

ÖRTÜLÜ SERMAYE MÜESSESESİNİN ORTAKLA İLİŞKİLİ KİŞİ KAVRAMI ÇERÇEVESİNDE DEĞERLENDİRİLMESİ, ÖNLENEN TARTIŞMALAR VE OLASI BAZI SORUNLAR

GİRİŞ

21.06.2006 tarih ve 26205 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 12. maddesinde örtülü sermaye müessesesi yeniden düzenlenmiş ve söz konusu madde **01.01.2006 tarihinden sonraya sarkan ödünç işlemlerine de uygulanmak** ve aynı tarihten itibaren geçerli olmak üzere Kanun’un yayım tarihi olan 21.06.2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yeni Kanun ile örtülü sermaye uygulamasında borç/öz sermaye oranı, ortakla ilişkili kişi ve öz sermaye tanımlarına açıklık getirilerek objektif kıstaslar konulmuş ve örtülü sermaye kapsamına girmeyecek borçlanmalar belirtilerek, müessesenin uygulanması daha net ve anlaşılır esaslara bağlanmıştır.

Aşağıda, örtülü sermaye müessesesi yeni Kanun ile açıklanan ortakla ilişkili kişi kavramı çerçevesinde incelenecek, bu kavramın açıklanmasının giderdiği tartışmalar belirlenecek ve ortaya çıkması muhtemel bazı sorunlar üzerinde durulacaktır.

1. Eski ve Yeni K.V.K.’lar Uyarınca Ortakla İlişkili Kişi Kavramı Ve Önlenen Tartışmalar

Bilindiği üzere eski K.V.K.’nın 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 istikrazların örtülü sermaye olarak değerlendirileceği hüküm altına alınmıştır.

Eski K.V.K.’nın 16. maddesinde yapılan tanımda yer alan ve unsurların tespitinin herkes tarafından anlaşılabilir ve tartışma yaratmayacak kriterlere bağlanmamış olması sebebiyle, kurumun yaptığı bir borçlanmanın örtülü sermaye sayılıp sayılmayacağı konusunda farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Bu kapsamda eski K.V.K.’nın 16. maddesinde bir borçlanmanın örtülü sermaye sayılması için aranan koşullardan biri olarak belirtilen borç alan kurumla borç veren gerçek ve tüzel kişi arasında bulunması gereken **“devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet”** ifadesinden ne anlaşılması gerektiği açık değildi. Özellikle **“sıkı bir münasebet”** koşulunun gerçekleşip gerçekleşmediği konusunda mükelleflerin ve inceleme elemanlarının kullanabileceği, maddede belirlenmiş standart bir ölçü bulunmamakta idi.

Eski Kanun’un uygulandığı dönemde “vasıtalı – vasıtasız şirket münasebeti” ve “devamlı ve sıkı iktisadi ilişki” kavramlarına ilişkin olarak şu açıklamalar yapılmaktaydı.¹

Vasıtalı şirket ilişkisi, şirketin ortakları ile kredi veren kişiler arasındaki ortaklığı ifade eder. Borç verenin sermaye şirketi olması zorunlu değildir. Vasıtalı şirket ilişkisi,

¹ Gelirler Kontrolörleri Derneği, Kurumlar Vergisi Rehberi, Sayfa:257.

vasıtasız şirket ilişkisinden daha geniş bir çerçeveye sahiptir; kurumun, kurumla ortaklık bağı bulunmayan kişilerle olan ilişkileri de kapsar. Bu ilişki içine; kurum ortaklarının ailesi, akrabaları, ortağı bulunduğu kurumların gerçek ve tüzel kişi ortakları, kurum ortaklarının ortağı bulunduğu tüzel kişiler veya kuruma ortak bulunan kişilerin yönetimi, sermayesi, denetimi bakımından bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler girer.

Vasıtasız şirket ilişkisi, uygulamada ortaklık ilişkisi olarak anlaşılmaktadır. Kuruma borç veren kimse kurumun ortağı ise, veya kurum borç verenin ortağı ise, borcun örtülü sermaye sayılabilmesi için gerekli koşullardan ilki gerçekleşmiş olacaktır. Ortak, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir. Vasıtasız şirket ilişkisinin mevcut sayılması için ortağın hisse oranı önemli değildir.

Devamlı ve sıkı iktisadi ilişki ise; borç verenin aslında gizli ortak olduğu ve gizli ortaklık halinin, kurum üzerinde hakimiyet kurulduğunu gösterir nitelikteki alışverişlerle teşhis edilebildiği durumlardır. Çünkü Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 16. maddesinde kavranmak istenen olgu "örtülü sermaye"dir. Kuruma gizlice sermaye koyan kişiler ise ortaklardan başkası olamaz. Bu duruma örnek olarak ana bayi - bayi ilişkisi verilmekteydi.

Görüldüğü gibi, eski K.V.K.'nin uygulandığı dönemde ortakla ilişkili kişi kavramı net olarak belirlenmemişti ve birçok tartışmanın yaşanmasına sebep olmaktaydı. 5520 sayılı yeni K.V.K.'nin 12. maddesinde ise ortakla ilişkili kişi kavramı herhangi bir tartışmaya mahal bırakmayacak şekilde net olarak açıklanmıştır.

Anılan maddenin (1) numaralı fıkrasına göre kurumların ortaklarla veya ortakların ilişki içinde olduğu kişilerden yapmış olduğu borçlanmalar, diğer şartlarında mevcut olması durumunda örtülü sermaye olarak değerlendirilebilecektir. Bu kapsamda olmak üzere "ortakla ilişkili kişi" kavramı anılan maddenin (3) numaralı fıkrasında tanımlanmıştır. Buna 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,

ortakla ilişkili kişi olarak kabul edilecektir.

Dikkat edileceği üzere yeni K.V.K.'nin 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 fıkrada 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.

Görüldüğü gibi yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde ortakla ilişkili kişi kavramı net olarak açıklanmıştır. Ayrıca söz konusu maddede yapılan diğer bazı açıklamalarla İstanbul Menkul Kıymetler Borsası'nda işlem gören hisselerin edinilmesi durumunda ortakla ilişkili kişi tespiti açıklanmış ve grup şirketlerinden yapılan borçlanmalarda uyulması gereken esaslar belirlenmiştir.

Kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin edinilmesi ve borç verilen kurumla sadece bu hisse senetlerinin alınması nedeniyle ortaklık bağlantısının kurulmasını önlemek amacıyla mezkur Kanunun 12. maddesinin (4) numaralı fıkrasında en az %10 oranında ortaklık payı ölçütü getirilmiştir. Böylelikle, finansal enstrümanların ekonomik gereklerle alım-satımına ve finans piyasasının gelişmesine olumsuz etki yapabilecek subjektif değerlendirmeler engellenmeye çalışılmıştır.

2. Grup Şirketlerinden Yapılan Borçlanmalar

Bilindiği gibi eski K.V.K.'nın uygulandığı dönemde grup şirketlerinden yapılan borçlanmaların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu yapılmaktaydı. Bu kapsamda özellikle grubun kredi firması olarak kabul edilen şirketin temin ettiği borçları diğer grup şirketlerine kullandırması durumunda ve gruba dahil banka ve kredi kurumlarından yapılan borçlanmalarda örtülü sermaye müessesesinin uygulanışı tartışma konusu yapılmaktaydı.

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde söz konusu tartışmaları önlemek amacıyla bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda 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 hükümler çerçevesinde konunun iki ayrı alt başlık altında değerlendirilmesi daha doğru olacaktır.

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

Bankaların ortağı niteliğindeki diğer kurumlara kredi vermeleri sık karşılaşılan bir durumdur. Söz konusu krediler de örtülü sermaye niteliğine sahip olabilir. Kredi verme işlemlerinin bankaların mutad faaliyetleri arasında yer alıyor olması bu sonucu değiştirmez. Zira, örtülü sermaye uygulamasında, kurumların ilgili kişilerden borçlanma yapip yapmadıkları değil, bu borçlanmaların öz sermaye niteliğine dönüşüp dönüşmediği önemlidir.

5422 sayılı eski K.V.K.'nın uygulandığı dönemde söz konusu borçlanmaların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği sıkça tartışma konusu yapılmakta ve konu pek çok kez yargıya intikal ettirilmekteydi.

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yapılan düzenleme ile konu tamamen tartışılır olmaktan çıkarılmıştır. Söz konusu fıkra, 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 100 birim olan bir kurumun sadece ilişkili kişi sayılan bankadan borçlanma yaptığını ve aldığı borcun 400 birim olduğunu düşünelim. Normal şartlarda öz sermayenin 3 katını aşan 100 birimlik borç üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz ve kur farklarının kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerekmektedir. Ancak, Kanun'un 12. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yapılan düzenleme nedeniyle bankadan alınan borcun yarısı (200 birim) öz sermaye ile kıyaslanacak ve örtülü sermayenin oluşmadığı sonucuna varılacaktır.

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

Aynı gruba mensup şirketlerden kredibilitesi yüksek olanın kredi piyasalarından temin ettiği fonları grubun diğer şirketlerine kullandırması ülkemizde de sıklıkla başvurulan bir yöntemdir. Bu işlem kullandırma şartlarına göre de farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Kredi firması temin ettiği fonları aynı şartlarla grup şirketlerine kullandırabileceği gibi, kredi şartlarında değişiklik yaparak ta kullandırabilmektedir. Bu durumda da örtülü sermaye müessesesinin uygulanışı eski Kanun'un uygulandığı dönemde tartışma konusu yapılmaktaydı.

Yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde konuyu açıklayıcı iki ayrı düzenleme yapılmıştır. Bunlardan birincisi maddenin (2) numaralı fıkrasında yer alan hükümdür. Söz konusu fıkra, 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. Bu fıkra hükmünde anlaşılmaktadır ki ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar ve ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar örtülü sermaye sayılabilecektir. Ancak, banka veya benzeri kredi kurumlarında bu borçların yarısı dikkate alınırken ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinde yapılan borçlanmanın tamamı dikkate alınacaktır.

Konuya açıklık getiren ikinci düzenleme ise maddenin örtülü sermaye sayılmayacak borçlanmaları düzenleyen (6) numaralı fıkrasının b) bendinde yapılmıştır. Söz konusu bentte, 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 belirtilmiştir. Bentte yapılan belirlemede bazı hususlar dikkatimizi çekmektedir. Bu hususlar borcun temin yeri ve borcun aynı şartlarla kullandırılmasıdır.

- **Borcun Temin Yeri:** Söz konusu borçların örtülü sermaye olarak kabul edilmemesinde, borcun temin yeri önem kazanmaktadır. İlişkili grup şirketine aynı şartlarla kullandırılan borcun banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin edilmiş olması gerekmektedir. Bu kaynaklar dışında örneğin demircilik sektöründe faaliyet

gösteren bir şirketten temin edilen fonların grup şirketlerine aynı şartlarla bile olsa kullandırılmasında örtülü sermayeden söz edilebilecektir.

- **Borcun Aynı Şartlarla Kullandırılması:** Söz konusu borçların örtülü sermaye olarak kabul edilmemesi için gereken ikinci şart, borcun aynı şartlarla kullandırılmasıdır. 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.

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 karşılaşılan olanağı yüksek olacak sorunlardan birisi budur. Bu durumda “aynı şartla kullandırma” gerçekleşmediği için işlemin tamamen Kanun’un 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.

SONUÇ

5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 12. maddesinde örtülü sermaye müessesesi, pek çok konuya açıklık getirilerek ve objektif kıstaslar konularak yeniden düzenlenmiştir. Yukarıda, yeni Kanun ile açıklanan “ortakla ilişkili kişi” kavramı çerçevesinde örtülü sermaye müessesesi irdelenmiş, eski Kanun’un uygulandığı dönemde tartışma konusu yapılan bazı hususların bu kavramın açıklanmasıyla açıklığa kavuşturulduğu belirtilmiş ve uygulamada ortaya çıkması muhtemel bazı sorunlar üzerinde durulmuştur.

Emre KARTALOĞLU
Gelirler Kontrolörü

