

Dairesi	Karar Yılı	Karar No	Esas Yılı	Esas No	Karar Tarihi
VERGİ DAVA DAİRELERİ	2004	107	2004	78	10/10/2004

KARAR METNİ

ŞİRKET ORTAĞINA PARA AKTARILMIŞ OLMASININ TEK BAŞINA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ VARLIĞINI KANITLAMAYACAĞI, ORTAĞA AKTARILAN PARANIN ŞİRKET İŞLERİNDE KULLANILMADIĞININ, ŞİRKETİN DEFTER VE BELGELERİ İLE YAPTIĞI İŞLER İNCELENEREK SAPTANMASI GEREKTİĞİ HK.<

Kararın Düzeltmesini İsteyen: ? Mühendislik İnşaat Taahhüt Limited Şirketi

Vekili : Av. ?

Karşı Taraf : Boztepe Vergi Dairesi Müdürlüğü - ORDU

İstem Özet: Ortağına faizsiz para kullandırmak suretiyle örtülü kazanç dağıttığı iddiası ile 1998 yılı için adına salınan ağır kusur cezalı kurumlar vergisi ile vergi ziyayı cezalı gelir (stopaj) vergisi ve ek kurumlar vergisine karşı açtığı davada Ordu Vergi Mahkemesince 24.10.2001 günlü ve E:2001/74, K:2001/298 sayılı kararla; davanın kurumlar vergisi, gelir (stopaj) vergisi, ek kurumlar vergisi yönünden reddine, ağır kusur cezasının ise kusura çevrilmesine karar verildiği, vaki temyiz istemi üzerine Danıştay Dördüncü Dairesinin 8.10.2002 günlü E:2002/210, K:2002/3134 sayılı kararıyla; inşaat taahhüt işiyle uğraşan davacı şirketin 1998 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu; şirket ortağı ?'a şirket kasasından iş avansı adı altında nakit para verildiği, bu paranın geri ödenmediği, hem ortağı faizsiz olarak para kullandırılması, hem de banka kredisi için faiz ödenmesinin ticari teammüllere uymadığı, bu şekilde ortağına örtülü kazanç dağıtıldığı ileri sürülerek tarhiyat yapıldığı, Kurumlar Vergisi Kanununun 17 nci maddesinde tanımı yapılan örtülü kazanç dağıtımından söz edilebilmesi için, ortağına kaynak aktarılmış olması yeterli olmayıp, bu kaynağın hangi amaçla aktarılmış olduğunun ve ortak tarafından ne şekilde kullanıldığının, örtülü kazanç dağıtımına yönelik olup olmadığının belirlenmiş olması gerektiği, olayda ise yükümlü şirketin yapımını üstlendiği inşaat işleriyle ilgili olarak hakediş raporlarının düzenlenmesi sırasında aldığı avansların sipariş avansları hesabında izlendiği, aynı yıl içinde şirket ortağına iş avansı adı altında nakit ödeme yapıldığı ve bu ödemelerin iş avansı hesabında izlendiğinin anlaşıldığı, taşeronlardan belge temin edilemediği için bu hesabın kapatılmadığı, şirketin defter ve belgeleri ile hakedişlerinin incelenmesiyle bu hususun ortaya çıkacağı ileri sürüldüğü, buna göre, davacı şirketin iddiaları ile defter ve belgelerinin ve hakediş raporlarının bilirkişi incelemesi suretiyle karşılaştırılarak, ortağına yapılan ödemelerin iş avansı olup olmadığı, başka bir deyişle şirket işlerinde kullanılıp kullanılmadığının belirlenmesi ve bunun sonucuna göre karar verilmesi gerektiği gerekçesiyle, temyiz isteminin kabul edilerek mahkeme kararının bozulduğunu, ancak bozma kararına uymayan Ordu Vergi Mahkemesinin 28.4.2003 günlü ve E:2003/123, K:2003/196 sayılı kararıyla; olayda inşaat taahhüt işi ile uğraşan davacı şirketin 1998 hesap döneminde kasa hesabı sürekli olarak yüksek miktarda borç bakiyesi verdiği halde bankalardan kredi kullandığı, kullanılan kredilerin bir kısmının hesaplara yansıtılmadığı, nakit kaynaklarının bir kısmının 01.01.01998 tarihinden 31.10.1999 tarihine kadar iş avansı adı altında ortaklardan birine aktarıldığının, ihtirazi kayıt konulmaksızın imzalanmış olan 14.12.2000 tarihli inceleme tutanağı ile sabit olduğu, ortağına aktarılan paraların şirketin yapımını üstlendiği kooperatife ait konutların inşası sırasında kullanılan malzeme ve işçiliğe harcandığı, belgelendirilememesi nedeniyle harcamaların bu hesapta izlendiği iddia edilmekte ise de, Vergi Usul Kanununun 227 ve 228 inci maddelerinde giderlerin nasıl belgelendirileceği ve hangi giderler için ispat edici kağıt aranmayacağı kurala bağlandığı, olayların gerçekleştiği dönemde yüksek enflasyon bulunduğu, paranın zamansal dönüşümünün dahi önem taşıdığı ve paranın ortağına kullandırıldığı tarihlerle işlerin yaptırıldığı tarihler arasındaki uzun sürelerde ortaya çıkan menfaatin örtülü kazanç dağıtımını oluşturduğu, yükümlü şirket lehine hareketle yapılan araştırmalar sonucu bulunan emsal faiz oranı uygulanmak ve bulunan matrah farkı esas alınmak suretiyle davacı şirket adına re'sen tarh edilen kurumlar vergisi, gelir (stopaj) vergisi ve ek kurumlar vergisinde yasal isabetsizlik bulunmadığı, gelir (stopaj) vergisi, fon payı ve ek kurumlar vergisine bağlı olarak kesilen vergi ziyayı cezalarında yasaya aykırılık görülmediği, ancak, ihtilaf konusu fon payının dayanağını oluşturan kurumlar ve gelir(stopaj) vergileri matrahının davacı şirketin defterlerinde yer alan bilgilerden hareketle tespit edilmiş olması nedeniyle söz konusu kurumlar vergisine kusur cezası uygulanması gerektiği belirtildiğinden, bu vergi üzerinden hesaplanacak fon payı için de, ağır kusur cezası yerine kusur cezası uygulanması gerektiği gerekçesiyle kısmen terkin yolundaki kararında direndiği, Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 27.2.2004 günlü ve E:2003/292, K:2004/20 sayılı kararıyla, bu karara karşı yaptıkları temyiz isteminin reddedildiği, belirtilerek söz konusu paranın ortağına iş avansı olarak verildiği ve şirket işlerinde kullanıldığı, ödünç verilmediği, yapılacak bilirkişi incelemesi ile durumun tespit edilebileceği iddiaları ile kararın düzeltilmesi istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Karar düzeltme isteminin reddi gerektiği yolundadır.

Danıştay Tetkik Hakimi Gülşen BİŞKİN'in Düşüncesi: Kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı A.Kemal TERLEMEZOĞLU'nun Düşüncesi: Karar düzeltme isteminin Danıştay

Dördüncü Dairesinin bozma kararındaki esaslar uyarınca kabulü gerektiği düşünülmektedir.
TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunca, dosyadaki belgeler incelendikten sonra gereği görüldü:

Karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinin 1 inci fıkrasının (c) bendi uyarınca istemin kabulünü gerektirecek nitelikte bulunduğundan, yükümlü karar düzeltme isteminin kabulü ile Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 27.2.2004 günlü ve E:2003/292, K:2004/20 sayılı kararı kaldırıldıktan sonra yükümlü şirketin temyiz istemi incelendi:

Dosyanın incelenmesinden, inşaat taahhüt işiyle uğraşan davacı şirketin, ortağa aktarılan paranın iş avansı niteliğinde olduğu ve işletmede kullanıldığı, bu hesabın kapatılmamasının belgesi temin edilemeyen mal ve hizmet alışından kaynaklandığı, şirketin yapımını üstlendiği konut yapı kooperatifinin bir kısım işlerinin taşeronla verildiğinden paranın bir bölümünün buraya aktarıldığı, hakediş belgelerinde yazılı olan bir çok emtia ve hizmetin, belgesinin olmaması nedeniyle, kooperatif kayıtlarında giriş kaydının bulunmadığı, taahhüt edilen 210 konut ile sosyal tesisin sıhhi tesisat, asansör ve elektrik tesisatları yapıldığı halde yasal kayıtlarda işçilik gideri ve hizmet alımı gözükmediği, şirketin 26.11.1998 tarihinde düzenlediği hakediş bedelleri tutarı 413 milyar lira olmasına karşın, bu işlerle ilgili hizmet üretim maliyetinin 164 milyar lira olduğu, bu hususların şirketin defter ve belgelerinde inşaat işiyle ilgili olarak yer alan mal ve hizmet alımları ile kooperatife tanzim edilen hakediş belgelerinin kıyaslanmasıyla görüleceğini ileri sürerek dava açtığı anlaşılmaktadır.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 17 nci maddesinin 3 üncü fıkrasında şirketin kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alması veya vermesi halinde kazancın tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı kurala bağlanmıştır. Maddede tanımı yapılan örtülü kazanç dağıtımından söz edilebilmesi için ortağa kaynak aktarılması yeterli olmayıp, bu kaynağın hangi amaçla aktarılmış olduğunun ve ortak tarafından ne şekilde kullanıldığının, örtülü kazanç dağıtımının amaçlanıp amaçlanmadığının belirlenmiş olması gereklidir.

Olayda ise, dosyada mevcut inceleme raporunda, şirketten alınan paraların şirketin işlerinde değil, ortağın özel ihtiyaçlarında kullanıldığı yönünde bir tespit bulunmamaktadır.

Bu durumda, davacı şirket iddiaları ile defter ve belgeler ve hakediş raporları karşılaştırılarak, ortağa yapılan ödemelerin iş avansı olup olmadığı, bunların sipariş avansı hesabında izlenip izlenmediği hususlarının belirlenmesi ve hakediş ödemeleri ile yapılan işlerin boyutu gözönüne alınarak, ortağa aktarılan paranın şirket işlerinde kullanılıp kullanılmadığının yaptırılacak bilirkişi incelemesi ile saptanması ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, vergi asılları ve bunlara bağlı cezalar yönünden davayı reddeden vergi mahkemesi ısrar kararı hukuka uygun görülmemiştir.

Bu nedenlerle, yükümlünün temyiz isteminin kabulü ile Ordu Vergi Mahkemesinin 28.4.2003 günlü ve E:2003/123, K:2003/196 sayılı ısrar kararının bozulmasına, yeniden verilecek kararda karşılanacağından yargılama giderleri yönünden hüküm kurulmasına gerek bulunmadığına, 1.10.2004 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY

Karar düzeltme dilekçesinde ileri sürülen nedenler, 2577 sayılı Kanunun 54 üncü maddesi uyarınca kararın düzeltilmesini gerektirecek nitelikte görülmediğinden, istemin reddi gerektiği görüşüyle karara katılmıyoruz.

(DAN-KAR-DER; SAYI:6)

BŞ/ŞGK