme olanakları artabilmektedir. Bu nedenle de şirketler hukuku ve diğer düzenlemeler kontrol eden pay sahibinin bu gücünü kullanmayı sınırlamayı, kontrol etmeyi sağlayacak kurum ve mekanizmalar geliştirerek küçük pay sahiplerini korumaya çalışmaktadırlar.

Pay sahipliğinin yaygın olduğu ABD ve Birleşik Krallık’da ayrıca şirket pay sahipleri ile şirket yöneticileri arasındaki çıkar çatışması vekalet sorunu yada çatışmasının bir başka örneği olarak ortaya çıkmaktadır.

Şirketler gurubunda ikinci önemli vekalet sorunu ise pay sahipleri ile alacaklılar arasındadır. Bu vekalet sorunu çoğunlukla grup şirketleri için getirilmiş özel yasalarla değil de genel olarak getirilmiş olan kurallarla düzenlenmektedir. Şirketler gurubunda şirket alacaklıları bağımsız bir şirkete kıyasla daha farklı riskler ile karşılaşabilirler.

Ülkeler, ister genel ister şirketler grubu için özel olarak yapılmış kurallara dayanmış olsun bu konuda kamuya açıklama, grup muhasebesi, ilişkili taraf işlemleri, azınlık pay sahiplerini etkileyecek kararlarda yöneticiler ve kontrol eden pay sahipleri için temel standartlar aranması gibi kurallar ile vekalet sorunları çözülmeye çalışılmıştır ***(Hopt, 2105***).

Şirketler topluluğu fenomeninin modern şirketler dünyasının çok yaygın, müşterek bir realitesi olduğunu belirten Hopt, şirketler topluluğu konusununu düzenlemede ***üç model yada yaklaşımın*** olduğunu söylüyor (***Hopt, 2015).***

Bunlardan ***birisi, genel şirketler ve/veya özel hukuk ile konunun düzenlenmesidir.*** Bu modelde, şirketler topluluğu hukuku ayrı olarak düzenlenmiş değildir. ABD ve Birleşik Krallık gibi ülkeler bu modeli izlemişleridir. ***Diğeri ise özel bir şirketler topluluğu hukuku ile konun düzenlenmesidir.*** Almanya bu modeli seçmiş ve bir çok ülke (Portekiz, Macaristan,Çek Cumhuriyeti, Slovenya gibi) onu izlemiştir. ***Üçüncüsü ise şirketler topluluğunun bankacılık, rekabet hukuku, vergi hukuku gibi hukuk dalları ile düzenlenmesidir.*** Bu üçüncüsü bir çok ülkede birinci veya ikinci modelle birleştirilerek uygulanmaktadır (***Hopt, 2015***).

Ülkemiz de 6102 sayılı TTK ile bu ikinci modeli izleyerek şirketler topluluğu hukukunu ayrı olarak düzenlemiş gibi görünse de (TTK m.195-209; m.397-406; m.517-518; m.554) TTK yanısıra bir çok yasada sermaye piyasası, bankacılık, muhasebe, vergi ve rekabet hukuklarında da şirketler topluluğunu ilgilendiren hükümler ve kurallar bulunmaktadır. Özellikle SPKn.’nun bazı hükümleri (m.14,15,17,21,22,23,26,27,92,94,110) ile çıkarılan ikincil düzenlemeler bu açıdan önemli olmaktadır. Diğer yandan Bankacılık Kanunu hem banka ortakları açısından (m.3,5,18) hem bankanın kullandıracağı krediler (m.49,50) hem de mali tablolar (m.38) açısından şirketler gurubu kurallarına yer vermişlerdir. Konsolide mali tablolar nedeniyle hem TTK’nun hem hem de SPKn., BnkKn.’nun yollama yaptkları Türkiye Muhasebe Standartları kuralları da grup tanımlamasına ve şirketler topluluğu ile ilgili kurallara sahiptir.

Bu nedenle, ***ülkemizde ikinci modelle kombine edilmiş olan üçüncü modelin tercih edilmiş olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır.***

**d) Şirketler Hiyerarşik Organizasyonlardır**

Şirketler, yapıları itibariyle hiyerarşik organizasyonlardır. Bu tarz yönetimsel yapı şirketlerde olağandır. Şirketler demokratik nitelikli organizasyonlar değildirler. Bu hiyerarşik yapının ikili bir özelliği vardır. Birisi pay sahibi-şirket arasındadır diğeri ise şirket iç yönetimindedir. Bu hiyerarşik örgütlenmenin tepesinde kanunların emredici kuralları ile şirketlerin esas sözleşme hükümlerini dikkate alarak yönetme ve karar alma yetkisine sahip olan pay sahipleri/pay sahibi yer almaktadır. Şirketin sermaye yapısı dikkate alındığında bu bazan tek kontrol eden pay sahibi olabileceği gibi birden fazla pay sahibi de olabilir. Diğer yandan şirketin iç yönetimi de aşağıya doğru bir hiyerarşik örgütlenme tarzındadır. En tepede yönetim kurulundan başlayarak, genel müdüre ve aşağı kademelere doğru giden bir hiyerarşik yönetim yapısı vardır.

Yeni şirketler topluğuna ilişkin kurallar (TTK m.195-209) çerçevesinde konu ele alınırken, kanunda düzenlenen bağımlılık ve hakimiyet içeren tanımlamanın “şirketlerin bağımsızlığı” ilkesine uygun düşmediği; her şirketin bağımsız bir karekteri ve yönetim organı olmasına karşın şirketler topluluğundaki şirketlerin bağımsızlığı ve buna temel oluşturan yönetimde bağımsızlığın hakim şirketin elinde toplandığı” şeklindeki görüşü (bkz. ***Uygun, 2015 s.7-8***) kuşku ile karşılıyor ve Ticaret hukuçuları arasındaki bu baskın, yaygın görüşe katılmakta güçlük çekiyorum.

Bunun biri hukuksal diğer de hukuksal/fiili nedeni var. Bir de konuyu tek şirket ile şirketler topluluğunda ayrı ayrı düşünmek gerekir.

Anonim şirketlerde yönetim kurulunun bir pay sahibinden veya üçüncü kişilerden talimat almamalarının esas olduğu, şirketin menfaatini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek ve şirketin çıkarlarının yabancı menfaatlerden üstün tutmak ilkesinin TTK’nun tam hakimiyet halinde “hakim şirketin yönetim kurulu bağlı şirketlerin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir (TTK m.203) ilkesi ile kırıldığı ifade edilmektedir (***Tekinalp, 2015, par.23-11).***

Şirketin bağımlılık kavramı göreli bir kavramdır. Tek bir şirketi düşünelim. Bu şirketin hakim bir ortağı yada pay sahibi olsun. Şirket bu pay sahibine karşı bağımsız değildir. Bu pay sahibi, şirketin Genel kuruluna gelip oyunu kullanıp yönetimi seçtikten sonra ertesi yıl yapılacak genel kurula kadar şirkete uğramayıp ancak bu genel kurula tekrar gelip sunulan faaliyet raporuna ve finasal tablolara parmak kaldırıp, ibra kararı verip tekrar evine dönecek bir kişimidir? Şirketlerin bağımsızlığı diyenlerin bir çoğu böyle pay sahiplerine dayalı bir sistem olduğunu varsayıyor yada sanıyorlar. Belki Anglo Sakson şirketler modelinde böyle örnekler var. Orada bile bazı örnekler acaba sorusunu sormamız gerektiriyor. Bir ABD’li girişimci şöyle diyor “ Yönetim kurulunda oy birliğ ararsam aynaya bakarım”. Bunun anlamı, kendisinin dışındaki kişilerin oylarının bir politikacdan aldığımız deyimle “özgül ağırlığı” olmadığıdır.

Ancak kontrol eden ortak, hakim ortak modeline dayalı Kara Avrupası’nda hele de şirket çok büyümemiş ise, şirketler gurubu çok sayıda şirketten oluşmaya başlamış ise hakim ortağın kendisi yada hakim ortak ailesinde yer alan kişiler yönetim kurulunda yer alıyorlar. Şirketin yönetim kurulunda önemli kararların hepsi kontrol eden ortak yada onu temsil eden kişinin tercihi yönünde alınıyor.

Ancak çok sayıda şirketten oluşan büyük şirket guruplarında şirket hiyerarşisi geleneksel şirket hiyerarşisinden farklı biçimde organize edilebilmektedir (Bu konuda ***Ho, 2012***). ***Gunther Teubnner (1990 ve 2011) ve John Scott (1995***) şirketler grubunu hiyerarşiden ziyade çoklu karşılıklı ilşkilere dayanan karar merkezlerinin karekterize ettiği “***çokşirketli ağ – polycorporate network”*** olarak nitelemektedirler. Diğer yandan, çokuluslu firmalarda örgütün tümüne dağılmış olan ve coğrafik konuma dayanan, ürün-bazlı veya fonksiyonel merkezlerin olduğu çoklu bir yapıya, ***“heterarchial”*** yapıya doğru bir eğilimin gözlendiğini de ileriye sürenler vardır (***Mulchinski, 2007).*** Bazı ampirik çalışmalar da bir çok şirket gruplarının tek bir karar merkezi ve kontrol eden ana şirket şeklindeki geleneksel hiyerarşiyi izlemediğini göstermiştir (***Birkenshaw-Morrison, 1995***).

Ülkemizde şirketler grubunun en tepesinde bazan iki tane “Holding A.Ş. ”, “Yatırım A.Ş.” gibi ünvanlar taşıyan bir şirket bulunur. Bu şirketlerden en tepede olanı genelde halka açık değildir. Sermayesi aile fertleri, ailenin kurduğu vakıf ve aile fertlerinin kapalı şirketlerinden oluşur. Örneğin Doğan Şirketler Grubunun Holding A.Ş.’nin sermayesinin % 49,3’ü kapalı bir şirket olan Adilbey Holding’e; % 14,4’ü ise Doğan ailesi fertlerine aittir.

Bazan da en tepedeki Holding halka açıktır. Örneğin Sabancı Holding’in % 57,1’i doğrudan Sabancı ailesine aittir. Bunun sadece % 14,7 si kapalı bir aile şirketi olan Sakıp Sabancı Holding’e ait olup diğerleri aile fertlerine ait paylardır.

Ülkemizde şirket gurupları büyüklükleri, gruptaki bazı şirketlerde yabancı payı olup olmaması, finansal kuruluşa sahip olup olmaması, halka açık ve borsada işlem gören şirketin olması, grubun yönetim felsefesi gibi bir dizi etken çerçevesinde yönetimsel örgütlenme ve hiyerarşik yapılarını kurararlar.

Bu yapıda çoğu kez sektör grupları şeklinde örgütlenme olabilmektedir. Örneğin Sabancı Grubunda grup şirketleri sektörel bir yapılanmaya gitmiş ve “banka”, ”enerji”,” çimento”, ”parakende ve sigorta”, ”sanayii” şeklinde altı gruba ayrılmıştır.

Ülkemizdeki büyük grupların şirketlerine baktığımızda grupta yer alan hemen her şirketin yönetim kurulunda kontrol eden ailenin fertleri yer alıyor ve çoğunlukla da yönetim kurulu başkanlığı görevi onun tarafından üstleniliyor. Bu niteliği ile de kontrol eden ailenin yönetim kurulundaki temsilcisi, bir yerde grubun genel yönetini ve hedefleri çerçevesinde şirketin yönetilmesini, bu konuda bir başka yerden yazılı istek veya talimat gelmeden gerekli yöenetimsel kararların alınmasını sağlıyor.

**e) Şirketler Topluluğu Bir Risk/Getiri Aktarım ve Paylaşım Havuzudur**

Şirketler topluğu, çok sayıda şirketten oluşan farklı getiri ve risklere tabi bir ekonomik topluluktur. Bu özelliği nedeniyle de bir grubun sahip olduğu ekonomik yarar ve getirilerin korunmasında riskin dağıtılması amacıyla kullanılabilir. Farklı sektörlerde ve farklı risk profillerine dayalı yatırım yaparak hem risk dağıtılmış olur hem de getirilerin daha istikrarlı bir yapıya kavuşturulması sağlanabilir.

Kuşkusuz şirketler topluluğu, aynı zamanda risk yaratıcı bir özelliğe de sahiptir. Toplulukta bir şirketin karşılaştığı riskler grubun diğer şirketlerine de yayılma etkisi gösterebilir. Bu yayılma etkisi ya şirketin şirketler topluluğunda önemli bir konumda olmasına dayanır yada bazı sektörlerdeki (bankacılık gibi) düzenleyici kurallardan kaynaklanabilir.

Diğer yandan bazan (Enron örneğinde olduğu gibi) şirketler topluluğunda yer alan şirketler risklerin gizlenmesi ve finansal verilerin manipüle edilmesi amacıyla da kullanılabilir.

Bazan da şirketin hakim ortağının yada şirketin en tepe yönetimi nedeniyle şirketler topluluğunda risk doğabilir.

TTK şirketler topluluğunda güvenden doğan sorumluluk ilkesini benimsemiştir (TTK m.209). Buna göre, hakim şirket topluluk itibarının, topluma ve tüketiciye güven veren bir düzeye ulaştığı hallerde, bu itibarın kullanılmasının uyandırdığı güvenden sorumludur (***Akın, 2014; Tekinalp, 2015, par. 23-152 vd; Yılmaz, 2010***).

Ülkemizde şirketler topluluklarının yaşadıklar bazı deneyimler bu açıdan şirketler topluluğunun getirdiği riskleri ve fırsatları göstermesi açısından ilginç örneklerle doludur.

1970’li yılların en büyük gruplarından birisi olan Transtürk gruubu ***(İlke 1a)*** 16 şirketten oluşan ve çoğu o günlerin önemli sanayi şirketlerinden oluşan bir gruptu. Grupta yer alan bir banker kuruluşunun (Meban) 1980 lerin başında yaşanan banker krizi ile batmasının yarattığı riskler nedeniyle önemli bir riskle karşılaştı. Grubun önemli şirketleri, gruba kredi açmış olan bankalar tarafından borca karşılık devralındı ve grup iş yaşamında gözden kayboldu.

Banka merkezli büyüme stetejinin başarılı örneği Sabancı Grubu-Akbank örneğidir. Grup 1982, 1994, 2001 krizlerini başarılı bir biçimde atlatmıştır. 2001 Krizinden önce başlayan yeniden yapılanma çalışmaları Kriz sonrasında da sürmüştür. Bugün kendisi Sabancı grubunda yer alsa da Akbank’ın iştirakler portföyünde sadece finansal şirketler kalmıştır.

Buna karşılık bazı grupların banka sahibi olmaya dayalı stratejileri bu gruplar için finansal krizlerin ortay çıktığı dönemlerde önemli riskler doğurmuştur. Bu riskleri 1982 ve 1994 krizlerinde bazı gruplar (Has, Çavuşoğlu-Kozanoğlu,TYT gibi) yaşamıştır. 2000/2001 Krizinde Çağlar Grubunun İnterbank, Toprak Grubunun Toprakbank, Dinç Bilgin Grubunun Etibank, Zeytinoğlu Grubunun Esbank, Cıngıllıoğlu Grubunun Demirbank, Süzer Grubunun Kentbank, Demirel Grubunun Eğebank, Aksoy Grubunun İktisat Bankası, Garipoğlu Grubunun Sümerbank, Yaşar Grubunun Tütünbank, Çukurova Grubunun Pamukbank nedeniyle karşı karşıya kaldığı riskler ve bunun grupta yer alan diğer şirketler üzerinde yarattığı etkiler bir grupta sorunlu bir finansal şirketin yarattığı bulaşma etkisinin önemini ortaya koymaktadır. Bunda, grupların izledikleri riskli yöentim politikası yanısıra makro ekonomik gelişmeler ile bankacılık hukukunun sorumluluk kurallarının da önemli etkisi bulunmaktadır. Kuşkusuz bu grupların hepsinin ortak paydası bir bankanın şirketler topluluğu üzerinde risk yaratması olmakla birlikte bu riskin kaynağı, özelliği ve niteliği farklıdır.

2001 Krizinin bankacılık sistemindeki bu etkisinin önemli bir sonucu olarak özel kesimde bankalar bazı istisnalar dışında sermaye bakımından yabancılaşmıştır.

Şiirketler topluluğunun hakim ortağından kaynaklanan riske bir örnek Polly Peck grubunun hakim ortağı Asil Nadir’in suçlanarak hapise girmesi ile Türkiye’deki grup şirketleri (örneğin medya kuruluşları ile oteller ve Vestel gibi) satılmış ve grup dağılmıştır. Bazan da hakim ortakların vefatı gibi nedenlerle grup risk ile karşılaşabilmektedir. Bir zamnaların büyük müteahhitlik firmalarından ve şirketler topluluğundan olan STFA’nın bugün yeni nesil tarafından ismi bile hatırlanmakta güçlük çekiliyordur.

………………………

**b) Finansal Yönetim Açısından Bazı Konular**

Şirketler topluğunda finansal yönetim açısından önemli olarak gördüğüm bazı konuların altını çizmek istiyorum. Bunlar şirketler topluluğunun konsolide finansal tablolar hazırlması, gurup şirketlerinin sahip olduğu fonların yönetimi ile vergi yönetimidir.

……………………

**ii) Fon Yönetimi**

Bir şirketler topluluğunda yer alan şirketlerin nakit yaratma olanakları, nakit mevcutları, nakit çıkışları ve gerkesinmelerinin farklı olması doğaldır. Özellikle de farklı sektörlerde faaliyette bulunan şirketler topluluğunda bu farklılıklar daha fazladır. Ancak, şirketler kesiminin en önemli işlerinden birisi nakit yada nakit-benzeri varlıklarının yönetimidir.

Bu açıdan bir şirketler topluluğunda, bazı şirketlerin nakit açığı ve gereksinimi var iken bir başkasının elinde fazla nakit mevcudu olabilir. Nakit gereksinimi olan şirketin bu gereksinimi karşılamak için ödeyeceği bedel diğer şirketin nakitlerini tutma biçimine bağlı olarak elde ettiği getiiriden düşük ise topluluğun net olarak kaybı olacağı açıktır. Bu nedenle, toplulukta yer alan şirketlerin nakit akımlarının uyumlaştırılması, eşleştirilmesi ve değerlendirilmesi, kullanımı ile hem maliyet etkinlikleri sağlanabilir hem de likidite iyi yönetilebilir.

Cash pooling yada nakit havuzu, topluluk şirketlerinin sahip oldukları nakit fazlasını günün sonunda havuz hesabına aktarmaları, nakde ihtiyacı olan şirketlerin ise bu ihtiyaçlarının havuz hesabından giderilmesi olarak özetlenebilecek, topluluk şirketler arası nakit denkleştirme işlemi olarak tanımlanabilir. Cash pooling, şirketlerin nakit fazlarının fiilen bir hesapta toplandığı ve nakitin oradan idare edildiği ***”gerçek (real, zero-balancing) cash pooling”*** yada bu yönetimin nakitlerin fiilen tek bir merkezde toplanmak yerine merkezden idare edildiği ***“sanal (fictive, notional) cash pooling”*** yöntemi şeklinde olabilir. Cash pooling çok paralı (multicurrency) veya sınır-ötesi (cross-border) şeklinde de olabilir. Kuşkusuz şirketler topluluğunda yer alan şirketlerin nakit varlıklarının bu yöntem ile yönetilmesinin yararları olduğu gibi sakınca ve riskleri de vardır (***Özdin; Polak, 2008; Polak-Kocurek, 2007)***.

Getirdiği risk ve sakıncalar bir yana bırakılır ise bu özelliği ile cash pooling bir şirketler topluluğundan nakit değerlerin uygun, etkin ve verimli bir biçimde kullanılmasını ve likiditenin yönetilebilmesini sağlayabilecek bir nakit yönetim sistemi yada modelidir.

Gerçek bir cash pooling esas itibariyle bir banka ürünüdür. Uygulama açısından, bir şirketler topluluğunda şirketlerin nakit mevcutları bir ana banka hesabında yoğunlaştırılır. Bunun için şirketlerin kollektif bir analaşmayı banka ile imzalamaları gerekir. Şirketlerin banka hesaplarında yer alan bakiyeler gün sonunda cash pooling için kullanılan ana hesaba transfer edilir ve buradan kullanılır. Sanal bir cash pooling uygulamasında ise, şirketler topluluğunda bir merkez, bir banka ana hesabı kullanmadan ve şirketlerin paraları hergün buraya aktarılmadan gereksinmelere göre şirketler arasında nakit akımları yönlendirilebilir. Gerçek bir cash pooling sistemi, şirketlerin genel kurulları tarafından anlaşmaların kabulü ve esas sözlşeme değişiklikleri gerektirebileceği için sanal cash pooling sistemi daha basit bir yöntem olabilir (***Polak-Kocurek, 2007).***

Uygulamada, hukuksal sorunların azlığı ve basitliği, vergi sorunları, raporlama yükümleri, banka masrafları gibi nedenlerle sanal cash pooling yöntemi daha tercih edilebilir bir yöntem olarak görülmektedir. Geçekten de ülkemizde bazı kurallar ve duraksamalar nedeniyle bir şirketler topluluğunda cash pooling, özellikle “gerçek cash pooling” uygulanabilmesi de sorunlu bir konu olarak görünmektedir (Değişik AB ülkelerinde cash pooling uygulamasının hukuksal çerçevesi için ***CMS, 2010***). Bunun çeşitli nedenleri vardır.

i) Birincisi, cash pooling tarzı bir nakit yönetimi sistemi ülkemizde özel hukukta açıkça yer almadığı gibi mali piyasalara ilişkin düzenlemelerde de böylesi bir araç-yöntem-tekniğin yer almadığını görüyoruz. Bu konuda özel düzenleme de bulunmamaktadır . Sistem, ancak genel hükümlere başvurarak uygulamada çerçevesi çizilebilecek bir konu olarak görünmektedir. Bu nedenle ülkemizde hakim hukuksal yaklaşım çerçevesinde uygulanmasında duraksama ile karşılaşılması doğaldır. Uygulanması halinde riskle karşılaşma olasılığı yüksek olabilir

ii) Bir başka konu, TTK’nun açısından tartışılabilir. TTK m.358’in 6335 sayılı Yasa ile değiştirilmeden önceki şeklinin ülkemizde cash pooling uygulmasının engel olduğu ifade edilmektedir (***Tekinalp, 2015, par.2392, not 26)***. Buradan sanki yasanın yeni şeklinin uygulamaya engel olmayacağı gibi bir sonuca dolaylı olarak ulaşılabileceği gibi bir sonuç çıkarılabilir. Ancak bu değişiklikten sonra, pay sahiplerinin bir şirkete borçlanabilmesi için iki koşul aranmaktadır: (a) pay sahiplerinin sermaye tahhüdünden doğan vadesi gelmiş olan borçlarını ifa etmiş olmaları, (b) şirketin eğer geçmiş yıl zararları var ise serbest yedek akçeleri ile kârının bunları karşılayacak düzeyde olması. Bu kurala aykırılık suç olarak tanımlanmıştır (TTK m.562/5/b). Ancak belirtmeliyiz ki, cash pooling sanki şirket pay sahibinin o şirketten borçlanmasıymış gibi gözükse de burada amaç borçlanma olmayıp şirketin nakit fazlalıklarını bir havuzda yönetmektir.

iii) Aşağıda ele alacağımız gibi HAO şirketler ile bunları iştirak ve bağlı kuruluşları açısından örtülü kazanç aktarımı riskinin varlığı, aynı zaman gerçek anlamda cash pooling uygulamasının önemli bir duraksama nedeni ve engeli olarak görünmektedir.

iv) Bir başka engel vergi hukuku kurallarından gelmektedir. Kurumlar Vergisi Kanunu’nun örtülü sermaye (m.11,m.12) ve örtülü kazanç (m.11,m.13) kuralları, ile Gelir Vergisi Kanunu (m.41/5) bir şirketler grubunda yer alan şirketlerin ortak bir cash pooling oluşturması önünde önemli duraksama ve riskler yaratacak niteliktedirler. Diğer yandan, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanunu çerçvesinde cash pooling’i yönetmek amacıyla paraların toplandığı hesap sahibi şirket ile bu hesaba para aktaran şirketlerin 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finasman Şirketleri Kanunu uyarınca ödünç verme işleriyle uğraşmış sayılıp sayılmayacakları ve bu nedenle de Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisine tabi tutulup tutulmayacakları bir başka risk noktası olarak görünmektedir. Ayrıca cash pooling işlemlerinin 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu kapsamında kaldığı savı da ileriye sürülebilir.

Diğer yandan cash pooling yönteminin “6493 sayılı Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Pra Kuruluşları Hakkında Kanun” kapsamında ödeme hizmeti sayılıp sayılmayacağı da ayrı bir inceleme konusudur.

v) Bir başkası şirketler grubunda yer alan bazı şirketlerin niteliklerinden, iş yaptığı sektörden kaynaklanan özel durumlar nedeniyle cash pooling havuzunda yer almalarının güç yada olanaksız olmasıdır. Bu da grupta merkezi ve kapsayıcı bir nakit yönetimini zayıflatabilir. Örneğin grupta bir banka var ise bu bankanın hem işin özellikleri hem de düzenlemelerin getirdiği yasak ve kısıtlar nedeniyle ortak fon yönetiminde yer almaları olası değildir. Bazan da şirketler topluluğundaki yönetim felsefesi merkezleştirilme yerime merkezkaç yada ademi merkeziyetçi dediğimiz yapıda olabilir. Bu durumda da şirketleri böylesi bir ortak yönetim havuzunda toplamak olanaklı olmayabilir.

Bu nedenlerle, şirket guruplarında hakim şirket yada guruptaki bir şirketin gurup şirketlerinin nakit yönetimlerini doğrudan cash pooling yöntemiyle yönlendirme ve yönetmesini sağlayabilecek bir özel düzenleme olmadıkça bu yöntemin önemli riskler taşıdığı kanısındayım. Düzenleyici sistemdeki bu eksiklik konuyu değişik yönleri (Ticaret hukuku, Bankacılık hukuku, sermaye piyasası hukuku, vergi hukuku ve boçlar/medeni hukuk) ile ele alan bir yasal düzenlemenin yararlı olacağını söyleyebiliriz.

Uygulamada, ağırlıklı olarak hem yasal riskler hem de teknik nedenlerle şirketler topluluklarında ortak bir nakit yönetimini sağlayan havuz sistemi pek kullanılan bir yöntem olmamıştır. Bunun yerine şirketlerin nakit akışlarını merkezden izleyip zaman zaman ve çok gerektiğinde müdahale ederek fon akımlarının yönlendirilmesi tercih edilmektedir.

Çok şubeli ticaret bankalarında cash pooling yöntemi önemli bir uygulamadır. Bir bankanın şubelerinin ayrı coğrafi mekanlarda olsalar ve ticaret siciline tescil edilip çoğu kez (geçmiş Bankalar Kanunları nedeniyle) kendilerine bir sermaye özgülenmiş olsa bile aynı tüzel kişiliğe ait oldukları için zaten şubelerin sahip olduğu nakit değerlerinin hukuksal olarak sahibinin banka tüzel kişiliği olduğu ileriye sürülebilir. Zaten olaya bu nakit değer varlıklarından çok finansal yönetim olarak ele alır isek farklı bir bakış açısı ile konuyu değerlendirebiliriz. Yani Banka genel müdürlüğünü “hakim kuruluş” şubelerini de birer bağlı şirket, yavru şiket gibi düşünebiliriz.

Bankaların nakit hareketleri ağırlıklı olarak şubeler kanalıyla (ATM ler ve e-bankacılık hariç) gerçekleştirilir. Şubeler, herbiri farklı coğrafi yerleşimde bulunan kendi çalışanları, kendi bilanço ve gelir tabloları olan ayrı ekonomik birimlerdir. Her şubeyi ayrı bir teşebbüs gibi düşünebiliriz. Bankanın her şubesinin nakit gereksinimi hem farklıdır hem de sürekli dğişkenlik gösterir. Diğer yandan bazı şubeler nakit açığı verirken bazılarınsa nakit fazlası vardır. Bu nedenle bankanın her biri ayrı ekonomik birim olarak düşünülebilecek (bağlı şirketmiş gibi düşünelim) olan şubeleri arasındaki nakit yönetimini koordine etmesi gerekir. Şubeler arasındaki bu işlemler bankalarda bir “Şubeler Cari Hesabı” dediğimiz bir hesap kanalıyla izlenir. Her şubenin durumuna göre bu hesapta alacak yada borç bakiyesi vardır. Ancak banka genelinde bu hesabın alacak ve borç bakiyeleri eşittir. Diğer yandan banka şubeleri kâr merkezi olarak performansların değerlendirme üzere bu hesaba faiz de uygulanır. Banka şubelerinin birbirleriyle yaptıkları işlemler karşılığında aldıkları para ve gelirlerin de vergiden (BSMV) istisna tutulduğunu hatırlatmalıyım .

**iii) Vergi Yönetimi**

Şirketlerin finansal yönetimleri açısından en önemli konulardan birisi şirketin vergi yükümlülüklerini yönetmektir.

Bu konudaki önemli bir sorun, halen uygulana gelen sistemde her şirket ayrı bir vergi yükümlüsü ve sorumlusu olarak kabul edildiğinden vergi hukununun bu açıdan şirketler topluluğu kavramına yabancı olmasıdır.

Konsolide vergi beyannamesi AB’inde uyumlaştırma çabalarının bir parçası olarak üzerinde durulan bir konudur (***Çelikkaya, 2011; Günay, 2006; Schön, 2012; Wieser, 2012)***

Ortak Konsolide bir kurumlar vergisi matrahı konusunda AB’indeki çalışmalar biraz eskiye gitmektedir (COM/2001/582 ve COM/2003/726). AB Komisyonu tarafından 2011 yılında Ortak Konsolide Kurumlar Vergisi Matrahı (Common Consolidated Corporate Tax Base) önerilmiştir (COM/2011/121 – Proposal for a Council Directive on a Common Cosolidated Corporat Tax Base). Bu öneri esas itibariyle değişik ülkelerde faaliyet gösteren bir şirketler gurubunda yer alan şirketlerin AB’inde vergilenebilir kârlarını hesaplayabilmeleri için farklı ulusal sistemler yerine tek bir kurallar seti öngörmektedir. Amaç, bir şirketin değişik ülkelerdeki faaliyetleri için her ülkede vergi beyannameleri vermek yerine AB’indek tüm faaliyetleri için tek bir vergi otoritesine tek bir beyanname vermesini sağlamaktır.2016 yılında Komisyon’un yeni bir CCCTB önerisi yapması kararlaştırılmıştır.

17 Haziran 2015 tarihinde AB Komisyonu kurumlar vergisi konusunda köklü reformlar yapmak amacıyla bir Eylem Planı sunmuştur (Action Plan for Fair and Efficient Corporate Taxation). Bu konuda yapılan açıklamada temel eylemler arasında Ortak Konsolide Vergi Matrahı (CCCTB) yer alıyor. Bu amaçla Komisyon kurumlar vegisi reformuna bütünlüklü bir çözüm olarak Ortak Konsolide Kurumlar Vergisi Matrahı (Common Consolidated Corporate Tax Base) önergesini yeniden ortaya koyacak. CCCTB’nin işletmeler için Tek Pazarı önemli ölçüde iyileştirip kurumlar vergisinden kaçınma fırsatlarını ortadan kaldırırken, tüm cephelerde işe yarayabileceği ifade edilmiştir. Komisyon’un CCCTB için hazırladığı 2011 önergesiyle ilgili müzakereler şu anda kesintiye uğramış olsa da CCCTB’nin sunduğu önemli faydalar dikkate alındığında, sürecin yeniden başlaması gerektiği konusunda genel bir uzlaşı söz konusu olduğu açıklanmıştır. Aşamalı bir yaklaşımla zorunlu bir CCCTB’nin başlatılması yeni bir önerge üzerinde derhal çalışılmaya başlanacağı bunun da Üye Devletlerin ortak vergi matrahı konusunda hızlıca ilerlemelerini sağlayacağı belirtilmektedir. Konsolidasyon, şimdiye kadar müzakerelerdeki en zor unsur olduğundan, ikinci adım olarak devreye girecek. Komisyon bu yeni önergeyi 2016’da mümkün olduğunca erken sunmaya çalışacak.

Şirketler topluğunda yer alan şirketler, herbiri ayrı tescil edilmiş şirketler olarak Kurumlar Vergisi Kanunu bakımından ayrı mükelleflerdir. Bu nedenle de, bir şirket, şirketler topluluğunda yer alsa hatta bir hakim şirket tarafından sermayesinin % 100’üne sahip olunsa bile hakim şirketinden ayrı bir kişiliği vardır ve ayrı bir vergi yükümlüsü olarak kurumlar vergisi beyannamesi hazırlamak, beyanda bulunmak ve var ise vergi ödemekle yükümlüdür.

Şirketler topluluğunda yer alan şirketlerin bazıları kâr etmeleri nedeniyle kurumlar vergisi ödeyebilirler. Buna karşılık zarar eden şirketler vergi ödemeyip bu kurum zararınını kanunun öngördüğü kurallar uyarınca ileriki yıllara naklederek ileride eğer kurum kazancı olur ise vergi yükümünün hesaplanmasında ondan indirebilir yani zarar mahsubu yapabilirler (KVK m.9). Hatta bir şirketin % 100 sermayesine sahip olduğu bağlı ortaklığı bile olsa ana ortaklık ile yavru şirket ayrı ayrı beyanname vermekle yükümlüdürler. Ana şirket zarar edeken yavru şirket kâr ediyor ve vergi ödüyor ise aslında iki şirketi birlikte düşündüğünüzde özkynaklardan vergi ödenmekte olduğunu ve iki şirketin tek bir ekonomik yapı olarak özkaynaklarının azaldığını söyleyebiliriz.

Bu satırların yazarı bundan 25 yıl önce kaleme aldığı bir yazıda ülkemizde bir şirketler grubunda yer alan şirketlerin ayrı ayrı Kurumlar vergisi beyannemesi vermek yerine hakim ortağın yada teşebbüsün bütün gurup şirketlerini kapsayacak tek bir konsolide kurumlar vergisi beyannamesi vermesini sağlayacak bir sistemin kurulması gerektiğine işaret etmiş idi (***Karacan, 1990***).

Halen yürürlü olan 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanun’nun hazırlık çalışmaları sırasında Vergi Konseyi grubunca hazırlanan taslak olarak metinde yer almış ancak bu daha sonra taslak metninden çıkarılmıştır. Bu taslak ***“tam mükellefiyete tabi kurumlar ve bu kurumların sermayesinin doğrudan veya dolaylı olarak % 90 veya daha fazlasına sahip oldukları diğer tam mükelllefiyete tabi kurumlar, aynı hesap dönemini kullanmaları koşuluyla kazançlarını birleştirilmiş kurumlar vergisi beyannamesi ile topluca verebilirler”*** şeklinde bir hüküm taşımakta idi. Diğer yandan, yine taslak birleştirilmiş kurumlar vergisi bayannamesine dahil edilen şirketler arasında örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırılması hakkındaki hükümlerin uygulanmayacağını öngörmekte idi.

Aslında konu sadece Kurumlar vergisi ile değil aynı zamanda Katma Değer Vergisi ile de yakından ilgilidir (Bkz. ***Balak, 2002).***

Diğer yandan hakim ortak konumunda olan holding şirketlerin verebileceği hizmetlerin bağlı şirketler tarafından gider yazılabilmesi içim (1 nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, m.8.7 Holding şirketlerin genel idare giderlerinin bağlı şirketlere dağıtımı):

“Holding şirketler tarafından bağlı şirketlere araştırma ve geliştirme, finansman temini, pazarlama ve dağıtım, yatırım projelerinin hazırlanması, hedeflerin tayini, planlama, örgütlendirme kararlarının uygulanması, bilgisayar hizmetleri, sevk ve idare, mali revizyon ve vergi müşavirliği, piyasa araştırmaları, halkla ilişkilerin tanzimi, personel temini ve eğitimi, muhasebe organizasyon ve kontrolü, hukuk müşavirliği konularında hizmetler verilebilmektedir.

Holding tarafından bağlı şirketlere verilen hizmetler için fatura düzenlenmesi zorunlu olup verilen hizmetin karşılığını teşkil eden bedelin, Kurumlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesinde yer alan emsallere uygunluk ilkesine göre belirlenmesi gerekmektedir.

Holding tarafından verilen bu tür hizmetlerin bağlı şirketlerce gider yazılabilmesi için,

- Hizmetin mutlaka verilmiş olması,

- Kesilen faturada hizmet türünün ayrıntılı olarak belirtilmesi,

- Tek faturada birden fazla hizmet bedelinin bir arada yer alması halinde, her hizmet bedelinin ayrı ayrı gösterilmesi,

şarttır.

Yukarıda belirtilen koşullara uygun olarak bağlı şirketler, holding tarafından kesilen fatura bedelini gider olarak kayıtlarında gösterebileceklerdir.”

**c) Kayıp Verdirme ve Kayıpların Denkleştirilmesi**

Şirketler topluluğu hükümleri ile TTK, hukukumuz açısından yeni sayılabilecek kurallar getirmiştir. Bu bakımdan öncelikle hakim şirketin hakimiyetin kullanması sonucu bağlı şirketlerin kayba uğrması halinde bu kayıpların giderilmesi, denkleştirilmesi özel bir öneme sahiptir.

Hakim şirket ilke olarak, hakimiyetini bağlı şirketi kayba uğratacak şekilde kullanamaz. Özellikle bağlı şirketi iş, varlık, fon, personel, alacak ve borç devri gibi hukuki işlemler yapmaya; kârını azaltmaya yada aktarmaya; kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmeye; ödemelerde bulunmaya; haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek, yatırımlarını kısıtlamak, durdurmak gibi verimliliği ya da faaliyetlerini olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almak yahut gelişmesini sağlayacak önlemler almaktan kaçınmaya yöneltemez (TTK m.2012/1/a).

TTK bu hükmü ile hakim şirket ile bağlı şirket arasında bir ilişkili taraf işlemi olarak büyük ölçüde SPKn. m21/1 ve 2 ile benzeşen bir ***“yapılmaması gereken işlemler listesi”*** yapmıştır. Ancak bu yapılmayacak işler listesini bir ***“yasaklar listesine”*** dönüştürmemiş ve bu işlemler nedeniyle verilecek kayıpların karşılanması halinde “ … meğer ki kayıp, o faaliyet yılı içinde fiilen denkleştirilsin veya kaybın nasıl ve ne zaman denkşleştirileceği belirtilmek suretiyle en geç o faaliyet yılı sonuna kadar bağlı şirkete denk değerde bir istem hakkı tanınsın” diyerek bu işlemlerin yapılabileceğine cevaz vermiştir.

TTK’nun bu yaklaşımı ***“Denkleştirilemeyecek Kayıp Verdirilmemesi İlkesi”*** olarak nitelenmektedir. Buna göre, hakim ortak bir bağlı ortaklığın kaybına neden olan yada olabilecek bir kararı alırken veya uygulmaya koyarken kaybın faaliyet yılı içerisinde denkleştirilmesi gerektiğini göz önünde tutması ve özenle hesap etmesi gerekir. Denkleştirilemeyecek kaybın verdirilmemesi kurumsal yönetim yaklaşımından ve haksız fiilin esasını teşkil eden başkasının mal varlığına zarar vermeme öğretisinden kaynaklanmaktadır (***Tekinalp, 2015, par.23-06***).

Bir şirketin paylarının ve oy haklarının tamamına doğrudan veya dolaylı olarak sahip ise, hakim şirketin yönetim kurulunun, topluluğun belirlenmiş ve somut politikaları gereği olmak koşulu ile, kaybına sebep verebilecek sonuçlar doğurabilecek nitelik taşısalar bile, bağlı şirketin yönlendirilmesine ve yönetimine ilişkin talimat verebilir. Bağlı şirketin organları da bu talimata uymak zorundadırlar (TTK m.203). Ancak bağlı şirketin ödeme gücünü açıkça aşan, varlığını tehlikeye düşürebilecek olan veya önemli varlıklarını kaybetmesine yol açabilecek nitelik taşıyan talimat verilemez (TTK m.204). Talimat ayrıca eşit işlem ilkesine aykırı, ortaklığın ve/veya yöneticilerin cezalandırılmasına yol açıcı, ahlâka –adaba, kamu sağlığına ve düzenine de aykırı olamaz. Ara hakim ortaklıklar da tepedeki hakim ortaklığı temsilen bağlı ortaklığa talimat verebilirler (***Tekinalp,2015,par.23-11***). Kuşkusuz, tam hakimiyet halinde olsa bile, hakim ortağın verdirdiği kayıpların denkleştirilmesi gerekir.

Denkleştirme, faaliyet yılı içerisinde fiilen yerine getirilmeli veya süresi içerisinde denk bir istem hakkı tanınmalıdır. Eğer bu yapılmaz ise, bağlı şirketin pay sahipleri ve alacaklılar yasa ile öngörülen yollara başvurabilirler (TTk m.2012/1/b ve c).

Halka açık şirketler açısından bakıldığında bir şirketler topluluğunda yer alan halka açık şirketler bakımından TTK m.202 ile SPKn. 21 hükmünü birlikte değerlendirmek gerekir. Uygulmada kuşkusuz SPKn. m.21 hükmüne öncelik tanınması gerekir (***Aytaç, 2013; Manavgat, 2015; Nilsson, 209).***

Bir görüşe göre, SPKn.’unda yer alan örtülü kazanç aktarımına ilişkin hükümler özel nitelik taşıdkları için TTK hükümleri ile çelişki olduğunda SPKn. hükümlerinin uygulanması gerekmektedir (***Nilsson, 2009***). Bir görüşe göre de örtülü kazanç aktarımına, cezai sorumluluk doğuran işlem olması nedeniyle de SPKn. m.21’e öncelik tanımak gerekir (***Aytaç, 2013***)

Bir diğer görüşe göre ise, özel kanunlara tabi anonim şirketlere, özel hükümler dışında TTK’nun anonim şirketler ilişkin hükümlerinin uygulanacağı (TTK m.330) kuralı çerçevesinde öncelikle SPKn. hükümleri uygulanacak; ancak halka açık ortaklığın hakimiyet gücü kullanılarak kayba uğratılması halinde TTK m.202/1/a hükmünün tamamen uygulanmaması sonucunu doğrurmayacaktır. Payları borsada işlem gören halka açık şirketlerde kaybın denkleştirmenin, kaybın açıklanmasından (üçer aylık finansal tabloların açıklanması ve/veya özel durumlara göre açıklama gibi) önce fiilen giderilmesi veya denkleştirilmesi gerekmektedir (***Manavgat, 2015***).

TTK esas itibariyle bağlı ortaklıkla hakim ortaklık arasındaki ilişkide bir hakim ortağın bağlı ortaklığı kayba uğratabileceğini kabul etmekte, bir ortaklığı denkleştirme yapmak koşulu hakim ortak tarafından kayba uğratabileceğini ilke olarak koymaktadır. Yani “verdiğin zararları ödeyecek kadar paran var ise yada ödeyeceğini bir şekilde yüklenebiliyor isen zarar verdirebilirsin” ilkesi geçerlidir. Hatta, kayba uğrayan şirketin bir pay sahibi yada alacaklısı bu kayıp nedeniyle talepte bulunmaz ise bu kaybı denkleştirmeyi harekete geçirecek bir etken de yoktur. Yani TTK’undaki denkleştirmenin bir yaptırım olduğu bile kuşkuludur.

Buna karşılık SPKn. örtülü kazanç aktarımı tanımı altında getirilen kurallar ilke olarak TTK’nundan farklı bir yaklaşım ile bu işlemlerin yapılamayacağını öngörmüştür. Örtülü kazanç işlemlerinin verdiği kaybın denkleştirme yoluyla yapılabileceğini kabul etmek SPKn.’nun koyduğu yasak kuralının çiğnenmesi anlamına gelir. O zaman, “para cezasını ödeyebiliyorsan trafik kurallarını ihlal ederek hız sınırına uymayabilirsin” gibi bir anlayış ortaya çıkar. Böyle bir anlayışa SPKn. yabancıdır. Bu nedenle, TTK m.201/1/a’nın halka açık şirketler için SPKN.’nu m.21’in öncelikle uygulanabileceği bir genel kural olabileceği kanısında değilim. Bu konuda uygulanması gereken kural SPKn.m21’dir. BU sadece halka açık ortaklıkları değil SPKn. m.21/1 nedeniyle halka açık ortaklıkların iştirak ve bağlı ortaklıklarını da kapsamaktadır.

SPkn. m.21/4 “kazanç aktarımının Kurulca tespiti halinde” halka açık ortaklıklar ve bunların iştirak ve bağlı kuruluşlarının aktarılan kazancı faizi ile geri istemeleri bir denkleştirme gibi görünse de kanımızca kanundan doğan bir özel talep hakkıdır. Nitekim, hakim ortak aynı hükme göre aktarılan tutar ile kanuni fazini iade ile yükümlüdür. Halbuki, TTK sisteminde bir istem hakkı tanımak denkleştirmeyi sağlayabilmektedir.

Bir başka konu, örtülü kazanç aktarımı ile bağlı bir halka açık ortaklık yada onun iştirak veya bağlı ortaklığını denkleştirme koşuluyla kayba uğratma hakkının varlığını kabul etmek, hakim ortağın şirketin paylarını borsada manüplasyona (piyasa dolandırıcılığı) ve içerden öğrenenler ticaretine (bilgi suistimali) açık hale getirebilir .

Özelliği nedeniyle, halka açık bir şirkette bir başka kişi yada şirketin tam hakimiyeti söz konusu olamaz. Ancak halka açık bir şirketin bağlı olduğu hakim ortağın paylarının tamamı bir başka hakim ortağa ait olabilir. Bu tepedeki hakim ortak ara hakim ortakda tam hakimiyetini kullanarak da halka açık şirkette TTK m.202/1 kapsamında kayıp verdirmek hakkına sahip değildir.

Diğer yndan halka açık bir şirket ile onun iştirak ve bağlı ortaklıklarının, hakim ortaklık dahil şirketler topluluğunda yer alan şirketlere kefalet, garanti ve aval vermek gibi sorumluluklar yüklenmesini, sabit kıymaetleri ve diğer varlıkları üzerinde başkaları lehine ayni hak ve rehin hakkı gibi haklar tesis etmesinin mümkün olmaması gerektiği kanısındayım. Kuşkusuz bankalar gibi işin doğası nakdi ve gayri nakdi kredi açmak, garanti vermek gibi kuruluşların yasalrın öngördüğü sınırlar ve kapsam içinde yapacağı işlemler bunun dışındadır. Yine hakim ortak bir halka açık bir şirket olsa da sadece iştirak ve bağlı ortaklıklarına esas sözleşme çerçevesinde ve yasal kurallar içinde kalmak koşuluyla garanti, kefalet ve teminat verebilmelidir.

Diğer yandan, aynı şey Bankalar açısından da geçerlidir. Banka hakim ortakları, TTK m.202/1 uyarınca, denkleştirme yapmak koşuluyla bankayı kayba uğratacak şekilde hakimiyetini kullanamaz. Banka kaynaklarının kullanımı, hakim ortaklar ile nitelikli ortakların banka ile ilişkileri Kanunda detaylı br biçimde düzenleniş ve yaptırıma bağlanmıştır.

**d) İlişkili Taraf İşlemleri ve Örtülü Kazanç Aktarımı**

**i) Giriş**

Şirketler topluluğu içinde yer alan şirketler açısından ele alınması gereken en önemli kurumsal yönetim sorunlarından birisi ilişkili taraf işlemleridir (Bu konuda ***Karacan, 2014***). İlişkili taraf işlemlerinin bir türü olan örtülü kazanç aktarımı bu açıdan en fazla dikkat edilmesi gereken bir alanı oluşturmaktadır. Özellikle de hem şirketler topluluğu içerisinde yer alan hem de halka açık şirktler açısından konunun özel bir önemi bulunmaktadır (HAO açısından bkz. ***Manavgat, 2015***). Halka açık olmayan şirketlerde esas itibariyle bir vergi hukuku sorunu olan konu HAO’lara gelince daha detaylı düzenlenmiş, idari yaptırıma bağlanmış ve suç olarak tanımlanmış bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Halka açık bir şirketin yöneticileri ile hakim ortakları (ve bunların kontrolü altındaki diğer şirketler hukuk ve finans yazınında bazan ***içerdekiler (insiders)*** yada çoklukla ***ilişkili kişi veya ilişkili taraf (related party)*** olarak nitelenmektedirler. Bu kişilerle ilgili şirketin yaptığı alım –satım muameleleri ve gerçekleştirdiği diğer işlemler ***ilişkili taraf işlemleri (related party transactions)*** olarak ifade edilmektedir.

İlişkili taraf işlemleri, işlemle güdülen amaç ve elde edilmek istenen sonuçlar bakımından çeşitli şekillerde olabilirler. Kanımca en azından üç gurup işlem türü arasında ayırım yapabiliriz.

***(i)*** İlişkili taraflarla yapılan işlemlerin bir türü bazan halka açık şirketin kazançları, varlıkları değişik iş ve işlemlerle şirket dışına çıkarılarak ilişkili kişilere doğru aktarılabilmektedir. Bu tür aktarım işlemine bazan ***kendisiyle işlem yada kendi yararına işlem (self-dealing), tünelleme (ülkemizdeki deyimiyle hortumlama – tunnelling), kontrolün özel yararları (private benefits of control) , transfer fiyatlaması (transfer piricing), azınlıktakilerin hakkına el koyma (expropriation of minorities), azınlığın suistimali (abuse of minoritiy), örtülü kar dağıtımı, örtülü kazanç aktarımı*** gibi isimlendirmeler yapılmıştır . Ancak bu saydıklarımızın hepsi birbiriyle tam olarak örtüşmezler, aralarında bazan ufak da olsa anlam, kapsam ve nitelik farkları bulunmaktadır .

İlişkili taraf işlemlerinde konunun daha ziyade bu gurupta yer alan işlemlere yönelik olarak ele alındığını belirtmek gerekir. Yani ilgi alanı genelde hakim ortakların halka açık bir şirketin kar ve kaynaklarını, varlıklarını kendisine doğru aktarması şeklindeki uygulamalar hem araştırmacıların hem de hukuksal düzenlemelerin ve düzenleyici / denetleyici otoritelerin dikkatlerini verdikleri ve üzerinde yoğunlaştıkları alan olmuşlardır.

Diğer yandan bu tür işlemler bazan ***kontrol etmenin özel yararları (private benefits of control***) olarak da nitelenmektedirler. Özel yarar yoluyla elde edilen çıkar yada rantları iki ana gurup altında toplayanlar vardır.

Birinci gurubu ***saptırıcı (diversionary)*** yararlar oluşturmaktadır. Bunlar firmanın varlıklarını ve karlarını kontrol gücü olmayan ortaklardan kaçırarak firmanın dışına çıkarılması yada yönlendirilmesidir ve bazıları bunu biraz uç bir deyimle ***çalma (stealing***) yada ***varlık aktarımı*** olarak ifade etmektedirler.

Diğer gurubu ise ***bozucu (distortionary)*** özel yararlar oluşturur. Bu ikincisinde firmanın kaynakları kötü yönetilmekte ve firmanın yönetimi yeterince çaba ve gayret göstermemekte ve firmanın kârından çok kendi kişisel tüketim ve harcamalarına önem verilmektedir. Bu ikinci tür ise ***görevini yapmama (shirking)*** olarak nitelenmektedir (***Pacces, 2012***). Gerçekten de kavram ***“gayretsizlik“, “gayret göstermeme“, “çabasızlık“, “yeterli çabayı göstermeme“*** olarak ortaya çıkan bir eylem türü. Bunu ifade etmek için kullanılacak görevini yapmama deyimi bu eylemleri tam karşılar mı bilmiyorum. Ayrıca görevini yapmama acaba daha farklı kavram olan görev ihmali , görev kusuru gibi kavramlarla karıştırılabilir mi diye de düşünüyorum . İsimlendirmemiz gereken yeni bir kavram var . Bunun bir süre belki farklı kavramlarla nitelenmesi doğal bir durum olacak .

(ii) Diğer yandan ilişkili taraf işlemlerinin hepsi yukarıdaki türden istenmeyen ve arzulanmayan , uygun olmayan amaçlarla yapılan işlemler değildir . Bu işlemlerin bir çoğu da ticaretin ve ekonomik yaşamın akışına, teamüllerine ve kurallarına uygun olabilecekleri gibi aynı zamanda hem hukuka hem de etik ilke ve kurallarına uygun ve bir hakkın kötüye kullanımına dayanmayan işlemlerdir. İlişkili taraf işlemleri kategorik olarak istenmeyen işlemler olarak nitelenemezler. Bunlar normal ilişkili taraf işlemleridir.

***(iii)*** Bazı ilişkili taraf işlemlerinde de kaynak aktarımı hakim ortaktan halka açık şirkete doğrudur. Gerçekten de bazan hakim ortak konumunda olan ortaklar , ortak oldukları halka açık bir şirketin zor duruma düşmesi , sorunlu hale gelmesi nedeniyle fon ihtiyacı duyması halinde bu şirkete kendi kişisel malvarlıklarından aktarımda bulunabilmektedirler ve bu tür işlemler de ***destek çıkma, payanda olma (propping)*** olarak nitelenmektedirler. Bu tür işlemleri de ***“payanda olma işlemleri“*** olarak niteliyebiliriz.

İlişkili taraf ile işlemler sadece şirketler hukuku, ceza hukuku ve sermaye piyasası hukukunun ilgi alanına girmezler aynı zamanda vergi hukukunun da üzerinde önemle durduğu bir alandır . Belirtmek gerekir ki vergi hukukunun bakış açısı ve sorunu ele alış biçimleri ile sermaye piyasası hukukunun ele alışı ilk bakışta birbirlerine benzer gibi görünseler de büyük ölçüde birbirlerinden farklıdırlar . Bu yanılsama özellikle ülkemizde konunun sermaye piyasası hukukuna girişi ve kaynağı nedeniyle hakim durumdaki bir anlayış olagelmiştir ; bu da sermaye piyasası hukukunda konunun algılanışını ve ele alınışını çoğu kez olumsuz etkilemiştir .

“Örtülü kazanç aktarımı” ve “gayretsizlik” biçimindeki ilişkili taraf işlemi zorunlu olarak bir şirketler topluluğu içinde yer almayı gerektirmez. Ancak, bu tür işlem ve uygulamalar daha ziyade şirketler topluluğu içerisinde yapılagelmektedirler.

Şirketler topluluğu içerisinde yer alan bir halka açık şirket bakımından ilişkili taraflarla yapılan işlemleri gerçekleştiriken sadece TTK’nda yer alan kurallar değil SPKn.’nda yer alan kurallar da dikkate alınmalıdır.

**ii) Sermaye Piyasası Hukuku ve Örtülü Kazanç Aktarımı**

Sermaye Piyasası düzenlemeleri eskiden beri HAO tarafından yapılan ve örtülü kazanç aktarımı niteliği taşıyabilecek işlemler konusunda özel kurallar getirmiştir. İlk yasa olan 2499 sayılı SPKn. bu nitelikteki işlemleri yasaklarken (m. 15/son) aynı zamanda suç olarak da yaptırıma bağlamış (m.47/B/4) idi.

6362 sayılı yasa örtülü kazanç aktarımı yasağı konusundaki temel kuralı korumuştur. Ancak, eski yasaya kıyasla bu konudaki kapsam ve tanımlamayı önemli ölçüde genişletmiş (m.21), uygulanacak tedbirleri daha ayrıntılı düzenlemiş (m.92/1; m. 94) ve suç olarak niteleyip yaptırım (m.110/1/b ve c) öngörmüştür (***Bkz.Kaya, 2013; Yenidünya-Canpolat , 2014)***.

6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu hem “örtülü kazanç aktarımı” hem de “gayretsizlik” yada “görevini yapmama” şeklindeki ilişkili taraf işlemlerine yer vermiştir.

a) Gerçekten de yasa “***Halka açık ortaklıklar ve kollektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarının; yönetim, denetim veya sermaye bakımından doğrudan veya dolaylı olarak ilişkide bulundukları gerçek veya tüzel kişiler ile emsallerine uygunluk, piyasa teamülleri, ticari hayatın basiret ve dürüstlük ilkelerine aykırı olarak farklı ücret, bedel veya şartlar içeren anlaşmalar veya ticari uygulamalar yapmak veya işlem hacmi üretmek gibi işlemlerde bulunmak suretiyle kârlarını veya mal varlıklarını azaltarak veya kârlarının veya mal varlıklarının artmasını engelleyerek kazanç aktarımında bulunmaları yasaktır.”*** diyerek örtülü kazanç aktarımını yasaklamıştır (SPkn.m.21/1).

Yine yasa, bu yasağını da suç alarak tanımlamış ve yaptırıma bağlamıştır (SPKn.m. 110/1/c). Diğer yandan yasanın, suç kapsamında gereksiz bir tekrarmış yada gerksizmiş gibi görünen bir başka hükmü daha vardır (***Karacan, 2013; Yenidünya-Canpolat, 2014).*** Buna göre, ***Yönetim, denetim ve sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsallerine göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak halka açık ortaklıkların kârını veya mal varlığını azaltmak”*** suç olarak tanımlanmış ve yaptırıma bağlanmıştır. Kanımca (c) fıkrası var iken (b) fıkrasına aslında gerek yoktu. (c) fıkrasının daha kapsamlı bir düzenleme olduğunu ve (b) fıkrasını da içerdiğini düşünüyorum .

Ancak bu tekrarmış ve gereksizmiş gibi görünen düzenleme yasa koyucu tarafından boşuna, yanlışlıkla yada farkına varmadan yapılan bir tekrar da olmayabilir. Gerçekten de acaba, bu fıkra ile öngörülen, sayılmış olan belirli hallerin varlığı halinde halka açık şirketin örtülü kazanç aktarımı yaptığı kişiler ile diğer teşebbüsün yöneticilerinin de asli fail olarak cezalandırmaları mı amaçlanmıştır? Bu kişilerin, zaten, eğer şartları var ise suçun müşterek faili olarak sorumlu tutulabilecekleri ifade edilmektedir (***Yenidünya-Canpolat, 2014***).

b) Diğer yandan SPKn.

***“ 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 “***

(eylemleri yada eylemsizlikleri de) örtülü kazanç aktarımı olarak nitelenmiştir (SPKn.m.21/2). Bu yukarıda ifade ettiğimiz “görevini yapmama” şeklindeki ikinci tür ilişkili taraf işlemleridir.

Aslında kavram, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda da kullanılmıştır. Hakim şirket ile bağlı şirket ilişkisini ele alan TTK m. 202/1/a ***“ .....haklı bir sebep olmaksızın tesislerini yenilememek , yatırımlarını kısıtlamak , durdurmak gibi verimliliği ya da faaliyeti olumsuz etkileyen kararlar veya önlemler almaya yahut gelişmesini sağlayacak önlemleri almaktan kaçınmaya yöneltemez ......”*** demektedir.

SPKn. m.21/2 de sayılan faaliyetler idari para cezası yaptırımına tabi tutulmuştur. SPKn. m.103/6 ‘ya 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 artmasının sağlanması hâlinde ilgili tüzel kişiye Kurul tarafından yirmi bin Türk Lirasından iki yüz elli bin Türk Lirasına kadar idari para cezası verilir. Ancak, verilecek idari para cezasının miktarı elde edilen menfaatin iki katından az olamaz. “

SPKn. m.21/2 de sayılan faaliyetler “ örtülü kazanç aktarımı “ başlığını taşıyan bir maddede yer almalarına ve bu hükümde sayılmalarına rağmen neden idari para cezası uygulanacak bir eylem olarak görülmüştür. Bunun bir nedeni bu eylemlerin suç hukundaki suçun unsurlarının tam ve doğru olarak belirlenmesindeki zorluklar nedeniyle takibi ve yaptırıma uğramasının oldukça güç olabileceği düşünülerek daha kolay uygulanabilen idari para cezası ile de yaptırıma bağlanması yolu seçilmiş olabilir. Ancak m.21/2 deki eylemlerin SPKn. m. 110/1/b ve c deki yaptırımların kapsamı içine girdikleri konusunda kuşkuluyum ve bence de asıl neden budur.

Bir başka neden ise m.21/2 de belirtilen eylem ve işlemler hakkında suç hukukunun hapis ve para cezası yaptırımlarının uygulanıp uygulanamıyacağıdır. Bu konuda özellikle belirtmem gereken, SPKn. m.21/2 deki faaliyetler örtülü kazanç aktarımı sayılmaktadırlar. Bu yollama yada atıf kanımca ancak özel hukuk açısından ve idari önlemler açısından yapılmış olabilir. SPKn. m.21/2 deki eylemlerin SPKn. m. 110/1/b ve c deki yaptırımların kapsamı içine girmedikleri kanısındayım.

TTK m.202/1’de yer alan bu konudaki kuralın yada yasağın ihlalini bir denkleştirme ve bir tazminat , özel hukuk sorumluluğu olarak görmüş ve bir suç hukuku yaptırımına bağlamamıştır.

Zaten ticaret hukuku ve şirketler hukuku esas itibariyle tarafların özel dayatım ve takiplerine dayanır. Buna karşılık sermaye piyasası hukuku hem özel hem de kamusal takip ve dayatımları kullanır. Bu arada belirtmem gereken ***Pacces (2012*** ) kendi yararına işlemin ve kazanç aktarımı, çalma gibi ilişkili taraf işlemlerinin aksine gayretsizlik ve çabasızlığın bir hukuk ve kanun konusu olmadığını ve ceza yaptırımına bağlanmasının gerekli olmadığını söylüyor .

Sermaye Piyasası Kanunu m.21/2 , kanımca TTK m. 202 ye kıyasla bir yönüyle daha geniş ve genel bir nitelik taşırken diğer yönüyle daha dar bir tanımlama yaparak bu eylem ve işlemlerin ilişkili oldukları kişilerin kâr veya mal varlıklarını artmasına neden olması koşulunu aramıştır .

Diğer yandan idari para cezası uygulaması açısından da hükmün oldukça kaygan bir yapısı vardır. Burada iki unsur birlikte olmalıdır: (i) 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 (ii) bu sayılan eylem ve işlemlerin yada eylemsizliğin ilişkili oldukları gerçek veya tüzel kişilerin kârlarının ya da malvarlıklarının artmasını sağlaması.

Birinci unsuru kanıtlamak kanımca çok kolay değildir. Birinci unsur kanıtlansa bile bu yetmez ve ikincisi ile arasındaki illiyet bağının bulunduğunun da kanıtlanması gerekir. İlliyet bağınını belirlenmesi biraz sorunlu olabilir.

Bu nasıl olabilir. Örneğin bir gurubun diyelim ki aynı sektörde (yada ikame mal üreten bir alanda) faaliyet gösteren ve rekabet eden iki şirketi vardır. Bunların biri halka açık ve diğeri halka kapalı olsun. Kontrol eden ortağın halka açık şirketin bırakın temel ve önemli yatırımları biraz aktivitesini azaltması (mesela pazarlama faaliyetlerini azaltması, reklamlarını düşürmesi vd. gibi) halinde kapalı şirketin pazar payı, satışları ve karı artıyor ise m.21/2 deki durumun ortaya çıktığı söylenebilir. Hatta ikisi de halka açık şirket olsa ve diyelim ki hakim ortak birinde % 51 paya sahip diğerinde % 90 paya sahip olsun; ve % 51 paya sahip olunan şirketin faaliyetlerinin yavaşlatılması halinde kontrol eden ortağın %90 paya sahip olduğu şirket pazar payını ve karını artırıyor ise yine m.21/2 deki durum ortaya çıkabilir. Bu ilişki sadece az yada çok artma halinde değil az azalma ve çok azalma gibi durumlarda da uygulanabilir. Bu nedenle aynı sektörde birden fazla firması olan yada birbirine rakip ve ikame mallar üreten firmaları olan gurupların durumlarını bu hüküm açısından iyi değerlendirmeleri gerektiği kanısındayım.

c) Bu tür eylem ve işlemler için uygulanacak idari önlem ve yaptırımlar çeşitlilik göstermektedir.

Bu konuda ilk uygulanacak işlem yine SPKn m.21/4 deki önlemdir. Buna göre;

“ Kazanç aktarımının Kurulca tespiti hâlinde halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ile bunların iştirak ve bağlı ortaklıkları, Kurulca belirlenecek süre içinde kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflardan, aktarılan tutarın kanuni faizi ile birlikte mal varlığı veya kârı azaltılan ortaklığa veya kolektif yatırım kuruluşuna iadesini talep eder. Kendilerine kazanç aktarımı yapılan taraflar Kurulca belirlenecek sure içinde aktarılan tutarı kanuni faizi ile birlikte iade etmek zorundadır. “

SPKn.m.21/4 ile getirilen hüküm TTK tarafından getirilen denkleştirme ve istem hakkı tanınması ilkesinin bir yerde SPKn.na taşınmış bir tür özel hali gibi görünse de kanımızca kanundan doğan bir özel talep hakkıdır. TTK bu konuda ortağa yada zarara uğrayanlara talep hakkı verirken SPKn. işlemi Sermaye Piyasası Kurulu tarafından kullanılacak bir idari eylem ve işleme, önleme dönüştürmüştür. Ancak bu hükme rağmen TTK hükümleri uyarınca ortakların da talepte bulunma hakkının devam ettiğini ve şartları varsa idari işleme paralel olarak kullanılabileceğini belirtmek istiyorum. Kanımca bu konuda SPKr’nun denetleyici bir organ olarak devreye girmesi talebin yerine getirilmesini güçlendirecek bir mekanizmadır .

“Örtülü kazanç aktarımında uygulanacak tedbirler“ başlığını taşıyan m.94 ile şu hüküm getirilmiştir :

“ Kurul, 21 inci maddede belirtilen işlemlerde bulundukları tespit edilen halka açık ortaklıklar, kolektif yatırım kuruluşları ve bunların bağlı ortaklıkları ile iştiraklerinden denetleme sonuçlarının Kurul tarafından belirlenecek usul ve esaslar dâhilinde ortaklara duyurulmasını istemeye, Kurulca belirlenen tutarın tayin edilen süre içinde iadesi için dava açmaya yetkilidir. “

Burada SPKr. küçük ortakların hak ve çıkarlarını korumak için bir yerde onlar adına, tazmin ve denkleştirme amacına yönelik olduğunu söyleyebileceğimiz bir özel hukuk davası açma hakkına sahiptir .

Kaldıki m.21/4 uyarınca ilgilelerin aktarılan tutarı iade etmeleri ile sorumlulukları ortadan kalkmamaktadır ve yasaya göre “ Örtülü kazanç aktarımı yasağının ihlali ile ilgili 94 üncü ve 110 uncu maddeler ile ilgili mevzuatta öngörülen hukuki, cezai ve idari yaptırımlar saklıdır. “

Buradaki sorulacak bazı sorular vardır.

i) Birincisi, örtülü kazanç aktarımının bir suç olarak tanımlanıp hapis ve adli para cezası yaptırımına bağlanmasının isabetli bir hukuk politikası olduğu konusunda kuşkuluyum (Benzer düşünce Manavgat, 2015). Gerçekten de daha etkin olarak kamuyu aydınlatma, ilişkili taraf işlemlerinde bazı konularda ağırlıklı oy oranı, azınlığın çoğunluğu kuralının uygulanması, varlık devir yada alımlarında değerleme kurallarının sıkılaştırılması, dava açma haklarının kullanımın etkinleştirlmesi, ayrılma yada satma hakkının etkinleştirilmesi, tazminat yükümleri, idari yaptırımların etkinleştirilmesi gibi yöntem ve araçların örtülü kazanç aktarımını önleme konusunda daha etkili olacağını düşünüyorum. Nitekim, geçmiş uygulamalara bakınca hapis cezasına dayalı bu yolun sermaye piyasalarında etkin bir biçimde işlediğini söylemek de zordur.

ii) İkincisi, SPKn.’unda yer alan tanımlamalara baktığımızda şirketlerin ilişkili olduğu kişiler ile işlem yapmalarının, bu işlemler ticari hayatın normal akışına uygun olsalar bile önemli bir risk altında olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü kuralların kapsamının genişliği, kayganlığı, idari otoriteye verilen yetkiler ile birleşince ilişkili taraf ile yapılan herhangi bir işlem her an mahkeme kapılarına taşınabilecek bir işlem olarak görünmektedir.

iii) Üçüncüsü, örtülü kazanç ile ilgili kuralların kapsamının geniş ve kaypak olmasının yanısıra cezai yaptırıma bağlanarak suç olarak vasıflanması nedeniyle hem şirket gurupları üzerinde hem de idari otorite üzerinde politik bir baskı aracı haline dönüşebilmektedir. Bir gruba örtülü kazanç aktarımı nedeniyle açılan bir davanın başlangıcı ve sürmesi ilginç bir politik ve bürokratik süreç geçirmiştir.

iv) Dördüncüsü, SPKn., örtülü kazanç ve ilişkili taraf işlemlerinde kapsamı kanuna tabi olan halka açık ortaklıklar ile kolektif yatırım kuruluşlarının da ötesinde bunların iştirak ve bağlı ortaklıklarını kapsayacak şekilde genişletmiştir (***Yenidünya-Canpolat, 2014***). Bu şirketler SPKn. kapsamı içerisinde kalmamakla birlikte SPKn.m.21, 103, 110’da yer alan yasak ve yaptırımlara tabi tutulmuşlardır.

Kanun bu hükmü ile HAO’ların iştirak ve bağlı ortaklıklarının mal varlıklarını HAO’ın malvarlığı gibi düşünmüştür.

Kanun iştirak ve bağlı ortak tanımı yapmamıştır. Bağlı ortaklıktan anlaşılması gerekenin TTK m. ‘de yapılan tanım çerçecevesinde HAO’lığın sermayesinin tamamına sahip olduğu şirket yada teşebbüs olarak anlamak gerekir. Kanunun kapsamını bağlı şirketler doğru genişletmek belki bu açıdan haklı görülebilir. Ancak iştirak tanımı gibi belirsz bir kavrama suç hukuku yaptırımı bağlamanın isabetli olduğunu söylemek güçtür.

v) Beşinci konu, bir HAO ile onun bağlı ortaklığı arasında SPKn. anlamında örtülü kazanç ilişkisi olup olamayacağıdır. Bu ilişkinin kurulamayacağı kanısındayım. Bir başka deyişle, halka açık bir şirketle onun sermayesinin tamamına sahip olduğu bir şirket arasında yapılan işlemlerde örtülü kazancın varlığının iddia edilemeyeceği kanısındayım. Ancak, SPKn. açısından örtülü kazanç olarak nitelenmese bile bağlı ortaklık ayrı bir tüzel kişilkik olduğu için işlem vergi hukuku açısından örtülü kazanç aktarımı olarak nitelenebilir.

Yine kanunun ifadesini tersten okuyarak başka bir soruyu da sormak olasıdır. Eğer yasa, HAO’ın (herhangi bir oran yada başka bir kriter öngörmeden) iştirakini örtülü kazanç kapsamında düşünüyor ise, o zaman bir HAO ile onun iştiraki olan şirket arasındaki ilişkilerde örtülü kazanç aktarımı kuralları nasıl uygulanacaktır? Bu cevaplanması güç bir soru olarak durmakta ve her işleme göre ayrı değerlendirilmesi gereken bir ilişki söz konusu olmaktadır.

vi) İlişkili taraf işlemlerinde konu genelde işlem yapıldıktan sonra uygulanacak sürece odaklanmaktadır. Buna karşılık çözüm yöntemlerinden birisi işlem gerçekleşmeden önce uygulanacak süreçler de dikkate alınabilir (***Manavgat, 2015a).***