

ANKARA YEMİNLİ MALİ MÜŞAVİRLER ODASI
Mevzuat İzleme ve Değerlendirme Komisyonu Kararı
Karar Tarihi : 09.02.2017
Karar Sayısı : 2017/197-3

Anahtar Kelimeler : Holding şirketin kredi kefaleti, finansman hizmeti, kredi garanti fonu.

İlgili Kanun Maddeleri: 1- TTK Md.7/11, 369, 519

2- 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Md. 483, 581.

3- 5520 sayılı KVK Md.30

4- KDVK Md. 272

Özeti: Holding şirketlerin bağlı şirketlere yaptığı kefalet hizmetinin KDV'nin konusuna girmediğine oy çokluğuyla karar verilmiştir.

I- İNCELEMENİN KONUSU:

Ankara YMM Odası Başkanlığı'nın 25.01.2017 tarih ve D.53/3133 sayılı yazıları ile bir Holding şirketinin, %51 den fazla ortaklık payına sahip olduğu ve tüzel kişilik olarak yönetim kurulu üyesi olduğu şirketin bankadan kullandığı krediye karşılık verdiği kefaletin bir "finansman hizmeti" olduğu gerekçesiyle, Kredi Garanti Fonu tarafından uygulanan emsal faiz tutarınca Holding şirkete yapılan KDV tarhiyatında hukuka uygunluk olup olmadığının değerlendirilmesi.

II- YAPILAN ÇALIŞMA VE İNCELEMELER

A- KONUyla İLGİLİ MEVZUAT

1- Holding Şirketlerin Hukuki Statüsü, Varlık Nedenleri ve Faaliyet Biçimi

Holding şirket kuruluşu için, özel hukuki formaliteler söz konusu değildir. Türk Ticaret Kanunu'nda, holding şirketlere, (yedek akçeyle ilgili hükümlerinin düzenlenmesi konusunda ve 519. Madde de "...başlıca amacı başka işletmelere katılmaktan ibaret olan holding şirketler..." ifadesiyle yer verilmiştir. Sadece, "amaç" unsuruna yer vermek suretiyle ve dolaylı bir şekilde değinilmiş, holding şirketin hangi şirket türünde kurulacağı konusunda açık bir hükme yer verilmemiştir.

Ancak, uygulamada, holdinglerin anonim şirket biçiminde kuruldukları görülmektedir. Bu yönüyle, ülkemizde, holding şirket kuruluşuna uygulamanın yön verdiği söylenebilir.

Sadece, başka şirketlerin sermayesine iştirak etmek maksadıyla (saf holding şeklinde) ve anonim şirket statüsünde holding şirket kuruluşuna İç Ticaret Genel Müdürlüğü özel izin vermektedir.

"Saf holding", kendileri sınaî ve ticarî faaliyette bulunmayan, amaçları esas itibariyle başka şirketlere iştirak etmek olan holding şirket türüdür.

Hem başka şirketlere iştirak eden hem de ticarî ve sınaî faaliyette bulunan holdinglere de "karma holding" tabir edilmektedir.

Doğrudan "holding anonim şirket" olarak kurulma yöntemi dışında, var olan bir şirketin "holding şirkete" dönüştürülmesi de mümkündür. Bu yöntemde, mevcut olan bir anonim şirketin ana sözleşmesinin ticaret unvanı ile amaç ve konu maddesinde değişiklik yapılması gerekmektedir. Ancak, bu değişiklik için de, Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'ndan izin alınması gerekir.

Burada dikkati çeken husus, gerek saf holding şirket için, gerekse karma holding şirket yapısı için İç Ticaret Genel Müdürlüğünden özel izin alınması gereğidir. Bunun amacı, bir yandan, Türk Ticaret Kanununda özel olarak düzenlenmemiş bir hususun Bakanlıkça yönlendirilmesi, diğer yandan, mevcut şirketler üzerindeki holding etkisinin kontrol edilebilmesidir.

Burada şu konunun açıklığa kavuşturulması da, - aşağıda yapılacak açıklamaların anlaşılabilirliği açısından- gerekli görülmektedir.

Holding Şirketler – Grup Şirketler farklılığı

Holding Şirketler bir tüzel kişilik statüsüdür ve kuruluşunda (yada ana sözleşmesinde) bu statü yer almaktadır. Amaç iştirak etmek ve iştirak edilen şirketleri kontrol etmektir. Zira, Holding şirketin varlığı ve devamı, iştirak edilen şirketin devamına, verimliliğine, karlılığına, kar dağıtabilmesine, değer kazanabilmesine bağlıdır. Holding şirketlerin, diğer şirketler üzerinde mutlak hakimiyetinin olması şart değildir.

Grup şirketler ise çoğu zaman aynı sermaye grubunun bir diğerine iştirakiyle oluşan, aynı sermayenin şirketler arasında aktarılmasıyla oluşan, daha çok, yönetim ve karar mekanizmasında etkin olmak ve genellikle “dayanarak korunma” güdüleriyle oluşan şirketler topluluğudur. Amaç holding şirketlerden farklıdır ve tek bir merkez yoktur. (Sadece bir pilot şirket söz konusu olabilir.)

Kuruluş amacı, faaliyet şekli, ticari ilişkiler ve beklentiler açısından holding şirketler, grup şirketlerden ayrılır. Ancak, hem grup şirketlerde “hakim şirket” hem de holding şirketler, iştirak ettikleri şirketlere karşı ticaret hukukundan ve ticari teamüllerden kaynaklanan aynı etik, geleneksel yada hukuki sorumluluklara sahiptir.

Statü farklılıklarına rağmen grup şirketlerin oluşum amacı ve faaliyet stratejisi holding şirketlerle büyük benzerlikler taşır. Her ikisinde de idari yönden temel amaç iştirak edilen şirketler arasında (grup içi) mali ve idari dengenin kurulması ve korunmasıdır.

2- Anonim şirket yönetim kurulunun/üyelerinin sorumlulukları:

Anonim şirket yönetim kurulunun sorumluluğu kavramı; idari, ticari ve mali ahengin tesisi ve korunması, tehlikelerin (risklerin) önlenmesi ve sermayeyi, sermayedarı koruma gibi fonksiyonları barındırmaktadır. Sorumluluğun bu şekilde fonksiyonlarının bulunması şirkete, alacaklılara ve ortaklara zarar vermeme veya koşulların gerçekleşmesi halinde zararlarının giderilmesini sağlamayı içerir.

Türk Ticaret Kanununun 369. Maddesine göre; Yönetim kurulu üyeleri ve yönetimde görevli üçüncü kişiler görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmek şirketin menfaatlerini dürüstlük kurallarına uyarak gözetmek yükümlülüğü altındadırlar. Buna göre yönetim kurulu üyeleri, kanundan ve esas sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini kusurlarıyla ihlal ettikleri takdirde hem şirkete hem pay sahiplerine hem de şirket alacaklılarına karşı sorumludurlar.

Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin sorumlulukları ve görevleri hakkındaki hükümler, sadece Türk Ticaret Kanununda değil, Medeni Kanun, Bankalar Kanunu, Borçlar Kanunu, Sermaye piyasası Kanunu, İcra İflas Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Tük Ceza Kanunu gibi çok sayıda mevzuatta yer almaktadır.

Konumuz itibariyle, yönetim kurulunun ve üyelerinin şirket tüzel kişiliğine ve hissedarlara karşı sorumluluğu, konu açısından, üç başlık altında toplanabilir:

a) İşletmenin ticari işlerine ilişkin yükümlülükler

İşletmenin idaresi yönetim kurulundandır. Yönetim kurulu, ticari işlemlerin, kurallı, kazançlı ve sorunsuz yapılmasını sağlamakla yükümlüdür. Dolayısıyla, şirketin faaliyetini sürdürebilmesini sağlamak yönetim kurulunun (ve üyelerinin) temel sorumluluğudur. Bu nedenle “yönettiği şirketle rekabet yasağı” kavramı ihdas edilmiştir. Zira, yönetim kurulu, hissedarlar adına hareket etmekte ve yönetimin her aşamasından sorumlu olmaktadır.

b) Sermayenin Korunmasına Dair Sorumluluklar

Yönetim Kurulu'nun (ve üyelerinin) sermayenin korunması konusundaki en önemli görevi, risklerin tespiti, sermaye kaybının önlenmesi, sermaye taahhüdünün izlenmesi, sermaye erozyonuna karşı çareler bulunması ve tedbirler alınmasıdır. Yerine göre kar dağıtımının düzenlenmesi, şirketin borç altına sokulması, piyasadan para toplanması, nakit akışının düzenlenmesi, sermaye taahhütlerinin izlenmesi, sermaye avanslarının kabulüne ve geri ödenmesine karar verilmesi gibi işlemlerdir.

c) Şirketin Üçüncü kişilerle olan ilişkisinde taraf olma durumu

Yönetim kurulu, şirketin icra organıdır. Hissedarların vekili olduğu kadar, şirketin de temsilcisidir. Bu temsil yetkisi şirket lehine kullanılmak zorundadır. Temsil yetkisinin üçüncü kişilere karşı kullanılmasında, sadece hukuki durumun çizdiği çerçevede içinde kalınması değil aynı zamanda ekonomik ve ticari menfaatin gerekleri de gözetilmek zorunluluğu bulunmaktadır.

3- Kefalet Akdinin Mahiyeti ve Çeşitleri

3.1. Kefalet Akdinin Mahiyeti

Kefalet sözleşmesi, kefilin bir başka şahsın alacaklısına karşı asıl borcun ifasından sorumlu olmayı taahhüt ettiği sözleşmedir. Borçlar Kanunu'nun 483 ve devamı maddelerinde hüküm altına alınmıştır. Kefalet sözleşmesinde 3 türlü ilişki bulunmaktadır. Bu ilişkiler kefil, alacaklı ve asıl borçlu arasındadır.

Kefalet sözleşmesinin genel nitelikleri:

- Kefilin borcu fer'i (bağımlı) borçtur. Bununla anlatılmak istenen doğumu, devamı ve ifa mecburiyeti açısından kefalet taahhüdü, asıl borca bağlıdır.
- Kefilin borcu tali borçtur. Bununla kastedilen asıl borçluya karşı takip yapıp semeresiz kalmadan veya rehne başvurulmadan kefile gidilemeyeceğidir. Talilik niteliği adi kefalette söz konusudur. Müteselsil kefalette asıl borçluya takip yapılmadan kefile başvurulabilecektir.
- Kefalet sözleşmesi kural olarak **ivazsız bir sözleşmedir. Kefil tek taraflı olarak borç altına girmektedir.**

3.2. Genel Kredi Sözleşmesi Ve Kefalet İlişkisi

Genel Kredi Sözleşmesi (GKS), cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmesidir. Cari hesap şeklinde işleyen kredilerde Banka, sözleşmenin geçerlilik süresi içinde ve sözleşmede kararlaştırılmış limit içinde vereceği krediyi sürekli tekrarlamakta, böylece kredi alan, aldığı krediyi zamanında ödemek suretiyle (yeniden sözleşme imzalamaya gerek duymaksızın) tekrar kredi isteyebilmektedir. Diğer bir anlatımla, geri ödeme yaptığı nispette tekrar kredi kullanmaktadır. Yani, kredi sürekli dönmektedir. Bu yüzden, bu tür kredilere dönen kredi de denilmektedir.

Bu kredilendirme işlemleri normal olarak finans kurumlarının kendi politikasına bağlı olarak şekillenmektedir. Bununla birlikte kredi sözleşmelerinin vaz geçilmez unsuru garanti/kefalet işlemidir.

Banka ile kredi kullanan dışında 3. bir kişinin bu tür bir krediye kefil olması durumunda, kefil süresiz olarak bu dönen krediye kefil olmuş olur. Yani, sözleşme süresi içerisinde herhangi bir tarihte tüm geri ödemeler yapılmış olsa, bakiye sıfır vermiş olsa dahi kefilin sorumluluğu devam eder. Çünkü, kredi alan her an aynı limitle ve aynı sözleşmeye istinaden kredi tekrarlayabilmektedir.

Normal olarak kefil, sadece kendi temerrüdünün hukuki sonuçları ve kefalet limiti ile sorumludur. Örneğin, kredi alan birden fazla GKS imzalamış ancak kefil sadece 1 GKS'ye kefil olmuş ise, sadece kefil olduğu GKS ile sorumlu tutulabilir.

Ne var ki, uygulamada Bankalar, kefilin imzası olsun veya olmasın tüm GKS'leri birleştirip tek bir alacak olarak kefalet limiti ile talepte bulunmaktadırlar. Bu taleplerini de GKS'lerde matbu olarak yer alan "kerdi alanın doğmuş ve doğacak tüm borçlarının teminatı olarak ... TL'ye kadar kefilim" maddelerine dayandırmaktadırlar. Bu madde hukuken geçersiz olsa bile uygulama bu şekilde devam etmektedir.

3.3. Kefaletin Çeşitleri

1. Adi Kefalet : Borçlar Kanunu'na göre asıl olan adi kefalettir. Adi kefalette talilik özelliği vardır. Yani alacaklı borçluya takip yapıp semeresiz kalmadan kefile gidememektedir. Kefilin açıkça müteselsil kefil olmadığı durumlar dışında kefalet kural olarak adi kefalettir.

2. Müteselsil Kefalet : Müteselsil kefalette, alacaklı asıl borçluya başvurmadan veya rehnin paraya çevrilmesi yoluna gitmeden doğrudan doğruya kefile müracaat edebilir. Dolayısıyla müteselsil kefil tartışma ve rehnin paraya çevrilmesi def'inden vazgeçmiş bulunmaktadır. Ancak asıl borcun varlığına veya muhtevasına ilişkin def'ilerden müteselsil kefil yararlanabilir. **Türk Ticaret Kanunu'nun 7/II. maddesi çerçevesinde ticari borçlara kefalette sözleşmeden aksi kararlaştırılmadıkça müteselsil kefalet söz konusudur. İcra zabtına geçirilen kefaletler de müteselsil kefalet hükmündedir (İİK m. 38/c.2).**

3. Toplu Kefalet : Toplu kefalette birden çok kefil bir veya aynı borç için kefil olmaktadır.

4. Bağımsız Kefalet : Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu kefalet tipinde birden çok kefil aynı borca birbirinden habersiz olarak kefil olmaktadır. Burada her bir kefil borcun

tamamından alacaklıya karşı sorumlu bulunmaktadır. Bağımsız kefalet adi kefalet veya müteselsil kefalet şeklinde olabilmektedir.

5. Kısmi Kefalet : Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Bu tip kefalette kefiller borcun bir kısmı için kefil olmaktadır. Sorumlulukları yan yana bulunmaktadır.

6. Birlikte Kefalet : Kefillerin aynı ve bölünebilir tek bir borç için birlikte kefil olmaları durumudur. Asıl borç ve onun borçlusu aynı olmalıdır.

- **Adi Birlikte Kefalet :** Kefillerden her biri kendi payı için adi kefil, diğer kefillerin payları için kefile kefil gibi sorumludurlar.

- **Müteselsil Birlikte Kefalet :** Kefiller arası sorumluluk borca karşı her bir kefilin aynı derecede sorumlu olması halidir.

B- GELİR İDARESİNİN KREDİ KEFALET İŞLEMİNE YAKLAŞIMI:

Grup şirketleri arasındaki kredi teminatı olarak kurulan kefalet ilişkisi konusunda Gelir İdaresinin öteden beri değişmeyen bir görüşü vardır.

Bu görüş ağırlıklı olarak, grup şirketlerinde "Kullanılan Kredinin" aynı şartlarla ilişkili firmaya aktarılması durumları ile ilgili olup bu aktarma işleminin bir **finansman hizmeti** olduğu yönündedir.

Gelir İdaresi Başkanlığı'nın Bankadan kullanılan kredilerin tamamını veya bir kısmını aynı şartlarla grup şirketine kullandırılması hakkındaki özetle;

"Bankadan temin edilen kredinin grup şirketine aynı şartlarla aktarılması işlemi, ilişkili kişiye sunulan bir finansman hizmeti mahiyetinde olup kredi ile ilgili her türlü masraf ve faizi doğrudan doğruya grup şirketinin üstlenmesi, herhangi bir masrafa katlanılmaması veya finansman hizmetinin şirketin faaliyet konuları arasında bulunmaması yapılan işlemin mahiyetini değiştirmemektedir. Söz konusu finansman hizmetinin ilişkisiz bir gerçek kişi veya kuruma verilmesi durumunda verilen hizmet karşılığı ilişkisiz kişiden bir bedel talep edileceğinden, bu hizmetin ilişkili kişiye verilmesi durumunda da verilen hizmet karşılığı bir bedelin talep edileceği tabiidir." Denilmektedir.

Gelir İdaresi Başkanlığı Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'nın, "Şirketin bağlı olduğu yurt dışında mukim holding şirketten sağlanacak gayri nakdi teminat karşılığında ödenecek garanti/teminat ücretinin tevkifata tabi olup olmadığı" hakkında vermiş olduğu özeltede de konu paralel biçimde değerlendirilmiş ve

"...şirketinizin yurt dışından kredi temin edebilmesi için grup şirketinizce gayri nakdi teminat sağlanması finansman hizmeti mahiyetinde olduğundan, grup şirketinize yapılan ödemeler üzerinden 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 30'uncu maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendine göre 2009/ 14593 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile belirlenen % 10 oranında kurumlar vergisi kesintisi yapılması gerekmektedir." Denilmiştir.

Kefalet işleminin bir gayri nakdi kredi kullanımı olduğu konusunda Bakanlığın tereddütü yoktur. Zira, 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinin 12.2.1. bölümünde;

"Kurumun kasasında veya bankada bulunan yerli veya yabancı paralar ile her an nakde çevrilebilen çekler, altın, Devlet Tahvili, Hazine bonusu, Toplu Konut İdaresince çıkarılan veya İMKB'de işlem gören hisse senetleri, tahvil ve bonolar dışındaki her türlü teminat gayri nakdi teminat olarak değerlendirilecektir." Denilmektedir. Dolayısıyla sayılan bu maddi teminatlar dışındaki şahsi kefalet işleminin gayri nakdi teminat olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

III- KONUNUN TARTIŞILMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Kontrol altındaki bir şirketin kullandığı bir krediye kefil olmanın özellikle KDV Kanunu açısından taşıdığı anlam değerlendirilirken konuya iki açıdan bakılacaktır;

- Kefaletın niteliği ve kefilin statüsünün hizmet ifasına etkileri açısından
- Kefalet hizmetinden esas olarak kimin yararlandığı açısından

1- Kefalet verenin hukuki statüsü ;

Kefalet verenin hukuki durumu, yüklenilen kefalet borcunun bir menfaat mi hizmet mi olduğunu belirlemek bakımından önem kazanmaktadır.

Kefalet yükümlülüğü altına giren kişinin iştirakçi tüzel kişilik veya iştirakçi (hissedar) gerçek kişi olması durumunda, kefaletın bir görevden veya yükümlülüğten kaynaklanıp kaynaklanmadığı önem taşımaktadır.

- a) İştirakçi tüzel kişiliğın veya gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi olması durumunda,** konu iki açıdan değerlendirilir;
- ✓ **Yönetim kurulunun sorumlulukları ve görevleri açısından;** İştirakçi tüzel kişiliğın veya iştirakçi bir gerçek kişinin yönetim kurulu üyesi olması durumunda, bu kişilerin her hangi bir bedel söz konusu olmaksızın vereceği kefaletın, bir yönetim sorumluluğundan ve gerekten kaynaklandığı düşünülebilir. Bu yönde verilen bir kefaletın ticarilik vasfı olduğu öne sürülemez. Bu durum, özellikle KDV hukuku açısından özellik taşır. Böyle bir kefalet işleminin adına ister finansal hizmet denilsin isterse menfaat temini olarak nitelensin sonuçta ticari bir özelliği bulunmadığına göre KDV'nin konusuna dahil edilmesi mümkün olmayacaktır.
- ✓ **Yönetilen Şirketin kullanacağı Krediyeye verilen Kefaletın Yönetim İlkelerinden doğup doğmadığı Açısından ;** Yönetim ve kontrolü altında bulunan bir şirketin kullanacağı kredi için Kefalet verilmesi, bir finansal hizmet değil, menfaat teminidir. Ancak bu menfaat, bedeli karşılığı değil, "kaynak kullanımının" organizasyonu çerçevesinde yapılmaktadır.

Krediyeye kullanan şirketin karşılaşacağı risk ve uğrayacağı zarar, sonuçta yönetim kurulu üyelerinin "yönetimden doğan" sorumluluğunu gerektirdiğine göre yönetim kurulunun riski telafi imkanlarını araması bir gerekliliktir.

Özellikle Holding Şirket statüsündeki bir tüzel kişiliğin, misyonu gereği, kontrol altında tuttuğu, fiilen yönetimine iştirak ettiği bir başka tüzel kişiliğe bu tarz menfaatleri sağlaması ekonomik ve ticari hayatın olağan durumlarından. Zira Holding Şirketler, (ve hatta grup şirketlerinde pivot şirketler) temelde iştiraktan sağlanacak kazanç gayesiyle kuruldukları için, iştirak ettikleri şirketlerin, yönetim ve denetim işlemlerini bizzat organize etmek zorundadırlar. Holdinglerin temin ettikleri finansman kaynaklarını, her hangi bir kar kısmı ilave etmeksizin iştirak ettiği şirketlere kullandırmasında KDV uygulanamayacağına dair müstakar hale gelmiş Danıştay Kararlarının temel dayanağı da, yapılan işlemin, holding şirket misyonunun gereği sayılacağı, bir kazanç gayesi taşımadığı ve ticarilik vasfı bulunmadığı anlayışıdır.

b) İştirakçi olmayan kişiler ile faaliyetleri kefalet vermek olan kişiliklerin vereceği kefalet açısından;

Bir şirketin finansman kurumlarından kullanacağı kredilere, şirket ortaklığı yada yönetimi ile ilgisi olmayan kişilerin yada kurumların kefaleti bir hizmettir. Bu hizmet, tamamen ticari yada iktisadi gayelerle verildiği için “profesyonel hizmet arzı” çerçevesinde değerlendirilir ve KDV’nin konusuna girer. Zira, kefaleti veren müşterek bir borç altına girmekte ve borcun ödenmesini taahhüt etmektedir. Yani olay sadece kredi verenin riskini yüklenmek değil, bu hizmetten menfaat sağlamaktır.

Esnaf Kefalet Kooperatifleri, Kredi Garanti Fonu gibi kuruluşlar, ekonomik bir misyon ve yasayla belirlenmiş görev çerçevesinde kefalet ilişkisinde bulunsa bile sonuçta, yapılan işlem bir ücret karşılığıdır. Bedel karşılığı bir profesyonel hizmet verildiği için KDV Kanunu kapsamında vergilenmesi gerekmektedir.

c) Karşılıklı Kefalet Yoluyla oluşturulan Kredi Havuzlarında Durum

Özellikle belirli büyüklükte şirketlerden oluşan Grup Şirketlerde, gruba mensup kişilikler bir diğerine kefil olmak üzere kredi limitini yükselterek banka/finans kurumunda bir kredi fonu oluşturmaktadır. Meydana gelen kredi fonu grup şirketleri tarafından ihtiyaçları ölçüsünde kullanılmaktadır.

Bu yolla sağlanan kredi işlemlerinde, krediyi veren finans kurumu için önemli olan verilen kefaletler toplamıdır. Oluşan kredi fonundan hangi şirketin ne kadar kredi kullanacağı finans kurumunun sorunu olmamaktadır. Finans kurumu riski paylaştırmamakta, kefalet akdi ile bağlanan tüm şirketleri muhatap olarak görmektedir.

Bu şekilde ortaya çıkan “karşılıklı kefalet” ilişkisinde üç özellik ortaya çıkmaktadır.

- Kefaletler, diğer şirketler için verildiğinden, karşılıklı olarak “finansal hizmetler” doğmuş olmakta ve “hizmet takası” denilebilen bu işte her şirket gruba mensup diğer şirketlere komisyon faturası kesmesi gerekecektir.
- Her şirket kendi aktif gücü veya kredibilitesi oranında kefalet verdiği halde çok daha yüksek bir kredi limitine sahip olabilmektedir.
- Verilen kefaletin bedelini tespit etmek olanaksız hale gelmektedir.

Bu konunun bir örnek üzerinden açıklanması daha uygun olacaktır.

A,B,C ve D tüzel kişiliklerinden oluşan grup şirketleri, karşılıklı kefalet ilişkisi ile (X) bankasından 10.000.000._ TL kredi temin etmiştir. Kredinin tahsis döneminde hangi şirketin ne kadar kredi kullanacağı bilinmemektedir.

Dönem içerisinde, A şirketi 5.000.000.-TL, C şirketi 3.000.000.-TL ve B şirketi de 1.000.000.-TL kredi kullanmış, D şirketinin krediye ihtiyacı olmamış, 1000.000.-TL kredi kullanılmamıştır.

Bu durumda, hangi şirketin kefaletinin ne kadar “kefalet riski/finansman hizmeti “yüklendiği nasıl hesaplanacaktır.

Kendisine kefil olunan ancak kredi kullanmayan D tüzel kişiliği için kefaletten dolayı komisyon hesaplanacak mıdır?

Şirketler, birbirlerine kefalet vererek, 10. Milyon TL kredi limitine ulaştıklarına göre, finansal hizmet faturası hangi tutardan kesilecektir?

Kefalet, belirli veya en azından kefaletin verildiği anda belirlenebilir olması halinde geçerlidir. Kefalet borcunun ferî karakteri, ferdileştirilmiş belli bir borç için tekeffülü zorunlu kılmaktadır. Asıl borç belli olmaksızın sadece kefilin sorumlu olacağı en yüksek meblağ gösterilmek suretiyle verilen kefalet geçerli değildir. Örneğin kefilin - borçlunun doğmuş veya doğacak herhangi bir borcunaTL ye kadar kefil oluyorum- şeklindeki tekeffülü geçersizdir." Yargıtay 13 HD. 1991/7229 E sayılı kararında aynen "Asıl borcun sözleşmede yeteri kadar tanımlanmış veya belli edilebilir olması gereklidir. Herhangi bir borç için verilmiş soyut bir kefalet geçerli olmaz" ifadelerine yer verilmiştir.

Bu durumda kefaletin değeri nasıl belirlenecektir?

2- Kefalet Akdinin Kapsamı ve Süresi

Bu kapsam BK madde 490’da belirtilmiştir. Bunlar: Asıl borç tutarı veya kısmı, Asıl borçlunun kusur veya temerrüdünün kanuni sonuçları, dava ve takip masrafları, akdi faizler, kefilin sözleşmeden sorumlu olacağı belirtilen azami miktarı ifade eder. Bunlar belirli değilse kefil sözleşmede yer alan miktar ile sorumludur.

3- Kefilin Asıl Borçluya Karşı Hak ve Borçları

- **Kefilin ödemeyi ihbar yükümlülüğü:** Kefil, asıl borçluya BK madde 498 uyarınca yaptığı ödemeyi ihbar ile yükümlüdür. Aksi takdirde asıl borçluya rücu edemez.
- **Kefilin asıl borçludan teminat verilmesini veya borçtan kurtarılmasını isteme hakkı:** Kefil belli koşulların varlığı halinde asıl borçluya rücu hakkının teminat altına alınmasını isteyebilir. Bu durum henüz kefilin ödeme yapmadığı anda söz konusudur.
- **Kefilin rücu hakkı: BK madde 496 çerçevesinde Kefil alacaklının haklarına halef olmak suretiyle asıl borçluya rücu edebilir .** Böylece alacaklının rehin, hapis, birlikte kefillere karşı haklarını kullanabilmesi konularında hak kullanabilir. Ayrıca, **Kefil asıl borçlu ile aralarındaki hukuki ilişki ölçüsünde asıl borçluya rücu edebilir**

4- Kefalet Akdi KDV Kanununda sayılan bir hizmet midir?

Maliye Bakanlığının konu hakkındaki görüşü nettir. Gelir İdaresi Başkanlığının özelgelerine göre, kredi aktarma işlemi bile bir finansman hizmetidir.

Grup şirketlerde veya Holdinglerde kendi kaynaklarından kullandırılan krediler için normal oranda KDV hesaplanacak, fakat grup şirketince bankalardan ve diğer finans kuruluşlarından temin edilen kredilerin diğer grup şirketine herhangi bir bedel eklenmeksizin anapara, faiz ve masraflarıyla birlikte aynen aktarılması işleminde aynen aktarılan bu bedeller için KDV hesaplanmayacaktır.

Ancak, aktarılan kredi tutarına ilaveten herhangi bir bedel alınması halinde ise bu bedel, şirketin sunduğu hizmetin karşılığını teşkil edeceğinden, genel oranda katma değer vergisine tabi tutulacaktır.

Bakanlığın bu görüşü bir çok özalgede tekrar edilmiştir. Verilen görüşler, kredi temini veya kredi aktarması üzerinedir. Ancak krediye kefalet işlemine ilişkin konunun bir başka bakış açısıyla değerlendirilmesine de ihtiyaç vardır.

Krediye Kefalet işleminde kefaletin “finansal Hizmet” sayılabilmesi bakımından öncelikle şu iki hususun açıklığa kavuşması gerekmektedir.

- Bir kredi ilişkisinde Kefalet verilmesi hangi hallerde hizmet niteliğindedir?
- Kredi ilişkisinde Kefalet bir hizmet sayılırsa bu hizmetin yararlanıcısı kimdir?

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 1. Maddesine göre, “Ticari,sınai,zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler” katma değer vergisine tabidir.

Mesleki nitelikte olmayan bir hizmetin KDV konusu olmasının temel şartı bu hizmet ifasının ticari amaçlı olup olmamasıdır. Zira, ticarilik niteliği tartışılabilen diğer hizmet çeşitleri maddede ayrıca sayılmıştır.

KDV Kanununun 4. Maddesinde, hizmetin tanımı ayrıca yapılmıştır. Bu maddeye göre hizmet, “teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemlerdir.

Bu işlemler; bir şeyi yapmak, işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi **yapmamayı taahhüt etmek** gibi şekillerde gerçekleşebilir.”

Kanunun 5. Maddesinde de hizmet sayılan haller açıklanırken “ **vergiye tabi bir hizmetten**, işletme sahibinin, işletme personelinin veya diğer şahısların karşılıksız yararlandırılması hizmet sayılır.” denilmektedir.

Görüldüğü gibi, hizmetin tanımı değil, vergiye tabi olup olmaması önem taşımaktadır.

Kanunun 1. Maddesinin ikinci fıkrasında ise ticari, sınai, zirai faaliyet ile serbest meslek faaliyetinin devamlılığının, niteliğinin ve kapsamının Gelir Vergisi Kanununa göre belirleneceği hüküm altına alınmıştır.

Bu faaliyetlerin yasal veya idari nedenlerle yapıyor olup olmaması önemli değildir. Hizmetin KDV'ne tabi tutulabilmesinin bir diğer şartı ise bu hizmetin, ifa eden nezdinde bir katma değer yaratıp yaratmadığıdır. Dolayısıyla hizmetin karşılığının olup olmadığıdır. Bu durum hizmetin ne şekilde ve kime verildiğini tayin açısından da önemlidir.

Yasada yer alan bu düzenlemeler dikkate alınarak yukarıda belirttiğimiz iki hususu açıklamaya çalışmamız gerekmektedir.

❖ **Bir kredi ilişkisinde Kefalet verilmesi hangi hallerde hizmet niteliğindedir?**

Kefalet verilmesi, bir borcun ödeme taahhüdü niteliğindedir. Lafzi olarak bu işlem KDV Kanununun 4. Maddesinde sayılan hizmet türleri arasına girmemektedir. Maddede, taahhüt niteliğindeki işler “bir şeyi yapmamayı taahhüt etmek.” Şeklinde belirtilmiştir.

Kefalette, **yapmamak değil**, aksine birlikte veya “yerine” **yapmak** söz konusudur.

Ancak, kefalet, lehine kefil olunan kişiliğe sağlanan bir **menfaat şeklinde değerlendirildiğinde** hizmet ifası olduğu ileri sürülebilir. Bu düşünce şekli bile kefaletin KDV'ne tabi olması için yeterli değildir.

- Kefalet ilişkisi profesyonel bir hizmet ifası mıdır?
- Bedeli var mıdır? nedir? Nasıl ölçülür?
- Kefil olan kişi bu kefalet işlemi ile nasıl bir katma değer yaratmıştır?

Sorularına cevap bulunması gerekmektedir.

Şu halde, **öncelikle**, bir şirketin kullandığı kredi için, o şirketin yönetim kurulunda yer alan tüzel kişiliğin (holdingin) kefil olması, bu Holding açısından hangi katma değer yaratıldığının belirlenmesi gerekmektedir.

İkinci olarak, -varsa- bu menfaatin yani katma değer bir bedelinin olup olmadığının ve bu bedelin nasıl ölçülebileceği ortaya konulmalıdır.

Zira, ilişkili kişiler arasında, hukuktan ve yönetim ilkelerinden kaynaklanan, ayrıca, sürekliliği olmayan ve gerçekleşmesi tamamen olumsuz şartlara bağlı kılınan bir taahhüdün değeri emsal değer tespiti ile belirlenemez.

Tamamen üçüncü kişilerce veya bu iş için oluşturulmuş organizasyonlarca, normal ve profesyonel çerçevede sağlanan kefalet işleminde, kefaleti veren ticari bir hizmet katma değeri yaratmakta ve bir bedel tayin etmektedir. Bu nitelikteki bir ücretin, sürekli olmayan, kefalet veren için katma değer yaratıcı yönü bulunmayan, bedeli bulunmayan ve tamamen olumsuzluklara bağlı olarak gerçekleşecek menfaat temininde emsal olarak alınması mümkün değildir.

Katma Değer Vergisi Kanununun 27. Maddesine göre, “bedeli bulunmayan veya bilinmeyen işlemler ile bedelin, mal, menfaat, hizmet gibi paradan başka değerler olması halinde, matrahın işlemin mahiyetine göre emsal bedeli veya emsal ücretidir.”

Bu konuda özellik taşıyan husus, emsal bedel yada ücretin tayininde **“işlemin mahiyetine uygunluk”** tur. Yönetim kurulu üyesi bir tüzel kişiliğin kefalet akdi ile mesleği veya var oluş amacı **“kefalet vermek”** olan bir kuruluşun aynı mahiyette olduğu ileri sürülemez. Ayrıca, yasal nitelikli kredi kefalet işlemlerinde bile komisyon hesaplama oranı değişebilmektedir. Bu konuda iki örnek verilebilir:

Temmuz 1991 tarihinde kurulan Kredi Garanti Fonu A.Ş. (KGF) küçük ve orta ölçekli işletmeler için sağladığı kefaletle bu işletmelere destek vermekte, yatırımlarının ve işletmelerinin finansmanında banka kredisi kullanmalarını mümkün hale getirmektedir.

Fonun ortakları, TOBB (Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği) (%33) KOSGEB (Küçük ve Orta Ölçekli Sanayi Geliştirme ve Destekleme İdaresi Başkanlığı) (%33) ve diğer ortaklardır. Kredinin en çok % 80'ine kadar kefalet veren Kredi Garanti Fonu (KGF) tarafından kefalet talebinde bulunan firmaların değerlendirmeye alınabilmesi için, maktu bir inceleme ücreti alınır. Talebin uygun bulunması ve kredinin Fonun kefaleti ile kullanılması durumunda da, kredi vadesi boyunca her yıl peşin olarak, kefalet bakiyesi üzerinden, kefaletin nakdi, gayri-nakdi veya diğer özelliğine göre, yıllık %1 ile %2 arasında değişen oranlarda komisyon alınmaktadır.

4749 Sayılı Kanun Kapsamında Dış Finansman Sağlanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin "Garanti ücreti" başlığı altındaki 18. maddesinde;

"...lehine Hazine geri ödeme garantisi verilen kuruluştan bir defaya mahsus olmak üzere kuruluşun mali durumu, kuruluşa daha önceden garantili finansman ve ikrazlı kredi sağlanmış olması halinde söz konusu garantili finansmanın ve ikrazlı kredilerin geri ödeme performansı ve sağlanan garantili finansmanın koşulları gibi kriterleri dikkate alarak garanti edilen tutarın %1'ine kadar garanti ücreti tahsil eder." Denilmektedir. Buna göre hazine, kredi kullanan kuruluş lehine garantör olması dolayısı ile yapmış olduğu bu garantörlük hizmeti/finansman hizmeti karşılığında bir defaya mahsus olmak üzere %1'e kadar garanti ücreti almaktadır.

Görüldüğü gibi, ikisi de kanunla kurulmuş fonlar olmasına rağmen KGF, her defasında ve yıllık %1-2 arasında bir komisyon alırken, dış finansman garantisi veren Hazinesinin komisyon ücreti bir defadır ve %1'e kadardır.

Şu halde emsal değer tespiti (emsal oran tespiti) başlı başına bir sorundur.

Üçüncü olarak ta, yönetim kurulu üyesi tüzel kişiliğin verdiği kefaletin ticari niteliğinin var olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, yönetim kurulu üyesi tüzel kişilik bir holding şirket yada grup şirketlerin lider kuruluşu ise kredi karşılığı sağlanan menfaat, krediyi kullanan şirkete değil, kendisinedir. Zira, finansal işlemlerin organizasyonu holding şirketlerin amaçlarından birisidir.

❖ **Kredi ilişkisinde Kefalet bir hizmet sayılırsa bu hizmetin yararlanıcısı kimdir?**

Yönetim kurulu üyesi bir holding ya da lider şirketin, iştirak edilen şirket tarafından kullanılacak krediyi kefil olması, finansman hizmeti sayılır mı? Sayılırsa, bu hizmetten kim

yararlanmaktadır? sorularının cevabının bulunması KDV'ne tabi olup olmayacağı açısından bir zorunluluktur.

Verilen kefalet, bir krediye ilişkin olarak veriliyorsa, amaç kredinin sağlanması mıdır? Yoksa kredi verenin riskinin ortadan kaldırılması mıdır?

Kefalet sözleşmesine ilişkin 6098 Sayılı Borçlar Kanununun 581. Maddesinde durum şöyle düzenlenmiştir.

MADDE 581- Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.

Kanundaki bu ifade tarzına göre, kefil alacaklıya karşı sorumluluk yüklenmektedir. Garanti edilen şey krediyi verenin alacağıdır.

Madde metninden, Kefilin taahhüdünün, borçlunun ifasının taahhüdü olmadığı, borçlunun borcunu ifa etmemesi halinde ortaya çıkan sonuçlardan malvarlığıyla sorumlu olacağı konusunda alacaklıya karşı verilen bir garanti olduğu açıkça anlaşılmaktadır.

Bu konuda, öncelikle açıklığa kavuşması gereken husus, kefaletin, kredi sağlanmasına mı yoksa kredi verilmesine mi ilişkin olduğudur. Her hangi bir Holding kuruluşun kendi imkanlarıyla sağladığı krediyi iştiraklerine kullandırması halinde tartışma konusu olan “finansal hizmet temini” olayı, aynı holdingin kefaletinde söz konusu olamaz. Zira, kefalet kredinin sağlanmasında esas unsur olarak görülüyorsa, hizmet finans kuruluşuna verilmektedir.

Kredi kullanan açısından kefalet, kredinin temini ve ileride doğacak olumsuzluk ve geri ödeme sorunlarına ilişkin olarak anlam ifade etmektedir. Kredinin temini durumu hariç, diğer, şarta bağlı ve müphem gelişmeler bir menfaat temini değildir.

Kredinin temini konusunda da kefalet ve muteber bir kişiliğin garantisine ihtiyaç duyan esas kurum finansman kuruluşudur. Kefalet krediyi kullanan için değil, krediyi kullandıran için temel ihtiyacıdır.

Zira, verilen kefalet, krediyi veren kuruluşun riskini ortadan kaldırmaktadır. Dolayısıyla ortada bir **finansal hizmet** yada **finansal menfaat temininin** varlığı iddia ediliyorsa bu hizmetten yada menfaatten asıl yararlanan finansman şirkettir.

IV- SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Holding'in veya Grup şirketlerde lider şirketin; yüksek oranda iştirakte bulunduğu ve oy hakkı, yönetim, karar ve faaliyet stratejisi konularında hakim durumda bulunduğu iştiraklerinin finans kurumlarından kullanacağı kredilere verdikleri kefaletin hangi hallerde “finansman hizmeti” sayılması gerektiği, bu kefalet akdine ilişkin olarak bir bedel ödenip ödenmeyeceği, bedel ödenecekse bu bedelin tespit sorunları ve genel olarak kefalet akdinin KDV karşısındaki durumu yukarıda tartışılmıştır.

Bu çalışmada, Kefalet vermek suretiyle gayri nakdi kredi sağlanması konusuna farklı bir bakış açısıyla yaklaşmış ve kefaletin bir hizmet mi yoksa görev/ ödev sonucu yapılması gereken bir işlem mi olduğu ile kefaletin bir hizmet sayılması durumunda bu hizmetin asıl yararlanıcısının kimler olduğu ve kefaletin bedelinin tespiti konuları değerlendirilmiştir.

Buna göre ;

- 1- Kredi kullanan bir iştirakine Holding şirketin yada grup şirketlerin finans kuruluşlarına verdiği kefalet, Holding olmanın yada grup oluşturmanın yarattığı misyona bağlı görevden doğan bir hizmet olup ticari maksatlı ve gelir elde etme saikiyle yapılan bir işlem değildir.
- 2- Ticari,sınai,zirai yada mesleki çerçeve içerisinde verilen hizmetler KDV konusu olup niteliği farklı olsa bile kanunen “hizmet” sayılan hususlar KDV Kanununda ayrıca belirtilmiştir. KDV Kanunundaki tanım ve işlemlere uymayan bir işlemin KDV uygulamasına konu edilmesi söz konusu olamaz.
- 3- Kefalet ilişkisinin “gayri nakdi kredi” mahiyetinde görülmesi ancak, faaliyeti bu nitelikte olan finans kuruluşlarınca veya kuruluş amacı teminat sağlamak olan kurumlarca verilmesi halinde mümkündür. Zira, finansal faaliyeti düzenleyen mevzuata göre oluşan veya çalışan kuruluşlar “gayri nakdi kredi” sağlayabilir.
- 4- Açılacak bir nakdi kredi için verilecek kefaletin finansal hizmet sayılması halinde bu hizmetten kimin yararlandığının doğru tespit edilmesi gerekmektedir. Krediyi kullanan için kefalet yada benzeri bir teminat kredi temininde olmazsa olmaz şart değildir. Nitekim teminatsız krediler de söz konusudur. Ancak, krediyi kullandıran finans kurumlarınca teminat (kefalet) kendi mevzuatında şart koşulan bir unsurdur. Bankaların Genel Kredi Sözleşmesi düzenlemesinde bu şart
- 5- Krediyi kullanan lehine verilen kefalette hizmetin bedelinin emsal değer (oran) yöntemiyle belirlenmesi -işin özelliğinden dolayı- mümkün değildir. Zira, verilen kefaletin kapsamı ile kullanılan kredinin tutarı her zaman aynı değildir. Özellikle karşılıklı kefalet ilişkisinde karşılıklı finansal hizmet faturası kesilmesi halinde çok sayıda mükerrer KDV tarhiyatına yol açacaktır.
- 6- Kredi kullanan bir şirkete her hangi bir iştirak ya da yönetim ilişkisi olmayan kişiler tarafından verilen teminatlar (kefalet) mali hizmet sayılır ve üzerinden komisyon hesaplanarak KDV’ne tabi tutulur. Kanunla kurulan veya kuruluş maksadı kredi garantisi vermek olan kurumların bu işlemler karşılığında aldıkları komisyon, bunların üçüncü kişi olarak garanti sağlamasından kaynaklanmaktadır.

Kefilden tahsilat yapılabilmesi için borçlunun borcunu ödememesi gerekmektedir. Borçlu borcunu öderse kefalet hizmeti oluşmamaktadır. Katma Değer Vergisi Kanununa göre teslim ve hizmetin tamamlanması şartı vardır. Borçlu borcunu ödediği zaman kefalet hizmeti tamamlanmamaktadır. Bu nedenle de hizmet teslimi gerçekleşmemiştir, dolayısıyla vergiyi doğuran olay gerçekleşmemiştir.

- 7- Öte yandan KVK'nun md.12/6-a fıkrasında "Kurumların ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin sağladığı gayri nakdî teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar"ın örtülü sermaye sayılmayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla bu tip işlemler gerçek ve kazanç yaratıcı bir ticari muamele niteliğinde görülmemektedir.

Şeklinde oy çokluğu ile karar kabul edilmiştir. Ayrışık oyu ifade eden metin ise karara eklenmiştir.