

**DANIŞTAY BAŐKANLIĐI'NA**  
**ANKARA**

**YÜRÜTMİYİ DURDURMA TALEPLİDİR.**

**DAVACI : VATANDAŐIN VERĐİSİNİ KORUMA DERNEĞİ (VAVEK)**

**Adres:** Tunus Caddesi No:57/1 06680 Kavaklıdere ANKARA

**Telefon:** (0312) 426 01 80 **Faks:** (0312) 426 63 63

**DAVALI : MALİYE BAKANLIĞI – ANKARA**

**DAVA KONUSU :** 03 Nisan 2007 tarihli ve 26842 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin (5.1) ve (5.6.2.2.2.) bölümlerindeki bazı ifadeler ile (15.6.6) bölümünün, Anayasa, 5422 sayılı Mülga Kurumlar Vergisi Kanunu, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na aykırı olması, bu düzenlemeleri yapma konusunda Maliye Bakanlığı'na kanunlarda herhangi bir yetki verilmemiŐ olması nedenleriyle söz konusu bölümlerin iptali ve yürütülmesinin durdurulmasına yönelik taleplerimiz Hk.

**1. OLAY:**

Bilindiği üzere 13.06.2006 tarih ve 5520 sayılı Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu, 01 Ocak 2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 21.06.2006 tarih ve 26205 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıŐtır. Söz konusu Kanunun yürürlüğe girmesinden sonrada 01 Ocak 2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere eski 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu yürürlükten kaldırılmıŐtır.

Yeni Kurumlar Vergisi Kanununun uygulamasına yönelik olarak da 3 Nisan 2007 tarih ve 26842 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde bazı düzenlemeler ve açıklamalar yapılmıştır. Bu açıklamaların bir kısmı yorumlayıcı, bir kısmı ise düzenleyici mahiyet taşımaktadır.

Söz konusu Genel Tebliğin (5.1) Bölümünde iştirak kazançları istisnasına, (5.6.) Bölümünde taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüĥan hakları satış kazancı istisnasına, (5.6.2.2.2.) Bölümünde buna bağlı olarak iştirak hisseleri, kurucu senetleri ve intifa senetlerinin tanımına, (15.6.6) Bölümünde ise avans kar payı dağıtımına ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Anılan Tebliğle yapılan düzenlemeler esas itibariyle 5520 sayılı Kanunun uygulanmasına yönelik olmakla birlikte bazı bölümlerinde Mülga 5422 sayılı Kanunun uygulanmasına yönelik açıklamalar da yapılmıştır.

Anılan Genel Tebliğin (5.1) bölümünde iştirak kazançları istisnasına ilişkin açıklamalar yapılırken; "...kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde edilen kâr payları da

kazancın elde edildiği ilk kurumda vergilendirilmektedir. Bu şekilde kâr payı elde eden kurumlarda da mükerrer vergilemenin önüne geçmek için **öteden beri uygulandığı üzere** kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde edilen kâr payları Kanunda iştirak kazançları arasında sayılmıştır. Aksi uygulama, aynı kazanç üzerinden mükerrer vergi alınma olasılığı ortaya çıkartır **ki bu istisnaya Kurumlar Vergisi Kanununun lafzında da yer verilmek suretiyle konuya açıklık kazandırılmış olmaktadır....**” denilmek suretiyle 5520 sayılı yeni Kurumlar Vergisi Kanununun iştirak kazançları istisnasını düzenleyen 5/1-a maddesine eklenen “....tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun kârına katılma imkânı veren kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde ettikleri kâr payları”nın da iştirak kazançları istisnasından yararlanabileceğine ilişkin düzenlemenin mülga 5422 sayılı Kanunun konuya ilişkin düzenlemesinin yer aldığı 8/1. maddesinde yapılmış olan düzenleme için de geçerli olduğu vurgulanmaya çalışılmıştır.

Aynı şekilde Genel Tebliğin (5.6.2.2.2.) bölümünde yapılan açıklama ile iştirak hisseleri satışı istisnasından faydalanabilecek iştirak hisselerinin tanımı yapılırken yine 5422 sayılı Mülga Kanunun bu istisna ile ilgili 8/12. maddesinde yer almayan ancak 5520 sayılı Kanunun 5/1-e bendine eklenen “kurucu senetleri ile intifa senetleri”nin satışından sağlanan kazançlara da istisna uygulanabileceğine ilişkin düzenlemeyle ilgili olarak, **“.....Mülga 5422 sayılı Kanunun uygulanmasında, kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar anılan Kanunun 8 inci maddesinin (12) numaralı bendine göre kurumlar vergisinden istisna edilmekteydi. 5520 sayılı Kanunda yapılan düzenlemeyle konuya Kanunun lafzında da yer verilmek suretiyle uygulamaya açıklık kazandırılmıştır.....**” denilmek suretiyle aynı uygulamanın Mülga 5422 sayılı Kanunun uygulaması açısından eskiden de geçerli olduğu vurgulanmaya çalışılmıştır.

Öte yandan aynı Genel Tebliğin (15.6.6) bölümünde ise “Avans Kar Payı Dağıtımı” başlığı altında, kurumlar vergisi mükelleflerinin geçici vergi dönemleri itibariyle hesaplanan karı belli şartlarla avans olarak dağıtabilecekleri ifade edilerek, hem kar dağıtımı yapılabileceği hem de avans kar payı dağıtımının şartları açıklanmış ve bu şekilde dağıtılan karlar için transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde düzenleme yapılmıştır.

Yukarıda bahsedilen, Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde yapılan açıklamalar ve yapılan düzenlemeler, aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacak gerekçelerle hem Anayasa’ya hem de 5422 sayılı Mülga Kurumlar Vergisi Kanunu ile 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine aykırıdır. Ayrıca yapılan düzenlemeler konusunda kanunlarda Maliye Bakanlığı’na verilmiş herhangi bir yetki de bulunmamaktadır.

Dolayısıyla anılan Genel Tebliğ’de yer alan söz konusu düzenlemelerin iptal edilmesi ve yürürlüklerinin durdurulması amacıyla 2575 sayılı Danıştay Kanunu’nun 24 ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 2 ve diğer maddeleri uyarınca bu davanın açılması gereği hasıl olmuştur.

## II. USUL HUKUKUNA İLİŞKİN AÇIKLAMALARIMIZ:

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2 nci maddesine göre, idari işlemler hakkında yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden biri ile hukuka aykırı olduklarından dolayı iptalleri için menfaatleri ihlal edilenler tarafından iptal davası açılabilir. Buna göre her hangi bir iptal davası açılabilmesi için, ortada bir idari işlem olması ve bu işlemde menfaatin ihlal edilmiş olması hususları gerekli şartlardır. Bu nedenle esasa ilişkin değerlendirmelerimize girmeden önce davamızda bu şartların mevcut olup olmadığı tartışılacaktır.

### A. İptalini İsteddiğimiz Genel Tebliğdeki Düzenlemeler Bağlayıcı İdari İşlem Mahiyetindedir:

İdari işlem; idari makam veya mercilerin idare işleriyle ilgili, kamu hukuku alanında tesis ettikleri tek taraflı, doğrudan uygulanabilir nitelikte (icrai) bir hukuki tasarruftur. Bu tanım dikkate alındığında yargı kararlarında da yerleşik içtihat haline geldiği üzere, bir idari işlemin dava konusu yapılabilmesi için kesin ve yürütülmesi zorunlu nitelikte olması gerekmektedir.

Bilindiği üzere İdare Hukukunun genel sistematığı içinde tebliğler de, tamim, genelge, genel yazı gibi esas itibariyle idarenin kendi bünye ve düzeniyle ilgili iç işlemlerden sayılmaktadır. Yani tebliğlerle normal olarak idarenin kendi iç işleyişiyle ilgili düzenlemelerin yapılması ve yapılan düzenlemelerin üçüncü kişiler açısından icrai nitelikte olmaması gerekir. Ancak uygulamada son yıllarda özellikle vergi kanunlarında yer almaları nerdeyse olağan hale gelen bazı yetki maddelerinin de etkisiyle vergi hukuku alanında üçüncü kişiler açısından sonuç doğuracak mahiyette tebliğlere sıkça rastlanılmaktadır. Bu yönüyle tebliğleri “yorumlayıcı mahiyetteki tebliğler” ve “düzenleyici (bağlayıcı) mahiyetteki tebliğler” olarak iki gruba ayırmak mümkündür. Bu açıdan baktığımızda; yorumlayıcı mahiyetteki tebliğlerin bir idari işlem sayılarak dava konusu edilmeleri mümkün değilken, düzenleyici mahiyetteki tebliğlerin ise idari işlem mahiyeti kazanmalarından dolayı idari dava konusu edilmeleri söz konusu olabilmektedir. Maliye Bakanlığı'nın mükellefler aleyhine açıklama ve düzenlemeler içeren tebliğleri mükellefler tarafından dava konusu edilmekte ve bu tebliğler yetki aşımı ve benzeri gerekçelerle iptal edilebilmektedirler. Mükellef lehine fakat hazine aleyhine açıklama ve düzenleme içeren tebliğler ise tebliği yayımlayanın İdare olması ve menfaati zarar gören tarafın bizzat idare tarafından temsil edilmesi nedeniyle dava açacak tarafı olmaması sebebiyle dava konusu yapılmamakta, sonuçta mükellefler lehine yapılan hatalı uygulamalar yasal bir hakmış gibi uygulanmakta ve yerleşmektedir. İşte bu gibi durumlarda, konuyla ilgili sivil toplum örgütlerinin yargı organlarımızca “menfaati ihlal edilen taraf” olarak nazara alınmaları ve Devlet (hazine) aleyhine gerçekleştirilen ve yasal dayanaklardan yoksun idari işlemlerin yargı denetimine tabi tutulmaları büyük önem arz etmektedir.

İptalini istediğimiz 1 seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin ilgili bölümlerindeki düzenlemeler sonuçları itibariyle “düzenleyici mahiyetteki tebliğ” kapsamına girdiklerinden iş bu davanın da konusunu oluşturmaktadırlar. Şöyle ki;

Söz konusu genel tebliğin iştirak kazançları istisnası ile ilgili (5.1) bölümünde yer alan ve iptal edilmesini talep ettiğimiz “...öteden beri uygulandığı üzere..” ve “...ki bu istisnaya Kurumlar Vergisi Kanununun lafzında da yer verilmek suretiyle konuya açıklık kazandırılmış olmaktadır...” şeklindeki ibareler, 5520 sayılı yeni Kurumlar Vergisi Kanununun iştirak kazançları istisnasını düzenleyen 5/1-a maddesine eklenen “...tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun kârına katılma imkânı veren kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde ettikleri kâr payları”nın da iştirak kazançları istisnasından

yararlanabileceğine ilişkin düzenlemenin, Mülga 5422 sayılı Kanunun konuya ilişkin düzenlemesinin yer aldığı 8/1. maddesinde yapılmış olan düzenleme için de geçerli olması gerektiği sonucunu doğurmakta ve geçmişte olmayan bir yasa hükmü varmış gibi yorum yapılarak yeni hükmün geçmişe yürütülmesi amaçlanmakta ve dolayısıyla geçmiş dönemlere ilişkin olarak, zamanaşımı süresi içerisinde yapılacak vergi incelemeleri için bağlayıcı nitelikte yeni bir düzenleme yaratılmış bulunmaktadır.

Aynı genel tebliğin (5.6.2.2.2) bölümünde yer alan ve iptal edilmesini talep ettiğimiz “...**Mülga 5422 sayılı Kanunun uygulanmasında, kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar anılan Kanunun 8 inci maddesinin (12) numaralı bendine göre kurumlar vergisinden istisna edilmekteydi. 5520 sayılı Kanunda yapılan düzenlemeyle konuya Kanunun lafzında da yer verilmek suretiyle uygulamaya açıklık kazandırılmıştır...**” şeklindeki ifade ile ise iştirak hisseleri satışı istisnasından faydalanabilecek iştirak hisselerinin tanımı yapılırken, yine 5422 sayılı Mülga Kurumlar Vergisi Kanunu’nun bu istisna ile ilgili 8/12. maddesinde yer almayan, ancak 5520 sayılı Kanunun 5/1-e bendine eklenen “kurucu senetleri ile intifa senetleri”nin satışından sağlanan kazançlara da istisna uygulanabileceğine ilişkin düzenlemenin, Mülga 5422 sayılı Kanunun uygulaması açısından geçerli olduğu vurgulanmaya çalışılmaktadır. Böylece yine geçmişte olmayan bir yasa hükmü sonradan konulan yasa hükmünden hareketle varmış gibi kabul edilerek, hem yeni bir hukuki durumun ortaya çıkmasına neden olunmakta, hem de zamanaşımı süreci içerisinde geçmişe yönelik olarak yapılacak vergi incelemeleri için bağlayıcı nitelikte bir düzenlemeye yol açılmaktadır.

Öte yandan, 1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin (5.1) bölümünde, geçmiş dönemlere, yani Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun uygulanmasına yönelik olarak kurucu senetler ile diğer intifa senetleriyle ilgili yapılan açıklamaların 5422 sayılı Mülga KVK’na aykırı olmaları nedeniyle, söz konusu tebliğ ile kanuni düzenlemelerin önüne geçilmektedir. Bunun yanı sıra yürürlükten kalkmış bir Kanunla ilgili düzenlemeler yapılmasının, mükelleflere yol gösterici nitelikte olması mümkün olmayıp, aksine bu düzenlemeler Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’na göre uygulamalarını yapmış olan mükelleflerin hukuksal durumlarını değiştirecek mahiyettedir. Bu niteliği itibarıyla Tebliğde yer alan söz konusu açıklamalar özellikle;

a – Varsa şu anda yargı aşamasında bulunan bazı vergi inceleme raporlarını etkileyebilecek,

b – Geçmiş dönemlerle ilgili olarak şu anda sürdürülmekte olan veya daha sonra yapılabilecek bazı vergi incelemelerini engelleyebilecek,

c – Mülga 5422 sayılı Kanun’un 8/1 ve 8/12 inci maddelerinde yer alan istisna hükümlerini kurucu ve intifa hisse senetlerinden elde edilen kar payları ve söz konusu senetlerin satışlarından elde edilen kazançlar için uygulamayan mükellefler aleyhine,

sonuçlar da doğurabilecektir.

Dolayısıyla bu yönüyle de söz konusu düzenlemeler bir idari işlem mahiyetini kazanmaktadırlar.

Genel Tebliğin (15.6.6) bölümünde yer alan “avans kar payı dağıtımı”na ilişkin düzenlemelerin yeni bir idari işlem olduğu hususu ise tartışılmayacak kadar açıktır. Söz konusu bölümde yapılan açıklamalarda, kanunlarda yer almayan bir durum ortaya çıkarılmakta, hiçbir yasal dayanağı olmayan düzenlemelerle hukuki sonuçlar yaratılmaktadır. Ayrıca bu uygulamadan yararlanmak isteyen mükelleflerin bazı şartları yerine getirmesi istenilerek onlara ilave yükümlülükler yaratılmaktadır. Bunlar yapılırken, “avans kâr payı dağıtılması halinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümleri

uygulanmayacaktır” denilmek suretiyle yasalara aykırı olarak kanunda yer alan bir verginin alınmaması gerektiği öne sürülmektedir. Bütün bu açıklamalar, söz konusu düzenlemenin icrai sonuçları olan idari bir işlem olduğunu açıkça ortaya koymaktadır.

## **B. Derneğimiz Açısından Menfaat Koşulu Gerçekleşmiştir:**

İdarenin yargısal yolla denetiminin en önemli, yaygın ve etkili aracı iptal davalarıdır. İptal davaları, idare hukukunun doğuşundan ve oluşumundan sonra ortaya çıkan idare hukukuna özgü dava türü olup, bu dava ile idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı incelenir. İptal davalarının bugün de kabul edilen klasik teorisine ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu hükümlerine göre bu davalar, idari işlem nedeniyle “menfaati ihlal” edilenler tarafından açılabilir. İş bu dava konusu düzenlemelerle Derneğimizin de menfaatleri ihlal edilmekte olduğundan, Derneğimiz açısından menfaat koşulu gerçekleşmiştir. Şöyle ki;

Bir örneği dava dilekçemiz ekinde yer alan Dernek Tüzüğüümüzün 3’üncü maddesinde aşağıdaki hükümler yer almaktadır:

“.....Dernek; Yukarıdaki gerçeklerin bilincindeki vatandaşlar arasında birlik, beraberlik ve dayanışma ortamı yaratarak; **vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin çağdaş hukuk devleti ilkelerine uygun konulması ve uygulanması**, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerdeki kayıp ve kaçakların azaltılması, kamu harcamalarının yerindelik ve gereklilik ilkelerine uygunluğunun ve saydamlığının sağlanması, yolsuzluklarca mücadele için:

- Araştırma yapar, yaptırır.

- Süreli ve süresiz gazete, dergi, broşür, kitap, bildiri, el ilanı gibi yayınlar çıkarır. Sesli, görüntülü, görsel ve benzeri iletişim araçlarını kullanır.

- Amaç ve hizmet konuları ile ilgili duyuru, toplantı, gösteri yürüyüşü, basın toplantısı, seminer, konferans, panel, sempozyum gibi çalışmalar yapar, hedeflerine uygun çalışmalara katılır, proje ve programlar geliştirir, **Dernek amaçlarını dikkate alarak**, kamu kurum ve kuruluşları ile **yargı organları nezdinde girişimlerde bulunur, dava açar, açılmış davalara müdahil olur....”**

Dernek Tüzüğüümüzün 20’nci maddesinin 14 numaralı bendi ise aşağıdaki gibidir:

**“20.14- Amacı doğrultusunda yargı organlarında dava açmak, açılmış davalara müdahil olmak üzere başvuruda bulunmak, müdahil olmak, davalara girmek, bu maksatla hukuksal destek almak ve sair gerekli işlemleri yerine getirmek.”**

1 seri nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin dava konusu yaptığımız bölümlerindeki düzenlemeler ile Maliye Bakanlığı’nca yetkisiz ve yasalara aykırı olarak, en azından Bakanlık denetim elemanları için bağlayıcı bir şekilde, onların yapacakları incelemelerde uygulanmak üzere, geçmişte alınması gereken bazı vergilerin alınmasından vazgeçilmekte, bu yönüyle yasaya uymayan bazı mükellefler için af çıkarma niteliğinde düzenleme yapılmakta, taraflar açısından yeni yükümlülükler doğuran işlemler yaratılmakta ve uygulamanın da bu açıklamalar doğrultusunda yapılması gerektiği ifade edilmektedir. Dolayısıyla davaya konu Genel Tebliğdeki düzenlemeler; vergilerin yasa ile konulup, yasa ile kaldırılması ilkesine aykırı olması, verginin ödeme gücüne göre alınması ve yasa önünde eşitlik ilkelerini ihlal

etmesi nedeniyle Tüzüğümüzün yukarıya alınan hükmü gereğince Dernek amacımızın gerçekleşmesini engelleyici niteliktedir ve vergilerini yasalara uygun ve tam olarak ödeyenlerin çıkarlarına aykırı olarak vergisini yasalara uygun ödemeyen mükelleflerden ödemedikleri vergilerin alınmaması sonucunu doğurması, bunun sonucunda da vergi ödeyenlerin daha fazla vergi ödemek zorunda kalmalarına yol açacak mahiyette olması nedeniyle menfaatlerimizin ihlal edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

Amaçlarında biri de “vergi, resim, harç ve benzeri yükümlülüklerin çağdaş hukuk devleti ilkelerine uygun konulması ve uygulanması, vergi ve benzeri mali yükümlülüklerdeki kayıp ve kaçakların azaltılması” olan Derneğimiz, sivil toplum örgütlerinin idare üzerindeki sivil denetiminin giderek daha çok kabul gördüğü çağdaş dünyanın da gereği olarak davada taraf olarak kabul edilmelidir. Derneğimizin taraf olarak kabul edilmesi, toplumumuzda “sorumlu vatandaş” anlayışının yerleşmesine, “bana ne” diyen vatandaş yerine, vergisini ödeyen ve hesap soran çağdaş vatandaş olma bilincine ulaşılmasının yolunun açılmasına yardımcı olacaktır. Yine Sayın Mahkemenizin bu çağdaş anlayışı kabul etmesi, vatandaşların sivil toplum örgütleri vasıtasıyla Ülkenin yönetilmesine katkıda bulunmalarını teşvik ederek Ülkemizde katılımcı demokrasinin gelişmesine de katkıda bulunacaktır. Diğer taraftan, Derneğimizin davaya taraf olarak kabul edilmesi, İdarenin Devlet aleyhine yaptığı hatalı işlemlerin de yargı denetimine tabi tutulabilmesinin yolunu açacaktır. Böyle bir yaklaşım, kamunun aleyhine yapılan düzenlemelerde menfaati ihlal olan tarafın kamu olması, kamunun İdare vasıtasıyla temsil edilmesi ve İdarenin de kendi işlemini iptal için dava açmaması nedeniyle, kamunun aleyhine ve/fakat belli sayıdaki kişilerin lehine yapılan hatalı düzenlemelerin sivil toplum örgütleri vasıtasıyla yargı denetimine tabi tutulabilmesinin yolunu açacaktır. Bu davranış şeklinin toplumun davranış şekli haline gelmesi ise Ülkemizdeki yanlış uygulamaların azalmasına yol açacağı gibi yolsuzluklarla mücadelede de etkili bir rol oynayacaktır.

Öte yandan, Derneğimiz üyelerinin büyük bir kısmı Yeminli Mali Müşavir, Serbest Muhasebeci Mali Müşavir ve Serbest Muhasebeci olarak faaliyette bulunmaktadırlar. Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8/1 inci maddesinin uygulanmasında, Maliye Bakanlığı'nın o dönemdeki uygulamaları ve düzenlemelerini dikkate alarak, 3568 sayılı Kanun çerçevesinde görev aldıkları mükellef kurumlarda kurucu senetleri ile intifa senetlerinden elde edilen kar paylarını iştirak kazançları istisnasına tabi tutturmamışlar, söz konusu hisselerin satışından doğan kazançları anılan Kanunun 8/12 inci maddesi kapsamında vergiden müstesna kıldırılmamışlardır. Yani müşterileri olan kurumların fazla vergi ödemelerine neden olmuşlardır. Bu uygulamaların bir kısmının zamanaşımı nedeniyle düzeltilmesi de mümkün değildir. Dolayısıyla 1 seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde konuyla ilgili olarak yapılan düzenlemeler, Derneğimiz menfaatlerinin yanı sıra, üyelerinin bir kısmının da menfaatlerini ihlal ettiğinden, Derneğimizin olaya müdahil olmasını bu yönüyle de Sayın Sayın Mahkemenizin takdirlerine sunmak istiyoruz.

Yapılan bütün bu açıklamalar, Derneğimizin 1 seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde yapılan Anayasa ve Kanunlara aykırı düzenlemeler nedeniyle menfaatinin ihlal edildiğini ve dolayısıyla söz konusu düzenlemelerin iptal edilmesi için dava açabilme ehliyetinin bulunduğunu ortaya koymaktadır.

### III. DAVA NEDENLERİMİZ:

#### A. 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin (5.1) ve (5.6.2.2.2.) Bölümlerindeki Bazı İfadelerin Anayasa, 5422 Sayılı Mülga Kurumlar Vergisi Kanunu, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'na Aykırılığına İlişkin İddialarımız:

Söz konusu iddialarımızı açıklamadan önce kurucu ve intifa senetleri ile ilgili yasal düzenlemeleri Sayın Mahkemenizin bilgilerine sunmak istiyoruz.

#### 1- Kurucu ve İntifa Senetlerinin Türk Ticaret Kanunu Açısından Değerlendirilmesi:

##### a) İntifa Senedi:

Sahibine malvarlığına bağlı haklar sağlayan hisse senetlerinin aksine, anonim şirketlerde herhangi bir payı temsil etmeyen, bu nedenle hissedarlık hakkı sağlamayan kara, tasfiye sonucundaki artışa katılma veya çıkarılacak yeni payları alma hakkı sağlayan kıymetli evrak, bazen de menkul kıymet niteliğini haiz bulunan senetlere intifa senedi denir.

T.T.K.'nun 402 ve 403'üncü maddelerinde düzenlenmiş olan intifa senetleri söz konusu maddelerde tarif edilmemiş, ancak intifa senetlerinin kimlere hangi amaçlarla, nasıl verileceği ve sağladığı haklar belirlenmiştir. İntifa senetleri, sahiplerine T.T.K. 403'üncü maddede sınırlı olarak sayılan mali haklardan bir kısmını veya tamamını sağlayabilen kıymetli evrak niteliğindeki senetlerdir. Söz konusu mali hakların gerçekleşmesi yasada öngörülen koşulların gerçekleşmesine bağlıdır.

İntifa senetlerini; anonim ortaklıklar tarafından şirket ana sözleşmesine göre, bedeli itfa edilen pay sahipleri, kurucular, şirket alacaklıları veya şirkete herhangi bir şekilde menfaat temin eden kimselere verilen ve yasada öngörülen şartlar dahilinde şirket kazancına, tasfiye karına iştirak veya sermaye artırımlarında yeni çıkarılacak paylarda ön alım hakkı sağlayan kıymetli evrak niteliğine haiz senetler olarak tanımlayabiliriz.

İntifa senetlerinin hukuki mahiyetlerini hisse senedi ile tahvil arasında yer alan bir anonim şirket hukuku müessesesi olarak nitelemek mümkündür.<sup>1</sup> Ancak intifa senetleri ile hisse senetleri ve tahviller arasında önemli farklılıklar bulunmaktadır.

İntifa senetleri şirket sermayesinin belli bir oranını teşkil etmediği ve hisse senedi vasfını taşımadığı için, sahiplerine hisse senedi sahiplerine sağladığı hakları sağlamaz. Sahiplerine ancak yasada ve şirket ana sözleşmesinde belirtilen hakları sağlar. Ortaklık sermayesinin belli bir kısmını oluşturmadıkları için itibari değerleri de yoktur. T.T.K. 403'üncü maddesinde de intifa senedi sahiplerine azalık hakkı verilemeyeceği belirtilerek intifa senetleri ile hisse senetlerinin ayrımı ve farkı açıkça gösterilmiştir. T.T.K. 403'üncü maddesinde "azalık" terimi ile hisse senedi sahipliği ifade edilmiş ve hisse senedi sahipliğinin sağladığı haklardan ancak bir kısmının tanınabileceği kabul edilmiştir.

İntifa senetleri, birçok noktada benzerlik göstermesine rağmen, tahvillerden de farklıdır. Gerçi, intifa senedi sahibi de, tahvil sahibi de ortaklığa karşı üçüncü kişi durumundadır ve her iki senet de malikine, ortaklığa karşı bir alacak hakkı verir. Ancak, tahvil sahibi, ortaklığa

<sup>1</sup> Mahmut BİRSEL, Anonim Şirketlerde Sermaye Payını Temsil Etmeyen Senetler, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 1966 Eylül sy.4.

yapmış olduğu karz karşılığı, esas itibariyle faiz ve vadesinde anapara alacaklısıdır, alacağı belirlidir, herhangi bir koşula bağlı değildir. Buna karşılık, intifa senedi sahibi, bu senedini ortaklığa, esas itibariyle herhangi bir ödemede bulunarak iktisap etmiş değildir, kendisine sağlanabilecek mali haklar içinde faiz yoktur, sağlanabilecek mali olanakların gerçekleşmesi, belirli koşulların gerçekleşmesine bağlıdır.<sup>2</sup>

Ticaret Kanunu'nun 403. maddesi karşısında, kelimenin en kesin anlamı ile intifa senetlerinin pay senedi niteliğinde olmadığı söylenebilir.<sup>3</sup> İntifa senetleri pay senetlerinden değişik bir hukuki niteliğe sahiptir.<sup>4</sup> **İntifa senetlerinin niteliği gereği sahiplerinin şirket sermayesine iştiraklerinden söz edilmesi mümkün değildir.** İntifa senetlerinin şirket sermayesinin belli bir oranını teşkil etmemesinden dolayı intifa senedi sahipleri ile şirket arasında ortaksal bir ilişki yoktur. İntifa senedi sahipleri, tamamıyla şirket dışında, anonim şirkete göre üçüncü kişi durumundadır.

İntifa senetlerinin, anonim şirketlerde herhangi bir sermaye payını temsil etmediklerinden dolayı T.T.K.'nin 399'uncu maddesi manasında itibari değerleri yoktur. Bu senetler hamillerine kara, tasfiye bakiyesine ve sermaye artırımında yeni paylara iştirak hakkı tanınır. Diğer hisse senetleri sahiplerine rey hakkı verdikleri halde, intifa senetleri bir rey hakkı bahşetmemektedirler. Diğer taraftan tasfiye sonunda hasıl olan zarara da iştirak etmezler. Diğer hisse senetleri karın tamamından hisse aldıkları halde, intifa senetleri esas mukavelede tespit edildiği şekilde kardan pay almaktadırlar

T.T.K.'nin 402'nci maddesine göre intifa senetleri bedeli itfa olunan pay senedi sahiplerine, kuruculara, ortaklık alacaklılarına ve şirketle ilgili diğer kişiler lehine çıkartılabilir.

#### **b) Kuruculara Tahsis Edilen İntifa Senetleri “Kurucu Senetleri” :**

Uygulamada kurucu hisse senetleri veya kurucu senetler olarak da adlandırılan bu tip intifa senetleri T.T.K. 298'inci maddesinde düzenlenmiş olup, T.T.K. 402 ve 403'üncü maddelerinde sayılan intifa senetlerinin özel bir türüdür. Bu tip intifa senetlerinin ortaklıkta herhangi bir payı temsil etmemesinden ve sahibine hisse senedinin sağladığı tüm hakları sağlamamasından dolayı kurucu hisse senedi olarak ifade edilmesi doğru olmayacaktır, zira kurucu senetler hisse senetlerinin bir türü değil intifa senetlerinin bir türüdür. Bu nedenle bu tip intifa senetleri, *kurucu intifa senetleri* veya *kurucu senetler* olarak ifade edilecektir.

Kurucu intifa senetleri, anonim şirketlerde sadece kuruluşunda veya sermaye artırma hallerinde kuruculara veya kuruluşta yahut sermaye artırımında önemli yararı görülen diğer kimselere ana sözleşme hükmü ile tanınan, sahiplerine T.T.K. 298'inci maddesi sınırları içinde kara iştirak hakkı sağlayan, başka bir hak vermeyen kurucu haklarını temsilen düzenlenen, nama yazılı ve bedelsiz olarak çıkarılan kıymetli evrak niteliğinde senetlerdir.<sup>5</sup>

Kurucu senetler anonim şirketlerin kuruluşunda önemli emek ve gayreti geçen kuruculara bedelsiz olarak verilir. Kurucu hakkının tanınması, kurucu senetlerin çıkartılabilmesi için kurucuların sermaye sağlanmasında, şirketin mevzuunun seçilmesinde, şirketin organize olmasında, ortaklığın kredi bulmasında, belli bir tekniği veya müşteri edinmesinde veya bunlara benzer konularda, her ortağın yapamayacağı derecede önemli hizmet ve katkılarda bulunmasının gerektiği kabul edilir. Kurucu intifa senetlerine pay sahibi olsun veya olmasın

<sup>2</sup> Prof.Dr.Oğuz İMREGÜN, Anonim Ortaklıklar, Yasa Yayıncılık A.Ş. Ankara 1989, sy.372

<sup>3</sup> Ömer Teoman, Anonim Ortaklıkta İntifa Senetleri, İstanbul 1978, sf: 48

<sup>4</sup> Fahiman Tekil, Şirketler Hukuku c: 2 Anonim Şirketler, İstanbul 1976, sf: 530

<sup>5</sup> Prof.Dr.Hayri DOMANIÇ, Anonim Şirketler Hukuku ve Uygulaması, sy.1069

herkes sahip olabilir. Pay sahibi tüm paylarını devir etse bile, kurucu intifa senetlerini devir etmemişse kurucu haklara sahip olmaya devam eder. Kurucu intifa senetleri açıkça devir edilmedikçe ortaklık payının devri kurucu hakların devri sonucunu sağlamaz. Zira kurucu intifa senetleri, ortaklık paylarından ayrı bağımsız olarak devredilebilen farklı bir tür kıymetli evraktır.

Kurucu haklarının kıymetli evrak niteliğinde senetlere bağlanması mümkünse de şart değildir. Kurucu intifa senetleri çıkarılmadan da kurucu haklar tanınabilir, kurucu haklar ana sözleşme ile oluşturulur. Kurucu intifa senetlerinin şekli T.T.K.'nda düzenlenmemiş, sadece kurucular lehine düzenlenecek intifa senetlerinin nama yazılı ve bedelsiz olması gerektiği belirtilmiştir. Kurucu senetlerin şeklinin T.T.K.'nda düzenlenmemesi sebebiyle kıymetli evrak niteliğine sahip kurucu intifa senetlerine nitelik ve niceliklerine uydukları oranda hisse senetlerinin içerik ve şekline ilişkin T.T.K.'nun 413'üncü maddesi hükmünün uygulanması gerekir.

Kurucu senetler diğer intifa senetleri gibi, sahiplerine T.T.K. 403'üncü maddesi uyarınca azalık hakkı vermez. Azalık hakkı olarak sahibine, pay sahiplerinin haiz olduğu hakları bahşetmez, yani intifa senedi sahibi ne mal varlığı ne yönetim haklarına ne de ortaksal anlamda denetleme ve bilgi alma haklarına sahiptir. Ancak T.T.K.'nun 403'üncü maddesi uyarınca sahibine safi kazanca veya tasfiye neticesine katılma veya yeni çıkarılacak hisse senetlerini alma hakları tanınabilecektir. Ancak tanınan bu haklar ortaksal nitelik taşımaz, yani bu haklar pay sahipliği hakkı olarak intifa senedi sahibine verilmiş değildir. Bu haklar katılma hakları olup kurucu intifa senedini hisse senedi ve tahvilden ayırır. İntifa senedinin bahşettiği katılma hakları, alacak hakları değildir ancak alacak hakkına dönüşürler.<sup>6</sup> Kurucu intifa senedinin sahibine sağladığı hak ortaklığa karşı ileri sürülebilecek şarta bağlı bir alacak olarak da ifade edilebilir. Bu hakkın doğabilmesi için kar elde edilmesi ve dağıtılmasının kararlaştırılması şarttır.

Kurucu intifa senetleri, T.T.K.'nun 402'nci maddesi gereği ilk esas sözleşmede derpiş edilmiş olmadıkça kurucular lehine ihdas olunamazlar. T.T.K.'nun 279 ve 289'uncu maddeleri uyarınca ani kuruluşta kurucu intifa senetlerinin miktarının ve sağladıkları hakların esas sözleşmede belirtilmesi; tedrici kuruluşta ise kuruluş genel kurulunca karara bağlanmaları gereklidir.

Türk Ticaret Kanunu'nun "Sağlanabilecek Hususi Menfaatler" başlığı altındaki 298'inci maddesinde; sermaye bütünlüğü ilkesinin korunması, diğer pay sahiplerinin kar payı alma haklarının gözetilmesi gayesiyle kurucular için ancak bazı koşulların bulunması halinde düzenlenebilen bu senetlerin yalnızca kuruculara verilmesini sağlamak ve kurucu intifa senedi çıkartılması uygulamasının kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla sınırlayıcı hükümler getirilmiştir.

Kuruculara şirketin kuruluşu sırasında sarf ettikleri emeğe karşılık olarak verilen kurucu intifa senetlerinin, anonim şirketlerde herhangi bir sermaye payını temsil etmediklerinden dolayı T.T.K.'nun 399'uncu maddesi manasında itibari değerleri yoktur. Bu senetler hamillerine kara, tasfiye bakiyesine ve sermaye artırımında yeni paylara iştirak hakkı tanınır. Diğer hisse senetleri sahiplerine rey hakkı verdikleri halde, kurucu intifa senetleri bir rey hakkı bahşetmemektedirler. Diğer taraftan tasfiye sonunda hasıl olan zarara da iştirak etmezler. Diğer hisse senetleri karın tamamından hisse aldıkları halde, kurucu intifa senetleri esas mukavelede tespit edildiği şekilde kardan pay almaktadırlar. Görülmektedir ki, kurucu intifa senetleri ile sermayeyi temsil eden hisse senetleri arasında önemli farklar bulunmaktadır.<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Ünal TEKİNALP, Reha POROY- Ersin ÇAMOĞLU Ortaklıklar Ders Kitabı, sy.543

<sup>7</sup> Hesap Uzmanları Kurulu Danışma Komisyonu Kararı, Yayın Sıra No:174, Genel Sıra No: 202-10, Karar Tarihi: 14.11.1972

Pay sahiplerine kar dağıtılmamış ise, kurucu senet sahiplerine de kar dağıtılmaz. Ancak, pay sahiplerine kar dağıtılmışsa (hangi oranda olursa olsun) , kurucu senet sahiplerine de kar dağıtılma zorunluluğu ortaya çıkar. Eğer, ortaklık genel kurulu aksi yönde bir karar verirse, bu karar kurucu senet sahiplerini bağlamaz. Çünkü genel kurul kararı pay sahibi olmayan ve sözleşme ilişkisi olan ve deyim yerinde ise, üçüncü kişi sayılan kurucu senet sahiplerinin haklarını ortadan kaldıramaz. Kar dağıtımını yönünden genel kurulca, olumsuz karar verilse de bu hak ortadan kalkmaz. Çünkü şirkette karın oluşumu ile birlikte kurucu senet sahiplerinin alacak hakkı doğmuştur. Kar dağıtımını yönünden genel kurul tarafından olumsuz karar verilse bile, normal kurum ortaklarının aksine kurucu senet sahipleri genel hükümlere göre ortaklık aleyhine alacak davası açarak, kar payını isteyebilirler. Genel kurulun kar dağıtımını konusunda kurucu senet sahipleri aleyhine karar alamamasının sebebi, kurucu senet sahiplerinin kural olarak pay sahibi olmaması ve şirkete göre üçüncü kişi durumunda olmasıdır.

Kurucu senetleri, sahiplerine azalık hakkı tanımadan sadece malvarlığına bağlı yararlanma yani safi alacaklılık hakları sağlayan bir tür katılmayı ifade eder. Kurucu intifa senedinin sahiplerine azalık hakkı tanımamasının temel nedeni, ortaklık sermayesine yansıyan bir karşılığının olmamasıdır. Bu nedenle kurucu intifa senedi sahibinin ortaklık sermayesi üzerinde herhangi bir hakkı söz konusu değildir. Bazı intifa senetlerinde sahibine tasfiye bakiyesine katılma hakkının tanınmış olması, senet sahibinin şirkete sermaye koymuş olmasından değil, şirket ile intifa senedinin ilk sahibi arasında varlığı kabul edilen sui generis sözleşmeye dayanmaktadır. Zaten, şirket lehine yararlı faaliyetler görmüş bulunanlar veya kurucular yahut sair hissedarlar lehine çıkartılan intifa senetlerinin bedelsiz verilmesi de sermaye içerisinde karşılıklarının olmadığına bir temel göstergesidir.<sup>8</sup>

Yapılan açıklamalar çerçevesinde kurucu intifa senetlerinin niteliği gereği kurucu senet sahiplerinin şirket sermayesine iştiraklerinden söz edilmesi mümkün değildir. Kurucu intifa senetlerinin şirket sermayesinin belli bir oranını teşkil etmemesinden dolayı kurucu intifa senedi sahipleri ile şirket arasında ortaksal bir ilişki yoktur. Kurucu intifa senedi sahipleri, tamamıyla şirket dışında, anonim şirkete göre üçüncü kişi durumundadır.<sup>9</sup>

## **2- Kurucu Ve İntifa Senetlerinin Vergi Kanunları Açısından Değerlendirilmesi:**

### **a. Gelir Vergisi Kanunu Açısından:**

Gelir Vergisi Kanunu'nun 75'inci maddesinde, “kaynağı ne olursa olsun aşağıda yazılı iratlar menkul sermaye iradı sayılır” denildikten sonra, maddenin (1) numaralı bendinde; “her nevi hisse senetlerinin kar payları (kurucu hisse senetleri ve diğer intifa hisse senetlerine verilen kar payları... dahil” denilerek, kurucu ve intifa senetlerinden gerçek kişiler tarafından elde edilen kar paylarının menkul sermaye iradı olarak vergileneceği ifade edilmiştir.

Görüldüğü gibi GVK'nun 75'inci maddesinde kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kar paylarının menkul sermaye iradı olduğu özellikle vurgulanmıştır. Kanun metninde “her nevi hisse senetlerinin kar payları” denilmesine rağmen bu ifadenin kurucu ve intifa senetlerini kapsamadığı da düşünülerek kurucu ve intifa senetleri ayrıca zikredilmiştir.

Yine GVK'nun değer artışı kazançlarını tanımlayan Mükerrer 80'inci maddesinde; “ivazsız olarak iktisap edilenler ile tam mükellef kurumlara ait olan ve iki yıldan fazla süreyle elde

<sup>8</sup> Dr.Bumin DOĞRUSÖZ, “İştirak Kazançları İstisnası ve Bazı Menkul Kıymet Gelirlerinin İstisna Açısından Değerlendirilmesi”, Yaklaşım, Ekim 1995, Sayı: 34

<sup>9</sup> Ünal TEKİNALP, Reha POROY- Ersin ÇAMOĞLU Ortaklıklar Ders Kitabı, sy.547

tutulan hisse senetleri hariç, menkul kıymetlerin veya diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar”ın değer artı kazancı olduğu belirtilmiştir. Buna göre gerçek kişilerin sahibi oldukları kurucu ve intifa senetlerini elden çıkarmak suretiyle elde ettikleri kazançların kanun maddesindeki şartlar dahilinde değer artışı kazancı olarak vergilenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

#### **b. Kurumlar Vergisi Kanunu Açısından:**

Kurumların sahip oldukları kurucu ve intifa senetlerinden elde ettikleri kar payları ile bunların satılmasından elde edilen kazançların vergilendirilmesi konusunu ise Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ve yeni 5520 sayılı Kanun hükümlerine göre değerlendirmek gerekir.

#### **i) Mülga 5422 Sayılı Kanuna Göre Durum:**

Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda yer alan hükümlere göre kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kar payları ile bunların satışından sağlanan kazançların vergilendirilmesine ilişkin hususlar aşağıdaki gibidir.

Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 8’inci maddesinin 1’inci fıkrasının 1’inci bendinde iştirak kazançları istisnası düzenlenmiştir. İlgili bendin 3946 sayılı Kanun’un 30’uncu maddesiyle değişik hükmü “*Kurumların, tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun sermayesine iştiraklerinden elde ettikleri kazançlar (Yatırım fonlarının katılma belgeleri ile yatırım ortaklıklarının hisse senetlerinden elde edilen kâr payları hariç) kurumlar vergisinden müstesnadır.*” şeklindedir.

Mükerrer vergilemeyi önleme adına ihdas edilen iştirak kazançları istisnasından yararlanma şartları kanun metninde; **kâr payı elde edilen kurumun tam mükellef olması** ve kâr paylarının **sermayeye iştirak dolayısıyla** elde edilmesi olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla eğer kâr payları dar mükelleften elde edilir veya sermayeye iştirak dolayısıyla değil de başka bir sebepten dolayı elde edilirse, Mülga 5422 sayılı KVK 8/1’de düzenlenen iştirak kazançları istisnasından yararlanılamayacaktır.

Öte yandan Mülga Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 8’inci maddesine 5281 sayılı Kanun’un 31’inci maddesiyle eklenen 12 numaralı bent ile iştirak hisseleri ile gayrimenkullerin satışından doğan kazançlara ilişkin istisna 01.01.2005 tarihinden başlayarak sürekli hale getirilmiş olup söz konusu hüküm aşağıdaki gibidir.

*“Kurumların, en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan iştirak hisseleri ile gayrimenkullerinin satışından doğan ve sermayeye eklenmesine karar verilen kazançları.*

*..... Bedelsiz olarak ya da rüçhan hakkı kullanılmak suretiyle itibari değeriyle iktisap edilen hisse senetlerinin iktisap tarihi olarak, sahip olunan eski hisse senetlerinin iktisap tarihi esas alınır. Menkul kıymet veya gayrimenkul ticareti ile uğraşan kurumların bu amaçla ellerinde bulundurdukları değerlerin satışından elde ettikleri kazançlar istisna kapsamı dışındadır.*

*..... istisnanın uygulanmasına ilişkin esas ve usûlleri tespit etmeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”*

Bu düzenleme ile 1984 yılından bu yana kurumların mali bünyelerinin güçlendirilmesi amacıyla, tam mükellef kurumların gayrimenkul ve iştirak hisseleri satış kazancı istisnasına ilişkin uygulama kalıcı hale getirilmiştir

Söz konusu istisna hükmünün uygulaması ile ilgili olarak Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanan 49 seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğine göre ise iştirak hissesi sayılan ve dolayısıyla istisna uygulamasına konu olacak kıymetler aşağıda yer almaktadır:

- Anonim şirketlerin hisse senetleri (Sermaye Piyasası Kanunu'na göre kurulan yatırım ortaklıkları hisse senetleri dahil, yatırım fonları katılma belgeleri hariç)

- Limited şirketlere ait iştirak payları

- Eshamlı komandit şirketlerin komanditer ortaklarına ait ortaklık payları

-İş ortaklıkları ve adi ortaklıklara ait ortaklık payları

Bu itibarla sadece yukarıda iştirak hissesi olarak sayılan kıymetler istisna uygulamasına konu olabilecektir.

## ii) Yeni 5520 Sayılı Kanuna Göre Durum:

Yeni 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda yer alan hükümlere göre kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kar payları ile bunların satışından sağlanan kazançların vergilendirilmesine ilişkin hususlar ise aşağıdaki gibidir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun “İstisnalar” başlığı altında düzenlenen 5’inci maddesinde kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kâr payları ile ilgili yeni bir düzenleme yapılmıştır. Kurumlar vergisinden istisna edilen kazançların düzenlendiği 5’inci maddenin 1’inci fıkrasına; kurucu senetlerden elde edilen kâr paylarının istisna kapsamında değerlendirileceğini hükmeden bir alt bent eklenmiştir. Kurumlar Vergisinden istisna edilen kurum kazançlarının düzenlendiği kısma eklenen söz konusu alt bent hükmü şu şekildedir; *“Tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun kârına katılma imkânı veren kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde ettikleri kâr payları”*

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 5’inci maddesinin 1’inci fıkrası’nın (a) bendinin (1) alt bendinde kurumların *“tam mükellefiyete tabi başka bir “kurumun sermayesine katılmaları nedeniyle elde ettikleri kazançlara”*, (2) alt bendinde ise *“tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun kârına katılma imkânı veren kurucu senetleri ile intifa senetlerinden elde ettikleri kâr paylarına”* yer verilmiştir. Böylece Mülga 5422 sayılı Kanunda bulunmayan bir düzenleme yeni Kurumlar Vergisi Kanununda yer almış ve kurucu senetler ile intifa senetlerinden elde edilen kar paylarının da iştirak kazançları istisnasından yararlanabilmesine imkan sağlanmıştır.

Öte yandan 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun “İstisnalar” başlığı altında düzenlenen 5’inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde iştirak hisseleri ile gayrimenkullerin satışlarından elde edilen kazançlara tanınan kurumlar vergisi istisnasına ilişkin olarak değişiklikler yapılmıştır. Yapılan düzenlemeye göre; *“Kurumların, en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan taşınmazlar ve iştirak hisseleri ile aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri ve rüçhan haklarının satışından doğan kazançların % 75'lik kısmı.”* Kurumlar vergisinden istisnadır.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile gayrimenkul ve iştirak hisseleri satış kazancı istisnası uygulamasına konu olacak iktisadi kıymetlerle ilgili olarak değişiklik yapılmış; istisnaya konu olan iktisadi kıymetlerin kapsamı genişletilmiştir. Önceki uygulamalarda sadece iştirak hisseleri ve gayrimenkuller istisna kapsamında yer almakta iken yeni Kurumlar Vergisi Kanunu'nda istisna kapsamına kurucu senetler ve intifa senetlerinin satışından doğan kazançlar da alınmıştır.

### **3. Yukarıda Açıklanan Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Kurucu ve İntifa Senetlerinden Elde Edilen Kar Payları Mülga 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Hükümlerine Göre İştirak Kazançları İstisnasından Faydalanamaz:**

Dava Konusu Genel Tebliğin (5.1) bölümünde iştirak kazançları istisnasına ilişkin açıklamalar yapılırken; "...kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde edilen kâr payları da kazancın elde edildiği ilk kurumda vergilendirilmektedir. Bu şekilde kâr payı elde eden kurumlarda da mükerrer vergilemenin önüne geçmek için **öteden beri uygulandığı üzere** kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde edilen kâr payları Kanunda iştirak kazançları arasında sayılmıştır. Aksi uygulama, aynı kazanç üzerinden mükerrer vergi alınma olasılığı ortaya çıkartır **ki bu istisnaya Kurumlar Vergisi Kanununun lafzında da yer vermek suretiyle konuya açıklık kazandırılmış olmaktadır...**" denilmek suretiyle 5520 sayılı yeni Kurumlar Vergisi Kanununun iştirak kazançları istisnasını düzenleyen 5/1-a maddesine eklenen "tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun kârına katılma imkânı veren kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde ettikleri kâr payları"nın da iştirak kazançları istisnasından yararlanabileceğine ilişkin düzenlemenin, mülga 5422 sayılı Kanunun konuya ilişkin düzenlemesinin yer aldığı 8/1.maddesinde yapılmış olan düzenleme için de geçerli olması gerektiği vurgulanmaya çalışılmak suretiyle eski Kanun uygulaması değiştirilmiştir.

Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 1'inci bendinde iştirak kazançları istisnası düzenlenmiştir. İlgili bendin 3946 sayılı Kanun'un 30'uncu maddesiyle değişik hükmü "*Kurumların, tam mükellefiyete tabi başka bir kurumun sermayesine iştiraklerinden elde ettikleri kazançlar (Yatırım fonlarının katılma belgeleri ile yatırım ortaklıklarının hisse senetlerinden elde edilen kâr payları hariç) kurumlar vergisinden müstesnadır.*" şeklindedir.

Söz konusu maddenin gerekçesinde İştirak Kazançları İstisnası ile ilgili olarak "bir kurumun başka bir kurumun sermayesine iştirakinin bulunması halinde, elde edeceği iştirak kazançları, daha önce iştiraki bulunduğu kurum bünyesinde vergilendirilmiş olacaktır. Kurumlar vergisine ve gelir vergisi tevkifatına tabi tutulmuş olan kar paylarının mükerrer vergilendirilmemesi amacıyla iştirak kazançları bu bentte istisna olarak düzenlenmektedir. Böylece, **kurumların tam mükellefiyete tabi bir kuruma ortak olması halinde**, bu kurumdan elde edilen kar paylarının kurum kazancından indirilmesi sağlanmaktadır" şeklinde açıklama yapılmıştır. Söz konusu istisnanın amacı, gerek yukarıya alınan madde gerekçesinde, gerek Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na ilişkin 47 seri no.lu Genel Tebliğde belirtildiği gibi, aynı kazanç üzerindeki mükerrer vergilendirmeyi önlemektedir.

Kendine özgü kavram ve kurumları olan Vergi Hukuku'nun yorumlanmasına ilişkin olarak kanunda yer alan en önemli düzenleme V.U.K.'nun 3'üncü maddesinde yer almaktadır. Söz konusu madde hükmü şöyledir; "Vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunlarının hükümleri, konuluşundaki maksat, hükümlerin kanun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır."

Madde hükmünden anlaşılacağı üzere vergi hukukunda kanun koyucu yorum yöntemi olarak öncelikle lafzi yorum yönteminin kullanılmasına hükmetmiştir. Sadece lafzından yola çıkılarak kanun hükmünün tam olarak anlamlandırılmadığı (anlaşılamadığı), lafzın açık olmadığı durumlarda diğer yorum yöntemleri kullanılabilir. Vergi Usul Kanunu'nun öngördüğü yorum metoduna göre; olaya ilişkin kesin bir lafzın kanunda mevcut bulunmaması, lafzın açık olmaması halinde olay için uygulanacak işlem tayin edilirken, çözüm yolu aranırken; önce vergi kanunlarının konuda takip ettiği maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle bağlantısı nazara alınmak suretiyle yorum yapılması gerekmektedir. Ancak olaya ilişkin kesin bir lafzın kanunda mevcut bulunması ve lafzın açık olması halinde ise diğer yorum metodlarına başvurulmayacaktır.

Kanun yorumunun temel ilkesi kanun metnidir. Anayasanın 73'üncü maddesinde düzenlenen vergide kanunilik ilkesi gereği verginin ancak kanunla konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması; yorumunun da kanun sınırları içinde yapılması sonucunu getirmektedir. Kanun metni olmadan herhangi bir kanun yorumu yapmak mümkün olmayacağı gibi kanun metninde açık bir ifade varken, kanun metninin açık ve net düzenlediği bir hususa karşı yapılacak işlem yorum yapma değil ancak yeni bir hukuk kuralı ortaya koymak olacaktır.

Nitekim Gelir Vergisi Kanununun 4369 sayılı Kanunla değişik 94'üncü maddesinin 1'inci fıkrasının 6'ncı bendinin b-ii alt bendi hükmüne göre "yatırım indirimi"nin vergi tevkifatına tabi olup olmadığı konusunda farklı yargı kararlarının ortaya çıkması üzerine Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, verdiği 19.07.2002 tarih ve Esas No : 2002/3 Karar No: 2002/3 sayılı kararında; "lafzın açık olması halinde kanunun gerekçesine bakılmayacağına, kanun metninde yatırım indiriminden bahsedilmediği için uygulanan yatırım indirimi tutarının stopaja tabi tutulamayacağı, dolayısıyla aksi yönde yapılan Maliye Bakanlığı düzenlemelerinin yasaya uygun olmadığı ve yapılması istenilen tevkifatın yasal olmayacağı gerekçesiyle stopajları kaldıran vergi mahkemesi ve bunu onayan Danıştay Dava Dairesi kararları doğrultusunda içtihadın birleştirilmesi" gerektiğini ifade etmiştir. Hatırlanacağı üzere, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararına konu olan olayda, ilgili Kanun maddesinin gerekçesinde yatırım indiriminin stopaja tabi olduğu konusu örnekle anlatılmış ve daha sonra değiştirilen kanundaki söz konusu hükmün gerekçesinde de bu husus vurgulanmıştı. Buna rağmen Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu, kanunun lafzı açık olduğu için gerekçesine bakılmasına gerek olmadığına hükmetmiştir.

Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8/1. maddesinde düzenlenen iştirak kazançları istisnası kapsamına **başka bir kurumun sermayesine iştiraklerden elde edilen kazançlar** girmektedir. Söz konusu kanunun lafzı açık ve net iken, lafız karşısında yorum yaparak; kanunun sistematigi, ilgili kanunun maddesinin amacı göz önüne alınıp vergi mükerrerliğinin söz konusu olacağı ifade edilerek sermayeye herhangi bir surette iştiraki sağlamayan ve göstermeyen kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kar paylarının Mülga KVK'nun 8/1. maddesinde düzenlenen iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini söylemek mümkün değildir. Kanun'un lafzı açık ve net iken yapılacak böyle bir yorum, yorum yapma değil yeni bir hukuk kuralı ortaya koymak olacaktır. Lafzın açık olduğu yerde kanunun amacına veya gerekçesine de müracaat etmeye gerek yoktur. Amaçsal yorum sadece lafzın açık olmadığı durumlarda hukuki bir anlam taşır. *Kaldı ki; ne Mülga 5422 sayılı Kanun, ne de 5520 sayılı Kanunun iştirak kazançları istisnası ile ilgili maddelerinin gerekçelerinde kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kar paylarının iştirak kazançları istisnasından faydalanabileceği şeklinde bir ifade de bulunmamaktadır.*

Mükerrer vergilemeyi önleme adına ihdas edilen iştirak kazançları istisnasından yararlanma şartları kanun metninde; **kar payı elde edilen kurumun tam mükellef olması** ve kar

paylarının **sermayeye iştirak dolayısıyla** elde edilmesi olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla eğer kar payları dar mükelleften elde edilir veya sermayeye iştirak dolayısıyla değil de başka bir sebepten dolayı elde edilirse, Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Madde 8/1’de düzenlenen iştirak kazançları istisnasından yararlanılamayacaktır.

Bir kurumun sermayesine iştirak edilmesi, söz konusu kuruma ait hisse senetleri ile ortaklık paylarına sahip olunmasıyla mümkündür. 49 seri nolu K.V.K. Genel Tebliği’nde iştirak hisselerinin menkul değerler portföyüne dahil tam mükellef kurumlara ait hisse senetleri ile ortaklık paylarını ifade edeceği belirtilmiştir. Tebliğde iştirak hisseleri; anonim şirketlerin hisse senetleri, limited şirketlere ait iştirak payları, eshamlı komandit şirketlerin komanditer ortaklarına ait ortaklık payları ile adi ortaklıklara ait ortaklık payları olarak sayılmıştır.

Konunun Ticaret Kanunu açısından değerlendirilmesi bölümünde yapılan yasal açıklamalar kısmında açıklandığı üzere; kurucu ve intifa senetlerinin anonim şirketlerde bir sermaye payını temsil etmemelerinden dolayı *söz konusu senetler şirkete sermaye bakımından herhangi bir iştiraki ifade etmezler*. Ticaret Kanununa göre kurucu ve intifa senetleri, hisse senedi veya ortaklık payı hükmünde bir senet değildir. Kurucu ve intifa senetleri sahipleri ile şirket arasında herhangi bir şekilde ortaklık ilişkisi yoktur. Kurucu intifa senetleri sahipleri, şirket dışında, anonim şirkete göre üçüncü kişi durumundadırlar.

Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 8’inci maddesinin 1’inci fıkrasının 1’inci bendi, tam mükellef kurumlardan elde edilen kar paylarının iştirak kazançları istisnasından yararlanmasını, **“sermayeye iştirak dolayısıyla elde edilmesi”** şartına bağladığına göre, sermayeye herhangi bir suretle iştiraki göstermeyen kurucu ve intifa senedi sahibi kurumların bu senetlerden elde edecekleri kar paylarının anılan istisna kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

İştirak kazançları istisnası, bilinen anlamda bir istisna olmaktan çok, vergi mükerrerliğinin önlenmesi amacını taşımaktadır. Bu açıdan kazancın başka bir kurumun sermaye yapısına ve mali bünyesine katkının karşılığı olarak elde edilmesi önem taşır. Kanun koyucunun “başka bir kurumun sermayesine iştirak” ibaresini, başka bir kurumun sermaye yapısına ve mali bünyesine katkının karşılığı olarak elde edilen kazançları kavramak amacıyla düzenlediği kabul edilebilir. Bu anlamda başka bir kurumun sermaye yapısına ve mali bünyesine katkının karşılığı olmayan, sermayeye herhangi bir suretle iştiraki göstermeyen kurucu ve intifa senedinden elde edilen kar paylarının Mülga KVK’nun 8/1. maddesinde düzenlenen iştirak kazançları istisnası kapsamında bir kazanç olduğunu söylemek mümkün olmayacaktır.

Eğer kanun koyucu sermayeye iştirak karşılığında (hisse senedi, ortaklık payı karşılığında) alınan kar payları ile sermayeye herhangi bir surette iştiraki göstermeyen, şirket sermayesinde bir payı temsil etmeyen kurucu ve intifa senetleri karşılığında alınan kar payları arasında İştirak Kazançları İstisnaları bakımından bir fark olmadığını, bunların birbirine benzer (türdeş) olduklarını düşünseydi; İştirak kazançları istisnasının düzenlendiği Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 8/1. maddesinde *“Başka bir kurumun sermayesine iştiraklerden elde ettikleri kazançlar”* ibaresini değil, *“Başka bir kurumdan elde ettikleri kazançlar, kar payları”* ibaresini kullanırdı.

Bu bağlamda kanun koyucu, şirket sermayesinin bir payını temsil etmeyen kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kar paylarının istisna kapsamında değerlendirilmesini murad etmemiştir. Kanun koyucu kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kar paylarının istisna kapsamında değerlendirmek isteseydi yukarıda belirtildiği gibi *“başka bir kurumun sermayesine iştirak”* şeklinde bir düzenleme yapmaz ve istisna şartlarından biri olarak ortaya

koymazdı. Kanun koyucu KVK'nun 8/1. maddesinde sadece sermayeye iştirak karşılığında (hisse senedi, ortaklık payından) elde edilen kazançları, kar paylarını istisna kapsamında değerlendirmiştir.

***Kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kar paylarının iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilmemesi halinde mükerrer vergilemenin gerçekleşeceği iddiasını irdeleyecek olursak;***

Mükerrer vergileme bir sonuçtur, iştirak kazançları istisnasından yararlanacak gelirlerin kapsamının belirlenmesinde bir kriter olamaz. Çünkü Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddenin istisnayı düzenleyen bendi söz konusu kriteri, "başka bir kurumun sermayesine iştirak" şeklinde belirlemiştir. Kurucu ve intifa senetlerinin ise her hangi bir kurumun sermayesine iştirak edilmesi ile bir bağlantısının olmadığı önceki bölümlerde yasal gerekçelerle açıklanmıştı. Kanunun açık ifadesi karşısında, genişletici yorum yoluna gidilmesi mümkün değildir. Vergilemede kanunilik ilkesinin sonucu olarak ortaya çıkan vergilemede genişletici yorum yasağı ilkesi, verginin kapsamı dışına çıkma konusunda veya istisnaların kapsamının belirlenmesi konusunda da geçerlidir.<sup>10</sup>

İştirak kazançları istisnasını düzenleyen Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8/1. maddesinde, 2362 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce sermayeye iştirak tutarının belli bir oranda (%10) olması ve son bilanço tarihinden en az bir yıl evvelinden beri devam ettirilmesi şartı aranmaktaydı. 2362 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle söz konusu şartlar kaldırılmış, iştirak kazancı istisnasının şartı "başka bir kurumun sermayesine iştirak etme" olarak belirlenmiştir. Söz konusu şartı öngören kanunun her halükarda vergilendirmede mükerrerliği önlemeyi amaçladığını söylemek yanlış olacaktır. Kanun ancak belirlediği şartlar dahilinde mükerrerliği önlemektedir. 2362 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle o şart da başka bir kurumun sermayesine iştirak edilmesi olarak belirlenmiştir.

2362 sayılı Kanun'dan önceki kanuni düzenlemede, bir kurumun sermayesine %10'dan daha düşük bir oranda iştirak edilmesi halinde, söz konusu kurumdan elde edilecek kar payı KVK'nun 8/1. maddesine göre iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilmemekteydi. Bu durumda elde edilen kar paylarının elde eden kurum açısından ticari kazanç kapsamında değerlendirilerek vergilendirilmesi halinde de mükerrer vergileme hususu yine gündeme gelebilmekteydi. 2362 sayılı Kanun'dan önceki kanuni düzenlemede mükerrer vergilendirmeyi önlemek adına "%10'dan daha düşük bir oranda sermayeye iştirak edilmesi" halinde de kurumlardan elde edilecek kazançların iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilmesi kanuna aykırı olduğu gibi, mevcut kanuni düzenlemeye göre de "sermayeye iştirak karşılığında elde edilmeyen kazançların" iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilmesi kanuna aykırı olacaktır.

***Kanun koyucu mükerrer vergilendirmeyi önlemek için Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8/1. maddesinde düzenleme yapmış ancak şartlarını da ortaya koymuştur. Şartların ihlali halinde mükerrer vergileme hususu önlenmemiştir.***

Aynı şekilde 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda da mükerrer vergilemeyi önleme amacıyla getirilen bazı düzenlemelerde yine belli şartlar öngörülmüş ve bu şartların gerçekleşmemesi halinde mükerrer vergileme önlenmemiştir. Yani vergi kanunlarının her halükarda mükerrer vergilemeyi önlemek gibi bir kaygı ve misyonu yoktur. Ancak Kanunda öngörülen belli şartların gerçekleşmesi halinde mükerrer vergilemenin önlenebileceğine

<sup>10</sup> Dr.Bumin DOĞRUSÖZ, agm. Yaklaşım, Ekim 1995, Sayı: 34

ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Dolayısıyla sadece mükerrer vergilemenin önlenmesi gerekçesi, bir işlemin başka hiçbir şart aranmadan vergiden istisna edilmesini de gerektirmemektedir.

1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin (5.1.) bölümünde, geçmiş dönemlere, yani mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu uygulamasına yönelik olarak kurucu senetler ve intifa senetleriyle ilgili yapılan açıklamaların hukukun temel ilkelerine, vergi hukukuna ve mülga 5422 sayılı KVK'na aykırı olmalarının ve söz konusu tebliğ ile kanuni düzenlemelerin önüne geçilmiş olmasının yanısıra,

Tebliğde yer alan bahis konusu açıklamalar özellikle,

a – Varsa şu anda yargı aşamasında bulunan bazı vergi inceleme raporlarını etkileyebilecek,

b - Geçmiş dönemlerle ilgili olarak şu anda sürdürülmekte olan veya ileride yapılabilecek olan bazı vergi incelemelerini engelleyebilecek,

c – Mülga 5422 sayılı Kanun'un 8/1 inci maddesinde yer alan istisna hükmünü kurucu ve intifa hisse senetlerinden elde edilen kar payları için uygulamayan mükellefler aleyhine, sonuçlar doğurabilecektir.

#### **4. Yukarıda Açıklanan Yasal Düzenlemeler Çerçevesinde Kurucu ve İntifa Senetlerinin Satışından Doğan Kazançların da Mülga 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Hükümlerine Göre İştirak Kazançları Satış İstisnasından Faydalanması Mümkün Değildir.**

Kurum kazançlarının bir bölümü, kanunda belirlenmiş koşullar ve sınırlar içinde kurumlar vergisinden istisna edilmiştir. İstisna, kurum kazancına uygulanan objektif karakterli bir indirimdir. İstisna, kanunla vergiye tabi tutulması gereken bir konunun belli koşulların varlığı halinde yine vergi kanunlarıyla vergi dışı bırakılması olarak tanımlanabilir.

Mülga Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesine 5281 sayılı Kanun'un 31'inci maddesiyle eklenen 12 numaralı bent ile iştirak hisseleri ile gayrimenkullerin satışından doğan kazançlara ilişkin istisna 01.01.2005 tarihinden başlayarak sürekli hale getirilmiş olup söz konusu hüküm aşağıdaki gibidir.

*“Kurumların, en az iki tam yıl süreyle aktiflerinde yer alan iştirak hisseleri ile gayrimenkullerinin satışından doğan ve sermayeye eklenmesine karar verilen kazançları.*

*Sermayeye ilave edilme işleminin satışın yapıldığı yılı izleyen ikinci takvim yılının sonuna kadar gerçekleştirilmesi şarttır. Vadeli satış halinde, ilk yapılan tahsilatın iştirak hissesi veya gayrimenkulün maliyet bedeline ilişkin olduğu kabul edilir. Bu süre içinde sermayeye eklenmeyen kazanç kısmı için uygulanan istisna dolayısıyla zamanında tahakkuk ettirilmeyen vergiler ziyaa uğramış sayılır. Bankalara borçlu durumda olanlar ile bunların kefillerinin bu borçlara karşılık bankalara devrettikleri gayrimenkul ve iştirak hisseleri ile bankaların alacaklarına karşılık iktisap ettikleri gayrimenkul ile iştirak hisselerinin satışında iki tam yıl süreyle elde tutulma şartı aranmaz. Bedelsiz olarak ya da rüçhan hakkı kullanılmak suretiyle itibari değeriyle iktisap edilen hisse senetlerinin iktisap tarihi olarak, sahip olunan eski hisse senetlerinin iktisap tarihi esas alınır. Menkul kıymet veya gayrimenkul ticareti ile uğraşan*

*kurumların bu amaçla ellerinde bulundurdukları değerlerin satışından elde ettikleri kazançlar istisna kapsamı dışındadır.*

*Tam mükellef sermaye şirketleri dışındaki kurumlar ile dar mükellef kurumlarda, satıştan doğan kazancın sermayeye ilave edilmesi şartı aranmaz, bu kazançlar özel bir fon hesabında tutulur. Sermayeye eklenen veya fon hesabında tutulan kazançların beş yıl içinde; herhangi bir suretle işletmeden çekilmesi, dar mükellef kurumlar tarafından yurt dışına transfer edilmesi veya bu süre içinde işletmelerin tasfiyesi (devir, birleşme ve bölünme halleri hariç) halinde, bu kazançlar o yılın kazancı sayılarak vergiye tabi tutulur. Türk Ticaret Kanunu'nun 391 inci maddesinin bu suretle gerçekleştirilecek sermaye artırımına aykırı hükümleri uygulanmaz. İstisnanın uygulanmasına ilişkin esas ve usulleri tespit etmeye Maliye Bakanlığı yetkilidir.”*

Bu düzenleme ile, 1984 yılından bu yana kurumların mali bünyelerinin güçlendirilmesi amacıyla, tam mükellef kurumların gayrimenkul ve iştirak hisseleri satış kazancı istisnasına ilişkin uygulama kalıcı hale getirilmiştir.

İstisna uygulamasına konu olacak iktisadi kıymetler ise şöyledir;

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 12'nci bendinde yer alan istisnaya konu olabilecek kıymetlerden bir tanesi de “iştirak hissesi”dir. Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre “iştirak”ın kelime anlamı; ortaklık, ortak olma, paydaşıdır. Dolayısıyla “iştirak hissesi” tabiri de, şirketlere ortak olma hakkı tanıyan hisse veya hukuki durum olarak anlaşılmalıdır.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 12'nci bendinde yer alan “iştirak hisseleri” deyimini, 49 seri nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği gereğince menkul değerler portföyüne dahil hisse senetleri ile ortaklık payları olarak anlamak gerekir.

Konuya ilişkin olarak yayımlanan 50 seri nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği'nde iştirak hissesinin GVK'nın 38'inci maddesine göre maliyet artış fonu uygulaması ile ilgili olarak yayımlanan 49 seri nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği'ne göre belirleneceği açıklanmıştır. 49 seri nolu tebliğe göre ise iştirak hissesi sayılan ve dolayısıyla istisna uygulamasına konu olacak kıymetler aşağıda yer almaktadır:

- Anonim şirketlerin hisse senetleri (Sermaye Piyasası Kanunu'na göre kurulan yatırım ortaklıkları hisse senetleri dahil, yatırım fonları katılma belgeleri hariç)

- Limited şirketlere ait iştirak payları

- Eshamlı komandit şirketlerin komanditer ortaklarına ait ortaklık payları

-İş ortaklıkları ve adi ortaklıklara ait ortaklık payları

Bu itibarla sadece yukarıda iştirak hissesi olarak sayılan kıymetler istisna uygulamasına konu olabilecektir.

Ticaret Kanunu ile ilgili bölümde de açıklandığı üzere kurucu ve adi intifa senetleri 49 seri nolu tebliğe göre iştirak hissesi sayılan ve dolayısıyla istisna uygulamasına konu olacak kıymetlerden değildir. **Zira intifa senetleri söz konusu tebliğde yer alan anonim şirket hisse senetlerinin, limited şirket iştirak paylarının, komanditer ortaklarına ait ortaklık paylarının bir türü değildir.**

İntifa senedi; yukarıda da açıklandığı üzere, herhangi bir payı temsil etmeyen, bu nedenle hissedarlık hakkı sağlamayan kâra, tasfiye sonucundaki artışa katılma veya çıkarılacak yeni payları alma hakkı sağlayan kıymetli evrak, bazen de menkul kıymet niteliğine haiz bulunan

kendine has özellikleri bulunan bir senettir. Bu nedenle intifa senetleri Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 8'inci maddesinin 1'inci fıkrasının 12'nci bendinde düzenlenen *İştirak Hisseleri ve Gayrimenkullerin Satışından Doğan Kazançlara İlişkin İstisna* uygulamasına konu olacak iktisadi kıymetlerden değildir.

5520 sayılı Yeni Kurumlar Vergisi Kanununda, iştirak kazançları istisnası ile ilgili 5/1-a maddesine Mülga 5422 sayılı Kanundaki düzenlemelerden farklı olarak *“Tam mükellefiyete tâbi başka bir kurumun kârına katılma imkânı veren kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde ettikleri kâr payları”* ibaresi, gayrimenkul ve iştiraklerin satış kazançlarını istisna eden 5/1-e maddesine ise Mülga 5422 sayılı Kanundaki düzenlemelerden farklı olarak *“aynı süreyle sahip oldukları kurucu senetleri, intifa senetleri”* ibaresi eklenmiştir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda kurucu senetlerden elde edilen kâr paylarının ayrı bir bentte düzenlenerek iştirak kazançları istisnası kapsamına alınması 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'na göre kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kazançların iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilemeyeceğini göstermektedir. Yapılan düzenleme Kanun koyucunun bu senetlerden elde edilen kâr paylarını sermayeye iştirak nedeniyle elde edilen bir kazanç olarak kabul etmediğini de ifade etmektedir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun yürürlüğünden önceki dönemlerde 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu hükümlerinin uygulanmasına devam edilecektir. Bu nedenle kurucu senetlerden elde edilen kâr paylarının, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun yürürlüğünden önceki dönemlerde iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 5'inci maddesinin 1'inci fıkrası, 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, Kanunun yayım tarihi olan 21.06.2006 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Bu nedenle kurumların, 01.01.2006 tarihinden itibaren tam mükellefiyete tabi kurumun kârına katılma imkanı veren kurucu senetlerden elde ettikleri kâr payları hakkında iştirak kazançları istisnasına ilişkin hükümler uygulanacaktır. 01.01.2006 tarihinden önce kurucu ve intifa senetlerinden elde edilen kâr payları ise, elde eden kurum açısından iştirak kazançları istisnası kapsamında değerlendirilemez.

Yapılan düzenlemelerin, sadece eski düzenlemeye açıklık getirmek amacıyla olduğu, yeni bir hüküm içermediği yani *“malumun ilanı”* olduğu şeklindeki bir gerekçeyi kabul etmek mümkün değildir. Çünkü bir kere önceki uygulamanın da yeni yapılan düzenleme gibi olduğu şeklinde hiçbir yasal düzenleme mevcut değilken aksi yönde pek çok düzenleme (örneğin 47 ve 49 seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği) bulunmaktadır. Ayrıca yukarıda zikredilen Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararında, bu şekilde vergi hukukunda malumun ilanı şeklinde bir düzenlemenin başka herhangi bir hüküm olmadan sadece gerekçelerden yola çıkılarak kabul edilemeyeceği de vurgulanmıştır.

Bu açıdan baktığımızda 5520 sayılı KVK'nun 5/1-e maddesinin gerekçesinde yer alan; *“esasen iştirak kazancı içersinde yer alan ve kardan pay alma amacı taşıyan kurucu senetleri ile intifa senetleri bentte ayrıca sayılmak suretiyle konuya açıklık getirilmiştir”* şeklindeki ifadelerin de yasal anlamda bir geçerliliğinin olmayacağı görülmektedir.

Bütün bu açıklamalarımız da iptalini istediğimiz genel tebliğ hükümlerinin ne eski ne de yeni kanunda yapılan düzenlemelere uygun olmadığını ve açıkça hukuka aykırı olduğunu, yapılan düzenlemelerin hiçbir hukuki gerekçe ve dayanağının bulunmadığını çok açık olarak ortaya koymaktadır.

1 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin (5.6.2.2.2.) bölümünde, geçmiş dönemlere, yani mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu uygulamasına yönelik olarak kurucu senetler ve intifa senetleriyle ilgili yapılan açıklamaların hukukun temel ilkelerine, vergi hukukuna ve mülga 5422 sayılı KVK'na aykırı olmalarının ve söz konusu tebliğ ile kanuni düzenlemelerin önüne geçilmiş olmasının yanısıra,

Tebliğde yer alan bahis konusu açıklamalar özellikle,

a – Varsa şu anda yargı aşamasında bulunan bazı vergi inceleme raporlarını etkileyebilecek,

b - Geçmiş dönemlerle ilgili olarak şu anda sürdürülmekte olan veya ileride yapılabilecek olan bazı vergi incelemelerini engelleyebilecek,

c – Mülga 5422 sayılı Kanun'un 8/12 inci maddesinde yer alan istisna hükmünü kurucu ve intifa hisse senetlerinin satışından elde edilen kazançlar için uygulamayan mükellefler aleyhine,

sonuçlar doğurabilecektir.

## **B. 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin (15.6.6) Bölümünde Avans Kar Payı Dağıtımı Konusunda Yapılan Düzenlemenin Yasal Dayanağı Olmadığı Gibi Düzenleme Kanunlara da Aykırıdır:**

### **1. Maliye Bakanlığı Avans Kar Payı Dağıtımı Düzenlemesi Yapmaya ve Bu Şekildeki Bir Düzenlemenin Usul ve Esaslarını Belirlemeye Yetkili Değildir:**

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra, yeni düzenlemelerin uygulanmasına yönelik olarak yayımlanan 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin "15.6.6. Avans Kâr Payı Dağıtımı" başlığını taşıyan bölümünde aşağıdaki açıklama yapılmıştır:

"Kurumlar vergisi mükellefleri, geçici vergi dönemleri itibarıyla doğan ticari kârları üzerinden avans kâr payı dağıtabileceklerdir. Mükelleflerce dağıtılabilecek avans kâr payı, geçici vergi dönemleri itibarıyla hazırlanan mali tablolarında yer alan kârlardan, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayrılmak zorunda olan yedek akçeler, vergi ve mali karşılıklar ile varsa geçmiş yıl zararlarının tamamı düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçemeyecektir.

Bir hesap dönemi içinde dağıtılabilecek toplam avans kâr payı da bir önceki yıla ait dönem kârının, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayrılmak zorunda olan yedek akçeler, vergi ve mali karşılıklar ile varsa geçmiş yıl zararlarının tamamı düşüldükten sonra kalan kısmının yarısını geçemeyecektir.

Aynı hesap dönemi içinde birden fazla avans kâr payı ödemesi yapılması durumunda, sonraki geçici vergi dönemlerinde ödenecek avans kâr payı hesaplanırken önceki dönemlerde ödenen avans kâr payları indirilecektir.

Gelir Vergisi Kanununda belirtilen esaslara göre birden fazla takvim yılına yaygın inşaat ve onarım işlerinde dağıtılabilecek avans kâr payı ise devam eden işlerin gerçekleşen maliyet ve hak edişleri arasındaki müspet farktan, kesinti suretiyle ödenen vergiler indirildikten ve varsa geçmiş yıl zararlarının tamamı ile kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayrılmak zorunda olan yedek akçeler düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçemeyecektir.

Avans kâr payı dağıtmak isteyen kurumların ana sözleşmelerinde avans kâr payı dağıtımı ile zarar doğması veya yıllık kârın dağıtılan avans kâr payını karşılamaması halinde avansın geri

çağrılmasına ilişkin hüküm bulunması; genel kurul kararıyla da ilgili yılla sınırlı olmak üzere yönetim kuruluna yetki verilmesi zorunludur.

Yönetim kuruluna avans kâr payı dağıtımını için genel kurul tarafından yetki verildiği takdirde, yönetim kurulu (Limited şirketlerde ortaklar kurulu) tarafından ilgili geçici vergi dönemine ilişkin beyannamenin verileceği tarihe kadar avans kâr payı dağıtımını hakkında karar alınması gerekmektedir.

Avans kâr payı dağıtımını yapılması halinde, dağıtılan kâr payları üzerinden elde edenin hukuki niteliğine göre vergi kesintisi yapılacaktır. Kesilen vergiler, avans kâr payı dağıtımının yapıldığı aya ait muhtasar beyanname ile beyan edilecektir.

Avans kâr payı dağıtımında kurum ortakları açısından elde etme, kurumun yıllık safi kazancının kesinleşip, nakden veya hesaben dağıtıldığı tarihte gerçekleşecektir. Şu kadar ki bu süre ilgili hesap dönemine ilişkin beyannamenin verildiği hesap döneminin sonunu geçemeyecektir.

Kurumlar vergisi beyannamesinde ya da birden fazla takvim yılına yaygın inşaat ve onarım işlerinin bitiminde, zarar doğması veya safi kazancın avans olarak dağıtımını yapılan kârdan düşük olması halinde, avans kâr payı dağıtmış olan kurumların, dağıtımını yaptıkları kâr payının kazançla karşılanamayan kısmını izleyen hesap döneminde kurumlar vergisi beyannamesinin verilme süresinin sonuna kadar geriye çağrılmaları gerekmektedir.

Geri çağrılan avans kâr payları üzerinden şirket tarafından kesinti suretiyle ödenmiş olan vergiler, bu işlemin yapıldığı vergilendirme döneminde 252 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliğinin “3. Gelir ve Kurumlar Vergisi ile İlgili Vergi Hatalarından Kaynaklanan İade İşlemleri” bölümünde yapılan açıklamalara göre mahsup veya iade edilecektir.

Avans kâr payı dağıtılması halinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak, hesap dönemi itibarıyla zarar doğması veya safi kazancın avans olarak dağıtımını yapılan kârdan düşük çıkması halleri dışında, avans olarak dağıtılan kâr payının kazançla karşılanabilen kısmının geriye çağrılması durumunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını hükümleri uygulanacaktır.”

İzleyen açıklamalarda ayrıntılı olarak belirtildiği üzere, 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin yukarıda yer verilen bölümünde, Kanunlarda düzenlenmeyen hususlar konu edinilmiş ve bu hususlar açıklanırken ya da düzenlenirken Kanunlarla Maliye Bakanlığı'na verilmiş herhangi bir yetkiye dayanılmamıştır. Vurguladığımız bu durum, basın yayın organlarında bazı akademisyenler tarafından da dile getirilmiş<sup>11</sup> ve söz konusu Tebliğ'in yukarıda yer verilen bölümüyle ilgili olarak, Maliye Bakanlığı'nın yetkili olmadığı bir alanda ve konuda, Tebliğ'le düzenleme yapmak suretiyle yasama organına ait bir yetkiyi kullandığı belirtilmiş ve Tebliğ'in ilgili bölümüyle getirilmek istenen düzenlemelerin hukuka aykırı olduğu ifade edilmiştir.

Aynı yaklaşımla, konunun tarafımızca değerlendirilmesinde ulaşılan sonuçlara aşağıda yer verilmiştir.

## **2. Kar Payı Dağıtımının Usul ve Esasları, Kamu Hukuku (Vergi Kanunları) Düzenlemelerinin Değil, Özel Hukuk (TTK, SPK) Düzenlemelerinin Konusuna Girmektedir:**

Ortaklıklarda kâr dağıtım süreci tamamen özel hukuk kurallarıyla düzenlenmiş ve bu çerçevede kar dağıtımının usul ve esasları genel olarak Türk Ticaret Kanunu'nda (TTK), özel olarak da (halka açık ortaklıklar bakımından) Sermaye Piyasası Kanunu'nda (SPK) hükme bağlanmıştır.

<sup>11</sup> Örnek değerlendirmeler için bkz; Dr.Bumin DOĞRUSÖZ, “Avans Kar Dağıtımını ve Yol Açacağı Sorunlar”, Referans Gazetesi, 09.04.2007; Doç. Dr. Hakan ÜZELTÜRK “Avans Kar Dağıtımında Yeni Problemler”, Dünya Gazetesi, 20.04.2007

Ortaklık hukukuyla bağlantılı olarak, halka açık olan veya olmayan şirketler bakımından genel esasları Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen kar dağıtımıyla ilgili hükümlere göre; safi ortaklık kazancı, yine aynı Kanun hükümlerine göre çıkarılan yıllık bilançoya uygun olarak belirlenecek (TTK md.457), ortaklar yıllık bilançoya göre belirlenen safi kardan pay alabilecekler (TTK md.533), dağıtımına konu edilebilecek kar payları ise, ancak yıllık bilançoya göre belirlenen safi kardan ve bu amaçla ayrılmış yedek akçelerden oluşabilecektir (TTK md.470).

Bu düzenlemeler gereği, genel esasları TTK (özel hukuk) hükümlerine tabi kılınan kar dağıtımını, “TTK hükümlerine göre hazırlanan ve genel kurul tarafından onaylanan yıllık bilançoda hesap ve tespit edilen safi kazancın, yine genel kurul kararıyla ortaklara sermaye payları oranında dağıtılması” şeklinde tanımlamak gerekmektedir.

Diğer yandan, hisse senetleri halka arz edilen (veya arz edilmiş sayılan) anonim şirketler genel olarak TTK hükümlerine, özel olarak da SPK hükümlerine tabi bulunmaktadır. Halka açık şirketlerde kar dağıtımını SPK'nun 15'nci maddesinde “Temettü ve Bedelsiz Payların Dağıtım Esasları” başlığıyla düzenlenmiş olduğundan, bu şirketlerin kar dağıtımını, esas olarak SPK hükümlerine göre yürütülecek; TTK'nun kar dağıtımına yönelik hükümlerinden SPK'nda yer alan hükümlere aykırılık teşkil edenler, halka açık şirketler bakımından uygulanmayacaktır. Ayrıca halka açık şirketlerin kar dağıtımınıyla ilgili olup, TTK'nda yer verilmeyen ancak özel Kanun niteliğindeki SPK'nda düzenlenen hükümler de, anılan şirketler için bağlayıcı olacaktır.

Yukarıda belirtilen özel hukuk alanındaki düzenlemeler dışında, vergi hukukunda kar dağıtımının usul ve esaslarını tespit etmeye ve düzenlemeye yönelik herhangi bir yasal hüküm bulunmadığı gibi, bu konuda düzenleme yapmaya yetki veren hüküm de bulunmamaktadır. Vergi hukukunda kar dağıtımına ilişkin olarak yer alan düzenlemeler, ticari karın tespit ve dağıtım esaslarını değil; ortaklık hukukuna göre yapılan kar dağıtımının vergi kanunları karşısındaki durumunu hükme bağlar. Vergi kanunlarında kar dağıtımını hedefleyen düzenlemeler, esas olarak Gelir Vergisi Kanunu'nun 94/6-b maddesi ile Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 15/2 maddesinde yapılmış olup; bu düzenlemelere, usul ve esasları özel hukuk hükümlerine (TTK ve SPK) göre tespit edilen kar dağıtımının vergisel sonuçlarını karşılama dışında bir anlam ve içerik yüklemek mümkün değildir. Esasen anılan vergisel hükümlerin, kar dağıtımının usul ve esaslarının belirlenmesi konusunda Maliye Bakanlığı'na sağladığı herhangi bir yetki de bulunmamaktadır.

Buna göre, ortaklıklarda kar dağıtımının usul ve esasları özel hukuk alanı (TTK, SPK) içerisinde yasal hükümlere bağlanmış; kamu hukuku alanına giren vergi düzenlemelerinde ise, sadece kar dağıtımının “vergiyi doğuran olay” olarak tabi olduğu vergileme rejimine yer verilmiştir.

Öte yandan yapılan düzenleme, herhangi bir yasal yetkiye dayanmamanın dışında, kendi içinde de çelişkiler ve haksızlığa yol açan ifadeler içermektedir.

Tebliğ'e göre, ana sözleşmelerinde bu konuda hüküm bulunan ve avans kâr dağıtımını yapacak yılda bu konuda şirket genel kurulu tarafından yönetim kuruluna yetki verilen şirketler, geçici vergi dönemleri itibariyle, yönetim kurulu kararı ile kâr dağıtabileceklerdir. Avans olarak dağıtılabilecek kâr tutarı, bir önceki yıl kârın, yedek akçeler, vergi ve karşılıkları düşüldükten sonraki kısmının yarısını aşamayacaktır. Dolayısıyla bir önceki yılı zararlı olan şirketler bu olanaktan yararlanamayacaklardır.

Ayrıca avans kâr payı, geçici dönem itibariyle hazırlanan mali tablolarda yer alan kârlardan vergi ve yedek akçeler, mali karşılıklar ve geçmiş dönem zararlarının tamamı düşüldükten sonra kalan kısmının yarısını aşamayacaktır. Bu düzenlemeden, avans kâr payı dağıtacak

kurumların geçici vergi dönemleri itibariyle bilanço ve gelir tablosu tanzim etmek zorunda oldukları anlaşılmaktadır.

Kurumlar vergisi beyannamesinde zarar doğması veya safi kazancın avans olarak dağıtımı yapılan kârdan düşük olması halinde, avans kâr payı dağıtmış olan kurumların, dağıtımını yaptıkları kâr payının kazançla karşılanamayan kısmını izleyen hesap döneminde kurumlar vergisi beyannamesinin verilme süresinin sonuna kadar geriye çağırımları gerekmektedir. Ancak bu arada avans kâr payını elde eden hissedar hisselerini devretmişse veya vefat etmiş ve hisseler mirasçılara geçmişse, devralanların veya mirasçıların geri ödemeye yanaşmaması halinde durumun ne olacağı sorusu da, boşlukta kalmıştır.

### **3. “Avans Kar Payı Dağıtım” Sadece Halka Açık Anonim Şirketler Tarafından ve Sermaye Piyasası Kanunu Hükümlerine Göre Yapılabilir:**

Bir önceki bölümde belirtildiği üzere, ortaklıklarda kar dağıtımının genel esaslarının düzenlendiği TTK’nda sadece yıllık bilançoya göre tespit edilen safi kazancın dağıtılabilmesine olanak sağlanması nedeniyle, yıl içerisinde bir veya daha fazla dönem esas alınarak avans mahiyetinde kar dağıtımını yapılmasına imkan tanınmamıştır.<sup>12</sup>

TTK’nun 364’ncü maddesinde “yılda bir kaç kere kazançlarını dağıtan anonim şirketlerde her dağıtım için, umumi heyeti toplantıya davet lazımdır.” hükmü yer alsa da; bu ibarenin anonim şirketlerde avans mahiyetinde kar payı dağıtımına imkan sağladığını ifade etmek mümkün değildir. TTK’nun anılan maddesinde yer alan hükmün cari yıl kazancıyla ilgili olmadığı ve yıl içinde bir kaç defa yapılabileceği kabul edilen kar dağıtımına esas olabilecek tutarların, henüz teşekkül etmemiş cari dönem kazancı (cari dönem yıllık bilançosuna göre tespit edilen kazanç) değil, sadece geçmiş yıl kazançları ve/veya geçmiş yıllarda ayrılan yedek akçelerden ibaret olacağı kesindir. Ancak, geçmiş yıl kazançları ve/veya geçmiş yıllarda ayrılan yedek akçelerin yıl içinde dağıtımına konu edilmesinin, tanım gereği “avans kar payı dağıtım” ile ilgisi bulunmamaktadır. Bu şekildeki bir dağıtımın “avans” olması söz konusu değildir, çünkü geçmiş yıl kazançları veya yedeklerinin pay sahiplerine dağıtımına karar verildiğinde, artık “avans” değil “kesin” kar payı dağıtımından söz edilebilir.

Yapılan açıklamalardan görüleceği üzere, yıllık bilançonun TTK’nun 369 ve 380’inci maddelerine göre hesap dönemi sonunda genel kurul tarafından onaylanarak kesinlik kazanmasından dolayı, bu işlemlerden önce hukuken safi kar mevcut değildir. Safi karın mevcut olmadığı bir durumda ise, hiç bir şekilde dağıtılacak kar payı da söz konusu olmayacaktır.

Diğer bir deyişle, yıllık bilanço T.T.K.’nin 457 ve 66’ncı madde hükümleri uyarınca “sonuç açıklama” esasına göre, bir yıllık faaliyet sonucunun saptanması için çıkarılır. Sonuç olumlu ise kar, olumsuz ise zarar söz konusudur. Yıllık bilançonun amacı Genel Kurulun üzerinde kanuna, esas sözleşmeye ve kendi kararlarına göre tasarruf edeceği yıllık safi karın tespit edilmesidir. Çünkü kar payı T.T.K. 457’nci madde hükmüne uygun olarak, ancak Anonim Şirketin yıllık bilançoya tespit edilen safi karından dağıtılabilir.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> TBMM’nin gündemindeki 08.02.2006 tarihli Türk Ticaret Kanunu Tasarısında “kar payı avansı” şeklinde bir müessese ihdas edilmesi öngörülmekle birlikte, Tasarı henüz yasallaşmadığından, yürürlükteki Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre ortaklıkların avans şeklinde kar payı dağıtımlarına imkan sağlayan düzenlemeden söz etmek olanaklı bulunmamaktadır. Buna göre, yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısında konunun ilk defa düzenleme konusu yapılması bile, mevcut Türk Ticaret Kanun hükümlerine göre avans kar payı dağıtımını yapılamayacağını açıklamak için yeterlidir. Kaldı ki, TBMM’nin gündemindeki Türk Ticaret Kanunu Tasarısı’nda temettü avansı ile ilgili olarak getirilmek istenen yeni düzenlemelerde (kar paylarının düzenlendiği 509’uncu maddede), kâr payı avansının Sermaye Piyasası Kanununa tâbi olmayan şirketlerde **Sanayi ve Ticaret Bakanlığı’nın** çıkaracağı bir tebliğ ile düzenleneceği belirtilmiştir.

<sup>13</sup> Tekinalp (Poroy, Çamoğlu) “Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku”, Beta Yayınları, İstanbul 1988, sy: 428

TTK hükümleri avans kar payı dağıtımına olanak sağlamamakla birlikte, SPK'nun 15'inci maddesinin 4'ncü fıkrasında 4487 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikle, halka açık anonim şirketlerin, TTK hükümlerine bağlı kalmaksızın, ortaklarına hesap dönemi kapanmadan önce avans mahiyetinde kar payı dağıtabilmelerine olanak sağlanmıştır. SPK'nun 15'inci maddesinin 4'ncü fıkrasının konuya ilişkin kısmı aşağıdaki gibidir:

“Halka açık anonim ortaklıklar, sermaye piyasası mevzuatına uygun olarak düzenlenmiş ve bağımsız denetimden geçmiş üçer aylık ara dönemler itibariyle hazırladıkları mali tablolarında yer alan karlarından, kanunlara ve esas sözleşmeye göre ayırmak zorunda oldukları yedek akçeler ile vergi karşılıkları düşüldükten sonra kalan kısmın yarısını geçmemesi, ana sözleşmelerinde hüküm bulunması ve genel kurul kararıyla ilgili yılla sınırlı olmak üzere yönetim kuruluna yetki verilmesi koşullarıyla temettü avansı dağıtabilirler. Her ara dönemde verilecek temettü avansı bir önceki yıla ait bilanço karının yarısını aşamaz. Önceki dönemde ödenen temettü avansları mahsup edilmeden ilave temettü avansı verilmesine ve temettü dağıtılmasına karar verilemez. Temettü avansı dağıtımına karar verilmesinde ve avansın ödenmesinde Türk Ticaret Kanununun, bilanço ve gelir tablosunun kabulüne ve karın dağıtılmasına ilişkin olup, bu madde hükmüne aykırı olan hükümleri uygulanmaz...”

Söz konusu değişikliğin gerekçesinde de, anonim şirketlerin cari yılın karına mahsuben avans mahiyetinde temettü dağıtabilme imkanlarının Türk Ticaret Kanun hükümleri çerçevesinde söz konusu olmadığı, bu şekildeki bir temettü dağıtımının “sermayenin ortaklara iadesi” anlamına geleceği belirtilmiş, halka açık anonim ortaklıkların cari yılın karına mahsuben temettü avansı dağıtabilmelerinin yolunu açmak için Sermaye Piyasası Kanunu'nun 15'inci maddesinde değişiklik yapıldığı ifade edilmiştir.

Buna göre, özel hukuk alanına giren kar dağıtımı konusuyla ilgili olarak TTK'nda “avans kar payı dağıtımı” ya da “temettü avansı” şeklinde bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu şekildeki düzenleme, halka açık anonim ortaklıklar bakımından SPK'nda hükme bağlanmış olup, ilgili Kanun hükümlerine uyulması şartıyla, sadece halka açık şirketler avans mahiyetinde kar payı dağıtımı yapabileceklerdir.

#### **4. “Avans Kar Payı Dağıtımı” Yapılması Halinde, Şirket Yönetim Kurulu ve Ortaklar Sorumlu Olacaktır:**

Önceki kısımlarda belirtildiği üzere, Türk Ticaret Kanunu izin ve yetki vermemesine rağmen, şirket yönetim kurullarının Maliye Bakanlığının yayımladığı genel tebliğde açıklanan “avans kar payı dağıtımı”ni yapmaları halinde, Türk Ticaret Kanununun müsaade etmediği bir yola gidildiği için, bir taraftan yönetim kurulu T.T.K.'nin 336/2'nci maddesi uyarınca sorumlu olacak ( anılan madde hükmüne göre, dağıtılan ve ödenen kar paylarının hakiki olmaması halinde yönetim kurulu gerek şirkete, gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsilen mesul durumuna düşerler.); diğer taraftan da pay sahiplerinin aldıkları kar paylarını 473'üncü maddeye göre geri ödemeleri zorunlu olacaktır. Pay sahipleri bu şekilde yapılan “avans kar payı dağıtımı” için iyi niyet iddiasında bulunamayacakları gibi, ortada bir ödünç ilişkisi bulunduğu savını da ileri süremeyeceklerdir.

#### **5. 1 Seri Numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 15.6.6. Bölümündeki Açıklamalarla 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13'ncü Maddesine Sınırlama Getirilmiştir:**

1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Tebliği'nin 15.6.6. bölümünde “Avans Kar Payı Dağıtımı” başlığıyla yapılan açıklamalarla, usul ve esasları özel hukuk (TTK, SPK) hükümleriyle belirlenebilecek olan kar dağıtımı konusunda “düzenleme” yapılmakla yetinilmemiş; ayrıca kamu hukukunda (vergi kanunlarında) mevcut bulunan bir kanun hükmüne dayanılmadığı halde, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13'ncü maddesinde düzenlenen “Transfer

Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını”na da sınırlama getirilerek, avans kâr payı dağıtılması halinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını hükümlerinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13. maddesinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını düzenlenmiş ve 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” denilmek suretiyle hangi işlemlerin örtülü kazanç dağıtımını sayılacağı açıklanmıştır.

Ne söz konusu 13. maddede ne de Kanunun başka bir maddesinde Maliye Bakanlığı’na transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını sayılan halleri belirleme veya bunları sınırlama yetkisi verilmiştir. Oysa anılan tebliğde yapılan düzenleme ile Maliye Bakanlığı, avans kar payı dağıtılması halinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını hükümlerinin uygulanmayacağını söylemek suretiyle, bu işlemlerin örtülü kazanç dağıtımını sayılmayacağını ifade etmektedir. Bu şekilde de kanunlarda yer almayan bir yetkiyi kullanarak ve vergide kanunilik ilkesine aykırı olarak, kanunların alınmasını öngördüğü bir verginin alınmasından genel tebliğle yapılan düzenleme ile vazgeçilmektedir.

## **6. Konu Hakkındaki Değerlendirmelerimiz:**

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun uygulamasıyla ilgili olarak yayımlanan 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 15.6.6. bölümünde “Avans Kar Payı Dağıtımını” başlığı altında yapılan açıklamaların değerlendirilmesinde, söz konusu tebliğin ilgili bölümünün;

- Yürürlükte olan 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nda bulunmayan bir konuyu düzenlediği,
- Sermaye Piyasası Kanunu’na tabi halka açık anonim şirketlerin, ancak anılan Kanun hükümlerine göre gerçekleştirebileceği “avans kar payı dağıtımını” konusunda, ilgili Kanun yetki vermediği halde, yeni usul ve esaslar getirdiği,
- Ayrıca 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını” hükümlerinin uygulanmasını da, yine ilgili Kanun’a aykırı şekilde, daha baştan sınırlamaya yöneldiği,

Sonucuna ulaşılmaktadır.

Bu tespit ve değerlendirmelere göre, 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin 15.6.6 bölümünde “Avans Kar Payı Dağıtımını” başlığı altında yapılan açıklamaların hukuka aykırı olduğu ve bu nedenle de uygulama imkanının bulunmadığı ortaya çıkmaktadır.

Diğer yandan, yine aynı Tebliğ açıklamalarıyla, Maliye Bakanlığı tarafından bütün ortaklıklar için getirilmeye çalışılan “avans kar payı dağıtımını”, sadece SPK’na tabi halka açık anonim şirketlerce yapılabilecek bir uygulama olmakla birlikte; açıktır ki, halka açık anonim şirketlerin “avans kar payı dağıtımını” anılan Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’i hükümlerine göre değil, Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri ile bu Kanun’un yetkili kıldığı makamların belirlediği düzenlemelere uygun olarak yapılabilecektir.

Özetle, konuya ilişkin olarak yapılan bir değerlendirmede de<sup>14</sup> belirtildiği üzere; “Kar dağıtımını düzenlemek, bu konudaki esasları belirlemek Maliye’nin ve vergi kanunlarının işi değildir. Konu ticaret hukukunun konusudur. Uygulamada konuyu sadece Sermaye Piyasası Kurulu halka açık ortaklıklar için düzenlemiştir. SPK’nun yaptığı düzenleme de vergi hukukunun değil, ticaret hukukunun bir parçasıdır. Üstelik SPK bu düzenlemesini Sermaye Piyasası Kanunu’nun verdiği açık yetkiye istinaden yapmıştır.

Halka açık anonim şirketlerle, halka açık olamayanlar arasında bir eşitsizlik olduğu da söylenemez. Zira halka açık olma, farklı bir statüdür ve doğal olarak kuralları da farklı olacaktır. Öte yandan bu eşitsizliğin varlığı kabul edilse bile, bunu düzeltmek Maliye Bakanlığı’nın görev ve yetki alanına girmez. Aksi halde Sanayi ve Ticaret Bakanlığı yahut Adalet Bakanlığı da vergi alanını düzenlemeye kalkar.”

#### IV. SONUÇ VE İSTEM:

Bu değerlendirmeler ışığında, dava dilekçemizin “**III. DAVA NEDENLERİ**” bölümünde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere;

1. 03.04.2007 gün ve 26842 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1 seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nin (5.1) bölümünde iştirak kazançları istisnasına ilişkin açıklamalar yapılırken; “...kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde edilen kâr payları da kazancın elde edildiği ilk kurumda vergilendirilmektedir. Bu şekilde kâr payı elde eden kurumlarda da mükerrer vergilemenin önüne geçmek için **öteden beri uygulandığı üzere** kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinden elde edilen kâr payları Kanunda iştirak kazançları arasında sayılmıştır. Aksi uygulama, aynı kazanç üzerinden mükerrer vergi alınma olasılığı ortaya çıkartır **ki bu istisnaya Kurumlar Vergisi Kanununun lafzında da yer verilmek suretiyle konuya açıklık kazandırılmış olmaktadır**” şeklindeki açıklama arasında yer alan “...öteden beri uygulandığı üzere” ve “...ki bu istisnaya Kurumlar Vergisi Kanununun lafzında da yer verilmek suretiyle konuya açıklık kazandırılmış olmaktadır” ifadelerinin;
2. Aynı Genel Tebliğin (5.6.2.2.2.) bölümünde, 5520 sayılı Kanunun iştirak hisseleri satışından sağlanan kazançların vergiden istisna edilmesine ilişkin 5/1-e maddesi ile ilgili açıklama yapılırken, 5422 sayılı Mülga Kanunun bu istisna ile ilgili 8/12. maddesinde yer almayan ancak 5520 sayılı Kanunun 5/1-e bendine eklenen “kurucu senetleri ile intifa senetleri”nin satışından sağlanan kazançlara da istisna uygulanabileceğine ilişkin düzenlemeyle ilgili olarak yapılan; “**Mülga 5422 sayılı Kanunun uygulanmasında, kurucu senetleri ile diğer intifa senetlerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar anılan Kanunun 8 inci maddesinin (12) numaralı bendine göre kurumlar vergisinden istisna edilmekteydi. 5520 sayılı Kanunda yapılan düzenlemeyle konuya Kanunun lafzında da yer verilmek suretiyle uygulamaya açıklık kazandırılmıştır**” şeklindeki ifadenin;

**Anayasanın 73. maddesine, vergi hukukunun temel ilkelerine, Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi ve Yeni 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu hükümlerine aykırı olduklarından iptaline,**

3. Aynı Genel Tebliğin “avans kar payı dağıtımı” başlıklı (15.6.6) bölümünün ise;

---

<sup>14</sup> Bumin DOĞRUSÖZ, a.g.m

Vergi yasalarında kar dağıtımıyla ilgili olarak düzenleme yapma veya konuya ilişkin usul ve esasları belirleme konusunda Maliye Bakanlığı'na verilmiş bir yetki bulunmadığı gibi, konunun esas itibariyle bir özel hukuk dalı olan Türk Ticaret Kanunu kapsamında olması, adı geçen Kanunda ise avans kar payı dağıtımı konusunda herhangi bir düzenleme bulunmaması, Sermaye Piyasası Kanunu'na tabi halka açık anonim şirketlerin, ancak anılan Kanun hükümlerine göre gerçekleştirebileceği "avans kar payı dağıtımı" konusunda, ilgili Kanun Maliye Bakanlığı'na yetki vermediğinden ve 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun "transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı" hükümlerinin uygulanmasını yetkisiz ve Kanun'a aykırı şekilde, daha baştan sınırlaması nedeniyle hukuka aykırı olarak kanunların alınmasını emrettiği bir vergiyi genel tebliğle kaldırdığı ve kamu zararına yol açacağı için;

**Anayasanın 73. maddesine, vergi hukukunun temel ilkelerine, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine aykırı olduğundan iptaline,**

- 4. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununa ilişkin 1 sayılı Genel Tebliğ'in yukarıda iptali istenen bölümleri için yürütmenin durdurulmasına,**
- 5. Yargılama giderlerinin davalı İdare üzerinde bırakılmasına,**

**Karar verilmesini saygılarımızla arz ve talep ederiz. 04.06.2007**

**EKLER:**

- 1) İmza Beyannamesi (2 Adet)**
- 2) Dernek Tüzüğü**
- 3) Yönetim Kurulu Kararı (2 Adet)**