

**ÖDÜNÇ PARA ALMA VE VERME İŞLEMLERİNDE ÖRTÜLÜ SERMAYE
MÜESSESESİ İLE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ
KAZANÇ DAĞITIMI MÜESSESESİNİN YARATTIĞI PARADOKS**

I. GİRİŞ VE GENEL BİLGİ

21.06.2006 tarih ve 26205 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe giren 5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 12. maddesinde “örtülü sermaye” müessesesi, 13. maddesinde de “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı” müessesesi, uluslararası gelişmeler ve Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD)’nin düzenlemeleri dikkate alınmak suretiyle yeniden düzenlenmiştir.

Söz konusu Kanun’un 12. maddesine göre, örtülü sermaye, 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 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 belirtmek 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 fıkrada, 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.

II. PARADOKSUN ORTAYA ÇIKMASI

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 dağıtımını yönünden herhangi bir tenkit ile karşılaşmamak için faiz tahakkuk ettiren bir firma ortak olduğu ya da ilişki içerisinde bulunduğu firmanın örtülü sermaye kullanımına sebep olacaktır. Görüldüğü gibi bu durumda her iki müessesenin bir arada değerlendirilmesi içinden çıkılmaz bir paradoksu gündeme getirmektedir.

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 fıkroda 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 dağıtımını 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 demektir. İşte paradoks buradadır.

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.

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 yakınını 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 yansıtacak 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.¹ 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.

III. SONUÇ

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 kullanımına 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.

Emre KARTALOĞLU
Gelirler Kontrolörü

¹ 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.