

***ÖRTÜLÜ SERMAYE
VE
TRANSFER FİYATLANDIRMASI
YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ
DAĞITIMINDA
DÖNEM SONU İŞLEMLERİ***

***Cem TEKİN
&
Emre KARTALOĞLU
Gelirler Kontrolörleri***

Aralık 2007, İstanbul

KIZIM SEZİN'E

KIZIM CEYDA'YA

İÇİNDEKİLER

1. ÖRTÜLÜ SERMAYE.....	7
1.1. GENEL AÇIKLAMA	7
1.2. YASAL DÜZENLEME	8
1.3. ÖRTÜLÜ SERMAYENİN UNSURLARI.....	9
1.3.1. Ortak ve Ortakla İlişkili Kişi.....	9
1.3.1.1. Borcun doğrudan veya dolaylı olarak temin edilmesi.....	14
1.3.1.2. İMKB’de İşlem Gören Hisse Senetleri Nedeniyle Ortaklık İlişkisi.....	16
1.3.1.3. Grup Şirketlerinden Yapılan Borçlanmalar.....	16
1.3.1.3.1. İlişkili Kişi Sayılan Banka veya Benzeri Kredi Kurumlarından Yapılan Borçlanmalar	18
1.3.1.3.1.1. 5422 Sayılı K.V.K.’nın Geçerli Olduğu Dönemlerde (2005 ve Öncesi)	18
1.3.1.3.1.2. 5520 Sayılı K.V.K.’nın Geçerli Olduğu Dönemlerde (2006 ve Sonrası).....	21
1.3.1.3.2. Kurumların İlişkili Şirketlere Finansman Temin Eden Kredi Şirketlerinden Yapılan Borçlanmalar ve Ortaya Çıkması Muhtemel Bazı Sorunlar	21
1.3.1.4. Dar Mükellefiyeti Haiz Kurumlarda Örtülü Sermaye Uygulaması ve Ortakla İlişkili Kişinin Tespiti.....	23
1.3.1.5. Ortakla İlişkili Kişi Tanımının, Vergi Planlaması ve/veya Muvazaalı İşlemlere İmkan Sağlaması	24
1.3.2. Yapılan Borçlanma Öz Sermayenin Üç Katını Aşmalıdır	26
1.3.2.1. Örtülü Sermaye Kıyaslamasında Dikkate Alınacak Öz Sermaye	28
1.3.2.2. Borç/Öz Sermaye Kıyaslamasında Topluca Dikkate Alma	28
1.3.2.3. Borç/Öz Sermaye Kıyaslaması Ne Zaman Yapılacak ve Reddedilecek Gider Miktarı Nasıl Belirlenecektir?	29
1.3.2.4. Yabancı Para Cinsinden Borçlanmalarda Borç/Öz Sermaye Kıyaslamasında Hangi Kur Dikkate Alınacaktır?	29
1.3.2.5. Borç/Öz Sermaye Kıyaslamasının Vergi Planlamasına İmkan Sağlaması	30
1.3.3. Borcun İşletmede Kullanılması Gerekmemektedir;.....	30
1.3.4. Borcun İşletmede Devamlı Kullanılması Şart Mıdır?	31
1.4. YENİ DÜZENLEME HANGİ TARİHTEN İTİBAREN UYGULANACAK?	32
1.5. ÖRTÜLÜ SERMAYE SAYILMAYACAK BORÇLANMALAR.....	32
1.5.1. Gayrinakdi Teminatlar Karşılığında Üçüncü Kişilerden Yapılan Borçlanmalar ...	33
1.5.2. Banka ve Finans Kurumlarından ya da Sermaye Piyasalarından Temin Edilerek Aynı Şartlarla Kısmen veya Tamamen Kullandırılan Borçlanmalar	34
1.5.3. Bankalar Tarafından Yapılan Borçlanmalar.....	36
1.5.4. Finansal Kiralama Şirketleri ve Finansman ve Faktoring Şirketleri ile İpotek Finansman Kuruluşları Tarafından Yapılan Borçlanmalar	37
1.6. ÖRTÜLÜ SERMAYE MAHİYETİNDEKİ BORÇLARA AİT KUR FARKLARININ DURUMU	37
1.6.1. 5422 Sayılı K.V.K.’nın Uygulandığı Dönemde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar İçin Yeni Dönemde Verilen Kararlar	37
1.6.2. Örtülü Sermaye Uygulamasında Kur Farkı Gelirlerinin Durumu.....	39
1.7. ÖRTÜLÜ SERMAYENİN TESPİTİ SONUCUNDA YAPILACAK İŞLEMLER VE KARŞI KURUM DÜZELTMESİ	40
1.7.1. Karşı Kurum Düzeltmesine İlişkin Genel Açıklama.....	40
1.7.2. Kar Dağıtım Stopajı	42

1.7.2.1. Borç Alan (Örtülü Sermaye Kullanan) Tam Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı.....	43
1.7.2.1.1. Borç Veren Tam Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı	43
1.7.2.1.2. Borç Veren Tam Mükellef Gerçek Kişi, Gelir veya Kurumlar Vergisi Mükellefi Olmayanlar veya Bu Vergiden Muaf Olanlar İse Kar Dağıtım Stopajı ..	43
1.7.2.1.3. Borç Veren Dar Mükellef Gerçek Kişi, Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Olmayan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı.....	44
1.7.2.1.4. Borç Veren Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Bulunan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı.....	44
1.7.2.2. Borç Alan (Örtülü Sermaye Kullanan) Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı.....	45
1.7.3. Örtülü Sermaye Uygulamasında Karşı Kurum Düzeltmesi	45
1.7.3.1. Borç Alan (Örtülü Sermaye Kullanan) Tam Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi.....	46
1.7.3.1.1. Borç Veren Tam Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi	46
1.7.3.1.2. Borç Veren Tam Mükellef Gerçek Kişi İse Karşı Kurum Düzeltmesi	46
1.7.3.1.3. Borç Veren Dar Mükellef Gerçek Kişi veya Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Olmayan Dar Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi.....	47
1.7.3.1.4. Borç Veren Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Bulunan Dar Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi	47
1.7.3.2. Borç Alan Dar Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi.....	47
1.7.3.3. Karşı Kurum Düzeltmesinin Yapılabilmesi İçin Örtülü Sermaye Kullanan Kurum Adına Tarh Edilen Vergilerin Kesinleşmiş ve Ödenmiş Olması Gerekmemektedir	48
1.7.3.3.1. Verginin İhtilafsız Olarak Kesinleşmesi ve Ödenmesi	49
1.7.3.3.2. Verginin İhtilaf Sonucunda Kesinleşmesi ve Ödenmesi.....	49
1.7.3.4. Tarh Edilen Verginin Kesinleşip Ödenmesi Beklenmeksizin Yapılacak Düzeltme İşlemleri Hazine Zararıyla Sonuçlanacaktır.	49
1.8. ÖRTÜLÜ SERMAYENİN HESAPLANMASINA İLİŞKİN ÖRNEK.....	50
1.9. ÖRTÜLÜ SERMAYEYE İLİŞKİN ÖZELLİK ARZEDEN KONULAR.....	53
1.9.1. Vadeli Mal veya Hizmet Alımından Kaynaklanan Ticari Borçların Örtülü Sermaye Karşısındaki Durumu	54
1.9.2. Amortisman Tabi İktisadi Kıymet Alımından Kaynaklanan Ticari Borçların Örtülü Sermaye Karşısındaki Durumu	55
1.9.3. Kurumun Zararlı Olması ve Geçmiş Yıllardan Kar Dağıtmaya Uygun Kaynaklarının Olmaması Halinde Örtülü Sermaye Uygulaması	56
1.9.4. Kurumun Çıkardığı Tahvillerin Ortaklar veya Ortakla İlişkili Kişiler Tarafından Satın Alınması Halinde Örtülü Sermaye	57
1.9.5. Kar Ortallığı Belgesi Sahiplerine Ödenen Kar Payının Örtülü Sermaye Açısından Değerlendirilmesi	60
1.9.6. Örtülü Sermaye ve Katma Değer Vergisi.....	61
1.9.7. Geçici Vergi Dönemlerinde Örtülü Sermaye	62
1.9.8. Borç İlişkisindeki Değişikliğin Örtülü Sermaye Uygulamasına Etkisi.....	62
1.9.8.1. Borçluya İlişkin Değişiklikler:	62
1.9.8.2. Alacaklıya İlişkin Değişiklikler	64
1.9.8.3. Karşılıklı Borçların Takası	65
2. KURUMLAR VERGİSİ MÜKELLEFLERİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI	67
2.1. GENEL AÇIKLAMA	67
2.2. MÜESSESENİN YÜRÜRLÜK TARİHİ.....	68

2.3. TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI MÜESSESESİ SERMAYE ŞİRKETİ DIŞINDAKİ KURUMLAR İÇİN DE GEÇERLİ OLACAK	70
2.4. TRANSFER FİYATLANDIRMASI KONUSUNDA MALİYE BAKANLIĞI'NIN YETKİSİ	70
2.5. İLİŞKİLİ KİŞİ KAVRAMI.....	72
2.5.1. Kurumların Kendi Ortakları	74
2.5.2. Kurumların veya Ortaklarının İlgili Bulunduğu Gerçek Kişi veya Kurum.....	75
2.5.3. Kurumun veya Ortaklarının İdaresi, Denetimi veya Sermayesi Bakımından Doğrudan veya Dolaylı Olarak Bağlı Bulunduğu ya da Nüfuzu Altında Bulundurduğu Gerçek Kişi veya Kurumlar.....	78
2.5.4. Ortakların Eşleri	79
2.5.5. Ortakların veya Eşlerinin Üstsoy ve Altsoyu, Üçüncü Derece Dahil Yansoy Hısımları ve Kayın Hısımları	80
2.6. EMSALLERE UYGUNLUK İLKESİ VE EMSALLERE UYGUN FİYAT VE BEDEL TESPİT YÖNTEMLERİ	80
2.6.1. Karşılaştırılabilirlik Analizi.....	81
2.6.2. Emsal Fiyat Aralığı	84
2.6.3. Emsallere Uygun Fiyat ya da Bedelin Tespitinde Kullanılan Yöntemler	84
2.6.3.1. Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi	85
2.6.3.2. Maliyet Artı Yöntemi	89
2.6.3.3. Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi	92
2.6.3.4. Kâr Bölüşüm Yöntemi	95
2.6.3.5. İşleme Dayalı Net Kâr Marjı Yöntemi	100
2.6.3.6. Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı ile Anlaşma Usulü	101
2.7. GAYRİ MADDİ HAKLARIN TRANSFER FİYATLANDIRMASINA KONU EDİLMESİ	107
2.7.1. Gayri Maddi Haklarda Emsallere Uygunluk İlkesi.....	108
2.7.2. Gayri Maddi Haklarda Emsallere Uygun Bedelin Tespitinde Kullanılabilecek Yöntemler.....	108
2.8. GRUP İÇİ HİZMETLER VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI.....	109
2.8.1. Grup İçi Hizmetlerin Fiilen Sağlanıp Sağlanmadığının Tespiti.....	109
2.8.2. Grup İçi Hizmetlerde Emsallere Uygun Bedelin Belirlenmesi	110
2.8.3. Grup İçi Hizmetlerde Emsallere Uygun Bedelin Tespitinde Kullanılabilecek Yöntemler.....	110
2.9. TRANSFER FİYATLANDIRMASINDA YILLIK BELGELENDİRME	113
2.10. ORTAKLAR CARİ HESABININ TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI MÜESSESESİ İLE İLİŞKİSİ	114
2.11. TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ TESPİTİ SONUCUNDA YAPILACAK İŞLEMLER VE KARŞI KURUM DÜZELTMESİ	118
2.11.1. Karşı Kurum Düzeltmesinin Yapılabilmesi İçin İstisnai Bir Düzenleme Gerekli midir ?	119
2.11.2. Kar Dağıtım Stopajı	120
2.11.2.1. Örtülü Kazanç Dağıtan Tam Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı	120
2.11.2.1.1. Örtülü Kazanç Dağıtılan Tam Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı	120
2.11.2.1.2. Örtülü Kazanç Dağıtılan Tam Mükellef Gerçek Kişi, Gelir veya Kurumlar Vergisi Mükellefi Olmayanlar veya Bu Vergiden Muaf Olanlar İse Kar Dağıtım Stopajı	121

2.11.2.1.3. Örtülü Kazanç Dağıtılan Dar Mükellef Gerçek Kişi, Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Olmayan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı..	121
2.11.2.1.4. Örtülü Kazanç Dağıtılan Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Bulunan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı	121
2.11.2.2. Örtülü Kazanç Dağıtılan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı.....	122
2.11.3. Karşı Kurum Düzeltmesi.....	122
2.11.3.1. Karşı Kurum Düzeltmesinin Yapılabilmesi İçin Örtülü Kazanç Dağıtılan Kurum Adına Tarh Edilen Vergilerin Kesinleşmiş ve Ödenmiş Olması Gerekmemektedir	123
2.11.4. Örtülü Sermaye Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Kapsamında Yapılacak Karşı Kurum Düzeltmesinin Zamanaşımı Süreleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi	123
2.11.5. Ödünç Para Alma ve Verme İşlemlerinde Örtülü Sermaye Müessesesi ile Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Müessesesinin Yarattığı Paradoks	126
2.11.6. Örtülü Sermaye ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Tespiti Sonucunda Katma Değer Vergisi Düzeltilecek midir?	130
2.12. ÖDÜNÇ PARA VERME İŞLEMLERİNDE KATMA DEĞER VERGİSİ	131
3. GELİR VERGİSİ MÜKELLEFLERİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI	136
3.1. GELİR VERGİSİ MÜKELLEFLERİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI MÜESSESESİNİN UNSURLARI	137
3.1.1. Teşebbüs Sahibi.....	138
3.1.2. İlişkili Kişi.....	138
3.1.3. Emsallere Uygunluk İlkesi ve Emsal Bedel veya Fiyat Tespit Yöntemleri	140
3.1.3.1. Gelir Vergisi Mükellefleri Peşin Fiyatlandırma Anlaşması Yapamazlar.....	140
3.1.4. Mal veya Hizmet Alım ya da Satımı	141
3.1.5. Emsallere Uygun Bedel veya Fiyatlar İle Teşebbüs Sahibince Uygulanmış Bedel veya Fiyat Arasında İşletme Aleyhine Bir Fark Oluşması.....	142
3.2. GELİR VERGİSİ MÜKELLEFLERİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ TESPİTİ VE YAPILACAK İŞLEMLER	142
KAYNAKÇA	144

1. ÖRTÜLÜ SERMAYE

1.1. GENEL AÇIKLAMA

Kurumlar vergisi mükelleflerinin 2005 ve daha önceki hesap dönemlerinde elde ettikleri kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5422 sayılı eski K.V.K.’nın 15. maddesinin (2) numaralı bendinde örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin, kurum kazancının tespitinde indirim olarak dikkate alınamayacağı belirtilmiş, mezkur Kanunun 16. maddesinde ise “Örtülü Sermaye” müessesesine ilişkin usul ve esaslar hüküm altına alınmıştır.

Kurumlar vergisi mükelleflerinin örtülü sermaye mahiyetindeki borçlanmaları üzerinden hesapladıkları ya da ödedikleri faizlerin kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması fikrinin altında, kurumların ilişkili oldukları gerçek ve tüzel kişiler tarafından kuruma gerçekte bir sermaye olarak konulan ve bu sebeple de sadece kurumun kar veya zararına ortak olmayı sağlayan paraların, borç olarak değerlendirilerek karşılığında faiz ödenmesi ve bu yolla kurum kazancının bir kısmının vergi ödenmeden kurum dışına çıkarılmasının önlenmesi yatmaktadır. Vergi güvenlik müessesesi olarak vergi sistemimizde yer alan örtülü sermaye uygulamasının asıl amacı, öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınmasının önüne geçmektir.

Kurumların 2006 ve daha sonraki hesap dönemlerinde elde edecekleri kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5520 sayılı yeni K.V.K.’nda da örtülü sermaye uygulamasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Nitekim kanun koyucu 5520 sayılı yeni K.V.K.’nda, örtülü sermaye müessesesini, uluslararası gelişmeler ve genel kabul görmüş ilkeleri dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir. Buna göre, örtülü sermaye uygulamasında borç/öz sermaye oranı, ortakla ilişkili kişi ve öz sermaye tanımlarına açıklık getirilerek objektif kıstaslar konulmuş, örtülü sermaye kapsamına girmeyecek borçlanmalar belirtilmiş ve örtülü sermaye uygulamasında düzeltme işlemlerine ilişkin usul ve esaslar belirlenmiştir.

Bununla birlikte örtülü sermaye uygulamasına ilişkin olarak 5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesinde yer alan düzenlemenin objektif kıstaslara dayanmasına ve uygulamada karşılaşılan pek çok soruna ilişkin olarak açıklayıcı hükümler getirmek suretiyle çözmüş olmasına rağmen yeni Kanun ile ihdas edilen örtülü sermaye müessesesi birçok sorunu da beraberinde getirmiştir.

5520 sayılı K.V.K.’nın “Kabul Edilmeyen İndirimler” başlıklı 11. maddesinde, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderlerin kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınamayacağı belirtildikten sonra, söz konusu Kanunun 12. maddesinde örtülü sermaye müessesesinin unsurları üzerinde durulmuş, örtülü sermaye sayılmayacak borçlanmalar belirtilmiş ve örtülü sermayenin tespiti sonucunda yapılacak düzeltme işlemleri açıklanmıştır.

Çalışmamızın bu bölümünde, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 12. maddesinde yer alan düzenleme çerçevesinde örtülü sermaye müessesesine ilişkin usul ve esaslar ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

1.2. YASAL DÜZENLEME

Kurumlar vergisi mükelleflerinin ortak ve/veya ortaklarla ilişkili kişilerden yapmış oldukları borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilmesine ilişkin usul ve esaslar 5520 sayılı K.V.K.'nın "Örtülü Sermaye" başlıklı 12. maddesinde, örtülü sermaye mahiyetindeki borçlara ilişkin olarak ortaya çıkan (hesaplanan veya ödenen) faiz, kur farkı ve benzeri giderlerin kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerektiği ise mezkur Kanunun 11. maddesinin (1/b) bendinde hüküm altına alınmıştır. 5520 sayılı K.V.K.'nın örtülü sermaye müessesini düzenleyen 12. maddesi şu şekildedir;

Örtülü sermaye

Madde 12- (1) Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır.

(2) Yukarıda belirtilen karşılaştırma sırasında, sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar hariç olmak üzere, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar % 50 oranında dikkate alınır.

(3) Bu maddenin uygulanmasında;

a) Ortakla ilişkili kişi, ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az % 10 oranında ortağı olduğu veya en az bu oranda oy veya kâr payı hakkına sahip olduğu bir kurumu ya da doğrudan veya dolaylı olarak, ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kâr payı hakkına sahip hisselerinin en az % 10'unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya kurumu,

b) Öz sermaye, kurumun Vergi Usul Kanunu uyarınca tespit edilmiş hesap dönemi başındaki öz sermayesini, ifade eder.

(4) Kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin edinilmesi durumunda, söz konusu hisse nedeniyle ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılanlardan temin edilen borçlanmalarda en az % 10 ortaklık payı aranır.

(5) Yukarıda belirtilen oranlar, borç veren ortaklar ve ortakların ilişkide bulunduğu kişiler için topluca dikkate alınır.

(6) Aşağıda sayılan borçlanmalar örtülü sermaye sayılmaz:

a) Kurumların ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin sağladığı gayrinakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar.

b) Kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar.

c) 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmalar.

ç) 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde

Kararname kapsamında faaliyet gösteren finansman ve faktoring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bu faaliyetleriyle ilgili olarak ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmalar.

(7) Örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarlar, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulanmasında, gerek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, tam mükellef kurumlar nezdinde yapılacak düzeltmede örtülü sermayeye ilişkin kur farklarını da kapsayacak şekilde, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır.”

1.3. ÖRTÜLÜ SERMAYENİN UNSURLARI

Çalışmamızın önceki bölümünde de belirtildiği üzere kurumlar vergisi uygulaması açısından örtülü sermaye müessesine ilişkin usul ve esaslar 5520 sayılı K.V.K.’nın “Örtülü Sermaye” başlıklı 12. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlenme uyarınca; kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir. Söz konusu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kurumlar vergisi mükellefleri tarafından yapılan bir borçlanmanın örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi ve buna bağlı olarak söz konusu borç üzerinden hesaplanan ya da ödenen faiz, kur farkı ve benzeri giderlerin kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınabilmesi için bir kısım koşulların varlığı gerekmektedir. Buna göre; borcun temin edildiği kişi ya da kurum ile borcun tutarı da büyük önem taşınmaktadır.

Örtülü sermaye müessesesine ilişkin yasal düzenlemeden de anlaşılacağı üzere kurumlar vergisi mükellefleri tarafından yapılan bir borçlanmanın örtülü sermaye olarak değerlendirilebilmesi için ortaklardan veya ortakla ilişkili kişilerden yapılmış olması ve kurumun öz sermayesinin üç katını aşması gerekmektedir. Bu kapsamda olmak üzere 5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesinde yer alan örtülü sermaye tanımı, temel olarak iki unsuru bünyesinde barındırmaktadır. Bunlar;

- Borçlanmanın ortaklardan veya ortakla ilişkili kişilerden yapılmış olması ve
- Yapılan borçlanmanın öz sermayenin üç katını aşmasıdır.

Çalışmamızın bu bölümünde kurumlar vergisi mükellefleri tarafından yapılan bir borçlanmanın örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi için aranan koşullar ile uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunlar ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

1.3.1. Ortak ve Ortakla İlişkili Kişi

Kurumlar vergisi mükelleflerinin sadece ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapmış oldukları ve işletmede kullandıkları borçlar çalışmamızın izleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanacak diğer şartların da mevcut olması durumunda örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir. Aksi takdirde ortak ya da ortakla ilişkili kişilerin dışında kalan diğer

kişilerden yapılan borçlanmalar, diğer şartlarında mevcut olması durumunda dahi örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Ortaklık ilişkisi, kurumun ortaklarını ifade etmektedir. Bununla birlikte kurumun ortak olduğu kurumlardan yapacağı borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu ortaya çıkmaktadır. Örneğin; (A) A.Ş.'nin (B) Ltd. Şti. ve (D) gerçek kişisi olmak üzere iki ortağının bulunduğunu, aynı zamanda (N) A.Ş.'nin de hissedarı olduğunu varsayalım. 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde kurumların ortaklarından ya da ortakla ilişkili kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların örtülü sermaye olarak değerlendirilebileceği belirtildiğinden (A) A.Ş.'nin ortakları olan (B) Ltd. Şti. ve (D) gerçek kişisinden temin ettiği borçların diğer şartlarında mevcut olması durumunda örtülü sermaye olarak değerlendirileceğinden şüphe bulunmamaktadır. Buna karşılık (A) A.Ş.'nin ortağı olmayan ancak kendisinin ortağı olduğu (N) A.Ş.'nden temin edilen borçlar örtülü sermaye olarak değerlendirilebilecek midir? Başka bir deyişle kurumların ortaklarından değil de kendilerinin ortak olduğu kurumlardan temin edeceği borçlar, örtülü sermaye olarak değerlendirilecek midir?

Bu hususla ilgili olarak 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde bir kısım açıklamalar yapılmıştır. Buna göre; ortaklık ilişkisi, bir kurumun hem ortak olduğu kurumlarla hem de söz konusu kuruma ortak olan gerçek kişi ve kurumlar ile olan ilişkisini kapsamaktadır. Doğal olarak bu ilişkide herhangi bir ortaklık payı sınırı bulunmamakla beraber İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerin elde bulundurulması halinde, bu hisselerin ait olduğu kurumlardan yapılan borçlanmalarda örtülü sermayenin oluşabilmesi için bu şekilde elde bulundurulan hisselerin sağladığı ortaklık payının en az %10 olması gerekmektedir.

Öte yandan kurumların ortakları ile ilişkili kişilerden yapmış oldukları borçlanmalarda örtülü sermaye kapsamında değerlendirileceğinden örtülü sermaye uygulaması açısından ortakla ilişkili kişi kavramının herhangi bir tereddüte mahal bırakmayacak şekilde açıklanması gerekmektedir. Bu kapsamda olmak üzere 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (b) bendinde örtülü sermaye uygulaması açısından “ortakla ilişkili kişi” kavramı ayrıntılı olarak tanımlanmıştır. Anılan düzenlemeye göre;

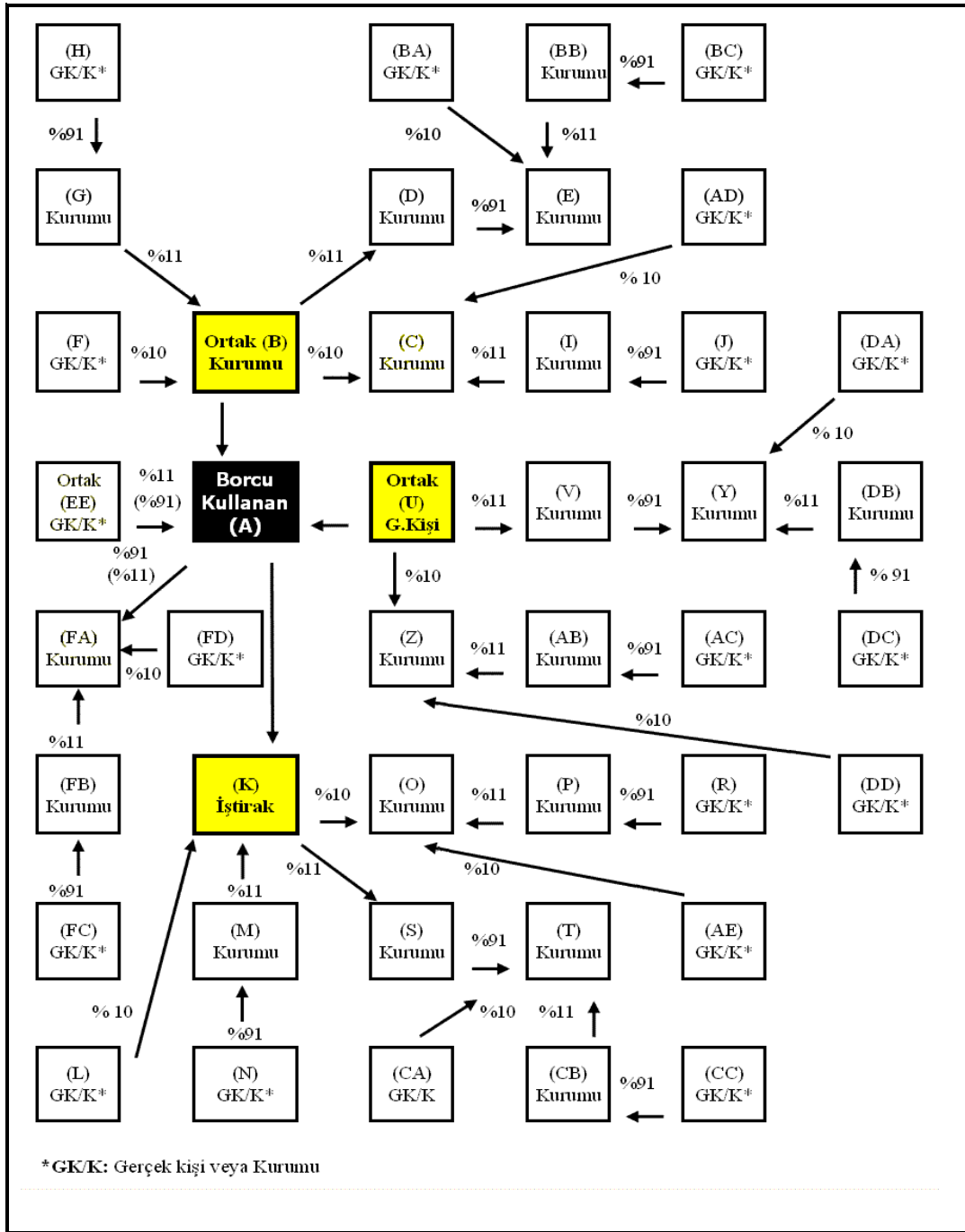
- Ortağın, doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında ortağı olduğu kurum,
- Ortağın, en az %10 oranında oy veya kâr payı hakkına ya da hisselerine sahip olduğu bir kurum ya da,
- Doğrudan veya dolaylı olarak, ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kâr payı hakkına sahip hisselerinin en az %10'unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya kurum,

örtülü sermaye uygulaması açısından “ortakla ilişkili kişi” olarak değerlendirilecek ve bunlardan temin edilerek işletmede kullanılan borçlar, diğer şartların da mevcut olması durumunda örtülü sermaye olarak değerlendirilecek ve söz konusu bu borç için ödenen ya da hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri giderler, kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır. Aksi takdirde kurumun ortağının başka bir kurumdaki mevcut ortaklık payının %10'dan daha düşük olması durumunda örtülü sermaye uygulaması açısından ortağın ortağı olduğu kurum, ortakla ilişkili kurum olarak değerlendirilemeyecektir.

Yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere K.V.K.’nın 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ortakla ilişkili kişiler tanımlanırken, belirli şartlar altında gerçek kişilerinde bu kapsamda değerlendirileceği belirtilmiş olup, madde gerekçesinde ise anılan uygulama açısından gerçek kişi ve kurum kavramları açıklanmıştır. Buna göre fıkroda yer alan **“gerçek kişi”** ifadesi, Gelir Vergisi Kanunu’nun uygulanmasında gerçek kişi olarak kabul edilip vergiye tabi tutulan şahıslar ile şahıs şirketleri ya da adi ortaklıkları, **“kurum”** ifadesi de, sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflar ile bunlara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarını kapsamaktadır.

Örtülü sermaye uygulaması açısından ortakla ilişkili sayılan kişi ve kurumlarda, en az %10 oranında sermaye, oy ya da kâr payı hakkına sahip olma şartı aranmaktadır. Gerçek kişi veya kurumların, borç kullanan kurumlara, %10 oranından daha az sermaye, oy veya kâr payı hakkı bulunması halinde, ortakla ilişkili kişi sayılmaları söz konusu olmayacağı gibi bunlardan temin edilerek işletmede kullanılan borçlarda örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyecektir.

K.V.K.’nın 12. maddesi kapsamında örtülü sermaye uygulaması açısından ortakla ilişkili kişi kavramını açıklayabilmek için 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde aşağıdaki örneklere yer verilmiştir.



Yukarıda yer alan şemada görüldüğü gibi borcu kullananın (A) Kurumu olması halinde, Ortak (B) Kurumu, Ortak (U) Gerçek Kişisi ile iştirak (K)'nin, (A) Kurumu ile ortaklık ilişkisinde herhangi bir sermaye payı oranı aranmayacak ve diğer şartların mevcut olması durumunda bunlardan temin edilerek işletmede kullanılan borçlar örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir.

Öte yandan (A) Kurumunun tablo da yer alan gerçek ve tüzel kişilerin örtülü sermaye uygulaması açısından ortakla ilişkili kişi sayılıp sayılmayacağı şu şekilde olacaktır;

(A) Kurumunun;

- Ortak (B) Kurumunun doğrudan en az %10 oranında ortağı olduğu (D) Kurumundan,

- Ortak (B) Kurumunun dolaylı olarak en az %10 oranında ortağı olduğu (E) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (E) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (BB) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (E) Kurumunun en az %10 hissesini dolaylı olarak elinde bulunduran (BC) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (E) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (BA) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortak (B) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (F) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortak (B) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (G) Kurumundan,
- Ortak (B) Kurumunun en az %10 hissesini dolaylı olarak elinde bulunduran (H) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortak (B) Kurumunun doğrudan en az %10 oranında ortağı olduğu (C) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (C) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (I) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (C) Kurumunun en az %10 hissesini dolaylı olarak elinde bulunduran (J) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (C) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (AD) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortak (U) Gerçek Kişisinin doğrudan en az %10 oranında ortağı olduğu (V) Kurumundan,
- Ortak (U) Gerçek Kişisinin dolaylı olarak en az %10 oranında ortağı olduğu (Y) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (Y) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (DB) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (Y) Kurumunun en az %10 hissesini dolaylı olarak elinde bulunduran (DC) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (Y) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (DA) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortak (U) Gerçek Kişisinin doğrudan en az %10 oranında ortağı olduğu (Z) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (Z) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (AB) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (Z) Kurumunun en az %10 hissesini dolaylı olarak elinde bulunduran (AC) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (Z) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (DD) Gerçek Kişisi veya Kurumundan

yapmış olduğu borçlanmalar örtülü sermayenin tespitinde dikkate alınacaktır. Başka bir deyişle (A) Kurumunun yukarıda belirtilen gerçek ve tüzel kişilerden temin ederek işletmede kullandığı borçların kurumun özsermayesinin üç katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak kabul edilecek ve bunlara ilişkin olarak ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri giderler kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır.

Aynı şekilde, (A) kurumunun;

- İştirak (K)'nin doğrudan en az %10 oranında ortağı olduğu (S) Kurumundan,

- İştirak (K)'nin dolaylı olarak en az %10 oranında ortağı olduğu (T) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (T) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (CB) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (T) Kurumunun en az %10 hissesini dolaylı olarak elinde bulunduran (CC) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (T) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (CA) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- İştirak (K)'nin en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (L) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- İştirak (K)'nin en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (M) Kurumundan,
- İştirak (K)'nin en az %10 hissesini dolaylı olarak elinde bulunduran (N) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- İştirak (K)'nin doğrudan en az %10 oranında ortağı olduğu (O) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (O) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (P) Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (O) Kurumunun en az %10 hissesini dolaylı olarak elinde bulunduran (R) Gerçek Kişisi veya Kurumundan,
- Ortakla ilişkili (O) Kurumunun en az %10 hissesini doğrudan elinde bulunduran (AE) Gerçek Kişisi veya Kurumundan

yapmış olduğu borçlanmalar da örtülü sermayenin tespitinde dikkate alınacaktır. Çünkü 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasında ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında ortağı olduğu ya da bu oranda oy veya kar payı hakkına sahip bulunduğu kurumun veya doğrudan veya dolaylı olarak ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kar payı hakkına sahip hisselerinin en az %10'unu elinde bulunduran gerçek kişi veya kurumların ortakla ilişkili kurum olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır.

(A) Kurumunun;

Ortak (EE) Gerçek Kişisi veya Kurumundan yaptığı borçlanma iştirak oranına bakılmaksızın her halükarda örtülü sermayenin tespitinde dikkate alınacaktır. (FA) Kurumu da iştirak ilişkisi nedeniyle iştirak oranından bağımsız olarak aynı şekilde değerlendirilecektir.

Öte yandan, (FA) Kurumuna, Ortak (EE) Gerçek Kişisi veya Kurumu dolaylı olarak en az %10 oranında ortak olduğundan, bu kurum ortakla ilişkili kurum olarak da değerlendirilebilecektir. Dolayısıyla, (FA) Kurumunun ilişkili olduğu, (FD) Gerçek Kişisi veya Kurumu, (FB) Kurumu ve (FC) Gerçek Kişisi veya Kurumu bu açıdan bakınca da ortakla ilişkili kişi sayılacaktır.

1.3.1.1. Borcun doğrudan veya dolaylı olarak temin edilmesi

Kurumlar vergisi mükelleflerinin 2005 ve daha önceki yıllara ilişkin hesap dönemlerine ait kurum kazançlarının tespit ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5422 sayılı K.V.K.'nın 16. maddesinde kurumların aralarında vasıtalı bir şirket münasebeti bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yapmış oldukları borçlanmaların da belirli şartların mevcudiyeti durumunda örtülü sermaye olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştı. Bununla birlikte 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde örtülü sermaye uygulaması açısından vasıtalı şirket münasebeti ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme yer almamakla birlikte ortakla ilişkili kişi tanımlamasında, "dolaylı ortaklık" kavramına da yer verilmiştir.

Dikkat edileceği üzere eski düzenleme de yer alan “vasıtalı şirket münasebeti” ile yeni düzenlemede yer alan “dolaylı ortaklık ilişkisi” birbirine paralel düzenlemeler olup bir kurum ortağının dolaylı olarak bir başka kuruma ortak olması ancak vasıtalı şirket ilişkisi ile açıklanabilir. Örneğin bir kurum ortağının dolaylı olarak başka bir kuruma ortak olması ancak, kurum ailesi ve akrabaları vb. aracılığı ile yapılacaktır. Bu kapsamda olmak üzere borcu kullanan kurumun, borcu ortaklık ilişkisi olan bir kurumdan veya ortakları ile ilişkili bir başka kurumdan doğrudan temin etmemesi örtülü sermayenin mevcut olmayacağı anlamına gelmemektedir.

Kurumlar vergisi mükellefleri tarafından borcun, ortak veya ortakla ilişkili kişiden ancak üçüncü kişi üzerinden dolaylı olarak temin edilmesi durumunda da diğer şartların mevcut olması durumunda örtülü sermaye söz konusu olabilecektir. Dolaylı olarak temin edilen borçlanmalarda araya birden fazla kurumun girmesi borcun örtülü sermaye olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir.

Örneğin; Kurum (B), Kurum (A)’nın %70 oranında ortağıdır. Kurum (B), hem kendisi hem de ortağı olan Kurum (A)’nın ortaklık ilişkisi içinde olmadığı Kurum (C)’ye, Kurum (C) de Kurum (A)’ya borç vermiştir. Bu durumda, Kurum (A)’nın kendi ortağı olan Kurum (B)’den Kurum (C) üzerinden dolaylı olarak borç temin ettiği kabul edilecek ve diğer şartların varlığı halinde bu borçlanma örtülü sermaye sayılacaktır.

Borcun, ortak veya ortakla ilişkili kişiden ancak üçüncü kişi üzerinden dolaylı olarak temin edilmesi durumunda da örtülü sermaye söz konusu olabilecektir. Dolaylı olarak temin edilen borçlanmalarda araya birden fazla kurumun girmesi borcun örtülü sermaye olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir.

Bu noktada üzerinde durulması gereken önemli bir husus, üçüncü kişi üzerinden dolaylı olarak borçlanma durumunda, örtülü sermaye olarak nitelendirilecek borç tutarının tespitinde, üçüncü kişinin ilişkili kişiden aldığı (kaynak) borç tutarının esas alınarak belirleme yapılması gerektiğidir. Üçüncü kişiden borç alan kurumun aldığı (türev) borç tutarı ile üçüncü kişinin ilişkili kişiden aldığı (kaynak) borç tutarının birbirinden farklı olması durumunda esas olarak ilişkili kişi ile üçüncü kişi arasındaki (kaynak) borç tutarı kadar bir kısım örtülü sermaye uygulamasında dikkate alınmalıdır. Üçüncü kişi ile borç alan kurum arasında daha yüksek tutarda bir borçlanma söz konusu ise aşan kısmın örtülü sermaye değerlendirmesinde dikkate alınmaması gerektiği kanaatindeyiz.¹

Örnek: (A) A.Ş., (B) Ltd.Şti.’nin % 20 oranında ortağıdır. (A) A.Ş., (D) A.Ş.’ne 100.000 YTL borç vermiştir.(kaynak borç) (B) Ltd.Şti.’de kendisi ile K.V.K.’nın 12. maddesinde tanımlanan nitelikte bir ilişkisi bulunmayan (D) A.Ş.’nden 300.000 YTL borç almıştır.(türev borç) Bu bağlamda, (D) Ltd.Şti.’nin dolaylı olarak üçüncü kişi üzerinden ancak kendi ortağından borçlandığı kabul edilecek ve borç ilişkisi örtülü sermaye düzenlemesi kapsamında değerlendirilecektir.

Bununla birlikte örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmesi gereken borç tutarı 300.000 YTL’nin tamamı değil, üçüncü kişinin ilişkili kişiden borçlandığı tutar yani 100.000 YTL olacaktır. Dolaylı borç ilişkisi çerçevesinde kendi ortağından temin edilen 100.000 YTL’nin (B) Ltd.Şti.’nin öz sermayesinin üç katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak nitelendirilecektir.

¹ ERDEM, Tahir; “Borç İlişkisindeki Değişikliklerin Örtülü Sermaye Uygulamasına Etkileri” Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi.

Öte yandan borç alan kurum ile borç veren arasındaki ortaklık ilişkisinin İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda işlem gören hisselerin edinilmesi nedeniyle ortaya çıkması durumunda ortakla ilişkili kişinin tespiti ile grup şirketlerinden yapılan borçlanmalarda örtülü sermaye uygulaması özellik arz etmekte olup, söz konusu bu hususlara çalışmamızın izleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak değinilecektir.

1.3.1.2. İMKB'de İşlem Gören Hisse Senetleri Nedeniyle Ortaklık İlişkisi

Kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisse senetlerinin üçüncü şahıslar (gerçek ve tüzel kişi) tarafından alınmak suretiyle ortaklık ilişkisinin kurulması durumunda, söz konusu kişiler ile yapılan borçlanmaların örtülü sermaye uygulaması karşısındaki durumu özellik arz etmektedir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde belirtildiği üzere kurumların ortaklarıyla yaptıkları borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi için herhangi bir asgari ortaklık oranı bulunmamaktadır.

Bununla birlikte kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin edinilmesi ve borç verilen kurumla sadece bu hisse senetlerinin alınması nedeniyle ortaklık bağlantısının kurulması durumunda bu mahiyetteki ortaklardan yapılan borçlanmaların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilebilmesi için mezkur Kanunun 12. maddesinin (4) numaralı fıkrasında en az %10 oranında ortaklık payı ölçütü getirilmiştir. Anılan düzenleme ile finansal enstrümanların ekonomik gereklerle alım-satımına ve finans piyasasının gelişmesine olumsuz etki yapabilecek subjektif değerlendirmeler engellenmeye çalışılmıştır.

Dolayısıyla İMKB'de işlem gören hisse senetlerinin % 10'undan daha azına sahip olan bir gerçek veya tüzel kişinin söz konusu şirkete borç vermesi nedeniyle, bu borç şirketin dönem başındaki öz sermayesinin 3 katından fazla olsa dahi, örtülü sermayeden bahsedilemeyecektir.

1.3.1.3. Grup Şirketlerinden Yapılan Borçlanmalar

Kurumlar vergisi mükelleflerinin 2005 ve daha önceki hesap dönemlerinde elde ettikleri kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5422 sayılı K.V.K.'nın uygulandığı dönemlerde grup şirketlerinden yapılan borçlanmaların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu yapılmaktaydı. Bu kapsamda olmak üzere özellikle grubun kredi firması olarak kabul edilen şirketin temin ettiği borçları diğer grup şirketlerine kullandırması durumunda veya gruba dahil banka ve finans kurumlarından yapılan borçlanmaların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği hususu bir çok tartışmaya neden olmuştu. Söz konusu tartışmalar nedeniyle bu hususla ilgili olarak uygulama birliğinin sağlanması mümkün olmadığı gibi bir çok ihtilaf yargı organlarına taşınmıştır. Anılan hususla ilgili olarak Danıştay tarafından verilen bir karar şu şekildedir;²

“Davacı şirketin 1993 yılı işlemlerinin örtülü sermaye üzerinden faiz dağıtıldığından bahisle incelenmesi sonucu düzenlenen rapor doğrultusunda kurumlar vergisi salınmış, fon payı hesaplanıp, kaçakçılık cezası kesilmiştir. İstanbul 2. Vergi Mahkemesi 8.6.1998 günlü ve 1998/797sayılı kararıyla; davacı kurumun hissedarları

² Danıştay 4. Dairesi'nin, 07.12.1998 tarih, E:1998/3479, K:1998/4821 sayılı Kararı.

aynı olan Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi, İplik Sanayi ve Ticaret Anonim Şirketi ve Ticaret ve Sanayi Anonim Şirketi'nden devamlı surette kaynak temini yoluna gittiği, belirtilen şirketlerden sağlanan kaynakların şirketin öz sermayesine göre bariz fazlalık oluşturduğu, davacı şirketle adı geçen şirketler arasındaki vasıtalı ve vasıtasız ilişkinin inceleme elemanınca ortaya konulduğu gerekçesiyle, davayı reddetmiştir.

Davacı şirketlere ödenen vade farklarının tamamının para kullanımı ile ilgili olmadığını, gider kaydedilen vade farklarının gurup firmaları tarafından bankadan alınan kredilerin şirketçe kullanılan kısmına ait faiz tutarları olduğu, vade farkı faturaları düzenleyen gurup firmalarının vade farklarını kanuni defterlerine hasılat olarak kaydettiğini ileri sürerek kararın bozulmasını istemektedir.

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 16 ncı maddesinde, kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları istikrazlarla kurumun öz sermayesi arasındaki nisbet, emsali kurumlarinkine nazaran bariz bir fazlalık gösterirse mezkur istikrazların örtülü sermaye sayılacağı hükme bağlanmış, aynı Kanun'un 15/2 maddesinde ise örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilmesinin kabul edilmeyeceği, hükmüne yer verilmiştir.

Dava dosyasının incelenmesinden, uyumsuzluk konusu döneme ilişkin olarak davacı kurum adına aynı gurup bünyesinde yer alan şirketlerin düzenlediği vade farkı faturaları esas alınarak matrah farkının tespit edildiği anlaşılmaktadır. Tarhiyatın dayanağını teşkil eden vergi inceleme raporunda yalnızca davacı şirketle gurup bünyesinde yer alan şirketlerin sermaye bağlantıları esas alınarak örtülü sermaye üzerinden faiz dağıtıldığı sonucuna varılmış olup gerek borcun işletmede devamlı olarak kullanılması, gerekse ödenen vade farklarının öz sermayeye nispetinin emsali kurumlardakine nazaran bariz farklılık gösterdiği konusunda belirleme yapılmamıştır. Öte yandan şirket amaçları doğrultusunda aynı gurup bünyesinde yer alan şirketler arasında finans kaynaklarının işbirliği içinde kullanılması örtülü sermaye olarak kabul edilemez. Uyumsuzluk konusu olayda da vade farkı faturalarının büyük kısmının diğer gurup şirketlerinin kullandığı banka kredilerini davacı şirkete aktarmaları nedeniyle davacı şirketin yüklendiği faiz ödemelerine ilişkin olduğu anlaşılmaktadır. Davacı şirkete finans kaynağı sağlayan diğer gurup şirketlerinin elde ettikleri vade farkı gelirlerini kayıtlarına intikal ettirdikleri sabittir. Bu durumda yükümlü şirketin ilgili bulunduğu şirketler tarafından düzenlenen faturalar karşılığı yaptığı vade farkı veya faiz ödemelerini gider olarak kaydetmesinde mevzuata aykırılık bulunmadığından, yükümlü şirket adına örtülü sermaye üzerinden faiz dağıtıldığı iddiasıyla yapılan tarhiyata karşı açılan davanın reddi yolunda verilen kararda isabet görülmemiştir. Açıklanan nedenle, İstanbul 2. Vergi Mahkemesi'nin 1998/797 sayılı kararının bozulmasına karar verildi.”

Dikkat edileceği üzere anılan yargı kararı 5422 sayılı K.V.K.'nın yürürlükte bulunduğu dönemlere ait bir ihtilafa ilişkin bulunmaktadır. Buna karşılık 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde grup şirketlerinden yapılan borçlanmaların örtülü sermaye uygulaması karşısındaki duruma ilişkin olarak bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda olmak üzere anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında, örtülü sermayenin tespiti sırasında, sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar hariç

olmak üzere, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmaların % 50 oranında dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Ayrıca maddenin örtülü sermaye sayılmayacak borçlanmaları belirleyen (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde, kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmaların örtülü sermaye sayılmayacağı belirlenmiştir.

Bu kapsamda olmak üzere 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (2) numaralı fıkrası ile (6) numaralı fıkrasında yer alan düzenlemeler uyarınca kurumların aynı gruba dahil bulundukları şirketlerden yapacakları borçlanmaların örtülü sermaye uygulaması karşısındaki durumu şu şekilde olacaktır.

1.3.1.3.1. İlişkili Kişi Sayılan Banka veya Benzeri Kredi Kurumlarından Yapılan Borçlanmalar

Bankalar, finansal kuruluşlar, sigorta şirketleri, kooperatifler ve sosyal güvenlik kuruluşlarından oluşan mali sektör kuruluşları reel ekonomiye fon sağlama işlemini ifa etmektedirler. Bankalar, mudilerinden mevduat yoluyla topladıkları kısa vadeli fonları uzun vadeli fon ihtiyacı bulunan gerçek veya tüzel kişilere vermek suretiyle faaliyette bulunurlar. Öte yandan günümüzde “holding bankacılığı” olarak adlandırılan bankacılık türü yaygın olarak uygulamada ortaya çıkmış olup, holding bünyesine alınan bankalarla, aynı holding içerisinde bulunan diğer şirketlere düşük kredi faizleri gibi daha avantajlı durumlarda kredi sağlama konusunda faaliyette bulunurlar.

Çalışmamızın bu bölümünde aynı holdinge bağlı bulunan bankalardan alınan kredilerin örtülü sermaye uygulaması karşısındaki durumu, 2006 öncesi ve sonrasında olmak üzere iki ayrı başlık halinde ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

1.3.1.3.1.1. 5422 Sayılı K.V.K.’nın Geçerli Olduğu Dönemlerde (2005 ve Öncesi)

5520 sayılı Kanunla mülga 5422 sayılı K.V.K.’nın “Örtülü Sermaye” başlıklı 16. maddesinde; “*Kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları istikrazlar, teşebbüste devamlı olarak kullanılır ve bu istikrazlarla kurumun öz sermayesi arasındaki nispet, emsali kurumlarınkine nazaran bariz bir fazlalık gösterirse mezkur istikrazlar örtülü sermaye sayılır.*” hükmü yer almaktadır.

Örtülü sermaye kavramı, vergi matrahının dolaylı yollardan aşındırılmasının önlenmesi amacıyla Türk vergi sistemine dahil edilmiştir. Esasen örtülü sermayeye ödenen ve/veya hesaplanan faizlerin gider olarak kabul edilmemesi, öz sermaye üzerinden ödenen ve/veya hesaplanan faizlerin gider olarak kabul edilmemesinin sonucudur. Aksi bir düşünce tarzı örtülü yolla sağlanan sermayeye faiz hesaplanması veya ödenmesi ve bu faizin de gider olarak kazançtan tenzilin kabul edilmesi anlamına gelir. Bu durum ise, vergisi ödenmemiş kazancın kurum ortak veya sahiplerince ya da kurumun ilişkide bulunduğu kişi ve kuruluşlarca çekilmesi, kazancın vergilendirilmeksizin dağıtımı gibi bir sonuç verecektir.

Açıklanan bu durumlar ile 213 sayılı V.U.K.'nın 3. maddesindeki "Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır." hükmü karşısında, şirketin ilişki içinde bulunduğu kuruluşlardan yapılan borçlanmaların örtülü sermaye şartlarını taşıması durumunda, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınması mümkün değildir. Kanunda kazancın el değiştirmesi suretiyle vergiden kaçınmak için kullanılan yollardan birisi olarak kabul edilen örtülü sermayenin varlığının kabul edilmesi için gerekli koşullar üç temel konuda tespit edilmiştir. Kanun hükmünden de anlaşılacağı üzere örtülü sermayeden söz edebilmek için üç şartın birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bu şartlar aşağıdaki gibidir;

- Kurumlar vergisi mükelleflerinin almış oldukları borçların örtülü sermaye olarak değerlendirilebilmesi için borçlanmanın yapıldığı gerçek ve tüzel kişilerle kurum arasında vasıtalı veya vasıtasız bir şirket ilişkisi yahut devamlı ve sıkı bir iktisadi ilişki bulunmalıdır.

- Örtülü sermayenin varlığında aranan ikinci koşul ise, alınan borç paraların şirkette devamlı olarak kullanılmasıdır. Burada devamlılıktan kasıt birden fazla borçlanma işleminin gerçekleşmesi ya da bir defalık yapılan borçlanmanın vergilendirme dönemini aşmasıdır.

- Örtülü sermayenin varlığı için gerçekleşmesi gereken üçüncü koşul da, kurum tarafından kullanılan istikrazların öz sermayeye olan nispetinin emsal kurumlara nazaran bariz bir fazlalık göstermesidir.

Kurumlar vergisi mükelleflerinin 2005 ve daha önceki hesap dönemlerinde yapmış oldukları borçlanma işlemlerine ilişkin örtülü sermaye uygulaması, 5422 sayılı K.V.K.'nın 16. maddesinde düzenlenmiş olup, anılan madde de örtülü sermaye mahiyetinde olmayan borçlanma işlemlerine ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Buna göre anılan madde metninde yer alan bütün şartları haiz bulunan borçlanmalar örtülü sermaye olarak değerlendirilebilecektir. Söz konusu şartları haiz bulunan borçlanmanın vasıtalı veya vasıtasız ortaklık ilişkisi içinde olunan bankalardan yapılmış olması da bu durumu değiştiremeyecektir. Kaldı ki, 2006 ve izleyen yıllarda geçerli olacak örtülü sermaye uygulamasının düzenlendiği 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde ortakların işletmeye kullandığı borçların, kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmının diğer şartların da gerçekleşmesi halinde örtülü sermaye olarak değerlendirileceği, bu karşılaştırma sırasında; ortak veya ortakla ilişkili kişi olmakla birlikte ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmaların %50 oranında dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Ayrıca Danıştay tarafından çeşitli tarihlerde verilen kararlarda da kurumların vasıtalı vasıtasız ortaklık ilişkisi içinde bulundukları bankalardan kullandıkları kredilerin, süreklilik arz etmesi ve tutar olarak özsermaye ile bariz farklılık göstermesi durumunda söz konusu kredinin örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir. Danıştay tarafından bahse konu ile ilgili olarak verilen bir karar şu şekildedir;³

"Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 16. maddesinde örtülü sermaye,"kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları istikrazlar, teşebbüste devamlı olarak kullanılır ve bu istikrazlarla kurumun öz sermayesi arasındaki nispet, emsali kurumlarınkine nazaran bariz bir fazlalık gösterirse mezkur istikrazlar örtülü sermaye

³ Danıştay 4. Dairenin 29.03.2005 tarih ve E: 2004/2153 K: 2005/494 sayılı kararı

sayılır." şeklinde tanımlanmış olup, aynı Kanunun 15/2 nci maddesinde örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde indiriminin yapılmasının kabul edilmeyeceği belirtilmiştir.

Kurumların, değişen ve gelişen ekonomik koşullar nedeniyle yetersiz sermayeye sahip olmaları halinde dış kaynaklara (borçlara) ihtiyaç duydukları bilinen bir gerçektir. Ancak işletmede kullanılan her borç örtülü sermaye niteliğinde değildir. Kanunun 16. maddesine göre işletmede kullanılan bir borcun örtülü sermaye sayılabilmesi için gerekli koşullar belirtilmiştir.

Örtülü sermayenin varlığı konusunda aranan ilk koşul, kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket ilişkisi veya sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden borç alınmasıdır. Bu koşul ile, ortakların doğrudan veya ortak oldukları bir başka şirket münasebeti ile kuruma borç (örtülü sermaye) vermeleri, ya da aralarında çok sıkı bir iktisadi münasebet nedeniyle yeterince güven bağı oluşan gerçek veya tüzel kişilerin yine kuruma aslında örtülü sermaye niteliğinde olan borç vermeleri hali kastedilmektedir. Dolayısıyla, aslında gizli ortak olan şahıs veya kurumların koyduğu sermayenin borç sayılmasının önlenmesi ve öz sermaye üzerinden faiz yürütülmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Davacı Şirketin banka kredisi aldığı kurumların ortaklık yapıları incelendiğinde, aralarında vasıtasız ortaklık ilişkisi bulunduğu görülmüş olup, şirket ile yüksek tutarda borç aldığı ve vasıtasız ilişkisinin olduğu bankaların yönetim kadrolarının aynı kişilerden oluştuğu anlaşılmıştır.

Kanunun aradığı ikinci koşul ise, kurumun sözü edilen gerçek ve tüzel kişilerden yaptığı borçlanmanın teşebbüste devamlılık arz etmiştir. Davacı şirketin 1998 yılında kullanmış olduğu kredilerden süresi dolan borçların yenilenmek yada vadelerinin uzatılması suretiyle 1996-2000 yıllarını kapsayacak şekilde teşebbüste devamlı olarak kullanılır hale getirildiği görülmektedir.

Örtülü sermayenin varlığının kabul edilmesi için gerekli üçüncü koşul ise, kurumun öz sermayesi ile borçlanma miktarı arasındaki nispetin emsali kurumlardakine nazaran bariz bir farklılık göstermesidir. Davacı Şirketin toplam borcunun özsermayesinin 4.77 katı, ortağı olduğu bankalara olan borcunun ise özsermayesinin 3.44 katı olduğu dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. İnceleme elemanınca Factoring hizmeti veren diğer bazı mükellefler nezdinde yapılan emsal araştırmalarında, davacı şirketin borç-özsermaye oranının 4.77 olmasına karşın, bu şirketlerde borç-özsermaye oranlarının % 23- %33 - % 10-1,51-1,13-2,31 olması karşısında, şirketin özsermayesi ile borçlandığı miktar arasında ekonomik ve ticari icaplara uygun olmayan oranda bariz bir fazlalık olduğu görülmektedir.

213 sayılı V.U.K.'nın 3. maddesinde vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyetinin esas olduğu açıklamış olup, gerek yukarıda belirtilen hususlar, gerekse V.U.K.'nın 3. maddesi hükmü karşısında, **davacının, aralarında sıkı bir ortaklık ilişkisi bulunan bankalardan aldığı kredilerin örtülü sermaye niteliği taşıdığının kabulü gerekmektedir.** Bu durumda sözü edilen krediler için ödenen kur farkı ve faizin gider olarak kurum kazancından indirilemeyeceği gerekçesiyle yapılan tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle davalı İdare temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 28.1.2003 günlü ve E:2002/1243, K:2003/66 sayılı kararının re'sen

tarhiyata ilişkin kısmının bozulmasına oyçokluğuyla, davacının karar düzeltme isteminin ise reddine oybirliğiyle 29.3.2005 gününde karar verildi.”

1.3.1.3.1.2. 5520 Sayılı K.V.K.’nın Geçerli Olduğu Dönemlerde (2006 ve Sonrası)

Bankaların mudilerinden mevduat adı altında toplamış oldukları fonları kredi adı altında kredi müşterilerine kullandırmaları mutad faaliyetleri olması nedeniyle örtülü sermaye uygulamasının kapsamı dışında değerlendirilmeleri mümkün değildir. Çalışmamızın önceki bölümünde belirtildiği üzere kurumların aynı gruba dahil bulundukları bankalardan yapmış oldukları borçlanmaların (kullanılan kredilerin) örtülü sermaye olarak değerlendirileceğine ilişkin olarak 5422 sayılı K.V.K.’nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla birlikte 5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasında, aynı gruba dahil bulunan bankalardan alınan kredilerin örtülü sermaye uygulaması karşısındaki durumuna ilişkin olarak bir kısım düzenlemeler yapılmıştır. Anılan düzenleme ile ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmaların örtülü sermaye kapsamında değerlendirileceği, ancak bu şekilde elde edilen borçların yarısının öz sermaye kıyaslamasında dikkate alınacağı belirtilmiştir.

Örneğin, sermayesi 1.000 birim olan bir kurumun sadece ilişkili kişi sayılan bankadan borçlanma yaptığını ve aldığı borcun 4.000 birim olduğunu düşünelim. Normal şartlarda öz sermayenin 3 katını aşan 1.000 birimlik borç üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz ve kur farklarının kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerekmektedir. Ancak, 5520 sayılı Kanunun 12. maddesinin anılan (2) numaralı fıkrasında yapılan düzenleme nedeniyle bankadan alınan borcun yarısı (4.00 birim) öz sermaye ile kıyaslanacak ve örtülü sermayenin oluşmadığı sonucuna varılacaktır.

Dolayısıyla, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmaların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmesi için yapılan borçlanma, öz sermayenin 6 katını aşıyor olmalıdır.⁴

Öte yandan 5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan “banka ve finans kurumları” kavramlarının uygulamada ortaya çıkaracağı muhtemel tereddüt ve ihtilafları bertaraf etmek amacıyla 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliğinde bir kısım açıklamalar yapılmıştır. Buna göre “Banka” Türkiye’de 5411 sayılı Bankacılık Kanunu’na göre faaliyette bulunan bir bankayı; “banka benzeri kredi kurumu”, esas faaliyet konusu mevduat benzeri veya özel cari ve katılma hesapları benzeri hesaplar yoluyla fon toplayan ve kredi kullandıran kurumları; yurt dışında ise bulunduğu ülkede 5411 sayılı Kanun benzeri bir kanun ile ayrıntılı olarak düzenlenmiş ve yaptırımları olan bir mevzuat çerçevesinde yukarıda belirtilen benzer faaliyetlerde bulunan kurumları ifade etmektedir.

1.3.1.3.2. Kurumların İlişkili Şirketlere Finansman Temin Eden Kredi Şirketlerinden Yapılan Borçlanmalar ve Ortaya Çıkması Muhtemel Bazı Sorunlar

Kurumlar, ihtiyaç duydukları yabancı kaynakları genel olarak kendi imkanları çerçevesinde bu alanda faaliyette bulunan kurum ve kuruluşlardan temin yoluna

⁴ KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermaye Müessesesinin Ortakla İlişkili Kişi Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Önlenebilir Tartışmalar ve Olası Bazı Sorunlar, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2006, Sayı:216, Sayfa:107.

başvurmaktadırlar. Buna karşılık kredibilitesi düşük olan firmalar grup firmaları vasıtasıyla dolaylı kredi kullanılması da söz konusu olabilmektedir. Diğer taraftan düşük faizli ve uzun vadeli bir kısım ihtisas kredilerinden yararlanılabilmesi ancak belirli şartların mevcut olması durumunda söz konusu olabildiğinden bu şartları haiz olan grup firmaları anılan ihtisas kredilerini temin ederek grup firmalarına kullandırmaktadırlar. Grup şirketleri arasında yapılan kredi aktarımlarının örtülü sermaye uygulaması karşısındaki durumu öteden beri bir kısım tartışmalara neden olmaktadır.

Bununla birlikte 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde grup şirketlerinden temin edilen dolaylı kredilerin örtülü sermaye uygulaması karşısındaki durumuna ilişkin olarak bir kısım düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre anılan maddenin (2) numaralı fıkrasında; sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar hariç olmak üzere, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmaların % 50 oranında dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemeden de anlaşılacağı üzere ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar ve ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar, diğer şartların mevcut olması durumunda örtülü sermaye olarak değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte örtülü sermaye kıyaslamasında ortak ya da ortakla ilişkili sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından alınan borçların yarısı dikkate alınırken ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmanın ise tamamı dikkate alınacaktır.

Öte yandan grup şirketlerinden dolaylı olarak kullanılacak kredilerin örtülü sermaye uygulaması karşısındaki durumuna ilişkin olarak anılan maddenin (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde de özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre; kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar örtülü sermaye sayılmayacaktır. Anılan düzenleme çerçevesinde grup şirketlerin kullanılan dolaylı kredilerin örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmemesi için bir kısım şartların mevcut olması gerekmektedir. Buna göre grup şirketlerinden dolaylı olarak kullanılan kredilerin örtülü sermaye olarak değerlendirilmemesi için söz konusu borcun temin yeri ve kullandırılma şartları büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda olmak üzere ilişkili grup şirketine aynı şartlarla kullandırılan borcun banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin edilmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde anılan kaynaklar dışında kalan diğer kaynaklardan temin edilerek ortak ya da ortakla ilişkili sayılan kurumlara kullandırılması durumunda -diğer şartların mevcut olması kaydıyla- örtülü sermaye kullanıldığı iddiasıyla karşı karşıya kalınabilir.

Öte yandan ortak ya da ortakla ilişkili sayılan kurumlarca banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin edilerek grup şirketlerine kullandırılan borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilmemesi için borcun aynı şartlar çerçevesinde aktarılması gerekmektedir. Başka bir deyişle kredinin aynı şartlarda kullandırılması; kredinin aynı vade ve faiz oranı çerçevesinde kullandırılması anlamına gelmektedir. Aksi takdirde ortak ya da ortakla ilişkili sayılan kurumlarca banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin edilerek grup şirketlerine farklı koşullar altında kullandırılan borçlanmalar, diğer şartlarında mevcut olması durumunda örtülü sermaye olarak değerlendirilebilecektir.

Ancak, burada bazı sorunlar ortaya çıkabilecektir. Kullandırma şartlarında değişiklik yapılması halinde borcun tamamı örtülü sermaye sayılıp ödenen faiz veya kur farkının tamamı

mı kanunen kabul edilmeyen gider olarak kabul edilecek? Yoksa kullandırma şartlarında yapılan değişiklik sonrasında ortaya çıkan fark mı kanunen kabul edilmeyen gider olacaktır? Örneğin, kredibilitesi yüksek bir grup şirketinin bir bankadan aylık % 2 faiz ödemesi ile temin ettiği bir krediyi aylık % 3 faiz ile bir başka grup şirketine kullandırdığını kabul ettiğimizde “aynı şartla kullandırma” gerçekleşmediği için ödenen faizin tamamı mı yoksa sadece % 1’lik kısım mı kanunen kabul edilmeyen gider olacaktır?

5520 sayılı Kanunla yeniden düzenlenen örtülü sermaye uygulamasında karşılaşılmaya olanağı yüksek olacak sorunlardan birisi budur. Bu durumda “aynı şartla kullandırma” gerçekleşmediği için işlemin tamamen Kanunun 12. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan düzenleme kapsamına girmediği, dolayısıyla borcun tamamının örtülü sermaye ve ödenen faizin tamamının kanunen kabul edilmeyen gider olması gerektiği savunulabilir. Aksine, yukarıdaki örnekte sadece %1’lik kısmın kanunen kabul edilmeyen gider olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Bu sorunun uygulama şekillendikçe ve vergi idaresinin yapacağı açıklamalar ile çözümleneceğini düşünmekteyiz.

Akıllara gelen bir diğer sorun ise temin edilen borcun aynı şartlarla değil de daha iyi şartlarla kullandırılması durumunda örtülü sermayeden bahsedilip edilemeyeceğidir. Örneğin, %2 ile temin edilen bir kredi %1 faiz ile grup şirketlerine kullandırılırsa borcu kullanan firma açısından örtülü sermaye söz konusu olacak mıdır? Maddenin gerekçesinde “aynı şartlarla kullandırma” ifadesinden kredi sözleşmesinin içerdiği vade, faiz oranı ve benzeri kullandırılma şartlarında **herhangi bir** değişiklik yapılmadan kullandırılmasının anlaşılması gerektiği açık olarak belirtilmiştir. Sözleşme şartlarında borcu alan grup şirketi lehine bir değişiklik yapmak borcun temin edildiği şartlarla kullandırılmadığını göstermektedir. Bu durumda söz konusu borcun örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulabilir. Bu sorunun da uygulama şekillendikçe ve vergi idaresinin yapacağı açıklamalar ile giderileceğini düşünmekteyiz.⁵

1.3.1.4. Dar Mükellefiyeti Haiz Kurumlarda Örtülü Sermaye Uygulaması ve Ortakla İlişkili Kişinin Tespiti

Çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca; kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılacaktır. Ancak örtülü sermaye müessesesi anılan Kanunun “Tam Mükellefiyette Verginin Tarhı ve Ödenmesi” başlıklı ikinci kısmında düzenlendiğinden dar mükellef kurumlar açısından geçerli olup olmayacağı hususu tartışmalı bir hale gelmektedir. Çünkü dar mükellefiyeti haiz kurumların Türkiye’deki faaliyetlerinden elde ettikleri kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esaslar, mezkur Kanunun “Dar Mükellefiyette Verginin Tarhı ve Ödenmesi” başlıklı üçüncü kısmında düzenlenmiş olup bu bölümde ise sadece belirli şartların mevcut olması durumunda Kanunun ikinci kısmında yer alan usul ve esasların geçerli olacağı belirtilmiştir. Buna göre mezkur Kanunun 22. maddesinin (1) numaralı fıkrası uyarınca Türkiye’de iş yeri veya daimi temsilcileri vasıtasıyla elde edilen kazançların tespitinde tam mükellef kurumlar açısından geçerli olan hükümler uygulanacağından buna bağlı olarak bu durumdaki dar mükellef kurumlar açısından da örtülü sermaye müessesesi geçerli olacaktır.

⁵ KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermaye Müessesesinin Ortakla İlişkili Kişi Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Önlenebilir Tartışmalar ve Olası Bazı Sorunlar, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2006, Sayı:216, Sayfa:107.

Öte yandan yine çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıkladığımız üzere 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (3), (4) ve (5) numaralı fıkralarında örtülü sermaye uygulaması açısından ortakla ilişkili kişi ve kurumlar ile ilgili olarak bir kısım düzenlemeler yapılmıştır. Buna göre anılan maddenin (3) numaralı fıkrası uyarınca ortakla ilişkili kişi, ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az % 10 oranında ortağı olduğu veya en az bu oranda oy veya kâr payı hakkına sahip olduğu bir kurumu ya da doğrudan veya dolaylı olarak, ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kâr payı hakkına sahip hisselerinin en az % 10'unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya kurumu ifade edeceği, (4) numaralı fıkrasında kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin edinilmesi durumunda, söz konusu hisse nedeniyle ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılanlardan temin edilen borçlanmalarda en az % 10 ortaklık payının aranacağı, (5) numaralı fıkrasında ise söz konusu oranların borç veren ortaklar ve ortakların ilişkide bulunduğu kişiler için topluca dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte mezkur Kanunun 22. maddesinin (4) numaralı fıkrasında dar mükellefiyeti haiz kurumların ortakları ya da ortaklarıyla ilişkili kişi ya da kurumlar ile yapmış oldukları borçlanmalar ile ilgili olarak bir kısım düzenlemeler yapılmış olup anılan fıkra şu şekildedir;

“2. Dar mükellef kurumların işletmede kullandıkları borçlanmalar için Kanunun 12 nci maddesinde yer alan hükümlerin uygulanmasında, ortakla ilişkili kişinin tespiti açısından sermaye veya oy hakkı şartı aranmaz.”

Buna göre dar mükellefiyeti haiz kurumların işletmede kullandıkları borçlanmalar için örtülü sermaye hükümlerinin uygulanmasında, ortakla ilişkili kişinin tespiti açısından % 10'luk sermaye payı veya oy hakkı şartı aranmayacaktır. Buna bağlı olarak dar mükellefiyeti haiz kurumların ortaklarından veya ortaklarının ilişkili olduğu kişilerden yapılan borçlanmalarda ortaklık yapısına ilişkin herhangi bir oran dikkate alınmaksızın öz sermayenin üç katını aşan kısım örtülü sermaye sayılacaktır. Örneğin, dar mükellef bir kurumun ortak olduğu başka bir kurumun % 2 hissesine sahip olan Bay (A)'dan yaptığı borçlanma öz sermayenin 3 katını aşıyorsa aşan kısım örtülü sermaye sayılacak ve bu kısma ilişkin olarak ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri giderler kanunen kabul edilmeyen gider olacaktır. Bununla birlikte örneğimizde yer alan kurum tam mükellef kurum olsa idi, ortakla ilişkili kişinin tespiti açısından en az % 10 oranında ortaklık ya da en az bu oranda oy veya kar payı hakkına sahip olunması gerektiğinden Bay (A)'dan yapmış olduğu borçlanmalar – herhangi bir tutarla sınırlı olmaksızın- örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyecekti.

1.3.1.5. Ortakla İlişkili Kişi Tanımının, Vergi Planlaması ve/veya Muvazaalı İşlemlere İmkan Sağlaması

Vergi planlaması kavramı, işletmelerin vergi kanunlarındaki boşluklardan ve bu kanunların kendilerine sağladıkları imkanlardan faydalanarak vergi yüklerini azaltma yöntemleri olarak tanımlanabilir. Öte yandan Arapça kökten gelen “muvazaa” sözcüğü Türk Dil Kurumu tarafından yayımlanan Türkçe Sözlükte “danişik”, “danişiklik” olarak tanımlanmış, Osmanlıca-Türkçe Sözlükte ise muvazaanın karşılığı olarak “iki kişi karşılıklı birleşerek yalandan iş görme” “danişik dövüş” şeklinde açıklamalar yapılmıştır. Yargıtay tarafından verilen bir kararda ise muvazaa kavramı; “bir hukuki işlemde yanların gerçek iradeleri ile beyanları arasındaki üçüncü kişileri aldatmak için bilerek ve isteyerek yarattıkları

uyumsuzluk” olarak tanımlanmıştır. Muvazaanın söz konusu olabilmesi için bazı şartların varlığı aranacaktır;⁶

- **Şekli olarak yapılan bir işlem:** Tarafların üçüncü kişileri yanıltmak gayesiyle yaptıkları şekilsel işlem.

- **Muvazaa konusunda taraf iradelerinin uyuşması:** Taraflar görünürdeki işlemin kendi aralarında hüküm doğurmadığı ve bunun yalnız üçüncü kişileri aldatmak için yapıldığı konusunda anlaşmalıdır.

- **Gizli işlem:** Gizli işlem, yanların ciddi olarak istedikleri, fakat şu yada bu amaçla başka bir işlem arkasına gizledikleri işlemdir. Gizli işlem şartı sadece nispi muvazaa yapılırken söz konusu olabilir. Mutlak muvazaada yapılan bir gizli işlem söz konusu değildir.

Örtülü sermaye uygulaması açısından “ortakla ilişkili kişi” kavramı, 5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (a) bendinde; ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az % 10 oranında ortağı olduğu veya en az bu oranda oy veya kar payı hakkına sahip olduğu bir kurumu ya da doğrudan veya dolaylı olarak, ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kar payı hakkına sahip hisselerinin en az % 10’unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya kurum olarak tanımlanmıştır. Ortakla ilişkili kişi kavramının anılan düzenleme ile belirli bir asgari rakamsal ortaklık ilişkisinin mevcudiyetine bağlanmış olması doğal olarak uygulamada bir kısım sorunları bertaraf edebilecek iken buna karşılık bir kısım vergi planlaması yöntemlerinin ya da muvazaalı işlemlerin de ortaya çıkmasına yol açabilecektir.

Örneğin; (AB) şirketi, ortağı Bay (C)’nin % 10 oranında ortak olduğu yani ortakla ilişkili kişi sayılan (D) şirketinden özsermayesinin üç katını aşacak bir tutarda borç almak niyetinde olduğunu varsayalım. Bu durumda (D) şirketi (AB) şirketi açısından ortakla ilişkili kişi sayılacağından bu kurumdaki yapacağı borçlanmanın kendi özsermayesinin üç katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak değerlendirilecek ve buna bağlı olarak borcun bu kısmına isabet eden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı vb. giderleri kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır. Bununla birlikte söz konusu borçlanma işleminin örtülü sermaye olarak değerlendirilmemesi için Bay (C)’nin (D) şirketinde mevcut bulunan ortaklık payının %9’a indirilmesi yeterli olacaktır. Başka bir deyişle söz konusu borçlanma işleminin gerçekleşmesinden önce (D) şirketi tarafından sermaye artırımına gidilmesi ve Bay (C)’nin sermaye artırımına iştirak etmemesi durumunda ortaklık payı azalacak ve bu oranın %10’dan daha az bir orana tekabül etmesi durumunda (AB) şirketi açısından (D) şirketi ortakla ilişkili kişi sayılmayacaktır. Buna bağlı olarak her iki kurum arasında yapılan borçlanma işlemi, diğer şartlar mevcut olsa dahi, örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyecektir.

Doğal olarak örneğimizde yer alan olayın muvazaalı bir işlem olması durumunda bizce her iki kurum arasında gerçekleşen borçlanma işleminin örtülü sermaye müessesesi kapsamında değerlendirilmesi ve örtülü sermayeye isabet eden kur farkı, faiz, vade farkı vb. giderlerin kanunen kabul edilmeyen gider olarak kurum kazancına ilave edilmesi gerekmektedir.

⁶ KOYUNCU, Mesut; Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Uluslar arası Transfer Fiyatlandırması, Sayfa:25-26.

1.3.2. Yapılan Borçlanma Öz Sermayenin Üç Katını Aşmalıdır

Kurumlar vergisi mükelleflerinin 2005 ve daha önceki hesap dönemlerinde elde ettikleri kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5422 sayılı eski K.V.K.'nın 16. maddesine göre kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları ve işletmede devamlı olarak kullanılan borçlanmaların örtülü sermaye sayılabilmesi için bu borçlarla kurumun öz sermayesi arasındaki oranın emsal kurumlara göre bariz bir fazlalık göstermesi gerekmektedir.

Anılan düzenleme birçok sorunu da beraberinde getirmektedir. Buna göre örtülü sermaye uygulaması açısından emsal kurum kıyaslamasının ne şekilde yapılacağı açık olmadığı gibi emsal kurum belirlemesi yapılırken borç alan kurumun faaliyet alanına göre mi yoksa sermaye büyüklüğüne göre mi bir belirleme yapılacağı ya da başka bir veya birden fazla kıstasın mı esas alınacağı belli değildi. Doğal olarak bu ve benzeri sorunlar örtülü sermaye uygulamasına ilişkin bir çok ihtilafı beraberinde getirdiği gibi uygulama birliğinin sağlanmasını da engellemiştir.

Buna karşılık 2006 ve izleyen yıllara ait kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5520 sayılı yeni K.V.K.'nda örtülü sermaye uygulamasına ilişkin olarak uluslararası gelişmelere paralel bir şekilde objektif kriterler belirlenmek suretiyle öteden beri var olan sorunlar ortadan kaldırılmıştır.

Bu kapsamda olmak üzere anılan Kanunun 12. maddesi uyarınca, kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, örtülü sermaye sayılabilmesi için kullanılan borcun kurumun öz sermayesinin üç katını aşması gerekmektedir.⁷ Bununla birlikte aynı düzenleme uyarınca ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapılan borçlanma tutarının, kurumun öz sermayesinin üç katını aşması durumunda söz konusu borcun tamamı değil sadece öz sermayenin üç katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak kabul edilecek ve borcun bu kısmına isabet eden kur farkı, faiz, vade farkı vb. giderler kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır.

Doğal olarak kurumların ortak ve ortakla ilişkili kişilerden temin ettiği borçlanmaların toplam tutarının kurumun öz sermayesinin üç katını aşmaması durumunda söz konusu borçlanmaların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacaktır.

Çeşitli ülkelerde örtülü sermaye uygulamasında esas alınan borç/öz sermaye oranı her bir ülke itibarıyla şu şekildedir;⁸

⁷ Örtülü sermaye müessesesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5520 sayılı Kanunun 12. maddesi, T.B.M.M. Plan ve Bütçe Komisyonunda bir kısım değişikliklere maruz kalmıştır. Buna göre; kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı bir şekilde temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin iki katını aşan kısmının örtülü sermaye sayılmasının öz kaynak yetersizliği nedeniyle dış kaynaklara yönelmek zorunda kalan kurumlar aleyhine bir yük oluşturacağı, kurumların sermaye temininde büyük güçlükler yaşamasına ve ticari hayatın olumsuz yönde etkilenmesine neden olunacağından birinci fıkradaki "iki katı" ibaresi "üç katı" şeklinde değiştirilmiştir.

⁸ KIZILOĞLU, Şükrü; Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara 2002, Sayfa:72.

Ülke Adı	Borcun Sermayeye Oranı	Borcun Türü
Avustralya	2:1	İlişkili kişi, Yabancı Borç
İspanya	3:1	Bütün Yabancı Borç
Kanada	3:1	İlişkili kişi, Yabancı Borç
Yeni Zelanda	0	Bütün Borç
Fransa	1,5:1	İlişkili kişi, Yabancı Borç
Birleşik Krallık	1:1	Bütün Borç
ABD	1,5:1 (ama değişir)	Bütün Borç
Almanya	9:1-3:1	İlişkili kişi, Yabancı Borç
İsviçre	Değişir	İlişkili kişi, Yabancı Borç
Hollanda	Değişir	İlişkili kişi, Yabancı Borç
Belçika	0	0
Singapur	0	0
Malezya	0 ama % 15 stopaj	Oturumsuzlara ödenen faizden
Tayland	0	0
İsveç	0	0
Avusturya	0	0
Danimarka	0 Belki 4:1 ileride	0
Meksika	0	0
İtalya	Yeni Vergi Yasası	0
Brezilya	0	0

5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesinde yer alan düzenleme uyarınca ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden kullanılan borcun kurumun öz sermayesi ile mukayese edilmesi nedeniyle yapılan borçlanma işleminin tutarına bağlı olarak “gerçek borç” ya da “gizli sermaye-örtülü sermaye” kullanıldığı sonucu ortaya çıkabilir. Buna göre kurumların ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden kullandıkları borcun öz sermayenin üç katına kadar olan kısmı “gerçek borç” bu oranı aşan kısmı ise “gizli sermaye-örtülü sermaye” olarak değerlendirilecektir.

Öz sermayenin 3 katını aşan borçlanmaların, aşan kısmının örtülü sermaye olarak kabul edilecek olması, kaynağın bir kısmının borç bir kısmının ise örtülü sermaye olarak kabul edilmesine yol açacaktır. Kaynak borç mudur? Yoksa sermaye midir? Bu aynı kaynak hem borç hem de örtülü sermayedir. Bu durum neticede finansal tabloların doğruluğu açısından da sorun oluşturacaktır. Finansal tabloların sunulmasına ilişkin Türkiye Muhasebe Standardı Hakkında Tebliğin (TMS1) 7 numaralı paragrafında aşağıdaki ifadeler yer almaktadır.

“Finansal tablolar işletmenin finansal durumunun ve finansal performansının biçimlendirilmiş sunumudur. Genel amaçlı finansal tabloların hedefi, geniş bir kullanıcı kitlesinin ekonomik kararlar almalarına yardımcı olan işletmenin finansal durumu, finansal performansı ve nakit akışları hakkında bilgi sağlamaktır. Ayrıca finansal tablolar, yöneticilerin kendilerine emanet edilen kaynakları ne etkinlikte kullandıklarını da gösterir. Finansal tablolar bu amaca ulaşmak için işletmeyle ilgili aşağıdaki bilgileri sunar:

- a) varlıklar;
- b) yabancı kaynaklar; (veya borçlar)
- c) özkaynaklar;
- d) gelir ve giderler, karlar ve zararlar;
- e) özkaynaklardaki diğer değişimler; ve
- f) nakit akışları.

Bu bilgi, dipnotlarda yer alan diğer bilgilerle birlikte finansal tablo kullanıcılarının işletmenin gelecekteki nakit akışlarını ve özellikle bunların zamanını ve kesinliklerini tahmin etmelerine yardımcı olur.”

Yukarıda belirlenen ihtiyaçlara cevap vermek üzere, hazırlanan finansal tablolar borç ve örtülü sermaye kabul edilen bir kaynağı nasıl muhasebeleştirecektir? Finansal tabloların gerçeği yansıtmaması açısından gerçeğe tam uygun olmayan durumların ortaya çıkmasına yol açabilecektir.⁹

1.3.2.1. Örtülü Sermaye Kıyaslamasında Dikkate Alınacak Öz Sermaye

Çalışmamızın önceki bölümünde de belirtildiği üzere kurumların ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapmış oldukları borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilebilmesi için borç tutarının kurumun öz sermayesinin üç katını aşması gerektiğinden anılan uygulama kapsamında dikkate alınacak öz sermaye tutarının herhangi bir tereddüte mahal bırakmayacak şekilde açıklanması gerekmektedir. Bu kapsamda olmak üzere 5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesi uyarınca örtülü sermaye uygulaması açısından kurumun Vergi Usul Kanunu’na göre tespit edilmiş bulunan hesap dönemi başındaki öz sermayesinin esas alınması gerekmektedir. Bilindiği üzere V.U.K.’nın 192. maddesinde bilanço, envanterde gösterilen kıymetlerin tasnifli ve karşılıklı olarak değerleri itibarıyla tertiplenmiş hulasası olarak tanımlanmış, aktif ve pasif olmak üzere iki tablo ihtiva edeceği belirtilmiş, aktif tablosunda mevcutlar ve alacakların (ve varsa zarar) pasif tablosunda ise borçların gösterileceği, aktif toplamı ile borçlar arasındaki farkın müteşebbisin işletmeye mevzuu varlığını (öz sermayeyi) teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır.

Ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden borçlanan kurumun hesap dönemi başındaki öz sermayesinin sıfır veya negatif değerler taşıması durumunda, söz konusu kurumun ortak ve ortaklarla ilişkili kişilerden yaptığı borçlanmaların tamamının örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi gerektiği 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde belirtildiği gibi enflasyon düzeltmesi yapılan dönemlerde düzeltilmiş öz sermayenin kıyaslamada dikkate alınması gerekmektedir.

1.3.2.2. Borç/Öz Sermaye Kıyaslamasında Topluca Dikkate Alma

Örtülü sermaye müessesine ilişkin yasal düzenlemenin yer aldığı 5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesinin (5) numaralı fıkrasında madde metninde yer alan oranların, borç veren ortaklar ve ortakların ilişkide bulunduğu kişiler için topluca dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır.

⁹ YILDIRIM, Ali Haydar; KOLOTOĞLU, Olcay; Örtülü Sermaye, Vergi Sorunları Dergisi Ağustos 2006. Sayı:215. Sayfa:155.

Örneğin, hesap dönemi başındaki öz sermayesi 500 birim olan bir kurumlar vergisi mükellefinin, ortağından 300 birim, ortakla ilişkili kişi sayılan bir bankadan da 800 birim borç aldığını kabul edelim. Bu durumda öz sermaye ile kıyaslanacak borç tutarı, ortakdan alınan 300 birim ile bankadan alınan 800 birimin yarısının toplamı, yani 700 birim olacaktır. Bu durumda öz sermayenin 3 katını aşan 200 birimlik borç örtülü sermaye olarak değerlendirilecek ve ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri giderlerin borcun bu tutarına isabet eden kısmı kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır.

Dikkat edileceği üzere gerek ortakdan alınan borç gerekse ortakla ilişkili kişi sayılan bankadan alınan borcu yarısı, borcu kullanan kurumun hesap dönemi başındaki öz sermayesinin üç katını aşmamakla birlikte her iki borcun topluca dikkate alınması durumunda söz konusu şartın gerçekleştiği sonucu ortaya çıkacaktır.

1.3.2.3. Borç/Öz Sermaye Kıyaslaması Ne Zaman Yapılacak ve Reddedilecek Gider Miktarı Nasıl Belirlenecektir?

5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesi kapsamında örtülü sermaye uygulamasına ilişkin koşulların oluşup oluşmadığının tespiti açısından borç/öz sermaye kıyaslamasının ne zaman yapılacağı önem arz etmektedir. Çünkü bir kurumun ortaklarından veya ortakla ilişkili kişilerden yapacağı borçlanmanın miktarı günden güne değişebilmektedir. Buna bağlı olarak ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapılan borçlanmanın tutarı hesap dönemi içerisinde bazı günlerde öz sermayenin 3 katını aşabilecek bazı günler ise bu oranın altında kalabilecektir.

Ancak borç/öz sermaye kıyaslamasının zamanlamasına ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkması muhtemel sorunların bertaraf edilmesi amacıyla 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde özel düzenleme yapılmıştır. Buna göre kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde **herhangi bir tarihte** kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir. Dolayısıyla kurumların ortaklarından veya ortakla ilişkili kişilerden temin ettikleri borç tutarı eğer hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun hesap dönemi başındaki öz sermayesinin 3 katını aşıyor ise aşan bu kısım örtülü sermaye sayılacak ve bu kısma ait faiz, kur farkı ve benzeri giderler kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınmak suretiyle kurum kazancına ilave edilecektir.

Bu kapsamda olmak üzere örtülü sermaye mahiyetinde olan borçlanmalara ilişkin olarak ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri gider tutarı tespit edilirken örtülü sermayenin olduğu gün sayısına göre hesaplama yapılması gerekecektir. Örneğin hesap dönemi başındaki öz sermayesi 100 birim olan bir kurumun ortağından ve ortakla ilişkili sayılan kurumlardan aldığı borcun tutarı hesap dönemi içinde sadece bir gün 300 birimi aşıyor ise ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri giderlerin bir günlük tutarının 1 birime isabet eden kısmının kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerekmektedir.

1.3.2.4. Yabancı Para Cinsinden Borçlanmalarda Borç/Öz Sermaye Kıyaslamasında Hangi Kur Dikkate Alınacaktır?

Kurumların gerek ortaklarından gerekse ortakla ilişkili kişilerden yabancı para cinsinden yapmış oldukları borçlanmalarda örtülü sermaye uygulamasına ilişkin borç / öz sermaye kıyaslamasının yapılması özellik arz etmektedir.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere 5520 sayılı Kanunun 12. maddesinde örtülü sermaye uygulaması açısından kıyaslamada kullanılacak öz sermayenin hesap dönemi başındaki öz sermaye olduğu belirtilmiştir. Kanaatimizce aynı uygulamanın yabancı para cinsinden alınan borçlar için de uygulanması ve hesap dönemi başındaki öz sermayenin hesap dönemi başında değerlendirilmiş yabancı para cinsinden borç tutarı ile kıyaslanması gerekmektedir. Nitekim 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde de benzer açıklamalar yapılmıştır. Söz konusu tebliğde, yabancı para üzerinden yapılan borçlanmalara ilişkin borç/öz sermaye hesabında, **her bir borcun alındığı tarihte geçerli olan döviz kurunun esas alınacağı**, yabancı para üzerinden alınan borcun vadesinin izleyen yıla sarkması halinde, izleyen yıl için söz konusu hesaplama, borcun ödenmeyen tutarının bilanço günü itibarıyla Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre **değerlenmiş tutarı esas alınmak suretiyle** yapılacağı belirtilmiştir.

1.3.2.5. Borç/Öz Sermaye Kıyaslamasının Vergi Planlamasına İmkan Sağlaması

Örtülü sermaye uygulamasına ilişkin olarak 5422 sayılı K.V.K.'nın 16. maddesinde yer alan “emsal kurumlara nazaran bariz farklılık” ibaresi uygulamada birçok sorunu beraberinde getirdiği gibi bu sorunları ortadan kaldırmaya yönelik olarak 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde yer alan “öz sermayenin üç katını aşan kısım” ibaresi ise mükelleflerce vergi planlaması yapılmasına olanak sağlayacak mahiyettedir. Başka bir deyişle 5520 sayılı Kanun ile örtülü sermayenin tespiti açısından yapılacak borç öz sermaye kıyaslamasının çok net olarak belirlenmesi aslında işletmelerin vergi planlaması imkanlarını da artırmıştır.

Örneğin kurumların hesap dönemi başındaki öz sermayelerinin 2,99 katına kadar ortaklarından ya da ortakla ilişkili kişilerden yapacakları borçlanmalar örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyecek ve buna bağlı olarak ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri giderlerin kurum kazancından indirilmesi mümkün olacaktır. Bu durumda öz sermayesi yüksek olan işletmeler lehine bir avantaj doğacaktır ve bu avantajdan yararlanabilmek için işletmeler öz sermayelerini artırma yoluna gidebileceklerdir. Ancak bizce 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde yapılacak bir düzenleme ile kurumların ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapmış oldukları borçlanmaların kurumun hesap dönemi başındaki öz sermayesinin üç katını aşmaması durumunda dahi belirli bir süreyi aşması durumunda örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

1.3.3. Borcun İşletmede Kullanılması Gerekmemektedir;

Kurumların ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapmış oldukları borçlanmaların 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesi kapsamında örtülü sermaye olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu borcun işletme veya yatırım harcamalarında kullanması gerekmektedir. Aksi takdirde söz konusu bu borcun aynı şartlarla diğer başka bir kurum ya da kurumlara aktarılması halinde, işletmede kullanılan bir borçtan söz etmek mümkün olmadığı gibi bu borçlanma nedeniyle örtülü sermayenin varlığından bahsedilmesi de söz konusu olmayacaktır.

Örneğin; Kurum (A), Kurum (B)'nin %80 oranında, Kurum (B)'de Kurum (C)'nin aynı oranda ortağıdır. Kurum (B), Kurum (A)'dan aldığı 2.000.000 YTL borcun yarısını aynı şartlarla Kurum (C)'ye borç vermiştir. Bu durumda, Kurum (B)'nin Kurum (A)'dan almış olduğu borcun yarısı, işletmede kullanılmadan devredildiğinden, borcun bu tutar kadar kısmının Kurum (B) için örtülü sermaye mahiyetinde olduğundan söz edilmesi mümkün

değildir. Diğer taraftan, Kurum (C)'nin kullandığı borç tutarı her halükarda örtülü sermaye hesabında dikkate alınacaktır.

Buna karşılık borcu kullanan kurumun aynı zamanda borç kullandığı ortak veya ortakla ilişkili kişiden alacağının olması durumunda örtülü sermayenin varlığının tespitinde bu kurumdan olan alacağın bu kuruma olan borca mahsup edilmesi söz konusu olmayacaktır.

1.3.4. Borcun İşletmede Devamlı Kullanılması Şart Mıdır?

Kurumların 2005 ve daha önceki hesap döneminde elde ettikleri kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5422 sayılı K.V.K.'nın 16. maddesine göre kurumlar vergisi mükellefleri tarafından yapılan bir borçlanmanın örtülü sermaye sayılabilmesi için üç unsurun gerçekleşmesi gerekmektedir. Bunlar;

- Kurumun “dolaylı veya dolaysız bir şirket ilişkisi” veya “devamlı ve sıkı bir iktisadi ilişki” içinde bulunduğu gerçek ve tüzel kişilerden borçlanması,

- Alınan borç ile kurumun öz sermayesi arasındaki oranın “emsali kurumlara nazaran bariz bir farklılık” göstermesi, ve

- Kurumun sözü edilen gerçek ve tüzel kişilerden yaptığı borçlanmaların, kurum bünyesinde “sürekli olarak” kullanılması,

unsurları idi.

Anılan düzenleme uyarınca kurumlar vergisi mükellefleri tarafından yapılan borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilebilmesi için söz konusu borcun sürekli kullanılması şart olmakla birlikte “süreklilik” ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak madde metninde herhangi bir açıklama yapılmamıştı. Ancak, yargıya intikal eden ihtilaflara ilişkin olarak verilen çeşitli kararlarda, örtülü sermaye uygulaması açısından süreklilikten, en az bir hesap döneminin anlaşılması gerektiği belirtilmekteydi. Ancak, başlangıçta bir yıldan kısa bir vade ile alınan borcun, kullanıldığı yer ve kurumun ödeme gücü itibarıyla vadesinde ödenmeyeceği belli ise (yani vadesi uzatılacak ya da yeniden borçlanılacaksa) başlangıçtan itibaren devamlılık unsurunun varlığının kabulü gerekmekteydi.

Ancak, 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde uluslararası gelişmeler ve genel kabul görmüş ilkeler dikkate alınarak yeniden düzenlenen örtülü sermaye müessesesinde, devamlılık unsuruna yer verilmemiştir. Bu bağlamda, ortaklardan veya ortakla ilişkili kişilerden alınan borcun miktarı kurumun hesap dönemi başındaki öz sermayesinin 3 katından fazla ise fazla olan bu kısım, borcun işletmede kullanıldığı süreye bakılmaksızın örtülü sermaye olarak kabul edilecektir.

Örneğin; hesap dönemi başındaki öz sermayesi 200 birim olan (A) A.Ş.'nin, ortağı olan Bay (B)'den bir günlüğüne almış olduğu 700 birim borcun, 100 birimi örtülü sermaye sayılacak ve yapılan bu borçlanma için ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri diğer giderlerin örtülü sermaye sayılan 100 birimlik borca isabet eden kısmı kanunen kabul edilmeyen gider olarak değerlendirilmek suretiyle kurum kazancına ilave edilecektir.

Bu durumda 5520 sayılı K.V.K. uyarınca örtülü sermaye uygulaması açısından kurumlar vergisi mükelleflerinin ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden temin ettikleri borcun

işletmede kullanım süresinin herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Diğer şartların mevcut olması halinde, işletmede bir gün kullanılan borçlar bile örtülü sermaye olarak nitelendirilebilecektir.

Ancak, aslında, sermaye kavramı, devamlılık unsurunu kendi içerisinde barındırmaktadır. İşletmeye koyulan değerlerin sermaye olarak nitelendirilebilmesi, bu değerlerini sürekli olarak işletmenin kullanımına sunulması ile mümkün olabilecektir. Nitekim, Muhasebe Standartları Genel Tebliğlerinde, işletmenin kullanımına tahsis edilen değerlerin sermaye olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bu kapsamda düşünüldüğünde, bir gün için verilen bir borcun, işletmenin kullanımına tahsis edildiğini söylemenin mümkün olmaması gerekmektedir. Sermaye kavramı bu açıdan ele alındığı zaman, 5520 sayılı Kanunda yapılan örtülü sermaye tanımında devamlılık unsuruna yer verilmemiş olmasının çeşitli sorunlar doğuracağı ve olayın yine yargı içtihatları ile çözüme kavuşturulacağı gözükmektedir.¹⁰

1.4. YENİ DÜZENLEME HANGİ TARİHTEN İTİBAREN UYGULANACAK?

Örtülü sermaye uygulamasına ilişkin usul ve esasları düzenleyen 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesi, mezkur Kanunun 37. maddesinin (1/c) bendi uyarınca 01.01.2006 tarihinden sonraya sarkan ödünç işlemlerine de uygulanmak ve 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Kanunun yayım tarihi olan 21.06.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu durumda, kurumlar vergisi mükellefleri tarafından 2005 ve hatta daha önceki yıllarda ortak ya da ortakla ilişkili kişiler ile yapılan uzun vadeli bir borçlanma nedeniyle dahi 2006 ve sonraki yıllarda 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde hüküm altına alınan örtülü sermaye müessesesi geçerli olacaktır. Dolayısıyla yeni düzenlemenin uygulanabilmesi için borcun alındığı tarihten ziyade söz konusu borcun vade tarihi önem kazanmaktadır. Bu kapsamda olmak üzere vadesi 01.01.2006 tarihinden sonraki döneme rastlayan borçlanmalar için yeni Kanunla hüküm altına alınan örtülü sermaye müessesesi geçerli olacaktır.

Diğer taraftan 5520 sayılı K.V.K.'nın Geçici 1. maddesinin (10) numaralı fıkrasında,

“Bu Kanunun yürürlüğünden önceki dönemler itibarıyla 5422 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanmasına devam olunur.”

hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda vadesi 01.01.2006 tarihinden önce dolan borçlanmalar için 5422 sayılı K.V.K.'nın 16. maddesinde hüküm altına alınan örtülü sermaye müessesesine ilişkin usul ve esaslar geçerli olacaktır. Başka bir deyişle kurumlar vergisi mükelleflerinin 2005 ve daha önceki dönemlerine ilişkin olarak 01.01.2006 tarihinden sonra yapılacak vergi incelemelerinde örtülü sermaye uygulamasına ilişkin şartların mevcut olup olmadığının tespitinde 5422 sayılı K.V.K.'nın 16. maddesinde yer alan usul ve esaslar geçerli olacaktır.

1.5. ÖRTÜLÜ SERMAYE SAYILMAYACAK BORÇLANMALAR

Çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde kurumların, ortaklarından ve ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun V.U.K. hükümleri çerçevesinde belirlenmiş dönem başı

¹⁰ TEKİN, Cem; KARTALOĞLU, Emre; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Nisan 2007.

öz sermayesinin üç katını aşan kısmının, ilgili hesap dönemi itibariyle örtülü sermaye olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır.

Anılan düzenleme uyarınca kurumlar vergisi mükelleflerinin yapmış oldukları borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilebilmesi için; söz konusu borcun ortaklardan veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden alınmış olması gerektiği gibi ayrıca tutar olarak kurumun hesap dönemi başındaki öz sermayesinin üç katını aşması da gerekmektedir. Buna bağlı olarak kurumların; ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişiler dışındaki gerçek veya tüzel kişilerden yapmış olduğu borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi mümkün olmadığı gibi aynı şekilde kurumun ortaklarından veya ortaklarla ilişkili kişilerle yapmış olduğu ancak kurumun hesap dönemi başındaki öz sermayesinin üç katını aşmayan borçlanmaların diğer şartların mevcut olması durumunda dahi örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

Diğer taraftan 5520 sayılı Kanunun 37. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (c) bendi uyarınca örtülü sermaye müessesesi 01.01.2006 tarihinden sonraya sarkan ödünç işlemlerine de uygulanmak ve 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girdiğinden 31.12.2005 tarihinden önce yapılan ve 01.01.2006 tarihi itibariyle mevcut olan ve yukarıda belirtilen şartları haiz olan borçlanmalarda örtülü sermaye olarak değerlendirilecek ve söz konusu bu borçlanmalar üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkı, faiz ve bunlara benzer giderler, kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır.

Örtülü sermaye uygulamasına ilişkin genel kurallar bu şekilde olmakla birlikte 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (6) numaralı fıkrasında örtülü sermaye mahiyetinde olmayan borçlanmalar tadadi olarak belirtilmek suretiyle hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda olmak üzere kurumun ortaklarından veya ortaklarının ilişkili olduğu kişilerden yapılmış olmasına ve hesap dönemi başındaki öz sermayesinin üç katını aşmasına rağmen anılan fıkra hükmü uyarınca örtülü sermaye mahiyetinde değerlendirilmeyecek olan borçlanmalar şunlardır;

1.5.1. Gayrinakdi Teminatlar Karşılığında Üçüncü Kişilerden Yapılan Borçlanmalar

5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (6/a) bendi uyarınca kurumların ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin sağladığı gayrinakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyecektir. Örneğin; kurumun ortağı ya da ortağının ilişkili olduğu kişilerin gayrinakdi teminatı ya da şahsi kefaleti karşılığında bankalardan alınmış olan krediler ya da bu teminatlar altında üçüncü şahıslardan alınan mal veya hizmetlere ilişkin borçlar örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyecektir.

Söz konusu bent hükmünde, kurumların ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin sağladığı gayrinakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmaların örtülü sermaye sayılmayacağı belirtilmiş, fakat “gayrinakdi” kavramından neyin kastedildiği açıklanmamıştır. Örneğin hazine bonusu veya altın teminat gösterilerek yapılan borçlanmalar örtülü sermaye olarak değerlendirilecek midir?

5422 sayılı K.V.K.'nın geçici 28. maddesinde (5281 sayılı Kanunla yapılan değişiklikler sonrasında 8/12. maddesinde) hüküm altına alınan gayrimenkul ve iştirak hissesi satış kazancı istisnasına ilişkin açıklamaların yapıldığı 51 seri numaralı Kurumlar Vergisi

Kanunu Genel Tebliği'nde, nakit kavramından nelerin anlaşılması gerektiği açıklanmıştı. Benzer açıklamalara 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde de yer verilmiştir. Söz konusu tebliğde, kurumun kasasında veya bankada bulunan yerli veya yabancı paralar ile her an nakde çevrilebilen çekler, altın, Devlet Tahvili, Hazine bonosu, Toplu Konut İdaresince çıkarılan veya İMKB'de işlem gören hisse senetleri, tahvil ve bonolar dışındaki her türlü teminatın gayrinakdi teminat olarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Dolayısıyla, kurumların ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, altın veya Devlet tahvili göstererek sağladığı teminatlar ile üçüncü kişilerden yaptığı borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak, teminat olarak gayrimenkul gösterildiği durumlarda ise örtülü sermayeden bahsetmenin söz konusu olamayacağı düşünülmektedir.

Anılan düzenleme nedeniyle uygulamada bir kısım sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Kurumların ortaklarının veya ortakla ilişkili kişilerin sağladıkları gayrinakdi teminatlar karşılığında üçüncü şahıslardan yapacakları borçlanmalar örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyecek, buna karşılık nakdi teminatlar karşılığında üçüncü şahıslardan yapılacak borçlanmalar ise örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir. Doğal olarak kurumların ortaklarının veya ortakla ilişkili kişilerin sağladıkları nakdi teminatlar karşılığında üçüncü şahıslardan yapacakları borçlanmalar, söz konusu borçlanma ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapılmamış olsa dahi örtülü sermaye olarak değerlendirilmiş olacaktır. Örneğin ortak tarafından nakit veya Devlet tahvili teminat gösterilmek suretiyle banka kredisi alınması durumunda söz konusu kredinin kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak değerlendirilecek ve kredinin bu kısmına isabet eden faiz ve kur farkı, kanunen kabul edilmeyen gider olarak kurum kazancına dahil edilecektir.

1.5.2. Banka ve Finans Kurumlarından ya da Sermaye Piyasalarından Temin Edilerek Aynı Şartlarla Kısmen veya Tamamen Kullandırılan Borçlanmalar

5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (6/a) bendinde kurumların ortakları veya ortaklarının ilişkili oldukları kişiler tarafından banka ve finans kurumlarından yapılan borçlanmaların aynı şartlar altında (yani kredi sözleşmesinin içerdiği vade, faiz oranı ve benzeri kullandırılma şartlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan) kuruma aktarılması durumunda, söz konusu borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere banka ve finans kurumları, aynı gruba dahil firmalardan kredibilitesi daha yüksek olanlara kredi kullandırmakta, söz konusu kredi kullanan kurumlar ise grup şirketlerinin ihtiyaçları doğrultusunda kullanmış oldukları kredileri aynı şartlar altında bu şirketlere aktarmaktadırlar. Banka ve kredi kurumları nezdinde kredi borçlusu, krediyi alan kurum olmakla birlikte, söz konusu kurumlar kredi ana parasına ilişkin vade tarihleri itibarıyla kredi ana para ve faiz tutarlarını krediyi aktardıkları kurumlardan tahsil ederek aynen ilgili banka veya finans kurumuna ödemektedirler. Bu kapsamda olmak üzere grup şirketleri tarafından aynı şartlar altında aktarılan krediler örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyecek olmakla beraber, söz konusu kredilerin aynı şartlar dışında aktarılması durumunda söz konusu kredi aktarımları örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir.¹¹

5422 sayılı K.V.K.'nın geçerli olduğu dönemlerde (2005 ve daha önceki dönemlerde) grup şirketleri arasındaki aynı şartlar altında gerçekleştirilen kredi aktarımlarının örtülü

¹¹ TEKİN Cem, KARTALOĞLU Emre, "Kurumlar Vergisi Kanunu, Yorum ve Açıklamaları", Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Nisan/2007,

sermaye olarak değerlendirilmesi ve kredi aktarılan kurumlar tarafından ödenen veya tahakkuk ettirilen kredi faizlerinin örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz olarak değerlendirilmesi suretiyle kurum kazancına ilave edilmesi gerektiği yönünde yapılan tarhiyatlar ile ilgili olarak Danıştay tarafından çeşitli tarihlerde verilen ve müstekar hale gelen kararlarda da söz konusu kredi aktarımlarının örtülü sermaye olarak değerlendirilmemesi yönünde birçok karar verilmiştir.¹²

Anılan düzenleme kapsamında grup şirketleri arasında yapılacak kredi aktarmalarının örtülü sermaye olarak değerlendirilmemesi için borcun temin yeri ve kullandırılma şartları büyük önem taşımaktadır. Bu kapsamda olmak üzere söz konusu borçların örtülü sermaye olarak kabul edilmemesi için ilişkili grup şirketine aynı şartlarla kullandırılan borcun banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin edilmiş olması gerekmektedir. Bu kaynaklar dışında örneğin tekstil sektöründe faaliyet gösteren bir şirketten temin edilen fonların grup şirketlerine aynı şartlarla bile olsa kullandırılmasında şartların mevcut olması durumunda örtülü sermayeden söz edilebilecektir. Öte yandan söz konusu borçların örtülü sermaye olarak kabul edilmemesi için borcun aynı şartlarla kullandırılması da gerekmektedir. Anılan uygulama kapsamında borcun aynı şartla kullandırma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği maddenin gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre, aynı şartlarla kullandırma, **kredi sözleşmesinin içerdiği vade, faiz oranı ve benzeri kullandırılma şartlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan** borcun kullandırılmasıdır.

Ancak, anılan düzenleme çerçevesinde kredi aktarımlarının örtülü sermaye uygulaması çerçevesinde değerlendirilmesi aşamasında bazı sorunların ortaya çıkması muhtemeldir. Buna göre kredinin kullandırma şartlarında değişiklik yapılması halinde borcun tamamı örtülü sermaye sayılıp ödenen faiz veya kur farkının tamamı mı kanunen kabul edilmeyen gider olarak kabul edilecek? Ya da kredinin kullandırma şartlarında yapılan değişiklik sonrasında ortaya çıkan fark mı kanunen kabul edilmeyen gider olacaktır? Örneğin, kredibilitesi yüksek bir grup şirketinin bir bankadan aylık % 1,5 faiz ödemesi ile temin ettiği bir krediyi aylık % 2 faiz ile bir başka grup şirketine kullandırdığını kabul ettiğimizde “aynı şartla kullandırma” gerçekleşmediği için ödenen faizin tamamı mı yoksa sadece % 0,5’lik kısım mı kanunen kabul edilmeyen gider olacaktır?

Bu durumda banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin edilen kredilerin aynı şartlar altında kullandırıldığından bahsedilmesi mümkün olmadığından söz konusu işlemin tamamen Kanunun 12. maddesinin (6) numaralı fıkrasının (b) bendinde yer alan düzenleme kapsamına girmediği, dolayısıyla borcun tamamının örtülü sermaye kıyaslamasında dikkate alınması ve buna bağlı olarak ödenen veya hesaplanan faiz ve kur farkı vb. giderlerin tamamının kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerektiği savunulabilir. Aksine, yukarıdaki örnekte sadece %0,5’lik kısmın kanunen kabul edilmeyen gider olarak değerlendirilmesi gerektiği düşünülebilir. Bu sorunun uygulama şekillendikçe ve vergi idaresinin yapacağı açıklamalar ile çözümleneceğini düşünmekteyiz.

Öte yandan kredi aktarımlarının örtülü sermaye uygulaması karşısındaki durumu ile ilgili olarak ortaya çıkması muhtemel diğer bir sorun ise temin edilen borcun aynı şartlarla değil de daha iyi şartlarla kullandırılmasının ne şekilde değerlendirileceğidir. Örneğin, %3 ile temin edilen bir kredinin %2 faiz ile grup şirketlerine kullandırılması durumunda borcu kullanan firma açısından örtülü sermaye söz konusu olacak mıdır? Maddenin gerekçesinde “aynı şartlarla kullandırma” ifadesinden kredi sözleşmesinin içerdiği vade, faiz oranı ve

¹² TEKİN, Cem; 5520 Sayılı K.V.K. Uyarınca Örtülü Sermaye Mahiyetinde Olmayan Borçlanmalar,

benzeri kullandırılma şartlarında **herhangi bir** değişiklik yapılmadan kullandırılmasının anlaşılması gerektiği açık olarak belirtilmiştir. Sözleşme şartlarında borcu alan grup şirketi lehine bir değişiklik yapmak borcun temin edildiği şartlarla kullandırılmadığını göstermektedir. Bu durumda söz konusu borcun örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi gerektiği savunulabilir. Bu sorunun da uygulama şekillendikçe ve vergi idaresinin yapacağı açıklamalar ile giderileceğini düşünmekteyiz.¹³

1.5.3. Bankalar Tarafından Yapılan Borçlanmalar

5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (6/c) bendi uyarınca 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmaların diğer şartların mevcut olması durumunda dahi örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre bankaların, ortakları veya ortaklarıyla ilişkili kişilerden yapmış oldukları ve hesap dönemi başındaki öz sermayelerinin üç katını aşan borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi mümkün değildir. Başka bir deyişle 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'na göre faaliyette bulunan bankalar, örtülü sermaye uygulamasından muaftırlar.¹⁴

Öte yandan 5411 sayılı Kanunun 2. maddesinde Türkiye'de kurulu mevduat bankaları, katılım bankaları, kalkınma ve yatırım bankaları, yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubeleri, finansal holding şirketleri, Türkiye Bankalar Birliği, Türkiye Katılım Bankaları Birliği, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu ve bunların faaliyetleri bu Kanun hükümlerine tabi olduğu; 3. maddesinde ise içlerinden en az bir tanesi bir kredi kuruluşu olmak şartıyla bağlı ortaklıklarının tümü veya çoğunluğu kredi kuruluşu veya finansal kuruluş olan şirketin **“finansal holding şirketi”** olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır. Bununla birlikte 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin 6/c bendinde sadece 5411 sayılı Kanuna göre faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilmeyeceği hüküm altına alınmış olup, finansal holding şirketleri tarafından yapılan borçlanmalar ile ilgili olarak herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bizce bu durumda finansal holding şirketleri tarafından yapılan ve 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde yer alan şartları haiz borçlanmaların örtülü sermaye olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

¹³ KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermaye Müessesesinin Ortakla İlişkili Kişi Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Önlenebilir Tartışmalar ve Olası Bazı Sorunlar, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2006, Sayı:216, Sayfa:107.

¹⁴ 01.11.2005 tarih ve 25983 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun 3. maddesinde “Banka” kavramının; mevduat bankaları ve katılım bankaları ile kalkınma ve yatırım bankalarını ifade ettiği hüküm altına alınmıştır. Anılan madde metninde ayrıca;

- Mevduat bankası: Bu Kanuna göre kendi nam ve hesabına mevduat kabul etmek ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini,

- Katılım bankası: Bu Kanuna göre özel cari ve katılma hesapları yoluyla fon toplamak ve kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini,

- Kalkınma ve yatırım bankası: Bu Kanuna göre mevduat veya katılım fonu kabul etme dışında; kredi kullandırmak esas olmak üzere faaliyet gösteren ve/veya özel kanunlarla kendilerine verilen görevleri yerine getiren kuruluşlar ile yurt dışında kurulu bu nitelikteki kuruluşların Türkiye'deki şubelerini,

ifade ettiği hüküm altına alınmıştır.

1.5.4. Finansal Kiralama Şirketleri ve Finansman ve Faktoring Şirketleri ile İpotek Finansman Kuruluşları Tarafından Yapılan Borçlanmalar

5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (6/ç) bendinde özetle; 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında faaliyet gösteren finansman ve faktoring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bu faaliyetleriyle ilgili olarak ortak veya ortaklarla ilişkili kişi sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmaların örtülü sermaye mahiyetinde olmadığı hüküm altına alınmıştır.

Anılan düzenleme uyarınca finansal kiralama şirketleri, finansman ve faktoring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bu faaliyetleri ile ilgili olarak sadece ortak ya da ortaklarla ilişkili kişi sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmalar örtülü sermaye mahiyetinde olmayıp, buna karşılık bankalar dışındaki ortak ya da ortaklarla ilişkili kişi ya da kurumlardan yapmış olduğu borçlanmaların hesap dönemi başındaki öz sermayesinin üç katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir.

1.6. ÖRTÜLÜ SERMAYE MAHİYETİNDEKİ BORÇLARA AİT KUR FARKLARININ DURUMU

Kurumların 2005 ve daha önceki hesap dönemlerinde elde etmiş oldukları kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinin (2) numaralı bendinde örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerektiği hüküm altına alınmıştı. Anılan madde metninde sadece örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin gider olarak kabul edilmeyeceği belirtildiğinden örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farklarının gider olarak indirilip indirilemeyeceğine ilişkin olarak uygulamada bir kısım tartışmalar bulunmaktaydı.

Ancak 5520 sayılı K.V.K.'nın 11. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (b) bendinde örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farklarının kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerektiği belirtilmek suretiyle söz konusu tartışmalara son verilmiştir. Bu kapsamda olmak üzere vadesi 01.01.2006 tarihinden sonraya sarkan borçlanmalar için de geçerli olmak üzere, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkları, kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır.

1.6.1. 5422 Sayılı K.V.K.'nın Uygulandığı Dönemde Ortaya Çıkan Uyuşmazlıklar İçin Yeni Dönemde Verilen Kararlar

Çalışmamızın önceki bölümlerinde de belirtildiği üzere 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu 21.06.2006 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmak suretiyle yürürlüğe girmiştir. Öte yandan, 5422 sayılı eski Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan, örtülü sermaye üzerinden ödenen ve hesaplanan faizler hükmü ile ilgili olarak, öteden beri süre gelmekte olan kur farklarının faiz sayılıp sayılmayacağı tartışmasına ilişkin birçok ihtilaf hali hazırda yargıda da sürmektedir. İşte, bu ihtilaflar yargıda sürmekte iken, yeni Kurumlar Vergisi Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile yukarıda bahsi geçen söz konusu değişiklikler, bu anılan tartışmalar için bir referans olacak mıdır? Daha doğrusu, söz konusu yeni düzenlemeler, yargıda sürmekte olan söz konusu ihtilafların çözümünde, örneğin

kur farklarının da faiz sayılması gerektiği şeklindeki iddiaların kabulünde, referans olarak kullanılabilir mi? İşte, 2002 yılı hesap dönemi ile ilgili olarak bu konuda yargıda sürmekte olan bir dava, yeni Kurumlar Vergisi Kanunu 21.06.2006 tarihinde Resmi Gazete’de yayımlandıktan 15 gün sonra verilen tashihi karar ile aynı Daire’nin daha önceden mükellef lehine sonuçlanan kararı, bu sefer idarenin lehine sonuçlanmıştır.¹⁵

Olay: (A) A.Ş., 2002 yılı ile ilgili olarak yapılan vergi incelemesi neticesinde; şirket ortaklarının şirkete döviz cinsinden borç para vermesi sonucu ortaya çıkan kur farklarını gider yazması tenkit edilerek, cezalı vergi tarhiyatı ile karşılaşmıştır. Söz konusu şirket, cezalı tarhiyatın yasal ve hukuka uygun olmadığı iddiası ile İzmir Vergi Mahkemesi’nde dava açmıştır. Dava, İzmir 4. Vergi Mahkemesi’nde görülmüş ve Mahkeme’nin 23.11.2004 tarih ve E. 2004/420, K. 2004/899 sayılı oy birliğiyle verdiği Karar’da; “...Ödenen kur farkının faiz olarak değerlendirilmesi suretiyle kanunen kabul edilmeyen gider olarak alınmasına hukuki olanak bulunmadığından, dava konusu tarhiyatta yasal isabet bulunmamıştır.” gerekçesiyle, şirket lehine dava kabul edilerek, tarhiyatın terkinine karar verilmiştir.

Vergi Dairesi, davanın söz konusu şirket lehine kabulü üzerine, anılan Kararın bozulması amacıyla, Danıştay’da kararın temyizi yoluna gitmiştir.

Danıştay 3. Dairesi’nde görülen söz konusu temyiz talebi ile ilgili olarak, 3. Daire’nin oy çokluğuyla verdiği E. 2005/628, K. 2005/2159 sayılı Kararında; “Dayandığı hukuki ve kanuni nedenlerle gerekçesi yukarıda açıklanan vergi mahkemesi kararı, aynı gerekçe ve nedenlerle dairemizce de uygun görülmüş olup, temyiz istemine ilişkin dilekçede ileri sürülen iddialar sözü geçen kararın bozulmasını sağlayacak durumda bulunmadığından, temyiz isteminin reddine ve kararın onanmasına” karar vererek, dava yine şirketin lehine sonuçlanmıştır.

Danıştay 3. Dairesi’nin, vergi dairesinin temyiz talebini reddederek, Vergi Mahkemesi kararını, karar gerekçesindeki aynı nedenlerle onayarak, davanın şirket lehine sonuçlandırması üzerine, Vergi Dairesi, İ.Y.U.K.’nun 54. maddesine istinaden, davanın başlangıcından beri ileri sürdüğü nedenleri, yine aynı şekilde tekrarlayarak ve yine bu nedenlere dayanarak karar düzeltmesi yoluna gitmiştir. Vergi Dairesi’nin karar düzeltme talebini inceleyen 3. Daire; Tetkik Hakimi ve Savcının muhalif görüşüne rağmen, Vergi Dairesi’nin Karar düzeltme talebini İ.Y.U.K.’nun 54/1-c maddesine dayanarak kabul etmiş ve esasa ilişkin yaptığı inceleme sonucunda, bu sefer yine oy çokluğuyla verdiği 05.07.2006 tarih ve E. 2006/1186, K. 2006/1960 sayılı Kararında; temyiz isteminin kabulü ile İzmir Vergi Mahkemesi’nin 23.11.2004 tarih ve E. 2004/420, K. 2004/899 sayılı Kararı’nın bozulmasına karar vermiştir.¹⁶

Karar Gerekçesi ve Karar: Danıştay 3. Daire’nin anılan tashihi kararının gerekçesi tetkik edildiğinde; söz konusu gerekçenin, yine bu dava ile ilgili 3. Daire’nin daha önceden mükellef lehine oy çokluğu ile verdiği karara muhalif olan görüşün tekrarı ile bu görüşü teyit ettiği iddia edilen, yeni Kurumlar Vergisi Kanunu’ndaki ilgili düzenleme olduğu anlaşılabacaktır. Söz konusu tashihi karar gerekçesi özet olarak şöyledir.

¹⁵ FAHRAN, Ferhat; Kur Farklarının Faiz Sayılıp Sayılmayacağı Tartışmasına, Yeni Kurumlar Vergisi Yasası’ndaki Değişikliğin Etkisi ve Bir Danıştay Kararı, Yaklaşım Dergisi, Aralık 2006, Sayı:168, Sayfa:111.

¹⁶ FAHRAN, Ferhat; agm,

“...Örtülü sermaye, kurucular ve paydaşlar tarafından oluşturulan ve kurumun tescil ve ilan edilen sermayesi ve bu sermayenin paydaşlar yönünden yapısının gizlenmesi sonucu yaratılan gizli sermayedir. Bilindiği gibi nakdi sermaye ulusal para cinsinden konulabilir. Bu yüzden Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 15. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (2) işaretli bendinde; örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin indirimi kabul edilmemiştir. Sermayenin yabancı para cinsinden konulması mümkün olmadığından, Kanun’da faiz ifadesinin kullanılması doğaldır. Örtülü sermaye, yasaların sermaye koymaya ilişkin düzenlemeleri dolanılarak oluşturulduğu ve gizlendiğinden, yasa yapıcının bu düzenlemede kur farklarının da kanunen kabul edilmeyen indirimlerden ayrı olduğunu düzenlemesi gerektiği düşünülemez. Bu yüzden, yabancı para cinsinden borçlanması örtülü sermaye niteliğini taşıyan bir kurumun, bu borçlanma nedeniyle borç verene vergilendirme dışında bırakarak yaptığı aktarımdan ibaret olan kur farklarının; Vergi Usul Kanunu’nun vergi yasalarının uygulanmasını düzenleyen 3. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, hükmün sözünün açık olmadığı durumlar için öngörülen; kuralın konuluşundaki maksat, hükümlerin kanunun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak nitelendirilmesi gerekmektedir. Sermayenin getirisi kâr payıdır. Kâr payı ise bunu sağlayan kurumun vergilendirilmiş kazancından ayrılarak hesaplanır. Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 15. maddesinin birinci fıkrasına bağlı (1) işaretli bent, öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin indirilmeyeceğini; sermaye sahibine ancak kâr payı dağıtılabileceği ve öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin indirilmesi halinde, sermaye sahiplerine kurum bünyesinde vergilendirilmeksizin aktarım yapılmış olacağı ve bunun önlenmesi gerektiği için düzenlenmiştir. Aynı fıkraya bağlı (2) işaretli bentte yer alan örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin indirilmeyeceği yönündeki kural da aynı amaçla öngörülmüştür. Gizlenmiş sermaye niteliğinde olan örtülü sermayenin, yabancı para cinsinden borçlanmalarla oluşturulmasında, gizli sermaye oluşturulmasında, gizli sermaye oluşturanların yabancı para cinsinden alacakları için dönem sonunda yapılan değerlendirme sırasında hesaplanan kur farklarının, kurum hasılatından indirilmesi ile aynı borçlanmanın ulusal para cinsinden yapılıp, hesaplanan faizlerin indirilmesi arasında yaratılan sonuç bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır.

Nitekim, 21.06.2006 tarih ve 26205 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan ve 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nu yürürlükten kaldıran 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun “Kabul Edilmeyen İndirimler” başlıklı 11. maddesinin (1) işaretli fıkrasının (b) bendinde örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderler kurum kazancının tespitinde indirimi kabul edilmemiştir.”

Açıklanan nedenlerle, temyiz isteminin kabulü ile İzmir 4. Vergi Mahkemesi’nin 23.11.2004 tarih ve E. 2004/420, K. 2004/899 sayılı Kararı’nın bozulmasına 05.07.2006 gününde oyçokluğu ile karar verilmiştir.”¹⁷

1.6.2. Örtülü Sermaye Uygulamasında Kur Farkı Gelirlerinin Durumu

5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesi uyarınca kurumların ortak ya da ortakla ilişkili kişi veya kurumlardan kullanmış oldukları borçların kurumun hesap dönemi başındaki öz

¹⁷ FAHRAN, Ferhat; agm,

sermayesinin üç katını aşan kısmı örtülü sermaye kapsamında olup, anılan Kanunun 11. maddesi uyarınca örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderler kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerekmektedir.

Kurumların ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yabancı para cinsinden aldıkları ve örtülü sermaye mahiyetinde olan borçlanmalarda YTL'nin değer kazanması sonucu oluşacak kur farkı gelirlerinin durumu özellik arz etmektedir. Konuya ilişkin olarak 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde örtülü sermaye mahiyetindeki borçlanmalarda YTL'nin değer kazanması sonucu oluşacak kur farkı gelirlerinin de söz konusu borcun örtülü yoldan konulan bir sermaye olarak kabul edilmesinin bir sonucu olarak, vergiye tabi kurum kazancının tespitinde gelir olarak dikkate alınması söz konusu olmayacağı açık olarak belirtilmiştir.

Bu nedenle kurumlar vergisi mükellefleri tarafından ortak ve/veya ortakla ilişkili kişilerden yapılan örtülü sermaye mahiyetindeki borçlanmalar üzerinden ortaya çıkacak kur farkı gelirleri, kurum kazancının tespitinde vergilendirilecek gelir olarak dikkate alınmayacaktır.

1.7. ÖRTÜLÜ SERMAYENİN TESPİTİ SONUCUNDA YAPILACAK İŞLEMLER VE KARŞI KURUM DÜZELTMESİ

1.7.1. Karşı Kurum Düzeltmesine İlişkin Genel Açıklama

Kurumların 2005 ve daha önceki hesap dönemlerinde elde ettikleri kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5422 sayılı K.V.K.'nın örtülü sermaye müessesesini düzenleyen 15 ve 16. maddelerinde örtülü sermaye üzerinden ödenen faizlerin gider olarak dikkate alınmaması için hazine kaybının mevcut olması gerektiğine ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktaydı. Bununla birlikte örtülü sermaye uygulamasına ilişkin olarak yargı organlarına intikal eden birçok uyuşmazlıkta mükellefler tarafından yapılan işlemlerde Hazine zararının bulunmadığı, bu nedenle yapılan cezalı tarhiyatların kaldırılması talep edilmiştir. Buna karşılık 2006 ve izleyen yıllara ait kurum kazançlarının tespiti ve vergilendirilmesine ilişkin usul ve esasların düzenlendiği 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında söz konusu tartışmaları önlemek amacıyla karşı kurum düzeltmesine ilişkin hükümler getirilmiştir.

5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında özetle; örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarların Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarının uygulamasında, gerek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca aynı fıkra, daha önce yapılan vergilendirme işlemlerinin, tam mükellef kurumlar nezdinde yapılacak düzeltmede örtülü sermayeye ilişkin kur farklarını da kapsayacak şekilde, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltileceği ve bu düzeltmenin yapılması için örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olmasının şart olduğu belirtilmiştir.

Karşı kurum düzeltmesine ilişkin olarak örtülü sermaye müessesesinin düzenlendiği 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin gerekçesinde aşağıdaki açıklamalar yapılmıştır;

“Maddenin yedinci fıkrasında ise, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin Gelir veya Kurumlar Vergisi Kanunlarının uygulamasında, gerek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde dağıtılmış kar payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden ortakların hukuki niteliğine göre belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılacaktır.

Böylece, bir kurumda örtülü sermaye şartlarını taşıması sebebiyle indirimi reddedilen borçlar için nakden veya hesaben ödenen faizlerin, mükerrer vergilemeyi önlemek amacıyla elde eden yönünden kâr payı olarak yeniden tasnif edilmesi ve buna göre gerekli düzeltmelerin yapılması amaçlanmıştır. Ancak düzeltme işlemi, sadece taraf olan mükellefler nezdinde yapılacak olup bu mükelleflerin ortaklarına ilişkin daha alt kademelerde düzeltme yapılması söz konusu olmayacaktır.”

Öte yandan mezkur Kanunun transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin düzenlendiği 13. maddesinde de karşı kurum düzeltmesine ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş olup, anılan maddenin gerekçesinde ise şu açıklamalara yer verilmiştir;

“Maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan düzenleme ile "tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, gelir ve kurumlar vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacaktır". Bu hükmün getirilmesindeki temel amaç, transfer fiyatlandırması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımı yapan mükellef nezdinde bir eleştiri getirildiği zaman, örtülü kazanç dağıtılan mükellef nezdinde de bir düzeltmenin yapılmasını sağlamaktır. Örtülü olarak dağıtılan kazancın kâr payı sayılması ile mükellefler bu kâr payına ilişkin olarak istisna hükümlerinden yararlanacağından, "karşı taraf düzeltmesi" bu şekilde, işleme taraf olanlar arasında gerçekleşmiş olacaktır. Böylece, aynı işlem üzerinden mükerrer vergilemenin önüne de geçilmektedir. Bu şekilde dağıtılmış kâr payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden ortakların hukuki niteliğine göre belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılacaktır.”

Dikkat edileceği üzere örtülü sermaye müessesesi ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesini düzenleyen maddelerin gerekçelerinde karşı kurum düzeltmesi uygulamasına ilişkin olarak farklı açıklamalar yer almaktadır. Buna göre örtülü sermayenin tespiti sonucunda yapılacak karşı kurum düzeltmesi için herhangi bir şart aranmamış iken transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespiti sonucunda yapılacak karşı kurum düzeltmesi için gelirin istisna olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak, kar payını elde edenlerin hukuki kişiliği ve mükellefiyet durumuna bağlı olarak istisnadan yararlanılamayacağı veya kar payının yarısı tutarında istisnadan faydalanılacağı durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu halde karşı kurum düzeltmesinin yapılamayacağını düşünmek mümkün değildir. Karşı kurum düzeltmesini yapmak için mutlaka kanunda düzenlenmiş bir istisnai hüküm aramak mükellefler itibarıyla eşitsizliğe yol açabilecektir. Kanaatimizce elde edilen kar payı için kanunda düzenlenmiş bir istisnai hüküm bulunmasa bile karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi gerekmektedir.¹⁸

¹⁸ KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermayenin Tespiti Sonucunda Yapılacak İşlemler Ve Karşı Kurum Düzeltmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Ekim 2006, Sayfa:82.

Karşı kurum düzeltilmesine ilişkin olarak 5520 sayılı Kanunun 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında yapılan düzenlemenin iki ayrı boyutu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan tutarların kar payı ya da ana merkeze aktarılan tutar sayılarak vergi kesintisine konu edilmesidir. İkinci boyut ise borç veren kurum nezdinde yapılacak düzeltme işlemleridir. Bu konular çalışmamızın bu bölümünde mükellefiyet türleri itibarıyla ayrıntılı olarak açıklanacaktır.¹⁹

1.7.2. Kar Dağıtım Stopajı

5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, ödenen veya hesaplanan faiz veya benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarların kar payı veya ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı belirtilmiştir. Bu durumda örtülü sermaye mahiyetindeki borçlara ilişkin ödenen veya hesaplanan kur farkları üzerinden herhangi bir kar dağıtım stopajının yapılması söz konusu değildir. Buna karşılık örtülü sermaye mahiyetindeki borçlanmalar üzerinden ödenen veya hesaplanan **faiz ve benzeri ödemeler** kar payı veya ana merkeze aktarılan tutar sayılacak ve bu şekilde dağıtılmış kâr payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden, G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendi uyarınca ortakların hukuki niteliğine göre belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılması gerekmektedir.²⁰ Ancak, borç alan ve borç veren kurumun hukuki nitelikleri, vergi kesintisinin yapılmasında farklı durumlar ortaya çıkarabilecek olup söz konusu kar payını elde edenlerin mükellefiyet türü ve hukuki niteliklerine bağlı olarak kar dağıtımına bağlı tevkifat uygulaması çalışmamızın izleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

Öte yandan kurumlarca birden fazla ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapılan ve öz sermayesinin üç katını aşan tutardaki borçlanmalar ile ilgili olarak ödenen faizlerin reddedilmesi nedeniyle her borç veren yönünden kar payı olarak kabul edilecek tutar, reddedilen faiz tutarına, borç verenlerin verdikleri borçların toplam borca oranı dikkate alınmak suretiyle belirlenecektir.

Örneğin;

¹⁹ KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermayenin Tespiti Sonucunda Yapılacak İşlemler Ve Karşı Kurum Düzeltmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Ekim 2006, Sayfa:82

²⁰ Bilindiği üzere G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendinde özetle; tam mükellef kurum kazançlarının mezkur Kanunun 75. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan şekillerde dağıtılan kısmı üzerinden, dar mükellef kurum kazançlarının ise ana merkeze aktarılan kısmı üzerinden vergi tevkifatı yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan 5520 sayılı K.V.K.'nın 15. maddesinde tam mükellef kurumlar tarafından elde edilen kazançlar üzerinden 01.01.2006 tarihinden itibaren tevkifat yapılacak durumlar, 30. maddesinde ise dar mükellef kurum kazançları üzerinden belirtilen tarihten sonra tevkifat yapılacak durumlar hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık 5520 sayılı Kanunun 15 ve 30. maddelerinde kurum kazançlarının dağıtılan veya ana merkeze aktarılan kısmı üzerinden tevkifat yapılacağına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doğal olarak halihazırda G.V.K.'nın 94. maddesi ile 5520 sayılı Kanunun 15 ve 30. maddeleri yürürlükte olmakla birlikte 5520 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, anılan Kanuna göre tevkifata tabi tutulan kazançlar üzerinden G.V.K.'nın 94. maddesi uyarınca ayrıca tevkifat yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna bağlı olarak tam mükellef kurumlar tarafından mezkur Kanunun 75. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yer alanlara dağıtılan kar payları ile dar mükellef kurumlar tarafından ana merkeze aktarılan kazançlar üzerinden G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendi uyarınca tevkifat yapılması gerekecektir. Ancak 5520 sayılı Kanunun 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan özel düzenleme uyarınca, 01.01.2006 tarihinden itibaren vergiden muaf kurumlara dağıtılan kar payları üzerinden anılan madde kapsamında tevkifat yapılması gerekmektedir.

- Ortak (A)'nın borç verdiği tutar 1.000,
- Ortak (B)'nin borç verdiği tutar 2.000,
- Ortak (C) Bankasının borç verdiği tutar ise 4.000 ve

işletme öz sermayesinin 1.500 birim olduğu varsayımı ile, toplam borcun 4.500 birimi aşan kısmı örtülü sermaye sayılacak; bu hesaplamada ortak (C)'nin banka olması nedeniyle verdiği borç tutarının % 50'si olan (4.000/2=) 2.000 birim dikkate alınacaktır.

Buna göre örtülü sermaye sayılacak olan tutar [(1.000+2.000+2.000) - (3 x 150) =] 500 birim olup, bu tutarın her bir ortak itibariyle dağılımı aşağıdaki gibi olacaktır;

{Ortaklara isabet eden örtülü sermaye tutarı = (Ortağın borç verdiği tutar/Örtülü sermayenin hesabında dikkate alınacak toplam borç tutarı) x Örtülü sermaye tutarı}

- Ortak (A) için {(1.000/5.000) x 500= } 100,
- Ortak (B) için {(2.000/5.000) x 500= } 200,
- Ortak (C) için {(2.000/5.000) x 500= } 200,

birime isabet eden tutarlar, ortaklara isabet eden örtülü sermaye kısmı olarak dikkate alınacaktır. Doğal olarak söz konusu bu tutarlara isabet eden faiz ve benzeri giderler, bu ortaklar tarafından elde edilmiş varsayılan kar payı olarak değerlendirilmek suretiyle düzeltme işlemine tabi tutulacaktır.

1.7.2.1. Borç Alan (Örtülü Sermaye Kullanan) Tam Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

Borç alan dolayısıyla örtülü sermaye kullanan kurumun tam mükellef kurum olması durumunda borç veren kurumun hukuki niteliği ve mükellefiyet durumuna göre aşağıda açıklandığı şekilde işlem yapılması gerekmektedir.

1.7.2.1.1. Borç Veren Tam Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

Tam mükellef kurumlardan yapılan ve örtülü sermaye mahiyetinde olan borçlanmalara ilişkin olarak ödenen veya hesaplanan faiz veya benzeri tutarlar için herhangi bir vergi kesintisi yapılması mümkün değildir. Çünkü, G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendinde tam mükellef kurumlara dağıtılan kar payları için vergi kesintisi yapılacağı yönünde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda tam mükellef kurumların anılan kapsamda değerlendirilecek kar payları için vergi kesintisi yapılması mümkün değildir. Buna bağlı olarak borç verenin tam mükellef kurum olması durumunda, söz konusu borcun örtülü sermaye mahiyetinde olması durumunda dahi, 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı bendine göre kar payı sayılan faiz ve benzeri ödemeler üzerinden vergi kesintisi yapılmayacaktır.

1.7.2.1.2. Borç Veren Tam Mükellef Gerçek Kişi, Gelir veya Kurumlar Vergisi Mükellefi Olmayanlar veya Bu Vergiden Muaf Olanlar İse Kar Dağıtım Stopajı

Kar dağıtımına bağlı gelir vergisi tevkifatına ilişkin usul ve esasların düzenlendiği G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b-i bendinde; tam mükellef kurumlar tarafından; tam mükellef gerçek kişilere, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara ve bu vergilerden muaf

olanlara dağıtılan kar payları üzerinden vergi kesintisi yapılacağı hüküm altına alınmıştır.²¹ Bu durumda, örtülü sermaye mahiyetindeki borcu verenin tam mükellef gerçek kişi, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlar veya bu vergiden muaf olanlar olması durumunda, 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı bendine göre kar payı sayılan faiz ve benzeri ödemeler üzerinden % 15 oranında vergi kesintisi yapılması gerekecektir.

Anılan uygulama kapsamında vergi kesintisi, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla kâr payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden yapılacak ve izleyen ayın 20. günü akşamına kadar verilecek muhtasar beyanname ile beyan edilecektir.

1.7.2.1.3. Borç Veren Dar Mükellef Gerçek Kişi, Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Olmayan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b-ii bendinde, tam mükellef kurumlar tarafından; dar mükellef gerçek kişilere, Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi olmayan dar mükellef kurumlara dağıtılan kar payları üzerinden vergi kesintisi yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu durumda örtülü sermaye mahiyetinde olan borcu verenin dar mükellef gerçek kişi veya Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi olmayan dar mükellef kurum olması durumunda, 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı bendine göre kar payı sayılan faiz ve benzeri ödemeler üzerinden % 15 oranında vergi kesintisi yapılması gerekecektir.

Vergi kesintisi, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla kâr payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden yapılacak ve izleyen ayın 20. günü akşamına kadar verilecek muhtasar beyanname ile beyan edilecektir.

1.7.2.1.4. Borç Veren Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Bulunan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

Tam mükellef kurumların Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunan dolayısıyla Türkiye’de ticari kazanç elde eden dar mükellef kurumlardan yaptıkları ve örtülü sermaye sayılan borçlanmalar için ödenen veya hesaplanan faiz veya benzeri tutarlar için herhangi bir vergi kesintisi yapılması mümkün değildir.²² Aynı şekilde G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendinde Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunan dar mükellef kurumlara dağıtılan kar payları için vergi kesintisi yapılacağı yönünde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda Türkiye’de iş yeri veya daimi temsilcisi bulunan dar mükellef kurumların elde ettikleri kar payları için vergi kesintisi yapılması mümkün değildir.

Bu kapsamda olmak üzere örtülü sermaye mahiyetindeki borcu verenin Türkiye’de iş yeri veya daimi temsilcisi bulunan dar mükellef kurum olması durumunda, 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı bendine göre kar payı sayılan faiz ve benzeri ödemeler üzerinden vergi kesintisi yapılmayacaktır.

²¹ 23/07/2006 tarih ve 26237 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2006/10731 sayılı B.K.K. ile tevkifat oranı 23/07/2006 tarihinden itibaren %15 olarak belirlenmiştir.

²² 5520 sayılı K.V.K.'nın 3. maddesinin (3/a) bendi uyarınca Vergi Usul Kanunu hükümlerine uygun Türkiye’de iş yeri olan veya daimi temsilcisi bulunduran yabancı kurumlar tarafından bu yerlerde veya bu temsilciler vasıtasıyla yapılan işlerden elde edilen kazançlar ticari kazanç olarak değerlendirilecektir. Ancak bu şartları taşımasalar bile kurumların ihraç edilmek üzere Türkiye’de satın aldıkları malları Türkiye’de satmaksızın yabancı ülkelere göndermelerinden doğan kazançlar, Türkiye’de elde edilmiş sayılmaz.

1.7.2.2. Borç Alan (Örtülü Sermaye Kullanan) Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, örtülü sermaye mahiyetindeki borçlanmalar üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarların, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulanmasında, gerek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Dolayısıyla örtülü sermayeyi kullananın dar mükellef kurum olması durumunda ödenen veya hesaplanan faiz ve benzeri tutarlar ana merkeze aktarılan tutar sayılacak ve bu şekilde ana merkeze aktarıldığı varsayılan tutar üzerinden G.V.K.'nın 94/6-b-iii bendi uyarınca vergi kesintisi yapılması gerekmektedir. Bu durumda borç alanın dar mükellef kurum olması durumunda borç verenin hukuki niteliğine bakılmaksızın vergi kesintisinin yapılması gerekmektedir. Çünkü bu tutarlar kar payı olarak değil, ana merkeze aktarılan tutar olarak kabul edilmiştir. Öte yandan örtülü sermaye mahiyetindeki borçlara ilişkin kur farkları ana merkeze aktarılan tutar olarak kabul edilmediğinden söz konusu bu kur farkları üzerinden herhangi bir vergi kesintisi yapılması söz konusu değildir.

1.7.3. Örtülü Sermaye Uygulamasında Karşı Kurum Düzeltmesi

Kurumlar vergisi mükelleflerinin 2006 ve izleyen yıllarda ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapmış oldukları örtülü sermaye mahiyetindeki borçlanma işlemlerine ilişkin olarak 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde 5422 sayılı K.V.K.'nda bulunmayan yeni bir müessese düzenlenmiştir. Karşı kurum düzeltmesi olarak adlandırılan yeni müessese 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında düzenlenmiş olup, anılan fıkra da daha önce yapılan vergilendirme işlemlerinin, **tam mükellef kurumlar nezdinde yapılacak düzeltmede örtülü sermayeye ilişkin kur farklarını da kapsayacak şekilde,** taraf olan mükellefler nezdinde düzeltileceği hüküm altına alınmıştır.

Yapılan kanuni düzenlemeden örtülü sermayeye ilişkin olarak ödenen veya hesaplanan **kur farklarının sadece tam mükellef kurumlardan yapılan borçlanmalarda** düzeltme konusu yapılacağı anlaşılmaktadır. Borç alınan kurumun tam mükellef kurumlar dışında başka bir kurum olması durumunda kur farkına ilişkin olarak herhangi bir düzeltme yapılması mümkün değildir. Dolayısıyla borcu veren, tam mükellef gerçek kişi, dar mükellef kurum veya dar mükellef gerçek kişi ise kur farklarına ilişkin herhangi bir düzeltmenin yapılması mümkün değildir.

Kullanılan borç nedeniyle, geçici vergi dönemi içinde örtülü sermaye şartlarının gerçekleşmesi halinde, o dönemde daha önce borç alan kurum tarafından giderleştirilen faiz, kur farkı ve benzeri giderler, bu işlemin yapıldığı geçici vergi döneminde hesaben gerekli düzeltmeye tabi tutulabilecektir. Borç veren kurum tarafından da aynı dönem içinde düzeltme yapılabilmesi mümkündür.

Düzeltilmenin, gider yazılan geçici vergi döneminden sonra yapılması halinde, borç alan kurum tarafından düzeltme beyannamesi ile tahakkuk eden vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şartıyla, borç veren kurum tarafından da (bir sonraki geçici vergi döneminde) düzeltme yapılabilir.

Hesap dönemi kapandıktan sonra örtülü sermaye kullanan kurumun yapacağı düzeltme talebi, vergi dairesince Vergi Usul Kanunu uyarınca değerlendirilip sonuçlandırılacaktır. Bu düzeltme sonucu tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması halinde, karşı tarafın da gerekli düzeltme işlemini kendiliğinden yapması mümkün olacaktır.

Verginin kesinleşmesi; dava açma süresi içinde dava açılmaması, yargı mercilerince nihai kararın verilmiş olması veya uzlaşmanın vaki olması gibi haller nedeniyle, verginin kesinleşmesi ve itiraz edilmeyecek duruma gelmesidir. Örtülü sermaye kapsamındaki finansmanı kullandıran kurum nezdinde yapılacak düzeltmede dikkate alınacak tutar, kesinleşen ve ödenen tutar olacaktır. Örtülü sermaye kapsamında borç kullanan kurumun, zamanaşımı süresi içinde düzeltme talebinde bulunmuş olması halinde, düzeltme sonucu tarh edilen verginin kesinleşip ödenmesi şartıyla karşı tarafta da süreye bakılmaksızın gerekli düzeltme işlemi yapılacaktır.

Ayrıca mükellefler, örtülü sermaye uygulaması nedeniyle kullandıkları borçların örtülü sermayeye isabet eden tutarına ilişkin faizleri giderleştirmemeleri ve tahakkuk eden bu faiz tutarlarını ödememeleri halinde, tahakkuk eden ancak ödenmemiş olan bu tutarların henüz dağıtılmış bir kâr payı olarak değerlendirilmesi mümkün olamayacağından, kâr payı stopajına tabi tutulması da söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte örtülü sermaye mahiyetindeki borçlara ilişkin faiz tutarlarının ödenmesi halinde ise kâr payının dağıtıldığı kabul edilecek ve buna bağlı olarak kar dağıtımına bağlı stopaja tabi tutulacaktır.

1.7.3.1. Borç Alan (Örtülü Sermaye Kullanan) Tam Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi

Borç alan dolayısıyla örtülü sermaye kullanan kurumun tam mükellef kurum olması durumunda borç veren kurumun hukuki niteliğine ve mükellefiyet türüne göre yapılması gereken düzeltme işlemleri her bir mükellef türü itibarıyla aşağıda açıklandığı şekilde olacaktır.

1.7.3.1.1. Borç Veren Tam Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi

Ortak ya da ortakla ilişkili sayılan kuruma borç veren dolayısıyla örtülü sermaye kullandıranın tam mükellef kurum olması durumunda, vermiş olduğu borca ilişkin olarak daha önce bu kurum tarafından gelir yazılan kur farkları, faizler ve benzeri tutarlar için gelir reddi yapılması gerekmektedir.

Aslında 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasına göre kur farkı dışındaki ödemeler kar payı sayıldığı için bu tutarlar borç veren kurum açısından mezkur Kanunun 5. maddesinin (1/a-1) numaralı bendi uyarınca iştirak kazançları istisnası kapsamına girmektedir. Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, kanaatimizce, karşı kurum düzeltmesinde gelir reddi yapılırken herhangi bir istisnai hüküm aramaya gerek bulunmamaktadır. Kar payı sayılan tutarlar iştirak kazancı istisnası olmasaydı bile borç veren tam mükellef kurum nezdinde gelir reddi yapmak gerekecekti.

1.7.3.1.2. Borç Veren Tam Mükellef Gerçek Kişi İse Karşı Kurum Düzeltmesi

Tam mükellef kurumlar, tam mükellef gerçek kişilerden borçlanmışlar ise örtülü sermayenin tespiti sonucunda borcu kullandıran tam mükellef gerçek kişi nezdinde kur

farkları yönünden herhangi bir düzeltme yapılmayacaktır. Çünkü, yukarıda açıklandığı üzere, yapılan kanuni düzenleme ile örtülü sermayeye ilişkin olarak ödenen veya hesaplanan kur farklarının sadece tam mükellef kurumlardan yapılan borçlanmalarda düzeltme konusu yapılmasına imkan sağlanmıştır.

Borç veren tam mükellefiyeti haiz gerçek kişiler nezdinde daha önce gelir yazılan faiz ve benzeri diğer ödemelerin düzeltmeye tabi tutulması gerekmektedir. Başka bir deyişle borç veren gerçek kişiler nezdinde gelir reddi yapılması gerekmektedir. Bu tutarlar kar payı sayıldığı için normal şartlarda G.V.K.'nın 22. maddesinin (2) numaralı fıkrasında düzenlenen istisnadan faydalanılmakta ve kar payının yarısı gelir vergisinden istisna olmaktadır. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, kanaatimizce, gelir reddi yapılabilmesi için herhangi bir istisna düzenlemesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle tam mükellef gerçek kişiler nezdinde yapılacak düzeltmede faiz ve benzeri tutarların tamamı için gelir reddi yapılması gerekmektedir.

Örtülü sermaye mahiyetindeki borcu veren gerçek kişilerce elde edilen faiz ve benzeri gelirler açısından düzeltme işleminin yapılıp yapılmayacağı ile ilgili olarak madde metninde yer alan ifade zaafı nedeniyle uygulamada bir kısım ihtilafların ortaya çıkması muhtemeldir. 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında; daha önce yapılan vergilendirme işlemlerinin taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltileceği belirtilmiş olup, ayrıca tam mükellef kurumlar nezdinde kur farklarını da kapsayacak şekilde düzeltme işleminin yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Anılan düzenlemede tam mükellef kurumlar ile ilgili olarak yer alan ibarelerin söz konusu düzeltme işleminin sadece tam mükellef kurumlar nezdinde yapılacağı anlamına gelmemekle birlikte sadece tam mükellef kurumlar açısından kar payı sayılmayan kur farklarının düzeltme işlemine konu edilebileceğini ifade etmektedir.

1.7.3.1.3. Borç Veren Dar Mükellef Gerçek Kişi veya Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Olmayan Dar Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi

Dar mükellef gerçek kişi veya Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi olmayan dar mükellef kurumlardan yapılan borçlanmalarda örtülü sermayenin tespiti sonucunda, yukarıda yapılan açıklamalar doğrultusunda, anılan mükellefler nezdinde kur farkı dışındaki ödemeler için gelir reddi yapılması gerekmektedir. Buna karşılık örtülü sermaye mahiyetindeki borçlanmalara ilişkin olarak ortaya çıkan kur farkları için ise herhangi bir düzeltme işleminin yapılması mümkün değildir.

1.7.3.1.4. Borç Veren Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Bulunan Dar Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi

Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunan dar mükellefiyeti haiz kurumlardan yapılan ve örtülü sermaye mahiyetinde olan borçlanmalara ilişkin olarak alınan faiz ve benzeri ödemeler ile ilgili olarak gelir yazılan tutarların 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrası uyarınca düzeltme işlemine tabi tutulması gerekmektedir. Ancak anılan mahiyetteki borçlanmalara ilişkin olarak ortaya çıkan ve gelir olarak dikkate alınan kur farkları için herhangi bir düzeltme yapılması mümkün değildir.

1.7.3.2. Borç Alan Dar Mükellef Kurum İse Karşı Kurum Düzeltmesi

Örtülü sermaye mahiyetindeki borçlanmalara ilişkin olarak yapılacak karşı kurum düzeltmesi açısından borç alan mükellefin tam veya dar mükellefiyeti haiz olması arasında

herhangi bir farklılık bulunmamaktadır. Borç alan dar mükellef kurum olduğu durumda da borç alanın tam mükellef kurum olması durumunda olduğu gibi düzeltme işlemleri yapılacaktır. Buna göre;

- Borç veren tam mükellef kurum ise kur farkları dahil tüm tutarlar düzeltilir.
- Borç veren tam mükellef kurum dışında bir mükellef ise kur farkları için düzeltme yapılmaz. Faiz ve benzeri ödemeler için gelir reddi yapılır.

1.7.3.3. Karşı Kurum Düzeltmesinin Yapılabilmesi İçin Örtülü Sermaye Kullanan Kurum Adına Tarh Edilen Vergilerin Kesinleşmiş ve Ödenmiş Olması Gerekmemektedir

5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi için örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olmasının şart olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda, karşımıza bir takım sorunlar çıkmaktadır. Şöyle ki; faiz, kur farkı ve benzeri giderleri reddedilen örtülü sermaye kullanan kurumun cari dönem sonucunun zararla sonuçlanması ve gider reddi yapıldığı durumda da kara geçirilememesi durumunda karşı kurum düzeltmesinin yapılıp yapılamayacağı akılları karıştırmaktadır. Örneğin, 2006 hesap dönemi sonucu 100 birim zararla sonuçlanan ve ilgili dönemde örtülü sermaye kullanımı nedeniyle 50 birimlik faiz gideri reddedilen ve dolayısıyla tarh edilecek vergi çıkmayan bir kuruma borç veren kurum nezdinde 2006 hesap döneminde karşı kurum düzeltmesi yapmak mümkün olabilecek midir?²³

Kanaatimizce bu durumda karşı kurum düzeltmesi yapmak, ilgili dönemde, mümkün değildir. Çünkü, Kanun metni çok açık bir ifadeyle, karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesini örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şartına bağlamıştır. İlgili dönemde karşı kurum düzeltmesi yapılamayacak olmakla birlikte reddedilen faiz giderleri nedeniyle izleyen dönemlerde bir vergi tarh edilmesi durumunda karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi için imkan doğacaktır. Söz konusu dönemde yapılan örtülü sermaye kullanımı tenkidinin dava konusu yapılması da mümkün değildir. Bilindiği gibi, tarh edilen bir vergi söz konusu olmadığı durumda, yapılan bir idari işlem de mevcut olmadığı için vergi mahkemelerinde dava açılmamaktadır.²⁴

Yukarıda verdiğimiz örneği bu kapsamda genişletelim ve örtülü sermaye kullanan kurumun 2007 hesap dönemi sonucunun 200 birim karla kapandığını kabul edelim. Bu durumda örtülü sermaye kullanan mükellef 50 birimlik (2006 hesap dönemi 100 birim zararla sonuçlanmasına rağmen örtülü sermaye kullanımına bağlı faiz gideri reddi nedeniyle 50 birimlik zarar mahsubu yapılabilecektir.) 2006 hesap dönemi zararını mahsup edecek ve 150 birim kurumlar vergisi matrahı oluşacaktır. Dolayısıyla 2006 hesap dönemi için yapılan örtülü sermaye tenkidi için 2007 hesap döneminde vergi tarh edilmektedir. Bu durumda borç veren kurum nezdinde verginin kesinleşip ödenmesine bağlı olarak 2006 hesap dönemi için karşı kurum düzeltmesi yapılabilecektir. Konu, tarh edilen verginin bulunduğu aşamalara göre aşağıdaki şekilde açıklanabilir.²⁵

²³ TEKİN Cem, KARTALOĞLU Emre, "Kurumlar Vergisi Kanunu, Yorum ve Açıklamaları", Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, Nisan/2007,

²⁴ TEKİN Cem, KARTALOĞLU Emre, age,

²⁵ TEKİN Cem, KARTALOĞLU Emre, age,

1.7.3.3.1. Verginin İhtilafsız Olarak Kesinleşmesi ve Ödenmesi

Tarh edilen vergi herhangi bir ihtilaf yaratılmadan, gerek uzlaşma sonucunda, gerekse uzlaşmasız kesinleşir ve ödenirse, borç veren kurumun 2006 hesap dönemi (örtülü sermayenin kullanıldığı dönem) hesaplarının düzeltilmesinde herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Ayrıca, tarh edilen vergi için uzlaşma talep edilmesi ve uzlaşmada da vergi aslında bir indirimle gidilmesi halinde bile tarh edilen verginin tamamı için (reddedilen faiz giderinin tamamı için) karşı kurum düzeltmesinin yapılması gerekmektedir.

Burada bir başka hususa dikkat etmek gerekmektedir. 2006 yılı hesap döneminde örtülü sermaye yönünden yapılan tenkit nedeniyle zarar azaltımı yapılması ve bu azaltım nedeniyle örneğin 2009 yılı hesap döneminde vergi tarh edilmesi ve bu verginin kesinleşip ödenmesi durumunda da borç veren kurum açısından düzeltme işleminin 2009 yılı hesap dönemi için değil örtülü sermaye kullanımının gerçekleştiği 2006 yılı hesap dönemi için yapılması gerekmektedir.

Burada ise karşımıza zamanaşımı sorunu çıkmaktadır. Bilindiği gibi, geçmiş yıl zararları izleyen hesap döneminden itibaren beş hesap dönemi itibarıyla kurum kazancından indirilebilmektedir. Aynı şekilde, vergi alacağının doğduğu takvim yılını izleyen beş yıl içinde tarh ve tebliğ edilmeyen vergiler zamanaşımına uğramaktadır. Bu nedenle, karşı kurum düzeltmesinin de belirtilen zamanaşımı süresi içinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yukarıda verilen örneğe geri dönecek olursak, 2006 yılı hesap dönemi için reddedilen 50 birimlik faiz gideri nedeniyle en geç 2011 yılı hesap döneminde vergi tarhiyatı yapılması ve tarh edilen bu verginin kesinleşip ödenmiş olması halinde borç veren kurum nezdinde düzeltme yapılabilecektir.

1.7.3.3.2. Verginin İhtilaf Sonucunda Kesinleşmesi ve Ödenmesi

Tarh edilen verginin, vergi mahkemesinde açılan dava ve tüm yargı yollarının tükenmesinden sonra kesinleşmesi halinde kesinleşen tarhiyat tutarı ile orantılı olarak karşı kurum düzeltmesinin yapılması gerekmektedir. Burada da yukarıda açıklanan zamanaşımı konusunun dikkate alınması gerekmektedir.

1.7.3.4. Tarh Edilen Verginin Kesinleşip Ödenmesi Beklenmeksizin Yapılacak Düzeltme İşlemleri Hazine Zararıyla Sonuçlanacaktır.

Yukarıda belirtildiği üzere, 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrası kapsamında karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi, örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şartına bağlanmıştır. İlgili dönemde karşı kurum düzeltmesi yapılamayacak olmakla birlikte reddedilen faiz, kur farkı ve benzeri giderler nedeniyle izleyen dönemlerde bir vergi tarh edilmesi durumunda karşı kurum düzeltmesi yapılabilecektir. Örtülü sermayeyi dağıtan (borç veren) kurumun karlı, örtülü sermaye kullanan (borç alan) kurumun zararlı olduğu durumda, örtülü sermaye kullanan (borç alan) kurum nezdinde herhangi bir vergi tarh edilmeden ve bu vergi kesinleşmeden karşı kurum düzeltmesinin yapılması hazinenin zararıyla sonuçlanacaktır.

Örnek:

(A) A.Ş.'nin (B) A.Ş.'nin % 30 oranında ortağı olduğunu, (A) A.Ş.'nin 1.000 birim karlı (B) A.Ş.'nin de 200 birim zararlı olduğunu, (A) A.Ş. tarafından (B) A.Ş.'ye verilen

borcun örtülü sermaye olduğunu ve kullanılan bu sermaye nedeniyle (B) A.Ş.'nin 50 birim faiz gideri ödediğini kabul edelim.

Yapılan vergi incelemesi sonucunda (B) A.Ş.'nin gider kaydettiği 50 birim faiz gideri kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacak ve bu tutarın kurum zararından düşülmesi sonucunda ilgili dönem için kurumlar vergisi matrahı oluşmayacaktır. Örtülü sermaye kullanan kurum nezdinde herhangi bir vergi tarh edilmeden ve bu vergi kesinleşip ödenmeden karşı kurum düzeltmesi yapılması halinde hazinenin zararlı olduğu görülecektir. Şöyle ki;

Düzeltilme Öncesi Yapılan Beyan:

	(A) A.Ş.	(B) A.Ş.
Ticari Kazanç	1.000	- 200
Kurumlar Vergisi	200	---
Vergi Sonrası Kazanç	800	---

Düzeltilme Sonrası Beyan:

	(A) A.Ş.	(B) A.Ş.
Ticari Kazanç	1.000	- 200
İştirak Kazancı (Örtülü Sermaye)	- 200	+ 200
Kurumlar Vergisi Matrahı	800	0
Kurumlar Vergisi	160	---
Vergi Sonrası Kazanç	84	---

Görüldüğü gibi, örtülü sermaye kullanan (B) A.Ş. nezdinde, herhangi bir vergi tarhiyatı yapılmadan ve bu tarhiyat kesinleşip ödenmeden karşı kurum düzeltmesinin yapılması hazinenin vergi kaybetmesine neden olmaktadır. Bu nedenle, mahsup edilen kurum zararı nedeniyle izleyen dönemlerde tarhiyat çıkması üzerine karşı kurum düzeltmesinin yapılması gerekmektedir.

1.8. ÖRTÜLÜ SERMAYENİN HESAPLANMASINA İLİŞKİN ÖRNEK

Örtülü sermayeye ilişkin bütün hususları gösteren bir örneğe 1 seri numaralı 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde yer verilmiştir. Söz konusu örnek aynen aşağıdaki gibidir.

(A) A.Ş.'nin 2006 hesap dönemi başındaki öz sermayesi 200.000 YTL'dir. Şirketin ortak ve ortakla ilişkili kişi sayılanlardan aldığı kredi ve borçların tutarları ve vadeleri şöyledir.

- Şirketin ortağı tam mükellef (B) gerçek kişisinden 1 Kasım 2005 tarihinde alınan 300.000 YTL, 31 Aralık 2006 tarihinde geri ödenmiştir.
- Şirketin ortağı dar mükellef (Y) Kurumundan 10 Mart 2006 tarihinde bir yıl vadeli 200.000 ABD Doları kredi alınmıştır. Bu kredi 10 Mart 2007 tarihinde geri ödenmiştir. (Borcun alındığı tarihteki kur 1 ABD Doları =1,35 YTL)

- Şirketin iştiraki durumunda bulunan Türkiye’de kurulu (C) Bankasından ise 1 Temmuz 2006 tarihinde, 2 yıl vadeli 400.000 ABD Doları tutarında kredi alınmıştır. (Borcun alındığı tarihteki kur 1 ABD Doları =1,40 YTL)

Görüleceği üzere, (A) A.Ş.’nin 1 Temmuz 2006 tarihine kadar yapmış olduğu borçlanmalar, şirketin öz sermayesinin üç katını aşmadığından örtülü sermaye uygulamasına ilişkin olarak yapılacak bir işlem bulunmamaktadır. Ancak, bu tarihten sonra Ortak (C) Bankasından alınan kredi nedeniyle, 31 Aralık 2006 tarihine (Ortak (B)’ye olan borcun ödendiği tarihe) kadar olan süre içinde, öz sermayenin üç katını aşan borçlanmanın örtülü sermaye olarak dikkate alınması ve bu tutara ilişkin olarak giderleştirilen faiz ve kur farklarının reddi gerekmektedir.

Bu veriler doğrultusunda, örtülü sermayenin kullanıldığı altı aylık (1 Temmuz 2006 - 31 Aralık 2006) sürede, kredi sözleşmelerine göre tespit edilen faiz oranı üzerinden tahakkuk ettirilen faiz giderleri ve kur farkı giderleri aşağıdaki gibidir. (31 Aralık 2006 tarihindeki Dolar Kuru; 1 ABD Doları = 1,45 YTL’dir.)

Kredi Veren Ortak	Kredi Tutarı	Kredi tutarı (YTL Karşılığı)	Kur Farkı (YTL)	Faiz (YTL)	Toplam (YTL)
(B) Tam Mükellef Gerçek Kişi	300.000 YTL	300.000	0	36.000	36.000
(Y) Dar Mükellef Kurum	200.000 ABD Doları	270.000	10.000 (*)	24.000	34.000
(C) Bankası (Tam Mükellef)	400.000/2 ABD Doları	560.000/2	20.000/2 (**)	80.000/2	100.000/2
Genel Toplam		850.000	20.000	100.000	120.000

Şirketin 2006 hesap döneminde kullandığı toplam borç miktarı 1.130.000 YTL olmakla birlikte, örtülü sermaye hesaplamasında (C) Bankasından alınan borç miktarının yarısı dikkate alınacaktır. Buna göre;

Örtülü Sermayenin Hesabında Dikkate Alınacak Toplam Borç Tutarı;

$$[300.000 + 270.000 + (560.000 / 2)] = 850.000 \text{ YTL olacaktır.}$$

Şirketin öz sermayesinin üç katı 600.000 YTL olduğundan, örtülü sermaye tutarı (850.000-600.000=) 250.000 YTL olacaktır.

Ortakların her birine isabet eden örtülü sermaye tutarı ise şu formülle bulunacaktır.

(*) Kur farkı, 1 Temmuz 2006 ile 31 Aralık 2006 tarihleri arasındaki kur artışı ile borç tutarının çarpımıdır. (0,05x200.000=) 10.000 YTL.

(**) Borcun bir bankadan temin edildiği varsayıldığından, bir önceki dipnotta yapılan açıklamalar doğrultusunda hesaplanan kur farkının yarısı dikkate alınmıştır.

Her Bir Ortağa İsabet Eden Örtülü Sermaye Tutarı	=	Ortağın Verdiği Borç Tutarı ÖS Hesabında Dikkate Alınacak Toplam Borç Tutarı	x	Örtülü Sermaye Tutarı
---	---	--	---	--------------------------

(B)'ye isabet eden ÖS $[(300.000 / 850.000) \times 250.000] = 88.235,29$ YTL
(Y)'ye isabet eden ÖS $[(270.000 / 850.000) \times 250.000] = 79.411,77$ YTL
(C)'ye isabet eden ÖS $[(280.000 / 850.000) \times 250.000] = 82.352,94$ YTL
Toplam Örtülü Sermaye Tutarı = 250.000,00 YTL

(A) A.Ş. tarafından 1 Temmuz 2006 - 31 Aralık 2006 tarihleri arasında kullanılan 250.000 YTL tutarındaki örtülü sermaye nedeniyle kanunen kabul edilmeyen gider (KKEG) sayılacak kur farkı ve faiz gideri tutarı aşağıdaki gibi olacaktır.

Kur farkı gideri	:	$[(250.000/850.000) \times 20.000]$	=	5.882,35 YTL
Faiz tutarı	:	$[(250.000/850.000) \times 100.000]$	=	29.411,77 YTL
TOPLAM	:	$[(250.000/850.000) \times 120.000]$	=	35.294,12 YTL

(A) A.Ş.'nin örtülü sermaye sayılan 250.000.- YTL'lik örtülü sermaye niteliğindeki borcuna isabet eden finansman gideri toplamı 35.294,11 YTL'dir. Bu tutar, (A) A.Ş. tarafından KKEG olarak dikkate alınacaktır.

Borç Verenler Nezdinde Yapılacak Düzeltme ve Dağıtılmış Kâr Payı Hesaplaması

(B) Gerçek kişisi tarafından verilen kredinin, örtülü sermaye olarak kabul edilen 88.235,29.- YTL'lik tutarına ilişkin kâr payı (faiz) geliri;

$[(88.235,29 / 300.000) \times 36.000] = 10.588,24$ -YTL olacaktır.

Bu tutar (B) gerçek kişisine dağıtılmış net kâr payı sayılacak ve brüte tamamlanmak suretiyle vergi kesintisi matrahı ve tutarı bulunacaktır:

Kâr Payı Stopajı $[(12.456,75^{***}) \times \%15] = 1.868,51$ YTL

Dar mükellef (Y) kurumu tarafından verilen kredinin örtülü sermaye olarak kabul edilen 79.411,77 YTL'lik tutarına ilişkin;

Kur farkı geliri $[(79.411,77 / 270.000) \times 10.000] = 2.941,18$ YTL
Kâr payı (Faiz) geliri $[(79.411,77 / 270.000) \times 24.000] = 7.058,82$ YTL
Toplam = 10.000,00 YTL

*** Brüt tutar hesaplamasına ait formül;

Brüt tutar = $\frac{(\text{Net ödenen tutar} \times 100)}{(100 - \text{Vergi oranı})}$

Dar mükellef (Y) kurumuna dağıtılmış sayılan kâr payı tutarı 7.058,82 YTL brüte tamamlanarak vergi kesintisi matrahı ve vergi kesintisi tutarı bulunacaktır. Söz konusu kâr payı (faiz) tutarının dar mükellef kuruma ödenmesi sırasında Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 30. maddesi uyarınca vergi kesintisi yapılmış olması halinde, söz konusu vergi kesintisi tutarı mahsup edilebilecektir. Kur farkı geliri ise dar mükellef kurum için Türkiye'de vergilendirilecek bir kazanç unsuru sayılmayacaktır.²⁶

Hesaplanan Kâr Payı Stopajı (8.304,49 x %15)	=	1.245,67 YTL
Mahsup edilecek Stopaj (7.058,82 x %10)	=	705,88 YTL
Ödenecek Vergi	=	539,79 YTL

(C) Bankası tarafından verilen kredinin örtülü sermaye niteliğindeki 82.352,94 YTL tutarına ilişkin;

Kur farkı geliri (82.352,94 / 280.000 x 10.000)	=	2.941,17 YTL
Kâr payı (Faiz) geliri (82.352,94 / 280.000 x 40.000)	=	11.764,71 YTL
Toplam	=	14.705,88 YTL

(C) Bankasına dağıtılmış sayılan kâr payı tutarı, vergi kesintisine tabi olmayacak ve tam mükellef kurum için iştirak kazancı sayılacaktır. Kur farkı geliri ise vergilendirilecek bir kazanç unsuru sayılmayacaktır.

Yukarıda yapılan hesaplamalara ait sonuçlar tablo halinde aşağıda gösterilmiştir.

Örtülü Sermayeye İsbet Eden Kısım (YTL)			
	Faizde	Kur farkında	Toplam
B	10.588,24	0,00	10.588,24
Y	7.058,82	2.941,18	10.000,00
C	11.764,71	2.941,17	14.705,88
Toplam	29.411,77	5.882,35	35.294,12

1.9. ÖRTÜLÜ SERMAYEYE İLİŞKİN ÖZELLİK ARZEDEN KONULAR

Örtülü sermaye uygulamasına ilişkin olarak uygulamada ortaya çıkması muhtemel özellikli durumlar şunlardır;²⁷

²⁶ Kitabımızın bir önceki bölümünde açıklandığı üzere, tam mükellef kurumların Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcisi bulunan dolayısıyla Türkiye'de ticari kazanç elde eden dar mükellef kurumlardan yaptıkları ve örtülü sermaye sayılan borçlanmalar için ödenen veya hesaplanan faiz veya benzeri tutarlar için herhangi bir vergi kesintisi yapılması mümkün değildir. Bu nedenle örnekteki dar mükellef kurumun Türkiye'de işyeri veya daimi temsilcisi bulunmayan bir kurum olarak kabul etmek ve düşünce sistematüğünü bu çerçevede geliştirmek daha doğru olacaktır.

²⁷ TEKİN Cem, KARTALOĞLU Emre, age,

1.9.1. Vadeli Mal veya Hizmet Alımından Kaynaklanan Ticari Borçların Örtülü Sermaye Karşısındaki Durumu

Esas itibariyle vadeli mal veya hizmet alımları nedeniyle oluşan ticari borçların örtülü sermaye olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda 5422 sayılı eski K.V.K. ile 5520 sayılı yeni K.V.K. arasında herhangi bir fark yoktur. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her iki Kanunda da konu net olarak açıklanmamış, belki de özel olarak açıklamaya gerek görülmemiştir.

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde, 5422 sayılı eski K.V.K.'nın 16. maddesinde olduğu gibi, yapılan borçlanmaların belli şartlar altında örtülü sermaye sayılacağı belirtilmiş, buna karşılık borçlanmanın niteliği üzerinde durulmamıştır. Bu açıdan bakıldığında, kurumlar vergisi mükellefleri tarafından ortaklardan ya da ortakla ilişkili kişilerden yapılan bir borçlanmanın örtülü sermaye sayılıp sayılmayacağının tespitinde borçlanmanın nedeni ve kaynağı önem arz etmemektedir. İşletmeler finansal ihtiyaçlarını giderebilmek amacıyla nakit olarak borçlanabilecekleri gibi mal veya hizmet olarak da borçlanabilirler. Dolayısıyla borcun nakit para olarak ya da mal veya hizmet olarak temin edilmesinin örtülü sermaye açısından önemi olmaması gerekmektedir.

Nitekim, tek düzen hesap planına göre işletme varlıklarının kaynağını öz sermaye ile borçlar oluşturmakta ve bu borçların arasında ticari borçlar da yer almaktadır. Dolayısıyla ortaklardan veya ortaklarla ilişkili kişilerden alınan parasal borç ile mal veya hizmet borcu arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır.

Yukarıda belirtildiği üzere, örtülü sermaye ile amaçlanan, gerçekte sermaye olarak konması gereken payların borçlanma yoluyla kurum bünyesinde kullanılması sonucu ödenen veya hesaplanan faizlerin, kur farklarının ve benzeri diğer giderlerin kurum kazancından indirilerek kurumlar vergisi matrahının azalmasını engellemektedir. Gerçekte sermaye olarak işletmeye koyulması gereken değerler sadece nakit değerlerden oluşmamaktadır. Nakit değerler gibi ticari mallar da işletme varlıkları arasında yer almakta ve işletme sermayesini oluşturabilmektedir. Bu açıdan değerlendirildiğinde doğal olarak örtülü sermaye yoluyla kurum kazancının aşındırılması amaçlanıyorsa bu sadece nakit borçlarla değil ticari borçlarla da gerçekleştirilebilecektir.²⁸ Örneğin ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden yapılan mal ya da hizmet alışlarına ilişkin ticari borcun ticari gelenekleri aşan bir süre boyunca ödenmemesi buna bağlı olarak alacaklı şirket tarafından belirli periyotlarla düzenlenecek vade farkı faturaları ile borçlu kuruma ait kazancın aşındırılması mümkündür.

Yapılan açıklamalardan anlaşılabileceği üzere, mal veya hizmet alımından kaynaklanan ticari borçlar nedeniyle de örtülü sermaye oluşmasında 5520 sayılı K.V.K.'nın mevcut 12. madde düzenlemesinde bir engel bulunmamaktadır. Ortak veya ortakla ilişkili kişilerden vadeli mal veya hizmet alımları nedeniyle oluşan ticari borçlar, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte, hesap dönemi başındaki öz sermayenin üç katını aşarsa, aşan kısım örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir. Bu kısma isabet eden vade farkı ve kur farkının kanunun kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınmak suretiyle kurum kazancına ilave edilmesi gerekmektedir.

5520 sayılı K.V.K. 12. maddesinde düzenlenen örtülü sermaye müessesesi ile 5422 sayılı eski K.V.K.'nın 16. maddesinde düzenlenen örtülü sermaye müessesesinin arasındaki

²⁸ TEKİN, Cem; KARTALOĞLU, Emre; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Nisan 2007.

en önemli fark, yeni Kanunda örtülü sermaye uygulaması açısından yapılan borçlanma işlemine ilişkin olarak “devamlılık” unsuruna yer verilmemiş olmasıdır. Bu durumda, ortaklardan veya ortakla ilişkili kişilerden yapılan vadeli mal veya hizmet alımı nedeniyle oluşan borçların işletmede kullanım süresine bakılmaksızın, öz sermayenin üç katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak kabul edilebilecektir.

Kurumlar vergisi mükelleflerinin ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden vadeli mal ya da hizmet alımlarından doğan borçların örtülü sermaye uygulaması karşısındaki durumu ile ilgili olarak 1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir.

“Piyasa koşulları ve ticari teamüllere göre yapılan vadeli mal ve hizmet alımları ile ilgili olarak ortaya çıkan borçlanmalarda, vade farkı tutarları ayrıca hesaplanmış olsa da bu borç tutarları örtülü sermayenin varlığının tespitinde dikkate alınmayacaktır. Söz konusu süreleri aşan vadeli alımlar nedeniyle ortaya çıkan borçlar örtülü sermayenin varlığının tespitinde dikkate alınacak; bu şekilde hesaplanan örtülü sermaye tutarına isabet eden vade farkları tespit edilerek örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz olarak kabul edilecektir.

Öte yandan, gelecekte yapılacak bazı mal ve hizmet teslimleri karşılığında peşin alınan ya da verilen değerleri ifade eden avanslar, sipariş yöntemi ile mal alan işletmenin, sipariş ettikleri iktisadi değerlerin üretiminde üretici işletmeye finansman imkanı sağlamak amacıyla verilebileceği gibi, satış fiyatını düşük tutmak veya satış garantisi sağlamak amacıyla da verilebilmektedir. Avanslar hangi amaçla verilirse verilsin işletmeye finansman imkanı sağladığı açıktır. Dolayısıyla, alınan avanslar da işletme bakımından alınan borç olarak değerlendirilecek ve örtülü sermaye hesaplamasında dikkate alınacaktır. Ancak, inşaat işlerinde yapılan iş kısmı ile orantılı olarak hesaplanıp ödenen istihkak bedellerinin avans olarak kabul edilip örtülü sermayenin hesabında borç unsuru olarak dikkate alınması söz konusu değildir.”

Anılan Tebliğde yer alan düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, piyasa koşulları ve ticari teamüllere göre yapılan vadeli mal ve hizmet alımları ile ilgili olarak ortaya çıkan borçlanmalarda, vade farkı tutarları ayrıca hesaplanmış olsa da bu borç tutarları örtülü sermayenin varlığının tespitinde dikkate alınmayacaktır. Buna karşılık piyasa koşulları ve ticari teamülleri aşan sürelerde yapılan vadeli mal ve hizmet alımları ile ilgili olarak ortaya çıkan borç tutarları örtülü sermayenin varlığının tespitinde dikkate alınacaktır.

1.9.2. Amortisman Tabi İktisadi Kıymet Alımından Kaynaklanan Ticari Borçların Örtülü Sermaye Karşısındaki Durumu

Çalışmamızın önceki bölümlerinde ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, kurumların ortaklarından ya da ortaklarının ilişkili olduğu kişilerden alınan borcun örtülü sermaye olarak değerlendirilmesinde, söz konusu borcun kaynağının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Ortak veya ortakla ilişkili kişilerden nakit olarak yapılan borçlanmalar hesap dönemi başındaki öz sermayenin üç katını aşıyorsa, aşan bu kısım örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir. Aynı şekilde mal veya hizmet ve hatta amortisman tabi sabit kıymet alımı nedeniyle oluşan borçlanmaların, 5520 sayılı K.V.K.’nın 12. maddesinde belirlenen şartları taşıması durumunda söz konusu bu borçların örtülü sermaye olarak değerlendirilmemesi için herhangi bir neden bulunmamaktadır.

Önemli olan amortismanına tabi sabit kıymet alımı nedeniyle oluşan borçlanmaların örtülü sermayeye dönüşmesi durumunda, bu borçlanma ile ortaya çıkan faiz ve kur farklarının nasıl değerlendirileceğidir.

Yatırımların finansmanında kullanılan kredilere ilişkin faiz giderleri ile yurt dışından döviz kredisiyle sabit kıymet ithal edilmesi nedeniyle ortaya çıkan kur farklarının, sabit kıymetin maliyet bedeline mi intikal ettirileceği yoksa doğrudan ilgili yılın giderleri arasında mı gösterileceği hususlarında ortaya çıkan tereddütleri önlemek amacıyla vergi idaresi 163 seri numaralı Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği'nde açıklamalar yapmıştır. Buna göre;

- Yatırımların finansmanında kullanılan kredilerle ilgili faizlerin kuruluş dönemine ait olanların sabit kıymetle birlikte amortisman yoluyla itfa edilmek üzere yatırım maliyetine eklenmesi, işletme dönemine ait olanların ise, ilgili bulundukları yıllarda doğrudan gider yazılması ya da maliyete intikal ettirilmek suretiyle amortismanına tabi tutulması,

- Döviz kredisi kullanılarak yurt dışından sabit kıymet ithal edilmesi sırasında veya sonradan bu kıymetlere ilişkin borç taksitlerinin değerlemesi dolayısıyla ortaya çıkan kur farklarından, sabit kıymetin iktisap edildiği dönem sonuna kadar olanları, kıymetin maliyetine eklenmesi zorunlu bulunmakta, aynı kıymetlerle ilgili olarak söz konusu dönemden sonra ortaya çıkan kur farklarının ise, ait oldukları yıllarda doğrudan gider yazılması ya da maliyete intikal ettirilerek amortisman konusu yapılması,

mümkün bulunmaktadır.

Amortismanına tabi iktisadi kıymet alım nedeniyle ortaya çıkan ve 5520 sayılı Kanunun 12. maddesinde belirtilen koşulları sağlayarak örtülü sermaye niteliğine bürünen borçlanmalar nedeniyle ortaya çıkan ve ilgili sabit kıymetin maliyetine aktarılan faiz ve kur farklarıyla ilgili eleştiri, bunların doğdukları dönemde değil, dönem kurum kazancını aşındırdıkları dönemde yapılacaktır. Dönem kurum kazancını aşındırdıkları dönem ise, amortisman yoluyla itfa edildikleri vergilendirme dönemleri olacaktır. İtfa dönemi bitmeksizin satılan veya sair şekillerle aktiften çıkarılan iktisadi kıymetlerle ilgili olarak, amortisman yoluyla itfa edilmemiş kısım içindeki örtülü sermayeye yönelik faiz ve kur farkları da, ilgili kıymetin aktiften çıkarıldığı dönemde eleştiri konusu yapılacaktır.²⁹

1.9.3. Kurumun Zararlı Olması ve Geçmiş Yıllardan Kar Dağıtmaya Uygun Kaynaklarının Olmaması Halinde Örtülü Sermaye Uygulaması

5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemelerin veya hesaplanan tutarların, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarının uygulanmasında, gerek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı belirtilmiştir.

Ancak, yaptığı borçlanmalar nedeniyle örtülü sermaye kullandığı tespit edilen bir kurumun cari hesap dönemi işlemlerinin zararlar sonuçlanması ve geçmiş yıllardan kar

²⁹ KOYUNCU, Mesut; a.g.e., Sayfa:128.

dağıtmaya uygun fonlarının olmaması durumunda 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrası uygulamasının nasıl yapılacağı sorun teşkil etmektedir.

Konuya ilişkin olarak 5422 sayılı eski K.V.K.'nın uygulandığı dönemde aşağıdaki yorum yapılmıştır.³⁰

“Biz örtülü sermaye müessesesini, ilgili borçların, mali karın tespiti noktasında kanuni prosedürü tamamlanmamış sermayeye dönüşmesi olarak algılıyoruz. Bu tip borçlanmalar, vergi kanunları karşısında hatta sadece kurumlar vergisi kanununda yer alan örtülü sermaye müessesesi karşısında sermaye, bunlara ödenen veya hesaplanan faizler de kar payı niteliğindedir. Bu değerlendirme, gerçekte ne borcun ne de bu borca ödenen veya hesaplanan faizin niteliğini değiştirmemektedir. Müessese bir vergi güvenlik müessesesidir. Bu müesseseye yönelik olarak yapılan eleştirilerde muvazaadan bahsedilemez. Olayın gerçek mahiyeti itibariyle borçlanma gerçekten de borçlanma, faiz gerçekten de faizdir. Hal böyleyken, mali karın tespiti noktasında, cari yılda zararlı, aynı zamanda da geçmiş yıllardan kar dağıtmaya uygun fonları olmayan bir kurumun borçlanmaları, madde metninde belirtilen koşullara uyması anlamında örtülü sermaye, faizleri de örtülü sermayeye faiz tahakkuk ettiren kurum açısından kar dağıtımı olarak kabul edilir. Kurumun cari yılda zararlı olması aynı zamanda geçmiş yıllardan kar dağıtmaya uygun fonlarının bulunmaması, olayın örtülü sermaye olarak değerlendirilmesine engel değildir.”

Bizce de, ortak ya da ortakla ilişkili kişilerden borçlanan ve söz konusu borç örtülü sermaye mahiyetinde değerlendirilen kurumların ödemiş ya da hesaplamış oldukları faiz ve benzeri giderlerin dağıtılmış kar payı olarak değerlendirilmesi açısından kurumun geçmiş yıl zararlarının mevcut olması ya da cari dönem faaliyetlerinin zararlı sonuçlanmış olmasının herhangi bir öneminin bulunması gerekmektedir.

1.9.4. Kurumun Çıkardığı Tahvillerin Ortaklar veya Ortakla İlişkili Kişiler Tarafından Satın Alınması Halinde Örtülü Sermaye

5422 sayılı K.V.K.'nın uygulandığı 2005 ve daha önceki yıllarda, anonim şirketlerinin tahvil çıkarması ve bu tahvillerin şirketle belli ilişkiler içinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerce satın alınması halinde söz konusu tahvilli borcun örtülü sermaye sayılıp sayılmayacağı hususunda bir kısım tartışmalar bulunmaktaydı.

Bir görüşe göre, tahvil çıkarılarak yapılan borçlanma örtülü sermaye iddiasına maruz bırakılmamalıdır. Çünkü tahvilli borçlanma, devlet kontrolünde yapılan, belli sınırlara tabi olan ve alacaklının kurumun kontrolü dışında her an değişebileceği özel bir borçlanma türüdür.³¹

Bir diğer görüşe göre ise örtülü sermaye uygulanmasında, belli ilişkiler içinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin anonim şirketlerce çıkarılacak tahvilleri satın alması, kuruma borç vermeleri ile aynı anlamdadır. Tahvilat çıkarma suretiyle borçlanma ile diğer borçlanma şekilleri arasında, ticaret hukuku açısından varolan bazı farklılıkların vergi hukuku bakımından yapılacak değerlemeye etkisi yoktur.³²

³⁰ KOYUNCU, Mesut; a.g.e., Sayfa:21.

³¹ Mehmet Maç, Kurumlar Vergisi, 3.Baskı; sayfa 672.

³² ÖZBALCI, Yılmaz; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Basım Yılı;1997,sayfa

Nitekim Danıştay 13. Dairesinin 12.01.1976 tarih ve E.75/1851, K.76/39 sayılı kararında;

“% 83,63 hissesine sahip olduğu kurumun çıkardığı tahvillerin tamamının satın alınmasını, vergiye tabi kurumun sermayeye ihtiyacı olduğu, bu sermayenin ana sermaye artırımı yoluyla sağlanması olanağı var iken borç verilmek suretiyle sağlandığı ve kazancından bir kısmını faiz olarak kurum içinde vergiye tabi tutulmaksızın başka bir kuruma (vergiden muaf bir kuruma) aktardığı biçiminde görmek zorunlu olur. Zira, yasa koyucunun örtülü sermaye müessesesini getirmekteki amacı, kurum kazancının aşındırılmasının önlenmesidir. Satın alınan tahviller başka bir kurumun tahvili değil % 83,63 hissesine sahip olunan bir kurumun tahvilleridir. Ödenen tahvil faizi, diğer şartların da bulunması nedeniyle örtülü sermaye üzerinden yapılan faiz ödemesi niteliğinde görülmüştür.”

denilmektedir.

5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 12. maddesinde örtülü sermaye müessesesinin yeniden düzenlenmesi sonrasında konu farklı bir şekle bürünmüştür Şöyle ki;

Türk Ticaret Kanunu’nun 420. maddesi uyarınca anonim şirketlerin ödünç para bulmak amacıyla itibari kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senetlerine “tahvil” adı verilmektedir. Tahvil ihraç eden anonim şirketler faiz karşılığı yabancı kaynak elde etmekte, tahvil hamili ise şirketin yönetimine katılamayıp sadece şirketten tahvil faizi alacaklısı konumuna sahip olmaktadır. Buna bağlı olarak tahvil hamili vade sonunda tahvil ana para ve faizini talep hakkını haiz olup, şirketin karlı veya zararlı olmasının söz konusu faiz geliri açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte tahvil hamillerinin şirket malvarlığı üzerinde herhangi bir hak iddia etmeleri mümkün değildir.³³

Türk Ticaret Kanunu’nun 422. maddesi uyarınca anonim şirketlerin çıkaracakları tahvillerin, **esas sermayenin ödenen ve tasdik olunmuş son bilanço’ya göre mevcudiyeti anlaşılan miktarını** aşması mümkün değildir. Diğer taraftan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu’nun “Tahvil ve Diğer Borçlanma Senetleri İhracı” başlıklı 13. maddesinde ise halka açık anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin toplam tutarının, **Kurula gönderilen bağımsız denetimden geçmiş son mali tabloda yer alan çıkarılmış sermaye veya ödenmiş sermaye ile genel kurulca onaylanan son mali tabloda görülen yedek akçelerin ve yeniden değerlendirme değer artış fonunun toplamından, varsa zararların indirilmesinden sonra kalan miktarı geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.** Bununla birlikte mahalli idareler ve bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeler, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüslerinin tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senedi ihraç limitleri Bakanlar Kurulunca belirlenir ve bu durumda özel Kanunlarda belirlenen limitler uygulanmaz.³⁴

Türk Ticaret Kanunu’nda halka açık olmayan şirketler için yapılan düzenlemeden ve Sermaye Piyasası Kanunu’nda halka açık şirketler için yapılan düzenlemeden anlaşılabacağı

³³ TEKİN, Cem; KARTALOĞLU, Emre; Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006, Sayfa:36.

³⁴ SABUNCU, Faruk; KESKİN, Filiz; “Gerçek Kişilerde Para ve Sermaye Piyasası Araçlarından Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi”, Beta Yayınları, İstanbul 2005, S: 36

üzere, anonim şirketlerin ihraç edecekleri tahviller kurumun öz sermayesinden fazla olamayacaktır. 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde yapılan borçlanmanın örtülü sermaye olarak nitelendirilebilmesi için borç tutarının öz sermayenin 3 katını aşması gerektiği belirtilmiştir. İhraç edilen tahvil tutarı toplamı öz sermayenin 3 katından fazla olamayacağı için kurumun çıkardığı tahvillerin tamamını ortağın veya ortakla ilişkili bir kişinin alması durumunda bile örtülü sermaye söz konusu olamayacaktır.

Ancak, yukarıda açıklandığı üzere, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde belirtilen oranlar, borç veren ortaklar ve ortakların ilişkide bulunduğu kişiler için topluca dikkate alınır. Bu durumda, tahvil satın alan ortak veya ortakla ilişkili kişiden alınan borç ile söz konusu kişilerden diğer yollarla temin edilen borçların tamamı kurumun öz sermayesi ile kıyaslanmalı ve örtülü sermayenin teşkil edip etmediği bu şekilde tespit edilmelidir.³⁵

Örneğin, öz sermayesi 1.000 birim olan bir A.Ş., ihraç ettiği 1.000 birimlik tahvillerin tamamını ortağı Bay (A)'ya satmıştır. Kurum ayrıca, ortakla ilişkili kişi sayılan Bay (B) ve Bay (C)'den 1.200'şer birim borç almıştır. Bu durumda ayrı ayrı yapılan borçlanmaların hiçbiri örtülü sermaye kapsamına girmeyecektir. Ancak, ortaklar ve ortakla ilişkili kişilerden temin edilen toplam borç miktarı öz sermayenin 3 katı olan 3.000 birimi aştığından, aşan 400 birim örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir.

Günümüz ekonomik ilişkilerinde kurumlar açısından en önemli sorunların başında, finansman sorunu gelmektedir. Anılan şirketlerin (anonim şirketler), bu sorunu çözmek için başvurabilecekleri yollardan biri de tahvil ihraç etmek suretiyle ortaklara borçlanmasıdır. Bu borçlanmada çıkarılan tahviller eğer ortaklar tarafından satın alınacaksa, Sermaye Piyasası Kurulu mevzuatı uyarınca nama yazılı olarak ihraç edilmelidir. Bu durum ise, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 12. maddesine göre örtülü sermayenin tespitinde dikkate alınabilecektir. Ancak, uygulamada tahviller büyük çoğunlukla hamiline yazılı olarak çıkarılıp ihraç edilmektedir. Hamiline yazılı tahvillerin ortaklar tarafından ikinci el piyasalarda alındığının saptanması, yasa maddesindeki diğer koşulların varlığı halinde, örtülü sermayenin varlığını ortaya çıkarmaktadır. Buna karşılık bu saptama işleminin yapılması bazı durumlarda olanaksızdır.

Hamiline yazılı tahvili alan ortak kurumlar vergisi mükellefi veya kazancı bilanço esasına göre saptanan gelir vergisi mükellefi ise, alınan tahvil bilanço aktifine kayıt edileceğinden ve gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde dikkate alınacağından, tespit yönünden sorun yoktur.

Tahvili satın alan ortak yukarıda sayılanlar dışındaki gerçek kişiler ise, bu alımın ortaklar tarafından yapıldığının tespiti çok zordur. Çünkü, hamiline yazılı tahvillerin; gerek ihraç edenler tarafından satılmasında veya faiz ve anapara ödemelerinde gerekse aracı kurumlar (bankalar ve aracı kurumlar) tarafından satılması veya faiz ve anapara ödemelerinde bu işlemlere ilişkin herhangi bir isim alınmaktadır. Dolayısıyla hamiline yazılı tahvilin kimler tarafından satın alındığının veya faiz ve anaparanın kimlere ödendiğinin saptanması için satış ve alış işlem kayıtlarından yararlanmak olanaksızdır.³⁶

³⁵ KARTALOĞLU, Emre; 5520 Sayılı Yeni K.V.K. İle Yapılan Düzenlemeler Sonrasında Tahvil İhracı Suretiyle Örtülü Sermaye Kullanımı Mümkün Müdür?, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Sayı:227, Mart 2007.

³⁶ KIZILOT, Şükrü; Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara 2002, Sayfa:512 - 513.

1.9.5. Kar Ortaklığı Belgesi Sahiplerine Ödenen Kar Payının Örtülü Sermaye Açısından Değerlendirilmesi

5422 sayılı eski K.V.K.'nın 14. maddesinin (8) numaralı bendinde faizsiz olarak kredi verenlere ödenen kar paylarının kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınabileceği hüküm altına alınmıştı. Konuya ilişkin olarak yayımlanan (22) seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nde,

“Bu itibarla Kurumlar Vergisi Kanunu’nun örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde indirilemeyeceğini öngören 15. madde hükmü yürürlükte olup bu tür sermayeye ilişkin ödenecek faizlerin kar payı adı altında kurumlar vergisi matrahından indirilmesi mümkün değildir. Şu kadar ki; Türk Parasının Kıymetinin Korunması Hakkındaki 22 sayılı Karara ilişkin 1 numaralı Tebliğe göre, Türk Ticaret Kanunu uyarınca tahvil ihraç imkanına sahip anonim şirketlerce, T.C. Merkez Bankasından izin alınmak şartıyla çıkarılabilecek kar ortaklığı belgeleri ile temin edilecek fonlar açısından 15’nci maddenin uygulanması söz konusu olamayacağından bu tür krediler için ödenen kar payları da kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilebilecektir.”

denilmiştir.

Ancak, 5520 sayılı K.V.K.'nın “İndirilecek giderler” başlıklı 8. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde, katılım bankalarınca katılma hesabı karşılığında ödenen kâr paylarının kurum kazancından indirileceği belirtilmiş, faizsiz olarak kredi verenlere ödenen kar paylarının kurum kazancından indirilebileceği yönünde 5422 sayılı K.V.K.'da yer alan hükme ise yer verilmemiştir.

Bu durumda kar ortaklığı belgesi sahiplerine ödenen kar paylarının kurum kazancından indirilip indirilemeyeceği başka bir deyişle bu tür ödemelerin örtülü sermaye sayılıp sayılmayacağının 5520 sayılı Kanunun 8. maddesinde yapılan düzenleme sonrasında yeniden değerlendirmek gerekmektedir.

Sermaye Piyasası Kurulu’nun Seri: III, No: 27 tebliğinin 4. maddesinde özetle; anonim ortaklıkların, kar ve zarara ortak olmak üzere, tüm faaliyetlerin gerektirdiği finansman ihtiyaçlarını karşılamak için; yurtiçinde satılmak üzere Türk Lirası üzerinden veya yabancı paraya endekli, yurt dışında satılmak üzere ise, Türk Lirası veya yabancı para üzerinden ya da yabancı paraya endekli “Kar Zarar Ortaklığı Belgesi” (KZOB) adı altında menkul kıymet ihraç edebilecekleri, ancak menkul kıymet alım satımı ile iştigal eden ortaklıkların ise söz konusu belgeyi ihraç edemeyecekleri belirtilmiştir.³⁷

Anılan madde kapsamında Kar Zarar Ortaklığı Belgesi, anonim şirketler tarafından çıkarılan, sahibinin oluşacak kar ve zarara ortak olduğu, ancak yönetimde oy hakkı sağlamayan, belirli bir vade sonunda ana para ve kar payı alma hakkı sağlayan bununla birlikte belgeyi ihraç edenin varlıkları ve alacakları üzerinde mülkiyet hakkı sağlamayan menkul kıymet olarak tanımlanabilir.

KZOB’lerde en kısa vade bir ay, en uzun vade ise yedi yıl olup, söz konusu menkul kıymetler halka arz edilmek suretiyle veya halka arz edilmeksizin satılabilir. Halka arz

³⁷ 20.03.2003 tarih ve 25054 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır.

edilerek satılmak üzere ihraç edilecek KZOB'ların hamiline, halka arz edilmeksizin satılmak üzere ihraç edilecek olanların ise nama yazılı olarak ihraç edilmeleri gerekmektedir. Öte yandan anılan tebliğin 24. maddesinde ihraççıların, vade sonunda KZOB sahiplerine ödenmesi gereken tutar karşılığında artırılan sermayelerini temsil eden hisse senetlerini alma hakkı verebileceği, söz konusu bu durumun izahname ve sirkülerde kamuya ilan edileceği, hisse senedi ile değiştirilebilme hakkının sadece halka arz suretiyle satışı yapılan KZOB'lara tanınabileceği belirtilmiştir.

Diğer taraftan anılan tebliğin 17. maddesi Sermaye Piyasası Kurulu'nun Seri: III, No: 28 "Kâr Ve Zarar Ortaklığı Belgelerinin Kurul Kaydına Alınmasına İlişkin Esaslar Hakkında Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ"³⁸ ile değiştirilmiş olup, buna göre; KZOB'lerin ihraç sırasındaki satışı ancak, belgeyi çıkaran ihraççı veya ihraççı tarafından yetkili kılınan aracı kuruluşlar tarafından yapılabilir. Ancak KZOB'lerin halka arz yoluyla satışında, aracı kuruluş kullanılması zorunludur.

KZOB'leri, sahiplerine şirket yönetiminde oy hakkı vermemesi ve vadelerinin olması (en kısa bir ay, en uzun yedi yıl vadeli) nedeniyle, hisse senetlerinden farklı özellikler taşımaktadır. Bununla birlikte, kar ve zarara katılma ve ortaklık hakkı sağlamak suretiyle hisse senetleriyle benzerlik taşımaktadır.³⁹

İşletmelerin finansman ihtiyaçlarını gidermesi açısından bakıldığında KZOB'lerin tahvillerden herhangi bir farkı görülmemektedir. Bu durumda, KZOB'lerinin ortak veya ortakla ilişkili kişiler tarafından alınmış olması halinde 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesinde belirlenen diğer şartlarında varlığı halinde örtülü sermayeden bahsedilebilecektir. 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 8. maddesinde de 5422 sayılı K.V.K.'nın 14. maddesinde yer alan düzenlemeye yer verilmemiş olması, dolayısıyla kar ortaklığı belgesi sahiplerine ödenen kar paylarını kurum kazancından indirilemeyecek olması nedeniyle de bu tür ödemelerin kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerekmektedir.

1.9.6. Örtülü Sermaye ve Katma Değer Vergisi

Bilindiği üzere, Katma Değer Vergisi Kanunu'nun "İndirilemeyecek katma değer vergisi" başlıklı 30. maddesinin (d) bendinde, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarına göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen katma değer vergisinin, vergiye tabi işlemler üzerinden hesaplanan katma değer vergisinden indirilemeyeceği belirtilmiştir.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere, 5520 sayılı K.V.K.'nın 12. maddesi hükmüne göre, kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun hesap dönemi başındaki öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılacaktır. Örtülü sermaye sayılan tutar üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderler ise mezkur Kanunun 11. maddesi hükmü gereğince kurum kazancının tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler arasındadır.

³⁸ 07.07.2004 tarih ve 25515 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

³⁹ TEKİN, Cem; KARTALOĞLU, Emre; Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006, Sayfa:32.

Bu durumda, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı, vade farkı ve benzeri giderler üzerinden hesaplanan katma değer vergilerinin, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu’nun 30. maddesinin (d) bendi uyarınca örtülü sermayeyi kullanan kurum tarafından indirilmesi mümkün değildir.

1.9.7. Geçici Vergi Dönemlerinde  rt l  Sermaye

5520 sayılı K.V.K.’nın “Kurumlar Vergisi ve Geçici Vergi Oranı” başlıklı 32. maddesinin (2) numaralı fıkrası uyarınca kurumlar vergisi mükellefleri (dar mükellefiyete tabi kurumlarda ticari ve zirai kazançlarla sınırlı olarak) cari vergilendirme döneminin kurumlar vergisine mahsup edilmek üzere Gelir Vergisi Kanunu’nda belirtilen esaslara göre ve cari dönemin kurumlar vergisi oranında geçici vergi ödemek zorundadırlar.

Geçici vergi uygulamalarına ilişkin olarak açıklamaların yapıldığı 217 seri numaralı Gelir Vergisi Genel Tebliği’nde, kurumlar vergisi mükelleflerinin, geçici vergiye esas kazancın tespiti sırasında, Gelir Vergisi Kanunu’nun ticari kazanç hakkındaki hükümlerinin yanı sıra, safı kurum kazancının tespitine ilişkin olarak Kurumlar Vergisi Kanunu’nda yer alan hükümleri de dikkate alacakları belirtilmiştir.

Bu durumda geçici vergi matrahı tespit edilirken 5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 12. maddesinde düzenlenen örtülü sermaye müessesesi de dikkate alınmalı ve örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri giderler kanunen kabul edilmeyen gider olarak değerlendirilmelidir. Bu durumda kıyaslamada dikkate alınacak, öz sermaye de geçici vergilendirme döneminin başındaki değil ilgili hesap döneminin başındaki öz sermaye olmalıdır. Çünkü, geçici vergi kurumların üçer aylık kümülatif kazançları üzerinden hesaplanmalıdır.

Geçici vergi dönemlerinde yapılacak karşı kurum düzeltmesine ilişkin açıklamalar bir önceki bölümde yer verilmiştir.

1.9.8. Borç İlişisindeki Değişikliğin  rt l  Sermaye Uygulamasına Etkisi⁴⁰

Belirli bir borç ilişisinin örtülü sermaye olarak nitelendirilebilmesi, borç ilişisine yönelik olarak öngörülen koşulların gerçekleşmesine ve varlığına bağlıdır.  rt l  sermaye olarak değerlendirilmesi öngörülen borç ilişisi genel olarak zamana yayılı bir süreci ifade ettiğinden, bu süreçte örtülü sermaye nitelemesinin de şartlarını oluşturan borç ilişisinin unsurlarında meydana gelen değişikliklerin örtülü sermaye uygulamasını ne yönde etkileyeceği tartışmalıdır.

Aşağıda, borç ilişisinin unsurlarına yönelik olarak zaman içinde meydana gelebilecek değişikliklerin örtülü sermaye uygulamasına etkileri üç başlık altında, borçluya, alacaklıya ve borca ilişkin değişiklikler olarak incelenecektir.

1.9.8.1. Borçluya İlişkin Değişiklikler:

Borç ilişisinde, borçluya ilişkin değişiklikler örtülü sermaye uygulaması bakımından iki farklı şekilde gündeme gelebilir. İlk olarak, borç ilişisi devam ederken borçlunun

⁴⁰ ERDEM, Tahir; Borç İlişisindeki Değişikliklerin  rt l  Sermaye Uygulmasına Etkileri, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi.

değişmesidir. Nitekim, Borçlar Hukukunda, borcun nakli⁴¹ olarak ifade edilen bu durum kapsamında, borç ilişkisi bütün unsurları ile devam ederken borç başka bir şahsa nakledilmektedir.

İkinci değişiklik durumunda ise, borç ilişkisi içinde borçlu aynı şahıs olarak kalmakla birlikte, borçlunun borç verenle ilişkisi değişikliğe uğramaktadır. Borç ilişkisinin başlangıcında, borç alanın borç verenle K.V.K.'nın 12. maddesinde tanımlanan nitelikte (ortaklık/ortakla ilişkili kişi olma şeklinde) bir ilişkisi bulunmadığı halde borç sürecinde bu ilişkinin sonradan kazanılması ya da başlangıçta bulunan bu nitelikteki ilişkinin sonradan kaybedilmesi durumunun örtülü sermaye uygulamasına etkisi özellik arz etmektedir.

Örtülü sermaye uygulaması bakımından borçlu ve alacaklıdaki değişiklikleri iki farklı perspektiften değerlendirmek mümkündür. Borçlu ve alacaklıda meydana gelen değişikliklerin hemen hemen tümünde karşımıza çıkacak bu ikili yaklaşım, tercih edilen görüşe göre örtülü sermaye uygulamasını tamamen değiştirecektir. Nitekim, bu iki farklı görüş, borçlu ve alacaklıda meydana gelen değişikliklerin örtülü sermaye uygulamasına etkisini birbirinden tamamen farklı şekilde yorumlamaktadır.

İlk görüş olarak, borçlu ya da alacaklıda sonradan meydana gelen değişikliğin örtülü sermaye uygulaması bakımından bir değeri yoktur. Borç ilişkisinin örtülü sermaye bakımından dikkate alınacak şekli, borcun temin edildiği andaki görüntüsüdür. Bu görüşün dayanağı olarak, Kanundaki “*kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek...*” ifadesinde yer alan “temin ederek” kavramı gösterilmektedir. Bu bağlamda, temin etme kavramı dikkate alındığında, borç ilişkisinin kurulma ya da başlangıç anındaki görüntüsü, bu ilişkinin örtülü sermaye yönünden değerlendirilip değerlendirilmemesi konusunda belirleyici olacaktır. Diğer bir ifade ile borç ilişkisinin kurulduğu anda geçerli olan durumun K.V.K.'nın 12. maddesinde tanımlanan nitelikte bir ilişkiyi göstermesi durumunda, bu borç örtülü sermaye kapsamında değerlendirilecek, ancak sonradan borçlu ve alacaklı arasında K.V.K.'nın 12. maddesinde tanımlanan nitelikteki ilişkinin kaybolması ise, borcun örtülü sermaye olarak değerlendirilmesini etkilemeyecektir.

Örtülü sermaye değerlendirmesinde kanundaki lafzi tanım dikkate alındığında, borcun temin edildiği andaki ilişki dikkate alınır. Bu görüş uyarınca, borcun alındığı tarihten sonra, borçlu ve alacaklı arasındaki ilişkisinin niteliğinin değişmesi örtülü sermaye uygulamasını etkilememelidir.

Bizim de katıldığımız **ikinci görüşe göre ise**, kanunda yer alan “temin ederek” ifadesi sadece borç ilişkisinin tesis edildiği andaki durumu kavramak amacından çok, borç-alacak ilişkisini oluşturan süreci kapsamaktadır. Örtülü sermaye müessesesi esasen belirli unsurları taşıyan borç ilişkisini, borç ilişkisinin devam ettiği süreç için kavramaya yönelik bir düzenlemedir. Diğer bir ifade ile Yasada belirlenen koşulları taşıyan borç ilişkisinin belirli bir oranı aşan kısmı örtülü sermaye olarak nitelendirilecektir. Örtülü sermaye hükümlerinin uygulanabilmesi, bu koşulların tamamının belirli bir anda birlikte bulunmasına bağlıdır. Borç ilişkisi devam ederken, bu koşulların kaybolması durumunda örtülü sermaye nitelendirmesi de mümkün olmayacaktır.

⁴¹ - Alacağın temliki ve borcun nakli ile ilgili hükümler için bknz; 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 162-181 maddeleri (29.04.1926 tarihli ve 359 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır).

Örtülü sermaye düzenlemesinin yeni şeklinde, bu müessese daha dinamik bir yapıda tasarlanmıştır. Borç ilişkisinin tesis edildiği anda, borç tutarı öz sermayenin üç katını aşmamakla birlikte, sonradan alınan yeni borç tutarları ile bu oranın aşılması durumunda örtülü sermaye uygulaması devreye girecektir. Örtülü sermaye uygulamasının devreye girmesi için borcun belirli bir süre kullanılmış olma şartı da kaldırılmıştır. Diğer bir ifade ile belirlenen koşulları sağlayan ve borcu kullanan kurumun öz sermayesinin üç katını aşan borç tutarı bir günlük kullanım için bile örtülü sermaye olarak nitelendirilecektir.

Bu bağlamda, örtülü sermaye uygulamasının sadece borcun alındığı tarihteki koşullara indirgenmesi kanaatimizce uygulamanın mantığı ve gerekçesi ile bağdaşmaz. Nitekim, borç ilişkisinin unsurları zaman içinde değişebilir. Bu değişimin vergisel yönden de dikkate alınması daha gerçekçi bir uygulama sağlayacaktır. Kaldı ki, aksi yönde bir düşünce içinde, borcun nakli ile aralarında gerçek anlamda bir borç ilişkisi kalmayan tarafları mevcut olmayan bir borçtan dolayı sorumlu tutmak gibi bir durum gündeme gelecektir. Nitekim, borcun nakli ile birlikte, borç ilişkisinin ilk tesisinde yer alan eski borçlunun, alacaklı ile borç ilişkisinin dışında kalan (ortaklık veya ortakla ilişkili kişi olma) ilişkisi devam etmekle birlikte borç ilişkisi sona ermiştir. Dolayısıyla, borcun naklinden itibaren, eski borçlu ile alacaklı arasında bir borç ilişkisi kalmamaktadır.

Ayrıca, borç ilişkisinin başlangıçta belirli kişiler (ortak ya da ortakla ilişkili kişiler) ile kurulmasıyla, borç ilişkisinin taraflarının bu niteliği sonradan kazanması arasında da bir fark bulunmamalıdır. Borç ilişkisi devam etmekte, buna mukabil borç veren ya da borç alan örtülü sermaye uygulamasının devreye girebilmesi için Yasa ile tanımlanmış niteliği bu süreçte kazanmaktadır. Kanaatimizce, örtülü sermaye nitelemesi sadece borcun temin edilme anındaki ilişki ile ilgili değildir. Borç ilişkisinin devam ettiği süreçle ilgilidir. Dolayısıyla, bu süreçteki değişimlere de duyarlı olması kaçınılmazdır.

1.9.8.2. Alacaklıya İlişkin Değişiklikler

Alacaklı, borçlunun rızasını aramaksızın, alacağını üçüncü bir kişiye temlik (devir) edebilir. Alacağın devri ile birlikte, alacaklı değişir, alacak devir alana geçer. Alacağı temlik eden borcun ifasını isteyemez, bu hak yeni alacaklıındır.

Alacağın temliki, borç ilişkisinden doğan belli bir talep hakkının devrine yönelik bir işlemdir. Bu nedenle, alacağın temlikinden sonra da devreden alacaklı, borç ilişkisinden doğan yükümlülükleri ile bağlıdır. Bütün alacaklar, ister sözleşmeden, ister haksız fiilden veya sebepsiz zenginleşmeden doğmuş olsunlar, sözleşme ya da yasa ile yasaklanmış olmadıkça, başkasına devredilebilirler.

Bir alacağın temliki, temlik eden kimsenin şahsına özgü olanlar dışındaki, öncelik haklarını ve diğer yan hakları da kapsar. Bu bağlamda, alacak temlik edildiğinde, alacağı garanti eden kefalet, menkul ve gayri menkul rehni, hapis hakkı gibi yan haklar kendiliğinden alacağı devralana geçer. Ayrıca, işlemiş, birikmiş faizler de, alacakla birlikte devredilmiş sayılır. Alacak temlik edildiğinde, borçlunun rızası alınmamış olsa dahi, alacaklı değişir. Borçlu, kendisini bildirilmek koşulu ile borcundan kurtulmak için edimini yeni alacaklıya ifa ile yükümlüdür.

Alacağın temliki, borç ilişkisinde alacaklının değişmesine neden olmakla birlikte, örtülü sermaye uygulaması bakımından da etkileri bulunmaktadır. Bu noktada, değerlendirmenin, borcun naklinde olduğu gibi iki boyutta yapılması gerekmektedir.

İki boyutlu bu değerlendirmenin ilk boyutunda, alacak hakkını devreden ilk alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki ve ikinci boyutunda ise, borcu devir alan yeni alacaklı ile borçlu arasında ilişki dikkate alınmak durumundadır.

Alacak hakkını devreden ilk alacaklı ile borçlu arasındaki ilişki, devir tarihine kadar olan, borcu devir alan yeni alacaklı ile borçlu arasında ilişki ise devir tarihinden sonraki borç ilişkisinde örtülü sermaye hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı bakımından yol gösterecektir.

İlk olarak, alacak hakkını devreden ilk alacaklı ile borçlu arasında K.V.K.'nın 12. maddesinde belirtilen nitelikte bir ilişki bulunması durumunda, devir tarihine kadar olan borç ilişkisi örtülü sermaye hükümleri kapsamında değerlendirilerek borç/öz sermaye oranının üç katını aşan borç tutarı öz sermaye olarak nitelendirilecektir. Ancak, alacağın devir tarihinden itibaren, borçlu ile yeni alacaklı kişi arasındaki ilişkiye göre örtülü sermaye hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı belirlenecektir. Alacağı devir alan yeni alacaklı ile borçlu arasında K.V.K.'nın 12. maddesinde belirtilen nitelikte bir ilişki bulunması durumunda, devir tarihinden sonraki borç ilişkisi de örtülü sermaye hükümleri kapsamında değerlendirilerek borç/öz sermaye oranının üç katını aşan borç tutarı öz sermaye olarak nitelendirilecektir. Buna karşın, devir alan ile borçlu arasında, K.V.K.'nın 12. maddesinde belirtilen nitelikte bir ilişki bulunmaması durumunda, devir tarihinden sonraki borç ilişkisine örtülü sermaye hükümleri uygulanamayacaktır.

Örnek : Ağaç A.Ş., ortağı Yeşil A.Ş.'den olan 1.000.000 YTL tutarındaki alacağını Mavi A.Ş.'ye devretmiştir. Yeşil A.Ş.'nin dönem başı öz sermaye tutarı 200.000 YTL olup, Yeşil A.Ş. ile Mavi A.Ş. arasında K.V.K.'nın 12'nci maddesinde belirtilen nitelikte bir ilişki bulunmamaktadır. Bu bağlamda, alacağın temlik edilme tarihine kadar Yeşil A.Ş.'nin ortağından kullandığı borcun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı (1.000.000 - 600.000 =) 400.000 YTL örtülü sermaye olarak nitelendirilecektir. Buna karşın, alacak hakkının Yeşil A.Ş. ile ilişkisi olmayan Mavi A.Ş.'ye devredilmesi ile birlikte, örtülü sermaye hükümlerinin uygulanma olanağı kalmayacağı kanaatindeyiz.

1.9.8.3. Karşılıklı Borçların Takası

Takas, iki kişi arasındaki aynı cinsten karşılıklı borçların, bunlardan birinin tek taraflı beyanıyla sona erdirilmesidir. İsviçre ve Türk hukukunda, şartları mevcut olsa dahi, karşılıklı borçlar kendiliğinden takas edilmiş olmaz. Yargıtay'ın da görüşü "istek olmadığı takdirde, dava ve karşılık davada hüküm altına alınan tazminatlar re'sen takas edilemez" yönündedir.⁴²

Karşılıklı borçlar, ancak, taraflardan birinin takas etmek kastını (iradesini) karşı tarafa bildirmesi ile az olan borcun tutarı nispetinde sona erer. Takas beyanının kendisine bağlanan hukuki sonuçları doğurabilmesi için kural olarak diğer tarafın muvafakatına (kabul veya onayına) ve bir ön takas anlaşmasına ihtiyaç yoktur. Takas, ulaşması gerekli tek taraflı bir hukuki işlem, yenilik doğuran bir haktır. Takas, mahkeme dışında yapılabilecek bir beyan ile olabileceği gibi, yargılama sırasında def'i veya karşılıklı dava şeklinde de ileri sürülebilir. Takas bildirimi, takas şartlarının oluşmasından sonra yapılabilir. Takas bildirimi geçerliliği yönü ile (sıhhat şartı olarak) bir şarta bağlı değildir. Takas bildirimi ile borçlu bir yandan kendi borcundan kurtulur, diğer yandan ise karşı taraftan olan alacağını elde etmiş olur.

⁴² - Yargıtay 4.H.D., 12.02.1990 tarihli ve K.1187 sayılı Kararı, bknz; Sefa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 9. Baskı, İstanbul, Beta, 1993, s: 322.

Borçlar Kanunu’nun 118. maddesinin ilk fıkrasında “takas”; “İki şahıs karşılıklı bir miktar meblağı veya yekdiğerine mümasıl başka malları birbirine borçlu oldukları takdirde her iki borç muaccel ise iki taraftan her biri borcunu alacağı ile takas edebilir.” şeklinde açıklanmıştır. Bu tanım dikkate alındığında, takas hakkını sağlayan şartlar aşağıdaki gibi sıralanabilir;

- Karşılıklı borçluluk,
- Borçlarda özdeşlik,
- Borçların ifasının istenebilir olması.

1 seri numaralı Kurumlar Vergisi Genel Tebliği dikkate alındığında, borcu kullanan kurumun aynı zamanda borç kullandığı ortak veya ortakla ilişkili kişiden alacağının olması durumunda örtülü sermayenin varlığının tespitinde bu kurumdan olan alacağın bu kuruma olan borca mahsup edilmesi söz konusu olmayacaktır.

Yapılan açıklamalar ve takas hakkı dikkate alındığında, karşılıklı borçlar, örtülü sermaye uygulamasında takas hakkı kullanılmadıkça birbirinden mahsup edilmek suretiyle dikkate alınmayacaktır. Buna karşın, takas hakkının geçerli şekilde kullanılması durumunda, her iki taraf için de hukuki sonuçlar doğuran takas işlemi sonucunda karşılıklı azalan borçlar örtülü sermaye uygulamasında da dikkate alınmalıdır.

2. KURUMLAR VERGİSİ MÜKELLEFLERİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

2.1. GENEL AÇIKLAMA

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 11. maddesinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların kanunen kabul edilmeyen gider olacağı belirtilmiş ve 13. maddesinden de anlaşılacağı üzere örtülü kazanç dağıtımı müessesesi, uluslararası gelişmeler ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD)'nin düzenlemeleri dikkate alınmak suretiyle ve transfer fiyatlaması çerçevesinde düzenlenmiştir. Kanun maddesi aynen aşağıdaki gibidir.

“Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı

Madde 13- (1) 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.

(2) İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

(3) Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur.

(4) Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit eder:

a) Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder.

b) Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder.

c) Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere

yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder.

ç) Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir.

(5) İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dahilinde kesinlik taşır.

(6) Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır.

(7) Transfer fiyatlandırması ile ilgili usûller Bakanlar Kurulunca belirlenir.”

Bu kapsamda kurumlar vergisi mükelleflerinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından söz edebilmek için;

- Bir kurum tarafından bir mal veya hizmet alım ya da satımının (alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama, kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler de bu kapsamdadır.) yapılmış olması,

- Söz konusu kurumun bu mal veya hizmet alım ya da satımını ilişkili kişilerle yapmış olması,

- Bu mal veya hizmet alım ya da satımında "emsallere uygunluk ilkesi"ne aykırı olarak fiyat veya bedel tespiti yapılmış olması gerekmektedir.

Dolayısıyla kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine göre tespit ettikleri fiyat veya bedel üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımı yapmış olmaları durumunda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından söz edilmeyecektir.

Yapılan bu kısa açıklamalardan anlaşılacağı üzere kurum kazancının transfer fiyatlaması yoluyla tamamen ya da kısmen dağıtıldığının tespitinde, “**ilişkili kişi**” ve “**emsallere uygunluk ilkesi**” kavramları ön plana çıkmaktadır. Bu kavramlar, 18.11.2007 tarih ve 26704 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ ile ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Bu kavramların ayrıntılarına geçmeden önce bazı konuların üzerinde durulması faydalı olacaktır.

2.2. MÜESSESENİN YÜRÜRLÜK TARİHİ

5520 sayılı yeni K.V.K.’nın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı başlıklı 13. maddesi 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girecektir. Bu durumda 2006 hesap

dönemi için söz konusu maddenin uygulama şansı bulunmamaktadır. Bu durumda 2006 hesap döneminde örtülü kazanç müessesesinin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda tereddütler hasıl olmuştur.

Bazı görüşlere göre, 2006 hesap döneminde 5422 sayılı eski K.V.K.'nın 17. maddesinde hüküm altına alınan örtülü kazanç dağıtımı müessesesi uygulanacaktır. Bazı görüşlere göre ise 2006 hesap dönemi için hiçbir şekilde örtülü kazanç müessesesinin uygulanması söz konusu olamaz. Zira, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın yürürlüğe girmesiyle 5422 sayılı eski K.V.K. yürürlükten kaldırılmıştır. Bir diğer görüşe göre ise 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın Resmi Gazete'de yayımlandığı 21.06.2006 tarihine kadar 5442 sayılı Kanun'un 17. maddesi hükmü uygulanacak, bu tarihten sonra ise örtülü kazanç müessesesinin uygulanması mümkün olamayacaktır.

Konunun kesin olarak açıklanmaya ihtiyaç gösterdiği şüphesizdir. Ancak, bize göre, 5520 sayılı Kanun hükümleri bir bütün olarak değerlendirildiğinde hasıl olan tartışma çözümlenebilecektir. Şöyle ki;

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın geçici 1. maddesinin (10) numaralı fıkrasında, 5520 sayılı K.V.K.'nın yürürlüğünden önceki dönemler itibarıyla 5422 sayılı K.V.K. hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağı belirtilmiştir.

Öte yandan, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 37. maddesi "yürürlük" maddesi olarak tanzim edilmiş ve söz konusu maddede her bir maddenin hatta bazı bentler veya fıkraların ayrı ayrı yürürlük maddeleri belirtilmiştir.

Bu durumda 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın tek bir yürürlük tarihi yoktur. 21.06.2006 tarihi Kanun'un tamamının yürürlük tarihi değil Resmi Gazete'de yayım tarihidir. Kanun'un bazı maddeleri bu tarihte yürürlüğe girmekte bazı maddeleri ise 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe girmektedir. Bu nedenle Kanun'un tamamı için tek bir yürürlük tarihinden bahsetmek mümkün değildir. Her bir maddenin, fıkranın ya da bendin yürürlük tarihlerinden bahsedebilmek mümkündür. Bu nedenle, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın geçici 1. maddesinin (10) numaralı fıkrasında, yer alan "5520 sayılı K.V.K.'nın yürürlüğünden önceki dönemler" ibaresini her bir madde, fıkra ya da bent olarak düşünmek ve dikkate almak gerekmektedir.

Sonuç olarak, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 13. maddesinde düzenlenen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesini açısından söz konusu Kanun'un yürürlük tarihi 01.01.2007 tarihidir. Bu durumda aynı Kanun'un geçici 1. maddesinin (10) numaralı fıkrası hükmüne göre bu tarihten önceki dönemler itibarıyla 5422 sayılı eski K.V.K.'nın uygulanması gerekmektedir. Dolayısıyla, 2006 hesap dönemi için 5422 sayılı eski K.V.K.'nın 17. maddesinde düzenlenen örtülü kazanç müessesesinin geçerli olduğu düşünülebilir.

Ancak, söz konusu Kanun'un "Yürürlükten kaldırılan hükümler" başlıklı 36. maddesinde, 5422 sayılı K.V.K. ile ek ve değişikliklerinin yürürlükten kaldırıldığı belirtilmektedir. Anılan Kanun'un 37. maddesi de yürürlük maddesi olarak düzenlenmiş ve maddede belirtilenler dışında kalan hükümlerin 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, 21.06.2006 tarihinde yürürlüğe gireceği belirtilmiştir. Buna göre, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın, 5422 sayılı eski K.V.K.'nın yürürlükten kalkacağını belirten 36. maddesi, 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere yürürlüğe girecektir. **Başka bir deyişle 5422 sayılı eski K.V.K. 01.01.2006 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkacaktır.**

Bu durumda, 2006 hesap döneminde 5422 sayılı eski K.V.K. ve dolayısıyla bu K.V.K.’nın 17. maddesi yürürlükte değildir. Mükelleflerden de yürürlükte olmayan bir Kanun maddesini uygulamalarını beklemek söz konusu olamaz. Kanun koyucunun amacının bu olmadığı şüphesizdir, ortaya çıkan bu durum tamamen 5520 sayılı yeni K.V.K.’nın düzenlenişindeki hatadan kaynaklanmaktadır.

Eğer vergi idaresi 2006 hesap dönemi için 5422 sayılı eski K.V.K.’nın 17. maddesinde düzenlenen örtülü sermaye müessesesinin uygulanmasını istiyorsa 5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 36. maddesinde değişiklik yapılmasını sağlamalıdır. Bu isteğin tebliğde yapılacak düzenlemelerle yerine getirilmesi mümkün değildir. Tebliğle bu yönde yapılacak bir düzenlemenin ise uygulama şansı bulunmayacak ve iptale konu edilebilecektir.⁴³

2.3. TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI MÜESSESİ SERMAYE ŞİRKETİ DIŞINDAKİ KURUMLAR İÇİN DE GEÇERLİ OLACAK

5422 sayılı eski K.V.K.’nın “Kabul edilmeyen indirimler” başlıklı 15. maddesinde, **sermaye şirketlerince** dağıtılan örtülü kazançların kurum kazancının tespitinde kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacağı belirtilmişti. Oysa 5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 11. maddesinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların kanunen kabul edilmeyen gider olacağı belirtilmiştir.

Görüleceği üzere, kanunen kabul edilmeyen giderlerin düzenlendiği maddeler itibarıyla eski ve yeni K.V.K.’lar arasında örtülü kazanç yönünden önemli bir farklılık bulunmaktadır. 5422 sayılı eski K.V.K.’nın 15. maddesinde sadece, sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançların kanunen kabul edilmeyen gider olacağı belirtilmişken, 5520 sayılı yeni K.V.K.’da bu yönden herhangi bir sınırlamaya gidilmemiştir. Dolayısıyla yeni K.V.K.’nın uygulandığı dönemde sermaye şirketleri dışındaki kurumlar vergisi mükellefleri tarafından transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançlar da kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır.

Bu kapsamda, Kanun’un 1. maddesinde belirtilen, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarının da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıttıkları kazançlar kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır.⁴⁴

2.4. TRANSFER FİYATLANDIRMASI KONUSUNDA MALİYE BAKANLIĞI’NIN YETKİSİ

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin ayrıntıları uzun süredir merak edilmekte ve bu konudaki tali düzenlemeler beklenmekteydi. Nihayet, 18.11.2007 tarih ve 26704 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ ile müesseseye ilişkin ayrıntılı açıklama ve **düzenlemeler** yapılmıştır. Sorun da burada yatmaktadır.

⁴³ KARTALOĞLU, Emre; Bir Kurumlar Vergisi Mükellefi Olsaydım, 5520 Sayılı K.V.K.’nın Yürürlük Tarihine Bakarak Neleri Yaptırdım, Vergi Sorunları Dergisi, Nisan 2006, Sayı:223.

⁴⁴ TEKİN, Cem; KARTALOĞLU, Emre; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Nisan 2007, Sayfa:597.

Bilindiği üzere, 5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinin 7 numaralı fıkrasında, transfer fiyatlandırmasına ilişkin usullerin Bakanlar Kurulunca belirleneceği vurgulanmıştır. **Bu durumda Maliye Bakanlığı'nın transfer fiyatlandırmasına ilişkin düzenleme yapma yetkisi bulunmamaktadır. Sadece konuya ilişkin açıklama yapılabilir.**

Bu noktada, düzenleme ve açıklama kavramlarının üzerinde durulması gerekir. Düzenleme, uygulamayı şekillendirirken; açıklama, uygulamayı şekillendirmez. Sadece, Kanun'un daha iyi anlaşılmasını sağlamaya yardımcı olur. Bu kapsamda, örneğin, ortakla ilişkili kişi kavramı açıklanabilir, bunların daha iyi anlaşılabilmesi için örnekler verilebilir. Ya da emsallere uygun fiyat ve bedel tespit yöntemlerine ilişkin açıklamalar yapılarak örnekler verilebilir. Bunlar "açıklama"dır ve Maliye Bakanlığı bu konuda yetkilidir. Ancak, peşin fiyatlandırma anlaşmasının kapsamına kimlerin gireceğini belirlemek ve transfer fiyatlandırmasını belgelendirmek için hangi belgelere ihtiyaç olduğunu duyurmak "düzenleme" yapmak anlamına gelmektedir ve ne yazık ki Maliye Bakanlığı'nın bu konuda herhangi bir yetkisi bulunmamaktadır.

Maliye Bakanlığı, 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğe, açıklama yaptığını vurgulayarak başlamak istemiştir. Anılan tebliğin, giriş paragrafı aynen aşağıdaki gibidir.

*"5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda yer alan "örtülü kazanç" müessesesi 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13 üncü maddesi ile "Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı" adı altında yeniden düzenlenmiş olup, 01/01/2007 tarihinde yürürlüğe giren söz konusu madde ile 5615 sayılı Kanunla Gelir Vergisi Kanunu'nun 41 inci maddesinde yapılan düzenlemelere ilişkin **açıklamalar** bu Tebliğin konusunu oluşturmaktadır."*

Ancak, maalesef, tebliğin tamamı incelendiğinde, Maliye Bakanlığı'nın açıklama yapmakla yetinmediğini, bazı konularda düzenlemeler yaptığını fark etmekteyiz. Yukarıda belirttiğimiz gibi; peşin fiyatlandırma anlaşmasına ilişkin hükümlerde, yıllık belgelendirme ve peşin fiyatlandırma anlaşmasına ilişkin belgelendirme, konularında, Bakanlık, "açıklama" yapmanın ilerisine giderek, "düzenleme" yapmaktadır.

Yapılan bu düzenlemelerin hukuksal anlamda geçerli olduğunu, mükelleflerin bu düzenlemelere uymak zorunda olduğunu düşünmek çok doğru olmayacaktır.

Nasıl Olmalıydı ?

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunda hazırlanmış ve taslak aşamasında bulunan bir Bakanlar Kurulu Karar'ı bulunmaktaydı ve bu taslak Gelir İdaresi Başkanlığı'nın internet sitesinde de yayımlanmıştı. Hepimiz, önce bu Bakanlar Kurulu Kararı'nın yürürlüğe girmesini beklerken Genel Tebliğ Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girdi. Öncelikle Bakanlar Kurulu'nun bu konularda düzenle yapması beklenmeliydi. Çünkü, 5520 sayılı Kanun, bu konuda düzenleme yetkisinin Bakanlar Kurulu'nda olduğunu açık olarak belirtmiştir.⁴⁵

Bu tenkidlerin yapılmasından sonra, 06.12.2007 tarih ve 26722 sayılı Resmi Gazete'de Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Karar yayımlanmıştır. Bu kararname, Genel Tebliğ'deki hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacaktır. Çünkü idare

⁴⁵ KARTALOĞLU, Emre; Transfer Fiyatlandırması Konusunda Maliye Bakanlığı'nın Yetkisi, Dünya Gazetesi, 26.11.2007.

hukukunda, özel hukuktaki gibi, "icazet" söz konusu değildir. Yani yapılan hukuka aykırı idari düzenlemelere, sonradan yapılan idari işlemlerle hukuki geçerlilik kazandırılmaz.⁴⁶

2.5. İLİŞKİLİ KİŞİ KAVRAMI

İlişkili kişi kavramı, 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'de ayrıntılı olarak açıklanmıştır. Tebliğde, bu kavramın çok geniş olarak ele alındığı dikkati çekmektedir. Aşağıda, ilişkili kişi kavramı, anılan tebliğde yapılan açıklamalar baz alınarak açıklanacaktır.

Bir kurum açısından ilişkili kişi;

- Kurumların kendi ortaklarını,
- Kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumları,
- Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumları,
- Kurumların veya ortaklarının idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları,
- Ortakların eşlerini,
- Ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımlarını

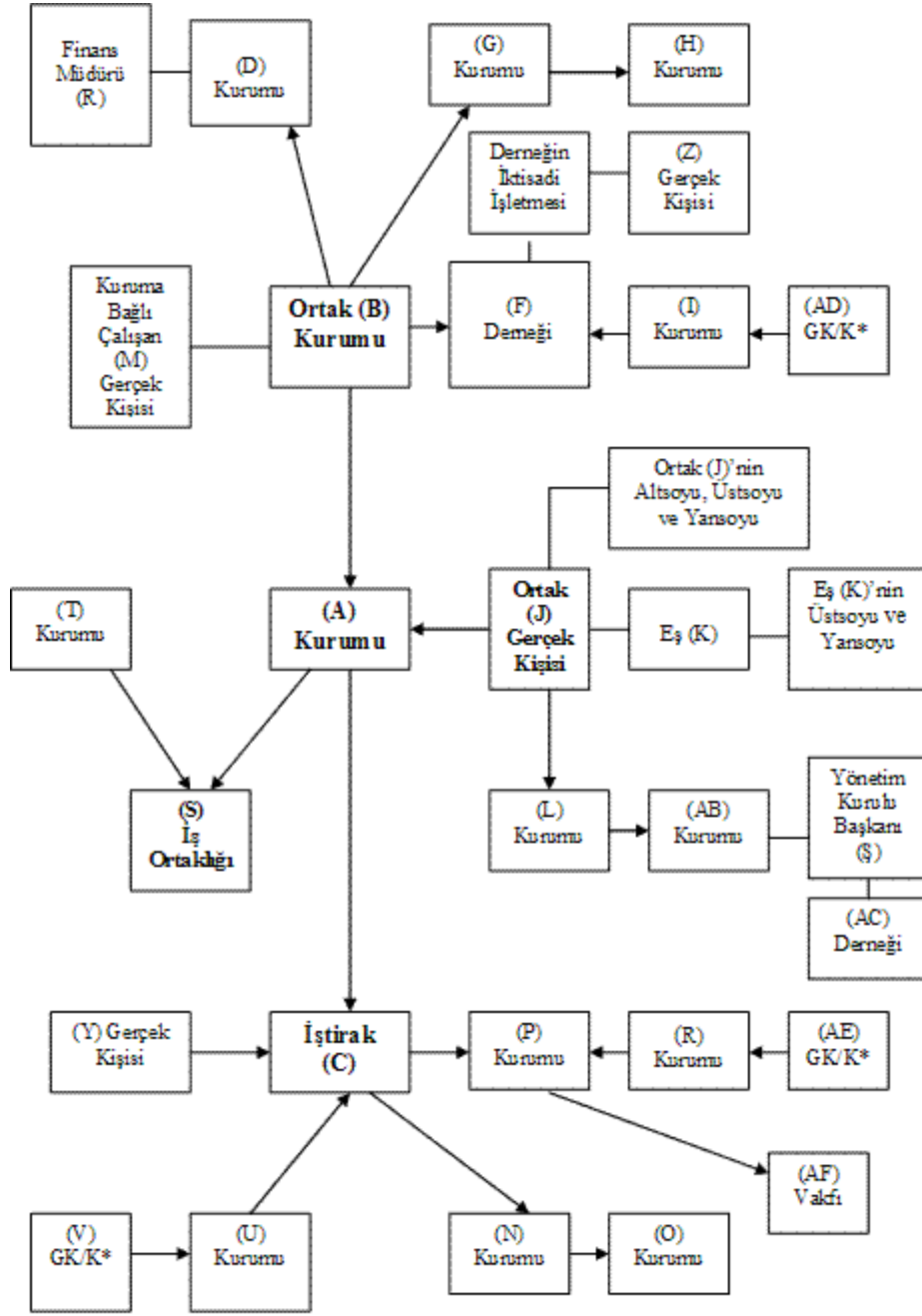
ifade etmektedir.

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13 üncü maddesinde geçen "gerçek kişi" ifadesi, Gelir Vergisi Kanunu'nun uygulanmasında gerçek kişi olarak kabul edilip vergiye tabi tutulan şahıslar ile şahıs şirketleri ya da adi ortaklıkları; "kurum" ifadesi de sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflar ile bunlara ait iktisadi işletmeleri ve iş ortaklıklarını kapsamaktadır. Dolayısıyla, kurumlar vergisi mükellefiyetleri bulunmamasına rağmen dernek ve vakıflar da kurumların ilişkili kişileri arasında olabilecektir.

Gerek gelir vergisi gerekse kurumlar vergisi mükellefleri yönünden, kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkanı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır. Ancak, Bakanlar Kurulunca vergi cennetlerine ilişkin olarak henüz bir belirleme yapılmamıştır.

İlişkili kişi ifadesi aşağıdaki şemada gösterilmiştir. Bu şemanın tetkikinden de anlaşılacağı üzere, 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliği çok geniş kapsamlı bir ilişkili kişi tanımlaması yapmıştır. İlişkili kişinin tespitinde her işlemin kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

⁴⁶ DOĞRUSÖZ, Bumin; Transfer Fiyatlandırması Müessesesinde Ertelenme Zorunluluğu, Referans Gazetesi, 06.12.2007.



* GK/K: Gerçek kişi veya kurum

Yukarıdaki şemada görüldüğü üzere;

(A) Kurumunun;

- Ortak (B) Kurumu,
- Ortak (B) Kurumunun doğrudan ortağı olduğu (G) Kurumu,
- Ortak (B) Kurumunun dolaylı olarak ortağı olduğu (H) Kurumu,
- Ortak (B) Kurumunun kurucusu olduğu (F) Derneği ve bu derneğin iktisadi işletmesi,
- (F) Derneğine ait iktisadi işletmede çalışan (Z) Gerçek Kişisi,
- Ortakla ilişkili (F) Derneğinin kurucularından (I) Kurumu,
- Ortakla ilişkili (F) Derneğinin dolaylı olarak bağlı bulunduğu (AD) Gerçek Kişisi veya Kurumu,
- Ortak (B) Kurumunun doğrudan ortağı olduğu (D) Kurumu,

- Ortak (D) Kurumunda çalışan Finans Müdürü (R),
- Ortak (B) Kurumunda çalışan (M) Gerçek Kişisi,
- Ortak (J) Gerçek Kişisi,
- Ortak (J) Gerçek Kişisinin altsoyu, üstsoyu ve yansoyu,
- Ortak (J) Gerçek Kişisinin Eşi (K),
- Ortak (J) Gerçek Kişisinin Eşi (K)'nın üstsoyu ve yansoyu,
- Ortak (J) Gerçek Kişisinin doğrudan ortağı olduğu (L) Kurumu,
- Ortak (J) ile ilişkili (L) Kurumunun doğrudan ortağı olduğu (AB) Kurumu,
- (AB) Kurumunun Yönetim Kurulu Başkanı (Ş),
- Yönetim Kurulu Başkanı olan (Ş)'nin üye olduğu (AC) Derneği,
- (S) İş Ortaklığı,
- (S) İş Ortaklığının diğer ortağı (T) Kurumu

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilecektir.

Öte yandan, aynı derneğe üye olan gerçek kişi veya kurumların, sadece aynı derneğin üyeleri olmaları nedeniyle ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmeleri mümkün bulunmamaktadır.

(A) Kurumunun;

- İştirak (C),
- İştirak (C)'nin doğrudan ortağı olduğu (P) Kurumu,
- İştirak (C) ile ilişkili (P) Kurumunun doğrudan bağlı bulunduğu (R) Kurumu,
- İştirak (C) ile ilişkili (P) Kurumunun dolaylı olarak bağlı bulunduğu (AE) Gerçek Kişisi veya Kurumu,
- İştirak (C) ile ilişkili (P) Kurumunun kurucusu olduğu (AF) Vakfı,
- İştirak (C)'nin doğrudan ortağı olduğu (N) Kurumu,
- İştirak (C)'nin dolaylı olarak ortağı olduğu (O) Kurumu,
- İştirak (C)'nin doğrudan bağlı bulunduğu (Y) Gerçek Kişisi,
- İştirak (C)'nin doğrudan bağlı bulunduğu (U) Kurumu,
- İştirak (C)'nin dolaylı olarak bağlı bulunduğu (V) Gerçek Kişisi veya Kurumu

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilecektir.

Görüleceği üzere, kurum iştirakleri de ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak, 5520 sayılı KVK'nın 13. maddesi tetkik edildiğinde, iştiraklerin ortakla ilişkili kişiler arasında sayılmadığı görülmektedir. 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ iştirakin, ortakla ilişkili kişi olabilmesini, Kanun'da yer alan "*kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum*" ifadesine dayandırmaktadır. Konu hakkında ayrıntılı açıklamalar aşağıda yapılacaktır.

2.5.1. Kurumların Kendi Ortakları

Tüzel kişiliklerinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın kurumlar vergisine tabi olan mükelleflerin gerçek ve tüzel kişi ortakları Kanun'un 13. maddesi gereğince ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir. Nitekim, KVK'nın 13. maddesinin 2 numaralı fıkrasında, kurumların kendi ortakları ilişkili kişi olarak tanımlanmıştır.

Ayrıca, 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ bu ortaklık ilişkisini bir adım daha öteye götürerek, kurumların doğrudan veya dolaylı olarak sermaye payına sahip gerçek kişi veya kurum ortaklarının da ilişkili kişi kapsamında değerlendirileceğini belirtmiştir.

Diğer taraftan, gerek ortakların doğrudan veya dolaylı ortak oldukları kurumlarla, gerekse bu kurumların kendi aralarındaki ilişki Kurumlar Vergisi Kanunu'nun uygulamasında ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir.

Bu ilişkilerde sermaye veya kâr payı oranının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Oysa ki kitabımızın 1 numaralı bölümünde açıklandığı üzere, örtülü sermayenin tespitinde İMKB'de işlem gören hisse senetlerinin alınması nedeniyle ortaklık ilişkisinin doğması hali özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, İMKB'de işlem gören hisse senetlerinin % 10'undan azına sahip olan bir kişinin söz konusu şirkete borç vermesi nedeniyle, bu borç öz sermayenin 3 katından fazla olsa dahi, örtülü sermayeden bahsedilemeyecektir.

Ancak, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına ilişkin hükümler getiren 13. maddede bu yönde bir belirleme yapılmamış ve hatta 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğde ortaklık ilişkisinde sermaye veya kâr payı oranının herhangi bir öneminin olmadığı belirtilmiştir. Bu durumda İMKB'de işlem gören hisse senetlerinin edinilmesi dolayısıyla bir kuruma (örneğin %00001) oranında ortak olan gerçek kişi veya kurum o kurum ile ilişkili kişi sayılacaktır. Bu durumun ise uygulamada zorluklar yaratacağı aşikardır.

Bu durumu önleyecek düzenlemelerin yapılmamış olması, finansal enstrümanların ekonomik gereklerle alım-satımına ve finans piyasasının gelişmesine olumsuz etki yapabilecek subjektif değerlendirmelere yol açabilecektir.

2.5.2. Kurumların veya Ortaklarının İlgili Bulunduğu Gerçek Kişi veya Kurum

Kurumun ilgili bulunduğu gerçek kişi ifadesinden, kendi ortağı olan gerçek kişiler dışında kalan, kurumların ortağı olduğu şahıs şirketlerinin diğer gerçek kişi ortakları ile kurum çalışanları gibi şahıslar anlaşılmaktadır.

Öte yandan, kurum çalışanlarının söz konusu kurum ile ilişkilerinin **sadece işveren-hizmet erbabı ilişkisi** içinde bulunması durumunda ilgili kurum ile kurum çalışanı, yapılan ücret ödemelerinin değerlendirilmesi bakımından ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmeyecektir. Ancak, kurum ile çalışanları arasında yukarıda belirtilen **istihdam ilişkisi dışındaki işlemler**, ilişkili kişilerle yapılan işlem kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin, bir kurum, ortaklarından birinin kardeşini ücretli olarak çalıştırmakta ise çalışan, ilişkili kişi olarak değerlendirilecektir. Çünkü, bu durumda ilişki sadece istihdam ilişkisinden ibaret değildir. Çalışan ile kurum ortakları arasından kan bağı ilişkisi bulunmaktadır ve bu nedenle çalışan, ortakla ilişkili kişi sayılacak ve buna yapılan ödemeler emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde değerlendirilecektir.

Kurumun ilgili bulunduğu kurum ise kendi ortağı dışında, kurumun kendisinin ortaklığının bulunduğu bir başka kurumu yani iştiraklerini ifade etmektedir. Bir kurum diğer bir kuruma ortak ise iki kurum ilişkili sayılacak, ortak olduğu kurum üzerinden başka bir kuruma ortak ise dolaylı olarak ilişkili olduğu kabul edilecektir. Diğer bir ifadeyle,

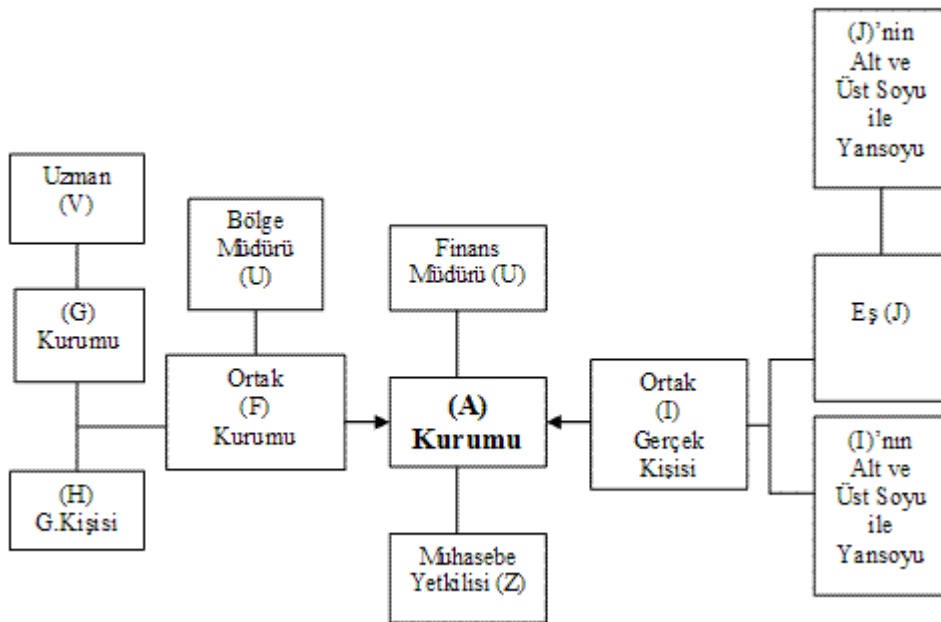
kurumların doğrudan veya dolaylı olarak iştirak ettiği diğer kurumlar ve şahıs şirketleri ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir. Öte yandan kurumun ortağı olduğu şahıs şirketlerinin diğer kurum ortakları ilişkili kişi sayılacaktır.

Kurum ortağının ilgili bulunduğu gerçek kişiler, Kanunun 13 üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında da belirtildiği üzere, ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları, kayın hısımlarını ya da kurum ortakları ile ekonomik ve sosyal olarak ilişkisi bulunan gerçek kişileri ifade etmektedir. Örneğin; (A) Kurumunun ortağı olan (B) gerçek kişinin ekonomik ve sosyal olarak yakın ilişkide bulunduğu (C) gerçek kişinin şahsi işletmesi ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır. Ayrıca kurum ortağının ortak olduğu şahıs şirketlerinin diğer gerçek kişi ortakları ilişkili kişi sayılacaktır.

Kurum ortağının ilgili bulunduğu kurum ise, kurum ortağının başka bir kurum ile olan ortaklık ilişkisini ifade etmektedir. Ayrıca kurum ortağının ortak olduğu şahıs şirketlerinin diğer kurum ortakları ilişkili kişi sayılacaktır. Diğer bir ifadeyle, kurum ortaklarının doğrudan veya dolaylı olarak ortak olduğu kurumlar ve şahıs şirketleri ile söz konusu kurum ve şahıs şirketlerinin diğer kurum ortakları ilişkili kişi sayılacaktır.

Örneğin; bir kurumun kendi ortağı tüzel kişinin iştiraki olan başka bir tüzel kişi ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır.

Öte yandan, bir kurumun ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumların kendi aralarındaki ilişki ve bir kurumun ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurumların kendi aralarındaki ilişki Kurumlar Vergisi Kanunu'nun uygulamasında ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir.

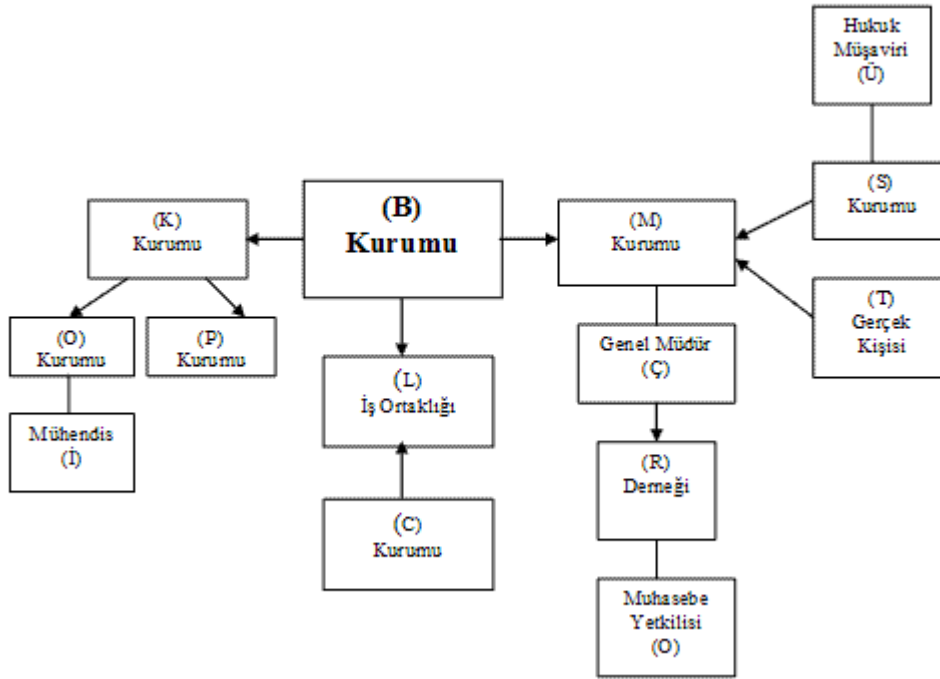


(A) Kurumunun;

- Ortak (F) Kurumu,
- Ortak (F) Kurumunda çalışan Bölge Müdürü (U),
- Ortak (F)'nin ortağı (G) Kurumu,

- (G) Kurumunda çalışan Uzman (V),
- Ortak (F)'nin ortağı (H) Gerçek Kişisi,
- Ortak (I) Gerçek Kişisi,
- Ortak (I) Gerçek Kişisinin Eşi (J),
- Ortak (I) Gerçek Kişisinin Eşi (J)'nin alt ve üstsoyu ile yansoyu ,
- Ortak (I)'nın alt ve üstsoyu ile yansoyu,
- Finans Müdürü (T),
- Muhasebe Yetkilisi (Z)

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilecektir.



(B) Kurumunun;

- İştiraki (K) Kurumu,
- (K) Kurumunun iştirak olarak katıldığı (O) Kurumu,
- (O) Kurumunda çalışan Mühendis (İ),
- (K) Kurumunun iştirak olarak katıldığı (P) Kurumu,
- İştiraki (L) İş Ortaklığı,
- (L) İş Ortaklığının diğer ortağı (C) Kurumu,
- İştiraki (M) Kurumu,
- İştirak olarak katıldığı (M) Kurumuna ortak olan (S) Kurumu,
- (S) Kurumunda çalışan Hukuk Müşaviri (Ü),
- İştirak olarak katıldığı (M) Kurumuna ortak olan (T) Gerçek Kişisi,
- (M) Kurumunun Genel Müdürü (Ç),
- Genel Müdür (Ç)'nin üye olduğu (R) Derneği,
- (R) Derneğinde çalışan Muhasebe Yetkilisi (O)

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilecektir.

2.5.3. Kurumun veya Ortaklarının İdaresi, Denetimi veya Sermayesi Bakımından Doğrudan veya Dolaylı Olarak Bağlı Bulunduğu ya da Nüfuzu Altında Bulundurduğu Gerçek Kişi veya Kurumlar

Kurumun veya ortaklarının idaresi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişiler; ortaklık ilişkisi olmaksızın kurumun kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak etkisi bulunabilecek kurumun yönetim kurulu başkan ve üyeleri, genel müdürü, üst düzey müdürleri, aynı düzeydeki yüksek memurları gibi şahısları ifade etmektedir. Ayrıca, ortaklık ilişkisi olmaksızın kurumun kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak etkide bulunabilecek herhangi bir gerçek kişi veya kurum ilişkili kişi sayılacaktır.

Kurumun veya ortaklarının denetimi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu gerçek kişi veya kurumlar ifadesinden, ortaklık ilişkisi olmaksızın kurumun kararlarında doğrudan veya dolaylı olarak etkisi bulunabilecek kurumun denetçileri gibi gerçek ve tüzel kişiler anlaşılmaktadır. Örneğin, bir limited şirket denetçisinin eşinin ortak olduğu diğer şirketin limited şirket ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, kurumun denetim bakımından bağlı bulunduğu ilişkili kişilerle yapılan işlemleri ifade etmektedir.

Yukarıdaki bölümde ilişkili kişiler arasında sayılan kurum ortakları, kurumun sermayesi bakımından bağlı olduğu bir gerçek kişi veya kurumu ifade etmektedir.

Diğer taraftan, bir şirket ile söz konusu şirketin kurucu hisse senetleri ve/veya intifa senetlerine sahip olan gerçek kişi ve kurumlar ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir.

Nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumlar ifadesi, kurumun ekonomik ve ticari kararlarını doğrudan ya da dolaylı olarak etkileyecek şekilde sürekli bir iktisadi ilişki veya devamlı borç para verme ya da alma ilişkisi içinde bulunduğu gerçek kişi veya kurumları ifade etmektedir.

Örneğin, bir şirketin kararlarına doğrudan ya da dolaylı olarak etkide bulunabilecek ölçüde ve süreklilikte borç verdiği kişileri nüfuzu altında bulundurduğu kabul edilebilir. Benzer şekilde, imalat faaliyeti ile uğraşan (A) Ltd. Şti.'nin sürekli olarak aynı gerçek kişiden sağladığı girdileri kullanması ya da alışlarının ve/veya satışlarının büyük bir kısmını aynı kurumdan yapması durumunda da söz konusu şirketin ilgili gerçek kişi/kurumun nüfuzu altında olduğu kabul edilebilir.

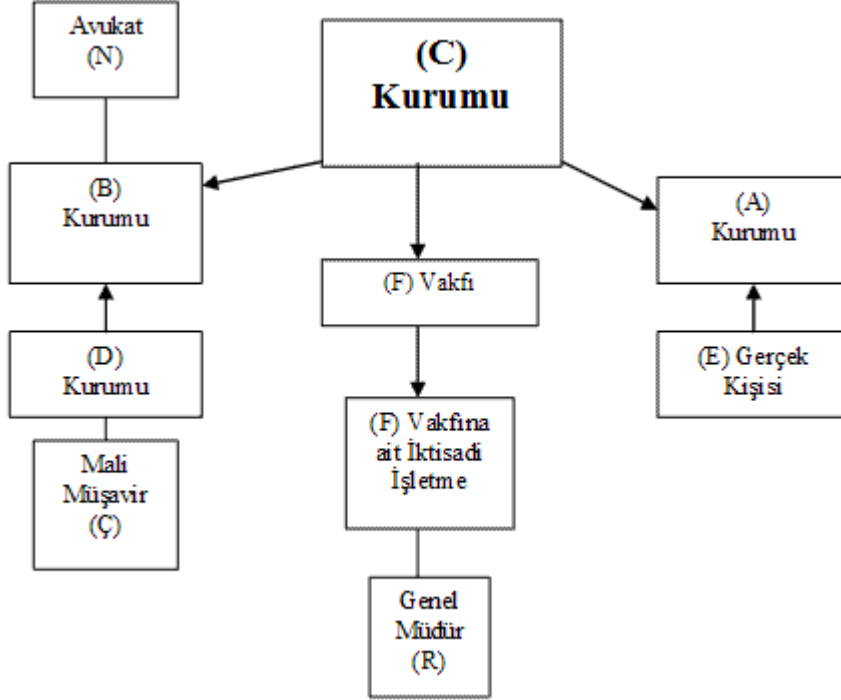
Bir gerçek kişi/kurum ile bir başka gerçek kişi/kurum arasında olağan ticari faaliyet çerçevesinde **sadece bayilik ilişkisinin bulunması** durumunda söz konusu gerçek kişi veya kurumlar **bayiliğe ilişkin mal ve hizmetler bakımından** ilişkili kişi kapsamında değerlendirilmeyecek, bayiliğin konusunu oluşturan mal ve hizmet alım satımları dışındaki işlemler bakımından ise ilişkili kişi kapsamında değerlendirilebilecektir. Ayrıca bayilik ilişkisi dışındaki başka bir nedenle ilişkili sayılan kurum veya kişiler arasında bayiliğe ilişkin mal ve hizmet alım satımı bakımından da ilişkinin varlığı kabul edilebilecektir.

Görüleceği üzere, 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Genel Tebliği, bazı şartlarla, bayilerin, ilişkili kişi sayılmayacağını belirtmiştir. Buna göre;

- İlişkinin sadece bayilikten ibaret olması gerekmektedir. Örneğin bir kurumun ana bayisi, kurum ortaklarından birinin kardeşi ise bu ana bayi, ilişkili kişi sayılacaktır.

- İşlemlerin, bayiliğe ilişkin mal veya hizmetler ile sınırlı olması gerekmektedir. Örneğin bir cep telefonu bayiinin, ana kurum ile yaptığı ödünç para alınması veya verilmesi işlemleri transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümleri çerçevesinde değerlendirilecektir.

Öte yandan, bir kurumun diğer bir kurumla ilişkili sayılabilmesi, kurumun diğer bir kurum tarafından kontrol edilmesi, kurumun başka bir kurumu kontrol etmesi ya da aynı kurum ile ortak kontrol altında bulunması durumunda da mümkün bulunmaktadır.



(C) Kurumunun;

- İştiraki (B) Kurumu,
- (B) Kurumunda çalışan Avukat (N),
- İştiraki (B) Kurumunun diğer ortağı (D) Kurumu,
- (D) Kurumunda çalışan Mali Müşavir (Ç),
- İştiraki (A) Kurumu,
- İştiraki (A) Kurumunun ortağı (E) Gerçek Kişisi,
- Kurucusu olduğu (F) Vakfı,
- (F) Vakfına Ait İktisadi İşletme,
- (F) Vakfına Ait İktisadi İşletmede çalışan Genel Müdür (R)

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilecektir.

2.5.4. Ortakların Eşleri

Kurum ortaklarının eşleri, söz konusu ortak ile aralarında yasal evlilik bağı bulunan kişiyi ifade etmektedir. Dolayısıyla aralarında yasal evlilik bağı olmayan kişiler ortakla ilişkili sayılmayacaktır. Ancak, bilindiği üzere evliliğin sona ermesi ile kayın hısımlığı sona ermemektedir. Bu durumda, boşanmış eşler birbirleri ile ilişkili kişi sayılmayacaklar, ancak,

kayın hısımlığının sona ermemesi nedeniyle örneğin, boşanmış eşin babası ortakla ilişkili kişi sayılacaktır.

2.5.5. Ortakların veya Eşlerinin Üstsoy ve Altsoy, Üçüncü Derece Dahil Yansoy Hısımları ve Kayın Hısımları

Ortakların veya eşlerinin anne, baba, büyükanne ve büyükbabaları, çocukları ve torunları ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları (ortak bir kökten gelen kişiler) ve kayın hısımları (eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları) ilişkili kişi sayılacaktır. Ancak evliliğin sona ermesi ile kayın hısımlığı ortadan kalkmamaktadır. Dolayısıyla, yukarıda belirtildiği gibi, evlilik bağı ortadan kalksa bile ortağın kayınbiraderi, kayınbabası vb. ortakla ilişkili kişi olarak değerlendirilmeye devam edecektir.

Evlat Edinilen Çocuklar Ortakla İlişkili Kişi Sayılır mı?

Bu noktada akıllara evlat edinilen çocukların ortakla ilişkili kişi sayılıp sayılmayacağı sorusu gelmektedir. Vergi kanunlarında “çocuk” tabiri açıklanmamıştır. Aslında bu tabirin vergi kanunlarında açıklanmasını beklemek te yersizdir. Konuya ilişkin düzenlemeler Medeni Kanun’da yapılmıştır ve evlat edinilenler de çocuk olarak değerlendirilmiştir. Bu durumda, evlat edinilen çocuklar da ortakla ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir.

2.6. EMSALLERE UYGUNLUK İLKESİ VE EMSALLERE UYGUN FİYAT VE BEDEL TESPİT YÖNTEMLERİ

Emsallere uygunluk ilkesi ve emsal bedel tespit yöntemlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar, aslında OECD tarafından hazırlanan Vergi İdareleri ve Çokuluslu Şirketler İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi’nde yer almaktadır. Konu, 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ’de de belirtilen rehberde yapılan açıklamalar baz alınarak anlatılmıştır.

Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade etmektedir. Başka bir deyişle, emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, piyasa fiyatına göre belirlenmesini ifade etmektedir.

Emsallere uygun fiyat veya bedel, aralarında ilişkili kişi tanımına uygun herhangi bir bağ, ilişki olmayan kişilerin tamamen işlemin gerçekleştiği andaki koşullar altında oluşturduğu, piyasa ya da pazar fiyatı olarak da adlandırılan tutardır. Bu fiyat veya bedel, işlem anında hiçbir etki olmaksızın objektif olarak belirlenen en uygun tutar olup, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde uygulanan fiyat veya bedelin bu tutar olması gerekmektedir.

Aralarında ilişki bulunmayan gerçek kişi veya kurumlar arasındaki işlemlerde fiyat, piyasa koşullarına göre belirlendiğinden, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde de aynı koşullar geçerli olmalıdır. Dolayısıyla, taraflar arasındaki ilişkinin mal veya hizmet fiyatlandırmasına herhangi bir etkisi bulunmamalıdır.

İlişkili kişiler arasındaki mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerinde uygulanan fiyat veya bedelin piyasa fiyatını yansıtmaması durumunda, ilişkili kişiler arasındaki

işlemlerde uygulanan bu fiyat veya bedelin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edildiği kabul edilecektir.

Emsallere uygun fiyat veya bedele ulaşmak için **öncelikle iç emsal kullanılacak, bu şekilde kullanılacak fiyat veya bedellerin bulunmaması ya da güvenilir olmaması halinde dış emsal** karşılaştırmada esas alınacaktır.

Bu ilkenin uygulanabilmesi, ilişkili kişiler arasındaki işlemlerle ilişkisiz kişiler arasındaki işlemlerin karşılaştırılabilir olmasına dayanmaktadır.

2.6.1. Karşılaştırılabilirlik Analizi

Karşılaştırılabilirlik analizi, genel olarak ilişkili kişiler arasındaki mal veya hizmet alım ya da satımına konu olan işlemdeki koşullarla, aralarında ilişki bulunmayan kişiler arasındaki benzer nitelikteki işlemlerin koşullarının karşılaştırılmasına dayanmaktadır.

Bu karşılaştırmaların güvenilir sonuçlar vermesi; karşılaştırılan durumlar arasında farklılıklar varsa, bu farklılıkların işlemi somut bir biçimde etkilememesi veya söz konusu farklılıkların etkisini ortadan kaldırmak için uygun düzeltimlerin yapılmasına bağlıdır. Bu çerçevede yapılacak karşılaştırılabilirlik analizinde;

- karşılaştırılmakta olan mal veya hizmetlerin nitelikleri,
- ilişkili ve ilişkisiz kişilerin yerine getirdikleri işlevler ve üstlendikleri riskler,
- işlemlerin gerçekleştiği pazarın yapısı (pazar hacmi, pazarın yeri gibi) ve pazardaki ekonomik koşullar ile
- kurumların iş stratejileri

dikkate alınacaktır.

Örnek 1:

Tam mükellef (B) Kurumu, Türkiye'deki ilişkili şirketi (C)'ye ve ilişkili olmayan (D) ve (E) şirketlerine pamuk satmaktadır. İlişkili şirkete yapılan satışlarda ürünün taşıma masrafları (B) Kurumunca karşılanmakta iken, ilişkili olmayan şirketler söz konusu ürünü doğrudan (B) Kurumundan almaktadır. Kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemler arasında başka bir farklılık tespit edilememiştir. (B) Kurumunun ilişkili şirketi (C)'ye uygulayacağı emsallere uygun fiyat, kontrol altındaki işlemler ile kontrol dışı işlemler arasındaki maddi farklılığın düzeltimi yapıldıktan sonra tespit edilecektir.

Örnek 2 :

İki dağıtıcı şirket, aynı marka altında aynı piyasada aynı ürünü satmaktadır. Dağıtıcı (A) firması sattığı mal için bir yıl garanti verirken, (B) firması herhangi bir garanti vermemektedir. Dağıtıcı (A) firması, fiyat oluştururken garanti hizmetinin maliyetlerini dikkate almamakta, dolayısıyla kayıtlarına göre satılan mal maliyetini daha düşük tespit etmiş olduğundan, söz konusu malı (B) firmasına göre daha yüksek bir brüt satış kârı ile satmaktadır. (A) ve (B) firmalarının brüt satış kârları, söz konusu farklılığı dikkate alan bir düzeltme yapılmadığı sürece karşılaştırılabilir nitelikte bulunmamaktadır.

Örnek 3:

Tam mükellef (B) Kurumu tarafından aynı niteliklere sahip bir malın ilişkili kişilere vadeli, ilişkisiz kişilere peşin olarak satıldığı durumda, ödeme koşullarındaki bu farklılık dikkate alınarak yapılacak düzeltim sonucu iki işlemin karşılaştırılabilir hale getirilmesi gerekmektedir. Aksi takdirde, emsallere uygun fiyata ulaşmak mümkün olmayacaktır.

Aşağıda (a) ve (b) bölümünde yer alan unsurların ilişkili ve ilişkisiz kişiler arasında karşılaştırılmasında, söz konusu işlemlere ilişkin sözleşme koşullarının da (sağlanan garantinin kapsamı ve süresi, taşıma süreleri, kredi süreleri gibi) dikkate alınması gerekmektedir.

Bu çerçevede, kontrol altındaki işlemler ile kontrol dışı işlemler karşılaştırılırken aşağıda açıklanan unsurların göz önüne alınması gerekmektedir.

a) Mal veya hizmetlerin nitelikleri: Mal veya hizmetlerin niteliğindeki farklılıklar, genellikle söz konusu mal ya da hizmetlerin değerinde belli bir farklılığa da neden olmaktadır. Bu nedenle, kontrol altındaki işlem ile kontrol dışı işlemlerin karşılaştırılabilirliğinin tespitinde, bu tür farklılıkların da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Mal ve hizmetlerin transferinde malların fiziksel özellikleri, kalite ve güvenilirliği, arz miktarı ve bulunabilirliği gibi özellikler; hizmetlerde hizmetin yapısı ve büyüklüğü gibi özellikler; gayri maddi varlıkların transferinde ise işlemin biçimi (satış, lisans gibi), malın tipi (patent, marka, know-how gibi), garanti süresi ve kapsamı, malın kullanımından sağlanan faydalar gibi özellikler önem taşımaktadır.

Örneğin; bilinen bir marka ile üretim yapan bir kuruluşun fiyatı ile aynı pazarda benzer özelliklere sahip bir ürünü üreten kuruluşun fiyatı "marka" özelliği dikkate alınmadan karşılaştırıldığında, emsallere uygun fiyata ulaşmak mümkün olmayacaktır.

b) İşlev analizi: İlişkisiz kişiler arasındaki işlemlerde, her bir tarafın kullandığı varlıklar ve üstlendiği riskler, emsallere uygun fiyat veya bedel üzerinde doğrudan etkiye bulunmaktadır. Dolayısıyla, yapılan işlemlerin karşılaştırılabilirliğinin tespitinde, tarafların gerçekleştirdikleri işlevlerin göz önünde bulundurulması zorunludur.

Mükellefler ve vergi idaresi tarafından kontrol altındaki ve kontrol dışındaki işlemlerin karşılaştırılabilirliğinin tespitinde tasarım, üretim, montaj, araştırma ve geliştirme, hizmet, satın alma, dağıtım, pazarlama, reklam, nakliye, finansman ve yönetim gibi işlevler kullanılabilir.

İşlev analizi, ayrıca kullanılan kaynakların da (fabrika ve tesis gibi kullanılan varlıklar, kullanılan gayri maddi varlıklar vb.) göz önüne alınmasını gerektirmektedir.

Bu çerçevede, analize tabi tutulan tarafın gerçekleştirdiği temel işlevlerin tanımlanması gerekmektedir. Kontrol altındaki ve kontrol dışındaki işlemleri gerçekleştiren kişilerin karşılaştırılmasında, ilişkisiz kişilerin üstlendiği işlevlerde belli maddi farklılıklar varsa, düzeltim yapılması zorunlu olacaktır.

Ayrıca işlev analizi yapılırken, ilgili tarafların üstlendikleri risklerin de dikkate alınması gerekmektedir. İlişkili kişiler arasındaki işlemlerde, tarafların üstlendikleri riskler koşulları etkiliyorsa, işlev analizinde bu risklerin mutlaka göz önünde bulundurulması

gerekmektedir. Bu nedenle, kontrol altındaki ve kontrol dışındaki işlemlerin karşılaştırılmasında, üstlenilen riskler arasında önemli farklılıklar varsa ve bunların düzeltimi mümkün değilse, karşılaştırılabilirlik söz konusu değildir.

Karşılaştırmaları etkileyen risklere, pazar riski (girdi maliyetleri ve çıktı fiyatlarındaki dalgalanmalar gibi), finansal riskler (faiz oranlarındaki ve döviz kurlarındaki dalgalanmalar, kredi riskleri gibi), araştırma ve geliştirme yatırımlarındaki başarısızlık riski, yatırımlarla ve kullanılan malzeme, tesis ve fabrikalarla bağlantılı zarar riski, kredi riski örnek olarak verilebilir.

Karşılaştırmalarında işlev analizinin dikkate alınması ile ilgili olarak aşağıdaki örnek verilebilir.

Bir Türk firması ürünlerini Avrupa'daki müşterilerine vergi cennetinde bulunan bir yan kuruluşu vasıtasıyla satmaktadır. Firma ilişkili şirketine olan bu satışları ilişkisiz şirketlere olan satış fiyatlarıyla aynıdır. Yani iç emsaller örtüşmektedir. Vergi cennetindeki ilişkili distribütör çok fazla bir şey yapmamaktadır, müşterilerle olan ilişkiler, pazarlıklar vs. Türkiye'deki firma tarafından yapılmaktadır. Yani vergi cennetindeki firmanın herhangi bir işlevi olmadığı halde büyük miktarda karlar elde etmektedir. Bu duruma vergi idaresinin itiraz etmesi gerekiyor. Ancak, Türkiye'deki firma da şunu iddia edecek: Biz fiyatlarımızı emsallere uygun olarak belirledik, ilişkisiz distribütörlere hangi fiyattan satış yapıyorsak vergi cennetindeki ilişkili distribütörümüze de aynı fiyattan satış yapıyoruz. Dolayısıyla fiyatımızı emsallere uygun olarak belirliyoruz.

Ancak, bu durumda açılacak davayı vergi idaresinin kazanması muhtemeldir. Çünkü firma işlev analizini dikkate almadan emsal fiyat tespiti yapıyor. Burada uygulanan emsal fiyat güvenilir değildir. Çünkü yapılan satışlarda Türk firmasının gösterdiği faaliyet farklıdır. 3. şahıs konumundaki distribütörlere sattığında firma hiçbir şey yapmıyor. Vergi cennetindeki ilişkili firmaya sattığında onun kime, nasıl, hangi koşullarda satacağını geliştirmiş oluyor. İlişkisiz distribütörler bu malları alıp sattıklarında satın alma bedelinden başka bu malları satışa hazırlarken de bir maliyete katlanmaktadırlar. İlişkisiz distribütör harcadığı her bir birim için iki birim kazanmaktadır. O halde ilişkili kişi de aynı oranda kazanmalıdır. Yani bir birim harcamışsa iki birim kazanmalıdır. İlişkili kişi veya ilişkisiz kişi her ikisi de aynı fiyata alıp satmış olsa da satışa sunumda yaptıkları harcama tutarları esas alınmalı ve kar buna tespit edilmelidir.

c) Ekonomik koşullar: İşlem konusu mal veya hizmet aynı olmasına karşın, pazardaki ekonomik koşullar farklıysa, emsallere uygun fiyat farklı olabilecektir. Bu nedenle, karşılaştırma yapılırken pazar koşullarının aynı olmasına ya da fiyat üzerinde etkisi bulunan farklılıkların düzeltimlerle giderilebilir olmasına dikkat etmek gerekmektedir. Karşılaştırma konusu olabilecek ekonomik koşullar arasında coğrafi konum, pazar hacmi, pazardaki rekabetin boyutu, alıcı ve satıcının pozisyonları, mal ve hizmetlerin benzerlerinin bulunabilirliği, bölgeler itibarıyla mal veya hizmet arz ya da talep düzeyi, pazarda devlet tarafından yapılan düzenlemeler, arazi, işçilik ve sermaye unsurlarını da içeren ürün maliyetleri, ulaşım masrafları, perakendeci ya da toptancı olma koşulları, işlem tarihi ve zamanı vb. sayılabilir.

Örneğin; Türkiye'de tam mükellef olan (A) Kurumu tarafından, (B) ülkesindeki ilişkili kuruma rekabet nedeniyle 100 YTL'ye satılan bir ürün, Türkiye'deki ilişkisiz kuruma 150

YTL'ye satılıyor ise, pazarın içinde bulunduğu şartların fiyat üzerindeki önemli etkisinin düzeltimi gerekmektedir. Aksi halde, yapılan işlemler karşılaştırılabilir nitelikte olmayacaktır.

d) İş stratejileri: İş stratejileri, karşılaştırma yapılırken dikkate alınması gereken önemli hususlardan biri olup, bu stratejiler arasında pazar payının artırılması ve/veya korunması, yenileme ve yeni ürün geliştirilmesi, riskten kaçınma, portföy çeşitlendirmesi ve işin gündelik akışına ilişkin diğer faktörler sayılabilir.

Söz konusu iş stratejilerinin kontrol altındaki ve kontrol dışındaki işlemlerin karşılaştırılabilirliğini belirlerken göz önüne alınması gerekmektedir. Örneğin; pazara girmeye veya pazar payını artırmaya çalışan şirket ile pazar payını korumaya çalışan şirketin izleyeceği stratejiler farklı olabilir. Dolayısıyla karşılaştırmada bu hususun da dikkate alınması gerekecektir.

2.6.2. Emsal Fiyat Aralığı

Emsallere uygunluk ilkesi açısından en güvenilir sonuç, karşılaştırmalar sonucunda ulaşılan tek bir fiyat veya bedeldir. Bununla birlikte, yapılan karşılaştırmalar ve uygulanan yöntemler sonucu tek bir fiyat veya bedelden ziyade, birbirine yakın birden çok sonucu içeren belli bir fiyat veya bedel aralığına ulaşmak da söz konusu olabilmektedir.

Emsal fiyat aralığı, aynı yöntemin farklı karşılaştırılabilir kontrol dışı işlem verilerine uygulanmasından veya aynı verilere farklı transfer fiyatlandırması yöntemlerinin uygulanmasından elde edilen değişik emsal fiyatların oluşturduğu bir fiyat dizisidir. **Mükellef bu sonuç aralığı içerisinde aritmetik ortalama, mod, medyan veya başka bir ölçüden en makul olanı kullanmak suretiyle bir tutar belirleyebilecektir.** Dolayısıyla, mükellefin emsal fiyat aralığının içinde bulunması şartıyla belirleyeceği bu fiyat ya da bedel kabul edilecektir. Ancak, belirlenen emsal fiyat aralığının içindeki fiyatların birbirinden büyük ölçüde farklı olması durumunda, karşılaştırılabilirlik analizindeki unsurların veya yapılan düzeltim işlemlerinin yeniden değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, (A) Kurumunun ilişkili kişilere sattığı (X) malının emsal fiyatının tespiti ile ilgili olarak farklı transfer fiyatlandırması yöntemlerini kullanması sonucu 10, 40 ve 75 olmak üzere üç emsal fiyat bulunduğunu varsayalım. Bu durumda, söz konusu fiyatların birbirinden büyük ölçüde farklı olması nedeniyle, kurumun karşılaştırılabilirlik analizini veya kontrol altındaki ve kontrol dışındaki işlemler arasındaki maddi farklılıkların düzeltimini yeniden gözden geçirmesi gerekmektedir.

Diğer taraftan, mükellef tarafından tespit edilen fiyatın emsal fiyat aralığının dışında olması durumunda, transfer fiyatı söz konusu aralık dikkate alınarak aritmetik ortalama, mod, medyan ya da başka bir ölçüden en makul olanı kullanılarak belirlenecektir. Burada en makul olan ölçünün tespitinin nasıl yapılacağı belirsizdir. Dolayısıyla mükelleflerin kendi lehlerine olan ölçüyü kullanabilecekleri gibi bir anlam ortaya çıkmaktadır.

2.6.3. Emsallere Uygun Fiyat ya da Bedelin Tespitinde Kullanılan Yöntemler

Mükellefler, ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, işlemin mahiyetine en uygun olan yöntemi kullanarak tespit ederler.

Emsallere uygun fiyata geleneksel işlem yöntemlerinden herhangi birisiyle ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak diğer yöntemleri kullanabilir. Bu

durumda uygulama olanağı bulunan yöntemler, kâr bölüşüm yöntemi ve işleme dayalı net kâr marjı yöntemidir. Söz konusu yöntemler ilişkili kişiler arasındaki işlemlerden doğan kârı esas almaktadır.

Ancak, diğer yöntemler olarak adlandırılan işleme dayalı kâr yöntemlerinin emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde fiyat ya da bedel tespitine olanak vermemesi durumunda, mükellef kendi belirleyebileceği ve daha doğru sonuç verdiği inandığı bir yöntemi de kullanabilecektir. İşleyiş sistemi mükellefler tarafından belirlenecek bu yöntemin de emsallere uygunluk ilkesine göre tespit edilmesi zorunludur.

Dolayısıyla mükellefler aşağıdaki yöntemleri uygulayabilirler.

A. GELENEKSEL YÖNTEMLER

1. Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi
2. Maliyet Artı Yöntemi
3. Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi

B.DİĞER YÖNTEMLER

1. Kar Bölüşüm Yöntemi
2. İşleme Dayalı Net Kar Marjı Yöntemi

C.MÜKELLEFİN KENDİ BELİRLEYECEĞİ YÖNTEM

Ayrıca, emsallere uygun fiyat veya bedel tespitinde hangi yöntemi uygulayacağı konusunda tereddüdü bulunan mükelleflerin Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı ile anlaşarak yöntem belirleme hakkı da bulunmaktadır.

2.6.3.1. Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi

Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade etmektedir.

Bu yöntemin uygulanabilmesi için ilişkili kişilerle yapılan işlemin, birbirleriyle ilişkili olmayan kişilerin yaptıkları işlemler ile karşılaştırılabilir nitelikte olması gerekmektedir. Örneğin; kontrol altındaki işlemlerde satış fiyatının nakliye ve sigorta dahil teslim fiyatı olduğu ve kontrol dışı işlemlerde ise satışların FOB fiyattan benzer koşullar altında gerçekleştiği durumlarda düzeltme yapılmalıdır. Nakliye ve sigortadaki farklılıklar fiyat üzerinde kesin ve tespit edilebilir etkiler oluşturmaktadır. Dolayısıyla, kontrol dışı işlemdeki satış fiyatını belirlemek amacıyla teslimdeki farklılığın fiyat üzerindeki etkisi düzeltilmelidir.

İlişkili kişilerle yapılan işlemlerde oluşan fiyatın, ilişkisiz kişilerle yapılan işlemlerdeki fiyatlardan farklı olması durumunda; ilişkili kişiler arasında yapılan işlemlerin emsallere uygun olarak gerçekleşmediği kabul edilerek, ilişkisiz kişilerle yapılan işlemlerdeki fiyat, ilişkili kişilerle yapılan işlemlerdeki fiyatın yerine ikame edilecektir. Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, işleme konu mal veya hizmet ile işlemin koşullarının gerek ilişkili kişiler arasındaki işlemlerde, gerekse aralarında ilişki bulunmayan kişilerin arasındaki işlemlerde benzer nitelikte olduğu durumlarda uygulanacaktır. Söz konusu işlemler arasında, ölçülebilir nitelikte küçük farklılıklar varsa, bu farklılıklar düzeltilerek yöntemin uygulanması

mümkündür. Ancak, farklılıkların büyük olması ya da farklılıkların ölçülebilmesinin yani somut bir biçimde, tespit işlemlerinde dikkate alınabilme olanağının mümkün olmaması halinde, bu yöntemin de uygulanabilmesi mümkün olmayacaktır. Doğrudan karşılaştırma yapılmasına olanak veren bu yöntem, uygulamada en sık kullanılan yöntemdir.

Sonuç olarak, karşılaştırılabilir nitelikte kontrol dışı işlemlerin bulunması durumunda emsallere uygun fiyat ya da bedelin tespiti bakımından emsallere uygunluk ilkesinin en dolaysız ve güvenilir biçimde uygulandığı bir yöntem olması nedeniyle karşılaştırılabilir fiyat yöntemi diğer yöntemlere tercih edilir.

Örnek 1:

- Türkiye'de yerleşik (A) Kurumu, Türkiye'de bulunan ilişkili kurumu (B)'ye ve ilişkili olmayan (C)'ye bilgisayar satmaktadır.

Aynı ürünün hem ilişkili hem de ilişkisiz şirketlere satılması nedeniyle mevcut farklılıkların düzeltme yapılarak giderilmesi şartıyla karşılaştırılabilir fiyat yöntemi uygulanarak emsallere uygun bedel tespit edilebilecektir. Emsallere uygun bedel tespitinde iç emsal kullanılacak olup, iç emsalin kullanılması emsale uygun bedelin bulunmasında yeterli olduğundan ayrıca dış emsal aranmamalıdır.

- Türkiye'de yerleşik (D) Kurumunun Türkiye'de bulunan ilişkili kurumu (E)'ye satışı dışında aynı ürüne ilişkin ilişkisiz firmalara satışı bulunmamakta olup, Türkiye'de aynı sektörde faaliyet gösteren (X) ve (Y) Kurumlarının benzer nitelikteki ürünü ilişkisiz kişilere sattığı tespit edilmiştir.

Ürüne ilişkin iç emsalin mevcut olmaması nedeniyle, karşılaştırılabilirlik analizinin yapılarak gerekli düzeltmeler sonucu, emsal fiyatın tespitinde Türkiye'de bulunan (X) ve (Y) Kurumlarının benzer nitelikteki ürüne ilişkin işlemlerindeki fiyat yani dış emsaller kullanılabilecektir.

- Türkiye'de yerleşik (F) Kurumu, Türkiye'de ilişkisiz kuruma satışı dışında ayrıca, Almanya'da bulunan ilişkili kurumu (G)'ye de bilgisayar satmaktadır. Dolayısıyla, aynı ürün hem Türkiye'deki ilişkisiz kuruma, hem de Almanya'da bulunan ilişkili kurumu (G)'ye satılmaktadır.

Aşağıda belirtilen her bir seçenek için karşılaştırılabilirlik analizinin yapılarak gerekli düzeltmeler sonucu belirlenen fiyat, emsallere uygun fiyat olacaktır.

- (F) Kurumunun Almanya'daki ilişkisiz şirketlere de satışı varsa bu satışta uyguladığı fiyatı emsale uygun fiyat olarak kullanabilecektir.

- (F) Kurumunun Almanya dışında ancak benzer yapıdaki başka bir ülkedeki ilişkisiz şirketlere satışında uyguladığı fiyatı emsale uygun fiyat olarak kullanabilecektir.

- (F) Kurumunun ürettiği aynı niteliğe sahip ürünü üreten ve Almanya'daki ilişkisiz şirketlere satan Türkiye'deki başka bir kurumun fiyatı emsale uygun fiyat olarak kullanabilecektir.

Yukarıda belirtilen üç seçeneğin de uygulanamaması durumunda, karşılaştırılabilirlik analiziyle ortaya çıkan farklılıkların düzeltilebilmesi şartıyla iç emsal yani Türkiye'de yerleşik (F) Kurumunun yine Türkiye'de bulunan ilişkisiz kuruma satış fiyatı emsale uygun fiyat olarak kullanılabilecektir.

- Türkiye'de yerleşik (K) Kurumu Almanya'da bulunan ilişkili kurumu (L)'ye bilgisayar satmakta olup, aynı ürüne ilişkin Türkiye'de ve Almanya'daki ilişkisiz firmalara satışı bulunmadığı gibi, Türkiye'de bulunan başka bir kurumun da benzer bir ürünü yurt dışına satmadığı tespit edilmiştir. Ancak, Almanya'daki ilişkili (L) Kurumunun benzer niteliklere sahip bilgisayarı İtalya'daki ilişkisiz firmalardan da aldığı bilinmektedir.

Bu durumda, karşılaştırılabilirlik analizi sonucunda farklılıkların büyük olmaması ve düzeltimlerle giderilmesinin mümkün olması şartıyla İtalya'daki şirketin uyguladığı fiyat emsallere uygun fiyat tespitinde kullanılabileceği gibi, Almanya'daki ilişkisiz şirketlerin aynı nitelikteki ürüne uyguladıkları fiyat da gerekli düzeltmelerin yapılması şartıyla kullanılabilecektir.

- Çin'de yerleşik (M) Kurumu, Türkiye'de bulunan ilişkili kurumu (S)'ye bilgisayar satmaktadır. (M) Kurumunun ilişkisiz şirketlere ülke içinde ve ülke dışında herhangi bir satışı olmadığı, ancak yine Çin'de yerleşik (P) ve (R) Kurumlarının Türkiye'deki ilişkisiz kişilere aynı özelliklere sahip bilgisayar sattığı tespit edilmiştir.

(M) Kurumunun, Türkiye'de bulunan ilişkili kurumuna satışları ile ilgili olarak uygulayacağı iç emsal bulunmadığı için (P) ve (R) Kurumlarının Türkiye'deki ilişkisiz kişilere yapmış olduğu satışların dış emsal olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu durumda gerekli düzeltimlerin yapılması şartıyla emsallere uygun fiyatın tespitinde karşılaştırılabilir fiyat yöntemi kullanılabilecektir.

Örnek 2:

Türkiye'de yerleşik tam mükellef (A) Kurumu, çelik sanayiinde kullanılmak üzere ürettiği makineleri sadece Almanya'da ilişkili olduğu (B) Kurumuna; diğer taraftan, benzer nitelikteki makinelerin üreticisi olan Türkiye'de tam mükellef (C) Kurumu da söz konusu makineleri yine Almanya'da yerleşik ilişkisiz (D) Kurumuna satmaktadır.

Söz konusu ürünün, hem (A) hem de (C) Kurumu tarafından aynı ülkede bulunan ilişkili (B) ve ilişkisiz (D) Kurumlarınca ithal edilmesi nedeniyle karşılaştırılabilir kontrol dışı işlemlerin tespiti mümkün bulunmaktadır. Bu örnekte (A) ve (B) Kurumları arasında yapılan işleme iç emsal olabilecek nitelikte bir işlem bulunamadığından dolayı, (C) ve (D) arasında uygulanan fiyat olan dış emsal kullanılabilecektir.

Örnek 3:

Türkiye'de yerleşik tam mükellef (A) Kurumunun yaptığı işlemler aşağıda verilmiştir:

Yıllık olarak ürettiği 10.000 tonluk işlenmiş pamuğun % 25'ini İngiltere'de yerleşik ilişkili (B) Kurumuna, % 30'unu da Fransa'da yerleşik ilişkili (C) Kurumuna ton başına 1.000 YTL'den peşin olarak ödenmek üzere satmaktadır.

Kalan ürünü (% 45) ise yurt içindeki ilişkisiz şirketlere 1.500 YTL'den üç aylık vade ile satmaktadır.

(A) Kurumu tarafından yurt içindeki ilişkisiz şirketlere yapılan satışlar, karşılaştırılabilir kontrol dışı işlemler olarak esas alınabilecektir. Ancak, (A) Kurumunun gerek yurt dışındaki ilişkili şirketler (B) ve (C), gerekse yurt içindeki ilişkisiz şirketlerle arasındaki işlemlerde karşılaştırılabilirlik analizi yapılacak olup, pazardan kaynaklanan farklılıklar da dikkate alınacaktır. Zira İngiltere, Fransa ve Türkiye'nin sahip olduğu pazarların farklılığı pazar şartlarında ve dolayısıyla fiyatlandırmalarda da farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilir. Ayrıca, söz konusu olayda satış miktarı ve satış şartları da emsallere uygun fiyat ya da bedeli etkilediğinden işlem düzeltimi gerekmektedir. Yapılan işlem düzeltimi sonucu karşılaştırılabilir fiyat yönteminin uygulanabilmesi mümkündür.

Örnek 4:

Merkezi İstanbul'da bulunan ve otomotiv, gıda, tekstil ve inşaat alanlarında faaliyetleri bulunan (A) Holding Şirketinin Almanya'da 1, Türkiye'de 3 bağlı şirketi bulunmaktadır. Grup şirketlerinden Bursa'da bulunan (B) şirketinde üretilen iplik, İzmir'de bulunan (İ) şirketine ve Almanya'da bulunan (C) şirketine satılmaktadır.

(A) Holding Şirketi bünyesinde bu ürüne ilişkin olarak ilişkisiz şirketlere satış işlemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla holding bünyesinde bulunan şirketler arasındaki iplik satışına ilişkin olarak kullanılacak emsallere uygun fiyatın tespitinde, iç emsal olmadığından dış emsal araştırılmalıdır. Yapılan araştırmalar sonucu Türkiye'de (A) Kurumu ile ilişkisi bulunmayan bir şirketin ilişkili firmalarına aynı ürünü sattığı tespit edilmiştir. Bu durumda söz konusu işlem de ilişkili kişiler arasında gerçekleştiğinden dış emsal olarak kabul edilemeyecektir. Örneğimizde ancak dış emsalın bulunması şartıyla karşılaştırılabilir fiyat yöntemi kullanılabilir.

Örnek 5:

Kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemlerin aynı anda, üretim ve dağıtım zincirinin aynı aşamasında ve benzer koşullar altında gerçekleştiği varsayımı altında, bağımsız bir kurum, ilişkili iki kurum arasında satılan kahve ile aynı çeşit, miktar ve kalitede markasız Kolombiya kahvesi satmaktadır. Bulunabilen tek kontrol dışı işlem markasız Brezilya kahvesi ise, kahveler arasındaki farklılığın fiyat üzerinde önemli bir etkisinin olup olmadığının incelenmesi uygun olacaktır. Örneğin, kahve çekirdeğinin menşeyinin açık piyasa koşullarında ek prim yaratıp yaratmadığı ya da iskonto ya da yol açıp açmadığı araştırılmalıdır. Bu tür bilgiler mal piyasasından elde edilebilir ya da satıcı fiyatlarından çıkarılabilir. Eğer bu farklılık fiyat üzerinde önemli bir etkide bulunuyorsa, bazı düzeltmeler yapmak uygun olacaktır. Makul ve doğru bir düzeltme yapılamaz ise, karşılaştırılabilir fiyat yönteminin güvenilirliği azalacaktır.

Örnek 6 :

Türkiye'de tam mükellef (A) Kurumu, dolaylı ortağı olan (B) Kurumuna faizsiz olarak 5 milyon YTL borç para vermiş olup, dönem boyunca (X) Bankasına olan borçlarına ise yıllık % 20 faiz ödemiştir. Örneğimizde örtülü sermaye yönünden yapılacak değerlendirme ihmal edilmektedir.

Söz konusu şirket dolaylı ortağına faizsiz olarak para kullandırmak suretiyle emsallere uygunluk ilkesine aykırı bir işlem yaptığından, ilişkili kişiler arasındaki bu işlemde emsallere uygun bedelin tespiti yapılmalıdır.

Örnek 7 :

Türkiye'de tam mükellef olan (X) Bankası ile söz konusu banka personeli Bay (A)'nın 19/07/2007 tarihinde yaptığı 6 ay vadeli forward USD alım sözleşmesine ilişkin veriler aşağıdaki gibidir:

Sözleşme tutarı	: 1.000.000 USD
Vade	: 6 Ay
İşlem anındaki spot kur	: 1,2500
Forward kur	: 1,2600
Vadede spot kur	: 1,3500

Bay (A) altı ayın sonunda 1,2600 kur üzerinden 1.000.000 USD karşılığında 1.260.000 YTL ödeyecektir. Ancak, yapılan incelemeler sonucu ilgili bankanın 25/07/2007 tarihinde ilişkili kişi kapsamında olmayan Bayan (B) ile yaptığı aynı vadeli forward USD alım sözleşmesindeki forward kurunun 1,3400 olarak belirlendiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla karşılaştırılabilirlik analizi sonucu gerekli düzeltimlerin yapılması şartıyla, ilişkili kişiler arasındaki işlemde emsallere uygun bedelin tespit edilmesi gerekmektedir.

Örnek 8 :

(A) Tekstil A.Ş. bir örme makinesini borçlanarak satın alma ya da kiralama seçenekleriyle karşı karşıyadır. Makinenin fiyatı 300.000 YTL olup, (A) Tekstil A.Ş. söz konusu makineyi grup şirketi olan (B) Leasing Şirketinden kiralama yoluna gitmiş ve her yılın sonunda eşit kira ödemesi ile 5 yıllığına sözleşme imzalamıştır. Sözleşme faiz oranı % 10'dur.

Ancak, yapılan incelemelerde benzeri makineleri kiralayan leasing şirketlerinin bu türden kiralamalarda % 15 faiz oranı uyguladığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla, karşılaştırılabilirlik analizi sonucu gerekli düzeltimlerin yapılması şartıyla, ilişkili kişiler arasındaki işlemde emsallere uygun bedelin tespit edilmesi gerekmektedir.

2.6.3.2. Maliyet Artı Yöntemi

Maliyet artı yöntemi, emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder. Buradaki makul brüt kâr oranı, işlemi yapan mükellefin bu mal veya hizmetlere ilişkin olarak, ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde uyguladığı brüt kâr oranı olacaktır. Brüt kar oranı aşağıdaki formüle göre hesaplanacaktır.

$$\frac{\text{Satışlar} - \text{Maliyet}}{\text{Maliyet}} = \text{Brüt kâr oranı}$$

Kurumların maliyetleri belirlenirken; ürünün veya hizmetin üretilmesi için yapılan doğrudan harcamalar, dolaylı harcamalar, üretim süreciyle ilgili olmakla birlikte belirli ürün veya hizmetler için yapılan ortak harcamalar ve faaliyet giderleri dikkate alınmalıdır. Bu

çerçeve, maliyet unsurları içinde yer alan faaliyet giderlerinin, söz konusu işlemle ilgili olmak kaydıyla, en uygun kıstasa göre maliyetlerle ilişkilendirilmesi gerekmektedir.

Piyasa şartları ve gerçekleştirilen işlevler dikkate alınarak ilgili mal ve hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle bulunan tutar ilişkili kişilerle yapılan işlemlerde emsallere uygun fiyat veya bedel olacaktır. Maliyete ilave edilecek kâr marjı olarak yukarıda da belirtildiği gibi, işlemi yapan mükellefin bu mal veya hizmetlere ilişkin olarak ilişkisiz kişilerle yaptığı işlemlerde uyguladığı genel brüt kâr marjı kullanılacaktır. Ancak, böyle bir kâr marjı mevcut değilse ya da karşılaştırma için gerekli işlem sayısı yetersizse, aynı koşullarda karşılaştırılabilir olmak şartıyla dış emsal de kullanılabilecektir.

Maliyet artı yönteminin uygulanabilmesi için kontrol dışı bir işlemin kontrol altındaki bir işlemle karşılaştırılmasında; karşılaştırılan işlemler arasında taraflarca üstlenilen risk ve gerçekleştirilen işlevlerle birlikte maliyetlerin çeşidi ve seviyesi arasındaki farklılıklar göz önünde bulundurularak, bir farklılık var ise bu farklılıkların maddi etkilerini ortadan kaldıracak ayarlamaların yapılabilir olması gerekmektedir. Maliyet bazının az ya da çok olması elde edilecek kâr marjını etkileyeceğinden maliyetlerin tespiti kontrol altındaki ve kontrol dışındaki işlemlerde aynı olmalıdır. Dolayısıyla, kontrol altındaki ve kontrol dışındaki işlemlerde uygulanan muhasebe yöntemleri arasında farklılıklar varsa tutarlılığı sağlamak için kullanılan bilgilerde uygun ayarlamalar yapılmalı ve aynı usul ve esasların kullanımında süreklilik bulunmalıdır.

Karşılaştırılabilir fiyat yöntemine göre bu yöntemin uygulanmasında ürün farklılıklarından ziyade karşılaştırılabilirlik analizinin diğer faktörlerine daha çok ağırlık verilmesi gerekmektedir.

Bu yöntem özellikle hammadde ve yarı mamuller ile imal edilen mallara ilişkin işlemlerde ve fason imalatlarda uygulama alanı bulmaktadır.

Örnek 1:

Hollanda'da yerleşik (A) Kurumu, Türkiye'deki ilişkili (B) Kurumuna otomobil lastiği satmaktadır. (A) Kurumunun Türkiye'de bulunan ilişkisiz şirketlerle benzeri ürün alım veya satım işlemi yapmadığı tespit edilmiştir. Dolayısıyla iç emsal bulunmamaktadır.

Türkiye'de bulunan ve ilişkili olmayan (C), (D) ve (E) Kurumları ise benzer özelliklere sahip otomobil lastiklerini hem yurt içindeki hem de yurt dışındaki bağımsız şirketlere ortalama % 10 kâr marjıyla satmaktadır. Örneğimizde, dış emsal olarak kabul edilecek bu işleme ilişkin kâr marjı kullanılacaktır.

(A) Kurumunun lastik başına maliyet bedeli 100 YTL olarak hesaplanmıştır. Bu durumda, maliyet bedeline % 10 kâr marjı eklenmesi suretiyle hesaplanan $(100 \times 1.10 =)$ 110 YTL (A) Kurumunun ilişkili (B) Kurumuna uygulayacağı transfer fiyatı olacaktır.

Örnek 2:

Türkiye'de tam mükellef olan (A) Kurumu, çanta üretimi yapmaktadır.

(A) Kurumu çantaları Romanya'da bulunan iştiraki (B)'ye satmaktadır. Her bir çantanın maliyeti 50 YTL olup, çanta üretimine ilişkin olarak yapılan genel yönetim giderleri üretim maliyetleri içinde izlenmektedir. (A) Kurumu söz konusu üretimine ilişkin satışlardan % 5 brüt kâr elde etmiştir. (A) Kurumunun aynı ürünü ilişkisiz kişilere satışı bulunmamaktadır.

Türkiye'deki tam mükellef (C) ve (D)'nin aralarında ilişki bulunmadığı ve çanta üretimi yaparak Fransa'daki ilişkisiz alıcılara sattıkları tespit edilmiştir. Ancak, (C) ve (D) Kurumları genel yönetim giderlerini faaliyet giderleri arasında izlemekte ve söz konusu üretime ilişkin satışlardan % 10 brüt kâr elde etmektedir.

(A) Kurumunda maliyet bazının içerisinde genel yönetim giderleri de yer almakta iken, (C) ve (D) Kurumlarının maliyet bazında genel yönetim giderleri bulunmamaktadır. Bu durumda, ilişkili kişilerle ve ilişkisiz kişilerle yapılan işlemlerin karşılaştırılmasında, maliyetlerin bileşenlerinin farklı olması nedeniyle muhasebeden kaynaklanan farklılıklar düzeltilmelidir. Böylece, (A) Kurumu % 5 brüt kâr oranı yerine dış emsali kullanmak suretiyle % 10 brüt kâr oranını esas alacaktır. Bu durumda, (A) Kurumunun genel yönetim giderlerinin 5 YTL olduğu varsayımı altında, 45 YTL (50 YTL - 5 YTL =) üzerine % 10 brüt kâr oranı ilave edilmek suretiyle iştirak (B)'ye satılan her bir çanta için transfer fiyatı 49,5 YTL olarak belirlenecektir.

Örnek 3:

Türkiye'de tam mükellef (A) Kurumu, Türkiye'de bulunan ilişkisiz (B) Kurumuna ekmek kızartma makinasını % 11 kâr marjı ile satmakta, yine her ikisi de Türkiye'de yerleşik (C) Kurumu ilişkili (D) Kurumuna ürettiği blenderları % 8 kâr marjı ile satmaktadır. Küçük ev aletleri sektöründe ekmek kızartma makinası ve blender için geçerli olan kâr marjı % 10'dur. Ancak, (A) Kurumunun üretim maliyeti 60 YTL/birim iken, (C) Kurumunun üretim maliyeti 50 YTL/birimdir.

Kâr marjları karşılaştırılan, üretici (A) ve (C) Kurumlarının üretim maliyetleri ve buna bağlı olarak satış fiyatlarının farklı olmasından dolayı her iki ürün için karşılaştırma yapmak mümkün olmayacaktır. Bunun sebebi, (A) Kurumunun üretim sürecinde kullandığı makinaların maliyetleri için 10 yıl üzerinden amortisman ayırırken, (C) Kurumunun ise üretim sürecinde kullandığı makinaların maliyetleri için 5 yıl üzerinden amortisman ayırmakta olmasıdır. Dolayısıyla, (C) Kurumunun ilişkili kurumu (D)'ye uygulayacağı fiyatın tespitinde, maliyetlerin bileşenlerinin incelenmesi ve muhasebeden kaynaklanan farklılığın gerekli düzeltimi sonucu maliyet artı yöntemi uygulanabilecektir. Diğer bir ifadeyle, ilişkili kişiler arasındaki transfer fiyatının tespitinde, amortisman ayırma sürelerinden kaynaklanan maliyet farklılıklarının düzeltilmesi sonucu küçük ev aletleri sektöründe geçerli olan kâr marjı kullanılarak transfer fiyatı tespit edilecektir.

Örnek 4:

(A) firması, toptan satışı yapılan saatler için zamanlama mekanizması üretmekte olup, bu ürününü yurt dışındaki ilişkili kuruluşu (B)'ye satmaktadır. (A) firması, bu faaliyetinden % 5 oranında brüt kâr elde etmektedir. (X), (Y) ve (Z) firmaları, (A) firması ile aynı pazarda, aynı nitelikte zamanlama mekanizması üreten ve birbirleri ile ilişkisi bulunmayan diğer firmalardır. (X), (Y) ve (Z) firmaları, ürettikleri ürünlerini yurt dışındaki, kendileri ile herhangi bir ilişkisi bulunmayan diğer yabancı firmalara satmaktadır. (X), (Y) ve (Z), bu

faaliyetlerinden % 3 - 5 oranlarında brüt kâr elde etmektedir. (A) firması, yönetim, denetim ve genel giderlerini faaliyet giderleri olarak izlemekte, dolayısıyla üretilen malın maliyeti ile ilişkilendirmemektedir. (X), (Y) ve (Z) firmalarında ise üretilen malın maliyetleri içinde yönetim, denetim ve genel giderler de yer almaktadır. Bu durumda, maliyet artı yönteminin uygulanmasında, muhasebeleştirme tutarlılığı açısından brüt kâr oranları düzeltme tabi tutulmak zorundadır.

Örnek 5:

(Y) çok uluslu şirketinin ortaklarından (A) ile aynı çok uluslu şirketin ortağı (B), (X) ürününün geliştirilmesi amacıyla gerekli olan araştırma faaliyetleri için 500.000 YTL karşılığında anlaşmıştır. Araştırmanın başarısızlığı ile ilgili tüm riskler (B) Kurumu tarafından üstlenilmiştir. (A) Kurumu, aynı zamanda araştırma dolayısıyla geliştirilen bütün gayri maddi varlıkların yanı sıra araştırma sonucunda elde edilecek kâra da sahip olacaktır. Ancak, yapılan inceleme sonucunda aynı piyasada faaliyet gösteren (C) firmasının ilişkili olmayan (D) firmasına aynı hizmeti 550.000 YTL'den sağladığı ve (C) firmasının hizmet maliyetinin 500.000 YTL olduğu tespit edilmiştir.

Buna göre, (C) ile (D) arasında gerçekleşen ve dış emsal olarak alınan işlemde brüt kârın % 10 olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, aynı çok uluslu şirket ortaklarından (A) ve (B) arasında gerçekleşen işleme ait emsal fiyatın 550.000 YTL olması gerekir. İlişkili tarafların üzerinde mutabık kaldıkları bütün araştırma maliyetleri telafi edilmek durumundadır. Böyle bir işlemde maliyet artı yöntemi uygulanabilir.

Örnek 6 :

(S) Sigortacılık A.Ş. ilişkili kuruluşu olan (U) bankasının yurt çapındaki her bir şubesini 10.000 YTL karşılığında yangın, deprem ve hırsızlık için sigortalamaktadır. Ancak, yapılan incelemeler sonucunda aynı piyasada faaliyet gösteren (O) sigorta şirketinin ilişkili olmayan (R) bankasının şubelerinden her birini 12.000 YTL'ye sigorta yaptığı ve (O) firmasının hizmet maliyetinin 10.000 YTL olduğu tespit edilmiştir.

Buna göre, ilişkisiz şirketler arasında gerçekleşen ve dış emsal olarak alınabilecek işlemde brüt kârın % 20 olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, (S) Sigortacılık A.Ş. ile ilişkili (U) bankası arasında gerçekleşen işleme ait emsallere uygun fiyatın 12.000 YTL olması gerekmektedir.

2.6.3.3. Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi

Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade etmektedir.

Söz konusu hesaplama aşağıdaki formül kullanılarak yapılacaktır:

$$\text{Yeniden satış fiyatı} = \frac{\text{Emsallere Uygun Fiyat veya Bedel}}{1 + \text{Brüt satış kâr oranı}}$$

Bu yöntem, ilişkili kişiden satın alınan bir ürünün, ilişkisiz bir gerçek veya tüzel kişiye yeniden satılması durumunda uygulanan fiyatı esas almaktadır. Bu fiyattan (yeniden satış fiyatı) daha sonra yeniden satışı gerçekleştiren satıcının satış ve diğer faaliyet giderlerini karşılayacak ve kullanılan varlıklar ile üstlenilen riskler göz önüne alınarak gerçekleştirilen işlevlerin ışığında uygun bir kâr elde edecek biçimde belirlediği makul bir brüt satış kârı düşülecektir. Diğer bir ifadeyle, buradaki makul brüt satış kârı söz konusu mal veya hizmet için işlem anında uygulanabilecek, piyasa koşullarına göre belirlenen veya üstlenilen işlev ve riskleri dikkate alarak belirlenebilecek objektif nitelikte bir oran ile saptanan kârı ifade etmektedir. Bu kâr düşüldükten sonra mal veya hizmetin ilişkili kişilere satılmasında uygulanabilecek emsallere uygun fiyata ulaşılabacaktır.

Farklı ürünlerin söz konusu olduğu işlemler için de kullanılabilecek olan bu yöntem, özellikle pazarlama faaliyetleri gibi ilişkili şirketin satın aldığı mal veya hizmeti ilişkisiz kişilere sattığı işlemlerde güvenilir sonuçlar vermektedir.

Bu yöntemin uygulanmasında da kontrol altındaki işlem ile kontrol dışı işlemin karşılaştırılabilir olması gerekmektedir. Örneğin, araştırma ve geliştirme harcamaları faaliyet giderleri ya da satışların maliyeti içinde gösterilebilir. Ancak, söz konusu harcamaların işlemlerin birinde faaliyet giderleri, diğerinde satışların maliyeti içinde yer alması durumunda düzeltme yapılması şartıyla, bu iki işlemin karşılaştırılması mümkün olacaktır.

Diğer taraftan, bu yöntemin uygulandığı olaylarda genellikle yeniden satışı yapan kişi ya da kuruluş, satmak üzere aldığı mallara herhangi bir şekilde değer artırıcı bir katkıda bulunmamakta, fiziksel olarak ürünün yapısını değiştirmemekte ve söz konusu ürünü aldığı biçimde satmaktadır. Bu çerçevede paketlenme, etiketlenme ve küçük çaplı montajlar değer artırıcı katkı ya da fiziksel değişim olarak değerlendirilmeyecektir. Ancak, yeniden satıştan önce ürüne çok fazla değer katılması veya bir başka ürünle birleştirilmesi nedeniyle ürünün ilk özelliğini yitirmesi hallerinde emsal bedel bulmak zorlaşacağından, bu yöntemin kullanılması mümkün olmayacaktır.

Örnek 1:

Türkiye'de tam mükellef (A) Kurumu, Yunanistan'da bulunan ana şirketi adına Türkiye'de küçük ev aletleri pazarlamaktadır. (B) Kurumu ise Türkiye'de ilişkisiz bir şirket olarak söz konusu ana şirket ile ticaret yapmakta ve benzer ürünleri aynı şekilde pazarlamaktadır. Üründeki küçük farklılıklar dışında kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemler arasındaki farklılık aşağıda belirtilmiştir:

Ana şirket, ilişkisiz (B) Kurumu ile olan işlemlerinde garanti risklerini üstlenirken, ilişkili (A) Kurumu ile olan işlemlerinde garanti riskini üstlenmemektedir.

Ana şirket, ilişkisiz (B) Kurumuna reklam ve pazarlama malzemelerini ücretsiz sağlarken, ilişkili (A) Kurumu reklam ve pazarlama harcamalarına katlanmaktadır.

Örneğimizde, küçük ev aletleri piyasası Türkiye ve Yunanistan'da aynıdır. (B) Kurumu sattığı küçük ev aletlerinin net satışlar tutarının % 10'u kadar komisyon almaktadır. Buna göre, Yunanistan'da bulunan ana şirket ile (A) Kurumu arasındaki emsal fiyat aşağıdaki gibi hesaplanacaktır.

(A) Kurumunca ilişkisiz kişilere satış fiyatı		3.000
Emsal satış komisyonu		% 10
Emsallere Uygun Fiyat $[3000/(1+0,10)]$		2.727
İşlev ve risk farklılıklarının düzeltimi (-)		30
Reklam ve pazarlama maliyetleri	0	
Garanti maliyetleri	0	
Emsal Fiyat		2.697

Örnek 2:

İtalya'da bulunan (A) şirketi, Türkiye'deki ilişkili şirketi (B)'ye otomobil satmakta olup, işleme ilişkin açıklamalar aşağıda verilmiştir:

- (B) şirketi, (A) şirketinin Türkiye'deki tek dağıtıcısı konumundadır.
- Söz konusu otomobillerin Türkiye'deki satış fiyatı 50.000 YTL'dir.
- Türkiye'de benzer nitelikteki otomobilleri ithal eden dağıtım şirketlerinin ortalama kâr marjı satış fiyatı üzerinden % 10'dur. Bu kâr marjına dağıtıcı tarafından üstlenilen reklam ve garanti hizmeti maliyetleri dahil değildir.
- Türkiye'deki dağıtıcı (B)'nin reklam ve garanti hizmetleri karşılığında üstlenilen maliyetin 2.000 YTL olduğu belirlenmiştir.

(A) şirketinin (B) şirketine uygulayacağı transfer fiyatı, (B) şirketinin yeniden satış fiyatından kâr marjı ile reklam ve garanti hizmetlerine ilişkin maliyetlerinin düşülmesi sonucu aşağıdaki gibi hesaplanacaktır:

$$[50.000/(1+ 0.10)] - 2.000 = 43.455 \text{ YTL}$$

Kurumların ilişkili şirketten aldığı mallara ilave bir değer katmadan ilişkisiz kişilere sattığı durumlarda, ilişkili şirketler arasındaki transfer fiyatı, ilişkisiz kişilere yapıldığı varsayılan satış fiyatından uygun bir kâr marjı ve gerekli ayarlamalar düşüldükten sonra tespit edilecektir.

Örnek 3:

(B) firması, uluslararası faaliyette bulunan (A) firmasının Türkiye'deki ilişkili kuruluşu olup, yapılan işlemlere ilişkin açıklamalar aşağıda verilmiştir.

- (B) firması, (A) firması tarafından üretilen plazma televizyonların dağıtımını yapmaktadır.
- (B) firması, söz konusu ürünleri kendisi ve (A) şirketi ile ilişkisi bulunmayan (D) firmasına 3.150 YTL/adet'ten satmaktadır.
- (A) firması, ayrıca daha düşük kalitede ürettiği plazma televizyonları, Türkiye'de kendisi ve (B) firması ile hiç bir şekilde ilişkisi bulunmayan dağıtıcı (C) firmasına da satmaktadır.
- (B) firması ile (C) firmasının gerçekleştirdikleri işlevler aynı olup, (C) firmasının sattığı televizyonlardan elde ettiği brüt satış kârı % 10'dur.

Yukarıda yer alan bilgilerden anlaşılacağı üzere, kontrol altındaki işlemle kontrol dışı işlem arasında bir ürün kalitesi farklılığı söz konusudur. Ancak, iki ürün arasındaki fiyat farklılığına karşın, kâr oranlarında belirli bir farklılık olmadığı tespit edilmiştir. (B) ve (C) firmalarının gerçekleştirdiği işlevler aynıdır. Bu durumda, (B) firmasının (A) firmasından yaptığı alımlarda emsallere uygun satış fiyatına ulaşmak için yeniden satış fiyatı yöntemi uygulanacak ve brüt satış kârı olarak da % 10 oranı esas alınacaktır.

(B) firmasının (A) firmasından yaptığı alışlarda emsallere uygun birim fiyat şu şekilde hesaplanacaktır:

$$[3.150/(1+ 0,10)] = 2.864 \text{ YTL}$$

2.6.3.4. Kâr Bölüşüm Yöntemi

Kâr bölüşüm yöntemi, ilişkili kişilerin bir veya daha fazla sayıdaki kontrol altındaki işlemlere ilişkin toplam faaliyet kârı ya da zararının, üstlendikleri işlevler ve yüklendikleri riskler nispetinde ilişkili kişiler arasında emsallere uygun olarak bölüştürülmesini esas almaktadır. Bu çerçevede, kâr bölüşüm yöntemine başvurulması durumunda aşağıdaki faktörler dikkate alınır:

- a) Bir ürünün edinimi, üretimi veya satımı ya da hizmet sunumu için yapılan harcamalar,
- b) Bir ürünün geliştirilmesi veya hizmet sunumu esnasında ihtiyaç duyulan sermaye veya kullanılan varlıklar ya da üstlenilen risk derecesi,
- c) İşlemin her aşamasında gerçekleştirilen işlevlerin göreceli önemi,
- d) Ölçülebilir nitelikteki diğer faktörler.

Bu yöntem, geleneksel işlem yöntemlerinin (karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, maliyet artı yöntemi, yeniden satış fiyatı yöntemi) kullanılamadığı özellikle karşılaştırılabilir işlemlerin olmadığı ve ilişkili kişiler arasındaki işlemlerin birbirinin ayrılmaz bir parçası olduğu durumlarda kullanılmalıdır.

Bu yöntem, ilişkisiz şirketlerin yaptıkları işlemleri veya bu işlemde elde edecekleri kârı gözönünde bulundurmak suretiyle, kontrol altındaki bir işlemde oluşan şartların kâr üzerindeki etkisini ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.

Kâr bölüşüm yönteminde, önce ilişkili şirketlerin yaptığı işlemde ortaya çıkan paylaşılacak kâr tespit edilir. Daha sonra bu kâr, ilişkili şirketler arasında paylaştırılır. Kârın bölüşümü, emsal bedel prensibine göre yapılmış anlaşmalardaki tahmin edilen ve yansıtılan şekilde, güçlü ekonomik gerekçelere dayanarak yapılmalıdır. Bileşik kâr; ilk olarak işlemlerin tümünden kaynaklanan toplam kâr ve ikinci olarak taraflardan birine ait olduğu kolaylıkla belirlenemeyecek olan, örneğin yüksek değerli, özgün gayri maddi varlıktan kaynaklanmış artık kârdır.

Her bir işletmenin kârın oluşumuna yaptığı katkının değeri işlev analizlerine göre yapılır ve bu katkılar dış piyasadan elde edilen güvenilir bilgileri kapsayacak şekilde değerlendirilir. İşlev analizi her bir teşebbüs tarafından gerçekleştirilen işlevlerin analizi olup, tarafların üstlendiği riskler ve kullandıkları varlıklar hesaba katılmalıdır.

Bu yöntemde, emsallere uygunluk ilkesinin uygulanması sırasında, her durumun kendi koşullarının göz önünde bulundurulması büyük bir önem taşımaktadır. Özellikle, kârın bölüşüm sürecinde artık kârın taraflar arasında bölüşümünün mümkün olduğu ölçüde kesin rakamları içermesi gerekmektedir. Örneğin, araştırma ve geliştirme harcamalarına yer verildiği durumlarda, uygulanan Ar-Ge türleri arasındaki farklılıkların dikkate alınması gerekebilir.

Bu yöntemin, işlemlerin birbirleriyle iç içe geçtiği ve bağlantılı olduğu veya her bir işlemin ayrı ayrı ele alınmasının zor olduğu durumlarda kullanılması uygun olacaktır.

Örnek 1:

İsviçre'de faaliyette bulunan (A) Kurumu kanser tedavisinde kullanılmak amacıyla "Kodezyak" adı verilen bir ilacın ana maddesini üretmektedir. Bunun yanında, Türkiye'de tam mükellef olan ilişkili (B) Kurumu ise söz konusu ilacın İsviçre'de (A) Kurumunca üretilmesinden sonra kendisinin yapmış olduğu Ar-Ge faaliyeti sonuçları ile ana maddeyi birleştirerek nihai ürün haline getirmektedir. Ayrıca, (B) Kurumu nihai ürünün Türkiye'de dağıtımına yetkili tek şirkettir.

Konuya ilişkin diğer bilgiler aşağıdaki gibidir:

- (B) Kurumu söz konusu ilacın geliştirilmesi için (A) Kurumu ile Ar-Ge ve pazarlama faaliyetleri yürütmektedir.

- Söz konusu ilaca ilişkin, (A) Kurumu 3 YTL, (B) Kurumu ise 12 YTL olmak üzere toplam 15 YTL Ar-Ge ve pazarlama gideri gerçekleştirmiştir.

Üretilen ürünün son derece özgün ve ileri düzeyde bir yapıya sahip olması nedeniyle, piyasada karşılaştırılabilir benzer nitelikte bir ürün bulunmamaktadır. Bu nedenle, karşılaştırılabilir fiyat yönteminin uygulanması mümkün değildir.

Maliyet artı yönteminin uygulanabilmesi için de yeterli veri ve bilgi bulunmamaktadır. Ürünün ilişkili kişiler arasında nitelik değiştirerek alım ya da satıma konu edilmesi nedeniyle yeniden satış fiyatı yönteminin de uygulanması mümkün değildir. Bu durumda uygulanabilecek en iyi yöntem kâr bölüşüm yöntemi olacaktır.

Aynı piyasada benzer bir ürünü gayri maddi varlık kullanmadan üreten ve satan firmalara ilişkin veriler temin edilebilmiştir. Bu piyasada üreticilerin % 10 kâr marjı, toptan satıcıların ise satış fiyatı üzerinden % 25 kâr marjı ile çalıştığı tespit edilmiş olup, (A) ve (B) Kurumlarının birim başına kârdan alacakları paylar iki aşamada tespit edilecektir.

1. Aşama: Getiri tutarının tespit edilmesi

(A) ve (B) Kurumlarının basitleştirilmiş hesapları aşağıdaki gibidir:

		(A) Kurumu		(B) Kurumu
Satışlar		100		125
Satılan Malın Maliyeti(-)		60		100
Brüt Kâr		40		25
Ar-Ge ve Pazarlama Giderleri	3		12	
Genel Yönetim Giderleri	2		3	

Faaliyet Giderleri(-)		5		15
Kâr		35		10

Grubun toplam kârı 45 YTL'dir.

(A) Kurumu:

Satılan Malın Maliyeti	60
Karşılaştırılabilir Firma Esas Alınarak Hesaplanan Kâr (60 x %10)	6
Karşılaştırılabilir Firma Esas Alınarak Hesaplanan Transfer Fiyatı (Gayri Maddi Varlıklar Hariç)	66

(B) Kurumu:

Üçüncü Kişilere Satışlar	125
Karşılaştırılabilir Firmaların Yeniden Satışta Kâr Marjı	% 25
Brüt Kâr (Yeniden Satışta Kâr Marjı) 125 x % 25	31,25

Karşılaştırılabilir firmalar (gayri maddi varlıklar hariç) esas alınarak getiriler şu şekilde hesaplanacaktır:

	(A) Kurumu	(B) Kurumu
Satışlar	66,00	
Satılan Malın Maliyeti (-)	60,00	
Brüt Kâr	6,00	31,25
Faaliyet Giderleri (-)	5,00	15,00
Kâr	1,00	16,25

Bu durumda grubun toplam kârı 17,25 YTL olacaktır.

2. Aşama: Bakiye kârın bölüştürülmesi

Grubun bakiye kârı (45 - 17,25 =) 27,75 YTL'dir.

Her iki firma açısından araştırma ve geliştirme giderleri ile pazarlama giderlerinin, ürünün üretim ve satışında önemli bir role sahip oldukları görülmüştür. Araştırma ve geliştirme giderleri ile pazarlama giderlerinin firmalar itibarıyla durumu aşağıdaki şekildedir:

(A) Kurumu	3 YTL (% 20)
(B) Kurumu	12 YTL (% 80)
Toplam	15 YTL (% 100)

Bakiye kârın bölüşümü, bu harcama oranlarından yararlanılarak aşağıdaki gibi yapılacaktır.

(A) Kurumunun bakiye kârdan alacağı pay (% 20 x 27,75)	5,55 YTL
--	----------

(B) Kurumunun bakiye kârdan alacağı pay (% 80 x 27,75) 22,20 YTL

Bu durumda, düzeltilmiş faaliyet kârları aşağıdaki gibi olacaktır:

A Kurumu = 5,55 + 1,0 = 6,55 YTL

B Kurumu = 22,20 + 16,25 = 38,45 YTL

Sonuç olarak, düzeltilmiş hesaplar her iki Kurum için şu şekilde olacaktır:

	(A) Kurumu	(B) Kurumu
Satışlar	71,55	125,00
Satılan Malın Maliyeti (-)	60,00	71,55
Brüt Kâr	11,55	53,45
Faaliyet Giderleri (-)	5,00	15,00
Kâr	6,55	38,45

Kâr bölüşüm yöntemine göre, (A) Kurumunun satışları için uygulayacağı emsallere uygun fiyat yukarıda da görüldüğü üzere birim başına 71,55 YTL olarak gerçekleşecektir.

Örnek 2:

Güney Kore'de yerleşik ilişkili (A) Kurumu tarafından dizayn edilmekte ve üretilmekte olan bilgisayar parçası, ürünün kalan kısmını dizayn ederek üreten ve Türkiye'de tam mükellef olan (B) Kurumuna transfer edilmekte ve yine Türkiye'deki ilişkili (C) Kurumu tarafından dağıtılmaktadır. Dağıtım şirketinin üstlendiği işlemlere ilişkin bilgiler yeniden satış fiyatı yöntemi ile tespit edilecek olup, (C) Kurumunun dağıtıcı olmasından kaynaklanan riskler (B) Kurumundan (C) Kurumuna transfer edilen nihai ürünlerin transfer fiyatı ile karşılanacaktır.

Eğer, karşılaştırmaya uygun yeterli veriye ulaşılabilirse (A) Kurumundan (B) Kurumuna transfer edilen parçaların fiyatını bulmak için en güvenilir yöntem karşılaştırılabilir fiyat yöntemi olacaktır. Ancak örneğimizde, söz konusu ürün için emsal olabilecek bir fiyat bulunamadığından karşılaştırılabilir fiyat yöntemi ve diğer geleneksel işlem yöntemlerini kullanmak mümkün değildir.

Buna karşın, (A) Kurumundan (B) Kurumuna transfer edilen parçaların sadece (A) Kurumu tarafından sahip olunan yenilikçi teknoloji ile üretilmesinden dolayı (A) Kurumu ile (B) Kurumu arasında gerçekleştirilen işlemlerde kullanılması gereken yöntem işlemsel kâr yöntemlerinden biri olan kâr bölüşüm yöntemidir.

1. Aşama: (A) ve (B) Kurumlarının kâr veya zararı

	(A) Kurumu	(B) Kurumu
Satışlar	50	100
Alışlar (-)	10	50
Üretim Maliyetleri (-)	15	20
Brüt Kâr	25	30
Ar-Ge Harcamaları	15	10
Genel Yönetim Giderleri	10	10

Faaliyet Giderleri(-)		25		20
Kâr		0		10

2. Aşama: (A) ve (B) Kurumlarının üretimden gelen olağan kârının tespiti ve bakiye kârın bölüştürülmesi

Her iki vergilendirme alanında da yenilikçi gayri maddi varlığa sahip olmayan karşılaştırmaya uygun üreticilerin üretim maliyetleri üzerinden % 10'luk bir kâr elde ettikleri tespit edilmiştir. (A) Kurumunun üretim maliyeti 15 YTL ve böylece maliyete dayalı kârı da 1,5 YTL olacaktır. (B)'nin üretim maliyeti 20 YTL ve maliyete dayalı üretim kârı 2 YTL olacaktır. Bakiye kâr ise 6,5 YTL olarak bulunacaktır. Bu da birleşik kâr olan 10 YTL'den birleşik imalat kârı olan 3,5 YTL'nin çıkarılması ile hesaplanacaktır.

İlk dağıtılan kâr, (A)'ya 1,5 YTL ve (B)'ye 2 YTL (A) ve (B) Kurumlarının üretime dayalı işlevlerinin karşılığıdır. Ancak bu kâr, teknolojik açıdan gelişmiş bir ürün için şirketlerin gerçekleştirdiği kendi Ar-Ge harcamalarının değerini göstermemektedir. Ar-Ge harcamalarının yarattığı katma değer yüksek olması nedeniyle, bakiye kârın (A) ve (B) Kurumlarının toplam Ar-Ge maliyeti içindeki paylarına göre aralarında dağıtılması gerekmektedir. Çünkü örneğimizde, şirketlerin Ar-Ge faaliyeti için yapmış oldukları kendi harcamalarının, ürünün teknolojik yenilikçiliğine ilişkin değerine katkısı bulunmaktadır.

(A) Kurumunun Ar-Ge harcaması 15 YTL ve (B) Kurumunun Ar-Ge harcaması ise 10 YTL olduğuna göre, toplam Ar-Ge harcamaları 25 YTL olacaktır. Bakiye kâr olan 6,5 YTL aşağıda hesaplandığı şekilde dağıtılacaktır.

$$\begin{aligned} \text{(A) Kurumu} & 6,5 \times 15/25 = 3,9 \text{ YTL} \\ \text{(B) Kurumu} & 6,5 \times 10/25 = 2,6 \text{ YTL} \end{aligned}$$

d) Kârların yeniden hesaplanması

$$\begin{aligned} \text{(A) Kurumu} & 1,5 + 3,9 = 5,4 \text{ YTL} \\ \text{(B) Kurumu} & 2,0 + 2,6 = 4,6 \text{ YTL} \end{aligned}$$

Transfer fiyatlandırması açısından kurum kâr veya zararları aşağıdaki gibi olacaktır:

		(A) Kurumu		(B) Kurumu
Satışlar		55,40		100,00
Alışlar (-)		10,00		55,40
Üretim Maliyetleri (-)		15,00		20,00
Brüt Kâr		30,40		24,60
Ar-Ge Harcamaları	15,00		10,00	
Genel Yönetim Giderleri	10,00		10,00	
Faaliyet Giderleri (-)		25,00		20,00
Kâr		5,40		4,60

Kâr bölüşüm yöntemine göre, (A) Kurumunun satışları için uygulayacağı emsallere uygun fiyat yukarıda da görüldüğü üzere birim başına 55,40 YTL olarak gerçekleşecektir.

2.6.3.5. İşleme Dayalı Net Kâr Marjı Yöntemi

İşleme dayalı net kâr marjı yöntemi, doğrudan ve dolaylı maliyetlerin indirilmesinden sonra elde edilen faaliyet kârını satışlara, maliyetlere, varlıklara ve benzeri mali büyüklüklere oranlayarak elde edilen kâr düzey göstergelerini esas almaktadır. Bu yöntemde, mükellefin kontrol altındaki bir işleme ilişkin net kâr marjının maliyetler, satışlar veya varlıklar gibi değerlere göre hesaplanması gerekmektedir. Dolayısıyla kâr düzey göstergeleri esas alınarak kontrol altındaki işlemlerle kontrol dışı işlemler karşılaştırılacaktır.

İşleme dayalı net kâr marjı yönteminin uygulanması yeniden satış fiyatı ve maliyet artı yönteminin uygulanmasına benzerlik göstermektedir. İşleme dayalı net kâr marjı yöntemi ile bu yöntemler arasındaki fark, diğer iki yöntemde brüt kâr marjı hesaplanırken, bu yöntemde net faaliyet kâr marjının hesaplanmasıdır. Bu yöntemde de karşılaştırılabilirlik analizi yapılacaktır. Ancak işlevlerde farklılık olsa dahi, net faaliyet kâr marjı, bu farklılıktan maliyet artı ve yeniden satış fiyatı yönteminde dikkate alınan brüt kâr marjına göre daha az etkilenmektedir.

Net faaliyet kâr marjının tespitinde, öncelikle mükellefin karşılaştırılabilir kontrol dışı bir işlemde uyguladığı net faaliyet kâr marjı dikkate alınacaktır. Bunun mümkün olmaması durumunda, ilişkisiz bir kurumun karşılaştırılabilir kontrol dışı bir işlemde uyguladığı net faaliyet kâr marjı dikkate alınır. Yöntemin uygulanmasında ilişkili kurumların işlev analizinin yapılması gereklidir. Aralarında ilişki bulunmayan işletmelerin net faaliyet kâr marjlarının kullanılacağı durumlarda, güvenilir sonuçların elde edilebilmesi için işlemlerin karşılaştırılabilir olup olmadığı ve ne kadar ayarlama yapılması gerektiği belirlenmelidir. Bu yöntem kullanılarak yapılan analizlerde, ilişkili kurumların tek bir kontrol altındaki işlemine ait kâr dikkate alınmalıdır.

Örnek 1:

Türkiye'de faaliyette bulunan tam mükellef (A) Kurumu, Hollanda'da bulunan ilişkili (B) şirketine televizyon satmakta olup, bu işleme ilişkin açıklamalara aşağıda yer verilmiştir:

(A) Kurumu ile ilişkili (B) şirketi arasındaki emsallere uygun fiyatın belirlenebilmesinde geleneksel işlem yöntemlerinin uygulanması için gerekli veriler bulunmadığından, işleme dayalı net kâr marjı yöntemi kullanılmıştır.

- Televizyonun satış fiyatı 600 YTL'dir ve ilgili yılda (B) şirketine 1000 adet televizyon satılmıştır.

Satışlar	600.000
Satılan Malın Maliyeti (-)	550.000
Faaliyet Giderleri (-)	20.000
Faaliyet Karı	30.000

Söz konusu faaliyet için şirketin kullandığı varlıklar (dönen ve duran varlıklar) toplamı 1.000.000 YTL'dir. Bu durumda varlıkların getiri oranı $30.000/1.000.000 = \% 3$ olmaktadır.

- Hollanda'da bulunan ilişkili (B) şirketi aldığı televizyonları % 25 brüt kâr marjı ile 750 YTL'ye satmaktadır.

Satışlar	750.000
Satılan Malın Maliyeti (-)	600.000
Faaliyet Giderleri (-)	50.000
Faaliyet Karı	100.000

(B) şirketinin bu faaliyeti ile ilgili olarak kullandığı varlık toplamı 800.000 YTL'dir. Varlıkların getirisi $100.000/800.000 = \% 12,5$ olmaktadır.

- Yapılan işlev analizi sonucu, karşılaştırılabilir şirket olarak belirlenen Türkiye'deki tam mükellef (C), (D) ve (E) Kurumlarının beyaz eşya ticareti yaptığı ve varlıkların getiri oranının ortalama % 7,5 olduğu tespit edilmiştir.

- Ortalama getiri oranına ulaşabilmek amacıyla, ana firma olan Türkiye'deki (A) Kurumunun ilişkili (B) şirketine televizyon satış fiyatının yeniden belirlenmesi gerekmektedir. Bu suretle varlıkların getiri oranı emsallere uygun olacaktır.

Örnek 2:

Türkiye'de faaliyette bulunan dağıtım firmalarından (A), ilişkili firması (C)'ye ve aynı sektörde faaliyet gösteren (B) firması da ilişkisiz (D) firmasına aynı marka altında kompakt disk satmaktadırlar. (A) firması, sattığı mal için bir yıl garanti verirken, (B) firması herhangi bir garanti vermemektedir. (A) firması, fiyat oluştururken garanti hizmetinin maliyetlerini dikkate almamakta, dolayısıyla kayıtlarına göre satılan mal maliyetini daha düşük tespit etmiş olduğundan, söz konusu malı, (B) firmasına göre daha yüksek bir brüt satış kârı ile daha yüksek bir fiyata satmış görünmektedir.

Bu durumda, (A) ve (B) firmalarının brüt satış kârları karşılaştırılabilir nitelikte bulunmamaktadır. Güvenilir bir karşılaştırma yapılabilmesi için garanti hizmetine ilişkin olarak düzeltim yapılması gerekmektedir. Ancak örneğimizde, (A) firmasının üstlendiği garanti maliyetleri tam olarak saptanamadığından, bu durum garanti hizmetine ilişkin düzeltim yapılmasını olanaksız kılmaktadır.

Bununla birlikte, (A) ve (B) arasında başkaca maddi bir işlevsel farklılık yoksa ve (A) firmasının satışlarına göre net kârı biliniyorsa, (A) firmasının net kâr marjı ile (B) firmasının net kâr marjı, aynı temelde karşılaştırılarak, (A) firması ve ilişkili (C) firması arasında gerçekleştirilen işlemlere ilişkin transfer fiyatlandırmasının tespitinde işleme dayalı net kâr marjı yönteminin uygulanması mümkün olacaktır.

2.6.3.6. Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı ile Anlaşma Usulü

Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13 üncü maddesinin (5) numaralı fıkrasında, mükellefin ilişkili kişilerle yaptığı işlemlere ilişkin olarak belirleyeceği yöntem konusunda Maliye Bakanlığı Gelir İdaresi Başkanlığı'na başvurarak anlaşma yapma olanağı getirilmiş ve yöntem üzerinde anlaşma sağlanması halinde, bu yöntemin üç yılı aşmamak üzere belirlenen süre ve koşullar altında kesinlik taşıyacağı ve bu şekilde tespit edilen yöntemin, belirlenen koşullar altında eleştiri konusu yapılamayacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, uygulayacağı yöntem konusunda tereddütü bulunan mükellefin gerekli bilgi ve belgelerle birlikte İdare'ye başvurarak belli bir dönem için yöntem tespiti talebinde bulunabilmesi mümkündür.

18/11/2007 tarih ve 26704 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan, Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğine ve 06.12.2007 tarih ve 26722 sayılı Resmi Gazete’de Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Karar’a göre, peşin fiyatlandırma anlaşmasının kapsamına kurumlar vergisi mükellefleri girmektedir. Gelir vergisi mükelleflerinin bu kapsama sokulmamasının sebebi anlaşılamamaktadır. Konu aşağıda daha ayrıntılı olarak değerlendirilecektir. Bu çerçevede, 01/01/2008 tarihinden itibaren Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'na kayıtlı mükelleflerin, 01/01/2009 tarihinden itibaren ise tüm kurumlar vergisi mükelleflerinin ilişkili kişilerle yaptıkları yurt dışı işlemlerine ilişkin olarak belirlenecek yöntem konusunda İdare'ye başvurmaları mümkün bulunmaktadır.

Peşin fiyatlandırma anlaşmasına ilişkin süreç, mükellefin yazılı başvurusu ile başlamakta olup, mükellef söz konusu başvuru ile birlikte, asgari bilgi ve belgeleri İdare'ye sunmak zorundadır. Başvuru sırasında sunulması gereken bilgi ve belgeler şunlardır.

1) Yazılı Başvuru [Yazılı Başvuru’da anlaşmanın süresine ilişkin talep, anlaşma sürecine katılacak mükelleflerin ya da temsilcilerin adları, T.C. kimlik numaraları, adresleri, telefon numaraları, mükellefin faaliyet konusu, kurumun yapısı (merkez, şube) ve ortakları, sermaye yapısı, içinde bulunduğu sektör, ekonomik ve hukuki geçmişi hakkında özet bilgiler, ilişkili kişilerin tanımı ve bu kişiler arasındaki mülkiyet ilişkilerine ilişkin bilgiler yer alır.],

2) Üstlenilen işlevleri, sahip olunan riskleri ve kullanılan varlıkları içeren tüm bilgiler,

3) Kritik varsayımlara ilişkin bilgiler ve gerekçeleri (önerilen transfer fiyatlandırması yöntemi ile bu yöntemin seçimine ve uygulanmasına esas teşkil eden koşullara ve varsayımlara ilişkin açıklamalar, analizler ve yapılan diğer çalışmalar),

4) Gayri maddi varlıkların mülkiyetine ve alınan veya ödenen gayri maddi hak bedellerine ilişkin bilgi,

5) İlişkili kişiler tarafından farklı muhasebe standartları ve yöntemleri kullanılıyor ise bunlara ilişkin bilgi,

6) Başvuru tarihinin içinde bulunduğu hesap dönemine ilişkin ürün fiyat listeleri,

7) Başvuru tarihinin içinde bulunduğu hesap dönemine ilişkin üretim maliyetleri,

8) İlişkili kişiler arasındaki işlemlere uygulanan şirket içi fiyatlandırma politikası,

9) Başvuru tarihinin içinde bulunduğu hesap döneminde ilişkili ve ilişkisiz kişilerle yapılan işlemlerin miktarı ile fatura, dekont ve benzeri belgeler,

10) İlişkili kişilerin son üç yıla ilişkin mali tabloları, gelir veya kurumlar vergisi beyanname örnekleri, yurt dışı işlemlerine ait sözleşmelerin örnekleri,

11) Önerilen transfer fiyatlandırması yöntemini destekleyen son üç yıla ait finansal veriler ve bunlarla ilgili belgeler,

12) İki veya daha fazla karşılaştırılabilir işlemin olması durumunda belirlenen emsal fiyat aralığı ve bu aralığın tespitinde kullanılan yöntem,

13) Emsal fiyatın tespit edilmesi için gerekli diğer belgeler.

Ayrıca idare, gerekli gördüğü takdirde mükelleften ilave bilgi ve belge talebinde bulunabilir. İlgili bilgi ve belgelerin yabancı dilde yazılmış olmaları halinde, bunların Türkçe çevirilerinin de ibraz edilmesi zorunludur.

Peşin fiyatlandırma anlaşmasına ilişkin başvuruda bulunan mükellef iki taraflı veya çok taraflı peşin fiyatlandırma anlaşması talep edebilir. İdare, iki taraflı ya da çok taraflı peşin fiyatlandırma anlaşmasına ilişkin talebin değerlendirilmesi sonucu birden fazla ülkeyi ilgilendirdiğini tespit ederse, ilgili ülke/ülkelerle vergi anlaşması bulunması ve anlaşmanın imkan vermesi şartıyla, Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları çerçevesinde değerlendirme yapacaktır.

Mükelleflerin ilişkili kişilerle yaptığı işlemlere ilişkin olarak belirleyeceği yöntem konusundaki başvurusu ile ilgili olarak İdare tarafından yapılacak değerlendirme aşağıdaki şekilde gerçekleşecektir:

Ön Değerlendirme: Yapılan başvuru, sunulan bilgi ve belgelerle birlikte İdare tarafından bir ön değerlendirmeye tabi tutulur.

İdare, mükellefin yaptığı başvuruda yer alan bilgi ve belgeler üzerinden, peşin fiyatlandırma anlaşmasının uygun olup olmadığını, ne tür bilgilere ihtiyaç olduğunu tespit etmek amacıyla bir ön değerlendirme yapar.

Söz konusu başvuruda yer alan bilgi ve belgelerin yeterli bir değerlendirme yapma olanağı sunmaması halinde, İdare mükelleften ilave bilgi ve belge talebinde bulunabilir veya mükellef ile görüşme yapabilir.

Bu tür bir ön değerlendirme yapılması, mükellef ile İdare arasında kesin olarak bir peşin fiyatlandırma anlaşması yapılacağı anlamına gelmemektedir.

Öte yandan, bu süre zarfında mükellef başvurusunu geri çekme hakkına sahiptir.

Analiz: Gerekli veriler tamamlandıktan sonra, karşılaştırılabilir işlemlerin, kullanılan varlıkların, diğer düzeltimlerin, uygulanabilir yöntemlerin, anlaşma şartlarının ve diğer temel hususların değerlendirmesi yapılır.

Anlaşmanın kabulü veya reddi: İdare yapılan analiz sonucunda, mükellefin başvurusunu aynen kabul edebilir veya gerekli değişikliklerin yapılması koşuluyla kabul edebilir ya da reddedebilir. İdare'nin başvuruyu kabul etmesi halinde mükellef ile İdare arasında peşin fiyatlandırma anlaşması imzalanır.

Peşin fiyatlandırma anlaşmalarının süresi en fazla 3 yıl olup, söz konusu anlaşma imzalandığı tarihten itibaren hüküm ifade edecektir. Örneğin, mükellef tarafından 15/03/2008 tarihinde yapılan başvuru sonucunda devam eden süreç 15/06/2009 tarihinde İdare ile mükellef arasında imzalanan anlaşma ile sonuçlanmıştır. Bu durumda, peşin fiyatlandırma

anlaşmasının hükümleri anlaşmanın imzalandığı 15/06/2009 tarihinden itibaren geçerli olacaktır.

Peşin fiyatlandırma anlaşmasına ilişkin sürecin her aşamasında, mükellef ile karşılıklı bilgi ve görüş alışverişinde bulunulur.

Ayrıca, yapılan her anlaşma yalnızca ilgili mükellefe özgüdür ve bu mükellefi ilgilendirmektedir. Dolayısıyla, yapılan anlaşmaların başka mükellefler tarafından emsal olarak kullanılması veya yapılan işlemlere ilişkin bir kanıt olarak sunulması mümkün değildir.

Anlaşma kapsamındaki işlemlere ilişkin uygulama, anlaşma kapsamında belirlenen yöntem ve bu yöntemin uygulama şartları ile ilgili olarak inceleme yapılabilir. Dolayısıyla, İdare ile mükellef arasında sadece "yöntem" konusunda anlaşmaya varılacak olup, peşin fiyatlandırma anlaşmasının yapılmış olması, anlaşma konusuyla ilgili olarak mükellef ya da mükelleflerin İdare tarafından incelenmeyeceği anlamına gelmemektedir.

İdare, mükellefin söz konusu koşullara uyum gösterip göstermediğini ve/veya bu koşulların geçerliliğini sürdürüp sürdürmediğini, anlaşmada belirlenen süre müddetince mükellefin sunacağı yıllık rapor üzerinden takip edecektir. Söz konusu raporun, anlaşma müddeti boyunca her yıl kurumlar vergisi beyannamesinin verilme süresi içinde, 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ ekinde belirtilen, formata uygun olarak hazırlanarak bir yazı ekinde İdare'ye gönderilmesi gerekmektedir.

Ancak, bu raporun kim tarafından düzenleneceği, tasdik kapsamında olup olmayacağı, meslek mensuplarına ilişkin herhangi bir sorumluluk yaratıp yaratmayacağı, gerek anılan tebliğde gerekse Bakanlar Kurulu Kararı'nda belirtilmemiştir. Bu konuda gerekli tali düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Anlaşmanın yenilenmesi: Mükellef mevcut bir peşin fiyatlandırma anlaşmasının yenilenmesi talebinde bulunabilir. Bu durumda mükellef anlaşma süresinin bitiminden en az 9 ay önce İdare'ye başvurmalıdır. Mükellef başvurusunda, mevcut anlaşmada belirtilen koşullar ile varsayımlarda herhangi bir değişiklik meydana gelip gelmediğini, anlaşmanın yenilenmesi sonucunda anlaşmada herhangi bir değişiklik yapılması gerekip gerekmediğini ve tespit edilen yöntemin anlaşmada kavranan işlemlerin mahiyetine en uygun olarak emsallere uygunluk ilkesini karşıladığını gösterecek gerekli bilgi ve belgeleri sunmalıdır.

İdare söz konusu başvurunun incelenmesi sonucunda, mevcut anlaşmada belirtilen koşullar ile varsayımların devam ettiğine ve tespit edilen yöntemin emsallere uygunluk ilkesini karşıladığına karar verirse, mevcut anlaşmanın aynı koşulları, varsayımları ve yöntemi kapsayacak şekilde bir dönem daha devam ettirilmesini kabul edebilir. Bununla birlikte, İdare, anlaşmada kavranan işlemlerin mahiyetinin, belirtilen koşulların ve varsayımların değiştiğine ya da farklı bir yöntem tespit edilmesi gerektiğine karar verirse, mükellefin yeni bir peşin fiyatlandırma anlaşması başvurusunda bulunması gerekir.

Anlaşmanın revize edilmesi: İdare ile mükellef arasında imzalanmış ve yürürlükte olan bir peşin fiyatlandırma anlaşması aşağıdaki durumların gerçekleşmesi halinde revize edilebilir:

- Anlaşmada yer alan kritik bir varsayımın gerçekleşmemesi,

- Anlaşma koşullarında önemli bir değişikliğin gerçekleşmesi,
- Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları da dahil, yasal düzenlemelerde anlaşmayı etkileyecek değişikliklerin gerçekleşmesi,
- Mükellef ile İdare ve diğer ülkenin idaresi arasında gerçekleştirilmiş iki taraflı peşin fiyatlandırma anlaşmalarında, diğer ülke idaresinin anlaşmayı revize etmesi, yürürlükten kaldırması veya iptal etmiş olması

Mükellef, İdare ile imzaladığı peşin fiyatlandırma anlaşmasının revize edilmesi amacıyla İdare'ye başvurabilir. Söz konusu başvuruda mükellef anlaşmanın revize edilmesi talebinin nedenlerini de içerecek şekilde gerekli bilgi ve belgeleri İdare'ye ibraz etmek zorundadır. İdare anlaşmanın revize edilmesini kabul ederse, anlaşmanın yürürlük tarihi İdarece yeniden tespit edilecektir. Ancak, mükellef tarafından anlaşmanın revize edilmesine ilişkin yapılan başvuru İdarece kabul edilmez ise bu durumda İdare tek taraflı olarak anlaşmayı iptal edebilir.

Anlaşmanın iptali: Peşin fiyatlandırma anlaşması aşağıda belirtilen durumlarda iptal edilebilir:

- Mükellefin peşin fiyatlandırma anlaşmasında belirtilen koşullara uymaması,
- Söz konusu koşulların geçerliliğini sürdürmemesi,
- Yıllık raporun zamanında ibraz edilmemesi,
- Mükellef tarafından gerek başvuru esnasında gerekse sonraki aşamalarda (yıllık rapor da dahil) ibraz edilen bilgi ve belgelerin eksik, yanlış veya yanıltıcı olduğunun tespit edilmesi,
- Anlaşmada meydana gelen bir değişiklik (kritik varsayımlardan bir ya da birden fazlasının geçerliliğini yitirmesi gibi) nedeniyle peşin fiyatlandırma anlaşmasının gözden geçirilmesi konusunda tarafların anlaşmaya varamaması

durumlarında mevcut anlaşma İdare tarafından tek taraflı olarak önceki dönemleri de kapsayacak şekilde iptal edilir. Bu durumda, anlaşma hiç yapılmamış kabul edilerek mükellef vergi incelemesine sevk edilir.

Peşin fiyatlandırma anlaşmasının, OECD tarafından hazırlanan Çok Uluslu Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi'nde belirtilen avantaj ve dezavantajları aşağıdaki gibidir:⁴⁷

Avantajlar:

1-Peşin fiyatlandırma anlaşması, uluslararası işlemlerde vergisel yükümlülüklerin tahmin edilebilirliğini artırarak, mükellef için belirsizliklerin giderilmesini sağlamaktadır.

2-Peşin fiyatlandırma anlaşmaları, vergi idareleri ve mükellefler arasında herhangi bir çatışma ortamı oluşturmada işbirliği ve danışma olanakları sağlamaktadır.

3-Peşin fiyatlandırma anlaşmaları, hem mükellef hem de vergi idareleri açısından transfer fiyatlandırmasına ilişkin sorunlu konularda olayı mahkeme aşamasına gitmeden çözmekte ve her iki tarafa da gerek maliyet, gerekse zaman tasarrufu sağlamaktadır.

⁴⁷ KAPUSUZOĞLU, Tuncay; Vergisel Yönden Transfer Fiyatlandırması, Oluş Yayıncılık, 2003., Sayfa:192.

4-İlgili bütün ülkelerin katılması koşuluyla, iki taraflı ya da çok taraflı peşin fiyatlandırma anlaşmaları, ekonomik ve hukuki olarak çifte vergilendirme olasılığını gidermekte ya da azaltmaktadır.

5-Peşin fiyatlandırma anlaşmaları sürecindeki işbirliği, anlaşma programına ilişkin açıklamalar ve bilgilerin iletilmesi, vergi idarelerinin uluslararası şirketler grubunun karmaşık işlemlerini daha kolay kavramasını sağlamaktadır.

Dezavantajlar:

1-Tek yanlı peşin fiyatlandırma anlaşmaları, hem mükellefler hem de vergi idareleri açısından önemli sorunlar yaratabilmektedir. İki taraflı ya da çok taraflı anlaşmaların aksine, tek yanlı anlaşmalar çokuluslu şirketler grubu için ekonomik ve hukuki yönüyle çifte vergilendirme sorununu giderememekte ve mükellef açısından da yaptığı işlemlere ilişkin olarak bir kesinlik getirememektedir.

2-Tek yanlı peşin fiyatlandırma anlaşmaları ile ilgili bir diğer sorun karşılıklı düzeltim konusunda çıkmaktadır. Bir ülkede emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda peşin fiyatlandırma anlaşması ile kabul edilen bir fiyatlandırmayı, diğer bir ülke kendi görüşü doğrultusunda tutarlı bulmayabilir. Böyle bir durum sorunlara yol açacaktır.

3- Eğer peşin fiyatlandırma anlaşmasında kritik varsayımlar yeterince dikkate alınmadan, pazar koşullarındaki değişim için güvenilir tahminler yapılmadıysa bu durum sorunlara yol açacaktır. Çifte vergilendirme riskinden kaçınmak için peşin fiyatlandırma anlaşmaları esnek hazırlanmalıdır, zira statik bir anlaşma emsallere uygunluk ilkesi konusunda da tatminkar sonuçlar vermeyecektir.

4- Peşin fiyatlandırma anlaşmaları ilk olarak transfer fiyatlandırmalarının denetiminde bir kaynak olacaktır ve vergi idareleri anlaşmalardaki amacın dışında başka amaçlar için de (kontrol, tavsiye, dava konuları gibi) bunları kullanabilecektir.

5-Bir diğer potansiyel dezavantaj, vergi idaresinin yaptığı tek yanlı anlaşmaların yalnızca bir grubun belli sayıdaki bağlı şirketine ait olması durumunda ortaya çıkacaktır. Böyle bir durumda eğilim, sonuçlara ulaşmada kullanılan temellerin uyumlaştırılarak, sonraki anlaşmalarda benzeri bir yolun izlenmesinin sağlanması şeklinde olabilecektir. Bu da diğer pazarlardaki faaliyetlerin yeterince göz önüne alınmamasına yol açacaktır.

6-Peşin fiyatlandırma anlaşmaları doğası gereği, mükelleflerin vergisel konularda “gönüllü olarak uyum”a taraftar imajına (geçmişine) sahip olmak istemeleriyle bağlantılı olacaktır. Bazı ülkelerdeki uygulamalar, genellikle peşin fiyatlandırma anlaşmaları ile ilgilenen mükelleflerin çok büyük kuruluşlar olduğunu ve düzenli olarak denetim gördüklerini, transfer fiyatlandırma uygulamalarının da her olayda incelendiğini göstermektedir. Peşin fiyatlandırma anlaşmalarına başvurmak, mükellefin özel ve ilkeli olmasından ziyade, çoğu kez vergi idaresi ile transfer fiyatlandırması konusunda güçlük yaşamak istememesinden kaynaklanmaktadır. Bu durum, denetim kaynaklarının ve uzmanların yasalara uyum sorunu olan mükelleflerden ziyade, peşin fiyatlandırma anlaşmalarının düzenlenmesi için söz konusu büyük firmalara yönelmeleri şeklinde ciddi bir soruna yol açabilmektedir. Oysa bu kaynaklar, vergi kaçığı riskini azaltmak üzere daha iyi kullanılabilir durumdadır. Peşin fiyatlandırma anlaşmalarının deneyimli ve uzmanlaşmış elemanlara ihtiyaç göstermesi, söz konusu kaynaklar konusunda bir denge oluşturulmasını

güçleştirmektedir. Peşin fiyatlandırma anlaşma talepleri, belli özelliği olan alanlarda yoğunlaşabilmektedir (uluslararası ticaret gibi), bu durum da vergi idaresince bu alanlara tahsis edilen uzman kaynaklarını daha da sıkıntıya sokabilmektedir. Vergi idarelerinin, elemanlarını bu tipte özellikli alanlarda anlaşma sürecinde mükelleflerden gelebilecek beklenmedik taleplere karşı yetiştirilebilmesi, eğitilebilmesi için zamana ihtiyacı vardır.

7-Eğer peşin fiyatlandırma anlaşması uygun olarak idare edilmezse çeşitli zorluklar ortaya çıkacaktır. Bu durumda vergi idaresi bu zorlukları aşmak için sıkı bir çalışma yapmak zorundadır. Örneğin, peşin fiyatlandırma anlaşmasında, normal transfer fiyatlandırması incelemelerinden daha ayrıntılı sektör bilgileri ve mükellefe ilişkin özel bilgiler istenebilir. Bunu yanı sıra, peşin fiyatlandırma anlaşmaları vergi idaresinin işlemlerle ilgili olarak normal transfer fiyatlandırması incelemelerine göre daha sıkı bir çalışma yapmasını gerektirebilir.

Burada belirtilmesi gereken bir diğer husus, peşin fiyatlandırma anlaşmalarının mükellef için transfer fiyatlandırmasıyla ilgili faaliyet konusunda herhangi bir denetim muafiyeti getirmediğidir.

8- Eğer vergi idaresi, peşin fiyatlandırma anlaşmasında elde ettiği bilgileri kendi denetim programlarında kötüye kullanırsa, bu durum da ciddi sorunların ortaya çıkmasına neden olacaktır. Peşin fiyatlandırma anlaşması ile ilgili görüşmelerde olumsuz bir karar çıkması ya da mükellefin görüşme esnasında anlaşmadan vazgeçmesi halinde, mükellef tarafından somut olgulara dayanmadan sunulan bilgiler (önerilen fiyat, nedenler, düşünceler, hükümler vb.) incelemelerle ilgili herhangi bir konuda kullanılamazlar. Bunun yanı sıra anlaşmanın sağlanamamış olması, vergi incelemesine başlama nedeni olamaz.

9-Vergi idaresi, peşin fiyatlandırma anlaşması sürecinde mükellef tarafından ibraz edilen ticari sırların, diğer hassas bilgi ve belgelerin güvenliğini sağlamak zorundadır.

10- Peşin fiyatlandırma anlaşmalarının belli bir zaman anlaşması ve maliyetli olmasından dolayı, küçük mükelleflerce uygulanma olanağı olamayabilmektedir. Bu hususa, özellikle bağımsız uzmanlara ihtiyaç duyulduğu durumlarda rastlanmaktadır. Peşin fiyatlandırma anlaşmalarına transfer fiyatlandırmasına konu olayların çok büyük olduğu durumlarda daha sık rastlanmaktadır.

2.7. GAYRİ MADDİ HAKLARIN TRANSFER FİYATLANDIRMASINA KONU EDİLMESİ

Gayri maddi haklar, sinema filmleri, radyo-televizyon yayınlarında kullanılan filmler ve bantlar dahil olmak üzere edebi, artistik, bilimsel her nevi telif hakkının veya her nevi patentin, alameti farikanın, desen veya modelin, planın, gizli formül veya üretim yönteminin veya sınai, ticari, bilimsel tecrübeye dayalı bilgi birikiminin kullanma imtiyazı, kullanma hakkı veya satışı ile sınai, ticari, bilimsel teçhizatın kullanma imtiyazı veya kullanma hakkını ifade etmektedir. Başka bir ifadeyle, gayri maddi haklar patent, ticari marka, ticari unvan, tasarım ya da model gibi sınai varlıkların kullanım hakkı ile edebi, sanatsal eserlerin mülkiyet hakları ile ticari bilgi birikimi (know how) ve ticari sırlar gibi fikri hakları kapsamaktadır.

Gayri maddi haklar özellikleri nedeniyle ticari gayri maddi haklar ve pazarlama amaçlı gayri maddi haklar olmak üzere iki grup altında değerlendirilmektedir. Ticari gayri maddi haklar bir malın üretiminde ya da bir hizmetin sağlanmasında kullanılan patentler, know-how, dizaynlar ve modeller ile müşterilere transfer edilen ya da ticari faaliyetin işletiminde

kullanılan (bilgisayar yazılım programları gibi) ticari varlık niteliğine sahip gayri maddi hakları ifade etmektedir.

Pazarlama amaçlı gayri maddi haklar ise, bir ürün ya da hizmetin ticari amaçlı olarak kullanımına yardımcı olan ticari markalar ve ticari unvanlar, müşteri listeleri, dağıtım kanalları ile ilgili ürün açısından önemli bir promosyon değerine sahip nevi şahsına münhasır isimler, semboller ya da resimler gibi gayri maddi hakları ifade etmektedir.

2.7.1. Gayri Maddi Haklarda Emsallere Uygunluk İlkesi

İlişkili kişilerin kendi aralarında gerçekleştirdikleri ve gayri maddi hakların da dahil olduğu mal veya hizmet alım ya da satım işlemlerinde bedel, emsallere uygunluk ilkesine göre tespit edilecektir.

Gayri maddi haklara ilişkin emsallere uygun bedelin belirlenmesinde öncelikle gayri maddi hakkı devreden ile devralan taraf ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Gayri maddi hakka ilişkin emsallere uygun bedel devreden yönünden; karşılaştırılabilir nitelikteki kontrol dışı bir işlemde, gayri maddi hakkın sahibinin söz konusu hakkı başkasına devretmeyi kabul edebileceği bedel olmalıdır. Devralan yönünden emsallere uygun bedel, karşılaştırılabilir ilişkisiz bir kurumun faaliyetlerinde kullanmayı düşündüğü gayri maddi hak için ödemeyi kabul ettiği tutarı ifade etmelidir.

Gayri maddi hakların devri, bir gayri maddi varlığın doğrudan satışına ilişkin olabileceği gibi, imzalanan bir lisans anlaşması sonucunda gayri maddi varlığa ilişkin hakkın karşılığında bir royalti (gayri maddi hak bedeli) ödemesi biçiminde de gerçekleşebilir.

2.7.2. Gayri Maddi Haklarda Emsallere Uygun Bedelin Tespitinde Kullanılabilecek Yöntemler

İlişkili kişiler arasında gerçekleştirilen işlemlerde gayri maddi hakların yer alması halinde, emsallere uygunluk ilkesinin uygulanabilmesi için kontrol altındaki işlemler ile kontrol dışı işlemler arasında karşılaştırılabilirlik analizinin yapılması gerekmektedir. Daha sonra gayri maddi hakkın alım ya da satım işleminde kullanılacak en uygun transfer fiyatlandırması yöntemi belirlenecektir.

Bir gayri maddi hakkın satışı ya da lisanslanması işlemlerine yönelik olarak emsallere uygun bedel tespit edilirken karşılaştırılabilir fiyat yöntemi kullanılabilir. Bu yöntemle göre, aynı gayri maddi hakkın sahibi, benzer bir gayri maddi hakkın karşılaştırılabilir şartlarda ilişkisiz kuruluşlara hangi fiyattan transfer edildiğini veya lisans hakkının verildiğini belirleyebiliyorsa, bu fiyat ya da bedel emsallere uygun fiyat/bedel olarak kullanılabilecektir.

Gayri maddi haklar içeren ürünlerin satışında da karşılaştırılabilir fiyat yöntemi uygulanabilecektir. Gayri maddi hakların (örneğin bir ticari markanın) pazarlanması söz konusu olduğunda, uygulanacak olan karşılaştırılabilirlik analizinde, müşteri tarafından kabul edilebilirlik, coğrafi önem, pazar payı, satış hacmi ve ilgili diğer unsurların dikkate alınması gerekir. Ticari gayri maddi haklar söz konusu olduğunda ise karşılaştırılabilirlik analizinde ayrıca ilgili gayri maddi haklar (koruma altındaki patent ya da diğer tür münhasırlık içeren gayri maddi haklar) ve Ar-Ge işlevlerinin taşıdıkları önemin de dikkate alınması gerekmektedir.

Ancak karşılaştırılabilir kontrol dışı işlemlerin bulunamadığı yüksek düzeyde değerli gayri maddi hakların yer aldığı işlemlerde, emsallere uygun bedelin tespitinde karşılaştırılabilir fiyat yönteminin dışındaki diğer yöntemlerin kullanılabilmesi mümkündür.

Örnek :

Türkiye'de yerleşik (B) iştiraki ile yurtdışında mukim ve markanın lisans hakkına sahip otomotiv firması olan (A) firması arasında bir lisans sözleşmesi imzalanmıştır. (A) firmasına lisans (telif hakkı) bedeli olarak Türkiye'deki net satışların % 6'sı kadar yıllık ödeme yapılmaktadır. Otomotiv piyasasında faaliyet gösteren (C), (D) ve (E) şirketlerinin incelenmesinden, bu firmaların da yurtdışında yerleşik lisans sahibi ana firmalarına % 3 - % 5 arasında net satışlara oranlı lisans hakkı bedeli ödediği tespit edilmiştir. Bu durumda (B) firmasının yapmakta olduğu ödemeler ile piyasada mevcut lisans hakkı ödemeleri karşılaştırılmalı ve karşılaştırma sonucunda ortaya çıkan farklılıklar var ise bunlar düzeltilmelidir. Dolayısıyla, lisansın kullanım dönemi, coğrafi olarak kullanım alanı ve ödeme vadeleri ile kullanım koşulları benzer ya da mevcut farklılıklar düzeltilebiliyor ise (A) firmasına yapılan ödemeler ile ilgili olarak (C), (D) ve (E) şirketlerinin işlemleri (dış emsal) kullanılabilecektir.

Öte yandan, gayri maddi hakların patent, ticari markalar, ticari sırlar ve know-how da dahil olmak üzere bir bütün halinde değerlendirilmelerinin gerektiği durumlarda, gerçekleştirilen işlemin emsallere uygunluğunu doğrulayabilmek için bütünü oluşturan parçaların ayrı ayrı ele alınması gerekmektedir.

2.8. GRUP İÇİ HİZMETLER VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI

Grup içi hizmet, ilişkili şirketler arasında gerçekleşen, genellikle ana şirketin bağlı şirketlerine veya aynı gruba bağlı şirketlerden birinin diğerlerine verdiği hizmetleri ifade etmektedir. Bu hizmetler tüm grup için yönetim, koordinasyon ve kontrol işlevlerinin sağlanmasını da içermekte olup, bu tür hizmetleri sağlamanın maliyeti, ana şirket, bu amaç için görevlendirilen bir grup üyesi veya diğer bir grup üyesi (grup hizmet merkezi) tarafından üstlenilebilmektedir.

Grup içi hizmetlerle ilgili olarak;

- Hizmetin fiilen sağlanıp sağlanmadığı,
- Hizmeti alan şirket/şirketlerin söz konusu hizmete ihtiyacı olup olmadığı,
- Hizmetin alınmış olması halinde hizmet bedelinin emsallere uygunluk ilkesine uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

2.8.1. Grup İçi Hizmetlerin Fiilen Sağlanıp Sağlanmadığının Tespiti

Emsallere uygunluk ilkesi gereği grup içi hizmetin verilip verilmediğinin belirlenmesinde, hizmeti alan grup üyesinin ticari pozisyonunu güçlendirecek ticari veya ekonomik bir değer sağlayıp sağlamadığı dikkate alınmalıdır.

İlişkili bir şirketin ana şirketten veya aynı grubun üyesi olan diğer bir şirketten ihtiyacı olmayan bir hizmeti alması ya da bir hizmetin grup üyesine, sadece grup üyesi olması nedeniyle verilmesi durumunda, söz konusu şirketin grup içi hizmet elde ettiğinin kabulü mümkün bulunmamaktadır.

Grup içi hizmetlerin, grubun bir veya daha fazla sayıdaki üyesi tarafından tanımlanan bir ihtiyacı karşılamak üzere grubun bir üyesi tarafından sağlandığı durumda, hizmetin fiilen sağlanıp sağlanmadığının belirlenebilmesi kolaylıkla mümkün bulunmaktadır. Örneğin, ilişkili bir kurumun aynı grubun üyesi olan diğer bir kurumun gerçekleştirdiği imalat faaliyetlerinde kullanılan makine ve teçhizatın onarımını üstlenmesi durumu grup içi hizmet olarak kabul edilebilecek olup, söz konusu hizmetin fiilen sağlanıp sağlanmadığının tespiti mümkün bulunmaktadır.

Öte yandan, grup içi şirket tarafından sağlandığı belirtilen hizmetler karşılığı ilişkili kişilere ödeme yapılmış olması ve/veya yapılan ödemenin "yönetim gideri" olarak tanımlanmış olması söz konusu hizmetlerin fiilen sağlandığını göstermeyecektir.

2.8.2. Grup İçi Hizmetlerde Emsallere Uygun Bedelin Belirlenmesi

Grup içi hizmetlerin fiilen sağlanıp sağlanmadığının yanısıra hizmet bedelinin hem hizmeti alan hem de hizmeti sağlayan bakımından ayrı ayrı ele alınarak emsallere uygunluğunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Grup içi şirketlerden birine ya da bir kaçına verilen hizmetlerde emsallere uygun bedelin tespiti bu Tebliğde belirtilen yöntemler çerçevesinde gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla, grup içi hizmetlerde hizmet bedelinin emsallere uygun bedel olması gerekmektedir.

2.8.3. Grup İçi Hizmetlerde Emsallere Uygun Bedelin Tespitinde Kullanılabilecek Yöntemler

Grup içi hizmetlerde emsallere uygun bedelin belirlenmesinde kullanılacak yöntemlerin, bu Tebliğin ilgili bölümlerine göre tespit edileceği tabiidir. Ancak, grup içi hizmetlerin fiyatlandırılmasında "Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi veya Maliyet Artı Yöntemi"nin uygulanması diğer yöntemlere tercih edilebilir.

Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi, hizmeti alan tarafın faaliyet gösterdiği piyasadaki ilişkisiz kuruluşlar arasında karşılaştırılabilir nitelikteki bir hizmetin bulunduğu durumlarda uygulanabilecektir. Örneğin, muhasebe, hukuk, ya da bilgisayar alanında sağlanan hizmetlerde bu yöntem kullanılabilecektir. Ancak, karşılaştırılabilir bir fiyatın bulunamadığı durumlarda "Maliyet Artı Yöntemi"nin kullanılması uygun olacaktır. Bu yöntemin uygulanmasında, kontrol altındaki ve kontrol dışı işlemler arasındaki maliyet bazının aynı olması gerekmektedir. Örneğin, kontrol altındaki işlemde genel giderlerin doğrudan giderlere olan oranının, karşılaştırılabilir işlemlere kıyasla daha yüksek olması durumunda; o işlemde elde edilen kâr marjını, ilişkili kuruluşun maliyet bazı üzerinde düzeltme yapmadan uygulamak bu tür işlemlerde uygun olmayacaktır.

Öte yandan, karşılaştırılabilir fiyat yönteminin veya maliyet artı yönteminin uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda, emsallere uygun bedelin doğru bir biçimde belirlenebilmesini sağlamak üzere, bu Tebliğde belirtilen diğer yöntemlerin kullanılması da mümkün bulunmaktadır.

Yöntemlerin kullanılması aşamasında grubun üyeleri arasında bir işlev analizi yapılması gerektiği tabiidir.

Örnek 1 :

(ABCD) şirketler grubudur. (A) şirketi Almanya'da bulunan ve (ABCD) grubuna insan kaynaklarının yönetimine ilişkin hizmetler sunan bir şirkettir. (A) şirketinin sunduğu hizmetin maliyeti 33.000 YTL'dir. (B) ve (C) şirketleri Almanya'da, (D) şirketi ise Türkiye'de faaliyet göstermektedir.

(A) şirketinin söz konusu hizmete ilişkin faydaları kesin olarak ölçemediği varsayımı altında, ortaklaşa kullanılan bu hizmet maliyeti uygun bir dağıtım anahtarı kullanmak suretiyle paylaştırılacaktır. Örneğimizde uygun dağıtım anahtarının şirketlerde çalışan kişi sayısı olduğu varsayılmıştır. Söz konusu şirketlerde çalışan kişi sayıları toplamı aşağıdaki gibidir:

(B) şirketi	600 kişi
(C) şirketi	250 kişi
(D) şirketi	250 kişi

(A) şirketinin yukarıdaki dağıtım anahtarını esas alarak 33.000 YTL'lik toplam gideri dağıtması halinde aşağıdaki sonuçlar elde edilir:

	Kişi Sayısı	Gider Payı (YTL)
(B) şirketi	600	18.000
(C) şirketi	250	7.500
(D) şirketi	250	7.500
TOPLAM	1.100	33.000

Tablodan da görüleceği üzere, Türkiye'de faaliyette bulunan (D) şirketi için gider payı 7.500 YTL'dir. Ancak, karşılaştırılabilir fiyat yönteminin kullanılması sonucu söz konusu hizmetin emsallere uygun bedelinin 6.000 YTL olduğu tespit edilmiştir. Bu durumda, (D) şirketinin gider payı 6.000 YTL olarak dikkate alınacaktır.

Örnek 2 :

Merkezi İstanbul'da bulunan (A) Holding Şirketinin Türkiye'de 3 bağlı şirketi bulunmaktadır. Grup şirketlerinden Ankara'da bulunan (AA) şirketi ve Afyon'da bulunan (AB) şirketi çimento üretimi ve pazarlaması alanında faaliyette bulunmaktadır. İstanbul'da bulunan (AC) şirketi ise bankacılık alanında faaliyet göstermektedir.

(A) şirketi aynı grubun üyesi olan (AA) ve (AB) şirketlerinin imalat faaliyetlerinde kullandığı makine ve teçhizatın onarımına ilişkin hizmetler sunmaktadır. Söz konusu hizmetin maliyeti 15.000 YTL olarak belirlenmiştir. (A) şirketi söz konusu hizmete ilişkin faydaları kesin olarak ölçemediği varsayımı altında, bu hizmet maliyetini uygun bir dağıtım anahtarı kullanmak suretiyle paylaştırmıştır. Dolayısıyla, uygun bir dağıtım anahtarı kullanmak suretiyle yapılan gider dağılımının aşağıdaki gibi olduğu varsayılmaktadır.

	Gider Payı (YTL)
(AA) şirketi	7.250
(AB) şirketi	7.750
TOPLAM	15.000

Söz konusu şirketin aynı grubun üyesi olan (AA) ve (AB) şirketlerinin imalat faaliyetlerinde kullandığı makine ve teçhizatın onarımına ilişkin hizmet maliyeti üzerinden % 4 brüt kâr elde etmek suretiyle hizmetin maliyeti aşağıdaki gibi yeniden belirlenmiştir.

$$\begin{aligned} \text{(AA) Şirketi} &= 7.250 \times 1,04 = 7.540 \text{ YTL} \\ \text{(AB) Şirketi} &= 7.750 \times 1,04 = 8.060 \text{ YTL} \\ \text{TOPLAM} &15.600 \text{ YTL} \end{aligned}$$

Ancak yapılan karşılaştırılabilirlik analizi sonucu, ilişkisiz (B) ve (C) şirketlerinin aynı hizmeti ilişkili olmayan şirketlere % 2 brüt kâr marjıyla verdiği tespit edilmiştir. Dolayısıyla, yeniden tespit edilen emsallere uygun bedeller aşağıdaki gibi olacaktır:

$$\begin{aligned} \text{(AA) Şirketi} &= 7.250 \times 1,02 = 7.395 \text{ YTL} \\ \text{(AB) Şirketi} &= 7.750 \times 1,02 = 7.905 \text{ YTL} \\ \text{TOPLAM} &15.300 \text{ YTL} \end{aligned}$$

Örnek 3 :

Türkiye'de faaliyette bulunan (B) şirketi limanlara gelen gemilere yükleme yapan bir şirket olup, (X) ülkesinde faaliyette bulunan ilişkisiz (C) şirketine konteyner başına 100 €'ya hizmet vermektedir. (B) şirketi yine aynı ülkede bulunan grup şirketlerinden (D)'ye de aynı hizmeti vermektedir.

Yapılan karşılaştırılabilirlik analizi sonucu, ilişkisiz (C) şirketine ve ilişkili (D) şirketine verilen hizmetler arasında bir fark bulunmaması ya da var olan farklılıkların düzeltilebilmesi şartıyla, (B) şirketinin ilişkili (D) şirketine verdiği hizmetin bedelinin 100 € olarak tespit edilmesi gerekmektedir.

Örnek 4 :

(X) Grubu, ekonomik nedenlerden dolayı faaliyetlerini merkezileştirme konusunda aldığı karar çerçevesinde borçlarını faktoring yoluyla devretmektedir. Kur risklerini ve borçlanma risklerini sınırlandırmak ve idari masrafları minimuma indirebilmek amacıyla faaliyetlerini bir merkezde toplamıştır. Ayrıca, bu sorumluluğu üstlenen ve borçlanma işlemlerini yerine getiren bir "faktoring merkezi" kurmuştur. Bu şekilde, faktoring merkezinden bir grup içi hizmet sağlamaktadır ve söz konusu hizmet karşılığında bu merkeze emsallere uygun bedel üzerinden ödeme yapılması gerekmektedir.

Örnek 5 :

(A) şirketi, kendisinin de bağlı olduğu grubun üyelerinden (C), (D) ve (E) şirketleri adına sözleşme bazında grup içi hizmet kapsamında bir imalat faaliyeti sürdürmektedir. Üretici (A) şirketi, ne tür ürünleri imal edeceği ve bu ürünlerin kalitesinin ve miktarının ne olacağı konularında (C), (D) ve (E) şirketlerinden ayrıntılı birtakım talimatlar almaktadır. Üretici şirket (A), böyle bir durumda düşük bir risk oranına maruz kalmakta ve ürün kalitesine ilişkin koşulları yerine getirmesi şartıyla, ürettiği tüm ürünlerin satın alınacağı konusunda (C), (D) ve (E) şirketlerince kendisine bir güvence sağlanmaktadır. Böyle bir durumda, üretici (A) şirketi hizmet sağlayıcısı olarak kabul edilecek olup, yapmış olduğu imalat faaliyetine ilişkin

fiyatı, karşılaştırılabilirlik analizi sonucu Tebliğde belirtilen ve işlemin mahiyetine en uygun yöntemi kullanarak belirleyebilecektir

2.9. TRANSFER FİYATLANDIRMASINDA YILLIK BELGELENDİRME

Transfer Fiyatlandırmasına İlişkin Bakanlar Kurulu Kararı'nda transfer fiyatlandırmasına ilişkin belgelendirmenin ne şekilde yapılacağı belirtilmiştir. Buna göre;

Yıllık Transfer Fiyatlandırması Raporu:

- Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'na kayıtlı mükelleflerin ilişkili kişilerle yaptığı **yurt içi ve yurt dışı işlemleri** ile

- diğer kurumlar vergisi mükelleflerinin ilişkili kişilerle yaptığı **yurt dışı işlemlere** ilişkin,

formatı ve içeriği 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Genel Tebliği'nde⁴⁸ belirtilen, **“Yıllık Transfer Fiyatlandırması Raporu”**nu kurumlar vergisi beyannamesinin verilme süresine kadar hazırlamaları ve bu süre sona erdikten sonra istenmesi durumunda İdare'ye veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara ibraz etmeleri zorunludur.

Ancak, bu raporun da kim tarafından düzenleneceği, tasdik kapsamında olup olmayacağı, meslek mensuplarına ilişkin herhangi bir sorumluluk yaratıp yaratmayacağı, gerek anılan tebliğde gerekse Bakanlar Kurulu Kararı'nda belirtilmemiştir. Bu konuda gerekli tali düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Diğer Belgeler

Büyük Mükellefler Vergi Dairesi Başkanlığı'na kayıtlı mükellefler dışındaki **diğer kurumlar vergisi mükellefleri ilişkili kişilerle yaptıkları yurt içi; gelir vergisi mükellefleri de ilişkili kişilerle yaptıkları yurt içi ve yurt dışı işlemlere** ilişkin olarak aşağıda yer alan bilgi ve belgeleri istenmesi durumunda İdare'ye veya vergi incelemesi yapmaya yetkili olanlara ibraz ederler.

1) Mükellefin faaliyetlerinin tanımı, organizasyon yapısı (merkez, şube) ve ortakları, sermaye yapısı, içinde bulunduğu sektör, ekonomik ve hukuki geçmişi hakkında özet bilgiler, ilişkili kişilerin tanımı (vergi kimlik numaraları, adresleri, telefon numaraları vb.) ve bu kişiler arasındaki mülkiyet ilişkilerine ilişkin bilgiler,

2) Üstlenilen işlevleri, sahip olunan riskleri ve kullanılan varlıkları içeren tüm bilgiler,

3) İşlem konusu yıla ilişkin ürün fiyat listeleri,

4) İşlem konusu yıla ilişkin üretim maliyetleri,

⁴⁸ Maliye Bakanlığı'nın 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ ile konuya ilişkin düzenlemeler yapamayacağını ve Bakanlar Kurulu Kararı'nın, anılan tebliğin yayımından sonra yürürlüğe girmesinin yaratacağı hukuki durumu kitabımızın “2.4.” bölümünde açıklamıştık.

5) İşlem konusu yıl içinde ilişkili ve ilişkisiz kişilerle yapılan işlemlerin miktarı ile fatura, dekont ve benzeri belgeler,

6) İşlem konusu yıl içinde ilişkili kişilerle yapılan tüm sözleşme örnekleri,

7) İlişkili kişilere ait özet mali tablolar,

8) İlişkili kişiler arasındaki işlemlere uygulanan şirket içi fiyatlandırma politikası,

9) İlişkili kişiler tarafından farklı muhasebe standartları ve yöntemleri kullanılıyor ise bunlara ilişkin bilgi,

10) Gayri maddi varlıkların mülkiyetine ve alınan veya ödenen gayri maddi hak bedellerine ilişkin bilgi,

11) Kullanılan transfer fiyatlandırması yönteminin seçilme nedeni ve uygulanmasına ilişkin bilgi ve belgeler (iç ve/veya dış emsaller, karşılaştırılabilirlik analizi),

12) Emsallere uygun fiyat ya da kâr marjının saptanmasında kullanılan hesaplamalar ve yapılan varsayımlara ilişkin ayrıntılı bilgiler,

13) Belli bir emsal fiyat aralığı tespit edilmişse, bu aralığın tespitinde kullanılan yöntem,

14) Emsal fiyatın tespit edilmesi için gerekli diğer belgeler.

Ayrıca, idare, gerekli gördüğü takdirde mükelleften ilave bilgi ve belge talebinde bulunabilir. İlgili bilgi ve belgelerin yabancı dilde yazılmış olmaları halinde, bunların Türkçe çevirilerinin de ibraz edilmesi zorunludur.

2.10. ORTAKLAR CARİ HESABININ TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI MÜESSESİ İLE İLİŞKİSİ⁴⁹

Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliği uyarınca bilançonun aktifinde yer alan 131 ve 231- Ortaklardan Alacaklar, pasifinde yer alan 331 ve 431- Ortaklara Borçlar hesaplarını Tek Düzen Hesap Planı'ndaki açıklama ve işleyişine uygun olarak muhasebeleştirilen kurumlar vergisi mükellefleri doğal olarak **“transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç”** veya **“örtülü sermaye”** konusuna doğrudan muhatap olabileceklerdir. Çünkü adı geçen hesaplar temettü ödemeleri hariç işletmeden ortaklara veya ortaklardan işletmeye ödünç verme ve benzeri işlemlerde kullanılmaktadır ki bu durumda Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 12. ve 13. maddeleri gereği örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç müesseseleri gündeme gelir.

Bu konu özellikle sisteme halen uyamayan ve ortaklar cari hesaplarını eski alışkanlık çerçevesinde çalıştırmaya devam eden sermaye şirketleri açısından incelenecektir. Eski K.V.K.'nın uygulandığı dönemde yargıya intikal eden bir uyuşmazlık sonucu verilen aşağıdaki karar, örtülü kazanç müessesesi ile ortaklar cari hesabı ilişkisinin anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

⁴⁹ TEKİN, Cem; KARTALOĞLU, Emre; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Nisan 2007, Sayfa:643.

“Ortaklar cari hesabının “kasa” gibi kullanıldığı, gider ödemeleri ile yapılan tahsilatın bu hesapta izlendiği, tahsil edilen ihracat bedeli, destekleme primi vb. paraların, yapılan ürün ödemelerine ilişkin giderlerin bu hesapta muhasebeleştirildiği ve işletmeye ait nakit giriş ve çıkışlarının ortaklar cari hesabında izlendiği, bu hesaba yapılan tüm kayıtların işletme ile ilgili olduğunun anlaşıldığı, bu durumda ortaklarına ödünç para verilmediğinden, faizden söz edilemeyeceği, hesap işleyişinin mahiyeti araştırılmadan, salt muhasebe kayıtlarında ortaklar cari hesabının yer aldığı ve bu hesaptan ortaklara ödünç para verildiği varsayımı ile saptanan matrah farkı üzerinden davacı şirket adına yapılan cezalı tarhiyatta yasal isabet görülmediği”

gerekçesi ile kabul ederek cezalı tarhiyatı terkin eden Adana Birinci Vergi Mahkemesi’nin 24.06.1993 tarih ve E.1993/27, K.1993/757 sayılı Kararı’nın Vergi Dairesince bozulması istemi ile yapılan temyiz başvurusu üzerine ise Danıştay’ın 3. Dairesi aynı gerekçe ve nedenlerle Vergi Mahkemesi Kararını uygun görmüş temyiz istemini reddederek Vergi Mahkemesi Kararını oybirliği ile onamıştır.⁵⁰

Yargıya intikal eden, başka bir uyuşmazlık konusunda da kararın gerekçesi aynı mahiyettedir. Buna göre;

“Hesap işleyişinin gerçek mahiyeti araştırılmadan salt muhasebe kayıtlarında ortaklar cari hesabının yer aldığı ve bu hesaptan ortaklara ödünç para verildiği varsayımı ile saptanan matrah farkı üzerinden davacı şirket adına yapılan cezalı vergilemede yasal uyarlık görülmemiştir”

gerekçesi ile cezalı tarhiyatı terkin eden Adana Birinci Vergi Mahkemesi’nin 22.06.1993 tarih ve E.1993/29, K.1993/720 sayılı Kararı’nın Vergi Dairesince bozulması istemi ile yapılan temyiz başvurusu üzerine, nihai Kararda Danıştay 3. Dairesi aynı gerekçe ve nedenlerle Vergi Mahkemesi Kararı’nı uygun görmüş temyiz istemini reddederek Vergi Mahkemesi Kararı’nı oybirliği ile onamıştır.⁵¹ Son olarak Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu tarafından verilen yeni tarihli bir karar ise şöyledir;⁵²

“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 bulunduğu, 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,

⁵⁰ GÜLER, İbrahim; Ortaklardan Alacaklar Hesabı ve Örtülü Kazanç İlişkisi, e – yaklaşım dergisi, Eylül 2004, Sayı 14.

⁵¹ GÜLER, İbrahim; a.g.m.

⁵² Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu, 10.10.2004 tarih, E: 2004/78, K: 2004/107 sayılı kararı,

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 gözükmeyeceği, 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 vasitasız 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 tanımlanan 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 belirlenmesi gerekmektedir.

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."

Yukarıda özetlerine yer verilen yargı kararlarından anlaşılabileceği üzere, ortaklar cari hesabının örtülü sermaye müessesesi kapsamında değerlendirilebilmesi için hesap işleyişinin gerçek mahiyetinin araştırılması gerekmektedir. Ortaklar cari hesabına yapılan tüm kayıtların işletme ile ilgili olduğunun anlaşıldığı durumlarda, salt muhasebe kayıtlarında ortaklar cari hesabının yer aldığı gerekçesiyle örtülü kazanç değerlendirmesi yapılması mümkün değildir.

Konuya ilişkin olarak eski K.V.K.'nın uygulandığı dönemde verilen bir diğer karar aynen aşağıdaki gibidir.

Özet: Cari Hesap Yoluyla Ortaklara Verilen Borçlar ve Ortaklardan Alacaklar Nedeniyle Faiz Tahakkuk Ettirilmemesinin Örtülü Kazanç Olarak Değerlendirilmesi İçin Yeterli Olmadığı, Bu Nedenle Yapılan Kurumlar Vergisi Tarhiyatında Yasal İsabet Bulunmadığı⁵³

“İstemın Özeti : Yüğümlü şirketin 1997 yılı işlemlerinin incelenmesi sonucu ortaklarına cari hesap yoluyla faizsiz borç para vermek suretiyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğundan bahisle adına resen ağır kusur cezalı kurumlar vergisi salınmıştır.

Tarhiyata karşı açılan davayı inceleyen ... Vergi Mahkemesi ... günlü ve ... sayılı kararıyla; davacı şirketin defter ve belgeleri üzerinde yaptırılan bilirkişi incelemesi sonucu şirketin fatura bedellerini peşin olarak tahsil edip kasa hesabına işlediği, iddia edildiği gibi faturaların kesildiği ve bedellerinin üç ay sonra tahsil edildiğine ilişkin bir kayıt tespit edilemediği, vadeli satış yapılması durumunda bunların alacaklar hesabında olması gerektiği oysa şirket belgelerinde böyle bir kaydın olmadığı, bilirkişi raporuna yapılan itirazın mahkemelerince yerinde bulunmadığı, "Ortaklardan Alacaklar Hesabı"nın kasa hesabı gibi işlemediği, kasa hesabından bu hesaba geçirilen paraların ortakların üzerinde kaldığı, dönem sonundaki miktarın kasaya devredilmediği, dolayısıyla T.C. Merkez Bankası'nın belirlediği faiz oranında ortakların örtülü kazanç elde ettiği kabul edilerek yapılan tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

Yükümlünün temyiz başvurusunu inceleyen Danıştay Dördüncü Dairesi 29.5.2000 günlü ve E:2000/234, K:2000/2392 sayılı kararıyla; davacı şirketin ortaklarıyla olan ilişkisinin normal bir ticari faaliyetin sonucu olduğu, ortaklar cari hesabının karşılıklı borç alacak ilişkisi niteliği taşıdığı ve ortaklara kullandırılan paralar için şirket lehine faiz hesaplanmamış olmasının örtülü kazanç dağıtımını yapıldığını göstermeyeceği sonucuna varıldığı, bu bakımdan, örtülü kazanç dağıtımını ile ilgili olarak kanunda öngörülen şartlar gerçekleşmediğinden davanın reddi yolunda verilen kararda isabet görülmediği, gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Bozma kararına uymayan ... Vergi Mahkemesi ... günlü ve ... sayılı kararıyla ilk kararında yer alan hukuksal nedenler ve gerekçe ile ısrar etmiştir.

Yükümlünün temyiz istemini inceleyen Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu 23.2.2001 günlü ve E:2000/367, K:2001/84 sayılı kararıyla; bilirkişi incelemesi sonucunda, yükümlü şirketin muhasebe düzeninde bütün işlemlerin, ortaklardan alacaklar, ortaklara borçlar ve ilgili gelir ve gider hesapları arasında gerçekleştiği, ortaklara olan borçların da şirkete ait ödemelerden oluştuğunun tespit edildiği, harita ve kadastro işi yapan ve %80 - %20 hisseli, eş durumunda iki ortağı bulunan davacı limited şirketin işletmeye ait tüm nakit giriş ve çıkışlarının ortaklar cari hesabında işlendiği, bu hesaplara yapılan bütün kayıtların işletme ile ilgili olduğunun anlaşıldığı, inceleme raporunda şirketten alınan paraların ortakların özel ihtiyaçlarında kullanıldığı yönünde bir tespit de bulunmadığından, örtülü kazanç dağıtımıyla ilgili şartların oluşmaması karşısında, ortaklara kullandırılan paralar için

⁵³ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 09.11.2001 tarih ve E:2001/272, K:2001/421 sayılı Kararı.

şirket lehine faiz tahakkuk ettirilmemesinin örtülü kazanç dağıtımı olarak değerlendirilmesinin hukuka uygun görülmediği gerekçesiyle kararı bozmuştur.

Vergi dairesi müdürlüğü tarafından vergi inceleme raporuna dayanılarak yapılan cezalı tarhiyatın yerinde olduğu ileri sürülerek kararın düzeltilmesi istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi'nın Düşüncesi : Kararın düzeltilmesi isteminin reddi gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı'nın Düşüncesi : Karar düzeltilmesi dilekçesinde ileri sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54.maddesinde yazılı nedenlerden hiçbirisine uymadığından istemin reddi gerekeceği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 54 üncü maddesinde, Danıştay dava daireleri ve İdari veya Vergi Dava Daireleri Genel Kurullarının temyiz üzerine verdikleri kararlar hakkında, bu maddede yazılı sebeplerle kararın düzeltilmesinin istenebileceği belirtildiğinden ve dilekçe sahibinin ileri sürdüğü sebeplerin bunlardan hiçbirine uymadığı anlaşıldığından, yerinde olmayan istemin reddine, 9.11.2001 gününde oyçokluğu ile karar verildi.

X - K A R Ş I O Y

Karar düzeltme isteminin kabulü ile Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulunun 23.2.2001 günlü E:2000/367, K:2001/84 sayılı kararı kaldırılarak yükümlü temyiz isteminin reddi gerektiği görüşünde olduğumuzdan karara katılmıyoruz.”

2.11. TRANSFER FİYATLANDIRASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ TESPİTİ SONUCUNDA YAPILACAK İŞLEMLER VE KARŞI KURUM DÜZELTMESİ

5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, eski Kanun’un uygulandığı dönemde tartışma konusu yapılan “hazine kaybı” kavramına ilişkin tartışmaları önlemek amacıyla karşı kurum düzeltmesine ilişkin hükümler getirilmiştir.

Söz konusu fıkra özetle; tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları’nın uygulamasında, 13. maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı belirtilmiştir. Ayrıca, aynı fıkra, daha önce yapılan vergilendirme işlemlerinin, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltileceği vurgulanmıştır. Ancak, bu düzeltmenin yapılabilmesi için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması gerekmektedir. Konunun ayrıntılarına geçmeden önce karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi için istisnai

bir düzenlemenin gerekli olup olmadığına ilişkin görüşlerimizi belirtmekte fayda bulunmaktadır.

2.11.1. Karşı Kurum Düzeltmesinin Yapılabilmesi İçin İstisnai Bir Düzenleme Gerekli midir ?

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin düzenlendiği 13. maddenin gerekçesinde aşağıdaki açıklamalara yer verilmiştir.

“Maddenin dokuzuncu fıkrasında yapılan düzenleme ile "tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç", gelir ve kurumlar vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacaktır. Bu hükmün getirilmesindeki temel amaç, transfer fiyatlandırması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımı yapan mükellef nezdinde bir eleştiri getirildiği zaman, örtülü kazanç dağıtılan mükellef nezdinde de bir düzeltmenin yapılmasını sağlamaktır. Örtülü olarak dağıtılan kazancın kâr payı sayılması ile mükellefler bu kâr payına ilişkin olarak istisna hükümlerinden yararlanacağından, "karşı taraf düzeltmesi" bu şekilde, işleme taraf olanlar arasında gerçekleşmiş olacaktır. Böylece, aynı işlem üzerinden mükerrer vergilemenin önüne de geçilmektedir. Bu şekilde dağıtılmış kâr payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden ortakların hukuki niteliğine göre belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılacaktır.”

Örtülü sermaye müessesesinin düzenlendiği 12. maddenin gerekçesinde ise şu açıklamalara yer verilmiştir.

“Maddenin yedinci fıkrasında ise, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin Gelir veya Kurumlar Vergisi Kanunlarının uygulamasında, gerek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Bu şekilde dağıtılmış kar payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden ortakların hukuki niteliğine göre belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılacaktır.

Böylece, bir kurumda örtülü sermaye şartlarını taşıması sebebiyle indirimi reddedilen borçlar için nakden veya hesaben ödenen faizlerin, mükerrer vergilemeyi önlemek amacıyla elde eden yönünden kâr payı olarak yeniden tasnif edilmesi ve buna göre gerekli düzeltmelerin yapılması amaçlanmıştır. Ancak düzeltme işlemi, sadece taraf olan mükellefler nezdinde yapılacak olup bu mükelleflerin ortaklarına ilişkin daha alt kademelerde düzeltme yapılması söz konusu olmayacaktır.”

Görüldüğü gibi, karşı kurum düzeltmesinin hüküm altına alındığı iki ayrı fıkranın gerekçeleri birbirinden farklıdır. Örtülü sermayenin tespiti sonucunda yapılacak karşı kurum düzeltmesi için herhangi bir şart aranmamış iken transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespiti sonucunda yapılacak karşı kurum düzeltmesi için gelirin istisna olması gerektiği belirtilmiştir. Ancak, kar payını elde eden mükelleflerin istisnadan yararlanamayacağı veya kar payının yarısı tutarında istisnadan faydalanacağı durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu halde karşı kurum düzeltmesinin yapılamayacağını düşünmek mümkün değildir. Karşı kurum düzeltmesini yapmak için mutlaka kanunda düzenlenmiş bir istisnai hüküm aramak mükellefler itibarıyla eşitsizliğe yol açabilecektir. Kanaatimizce elde edilen

kar payı için kanunda düzenlenmiş bir istisnai hüküm bulunmasa bile karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi gerekmektedir.⁵⁴

5520 sayılı Kanun'un 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında yapılan düzenlemenin iki ayrı boyutu bulunmaktadır. Bunlardan birincisi transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların kar payı ya da ana merkeze aktarılan tutar sayılarak vergi kesintisine konu edilmesidir. İkinci boyut ise örtülü kazanç dağıtılan kurum nezdinde yapılacak düzeltme işlemleridir. Bu konular aşağıda mükellefiyet türleri itibarıyla ayrıntılı olarak açıklanacaktır.

2.11.2. Kar Dağıtım Stopajı

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazancın, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları'nın uygulamasında, aynı maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı belirtilmiştir. Bu şekilde dağıtılmış kâr payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden, G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendi uyarınca ortakların hukuki niteliğine göre belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılması gerekmektedir.⁵⁵ Ancak, borç alan ve borç veren kurumun hukuki nitelikleri, vergi kesintisinin yapılmasında farklı durumlar ortaya çıkarabilecektir. Aşağıda konu ayrıntılı olarak açıklanmıştır.

2.11.2.1. Örtülü Kazanç Dağıtan Tam Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

Örtülü kazanç dağıtan kurumun tam mükellef kurum olması durumunda örtülü kazanç dağıtılan kurumun hukuki niteliğine göre aşağıda açıklandığı şekilde işlem yapılması gerekmektedir.

2.11.2.1.1. Örtülü Kazanç Dağıtılan Tam Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

⁵⁴ KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermayenin Tespiti Sonucunda Yapılacak İşlemler Ve Karşı Kurum Düzeltmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Ekim 2006, Sayfa:82.

⁵⁵ Bilindiği üzere G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendinde özetle; tam mükellef kurum kazançlarının mezkur Kanunun 75. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yer alan şekillerde dağıtılan kısmı üzerinden, dar mükellef kurum kazançlarının ise ana merkeze aktarılan kısmı üzerinden vergi tevkifatı yapılacağı hüküm altına alınmıştır. Öte yandan 5520 sayılı K.V.K.'nın 15. maddesinde tam mükellef kurumlar tarafından elde edilen kazançlar üzerinden 01.01.2006 tarihinden itibaren tevkifat yapılacak durumlar, 30. maddesinde ise dar mükellef kurum kazançları üzerinden belirtilen tarihten sonra tevkifat yapılacak durumlar hüküm altına alınmıştır. Buna karşılık 5520 sayılı Kanunun 15 ve 30. maddelerinde kurum kazançlarının dağıtılan veya ana merkeze aktarılan kısmı üzerinden tevkifat yapılacağına ilişkin olarak herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Doğal olarak halihazırda G.V.K.'nın 94. maddesi ile 5520 sayılı Kanunun 15 ve 30. maddeleri yürürlükte olmakla birlikte 5520 sayılı Kanunun Geçici 1. maddesinin (1) numaralı fıkrasında, anılan Kanuna göre tevkifata tabi tutulan kazançlar üzerinden G.V.K.'nın 94. maddesi uyarınca ayrıca tevkifat yapılmayacağı hüküm altına alınmıştır. Buna bağlı olarak tam mükellef kurumlar tarafından mezkur Kanunun 75. maddesinin (1), (2) ve (3) numaralı bentlerinde yer alanlara dağıtılan kar payları ile dar mükellef kurumlar tarafından ana merkeze aktarılan kazançlar üzerinden G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendi uyarınca tevkifat yapılması gerekecektir. Ancak 5520 sayılı Kanunun 15. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan özel düzenleme uyarınca, 01.01.2006 tarihinden itibaren vergiden muaf kurumlara dağıtılan kar payları üzerinden anılan madde kapsamında tevkifat yapılması gerekmektedir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılan kurumun tam mükellef kurum olması durumunda, dağıtılan (kar payı sayılan) kazanç tutarı için herhangi bir vergi kesintisi yapılması mümkün değildir. Çünkü, G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendinde tam mükellef kurumlara dağıtılan kar payları için vergi kesintisi yapılacağı yönünde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda tam mükellef kurumların elde ettikleri kar payları için vergi kesintisi yapılması mümkün değildir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılan kurumun tam mükellef kurum olması durumunda, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 13. maddesinin (6) numaralı bendine göre kar payı sayılan faiz ve benzeri ödemeler üzerinden vergi kesintisi yapılmayacaktır.

2.11.2.1.2. Örtülü Kazanç Dağıtılan Tam Mükellef Gerçek Kişi, Gelir veya Kurumlar Vergisi Mükellefi Olmayanlar veya Bu Vergiden Muaf Olanlar İse Kar Dağıtım Stopajı

G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b-i bendinde, tam mükellef kurumlar tarafından; tam mükellef gerçek kişilere, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara ve bu vergilerden muaf olanlara dağıtılan kar payları üzerinden vergi kesintisi yapılacağı belirtilmiştir.⁵⁶ Bu durumda, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılanın tam mükellef gerçek kişi, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlar veya bu vergiden muaf olanlar olması durumunda, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 13. maddesinin (6) numaralı bendine göre kar payı sayılan faiz ve benzeri ödemeler üzerinden % 15 oranında vergi kesintisi yapılması gerekecektir. Vergi kesintisi, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla kâr payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden yapılacak ve izleyen ayın 20. günü akşamına kadar verilecek muhtasar beyanname ile beyan edilecektir.

2.11.2.1.3. Örtülü Kazanç Dağıtılan Dar Mükellef Gerçek Kişi, Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Olmayan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b-ii bendinde, tam mükellef kurumlar tarafından; dar mükellef gerçek kişilere, Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi olmayan dar mükellef kurumlara dağıtılan kar payları üzerinden vergi kesintisi yapılacağı belirtilmiştir. Bu durumda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılanın dar mükellef gerçek kişi veya Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi olmayan dar mükellef kurum olması durumunda, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 13. maddesinin (6) numaralı bendine göre kar payı sayılan faiz ve benzeri ödemeler üzerinden % 15 oranında vergi kesintisi yapılması gerekecektir. Vergi kesintisi, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla kâr payının net kâr payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden yapılacak ve izleyen ayın 20. günü akşamına kadar verilecek muhtasar beyanname ile beyan edilecektir.

2.11.2.1.4. Örtülü Kazanç Dağıtılan Türkiye’de İşyeri veya Daimi Temsilcisi Bulunan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

Tam mükellef kurumların, Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunan dolayısıyla Türkiye’de ticari kazanç elde eden dar mükellef kurumlara örtülü olarak dağıtılan kazanç tutarları için herhangi bir vergi kesintisi yapmaları mümkün değildir. Nitekim G.V.K.'nın 94. maddesinin 6/b bendinde Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunan dar mükellef

⁵⁶ 23/07/2006 tarih ve 26237 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2006/10731 sayılı B.K.K. ile taevkifat oranı 23/07/2006 tarihinden itibaren %15 olarak belirlenmiştir.

kurumlara dağıtılan kar payları için vergi kesintisi yapılacağı yönünde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu durumda Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunan dar mükellef kurumların elde ettikleri kar payları için vergi kesintisi yapılması mümkün değildir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılanın Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcisi bulunan dar mükellef kurum olması durumunda, 5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 13. maddesinin (6) numaralı bendine göre kar payı sayılan ödemeler üzerinden vergi kesintisi yapılmayacaktır.

2.11.2.2. Örtülü Kazanç Dağıtan Dar Mükellef Kurum İse Kar Dağıtım Stopajı

5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları’nın uygulamasında, aynı maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı belirtilmiştir.

Dolayısıyla transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtanın dar mükellef kurum olması durumunda örtülü olarak dağıtılan tutarlar ana merkeze aktarılan tutar sayılacaktır. Ana merkeze aktarılan tutar üzerinden ise G.V.K.’nın 94/6-b-iii bendine göre vergi kesintisi yapılması gerekmektedir. Bu durumda örtülü kazanç dağıtanın dar mükellef kurum olması durumunda örtülü kazanç dağıtılanın hukuki niteliğine bakılmaksızın vergi kesintisinin yapılması gerekmektedir. Çünkü bu tutarlar kar payı olarak değil, ana merkeze aktarılan tutar olarak kabul edilmiştir.

2.11.3. Karşı Kurum Düzeltmesi

5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, daha önce yapılan vergilendirme işlemlerinin, işleme taraf olan mükellefler nezdinde düzeltileceği belirtilmiştir.

Yukarıda açıklandığı üzere, 5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 13. maddesinin gerekçesinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespiti sonucunda yapılacak karşı kurum düzeltmesi için gelirin istisna olması gerektiği belirtilmiştir. Bilindiği gibi, örtülü olarak dağıtılan kazanç tutarı söz konusu maddenin (6) numaralı fıkrasına göre kar payı olarak kabul edilecektir. Dolayısıyla örtülü kazanç dağıtılanın (kar payının elde edenin) hukuki niteliği önem kazanmaktadır. Çünkü, kar payını elde eden mükelleflerin istisnadan yararlanamayacağı veya kar payının yarısı tutarında istisnadan faydalanacağı durumlar ortaya çıkabilecektir. Bu halde karşı kurum düzeltmesinin yapılamayacağını düşünmek mümkün değildir. Karşı kurum düzeltmesini yapmak için mutlaka kanunda düzenlenmiş bir istisnai hüküm aramak mükellefler itibarıyla eşitsizliğe yol açabilecektir. Kanaatimizce elde edilen kar payı için kanunda düzenlenmiş bir istisnai hüküm bulunmasa bile karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi gerekmektedir.

Buna göre, örtülü kazanç (kar payı) dağıtılan mükellef;

1. Tam mükellef kurum ise elde ettiği kar payı iştirak kazancı istisnası olacak ve düzeltme bu şekilde kendiliğinden gerçekleşecektir.
2. Tam mükellef gerçek kişi ise elde edilen kar payı normal şartlarda G.V.K.’nın 22. maddesinde düzenlenen istisnadan faydalanılmakta ve yarısı vergiye tabi olmaktadır. Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, kanaatimizce, düzeltme

yapılabilmesi için herhangi bir istisna düzenlemesine ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu nedenle tam mükellef gerçek kişiler nezdinde yapılacak düzeltmenin elde edilen kar paylarının tamamı için yapılması gerekmektedir.

2.11.3.1. Karşı Kurum Düzeltmesinin Yapılabilmesi İçin Örtülü Kazanç Dağıtan Kurum Adına Tarh Edilen Vergilerin Kesinleşmiş ve Ödenmiş Olması Gerekmemektedir

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olmasının şart olduğu belirtilmiştir.

Bu durumda, karşımıza bir takım sorunlar çıkmaktadır. Şöyle ki; örtülü kazanç dağıtan kurumun cari dönem sonucunun zararlı sonuçlanması ve gelir tahakkuku yapıldığı durumda da kara geçirilememesi durumunda karşı kurum düzeltmesinin yapılıp yapılamayacağı akılları karıştırmaktadır. Örneğin, 2006 hesap dönemi sonucu 100 birim zararlı sonuçlanan ve ilgili dönemde örtülü kazanç dağıtımı nedeniyle 50 birimlik gelir artırımını yapılan ve dolayısıyla tarh edilecek vergi çıkmayan bir kurumun örtülü kazanç dağıttığı kurum nezdinde 2006 hesap döneminde karşı kurum düzeltmesi yapmak mümkün olabilecek midir?

Konuya ilişkin açıklamalar örtülü sermaye bölümünde yapıldığı için burada tekrarlanmayacaktır.

2.11.4. Örtülü Sermaye Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Kapsamında Yapılacak Karşı Kurum Düzeltmesinin Zamanaşımı Süreleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi

5520 sayılı KVK'nın 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında özetle; örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarların Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarının uygulamasında, gerek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı hüküm altına alınmıştır. Ayrıca aynı fıkra, daha önce yapılan vergilendirme işlemlerinin, tam mükellef kurumlar nezdinde yapılacak düzeltmede örtülü sermayeye ilişkin kur farklarını da kapsayacak şekilde, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltileceği ve bu düzeltmenin yapılması için örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olmasının şart olduğu belirtilmiştir.

Aynı Kanun'un 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında ise tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları'nın uygulamasında, 13. maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı belirtilmiştir. Ayrıca, aynı fıkra, daha önce yapılan vergilendirme işlemlerinin, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltileceği vurgulanmıştır. Ancak, bu düzeltmenin yapılabilmesi için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması gerekmektedir.

Görüldüğü gibi her iki fıkra da müesseselerin mantığı çerçevesinde benzer düzenlemeler yapılmıştır. Yukarıda verilen fıkralardan anlaşılacağı üzere, her iki fıkra da düzeltmenin yapılması için **örtülü sermaye kullanan/örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olmasının şart** olduğu belirtilmiştir. Bu

hükümden anlaşılmaktadır ki örtülü sermayenin veya transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespiti sonucunda karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi için örtülü sermaye kullanan/örtülü kazanç dağıtan kurum adına bir verginin tarh edilmesi ve tarh edilen bu verginin kesinleşip ödenmesi gerekmektedir.

Ancak, bilindiği üzere, örtülü sermaye kullanımı ve örtülü kazanç dağıtımı nedeniyle bir gider reddiyatının yapılması; cari yıl zararının yok edilememesi, geçmiş yıl zararlarının mevcudiyeti veya devreden yatırım indirimi tutarının bulunması nedeniyle her zaman bir vergi tarh edilmesi sonucunu doğurmamaktadır. Bu gibi durumlarda vergi tarhiyatı, tespitin yapıldığı hesap döneminden sonraki dönemlerde yapılabilmektedir. İşte bu gibi durumlarda karşı kurum düzeltmesinin yapılıp yapılamayacağı özellik arz etmektedir. Aşağıda konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.⁵⁷

1 seri numaralı 5520 sayılı yeni KVK Genel Tebliği'nin "12.4. Örtülü sermaye üzerinden yapılan ödemeler veya hesaplanan tutarların kâr payı sayılması ve yapılacak düzeltme işlemleri" başlıklı bölümünde konuya ilişkin açıklamalar yapılmıştır. Ancak, burada yapılan açıklamalar mükelleflerin örtülü sermaye kullanımını, ilgili hesap döneminde veya hesap dönemi kapandıktan sonra, kendilerinin fark etmeleri ve bunun üzerine düzeltme talep etmeleri ile ilgili açıklamalardır. Vergi incelemesi sonucunda örtülü sermayenin tespiti üzerine yapılacak düzeltme işlemlerine yönelik açıklamalara ise anılan tebliğde yer verilmemiştir. Bu durumda düzeltme sürecinin ne şekilde başlayacağı, düzeltmenin idarenin yapacağı yeni bir vergi incelemesi sonucunda mı yoksa mükellef tarafından, re'sen mi yapılacağı bilinmezliğini korumaktadır. Ancak, söz konusu tebliğde üzerinde durduğumuz konuya ilişkin olarak aşağıdaki açıklamalar yapılmıştır.⁵⁸

"Verginin kesinleşmesi; dava açma süresi içinde dava açılmaması, yargı mercilerince nihai kararın verilmiş olması veya uzlaşmanın vaki olması gibi haller nedeniyle, verginin kesinleşmesi ve itiraz edilmeyecek duruma gelmesidir. Örtülü sermaye kapsamındaki finansmanı kullandıran kurum nezdinde yapılacak düzeltmede dikkate alınacak tutar, kesinleşen ve ödenen tutar olacaktır. Örtülü sermaye kapsamında borç kullanan kurumun, zamanaşımı süresi içinde düzeltme talebinde bulunmuş olması halinde, düzeltme sonucu tarh edilen verginin kesinleşip ödenmesi şartıyla karşı tarafta da süreye bakılmaksızın gerekli düzeltme işlemi yapılacaktır."

Bu açıklamadan aşağıdaki anlamları çıkarmaktayız.

1. Karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi için örtülü sermaye kullanımı nedeniyle tarh edilen verginin kesinleşmiş ve ödenmiş olması gerekmektedir.
2. Borç kullandıran kurum nezdinde düzeltmeye konu edilecek tutar kesinleşen ve ödenen tutar olacaktır.
3. Düzeltme talebini, borç kullanan kurum, yani yapılan vergi incelemesi sonucunda nezdinde gider reddi yapılan kurum, başka bir ifadeyle örtülü sermaye kullanımı nedeniyle adına vergi tarh edilen kurum yapabilecektir.
4. Düzeltme talebi, borç kullanan kurum tarafından, zamanaşımı süresi içinde yapılmalıdır.

⁵⁷ Yapılacak açıklamalar, anlatım kolaylığı olması açısından, örtülü sermaye müessesesi baz alınarak yapılacaktır. Ancak, yapacağımız açıklamaların tamamı transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi için de geçerlidir.

⁵⁸ Aynı açıklamalara 18/11/2007 tarih ve 26704 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'de de yer verilmiştir.

5. Yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde borç veren taraf nezdinde **zamanaşımı sürelerine bakılmaksızın** düzeltme işlemleri yapılır.

Bu durumda, örtülü sermaye kapsamında borç kullanan kurumunun zamanaşımı süresi içinde yapacağı düzeltme başvurusu üzerine, **tarh edilen verginin kesinleşmesi ve ödenmesi zamanaşımı süresi dolduktan sonra gerçekleşse bile, borç veren kurum nezdinde düzeltme işlemleri yapılabilecektir.**

Ancak, yapılan bu açıklamaların Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) yer alan zamanaşımı düzenlemeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

VUK'un 114. maddesinde zamanaşımı süreleri belirtilmiş ve bu maddesinin birinci fıkrasında, vergi alacağının doğduğu takvim yılının başından başlayarak beş yıl içinde tarh ve mükellefe tebliğ edilmeyen vergilerin zamanaşımına uğrayacağı belirtilmiştir. Aynı Kanun'un 126. maddesinde de düzeltme zamanaşımı hüküm altına alınmış ve 114. maddede yazılı zamanaşımı süresi dolduktan sonra meydana çıkarılan vergi hatalarının düzeltilemeyeceği vurgulanmıştır.

1 seri numaralı 5520 sayılı KVK Genel Tebliği'nde yapılan açıklamalar uyarınca, düzeltme talebinin zamanaşımı süresi içinde yapılması yeterli görülmüş, tarh edilen verginin kesinleşmesi ve ödenmesi zamanaşımı süresi dolduktan sonra gerçekleşse bile düzeltmenin yapılabileceği ifade edilmiştir. Konuyu aşağıdaki örnek yardımıyla açıklamaya devam edelim.

(A) kurumunun 2006 hesap dönemi işlemlerinin 2008 yılında vergi incelemesine tabi tutulduğunu kabul edelim. Yapılan vergi incelemesi sonucunda, (A) kurumunun, ortağı (B) kurumundan yaptığı borçlanmanın örtülü sermaye niteliğinde olduğu için (A) kurumu tarafından gider yazılan 100 birimlik örtülü sermaye üzerinden hesaplanan faiz gider reddine tabi tutulacaktır. Bu temel senaryoyu aşağıdaki varsayımlar çerçevesinde şekillendirelim.

1. (A) kurumu 2006 yılında matrah beyan etmiş ve tarh edilen vergiyi ihtilaf konusu yapmamış olsun;

Bu durumda, 100 birimlik matrah farkı üzerinden 20 birim vergi tarhiyatı yapılacaktır. Bu tutarın ihtilaf konusu yapılmadan ödenmesi halinde vergi kesinleşmiş olacak ve ödenen 20 birimlik vergi (B) kurumu nezdinde düzeltmeye tabi tutulacaktır. Ancak, bu düzeltmenin yapılabilmesi için 1 seri numaralı KVK Genel Tebliği'nde belirtildiği üzere, (A) kurumu tarafından zamanaşımı süresinin sonuna kadar (2011 yılının sonuna kadar) düzeltme talebinde bulunulmuş olması gerekmektedir.

2. (A) kurumu 2006 yılında matrah beyan etmiş ancak tarh edilen vergiyi ihtilaf konusu yapmamış olsun;

Bu durumda (B) kurumu tarafından düzeltmenin yapılabilmesi için verginin kesinleşip ödenmesinin beklenmesi gerekmektedir. Ancak, 1 seri numaralı KVK Genel Tebliği'nde yapılan açıklamalardan, düzeltmenin yapılabilmesi için herhalükarda (A) kurumu tarafından zamanaşımı süresinin sonuna kadar (2011 yılının sonuna kadar) düzeltme talebinin yapılması gerektiği anlaşılmaktadır. Yargı organlarının nihai kararı 2011 yılının sonuna kadar verilir ve yapılan tarhiyat onanırsa herhangi bir sorun yoktur. (A) kurumu tarafından düzeltme talebi yapılacak ve onanan vergi tutarı (B) kurumu nezdinde düzeltmeye tabi tutulacaktır. Ancak, yargı organının nihai kararı 2011 yılından sonraya kalırsa ortaya ilginç bir durum çıkmaktadır.

Bu durumda, eğer düzeltme talep edilecekse, (A) kurumu tarafından henüz kesinleşip kesinleşmediği belli olamayan bir tarhiyat için 2011 yılının sonuna kadar düzeltme talebinin yapılması gerekmektedir. Bu talep üzerine, eğer vergi kesinleşir ve ödenirse 2011 yılından sonra bile (B) kurumu nezdinde düzeltme yapılabilecektir.

3. Cari dönem zararı, geçmiş yıl zararları vb. nedenlerle matrah oluşmamış olsun;

Yapılan vergi incelemeleri sonucunda, örtülü sermaye kullanımı nedeniyle yapılan gider reddinin zarar tutarlarından düşük olması nedeniyle matrah ve dolayısıyla vergi çıkmaması karşılaşılan bir durumdur. Bu gibi hallerde, yapılan tenkit nedeniyle sonraki döneme devreden zarar tutarları azaltılmakta ve gider reddinin vergisel yansımaları (matrah farkına dönüşmesi) izleyen hesap dönemlerinde gerçekleşmektedir. Örneğimizdeki 100 birim gider reddinin 2011 yılında matrah farkına dönüştüğünü ve 20 birimlik vergi tarhiyatının bu yıl içinde yapıldığını kabul edelim.

Bu durumda, tarh edilen vergi ihtilaf konusu yapılmaz ise (A) kurumu tarafından derhal (2011 yılı içinde) düzeltme talebinde bulunulursa (B) kurumu nezdinde düzeltme yapılabilecektir. Tarh edilen vergi ihtilaf konusu yapılsa yine belirsiz bir konu için (A) kurumunun düzeltme talebinde bulunması gerekecektir. (A) kurumu yargı aşamasında olan bir konu ile ilgili olarak karşı kurum düzeltmesi hakkını kaybetmemek için 2011 yılı içerisinde düzeltme talebinde bulunmak zorundadır. Yargı organlarınca tarhiyatın onanması halinde (A) kurumunun 2011 yılı içerisinde yapmış olduğu düzeltme talebi sayesinde (B) kurumu kesinleşen ve ödenen vergiyi kendi bünyesinde düzeltebilecektir.

1 seri numaralı KVK Genel Tebliği'nde, karşı kurum düzeltmesinin yapılabilmesi için borcu kullanan kurum tarafından zamanaşımı süresi içerisinde düzeltme talebinin yapılmış olması gerektiği, bu talebin yapılması halinde borcu veren kurum nezdinde, zamanaşımı sürelerine bakılmaksızın, düzeltmenin yapılabileceği belirtilmiştir. Bu durum da bazı sakıncaları beraberinde getirmektedir. Verginin ihtilaf konusu yapıldığı ve zamanaşımı süresi içinde bu ihtilafın çözümlenemediği durumlarda, borcu kullanan kurum, belirsizliği devam eden (yargı aşamasında bulunan) bir konu ile ilgili olarak, düzeltme hakkını kaybetmemek için, düzeltme talebinde bulunmak zorunda kalacaktır.

Bu sıkıntıların giderilmesi amacıyla Vergi Usul Kanunu'nda örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespiti sonrasında yapılacak karşı kurum düzeltmeleri için zamanaşımı sınırını kaldıracak düzenlemeler yapmak gerekmektedir. Ayrıca, karşı kurum düzeltmesine ilişkin bir çok bilinmez varlığını halen devam ettirmektedir. Yapılacak idari düzenlemeler ile bu bilinmezliklerin ortadan kaldırılması gerekmektedir.⁵⁹

2.11.5. Ödünç Para Alma ve Verme İşlemlerinde Örtülü Sermaye Müessesesi ile Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Müessesesinin Yarattığı Paradoks

Kitabımızın bir önceki bölümünde, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde hüküm altına alınan örtülü sermaye müessesesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılmıştı. Söz konusu maddeye göre, örtülü sermaye, kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan

⁵⁹ KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermaye Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Kapsamında Yapılacak Karşı Kurum Düzeltmesinin Zamanaşımı Süreleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Eylül 2007, Sayı:233, Sayfa:59.

kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı olarak tanımlanmıştır. Yapılan bu tanım, bir borçlanmanın örtülü sermaye olarak değerlendirilebilmesi için ortaklardan veya ortakla ilişkili kişilerden yapılmış olması ve kurumun öz sermayesinin üç katını aşması gerektiğini vurgulamaktadır. Dolayısıyla 5520 sayılı yeni K.V.K.'da yeniden yapılan örtülü sermaye tanımı temel olarak iki unsur bünyesinde barındırmaktadır. Bunlar;

- Borçlanmanın ortaklardan veya ortakla ilişkili kişilerden yapılmış olması ve
- Yapılan borçlanmanın öz sermayenin üç katını aşmasıdır.

Öte yandan aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında, ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmaların da örtülü sermaye olabileceği belirtilmiş ve ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmaların % 50 oranında dikkate alınacağı vurgulanmıştır.

Söz konusu maddenin (6) numaralı fıkrasında ise örtülü sermaye mahiyetinde olmayan borçlanmalar tadadi olarak belirtilmek suretiyle hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda, kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar anılan fıkranın b) bendi ile örtülü sermaye sayılmayacak borçlanmalar arasında sayılmıştır.

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 13. maddesinde (1) numaralı fıkrasında ise kurumların, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunmaları halinde kazancın tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtıldığının kabul edileceği belirtilmiştir. Aynı fıkra, ödünç para alınması ve verilmesi işlemlerinin de mal veya hizmet alım ya da satımı olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla ödünç para alınması veya verilmesi yöntemiyle de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapılabilecektir. Burada, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyatı, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen faiz oranı ile yapılan işlemler olarak anlamak gerekecektir.

Kanun'un 13. maddesine göre bir kurumun ortak ya da ilişkili olduğu başka bir kuruma emsallere uygunluk ilkesine göre tespit edilecek faiz oranının altında borç vermesi halinde kazanç transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacaktır. Borç veren kurum örtülü kazanç yönünden herhangi bir tenkitle karşılaşmamak için emsallere uygunluk ilkesine göre tespit edilecek faiz oranına göre bir faiz tahakkuk ettirmek zorundadır.

Ancak, bu durumda devreye aynı Kanun'un 12. maddesinde hüküm altına alınan örtülü sermaye müessesesi girmektedir. Eğer verilen borç öz sermayenin 3 katından fazla ise borç alan kurum açısından yapılan borçlanma örtülü sermaye olarak kabul edilecek ve ödenen veya hesaplanan faiz kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınacaktır. Bu durumda, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yönünden herhangi bir tenkit ile karşılaşmamak için faiz tahakkuk ettiren bir firma ortak olduğu ya da ilişki içerisinde bulunduğu firmanın örtülü sermaye kullanmasına sebep olacaktır. Görüldüğü gibi bu durumda

her iki müessesenin bir arada değerlendirilmesi içinden çıkılmaz bir paradoksu gündeme getirmektedir.⁶⁰

Öte yandan, 5520 sayılı K.V.K.'nın gerek 12. maddesinin (7) numaralı fıkrasında, gerekse 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında karşı kurum düzeltmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Buna göre; her iki fıkra da daha önce yapılan vergilendirme işlemlerinin işleme taraf olan mükellefler nezdinde düzeltileceği belirtilmiştir. Ancak, bu düzeltmelerin yapılabilmesi için örtülü sermaye kullanan ve örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseselerinde karşı kurum düzeltmesi inceleme sonucunda yapılan tenkitler üzerine mümkün olabilecektir.

Konuyu bir örnek yardımıyla açıklamaya çalışalım.

Örnek :

Öz sermayesi 100 birim olan (A) kurumuna, % 10 ortağı olan (B) kurumu tarafından 400 birim borcun faizsiz olarak verildiğini kabul edelim.

Durum 1: Kurumların Herhangi Bir Vergi İncelemesine Maruz Kalmadan Olayı Değerlendirmeleri:

Bu durumda (B) firması yaptığı borç verme işleminin K.V.K.'nın 13. maddesine aykırı olduğunu düşünecek ve emsallere uygunluk ilkesine göre tespit edilecek faiz oranında bir faizi tahakkuk ettirecektir.

Ancak, bu durumda (A) firmasının yapmış olduğu borçlanmanın öz sermayesinin 3 katını aşan 100 birimlik kısmı örtülü sermaye kabul edilecek ve bu kısma ait olarak ödenen veya hesaplanan faizin kanunen kabul edilmeyen gider olarak değerlendirilmesi gerekecektir.

Bu durumda görülmektedir ki 5520 sayılı K.V.K.'nın 13. maddesinde hüküm altına alınan zorunluluk nedeniyle (B) firmasının faiz tahakkuk ettirmesi, aynı Kanun'un 12. maddesi gereğince (A) firmasının ödediği faizi kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate almasına sebep olmaktadır. **Yani Kanun hükmü borç verene faiz hesaplamak zorundasın derken, aynı Kanun hükmü borç alana da hesaplanan faizi gider yazamazsın demektedir. İşte paradoks buradadır.**⁶¹

Durum 2: Olayın Vergi İncelemesi ile Tespit Edilmesi:

(B) kurumu nezdinde yapılacak vergi incelemesi sonucunda, (B) kurumunun K.V.K.'nın 13. maddesine aykırı olarak faizsiz borç verme işleminde bulunduğu, verdiği borca emsallere uygunluk ilkesi gereği tespit edilecek faiz oranı kadar faiz tahakkuk ettirilmesi gerektiği yönünde hüküm tesis edilecektir. Tahakkuk ettirilecek faiz miktarı kadar (B) kurumu nezdinde gelir tahakkuku yapılması gerekmektedir.

⁶⁰ KARTALOĞLU, Emre; Ödünç Para Alma ve Verme İşlemlerinde Örtülü Sermaye Müessesesi ile Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Müessesesinin Yarattığı Paradoks, Vergi Sorunlar Dergisi, Ocak 2007, Sayı:220, Sayfa:101.

⁶¹ KARTALOĞLU, Emre; Ödünç Para Alma ve Verme İşlemlerinde Örtülü Sermaye Müessesesi ile Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Müessesesinin Yarattığı Paradoks, Vergi Sorunlar Dergisi, Ocak 2007, Sayı:220, Sayfa:102.

İşte bu durumda devreye karşı kurum düzeltmesi girecektir. Örtülü kazanç dağıtan (B) kurumu adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şartıyla (A) kurumu nezdinde düzeltme yapmak gerekecektir. Dolayısıyla, hesaplanan faizin (A) kurumu nezdinde gider olarak dikkate alınması gerekmektedir. Ancak, bilindiği gibi, (A) kurumunun yapmış olduğu borçlanmanın 100 birimlik kısmı örtülü sermaye niteliğindedir. Bu durumda örtülü sermayeye isabet eden faiz tutarı için (A) kurumu nezdinde herhangi bir düzeltme işlemi yapmamak gerekmektedir. Bu durum da bize göstermektedir ki Kanun'un 12. ve 13. maddesinde hüküm altına alınan karşı kurum düzeltmesinin uygulamayacağı durumlar olabilmektedir. Bu da paradoksun ikinci boyutudur.

Konuyu 5422 sayılı eski K.V.K.'nın uygulandığı dönemde verilen bir Danıştay Kararı yardımıyla açıklamaya devam edelim. Danıştay 3. Dairesi 28.05.2003 tarih ve E:2000/2317, K:2003/3286 sayılı Kararı'da, bankadan aldığı ihracatlı döviz kredisinin bir kısmını faiz almaksızın şirket ortağına kullandıran davacı kurumun örtülü kazancı dağıttığının kabulü gerektiği yönünde hüküm tesis etmiştir. Söz konusu Karar'ın sonuç bölümü aynen aşağıdaki gibidir.

“İşlemleri incelenen davacı kurumun Nisan 1998 ayında bir bankadan sağladığı ...- ABD Doları döviz kredisinin sadece yarısına yakınıni işletme kayıtlarıyla ilgilendirdiği, yarısını aşan kısmını paydaşına aktararak kayıtları dışında bıraktığında tartışma bulunmamaktadır. Bu durum, dönem kayıtlarının Vergi Usul Kanununa uygun düzenlenmediğini göstermektedir.

Yukarıda açıklandığı gibi kurumun tüzel kişiliğinden ayrı bir varlık olması nedeniyle üçüncü kişi konumundaki paydaşına, izleyen yıla da yansıyacak şekilde yüksek miktarda nakit kaynağını karşılıksız kullandırması, ticari gereklere aykırı düşen davacı, bu işlemin nedenini; paydaşının kefil olduğu bir başka kişinin borcunu ödeyememesi nedeniyle paydaşın cebren takibinin önlemek olarak dava dilekçesinde açıklamıştır. Bu açıklamada yukarıdaki yargıyı doğrulamaktadır.

Kuruluş amacı mermer işletmeciliği olan ve yüksek miktarlardaki işletmeye ait nakit kaynağını karşılıksız olarak ve izleyen yılda da devam edecek şekilde paydaşının kullanımına bırakan ve bu işlemi kurum kayıtları dışında tutan davacı kurumun bu borç verme işleminden doğacak kazançtan yoksun bırakıldığı açıktır. Kredinin paydaşa aktarılan kısmına isabet eden faizlerin kurum tarafından gider yazılmamasının, bu durumu değiştirici bir yönü bulunmamaktadır.

Kurum bu işlemler yoluyla paydaşına, yoksun kaldığı düzeyde kazancını aktardığı gibi söz konusu kaynağın tümünü işletmenin gereksinmesinde kullanmaktan da yoksun kaldığı açık olduğundan, Kurumlar Vergisi Kanununun 17. maddesinde öngörülen koşulların gerçekleşmediği görüşüyle verilen kararda hukuka uygunluk görülmemiştir.”

Yukarıdaki Karar'da tartışılan konu yeni K.V.K.'nın uygulandığı dönem için de geçerli olabilecektir. Yapılan işlemin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç olduğu konusunda herhangi bir tartışma yaşanması mümkün değildir. Ancak, olayı transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirdikten ve kazancı dağıtan nezdinde yapılan tarhiyat kesinleştikten sonra yapılacak işlemler önem arz etmektedir ve anlatmak istediğimiz paradoks bu aşamadan sonra karşımıza çıkmaktadır.

Yapılan borçlanma borcu alan kurumun öz sermayesinin 3 katının üzerinde ise, öz sermayenin 3 katını aşan bu kısım örtülü sermaye olarak kabul edilmez.⁶² Borcu alan kurum da hesaplanan bu faizin örtülü sermayeye isabet eden kısmını kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate almak zorundadır. Karşı kurum düzeltmesinin yapılması durumunda da aynı şekilde işlem yapılması gerekecektir. Burada da Kanun hükmü gereği borç veren faiz hesaplamak zorunda, borç alan ise aynı faizi kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate almak zorunda kalmaktadır.

Yapılan açıklamalardan anlaşılacağı üzere, gerek 5422 sayılı eski K.V.K.'nın 17. maddesinde hüküm altına alınan örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin gerekse 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 13. maddesinde hüküm altına alınan transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin uygulandığı dönemde yapılan ödünç verme işlemleri 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 13. maddesinde düzenlenen örtülü sermaye müessesesi ile birlikte değerlendirildiğinde paradoksal bir durum ortaya çıkmaktadır. Kanun hükmü gereği, verdiği borç para için faiz tahakkuk ettiren bir kurum, borç verdiği ilişkili kurumun örtülü sermaye kullanmasına neden olmaktadır. Bu durumun uygulayıcıları zor duruma sokacağı ve ne şekilde işlem tesis edileceği konusunda tereddüt doğacağı şüphesizdir. Bu tereddütlerin yaşanmaması için vergi idaresinin açıklamalarına ihtiyaç duyulmaktadır.⁶³

2.11.6. Örtülü Sermaye ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Tespiti Sonucunda Katma Değer Vergisi Düzeltilecek midir?

5520 sayılı KVK'da hüküm altına alınan örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla kazanç dağıtımı müesseselerinde yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere karşı kurum düzeltmesine ilişkin hükümler getirilmiştir. Ancak, düzeltilecek işlemlerin katma değer vergisini de içermesi durumunda ne şekilde işlem yapılacağı bugüne kadar açıklanmamıştır ve müesseselerin uygulandığı dönemde karşılaşımla olasılığı yüksek sorunlardan birisi de budur.

Örneğin; emsallere uygunluk ilkesine göre tespit edilmiş fiyatı 100 lira olan bir malın (A) kurumu tarafından 15.01.2007 tarihinde 50 liraya satıldığını ve bu tutar üzerinden 9 lira katma değer vergisi hesaplandığını kabul edelim. Mali satın alan (B) kurumu da Ocak 2007 katma değer vergisi beyannamesinde 9 lira katma değer vergisini indirim konusu yapmış olsun.

(A) kurumunun 2008 yılı içerisinde vergi incelemesine tabi tutulduğunu ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespit edildiğini düşünelim. Bu durumda, (A) kurumu için 50 lira matrah farkı üzerinden 10 lira kurumlar vergisi ve 9 lira da katma değer vergisi tarhiyatı yapılacaktır. Tarh edilecek 10 lira kurumlar vergisinin ödendiği ve

⁶² 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinin (6) numaralı fıkrasının b) bendinde, kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmaların örtülü sermaye olarak kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Aynı şartla kullandırma ifadesinden ne anlaşılması gerektiği ise maddenin gerekçesinde belirtilmiştir. Buna göre, aynı şartlarla kullandırma, **kredi sözleşmesinin içerdiği vade, faiz oranı ve benzeri kullandırılma şartlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan** borcun kullandırılmasıdır. Yukarıda verilen Danıştay Kararı sonrasında yapılan açıklamalarda "aynı şartlarla kullandırma" şartına uyulmadığı varsayılarak açıklamalar yapılmıştır.

⁶³ KARTALOĞLU, Emre; Ödünç Para Alma ve Verme İşlemlerinde Örtülü Sermaye Müessesesi ile Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Müessesesinin Yarattığı Paradoks, Vergi Sorunlar Dergisi, Ocak 2007, Sayı:220, Sayfa:104.

kesinleştiği dönemde (B) kurum nezdinde karşı kurum düzeltmesi yapılacak ve bu kurumun Ocak 2007 dönemi maliyetleri ya da giderleri 50 lira azaltılacaktır.

Ancak, (B) kurumunun Ocak 2007 vergilendirme döneminde indirim olarak dikkate aldığı 9 lira katma değer vergisinin 18 liraya yükseltip yükseltilemeyeceği belirsizdir. Kanaatimizce bu durumda, katma değer verginin düzeltilmemesi gerekmektedir. Çünkü, Katma Değer Vergisi Kanunu'nda bu konuda bir hüküm bulunmadığı gibi, 5520 sayılı yeni KVK'nın karşı kurum düzeltmelerini düzenleyen 12/7 ve 13/6. maddelerinde de konuya ilişkin bir belirleme yapılmamıştır. Bu nedenle de katma değer vergisinin düzeltilmemesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Fakat, katma değer vergisinin düzeltilmemesi "hazine yararı" kavramının yeniden tartışılmasına neden olacaktır. Bu tartışmaların önlenmesi amacıyla konuya ilişkin düzenlemelerin bir an önce yapılması gerekmektedir.

2.12. ÖDÜNC PARA VERME İŞLEMLERİNDE KATMA DEĞER VERGİSİ

5422 sayılı eski K.V.K.'nın uygulandığı dönemde en çok tartışma yaratılan konulardan biri de ödünç para verme işlemlerinde tahakkuk ettirilen faiz tutarı üzerinden katma değer vergisi hesaplanıp hesaplanmayacağı konusuydu.

Ödünç para verme işlemi bir finansman hizmeti olarak değerlendirilip katma değer vergisine mi tabi tutulmalı? yoksa, ivaz karşılığı ödünç para verme işini devamlı ve mutad meslek haline getirenlerin, 90 sayılı Kararname ve 6802 sayılı Kanun uygulaması bakımından banker sayılması gerekip tahakkuk eden faiz tutarı üzerinden banka ve sigorta muameleleri vergisi mi hesaplanmalıdır?

Kanaatimizce, ödünç para verme işlemleri sonucunda tahakkuk eden faizlerin bir işlem vergisine tabi tutulması gerektiğinde şüphe bulunmamalıdır. Ancak, bu vergi katma değer vergisi mi? Banka ve sigorta muameleleri vergisi mi olacaktır? Bu konunun her bir işlem itibarıyla ayrı ayrı değerlendirilerek bir sonuca varılması gerekmektedir. Borç para verme işlemi mutad meslek haline dönüştürülmüşse banka ve sigorta muameleleri vergisi söz konusu olmalı, eğer arizi olarak finansman hizmeti söz konusu oluyorsa katma değer vergisi hesaplanmalıdır.

5422 sayılı eski K.V.K.'nın uygulandığı dönemde konuya ilişkin olarak verilen bazı yargı kararları aşağıdaki gibidir.

Özet: Davacı Kurumun Ortaklarına Ödünç Para Vermesinin Finansman Hizmeti Olduğundan Bahisle, Katma Değer Vergisine Tabi Tutularak Tarhiyat Yapılmasının Hukuka Aykırı Olduğu⁶⁴

"İstemin Özeti : Davacının, amortismanına tabi iktisadi kıymetlere ait katma değer vergisinin tamamını bir defada indirim konusu yaptığı, ayrıca ortaklarına fatura düzenlemeden, finansman temini hizmetinde bulunduğu bahisle adına, 1996 yılının Ekim ve Kasım dönemleri için ağır kusur cezalı katma değer vergisi salınmıştır.

⁶⁴ Danıştay Vergi Dava Daireleri Genel Kurulu'nun 13.06.2003 tarih ve E:2002/631, K:2003/332 sayılı Kararı.

... Vergi Mahkemesi ... günlü ve ... sayılı kararıyla; davanın vergi aslına yönelik kısmını reddetmiş, ağır kusur cezasını kusura çevirmiştir.

Yükümlünün karara karşı yaptığı temyiz başvurusu Danıştay Onbirinci Dairesince kabul edilerek vergi mahkemesi kararı bozulmuş ise de vergi dairesi başkanlığının karar düzeltme istemini kabul eden Danıştay Yedinci Dairesi 27.12.2001 günlü ve E:2000/10024, K:2001/4180 sayılı kararıyla; mahkeme kararının, amortisman tabi iktisadi kıymete ilişkin cezalı katma değer vergisi yönünden davanın redine ilişkin hüküm fıkrasının hukuka uygun bulunduğu, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 28 inci, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3 üncü, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17 inci maddeleri uyarınca, ivaz karşılığı ödünç para verme işini, devamlı ve mutata meslek halinde yapanların, 6802 sayılı Kanunun uygulanması bakımından banker sayılması gerektiği, dairelerinin süregelen içtihadına göre, aynı takvim yılı içinde birden fazla kişiye ya da birden fazla olmak üzere bir kişiye veya birbirini izleyen yıllarda bir ya da birden çok kişiye ödünç para verilmesi hallerinin ikraz işiyle devamlı ve mutata meslek halinde uğraşıldığını gösterdiği, bu bakımdan; ivaz karşılığı borç para verme işiyle devamlı ve mutata meslek halinde uğraşanların bu işten elde ettikleri kazancın katma değer vergisine değil; banka ve sigorta muameleleri vergisine konu edilmesinin, açıklanan hukuki durumun gereği olduğu, olayda; davacı şirketin, ortaklarına, kısa vadelerle borç para verdiği, karşılığında herhangi bir faiz geliri hesaplanmadığı ve bu işlemlerin, vergilendirme döneminde, birden çok kez yinelandığının tartışmasız olduğu, bu itibarla, banka ve sigorta muameleleri vergisine konu olan anılan işlemlerin katma değer vergisine tabi tutulması, 3065 sayılı Kanunun 17 nci maddesinin 4 üncü fıkrasının yukarıda açıklanan (e) bendi uyarınca olanaklı bulunmadığından, aksi yolda hüküm tesisinde isabet görülmediği gerekçesiyle, temyiz istemini kısmen kabul ederek kararı, ortaklara kullandırılan borç paralar üzerinden hesaplanan katma değer vergisi yönünden bozmuştur.

Bozma kararına uymayan ...Vergi Mahkemesi ... günlü ve ... sayılı kararıyla; uyuşmazlığın, davacı şirketin ortaklarına borç para kullandırması işleminin katma değer vergisine tabi olup olmadığına ilişkin olduğu, 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17/4. maddesine göre banka ve sigorta muameleleri vergisi kapsamına giren işlemlerin katma değer vergisinden müstesna olduğu, 6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 28 ve izleyen maddelerinde banka ve sigorta muameleleri vergisinin düzenlendiği, sözü edilen Kanunun 30 uncu maddesinde, banka ve sigorta muameleleri vergisinin, mükelleflerinin, bankalar ve sigorta şirketleri olarak belirlendiği, ortaklarına cari hesap yoluyla borç para veren ya da kullandıran sermaye şirketlerinin banka veya sigorta şirketi olarak kabul edilmesi ve bu kapsamda değerlendirilmesinin mümkün olmadığı, sermaye şirketleri yönünden bu işlemin, ticari bir iş, diğer bir deyimle ticari anlamda bir finans hizmeti olduğu, çünkü ortakların, şirketten faizsiz aldıkları ödünç paralarla finansman gereksinimlerini karşıladıkları, banka veya özel finans kurumlarından kredi temin etmek suretiyle katlanacakları finansman yükünden kurtuldukları, şirketin ise, işletmede atıl bulunan bir parayı ortağına borç olarak verip, bu parayı çeşitli şekillerde değerlendirmek suretiyle elde edebileceği bir gelirden mahrum kaldığı, bu şekilde ortakların işletmeye ait parayı herhangi bir karşılık ödemediği kullanırken, şirketlerce ortaklara bir menfaat sağlandığını kabul etmek gerektiği, buna göre, sermaye şirketlerinin ortaklarına cari hesap yoluyla borç para kullandırmaları, ticari anlamda bir finans hizmeti olup,

Katma Değer Vergisi Kanununun 1/1 inci maddesine göre katma değer vergisine tabi olması gerektiğinden, yapılan tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmadığı, ancak, bu hususun yoruma müsait olması nedeniyle ağır kusur cezası değil, kusur cezası kesilmesi gerektiği gerekçesiyle kararında direnmiştir.

Direnme kararı yükümlü tarafından temyiz edilmiş ve ortaklara fiilen yapılmış bir ödeme bulunmadığı, ortaklar cari hesabına yapılan borç kayıtlarının aslında yıl içinde satıcılara yapılmış olan ödemelere ilişkin belgelerin muhasebe kayıtlarının yanlışlığından kaynaklandığı ileri sürülerek kararın bozulması istenmiştir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Danıştay Tetkik Hakimi'ın Düşüncesi : Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Yedinci Daire bozma kararındaki esaslar uyarınca bozulması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı'ın Düşüncesi :Daire kararında yazılı gerekçe uyarınca temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının bozulması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

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

1995 yılında ortaklarına finansman temini hizmetinde bulunan davacı kurumun, bu hizmetinin katma değer vergisine tabi olduğundan bahisle katma değer vergisi beyannamelerinin yeniden düzenlenmesi sonucu, 1996 yılının Ekim ve Kasım dönemleri için adına salınan ağır kusur cezalı katma değer vergisine karşı açılan davanın kısmen kabulü ile vergi aslına yönelik kısmının reddine, cezanın kusura çevrilmesine ilişkin vergi mahkemesi ısrar kararı yükümlü tarafından temyiz edilmiştir.

3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 1 inci maddesinde, ticari, sınai, zirai faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetlerin katma değer vergisine tabi olduğu belirtilmiş, 4 üncü maddesinde hizmetin, teslim ve teslim sayılan haller ile mal ithalatı dışında kalan işlemler olduğu, bu işlemlerin bir şeyi yapmak, işlemek, meydana getirmek, imal etmek, onarmak, temizlemek, muhafaza etmek, hazırlamak, değerlendirmek, kiralamak, bir şeyi yapmamayı taahhüt etmek gibi şekillerde gerçekleşebileceği açıklanmış, Yasanın 20 nci maddesinde ise teslim ve hizmet işlemlerinde matrahın bu işlemlerin karşılığını teşkil eden bedel olduğu, bedel deyiminin malı teslim alan veya kendisine hizmet yapılan veya bunlar adına hareket edenlerden bu işlemler karşılığında her ne suretle olursa olsun alınan veya bunlarca borçlanılan para, mal ve diğer suretlerde sağlanan ve para ile temsil edilebilen menfaat, hizmet ve değerler toplamını ifade edeceği öngörülmüştür.

Bir hizmetin finansman hizmeti olduğundan bahisle, katma değer vergisine tabi tutulabilmesi için ödünç para verildiğinin ve alındığının hukuken geçerli ve yeterli tespitlere dayalı olması gereklidir.

Olayda, otel işletmesi ve inşaat taşeronluğu faaliyetinde bulunan yükümlü kurumun, ortaklarına, ortaklar cari hesabını kullanarak ödünç para verdiği, ancak bu işlem için faiz almadığı, katma değer vergisi hesaplamadığından bahisle dava konusu cezalı tarhiyat yapılmış ise de, ortakların şirket işlerinin yürütülmesi amacıyla her zaman şirketten borç para almaları veya şirkete borç para vermeleri mümkün olup, ortakla şirket arasında bu şekilde sürekli hareket halinde işleyen ortaklar cari hesabının bulunması ve bu işlem için faiz yürütülmemesi ekonomik gereklere uygun ve iş yaşamının doğal akışı gereğidir.

Bu nedenle, ortaklara ödünç para verme işleminin finansman hizmeti sayılarak katma değer vergisine tabi tutulması ve bu nedenle yapılan tarhiyata karşı açılan davanın reddinde hukuka uygunluk bulunmamıştır.

Bu nedenlerle temyiz isteminin kabulüne, ... Vergi Mahkemesinin ... günlü ve ... sayılı ısrar kararının bozulmasına, 13.6.2003 gününde esasta oybirliği gerekçeyle oyçokluğu ile karar verildi.

X - K A R Ş I O Y

Davacı şirketin ortaklar cari hesabını kullanarak ortaklara ödünç para verdiği, verilen borç paraların uzun süre ortaklarda kaldığı ve verilen borç paradan dolayı faiz alınmaması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu kabul edilerek ... gün ve ... nolu inceleme raporu düzenlenmiş ve raporda belirlenen matrah üzerinden cezalı kurumlar vergisi salınması önerilmiş olup, sözü edilen rapora göre önerilen kurumlar vergisinin tarh edilip edilmediğinin, tarh edilmişse ne aşamada olup olmadığının veya kesinleşip kesinleşmediğinin sorulup araştırılması, katma değer vergisi ile ilgili uyumsuzluğun sonuçlandırılması yönünden önem taşımaktadır.

Olayda, kurumlar vergisi tarhiyatı kesinleşmişse; borç veya kredi verme işlemi nedeniyle finansman hizmeti tesliminden dolayı katma değer vergisi de doğacağından kurumlar vergisi ile ilgili tarhiyatın akibetinin araştırılarak sonucuna göre katma değer vergisi uyumsuzluğu hakkında yeniden karar verilmesi ve bu yönden mahkeme kararının bozulması gerektiği görüşüyle bozma kararının gerekçesine katılmıyoruz.

XX - K A R Ş I O Y

Temyiz isteminin kabulü ile ısrar kararının Danıştay Yedinci Dairesinin K:2001/4180 sayılı bozma kararındaki gerekçelerle bozulması gerektiği görüşüyle kararın gerekçesine katılmıyoruz.”

Özet: Davacı Şirketin Ortaklarına Verdiği Borç Para Karşılığında Faiz, Komisyon ve Kur Farkları Adı Altında Tahsil Ettiği Meblağın Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisine Tabi Olması Nedeniyle Katma Değer Vergisi Kanunu Kapsamında Olmadığı⁶⁵

“İstemin Özeti: Davacı şirket tarafından, cari hesap vasıtasıyla ortaklarına borç para verilmek suretiyle, finansman hizmeti sunulduğundan bahisle, 1999/Şubat dönemi için katma değer vergisi salınması ve vergi ziyayı cezası kesilmesi yolunda tesis edilen

⁶⁵ Danıştay 7. Dairesi'nin 15.04.2004 tarih ve E:2001/3134, K:2004/1040 sayılı Kararı.

işlemi; olayda, ortaklar cari hesabının sürekli hareket halinde olduğu, verilen paralar ortağın üzerinde uzun süre kalmadığından, örtülü kazanç dağıtımından da söz edilemeyeceği; bu durumda, ortaklar cari hesabı aracılığıyla örtülü kazanç dağıtılmadığından, tarh ve ceza kesme işlemlerinde de yasal isabet görülmediği gerekçesiyle iptal eden Adana Birinci Vergi Mahkemesinin 26.3.2001 gün ve E:2000/810; K:2001/304 sayılı kararının; yapılan işlemin yerinde olduğu ileri sürülerek bozulması ve duruşma yapılması istenilmektedir.

Savunmanın Özeti : Savunma verilmemiştir.

Tetkik Hakimi'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde ileri sürülen iddialar, 2577 sayılı Kanunun 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında sayılan bozma nedenlerine uymadığından, temyiz istemi reddedilerek kararın onanması gerektiği düşünülmektedir.

Danıştay Savcısı'ın Düşüncesi: Temyiz dilekçesinde öne sürülen hususlar, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Yasasının 49'uncu maddesinin 1'inci fıkrasında belirtilen nedenlerden hiçbirisine uymayıp vergi mahkemesince verilen kararın dayandığı hukuki ve yasal nedenler karşısında, anılan kararın bozulmasını gerektirir nitelikte görülmemektedir.

Açıklanan nedenlerle temyiz isteminin reddi ile vergi mahkemesi kararının onanması gerektiği düşünülmektedir.

TÜRK MİLLETİ ADINA

Hüküm veren Danıştay Yedinci Dairesince duruşma yapılmasına gerek görülmeyerek işin gereği görüldü:

Dosyanın incelenmesinden; davacı Şirketin, ortaklarına borç para vererek finansman temini hizmetinde bulunduğu bahisle, re'sen katma değer vergisi tarhiyatı yapıldığı ve vergi ziyai cezası kesildiği; söz konusu işlemlerin, Vergi Mahkemesince, istemin özeti bölümünde yazılı gerekçeyle iptal edildiği; davalı Vergi Dairesi Müdürlüğünce de, davacı Şirketin, ortaklarına sunmuş olduğu finansman hizmetinin katma değer vergisine tabi olduğu iddiasıyla, bu kararın temyizen bozulmasının istenildiği anlaşılmıştır.

6802 sayılı Gider Vergileri Kanununun 28'inci maddesinin üçüncü fıkrasında; 2279 sayılı Kanuna göre ikraz işleriyle uğraşanlarla, ikinci fıkra da belirtilen muamele ve hizmetlerden herhangi birini devamlı olarak yapanların, bu Kanunun uygulanmasında banker sayılacakları hükme bağlanmış; 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanunu ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldıran 30.9.1983 gün ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 3'üncü maddesinde de, devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişilerin ikrazatçı sayılacakları açıklanmıştır. 3065 sayılı Katma Değer Vergisi Kanununun 17'nci maddesinin 4'üncü fıkrasının (e) bendinde ise, banka ve sigorta muameleleri vergisinin kapsamına giren işlemler ile sigorta acente ve

prodüktörlerinin sigorta muamelelerine ilişkin işlemlerinin katma değer vergisinden müstesna olduğu hükmüne yer verilmiştir.

Yukarıda verilen düzenlemelerin birlikte değerlendirilmesinden anlaşılabacağı üzere; ivaz karşılığı ödünç para verme işini, devamlı ve mutad meslek halinde yapanların, 6802 sayılı Kanunun uygulanması bakımından banker sayılması gerekmektedir. Dairemizin süre gelen içtihadına göre ise, aynı takvim yılı içinde birden fazla kişiye ya da birden fazla olmak üzere bir kişiye veya birbirini izleyen yıllarda bir ya da birden çok kişiye ödünç para verilmesi halleri, ikraz işiyle devamlı ve mutad meslek halinde uğraşıldığını göstermektedir. Bu bakımdan; ivaz karşılığı borç para verme işiyle devamlı ve mutad meslek halinde uğraşanların bu işten elde ettikleri kazancın, katma değer vergisine değil; banka ve sigorta muameleleri vergisine konu edilmesi, açıklanan hukuki durumun gereğidir.

Olayda; davacı Şirketin, cari hesap vasıtasıyla, ortaklarıyla para alış verişinde bulunduğu, bu işlemlerin de, vergilendirme döneminde, birden çok kez yinelandığı tartışmasızdır. Açıklanan şekilde sürdürülen işlemler, yukarıda tanımlanan anlamda, borç verme işiyle devamlı ve mutad meslek halinde uğraşılması olduğundan; davacı Şirketin, bu işlemler dolayısıyla, 6802 sayılı Kanunun uygulanması bakımından banker sayılması ve krediyi kullanan ortaklardan faiz, komisyon ve kur farkları adı altında tahsil ettiği meblağın bu Kanuna göre vergilendirilmesi zorunludur.

Bu itibarla, banka ve sigorta muameleleri vergisine konu olan anılan işlemlerin katma değer vergisine tabi tutulması, 3065 sayılı Kanunun 17'nci maddesinin, 4'üncü fıkrasının yukarıda açıklanan (e) bendi uyarınca olanaklı bulunmadığından; temyiz dilekçesinde ileri sürülen hususlar, sonucu itibarıyla yerinde görülen temyize konu kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte değildir.

Açıklanan nedenle, temyiz isteminin reddine, 15.4.2004 gününde oybirliği ile karar verildi."

3. GELİR VERGİSİ MÜKELLEFLERİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

04.04.2007 tarih ve 26483 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan "5615 sayılı Gelir Vergisi Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" ile bütün kurumlar vergisi mükelleflerinde olduğu gibi gelir vergisi mükellefleri açısından da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümleri uygulanır hale getirilmiştir. 5615 sayılı Kanun ile getirilen hüküm 01.01.2007 tarihinden geçerli olmak üzere 04.04.2007 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

5615 sayılı Kanun'un 3. maddesi ile Gelir Vergisi Kanunu'nun 41. maddesinin birinci fıkrasına (4) numaralı bentten sonra gelmek üzere aşağıdaki (5) numaralı bent eklenmiştir.

"5. Bu fıkranın 1 ilâ 4 numaralı bentlerinde yazılı olan işlemler hariç olmak üzere, teşebbüs sahibinin, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen bedel veya fiyatlar üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunması halinde, emsallere uygun bedel veya fiyatlar ile teşebbüs sahibince uygulanmış bedel veya fiyat arasındaki işletme aleyhine oluşan farklar işletmeden çekilmiş sayılır.

Teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoy, üçüncü derece dahil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler ilişkili kişi sayılır.

Bu bent uygulamasında, imalat ve inşaat, kiralama ve kiraya verme, ödünç para alınması veya verilmesi, ücret, ikramiye ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler, her hâl ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

İşletmeden çekilmiş sayılan farklar, ilişkili kişi tarafından beyan edilmiş gelir veya kurumlar vergisi matrahının hesabında dikkate alınmış ise ilişkili kişinin vergilendirme işlemleri buna göre düzeltilir. İlişkili kişiler ve bu kişilerle yapılan işlemler hakkında bu maddede yer almayan hususlar bakımından, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesi hükmü uygulanır."

3.1. GELİR VERGİSİ MÜKELLEFLERİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI MÜESSESESİNİN UNSURLARI

Yapılan değişiklik ile 5520 sayılı K.V.K. ile vergi sistemimize dahil edilen transfer fiyatlandırması hükümlerine paralel düzenleme yapılmaktadır. Düzenlemeyle, teşebbüs sahibinin emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen bedel veya fiyatlar üzerinden ilişkili kişilerle mal veya hizmet alım ya da satımı yapması halinde, emsallere uygun bedel veya fiyatlar ile teşebbüs sahibince uygulanmış bedel veya fiyat arasında işletme aleyhine oluşan farkların işletmeden çekilmiş sayılacağı hükme bağlanmaktadır.

Ancak, G.V.K.'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (5) numaralı bentte, aynı fıkranın 1 ilâ 4 numaralı bentlerinde yazılı olan işlemlerin bu kapsamda değerlendirilmeyeceği belirtilmiştir. Başka bir deyişle;

1. Teşebbüs sahibi ile eşinin ve çocuklarının işletmeden çektikleri paralar veya aynen aldıkları sair değerler (Aynen alınan değerler emsal bedeli ile değerlendirilerek teşebbüs sahibinin çektiklerine ilave olunur.),

2. Teşebbüs sahibinin kendisine, eşine, küçük çocuklarına işletmeden ödenen aylıklar, ücretler, ikramiyeler, komisyonlar ve tazminatlar,

3. Teşebbüs sahibinin işletmeye koyduğu sermaye için yürütülecek faizler,

4. Teşebbüs sahibinin, eşinin ve küçük çocuklarının işletmede cari hesap veya diğer şekillerdeki alacakları üzerinden yürütülecek faizler,

transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak değerlendirilmeyecektir.

Gelir vergisi mükelleflerinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından bahsedebilmek için **teşebbüs sahibinin, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine** aykırı olarak tespit edilen bedel veya fiyatlar üzerinden **mal veya hizmet alım ya da satımında** bulunmuş olması ve emsallere uygun bedel veya fiyatlar ile teşebbüs sahibince uygulanmış bedel veya fiyat arasında **işletme aleyhine bir fark** oluşması gerekmektedir.

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, müessesenin 5 unsuru bulunmaktadır. Bu unsurlar aşağıda başlıklar altında açıklanmıştır.

3.1.1. Teşebbüs Sahibi

Yapılan düzenlemede, teşebbüs sahibi kavramı ön plana çıkmaktadır. Teşebbüs sahibi, ticari ve zirai kazanç yönünden gelir vergisine tabi gerçek kişiler ile adi ortaklıkların ortakları, kollektif şirketlerin ortakları, adi ve eshamlı komandit şirketlerin komandite ortaklarını kapsamaktadır.

3.1.2. İlişkili Kişi

Kanun metninde ilişkili kişi, teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dahil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler olarak tanımlanmıştır.

5520 sayılı yeni K.V.K.'da ilişki kişi kavramı açıklanırken “gerçek kişi” veya “kurum” kavramlarına yer verilmiş olmasına rağmen 5615 sayılı Kanunla G.V.K.’nın 41. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (5) numaralı bentte “şirket” kavramına yer verilmiştir. Bu kapsamda, bir kurumlar vergisi mükellefinin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu derneğe ait iktisadi işletme ilişkili kişi sayılırken, bir gelir vergisi mükellefinin, ortağı olduğu şirketin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan derneğe ait iktisadi işletme ilişkili kişi sayılmayacaktır. Çünkü, K.V.K.’da ilişkili kişi kavramı açıklanırken “kurum” kavramı kullanılmasına rağmen G.V.K.’da “şirket” kavramına yer verilmiştir.⁶⁶

Yukarıda belirtildiği gibi, Gelir Vergisi Kanunu'nun uygulanmasında, teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dahil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler ilişkili kişi sayılmaktadır.

Örneğin, (ABC) Adi Ortaklığı'nın ortaklarından (A)'nın ortağı olduğu (D) Ltd. Şti. ile emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat üzerinden yaptığı mal satışı işlemi ilişkili kişilerle yapılmış sayılarak emsallere uygun bedel ile teşebbüs sahibince uygulanmış bedel arasındaki işletme aleyhine oluşan farklar işletmeden çekilmiş sayılacaktır.

Gerek gelir vergisi gerekse kurumlar vergisi mükellefleri yönünden, kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkanı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır.

Gelir vergisi mükelleflerinde ilişkili kişinin tespiti hakkında 1 seri numaralı Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ’de ayrıntılı açıklamalar yapılmış ve ilişkili kişi çok kapsamlı bir değerlendirmeye tabi tutulmuştur. Tebliğde yapılan açıklamalar ışığında aşağıda ilişkili kişi açıklanmıştır.

⁶⁶ KARTALOĞLU, Emre; Gelir Vergisi Mükelleflerinde Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Haziran 2007, Sayı:230, Sayfa:42.

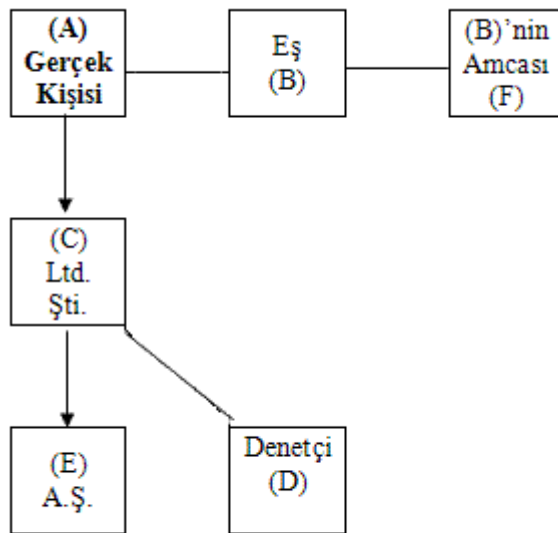
Teşebbüs sahibi bir şirkete doğrudan veya dolaylı ortak ise teşebbüs sahibi ile söz konusu şirketler ilişkili kişi kapsamındadır. Bu ilişkide sermaye veya kâr payı oranının herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bu durumda İMKB’de işlem gören hisse senetlerinin edinilmesi dolayısıyla bir kuruma (örneğin %00001 oranında) ortak olan teşebbüs sahibi o kurum ile ilişkili kişi sayılacaktır. Bu durumun ise uygulamada zorluklar yaratacağı aşikardır. Bu durumu önleyecek düzenlemelerin yapılmamış olması, finansal enstrümanların ekonomik gereklerle alım-satımına ve finans piyasasının gelişmesine olumsuz etki yapabilecek subjektif değerlendirmelere yol açabilecektir.

Örneğin, şahsi işletmesi olan (A) gerçek kişinin aynı zamanda (ABC) Ltd.Şti.’nde de ortaklığı bulunması durumunda, (A) gerçek kişisi ile (ABC) Ltd.Şti. ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir.

Aynı şekilde teşebbüs sahibi bir şirkete doğrudan veya dolaylı ortak ise teşebbüs sahibi ile söz konusu şirketlerin ortakları ilişkili kişi kapsamındadır. Örneğin; (A) gerçek kişisi ile (ABC) Ltd. Şti.’nin diğer ortağı olan (B) gerçek kişisi ilişkili kişi kapsamındadır.

Teşebbüs sahibinin doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketler ifadesinden, teşebbüs sahibinin doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu şirket/şirketlerin ekonomik ve ticari kararlarını etkileyebilecek ölçüde sermayesine, kâr payına veya oy kullanma hakkına sahip olduğu diğer şirketler anlaşılmaktadır.

Öte yandan, teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoyu, üçüncü derece dahil yansoy ve kayın hısımları, doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler ile bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan diğer şirketlerin aralarındaki ilişki Gelir Vergisi Kanunu’nun uygulamasında ilişkili kişi kapsamında değerlendirilecektir.



(A) Gerçek Kişisinin;

- Eşi (B),
- Eş (B)'nin amcası (F),

- Doğrudan ortağı olduğu (C) Ltd. Şti.,
- (C) Ltd. Şti.'nin sermayesi bakımından kontrolü altında bulunan (E) A.Ş.,
- (C) Ltd. Şti.'nin Denetçisi (D)

ile yaptığı mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri, ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak değerlendirilecektir.

Ayrıca yukarıda sayılanların aralarında yaptıkları mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ilişkili kişilerle yapılan işlem olarak değerlendirilecektir.

3.1.3. Emsallere Uygunluk İlkesi ve Emsal Bedel veya Fiyat Tespit Yöntemleri

5615 sayılı Kanunla G.V.K.'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (5) numaralı bentte, ilişkili kişiler ve bu kişilerle yapılan işlemler hakkında bu maddede yer almayan hususlar bakımından, 5520 sayılı K.V.K.'nın 13. maddesi hükmünün uygulanacağı belirtilmiştir.

Gerek emsallere uygunluk ilkesi gerekse emsal veya fiyat tespit yöntemlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar kitabımızın 2. bölümünde yapılmıştır. Kurumlar vergisi mükellefleri için yapılan açıklamaların tamamı gelir vergisi mükellefleri için de geçerli olduğu için burada tekrarlanmayacaktır.

3.1.3.1. Gelir Vergisi Mükellefleri Peşin Fiyatlandırma Anlaşması Yapamazlar

Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Karar ile Peşin Fiyatlandırma Anlaşması yapma imkanı sadece kurumlar vergisi mükelleflerine tanınmış, gelir vergisi mükelleflerine bu hak verilmemiştir.

Yöntem üzerinde anlaşma sağlanması halinde, bu yöntem üç yılı aşmamak üzere belirlenen süre ve koşullar altında kesinlik arz edecektir. Bu şekilde tespit edilen yöntem, belirlenen koşullar altında eleştiri konusu yapılamayacaktır. **Bu sistemin en büyük avantajı, mükellefler açısından belli bir süre için uygulanacak yöntemin kesinlik taşıması ve herhangi bir eleştiri, ceza riski olmadan plan yapabilme ve mali açıdan önünü görebilme olanağı vermesidir.** İdare açısından en büyük avantaj ise konunun başlangıçta belli bir anlaşma ile belirlenmesi ve eleştiri sürecinden başlayarak yargı sürecine kadar taşınabilecek bir işlemin getirdiği zaman ve iş yükünden tasarruf sağlanmasıdır.

Peşin fiyatlandırma anlaşmasının, Uluslararası Şirketler ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi'nde belirtilen avantajları aşağıdaki gibidir:⁶⁷

1- Peşin fiyatlandırma anlaşması, uluslararası işlemlerde vergisel yükümlülüklerin tahmin edilebilirliğini artırarak, **mükellef için belirsizliklerin giderilmesini sağlamaktadır.**

2- Peşin fiyatlandırma anlaşmaları, **vergi idareleri ve mükellefler arasında herhangi bir çatışma ortamı oluşturmada işbirliği ve danışma olanakları sağlamaktadır.**

⁶⁷ KAPUSUZUĞLU, Tuncay; a.g.e., Sayfa:192.

3- Peşin fiyatlandırma anlaşmaları, hem mükellef hem de vergi idareleri açısından transfer fiyatlandırmasına ilişkin sorunlu konularda olayı mahkeme aşamasına gitmeden çözmekte ve her iki tarafa da gerek **maliyet, gerekse zaman tasarrufu sağlamaktadır.**

4- İlgili bütün ülkelerin katılması koşuluyla, iki taraflı ya da çok taraflı peşin fiyatlandırma anlaşmaları, **ekonomik ve hukuki olarak çifte vergilendirme olasılığını gidermekte ya da azaltmaktadır.**

Bakanlar Kurulu bu konuda düzenleme yapma yetkisini KVK'nın 13. maddesinden almaktadır. Söz konusu maddenin (7) numaralı fıkrasında, transfer fiyatlandırması ile ilgili usullerin Bakanlar Kurulunca belirleneceği vurgulanmıştır. Bakanlar Kurulu bu yetkisine dayanarak gelir vergisi mükelleflerinin peşin fiyatlandırma anlaşmasından faydalanabilmesini olanaksız hale getirecektir.

Anayasamızın 10. maddesinde herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu, hiç bir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamayacağı, Devlet organları ve idare makamlarının bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorunda oldukları açık bir şekilde ifade edilmiştir.

Yine anayasamızın 73. maddesinde, herkesin, kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre, vergi ödemekle yükümlü olduğu, vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacı olduğu, vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin kanunla konulup, değiştirileceği veya kaldırılacağı ve vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde Kanun'un belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisinin Bakanlar Kuruluna verilebileceği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 10. ve 73. maddeleri açısından vergi kanunlarının herkese eşit bir şekilde uygulanması şarttır. Bir ayırma gidilebilmesi için haklı bir neden olması gerekir. Ancak, burada haklı bir nedenden bahsetmek mümkün olmadığı gibi gereksiz bir ayırım yapıldığını söylemek de mümkündür. Bakanlar Kurulu Kararı'nın ilk maddesinde tüm tam ve dar mükellef gerçek kişi ve kurumlar için uygulamanın geçerli olacağının ifade edilmesine karşın sadece kurumlar vergisi mükelleflerine bu hakkın tanınması tartışmasız bir şekilde eşitlik ilkesine aykırıdır.⁶⁸

3.1.4. Mal veya Hizmet Alım ya da Satımı

5615 sayılı Kanun ile G.V.K.'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (5) numaralı bentte, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı uygulamasında, "mal veya hizmet alım ya da satımı" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği de açıklanmıştır. Buna göre;

- imalat ve inşaat işlemleri,
- kiralama ve kiraya verme işlemleri,
- ödünç para alınması ve verilmesi,
- ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler

⁶⁸ BİYAN, Özgür; Transfer Fiyatlandırması ve Bakanlar Kurulu Karar Taslağı'nın Değerlendirilmesi, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Temmuz 2007, Sayı:231, Sayfa:93.

her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilecektir.

Ancak, yukarıda belirtildiği üzere, “mal veya hizmet alım ya da satımı” kavramı kapsamına girse dahi G.V.K.’nın 41. maddesinin birinci fıkrasının 1 ila 4 numaralı bentlerinde belirtilen işlemler transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç olarak değerlendirilmeyecektir.

3.1.5. Emsallere Uygun Bedel veya Fiyatlar İle Teşebbüs Sahibince Uygulanmış Bedel veya Fiyat Arasında İşletme Aleyhine Bir Fark Oluşması

Yapılan düzenleme gereğince, gelir vergisi mükelleflerinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından bahsedilmek için emsallere uygun bedel veya fiyatlar ile teşebbüs sahibince uygulanmış bedel veya fiyat arasında işletme aleyhine bir fark oluşması gerekmektedir.

Örneğin, bir şahıs işletmesinin aktifinde kayıtlı bir gayrimenkulü emsallere uygun kira bedelinin yarısı tutarında bir bedelle ilişkili olduğu bir şirkete kiraya vermesi halinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı gerçekleşmiş olacaktır. Çünkü, bu durumda uygulanan bedel ile emsallere uygun bedel arasında işletme aleyhine bir fark bulunmaktadır. İşte bu fark, işletmeden çekilen değer kabul edilerek, G.V.K.’nın 38. maddesi gereğince, vergilendirilecek kazancın artmasına sebep olacaktır.

3.2. GELİR VERGİSİ MÜKELLEFLERİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ TESPİTİ VE YAPILACAK İŞLEMLER

5615 sayılı Kanun ile G.V.K.’nın 41. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (5) numaralı bendin son paragrafında, işletmeden çekilmiş sayılan farkların, ilişkili kişi tarafından beyan edilmiş gelir veya kurumlar vergisi matrahının hesabında dikkate alınmış olması halinde ilişkili kişinin vergilendirme işlemlerinin bu duruma göre düzeltileceği belirtilmiş ve ilişkili kişiler ve bu kişilerle yapılan işlemler hakkında G.V.K.’nın 41. maddesinde yer almayan hususlar bakımından 5520 sayılı K.V.K.’nın 13. maddesi hükmünün uygulanacağı vurgulanmıştır.

Bilindiği üzere, 5520 sayılı K.V.K.’nın 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, özetle; tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunları’nın uygulamasında, 13. maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı belirtilmiştir. Ayrıca, aynı fıkra, daha önce yapılan vergilendirme işlemlerinin, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltileceği vurgulanmıştır. Ancak, bu düzeltmenin yapılabilmesi için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması gerekmektedir.

Gelir vergisi mükellefleri açısından, 5520 sayılı K.V.K.’nın 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında belirtildiği üzere, tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların, dağıtılmış kâr payı olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Nitekim, gelir vergisi mükelleflerinin kar dağıtımı yapmaları söz konusu olamaz. Ayrıca, G.V.K.’nın 41. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (5) numaralı bentte, gelir vergisi sistematığına uygun olarak, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların işletmeden çekilmiş sayılacağı belirtilmiştir.

Ancak, anılan bent hükmünde de 5520 sayılı K.V.K.'da olduğu gibi karşı kişi/kurum düzeltilmesinin yapılması gerektiği belirtilmiş ve *“İşletmeden çekilmiş sayılan farklar, ilişkili kişi tarafından beyan edilmiş gelir veya kurumlar vergisi matrahının hesabında dikkate alınmış ise ilişkili kişinin vergilendirme işlemleri buna göre düzeltilir.”* ifadesine yer verilmiştir.

Bu durumda, gelir vergisi mükelleflerinde karşı kişi/kurum düzeltilmesinin yapılabilmesi için işletme sahibince işletmeden çekilmiş sayılan değerlerin (transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan değerlerin), bu değerleri elde eden kişi veya kurum tarafından gelir veya kurumlar vergisi matrahına dahil edilmiş olması gerekmektedir.

5615 sayılı Kanunla G.V.K.'da yapılan düzenlemede, bu düzeltmenin yapılabilmesi için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması gerektiği belirtilmemiştir. Ancak, bu gereklilik gelir vergisi mükellefleri açısından da geçerlidir. Nitekim, G.V.K.'nın 41. maddesinin birinci fıkrasına eklenen (5) numaralı bendin son paragrafında, ilişkili kişiler ve bu kişilerle yapılan işlemler hakkında G.V.K.'nın 41. maddesinde yer almayan hususlar bakımından 5520 sayılı K.V.K.'nın 13. maddesi hükmünün uygulanacağı vurgulanmıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, 5520 sayılı K.V.K.'nın 13. maddesinin (6) numaralı fıkrasında, karşı kurum düzeltilmesinin yapılabilmesi, örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olmasına bağlanmıştır. Aynı durumun gelir vergisi mükellefleri için de geçerli olması ve işletme sahibince işletmeden çekilmiş sayılan değerler nedeniyle tarh edilen vergilerin kesinleşmesi ve ödenmesi beklenmeksizin karşı kişi/kurum düzeltilmesinin yapılması mümkün değildir.

Örneğin (A) şahsi işletmesi aktifine kayıtlı gayrimenkulün 2007 yılındaki emsallere uygun yıllık kira bedeli 100.000.-YTL.'dir. Ancak, bu gayrimenkul işletme sahibi ile ilişkisi tespit edilen bir (B) şirketine 2007 yılı için 50.000.-YTL.'ye kiraya verilmiştir. Bu durumda işletme aleyhine oluşan 50.000.-YTL.'lik fark işletme sahibince işletmeden çekilen değer sayılacak ve G.V.K.'nın 38. maddesi hükmü gereğince vergilendirilecek kazancı artıracaktır. İşletmeden çekilmiş sayılan 50.000.-YTL.'lik farkın (B) şirketi tarafından 2007 hesap dönemi kurumlar vergisi matrahına eklenmiş olması halinde söz konusu tutar için karşı kurum düzeltilmesi yapılacak ve (B) şirketinin kurumlar vergisi matrahı 50.000.-YTL. azaltılacaktır. Ancak, bu düzeltmenin yapılabilmesi, (A) şahsi işletmesi adına tarh edilecek verginin kesinleşmesi ve ödenmesi halinde mümkün olabilecektir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

- AKTAŞ, Mehmet; Uluslararası Transfer Fiyatlandırması ve Türk Vergi Mevzuatında Uygulama Olanakları, Yaklaşım Yayıncılık, Şubat 2004.
- KAPUSUZUOĞLU, Tuncay; Vergisel Yönden Transfer Fiyatlandırması, Oluş Yayıncılık, 2003.
- KIZILOT, Şükrü; Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara 2002.
- KOYUNCU, Mesut; Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç Dağıtımı ve Uluslararası Transfer Fiyatlandırması.
- MAÇ, Mehmet, Kurumlar Vergisi, 3.Baskı.
- ÖZBALCI, Yılmaz; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Basım Yılı;1997.
- SABUNCU, Faruk; KESKİN, Filiz; “Gerçek Kişilerde Para ve Sermaye Piyasası Araçlarından Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi”, Beta Yayınları, İstanbul 2005.
- TEKİN, Cem; KARTALOĞLU, Emre; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Maliye ve Hukuk Yayınları, Nisan 2007.
- TEKİN, Cem; KARTALOĞLU, Emre; Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi, Yaklaşım Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2007.

MAKALELER

- BİYAN, Özgür; Transfer Fiyatlandırması ve Bakanlar Kurulu Karar Taslağı’nın Değerlendirilmesi, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Temmuz 2007, Sayı:231.
- DOĞRUSÖZ, Bumin; Transfer Fiyatlandırması Müessesesinde Ertelenme Zorunluluğu, Referans Gazetesi, 06.12.2007.
- ERDEM, Tahir; “Borç İlişkisindeki Değişikliklerin Örtülü Sermaye Uygulamasına Etkileri” Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi. Haziran 2007.
- FAHRAN, Ferhat; Kur Farklarının Faiz Sayılıp Sayılmayacağı Tartışmasına, Yeni Kurumlar Vergisi Yasası’ndaki Değişikliğin Etkisi ve Bir Danıştay Kararı, Yaklaşım Dergisi, Aralık 2006, Sayı:168.
- GÜLER, İbrahim; Ortaklardan Alacaklar Hesabı ve Örtülü Kazanç İlişkisi, e – yaklaşım dergisi, Eylül 2004, Sayı 14.

- KARTALOĞLU, Emre; 5520 Sayılı Yeni K.V.K. İle Yapılan Düzenlemeler Sonrasında Tahvil İhracı Suretiyle Örtülü Sermaye Kullanımı Mümkün Müdür?, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Sayı:227, Mart 2007.
- KARTALOĞLU, Emre; Bir Kurumlar Vergisi Mükellefi Olsaydım, 5520 Sayılı K.V.K.'nın Yürürlük Tarihine Bakarak Neleri Yapardım, Vergi Sorunları Dergisi, Nisan 2006, Sayı:223.
- KARTALOĞLU, Emre; Gelir Vergisi Mükelleflerinde Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Haziran 2007, Sayı:230, Sayfa:42.
- KARTALOĞLU, Emre; Ödünç Para Alma ve Verme İşlemlerinde Örtülü Sermaye Müessesesi ile Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Müessesesinin Yarattığı Paradoks, Vergi Sorunlar Dergisi, Ocak 2007, Sayı:220.
- KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermaye Müessesesinin Ortakla İlişkili Kişi Kavramı Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Önlenebilir Tartışmalar ve Olası Bazı Sorunlar, Vergi Sorunları Dergisi, Eylül 2006, Sayı:216.
- KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermaye Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Kapsamında Yapılacak Karşı Kurum Düzeltmesinin Zamanaşımı Süreleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog Dergisi, Eylül 2007, Sayı:233.
- KARTALOĞLU, Emre; Örtülü Sermayenin Tespiti Sonucunda Yapılacak İşlemler Ve Karşı Kurum Düzeltmesi, Vergi Sorunları Dergisi, Ekim 2006.
- KARTALOĞLU, Emre; Transfer Fiyatlandırması Konusunda Maliye Bakanlığı'nın Yetkisi, Dünya Gazetesi, 26.11.2007.
- TEKİN, Cem; 5520 Sayılı K.V.K. Uyarınca Örtülü Sermaye Mahiyetinde Olmayan Borçlanmalar.
- YILDIRIM, Ali Haydar; KOLOTOĞLU, Olcay; Örtülü Sermaye, Vergi Sorunları Dergisi Ağustos 2006. Sayı:215.