ÖRTÜLÜ SERMAYE KULLANIMI VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI ÜZERİNE BİR DEĞERLENDİRME[1]

2006 yılında çıkarılan 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda yer alan ve üzerinde en çok tartışma yaratan düzenlemelerden birisi "örtülü sermaye kullanımı" ikincisi ise "transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı" konusudur. Vergi hukukunda birer oto kontrol müessesesi olan bu düzenlemeler esas itibariyle yürürlükten kaldırılan 5422 sayılı KVK'nda da 1950 yılından beri yer almaktaydı. Eski kanundaki düzenlemeler objektif kriterleri taşımadığı gerekçesiyle eleştirilmekteydi. Yeni Kanunda söz konusu eleştirilerin giderilip giderilmediğini zaman gösterecektir. Ancak, gerek kanun hükümleri, gerekse Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkındaki BKK ve bu kararla ilgili Genel Tebliğ incelendiğinde yeni Kanunun uygulanması sırasında da ciddi sorunlarla karşılaşılacağı anlaşılmaktadır. Tebliğin dayanağı olan BKK'nın Tebliğden sonra yayımlanmasından kaynaklanan hukuksal tartışmaları bir tarafa bırakıyoruz.

I-Örtülü Sermaye Kullanımı

Örtülü sermaye kullanımı, kurum ortaklarının kurumların vergilendirilmiş kazancından kar payı almak yerine ortağı bulundukları kurumlara yeterli sermaye koymayıp sermaye yerine borç vermek suretiyle, verilen borç karşılığında daha garantili olan faiz geliri elde etmeyi sağlayan bir yöntemdir. Bu yöntemin kullanılmasıyla devletin vergi alacağının kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması mümkündür. Eski düzenlemede, ilişkili kişilerden sağlanan borçlarla " *kurumun öz sermayesi arasındaki nispetin emsali kurumlarınkine nazaran bariz bir farklılık göstermesi*" hali örtülü sermaye sayılırken, yapılan yeni düzenlemedeki, "*dönem başı öz sermaye tutarının üç katına kadar olan borçlanmaların örtülü sermaye sayılmayacağı*" kuralı, örtülü sermaye kullanımına ilişkin eleştirileri büyük ölçüde azaltacaktır. Ancak, ilişkili kişilerle olan normal alım ve satımlardan kaynaklanan vadesiz borçlanmaların ve avansların da "borç" kabul edilmesi tartışmaya açık konulardır. Ayrıca, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımındaki düzeltme hükümlerine ilişkin eleştiriler örtülü sermaye kullanımından kaynaklanan örtülü faiz kullanımı için de geçerlidir.

II-Transfer Fiyatlaması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

Transfer fiyatlaması konusu esas itibariyle geçmişte sıkı kambiyo rejimleri nedeniyle ülkeler arasında kar ve para transferlerinin yapılmasındaki güçlükleri aşmak için başvurulan bir yöntemdir. Bu yöntem ülkeler arasındaki farklı vergi uygulamaları nedeniyle vergi hukukunu da etkilemiştir. Bütün devletler, kendi siyasi sınırları içerisinde elde edilen kazançlara ait vergilerin kendi hazinelerine ödenmesini arzu eder. Bu haklı bir taleptir. Günümüzde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sadece ülkeler arası para ve kar transferleriyle sınırlı kalmamış yurt içindeki ilişkili kişiler arasında da kullanılan bir

[1] Sakıp ŞEKER, Yeminli Mali Müşavir

vergi sorunu haline gelmiştir. İşletmelerin transfer fiyatlaması yoluyla ödemeleri gereken vergiyi azaltması veya tamamen ortadan kaldırması mümkündür. Bu nedenle vergi kanunlarında kamu alacağını tehlikeye düşürecek bu tür işlemlerin veya yöntemlerin yasaklanması doğal kabul edilmelidir.

Eski düzenlemede kurumların ilişkili kişilerle olan işlemlerinin **emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedel** üzerinden yapılması örtülü kazanç dağıtımı sayılırken, yeni düzenlemede " **emsale uygunluk ilkesi**" nin tanımı yapılarak, emsale uygun fiyat veya bedelin hangi yöntemlerle tespit edileceği belirtilmiştir.

Eski düzenlemeler ile yeni düzenlemeler arasındaki en önemli farklılık, gerek örtülü sermaye kullanımı gerekse transfer fiyatlaması yoluyla dağıtıldığı tespit edilen kazancın hesap döneminin son günü itibariyle **dağıtılmış kar payı** veya dar mükellefler için **ana merkeze aktarılan tutar** sayılmasına ilişkin hükümlerdir.

Önümüzdeki süreçte kuşkusuz en çok tartışılacak konu; gerek gelir vergisi mükellefleri (şahıs işletmeleri) gerekse kurumlar vergisi mükellefleri yönünden transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusu olacaktır. Bu konuda yapılan düzenlemeler çeşitli yönlerden eleştirilmektedir.

A-İlişkili Kişi Tanımı Çok Geniş Tutulmuştur

Örtülü sermaye kullanımına ilişkin düzenlemede **ortakla ilişkili kişi** tanımında "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" ifade ettiği halde, transfer fiyatlamasına ilişkin düzenlemede % 10 oranına yer verilmeyerek, " ….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 kurumlar" ilişkili kişi sayılmıştır. Kurumların kendi ortaklarının ilişkili kişi sayılması doğaldır. Ancak, kurumlarla kurumların ortaklarının ortağı olduğu kişi ve kurumların ilişkili kişi sayılmasında örtülü sermaye kullanımına ilişkin düzenlemede olduğu gibi en az %5 veya 10 oranında bir ortaklık payı veya en az bu oranda oy veya kar payı hakkına sahip olma koşulu aranabilir. 1 nolu Tebliğde belirtildiği gibi ilişkili kişi tanımını dernek veya vakıf üyeliği gibi sosyal çevre veya nüfuzu altında bulundurma veya sürekli iktisadi ilişki gibi soyut tanımlamalar uygulamada ciddi sorunların ortaya çıkmasına neden olabilecektir.

B-Kar Dağıtımı Yapıldığı Varsayımı ve Brütleştirme İşlemi Doğru Değildir

Kanun hükmüne göre örtülü sermaye kullanımı veya örtülü kazanç dağıtımı olarak kabul edilen tutarın ilişkili kişiye **kar payı olarak dağıtıldığı varsayılmaktadır.** Yönetimden sorumlu olmayan ortakların hakları dikkate alınmadan ve genel kurulun kar dağıtım kararı olmadan örtülü olarak dağıtıldığı tespit edilen kazanç üzerinden gelir/kurumlar vergisi stopajı hesaplanması kabul edilemez. Örtülü şekilde dağıtılan söz konusu kazanç farkının şirkete gelir yazılarak ilgilisinden **geri çağrılması** gerekirken yapılan hukuk dışı işlemin kar dağıtımı sayılması ne vergi hukuku ilkeleriyle ne de ticaret hukuku ilkeleriyle açıklanabilir. Yapılan

düzenleme mali tabloların güvenilirliği ve açıklığı prensibine de uygun değildir. Keza, söz konusu düzenlemeler incelenen işletmenin mali tablolarının inceleme sonucuna göre düzeltilmesini öngörmemektedir. Deyim yerindeyse Maliye kendi alacağı vergiyi almakta, diğer konulara girmemektedir. Bu nedenle yapılan düzenlemelerin OECD kurallarına ve UFRS standartlarına uygun olduğu şeklindeki söylemler gerçeği yansıtmamaktadır.

Ayrıca, dağıtıldığı varsayılan kar payının vergi kesintisine tabi olanlar için (örneğin, gerçek kişi ortaklar ile dar mükellefiyete tabi kurumlar) brütleştirme işlemi yapılarak, kesintiye tabi olmayanlar (örneğin, tam mükellef kurumlar) için brütleştirme işlemi yapılmadan hesaplanması aynı tutardaki kar payının farklı oranlarda vergilendirilmesi sonucunu doğurmaktadır ki, bu durum vergi hukukunda eşitlik prensibiyle bağdaşmaz.

Tebliğe göre, örneğin (X) A.Ş, gerçek kişi ortağı (A) ve kurum ortağı (B)'ye verdiği aynı tutar ve vadelerdeki borç paralar nedeniyle 10.000'er YTL faiz hesaplamamış olsun. Hesaplanan 20.000 YTL tutarındaki örtülü kazanç için (X) A.Ş. için (20.000*%20)=4.000 YTL kurumlar vergisi hesaplanırken, kurum ortağa örtülü şekilde ödenen 10.000 YTL için ayrıca herhangi bir kurumlar vergisi stopajı hesaplanmazken gerçek kişi ortak için (10.000/0,85)= 11.764,70 YTL tutarında kar payı dağıtıldığı kabul edilerek; bu tutar üzerinden (11.764,70*%15)= 1.764,70 YTL gelir vergisi stopajı yapılacaktır. Kurum ortak söz konusu karı kendi gerçek kişi ortaklarına dağıtmak istediğinde gelir vergisi stopajı 10.000 YTL üzerinden (%15 oranı üzerinden) 1500 YTL hesaplanacaktır. Hesaplanan örtülü kazanç tutarları aynı olduğu halde kurum ortağa dağıtılan örtülü kazanç için nihai vergi yükü (2.000+1.500)=3.500 YTL vergi hesaplanırken gerçek kişi ortak için (2.000+1.764,70)=3.764,70 YTL vergi hesaplanacaktır. Birincideki vergi yükü %35 iken ikincideki vergi yükü %37,64 olmaktadır. Buna göre kurum ortağa örtülü kazanç dağıtmak gerçek kişi ortağa göre daha avantajlıdır. (X) A.Ş. söz konusu örtülü kazanç dağıtımını yapmamış olsaydı kar dağıtımı dahil ödenecek vergi yükü %32 olacaktı. Kabul etmeliyiz ki, yeni Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 12/7 ve 13/6. Maddelerinin son bentlerinde yer alan "kar dağıtımı sayılır" ifadesi hatalıdır. Vergilendirmede safilik ilkesi göz ardı edilmiştir. Bu nedenle, ilgili bentlerdeki ifadenin"….. hesap döneminin son günü itibarıyla **kurumlar vergisi indirildikten sonra kalan kısım** dağıtılmış kar payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır" şeklinde düzeltilmeli ve brütleştirme işleminden vazgeçilmelidir. Özetle, alınması gereken vergi yükü mükellef örtülü kazanç dağıtımına veya örtülü sermaye kullanımına neden olmasaydı ne kadar vergi ödeyecek ise düzeltme sonunda da o tutarda vergi ödemelidir.

C-Hazine Kaybı Kriteri Göz Önünde Bulundurulmalıdır

H**azine kaybı** olsun veya olmasın ilişkili kişiler arasındaki farklı fiyat uygulamalarından kaynaklanan kazanç farkına ait vergi farkı, ilişkili kişiye menfaat sağlayan mükelleften cezalı olarak tahsil edilirken, bu defa diğer tarafın fazla ödediği vergi düzeltme yoluyla mükellefe iade edilecektir. Devletin bu işlemden hiçbir avantajı yoktur. A'dan tahsil edilen verginin B'ye iade edilmesinin hazineye ne katkısı var? Vergi kanunlarının amacı devletin alması gereken vergiyi güvenceye almak olduğuna göre, farklı fiyat uygulamaları

yapıldığı gerekçesiyle; örneğin satıcının eksik ödediği vergiyi satıcıdan ceza ve faiziyle alıp, alıcının fazla ödediği verginin satıcıya faizsiz iade edilmesi eşitlik ilkesine uygun değildir. Devletin geç tahsil ettiği bir vergi olmadığı durumda hakkında tarhiyat yapılan kişiden gecikme faizi tahsil edilmesinin de hukuki dayanağı kalmayacaktır. Böyle bir durumda devletin toplamda bir vergi kaybı yoktur. Bu nedenle devlet, eşitlik ilkesi gereği yersiz olarak diğer taraftan tahsil ettiği vergi için tahsil tarihinden iadenin yapıldığı tarihe kadar geçen süre için mükellefe aynı oranda faiz ödemelidir.

D-Emsale Uygunluk Kriterindeki Belirsizlik ve Tespitte Güçlükler Vardır

Serbest piyasa ekonomisi içinde mal ve hizmetlerin gerek kalite gerekse sunum biçimi çok büyük farklılıklar göstermektedir. "Fiyat" esnek ve değişkendir. Globalleşen dünyanın bir ucundaki bir olay diğer ucundaki fiyatları anında etkileyebilmektedir. Fiyatların bu kadar hassas olduğu bir dünyada farklı fiyat uygulandığı gerekçesiyle mükelleflerden cezalı vergi alınması hem idare hem mükellef için riskli bir konudur. İç emsalin bulunduğu durumlarda işlem daha kolay olmakla birlikte iç emsalin bulunmadığı durumlarda dış emsalin mükellef veya mali müşavir tarafından tespiti imkansız derecede zordur. Firmaların fiyat politikaları ticari sır niteliğindedir. Ticari sır olmasa dahi piyasada aynı nitelikteki mal ve hizmetlerin fiyatının aynı olması beklenemez. Kayıt dışı işlemler nedeniyle aynı mal ve hizmetin fiyatı farklı olabilmektedir. Örneğin işyeri kiralarında gelir vergisi stopajını daha az ödemek için kira tutarlarının düşük gösterilmesi yaygın bir uygulamadır. Böyle bir uygulamanın olduğu bir yerde gerçek kira tutarının gösterilmesi emsale uygun görülmeyebilecektir. Mal ve hizmetlerin fiyat veya bedelinin emsale uygun olup olmadığını kontrol edebilecek bir bilgi bankasının olmaması ciddi bir sorundur.

Her ne kadar ilgili tebliğde "**işlev analizi**" yapılarak fiyatı etkileyen farklılıkların arındırılarak, kıyaslanabilir hale getirileceği ifade edilse de, uygulamada Tebliğlerde yazıldığı şekilde "ideale" yaklaşmanın çok zor olacağı kabul edilmelidir. İşlev analizi yapacak vergi inceleme elemanlarının devlet memuru sıfatı taşıdığı ve olayın bir tarafı olduğu dikkate alındığında ideali yakalamanın kolay olmadığı görülecektir. Burada görev bağımsız yargıya düşmektedir.

Transfer fiyatlaması yoluyla örtülü kazanç dağıtıldığı gerekçesiyle özellikle grup veya holding şirketler arasındaki işlemlerin mercek altına alınması, ekonomik faaliyetleri olumsuz etkileyebilir. Böyle bir durum grup şirketlerde "birleşme"lere sebep olabilir. Diğer bir ifade ile söz konusu düzenleme **yatay büyüme yerine dikey büyüme**lere neden olabilir. Bölünmeler yoluyla daha çok şirket yerine birleşmeler yoluyla daha az şirket ekonomiyi olumsuz etkiler.

E-Düzeltme İşleminde Yöntem Açık Değildir

Tebliğde yapılan açıklamalara göre, örtülü sermaye kullanan veya örtülü kazanç dağıtan işletme adına tarh edilen cezalı vergi ödendiği takdirde örtülü sermayeyi sağlayan veya örtülü kazancı dağıtan işletme tarafından ödenen vergi ilgilisine faizsiz olarak iade edilecektir. Ancak iadenin diğer işletme tarafından düzeltme beyannamesi verilmek suretiyle

mi yoksa düzeltme beyannamesiz mi yapılacağı belirsizdir. Diğer işletme düzeltme beyannamesi vermediği takdirde iade işleminin ne şekilde yapılacağı açık değildir.

Öte yandan ön düzeltme konusu ne yasada ne de tebliğde düzenlenmiştir. Örnek: A işletmesi ile B işletmesi ilişkili kişidirler. A işletmesi B işletmesine sağladığı borçlanmadan dolayı 100.000 YTL faiz tahakkuk ettirmiş olup hesapladığı faizi gelir kaydederek bu tutar üzerinden %20 oranında 20.000 YTL kurum geçici vergisi ödemiştir. B işletmesinin mali müşaviri örtülü sermaye kullanımı üzerinden ödendiğini tespit ettiği 100.000 YTL'yi ilgili geçici vergi beyannamesinde kanunen kabul edilmeyen gider kabul ederek aynı şekilde %20 oranı üzerinden 20.000 YTL kurum geçici vergisi hesaplamıştır. Dolayısıyla 100.000 YTL için mükerrer olarak (20.000+20.000=) 40.000 YTL vergi ödenmiştir. Yapılan düzenlemelere göre A tarafından ödenen geçici verginin geri alınmasının ne şekilde yapılacağı açık değildir. Böyle bir durumda A işletmesi B işletmesinin bildirimi üzerine söz konusu faiz gelirini geçici vergi beyannamesinde iştirak kazancı istisnası olarak beyan edebilmelidir. Bu durumda mükerrer vergilendirmeden söz edilemeyeceği için daha sonra herhangi bir düzeltmeye de ihtiyaç duyulmamalıdır. Bu tür bir işleme **bildirimli ön düzeltme** adı verilebilir.

F-Katma Değer Vergisinin İndirilip İndirilemeyeceği

Kurumlar Vergisi Kanununun 11/1 nci maddesinde, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderler ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların kurum kazancının tespitinde indirim konusu edilemeyeceği hükümlerine yer verilmiştir.

Katma Değer Vergisi Kanunu'nun 30/d maddesinde ise, "gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarına göre kazancın tespitinde indirimi kabul edilmeyen giderler dolayısıyla ödenen katma değer vergisinin" indirim konusu edilemeyeceği hükmüne yer verilmiştir.

KVK'nun 11/1 nci maddesi uyarınca kurum kazancının tespitinde gider kabul edilmeyen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançlar ile örtülü sermaye kullanımı nedeniyle ödenen faiz ve kur farklarına ilişkin katma değer vergisinin KDV Kanununun 30/d maddesi uyarınca indirilip indirilemeyeceği konusunda duraksamaya düşülmektedir. Bazı görüş sahipleri 30/d maddesinde herhangi bir ayrım yapılmadığı gerekçesiyle KVK'nun 12/7 ve 13/6 ncı maddeleri kapsamındaki işlemlere ait ödenen KDV'nin indirim konusu edilemeyeceği görüşündedir. Benim de katıldığım bazı görüş sahipleri ise anılan Kanun hükümlerine göre örtülü olarak dağıtılan kazancın veya örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz, kur farkları ve benzeri ödemelerin "kar dağıtımı" sayıldığı, kar dağıtım işleminin katma değer vergisine tabi bir işlem olmadığı, ayrıca her iki yasaklamanın da kurum kazancının aşındırılmasını önlemeyi amaçlayan oto kontrol müesseseleri olduğu, özel amaçlı bu düzenlemelerin KDV yönünden kullanılamayacağı görüşündedir. Bu konunun Maliye Bakanlığınca açıklığa kavuşturulması veya KDV Kanununda özel bir düzenleme yapılmasında yarar bulunmaktadır.

III-Ne Yapılmalıdır?

Gerek transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı gerekse örtülü sermaye kullanımı konuları birer vergi güvenlik kurumu olarak vergi hukukumuzdaki yerlerini korumalıdır. Ancak mevcut kanunda ve ikincil mevzuatta aşağıda özetlenen düzeltme ve düzenlemeler yapılmalıdır.

1-Tebliğlerde ilişkili kişi tanımı alabildiğine geniş tutulmuş olup, transfer fiyatlaması uygulamasında dolaylı ortaklıklarla ilgili ilişkili kişi tanımının sınırları daraltılmalı ve belli bir oranda ortaklık payı aranmalıdır.

2-İlişkili kişiler arasındaki **yurt içi işlemlerde hazinenin herhangi bir vergi kaybı yoksa** vergiyle ilgili bir düzeltme veya ek tarhiyat yapılmasına gerek olmayacak şekilde yasal değişiklik yapılmalıdır.

3-Örtülü kazanç dağıtıldığı kabul edilen durumlarda ise, vergi yükü normalde alınması gereken vergi yükünü aşmamalıdır. Örneğin, emsale uygunluk ilkesine aykırı fiyat veya bedel üzerinden hesaplanan kazanç farkı veya örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz tutarı 100 YTL ise hesaplanması gereken kurumlar vergisi 20 YTL, gelir vergisi stopajı ise (100-20)=80*%15=12 YTL olarak hesaplanmalıdır. Dağıtıldığı varsayılan tutarın net kabul edilip daha sonra brütleştirme yapılması normalde ödenmesi gereken vergiden daha fazla bir vergi hesaplanmasına neden olmaktadır. Vergi ile vergiye kaynaklık eden kazanç arasındaki irtibat koparılmamalıdır. Mevcut düzenlemede bu irtibat gelir/kurum stopajı yönüyle kopmuştur.

4-Örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye kullanımına muhatap olan mükelleflerin kendiliğinden düzeltme yapmak istemesi halinde "önce öde sonra düzelt ve iade al " yerine, bildirimli ön düzeltme yöntemi sisteme dahil edilerek gereksiz ödeme ve iade işlemlerinden kurtulunmalıdır.

5-Transfer fiyatlaması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı veya örtülü sermaye kullanımı nedeniyle kurum kazancının tespitinde gider kabul edilmeyen işlemlere ilişkin olarak ödenen katma değer vergisinin indirilip indirilemeyeceği konusundaki duraksamaya açıklık getirilmelidir.

6-İlişkili kişiler arasındaki ortaklık durumu belli bir oranın (örneğin, %75'i aşan) üzerinde ise, mükelleflere **konsolide kurumlar vergisi beyannamesi** verme imkanı sağlanmalıdır.

7-Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesinin altında vergilendirme yapan ülke veya bölgelerdeki kişilerin ilişkili kişi sayılması kapsamı çok genişletmektedir. Bu konuda uluslararası vergi rekabeti de dikkate alınarak Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesinin **yarısının altında olan ülke veya bölgeler** şeklinde daraltılabilir. **Vergi cennetleri** olarak bilinen ülke veya bölgelerin listesi bir an önce yayınlanarak transfer fiyatlaması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının öncelikle yurt dışı işlemlere uygulanacağı gösterilmelidir.

8-Transfer fiyatlandırması uygulaması nedeniyle 2007 yılı kurumlar vergisi beyannamesi ekinde talep edilen form ile ilişkili kişilerle olan işlemlerin incelenmesi ve analizine ilişkin raporlardaki bilgiler ve istenen belgeler yeniden gözden geçirilmeli ve hiç olmazsa 2007 yılı için söz konusu formlar ve raporlar talep edilmemelidir. Raporların mükellefler için önemli bir maliyet unsuru olacağı unutulmamalıdır.