

ÖZ

VERGİ GÜVENLİK MÜESSESESİ: ÖRTÜLÜ SERMAYE ve ÖRTÜLÜ SERMAYENİN ÖZELGELER ve YARGI KARARLARI IŞIĞINDA ELE ALINMASI MURAT BAĞATUR

Kurumlar, sermaye artırımına gitmek yerine ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan üçüncü kişilerden borç temin etmeleri durumunda, bu borçlar üzerinden hesaplanan faiz, kur farkı ve benzer giderler nedeniyle kurumlar vergisi matrahını aşındırmış olacaktır. Bu durumda öz sermaye üzerinden faiz yürütülememesi hususu bertaraf edilmiş olacaktır. Örtülü sermaye uygulaması; belli şartların sağlanması halinde ortaklardan ve ilişkili kişilerden temin edilen borçların sermaye olarak varsaymak suretiyle kurumlar vergi matrahının bu şekilde dolaylı yollardan azaltılmasını önlemeye yönelik bir vergi güvenlik müessesesidir. Çalışmamızda örtülü sermayenin uygulaması aşamasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların Özelgeler ve Danıştay kararları doğrultusunda değerlendirmesi yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Örtülü Sermaye, Vergi Güvenlik Müessesesi, Kurumlar Vergisi, Dar Mükellef

BİRİNCİ BÖLÜM ÖRTÜLÜ SERMAYE

1.1. Örtülü Sermaye Kavramı

İngilizce’de “Thin Captilization” olarak adlandırılan örtülü sermaye kavramı, kurumların aslında öz sermayelerine dâhil olması gereken fonların ortaklardan ya da bunların yakınlarından alınmış kredi gibi gösterip bunlara tahakkuk ettirdikleri faizi matrahın saptanmasında gider olarak indirerek vergi kaçırmalarını ifade eder.¹

Bir şirketin öz kaynaklarının ne şekilde elde edildiğinin vergi matrahı üzerinde önemli bir etkisi vardır. Ülke vergi kanunları, tipiklik yönünden değerlendirildiğinde, kârın vergi matrahına ulaşırken ödenen veya ödenecek faizin indirimine izin verirler. Bir şirketteki borç seviyesi ve dolayısıyla ödediği faiz miktarı ne kadar yüksekse, vergi matrahı da o kadar düşük olacaktır. Vergi mükellefleri açısından borçlanma genellikle vergi tekniği açısından öz sermayeden daha verimli bir finansman yöntemidir diyebiliriz. Bu yüzden, şirketler sermaye artırımına gitmek yerine ortaklardan borçlanma yolunu seçebilmektedirler.

¹ Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu, Nami Çağan, Cenker Göker, Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020

Ancak, söz konusu uygulamanın vergiden kaçınma projesi olarak uygulanmasının engellenmesine yönelik çeşitli düzenlemeler ve müeyyideler oluşturulmuştur. Çalışmamızın devam eden bölümlerinde bu arayışların uluslararası ve ulusal boyutlarını ele alınmış, bu doğrultuda değerlendirilmesi yapılmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

OECD'NİN ÖRTÜLÜ SERMAYE YAKLAŞIMI

2.1.OECD Raporlarında Örtülü Sermayeye İlişkin Açıklamalar

Şirketlerin örtülü sermaye uygulamasına çeşitli sebeplerle başvurabilmektedir. Bunlara bazılarına kısaca değinmek gerekirse;

- Şirketin tasfiyesi veya iflası halinde, şirket ortaklarının şirkete koydukları sermayeden payları oranında alabilecekleri tutarlar; şirket alacaklıları ve diğer öncelikli kişi ve/veya kurumlara dağıtıldıktan sonra kalan tutarlarla sınırlı olacaktır. Şirket ortakları şirket ile bir borç ilişkisine girerek bu gibi durumlarda diğer alacaklılar gibi şirkette alacağı oranında pay alma fırsatı yaratmaktadırlar.

- Şirketler; borçlanma yoluyla finansmanın vergisel açıdan sağladığı avantajları değerlendirerek kurumlar vergisi matrahını aşındırmak isterler.

- Şirkete sermaye olarak konulacak sermayeden elde edilecek kar payının sadece mükellef kurumun kar elde ettiği dönemlerde elde edilebilmesine rağmen; şirkete verilen borçlarda ise belli bir oranda faiz geliri elde edilebilmesi de tercih sebeplerinden biri olarak karşımıza çıkmaktadır.²

OECD'nin “Örtülü Sermaye” raporuna göre, ülkeler bu sorunu çözmek için farklı yaklaşımlar geliştirmişlerdir. Bu yaklaşımlar, kötüye kullanım önlemek için genel kurallarının belirlenmesi veya emsallere uygunluk ilkesinin uygulanmasına dayalı olanlar ile sabit borç-öz sermaye (sabit oran yaklaşımı) veya faiz-kazanç oranlarının kullanılmasını içeren uygulamalar olarak kategorize edilebilir.³

İlk kategori, finansmanın gerçek doğasının borç mu yoksa öz sermaye mi olduğunu belirlemek için her bir borçlanmanın gerçekliği ve koşullarının incelenmesini gerektiren kurallara atıfta bulunur. Bu, belirli yasal kurallar, kötüye kullanım önlemeye yönelik genel

² OECD, Transfer Pricing and Multinational Enterprises and Tax Administrations , OECD Publishing, Paris, 2010

³ OECD, Thin Capitalisation Legislation, A Background Paper For Country Tax Administrations (Pilot Version for comments), Paris, 2012

ilkeler, yargı doktrinleri veya emsallere uygunluk ilkesine dayalı transfer fiyatlandırması mevzuatının uygulanması yoluyla uygulanabilir.

İkinci kategori olarak sabit oran yaklaşımı tipik olarak özel yasal suiistimali önleme kuralları aracılığıyla uygulanır; bu yaklaşıma göre, belirli bir şirketin toplam borç / öz sermaye veya faiz / kazanç oranı önceden belirlenmiş bir oranı aşarsa, örtülü sermaye olarak değerlendirilecek borcun faizi veya belirtilen kazanç yüzdesini aşan faiz, reddedilebilir, ertelenebilir veya dağıtılmış kar payı olarak değerlendirilebilir.

OECD komitesi tarafından belirlenen ölçütler tek başlarına örtülü sermayenin varlığı yönünde kesin bir kanıt oluşturmamaktadır. Ancak söz konusu ölçütler örtülü sermayenin varlığının tespitinde önemli bir belirti olabilir. Özellikle ülke düzenlemelerinde yukarıda belirtilen ölçütlerin bir arada kullanılması örtülü sermayenin tespit edilmesine açıklık, belirginlik ve kesinlik getirecektir.

OECD raporu emsallere uygunluk ilkesinin transfer fiyatlandırması işlemlerinin yanı sıra örtülü sermayenin tespitinde de bir ölçüt olarak kullanılabildiğini belirtmektedir. OECD Modelinin 9'uncu maddesi emsallere uygunluk ölçütünü içermektedir ve şirket kârlarının ülkenin kanunları çerçevesinde yeniden değerlendirme olanağı vermektedir. Söz konusu madde şirketlerin gider kaydettikleri faiz ödemelerinin emsal faiz ödemelerinden farklılık göstermesi halinde yeniden değerlendirilmesine imkân sağlamaktadır. Vergi idarelerinin söz konusu yeniden değerlendirmeyi yaparken ilgili ülkenin kanunlarında örtülü sermaye uygulamasına ilişkin kuralların mevcut olması değerlendirmenin bu kurallar çerçevesinde yapılması gerekmektedir.⁴

Son olarak, OECD Model Anlaşmasının Özel Hükümler bölümünde, 24'üncü maddede yer alan ayrımcılık yapılmaması ilkesine de konumuz bağlamında değinmekte yarar vardır. Bu ilke genel olarak; anlaşmaya taraf devletlerden birisinin vatandaşlarının, anlaşmaya taraf diğer devlette, bu devletin vatandaşları ile aynı koşullarda vergilenmesi, özellikle mukimlik yönünden, karşı karşıya kaldıkları veya kalabilecekleri vergilemeden ve buna bağlı mükellefiyetlerden değişik veya daha ağır bir vergilemeye ve buna bağlı mükellefiyete tabi tutulamaması olarak tanımlanabilir.⁵

⁴ OECD, Transfer Pricing and Multinational Enterprises and Tax Administrations , OECD Publishing, Paris, 2010

⁵ OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014, Çev. Gelir İdaresi Başkanlığı

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖRTÜLÜ SERMAYEYE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

3.1.Örtülü Sermayeye İlişkin Yasal Düzenlemeler

3.1.1. Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu uygulamasında örtülü sermayeye ilişkin düzenleme 16'ncı maddede aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“Kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzelkişilerden 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.”

Söz konusu düzenlenemeye göre; mülga 5422 sayılı KVK'da örtülü sermayenin uygulanmasında özetle;

- Emsallere uygunluk ilkesinin esas alındığı,
- Kullanılan borcun kısa vadeli olmaması prensibinin göz önünden bulundurulduğu,
- Düzenlemede belirtilen şartların mevcudiyeti halinde tüm borcun örtülü sermaye olarak addedileceği,
- İkincil düzeltme ve karşı düzeltme uygulamalarına yer vermediği,
- Örtülü sermaye kullanıma bağlı kur farklarına ilişkin bir hükmün yer almadığı,

Söyleyebiliriz.⁶

Önceki kanunda yer alan örtülü sermaye ilişkin düzenleme, barındırdığı boşluklar dolayısıyla sık sık uyuşmazlık konusu yapılmış aşağıda bu kararlardan bazılarına yer verilmiştir.

Danıştay 3. Dairesi 07.05.1998 tarih, 1997/293 Esas, 1998/1650 sayılı karında; Şirket ortağından döviz karşılığı ve vadeli olarak satın alınan mal bedelinin örtülü sermaye, kur farkının da örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz olarak kabulü gerektiğine hükmetmiştir.

⁶ İsmail Onay, Örtülü Sermaye (Teorik Açıklamalar-Uygulamalı Soru ve Cevaplar), Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2017

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 18.11.2005 tarih, 2005/121 Esas, 2005/272 sayılı kararında şirket ortaklarından döviz olarak alınan borçların örtülü sermaye niteliğini taşıması halinde ortaya çıkan kur farkının gider kaydedilemeyeceği hükmetmiştir.

Danıştay Vergi Dava Daireleri Kurulu 28.12.2007 tarih, 2007/661 Esas, 2007/187 sayılı kararında kurumların aralarında vasıtalı veya vasıtasız şirket ilişkisi veya sıkı iktisadi münasebet bulunanlardan aldıkları ve örtülü sermaye niteliği taşıyan kredilere ilişkin faiz, kur farkı ve komisyon giderlerinin, kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilemeyeceği yönünde karar vermiştir.

Söz konusu kararların tetkiki neticesinde; mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun örtülü sermaye uygulamasına yönelik düzenlemelerinde; kur farklarına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından sık sık uyuşmazlık konusu olmuş, zaman zaman farklı içtihatlar oluşsa da, Vergi Dava Daireleri Kurulunun daha yakın tarihli kararlarında örtülü sermayeye niteliği taşıyan borçlanmalara ilişkin kur farklarının ve komisyon giderlerinin gider kaydedilemeyeceğine karar vermiştir.

Mülga kanunda yer alan düzenlemede esas alınan emsallere uygunluk ilkesinin uygulanması pratikte o kadar da kolay olmamıştır. Kanun metninde belirtildiği üzere örtülü sermayenin tespitinde emsallere uygunluk ilkesini temel alan bir serbest oran yaklaşımı benimsenmiştir. Ancak emsallerin hangi ölçütlere göre belirleneceğine yer verilmemiştir.

Danıştay 3. Dairesi 30.06.1997 tarih, 1997/906 Esas, 1997/2743 sayılı kararında, emsal işletme bulunsa dahi, her işletmenin uğraş konusunun, sermaye yapısının ve aktif kıymet unsurlarının değişkenliği, pazar ortamı, ortakların sayısı ve buna benzer durumlar dolayısıyla emsal kurum mukayesesi yapmanın her zaman anlamlı sonuç vermeyeceğini ifade etmiştir. Başka bir kararında; gerek borcun işletmede devamlı olarak kullanılması, gerekse borcun öz sermayeye nispetinin emsali kurumlardakine nazaran bariz farklılık göstermesi konusunda bir belirleme yapılmadığını belirterek İzmir Vergi Dairesi Başkanlığı'nın temyiz istemini reddetmiştir. (24.10.1995 Tarih, 1994/3156 E. 1995/3243 K. Sayılı Danıştay Kararı).

3.1.2. 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda Yer Alan Düzenleme

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu uygulamasında örtülü sermayeye ilişkin düzenleme 12'nci maddede aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir.

“(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 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 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 kar 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. ”

Düzenlemede yer alan örtülü sermaye tanımı, OECD Model Antlaşması’nın genel ilkeleri doğrultusunda düzenlenmiştir. Mülga 5422 sayılı KVK’da yer alan emsallere uygunluk ilkesi terk edilerek yerine rasyo yaklaşımı tercih edilmiştir. Böylece kurumların ilişkili kişilerden yapacakları borçlanmalarının tamamı yerine, öz kaynakların üç katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak kabul edilecektir.

5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanun'un 11/1-a maddesinde öz sermaye üzerinden ödenecek veya hesaplanacak faizlerin matrahtan indirilemeyeceği belirtilmiştir. Zira kurum ortaklarının koydukları sermaye karşılığında kar payı dışında bir kazanç elde etmeleri mümkün değildir. KVK, 11/1-b maddesine göre ise, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderlerin kurum kazancının tespitinde indirimi kabul edilmemektedir.

Bir vergi güvenlik müessesesi olarak düzenlenen örtülü sermaye müessesesi gerçekte sermaye olarak konması gereken borçlanmalar sebebiyle kurum kazançlarının aşındırılmasını önlemeyi amaçlar. Zira bu borçlanmalar karşılığında ödenen faizler aslında kar dağıtımı olup, kurum kazancından indirilmesi mümkün değildir. Durum böyle iken, kurumların örtülü sermaye üzerinden hesapladıkları faizleri ödeyebilmek için kullanacakları kredilerin faizlerinin ve varsa kur farklarının hasılatından indirilmesi kabul edilmemelidir. Vergiye tabi kurum kazancının oluşumunda öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz gibi sonuç doğuracak dolaylı (peçeleme, örtülü) yollardan yürütülen işlemlerin borç kullanan tarafta ortaya çıkaracağı aynı etkilerin giderilmeye çalışılmasıdır. Normal ticari işlemin niteliği herhangi bir

değişikliğe uğratılmamakta olup sadece işlemin düzeltilmesi halinde diğer tarafta oluşturacağı mükerrer vergilendirmenin önlenmesi amacıyla işlem kâr payı dağıtımı olarak sayılmaktadır.⁷

1 seri no.lu kurumlar vergisi genel tebliğinde belirtildiği üzere; “Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları her türlü borcun, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılacaktır.

İşletmede kullanılan borçların örtülü sermaye sayılabilmesi için;

- Doğrudan veya dolaylı olarak ortak veya ortakla ilişkili kişiden temin edilmesi,
- İşletmede kullanılması,
- Bu şekilde kullanılan borcun hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşması gerekmektedir.”

3.1.2.1.Örtülü Sermaye Uygulamasında Ortak ve İlişkili Kişi Kavramı

3.1.2.1.1.Ortak

Ortaklık ilişkisi, bir kurumun hem ortak olduğu kurumlarla hem de söz konusu kuruma ortak olan gerçek kişi ve kurumlar ile olan ilişkisini kapsamaktadır. Bu ilişkide herhangi bir ortaklık payı sınırı bulunmamakla beraber Borsa İstanbul (BİST)’da 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.

3.1.2.1.2.Ortakla İlişkili Kişi Kavramı

Örtülü sermaye uygulanmasında ortakla ilişkili kişi; ortağın, doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında ortağı olduğu veya en az %10 oranında 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 etmektedir.

3.1.2.2. Borcun Doğrudan Veya Dolaylı Olarak Temin Edilmesi

Borcun, ortak veya ortakla ilişkili kişiden ancak üçüncü kişi üzerinden dolaylı olarak temin edilmesi durumunda da örtülü sermaye söz konusu olabilecektir. Dolaylı olarak temin

⁷ Vergi Müfettişleri, Kurumlar Vergisi Cilt-II Beyanname Düzenleme Rehberi, Vergi Müfettişleri Derneği, Ankara, 2020

edilen borçlanmalarda araya birden fazla kurumun girmesi borcun örtülü sermaye olarak kabul edilmesine engel teşkil etmemektedir.

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 edilmesinin söz konusu olamayacağına ilişkin İstanbul Vergi Dairesi Başkanlığı tarafından verilmiş bir özelge mevcuttur. (26.07.2019 tarih ve 608231 sayılı özelge)

3.1.2.3. Borcun İşletmede Kullanılması Gereği

Örtülü sermayeden söz edilebilmesi için borcu alan kurumun bu borcu işletme veya yatırım harcamalarında kullanması gerekmektedir. Ayrıca borcun örtülü sermaye sayılması için işletme kullanıldığı süre ile ilgili bir sınır bulunmamaktadır. Yani borç işletmede bir gün dahi kullanılsa diğer şartların varlığı halinde örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir. Bu borcun aynı şartlarla diğer başka bir kuruma aktarılması halinde, işletmede kullanılan bir borçtan söz etmek mümkün olmayacak ve bu borçlanma nedeniyle örtülü sermaye oluşmayacaktır.

3.1.2.4. Örtülü Sermaye Uygulamasında Borç Öz Sermaye Kıyaslaması

Ortak veya ortakla ilişkili kişiden temin edilip işletmede kullanılan borçların örtülü sermaye olarak kabul edilebilmesi için bu borçların hesap döneminin başındaki öz sermayenin üç katını aşması gerekmektedir.

Dolayısıyla, ortak veya ortakla ilişkili kişilerden yapılan borçlanmalarda, bu kişilerden alınan borçların toplamının hesap dönemi başındaki öz sermayenin üç katı ile karşılaştırılması ve bu oranı aşan borç tutarlarının oranı aştıkları sürece ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye olarak dikkate alınması gerekmektedir. Bu karşılaştırma sırasında; ortak veya ortakla ilişkili kişi olmakla birlikte ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar %50 oranında dikkate alınacaktır. Yalnızca ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalarda %50 oranı dikkate alınmayacak olup genel kurallar çerçevesinde işlem yapılacaktır.

Yabancı para üzerinden yapılan borçlanmalara ilişkin borç/öz sermaye hesabında, her bir borcun alındığı tarihte geçerli olan döviz kuru esas alınacaktır. 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 değerlendirilmiş tutarı esas alınmak suretiyle yapılacaktır.

Devir tarihinden sonra yapılacak örtülü sermaye hesaplaması için esas alınacak öz sermayenin tespitinde söz konusu devir işlemi sonucu örtülü sermaye tutarının tayininde, nezdinde birleşilen ve hükmi şahsiyeti devam eden şirketin hesap dönemi başındaki bilançosunda yer alan öz sermayesinin esas alınması gerekmektedir.⁸

3.1.2.5. Örtülü Sermaye Sayılmayacak Borçlanmalar

KVK'nın 12'nci maddesinin 6'ncı fıkrasında, örtülü sermaye kapsamına girmeyecek borçlanmalar tereddüde yer vermemek amacıyla dört bent halinde sayılmıştır. Buna göre aşağıda başlıklar halinde belirtilen borçlanmalar örtülü sermaye hesabından dikkate alınmayacaktır.

- ✓ Gayrinakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar
- ✓ Banka ve finans kurumlarından temin edilerek aynı şartlarla kullandırılan borçlar
- ✓ Bankalar tarafından yapılan borçlanmalar
- ✓ Finansal kiralama şirketleri, finansman ve faktöring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bankalardan yaptıkları borçlanmalar

Danıştay 4. Dairenin 7.12.1998 tarih E.98/3480 K.98/4820 sayılı Kararında ; “şirket amaçları doğrultusunda aynı grup bünyesinde yer alan şirketler arasında finans kaynaklarının işbirliği içinde kullanılmasının örtülü sermaye olarak kabul edilemeyeceği” yönünde karar vermiştir. Vergi idaresinin vermiş olduğu özgelelerde bu doğrultuda olup, aktarılan kredi tutarına ilaveten herhangi bir bedel alınması durumunda, sunulan hizmetin karşılığı genel oranda katma değer vergisine tabi olacaktır.⁹ Söz konusu bedelin Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. Maddesinde Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı ilkelerine göre belirlenmesinin gerektiği izahtan varestededir.

3.1.2.6. Örtülü Sermaye Uygulamasında Kur Farkı Gelirlerinin Durumu

Kurumların kullanmış olduğu borçların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmiş olması halinde, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderlerin, Kurumlar Vergisi Kanununun 11 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre gider olarak yazılması mümkün bulunmadığından, örtülü sermaye kabul edilen borçlanmalarda TL'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 olmayacaktır.

⁸ 24.04.2014 tarih ve 38418978-125[19-13/283]-445 sayılı özelge

⁹ 17.04.2014 tarih ve 11395140-019.01-1018 sayılı özelge

İlişkili kişiden alınan yabancı para cinsi avanslar nedeniyle ortaya çıkan kur farklarının kurum kazancının tespitinde dikkate alınıp alınmayacağına yönelik özelgede,

-Ortak veya ortaklarla ilişkili sayılan bir şirketten alınan avansların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmesi,

-Avansların alınma tarihinden, değerlendirme gününe ve/veya ihracatın gerçekleştiği tarihe kadar oluşan ve örtülü sermayeye isabet eden kur farkı giderlerinin kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınmaması; avanslara ilişkin örtülü sermayeye isabet eden kur farkı gelirlerinin de kurum kazancının tespitinde gelir olarak dikkate alınmaması gerektiğini açıklamıştır.¹⁰

3.1.2.7. Örtülü Sermaye Üzerinden Yapılan Ödemeler Veya Hesaplanan Tutarların Kâr Payı Sayılması Ve Yapılacak Düzeltme İşlemleri

Örtülü sermaye üzerinden ödenen 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 sayılacaktır. Kur farkları bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Örtülü sermaye müessesesi ile normal ticari faaliyetin niteliği değiştirilmemektedir. Borç ilişkisinin niteliği değiştirilmemektedir. Sadece mükerrer vergilendirme durumunun önlenmesi amacıyla kar payı sayılma durumu söz konusudur. Örtülü sermaye müessesesinin ilişkin hükmün konuluşundaki temel maksat; vergiye tabi kurum kazancının oluşumunda öz sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz gibi sonuç doğuracak dolaylı (peçeleme, örtülü) yollardan yürütülen işlemlerin borç kullanan tarafta ortaya çıkaracağı aynı etkilerin giderilmeye çalışılmasıdır. Normal ticari işlemin niteliği herhangi bir değişikliğe uğratılmamakta olup sadece işlemin düzeltilmesi halinde diğer tarafta oluşturacağı mükerrer vergilendirmenin önlenmesi amacıyla işlem kar payı dağıtımı olarak sayılmaktadır.

Örtülü sermayeye sayılan faiz, kur farkı ve benzeri ödemeler; borç kullanan şirketteki bunların giderleştirilmiş olması şeklindeki yapılan kazanç tespiti ile borç veren kurumda bunların gelirlere kaydedilmesi suretiyle kazancın tespiti işlemlerinin kar payı sayılma durumuna göre düzeltilmesi gerekmektedir. Ancak, bunun yapılabilmesi için Kanun koyucu

¹⁰ 16.04.2019 tarih ve 38418978-125[8-17/11]-E.109200 sayılı özelge

önemli bir sınırlama ve koşul getirmiştir. Bu koşul, düzeltmenin yapılabilmesi için örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şartıdır

3.1.2.7.1. Borç Veren Tam Mükellef Kurum Olması

Borç veren tarafından düzeltme yapılırken, faiz gelirlerinden örtülü sermayeye isabet eden kısımlar kâr payı geliri olarak dikkate alınacak ve şartların varlığı halinde iştirak kazançları istisnası olarak vergiden istisna edilecek; kur farkı gelirlerinden örtülü sermayeye isabet eden herhangi bir tutar var ise bu gelirler de vergiye tabi kazancın tespitinde dikkate alınmayacak; TL'nin değer kazanması sonucu örtülü olarak konulmuş sermayeye isabet eden bir kur farkı giderinin mevcut bulunması halinde de bu gider vergiye tabi kazancın tespitinde dikkate alınmayacaktır.

Vergi idaresinin anlayışı, örtülü sermaye kullanan kurum tarafından yapılan düzeltme neticesinde dönem zararının bulunması ya da indirim ve istisnalar nedeniyle kurumlar vergisi matrahı oluşmaması nedeniyle yapılan bir tarhiyat ile kesinleşen ve ödenen bir vergiden söz edilemeyeceğinden, örtülü sermaye kapsamındaki finansmanı kullandıran kurum tarafından da düzeltme yapılarak iştirak kazançları istisnasından faydalanılmasının söz konusu olmayacağı yönündedir.¹¹ Aynı şekilde, borç alan kurum tarafından dağıtılmış kar payı sayılan tutarın bu kurumun mali karından fazla olması halinde ise, örtülü sermaye kullanan kurumca iştirak kazancı istisnasından yararlanılacak tutar bahse konu kurumun mali karı ile sınırlı olacaktır.¹²

Danıştay 4. Dairesi'nin 01.02.2016 Tarih ve E.2012/4518, K.2016/202 Sayılı Kararında; *Borç kullanan kurumun kazancına örtülü sermaye nedeniyle tespit edilen farkın eklenmesi halinde hala zarar olması veya bu nedenle oluşan fark kadar vergi matrahının artmamış olması halinde; borç veren nezdinde düzeltme yapılmasına imkan sağlanması halinde örtülü sermaye düzenlemesi; vergi güvenlik sistemi olmaktan çıkıp vergi planlamasına izin veren bir teşvik müessesesine dönüşeceği ifade edilmiştir. Bu açıdan, kâr payı sayılma nedeniyle borç veren tam mükellef kurumda yapılacak düzeltmenin; örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şartına bağlanması, özel olarak konulmuş bir hüküm olup öz sermaye üzerinden yapılan işlemlerle aynı mahiyetteki örtülü sermaye yoluyla yapılan işlemlerin sonuçları ve etkileri vergisel olarak eşit kavramaya tabi tutulmuştur.*

¹¹ 10.11.2011 tarih ve B.07.1.GİB.0.03.49-010.01-21 Sayılı Özelge

¹² 24.01.2013 tarih ve 64597866-KVK-12-6 Sayılı Özelge

Danıştay kararlarının tetkiki neticesinde Danıştay'ın önceki tarihlerde bu kararın aksine kararlar verdiği tespit edilmiştir. Ancak, Danıştay son zamanlarda verdiği kararlar, örtülü sermaye müessesesindeki düzeltme hükümlerini, “mükerrer vergilendirmeyi önleme amacı” yönünden değerlendirmiş; borç verenin elde ettiği örtülü sermaye faizinin kar payı sayılmasını da sadece bu amaca hizmet etmesi yönünden ele almıştır. Bu çerçevede son zamanlarda verilen kararların Vergi İdaresinin özalgelerinde belirtmiş olduğu görüşlerle paralel olduğunu ifade edebiliriz.

3.1.2.7.2. Borç Veren Dar Mükellef Kurum, Gerçek Kişi, Vergiye Tabi Olmayan Veya Vergiden Muaf Herhangi Bir Kişi Olması

Borç para verenin dar mükellef kurum, gerçek kişi veya vergiden muaf herhangi bir kişi olması durumunda, örtülü sermaye üzerinden ödenen faizler borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı olarak kabul edilecektir. Bu şekilde dağıtılmış kâr payı, net kâr payı tutarı olarak dikkate alınacak ve brüte tamamlanarak belirlenen oranlarda vergi kesintisine tabi tutulacaktır. Örtülü sermayeye isabet eden kur farkı giderlerinin kâr payı olarak kabul edilmesi ve dolayısıyla vergi kesintisine tabi tutulması söz konusu değildir.

Örtülü sermaye şartlarının oluşması durumunda faiz ödemeleri dar mükellef kuruma dağıtılmış kar payı sayılacak ve Kurumlar Vergisi Kanununun 30 uncu maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca %15 oranında kurumlar vergisi kesintisine tabi tutulacaktır.¹³

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 olmayacağından, kâr payı stopajına tabi tutulması da söz konusu olmayacaktır. Anılan faiz tutarlarının ödenmesi halinde ise kâr payının dağıtıldığı kabul edilecektir.

¹³ 02/05/2012 tarih ve B.07.1.GİB.4.34.16.01-KVK 3-1498 Sayılı Özelge

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

4.1. DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Etkili bir vergi güvenlik müessesesi olan örtülü sermaye kavramı, Türk Vergi Sistemi'ne ilk olarak 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda düzenlenmiş, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 12. maddesi yargısal içtihatlar ve OECD'nin belirlediği çerçeveler doğrultusunda basitleştirilmiştir. Mülga 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nda sıkça uyuşmazlık konusu olan hususlara da açıklıklar getirilmiştir. Ancak, yine de örtülü sermayenin uygulanması başarısı mevzuat düzenlemesinin açık ve anlaşılır olmasına bağlıdır.

İdarenin örtülü sermaye niteliğindeki borcu kullandıran firmanın elde ettiği faiz gelirini, borcu kullanan firmanın faiz tahakkukunu yaptığı dönemde mali zararının bulunması halinde iştirak kazancı kapsamında değerlendirmeyerek vergilemeye dönük bir iradesi olduğu görülmektedir. Bir verginin hangi şartlarda alınmayacağını veya istisna edileceğinin verginin kanuniliği ilkesine uygun olarak vergi yasaları ile düzenlenmesi yerinde olacağından KVK'nın 12. maddesinde bu konuya ilişkin anlaşılır düzenlemelerin yapılmasının faydalı olacağı düşünülmektedir.

KAYNAKÇA

KİTAPLAR

Onay, İsmail:	Örtülü Sermaye (Teorik Açıklamalar – Uygulamalı Soru ve Cevaplar), Maliye Hesap Uzmanları Derneği, İstanbul, 2017
Öncel, Mualla Kumrulu, Ahmet Çağan, Nami Göker Cenker:	Vergi Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020
Vergi Müfettişleri	Beyanname Düzenleme Rehberi, Vergi Müfettişleri Derneği, 2020

BASTIRILMAMIS TEZLER

Vardar, Zuhal	<i>Vergi güvenlik önlemi olarak örtülü sermaye uygulamasının 5520 sayılı kurumlar vergisi kanunu açısından değerlendirilmesi.</i> Sakarya Üniversitesi / Sosyal Bilimler Enstitüsü / Maliye Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi.
---------------	---

SÜRELİ YAYINLAR- BİLDİRİLER

OECD	Transfer Pricing and Multinational Enterprises and Tax Administrations , OECD Publishing, Paris, 2010
OECD	Thin Capitalisation Legislation, A Background Paper For Country Tax Administrations (Pilot Version for comments), Paris, 2012
OECD	Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2014, Çev. Gelir İdaresi Başkanlığı