

GİRİŞ

Günümüzde gerek ulusal gerekse uluslararası alanda yaşanan ekonomik ve endüstriyel gelişmeler sonucu, bireysel işletmeler yerlerini kurumlara devretmek zorunda kalmışlardır. Bu sürecin yaşanmasına özellikle kurumlara tanınan mali ve hukuki kolaylıklar ivme kazandırmıştır. Devletin üstlenmiş olduğu kamu hizmetlerini yerine getirebilmesi açısından ise sağlıklı gelir kaynaklarına ihtiyacı olduğu ve bu kaynakların başında da vergi gelirlerinin yer aldığı bir gerçektir.

Özellikle günümüzün büyük bütçeli ve çokuluslu şirketleri, şirketlerarası fiyatlama ya da transfer fiyatlandırması (Örtülü Kazanç) müessesesini kendileri için vergi ödememe ya da daha az vergi ödeme yolu olarak görmekte ve karlarını bu şekilde arttırmaya çalışmaktadırlar. Çokuluslu şirketler bu şekilde büyüyüp etkinliklerini arttırdıkça, ülkelerin kamu yönetimleri ile olan ilişkilerinde de ciddi problemler ortaya çıkmaktadır. Bu konu özellikle gelişmiş ülkelerin vergi idareleri ile diğer gelişmiş ülke çokuluslu şirketleri arasındaki adeta küresel bir vergi savaşına dönüşebilmektedir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye müesseseleriyle ilgili olarak Türk vergi mevzuatı ile yabancı ülke vergi mevzuatlarının karşılaştırılması neticesinde bulunan ortak nokta; beyan edilmesi gereken matrahın bazı dolaylı yollarla aşağıya çekilmesinin önlenmesine yönelik uygulamaların varlığıdır. Ancak bu ortak amaca rağmen Türk vergi mevzuatı, yabancı ülke vergi mevzuatlarının oldukça gerisinde kalmıştır. Bu konuda yabancı ülke vergi mevzuatları incelendiği takdirde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye konusuyla ilgili olarak çok kapsamlı düzenlemelerin yer aldığı, OECD'nin bazı raporlarının bulunduğu ve her yıl toplantıların yapıldığı görülmektedir.

Türkiye'de ise 5422 sayılı kanunda 1950 yılında yürürlüğe giren örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye ile ilgili yapılan düzenleme 5422 sayılı KVK ile yürürlüğe girmiştir. Ancak 1950 yılından günümüze değin geçen süreçte birçok ekonomik, siyasi ve teknolojik gelişmeler yaşanmasına rağmen kanun maddelerinin değişmemesi bazı sorunları da beraberinde getirmiştir. Zira ilgili kanun hükmü dışında örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye konularında herhangi bir düzenlemenin olmaması, hatta son zamanlara kadar konuyla ilgili tebliğlere bile yer verilmediği ve konunun Danıştay kararları ile yürütüldüğü görülmektedir. Nihayet 21.06.2006 tarihinde yürürlüğe giren

5520 sayılı yeni KVK ile gerek transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunda gerekse örtülü sermaye konusunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklikler sayesinde Türk vergi mevzuatı uluslararası düzenlemelere yaklaştırılmıştır. Bu nedenle, bir vergi güvenlik müessesesi olarak düşünülen ve Türkiye’de Kurumlar Vergisi mükelleflerinin vergilendirilmesinde özel bir önem taşıyan transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye konuları bu tez çalışmasına konu edilmiş, söz konusu müesseselerin Türk vergi mevzuatı açısından önemi vurgulanmıştır.

Örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseselerinin bu tez çalışmasına konu edilmesinin nedeni; her iki müessesenin de 2006 yılı itibariyle yasa koyucu tarafından yeniden düzenlenmesidir. Çalışmanın hazırlanması sırasında ikincil veriler ışığında araştırmalar yapılmıştır. Araştırma neticesinde her iki müessesenin de, Türk vergi hukukunun çağdaş anlamda ihtiyaç duyulduğu müesseseler olduğu sonucuna varılmıştır.

Bu çalışmanın birinci bölümünde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye konuları ile ilgili genel açıklamalar yapılmış ve bu konuyla ilgili uluslararası mevzuat genel olarak incelenmiştir. Ayrıca yine bu bölümde Türkiye’de 5520 sayılı KVK’nın hazırlanış sürecinde rehber olarak seçilen OECD düzenlemelerine ayrıntılı olarak yer verilmiştir. İkinci bölümde, bu müesseselerin 5520 sayılı yeni KVK’daki yeri ve önemi üzerinde durulmuş, 5422 sayılı KVK’nın eksiklikleri dile getirilmiştir. Ayrıca bu bölümde her iki müessese ile ilgili özellik arz eden durumlar ortaya konulmuş ve her iki müessesenin de doğurduğu sonuçlar üzerinde durulmuştur. Üçüncü bölümde, vergi güvenlik tedbiri olarak söz konusu iki müessesenin 5422 ve 5520 sayılı KVK açısından karşılaştırılması yapılmış, uluslararası vergi mevzuatla ile Türk vergi mevzuatı çeşitli açılardan karşılaştırılmış ve Türk vergi sistemi açısından neler yapılması gerektiği üzerinde durulmuştur. Genel değerlendirme ve sonuç bölümünde ise, örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseseleri ile ilgili genel bir değerlendirme yapılarak bu müesseselerin Türk vergi sistemi açısından çok önemli vergi güvenlik tedbirleri olduğu sonucuna varılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖRTÜLÜ SERMAYE, ÖRTÜLÜ KAZANÇ VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI KAVRAMLARI

I. ÖRTÜLÜ SERMAYE KAVRAMI VE ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

Örtülü sermaye kavramının ve örtülü sermaye ile ilgili genel açıklamaların yer aldığı bu bölümde ilk olarak, örtülü sermayenin kanunda yeralan tanımı yapılmıştır. Örtülü sermaye kavramının ilk önce 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'ndaki (KVK) tanımına yer verilmiş, daha sonra ise 5520 sayılı KVK'daki tanımı yapılmıştır. İzleyen bölümde ise konuyla ilgili genel açıklamalara yer verilmiştir.

A) ÖRTÜLÜ SERMAYE KAVRAMI

Örtülü sermaye kavramı İngilizce'de "*Thin Capitalization*" olarak kullanılmaktadır. Kurumların aralarında dolaylı veya dolaysız bir şirket münasebeti veya sıkı ve devamlı bir iktisadi ilişki bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları borçlanmaların işletmede devamlı olarak kullanılması halinde, bu borçlarla kurumun özsermayesi arasındaki nispet benzer kurumlardakine nazaran bariz bir farklılık gösterirse söz konusu borçlar örtülü sermaye olarak adlandırılır (Gençyürek, 2000a: 44).

5520 sayılı KVK'ya göre örtülü sermaye, kurumların ortaklarından veya ortakların ilişkili olduğu kişilerden doğrudan doğruya veya dolaylı olarak temin edilerek işletmede kullanılan borçların hesap döneminin içinde herhangi bir tarihte kurumun

özsermayesinin 3 katını aşan kısmı ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye olarak kabul edilecektir (KVK, md. 12).

Tanımlamalar birbirinden farklı da olsa örtülü sermaye olgusu, işletmenin ortak veya sahipleri tarafından işletmeye sermaye payı olarak konması gereken meblağın ortaklardan alınmış borç gibi nitelendirilerek bunlara faiz tahakkuk ettirilmesi ve bu faizlerin gider olarak gösterilip kurumlar vergisi matrahının aşındırılmasını önleme hedefi doğrultusunda ortak paydada yer almaktadırlar (Pazarçeviren ve Aygen, 2005: 99).

B) ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

Örtülü sermaye, vergi sistemlerinde örtülü kazanç gibi bir tür vergi güvenlik tedbiri olarak kullanılmaktadır. Ancak iki güvenlik tedbiri arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Özellikle konu OECD zemininde tartışıldığında bu durum daha net ortaya çıkmaktadır. Çünkü OECD'nin örtülü sermaye ile ilgili doğrudan bir düzenlemesi yoktur. OECD model şerhinde bu konuya ilişkin şu açıklamalara yer verilmiştir

Borç alan işletmeler, karlarını emsal bir durumda oluşabilecek kar miktarına yükseltmeyi sağladığı sürece örtülü sermaye hakkında ulusal mevzuatlar geçerli olabilecektir. Sadece borç ilişkisi içinde geçerli olan faiz oranının emsallere uygun olup olmadığını değil, aynı zamanda görünüşte borç olan bir ödemenin gerçekten borç olup olmadığını veya başka bir ödeme olarak ki, özellikle örtülü sermaye olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğini belirlemede de geçerli bir düzenlemedir. Örtülü sermayeye ilişkin kurallar, ulusal işletmenin karlarını emsal karların üzerine çıkarmamalıdır. Mevcut vergi anlaşmalarında bu ilkeye uyulmalıdır (OECD, 2003: C9)¹.

Yukarıda belirtilen ve OECD model anlaşmasının 9. maddesinde geçen bu açıklamalar, belirli bir işlemde uygulanan faizin emsal faiz oranları ile farklılık gösterdiği gerekçesi ile yeniden ayarlamasını olanaklı kılmaktadır.

Örtülü sermaye kavramı özellikle şirketlerin finansman ihtiyacı ve bunu giderme yöntemleri ile ilgili ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında şirketlerin iki tür finansman alternatifi vardır. Bunlardan ilki hisse senedi satışı, ikincisi ise borçlanmadır. Çoğu zaman şirket sermayesinin kendisi kurumlar verginin konusunu oluştururken

¹ <http://hmrc.gov.uk/manuals/intmanuals/INTM642030.htm>(14.04.2006).

borçlanma ile sağlanan sermaye vergisel açıdan bir maliyet unsuru olarak göze çarpmaktadır. İşte burada hisse çıkarımı ile sağlanacak sermayeden ziyade borç yoluyla sağlanan sermayenin kullanımından doğan vergi avantajları şirketlerin bu durumu lehlerine çevirerek daha az vergi ödemelerine neden olmaktadır. Yapılan uygulama ise aslında örtülü sermayeden başka bir şey değildir.

Örtülü sermaye farklı şekillerde ortaya çıkabilmektedir. Bunlardan ilki, hybrid finansman yöntemidir. Hybrid finansman, öz kaynak veya borç yoluyla sermayelendirme arasındaki büyük farklılıktan dolayı ortaya çıkar ve bazen bu durum belirsiz bir hal kazanabilir. Örneğin şirkete borç verenler ileriki bir aşamada alacaklarını, şirketin hisselerini satın alarak, borcun şeklini değiştirerek ya da borçta bir dönüştürme yaparak tahsil edebilirler (Biçer, 2004)².

Örtülü sermayenin varlığını ortaya koyan bir diğer husus, şirketin aşırı borç/özsermaye oranına sahip olmasıdır. Aslında bu belirtinin varlığında bile örtülü sermayenin varlığından kesin olarak bahsedilmesi mümkün olmayabilir. Ancak bu değerlerin orantısızlığı bazı vergi avantajlarının elde edilebilmesi için bir takım çabaların olduğuna dair bir kanıttır. OECD'nin bu konuyla ilgili görüşü şu şekildedir.

Eğer ödemeyi yapan şirketin borç/özsermaye oranı belli bir oranı aşarsa görünürdeki faiz ödemelerinin kar payı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Ancak böyle bir oranın belirlenmesi piyasa şartları dahilinde yaygın olarak yer alan oranlarda olsa, belli bir noktaya kadar haksız bir uygulama oluşturacaktır. Bunun yanında OECD'nin her olayı kendi içinde ve şartlarında değerlendirme esasına dayanan başka bir örtülü sermaye belirleme yöntemi de vardır. Ancak bu yöntemin uygulanmasında en temel sorun kalifiye eleman yetersizliğidir (Çetin, 2005: 79).

Burada cevaplanması gereken önemli bir husus, ortakları işletmeye sermaye koymak yerine borç vermeye iten nedenin varlığıdır. İşletmeye sermaye olarak koyulabilecek bir tutarın borç olarak verilmesinin altında çeşitli nedenler yatar. Örneğin, sermayenin düzenli bir gelir getirme garantisi yok iken verilen borç dolayısı ile düzenli olarak faiz geliri elde edilip riskten kaçınılmış olunacaktır. Borç ilişkisinde ortaklar işletmenin kar veya zararda olup olmadığına bakmaksızın gelir elde etmekte ve verdikleri borçları geri alabilmektedirler. Şirketin sorumlulukları ile borç arasında

² http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2004094812.htm(15.03.2006).

herhangi bir ilişki kurulmamaktadır. İflas durumunda sermayenin tamamının geri alınamaması veya yatırılan tutarın daha azının geri alınması ihtimal dahilinde iken borç verme yolu ile bu riskten de kaçınılmış olunacaktır. Yani işletme açısından dağıtılan kar payları gider olarak indirilememekte buna karşılık ödenen faizler gider olarak kabul edilebilmektedir (Işık, 2005: 39).

Örtülü sermaye konusu tekrar OECD açısından değerlendirildiğinde, OECD'nin kesin hüküm koymaktan yana değil, ulusal mevzuatların düzenlemelerine olanak tanıyan bir yaklaşımda olduğu görülmektedir (Çetin, 2005: 80). Yani OECD'nin kendi düzenlemeleri de dahil tüm örtülü sermaye belirleme yöntemlerinin olumlu ve olumsuz yönleri düşünülerek kesin bir hüküm vermektense örtülü sermayenin varlığına ilişkin olarak bir takım faktörlerin belirlenmesi OECD tarafından daha uygun görülmüştür. Konuya ilişkin OECD'nin belirlediği faktörler şu şekildedir (OECD, 2003: C9).

- Yüksek borç/özsermaye oranı,
- Borçlunun uzun dönem finansman ihtiyacı,
- Borç alındığı durumda var olan ortaklık payları veya böyle bir ortaklığın şartları dahilinde oluşacak ortaklık payları ve orantısı,
- Zarardan kurtulmak için finansal pozisyonu düzeltme çabaları,
- Faiz ödemelerinin ticari faaliyetlerin sonuçları ile ilişkilendirilmesi,
- Borcun bir aşamada sermayeye dönüştürülmesi taahhüdü,
- Faiz ödemelerinin, borç karşılığında alınabilecek getirinin üzerinde olması,
- Faiz ve anapara ödemelerinin diğer kredi verenlere göre ikincil önemde olması yani bu kapsamdaki ödemelerin karşılanmasının şirket açısından daha az bir öneme sahip olması,
- Borcun geri ödenmesinin şartlara bağlanmış olmaması veya karın durumuna göre miktar ve tarih olarak belirlenmemesi.

Burada tartışma konusu yapılan husus, aralarında bir bağ bulunan işletmelerin borç alıp verme işlemlerinin ne şekilde değerlendirileceğidir. İşletmelerin yaptığı bu borçlanmalar çoğu zaman gerçeği yansıtsa dahi fazladan ödenen faizler ya da kur farkları borçlanma açısından örtülü sermaye olarak değerlendirilebilecektir.

Gerçektende işletmenin aldığı her borç örtülü sermaye midir? Bu sorunun cevabı verilirken göz önünde bulundurulması gereken iki konu vardır. Bunlar, borçlanmanın gelir yaratıcı etkisi ve sermayenin uygunluğudur.

Borçlanmanın gelir yaratıcı etkisinde, borçlanmanın gerçek bir nedenden kaynaklandığı durumlarda işletmenin bu borçlanmadan elde ettiği hasılat ile borçlanma nedeni ile ödenen faiz gideri arasındaki farkın ne kadar olduğu ön plandadır. Örneğin borçlanma işletmede kısa süreli ve işletme sermayesi olarak kullanılmış, ekonomik şartların iyi değerlendirilmesi ile işletme önemli kazançlar elde etmiş ise her ne kadar borç ilişkisi olsa da bu halde örtülü sermayeden bahsedilemeyecektir (Biçer, 2004).

Sermaye uygunluğu kavramında ise, günümüz iktisadi hayatında borçlanmanın bütün işletmeler için sorun olduğu düşüncesinden hareket edilmektedir. Sermaye uygunluğu kavramı örtülü sermaye açısından değerlendirildiğinde karşımıza borçlanmanın sadece finansal kuruluşlardan mı yapılması gerekir sorusu çıkmaktadır. Bu soruya verilecek cevap çok büyük bir olasılıkla hayırdır (Biçer, 2004).

Örtülü sermayenin varlığı ile ilgili olarak ortaya konan faktörlerden biri de risktir. Diğer bir ifade ile normal koşullar altında bağımsız iki şirketin birbirlerine borç verme şartları sorgulanabilir. Buradaki riskin göstergesi ise, borcun herhangi bir borç miktarından çok daha fazla olması ve borç alan şirketin aktif büyüklüğünün borcun karşılanmasında yetersiz olmasıdır.

Sonuç olarak örtülü sermayelendirme veya uluslararası tanımıyla düşük sermayelendirmeyle ilgili uygulamalar çeşitlilik arz ettiği sürece bu durumun tartışma konusu olmaya devam edeceği söylenebilir. Çözüm için bazı uluslararası çalışmalar günümüzde devam etse de sorunun kısa vadede tüm vergi otoritelerinin kabul edeceği bir seçeneğin kabulü ile çözümleneceği pek olası gözükmemektedir. Ancak, gelecekte ekonomik ve siyasal bütünleşmelerin görüleceği dünya ekonomik sisteminde konu mutlaka uluslararası fikirbirliği ile çözüme kavuşturulacaktır.

C) ÖRTÜLÜ SERMAYE VE KURUMLAR VERGİSİ İLİŞKİSİ

Örtülü sermaye, KVK'da kanunen kabul edilmeyen giderler arasında sayılan bir vergi güvenlik müessesesidir. Ancak konuya sadece kurumlar vergisi açısından yaklaşmak örtülü sermaye müessesesinin işlerliği açısından olumlu sonuçlar doğurmayabilir. Bu konuda benzer bir müessese Gelir Vergisi Kanunu'nda da (GVK)

yer almaktadır. Buna göre, teşebbüs sahibinin işletmeye koyduğu sermaye için yürütülecek faizler gider olarak kabul edilmez. Teşebbüs sahibi, eşi ve küçük çocuklarının işletmede cari hesap veya sair şekillerde mevcut alacakları için yürütülen faizler gider olarak indirilemez (GVK. md. 41).

Örtülü sermaye üzerinden ödenen faizin kar payı hükmünde sayılması tek başına vergilemeye yol açmaz. Çünkü burada kanun dışı olan yol örtülü sermaye faizinin kurum kazancından indirilmesidir. Yani ödenen faiz kurum kazancını olumsuz etkilemediği sürece vergi hukuku açısından bir sorun yoktur (Özbalcı, 2004: 378).

Örtülü sermayeye bir vergi güvenlik müessesesi olarak asıl işlerlik kazandıran unsur; gerçek kişi - şirket ilişkileri ve dar mükellefiyettir. Özellikle bu konuyla ilgili olarak dar mükellefiyetin söz konusu olduğu durumlarda Türkiye'deki kurumun sermaye yapısı ile ilgili çok önemli incelemelerin yapılması gerekmektedir. Çünkü bazı durumlarda yabancı kurumların Türkiye'deki faaliyetleri için yeterli sermaye tahsis etmedikleri hatta hiç sermaye tahsis etmedikleri, gerekli kaynağın yurt dışındaki merkezden ya da merkez vasıtası ile kredi müesseselerinden sağlandığı görülmektedir. Bununla ilgili giderlerin Türkiye'deki kayıtlara faiz gideri olarak aktarıldığında kar dağıtımını hükmünde sayılarak matraha ilave edilmesi gerekecektir (Özbalcı, 2004: 379).

D) ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ BAZI YAKLAŞIMLAR

Örtülü sermaye ile ilgili bu yaklaşımlar özellikle OECD'nin üzerinde durduğu yaklaşımlardır. Bu yaklaşımlar; aşırı faiz ödemeleri, karma finansman ve sabit oran yaklaşımıdır.

1. Aşırı Faiz Ödemeleri Yaklaşımı

Normal bir faiz ödemesinden bahsedebilmek açısından, bağlı şirketler arasında ki bir ödemenin sanki bağımsız iki şirket arasında uygulanan faiz oranı gibi oluşması önemli bir göstergedir. Yani muvazaa olmama ilkesi aşırı faiz ödemeleri açısından da göz önünde bulundurulabilecek bir nitelik taşır (OECD, 2003: C9).

2. Karma Finansman Yaklaşımı

Bu yaklaşımda, şirketin sağlamış olduğu finansmanın ileride alabileceği durum yani aslında finansörün gerçek niyetinin bilinmesi önemli bir kriterdir. Karma finansmanda borçlanma üç şekilde yapılır. Bunlardan ilki, katılımcı kredilendirmedir.

Burada faiz ödemesi borç alan şirketin karlılığına endekslenebilir. İkincisi, dönüştürülebilen kredilendirilmedir. Burada da borç verene ileriki bir aşamada alacağı faizler karşılığında hisse alım imkanı verilir. Üçüncüsü ise, sessiz ortaklıktır. Burada haklar hisse senedi alma işlemi ile doğrudan ilişkilendirilir (Kızılot, 2002a: 61–62).

3. Sabit Oran Yaklaşımı

Bu yaklaşımda, muvazaa ile ilgili ortaya çıkan tüm karışıklıkların önlenmesi hedeflenmektedir. Bu uygulamaya göre; eğer şirketin toplam borçları özsermayesinin belli bir oranını aşarsa krediye ödenen faiz otomatik olarak kar payı gibi değerlendirilecektir. Bu uygulama özellikle örtülü sermayenin tespiti açısından önemli bir kolaylık sağlıyor gibi görünse de piyasadaki mevcut işlem hacmi göz önüne alındığında böyle bir oranın belirlenmesinin hayli güç olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır. Türkiye’de 5520 sayılı KVK ile sabit oran yaklaşımı benimsenmiştir.

E) ÖRTÜLÜ SERMAYE UYGULAMASINDA BORCUN SERMAYEYE ORANI YÖNÜYLE BAZI ÜLKELERİN KARŞILAŞTIRILMASI

Aşağıda tablo olarak verilen karşılaştırmadan da anlaşılacağı üzere Amerika Birleşik Devletleri (ABD), Almanya, Fransa, İsviçre, Kanada, Avustralya ve Birleşik Krallık gibi gelişmiş ülkelerin borç/özsermaye oranları mümkün olduğunca düşük tutulmuştur. Bu durum özellikle söz konusu ülkelerde borç/özsermaye kuralının katı bir yapıya sahip olduğunun göstergesidir. Yani çok küçük miktarlarda oluşan borçlar dahi örtülü sermaye olarak nitelendirilebilmektedir. Konuyla ilgili hiçbir oran belirtmeyen İsveç, Yeni Zelanda, Belçika, Singapur, Tayland, Brezilya ve Meksika gibi ülkeler ise özellikle 2002–2006 yılları arasında örtülü sermaye ile ilgili kanuni alt yapının oluşturulmasına hız vermiştir. Bu çalışmalar neticesinde de özellikle İtalya, Belçika ve İsveç Avrupa Birliği (AB) ile örtülü sermaye konusunda uyumlu bir konuma gelmiştir (Kızılot, 2002a: 119).

Tablo 1. Örtülü Sermaye Uygulamasında Borcun Sermayeye Oranı Yönüyle Seçilmiş Bazı Ülkeler (2002 İtibariyle)³

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
Amerika	1,5/1 (Değişebiliyor)	Bütün borç
Almanya	3/1 ya da 1,5/1	İlişkili kişi, yabancı borç
İsviçre	Değişken	İlişkili kişi, yabancı borç
Hollanda	Değişken	İlişkili kişi, yabancı borç
Belçika	0	0
Singapur	0	0
Malezya	0 Ama %15 Stopaj	0
Tayland	0	0
İsveç	0	0
Avusturya	0	0
Danimarka	0 ya da 4/1	0
Meksika	0	0
İtalya	Yeni yasada düşünülüyor	0
Brezilya	0	0

Kaynak: Kızılot, 2002a: 120

II. ÖRTÜLÜ KAZANÇ VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI KAVRAMI

Örtülü kazanç ve transfer fiyatlandırması kavramlarının açıklandığı bu bölümde öncelikle örtülü kazanç kavramının özellikleri ortaya konacaktır. Daha sonra ise transfer fiyatlandırması ve örtülü kazanç ilişkisi vurgulanacak ve transfer fiyatlandırması ile ilgili uluslararası literatür ışığında açıklamalar yapılacaktır.

³ Ülkelerin örtülü sermaye ile ilgili belirlediği güncel oranlara ileriki bölümlerde yer verilmiştir.

A) ÖRTÜLÜ KAZANÇ KAVRAMI

Örtülü kazanç konusuyla ilgili olarak yabancı ülke vergi mevzuatları ile Türk vergi mevzuatı birbirinden farklılık göstermesine rağmen aralarındaki ortak nokta; yasal yolun dışında bir kar dağıtımının varlığının olmasıdır.

Kurumlar ve özellikle sermaye şirketlerinin varlık nedeni; kazanç elde ederek ortaklarına dağıtmaktır. Ancak kurumlar vergisi açısından bu karın dağıtılmasının bir prosedürü vardır. Zira kurumlar mali bilançolarına göre elde ettikleri kazançlarını ilk önce kurumlar vergisine tabi tutmak zorundadır. Kurumlar vergisi ve benzeri yükümlülükler yerine getirildikten sonra açık kar dağıtımı olarak adlandırılan dağıtım şeklinde, kurumun cari dönemde kar elde etmiş olması ya da geçmiş dönemlerden gelen birikmiş karın varlığı gereklidir. Burada sözü geçen mali bilanço ticari bilançodan farklıdır. Ticari bilançolar işletmelerin ekonomik gücünü gösterirken mali bilançolar; vergi kanunlarına göre düzenlenmiş bilançolardır. İki bilanço arasındaki amaç farklılığı kesin olup vergi kanunlarına göre hazırlanan bilançolara mali ya da vergi bilançosu adı verilmektedir (Şenyüz, 2005: 92).

Şirketler tarafından yapılan bu tür örtülü kazanç işlemleri temelde, bağlı işletmeler arası mal ve hizmet alımlarını piyasada oluşan fiyatlardan değil, yapay fiyatlardan yapmak suretiyle oluşur. İşte örtülü kazanç konusuyla ilgili olarak yapılan düzenlemelerin temelinde de; kurumun mal varlığı ile gerek gerçek kişi olsun gerekse tüzel kişi olsun kurum ortakları ve sahiplerinin mal varlığının birbirinden ayrılması ve kurum kazancının kurumlar vergisine tabi tutulmadan dağıtılmasını önlemek yatmaktadır. Bir başka deyişle örtülü kazanç dağıtımı ile kurum statüsünde örgütlenmiş işletmeye ait mamelekin, ortak veya sahiplerin kişisel mamelekleri lehine fakirleştirilmesini, işletme bünyesinde doğacak kazancın bir kısmının vergiye tabi olmadan işletme dışına aktarılması önlenmiş olmaktadır (Alşan, 1986: 7).

Ancak burada özellikle üzerinde durulması gereken önemli bir husus vardır. Örtülü Kazanç konusu sadece ulusal bazda değil uluslararası zeminde de üzerinde durulması gereken çok önemli bir konudur. Hatta günümüzde bazı ülkelerin Gayri Safi Milli Hasılası'ndan çok daha yüksek bütçeli şirketlerin varlığı düşünüldüğünde uluslararası boyutun ulusal boyutun bir adım önünde olduğu söylenebilir. Çünkü bu yapıdaki firmaların kazançlarını %1–2 gibi çok küçük oranlarda vergilendirebilmek,

vergilendirme yetkisini elinde bulunduran yönetim açısında çok önemli bir vergi geliri olarak değerlendirilecektir. Uluslararası literatürde transfer fiyatlandırması (Transfer Pricing) olarak adlandırılan bu husus özellikle OECD tarafından dikkatle takip edilmektedir (Erdem, 1996: 25–26).

B) TRANSFER FİYATLANDIRMASI KAVRAMI

Uluslararası literatürde son derece önemli olan ve İngilizce’de “*Transfer Pricing*”, olarak adlandırılan kavram Türkçe’ye çevrildiğinde transfer fiyatlandırması olarak karşılık bulmaktadır. Transfer fiyatlandırması kısaca; bir firmanın bağlantılı olduğu alt ya da ana şirket veya şubeleri ile yapmış olduğu mal ve hizmet satışlarında uyguladığı fiyat olarak tanımlanabilir (TOBB, 2001: 22).

Şirketlerarası fiyatlama ya da dahili fiyatlama adı da verilen transfer fiyatlandırması; aynı teşebbüsün birbiriyle ilişkili birimleri arasında içselleştirilmiş işlemlere uygulanan fiyatlar anlamına gelmektedir. Teşebbüsler sınır ötesi üretim işine giriştiklerinde transfer fiyatlandırması sadece çok uluslu şirket (ÇUŞ) için değil aynı zamanda ilgili hükümetler içinde bir sorun olarak ortaya çıkabilir (Kızılot, 2002a: 39). Ancak belirtilmesinde fayda var ki; ÇUŞ’lar bünyesinde içselleştirilmiş işlemler sadece mal ve hizmet alımı ile sınırlı değildir. Aynı zamanda finansal işlemler de (örneğin, merkez şirket tarafından bağlı şirkete yapılan bir avans ödemesine faiz uygulaması gibi) içselleştirilebilir ve ticaret dışındaki bu tür içselleştirilmiş işlemlerde örtülü kazanç konusunda çözümü zor sorunlar yaratabilir.

C) ÖRTÜLÜ KAZANÇ VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI İLİŞKİSİ

Transfer fiyatlandırması kavramının 2005 yılı sonuna kadar uygulanan Türk vergi mevzuatında tam bir karşılığı bulunmamaktadır. Ancak 2006 yılı içinde konu gözden geçirilerek, Türk vergi mevzuatı uluslararası literatüre benzetilmeye çalışılmıştır. Türk vergi mevzuatında konu KVK’da yer alan örtülü kazanç müessesesi ile paralellik göstermektedir. Çünkü gerek transfer fiyatlandırması kavramı gerekse örtülü kazanç kavramı “emsallere göre farklılık arz etme” durumu açısından ortak bir zeminde bulunmaktadır.

Transfer fiyatlandırması, aralarında değişik açılardan bağ bulunan şirketler arasında mal ve hizmet alış-verişlerinin nasıl yapılması gerektiği yönünde temel prensipleri ortaya koyan olumlu bir kavramdır (Işık, 2005: 23). Örtülü kazanç kavramı

ise hangi tür ilişkilerin vergi hukuku açısından kabul edilmeyeceği üzerinde durmaktadır. Transfer fiyatlandırması ve örtülü kazanç kavramları bir arada değerlendirilirken emsallere uygun olmayan transfer fiyatları örtülü kazanç olarak mütalaa edilebilir ya da örtülü kazanç, transfer fiyatlarının kötüye kullanılması olarak nitelendirilebilir (Erdal ve Okumuş, 2002: 85).

Konuya bu açıdan bakıldığında aslında transfer fiyatlandırması kavramının örtülü kazanç kavramına göre daha yoğun olarak uluslararası bir zeminde söz konusu olduğu söylenebilir. Türk vergi hukukunda 5422 sayılı KVK döneminde ilgili kanunun 15 ve 17. maddeleri, 5520 sayılı KVK'nın 12 ve 13. maddeleri ile GVK'nın kanunen kabul edilmeyen giderleri düzenleyen 41. maddesi transfer fiyatlandırması işlevlerini yerine getiren maddeler olarak dikkat çekmektedir. Özellikle 5520 sayılı KVK'nın 12 ve 13. maddeleri ulusal ve uluslararası tüm firmalara yönelik olduğundan, ÇUŞ'ların yurt dışı işlemlerinin bu müessese çerçevesinde takip edilmesi mümkündür (Işık, 2005: 24). Neticede transfer fiyatlandırması kavramı ile örtülü kazanç kavramı her ne kadar hitap ettiği işlem sayısı açısından birbirinden ayrılırlar da, her iki konuda kanunen kabul edilmeyen bir yolun kullanılması konusunda ortak paydadadır.

D) ÖRTÜLÜ KAZANÇ VE KURUMLAR VERGİSİ İLİŞKİSİ

Örtülü kazanç konusunun 5422 sayılı kanun uyarınca sadece sermaye şirketleri nezdinde dikkate alınmış olması, kanun koyucunun ilgili KVK'daki düzenlemesi ile ilgilidir. Oysaki örtülü kazanç, kişisel bir işletme ya da sermaye şirketi dışındaki diğer kurumlar vergisi mükellefleri açısından farklı bir boyutta da olsa söz konusu olabilecektir. Yani şahıs işletmeleri ve sermaye şirketi olmayan kurumlar vergisi mükellefleri açısından örtülü kazancın konu edilmediği fakat örtülü kazanç mahiyetindeki işlemlerin önlenmesinin gerekli olduğu görülmektedir (Öncel, 1978: 2). Esasında böyle bir ayırım GVK'da mevcuttur. Ancak gelir vergisi şahsa bağlı bir vergidir ve çeşitli kaynaklardan elde edilen gelir kaynak sahibinin geliri olarak vergiye tabi tutulur. Nitekim GVK'nın 41. maddesinde gider kabul edilmeyen ödemeler başlığı altında çeşitli ödemeler sayılmıştır. Bunlardan birinci fıkrada yer alan ifade şöyledir: *“Teşebbüs sahibi ile eşi ve çocuklarının işletmeden çektikleri para ve aynen aldıkları sair değerler masraf olarak kabul edilmeyecektir.”*

Bu fıkra ile KVK'da yer alan örtülü kazançla ilgili maddeler karşılaştırıldığında aralarında amaçsal olarak paralellik olduğu görülecektir. Bununla birlikte KVK'da yer alan örtülü kazanç dağıtımını şahıs işletmelerindeki gizli para çekmeye benzetilebilir. Ancak aralarında bir fark vardır. Örtülü kazanç dağıtımını 5422 sayılı KVK döneminde yalnızca kurumlar vergisi mükelleflerinden sermaye şirketleri için söz konusuydu. Çünkü gerek kurumun gerekse ortakların ayrı bir tüzel kişiliği olduğu kesindir. Buna karşılık şahıs işletmelerinde gelir daha doğduğunda işletme sahibine ya da ortaklarına ait olduğundan kazançtan pay dağıtımını söz konusu değildir. Bu özelliğinden ötürü şahıs şirketlerinden para çekmek bir kişinin yani sadece işletme sahibinin gelirini etkiler. Oysa yukarıda da söz edildiği gibi örtülü kazanç dağıtımında etkilenen iki taraf vardır. Bunlar; tüzel kişilik olarak kurum ve kendisine para transferi yapılan ortaktır. Zira her iki uygulamada da iş hayatından özel hayata doğru bir gelir akımı vardır. Bu nedenle çoğu yazarlar örtülü olarak yapılan ödemeleri şahıs şirketlerinde teşebbüsten para çekme kavramı ile bir tutarlar (Öncel, 1978: 3).

Sonuç olarak örtülü kazanç, kuruma ait vergilendirilmemiş gelirin kardan pay verme ya da sermayenin geri ödenmesi durumları dışında ortaklara ya da onların yakınlarına aktarılması yoluyla kurumlar vergisi matrahının aşındırılmasıdır. Zira bu işlem, hukuki bir işlem görünümü verilerek yapıldığından dolayı ilk bakışta örtülü kazanç hemen fark edilmeyebilir (Öncel vd. 2004: 341).

E) TRANSFER FİYATLANDIRMASI İLE İLGİLİ AÇIKLAMALAR

Transfer fiyatlandırması kavramını özellikle 1960 yılı sonrası hızla gelişen dünya ekonomisi için önemli bir konu olarak gündeme gelmiştir. Tanım olarak transfer fiyatlandırması: bir işletmenin kendi bölümleri ya da kolları arasındaki mal ve hizmet satışlarında uyguladığı fiyattır. Eğer bu bölüm ya da kollar farklı ülkelerde konumlanmış ise bilindiği gibi bu tür firmalar ÇUŞ olarak adlandırılırlar (Kapusuzoğlu, 1999a: 55). Başka bir ifade ile transfer fiyatlandırması: farklı ülkelerde ikamet eden bağlı şirketler arasında ki işlemlerin yerine getirildiği değeri ifade eder. Transfer fiyatlarına, dağılım fiyatları ya da arz fiyatları adı da verilmektedir. Transfer fiyatlandırmasının konuyla ilgili yönü ise vergisel boyuttadır.

Global piyasalar karşılaştırılmalı üstünlükler sunan aksaklıklar içerdiğinden ÇUŞ'lar bu tür fırsatları değerlendirmek için iyi bir pozisyona sahiptirler. Örneğin bir ÇUŞ, yüksek vergi oranının olduğu ülkedeki bağlı bir şirketine yüksek fiyatla mal satarak ya da daha düşük fiyatla mal alarak bu firmanın karını ya da ödeyeceği vergiyi etkileyebilir. Bu açıdan bakıldığında transfer fiyatlandırması, karların daha ağır vergi yüküne maruz kaldığı yerden ziyade uygun vergi rejimine sahip bir ülkede vergilendirilmesini içerir. Olayın karşı tarafında yer alan ülke hükümetleri açısından ise durum daha da önemlidir. Çünkü hükümetler, ÇUŞ bünyesinde gerçekleşen gerek fiziki, gerek gayri maddi haklar ve gerekse hizmet transferinde uygulanan fiyatların piyasa fiyatı ile aynı olmasını isterler. Oysa ÇUŞ'lar özellikle vergisel sebeplerden dolayı grup içi işlemler için piyasa fiyatına eşit olan fiyattan daha yüksek ya da daha düşük fiyatlar uygulayabilmektedirler.

İşte burada ÇUŞ için transfer fiyatlandırması ile vergi yükünü azaltma yolunda bağlı firmanın önemi ortaya çıkmaktadır. Çünkü bağlı firma, ana şirketin bir unsurudur ve transfer fiyatlandırmasında önemli bir ayaktır. ÇUŞ'lar, bağlı firmalarını mümkün olduğu kadar kurumlar vergisinin hiç olmadığı ya da düşük oranda olduğu ülkelerde konuştururlar. Bu tür ülkeler bir sınıflandırmaya tabi tutulursa dört grup ülkeden söz edilebilir.

Birinci grupta, hiçbir gelirin vergilendirilmediği ülkeler yer alır (Bermuda, Bahamalar ve Cayman Adaları gibi). İkinci grupta, gelir vergisi oranlarının çok düşük olduğu ülkeler yer alır (Virgin Adaları gibi). Üçüncü grupta, ülke içinde sağlanan gelirin vergilendirildiği ancak ülke dışında elde edilen gelirin vergilendirilmediği ülkeler yer alır (Hong Kong, Panama gibi). Dördüncü grupta, belirli bölgelerine ayrıcalık tanıyıp bu bölgelere yatırım yapanlara çeşitli vergi avantajları sağlayan ülkeler yer alır (Türkiye gibi). (Saraç, 2005: 89).

Bu dört unsur göz önüne alındığında bir ÇUŞ'un hiç vergi olmayan ya da düşük vergi oranına sahip bir ülkede bağlı şirket edinmesinin iki önemli sebebi ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, bağlı şirketin bulunduğu ve düşük vergi oranının olduğu ülkede gerçekten normal faaliyetin sürdürülmesi söz konusu olabilir. Dolayısıyla elde edilen karın daha az bir kısmı vergi olarak ödenir. İkinci sebepte ise, ana şirket sadece

daha az vergi ödemek yani daha karlı bir pozisyona geçmek için bu tür bir eyleme yönelir.

Tüm bu değerlendirmelerden çıkarılan sonuç şudur; uluslararası transfer fiyatlandırması izlenmesi ve kısıtlanması gereken bir faaliyettir. Çünkü ÇUŞ'lar ülke hükümetleri açısından önemli bir vergi rezervine sahiptirler. İşte tam da burada durum özellikle gelişmekte olan ülkeler için bir çıkmaza girmektedir. Gelişme yolunda olan ülkelerin gelişmiş ülke olarak anılabilmesi için ilk aşamada sanayileşmesi gerekir. Bu ise ülkeye özellikle yabancı sermaye ve ileri teknoloji girişi ile mümkündür. Ülke hükümetleri ise bu tür girişlerin sağlanabilmesi için belli teşvik politikaları uygulamak zorundadır. Öte yandan dünya ticaretinin büyük bir çoğunluğu gelişmiş ülke ÇUŞ'larının elindedir. Bu tür ÇUŞ'lar ihraç ettiği mallarda çoğunlukla monopol veya oligopol, ithal ettiği mallarda ise monopson veya oligopson durumdadır. ÇUŞ'lar gelişmekte olan ülkelere mal ihraç ederken monopol fiyatları ile, ithal ederken ise yine istenilen fiyatlardan ithalat yapabilmektedirler. Bu durum özellikle gelişmekte olan ülkelerde vergi gelirleri açısından olumsuz tablolar çizebilmektedir.

Gelişmiş ülkeler ise transfer fiyatlandırması ile uğrayacakları kayıpları yine kendi ülkesi menşeli ÇUŞ'un yapacağı ters yönlü transfer fiyatlandırması ile giderebileceklerdir. Zaten bunların dışında gelişmiş ülkeler bu konu üzerinde önemle durmaktadırlar ve daha rahat kısıtlamalara gidebilmektedirler. Bu konudaki en önemli ve en fazla bilinen uygulama İsveç firması Hoffman –La Roche ve bu şirketlerin ürettiği iki ünlü ilaç; Librium ve Valium hakkındadır. Bu ilaçların etken maddeleri İsviçre'den İngiltere'deki yan firmaya kilogram fiyatları sırasıyla 370 Euro ve 922 Euro'dan gönderilmiştir. İngiliz Tekel Kurulunun 1970 yılının başında yapmış olduğu soruşturma sonucunda aynı etken maddelerin herhangi bir patent sorunu yaşamadan İtalya'dan sırasıyla 9 Euro ve 20 Euro'ya kolaylıkla sağlanabileceği belirtilmiştir. Söz konusu komisyon yaptığı incelemeler sonucunda İngiltere'deki Roche firmasının yan kuruluşunun ürettiği Libriumun satış fiyatını %40, Valiumun satış fiyatını ise %25 düşürmüştür. Hoffman-La Roche'un; Avustralya, Hollanda, Danimarka ve o zamanki Batı Almanya'daki firmaları da dikkatlice incelenmiştir. Araştırma neticesinde İngiliz Gelir İdaresi, Roche'u İngiliz Hükümetine 1.85 Milyon Paund vergi ödemek zorunda bırakmıştır. (Kapuzuzoğlu, 1999a: 58). Bir başka yakın tarihli örnekte, 1993 yılında Japon araba üreticisi Nissan'ın Amerika'dan vergi kaçırmak amacıyla gelirinin bir

kısmını Japonya'ya aktardığı gerekçesi ile Amerikan gelir idaresine 144 milyon dolar ödemek zorunda bırakılmış olmasıdır (Kapusuzoğlu, 1999a: 59).

Türkiye açısından durum değerlendirildiğinde uluslararası literatürde transfer fiyatlandırması olarak anılan kavramın Türk vergi mevzuatında KVK'da düzenlenen örtülü kazanç kavramı ile karşılık bulduğu görülmektedir. Tabii ki Türkiye'de yer alan ÇUŞ'ların gelişmiş ülkelerde bulunan benzerleri kadar fazla olmaması konunun daha çok ulusal boyutta kalmasına neden olmaktadır. Ancak bu durum gerek kavram olarak gerekse mahiyet olarak yeniden ele alınıp Türk gelir idaresi tarafından değerlendirilmiştir.

1. Transfer Fiyatlandırmasının Tarihçesi

Transfer fiyatlandırması kavramı özellikle son elli yılda önem kazanan bir konudur. Bunun en önemli nedeni ise son elli yıldaki gerek ulusal gerekse uluslararası kurumların sayılarının artış eğiliminde olmasıdır. Ancak konuyla ilgili literatür 1900'lü yılların başına kadar uzanmaktadır (Kapusuzoğlu, 1999a: 56).

1901 yılında İngiliz Harry Sid Gwick 'The Principles of Political Economi' adlı kitabında firmaların üretimleri sırasına kendi ürünlerini de kullanma durumunda olabileceklerini ve bu durumda söz konusu ürünler için piyasa fiyatının geçerli olması gerektiğini savunmuştur. Yine 16 Mart 1920 yılında Du Pont firmasında ve 1921-1925 yılları arasında uluslararası yapıya kavuşan Genaral Motors'da iç üretimde kullanılan hammadde ve yarı mamullere maliyet bedellerinin mi yoksa piyasadaki fiyatların mı uygulanacağı konusu tartışılmıştır. 1956 yılında ise Ulusal Muhasebeciler Derneği transfer fiyatlandırmasına ilişkin olarak bu konuda yapılan ilk araştırmayı yayımlamıştır. (Kapusuzoğlu, 1999a: 56).

Transfer fiyatlandırması konusu günümüzde sadece ulusal alanda takip edilmemektedir. Zira konuyla ilgili OECD, transfer fiyatlandırması ilkelerini güncellemek üzere hemen hemen birçok konuda komiteler kurarak işyeri veya işyeri olarak nitelendirilen oluşumlara mali yardım yapmakta, e-ticaret ve hisse senedi opsiyonları hakkında sık sık güncellemeler yapmaktadır (Adams ve Coombes, 2003: 1). Geçmiş 1900'lü yılların başına kadar uzanan transfer fiyatlandırması konusu günümüzde de kurumların en önemli gündem maddesidir. Hatta günümüzde faaliyette bulunan kurumlar açısından konu, hayati olarak nitelendirilmektedir. Bu konuyla ilgili

olarak Ernts&Young's şirketinin yaptırdığı araştırmalarda bu görüşü doğrulamaktadır. Şirketin konuyla ilgili yaptığı iki önemli araştırma sonucu aşağıdaki tablolarda verilmiştir.

Tablo 2. Transfer Fiyatlandırması – Örtülü Sermaye Uygulamalarının Asya- Pasifik Ülkelerindeki Önemi İle İlgili Araştırma Sonuçları

Ülke	Hali Hazırda Çok Veya Oldukça Çok Önemli Bir Konu Olma Yüzdesi
Avustralya	84
Japonya	100
Kore	23
Yeni Zelanda	91
Tüm Ülkeler	85

Kaynak: Lewis ve Lim, 2002: 37– 40

Tablo 2’den de anlaşılacağı üzere transfer fiyatlandırması konusu Asya Pasifik ülkeleri olan Avustralya, Japonya, Kore ve Yeni Zelanda için son derece önemli bir konu olarak nitelendirilmektedir. Özellikle Japonya’nın bu konuda tam bir fikir birliği içinde olması son derece anlamlıdır. Japonya’nın sahip olduğu ÇUŞ sayısı düşünüldüğünde tablodaki oranın varlığı daha kolay anlaşılmaktadır. Zira Japonya’yı takip eden Yeni Zelanda ve Avustralya’nın da Japonya kadar olmasa bile önemli ÇUŞ’ları mevcuttur.

Tablo 3’te ise ana şirketler açısından en önemli vergi konuları yer almaktadır. Bu tabloya göre, transfer fiyatlandırması konusu dışında kalan çifte vergilendirmenin önlenmesi ve kontrollü yabancı şirket konularının 1997 yılından 2001 yılına gelinceye kadar önemlerinde bir azalma meydana gelmiştir. Gümrük vergisi konusu ise önem itibariyle 1997 yılından 2001 yılına gelindiğinde aynı önemini korumuştur. Transfer fiyatlandırması konusu ise ankete göre artış gösteren tek konudur. Özellikle ilerleyen yıllarda uluslararası ticaretin serbestleştirilmesi yönünde atılacak adımlarında varlığı düşünüldüğünde transfer fiyatlandırması konusunun öneminin daha da artacağı söylenebilir.

Tablo 3. Ana şirketler Açısından En Önemli Vergi Konuları (%)

KONU	1997	1999	2001
Transfer fiyatlandırması	81	78	85
Çifte vergilendirmenin önlenmesi	88	83	81
Kontrollü yabancı şirket konuları	71	69	68
Gümrük vergileri	53	50	53

Kaynak: Ackerman vd. 2002: 57

2. Transfer Fiyatlandırmasının Amaçları

Günümüzde transfer fiyatlandırmasının şirketler açısından uygulanmasının birkaç nedeni vardır. Şirketleri bu konuda güdüleyen temel motivasyon; vergidir. Vergi, uluslararası transfer fiyatlandırmasının en önemli ancak tek olmayan amacıdır. Transfer fiyatlandırmasının bir strateji olarak kullanılmasının diğer nedenleri ise, iç yönetim ve uluslararası amaçlarla ilgilidir (Cravens, 1997: 127).

Konuyla ilgili ABD’de 179 şirket üzerinde yapılan araştırma sonuçları da transfer fiyatlandırmasının en önemli amacının vergisel olduğu yönünde bulgular sunmaktadır. Bu araştırmaya göre uluslararası transfer fiyatlandırmasının en önemli üç amacı: Vergi yükü ve ilgili amaçları yönetmek (%28), rekabet durumunu sürdürme (%17) ve adil performans değerlemesini (%11) iletme (Cravens, 1997: 127).

a) Vergi İle İlgili Olmayan Amaçlar

- Merkezleşmeden özerkliğe kayan yönetim biçimi ve kar amaçlı yönetim kavramlarının daha fazla gündeme gelmesi,
- Uluslararası ticarete şirketlerarası transferin önemi,
- Uluslararası transfer fiyatlandırmasının birçok ülkenin vergi ve gümrük idarelerince sürekli olarak izlenmesi,
- İlişkiye taraf işlemlerin ve bilgilerin açıklanmasına olan ihtiyaçlar (Kapusuzoğlu, 1999a: 57).

b) Vergi İle İlgili Amaçlar

- Vergi oranı yüksek olan ülkelerde bağlı şirketlerden yüksek fiyatla alış ve düşük fiyatla satışlar, vergi oranı düşük olan ülkelerde ise tersi uygulamalar,
- Dışarıya ödenen kar payı, patent, know how, ve marka hakkı karşılığı alınacak olan stopaj vergisi karşılığı yapılacak ödemelerin dışarıdan alınan malların içerisine kaydırılması ile daha az stopaj vergisinin ödenmesi,
- Vergi oranı yüksek olan ülkelerdeki firma tarafından bağlı olduğu şirket grubundaki diğer şirketlere uygulanması gereken hizmet, gayri maddi haklar vb. karşılığı bedellerin düşük veya hiç gösterilmemesi ve böylece diğer şirketlere ait maliyetlerinde üstlenilmesi yoluyla vergilerin azaltılması,
- Dışarıdan ithal edilen malların transfer fiyatının düşük gösterilerek gümrük vergilerinin ve Katma Değer Vergisinin (KDV) daha az ödenmesi,
- Kar transferlerine, döviz ve kurlara koyulan sınırlamalardan korunmak için transfer fiyatlarını değiştirerek daha az vergi ödemek,
- ÇUŞ merkezinde yapılan ve bağlı şirketlerin yararlandığı hizmet bedellerinin bağlı şirketlere paylaşılmasında vergi oranı yüksek olan ülkedeki bağlı şirketlerin payı arttırılırken vergi oranı düşük olan ülkelerdeki bağlı şirketlerin payı azaltılarak vergi oranı yüksek olan ülkedeki şirketin maliyetlerinin arttırılması suretiyle daha az kar ve böylece daha az vergi ödemesi (Günaydın, 1997: 169–170).

F) TRANSFER FİYATLANDIRMASINDA OECD DÜZENLEMELERİ VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YÖNTEMLERİ

Transfer fiyatlandırmasında OECD düzenlemeleri takip edilen düzenlemeler olması açısından önemlidir. OECD, transfer fiyatlandırması ile ilgili olarak 1970 yılından bu yana sürekli çalışmalar yapmaktadır. Ülkeler açısından da OECD düzenlemeleri ilk başvuru kaynağı olması açısından önemlidir.

1. OECD Düzenlemeleri

OECD transfer fiyatlandırması ile ilgili çeşitli tarihlerde ve çok sayıda rapor yayımlamıştır. Bunlardan ilki OECD'nin 1977 yılında yayımladığı rapordur. Bu raporda o yıla kadar yapılmış bazı vergi anlaşmaları gözden geçirilmiş ve bir uluslararası kılavuz hazırlanmaya çalışılmıştır. Neticede varılan görüşün temelinde ise; üçüncü kişilere eşit muamele ve tahakkuk etmeyen karın vergilendirilebilmesi gibi konular gündeme getirilmiştir (Kızılot, 2002a: 49).

Konuyla ilgili bir diğer rapor 1979 yılında yayımlanmıştır. Bu raporda, örtülü kazancın vergilendirilmesinde uluslararası ilkeler genel hatları ile belirlenmeye çalışılmıştır. Ancak burada üzerinde durulması gereken önemli bir konu vardır. Uluslararası vergileme, uluslarüstü bir kurum ya da kuruluşun yönetiminde veya denetiminde yürüyen ve bütünsel kurallar sistemine sahip bir kurum değildir. Daha çok ulusal mevzuatların ülkeler tarafından birbirlerine kabul ettirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Sözkonusu raporda transfer fiyatlandırmasında kullanılan üç standart yöntemden bahsedilmiştir. Bunlar: Karşılaştırmalı Kontrolsüz Fiyat Yöntemi, Zorunlu Fiyat Eksi Yöntemi ve Maliyet Artı yöntemidir (Kızılot, 2002a: 50).

OECD, konu ile ilgili 1984 yılında bir rapor daha yayımlamıştır. Bu raporda da özellikle grup içi hizmetler açısından transfer fiyatlandırması konusu üzerinde durulmuştur. Ancak gerek 1984 yılındaki rapor, gerekse daha önce yapılan çalışmalar yeterli görülmediğinden olsa gerek OECD 1995 yılında bir rapor daha hazırlamıştır. Bu raporda da özellikle vergi yetkilileri ve mükellefler açısından bazı kılavuz ilkelere yer verilmiştir.

2. Muvazaa Olmama İlkesi Ve Transfer Fiyatlandırması İlişkisi

Muvazaa kavramı Arapça kökenli hukuki bir kavramdır. Türkçe'ye çevrildiğinde ise; danışıklı dövüş ya da danışıklılık olarak karşılık bulmaktadır. Muvazaa kavramının transfer fiyatlandırması konusu içinde önemli bir yeri vardır. Çünkü muvazaa olmama ilkesi transfer fiyatlandırmasının belirlenmesi açısından başvurulan ilk unsurlardandır. Muvazaa olmama ilkesi; diğer tüm etkenlerin aynı kalması koşuluyla şirketler arasında ki herhangi bir işlem sonucunda doğan yükümlülüğün, işlemin birbirleri ile ilişkisi olmayan taraflar arasında yapılmış olması durumunda uygulanan düzeyde olmasının gerekliliğidir (Kızılot, 2002a: 64).

Türk Hukuku'ndaki muvazaa kavramına bakıldığında sadece Borçlar Kanununda muvazaaya yönelik bir tanımın yapıldığı görülmektedir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun (BK) 18/1. maddesi şu şekildedir; “*Bir sözleşmenin şekil ve şartlarını benimsemede iki tarafın gerek yanlışlıkla gerekse sözleşmedeki gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların gerçek ve ortak amaçlarını aramak gerekir.*” Yani bir beyanın karşı tarafında muvafakatiyle yalnız görünürde yapılmasına ya da beyan edilen şeyin istenilen şey olmadığı hususunda tarafların uyuşmuş bulunmalarına muvazaa, bu şekilde yapılmış muameleye de muvazaalı muamele adı verilir (Akıntürk, 2001: 46).

Muvazaa kavramı gerek özel hukuk gerekse vergi hukuku açısından farklı anlamlar ifade etmektedir. Özel hukuk açısından şunlar söylenebilir: Özel Hukuktaki muvazaa kavramının dört unsuru şu şekildedir (Gündoğdu, 2005a: 100).

- *Görünürdeki işlem:* Tarafların üçüncü kişileri aldatmak için yaptıkları işlemlerdir. Zira burada taraflar hukuki işlemi sırf görünüşte yapmakta ve yaptıkları hukuki işlemin kendileri açısından bir anlam ifade etmeyeceklerini bilmektedirler.
- *Muvazaa sözleşmesi:* Tarafların görünürdeki işlemi sırf üçüncü kişileri aldatmak amaçlı olduğu ve kendileri arasında herhangi bir hüküm ifade etmeyeceğine dair yapılan anlaşmadır.
- *Gizli işlem:* Taraflar muvazaalı bir işlem yaptıklarında dilerlerse kendi aralarında gerçek iradelerine dayanan ve gerçek durumu yansıtan bir işlem yapabilirler. Bu işleme gizli işlem denir.
- *Kasıt:* Muvazaa, irade ile beyan arasında bilerek meydana getirilen uygunsuzluktur. Burada kasıt üçüncü kişileri aldatmaktır.

Bunların dışında özel hukukta yer alan muvazaanın iki türü mevcuttur. Bunlardan ilki mutlak muvazaadır. Mutlak muvazaada taraflar gerçekte hiçbir işlem yapmadıkları halde başkalarına karşı sanki bir hukuki işlem yapmış gibi davranmak konusunda anlaşılır. Bir diğer muvazaa türü ise kısmi muvazaadır. Burada ise taraflar aralarında yapmış oldukları gerçek hukuki işlemi görünürdeki işlemin arkasına gizlemek yani sanki görünürdeki hukuki işlemi yapmış gibi davranmak konusunda anlaşmışlardır (Akıntürk, 2001: 49).

Vergi hukuku açısından ise muvazaa kavramı şu şekilde tanımlanabilir. Mükelleflerin kendi aralarında yaptıkları göstermelik bir anlaşma ile vergi idaresini yanıltmak ve bu yolla ödeyecekleri vergiyi ya az ödemek ya da hiç ödememek istemeleridir. Bunun için görünürde normal olarak hukuki kurallara uygun fakat gerçekte vergiden kurtulmayı amaçlayan sözleşmeler yaparlar (Gündoğdu, 2005a: 99). İşte burada sözleşmeyi yapan taraflar vergiyi doğuran olayı asıl amacından saptırarak ödenecek olan verginin konusunu, mükellefini ve matrahını etkileyen sonuçlara ulaşmak isterler. Bu taktirde yapılan işlem vergi hukuku açısından muvazaalı olarak kabul edilecektir.

Muvazaa kavramı vergi hukuku açısından ve özellikle de transfer fiyatlandırması açısından önemli bir yer teşkil etse de fazlaca değinilmiş bir konu değildir. Ancak Türk vergi kanunlarında muvazaa kavramına atıfta bulunulan çeşitli maddeler vardır. Bu maddelere aşağıda yer verilmiştir.

a) Vergi Usul Kanununda Muvazaa

Vergi Usul Kanunu'nda (VUK) geçen konuyla ilgili ifade şu şekildedir; “*Vergilendirme, vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.*” (VUK, md. 3/b). Söz konusu maddeye dikkat edildiğinde vergilendirme açısından önemli olanın vergilendirmeye ilişkin olayın gerçek mahiyeti olduğu dikkat çekmektedir. Burada vergi hukukunu ilgilendiren, muvazaalı bir işlem ile karşılaşıldığında VUK'un ilgili maddesi gereğince, vergilendirme ile ilgili görünürdeki muvazaalı işlem değil tarafların gerçek iradelerini ve yapılan işlemin gerçek mahiyetini gösteren gizli işlem olacaktır.

Yine VUK'da yer alan bir diğer madde şu şekildedir. “*Vergi Kanunları ile kabul edilen haller müstesna olmak kaydıyla özel sözleşmeler vergi dairesini bağlamaz.*” (VUK, md. 8/3). Burada da vergi idaresi vergi borcunu ödeme gücü olmayanların, bu borcunu muvazaalı bir işlem ile başkalarına devrini engellemeye çalışmıştır. Bu hüküm bir bakıma vergi yükünü ortadan kaldıracı veya hafifletici işlemleri ortadan kaldırmaya yöneliktir (Gündoğdu, 2005a: 90).

b) Gelir Vergisi Kanununda Muvazaa

GVK'da konuyla ilgili yer alan hüküm şu şekildedir; *“Bir çiftçiye veya ortaklığa ait olup aynı köy sınırları içinde veya birbirine bitişik arazi üzerinde bulunan veya istihsal şartlarına göre birbirine bağlılık ve beraberlik arz eden işletmeler tek işletme sayılır.”* (GVK, md. 52). Dikkat edilirse kanun koyucu burada çiftçilerin işletmelerini parçalayarak ve işletme büyüklüğü ölçülerinin altında kalmak kaydıyla gerçek usulün dışına çıkılmasını engellemek istemektedir.

Yine GVK'da yer alan bir başka hüküm şu şekildedir;

“Ücret, bir işverene ve belli bir işyerine bağlı olarak çalışanlara hizmet karşılığı olarak verilen para, ayın veya para ile temsil edilebilen değerlerdir. Ücretin; tazminat, kasa tazminatı, zam, avans, aidat, huzur hakkı, prim, ikramiye, gider karşılığı veya başka adlar altında ödenmiş olması veya bir ortaklık münasebeti niteliğinde olmamak şartı ile kazancın belli bir yüzdesi şeklinde tayin edilmiş bulunması onun mahiyetini değiştirmez.” (GVK, md. 61).

Dikkat edilirse bu madde hükmü ile işçi ve işverenin muvazaalı işlemlerle işçilere ödenen ücretin isminin değişik adlarla zikredilip ücret olmadığı yönündeki iddiaların önüne geçilmek istenmiştir.

c) 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda Muvazaa

5422 sayılı KVK'da muvazaa ile ilgili olan iki önemli hüküm, bu çalışmanın konusu olan, örtülü kazanç ve örtülü sermaye ile ilgilidir. KVK uyarınca;

“Kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket ilişkisi veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları istikrazlar teşebbüste sürekli olarak kullanılır ve bu istikrazlarla kurumun özsermayesi arasındaki nispet emsali kurumlardakine nazaran bariz bir farklılık gösterirse mezkur istikrazlar örtülü sermaye sayılır.” (KVK, md. 16).

Yine KVK uyarınca;

“Sermaye şirketlerinin kendi ortakları ile ortakların ilişkili buldukları kişilerle, yönetim ve kontrolü elinde bulunduran kişi ve kuruluşlarla; alım, satım, imalat, inşaat, hizmet, kiralama, kiraya verme, borç para alıp verme, ücret verme ve benzeri ilişkiler sonucunda; alış bedeli, satış bedeli, kira, faiz, komisyon, ücret ve benzeri ödemeleri emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük olursa örtülü kazanç dağıtımına ortaya çıkar.” (KVK, md. 17).

KVK'da yer alan ilgili maddelerde muvazaa ilkesinin anlamına uygun olarak bir tür gizleme ya da yapılan anlaşmanın arkasına asıl niyetin gizlenmesi unsurlarının yattığı bir gerçektir. Ancak yine de KVK'nın bu ilgili maddelerinin bir muvazaa işleminin tanımı olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Bu konuyla ilgili var olan ilk görüşe göre; 5422 sayılı KVK'nın 16 ve 17. maddeleri uyarınca yapılan örtülü ödemeler, kanun koyucunun muvazaa olarak kabul ettiği ve bu hususun tespiti halinde bu tür kalemlerin kurumlar vergisinin hesaplanmasında gider olarak dikkate alınmayacağı ile ilgilidir (Gündoğdu, 2005b: 92).

Diğer bir görüş ise şu şekildedir. Örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımı kanunda öngörülen peçeleme anlaşmaları gibidir. Kanunun hükme bağladığı koşullar gerçekleşmiş ise bu sözleşmelerin bir peçeleme sözleşmesi olmadığını kanıtlama yükümlülüğü vergi mükellefine düşmektedir (Öncel vd. 2004: 342).

Yine bu konuyla ilgili bir diğer farklı görüşe göre, muvazaa müessesesi kanunun ilgili hükümlerine örnek teşkil etmemektedir. Çünkü örtülü kazanç ve örtülü sermaye müesseselerinde, örtülü ödemeyi gösteren görünürdeki işlem genel hukuk kuralları açısından bir sorun teşkil etmez. Eleştiri sadece mali karın tespiti noktasında yoğunlaşmaktadır. Yani örtülü kazanç ve örtülü sermayeye olanak veren işlemlerin görünürdeki amacı hatalı değildir. Tam tersine olay doğru bir şekilde gelişmekte ancak sonuçların mali karın tespiti noktasında kanunen kabul edilmeyen gider olarak dikkate alınması gerekliliği asıl vurgulanması gereken konudur. Burada unutulmaması gereken nokta, kanunen kabul edilmeyen giderin gerçekte yapılmış olmasına rağmen kanun koyucu tarafından gider olarak dikkate alınmamasıdır. Diğer taraftan örtülü kazanç ve örtülü sermaye müessesesinde taraflar, üçüncü kişilerin aldatılması konusunda anlaşmış da olmayabilirler. Zira örtülü ödemeyi sağlayan görünürdeki işlemin arkasında herhangi bir gizli işlem mevcut olmadığı gibi taraflar arasındaki görünürdeki işlemin hüküm doğurmayacağına dair bir muvazaa sözleşmesi de yapılmayabilir (Gündoğdu, 2005b: 92). Yani örtülü kazanç ve örtülü sermaye müesseseleri muvazaanın herhangi bir unsurunu taşımadıkları için muvazaa müessesesine örnek olarak gösterilemez.

Yapılan tüm bu açıklamaların ışığında bir özel hukuk kavramı olan muvazaa kavramına vergi hukukunda da yer verildiği anlaşılmaktadır. Ancak bu, özel hukuk ve vergi hukuku açısından muvazaa kavramının apayrı ifadeler olduğu anlamına gelmemektedir. Çünkü muvazaa kavramına atıfta bulunulan en önemli iki madde; BK'nın 18/1 maddesi ile VUK'un 3. maddesidir. Her iki maddenin de ortak özellikleri mevcuttur. İlk olarak her iki maddede de gerçek durumun ne olduğu ile ilgilenilmektedir. İkinci olarak, her iki maddede muvazaalı işlem geçersiz sayılmıştır.

Ayrıca yine her iki maddede de kişilerin gerçek iradelerinin önemli olduğu belirtilmektedir. Özel hukuk açısından üçüncü kişileri aldatmak amacıyla yapılan görünürdeki sözleşme butlan nedeniyle geçersiz olacaktır. Vergi hukuku açısından ise, görünürdeki sözleşme geçersiz sayılacak ve buna karşılık gizli sözleşme sonuçları istenen işlem olduğu için geçerli sayılarak vergilendirilecektir.

3. Transfer Fiyatlandırması Yöntemleri

Transfer fiyatlandırması ile ilgili bu bölümde yer alan yöntemler OECD'nin de üzerinde durduğu geleneksel yöntemler, diğer yöntemler ve muvazaa olmama dışında kalan diğer yöntemlerdir.

a) Geleneksel Yöntemler

aa) Karşılaştırılabilir Kontrolsüz Fiyat Yöntemi

Karşılaştırılabilir kontrolsüz fiyat yöntemi, OECD'nin başkaca herhangi bir faktör göz önüne alınmadığı takdirde uygulanmasını istediği başlıca yöntemdir. Bu yöntemde transfer edilen mal ve yöntemler için kontrollü bir işlemde uygulanan fiyat ile karşılaştırılabilir koşullar altında bulunan karşılaştırılabilir serbest bir fiyat mukayese edilir. İki fiyat arasında bir fark bulunduğu takdirde bu durum bağlı işletmelerin ticari ve mali ilişkilerine hakim koşulların emsallerine uygun olmadığını ve serbest işlem fiyatını kontrollü işlem içinde geçerli olması gerekliliğini belirtir (Soydan, 1996: 113).

ab) Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi

Yeniden satış fiyatı yöntemi, bağlı bir işletmeden alınan ürünün, bağımsız bir işletmeye yeniden satışında uygulanan fiyata benzetilebilir. Bu metotta, grup içinde satılan bir malın fiyatı ile grup dışında birine satılması halinde oluşacak fiyatların karşılaştırılması yapılır (Çamlıca, 1996: 94). Bu yöntem ile transfer fiyatının bulunmasında perakende satıcının sürdürmekte olduğu faaliyetleri için fiili satış fiyatından uygun bir indirim yapılır. Böylece normal satın alma fiyatına ulaşılır.

ac) Maliyet Artı Yöntemi

Bu yöntemde ise, kontrollü bir işlemde satıcının bağlı bir alıcıya aktardığı malların veya sunduğu hizmetlerin tedarik fiyatı dikkate alınır. Ayrıca bu maliyete pazar koşullarının ve üstlenilen işlevlerin ışığında uygun bir kar için gereken kar marjı da eklenir (Soydan, 1996: 114).

b) Diğer Yöntemler

ba) İşlem Net Marjı Yöntemi

İşlem net marjı yönteminde, mükellefin kontrollü bir işlemde elde edeceği net kar marjı görece olarak seçilmiş maliyet, satışlar veya varlıklar gibi değerlere göre hesaplanır. Nesnel olarak seçilmiş kar düzeyi göstergeleri esas alınarak kontrollü ve kontrolsüz işlemler karşılaştırılır. Bu nedenle bu yöntem, maliyete ilave ve yeniden satış fiyatı yöntemine benzer (Işık, 2005: 134).

bb) Kar Bölme Yöntemi

Bu yöntemde, bir veya daha fazla sayıdaki kontrol altındaki işlemlere ilişkin belirtilmiş faaliyet karı ya da zararındaki dağıtımın emsallere uygun olup olmadığı belirlenir. Bu değerlendirme, kontrol altındaki her mükellefin faaliyet karı ya da zararına yaptığı katkının göreceli değerine başvurulmaktadır. Birleştirilmiş faaliyet karı ya da zararı, kontrol altındaki mükellefin en dar biçimiyle tanımlanan iş faaliyetinden çıkartılır ve böylece hesaplanır (Kapusuzoğlu, 1999c: 103).

bc) Berry Oranı

Berry oranı, işletme giderleri ve karlılık oranı üzerinde durmaktadır. Bu oran kuruluş tipleri arasındaki kazancı belirlemek için kullanılır ve esasen bu yöntem satıcı kuruluşlara uygulanan bir maliyete ilave yöntemidir. Berry oranı; brüt karın işletme giderlerine oranı olarak belirlenir. Bu oran şirketlerarası işlemlerde satıcı durumdaki bağlı işletmelerin genel ve idari masraflarının üzerine koyulacak miktarın marjının belirlenmesinde de kullanılır (Kızılot, 2002a: 77).

c) Muvazaa Olmama Dışında Kalan Diğer Yöntemler

ca) Karşı Ayarlamalar ve Karşılıklı Anlaşmalar Usulü

Karşılıklı anlaşma usulü, vergi idarelerinin çifte vergilendirme anlaşmalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde kullanılır. Burada vergi idaresi, ikinci bir devlette yer alan bir bağlı işletmenin taraf olduğu işlemlere emsallere uygunluk prensibini uygulayarak ilk işletmenin vergi matrahını yükseltebilir. Çifte vergilendirme ancak ikinci devletinde karşı ayarlama yapması ile önlenir. Böyle bir durumda karşı ayarlama söz konusu bağlı işletmenin vergi matrahının azaltılmasını içerir ve karın iki devlet arasında ilk ayarlama ile uyumlu bir paylaşımını sağlar (Soydan, 1996: 123).

cb) Eş Zamanlı Vergi İncelemeleri

Eş zamanlı vergi incelemesi, iki veya daha çok taraf arasında, kendi ülkesindeki yükümlü veya yükümlülerin ortak veya bağlı bir çıkarının bulunduğu vergi ile ilgili işlemlerini elde edilen herhangi bir bilginin takası amacıyla eş zamanlı ve bağımsız olarak incelemeleri için yapılan düzenlemelerdir. Dolayısıyla bu işlem özellikle bağlı işletmelerin vergi matrahlarının gerçeğe yakın olması konusunda önemli bir araç olabilir.

cc) Güvenli Sığınaklar

Ülkeler, ÇUŞ'ların transfer fiyatlandırmasını daha çok vergi matrahını azaltmaya yönelik bir araç olarak kullandığını varsayarak bir yandan vergi yükünü azaltıcı diğer yandan da transfer fiyatlandırması manipülasyonunu önleyici yönetmeliklere kavuşmayı hedeflemektedirler. Bu konuda özellikle Amerika ve Japonya önemli ulusal düzenlemelere sahiptirler (Günaydın, 1999: 173). Ancak hükümetler açısından bir gerçek vardır ki o da, transfer fiyatlandırması uygulamasının tam anlamıyla önüne geçilmesinin çok zor olduğu gerçeğidir. Örneğin bu durumun tamamen ortadan kalkması için teorik açıdan da olsa, yeryüzündeki tüm ülkelerdeki kurumlar vergisi oranlarının, indirimlerinin ve kanunun kabul etmediği ya da ettiği giderlerin aynı olması önerilebilir. Bu ise evrensel bir vergilendirme rejimi anlamına gelmektedir. Ancak bu durum çok da mümkün olmadığından hükümetler, bir nebze de olsa transfer fiyatlandırması manipülasyonuna katlanmak zorunda kalacaklardır. Yani emsallere uygunluk ilkesinin uygulama koşullarının çok kolay olmaması vergi yükümlülerinin izleyeceği bir dizi basit kurallar zinciri ile azaltılabilir ki işte bu kuralların izlenmesi transfer fiyatlandırmasının vergi idarelerince mecburiyetten kabulünü gerektirir. Burada sözü geçen basit kurallar zincirinin genel anlamda kavramsal karşılığı ise güvenli sığınaklardır.

cd) Peşin Fiyatlama Sözleşmeleri

Peşin fiyatlama sözleşmeleri, kontrollü işlemlerde sabit bir dönem için kullanılacak transfer fiyatının belirlenmesine yönelik olarak bir dizi ölçütü (Karşılaştırma ölçütleri) tespit eden bir sözleşmedir. Yöntem sayesinde belli bir zaman dilimindeki transfer fiyatı tespit edilmiş olur (Soydan, 1996: 131). Peşin fiyat sözleşmesi sürecinin sonunda vergi idaresinin, vergi yükümlüsü sözleşme hükümlerine

uyduğu sürece transfer fiyatlandırması ayarlaması yapmayacağı garantisini vermesi gerekir.

III. TRANSFER FİYATLANDIRMASI VE ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ AVRUPA BİRLİĞİ VE BAZI ÜLKE UYGULAMALARI

Transfer fiyatlandırması ve örtülü sermaye müesseseleri ile ilgili AB ve yabancı ülke uygulamalarını yer aldığı bu bölümde, transfer fiyatlandırması ve örtülü sermaye konularının uluslararası mevzuatla karşılaştırılması yapılacaktır. Bundan dolayı bu bölümde, Türkiye'nin üyesi olmayı hedeflediği AB düzenlemelerine yer verilmiştir. Ayrıca konuyla ilgili önemli aşama kaydeden ABD, Almanya ve İngiltere uygulamalarına da yer verilmiştir.

A) AB'DE ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI

Devletler hükümlerini kullanarak yönettikleri coğrafyalar üzerinde kendi politik, sosyal, ekonomik ve benzeri koşulları dikkate alarak vergi sistemlerini oluştururlar. Kurdukları bu sistemler sayesinde gerek kendi ülke vatandaşlarını gerekse yabancı ülke vatandaşlarını vergilendirebilirler. Bu açıdan vergilendirme yetkisi ülkelere has bir özelliktir ve sınırlandırılmaz.

Ancak ülkelerin bu mutlak vergilendirme sistemleri ekonomik birliklere dahil olduğunda sorgulanabilir hale gelmektedir. Ekonomik birlikler devletlerin uluslararası ilişkilerini geliştirmek ve dış ticaretlerini serbestleştirmek için kurdukları ekonomik işbirliği boyutlarını aşan uluslararası birliklerdir. Ekonomik işbirliğinin son aşamasını ekonomik birlikler oluşturur ve şimdiye dek gerçekleştirilen ekonomik bütünleşmeler içinde en başarılı ve önemlisi AB'dir (Öncel vd. 2004: 64).

AB'de vergi politikaları, genel politikaları destekleyen ikincil bir politika niteliğindedir. Diğer taraftan AB'nin izlediği temel politikalarının hemen hemen tamamının vergilendirmeyi ilgilendiren yönleri bulunmaktadır. Bu durum özellikle mal, hizmet, kişi ve sermayenin serbest dolaşımını öngören iç pazarın işleyişi, ulaştırma ve rekabet alanındaki politikalar ile bölgesel politikalarda kendini hissettirir (Göktaş, 2001: 46). AB'nin yukarıda sayılan faaliyet alanları ile ilgili yapacağı düzenlemeler daha çok dolaylı vergilerle ilgili olmaktadır. Ekonomik birlik fikrinin temelinde yatan düşüncede bu tür faaliyetlerin serbestçe ve karşılıklı olarak yapılması olduğuna göre AB'nin

dolaylı vergiler konusunda genellikle ortak bir zeminde bulunduğu söylenebilir (Hamzaçebi, 2002: 23).

AB’de dolaysız vergiler alanında yaşanan uyumlaştırma çabaları dolaylı vergiler alanında yaşanan uyumlaştırma çabalarından çok daha yavaş ilerlemektedir. Bu konuda AB de zorlayıcı hükümler uygulamaktan kaçınmaktadır. Bundan dolayı dolaysız vergiler alanında tam bir uyumun sağlandığı söylenemez (Kulu, 2001: 59). Bu konuda AB, üye ülkelerin iç hukukunun ön planda olduğunu kabul etmektedir. AB üyesi ülkelerin dolaysız vergiler alanındaki uyumlaştırma konuları; çifte vergilendirmeyi önleme, transfer fiyatlandırması düzenlemeleri, yurt dışı zararların durumu ve iki taraflı vergi anlaşmaları ağının tamamlanması şeklinde özetlenebilir (Kulu, 2001: 60). Birlik içinde dolaysız vergiler alanındaki uyumlaştırma çabalarının dolaylı vergiler alanındaki uyumlaştırma çabalarına göre daha yavaş işleminin iki nedeni vardır. Bunlardan birincisi, devletlerin mali egemenliklerini kaybetmek istememeleridir. İkicisi ise dolaysız vergilerin mal ve hizmetlerin serbest dolaşımı ile olan bağının çok kuvvetli olmamasıdır (Hamzaçebi, 2002: 23).

Dolaysız vergilerin uyumlaştırması konusu içinde yer alan transfer fiyatlandırması AB’nin önemle üzerinde durduğu bir konu olmakla beraber birlik içerisinde halen tartışmalı bir konudur. AB’nin bu konuyla ilgili olarak yasal düzenlemeleri (direktifleri) şu şekildedir;

“Topluluk dahilinde bulunan Kurumlar Vergisine tabi şirketlerin birleşme, bölünme, sermaye koyma, hisse senedi değişmelerine uygulanabilir düzenlemeler hakkında 90/434/EEC sayılı, mali merkezi topluluk dahilinde bulunan Kurumlar Vergisine tabi şirketlerin başka bir üye ülkedeki işletmesi, yönetimi, denetimi açısından ve birbirine bağlı işletmelerin yönetimleri açısından birbirine bağlı işletmelerin aralarındaki ticari veya mali ilişkilerden dolayı ortaya çıkan karların vergilendirilmesinde çifte vergilendirilmenin önlenmesi hakkında 90/436/EEC sayılı anlaşma ve sermayelerine iştiraktan elde edilen karların iki kez vergilendirilmemesi hakkında 90/435/EEC sayılı direktifler uygulanmaktadır.” (Hamzaçebi, 2002: 18).

Transfer fiyatlandırması ve çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin olarak AB’deki ilk çalışmalar 1976 yılına kadar dayanmaktadır. Özellikle 90/436/EET sayılı direktif transfer fiyatlandırmasını ilgilendiren yönüyle ağır basmaktadır. Çünkü bu direktif aynı zamanda tahkim anlaşmasıdır. Bu direktifin önemli yönü, transfer fiyatlandırması ile ilgili olarak emsallere uygunluk (muvazaa olmama) ilkesine aykırılık

nedeniyle bir üye devlet tarafından yapılan tarhiyatın çifte vergilendirmeye sebep olduğu takdirde karşı taraf açısından bir düzeltme öngörmesidir (Işık, 2005: 64).

Özellikle uluslararası ticaretin günümüzdeki karmaşıklığı ve ticari davalardaki yetki sorunları göz önüne alındığında çözüm süreçleri buna bağlı olarak bir hayli zaman almaktadır. İşte bu sorunun çözümüne yardımcı olmak amacıyla tahkim yani hakem yoluyla çözüme müessesesi geliştirilmiştir. Transfer fiyatlandırmasına ilişkin olarak tahkim anlaşması AB üyesi ülkelerin kabulü ile 01.10.1995 tarihinde yürürlüğe girmiştir (Beylik, 2004)⁴.

AB üyesi ülkeler arasında imzalanan tahkim anlaşması uyarınca benimsenen temel ilke, emsallere uygunluk ilkesidir. Buna göre anlaşmayı imzalayan farklı ülkelerdeki bağlı şirketler arasında ki mali düzenlemeler karşılaştırılabilir bağımsız şirketler arasında ki benzeri ilişkileri yansıtmalıdır. Bağlı şirketler, birinin diğerine doğrudan ya da dolaylı olarak yönetim, kontrol ya da sermaye yoluyla bağlantılı olmasını ya da aynı kişinin yönetim, sermaye veya kontrol yoluyla diğer şirketle bağlantılı olmasını ifade eder (Işık, 2005: 65).

Eğer bir ülkedeki firma için yapılan işlem çifte vergilendirmeye yol açıyorsa ilgili ana firma ve şubenin bulunduğu iki ülke açısından çözüm, tahkim sürecinde aranabilecektir. Ancak her iki firma ve ülkeler yapılan işlemin düzeltilmesi konusunda fikir birliğine varırlarsa konu fazla ileri götürülmeyecek ve tahkim süreci devreye girmeyecektir.

Tahkim anlaşmasının temel amacı, transfer fiyatlandırması olayını en kısa sürede çözmektir. Kendi sonuçları ya da bağlantılı oldukları şirketin sonuçları emsallere uygunluk ilkesine aykırılık nedeniyle düzeltmeye tabi tutulan bir firma çifte vergilendirmeye yol açan olayın kendisine bildirilmesinden itibaren üç yıl içinde ilgili makamlara başvurmak zorundadır (TOBB, 2001: 28).

Eğer taraflar düzeltim konusunda kendi aralarında anlaşamazlarsa önlerinde iki aşamalı bir süreç vardır. İlk aşama karşılıklı anlaşma usulüdür. Amaç çifte vergilendirmeyi önleme yolunda bir sonuç üzerinde anlaşmaktır. Eğer olayın bildirilmesinden itibaren iki yıl içinde çözüm gerçekleşmez ise ikinci aşamaya geçilir. İkinci aşamada ülkeler anlaşma sürecinin başarısız geçmesi sonucu bir danışma

⁴ http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2004125075.htm (15.03.2006).

komisyonu belirlerler. Bu komisyonun tek işlevi çifte vergilendirmeyi önleme yolunda bir amaca ulaşmaktır. Tahkim süreci bu yapıyı ifade edip, komisyon olay kendisine intikal ettirildiği tarihten itibaren altı ay içinde neticeye ulaşmak zorundadır. Danışma komisyonunun ulaştığı sonuç vergi idarelerini otomatik olarak bağlayan bir sonuç değildir. Ancak komisyon raporunun vergi idarelerine ulaştığı tarihten itibaren altı aylık süre içinde çözümsüzlük hala devam ediyorsa danışma komisyonunun kararı kesin olur. Ayrıca ilgili firmalardan birisi vergi kaçakçılığı nedeniyle ciddi bir cezaya maruz kalırsa vergi idareleri çözüm sürecini başlatmak zorunda değildir (TOBB, 2001: 29).

B) İNGİLTERE'DE ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI

İngiltere'deki transfer fiyatlandırması ve örtülü sermaye ile ilgili konular özellikle 2004 yılı sonrası önem kazanmıştır. Çünkü bu yıldan sonra örtülü sermaye uygulamaları transfer fiyatlandırması müessesesinin içinde yer almıştır.

1. İngiltere'de Örtülü Sermaye

İngiltere de örtülü sermaye ile ilgili yapılan düzenleme şu şekildedir; “*Bağlı şirketten alınan borç için ödenen faiz miktarı ya da borç miktarı aşırı yüksek ise ödenen faizler vergi matrahından düşülemeyecektir. Ödenen faizler kar payı olarak mütalaa edilecektir.*” (Işık, 2005: 82).

Burada da ödenen faizin aşırı olup olmadığı ve borç miktarının aşırı olup olmadığına göstergesi muvazaa olmama ilkesidir. Ancak İngiliz Gelir İdaresi borç/özsermaye oranı konusunda ya da kabul edilebilir bir faiz ödemesi konusunda resmi olmamakla beraber bazı rakamlara yer vermektedir (Kızılot, 2002a: 191). Genellikle borç/özsermaye oranının 1/1 ve vergi ve faiz öncesi karın toplam faize oranının 3/1 olması gelir idaresi tarafından tavsiye edilmektedir. Öte yandan İngiltere'de örtülü sermaye ile ilgili kurallara Nisan 2004 tarihinden sonra önemli yenilikler getirilmiştir. Her ne kadar örtülü sermaye ile ilgili geniş düzenlemelere sahip olunsu da Nisan 2004 tarihinden itibaren İngiltere'de, örtülü sermaye kuralları, transfer fiyatlandırması kuralları altında değerlendirilecektir (Smith, 2004)⁵.

⁵ [http://www.internationaltaxreview.com/?page=10&PUBID=35&ISS=12600&SID=470246&SM\(05.05.2006\)](http://www.internationaltaxreview.com/?page=10&PUBID=35&ISS=12600&SID=470246&SM(05.05.2006)).

2. İngiltere’de Transfer Fiyatlandırması

İngiltere’deki transfer fiyatlandırması kurallarının 1918 yılına kadar uzandığına dair yorumlar olsa da kesin olan husus 1951 tarihli Maliye Kanununun getirdiği düzenlemelerdir. Bu düzenleme daha sonra 1988 yılında çıkarılan Gelir ve Kurumlar vergisi kanunu içinde de yer almıştır. İngiltere’de transfer fiyatlandırması ile ilgili emsallere uygunluk ilkesi benimsenmiştir. Bu düzenlemeler ise OECD düzenlemeleri ile büyük bir oranda paralellik gösterip; maddi ve gayri maddi varlıkların transferinde emsallere uygunluk ilkesinin esnek bir açıklaması olduğu varsayılmaktadır (Sporken vd., 2001)⁶.

İngiltere’de 1997 yılında örtülü kazanç modernizasyonu mevzuatı adı altında yeni bir mevzuat ilan edilmiş ve 1999 yılından itibaren geçerlilik kazanmıştır. Yeni mevzuatın konuya ilişkin hükümleri şu şekildedir; transfer fiyatlandırması konusunda idarenin yönlendiriciliği ortadan kaldırılmıştır. Vergi mükelleflerine beyannamelerini verirken muvazaa olmama ilkesine uygun davranarak kendi değerlendirmelerini yapmaları zorunlu kılınmıştır. İşlemler ya da işlemler aracılığı ile yapılan provizyon kavramının kullanılması ile mevzuatın kapsamı genişletilmiş ve mevzuatın uygulanacağı durumlar tanımlanmıştır. Provizyon ifadesinden kasıt, muvazaa olmama ilkesine göre ele alınan işlem ya da işlemleri çevreleyen şart ve koşulların daha geniş olarak düşünülmesidir. Sınır ötesi petrol ticaretinde uygulanan spesifik örtülü kazanç kuralları ise basitleştirilmiştir (Kızılot, 2002a: 175). İngiltere’de OECD rehberi ışığında yeni belgelendirme koşulları getirilmiştir. Yeni düzenlemeler ile kapsam, işlemler ve anlaşmalar bakımından genişletilerek doğrudan ve dolaylı, içe doğru ve dışa doğru finansal fonlamalar kapsama alınmıştır. Hileli ya da ihmal ve kusurlu fiillere %100’e kadar vergi ayarlama cezası uygulanabilmektedir (Sporken vd., 2001).

Bu düzenlemeler özellikle İngiltere’de olması gerekenden az vergi ödenmesi durumunda da emsallere uygunluk ilkesinin devreye girmesini amaçlamaktadır. İngiltere’de faaliyet gösteren vergi mükellefleri diğer ülkelerdeki bağlı şirketlerle olan ilişkilerinde değerinin üstünde fiyatlarla mal alması ya da değerinin altında fiyatlarla mal satması halinde gelir idaresi devreye girerek gerekli tarhiyatı yapabilecektir (Işık, 2005: 82).

⁶ [http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?page=1100&subtype=notloggedon&status=8\(15.04.2006\)](http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?page=1100&subtype=notloggedon&status=8(15.04.2006)).

C) ALMANYA'DA ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI

Almanya'daki uygulamalar özellikle diğer ülke uygulamalarına göre daha geniş bir zemindedir. Almanya'da gerek transfer fiyatlandırması gerekse örtülü sermaye ile ilgili direkt bir düzenleme yoktur.

1. Almanya'da Örtülü Sermaye

Alman vergi hukukunda örtülü sermaye tıpkı transfer fiyatlandırması konusunda olduğu gibi KVK'da yer almaktadır. 2003 yılından önceki düzenlemelerde örtülü sermaye açısından sadece yabancı ortaklar tarafından verilen borçlar örtülü sermaye kapsamında değerlendiriliyordu. Ancak 2003 yılından sonra yapılan düzenlemelerle yerli ve yabancı ortak ayırımı kaldırılmıştır. Örtülü sermaye açısından faiz geliri elde eden kişinin aslında kar payı geliri elde ettiği, faizi ödeyen açısından ise ödenen faizin gider yazılmaması esası Almanya'da da kabul gören esastır.

Örtülü sermayenin varlığı için Almanya'da aranan şartlar şu şekildedir. Borç veren ortağın büyük ortaklardan olması gerekir. Büyük ortaktan kasıt, şirketin %25 hissesi ve daha fazlasına sahip olmaktır. Diğer taraftan şirketin yönetim ve kontrolünü elinde tutan ortaklar hisse bakımında %25'in altında paya sahip olsalar da büyük ortak kabul edilirler. Yine bir diğer şart olarak borcun vadesi bir yıldan fazla olmalı ve borç tutarı 250.000 Euro'dan fazla olmalıdır. Borçların özkaynaklara oranı 1,5/1'i geçmemeli ve alınan borçlara ödenen faizler emsallere göre yüksek olmalıdır (Dautel vd., 2004: 17-18).

2. Almanya'da Transfer Fiyatlandırması

Alman vergi mevzuatı diğer ülke uygulamalarının aksine transfer fiyatlandırması ile ilgili çok detaylı kurallara sahip değildir. Genel anlamda Almanya'daki transfer fiyatlandırması ilkeleri idari ilkeler niteliğinde olup 1980 yılından önce oluşturulmuştur. Almanya'da transfer fiyatlandırması müessesesi bugünkü boyutlarına uzun yıllar süren kazai faaliyetlerin sonunda ve yasal bir düzenlemenin dışında ulaşmıştır. Almanya'da transfer fiyatlandırmasının ilk kez bir yasa içinde yer alması 1934 yılındaki Kurumlar Vergisi Kanununa kadar uzanmaktadır (Öncel, 1978: 7).

Esasen Almanya'daki transfer fiyatlandırmasına ilişkin ilk olayların başında şekerpancari şirketlerinin üretici ortaklarına ödedikleri fiyatlarla ilgili konu gelmektedir. Bu şirketlerin o yılıki pancar fiyatlarını kampanya sonuçlarına göre saptayıp saptayamayacaklarını ve böyle bir durumda satılan pancar karşılığında ortağa ödenecek ücretin şirketin kazancından yapılacak örtülü bir kar dağıtımı sayılıp sayılmayacağı uyuşmazlık konusu olmuştur. Yüksek mahkemeye göre satış sözleşmeleri ancak belli ve değişmez bir edimi ifade eder. Edimin kampanyanın kapanmasından sonra kampanya sonuçlarını dikkate alarak saptanması düşünülemez ve buna izin verilemez. Böylece Yüksek Mahkeme piyasa fiyatları üzerindeki her fiyatın kazanç dağıtımı sayılacağı, bunun ayrıntılarının ortaklık sözleşmelerinde nasıl düzenlendiğinin, bilançoda nasıl gözüktüğünün önemli olmadığına karar verir (Öncel, 1978: 8).

Alman Vergi Mevzuatında transfer fiyatlandırmasına ilişkin yasal bir tanım yapılmamıştır. Burada kanun koyucu gerek 1968 ve gerekse 1977 yıllarındaki KVK'lar da tanım vermektan mümkün olduğu kadar kaçınıp bu konudaki boşluğu yargı kararlarının (özellikle Alman Federal Vergi Mahkemesi) ve yazınların doldurmasına müsaade etmiştir. Alman Kurumlar vergisinin 8. maddesinde "*Kurumlar Vergisi matrahının saptanmasında örtülü olarak dağıtılan kazançlarda dikkate alınır.*" şeklinde bir açıklama yapılarak konu son derece geniş bir çerçeveye yerleştirilmiştir (Özbalcı, 2004: 402). Emsallere uygun fiyat ya da bedelin belirlenmesi aşamasında ise genel olarak iki yöntem önerilmektedir. Bunlar: dış kaynaklı bir kredi metodu ve bir bankanın borç teklifidir. Şirketin, işlemlerinde kullandığı fiyatları saptarken kurallara uymaması yapılan harcamalara müsaade edilmemesine neden olacak ve yapılan harcamalar kar dağıtımı gibi algılanacaktır (Looks vd. 2004)⁷. Konuyla ilgili Alman Vergi Kanunları OECD düzenlemeleri ile uyumlu değildir. Ancak genel olarak emsallere uygunluk ilkesinin yabancı işlemler kanununun 1. maddesinde bulunduğu kabul edilir. Bu madde Alman şirketlerinin yabancı bağımlı ortaklarına mal ve hizmetleri emsaline göre düşük bedelle satmaları halinde devreye girmektedir (Sporken vd., 2001).

Almanya'da Federal Yüksek Vergi Mahkemesi transfer fiyatlandırması ile ilgili önüne gelen vergisel uyuşmazlıklarda "özenli, dikkatli(basiretli)" sermaye şirketi yöneticisinin tutumunu esas almaktadır. "*Bu özelliklere sahip bir yönetici tarafından bir*

⁷ [http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?page=1100&subtype=notloggedon&status=8\(15.03.2006\)](http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?page=1100&subtype=notloggedon&status=8(15.03.2006)).

malın ortağa satışında bunlar için hangi fiyat ya da karşılık istenirdi. Yine özenli ve dikkatli şirket yöneticisi bir malın edinilmesinde ortak olmayan üçüncü kişiye ne öderdi veya bu ilişkilerde ortak olmayan bir üçüncü kişiden ne talep ederdi.” şeklinde bir bakış açısına sahiptir (İçten, 2002: 234). Ayrıca yine Alman Federal Yüksek Mahkemesi 1989 yılındaki transfer fiyatlandırması ile ilgili bir kararında şu yoruma yer vermiştir. “Temettü dağıtımı niteliğinde olmayan ve sermaye şirketinin kazancının yüksekliğini etkileyen ortaklık ilişkisinin neden olduğu mamelek azalması ya da engellenen mamelek artışıdır.” (Kızılot, 2002a: 140).

D) ABD’DE ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI

Konuyla ilgili ABD’deki gelişmeler ve çalışmalar özellikle diğer ülke uygulamalarına yön vermesi açısından önemlidir. Özellikle OECD düzenlemeleri ABD uygulamaları paralelindedir.

1. ABD’de Örtülü Sermaye

Örtülü sermaye ile ilgili olarak ABD’de yapılan düzenlemeler İç Gelir Kanununun 385 ve 163. maddelerinde yer almaktadır. 385. maddenin başlığı; “şirketlerde belirli menfaatlerin hisse veya borç olarak işlem görmesi” şeklindedir. Maddede örtülü sermaye ile ilgili beş tane belirleyici faktöre yer verilmiştir. Bunlar;

- Koşulsuz olarak ve belli bir talep halinde ya da belli bir tarihte, belli miktarda paranın veya sabit miktarda bir faizin ödenmesini öngören yazılı bir taahhüdün olup olmadığı,
- Şirketlerin herhangi bir borcu konusunda bir önceliğin olup olmadığı,
- Şirketlerin borç/özsermaye oranı,
- Şirket hisselerinin çevrilebilir olup olmadığı ve
- Şirketteki stokların elde tutulması ile söz konusu faizlerin arasında bir ilişki olup olmadığıdır (Kızılot, 2002a: 72).

Örtülü sermaye ile ilgili olarak 163. maddenin içeriği ise, kazanç gizleyici kurallar olarak adlandırılmaktadır. Düzenlemeler aşırı faiz harcaması olan ve borç / özsermaye oranı hesap dönemi sonu itibarıyla 1,5/1 oranını aşan şirketlere uygulanacaktır. Yargı organlarının bu konudaki bakış açısı ise daha farklıdır. Yargı

organları kararlarında ve bilimsel içtihadı borçların özsermayeye oranının 3/1'i aşmaması önerilmektedir (Işık, 2005: 72).

2. ABD'de Transfer Fiyatlandırması

Transfer fiyatlandırmasına ilişkin olarak dünyada yapılan ilk yasal düzenlemeler ABD'ye aittir. ABD bu konuda gerek düzenlemelerde ve gerekse uygulamalarda başı çeken bir ülkedir. Diğer ülkeler ve özellikle OECD, ABD'nin transfer fiyatlandırması ile ilgili düzenlemelerini yakından takip etmektedir. ABD'nin konuyla ilgilenen ilk ülke olması ve bu ilginin yıllarca devam etmesinin nedeni, sahip olduğu ÇUŞ sayısı ve elde ettiği vergi gelirlerinin diğer ülkelere göre daha ciddi olması ile açıklanabilir (Stanley, 2001: 27).

Amerikan transfer fiyatlandırması uygulamalarında tıpkı diğer ülkelerde olduğu gibi temel ilke olarak emsallere uygunluk ilkesi benimsenmiştir. ABD vergi sisteminde yer alan emsallerle uygunluk ilkesi şu şekilde tanımlanmaktadır;

“Emsallere uygunluk ilkesi, aralarında herhangi bir yakınlık ya da ilişki bulunmayan taraflarca kendi çıkarları doğrultusunda yapılan görüşmeler neticesinde gerçekleşen işlemler için belirlenen değerdir. Bu değer serbest piyasa koşulları çerçevesinde saptanan değerdir ve bu değer üzerinden yapılan ticari işlemler tarafların kendi çıkarları doğrultusunda tam güven esasına dayanır.” (Kapusuzoğlu, 1999b: 61).

Ancak bu ilke 1994 yılından önce ve sonra farklı şekillerde algılanmıştır. Çünkü emsallere uygunluk ilkesi 1994 yılından önce sadece fiyatlar üzerinde yoğunlaşmıştır. Oysa 1994 yılından sonraki uygulamalarda emsallere uygunluk ilkesi fiyatların yanı sıra işlemlerin neticesinde oluşacak karları da kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Özellikle vergi mevzuatı gereği de emsallere uygunluk ilkesi tavsiye edilen bir ilke olarak dikkat çekmektedir. Ancak bu ilke ABD'de tavsiye edilen tek ilke değildir. ABD'de mükellefler gelir idaresinin kabul ettiği yöntemlerden olan Maliyet Artı Yöntemi, Kar Bölme Yöntemi, Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi ya da diğer belirtilmemiş olan yöntemleri kullanabilirler. ABD'de mükellefler, transfer fiyatının belirlenmesine yönelik en iyi yöntemi kullanmak zorundadır (Ernst & Young, 2006: 71)⁸.

ABD'de transfer fiyatlandırmasına ilişkin bir diğer düzenleme de, transfer fiyatlandırması suretiyle düşük vergi ödemeye ilişkin iki tür ceza öngören

⁸ [http://www.ey.com/global/dowland.nsf/International/Global_Transfer_Pricing_Guide_June_2006\(20.07.2006\)](http://www.ey.com/global/dowland.nsf/International/Global_Transfer_Pricing_Guide_June_2006(20.07.2006)).

düzenlemedir. Bunlardan ilki işlem cezasıdır. İşlem cezası, limitler dışında kalan yapay transfer fiyatlandırmasından kaynaklanan yanlış değerlendirme ve düşük vergi ödeme durumundan kaynaklanır. İkincisi ise net düzeltme cezasıdır. Net düzeltme cezası, mükellefin mali yıldaki mevcut durumunun mevzuatla ilgili maddedeki düzenlemeleri geçtiği takdirde devreye girmektedir (Saraç, 2005: 92). Bu koşullar transfer fiyatlandırmasının uygulanmasında ve saptanmasında uluslararası şirketlerin kötü niyetlerini engellemekte ve cesaretlerini kırmaktadır. İdarenin dağıtım müdahale etmemesi için taraflar arasındaki gelir dağılımının hayali satışlar, gereksiz yere kar dağıtımı ve başkaca yöntemlerin uygulanmasıyla vergiden kaçınımlara yer vermemesi ve gerçek sorumluluğu yansıtması gerekmektedir (Stanley, 2001: 28). Cezai düzenlemelerdeki amaç, mükelleflerin emsallere uygunluk konusundaki çabalarını, beyannamelerinde yer alan emsallere uygunluk raporlarını ve vergi idaresine sundukları belgelerini gerçekçi bir yapıya kavuşturmadır (Kapusuzoğlu, 1999c: 104). Amerikan gelir idaresi tarafından talep edilen döküman çeşitleri olarak: organizasyon yapısı, seçilmiş metot, reddedilen alternatif metot, kontrol edilmiş kayıtların analizleri, ekonomik analizler, yılsonu edinilen bilgi, indeks ve gelir idaresinin belirlediği kurallar dahilinde talep edebileceği bazı diğer dökümanlar gösterilebilir (Ernst & Young, 2006: 71).

ABD vergi sistemi içinde transfer fiyatlandırmasına ilişkin konuların üzerinde titizlikle durulmasının en önemli nedeni daha öncede belirtildiği üzere ABD menşeli ÇUŞ'ların fazlalığıdır. Bu konu ABD literatüründe altmış yıldır önemli bir yer işgal etmektedir. Örneğin 1950 yılında ABD'de yapılan bir çalışma 332 büyük ABD firmasının %71'inin transfer fiyatlandırması yaptığını, 1968 yılında yapılan bir çalışma 404 büyük ABD firmasının %84'ünün ve 1977 yılında yapılan bir çalışmada 145 ABD firmasının %92'sinin transfer fiyatlandırması yaptığını ortaya çıkarmıştır (Kapusuzoğlu, 1999a: 58). Yine bu konuda Ernst & Young şirketinin yaptığı ve günümüze daha yakın tarihli araştırmalarda transfer fiyatlandırması üzerinde durmaktadır. Şirketin 1984 yılında dünya genelinde 200 ÇUŞ üzerinde yaptığı araştırmaya göre, bu şirketlerin %82'si transfer fiyatlandırmasını en önemli vergi sorunu olarak rapor etmişlerdir. Şirketin Arjantin'de yaptığı araştırmanın sonuçlarına göre, ana şirketlerin %45'i konuyu çok önemli olarak nitelendirmişlerdir. Bu oran Kanada için %68, Fransa için ise %92'dir (Saraç, 2005: 89).

İKİNCİ BÖLÜM

KURUMLAR VERGİSİNDE ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

I. ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ KURUMLAR VERGİSİNDEKİ YERİ

Örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını müesseseleri Türk vergi sistemi içerisinde KVK'da yer alan vergi güvenlik müesseseleridir. Türk KVK'sı 1950 yılında modeli Almanya'dan alınan KVK ile yürürlüğe girmiştir. Ancak 1934 yılındaki ikinci kazanç vergisi kanununun 13/5 maddesinde; “*Sermaye için faiz kabul edilmeyeceği gibi kollektif şirketlerde şeriklerin ve komandit şirketlerde komandite azaların ve bunların usul ve fîrunun veya karı veya kocasının; sair, sinai ve ticari teşebbüsata, karı veya koca ile bunların usul ve fîrunun şirkete veya teşebbüse ikraz edecekleri paralar sermaye sayılır.*” şeklinde bir hüküm bulunmaktadır. Bu hüküm KVK'nın yürürlüğe girdiği 1950 yılına kadar Türk vergi sistemindeki örtülü kazanç konularına benzer olarak hüküm süren yegane madde olmuştur.

Örtülü sermaye kavramı ise Türk vergi sistemine ilk kez 30.12.1960 tarihinde ve 192 sayılı kanunun 3. maddesi ile yapılan değişiklikle girmiş ve 1.1.2006 tarihine kadar değişmeden hüküm sürmüştür. Günümüzde ise konu çok daha geniş bir boyut içinde değerlendirilmektedir. Özellikle 21.06.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5520 sayılı KVK ile örtülü kazanç ve örtülü sermaye konuları ile ilgili önemli değişiklikler

yapılmış ve transfer fiyatlandırması konusu ilk kez 5520 sayılı KVK içinde yer almıştır. Bu nedenle konunun Türk vergi sistemi açısından değerlendirilmesine geçmeden önce sistematik açıdan örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseselerinin kurumlar vergisindeki önemi vurgulanacaktır.

A) 5520 SAYILI KVK AÇISINDAN KANUNEN KABUL EDİLMEYEN DİĞER GİDERLER

Örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseseleri Türk vergi sistemi içinde 5520 sayılı KVK'nın 11. maddesinde kanunen kabul edilmeyen indirimler başlığı adı altında yer almaktadır. Bu açıdan örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı dışında kalan diğer kanunen kabul edilmeyen indirimlere aşağıda kısaca değinilecektir.

1. Özsermaye Üzerinden Ödenen Veya Hesaplanan Faizler

KVK'nın 11/a. maddesinde özsermaye üzerinden hesaplanan veya ödenen faizlerin indiriminin kabul edilmeyeceği hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm GVK'da yer alan ticari kazancın tespitinde gider kabul edilmeyen, teşebbüs sahibinin işletmeye koyduğu sermaye için yürütülen faiz ile paralellik taşımaktadır. Bilançonun aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark, müteşebbisin işletmeye mevzu varlığını (özsermayeyi) teşkil eder (VUK, md. 192). Özsermaye bilançonun pasifinde yer alan; ödenmiş sermaye, sermaye yedekleri, kâr yedekleri, geçmiş yıllar karları toplamı ve bundan geçmiş yıllar zararının tenzili sureti ile bulunur.

Özsermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin gider olarak kabul edilmemesi, kurum ortaklarının koydukları sermayenin getirilerini kar payı dışında adlandırılarak, kurum bünyesinde vergilendirilmeden ortaklara dağıtılmasına engel olmak içindir. Bir başka anlatımla kurum ortaklarının koydukları sermaye için yürütülen faizler, ortaklara yapılan kar dağıtımı olarak kabul edilmektedir.

2. Her Ne Şekilde Ve İsimle Olursa Olsun Ayrılan Yedek Akçeler

İhtiyat akçeleri, hesap döneminde elde edilen karın ileride doğması muhtemel olan zararlara ve risklere karşılık bir kenara ayrılan, dağıtılmayan kısımdır. Dolayısıyla da ihtiyat akçeleri zarar yazmayı gerektirecek hiçbir unsur bünyesinde

barındırmamaktadır (Semercigil, 1995: 297). Kanun koyucu burada özellikle ileride oluşması muhtemel bazı ihtilafların önüne geçmeyi amaçlamıştır.

3. Kurumlar Vergisi, Her Türlü Para Ve Vergi Cezaları, 6183 Sayılı AATUHK Hükümlerine Göre Ödenen Cezalar, Gecikme Zamları Ve Faizleri İle VUK'a Göre Ödenen Gecikme Faizleri

Kanun koyucu burada kurum kazancının tespitinde kurumlar vergisini, her türlü para ve vergi cezalarını, AATUHK hükümlerine göre ödenen cezalar, gecikme zamları ve faizlerin hasıllattan indiremeyeceğini belirterek her türlü kamu alacağına ait ceza, zam ve faizin gider kaydını önlemektedir (KVK 11/d).

4. Her Türlü Alkol Ve Alkollü İçkiler İle Tütün Ve Tütün Mamullerine Ait İlan Ve Reklam Giderlerinin %0'ı

Kanun adı geçen ürünler için yapılan harcamaların ne kadarının gider yazılıp yazılamayacağı konusunda ilave bir sınır getirmiştir. Bakanlar Kurulu bu oranı %100'e kadar arttırmaya veya sifıra kadar indirmeye yetkilidir (KVK 11/i).

5. Basın Yoluyla İşlenen Fiillerden Veya Radyo Ve Televizyon Yayınlarından Doğacak Maddi Ve Manevi Zararlarından Dolayı Ödenen Tazminat Giderleri

KVK'nın ilgili maddesine göre, basın yoluyla işlenen fiillerden veya radyo televizyon yayınlarından doğacak maddi ve manevi zararlardan dolayı ödenen tazminat giderleri de indirilemeyecek giderlerdendir (KVK 11/h).

6. Yat, Kotra, Uçak, Helikopter Ve Benzeri Araçların Giderleri

Kiralama yoluyla edinilen veya işletmede kayıtlı olan yat, kotra, sürat teknesi gibi deniz araçları ya da uçak, helikopter gibi hava taşıtlarından işletmenin esas konusuyla ilgili olmayanların giderleri ve amortismanları kurumlar vergisi matrahından indirilemez (KVK 11/f).

7. Kanunlara Veya Kanunların Verdiği Yetkiye Dayanarak Tespit Edilen Hadler Saklı Kalmak Kaydıyla Menkul Kıymetlerin İtibari Değerlerinin Altında İhracından Doğan Zararlar İle Bu Menkul Değerlere İlişkin Olarak Ödenen Komisyon Ve Benzeri Her Türlü Giderler

Bu tür bir uygulama menkul kıymet ihracında(mevzuatın izin verdiği ötesinde) zarar kaydını engellediği gibi, ihraca yardımcı olan aracı kuruluşlarla mevzuatla tespit edilenin ötesinde ödenen komisyon ve benzeri giderlerin kaydını yasaklamış olmaktadır. Kanunlarla veya kanunların verdiği yetkiye dayanarak tespit edilen hadler sınırlı kalmak üzere, menkul kıymetlerin itibari değerlerinin altında satışından doğan zarar ile ödenen komisyonlar ve benzeri her türlü giderler kurum kazancının tespitinde hasıllattan indirilemez (KVK 11/e). (Anonim Şirketlerce çıkarılan tahvillerin pazarlamasında aracı kurumlara yapılan ödemeler dahil). Bu düzenleme kurumların ihraç ettikleri menkul kıymetler için geçerlidir. Satın aldıkları menkul kıymetler için geçerli değildir.

8. Dar Mükellef Kurumlara Mahsus Kısıtlamalar

Türk vergi mevzuatında ticari kazancın hesaplanmasında hasıllattan sadece ticari kazancın elde edilmesi ve devamlılığın sağlanması amacıyla gerekli olan gider unsurlarının genel gider olarak indirilmesinin kabul edilmesi nedeniyle, bu tür bir ayırımı temin edemeyen, giderlerini şubeler arasında global dağıtıma tabi tutan dar mükellef kurumların Türk vergi mevzuatı karşısında belirsizlik yaşamaları muhtemeldir (Semercigil, 1995: 298).

Bu tür kurumların için iki çeşit giderin hasıllattan indirilmesine izin verilmemektedir. Bunlar; ana merkezin ya da Türkiye dışındaki şubelerin Türkiye'deki iktisadi işletme hesabına yaptıkları alım satımlar için bu işletmelerden aldıkları faiz, komisyon, vb. giderler ve ana merkezin veya Türkiye'deki şubelerin giderlerine veya zararlarına iştirak etmek için ayrılan hisselerdir (Semercigil, 1995: 298).

II. KVK'DA ÖRTÜLÜ SERMAYE

Örtülü sermaye kavramı Türk vergi sistemine ilk olarak 5422 sayılı KVK ile girmiştir. 5422 sayılı KVK'nın 16. maddesindeki düzenleme 30.12.1960 tarih ve 192 sayılı kanunun 3. maddesi ile yapılan değişiklikle 2006 yılına kadar uygulanmıştır. Ancak söz konusu kanun yaşanan teknolojik, ekonomik ve endüstriyel gelişmelere

karşın yenilenmediğinden dolayı yıllar itibariyle yetersiz kalmıştır. 21.06.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 5520 sayılı KVK ile birlikte bu eksiklikler giderilmeye çalışılmıştır. Bu nedenle bu bölümde örtülü sermaye kavramı ile ilgili yapılacak açıklamalar 5520 sayılı kanun ışığında olacak ve yer yer 5422 sayılı kanundaki şekliyle örtülü sermaye müessesesine atıfta bulunulacaktır.

A) ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

Türk vergi sisteminde örtülü sermaye müessesesi, kurumlara sermaye koymak yerine borç vermek şeklindeki muvazaa yoluyla vergi matrahını aşındırmayı hedefleyen işlemlerin önlenmesi amacıyla getirilmiş bir vergi güvenlik müessesesidir (Savaş, 1999: 157).

Bir kurumun ortaklarından ya da iktisadi ilişki içinde olduğu gerçek ve tüzel kişilerden borç alması ve borçları karşılığında faiz ödemesi mümkündür. Ancak bu yolun kötüye kullanılması da mümkündür. Çünkü kurum aslında özsermayeye dahil olması gereken fonları ortaklardan almış olduğu kredi gibi göstermek suretiyle bunlara tahakkuk eden faizleri gider olarak vergi matrahından indirebilir.

Kurumun ortaklarının kuruma sermaye koymak yerine borç vermek suretiyle güttükleri temel amaç, kar dağıtımını dışında farklı bir nemalanma şekli olan faiz geliri elde etmektir. Ancak 5520 sayılı KVK'nın 11/b. maddesi örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkı hariç faiz vb. ödemelerin kurum kazancının tespitinde indirilemeyecek gider olarak hüküm altına almıştır.

Örtülü sermaye üzerinden ödenen faizlerin gider olarak kaydedilemeyeceği hususunun altında yatan temel unsur ise daha önce değinilen ve KVK'da örtülü sermaye konusundan hemen önce belirtilen özsermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin gider olarak kabul edilmemesidir. Özsermaye, aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark, müteşebbisin işletmeye mevzuu varlığını (özsermayeyi) teşkil eder. Örtülü sermaye faizlerinin indirilemeyeceği yönündeki düzenleme, kurum ortaklarının koydukları sermayenin kar payı dışında bir kazanç getirmesinin olanaklı olmadığını ortaya koyar. Bu açıdan bakıldığında özsermaye kurum kazancının elde edilmesi için yaratılmış bir sermaye görüntüsündedir (Kızılot, 2000: 1568).

Oysaki özsermaye bir borç değildir. Ancak ortaklar tarafından kazanç elde etmek için işletmeye yatırılır. Dolayısıyla ortak özsermaye karşılığında kar veya zarar elde eder. Bu nedenle özsermaye üzerinden bir faizin ödenmesi ve bunun kurum kazancından indirilmesi mümkün değildir.

Genel kabul görmüş uygulama bu olmakla beraber özsermaye üzerinden faizin yürütülebileceği konusunda bazı istisnai durumlar da vardır. Örneğin Türk Ticaret Kanunu'nun (TTK) 470. maddesi esas sermaye için faiz ödenemeyeceği, 471. maddesi ise işletmenin tam bir şekilde faaliyetine başlamasına kadar geçecek olan hazırlık devresi için pay sahiplerine muayyen bir faiz ödemesinin esas mukavelede şart kılınabileceğini hüküm altına almıştır (GKD, 2005: 255). Bir başka istisna ise kooperatiflerle ilgilidir. Kooperatifler kanununun 38. maddesi uyarınca, kooperatiflerin gelir gider farkının en az %50'sinin ortaklara dağıtılmasından sonra ortakların sermaye paylarına genel kurul kararı ile Devlet tahvillerine verilen en yüksek tahvil faizini geçmemek üzere faiz ödenebileceği ana sözleşme ile hüküm altına alınabilir (GKD, 2005: 256).

KVK'nın örtülü sermaye ile ilgili düzenlemelerine benzer bir uygulama ilk bölümde de belirtildiği üzere GVK'da da bulunmaktadır. Zira GVK'da ticari kazancın girişimcilik yeteneği ve sermaye karşılığı sağlandığı düşüncesinden yola çıkılarak teşebbüs sahibinin işletmeye sağladığı sermaye için yürütülecek faizler ile teşebbüs sahibinin eşinin ve küçük çocuklarının işletmede cari hesap ve diğer şekillerdeki alacakları üzerinden yürütülecek faizler gider kabul edilmeyecek ödemeler arasında sayılmıştır (Kaya, 1997: 74).

Sonuç olarak örtülü sermaye müessesesi ile sermaye niteliği taşıyan borç vermeler nedeniyle tahakkuk ettirilen faizlerin vergi matrahını aşındırması önlenmektedir. Yani kurumun ortaklarından aldığı borçlar için ödediği veya hesapladığı kur farkı hariç faiz vb. ödemeler gider olarak yazılabilir. Ancak KVK açısından bu ödeme kar payı hükmündedir. Yapılan bu giderler ticari kazancın hesaplanmasında bir indirim unsurudur ancak mali karın tespitinde bir indirim unsuru değildir (Savaş, 1999: 155).

B) 5422 SAYILI KVK'YA GÖRE ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEME

5520 sayılı KVK'dan önce yürürlükte olan 5422 sayılı KVK'nın örtülü sermaye müessesesi ile ilgili maddesi özellikle 5520 sayılı KVK'nın getirdiği yeniliklerin anlaşılması açısından önemlidir. 5422 sayılı KVK'nın örtülü sermaye ile ilgili tanımı şu şekildedir:

“192 sayılı kanunun 3. maddesi ile değişen madde; kurumların aralarında vasıtalı – vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları, teşebbüste devamlı olarak kullanılan ve bu istikrazlarla kurumun özsermayesi arasındaki nispet emsali kurumlardakine nazaran bariz bir farklılık gösterirse mezkur istikrazlar örtülü sermaye sayılır.”

5422 sayılı KVK'nın örtülü sermaye ile ilgili bir diğer maddesi ise, 5422 sayılı KVK'nın kanunen kabul edilmeyen giderler kısmında yer almakta ve *“Örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizler kurum kazancının tespitinde maliyet unsuru olarak yer almaz.”* şeklinde ifade edilmektedir.

1. 5422 Sayılı KVK'ya Göre Örtülü Sermaye İle İlgili Açıklamalar

5422 sayılı KVK'nın 16. maddesi ile düzenlenen örtülü sermaye uygulaması yapılacak borçlanmalarla ilgili olarak başlıca üç noktaya dikkat çekmektedir. Bunlar;

- Borçlanmanın vasıtalı – vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet içinde bulunan gerçek veya tüzel kişilerden yapılması,
- Borcun teşebbüste devamlı olarak kullanılması,
- Kurumun borç/özsermaye arasındaki nispetin emsali kurumlardakine göre bariz farklılık göstermesi (Bayram ve Ünal, 2006: 55).

5422 sayılı KVK'nın 15. maddesinde ise, örtülü sermaye üzerinden hesaplanan veya ödenen faizlerin kurum kazancının tespitinde dikkate alınamayacağı öngörülmüştür. 5422 sayılı kanunun bu hükümleri bize kanun koyucunun yeni bir sermaye tanımlaması değil, sonuçları itibariyle yapılan borçlanmaların özelliklerini belirttiğinin bir göstergesidir. Ancak kanun hükmü bazı belirsizliklerinden ötürü oldukça eleştirilmiştir. Bu belirsizlikler şu şekilde özetlenebilir. Vasıtalı-vasıtasız şirket ilişkisi veya sıkı bir iktisadi münasebet olarak yer alan ilişkili kişi tanımı ve

kapsamı, borçların teşebbüste devamlı kullanılmasının ne anlama geldiği ve borç/özsermaye oranında emsal kıyaslamasının nasıl yapılacağı yolunda yaşanan belirsizlikler mevcuttur (Kaplan, 2006: 45).

2. 5422 Sayılı KVK'ya Göre Örtülü Sermayenin Unsurları

5422 sayılı KVK'ya göre örtülü sermayenin objektif ve sübjektif olmak üzere iki tür unsuru vardır. Bunlardan objektif unsur üç başlık altında toplanabilir. Bunlar: şirket ile borç veren gerçek ve tüzel kişiler arasında bir bağ bulunması, şirket tarafından yapılan borçlanmaların teşebbüste devamlı olarak kullanılması ve borçlanma miktarının özsermayeye oranının emsali kurumlara göre bariz farklılık göstermesidir.

a) Objektif Unsur

aa) Kurumun Belli İlişkiler İçinde Bulunduğu Gerçek Ve Tüzel Kişilerden Borçlanmış Olması

5422 sayılı KVK'ya göre örtülü sermayenin ilk şartı, kurumun aralarında vasıtalı- vasitasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden borçlanma yapmış olmasıdır. Burada bahsi geçen vasıtalı-vasitasız şirket ilişkisi, devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet kavramları şu anlamlara gelmektedir.

aaa) Vasitasız Şirket İlişkisi

Vasitasız şirket münasebeti aslında ortaklık ilişkisi olarak tanımlanabilir. Yani kuruma borç veren kimse kurumun ortağı ise veya kurum borç verenin ortağı ise borcun özsermaye sayılması için gerekli şartlardan ilki sağlanmış olmaktadır. Vasitasız şirket ilişkisinde hisse oranının önemi yoktur (Akdağ ve Yiğitbaşı, 2002: 35–36).

aab) Vasıtalı Şirket İlişkisi

Vasıtalı şirket kavramı, vasitasız şirket kavramına göre çok daha geniş bir kavramdır. Bu çerçeveye ilk aşamada kurumun ortaklarının aile fertleri ve beşeri ilişkiler içindeki yakınları girer. Bunun yanında kurum ortaklarının iştiraki bulunun tüzel kişiler veya kuruma ortak bulunan tüzel kişilerin sermayesi, denetimi bakımından vasıtalı-vasitasız, bağlı olduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişilerde vasıtalı şirket münasebeti kapsamındadır (Kızılot, 2002a: 476). Bir başka ifade ile, kurumların aralarında dolaylı şirket ilişkisi bulunan gerçek ve tüzel kişilerden

borçlanması bir yönü ile yakınlarından kredi aldığını gösterir. Çünkü dolaylı şirket ilişkisi, şirketin ortakları ile kredi veren kişiler arasındaki ortaklığın bir göstergesidir (Öncel, 1978: 175).

aac) Devamlı ve Sıkı Bir İktisadi Münasebet

Burada devamlı kelimesiyle borç veren ile kurum arasındaki uzun süreli bir iktisadi ilişki veya tekrarlanan ilişkiler kastedilmekte, sıkı kelimesi ile de bu ilişkilerin tekerrürlüğündeki sıklık belirtilmektedir (Akdağ ve Yiğitbaşı, 2002: 175).

Işık (2005: 256)'nın Maç (1999: 663)'dan aktardığına göre, burada bahsi geçen devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet ile aslında tarif edilmek istenen, borç verenin gizli ortak olması durumudur. Gizli ortaklık hali kurum üzerinde hakimiyet kurulduğunu gösterebilecek nitelikteki devamlı ve büyük miktardaki alış verişlerle ortaya koyulabilecek durumlardır. Danıştay 3. Daire'nin 07.05.1998 tarih ve E.1997/293, K.1998/1650 konuya bakışını gösteren bir kararında, *“Firmanın, davacı şirketin %77,2 hissesine sahip olması ve bu şirketin imal ettiği röntgen cihazının maliyetinin %50-60'ını oluşturan X ışını jeneratörünü satması karşılığında her iki şirket arasında vasıtasız bir şirket münasebeti ve sıkı bir iktisadi ilişki olduğu sonucuna varılmıştır.”* İfadeleri kullanılmıştır (Duman, 1999: 23).

ab) Alınan Borcun Kurumda Devamlı Olarak Kullanılması

5422 sayılı KVK'da bir borcun örtülü sermaye kapsamında değerlendirilebilmesi için gerekli olan bir diğer şart, borcun kurumda devamlı olarak kullanılmasıdır. Borçlanmalarda vadeler kısa, orta ve uzun vadeli borçlanmalar olmak üzere üç çeşittir. Kısa vadeli borçlar 1 ile 9 aylık süreyi, orta vadeli borçlar 9 ay ile 2 yıllık süreyi ve uzun vadeli borçlar ise 2 yıldan daha uzun süreleri kapsar (Duman, 1996: 131).

Konuyla ilgili olan ilk görüşe göre, borçlanmalarda devamlılık unsurunun varsayılması için borcun kurum bünyesinde iki ve daha fazla yıl kullanılmış olması gerekmektedir (Akdağ ve Yiğitbaşı, 2002: 37). Elbette ki bu görüşün doğal bir sonucu olarak ilk yılki faiz ödemesi örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmeyecektir.

Konuyla ilgili bir diğer görüş ise Danıştay 13. Daire'nin 12.10.1976 tarih ve E.1975/1851, K.1976/39 kararında gündeme getirilmektedir. Buna göre;

“KVK’nın 16. maddesinde yer alan devamlılık koşulunun bir süre ile sınırlandırılması halinde maddenin uygulanması olanağının kalmayacağı, yasa koyucunun devamlılık ifade ile kısa vadeli borçlar dışındaki borç sürelerini amaçladığını ve hesap dönemini kapsayan borçlarda devamlılık bulunduğu kabulü zorunludur. Aksi halde kurumların bir vergi dönemine ilişkin matrahlarının azaltılmasına göz yumulduğu sonucu doğar ki bu görüşü haklı gösterecek bir neden yoktur.” (Arpacı, 2006)⁹.

Kurumlar olağan şartlarda kısa vadeli borçlanmalara özellikle nakit sıkıntılarını nedeniyle başvurmaktadırlar. Dolayısıyla kurumlar bu tür sıkıntılarını aşmak için kısa vadeli borçlanmaya başvurabilirler. Ancak kısa vadeli borçlanmayı zorunlu kılan sebepler ortadan kalktıktan sonra veya normal olarak vadesinde ödenmesi gereken borcun vadesinin sürekli olarak uzatılması ve bunun karşılığında ilave faiz oranı belirlenmesi son derece anlamlıdır. Dolayısıyla borcun devamlı olarak kullanılması koşulu borçlanmanın vadesi ile ilgili bir konu olmakla beraber bu koşulu sadece vade süresi ile ilişkilendirmek doğru değildir.

ac) Borçlanmanın Özsermayeye Oranı ve Emsal Kurumlarla Kıyaslamada Bariz Farklılık

5422 sayılı KVK’ya göre örtülü sermayenin oluşabilmesi için gerekli son koşul, borç/özsermaye şartıdır. Burada kanun koyucunun istediği ilk önce borçlanmanın özsermayeye oranının bulunması, daha sonra bu oranın emsal kurumlarda aynı şekilde bulunan diğer oranlarla kıyaslanmasıdır. Burada borçlanmanın miktarının oranlaması işlemi kurumun nominal sermayenin üzerinden değil özsermayesi üzerinden yapılacaktır (Kızılot, 2002a: 490). Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, kuruma kanunlar çerçevesinde konması gereken sermayenin koyulup koyulmadığının irdelenmesi değil, kurumun kullandığı bir borcun sermaye niteliğinde olup olmamasıdır. Bu durumun neticesinde ise emsalin ilk aşamada kurumun kendi bünyesinde değerlendirilmesinde fayda vardır. Aksi halde kötü örnek örnek teşkil etmiş olabilecektir. Zira Danıştay’ın konuyla ilgili görüşleri şu şekildedir. Danıştay 13. Daire’nin 12.01.1976 tarih ve E.1975/1891, K.1976/38 sayılı kararında;

“Olayın davacının ileri sürdüğü şekilde algılanması halinde herhangi bir kurum adına bu nedenle salınmış ve yargı denetiminden geçerek kesinleşmiş bir vergi olmadıkça bir kıyaslama yapılamayacağı için bir vergi salınmayacağından yasanın bu kuramının ölü doğduğunun kabul

⁹ http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2006037999.htm(20.03.2006).

edilmesi gerekeceği, halbuki yasaların ve onları oluşturan kurumların uygulanmak üzere yapıldıkları durum böyle olunca da emsal kurumlar hakkında bir vergi salınmamış olması nedeniyle bir diğer kurum içinde salınmaz görüşünün yanlışlığı ortada olduğu ve emsal müessese gösterilmediği yolundaki iddialarında kurumun özsermayesinin %122'sine varan istikrazda bulunmuş olması gerçeği karşısında geçerli sayılamayacağı sonucuna varılmıştır.” (Akdağ ve Yiğitbaşı, 2002, 38).

Keza Danıştay 4. Daire'nin 23.03.1990 tarih ve E1989/13939, K.1990/1057 sayılı kararında özet olarak; *“Örtülü sermaye dağıtımında öngörülen koşullardan biri olan emsal kurumlarla mukayese şartı mutlak olmayıp, emsal kurum dışında ve ancak günün ekonomik ve ticari icaplarına göre bir değerlendirme yapılmasıyla beklenen amaca ulaşılabilir.”* denilmiştir (Yalçın, 1991: 46)

Diğer taraftan önemli bir husus borç ve özsermaye karşılaştırmasının borcun alındığı gün mü yoksa hesap dönemi sonu itibariyle mi yapılacağıdır. Yerli para cinsinden yapılan borçlanmalarda borç ve özsermaye oranının normal olarak hesap dönemi sonundaki değerine itibar edilir. Ancak döviz cinsinden yapılan borçlanmalarda borç ve özsermaye karşılaştırması borcun alındığı gün normal icaplara uygun olarak çıkabilirken dönem sonunda yapılan karşılaştırmada dövizin yerli para karşısında değer kazanması nedeniyle örtülü sermaye açısından emare teşkil edebilecektir. Bu nedenle döviz ile yapılan borçlanmalarda borç ve özsermaye karşılaştırması borcun alındığı gün itibariyle yapılmalıdır (Gençyürek, 2000a: 46).

aca) Bariz Farklılık

Emsal kurumla yapılacak kıyaslanmanın önemlilik arz ettiği nokta; ticari hayatın normal icaplarına uyulup uyulmadığını tespit etmek açısındandır. Dolayısıyla emsali kurum tespitinin son derece zor olmasının yanında her zaman doğru neticelere ulaşmakta mümkün olmamaktadır. Zira burada önemli olan husus örtülü sermaye sayılabilecek borçlanmalarla kurum özsermayesi arasındaki oranı analiz etmek, kurumun aktif yapısını, diğer yabancı kaynaklardan sağladığı finansman tutarını ve vade dağılımını takibe almaktır (Arpacı, 2006). Bu durum özellikle emsalin kurumun içinde aranmasının önemini ortaya çıkarmaktadır.

Bariz farklılık şartı ise, borçlanmanın özsermayeye oranının emsali kurumlara nazaran önemli farklılıklar göstermemesi halinde örtülü sermaye uygulamasına gidilmesini engellemektedir. Başka bir ifade ile borçlanma, özsermayeye oranla bariz

bir oransızlık içinde olduğunda sadece sınırı aşan kısım değil tümüyle örtülü sermaye olarak kabul görecektir (Özbalcı, 2004: 372).

acb) Emsali Kurumlarla Kıyaslamada Aynı Durumdaki Borçlar Nazara Alınır

Örtülü sermaye yönünden emsali kurumla yapılacak kıyaslamada her iki kurumun örtülü sermaye kapsamına girecek borçlarının dikkate alınması gerekir. Bunun dışındaki borçlar kıyaslamadan dışında bırakılmalıdır. Örneğin özsermayesi 60.000 lira olan bir kurumda ortaklardan alınan 8.000 lira borç devamlı olarak kullanılmakta ise, emsali kurumun üçüncü şahıslardan aynı oranda veya daha uzun vadeli kredi alması ortaklardan yapılan borçlanmanın örtülü sermaye sayılması açısından net bir anlam ifade etmez.

Öte yandan örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizler konusunda bir diğer önemli nokta, kurumun birden çok kişi veya kurumdan borç alması halinde her bir borcun münferiden mi yoksa toplu bir şekilde mi dikkate alınacağı hususudur. Bu tartışmada kimi yazarlar borçların tümü itibariyle dikkate alınmasını öne sürmektedirler. Aksi halde birden fazla ortağın münferiden küçük olmakla birlikte topluca dikkate alındığında yüksek miktarlara ulaşan borçlanmaların örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmemesi gündeme gelecektir (Dayanç, 2001: 109). Aksi görüşte olan yazarlar ise, bir ortağın örtülü sermaye niteliği almış olan borcunun benzer nitelikte olmayan bir başka ortağın borcu ile aynı kefeye koyulması anlamına geleceği için diğer görüşü reddetmektedir (Özbalcı, 2004: 376).

acc) İşletme Dışı Emsal

Yukarıda da değinildiği üzere örtülü sermaye uygulamasında esas olan işletme içi emsaldir. İşletme içi emsalin belirlenemediği durumda işletme dışı emsal gündeme gelir. Aynı konuda faaliyet gösteren ve yapıları (Sevk, sermaye vb.) itibariyle birbirlerine benzerlik gösteren firmaların aynı nitelikteki işlemleri ve bunlara uygulanan bedeller birbirleri açısından emsal teşkil etmektedir.

acd) Emsal Kurum

5422 sayılı KVK'da emsal kurumun bulunması ve karşılaştırmanın yapılması yöntemi ile ilgili olarak bir belirleme söz konusu olmadığı için bu şartın gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespit edilmesinde zorluklar yaşanmıştır. Bu nedenle emsal kurum kavramı genel olarak örtülü sermaye yönünden incelenen kurumla aynı sektörde ve aynı

özsermaye ile faaliyette bulunan kurumları işaret etmektedir. Ancak emsal kurumun tespiti kolay olmadığından örtülü sermaye kıyaslamasında öncelikle bakılması gereken işletme içi emsallerdir (GKD, 2005: 258). Danıştay'ın emsal kurum kıyaslaması ile ilgili görüşü şu şekildedir. Danıştay 7. Daire'nin 13.12.2001 tarih ve E.2000/6259, K2001/4014 sayılı kararında; *“Emsal kurumdaki borç/özsermaye oranı ölçü alınmaksızın şirketin borçlanma ve özsermaye oranının bariz şekilde yüksek bulunması sebebiyle istikrazın örtülü sermaye sayılması mümkün değildir.”* denilmiştir (Kızılot, 2002a: 927).

Danıştay burada emsalin göz önüne alınmadan ya da bir başka kurumun borç/özsermaye oranının dikkate alınmadan yapılan tespitin örtülü sermayenin tespiti için yeterli olmadığı görüşündedir. Buna karşılık aşağıdaki Danıştay Kararı özetinde ise, diğer şartlar açık iken emsal kurum ile özsermaye kıyaslaması yapılmasının gerekli olmadığı yönünde görüş belirtilmiştir. Buradan şu sonuca varılabilir ki emsali kurumla kıyaslama aslında bir sıhhat koşulu olarak değil de normal ticari gereklerin dışına çıkıldığına bir göstergesi olarak nitelendirilmiştir. Danıştay 3. Daire'nin 15.12.1989 tarih ve E.1989/4328, K.1989/2828 sayılı kararının özetinde; *“... borçlanmanın 1983 yılından beri şirkette devamlı olarak kullanılmasının devamlılığın göstergesi, kurumun özsermayesinin yıllar itibarıyla 1983'de %201, 1984'de %164, 1958'de %308 ve 1986'da %304 oranında borçlanması karşısında örtülü sermayenin tespitinde emsal kuruluşlardaki istikrazlarla özsermaye arasındaki oranın karşılaştırılmasına gerek görülmediği...”* ifadelerine yer verilmiştir (Kızılot, 2002a: 929).

b) Subjektif Unsur

Örtülü sermayenin subjektif unsuru, vergi kaçırma niyetidir (Kızılot, 2002a: 631). Bir başka ifade ile kurumun öz malı olan sermayenin kredi görünümü verilerek yabancı sermaye gibi gösterilmesi ve bu suretle vergi kaçırıldığına gizlenilmesi amaçlandığından vergi kaçırma niyetinin örtülü sermaye kavramına sıkı sıkı bağlı olması gerekir (Öncel, 1978: 179). Ancak burada belirtmekte fayda vardır ki vergi kaçırma ifadesi ile kaçakçılık cezası kavramı birbirleri ile aynı şey değildir. Şöyle ki, vergi kaçırma niyeti ile kastolunan vergi zıyana yönelik bir eylemin varlığıdır. Zira örtülü sermayeden söz edebilmek için objektif unsurun varlığı ile birlikte subjektif unsurunda varlığın şarttır.

C) 5520 SAYILI KVK'DA ÖRTÜLÜ SERMAYEYE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME

5422 sayılı KVK'nın yürürlüğe girmesinden bu yana her yönü ile tartışma konusu olan örtülü sermaye uygulaması 5520 sayılı KVK ile daha açık, anlaşılır ve çağdaş bir görünüme kavuşmuştur. 5520 sayılı KVK'da örtülü sermayeye ilişkin yasal düzenleme şu şekildedir:

MADDE 12- (01.01.2006 tarihinden itibaren uygulanmak üzere)

“(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. 5520 Sayılı KVK'ya Göre Örtülü Sermaye İle İlgili Açıklamalar

5520 sayılı yeni KVK'da örtülü sermaye ile ilgili açıklamalar yapılırken uluslararası uygulamalar mümkün olduğunca dikkate alınmıştır. Bu kapsamda ortaklar ve ortakların ilişkili olduğu kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak alınan borcun ilgili mali yıl içinde herhangi bir tarihte özsermayenin 3 katını aşan kısmı örtülü sermaye sayılmaktadır. Dolayısıyla yeni örtülü sermaye uygulamasında ilişkili şirketlerden alınan borcun özsermayeye oranı 3 olarak belirlenmiştir. Sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi kurumları hariç ilişkili banka veya benzeri kuruluşlardan alınan borçların yarısı, bir başka deyişle, sadece bu kuruluşlardan alınan borçlar özsermayenin altı katına kadar örtülü sermaye oluşturmayacaktır (Baş, 2006)¹⁰.

Bu oranın, 2005 yılında Pricewaterhousecoopers tarafından dünya çapında 55 ülkede yapılan anket sonuçlarını dikkate alarak diyebiliriz ki; incelenen ülkelerde ilişkili kişilerden alınan borcun özsermayeye oranı %2,97 olarak hesaplanmışken 5520 sayılı yeni KVK'da bu oran 3 olarak belirlenmiştir. Bu oran, ilgili anketin sonuçlarına dayanarak çıkan oranla son derece uyumlu olup uluslararası düzenlemelerin dikkate alındığının bir kanıtıdır (Baş, 2006).

Aşağıda tabloda ilgili anketin Türkiye ile özellikle yabancı sermaye çekme konusunda benzerlik gösteren ülkeler açısından sonuçları yer almaktadır. Tabloya göre Bulgaristan ve Çek Cumhuriyeti hariç borcun örtülü sermaye sayılan kısmı konusunda 5520 sayılı KVK'daki düzenlemeler diğer ülke uygulamaları ile uyumludur. Sadece Çek Cumhuriyeti borç/özsermaye oranı bakımından Türkiye'den biraz farklıdır. Bulgaristan'ın ise sahip olduğu 2/1 oranı ile daha kısıtlı borçlanmalara izin verdiği görülmektedir.

¹⁰ [http://www.vergiportali.com/doc/15mart/15martKB.pdf\(15.03.2006\)](http://www.vergiportali.com/doc/15mart/15martKB.pdf(15.03.2006)).

Tablo 4: Örtülü Sermaye Uygulamaları – Gelişmekte Olan Ülke Örnekleri

Ülkeler	Borç/özsermaye oranı	Özsermaye Tanımı	Borcun örtülü sermaye sayılan kısmı
Bulgaristan (1)	2/1	Sermaye+yedekler+dönem kar/zararı+geçmiş yıl kar/zaraları	-
Çek Cumhuriyeti	4/1 (2)	Sermaye+yedekler+dönem kar/zararı	Aşan kısmı
Macaristan	3/1	Sermaye+yedekler+dönem kar/zararı	Aşan kısmı
Polonya	3/1	Ödenmemiş sermaye+yedekler+dönem kar/zararı	Aşan kısmı
Romanya	3/1	Sermaye+yedekler+dönem kar/zararı	Aşan kısmı

Kaynak: Baş, 2006

- (1) Bulgaristan uygulamasında indirim konusu yapılmayan faiz giderleri belli şartlar dahilinde 3 sene içinde indirim konusu yapılabilir.
- (2) Banka ve sigorta şirketleri için bu oran 6/1'dir.

Maddede sıkça kullanılan ilişkili kişiler tabiri de düzenlenmekte ve ilişkili kişiler ortaklık veya sermaye, oy veya kar payı hakları açısından %10 veya daha fazla payı olanlar olarak tanımlanmaktadır. Ancak kurumların İMKB'de işlem gören hisselerinin edinilmesi durumunda söz konusu hisse senetleri nedeniyle ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılanlardan temin edilen borçlanmalarda en az %10 ortaklık payının da aranılacağı belirtilmiştir (Bağdanlı, 2006)¹¹.

5520 sayılı KVK'daki bir diğer yenilik ise, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkları hariç faiz vb. giderlerin niteliği ile ilgilidir. Örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkları hariç faiz vb. giderlerin, gelir ve kurumlar vergisi uygulamasında borçlu kurum açısından dağıtılan, alacaklı olan ilişkili kişi açısından elde edilen ve dar mükellefiyette ana merkeze aktarılan kar payı olarak yeniden belirtilmiştir (Baş, 2006).

Örtülü sermaye ile ilgili olarak 5520 sayılı KVK'da yer alan diğer değişiklikler ise şöyledir. Örtülü sermaye dağıttığı tespit edilen kurumda hem kapsama giren faiz giderleri için hem de kar dağıtımını stopajı için cezalı tarhiyat yapılacaktır. Borç veren

¹¹ [http://www.turmob.org.tr/turmob/basin\(02.03.2006\)\(1\).htm](http://www.turmob.org.tr/turmob/basin(02.03.2006)(1).htm)

ilişkili şirkete düzeltme yapılabilmesi için örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması gerekmektedir. Borcun devamlı ve uzun süreli kullanım şartı kaldırılmıştır. Yalnızca özsermayenin 3 katını aşan kısım örtülü sermaye sayılacaktır. Dar mükellef kurumların Türkiye'deki şubeleri içinde örtülü sermaye hükümleri uygulanacak, uygulamada ilişkili kişinin tespiti açısından sermaye ve oy hakkı şartı aranmayacaktır (Baş, 2006).

2. Objektif Ve Subjektif Unsurların 5520 Sayılı KVK Açısından Değerlendirilmesi

5520 sayılı KVK'nın yürürlüğe girdiği 21.06.2006 tarihine kadar yürürlükte olan 5422 sayılı KVK, özellikle örtülü sermaye konusunda içerdiği belirsizlikler ve buna bağlı olarak yarattığı tartışmalardan ötürü sürekli gündemde olmuştur. Ancak müessese 5520 sayılı KVK'nın 12. maddesi ile yeniden düzenlenip uluslararası uygulamalarda dikkate alınarak yeterlilik sağlanmaya çalışılmıştır.

Daha önce belirtilen objektif unsurların 5520 sayılı KVK açısından değerlendirilmesi şu şekilde yapılabilir. İlk aşamada borçların özsermayeye oranının emsal kurumlara oranla bariz farklılık göstermesi olarak tanımlanan ve son derece subjektif ve uygulama güçlüğü çeken bir kriter 5520 sayılı KVK'nın 12. maddesinde belirtildiği üzere "*ortaklar ve ortakların ilişkili olduğu kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak alınan borçların ilgili mali yıl içinde herhangi bir tarihte kurumun özsermayesinin 3 katını aşan kısmı örtülü sermaye sayılmaktadır.*" ifadesi ile net bir anlam kazanmıştır (Bağdanlı, 2006). Ayrıca 5520 sayılı KVK'da banka veya benzeri kuruluşlardan alınan borçların özsermayenin 6 katına kadar örtülü sermaye oluşturmayacağı da hüküm altına alınmıştır.

5422 sayılı KVK'nın sakıncalarını gidermek adına daha objektif kıstaslar getiren 5520 sayılı KVK özellikle borcun özsermayeye oranını belli bir nispete bağlayan, emsal kurum ve bariz farklılık gibi son derece subjektif kriterlerin yarattığı sorunları da gidermeye çalışan bir yapıdadır. Zira bu konuyla ilgili olarak 5520 sayılı KVK'nın 12. maddesi için yer alan gerekçenin bir kısmı şu şekildedir; "*... buna göre örtülü sermaye uygulamasında borç/özsermaye oranı, ortaklarla ilişkili kişi ve özsermaye uygulamalarına açıklık getirilerek objektif kıstaslar konulmakta ve örtülü sermaye kapsamına girmeyecek borçlanmalar sayılmaktadır*" (Onay, 2006: 117).

Yine 5520 sayılı KVK'da belirtilen ilişkili kişi ifadesi son derece açık bir şekilde ifade edilmiştir. Örtülü sermaye uygulamasında ortaklarla ilişkili kişi, ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında ortağı olduğu veya en az %10 oranında oy veya kar payı sahibi olduğu bir kurum ya da doğrudan veya dolaylı olarak ortağın ya da ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin oy veya kar payı hakkına sahip hisselerinin en az %10'unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya kurumu ifade etmektedir (Kaplan, 2006: 48). Maddede sözü geçen gerçek kişi ifadesi ile GVK uygulamasındaki gerçek kişi kastedilip vergiye tabi tutulan şahıslar ile şahıs şirketleri ya da adi ortaklıklar, kurum ifadesi ile de sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflar ile bunlara ait iktisadi işletmeler kastedilmektedir.

5520 sayılı KVK'daki bir diğer yenilik, hangi borçlanmaların örtülü sermaye sayılmayacağı konusunda yapılan açıklamalardır. Bunlar;

“Kurumların ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin sağladığı gayrinakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar ve kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin banka ya da finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandırdığı borçlardır. Ayrıca 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmalar ile 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri hakkındaki Kanun Hükmünde Kararname kapsamında faaliyet gösteren finansman ve faktöring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bu faaliyetleri ile ilgili olarak ortak veya ortaklarla ilişkili sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmalar örtülü sermaye sayılmaz.” (KVK, md. 12/6).

5520 sayılı KVK açısından subjektif şartlara yenilik getiren bir diğer uygulama, örtülü sermayeye bağlı olarak ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzerlerinin durumları ile ilgilidir. 5422 sayılı KVK'da tartışma yaratan bu konu 5520 sayılı KVK'daki “ Örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler kar payı hükmündedir.” ifadesi ile netleşmiştir (KVK, md. 12/7). Diğer bir ifade ile kur farkı hariç faiz veya başka adlarla (enflasyon payı, altın payı) yapılan indirimler KVK'nın ilgili maddesi gereği maliyet unsuru olarak hesaplanamayacaktır.

5520 sayılı KVK'nın subjektif unsurla yapılabilecek bir diğer değerlendirmesi, devamlılık unsuru ve borçların topluca mı yoksa münferiden mi dikkate alınacağı konusundadır. Zira 5520 sayılı KVK'da belirtildiği üzere borcun örtülü sermaye sayılabilmesi için işletmede devamlı olarak kullanılması şartı aranmayacak ve ortak veya ortakla ilişkili kişilerden alınan borçların herhangi bir tarihte kurum özsermayesinin 3 katından fazla olması durumunda sadece aşan kısım için örtülü sermaye söz konusu olacaktır (Kaplan, 2006: 49). Diğer bir ifade ile 5520 sayılı KVK açısından bir borcun örtülü sermaye sayılabilmesi için; borcun kurumların ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin edilerek işletmede kullanılmalı ve borcun hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun özsermayesinin 3 katını aşması gerekmektedir (Onay, 2006: 116).

5520 sayılı KVK'nın objektif unsur itibariyle değerlendirilmesinde ise şüphesiz bir amaç farklılığından bahsedilemez. Çünkü tıpkı diğer kanunlarda olduğu gibi vergi kanunları da çıkartılırken gözetilen ilk unsur her zaman kamu yararadır. Yani 5520 sayılı KVK açısından objektif unsur vergi kaçırma niyetinin varlığı ve bu niyetin önlenmesidir.

D) ÖRTÜLÜ SERMAYENİN 5520 SAYILI KVK İLE 3065 SAYILI KDVK AÇISINDAN VERGİSEL SONUÇLARI

Örtülü sermayenin KVK açısından ve Katma Değer Vergisi Kanunu (KDVK) açısından olmak üzere iki tür sonucu vardır. Örtülü sermayenin ortaya çıkardığı bu sonuçlara aşağıda kısaca değinilmiştir.

1. 5520 Sayılı KVK Açısından Örtülü Sermayenin Sonuçları

Örtülü sermayenin vergisel sonuçlarından ilki KVK'nın 11/b maddesi uyarınca, örtülü sermaye üzerinde ödenen veya hesaplanan faiz ve kur farkı giderlerinin kurum kazancından indirilmesinin yasaklanmış olmasıdır. Ancak daha önce belirtildiği üzere, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkı veya faiz giderlerinin tek başına bir vergileme nedeni olmadığı göz önünde bulundurulmalı ve bu tür giderlerin kurum kazancından indiriminin yapılmadığı sürece her hangi bir işlem yapılmamalıdır (Işık, 2005: 270).

Örtülü sermayenin, örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkı ve faiz vb. gelirleri elde eden açısından sonucu ise, örtülü sermaye – örtülü kazanç sarmalı olarak ifade edilen ve özellikli bir durumu teşkil eden olay açısından değerlendirilecek ve örtülü kazanç yaklaşımı ile neticelenecektir. Ancak yine de örtülü sermaye üzerinden faiz ya da kur farkı gelirini elde eden açısından durum çok net değildir. Zira örtülü sermaye üzerinden gelir elde eden ve kanunda sayılan kişilerin elde ettikleri faiz geliri farklı şekilde yorumlanmaktadır. Örneğin örtülü sermaye niteliğindeki alacağı nedeniyle faiz gelir elde etmiş kurumların bu faizleri her hangi bir faiz geliri gibi değerlendirmeleri gerekir. Faizi elde eden gerçek kişi ve yatırdığı sermaye ticari işletmesine dahil değil ise elde ettiği kazanç menkul sermaye iradı olarak kabul edilecektir (Kızılot, 2000: 1638–1640). Ancak tekrar hatırlatmakta fayda var ki bu kıyaslama yapılırken 5520 sayılı KVK'nın kur farkları ile ilgili 11 ve 12. maddelerindeki çelişki dikkate alınmalıdır.

Bir diğer görüşe göre ise, örtülü sermaye kapsamında yapılan faiz ve kur farkı ödemeleri, TTK'nın kar payı ile ilgili düzenlemeleri ışığında yapılan bir dağıtım olmadığı, hukuken elde edilmiş bir kar payından söz edilemeyeceği, hem örtülü kazanç hem de örtülü sermaye yaptırımlarının gider kaydedilmeden ibaret olduğu gerekçe gösterilerek kar payı dağıtımından bahsedilemeyeceği belirtilmektedir (Kızılot, 2001: 36–37)

Konuyla ilgili olarak son görüş ise 5520 sayılı KVK doğrultusunda olan görüştür. Yani örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkları hariç faiz vb. giderler kar payı hükmündedir. Bu görüşü destekleyenlere göre, örtülü sermaye üzerinden faiz ödemek suretiyle yapılan dolaylı kar aktarımının kar üzerinden ayrılmış bir temettü olduğu, dolayısıyla ilgili kişilerin uhdesine geçtiği ya da bunlar tarafından talep edilebilir hale geldiğinde GVK'nın 94/6 maddesi gereğince tevkifata tabi tutulması savunulmaktadır.

Sonuç olarak söylenebilir ki örtülü sermayenin KVK açısından en önemli sonucu, yapılan kur farkı ve faiz ödemelerinin kurumlar vergisi matrahı tespitinde dikkate alınmamasıdır. Konunun daha somut bir hale getirilmesi açısından aşağıdaki örnek olay faydalı olacaktır.

Tablo 5. Örtülü Sermaye İle İlgili Örnek Olay

İşletme Özsermayesi=100	Eski Kanun (5422)		Yeni Kanun (5520)	
	Borç Tutarı	Ortaklara İsbet Eden Borç	Borç Tutarı	Ortaklara İsbet Eden Borç
A	100	Hepsi	100	$(100/500) \times 200 = 40$
B	200	Hepsi	200	$(200/500) \times 200 = 80$
C (Banka)	400	Hepsi	400	$(200/500) \times 200 = 80$
İşletmenin Maksimum Borç Limiti	Oran Belirtilmemiş		Özsermayenin 3 katı $(100 \times 3 = 300)$	

Kaynak: Deloitte, 2006: 29-30

Tablo 5'te de görüldüğü gibi işletme özsermayesinin 100 birim olduğu düşünüldüğünde 5520 sayılı kanun uyarınca toplam borcun 300 birimi aşan kısmı örtülü sermaye sayılacaktır. Oysaki 5422 sayılı kanun döneminde borcun tamamı örtülü sermaye muamelesi görmekteydi. Ayrıca ortak (C)'nin banka olması dolayısıyla verdiği borç tutarının %50'si $(400/2=200)$ dikkate alınmıştır. Bu durumda ortaklara düşen örtülü sermaye tutarı hesaplanırken kullanılması gereken formül şu şekilde oluşacaktır.

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

2. 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu Açısından Örtülü Sermayenin Sonuçları

Ayrı tüzel kişiliğe sahip ancak birbirleri ile bağlantılı şirketlerin faiz karşılığında birbirleriyle kredi alıp verme işlemleri mutad şekilde yapıldığı takdirde işlem banka ve sigorta vergisine, mutad bir şekilde yapılmadığı takdirde ise Katma Değer Vergisi'ne (KDV) tabi olacağı yönünde idarenin görüşü bulunmaktadır (Turan, 1999: 101). Öte yandan Danıştay, kurumlar vergisinin düz oranlı bir vergi olması sebebiyle vergi zıyanına sebep olunmaması ve KDV'deki indirim sistemi ile nihai verginin değişmeyeceği nedenlerinden dolayı KDV açısından örtülü sermaye ile ilgili tarhiyatları genellikle reddetmektedir (Turan, 1999: 102).

E) ÖRTÜLÜ SERMAYE KONUSUNDA ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR

Örtülü sermaye müessesesi ile ilgili olarak aşağıda yer verilen özellikli durumlar, müessese ile ilgili en çok tartışma yaratan konular olması yönünden önem taşımaktadır.

1. Örtülü Sermaye Faizinin Elde Eden Açısından Durumu

İşletmeye örtülü yoldan sermaye koyan kişinin veya kurumun amacı, kurum bünyesindeki kazancı kurumlar vergisi matrahının dışına çıkarmaktır. Bu süreç ise genel olarak iki şekilde işler. İlk olarak, gerçek kişi ortakların elde ettiği faiz geliri, ödeyen kurumun kurumlar vergisi matrahından düşülür. İkincisinde ise, kurumlar vergisi mükellefi olup cari yıl veya geçmiş yıl zararları yüksek olan şirketlerin elde ettiği faiz gelirinün örtülü sermaye kullanan şirketin kurumlar vergisi matrahından düşülmesidir. Birinci halde kişinin elde ettiği faiz geliri GVK açısından gelir vergisine tabidir. İkinci durumda ise kurumlar arası vergi planlaması gerçekleşmekte ve zararlı şirketin karlı şirkete koyduğu sermaye üzerinden elde ettiği faiz geliri zararlı şirketin zararını azaltmakta, böylece ilgili hesap döneminde kurumlar vergisi daha az ödenmektedir (Onay, 2006: 119).

Oysaki örtülü sermaye müessesesinin amacı daha önce de belirtildiği üzere, kurumlar vergisi matrahının kanunun kabul etmediği yöntemlerle azaltılmasının önüne geçmektir. Bu nedenle birinci ve ikinci yol izlenerek yapılan işlemlerin sonucunda elde edilen gelir temettü olarak kabul edilecek ve vergiye tabi olacaktır.

2. Örtülü Sermaye Faizini Ödeyen Açısından Durum

Örtülü sermaye faizini ödeyen açısından durum 5520 sayılı KVK'nın 11. maddesi uyarınca özsermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz giderlerinin kanunen kabul edilmeyen gider olarak zikredilmesi ile sonuca bağlanmıştır. Başka bir ifade ile kurumun örtülü sermaye üzerinden ödediği veya hesapladığı kur farkı ve faiz giderleri kar payı dağıtımı gibi işlem görecektir. Ancak burada unutulmamalıdır ki örtülü sermaye üzerinden yapılan faiz vb. ödemeler tek başına vergilemeye sebep olmamaktadır. Şayet 5520 sayılı KVK ile yasaklanmış olan örtülü sermaye ile ilgili kur

farkı hariç faiz vb giderlerin kurumlar vergisi matrahından indirilmesidir. Aksi halde vergi hukuku açısından bir sorun olmayacaktır.

3. Örtülü Sermaye Üzerinden Ödenen Veya Hesaplanan Kur Farkları Hariç Faiz Ve Benzeri Ödemeler Kar Payı Olarak Nitelendirilebilir Mi?

Yukarıdaki açıklamalarda değinildiği üzere örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkları hariç faiz vb. giderler, ödemeyi yapan kurum açısından kar payı dağıtımı niteliğindedir. Zira kanun koyucunun bu şekilde bir düzenlemeye gitmesi vergi denetim elemanlarının kurumlar vergisinin yanısıra bir de stopaj yönünden matrah farkı bulmaları ile neticelenmektedir. Peki, gerçekten örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz vb. giderleri kar dağıtımı niteliğinde midir? Konuya açıklık getirmesi açısından ilk önce TTK'nın kar dağıtımına ilişkin hükümlerine atıfta bulunulması gerekmektedir.

“Anonim şirketlerde bir hesap dönemi sonunda tespit edilen safi karın dağıtılıp dağıtılmayacağı konusunda şirketin tüm ortaklarının oluşturduğu genel kurul yetkilidir.”(TTK, md. 363). Ayrıca kar dağıtımı olayında genel kurul kar dağıtımına karar verdiğinde yasal ve ihtiyari yedek akçeler, ana sözleşme hükmünce ayrılması gerekli paralar safi kardan ayrılmadığı sürece kar payı dağıtılamaz (Kızılot, 2001: 34).

Limited şirketlerde ise kar dağıtımının biçimi ve zamanına ilişkin kararı ortaklar genel kurulu verir. *“Ortaklar genel kurulunun bu yetkisi başka bir organa devir edilemez.”* (TTK, md. 534). Kar payının tespitindeki A.Ş.'lerin tabi olduğu ilkeler limited şirketler için geçerlidir.

Konu örtülü sermaye açısından tartışıldığında ise şu sonuca varılacaktır. Uygulamada bazı vergi inceleme elemanlarınca şirket ortaklarına kullandırılan nakitlerin şirketçe ortaklara verilmeksizin herhangi bir finans kurumu ya da bankada değerlendirilmiş olması durumunda elde edilen faiz ve benzeri kazançların kurum kazancına ilave edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bu kazançların kurum kazancına ilave edilmemiş olması nedeniyle dağıtılabılır kazancın azalacağı ve bu durumda tevkifat matrahının azalacağı inceleme elemanlarınca ileri sürülmektedir. Bu düşünceden yola çıkan inceleme elemanları tarhiyat yapılmasını önermekte ise de elde edilmesi gerektiği iddia edilen karın hukuken elde edilmemiş olması ve kar dağıtımı için zorunlu olan yetkili kurumca herhangi bir kar dağıtımı kararının alınmamış olması

nedeniyle bu durumun şirketçe dağıtılan bir kar payı olarak düşünülmesi doğru olmayacaktır (Acar, 2000: 60). Çünkü daha önce belirtildiği üzere kar dağıtımı yapılabilmesi için öncelikle kurumun yetkili organlarınca karar alınması gereklidir. Ayrıca örtülü sermaye niteliğindeki kurumun ortaklarından veya üçüncü kişilerden alınan borçlar nedeniyle kurumun ödediği faizler gerçekten katlanılan bir giderdir (Kızılot, 2001: 36). Bununla birlikte kurumlarda ortakların ortaklık hissesi de kar payının belirlenmesinde önemli bir yere sahiptir. Birbirinden farklı hisselerine sahip olan ve örtülü sermaye üzerinden faiz ödenmesi sonucunu doğuran sözleşmeler neticesinde ortaklara vergilendirilmeksizin geçen kurum kazançlarını, bu ortakların kar payı olarak değerlendirmek mümkün olmamaktadır (Şahan, 2001: 133).

4. Borcun Mal Veya Hizmet Alımından Doğmuş Olması

Kurumların kanunda belirtilen gerçek ve tüzel kişilerden mal veya hizmet alımı şeklinde ticari münasebetlerde bulunması mümkündür. Ancak ortaklara ya da diğer ilgili kişilere olan borçların söz konusu kişilerle yapılan mal alım satımından kaynaklanıyor olması örtülü sermayenin varlığını etkilemez (Kaya, 1997: 88). Çünkü kurumlar ortakları veya diğer ilgili kişilerden yapmış oldukları mal ve hizmet alımları nedeniyle bu kişilere borçlu bulunması, cari hesaba mahsuben ara sıra ödeme yapmakla beraber yeniden mal ve hizmet alarak sürekli borçlu kalması durumunda da örtülü sermaye şartları oluşabilecektir (Akdağ ve Yiğitbaşı, 2002: 40).

Örneğin ortak, kuruma büyük tutarlı bir mal satışında bulunmuş ve karşılığında doğan alacağı için yıllarca vade farkı almış ise, alacağın mal satımından doğmuş olması örtülü sermaye iddialarını önlemeyecektir (Kızılot, 2002a: 509). Dolayısıyla söz konusu borcun mal alım satım nedeni ile oluşması; özellikle 5422 sayılı KVK döneminde örtülü sermaye olarak değerlendirilmiştir. Bu konuda 5520 sayılı yeni KVK daha farklı bir görüşü benimsemiştir. Zira 5520 sayılı KVK açısından ticari teammülere uygun olarak, ortak veya ortakların ilişkili olduğu kişilerle cari hesap ilişkisi içinde yürütülen mal ve hizmet alımlarından kaynaklanan borçlarda örtülü sermaye kapsamında değerlendirilmeyecektir (DRT, 2006)¹².

¹² [http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/tr%28tr%29_vergi_KVK_21606/\(02.07.2006\).](http://www.deloitte.com/dtt/cda/doc/content/tr%28tr%29_vergi_KVK_21606/(02.07.2006).)

5. Tahvil İhracı İle Borçlanma Ve Örtülü Sermaye

Anonim şirketlerin tahvil çıkartması ve bu tahvillerin şirket ile kanunda sayılan şartlar dahilinde ilişkide bulunulan gerçek ve tüzel kişiler tarafından satın alınmasının örtülü sermaye sayılıp sayılmayacağı konusu son derece tartışmalıdır.

Yiğitbaşı ve Akdağ (2002: 40)'ın Maç (1999: 672)'den aktardığı bir görüşe göre, tahvil çıkarılarak yapılan bir borçlanma örtülü sermaye iddiasına maruz kalmamalıdır. Çünkü tahvilli borçlanma devlet kontrolünde yapılan, belli sınırlara tabi olan ve alacaklının kurumun kontrolü dışında her an değişebileceği özel bir borçlanma türüdür. Zira 22 Seri nolu KVK Genel Tebliği ile de benimsenen görüş bu yönde olmuştur. Bu tebliğde;

“KVK'nın örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde indirilemeyeceğini öngören 5422 sayılı KVK'nın 15. madde hükmü yürürlükte olup bu tür sermayeye ilişkin olarak ödenecek faizlerin kar payı adı altında kurumlar vergisinden indirilmesi olanaklı değildir. Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasından izin almak kaydıyla çıkarılacak kar ortaklığı belgeleri ile temin edilebilecek fonlar açısından 15. madde uygulaması söz konusu olmayacağından bu tür krediler için ödenen kar payları da kurum kazancının tespitinde gider olarak indirilebilecektir.” denilmiştir.

Diğer bir görüşe göre ise, örtülü sermaye uygulamasında kanunda belirlenen ilişkiler içinde bulunan gerçek ve tüzel kişilerin AŞ'lerce çıkarılan tahvilleri satın alması kuruma borç vermeleri ile aynı anlamdadır. Zira tahvil çıkarma suretiyle yapılan borçlanma ile diğer şekillerde yapılan borçlanmalar arasında TTK açısından bir fark olsa da vergi hukuku açısından bir fark yoktur (KVK Rehberi, 2005: 260).

Danıştay'ın konuyla ilgili olarak çeşitli kararları şu yöndedir; Danıştay 4. Daire'nin 06.06.1994 tarih ve E.1993/4038, K.1994/3395 sayılı kararında *“Tahvil ihraç etmek suretiyle yapılan borçlanmalarda diğer unsurların bulunması halinde örtülü sermayenin varlığının kabulü ve ödenen faizlerin kurumun matrahının hesaplanmasında dikkate alınmaması gerekir.”* ifadelerine yer verilmiştir (Gençyürek, 2000a: 48). Yine aynı dairenin 30.11.1995 tarih ve E.1994/4834, K.1995/4907 sayılı kararında *“Hamiline yazılı tahvillerin şirket ortakları tarafından satın alındığının somut şekilde ispat edilmesi gerektiği, ispat edilememesi halinde örtülü sermayenin varlığından söz edilemeyeceği.”* belirtilmiştir (Kızılot, 1996: 492).

6. Örtülü Sermaye Ve Bankalar

Uygulamada bankaların ortağı olduğu diğer kurumlara kullandırmış oldukları krediler ile ilgili olarak örtülü sermayenin varlığına ilişkin iki farklı görüş vardır. Bankaların iştiraklerine kredi vermesinin örtülü sermaye olarak nitelendirilmemesi gerektiğini ifade eden görüşe göre, asli görevi mevduat kabul etmek ve ihtiyaç sahiplerine kredi vermek olan bankaların iştiraki bulunmayan kurumlara olduğu gibi iştiraki buldukları kurumlara da kanunla tespit edilen sınırlar içinde krediler vermesi örtülü sermaye olarak nitelendirilemez. Zira bunlar ticari hayatın icaplarıdır (Kızılot, 2002a: 531). Konuyla ilgili olarak Danıştay 4. Daire'nin 08.05.1968 tarih ve E.1967/2151, K.1968/2606 sayılı kararında;

“Bankaların iştiraki bulunduğu kuruma açtığı kredi muamelesi ticari hayatın doğal sonucu olarak kabul edilmelidir. Bu sebeple bankaların iştiraki bulunmayan kişi ya da kurumlara olduğu gibi iştiraki bulunduğu kuruluşlara kanunla tespit olunan sınırlar içinde hatta sınırları aşan ölçüde kredi vermesi 5422 sayılı KVK'nın 16. maddesinde öngörülen örtülü sermaye sayılmaz.” görüşü belirtilmiştir (Kızılot, 2002a: 532).

Bankaların iştiraklerine kredi vermesinin örtülü sermaye olarak nitelendirilmesini savunan görüşe göre ise, kurumlar vergisindeki örtülü sermaye müessesesi bankaların kendine has sorunlarının çözümünde beklenen sonucu vermese de, örtülü sermaye üzerinden ödenen faizlerin kurum kazancının tespitinde dikkate alınmayacağı hususu kesindir. Bankaların bu konuda özel durumları bulunsa bile örtülü sermaye uygulamasında her hangi bir istisnai durum belirtilmediği için bu tür kredilerde diğer şartların varlığı halinde örtülü sermaye sayılmalıdır (Avcı, 2002: 81).

Bu görüşü destekleyen Danıştay 4. Daire'nin 29.03.2005 tarihli ve E.2004/2153, K.2005/494 sayılı kararında *“Davacının devamlı olarak vasıtasız ilişkisinin bulunduğu bankalardan yüksek tutarda kredi kullanması ve bu borçların özsermayeye oranının bariz farklılık göstermesi halinde örtülü sermayenin varlığının kabulü gerektiği.”*¹³ şeklinde ifadeler yer almaktadır

Ancak bankaların iştiraklerine kullandırdıkları kredilerin örtülü sermaye ile ilgili yarattığı tartışma 5520 sayılı KVK'da ortadan kalkmış gözükmektedir. Çünkü 5520 sayılı yeni KVK'da *“... sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi kurumları hariç, ilişkili*

¹³ [http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi/\(14.04.2006\)](http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi/(14.04.2006)).

banka veya benzeri kuruluşlardan alınan borçların yarısı örtülü sermaye kıyaslamasında dikkate alınır.” (KVK, md. 12) ifadelerine yer verilmiştir. Diğer bir deyişle sadece bu kuruluşlardan alınan borçlar özsermayenin 6 katına kadar örtülü sermaye oluşturmayacaktır.

7. Örtülü Sermaye Ve Holding Şirketler

Holding şirket; kuruluş amacı başka teşebbüslere iştiraktan ibaret olan şirkettir (TTK, md. 466). Holding şirketin amaçlarından biri de bağlı şirketlere ödünç para ve kredi vermektir. Holding şirketleri, bağlı şirketlere sermaye koyarak kar payı elde etmek yerine bunu borç verme şeklinde göstererek piyasa cari faiz haddinden veya daha yüksek bir faiz haddinden gelir elde etmekte ve örtülü sermaye oluşumuna sebep olabilmektedir. Benzer şekilde holding veya holdinge bağlı şirketlerden birinin çıkardığı tahvilin bağlı şirketler tarafından satın alınarak tahvil çıkararak şirketin sermaye ihtiyacının aralarında şirket ilişkisi bulunan işletmeler tarafından karşılanması yine örtülü sermaye oluşumuna neden olabilmektedir (Yalçın, 1995: 42). Ancak 5520 sayılı KVK'nın bu konuyla ilgili düzenlemeleri 5422 sayılı KVK'dan farklıdır. Zira 5520 sayılı KVK'ya göre kurumların iştiraklerinin, ana ortaklarının veya ana ortaklarının ilişkili olduğu kişilerin üçüncü kişilerden temin ederek kullandığı borçlar örtülü sermaye kapsamı dışında tutularak; grup şirketlerinden kredi temin etmek için mali gücü yeterli olan grup şirketinin üçüncü kişilerden kredi temin ederek ihtiyacı olan diğer grup şirketlerine aktarabilmesine olanak sağlanmaktadır (DRT, 2006).

8. Ödünç Para Verme İşlerinde Örtülü Kazanç Ve Örtülü Sermaye

Aralarında KVK'nın 12. ve 13. maddelerinde yazılı türden bir ilişki bulunan kurumlar arasındaki 12. maddedeki şartları sağlayan istikrazlar üzerinden faiz veya kur farkı hesaplanması nemasız para kullandığı gerekçesi ile borç veren nezninde örtülü kazanç dağıtımı, faiz hesaplaması ise borç alan nezninde örtülü sermaye eleştirisine yol açmakta, neticede her iki durumda da tartışma kaçınılmaz olmaktadır. Bu durum literatürde, örtülü sermaye-örtülü kazanç dağıtımı sarmalı olarak adlandırılmaktadır (Sarı, 2006: 140).

Sorunun temeli aslında hem örtülü kazanç hem de örtülü sermaye konuları içine giren bir muamelenin varlığıdır. Yani örtülü sermaye müessesesinin sadece borçlanmada bulunan şirketlere yönelik olduğu, örtülü kazanç müessesesinin ise hem

borç veren hem de borçlanan şirketlere yönelik olduğu anlaşılmaktadır (Başer, 1995: 103).

Oysaki ticari hayatın gereklerine ve özellikle holding şirketlerdeki yapının doğasına uygun bu ilişki nedeniyle ödenen faizlerin gider niteliği kazanması düşünülebilir. Zira Danıştay'a intikal eden bir uyuşmazlıkta Danıştay'ın görüşü şu şekilde olmuştur. Danıştay 4. Daire'nin 07.12.1998 tarih ve E1998/3480, K.1998/4820 sayılı kararında “... öte yandan şirket amaçları doğrultusunda grup içi şirketler arasında finans kaynaklarının işbirliği içinde kullanılması örtülü sermaye olarak nitelendirilemez.” denilmiştir (Kızılot, 2002a: 529).

9. Örtülü Sermayede Hazine Kaybının Önemi

Her ne kadar KVK'nın örtülü sermaye kavramının tanımlandığı 12. maddesi ile örtülü sermaye için ödenen faiz ve benzerlerinin gider olarak kurum kazancından indirilemeyeceğini düzenleyen 11. maddesinde hazine kaybı şartı aranmamakta ise de uygulamada bu konu oldukça tartışmalıdır.

Konuyla ilgili iki farklı görüş bulunmaktadır. Bu görüşlerden ilkinde göre, örtülü sermaye uygulamasında hazinenin kaybının olup olmaması önemli değildir. Hazine kaybı şu şekilde tanımlanabilir: Örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz ve kur farkları nedeniyle ödemeyi yapan şirket nezdinde oluşan vergi kaybı, kazanç elde eden kişi ya da kurum bünyesinde vergilendirmez ya da vergilendirilmekle beraber asıl vergilendirilmesi gereken mükellefe göre miktar olarak eksik vergilendirilse hazine kaybindan söz edilebilecektir (Türkiş, 1995: 60).

Bu görüşe göre, bir kurumun örtülü sermaye niteliğindeki borcu ile ilgili olarak hesapladığı veya ödemediği kur farkı veya faizlerin, bu borcu veren gerçek kişi ya da kurumlar tarafından vergi matrahının tespitinde gelir olarak dikkate alınmış olması gerekçe gösterilerek gider veya maliyet olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Diğer taraftan örtülü sermaye niteliğindeki bir borçlanma nedeniyle ilgili olarak reddedilen faiz giderleri dolayısıyla bu faizleri gelir hesaplarına aktaran gerçek ve tüzel kişilerin beyanları da düzeltilmeyecektir (KVK Rehberi, 2005: 259).

Konuyla ilgili bir diğer görüş ise, örtülü sermaye uygulamasında hazinenin bir kaybının olup olmamasının dikkate alınmasını savunan görüştür. Bu görüşe göre, örtülü sermaye üzerinden faiz veya kur farkı ödemediği veya hesapladığı tespit olunan kurumlar

hakkında cezalı şekilde vergilendirme yapılmakta oysa faiz veya kur farkı gelirini elde eden açısından kazancın vergilendirildiği gözardı edilerek mükerrer vergilemeye sebep olunmaktadır (Şenyüz, 2005: 295). Dolayısıyla vergi inceleme elemanları, örtülü sermaye niteliğinde bir kur farkı veya faiz giderine rastladığında faizi ödeyen kurum aleyhine matrah tesisi önermeden önce bu geliri elde edenin gelir veya kurumlar vergisine tabi tutulup tutulmadığına bakmalı, vergilendirme yapıldıysa olayın üzerine gitmemelidirler. Danıştay'ın bu konuya bakışı ise net değildir. Danıştay 3. Daire'nin 15.12.1989 tarih ve E.1989/4328, K.1989/2828 sayılı kararında;

“Örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz kar payı hükmünde olduğundan dağıtım yapan kurum açısından kurumlar vergisine tabi tutulması gerektiği, kar payını elde eden kurumun ise bunu iştirak kazancı olarak beyanına dahil ederek vergilendirilmesi gerektiğinin yasa hükmü olması karşısında mükerrer vergilemeden bahsedilemez.” ifadelerine yer verilmiştir (Kızılot, 2002a: 555).

10. Yabancı Para Cinsinden Yapılan Borçlanmalar Ve Örtülü Sermayenin Varlığı

5520 sayılı KVK'nın 12/7 maddesinde, kur farkı hariç faiz vb. ödemelerin gider olarak kabul edilmediği belirtilmiştir. Konu son derece açık olmakla beraber 5422 sayılı KVK'nın konuyla ilgili olarak yarattığı tartışmaya kısaca değinilmesinde fayda vardır.

5422 sayılı KVK'nın kanunen kabul edilmeyen indirimler başlığını taşıyan 15/2 maddesinde örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde indiriminin kabul edilmeyeceği belirtilmiştir. Konuyla ilgili tartışmada burada su yüzüne çıkmaktadır. Kanunda sadece faiz ifadesine yer verilmesi döviz cinsinden yapılan borçlanmalarla ilgili olarak müessesenin işlerliğini tartışmalı hale getirmiştir. Konuyla ilgili olarak literatürdeki iki zıt görüş şu şekildedir. Literatürde oluşan ilk görüşe göre, kur farkı faiz değildir. Çünkü kanun koyucu *“vergi kanunlarını yerleştirirken bu bentte kur farklarını ihmal etmiş, değişiklik yapmayı unutmuş ya da faiz ifadesi varken bir de kur farkı ifadesini bir virgülle eklemeye gerek görmemiş”* demek mümkün değildir (Koyuncu, 2005b: 53). Ayrıca vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunları hükümleri VUK'un 3/A maddesinin 2. fıkrasında belirtilen esaslar dahilinde yorumlanır. Halbuki lafzın açık olduğu yerde lafza göre hareket edilmesi yasal bir zarurettir (GKD, 2005: 262).

Dolayısıyla faiz giderleri dışındaki unsurların indirim olarak dikkate alınmasına kanuni bir engel yoktur.

Konuyla ilgili oluşan diğer görüşe göre ise, kurumların, kanunda özellikleri belirtilen kişi ya da kuruluşlardan yaptıkları döviz cinsinden borçlanmalar da örtülü sermaye niteliğindedir (Yalçın, 1995: 45). Çünkü 5422 sayılı KVK'nın 15/2 maddesinde yer alan faiz ifadesi örtülü sermayenin tanımlandığı 16. madde ile değerlendirildiğinde ilk görüşte ifade edildiği gibi lafzın açık olduğu doğru değildir. VUK'un 3/A maddesinin 2. fıkrasına göre, lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunları konuluştaki maksat, hükümlerin kanun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır. Örtülü sermayenin getiriliş amacı ise bu tip borçlanmalar nedeniyle kurum kazancının aşındırılmasının önüne geçilmesidir. Bu tarz örtülü sermaye niteliğindeki bir borçlanma nedeniyle diğer şartların da oluşması halinde gider kaydı yapılmayacaktır (Koyuncu, 1999a: 84). Öte yandan kanun metninde sadece faiz ifadesine yer verilmesi 1949 yılında hazırlanmış olan bir yasanın o dönemin ihtiyaçlarına karşılık vermesi için hazırlanmış olması ile açıklanabilir. Çünkü KVK'nın ilgili 15. maddesinin değişikliğe uğradığı 1963 yılı da dahil olmak üzere son 20–25 yıla gelinceye kadar dövizle işlem yapmanın ya da döviz üzerinden borçlanmanın bugünkü kadar rahat olmadığı bir gerçektir. Bundan dolayıdır ki örtülü sermaye kabul edilen bir borcun döviz olarak alınıp verilmesine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır (Gündoğdu, 1997: 82).

5422 sayılı KVK döneminde idarenin ve özellikle yargının konuya bakışı net değildir. Konuyla ilgili olarak Maliye Bakanlığının 17.03.2004 tarih ve 11397 sayılı muktezasında; “*Örtülü sermaye niteliği taşıyan borç tutarları nedeniyle oluşan kur farklarının vergiye tabi kurum kazancının tespitinde dikkate alınmaması gerekir.*” ifadelerine yer verilmiştir. (Vergi Dünyası, 2004: 202). Yine İstanbul Defterdarlığının 17.08.2005 ve 6033 sayılı muktezasında “*Konuyla ilgili olarak Maliye Bakanlığından alınan yazıda, KVK'nın örtülü sermaye ye ilişkin hükümlerinde yer alan şartları taşıyan ve geçmiş dönemlerde örtülü sermaye olarak değerlendirilmiş borç tutarları dolayısıyla lehte oluşan kur farklarının vergiye tabi kurum kazancının tespitinde dikkate alınmaması gerekir.*”¹⁴ ifadelerine yer verilmiştir.

¹⁴ [http://www.ivbd.gov.tr/\(15.03.2006\)](http://www.ivbd.gov.tr/(15.03.2006)).

Konuyla ilgili olarak Hesap Uzmanları Danışma Komisyonununun 25.09.1998 tarih ve 287/2 sayılı kararı ise şu şekildedir; “İşletmeye yabancı para cinsinden koyulan borçların 5422 sayılı KVK’nın 16. maddesi uyarınca örtülü sermaye niteliği alması halinde örtülü sermayeye ilişkin olarak, sonuç hesaplarına intikal ettirilen faiz, kur farkı vb. adlar altındaki giderlerin KVK’nın 15/2 maddesi gereğince reddedilmesi gerekir.” (İçten, 2002b: 225).

Yargının konuyla ilgili görüşleri farklılık arz etmektedir. Zira Danıştay ve Vergi Mahkemelerinin 5422 sayılı KVK döneminde farklı kararları vardır. Örneğin Danıştay 4. Daire’nin 16.05.2002 tarih ve E.2001/3082, K.2002/2049 sayılı kararında, “Ortaklardan alınan yabancı para cinsinden borçlar örtülü sermaye niteliğindedir ve buna ilişkin kur farkları kurum kazancından indirilemez.”¹⁵ ifadelerine yer verilmiştir.

Buna karşılık Danıştay 4. Daire’nin 26.01.1999 tarih ve E.1998/22559, K.1999/40 sayılı kararında “ Örtülü sermaye uygulamasında kur farkları, örtülü sermaye yoluyla matrah farkı bulunmasında göz önüne alınamaz.”¹⁶ ifadesi yer almıştır. Ayrıca Bolu Vergi Mahkemesinin 24.10.1996 tarih ve 1995/205, K:1996/185 sayılı kararında, “KVK’nın 15/2 maddesinde faiz ifadesinin yer aldığı, kur farklarının yer almadığı, kur farkının faiz gibi bir kazanç olmadığı ve bu nedenle de kur farklarının gider olarak dikkate alınması gerektiği.”¹⁷ ifadelerine yer verilmiştir.

Sonuç olarak özellikle idarenin 5422 sayılı KVK döneminde kur farklarının gider niteliği ile ilgili olarak verilen kararların istikrarsız olduğu görülmektedir. Ancak 5520 sayılı KVK bu konuda da önemli bir rahatlamaya neden olacak düzenlemeler getirmiştir. Çünkü kanun metninde açıkça ifade edildiği şekliyle “kur farkları hariç faiz vb. giderler” kurumlar vergisi matrahının tespitinde dikkate alınmayacaktır. Bir başka deyişle 5520 sayılı KVK’nın uygulanacağı 01.01.2006 tarihinden itibaren kur farkları bir indirim kalemi olarak dikkate alınacaktır. Ancak 5520 sayılı KVK döneminde yaşanması muhtemel bir sorun 11 ve 12. maddelerin karşılaştırılması ile su yüzüne çıkmaktadır. Zira ilgili kanununun 11/b. maddesinde “örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı vb. giderler” ifadesi yer alırken 12/7. maddesinde “örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç faiz vb. ödemeler veya hesaplanan tutarlar”

¹⁵ [http://www.vergidegundem.com/vergidegundemmakaleleri\(01.04.2006\)](http://www.vergidegundem.com/vergidegundemmakaleleri(01.04.2006)).

¹⁶ [http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi\(16.04.2006\)](http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi(16.04.2006)).

¹⁷ [http://www.turkticaret.net/business_center/haber\(17.04.2006\)](http://www.turkticaret.net/business_center/haber(17.04.2006)).

ifadesine yer verilmiştir. Bu durum 11. maddeye göre yorumlandığında, kur farklarının gider niteliği olmadığı yorumu yapılabilecekken, 12. maddeye göre yorumlandığında ise kur farklarının gider niteliği kazandığı yorumu yapılabilecektir. Bu durum yeni KVK döneminde tartışma yaratacak muhtemel konulardan birisidir.

III. KURUMLAR VERGİSİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin açıklanacağı bu bölümde, konu hem 5422 sayılı KVK, hem de 5520 sayılı KVK açısından değerlendirilecek ve yeni düzenlemenin bünyesinde barındırdığı kavramlar açıklanacaktır. Ayrıca müessesenin unsurları hem 5422 sayılı KVK, hem de 5520 sayılı KVK açısından açıklanacaktır.

A) ÖRTÜLÜ KAZANÇLA İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR

Daha önce belirtildiği üzere örtülü kazanç müessesesi KVK'da kanunen kabul edilmeyen indirimler başlığı altında yer alan bir vergi güvenlik müessesesidir. Bu müessese Türk vergi sistemine ilk kez 03.06.1949 tarih ve 5422 sayılı KVK'nın 17. maddesi ile girmiş, yeni KVK'nın uygulanmaya başlayacağı 01.01.2007 tarihine kadar da yürürlükte kalmıştır.

Özü itibariyle kurumların var oluş nedenleri ekonomik faktörlere dayanmaktadır. Dolayısıyla kurumların en temel amacının, kar elde etmek ve bu karı ortaklarına dağıtmak olduğu söylenebilir. Ancak bu durumun kurumlar vergisi açısından bir prosedürü vardır. Zira kurumların hesap dönemi sonunda oluşan kazançları kurumlar vergisine tabi tutulup diğer yasal yükümlülükler de yerine getirildikten sonra ortaklara dağıtmakta veya ortaklara dağıtmayıp kurum bünyesinde bırakılmaktadır. Kurumlar tarafından elde edilen kazancın kurumlar vergisine tabi tutulduktan ve diğer yasal yükümlülükler de yerine getirildikten sonra dağıtılması işlemine normal kar dağıtımı denilmektedir (Arpacı, 2005: 114).

Örtülü kazanç dağıtımında ise daha farklı yollardan kazancın dağıtımı söz konusudur. En geniş anlamıyla örtülü kazanç; bir şirketin kurum kazancını düşük göstermek amacıyla kar-zarar hesabını direkt etkileyen alım-satım, imalat, inşaat işlerinin, hizmet ilişkilerinin ve ücret ödemelerinin gerçeğe aykırı büyüklük veya

küçüklüklerde gösterilerek kurum bünyesinde kalması gereken bir kazancın kurum ortaklarına veya diğer ilgili kişilere aktarılmasıdır (Güner, 2004)¹⁸.

Örtülü kazanç müessesesi asıl olarak KVK'da düzenlenmiş ve kurumlar vergisi mükelleflerini bağlayan bir vergi güvenlik müessesesi olmasına rağmen diğer kanunlarda da bazı benzer düzenlemeler mevcuttur. Örneğin GVK'nın 41. maddesi dönem kazancını azaltacak şekilde teşebbüs sahibi ile eş ve çocuklarının işletmeden çektikleri ya da aynen aldıkları sair değerler ile bu kişilere işletmeden ödenen aylık, ücret, ikramiye, vb. ödemelerin gider olarak kabul edilmeyeceğini öngörmüştür. Böylece teşebbüs sahibinin eş ve çocuklarının işletmeye koydukları varlıklarda teşebbüs sahibi ile olan yakınlık nedeniyle örtülü kazanç gibi değerlemeye tabi tutulmuştur (Özbalcı, 2004: 395).

Örtülü kazanç müessesesi ile benzerlik gösteren bir diğer uygulama ise 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun (SPK) 4487 sayılı kanunla değişik 15. maddesinin son fıkrasında yer almaktadır. Fıkra, *“Halka açık anonim ortaklıklar yönetim, denetim veya sermaye bakımından dolaylı veya dolaysız olarak ilişkili bulunduğu diğer bir teşebbüs veya şahısla emsaline göre bariz şekilde farklı fiyat, ücret ve bedel uygulamak gibi örtülü işlemlerde bulunarak karını veya mal varlığını azaltamaz.”* ifadelerine yer verilmiştir. Ayrıca aynı hüküm Sermaye Piyasası Kurulu'nun seri: IV, No: 1; sermaye piyasası kanununa tabi olan anonim ortaklıkların uyacağı esaslar tebliğinin 2/e maddesinde de yer almaktadır (Akbulak ve Koray, 2003: 134).

5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinde düzenlenen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını müessesesi olanı değil olması gerekeni tespit ederek ortaklara gizli kazanç aktarımını engellemeye yönelik bir vergi güvenlik müessesesidir ve bu noktada muvazaa müessesesinden ayrılır. Çünkü muvazaa müessesesinde gerçek olay görünürdeki olayın ardına kısmen veya tamamen gizlenmiştir. Böyle bir durumda olayların gerçek mahiyeti tespit edilmekte, görünürdeki olayın ardındaki gerçek durum vergilemeye esas alınmaktadır. Oysaki transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında durum farklıdır. Zira işlemde mutlak veya kısmi muvazaa yoktur. Müessese gerçekten var olan olaydan hareketle olması gereken duruma ulaşmakta, olması gereken olayı kurumlar vergisi açısından vergilendirmeye esas almaktadır. Zira unutulmamalıdır

¹⁸ [http://www.yaklaşım.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2004094812.htm\(15.03.2006\)](http://www.yaklaşım.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2004094812.htm(15.03.2006)).

ki transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olayında da tıpkı örtülü sermaye olayında olduğu gibi yapılan işlem vergi matrahını etkilemediği ya da mali karın hesaplanması aşamasında matrahtan indirilmediği sürece vergi hukuku açısından yapılacak bir şey yoktur (Koyuncu, 2005a: 150–151).

B) 5422 SAYILI KVK'DAKİ ÖRTÜLÜ KAZANÇLA İLGİLİ YASAL DÜZENLEME

Burada 5422 sayılı KVK'da yer aldığı şekliyle örtülü kazanç müessesesine yer verilmesinin nedeni, iki kanun açısından müessesenin analiz edilebilirliğini kolaylaştırmaktır. Zira bu sayede yeniliklerin farkına varılması daha kolay bir hal alacaktır.

5422 sayılı KVK'nın örtülü kazanç müessesesi ile ilgili olarak iki düzenlemesi mevcuttur. Bunlardan ilki; sermaye şirketlerince dağıtılacak örtülü kazançların kanunen kabul edilmeyen gider olarak nitelendirdiği maddedir (5422 Sayılı KVK 15/3). Bir diğer madde ise örtülü kazançla ilgili tanımlamaların yer aldığı maddedir. Buna göre aşağıdaki hallerde kazanç kısmen veya tamamen örtülü olarak dağıtılmış sayılır.

“ 1. Şirket kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunursa;

2. Şirket, 1 numaralı fıkrada yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük bedeller üzerinden kiralama veya kiraya verme muamelelerinde bulunursa;

3. Şirket, 1 numaralı fıkrada yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alır verirse;

4. Şirket ortaklarından veya bunların eşleri ile usul ve fürundan ve 3. dereceye kadar(dahil) kan ve sıhri hısımlarından şirketin idare meclisi başkan ve üyesi, müdürü, veya yüksek memuru durumunda bulunanlara emsaline göre göze çaracak derecede yüksek aylık, ikramiye, ücret verir veya benzeri ödemelerde bulunursa.”

Örtülü kazanç; bir kurumun maddi veya gayri maddi değerlerini ortaklara veya ortaklarla yakın ilişki içinde bulunanlara hiçbir vergi ödemediği veyahut, kanunda belirtilen kimseler lehine bir takım gelirlerinden feragat etmesi olarak tanımlanabilir (Kahraman, 2005: 99). 5422 sayılı KVK'nın 17. maddesinde örtülü kazanç ile ilgili yapılan açıklamalar aslında ruhu itibarıyla 5520 sayılı KVK'nın 13. maddesindeki açıklamalarla özdeştir.

5422 sayılı KVK'da örtülü kazanç ile ilgili yer alan düzenlemeler aslında son derece ayrıntılı sayılabilecek düzenlemelerdir. Maddenin birinci fıkrasında örtülü kazanç dağıtılabilecek kişiler ayrıntılı olarak sayılmış ayrıca bu dağıtımın kimler tarafından yapılabileceğine de yer verilmiştir. Takip eden fıkralarda ise özellikle hangi işlemlerin örtülü kazanç kapsamında değerlendirileceğine yer verilmiş ve bu faaliyetlerde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük bedel veya fiyatla yapılan işlemler müessese kapsamında zikredilmiştir.

Her ne kadar 5422 sayılı KVK'nın 17. maddesinde bu kadar ayrıntılı açıklamalara yer verilmiş olursa da, örtülü kazanç dağıtımının vergilendirilmesi ile ilgili olarak bazı sorunlar 5422 sayılı KVK döneminde yaşanmıştır. Bu sorunlardan başlıcaları şu şekilde sıralanabilir. Örtülü kazanç dağıtımı tespit olunduğu takdirde sadece dağıtımı yapan şirket nezdinde mi işlem yapılacaktır. Yoksa muhatabın nezdinde de tarhiyat gerekir mi? Örtülü kazanç dağıtımında uygulanacak emsaller nelerdir? Örtülü kazanç konusunda vergi ziyayı ya da hazine kaybı önemli midir? Örtülü kazanç dağıtımı sadece sermaye şirketlerini kapsayan bir müessese midir? Sermaye şirketi dışındaki kurumların müessese karşısındaki pozisyonu nedir? Ulusal işlemlerin yanında uluslararası işlemlere de uygulanmak için oluşturulan bu müessese neden daha çok ulusal işlemler üzerine yoğunlaşmıştır? Bu soruların cevapları, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin objektif ve subjektif unsurlarının açıklanması sırasında verilecektir (Pazarçeviren ve Aygen, 2005: 97-98).

C) 5520 SAYILI KVK'DAKİ TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEME

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusuyla ilgili olarak tıpkı örtülü sermaye konusunda olduğu gibi 5520 sayılı yeni KVK açısından değerlendirmeler yapılacak ve yer yer 5422 sayılı KVK açısından müesseseye değinilecektir. Konuyla ilgili olarak 5520 sayılı KVK'nın ilk düzenlemesi 11/c. maddesinde yer almaktadır. Buna göre kurum kazancının tespitinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançlar kanunen kabul edilmeyen gider niteliğindedir. Konuyla ilgili ikinci düzenleme ise 13. madde de yer almaktadır ve aşağıda tam metni belirtilmiştir.

MADDE 13- (Yürürlük tarihi 01.01.2007)

“(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 altsoy 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 usüller Bakanlar Kurulunca belirlenir.”

5422 sayılı KVK'nın 17. maddesinde yer alan örtülü kazanç kavramı yukarıda belirtildiği üzere 5520 sayılı yeni KVK'nın 13. maddesi ile önemli değişikliklere uğramıştır. Ancak hemen belirtilmesinde fayda var ki; söz konusu madde örtülü sermaye müessesesinde yapılan değişikliklerden daha farklıdır. Aslında söz konusu KVK'nın 13. maddesi ruhu itibarıyla değiştirilmemiş, transfer fiyatlandırması başlığı ile yeniden ele alınmıştır. Transfer fiyatlandırması ilk bölümde belirtildiği üzere; bir ticari işletmenin kendi bölümleri veya kolları arasındaki mal ve hizmet satışlarında uyguladığı fiyattır (Akbulut, 2004: 112).

Yeni madde metni genel olarak Türkiye'nin de üye olduğu OECD'nin çok uluslu şirketler ve vergi idareleri için 1995 yılında bir rapor şeklinde yayınlamış olduğu genel transfer fiyatlandırması prensipleriyle uyumludur. Bu açıdan bakıldığında transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ile ilgili düzenlemenin transfer fiyatlandırmasının vergi kaybına neden olucu şekilde kullanılmasından doğan vergi kayıp ve kaçaklarının önlenmesi konusunda faydalı olacağı açıktır (Seviğ, 2006).¹⁹

Maddenin birinci fıkrasında, kurumların ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel ya da fiyat üzerinden mal veya hizmet alım-satım işlemlerinde buldukları taktirde kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç sayılır denilerek hangi olayların müessese kapsamında olduğu belirtilmiştir. Maddede bahsi geçen ilişkili kişi; fıkrada belirtilen gerçek kişi ifadesi tıpkı örtülü sermaye müessesesinde olduğu gibi GVK'da ki gerçek kişiyi temsil ederken kurum ifadesi de sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve vakıfların iktisadi işletmelerini ve iş ortaklıklarını kapsamaktadır.

Birinci fıkrada geçen ilişkili kişiler şu şekilde açıklanabilir;

Şirketin ortağı gerçek ve tüzel kişiler; şirketin örtülü yoldan kazanç dağıtabileceği kişilerin başında gelmektedir. Ancak bu ortakların şirketteki ortaklık paylarının önemi yoktur (Koyuncu, 2005a: 168).

Şirket ortaklarının ilişkili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler; gerçek kişi ortaklar açısından ilgili olma durumu esas itibarıyla beşeri ilişkileri ifade etmektedir. Gerçek kişi ortağın yakın akrabaları, ahabap ve dostları ilgili kimseler olarak örneklendirilebilir. Tüzel kişi statüsündeki ortakların ilgili bulunduğu gerçek kişiler ise, tüzel kişinin

¹⁹ http://www.resulkurt.com/kose_yazilari.asp/ensontasari.htm(30.03.2006).

ortaklarını, bunların yakınları ve yöneticileri ile yöneticilerin yakınlarını kapsamaktadır (Koyuncu, 2005a: 169).

Şirketin sermayesi bakımından vasıtalı olarak bağlı bulunduğu gerçek ve tüzel kişi kavramı özsermaye de pay sahibi olanların dışında yabancı kaynak sahiplerini yani alacaklıları ifade etmektedir (Kızılot, 2000: 1693). Nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler açısından yapılan değerlendirmede, daimi olarak borç vermek ya da iktisadi ilişki içinde bulunmak anlamında yorumlanabilir. Örneğin bir şirketin sürekli olarak borç verdiği kişiler nüfuzu altında bulundurduğu kişilerden sayılabilir (Işık, 2005: 213).

Şirketin idaresi bakımından bağlı bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler ise ikili bir ayırma tabi tutulabilir. Bunlardan birincisi, şirketteki vazifeleri nedeniyle şirketin idaresi bakımından bağlı olduğu kişilerdir. Bu sınıflandırmada yer alan kişiler şirketteki görevleri ve yetkileri gereği idareci durumundadırlar ve şirkette alınacak kararları etkileyebilecek pozisyonadırlar. İkinci olarak ise, şirketteki sermayeleri sebebiyle şirketin idaresi bakımından bağlı bulunduğu kişiler gösterilebilir. Bu sınıflandırmada yer alan kişiler şirkete koydukları sermaye gereği alınacak kararları etkileyebilecek durumdadırlar ve şirket bu kişilere idaresi bakımından vasıtasız olarak bağlıdır (Yalçın, 1991: 50).

Kanunda ifade edilen; kazancın elde edildiği vergi sisteminin Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme kapasitesi sağlayıp sağlamadığı hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle, Bakanlar Kurulu'nca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış işlemlerde ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır. Bu konuda ilk akla gelen unsur vergi cenneti olarak ifade edilen ülkelerdir. Vergi cennetleri OECD tarafından vergi kaçırmak için kullanılan ülkeler olarak tanımlanan ülkelerdir ve zaman zaman vergisiz vaha olarak da adlandırılmaktadır. Bu ülkelerin OECD tarafından ilan edilen listede sayıları 35'e kadar yükselmiştir (Doğrusöz, 2006a).²⁰ Özellikle bu tür ülkelerle bilgi paylaşımı olmadığı ve Türkiye'deki vergilendirme kapasitesinin aynı olup olmadığı konusunda yaşanan tereddütler üzerine bu bölgelerle yapılmış tüm işlemler kötüye kullanımların

²⁰ [http://www.dunyagazatesi.com.tr/news_display.asp?upsale_id=251652&dept_id=1007/\(20.02.2006\)](http://www.dunyagazatesi.com.tr/news_display.asp?upsale_id=251652&dept_id=1007/(20.02.2006)).

önlenmesi amacıyla ve işlemin ispatındaki güçlükler nedeniyle ilişkili kişilerle yapılmış sayılacaktır (Kaplan, 2006: 51).

5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinin birinci fıkrasında yer alan mal ve hizmet alım satımı ifadesi aslında 5422 sayılı KVK'da yer aldığı şekliyle; alım-satım, imalat, inşaat işleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alıp verilmesi, ikramiye, ücret vb. ödemeleri ifade ettiği açıktır.

5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinin konuyla ilgili getirdiği en büyük yeniliklerden biri de, emsallere uygunluk ilkesi (Arm's Length Principle) olmuştur. Çalışmanın birinci bölümünde belirtildiği üzere emsallere uygunluk ilkesi; ilişkili kişilerle yapılan mal teslimleri ve hizmet ifalarında uygulanan fiyatlar veya bedellerin, aralarında böyle bir ilişki bulunmaması halinde oluşacak fiyat veya bedellere uygun olması prensibini ifade etmektedir (Kurtçu ve Yılmaz, 2005).²¹

Kanunda emsallere uygun fiyatın belirlenmesi ile ilgili olarak üç yöntem üzerinde durulmuştur. Bu yöntemler aynı zamanda OECD'nin ÇUŞ'lar ve vergi idareleri için transfer fiyatlandırması rehberinde geleneksel işlemler yöntemi olarak öncelikle önerilen yöntemlerdir. Bu yöntemler; Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi (Comparable Uncontrolled Price Method), Maliyet Artı Yöntemi (Cost Plus Method), ve Yeniden Satış Fiyatı (Resale Price Method) yöntemidir.

Karşılaştırılabilir Fiyat Yönteminde; ilişkili kuruluşlar arası ya da kontrollü bir mal veya hizmet işleminde uygulanan fiyatı, benzer şartlar altında gerçekleşmiş ancak bağımsız, kontrol dışı bir mal veya hizmet fiyatı ile karşılaştırılır. Eğer iki fiyat arasında farklılık varsa ve bu durum bağlantılı kuruluşlar arasında gerçekleşen mal ve hizmet transferine ilişkin ticari ve finansal koşulların emsal bedel prensiplerine uygun olmadığını işaret ediyorsa, emsale uygun olmayan bir işlemin varlığı tespit edilmiş olacaktır (Güner, 2004).

Maliyet Artı Yöntemi; alt şirkete veya diğer bir bölüme satışta maliyete ilave edilen uygun bir paydan sonra oluşan fiyattır (TOBB, 2001: 25). Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi ise, bağımsız tarafın ürün için ödediği fiyata satıcının harcamalarını ve kabul edilebilir bir karı kapsayan ekleme yaptıktan sonra oluşan fiyattır (TOBB, 2001: 25).

²¹ [http://www.verginet.net/gundem.aspx?ID=19/\(25.11.2005\)](http://www.verginet.net/gundem.aspx?ID=19/(25.11.2005)).

Mükellef kanun gereği ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde, bu yöntemlerden işlemin niteliğine en uygun olanı seçerek söz konusu yöntem doğrultusunda fiyat ya da bedel belirleyebilecektir. Ancak bu yöntemlerden hiç birisi emsallere uygun fiyatın belirlenmesi yolunda imkan tanımıyorsa mükellef, işin mahiyetine uygun bir başka yöntem kullanabilecektir. Ancak mükellefin bu yola başvurabilmesi için kanunda sayılan üç yöntemde sonuç vermemesi gerekmektedir.

Mükellefin uygulayacağı diğer yöntemler işin niteliğine en uygun yöntemlerdir. Ayrıca mükellefler KVK'nın 13. maddesinde sayılmayan ancak OECD rehberinde bulunan diğer yöntemleri de uygulayabilecektir. Zira OECD'nin transfer fiyatlandırması rehberinde geleneksel işlemlerin (KVK'daki emsal fiyat belirleme ilkeleri) kullanılması imkanının olmadığı durumlarda diğer yöntemler başlığı altında yer alan; kar bölüşüm yöntemi ve işleme dayalı net kar marjı yöntemlerinin uygulanabileceği ifade edilmiştir.

Kar bölüşüm yöntemi; bir veya daha fazla sayıdaki kontrol altındaki işlemlere ilişkin birleştirilmiş faaliyet karı ya da zararındaki dağıtımın emsal bedele veya fiyata uygun olup olmadığını araştırır. Bu değerlendirmede kontrol altındaki her mükellefin faaliyet karı ya da zararına yaptığı katkının göreceli değeri önemlidir (Beylik, 2004).

İşlemsel kar marjı yönteminde ise, bir şirketin kontrollü bir işlemde gerçekleştirdiği uygun bir baza ilişkin kar marjı temel alınmaktadır. Bu kar marjı kontrollü işlemler arasında bağımsız şirketler açısından gerçekleşen marj olmalıdır (Beylik, 2004).

Emsallere uygun olarak tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici belge olarak saklanması zorunludur. Zira bu hesaplama ve belgeler yöntemin seçilmesinin en önemli kanıtı niteliğindedir.

5520 sayılı KVK'nın 13. maddesi ile getirilen bir diğer yenilik ise, mükellefin ilişkili kişilerle yaptığı işlemlere ilişkin olarak belirleyeceği yöntem konusunda Maliye Bakanlığı'na başvurarak anlaşma yapma olanağıdır. Mükellef Maliye Bakanlığı'na gerekli bilgi ve belgelerle başvurup yöntem üzerinde anlaşma sağladığı takdirde, anlaşma sağlanan yöntem 3 yılı aşmamak üzere uygulanabilecektir. Ayrıca madde ile ilgili usullerin belirlenmesinde Bakanlar Kurulu yetkili organ olarak belirlenmiştir.

Kısaca özetlemek gerekirse 5520 sayılı KVK ile getirilen yenilikler şu şekildedir; transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapılacak kişiler ilişkili kişiler olarak tanımlanmış ve ilişkili kişi tanımı yapılmıştır. Transfer fiyatının tespitinde emsallere uygunluk ilkesi benimsenmiştir. Emsallere uygun fiyatın tespiti açısından OECD rehberi esas alınmış ve bu rehberdeki yöntemlere yer verilmiştir. Mükelleflerin ilişkili kişilerle yaptıkları işlemlerle ilgili olarak belirleyecekleri yöntem konusunda Maliye Bakanlığı'na başvurarak anlaşma yapabilme imkanı getirilmiştir. Zararlı vergi rekabetine yol açtığı kabul edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılan işlemlerde ilişkili kişilerle yapılan işlemler olarak nitelendirilmiştir (Yılmaz ve Kurtçu, 2005).

D) TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ UNSURLARI

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin objektif ve subjektif olmak üzere iki çeşit unsuru vardır. Bu iki unsurun detayları aşağıda açıklanmıştır.

1. Objektif Unsur

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının objektif unsuru; kurumun belli ilişkiler içinde bulunduğu kişilere kendi varlığından karşılıksız olarak değer aktarması veya bu kişilerle olan ilişkilerinde farklı fiyat uygulamak suretiyle çıkar sağlamasıdır. Bunun yanında kurumun elde etmesi gereken bir kazancı kendi ihmali ile başka kişilere aktarması da örtülü kazancın objektif unsuru olarak nitelendirilebilir (Alşan, 1986: 11).

Bu noktada özellikle emsal bedel veya fiyat tespiti ve kıyaslaması önem arz etmektedir. Zira transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç müessesesinin tespiti açısından bu konu ilk adım niteliğindedir. Emsal tespiti ile ilgili olarak Alman Vergi Hukukçusu Gerhard HEUER'in tanımlaması şu şekildedir; "*Örtülü kazanç dağıtımı, bir şirketin hissedarlarına yabancılara sağlayacağı en iyi şartlardan daha iyisini sağlayabileceği noktada değil, yabancılara tanıyabileceği en gayrimüsait imkanlardan daha iyisini temin ettiği noktada başlar.*"(Koyuncu, 2005a: 165).

KVK'nın 13. maddesinden yararlanarak bir olayda transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının varlığından bahsedebilmek için üç objektif unsurun ortaya konması gerekmektedir. Bunlar; örtülü yoldan kazanç dağıtılabilecek kişiler, örtülü kazanç dağıtımının şekilleri ve emsallere uygunluk ilkesidir.

a) Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Yapılabilecek Kişiler

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılabilecek kişiler 5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinde ilişkili kişiler olarak ifade edilmiştir. İlişkili kişiler ise, kurumların kendi ortakları, ortakların ilişkili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler ile idaresi, denetimi veya sermaye açısından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade etmektedirler. Ayrıca ortakların eşleri, ortaklarının altsoy ve üstsoy ile üçüncü dereceye kadar yansoy hısımları ve kayın hısımları ilişkili kişi olarak belirtilmiştir (Kurtçu ve Yılmaz, 2005).

b) Emsallere Uygunluk İlkesine Aykırı Olarak Yüksek Veya Düşük Bedel Üzerinden İşlem Yapılması

Emsallere uygunluk ilkesi aslında içerik olarak 5422 sayılı KVK'nın 17. maddesinde yer aldığı şekliyle “emsaline göre göze çarpacak derecede” ifadesi ile benzerdir. Ancak emsallere uygunluk ilkesi daha fazla belirleyici özelliğe sahip bir ilkedir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında emsallere uygunluk ilkesi müessesenin temelini teşkil etmektedir. Zira kurumun, kanunda belirlenen kişilerle olan ilişkilerinden dolayı transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının muhatabı olabilmesi için edimlerin emsallere uygunluk ilkesine aykırılık arz etmesi gerekmektedir.

Emsallere uygunluk ilkesinin tespitinde daha önce belirtildiği üzere üç yöntem ya da mükellef ve Maliye Bakanlığının uzlaşma sağlayacağı bir başka yöntem uygulanmaktadır. Konu 5422 sayılı KVK döneminde ise, emsaline göre göze çarpacak derecede düşük veya yüksek bedel veya fiyat üzerinden işlem yapılması ile karşılık bulmaktaydı. Aslında bu ifade üstü kapalı olarak göze çarpmayacak derecedeki işlemlerin kabul edilebileceği anlamına gelmektedir (Kızılot, 2000: 1705). Emsaline göre göze çarpacak derecede farklılığı belli bir oran olarak tespit etmeyen kanun koyucunun ise tartışmalara neden olduğu açıktır. Bu nedenle 5422 sayılı KVK

döneminde kurumun yaptığı işleme emsal olabilecek bedel veya fiyatın tespitine ilişkin açıklamalar yapılmasında fayda olacaktır. Bu emsaller; işletme içi emsaller, işletme dışı emsaller ve kanuni emsaller olarak üç gruba ayrılabilir.

ba) İşletme İçi Emsal

İşletme tarafından yapılan aynı nitelikteki işlemler ve bu işlemlere uygulanan bedel ve fiyatlar birbirleri açısından emsal teşkil etmektedir. Bu emsallere işletme içi emsal denmekte olup örtülü kazancın tespitinde dikkate alınması gereken ilk emsal, işletme içi emsaldir (Yalçın, 1991: 46).

Konuyla ilgili olarak yargının genel görüşü de işletme içi emsallerin dikkate alınması yönündedir. Zira Danıştay Vergi Dava Dairelerinin 17.01.1997 tarih ve E.1995/415, K.1997/6 sayılı kararında; *“Teşhir ve tanıtım hizmetleri ile ilgili emsal karşılaştırması sırasında ölçü alınacak fiyatların işletme içi emsallerden seçilmesi esastır. İşletme içi emsallerin kabul edilmemesi halinde işletme dışından emsal araştırmasına gidilmesi ve emsallerin iyi seçilmiş olması önem taşımaktadır.”* ifadelerine yer verilmiştir (Kızılot, 1998: 481).

Şirket içi emsalin kullanılmasında dikkat edilmesi gereken bir husus da, emsal alınacak fiyat ya da bedelin bizatihi kendisinin örtülü kazanç dağıtımı sonucu ortaya çıkmış olmaması gerekliliğidir. Özellikle grup şirketlerde bu durum şirket içi emsal tespitini zorlaştırmaktadır (Akbulak ve Koray, 2003: 137).

Sonuç olarak işletme içi emsal ile anlatılmak istenen, kurumun aynı işlem için kanunda sayılan kişiler dışında kalanlarla yaptığı işlemlerdeki fiyat veya bedeldir. Burada emsal üçüncü kişilere uygulanan fiyat veya bedeldir.

bb) İşletme Dışı Emsal

İşletme dışı emsal; aynı iş kolunda faaliyet gösteren veya yapıları itibariyle benzer olan (Sermaye yapısı gibi) firmaların durumunun göz önünde bulundurularak bir emsalin belirlenmesidir. Yani, örtülü kazanç dağıtımı şüphesiyle hakkında rapor yazılacak olan firmanın durumu değerlendirilirken benzer firmalarında durumu göz önüne alınmalıdır. Ancak bu tür bir karşılaştırma yapmadan önce kurumlar arasındaki farklılıklar minimum seviyeye indirilmelidir (Başaran ve Atay, 2001:175).

bc) Kanuni Emsaller

5422 sayılı kanundaki ifade şekliyle emsaline göre göze çarpacak tabirinin değerlendirilmesi konusunda örtülü kazanç konusu olabilecek işlemle ilgili olarak kanuni bir düzenlemenin bulunması halinde kanuni emsal, dikkate alınması gereken bir emsal olacaktır. Bu emsallere örnek olarak VUK'un emsal bedel ve emsal ücretle ilgili düzenlemelerini ya da GVK'nın emsal kira bedeli ile ilgili olan maddelerini gösterilebilir (Işık, 2005: 223).

c) Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Şekilleri

5520 sayılı KVK'nın 11. maddesinde, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançların, kurum kazancının tespitinde maliyet unsuru olarak dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Aynı kanunun 13. maddesinin birinci fıkrasında ise “...mal veya hizmet alım satımında bulunulduğu takdirde kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılmış sayılır.” ifadeleri kullanılmıştır. Burada maddenin sonunda belirtilen “sayılır” ifadesi aslında bir ölçüde belirtilen haller dışında da başka transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım şekilleri olabileceğini, kanun maddesinde yer alan dağıtım şekillerinin yol ve örnek gösterici bir nitelik taşıdığını ortaya koymaktadır (Yalçın, 1991: 51). Bu durumun en önemli kanıtı olarak 13. maddenin ikinci fıkrası gösterilebilir. Zira ikinci fıkrada “Alım satım, imalat ve inşaat işleri, kiralama ve kiraya verme işleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.” ifadelerine yer verilmiştir. Açıkça görülmektedir ki birinci fıkradaki mal veya hizmet alım satımı ifadesi, ikinci fıkrada daha geniş olarak ifade edilmiştir.

ca) Alım Satım Muamelelerinde Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

Kurumların ortakları ve diğer ilgili kişilerle yaptıkları alım satım muameleleri vasıtasıyla transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapabilecekleri 5520 sayılı KVK'nın 13/1 ve 13/2 maddelerinde belirtilmiştir.

Alım satım işlemlerinde edim ve karşı edimin dengeli olmaması ve bu dengesizliğin taraflar arasındaki ortaklık ilişkisinden kaynaklanması transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazancın tespiti açısından önemli bir

emare teşkil eder. Örneğin diğer müşterilere yapılmayacak ölçüde büyük iskontolar, ortağın başka şirketteki paylarını fahiş fiyatlarla kendi şirketine satması veya şirketin kendi pay senetlerini ortakları ile kendisi arasında uyumsuz ivazlar üzerinden alım satıma konu olması satış sözleşmeleri ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının örneklerindendir (Öncel, 1978: 85).

Nitekim Danıştay 3. Daire'nin 17.06.1996 tarih ve E.1996/952, K.1996/2396 sayılı kararında “*Sermaye, idare bakımından iki AŞ. arasındaki bağlılık nedeniyle birinin diğer şirkete emsaline göre yüksek oranda iskontolu satış yapmasında örtülü kazanç dağıtımının kabulü gerekir*” görüşü belirtilmiştir (Kızılot, 1998: 489).

Konu mal alım satımları açısından değerlendirildiğinde, şirkete rayiç bedelin çok üzerinde bir bedelle mal alındığında transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olayından söz edilebilir. Mal satışlarında ise emsallere uygunluk ilkesi gereği düşük bedelle mal satışı yine transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilebilecektir. Nitekim Danıştay 4. Daire'nin 14.04.1999 tarih ve E.1997/4844, K.1999/1374 sayılı kararında “... AŞ.'nin ortağı bulunduğu LTD. şirkete %25 karla satılabilecek bir malı %1 karla satması olayında kazancın diğer şirkete aktarımı söz konusudur.” görüşü belirtilmiştir (Kızılot, 2002a: 259).

Konuyla ilgili olarak özellikli bir durum, malın maliyetine satıldığı durumdur. Kuşkusuz olay diğer şartlar dahilinde dikkate alınıp o şekilde değerlendirilecektir. Danıştay 3. Daire'nin 27.02.2001 tarih ve E.1999/4040, K2001/475 sayılı kararında “...örtülü kazanç dağıtımı bakımından bir malın maliyetine alınıp satılması emsaline göre göze çarpacak derecede düşük fiyat ya da bedel üzerinden alınıp satıldığı anlamına gelmeyeceği” görüşü belirtilmiştir (Kızılot, 2002a: 242).

cb) İmalat, İnşaat Ve Hizmet İşleri

İmalat, inşaat ve hizmet işleri nedeniyle transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtılabileceği hususu 5520 sayılı KVK'nın 13/2 maddesinde belirtilmiştir. Şirket kendi ortakları ile ya da maddede yazılı diğer gerçek ve tüzel kişilerle imalat, inşaat ve hizmet ilişkilerinde bulunabilir. Ancak bu ilişkiler emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde gerçekleşmelidir. Aksi halde şirket tarafından emsallere uygunluk ilkesi ile bağdaşmayan ya da rayiç bedelin çok altında ya da üstünde bir bedelle veyahut bedelsiz olarak imalat, inşaat ve hizmet ilişkilerinde bulunulması halinde emsallere uygunluk

ilkesi gereği tespit edilen bedel ile satış bedeli arasındaki fark transfer fiyatlandırması yoluyla dağıtılan örtülü kazanç olarak değerlendirilecektir (Gençyürek, 2000b: 72-73).

cc) Kiralama Ve Kiraya Verme İşleri

5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinde yer alan bir diğer işlem, kiralama ve kiraya verme işlemleridir. Zira KVK'nın 13/2 maddesine göre, emsallere uygunluk ilkesine göre belirlenen fiyatın üstünde ya da altında yapılan kiralama ve kiraya verme işlemleri transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilecektir.

Bu konuda GVK'nın 73. maddesi alternatif olarak gösterilebilir. GVK'nın söz konusu maddesi emsal kira bedeli ile ilgilidir. Bu madde hükmüne göre; "*Kiraya verilen mal ve hakların kira bedelleri emsal kira bedelinden düşük olamaz. Bedelsiz olarak başkalarının kullanımına bırakılan mal ve hakların emsal kira bedeli, bu mal ve hakların kirası sayılır.*" Ancak konu daha detaylı olarak incelendiğinde emsal kira bedelinin, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi için uygulanabilirliğinin istisnai durumlar haricinde pek de mümkün olmadığı görülmektedir. Çünkü emsal kira bedeli statik yapıda bir vergi güvenlik müessesesidir. Düşük bedelli kiralamanın objektif ve subjektif nedenleri nazara alınmaksızın uygulanmaktadır. Ayrıca emsal kira bedeli her zaman olması gereken kira bedeli de değildir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç uygulamasında ise mükellefin olması gerekenden farklı bir işlem yapmış olması durumu vardır. Kıyaslama cari durum itibarıyla yapılır (Özbalcı, 2004: 420-421).

Danıştay'ın konuyla ilgili görüşü şu şekildedir. Danıştay 4. Daire'nin 29.11.1969 tarih ve E.1968/5040, K.1969/199 sayılı kararına göre, "*Yüksek bedelle kiraya verme durumu olduğuna göre matrah farkı tayininde öncelikle bu madde (GVK 73) hükmünün esas alınması mümkün değildir.*" (Koyuncu, 2005a: 176).

cd) Ödünç Para Alıp Verme İşlemleri

Ödünç para verme işlemleri nedeniyle ortaya çıkan transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı işlemleri 5520 sayılı KVK'nın 13/2 maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre emsallere uygunluk ilkesi ışığında belirlenen faiz oranı veya iskonto tutarından yüksek ya da düşük bir faiz oranı ya da iskonto tutarı belirlenirse örtülü yoldan kazancın dağıtıldığı kabul edilecektir.

Bu konu özellikle örtülü sermaye konusunda değinilen, örtülü sermaye örtülü kazanç sarmalı probleminin başlangıç noktasıdır. Zira hatırlanacağı üzere, ortak veya diğer ilgililerden alınan borçlar, örtülü sermaye niteliği aldığı anda, faiz oranına dikkat edilmeksizin kanunda belirlenen oranı aşan kısmı kar dağıtım hükmünde sayılıp kurum kazancına ilave edilmekteydi. Alınan borcun örtülü sermaye niteliğinde olmadığı durumlarda ise ilgili faiz ödemesinin kurum kazancından indirilmesi olasılık dahilindeydi. Fakat ödenen faizin emsallere uygunluk ilkesine göre yüksek ya da düşük olması bu defa da transfer fiyatlandırması şüphesini ortaya çıkaracaktı.

Konuyla ilgili olarak özellikle 5422 sayılı KVK döneminde tartışılan bir sorun, emsal faiz oranının ne olması gerektiği konusundaki sorundur. Konuyla ilgili hakim olan görüş, emsalin tespit edilememesi durumunda piyasa cari faiz haddinin esas alınması yönünde beliren görüştür. Bu açıdan emsal faiz oranı olarak Merkez Bankası'nın kısa vadeli krediler için öngördüğü faiz oranının uygulanması yerinde bir görüş olacaktır. Nitekim Danıştay 4. Daire'nin 25.04.1995 tarih ve E.1994/2111, K.1995/1899 sayılı kararında, "*Borcun ortaklarda kaldığı süre itibariyle Merkez Bankası'nın kısa vadeli işlemlere uyguladığı faiz oranı esas alınır.*" görüşü belirtilmiştir (Sönmez ve Ayaz, 1997: 58).

ce) İkramiye, Ücret Ve Benzeri Ödemeler

5520 sayılı KVK'nın 13/2 maddesinde sayılan bir diğer işlem, ikramiye, ücret vb. ödemelerin varlığı halinde ortaya çıkan transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıdır. Bu ödemeler üçüncü fıkrada sayılan ilişkili kişiler ve özellikle ortakların eşleri, ortakların veya eşlerin üstsoy veya altsoy ile üçüncü dereceye dahil yansoy hısımları ve kayın hısımlarına emsallere uygunluk ilkesi çerçevesinde belirlenen ücretin veya ikramiyenin üstünde bir ödeme yapılması suretiyle söz konusu olan ödemelerdir.

5422 sayılı KVK döneminde yukarıda sayılan kişilere ek olarak, şirketin idare meclisi başkanı ve üyesi, müdürü veya yüksek memuru durumunda bulunanlara emsaline göre göze çaracak derecede (emsallere uygunluk ilkesine göre) yüksek aylık, ikramiye, ücret verilir veya benzeri ödemelerde bulunulursa kazanç örtülü olarak dağıtılmış sayılmaktaydı (Kaya, 1997: 53). Burada akla gelen bir soru, yalnızca şirketin yüksek memurları ve yönetim kurulu mensupları mı bu uygulamaya muhatap olacaktır

sorusudur. Bu sorunun cevabı örtülü kazanç müessesesinin altında yatan temel felsefe ile yanıtlanabilir. Daha önceki bölümlerde yer verildiği gibi, 5422 sayılı KVK döneminde kur farklarının gider niteliği ile ilgili olarak kanunda “kur farkı” ifadesi kullanılsa bile örtülü sermaye uygulaması açısından bu husus gider olarak kabul edilmiyordu. Dolayısıyla şirketin diğer memurları ve yönetim kadrosu mensuplarına yapılan bu tür ödemelerde müessese kapsamında değerlendirilecektir. Örneğin bir sermaye şirketi önemli hisseye sahip bir ortağının yakınına emsallere uygunluk ilkesine aykırı olan bir ücretle işe alırsa yapılan ödeme transfer fiyatlandırması suretiyle örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilecektir (Semercigil, 1995: 317).

d) Ortaklar Cari Hesabı Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

Ortaklar cari hesabı ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç ilişkisi özellikle şirkete ait paraların KVK'nın 13. maddesinde sayılan kişilere düşük faizle veya faizsiz olarak kullanılması suretiyle ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla şirket KVK'nın 13. maddesinde sayılan kişi ve kurumlara emsallere uygunluk ilkesi göz önüne alınarak hesaplanan faiz oranından daha düşük veya faizsiz olarak kaynak aktardığında düşük alınan faiz ya da hiç alınmayan faiz kadar transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı söz konusu olacaktır (Sönmez ve Ayaz, 1997: 56).

Uygulamada özellikle vergi incelemelerinde karşılaşılan bu durum yargının da gündemini meşgul etmekte ancak yargı kararları tam bir istikrar göstermemektedir. Şirket ile ortakları arasındaki cari hesap ilişkisinin örtülü kazanç dağıtımı olarak eleştirilmemesi gerektiğini savunan yargı kararlarından bazıları aşağıdaki gibidir.

Danıştay 4. Daire'nin 12.12.2001 tarih ve E.2000/4553, K.2001/4896 sayılı kararında, “*Ortaklarla ilgili cari hesabın sürekli kasa hesabı gibi çalıştığına tespiti halinin örtülü kazanç yönünden tarhiyat yapılmasını gerektirmediği....*”, Danıştay 11. Daire'nin 27.03.2001 tarih ve E.2000/170, K.2001/1096 sayılı kararında “*Ticari hayatın gereği ortakların cari hesap yoluyla ortaklarından borç alıp verebilecekleri, bunların ortakların özel ihtiyaçlarında kullanılmaması halinde örtülü kazanç dağıtımından bahsedilemeyeceği....*” görüşü belirtilmiştir (Koyuncu, 2005a: 198).

Danıştay bir kısım kararlarında ise şirket ortaklarının cari hesap yoluyla şirket kaynaklarını kullanmasını örtülü kazanç olarak kabul etmiştir. Danıştay 3. Daire'nin 28.05.2003 tarih ve E.2000/2317, K.2003/3286 sayılı kararında *“Bankadan alınan ihracatlı döviz kredisinin bir kısmını faiz almaksızın şirket ortağına kullandıran davacı kurumun örtülü kazanç dağıttığının kabulü gerekir.”*²² görüşü bildirilmiştir. Danıştay 4. Daire'nin 22.12.2001 tarih ve E.2000/1069, K.2001/3942 sayılı kararında da, *“Kendi ticari faaliyetinde kullanarak gelir sağlayacağı nakdini iştiraki bulunduğu bir başka şirkete faiz talep etmeden vermesinin iştirakine dolaylı olarak örtülü kazanç dağıttığı anlamına geleceği....”* yönünde görüş bildirmiştir (Koyuncu, 2005a: 199).

Dolayısıyla ortaklar cari hesabının yıl sonunda borç bakiyesi vermesi halinde, bakiye tutarına belli oranda faiz uygulanması suretiyle elde edilecek tutarın, şirket bu borç bakiyesi için faiz tahakkuk ettirmemiş ise hepsinin, faiz tahakkuk ettirmekle birlikte hesaplanan tutardan az ise aradaki farkın örtülü kazanç dağıtımını olarak nitelendirilmesi gerekecektir.

Konu KDV açısından değerlendirildiğinde ise şu sonuca varılabilir; *“Ticari, zirai, sınaî faaliyet ve serbest meslek faaliyeti çerçevesinde yapılan teslim ve hizmetler KDV'ye tabidir.”* (KDVK, md. 1/1). İlgili madde ışığında söylenebilir ki şirketin ortaklarına borç para vermesi anılan hüküm gereği şirketin sunmuş olduğu bir finansman hizmetidir. Dolayısıyla işlem KDV'nin konusuna girmektedir (Sönmez ve Ayaz, 1997: 58).

e) Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtabilecek Kurumlar

5520 sayılı KVK'nın kanunen kabul edilmeyen indirimler başlığını taşıyan 11/1 maddesinde *“Kurum kazancının tespitinde aşağıdaki indirimlerin yapılması kabul edilmez.”* denilerek aynı maddenin (c) bendinde, *“Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazançlar”* ifadelerine yer verilmiştir. Kanunun 13/1 maddesinde ise, *“Kurumlar ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım satımında bulunursa kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır.”* ifadeleri yer almaktadır.

²² [http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi\(14.04.2006\)](http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi(14.04.2006)).

Bilindiği üzere kurumların kurumlar vergisi mükellefiyeti vardır. KVK’da kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunan kurumlar sayılmıştır. Bunlar; sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu müesseseleri, dernek ve vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarıdır (KVK, Md.1).

Gerek 11. maddenin birinci fıkrası, gerekse 13. madde dikkatlice incelendiğinde görülmektedir ki her iki maddede de birbirleri ile örtüşecek şekilde “kurum” ifadesine yer verilmiştir. Bu durumda kurumlar vergisi mükellefiyeti bulunan kurumların transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi kapsamında olduğu sonucuna varılabilir.

5422 sayılı KVK döneminde ise bu konu üzerinde en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Bunun nedeni ise ilgili yasal düzenlemedir. 5422 sayılı KVK’nın, 5520 sayılı KVK’da ki 11. maddesine karşılık gelen 15. maddesinde “*Kurum kazancının tespitinde aşağıda sayılan indirimlerin yapılması kabul edilmez.*” hükmü yer almaktadır. Dikkat edilirse her iki KVK’nın ilgili maddelerinde (11 ve 15. maddeleri) kurum ifadesi örtüşmektedir. Ancak 5422 sayılı KVK’nın 15. maddesinin üçüncü fıkrasında örtülü kazançla ilgili olarak sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazançların kurum kazancının tespitinde dikkate alınmayacağı öngörülmüştür. Oysaki 5422 sayılı KVK’nın örtülü kazancı tanımladığı ve örneklendirdiği 17. maddesinde “şirket” tabiri kullanılmış, 15. maddesinde ise sadece sermaye şirketleri için dağıtılan kazançların indiriminin mümkün olmadığı öngörülmüştür. Bu durum kurumlar vergisi mükellefi olmakla beraber sermaye şirketi olmayan kurumların müessese karşısındaki durumunu tartışmalı bir zemine kaydırmıştır.

Daha önce de belirtildiği üzere vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın açık olmadığı hallerde vergi kanunları hükümleri konuluşundaki maksat, hükümlerin kanun yapısındaki yeri ve diğer maddelerle olan bağlantısı göz önünde tutularak uygulanır. Dolayısıyla vergi kanunları açısından bir yorum yapılacağı zaman lafzın açık olmaması gerekir. Lafzın açık olduğu durumlarda ise lafza göre hareket etmek gerekir. 5422 sayılı KVK’nın 15/3 maddesi sadece sermaye şirketleri ifadesine yer verdiği için uygulama tüm kurumlar vergisi mükellefleri açısından bağlayıcılık teşkil etmez (Arpacı, 2005: 117).

Öte yandan bu durum bir başka sakıncalı sonucu ortaya çıkaracaktır. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi bir vergi güvenlik müessesesidir. Kurumun kazancını veya varlığını ortaklardan bir veya bir kısmına diğer ortaklara zarar verecek şekilde aktarılmasını önlemeyi amaçlar. Bu açıdan bakıldığında müessese, sermaye şirketi dışındaki kurumlar vergisi mükelleflerine örtülü kazanç dağıtma olanağı sağlamış olacaktır. Bu durum müessesenin getiriliş amacıyla bağdaşmayacaktır (Arpacı, 2005: 118).

Hesap Uzmanları Kurulu Danışma Komisyonunun konuyla ilgili 25.09.1998 tarih ve 287/2 sayılı kararındaki görüşü şu şekildedir. “Örtülü kazanç dağıtımı 5422 sayılı KVK’nın 15/3 maddesinde belirtildiği gibi yalnızca sermaye şirketleri için geçerlidir. Sermaye şirketleri dışındaki kurumların örtülü kazanç dağıtımları halinde genel hükümlere göre işlem yapılması gerekir.” (Kızılot, 2002b: 10). Konu transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi ile en çok karşı karşıya kalan kooperatifler ve iş ortaklıkları açısından tartışmalıdır.

ea) Kooperatifler Ve Örtülü Kazanç

Kooperatifler; meslek, sanat veya mesleki ihtiyaç ve muamelelerin karşılıklı muavenet ve kefalet sayesinde tedarik ve ifa edilmesi maksadıyla teşkil edilen ve sermayesi miktarıyla ortaklarının sayısı muayyen olmayan şirketlere denir (Keleci, 2006: 98).

Kooperatiflerin özellikle ortaklarla veya ortak olmayanlarla gerçekleştirdikleri işlemlerin örtülü kazanç müessesesi karşısındaki durumu 5520 sayılı KVK ile daha da netleşmiştir. Çünkü 5422 sayılı KVK açısından, kooperatifler bir sermaye şirketi olmadığından her ne kadar kanunun ruhuna uygun olmasa da örtülü kazanç dağıtabilecek kurumlar arasında belirtilmemiştir. Ancak bu durum kooperatiflerin örtülü kazanç özelliği taşıyan bir işleminin değerlendirilemeyeceği anlamına gelmemelidir. Zira Ankara Defterdarlığının B. 07.0.Gel.0.50/5006-180 sayılı muktezasında;

“... adı geçen kooperatifin bağlı bulunduğu üst birliğin merkezinde bulunan büronun bedelsiz olarak üye kooperatife kiralanması işleminde 5422 sayılı KVK’nın 17/2 maddesinin uygulanıp uygulanmayacağı hususuna, işleme taraf olan kooperatifin fiilen yapmış olduğu faaliyetler dikkate alınarak karar verilmesi gerekir. Kooperatifin fiilen yapmış olduğu faaliyetin kooperatifler kanunun öngördüğü amaç ve kapsamla sınırlı olması halinde bunlar hakkında 5422 KVK’nın 17-2 maddesinin uygulanmaması, ancak şeklen kooperatif statüsü içerisinde kalmakla

birlikte fiilen gerçek bir ticari işletme gibi faaliyet gösteren, kazancını ortaklarına paylaştıran kooperatifler hakkında ise anılan hükmün tatbiki gerekir.” ifadeleri yer almıştır (Kelecı, 2006: 102).

Kooperatiflerin 5422 sayılı KVK döneminde örtülü kazanç şüphesi uyandıran fiilleri nasıl değerlendirmekteydi? Böyle bir durumda, kooperatiflerin örtülü kazanç hükümleri açısından bir sonuç ifade etmeyen fiillerinin, GVK'nın ticari kazanç hükümleri içerisinde kavranması gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Çünkü kurumların elde ettiği kazançlar GVK'nın ticari kazanç hükümlerine de tabidir.

eb) İş Ortaklıkları Ve Örtülü Kazanç Dağıtımını

İş ortaklıkları; sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu müesseseleri, dernek, sendika, vakıf ve cemaatlerin kendi aralarında şahıs ortaklıkları veya gerçek kişilerle belli bir işin birlikte yapılmasını müştereken taahhüt etmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurulan ortaklıklardır (Yalçın, 1991: 48).

İş ortaklıkları, örtülü kazanç kapsamına girecek muameleleri en fazla yapan kurumlar arasında yer almaktadır. Ancak bu konu tıpkı kooperatiflerde olduğu gibi 5520 sayılı KVK açısından rahatlığa kavuşmuştur. Yani iş ortaklıkları da örtülü kazanç dağıtımını yapacak kurumlardan biridir. Konu 5422 sayılı KVK döneminde ise üzerinde çokça tartışılan bir durum olmaktan kurtulamamıştır.

İş ortaklığı, 5422 sayılı KVK'da 1986 yılından itibaren yer almıştır. İş ortaklığı, devamlılık arz eden veya aynı nitelikte olan işler için değil belirli bir sürede bitecek iş için kurulacak ve tam mükellefiyete tabi olacaktır. Ortaklarından en az birinin kurumlar vergisi mükellefi olması gerekir ve genellikle yıllara sari inşaat işleri için kurulurlar. Bu tür işlerde kar veya zarar tespiti işin bittiği yılda yapılır ve süre gelen yıllarda örtülü kazanç eleştirisi yapmak bu açıdan herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Ayrıca kanun koyucu iş ortaklığı müessesini kurumlar vergisine yerleştirirken örtülü kazanç hükümlerinde herhangi bir değişikliğe gitmemiş ve şirket lafzını değiştirmemiştir. Bu durumu kanun koyucu bilinçli olarak tercih etmiştir. Aksini düşünmek kanun yaratmak anlamına gelecektir. Bu nedenle 5422 sayılı KVK açısından iş ortaklıkları örtülü kazanç müessesesi kapsamında değildir (Koyuncu, 2005a: 162).

Tüm bu açıklamalar önemli bir noktayı işaret etmektedir. 5422 sayılı KVK döneminde örtülü kazanç müessesesi açısından istisnai durumlar haricinde ilişki kurulmayan sermaye şirketleri dışındaki kurumlar vergisi mükellefleri, 5520 sayılı kanun açısından bu kapsama dahil edilmiştir. Bu ise 5520 sayılı KVK açısından önemli bir yeniliktir.

2. Subjektif Unsur

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında, örtülü yolla dağıtılan kurum kazancının kasıt, isteme ve bilerek dağıtma gibi unsurlar göz önünde bulundurularak da incelenmesi gerekir. Çünkü KVK'nın 13/1 maddesinde yer alan *“Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım satımı işlemlerinde bulunursa”* ifadeleri, örtülü yoldan kazanç dağıtım işleminin mükellefin aktif eylemi ile mümkün olabileceğini ortaya koymaktadır. Örtülü yoldan dağıtılan kazanç aktif bir eyleme bağlı olunca mükellefi bu eyleme yönelen irade unsurunun dikkate alınması gerekliliği ortaya çıkmaktadır (Başaran ve Atay, 2001: 174).

KVK'da ödemenin bilerek, istenilerek yapılmasından söz edilmekle birlikte aslında bir kurumun belli kişilerle olan işlemlerinde emsallere uygun hareket etmemesinin ardında bir iradenin olduğu belli edilmektedir. Ancak bu durum transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının illaki vergi kaçırma amacına yönelik olduğunu kanıtlamaz. Yani bu iradenin mutlaka subjektif unsur içinde değerlendirilmesi gerekmez. Çünkü KVK açısından yasaklanan dağıtımın örtülü yoldan yapılması işlemidir. Oysaki transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tek amacı vergi kaçırmak değildir. Örneğin kurumun etkin ortaklarının, etkin olmayan ortak ve kar payı hakkı sahipleri aleyhine haksız kar dağıtımını fazlalığına sahip olabilme amacına yönelik eylemleri olabileceği, bunda borçlar, ticaret ve sermaye piyasası hukuku açısından sorun yarattığı söylenebilir (Türkiş, 1995: 58).

Burada bahsi geçen subjektif unsur, muvazaalı işlemlerin ortaya çıkardığı iradeden farklıdır. Muvazaa müessesesinde irade sahibi vergi ödememe ya da başka sebeplerle doğru olayı görünürdeki olayın arkasına gizlemektedir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında ise olayın gerçek mahiyetini yansıtan iradenin arkasında başka bir irade yoktur. Netice olarak olayın çıkış noktasının, düzenli

ve itinalı bir işletme yöneticisinin gösterdiği irade uyumsuzluğu olduğu göz ardı edilmemelidir.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında, subjektif unsurun değerlendirilmesinde farklı görüşte olan yazarlar da vardır Bu yazarlar özellikle, yükümlünün vergi kaçırma kastının olmadığı ispatlandığı takdirde kanundaki tanımlamaya uygun olsa bile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından bahsedilemeyeceği fikrini savunmaktadırlar (Öncel, 1978: 34).

E) TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ 5520 SAYILI KVK İLE 3065 SAYILI KDVK AÇISINDAN VERGİSEL SONUÇLARI

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin KVK açısından ve KDVK açısından olmak üzere iki tür sonucu vardır. Bu konulara aşağıda kısaca değinilmiştir.

1. 5520 Sayılı KVK Açısından Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Sonuçları

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının vergisel sonucu, örtülü kazanç dağıtımı yapan kurum açısından yapılan harcamanın gider kabul edilmemesidir. Ancak örtülü kazancın muhatabı açısından sonuçları muhatabın vergi kanunları karşısındaki durumu ve dağıtılan kazançla ilgili olarak muhatabın yaptığı işleme göre değişmektedir. Konuyla ilgili literatürde farklı görüşler vardır.

a) Sadece Dağıtımı Yapan Mükellefler Nezdinde Tarhiyat Yapılacağı, Muhataplara Başvurulamayacağı Yaklaşımı

Gelir İdaresinin 5422 sayılı KVK döneminde benimsediği bu görüşü göre transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespiti halinde, dağıtımı yapan şirket bünyesinde tarhiyat yapılmakla yetinilecektir. Çünkü transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin bir vergi güvenlik müessesesi olarak asıl işlerlik kazandığı yer kurumlar vergisinin aşındırılmaya başladığı süreçtir. Ayrıca örtülü yoldan dağıtılan kazancı elde eden açısından ticari kazanç ya da başkaca bir gelir unsuru olarak değerlendirilebilir. Burada eleştiri yapılan durum örtülü yolla dağıtılan tutar olup zaten kanunen kabul edilmeyen gider niteliğindedir. Buna

karşılık örtülü kazanç dağıtılan kişi ya da kurumun elde ettiği gelir gerçek bir işlem neticesinde elde edilmiştir. Bu nedenlerden ötürü örtülü kazanç dağıtımı yapan kurumun yanında bir de muhatabının nezdinde bir tarhiyat yapılmasına gerek yoktur (Işık, 2005: 240).

b) Dağıtımın Muhatabında Tarhiyata Tabi Tutulması Gerektiğini Savunan Yaklaşım

Bu görüşü göre, dağıtımı yapan şirket bünyesinde tarhiyat yapılacağı gibi dağıtımın muhatabında da tarhiyat yapılması gerekir. Bu yaklaşımın dayanakları şu şekildedir. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi ile ilgili düzenlemeler GVK'nın 4108 sayılı kanun ile kaldırılan ortalama kar haddi ve benzeri vergi güvenlik müesseselerinden farklıdır. Diğer vergi güvenlik müesseseleri mükellefin durumunu; yapılması gerekeni yapmamış olarak değerlendirir. Oysa transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında değerlendirmeye konu olan bizzat mükellefin gerçekleştirdiği ve gerçek olan işlemidir.

5520 sayılı KVK'nın 13. maddesinde belirtilen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının daha önce de değinilen subjektif unsuru; kurumun ortaklarla veya ilgili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak işlem de bulunmasıdır. Burada yapılan işlemlerin bilinçli olarak düşük veya yüksek bedelle yapılması işlemin bilerek yapıldığına bir karine teşkil eder. Muhataba intikal eden bir kazanç olduğuna göre muhatabın da vergilendirilmesi gerekmektedir (Özbalcı, 2004: 432).

c) Muhatabın Örtülü Kazancı Beyan Etmesi Ve Hazine Kaybı Bulunmaması Nedeniyle Örtülü Kazanç Dağıtılan Mükellef Nezdinde İşlem Yapılmayacağı Yaklaşımı

Bu görüşü destekleyenlere göre, örtülü kazanç dağıtılan kimse vergi mükellefi ise ve elde ettiği geliri beyan etmiş ise, dağıtımın muhatabı nezdinde bir vergilemeye gerek yoktur. Zira kazancı elde eden bunu beyan etmekle hazine kaybını bertaraf etmiş olacaktır. Çifte vergilendirmenin önlenmesi açısından da doğru olan budur. Hesap Uzmanları Kurulu Danışma Komisyonunun kararı da "*Örtülü kazanç dağıtılan firma kayıtlarında herhangi bir düzeltme yapılmaması gerekir.*" şeklindedir (Koyuncu, 2005a: 256).

d) Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtılan Mükellef
Bünyesinde İlave Tarhiyat Yapılmakla Birlikte Kazancı Dağıtan Kurum
Bünyesinde de Tarhiyat Yapılacağı Görüşü

Hazine zararı gözetmeksizin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtan mükellef için eleştiri getirildiğinde, dağıtımın yapıldığı mükellef için düzeltme yapılması zorunludur. Aksi taktirde aynı konu üzerinden iki kere vergi alınması anlamına gelen çifte vergilendirmeden söz edilecektir. Şirketlerarası bağlantıda göz önünde bulundurulduğunda genel çerçevede mükellefin mağduriyeti söz konusu olacaktır. Bu nedenle dağıtımı yapan firma nezdinde vergileme yapılması, karşı tarafta ise düzeltme yapılması kanunlara uygunluk açısından en makul uygulamadır (Koyuncu, 2005a: 257)

e) 5520 Sayılı KVK Açısından Değerlendirme

Konu 5520 sayılı KVK açısından değerlendirildiğinde özellikle son görüş paralelinde sonuçların benimsendiği görülmektedir. Çünkü 5520 KVK'nın 13/9 maddesinde *“Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç gelir ve kurumlar vergisi yasaları uygulamasında bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibariyle dağıtılmış kar payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacaktır.”* görüşü belirtilmiştir. Bu hükmün getirilmesindeki temel amaç, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı yapan mükellef nezdinde bir eleştiri getirildiği zaman, örtülü kazanç dağıtımı yapılan mükellef nezdinde de bir düzeltme yapılmasını sağlamaktır. Örtülü olarak dağıtılan kazancın kar payı sayılması ile mükellefler bu kar payına ilişkin olarak istisna hükümlerinden yararlanacağından, karşı taraf düzeltmesi bu şekilde işleme taraf olanlar arasında gerçekleşmiş olacaktır. Son olarak transfer fiyatlandırması manipülasyonun işleyişini gösteren aşağıdaki örnek olaylar konunun kavranması açısından faydalı olacaktır.

Tablo 6. Transfer Fiyatlandırmasının İşleyiş Örneği 1 /(\$)

	A Ülkesi (ABC) A\$.	B Ülkesi (BCD) A\$.	Konsolide Tablo
Satış Geliri	1.000.000	1.250.000	1.250.000
Satılan Malın Maliyeti	(600.000)	(1.000.000)	(600.000)
Diğer Giderler	(100.000)	(100.000)	(200.000)
Vergi Öncesi Kar	300.000	150.000	450.000
Kurumlar Vergisi	(150.000)	(30.000)	(180.000)
Vergi Sonrası Kar	150.000	120.000	270.000

Kaynak: Aktaş, 2003: 87

Tablo 6’da görüldüğü üzere, (A) ülkesinde yerleşik (ABC) şirketi yılda 1000 adet televizyon üretimi yapmaktadır. Şirketin bu televizyonları (B) ülkesinde yerleşik olan iştiraki (BCD) şirketi aracılığı ile piyasaya satmaktadır. (ABC) şirketi televizyonların tanesini 1000 \$’dan (BCD) şirketine satmaktadır. (BCD) şirketi de maliyetine %25 kar ekleyerek satmaktadır. (A) ülkesinde kurumlar vergisi oranı %50, (B) ülkesinde ise %20’dir. Bu veriler ışığında ÇUŞ’un konsolide gelir tablosu, tablo 6’daki gibi oluşacaktır. Çuş’lar grubu piyasaya yapılan 1.250.000 \$’lık konsolide satış sonrasında toplam 180.000 \$ konsolide vergi ve 270.000 \$ net kar elde etmiştir. Ancak ÇUŞ’un temel hedeflerinden biri, bu çalışmanın birinci bölümde değinildiği üzere; transfer fiyatını kurumlar vergisi matrahını azaltacak şekilde kullanmaktır. Bu durumda grup içi transfer fiyatı 1000 \$’dan 800 \$’a düşürülür ise ÇUŞ’un konsolide vergi sonrasındaki karında artış görülmektedir. Tablo 7’de görüleceği üzere, (A) ülkesinde üretilen televizyonların düşük vergi oranlarının olduğu (B) ülkesine daha düşük fiyatla satılıp karın büyük çoğunluğunun (B) ülkesinde bırakılması neticesinde ÇUŞ grubunun toplam ödenecek vergisi 180.000 \$’dan 120.000 \$’a düşmüştür.

Tablo 7. Transfer Fiyatlandırmasının İşleyiş Örneği 2 /(\$)

	A Ülkesi (ABC) AŞ.	B Ülkesi (BCD) AŞ.	Konsolide Tablo
Satış Geliri	800.000	1.250.000	1.250.000
Satılan Malın Maliyeti	(600.000)	(800.000)	(600.000)
Diğer Giderler	(100.000)	(100.000)	(200.000)
Vergi Öncesi Kar	100.000	350.000	450.000
Kurumlar Vergisi	(50.000)	(70.000)	(120.000)
Vergi Sonrası Kar	50.000	280.000	330.000

Kaynak: Aktaş, 2003: 87

2. 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu Açısından Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Sonuçları

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin KDV ile olan ilişkisi özellikle, mal veya hizmetin bedelsiz veya emsallere uygun olmayan bir fiyat üzerinden kanunda belirlenen muhataba intikal ettirildiğinde KDV'nin de emsal alınan bedele göre tamamlanması gerekliliği konusunda ortaya çıkmaktadır. Konu özellikle faizler açısından tartışmalıdır.

Konuyla ilgili vergi idaresinin görüşü şu şekildedir. KVK'nın 13. maddesinde belirtilen ilişkilerin bulunduğu durumlarda ödünç olarak verilen para karşılığında alınan faizler üzerinden KDV alınması gerekir. Ayrıca karşılıksız kaynak kullandırılması nedeniyle belli bir faizin alınması gerekir ve bu faiz üzerinden de bir KDV hesaplanmalıdır (Özbalcı, 2004: 448-449).

Danıştay'ın konu ile ilgili görüşü şu şekildedir. Danıştay 9. Daire'nin 23.10.1997 tarih ve E.1996/3270, K.1997/3335 sayılı kararında, “Kurumlar vergisi açısından örtülü kazanç dağıtımında bulunduğu tespit edilen yükümlü şirketin ortaklarına borç para vermesi işlemi KDVK'nın 1. maddesi anlamında ticari faaliyet kapsamında yapılan bir işlem olduğundan KDV'ye tabidir.”²³ görüşü belirtilmiştir. Buna karşılık Danıştay 11. Daire'nin 12.11.1996 tarih ve E.1994/656, K.1995/487 sayılı kararında “Örtülü kazanç uygulamasına konu olan faiz geliri üzerinden KDV istenemez” yönünde görüş

²³ [http://www.turmob.org.tr/danistay-ara\(13.04.2006\)](http://www.turmob.org.tr/danistay-ara(13.04.2006)).

bildirilmiştir. Yine aynı Dairenin E.1998/1200, K.1999/3697 karar sayılı kararında “... aynı holding bünyesi içerisinde faizsiz olarak nakit para kullandırılmasıyla ilgili olarak yapılan örtülü kazanç tarhiyatı üzerinden hesaplanan KDV kabul edilmez.” şeklinde hüküm verilmiştir (Vergi Dünyası, 2002: 178-179).

3. Kurum Kazancını Etkilemeyen Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı dolayısıyla dağıtımı yapan kurum bünyesinde vergileme yapılabilmesi için, dağıtılan örtülü kazancın kurumlar vergisini matrahını azaltmış olması yani mali kar hesaplamalarında indirim unsuru olarak dikkate alınması gerekmektedir. Aksi halde vergi hukuku açısından bir sonuç doğmayacaktır. Nitekim Danıştay Vergi Dava Dairelerinin 25.06.2004 tarih ve E.2004/26, K.2004/82 sayılı kararında “*Davacı kurumun bankadan aldığı kredinin bir kısmını şirket muhasebesi ile ilişkilendirmeksizin ve faiz ve kur farkı gibi masrafları gider kayıtlarına aktarmaksızın ortağına kullandırmasının örtülü kazanç dağıtımı oluşturmayacağı...*”²⁴ yönündeki görüşü olayı net bir şekilde ifade etmektedir.

F) TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMINDA ÖZELLİKLİ DURUMLAR

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi ile ilgili olarak aşağıda yer verilen özellikli durumlar, müessese ile ilgili en çok tartışma yaratan konular olması yönünden önem taşımaktadır.

1. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Vergi Ziyayı Ve Hazine Zararı İlişkisi

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunda gündemde olan tartışmalardan birisi de, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında vergi ziyayı ve hazine zararı ilişkisidir. 5520 sayılı KVK transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı için bazı objektif ölçüler koymuştur. Bu ölçüler aşıldığı takdirde idare başka hiçbir durumu önemsemeden transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını kanıtlamış olur. Bu açıdan bakıldığında transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında hazine zararı kavramını dikkate almaya gerek yoktur (Kurt,

²⁴ [http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi\(26.04.2006\)](http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi(26.04.2006)).

1990: 4). Çünkü transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının yasaklanmış olmasının tek nedeni, vergisel kaygılara dayanmamaktadır. Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının engellenmesi hem vergisel açıdan hem de kurumun küçük ortaklarının menfaatinin korunması açısından fonksiyoneldir (Küçük, 2006: 67–68). Kaldı ki ilgili kanun metninde hazine zararı ile ilgili her hangi bir açıklama yoktur. Bu nedenle transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında hazine zararı olup olmadığı aranmayacaktır.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında bahsi geçen hazine zararı kavramı ile vergi ziyayı kavramları aynı mahiyette değildir. Vergi ziyayı: mükellefin veya sorumlunun vergilendirme ile ilgili ödevlerini zamanında yerine getirmemesi veya eksik yerine getirmesinden dolayı verginin zamanında tahakkuk etmemesi veya eksik tahakkuk etmesidir (VUK, md. 341). Hazine kaybı ise, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını neticesinde kazanç dağıtımında bulunan şirket nezdinde oluşan vergi kaybının, kazancı elde eden kişi ya da kurum bünyesinde vergilendirilmez ya da vergilendirilmekle birlikte asıl vergilendirilmesi gereken mükellefe göre miktar olarak eksik verilirse hazine kaybından bahsedilecektir (Türkiş, 1995, 60). Bu tanımlamalardan da anlaşılacağı üzere hazine kaybı kavramı, vergi ziyayı kavramından çok daha geniş bir anlama sahiptir. Hazine kaybının olduğu her işlemde vergi ziyayından söz edilebilir. Ancak vergi ziyayının var olduğu her işlemde hazine kaybından söz edilemez.

Konuyla ilgili literatürde yer alan bir diğer görüşe göre ise, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında hazine kaybı dikkate alınması gereken bir husustur. Bu görüşe göre, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımının tespitinden sonra, örtülü olarak aktarılan kazançla ilişkin vergi yükünün hazineye intikal edip etmediğinin de tespiti gerekmektedir. Eğer örtülü olarak aktarılan kazançla ilişkin vergisel yükümlülükler, bu kazancın aktarıldığı mükellef tarafından yerine getirilmiş ise örtülü kazancı aktaran mükellef adına herhangi bir tarhiyat yapılmamalıdır (Koyuncu, 2005a: 246). Bu görüşe destekleyen Danıştay kararları da mevcuttur.

Danıştay 4. Daire'nin 19.10.1988 tarih ve E. 1987/4703, K.1988/3511 sayılı kararında; “ *Tam mükellefiyete tabi iki kurum arasındaki örtülü kazanç uygulamasında*

vergi ziyai unsurunun meydana gelip gelmediği, iki kurumun ödediği veya ödemesi gereken vergiler dikkate alınarak değerlendirilmelidir.” görüşü belirtilmiştir (Sönmez ve Ayaz, 1995: 89).

Bir diğer karar da ise şu şekilde ifadelere yer verilmiştir. Danıştay 4. Daire'nin 23.02.1994 tarih ve E.1992/4441, K.1994/1057 sayılı kararında; *“Holdinge bağlı şirketlerin biri lehine hesaplanan faizin diğer şirketin giderlerini teşkil ettiği ve kurumlar vergisinin de artan oranlı bir vergi olmaması nedeniyle vergi kaybundan söz edilemeyeceği ve örtülü kazanç dağıtımının kabul edilemeyeceği”* belirtilmiştir (Koyuncu, 1999b: 61).

Danıştay'ın bu yöndeki kararlarına getirilecek en temel eleştiri, ilgili kanunun (KVK madde 13) lafzıdır. Zira yukarıda da belirtildiği gibi kanunun lafzı açıktır ve hazine kaybı ile ilgili bir araştırma yapılmasını öngörmemektedir. Ayrıca ilgili müessesesi, kurumlar arasında mutlak veya dönemsel vergi kaybını önlemeye yönelik olarak getirilen bir vergi güvenlik müessesesi değildir. Bu müessese, incelemeye konu olan kurumda, kurumlar vergisi matrahının kısmen veya tamamen beyan dışı bırakılmasını engellemek için getirilmiş bir vergi güvenlik müessesesidir. Yargı kararlarının dayanak noktası olan, bir mükellefin beyanına girmesi gereken bir gelir unsurunun başka bir mükellef tarafından aynı dönemde beyan edilmiş olması, gelir unsurunun gerçek mükellefi ile olan ilişkisini de ortadan kaldırmaktadır. Nitekim aşağıdaki Danıştay kararı özetinde de hazine zararı kavramının araştırılmaması anlamına gelen ifadeler yer almaktadır. Danıştay 3. Daire'nin 19.06.1996 tarih ve E.1996/952, K.1996/2396 sayılı kararında;

“5422 sayılı KVK'nın 17/1 maddesinin hangi hallerde kısmen ya da tamamen örtülü kazanç dağıtımının gerçekleşeceğini belirttiği, 15/3. maddesinde ise, kurum kazancının tespitinde sermaye şirketlerince dağıtılan örtülü kazancın kurum kazancından indirilemeyeceğinin açıklandığı, kamu düzeninin de korunması amaçlandığından örtülü kazancın mevcudiyeti açısından hazine zararının bulunmasının araştırılmayacağı gibi, kendisine örtülü kazanç sağlanan diğer kurumun bu örtülü kazancı beyan etmiş olması da örtülü kazanç dağıtan kurum hakkında matrah farkı tespiti ile tarhiyat yapılmasına engel olunamayacağı....” ifadelerine yer verilmiştir (Koyuncu, 1999b: 63).

Sonuç olarak söylenebilir ki; transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı işleminde hazine zararının aranıp aranmayacağı tartışmalıdır. Kanun metninde,

hazine zararının aranması gibi bir koşul bulunmamaktadır. Unutulmamalıdır ki transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını müessesesinin amacı, hazine kaybının önlenmesinin yanında şirketin mal varlığını da korumaktır. (Kahraman, 2005: 99). Bu durumun aksini iddia etmek, kazancın aslen elde edildiği yerde ve elde eden mükellef nezdinde vergilendirilmesi, vergi yükünün asıl mükellefe ait olması ilkesine ve vergi ziyanının mükellef bazında takip edilmesi esasına da aykırılık teşkil edecektir. Konuyla ilgili Hesap Uzmanları Kurulu Danışma Komisyonunun 5422 sayılı KVK dönemindeki 25.09.1998 tarih ve 287 sayılı kararı şu şekildedir.

“Danıştay’ın son yıllarda ki birçok kararında örtülü kazanç dağıtımından söz edilebilmesi için hazine zararının olup olmadığının araştırılması gerektiği, hazine zararının bulunmaması halinde örtülü kazanç dağıtımından söz edilemeyeceği belirtilmektedir. Konuyla ilgili Danışma Komisyonumuzun iki görüş bildirmektedir.

Örtülü kazanç dağıtımı konusunda hazine zararının bir koşul olarak aranmaması gerekir. Çünkü;

- *KVK’da hazine zararı ile ilgili yasal bir düzenleme yoktur.*
- *Örtülü kazanç müessesesi kurum kazancının her ne şekilde olursa olsun aşındırılmamasını amaçlar. Bu nedenle müessese çerçevesinde örtülü kazanç olayını gerçekleştiren yani kazancını bu yolla düşük gösteren firmanın konuya ilişkin işlemlerinin hazine zararı kıstası aranmaksızın eleştirisi konusu yapılması gerekir.*
- *Örtülü kazanç dağıtan ve dağıtılan kurumlar birlikte değerlendirilerek hazine zararı olgusunun aranması durumunda, kazancın elde edildiği mükellefte değil örtülü kazanç dağıtılan diğer bir mükellefte değerlendirilmesi söz konusu olacaktır. Bu durum mevcut vergilendirme tekniği açısından doğru değildir.*
- *Örtülü kazanç dağıtımında gerçek bir işlem vardır. Bu işlem neticesinde dağıtılan kazanç kanunen kabul edilmeyen gider niteliğindedir. Karşı taraf açısından ise elde edilen gelir vergiye tabidir. Bu gelirin beyan edilmesi ve vergisinin ödenmesi beraberinde mükerrerliği getirmez.*

İkinci görüşe göre ise hazine zararının bir koşul olarak aranması gereklidir. Çünkü;

- *Kurumlar vergisi matrahını aşındıran bu işlem, aynı yılda bu kazıcı elde eden tarafından kurumlar vergisi matrahına dahil edilerek vergilendirilmişse veya vergilendirilebilir durumda ise bu olaya konu işlemin vergi kaçırılmaya yönelik hile unsuru taşımadığı kabul edilerek söz konusu işlem eleştirilmemelidir.*
- *Örtülü kazanç dağıtımının varlığından söz edebilmek için vergi ziyanının varlığı yeterli değildir. Olayda mutlaka hazine kaybının olması gerekir. Hazine kaybı işleme taraf olan her iki şirketin bir arada değerlendirilmesi ile saptanır. Diğer taraf ilgili işlemin vergisini üstlenmişse hazine zararının varlığından söz edilmemelidir.*
- *Kurumlar vergisinin düz oranlı bir vergi olması vergi kaybının tespitini kolaylaştırmaktadır. Bağlı şirketler arasında ki işlemler sonucunda şirketler birlikte değerlendirildiğinde bir vergi kaybı yoksa ilave tarhiyata gerek yoktur.”*

Kurulun yapmış olduğu oylamada yukarıda yer alan görüşlerin birincisi kabul edilmiştir. Yani müessese kapsamında hazine zararının araştırılmasına gerek yoktur.

2. Serbest Bölgeler Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

Serbest bölgeler; ülkenin siyasi sınırları içinde olmakla beraber gümrük hattı dışında sayılan, ülkede geçerli ticari, mali ve iktisadi alanlara ilişkin hukuki düzenlemelerin uygulanmadığı veya kısmen uygulandığı ve ticari faaliyetler için geniş teşviklerin tanındığı, fiziki olarak ülkenin diğer kısımlarından ayrılan yerler olarak tanımlanabilirler (Akbulut, 2004: 110).

Konunun transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ile ilişkilendirilmesi özellikle, 06.02.2004 tarihine kadar serbest bölgelerin tüm vergi kanunlarının uygulama sahası dışında kalması ve denetim yetkisinin kullanılmaması ile gündeme gelmiştir. Çünkü serbest bölgeler 06.02.2004 tarihinden itibaren sadece gümrük ve kambiyo mevzuatlarının uygulanmadığı alanlar haline dönüşmüştür.

Dolayısıyla transfer fiyatlandırılması yolu ile ya da ülkedeki merkezde yüksek ücretle çalışanların serbest bölgelerdeki şubelerde çalışıyor gibi gösterilmeleri ile gelir, kurumlar vergisi ve stopajı unsurlarının vergi ziyanına yol açabileceği ve bunların şirketlere sorun yaşatabileceği açıktır (Kırıktaş, 2005a: 152). Peki, serbest bölgelerdeki bu tür muvazaalı işlemlerin sebebi nedir? Bu sorunun cevabı; serbest bölgelerdeki mükelleflerin kendilerine tanınan teşviklerle yetinmeyip bu bölgeler aracılığı ile gayri yasal işlemlerle ülke içindeki matrahı aşındırmak istemeleridir.

Serbest bölgelerdeki bu tür işlemler ya transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı şeklinde ya da yüksek ücretlerin stopajsız bırakılması şeklinde olabilir (Kırıktaş, 2005a: 154). Özellikle serbest bölgedeki şubenin merkeze döviz, YTL üzerinden borç vermesi ve bu borç için faiz ya da kur farkı hesaplaması sırasında transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç emareleri ortaya çıkabilir. Diğer taraftan doğrudan serbest bölgede satılan mallara ya da sunulan hizmetlere bağlı olarak doğmuş kur farkı, vade farkı ya da fiyat farkları ticari teamüllere uygun olarak işlem gördüğü takdirde, ülke içinde bu mal ve hizmetleri gerçekten satın alan merkez şirket dahil her firma tarafından gider kaydı yapılabilir (Kırıktaş, 2005b: 136).

Ancak tekrar belirtmekte fayda var ki, serbest bölgelerde yapılan faaliyetlerin transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç kapsamında nitelendirilebilmesi için diğer şartlarında mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir. Nitekim Danıştay 4. Daire'nin 20.01.2003 tarih ve E.2002/1779, K.2003/128 kararının özetinde;

“Kurumun kendisinin doğrudan ithalat yapması halinde daha ucuza temin edebileceği emtiayı muvazaalı olarak serbest bölgede vergiden muaf olarak kurduğu ve yönetim ve denetiminde etkili olduğu bir firmadan yüksek bedelle satın alarak karını azalttığı iddiasıyla matrah farkı bulunması olayında, benzer işi yapan başka firmalarla mal alış maliyetleri yönünden bir kıyaslama yapılarak maliyetlerin yüksekliği hususu somut olarak ortaya konulmadığından tarhiyat yapılmaz.” şeklinde görüş bildirilmiştir (Işık ve Çankaya, 2005: 65).

Sonuç olarak, serbest bölgelerle ilgili olarak özellikle transfer fiyatlandırılması ve ücret ödemeleri yoluyla yapılan muvazaalı işlemler eleştiri konusu yapılırken serbest bölgelerden beklenen ekonomik amaçlarda göz önünde bulundurulmalıdır. Serbest bölgelerin kötüye kullanımının engellenmesi muhakkaktır. Ancak bu noktada ölçülü olmak büyük yararlar sağlayabilecektir.

3. Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Ve Holding Şirketler

Holding şirketlerin, transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtım konusunda dikkati çeken ilk fiilleri; bağlı şirketler arasında ki nakit akımının koordinasyonunu sağlamak amacıyla, nakit fazlasını bünyesinde toplamak veya banka kredisi kullanmak suretiyle finansman sıkıntısına düşen şirketlere borç verme işlemine girişmeleridir. Zira holding şirket ile bağlı şirket arasındaki borç alış verişi normal şirketlerden daha fazla dikkat çekmektedir (Kızılot, 2000: 1751–1752).

Bu noktada yorum getirebilmek için olayın niteliğinin iyi saptanması gerekir. Şayet yüklenilen finansman yükü aynen borç verilen şirkete aktarılıyorsa transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımından bahsetmek mümkün değildir. Burada örtülü kazanç dağıtımının önemli bir unsuru ortaya çıkmaktadır. Bu unsur, öz kaynaktan ya da yabancı kaynaktan sağlanan finansmanın diğer şirkete faiz almadan aktarılmış olması veya çok yüksek faizle verilmesidir. Örneğin öz kaynağı, belli bir dönem için işletme ihtiyacının üzerinde fazlalık veren bir şirket, holdinge bağlı bir diğer

şirkete bu kaynağı bedelsiz olarak kullandırırorsa örtülü kazanç dağıtımından söz etmek mümkün olacaktır (Uçar, 1986: 63).

Yargının konuyla ilgili kararları ise farklılık arz etmektedir. Örneğin; Danıştay 4. Daire'nin 25.05.1999 tarih ve E.1998/2530, K.1999/2222 sayılı kararında “*Şirketler arasında faizsiz olarak kaynak kullanılması halinde örtülü kazanç dağıtımından söz edilemez.*” ifadesi yer almıştır (Kızılot, 2002a: 627). Yine aynı Dairenin 11.01.1999 tarih ve E.1989/144, K.1990/1057 sayılı kararında “(A) AŞ.’nin üretim maliyetlerinin yüksek olması nedeniyle hissedarı olduğu (B) AŞ.’nin piyasadaki fiyattan daha yüksek fiyatla mal satması örtülü kazanç dağıtımı yapıldığını ifade etmez.” şeklinde görüş bildirmiştir (Yalçın, 1995: 46).

Danıştay’ın aksi yöndeki görüşlerini belirten kararları ise şu şekildedir; Danıştay 4. Daire'nin 22.10.2001 tarih ve E.2003/1069, K.2001/3942 sayılı kararında “*Kendi ticari faaliyetinde kullanarak gelir sağlayacağı nakdini iştiraki bulunduğu bir başka şirkete faiz talep etmeden vermesinin iştirakine dolaylı olarak örtülü kazanç dağıttığı anlamına geleceği.*” görüşü savunulmuştur. Aynı yöndeki bir başka kararda Danıştay 4.Daire'nin 26.02.1994 tarih ve E.1992/3670, K.1994/1141 sayılı kararıdır. Bu kararda “*Bankalardan kredi alan şirketin bu krediyi aynı şirketler grubuna dahil bir başka şirkete kullandırması olağan olmakla birlikte, bu kullandırma için faiz veya komisyon tahakkuk ettirilmemesinin örtülü kazanç dağıtımı olduğu...*” belirtilmiştir (Akbulak ve Koray, 2003: 141).

4. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Zamanaşımı

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında vergilemenin hangi dönemde yapılacağına ilişkin iki farklı görüş vardır. İlk görüşe göre, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında; matrah gereksiz yere şirketin bünyesinden çıkarılan varlıklardan elde edilecek getiriden mahrum kalınması ve gereksiz yere şirket dışına çıkarılan varlıkların maliyet olarak görülmesi yoluyla azaltılması suretiyle iki şekilde aşındırılmaktadır. Bu durumda vergilendirme her bir ihtimale göre ayrı ayrı cereyan edecektir (Yıldırım ve Kolotoğlu, 2003: 170–171).

İkinci görüşü savunanlara göre ise; müessese kazancın örtülü yollardan dağıtılmasını değil kurum matrahının aşındırılmasını sorgular. Yani kazancı dağıtan mükelleflerin bu dağıtımı sonuç hesaplarına intikal ettirdiği döneme göre işlem yapılması gerekir (Koyuncu, 2003: 103). Bu durum ise transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinde zamanaşımı başlangıcının, örtülü yoldan dağıtılan kazancın kurum kazancını etkilediği yılı takip eden yıldan itibaren başlamasını ve beşinci yılın sonunda dolmasını gerektirir.

5. Sermaye Artırımları Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

Sermaye artırımları, hukuki bir tanımdan ziyade iktisadi hayatın getirisi ya da pratiği olarak düşünülebilir. Amaç iktisadi hayatın getirdiği sorunları aşmak ve şirketlerin içinde bulunduğu zor durumları bertaraf etmektir. Sermaye artırımını gerçekleştirilmeden önce ortakların bedelli sermaye artırımları ile doğacak sermaye taahhütlerine karşılık olmak üzere ortaklığa aktardıkları kaynak, sermaye artırım avansı olarak tanımlanabilir (Işık, 2005: 238). Ancak ortağın sermaye artırımından sonra da kaynak aktarmaya devam etmesi transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı şüphelerinin başlamasına neden olacaktır. Nitekim Danıştay 4. Daire'nin 17.02.2005 tarih ve E.2004/1777, K.2005/238 sayılı kararında;

“Davacının ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu şirketlere; sermaye artırımından önce kaynaklarını kullandırmaya başlaması, sermaye taahhüdünden fazla kaynak aktarması, sermaye artırımına sonrada devam etmesi ve ilgili dönemde sadece davacı şirketin kar beyanında bulunması nedeniyle olayda kazancın örtülü olarak dağıtıldığı...”²⁵ yönünde görüş belirtilmiştir.

6. Özel Finans Kurumları Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı

Özel Finans kurumları, kendileri ile çalışan firmalara ya da kişilere İslami kurallara uygun olarak faizsiz borç vermektedirler. Bu tür borçlanmalara Karz-ı Hasen yani yararlı borçlanma adı verilmektedir (Koyuncu, 2005a: 330). Bu açıdan bakıldığında özel finans kurumlarının nemasız olarak Karz-ı Hasen şeklinde fon kullandırması diğer şartlarında varlığı halinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilecektir.

²⁵ [http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi\(22.04.2006\)](http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankasi(22.04.2006)).

7. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler

Kurumların, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal teslimleri veya hizmet ilişkilerinde bulunması ve bundan bir kazanç elde etmesi kısmen veya tamamen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilecektir. Bu maliyete katlanan kurum açısından ise yapılan gider kanunen kabul edilmeyen bir niteliktedir.

Vergi kanunları açısından yapılan bir giderin hasılattan indirilebilmesi için bazı özelliklere sahip olması gerekmektedir. Yapılan harcama ile kazancın elde edilmesi veya idamesi arasında illiyet bağı olması, yapılan giderin kazancın elde edilmesi için yapılması, yapılan gider karşılığında gayri maddi bir kıymet iktisap edilmemiş olması, harcamanın yapıldığı gelir doğurucu olayın vergiye tabi bulunması bu özelliklerden birkaçıdır (Tuğlu, 2006: 64). Ancak konu transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında farklılık arz etmektedir. Çünkü yapılan gider yukarıdaki özellikleri taşıyan bir gider olsa dahi 5520 sayılı KVK'nın 13. maddesi uyarınca kabul edilmeyecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK VERGİ SİSTEMİNDE VERGİ GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK UYGULANAN ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ ULUSLARARASI UYGULAMALAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. BİR VERGİ GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

Bu bölümde örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı vergi güvenlik müessesesi olarak ele alınmıştır. Çünkü her iki müessese de Türk vergi sisteminde yer alan en önemli vergi güvenlik müesseselerindedir. Ayrıca hem örtülü sermayenin hem de transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseselerinin 5422 ve 5520 sayılı KVK'lar açısından bir karşılaştırılması yapılmıştır.

A) ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI MÜESSESELERİNİN 5422 VE 5520 SAYILI KVK'LAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Bu bölümde şu ana kadar yapılan açıklamalar ışığında hem 5422 sayılı KVK, hem de 5520 sayılı KVK açısından her iki müessesenin başlıklar halinde bir karşılaştırması yapılmıştır. Bu karşılaştırma özellikle konunun bir bütün olarak anlaşılabilmesi için özet niteliğindedir.

1. 5422 Sayılı KVK Ve 5520 Sayılı KVK'nın Örtülü Sermaye Açısından Karşılaştırılması

Bugüne kadarki uygulamaları ve içerdiği belirsizlikler ile tartışmalara neden olan örtülü sermaye müessesesi 5520 sayılı KVK ile yeniden düzenlenmiştir. Uluslararası temel uygulamaları baz aldığı görülen bu düzenlemede, ortaklardan ve ortakların ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak yapılan borçlanmaların, ilgili mali yıl içinde herhangi bir tarihte özsermayenin 3 katını aşan kısmı örtülü sermaye sayılmaktadır. Ortaklarla ilişkili kişi kavramı 5520 sayılı yeni KVK'da açıkça tanımlanmış ve 5422 sayılı KVK'daki "vasıtalı-vasıtasız şirket ilişkisi" ve "sıkı bir iktisadi ilişki" gibi yoruma açık ifadelerle yer verilmemiştir (Vural ve Selim, 2006: 86).

Yeni KVK açısından borçlanmanın örtülü sermaye sayılabilmesi için işletmede devamlı olarak kullanılma koşulu araştırılmayacak, ortak veya ortaklarla ilişkili kişilerden alınan borcun herhangi bir tarihte kurumun özsermayesinin 3 katını aşması yeterli olacaktır. Ayrıca 5422 sayılı KVK'dan farklı olarak örtülü sermaye uygulaması sadece borcun aşan kısmı için geçerli olacaktır.

5422 sayılı KVK uygulandığı dönemde en çok tartışılan konu olan emsal kurum kıyaslaması yeni düzenleme ile terkedilmiştir. Yeni KVK'da borç/özsermaye konusunda objektif bir kriter ortaya konması emsal kurum tespiti gibi bir mecburiyeti de ortadan kaldırmıştır. Ayrıca yeni düzenlemede özsermayenin, kurumun VUK uyarınca tespit edilmiş hesap dönemi başındaki özsermayesini ifade ettiği belirtilmiş ve böylece 5422 sayılı KVK'nın hangi özsermaye tanımının örtülü sermaye tespitinde esas alınacağı hususunda taşıdığı belirsizlik de ortadan kaldırılmıştır (Vural ve Selim, 2006: 87).

Tablo 8'de ödenen veya hesaplanan kur farkı hariç faiz vb. giderler açısından yapılan karşılaştırma bölümünde görülmektedir ki 5520 sayılı KVK son derece açıklayıcı ifadelerle yer vermiştir. Zira yeni KVK açısından ödenen veya hesaplanan faizlerin yanında faiz benzeri ödemeler de örtülü sermaye kapsamında değerlendirilecektir. Kanun maddesinde kullanılan "vb. giderler" ifadesi müessesenin bu bölümüne genişletici bir yorum katmaktadır. Ayrıca kur farkları açık bir şekilde

kapsam dahilinden çıkarılarak, 5422 sayılı KVK dönemindeki önemli bir tartışma konusu ortadan kaldırılmıştır.

Yeni düzenleme çerçevesinde örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farkı hariç faiz vb. ödemeler, gelir ve kurumlar vergisi uygulamasında borçlu kurum açısından dağıtılan, alacaklı olan ilişkili kişi açısından ise elde edilen veya dar mükellefiyette ana merkeze aktarılan kar payı olarak yeniden düzenlenmiştir. Zira çifte vergilendirmeyi önlemek için faiz vb. geliri elde eden ilişkili kişi nezdinde daha önce yapılan vergileme işlemi buna göre düzeltilecektir. Oysaki 5422 sayılı KVK döneminde alacaklı olan ilişkili kişi açısından herhangi bir düzeltme öngörülmemiştir. Bu durumun ise çifte vergilendirmeye sebep olduğu açıktır.

Sonuç olarak söylenebilir ki, örtülü sermaye müessesesi ile ilgili olarak yeni KVK'da yer alan düzenlemeler, 5422 sayılı KVK dönemindeki subjektif temelli düzenlemelerin olumsuz yönlerinin minimuma indirilmesi açısından atılmış olumlu bir adımdır. Yeni düzenleme, 21.06.2006 tarihinde kanunlaşmasına rağmen 01.01.2006 yılından sonraki borçlanma işlemleri için de uygulanacaktır.

Tablo 8: 5422 Sayılı KVK Ve 5520 Sayılı KVK'nın Örtülü Sermaye Açısından Karşılaştırılması

Örtülü Sermaye (Eski Hüküm)	Örtülü Sermaye (Yeni Hüküm)
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Şirket ortaklarından ve bağlantılı şirket ve kişilerden alınan borçlar, ➤ Şirkette devamlı olarak kullanılırsa ➤ Borcun özsermayeye oranı emsaline göre bariz farklılık gösterirse ➤ Borçlanma örtülü sermaye sayılır. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Kurumların ortaklarından ya da ortaklarla ilişkili olan kişilerden, ➤ Doğrudan veya dolaylı olarak temin edilen ve işletmede kullanılan borçların ➤ Hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun özsermayesinin 3 katını aşan kısmı örtülü sermaye kabul edilir.
Örtülü Sermaye (Sonuç)	Örtülü Sermaye (Sonuç)
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Borç örtülü sermaye ise, hesaplanan-ödenen kur farkları ve faizler gider olarak kabul edilmez, ➤ Faiz ve kur farkı 5 Lira bile olsa gider kabul edilmez. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Örtülü sermaye sayılan tutara isabet eden kur farkı hariç faiz vb. giderler indirim konusu yapılmaz. ➤ Ödediği faiz vb. giderleri maliyet olarak yazan nezdinde örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü dağıtılmış kar payı sayılır. ➤ Gelir elde eden açısından ise düzeltme yapılır. ➤ Grup şirketleri örtülü sermaye sayılmayacak şekilde birbirlerinden borçlanma yapabilirler, bu borçlara kanunda belirtilen orana kadar faiz vb. harcama yapabilirler.
Örtülü Sermaye (Sorunlar)	Örtülü Sermaye (Borç-Özsermaye oranı)
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Kavram ve tanımlar subjektiftir. <ul style="list-style-type: none"> — Borç/özsermaye oranı nedir? — Emsal kurum nedir? — Borcun devamlı kullanımını nedir? ➤ Objektif uygulamaların olmayışı inceleme elemanlarının farklı uygulamalar benimsemesine neden olmuştur. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Borç/özsermaye oranı 3'dür. ➤ Bu karşılaştırmada ilişkili şirket sayılan banka vb. kredi kuruluşlarından temin edilen borçlar %50 oranında dikkate alınır. ➤ Söz konusu finans kurumu sadece grup şirketlerine kredi kullanıyorsa söz konusu oran tam olarak dikkate alınır
Örtülü Sermaye (İlişkili Kişi)	Örtülü Sermaye (İlişkili Kişi)
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Vasıtasız şirket ilişkisi, ➤ Vasıtalı şirket ilişkisi, ➤ Devamlı ve sıkı bir iktisadi ilişki. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Ortaklarla ilişkili kişi; ➤ Ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 ortak olduğu, ➤ En az %10 karpayı veya oy hakkına sahip olduğu kurumlar ➤ Ortak ve ortakla ilişkili kurumun sermayesinin veya oy-karpayı hakkına sahip hisselerinin en az %10'u elinde bulunduran gerçek ve tüzel kişileri ifade eder.

2. 5422 Sayılı KVK Ve 5520 Sayılı KVK'nın Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Açısından Karşılaştırılması

Aşağıda Tablo 9'da yapılan karşılaştırma ile ilgili olarak şu açıklamalar yapılabilir; iki kanun açısından bakıldığında, eski kanun dönemindeki “emsaline uygun” ifadesi ile yeni kanundaki “emsallere uygunluk ilkesi” ifadesinin birbirleri ile benzer ifadeler olduğu görülmektedir. Ancak yeni KVK açısından emsalin nasıl belirleneceğine yönelik olarak yapılan açıklamalar yeni KVK'nın artışı olarak gözükmektedir.

Emsalin belirlenmesi aşamasında yeni KVK'da öngörülen üç yöntem ve ilave olarak diğer yöntemler ile anlaşma usulü benimsenmiştir. Burada kanun koyucunun amacı oldukça nettir. Özellikle öngörülen üç yöntemin dışında işin mahiyetine uygun diğer yöntemlerin de uygulanması ve mükelleflere Maliye Bakanlığı ile anlaşma imkanı verilmesi, mükellefin yaptığı işlemin arkasındaki iktisadi, ticari ve mantıki kanıtları ya da dayanakları mutlaka ortaya koymasını gerektirmektedir. Oysaki belgeleme açısından eski KVK'da herhangi bir düzenleme yoktur. Burada söz konusu olan ön anlaşma şu şekilde açıklanabilir. Mükellef kanunda sayılan yöntemlerden birini kullanarak ya da diğer OECD yöntemlerinden birini kullanarak veya işlemin mahiyetine uygun bir başka yöntem belirleyerek transfer fiyatını belirleyecektir. Daha sonra mükellef Maliye Bakanlığı ile karşı karşıya gelip Maliye Bakanlığı'nı kullandığı yöntem konusunda ikna etmeye çalışacaktır. Eğer mükellef ile Maliye Bakanlığı uzlaşma sağlarsa söz konusu anlaşma 3 yıl geçerli olacak ve Maliye Bakanlığı bu süre içinde mükellefe atfen transfer fiyatının düşük ya da yüksek olduğu iddiasında bulunamayacaktır (Gündüz, 2006: 5).²⁶

Kar dağıtımının mahiyeti açısından yapılan karşılaştırmada, her iki kanunda da dağıtımı yapan kurumun yaptığı bu dağıtımın kar payı olarak benimsendiği görülmektedir. Ancak söz konusu işlemin karşı tarafı yani transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı neticesinde gelir elde eden kişinin durumu açısından benzerlik söz konusu değildir. Çünkü eski KVK açısından gelir elde eden kişinin nezdinde bir düzeltme yapılmamaktadır. Oysaki yeni KVK açısından gelir elde eden kişi nezdinde düzeltme söz konusu olmaktadır. Ancak daha öncede belirtildiği üzere, karşı taraf düzeltilmesi yapılabilmesi için dağıtımı yapan kurum nezdinde verginin

²⁶ [http://www.vergiportali.com/doc/15mart/15martZG.pdf/\(15.03.2006\)](http://www.vergiportali.com/doc/15mart/15martZG.pdf/(15.03.2006))

kesinleşmiş olması gerekir. Yani eski KVK dönemindeki tek taraflı düzeltme yeni KVK ile yerini iki taraflı bir düzeltmeye bırakmıştır.

Usul ve esasların belirlenmesi açısından bakıldığında eski KVK'da mali idareye veya Bakanlar Kurulu'na verilmiş bir yetki yoktur. Oysaki yeni KVK'da, konuyla ilgili olarak Bakanlar Kurulu'na usul ve esasları belirleme yetkisi verilmiştir.

Hangi işlemlerin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayılacağı konusunda yapılan karşılaştırmada görülmektedir ki iki kanunda birbirlerine benzer hükümler içermektedirler. Eski KVK'da alım-satım, imalat, inşaat işlemleri, kiralama, kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ücret ve ikramiye ödemeleri bu konu kapsamında sayılmıştır. Yeni KVK'da ise konuyla ilgili mal veya hizmet alım-satımı ifadesi kullanılarak son derece geniş bir yorum alanı bırakılmıştır.

Hazine zararı kavramı açısından yapılan karşılaştırmada ise görülmektedir ki her iki kanun arasında bir fark yoktur. Çünkü gerek eski KVK açısından, gerekse yeni KVK açısından dikkat edildiğinde kanun maddelerinde hazine zararı ile ilgili bir ifade yoktur. Bu durumun varlığı 01.01.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe girecek olan yeni transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi döneminde de konunun yargıyı en çok meşgul eden konulardan birisi olacağına göstergesidir (Gündüz, 2006: 6).

5422 ve 5520 sayılı KVK'lar arasındaki en önemli farklardan biri de, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunun muhatabının tespiti ile ilgili olan farklılıklardır. Zira eski KVK'daki şekliyle bu müessese sadece "sermaye şirketleri" için söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla sermaye şirketleri dışında kalan diğer kurumlar vergisi mükellefleri müessese ile ilişkilendirilmemekteydi. Yeni KVK'da ise çok daha genel bir ifade olan "kurum" ifadesine yer verilmiştir. Bunun anlamı tüm kurumlar vergisi mükelleflerinin artık müessese kapsamında işlem göreceğidir. Bu düzenleme yeni KVK ile eski KVK arasındaki en önemli farklılıklardan biridir.

Tablo 9: 5422 Sayılı KVK Ve 5520 Sayılı KVK'nın Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Açısından Karşılaştırılması

Örtülü Kazanç Dağıtımı (Eski Hüküm)	Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı (Yeni Hüküm)
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Şirket kendi ortakları ve ilişkili kişilerle, ➤ Emsaline göre göze çarpacak derecede yüksek veya düşük, ➤ Fiyat veya bedeller üzerinden ya da bedelsiz olarak alım-satım, imalat, inşaat işlerinde bulunur veya hizmet ilişkisi içinde bulunursa, ➤ Söz konusu kişilerle kiralama veya kiraya verme muamelelerinde bulunursa ya da ücret vb. ödemeler yaparsa örtülü kazanç dağıtımı yapmış sayılır. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit etikleri bedel ya da fiyat üzerinden mal veya hizmet alım-satımında bulunursa kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı sayılır.
Örtülü Kazanç (İlişkili Kişi)	Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı (İlişkili Kişi)
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Şirketlerin kendi ortakları ➤ Ortakların ilişkide bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, ➤ İdaresi, denetimi veya sermayesi bakımından dolaylı veya dolaysız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ 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 kurumlar ile, ➤ Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin altsoy veya üstsoy ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları, ➤ Bakanlar Kurulu tarafından zararlı vergi rekabetine yol açtığı kabul edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişiler ile yapılan tüm işlemler ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.
Örtülü Kazanç (Emsal Tespiti)	Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı (Emsal Tespiti)
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Emsal tespit yöntemi: “emsaline göre göze çarpacak derecede” ifadesi ile işlerlik kazanmaktadır. — İşletme içi emsal — İşletme dışı emsal — Kanuni emsal 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Emsal tespitinde “emsallere uygunluk ilkesi” ön plandadır. — Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntem — Maliyet Artı Yöntemi — Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi — Maliye Bakanlığı ile anlaşma yöntemi.
Örtülü Kazanç (Sonuç)	Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı (Sonuç)
<ul style="list-style-type: none"> ➤ Örtülü olarak dağıtılan kazanç, dağıtımı yapan şirket tarafından gider olarak yazılamaz. ➤ Yapılan dağıtım karpayı hükmündedir. ➤ Örtülü kazanç dağıtımı sonucu gelir elde eden açısından herhangi bir düzeltme yapılmaz. ➤ Sadece sermaye şirketleri tarafından dağıtılan örtülü kazançlar müessese kapsamındadır. 	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, bu kazancı dağıtan şirkette gider olarak dikkate alınmaz. ➤ Söz konusu tutar örtülü kazancı dağıtan kurum nezdinde, örtülü kazancın dağıtıldığı hesap döneminin son günü dağıtılmış kar payı ya da ana merkeze transfer edilen tutar sayılır. ➤ Örtülü kazanç elde eden kurum nezdinde ödenen veya ödenecek vergi düzeltmeye tabi tutulur. ➤ Tüm kurumlar vergisi mükellefleri, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi kapsamındadır.

B) BİR VERGİ GÜVENLİK MÜESSESESİ OLARAK ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

Vergi güvenlik müesseseleri, vergiye tabi gelirin kavranması noktasında oluşabilecek hukuki boşlukları doldurmak amacıyla oluşturulmuş ve vergiye tabi gelir unsurlarının safi tutarlar üzerinden vergilendirilmesini garanti altına alan düzenlemelerdir. Buradan yola çıkarak söylenebilir ki, vergi güvenlik müesseseleri tek başlarına vergilemenin dayanağı olmaz, olsa olsa vergilendirmeye ilişkin temel hükümlerin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayan bir tür otomatik stabilizatör işlevi görür (Sarı, 2006: 125). Ancak bu durum vergi güvenlik müesseselerine tartışma üstü, iktisadi kabul edilebilirliği kendinden menkul bir anlam yüklemesin. Yani vergi güvenlik müesseseleri vergisel polemiklere noktayı koyan sihirli bir söylem olarak oldukça manipüle edilmektedir. Çünkü vergi güvenlik müesseseleri tek başlarına vergisel sorunları çözmede etkin olamazlar. Özellikle denetim ve yaptırımların bu konuda vergi güvenlik müesseselerinin en önemli destekçileri olduğu bir gerçektir. Türk vergi sistemindeki vergi güvenlik müesseselerine verilebilecek örnekler arasında emsal kira bedeli, emsal ücret, kontrol edilen yabancı şirket ve dar mükellefiyette vergi kesintisi gösterilebilir.

5520 sayılı KVK’da yer alan en önemli vergi güvenlik müesseseleri, örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıdır. Zira örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseselerine 5422 sayılı KVK’nın hazırlanışı sırasında da bu yönüyle dikkat çekilmiş ve 5422 sayılı KVK tasarısında şu ifadelerle yer verilmiştir.

“Gizli sermaye faizi ile gizli kazanç dağıtımı kurumlar vergisi açısından üzerinde ehemmiyetle durulması zorunlu olan hadiselerdir. Bilindiği gibi kurumlar açık olarak vergi kaçakçılığı yapamazlar. Buna mukabil vergi matrahını, önleyici tedbirler alınmazsa gizli kazanç yolundan gitmek suretiyle kurumlar vergisi matrahını azaltma imkanı bulabilirler. Memleketimizde bunun bariz misallerine tesadüf edilmiştir. Bu cümleden olmak üzere, merkezleri şeklen Türkiye’de bulunan imtiyazlı bazı büyük yabancı kurumların hariçte bağlı buldukları teşekküllerle olan münasebetleri neticesinde elde ettikleri kazançların büyük bir kısmını devamlı olarak Türkiye dışına kaydırmaya muvaffak olmuş olduklarını bir vaka olarak zikredebiliriz.” (Yücel, 2006: 9).

5422 sayılı KVK'nın gerekçesinden de anlaşıldığı üzere, konu 5520 sayılı KVK'da önemli değişikliklere uğramasına rağmen ruhu itibariyle aynı amaca hizmet etmektedir. Üstelik 5422 sayılı KVK döneminde uluslararası literatürde transfer fiyatlandırması olarak zikredilen ve 5422 sayılı KVK'daki karşılığı olarak gösterilen örtülü kazanç müessesesi, aslında 5520 sayılı KVK'da düzenlendiği üzere yabancı şirketleri ve ülkeler arası transferi de kapsayan bir konumdadır. Zira yukarıdaki 5422 sayılı KVK'nın gerekçesinden bu sonuç çıkarılabilir.

Vergi güvenlik müesseselerinin gelişmekte olan ülkeler açısından önemi gelişmiş ülkelere göre daha fazladır. Çünkü ÇUŞ'ların transfer fiyatlandırması manipülasyonlarını kullanması, yabancı sermayeye ihtiyaç duyan gelişmekte olan ülkelerin kaynak dağılımını, vergi sistemini ve ödemeler dengesini, dolayısıyla da ülke ekonomisini olumsuz yönde etkilemektedir. Gelişmekte olan ülkelerin bu etkilere maruz kalmaması için transfer fiyatlandırması ile ilgili kanuni düzenlemelerin varlığı son derece önemlidir (Pazarçeviren ve Aygen, 2005: 95).

Örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını müesseseleri bir tür vergi güvenlik müessesesi olup, kurum kazancının şu veya bu şekilde aşındırılmasını ve küçük hissedarların menfaatlerinin korunmasını amaçlanmaktadır. Ancak 5520 sayılı KVK'da yer alan başka vergi güvenlik müesseseleri de vardır. Bunlar KVK'da; kontrol edilen yabancı kurum (KVK, md. 7) ve zararlı vergi rekabetine vergi kesintisi (KVK, md. 30) uygulamalarıdır.

Kontrol edilen yabancı şirketler özellikle yurtdışında iştirakleri olan Türk şirketleri açısından önemlidir. Bu düzenlemenin nedeni, bazı ülkelerin yabancı sermaye yatırımlarını kendi ekonomilerine kazandırmak amacıyla diğer ülkelerin çıkarlarına ters düşen, haksız rekabete dayalı zararlı vergilendirme rejimlerine sahip olmalarıdır (Kahraman, 2006: 9). 5520 sayılı KVK'da yer alan bu düzenleme ile; uluslararası vergi uygulamaları çerçevesinde ticari ve sinai mahiyette olmayan yatırımlarını yurt dışında düşük vergi oranlı ülkelere yönlendiren mükellefler ile Türkiye'de yatırım yapan mükellefler arasında oluşan vergi eşitsizliği kontrol altına alınabilecektir.

Normal olarak kurumların, Türkiye'de yerleşik kurumlardan elde ettikleri iştirak kazançları kurumlar vergisinden istisnadır. Ancak yurt dışından elde edilen iştirak kazançları her koşulda istisnaya tabi değildir. Belirli şartlar dahilinde yurt dışı

iştiraklerine yatırım yapan kurumlar vergisi mükelleflerinin yurt dışı iştirak karlarını fiilen dağıtmasa bile vergisel açıdan dağıtılmış kabul edilerek bu iştiraklerin gelirlerinin Türkiye’de kurumlar vergisine tabi olması mümkün olacaktır. Yapılan bu düzenleme ile uluslararası vergi uygulamalarına uyum sağlanmıştır (Şenalp, 2006)²⁷.

5520 KVK’da yer alan bir diğer vergi güvenlik müessesesi; dar mükellefiyete vergi kesintisi başlığını taşıyan 30. maddedir. Buna göre, kazancın elde edildiği ülkedeki vergi sisteminin Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkanı sağlayıp sağlamadığı konusunun dikkate alınmasıyla Bakanlar Kurulu’nca ilan edilen ülkelerde yerleşik olan veya faaliyette bulunan kurumlara nakden ve hesaben yapılan veya tahakkuk ettirilen her türlü ödemeler üzerinden, bu ödemelerin vergisinin konusuna girip girmediği veya ödeme yapılan kurumun mükellef olup olmadığına bakılmaksızın %30 oranında vergi kesintisi yapılacaktır (Kaplan, 2006: 53).

Bu maddede yapılan düzenleme ile Bakanlar Kurulu’nca ilan edilen ve vergi cenneti olarak bilinen ülkelere ve bu bölgelerde yerleşik olan veya faaliyette bulunan kurumlara yapılan ödemelerden emsallere uygun fiyatlarla alınan mal ve iştirak hisseleri ile kredi anapara ve kar payı ödemeleri %30 oranında vergi kesintisine tabi olacaktır.

Yapılan düzenleme ile aslında vergi cenneti olarak nitelendirilen ülke veya bölgelerde yerleşik gerçek veya tüzel kişilere çeşitli adlar altında yapılan ödemelerin Türkiye’deki vergi matrahını azaltmak amacıyla kullanılmasının önüne geçilmesi amaçlanmaktadır. Zira bu haliyle söz konusu düzenleme kontrol edilen yabancı kurum kazancına ilişkin düzenlemeyle de paralel niteliktedir (Kaplan, 2006: 54).

Yukarıda bahsi geçen ve KVK’da yer alan vergi güvenlik müesseselerinin dışında diğer kanunlarda da bir takım vergi güvenlik müesseseleri yer almaktadır. Buna örnek olarak; emsal kira bedeli, emsal bedel ve emsal ücret düzenlemeleri gösterilebilir.

Emsal kira bedeli GVK’nın 73. maddesinde, “*Kiraya verilen mal veya hakların kira bedelleri emsal kira bedelinden düşük olamaz. Bedelsiz olarak başkalarının kullanıma bırakılan mal ve hakların emsal kira bedeli bu mal ve hakların kirası sayılır.*” şeklinde tanımlanmıştır.

²⁷ [http://www.alomaliye.com/ocak_06/sukru_senalp_ortulu_kazanç.htm/\(07.01.2006\)](http://www.alomaliye.com/ocak_06/sukru_senalp_ortulu_kazanç.htm/(07.01.2006)).

Emsal bedeli ve emsal ücret ise KDVK'nın 27. maddesinde aşağıdaki şekilde tanımlanmıştır.

“Bedeli bilinmeyen veya bulunmayan işlemler ile bedelin mal, menfaat, hizmet gibi paradan başka değerler olması halinde matrah işlemin mahiyetine göre emsal bedeli veya emsal ücrettir. Bedelin emsal bedeli veya emsal ücrete göre açık bir şekilde düşük olduğu ve bu düşüklüğünün mükellefçe haklı bir sebebe dayandırılmadığı hallerde matrah olarak emsal bedeli veya emsal ücreti esas alınır.”

Gerek KVK'daki gerekse GVK ve KDVK'daki vergi güvenlik müesseseleri aynı amaç doğrultusunda getirilen müesseseler olsa da birbirlerinden farklıdır. Örneğin GVK'da yer alan vergi güvenlik müesseseleri ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye müesseseleri karşılaştırıldığında, GVK'da sözü edilen müesseselerin statik bir yapıda olduğu görülmektedir. Bir başka ifadeyle GVK'da anılan güvenlik müesseseleri işlemin yapılması gerektiği şekliyle yapılmamış olduğu varsayımına dayanır. Buna karşılık transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağılımı ve örtülü sermaye müesseselerinde değerlendirme konusu mükellefçe gerçekleştirilen aktif bir eylemdir (Alşan, 1986: 12) Örneğin örtülü sermayede ortaklarla yapılan işlemler gerçek birer işlemdir. Muvazaa söz konusu değildir. Ancak neticede bir maliyet unsuru olarak kabul edilmez. Bu açıdan bakıldığında transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye müesseseleri bir vergi güvenlik müessesesi olarak daha esnek ve daha geniş tabanlı vergi güvenlik müesseseleridir.

Son olarak belirtmekte fayda vardır ki vergi güvenlik müesseseleri genel olarak ödenmesi gereken verginin güvence altına alınmasını ifade eder. Yoksa bu müessesenin arkasına saklanarak yapılan ve özellikle çifte vergilendirmeye yol açan değerlendirmeler kanununun maksadını aşabilmektedir. Unutulmamalıdır ki müessesenin en önemli amacı; hazinenin vergi alacağının garanti altına alınması, çeşitli yollar ile vergi matrahının erozyona uğramasının önüne geçilmesidir (Onay, 2003: 126).

C) ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ ÜLKE DÜZENLEMELERİ VE ULUSLARARASI KURULUŞLAR AÇISINDAN TÜRK VERGİ MEVZUATI İLE KARŞILAŞTIRILMASI

Transfer fiyatlandırması konusu ülkelerin, kendi iç hukuk düzenlemelerinde farklı adlar ile anılmasına rağmen hemen her ülkenin konuyla ilgili önemli düzenlemeleri mevcuttur. Yapılan bu düzenlemelerin başını ABD çekmektedir. OECD, ABD modelini takip eden bir anlayış içerisinde. Nitekim OECD modelinin bağımlı teşebbüsler başlıklı 9. maddesi üzerinde asgari fikir birliği olan bir maddedir. Zira Birleşmiş Milletler modeli ve AB ülkelerinde uygulanan tahkim anlaşması OECD'deki tanımlamalardan esinlenilerek oluşturulmuştur.

Türkiye'nin önemli ticari ortakları konumundaki OECD üyesi ülkeler ve AB ülkeleri mevzuatlarını OECD zeminine oturtmuşlardır. Bu açıdan 5520 sayılı KVK ile, örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım müesseselerinin düzenlenmesinde OECD rehberi esas alınmıştır. Dolayısıyla Türk vergi mevzuatının OECD ve AB mevzuatına uyumu kolaylaştırılmıştır.

Örtülü sermaye uygulamasında ise Türkiye deneyimi çerçevesinde, uluslararası ilke ve uygulamalar da dikkate alınarak objektif kriterler getirilmiştir. Örtülü sermaye ile ilgili yeni düzenleme hazırlanırken Mart 2005 yılı itibariyle 55 ülkenin örtülü sermaye düzenlemeleri incelenmiştir ve bu ülkelerin 32'sinde örtülü sermaye düzenlemesi olduğu tespit edilmiştir. İncelenen ülkelerde ya borç/özsermaye ya da borç/toplam varlık oranı kavramlarının bulunduğu tespit edilmiştir.

1. Düzenlemelerin Şekli Bakımından Karşılaştırma

OECD modelinde yer alan örtülü kazanç kavramı transfer fiyatlandırması kavramıyla benzer bir anlam taşımaktadır. Yukarıda belirtildiği üzere OECD modelinin 9/1 maddesi;

“Bir akit devlet teşebbüsü doğrudan veya dolaylı olarak diğer akit devlet teşebbüsünün yönetim, kontrol veya sermayesine katıldığında veya aynı kişiler doğrudan veya dolaylı olarak bir akit devlet teşebbüsünün ve diğer teşebbüsün yönetim, kontrol ve sermayesine katıldığında ve her iki halde de iki teşebbüsün ticari ve mali ilişkilerinde oluşan veya empoze edilen koşullar, bağımsız teşebbüsler arasında oluşması gereken koşullardan farklı olduğundan olması gereken, fakat bu

koşullar nedeniyle kendini gösteremeyen kazanç o teşebbüsün kazancına eklenir.” şeklindedir (OECD, 2003: C9).

Ülke uygulamaları konusunda bahsedildiği üzere Alman KVK’sının 8. maddesinde yer alan “... kurumlar vergisi matrahının saptanmasında örtülü dağıtılan kazançlarda dikkate alınır.” ifadeleri de örtülü kazanç dağıtımı açısından son derece genişletilmeye ve yoruma açık bir tanımlamadır. Bu durum özellikle Almanya’da yargı kararlarının ve bilimsel doktrinin ön planda olduğunun bir kanıtıdır (Kurt, 1990: 11).

Konuyla ilgili olarak ABD düzenlemelerinde ise, çok daha geniş standartlar olmasına rağmen dar bir kanun dilinin kullanıldığı ve bunun da bir takım belirsizliklere sebep olduğu yönünde eleştiriler yapılmaktadır (Saraç, 2005: 94). Zira bu haliyle ABD’deki düzenlemeler 5422 sayılı KVK dönemindeki düzenlemeler ile birçok işlemin örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirilmesi açısından aynı sonucu doğurmaktadır.

İşlemin tarafları açısından yapılan karşılaştırmada, tam ve dar mükellefler açısından her hangi bir farklılık yoktur. Çünkü gerek OECD’nin gerekse ABD’nin transfer fiyatlandırmasına konu işlemleri genel olarak; maddi malların transferi, hizmetlerin transferi ve gayri maddi hakların transferi olarak üç kısımdan oluşmaktadır. 5520 sayılı KVK’nın ilgili hükümleri bu hususların hepsini farklı bir sınıflandırmaya tabi tutsa da bünyesinde barındırmaktadır.

Türk vergi mevzuatı ve OECD uygulamalarının farklılık gösterdiği bir konu, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunun kimler için uygulanacağı konusudur. Çünkü OECD tarafından konu, hem kurumlar vergisi mükellefleri hem de şahıs şirketleri açısından geçerliyken, Türk vergi mevzuatında ise farklı bir durumdur. Zira 5520 sayılı kanundan önce uygulanan 5422 sayılı KVK döneminde müessese sadece sermaye şirketleri için söz konusuydu. Diğer kurumlar vergisi mükellefleri ise genel hükümlere tabiydi. 5520 sayılı KVK’nın ilgili kanun metninde kullanılan “kurum” ifadesi bu mükellef tabanını genişleterek Türk vergi mevzuatını uluslararası vergi mevzuatına yakınlaştırmıştır (Işık, 2005: 280).

Örtülü sermaye açısından yapılacak karşılaştırmada göze ilk çarpan husus, örtülü sermaye müessesesinin transfer fiyatlandırması müessesesi içinde olup olmadığı konusudur. Bazı uluslararası düzenlemelerde, örtülü sermaye müessesesi transfer

fiyatlandırması ile birlikte anılmaktadır (İngiltere gibi). Ancak Türk vergi mevzuatı açısından örtülü sermaye ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konuları aynı şeyler değildir. Zira örtülü sermaye Türk vergi mevzuatı açısından sadece borç veren kurumlar için söz konusu olmaktadır. Oysaki transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hem borç verenler hem de borcu kullananlar için söz konusudur. Örtülü sermaye uygulamasında ödenen veya hesaplanan bir faiz veya kur farkının reddi söz konusudur. Buna karşılık transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında emsallere uygun olmayan fiyatlar veya bedeller söz konusudur.

2. Ayrı Varlık Yaklaşımı Açısından Karşılaştırma

KVK'nın 12 ve 13. maddelerinde yer alan düzenlemeler ayrı varlık ilkesinin bir sonucudur. Şirketler ve ortakları her ne kadar birbirlerini tamamlayan unsurlar olsa da her ikisinin de ayrı kişilikleri vardır. Kurum ve ortaklarının aralarındaki ticari işlemlerin emsallere uygun olarak tespit edilmesi de bu amaca yönelik bir uygulamadır. Bu durumda Türk vergi mevzuatının önceki bölümlerde açıklanan OECD, AB ve ABD vergi mevzuatlarına uygun olduğu gözükmemektedir.

3. Emsallere Uygunluk İlkesi Açısından Karşılaştırma

Yapılacak bir diğer karşılaştırma, emsallere uygunluk ilkesi üzerinedir. Aslında gerek 5422 sayılı KVK'daki "emsaline göre göze çarpacak derecede" ifadesi gerekse 5520 sayılı KVK'daki "emsallere uygunluk ilkesi" aynı mahiyettedir. Ancak emsalin ne olduğu ve nasıl saptanacağına dair 5520 sayılı KVK'nın 12 ve 13. maddelerinde yapılan açıklamalar konuyu subjektif ölçülerden kurtararak objektif bir zemine oturtmuştur.

Emsallere uygun fiyatın, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı açısından belirlenmesinde, uluslararası mevzuata uygun bir şekilde OECD yöntemleri 5520 sayılı KVK ile Türk vergi mevzuatına girmiştir. Bu yöntemler; Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi, Maliyet Artı Yöntemi ve Yeniden Satış Fiyatı yöntemidir. Ayrıca yine uluslararası mevzuata uygun olarak mükelleflere diğer yöntemleri seçebilme imkanı getirilmiştir.

Emsallere uygunluk ilkesinin örtülü sermaye konusunda getirdiği en önemli yenilik ise, borç/özsermaye oranının sabit orana bağlanmasıdır. Aşağıdaki tabloda özellikle yabancı sermaye çekme konusunda Türkiye ile benzer özellikleri olan AB

ülkelerinin ve Almanya, Fransa ve İngiltere gibi AB ülkelerinin borç/özsermaye oranları verilmiştir.

Tablo 10: Türkiye ile Yabancı Sermaye Çekme Konusunda Benzer Özelliklere Sahip Olan Ülkelerdeki Borç/Özsermaye Oranı

ÜLKE ADI	BORÇ/ÖZSERMAYE
Belçika	(7/1)
Çek Cumhuriyeti	(4/1)
Danimarka	(4/1) (Ancak ilişkili kurumlardan kullanılan kredi 1.500.000 milyon Euro'yu geçmemeli)
Fransa	(1,5/1)
Almanya	(1,5/1)
Macaristan	(3/1)
Hollanda	(3/1) (Ancak borçlanma 500000 Euro'yu geçmemeli)
Polonya	(3/1)
Portekiz	(2/1)
İngiltere	Yasal oran yoktur. Genel kabul gören oran ise (1/1)'dir.
Litvanya	(4/1)
Letonya	(4/1)

Kaynak: Kahraman, 2006: 12

Tablo 10'dan da anlaşılacağı üzere Türkiye ile yabancı sermaye çekme konusunda rakip olan ve ekonomik yapıları Türkiye ile benzerlik gösteren ülkelerde borç/özsermaye oranı 3 veya 4 olarak kendini göstermektedir. Fransa, Almanya ve İngiltere gibi ülkelerde ise bu oran 2'nin altındadır. Dolayısıyla Türk vergi mevzuatına 5520 sayılı KVK'nın 12. maddesi ile giren düzenlemede yer alan (3/1) 3 oranı benzer özelliklere sahip ülkeler ile karşılaştırıldığında yakın, Fransa, Almanya ve İngiltere gibi ülkelerle karşılaştırıldığında ise biraz yüksek bir oran olarak göze çarpmaktadır. Türkiye'nin benimsediği 3/1 oranının bu ülkelere göre yüksek olmasının altında yatan temel neden ise ihtiyaç duyduğu yabancı sermayedir.

4. Emsallere Uygunluğu Sağlayan Yöntemler Açısından Karşılaştırma

5422 sayılı KVK döneminde emsalin karşılaştırılması konusunda önemli sorunlar yaşanmıştır. Çünkü 5422 sayılı KVK döneminde karşılaştırılabilir olarak kabul edilen unsurlar subjektif birtakım temellere dayanmaktaydı. Oysaki bu konuda özellikle

OECD ve ABD karşılaştırılabilirlik ölçütlerini açıkça ortaya koymuşlardır. Böylece vergi inceleme elemanının subjektif yorumda bulunma olasılığı ortadan kaldırılmıştır.

Türkiye’de ise konu 5520 sayılı KVK açısından yeniden ele alınıp ulusal vergi mevzuatı, uluslararası vergi mevzuatına yakınlaştırılmıştır. 5520 sayılı KVK karşılaştırılabilirlik kriterlerini açıkça ortaya koymuş ve bu kriterlerin uygulanamayacağı durumlarda nelerin yapılabileceğini belirtmiştir. Ayrıca OECD ve ABD düzenlemelerinde emsallere uygunluk ilkesinin ÇUŞ’ların kendi grup şirketleri arasında gerçekleştirdikleri maddi varlık ve hizmet transferindeki fiyatlandırmanın ve hangi hallerde bu fiyatlandırmanın emsale uygun olacağını belirlemeye yönelik özgün yöntemler geliştirilmiştir. Aynı yönde bir anlayış 5520 sayılı KVK ile de benimsenmiş olup emsale uygunluk kriteri sadece malların transferini değil hakların ve hizmetlerin de transferini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir.

D) ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI KONULARIYLA İLGİLİ TÜRK VERGİ SİSTEMİ İÇİN ÖNERİLER

Örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı açısından Türk vergi sistemi için önerilerin yer aldığı bu bölümde KVK’nın, örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı hükümleri ışığında Türk vergi mevzuatı açısından neler yapılması gerektiği üzerinde durulacaktır.

Hatırlanacağı üzere her iki müessesenin de getiriliş amacı; gerek ulusal gerekse uluslararası alanda kanunda belirtilen kurumların yine kanunda belirlenen taraflarla, kurumlar vergisi matrahını azaltıcı nitelikte işlemlere girişmesini engellemektir. Ancak bu amaca rağmen müesseseler özellikle 5422 sayılı KVK döneminde ulusal uygulamalar üzerinde yoğunlaşmışlardır. Bunun neticesinde ise büyük holdingler, ÇUŞ’lar ve benzeri gruplar bu alandaki boşluklar ve zaafardan istifade etme imkanı bulmuş ve süreç vergiden kaçınma veya vergi kaçakçılığına kadar ilerlemiştir. Bu konu 5520 sayılı kanun açısından ise daha sağlam temellere oturtulmuştur. Zira 5520 KVK’da yer alan ve konuyla ilgili 11, 12 ve 13. maddeler Türk vergi mevzuatının yaşadığı sıkıntıları önemli ölçüde gidermeye yönelik atılmış bir reform niteliğindedir. 5520 sayılı KVK’nın göz önünde tutulmasıyla birlikte genel olarak Türk vergi sistemi için yapılacak öneriler şu şekilde sıralanabilir.

1. Hazine Zararı Kavramına Açıklık Getirilmesi Açısından Yapılması Gerekenler

Hazine zararı kavramı ile ilgili olarak gerek eski KVK'da, gerekse yeni KVK'da herhangi bir açıklama söz konusu değildir. Oysaki daha önceki açıklamalardan da hatırlanacağı üzere söz konusu durum 5422 sayılı eski KVK döneminde üzerinde tartışılan ve yargıyı en fazla meşgul eden konulardan birisidir. Yeni KVK'da da konuyla ilgili herhangi bir düzenleme yoktur. Ancak yeni KVK'nın konuyla ilgili 13/6. maddesi izlenecek bir yol olması açısından önemlidir. Zira yeni KVK'da yer aldığı şekliyle “... *daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir.*” ifadesi gelir elde eden taraf açısından bir düzeltme öngörmektedir. Dolayısıyla transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtan veya örtülü sermaye üzerinden faiz vb. giderleri yapan kurumlar bu giderleri kurumlar vergisi matrahına eklediği sürece gelir elde eden açısından bir vergilendirme söz konusu olmayacaktır. Bu durum ise hazine zararı kavramının hem transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımında, hem de örtülü sermaye konusunda dikkat edilmesi gereken bir husus olduğunu göstermektedir. Dolayısıyla ilerleyen dönemlerde idarenin bu konuda da daha somut ifadelerle yer veren açıklamalarda bulunması gerekmektedir.

2. Mükellefler Açısından Yapılması Gerekenler

Mükellefler açısından yapılacak değerlendirmenin ilk aşamasını, mükelleflerin veya temsilcilerinin bir an önce konuyla ilgili bilgi edinmeleri oluşturmaktadır. Özellikle uluslararası şirketler diğer ülkelerdeki merkezleri ile iletişim kurmalıdırlar. Ayrıca şirketler transfer fiyatlandırması ile ilgili düzenlemenin 01.01.2007 tarihinden itibaren geçerli olması nedeniyle oluşacak zaman diliminde kısa ve orta vadeli planlar yapmalıdırlar. Türk şirketleri konuyla ilgili ilişkilerini gözden geçirmeli ve özellikle Bakanlar Kurulu tarafından ilişkili kişi sayılacak ülkeler ve bölgeler yakından takip edilmelidir.

Öte yandan her iki müessesede her ne kadar mükellefler açısından modern uygulamalar getiren düzenlemeler olsa da bazı adaletsizliklere yol açabilecek hükümler de mevcuttur. Örneğin karşılıklı düzeltmenin yapılmasında zaman aşımının dikkate alınıp alınmayacağı belirsizdir. 5 yıldan daha önceki döneme ilişkin vergi tarhiyatı yapılması mümkün gözükmemektedir. Düzeltmenin yapılması tarhiyatın kesinleşmesi

ve verginin ödenmesi şartına bağlanmıştır. Özellikle zamanaşımı süresinin son dönemlerinde taraflardan birinde kurumlar vergisine tabi tutulan ödemenin karşı tarafta düzeltilmesi 5 yıl sonrasına kalabilir. Bu durumda ne yapılacağı ise belli değildir. Örneğin kanunun 13/6. maddesinde bir kurumun transfer fiyatlandırması yoluyla diğer bir kuruma örtülü kazanç dağıttığı iddiası ile tarhiyat yapılması halinde, diğer kurumun vergilendirme işlemlerinin de buna göre düzeltileceği hükme bağlanırken, bu düzeltmenin yapılması tarhiyata muhatap kurum hakkındaki tarhiyatın kesinleşmesi koşuluna bağlanmıştır. 2010 yılında yapılacak bir incelemede (A) firmasının 2006 yılında kazancını toplam 100.000 Lira düşük fiyatla satış yapmak suretiyle (B) firmasına aktardığının saptanması durumunda, (A) firmasına bu tutara tekabül eden vergi kadar tarhiyat yapılacaktır. (A) firmasının dava açtığı ve davanın 2014 yılında bittiği düşünülürse, bu tarihte (B) firmasının 2006 hesapları da düzeltilecek ve giderleri 100.000 Lira arttırılmak suretiyle vergi iadesi yapılması gerekecektir. (A) firması vergi idaresine bu tarhiyattan kaynaklanan vergiyi 2006–2014 yılları için işleyen faizi ile birlikte ödeyecek, (B) firması ise 2006 yılından olan alacağını 8 yıl sonra yani 2014 yılında geri alacaktır. Bu durumun ise mükellefler açısından çokta cazip olmadığı açıktır.²⁸

Mükellefler açısından dikkat edilmesi gereken bir diğer konu, “riskli şirketler” olarak değerlendirilen şirketlerdir. Bu şirketlerarasında; belli bir aileye veya gruba ait şirketler topluluğunda üretim ile pazarlama faaliyetleri ayrı şirketler tarafından yürütülen şirketler, yurt dışındaki iştiraklerinden veya ortaklarından ithalat yapan yabancı sermayeli kuruluşlar sayılabilir. Ayrıca aralarında doğrudan veya dolaylı bir bağlantı bulunan şirketlerde vadeli mal ve hizmet alımı söz konusu ise borç tutarının takip edilmesinde fayda vardır. Özellikle yabancı para cinsinden olan borçlanmalarda kur farkı giderleri örtülü sermaye iddiasıyla kanunen kabul edilmeyen gider niteliği kazanabilir (Tan, 2006)²⁹.

3. Gelir İdaresi Açısından Yapılması Gerekenler

Devlet, büyük ortak sıfatıyla yarattığı hukuk sisteminin sağladığı kaynakları ve oluşturduğu düzenin bir karşılığı olarak ekonomik aktörlerden vergi alır. Söz konusu vergi yükü özellikle işletmelerin kaçınmak isteyecekleri bir niteliğe sahiptir. Bu

²⁸ Bu örnek [http://www.mukellefgazatesi.com.tr/cgi_bin/goster.pl?id=22443\(06.07.2006\)](http://www.mukellefgazatesi.com.tr/cgi_bin/goster.pl?id=22443(06.07.2006)) alınmıştır.

²⁹ [http://www.referansgazatesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=45341\(13.07.2006\)](http://www.referansgazatesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=45341(13.07.2006)).

anlamda vergi hukuku kapsamında vergilendirme adına üzerinde dikkatlice durulması gereken nokta, toplanan vergilerin hakkaniyete ve kanunlara uygunluğudur. Zira aksi bir durum, vergi ödeme refleksini zayıflatacak ve işletmeler için vergiden kaçınmadan vergi kaçırmaya doğru yönelen bir süreç başlayacaktır (Ceyhan, 2006)³⁰.

Günümüzün hızlı ekonomik gelişmeleri ile birlikte küreselleşme ön plana çıkmakta, ÇUŞ'ların ve grup şirketlerinin önemi giderek artmaktadır. Ekonomik sistemin bu hızı hukuk sistemini geride bırakmaktadır. Hukuk sisteminin ve özellikle vergi hukukunun geri planda kalması hukuksal boşluklar oluştururken ekonomik gelişmeler üzerinde dolaylı ve dolaysız etkiler bırakmaktadır. Bu açıdan Türk vergi sistemi bilişim teknolojisi ile olan bağını bir an önce güçlendirmelidir. Bunun ilk adımı olarak VUK'un 148 ve 149. maddeleri göz önünde tutulabilir. Buna göre idare; kamu idare ve müesseseleri, mükellef ve gerçek ve tüzel kişilerden devamlı bilgi isteyebilmektedir. Bu kapsamda Bakanlık transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunda ilgili olarak formatı önceden belirlenecek bir transfer beyannamesi ya da transfer bildirimini mükelleflerden isteyebilmelidir. Bu beyannamede özellikle ortaklık bilgileri, yıl içerisinde yapılan transfer bilgileri yer almalıdır (Beylik, 2004).

Yine VUK'un 152. maddesi uyarınca istihbarat arşivi kurulması öngörülmüştür. Maliye Bakanlığı bu konuda önemli bir maliyete katlanma riskiyle karşı karşıya kalmasına rağmen elektronik veri ambarını güçlendirmeli aynı zamanda elektronik veri tabanını genişletmelidir (Beylik, 2004).

5520 sayılı yeni KVK'da yer alan örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseseleri mükellefler açısından bilinen konular olsa da yapılan içerik değişiklikleri, eski KVK ile yeni KVK arasında önemli farklılıklar oluşturmuştur. Özellikle 2006 yılı için düşünüldüğünde son derece karmaşık bir konuyla karşılaşacak olan mükellefler açısından bir takım geçiş dönemi düzenlemelerinin olması faydalı olacaktır. Örtülü sermaye açısından bakıldığında ise sorun yaratabilecek en önemli husus KVK tasarısının kanunlaşması sürecinde ortadan kaldırılmıştır. Ancak tasarıda yer alan 2/1 borç/özsermaye oranının tasarının kanunlaşması sırasında 3/1 olarak açıkça ortaya konmuş olması sıkıntı doğuracak muhtemel tartışma konusudur. Bu durum özellikle uzun vadeli planlar yapılabilmesi açısından olumludur. Ancak kanunda

³⁰ www.alomaliye.com/murat-ceyhan-ortulu.htm(24.07.2006).

yer alan 3/1 oranı mükellefler tarafından; bu orana kadar yapılan borçlanmalar sanki bir hakmış gibi algılanabilecek ve olumsuz sonuçlar doğurabilecektir. Çünkü bu durumda özellikle yüksek özsermaye ile çalışan kurumlar önemli bir avantaja sahip olacaklardır. Örneğin 1.000.000 Lira özsermayeye sahip bir kurum 3.000.000 Lira'ya kadar borçlanabilirken, 10.000.000 Lira özsermayeye sahip bir kurum 30.000.000 Lira'ya kadar borçlanabilecektir. Ayrıca bu durumun, iktisadi rekabet şartlarını ağırlıklı olarak borçla çalışan kurumlar aleyhine döndürebileceği de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle söz konusu oranın sektörler itibariyle farklılaştırılması idare tarafından düşünülmesi gereken bir konudur.

Öte yandan örtülü sermaye müessesinin ilgili düzenlemesi idare açısından da bir takım sorunlar yaratabilecektir. Bu sorunların en önemlilerinden biri şu soruyla gündeme getirilebilir: Türkiye'de patronlar neden zengin, şirketler neden fakir? (Bayrak, 2006: 46). İşte bu sorunun önemli bir ayağını örtülü sermaye oluşturmaktadır. Zira KVK'nın örtülü sermaye ile ilgili 12. maddesi şirket ortaklarına önemli bir avantaj sağlamaktadır. Çünkü kanun koyucu tarafından belirlenen 3/1 oranı uygulamada yasal izin sınırı olarak algılanabilecektir. Böyle bir algılama durumunda bütün şirketler ortaklarından özsermayelerinin 3 katına kadar borçlanma ve bu borca faiz işletme yoluna gidebileceklerdir. Ancak burada ortağın elde edebileceği faizin de menkul sermaye iradı olarak dikkate alınacağı hesaplanırsa, bu şekildeki kötüye kullanmalara gelir vergisi tarifesi bir set çekebilir (Doğrusöz, 2006b)³¹.

Türk vergi mevzuatına 2006 yılında giren yeni örtülü sermaye düzenlemesi ile, kurumlar vergisine tabi kurumların hakim ortaklarından hesap dönemi başındaki özsermayenin 3 katına kadar borçlanma yapabilmesi ve bu borçlanmaları faiz vb. adlar altında nemalandırması olanaklı hale gelmektedir. Bu durum ise normal kar dağıtımı olarak bilinen yolun dışında ortaklara alternatif bir gelir elde etme yolu sunmaktadır. Kurumlar açısından olaya bakıldığında ise, artık ellerinde “ elde var bir” şeklinde bir gider kaydı imkanı olacak ve ödeyecekleri vergiyi belirli ölçüde de olsa kendileri belirleyebileceklerdir (Bayrak, 2006: 47). Bu açıdan bakıldığında idarenin en azından keyfilik unsurunu ortadan kaldıran bazı önlemler alması gerekmektedir. Örneğin bunun için alınan borcun işletmede hangi amaçla kullanıldığı, işletmenin bu borca ihtiyacı olup

³¹ [http://www.mukellefgazatesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=23027\(29.07.2006\)](http://www.mukellefgazatesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=23027(29.07.2006)).

olmadığı ya da işletmenin borç sayesinde ne getiri elde ettiği idare tarafından sorgulanabilmelidir. Unutulmamalıdır ki asıl olan, şirketlerin ve ortaklarının aynı anda zenginleşmesi veya fakirleşmesidir. Aksi halde gelir idaresinin elde etmeyi hedeflediği vergi geliri açısından ve Türkiye'nin hedeflediği yabancı sermaye rezervi açısından arzu edilen sonuçlar doğmayacaktır.

İdare için yapılabilecek önerilerin başında, transfer fiyatlandırması ve örtülü sermaye konusunda sadece bu konuyla ilgilenecek ve uzmanlaşacak ayrı bir birimin oluşturulması gelmektedir. Bu konuda özellikle OECD'den de destek alınarak bir eğitim grubu oluşturulmalıdır. Veri havuzlarının oluşturulması ile ilgili olarak kısa, orta ve uzun vadeli planlar yapılmalıdır.

Düzenlemelerin 2006 yılı için ilk defa uygulanacak olması nedeniyle fiyatların bir yöntem içinde belirlenebilmesi zor gözükmektedir. Bu aşamada örtülü sermaye ile ilgili düzenlemenin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusuna göre önceliği olduğu söylenebilir. Zira ilgili kanun metinlerinden de (KVK md. 12 ve 13) hatırlanacağı üzere örtülü sermaye 2006 yılından sonraki borçlanmalar için geçerli olurken transfer fiyatlandırması konusu 2007 yılından itibaren uygulanmaya başlayacaktır. Bu açıdan vergi inceleme elemanlarının özellikle geçiş süreci için geçmişe yönelik fiyat farklılıklarını eleştirmemeleri yerinde olacaktır.

Yeni uygulamada idare ile vergi mükellefleri arasındaki önemli bir uyuşmazlık konusu, bir eleştiri yapıldığı zaman müesseselerin tamamının eleştiri konusu yapılması ile ilgilidir. Bu konu özellikle transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunda su yüzüne çıkmaktadır. Çünkü örtülü sermaye ile ilgili düzenlemede konu "... borçların ilgili mali yıl içerisinde herhangi bir tarihte özsermayenin 3 katını aşan kısmı örtülü sermaye sayılır." ifadeleri ile açıkça ortaya konmuştur. Ancak transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinde bu açıklık söz konusu değildir. Örneğin bu konu, serbest bölgelerle ilgili olarak ilerleyen dönemlerde tartışma yaratabilecektir. Çünkü inceleme elemanları, şirketin serbest bölgelerden aldıkları malları ya da hizmetleri örtülü kazanç dağıtımı olarak nitelendirebileceklerdir. Oysaki alımı yapan şirket gerçekten bir gidere katlanmış, kira ödemiş, işçi çalıştırmış olabilir. Dolayısıyla yapılan işlem hangi aşamadan sonra örtülü kazanç dağıtımı sayılacaktır? Bu sorusunda cevabının idare tarafından verilmesi gerekmektedir. Bu açıdan idare tıpkı

örtülü sermaye konusunda olduğu gibi daha somut açıklamalara yer vermelidir. Örneğin konuyla ilgili olarak emsal fiyat ya da bedelin aşan kısmı müessese kapsamında değerlendirilebilir.

5520 sayılı KVK ile önem kazanan bir diğer konu dokümantasyondur. Hatırlanacağı üzere, örtülü kazanç dağıtımı başlığı altındaki 5422 sayılı KVK dönemindeki düzenleme, transfer fiyatlandırması konusunda özel bir dokümantasyon yükümlülüğü içermemekte, ayrıca ilişkili kişilerle yapılan işlemlerin özel olarak beyanına veya verilen beyannamelerde bunların özel olarak bildirilmesine ve açıklanmasına yönelik bir belirleme de yapmamaktadır. Herhangi bir nedenle incelemeye konu olma hali, ilişkili kişilerle yapılan işlemde uygulanan fiyatın emsallerine göre bariz farklılık gösterdiği ve emsallerin ne olması gerektiği, vergi inceleme elemanları tarafından ortaya konulmak ve belirlenmek zorundaydı. 5520 sayılı KVK uyarınca ise ilgili madde metninde "*emsallerine uygunluk doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kağıtlar olarak saklanması zorunludur.*" hükmüne yer verilerek, bu konudaki sorumluluk mükellefe yüklemektedir. Muhtemeldir ki, ilişkili kişilerle yapılan işlemlere yönelik özel beyan/açıklama yükümlülüğü de yeni dönemde gündeme gelecektir. Örneğin, yıllık kurumlar vergisi beyannamesinde bu tür işlemlere ilişkin ayrı bir bölüm olabilir ve ilişkili kişilerle yapılan işlemlerin tutarı, ne gibi mal veya hizmetleri kapsadığı, hangi fiyatlama yöntemlerinin uygulandığı belirtilebilir. Böyle bir altyapı, gerek inceleme seçimi aşamasında gerekse incelemelerin yürütülmesi sırasında, vergi idaresinin transfer fiyatlandırması konusunda çok daha etkin sonuçlar almasına imkan sağlayacaktır. 5520 sayılı kanun, herhangi bir mükellef grubunu veya büyüklük itibarıyla herhangi bir işlem türünü bu yükümlülüklerin dışında tutmamaktadır (Çalıköğlü, 2006: 61). Esasen, kanunun transfer fiyatlandırmasına yönelik düzenlemelerine referans olan OECD Transfer Fiyatlandırması Rehberi'nde de istisnalar tavsiye edilmemektedir. Dolayısıyla dokümantasyon ve ispat yükümlülüğünün bütün kurumlar vergisi mükellefleri için geçerli olacağını söylemek mümkündür. Kanunun en önemli yönlerinden biri de budur. Bu çerçevede; mükelleflerin, mevcut transfer fiyatlandırmalarını gözden geçirmeleri ve gerek gümrük mevzuatı, gerek vergi mevzuatı ve gerekse işlemlere taraf olacak şirketlerin mukim oldukları ülkelerin vergi mevzuatları ve bu ülkelerle imzalanan vergi anlaşmaları hükümlerini de dikkate alarak, uzun

dönemli, tutarlı ve dokümente edilebilir transfer fiyatlandırması yöntemlerini oluşturmaya bir an önce başlamalarında fayda vardır (Çalıköğlü, 2006: 61).

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım müessesesinin çözüm üretmesi gereken bir diğer sorun kendisini, hamiline yazılı tahviller yoluyla yapılan işlemlerde göstermektedir. Zira tahvillerin piyasada kolay el değiştirmesini sağlamak için getirilen bu uygulama kurumlar vergisi matrahını erozyona uğratabilmektedir. Bu konuyla ilgili idare özellikle, ihraç edilen tahvillerin kolay el değiştirmesini önlemeyecek bazı çözümler üretmelidir. Örneğin konuyla ilgili olarak; AŞ'lerce ihraç edilen tahvillerin bankalar veya aracı kurumlarca satılması zorunlu tutulabilir ve tahvillerin el değişimi bu kurumların şubelerinden herhangi birinde alıcı ve satıcının buluşmasıyla sağlanabilir. Ayrıca nama yazılı tahviller yanında emre yazılı tahvillerde ihraç edilebilmeli, böylece tahvilin arka kısmına yapılan ciro işlemi ve zilyetliğin devri ile tahvil devredilebilmelidir. Tahvillerin gerek ilk ihracında gerekse faiz ve ana para ödemelerinde ödemeler banka hesabı aracılığı ile yapılmalıdır (Yıldırım, 1993, 96).

İdarenin öncelikle üzerinde durması gereken konulardan biri de, emsal tespitidir. Nitekim 5520 sayılı KVK'da transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım konusunda çağdaş yöntemler olarak gösterilen OECD yöntemleri benimsenmiş, ancak bu yöntemler ile kıyaslama yapılacak emsaller belirlenmemiştir.

Bu konuyla ilgili tartışma yaratabilecek en önemli durum emsal bedel ya da fiyatın belirlenmesinde karşılaştırma yapılacak veri havuzlarının oluşturulmuş olmamasıdır. Türkiye'de şu anda SPK'ya tabi kurumlar ile ilgili açıklanması zorunlu bilgiler dışında diğer şirketlere dönük olarak kamuya açık bilgi havuzları yoktur. Dolayısıyla emsal belirlenirken emsal alınabilecek, karşılaştırma yapılabilecek, yani ondan hareketle bir baz oluşturulabilecek herhangi bir veri yoktur. Özellikle veri havuzları ile ilgili AB ülkelerinde önemli çalışmalar mevcuttur. Bu veri havuzları sayesinde birçok ülke kendi ülkeleri ile doğrudan ilgili olmasa bile, kendi şirketlerinin tamamını oluşturmasa bile, veri havuzlarından yararlanarak emsale uygunlukları ya da emsal araştırmasını yürütebilmektedir. Türkiye'deki uygulamanın geçiş döneminde bu sıkıntı ile karşı karşıya kalmaması için özellikle vergi inceleme elemanlarının geçmişe dönük emsal kıyaslamasından kaçınmaları gerekmektedir (Gündüz, 2006: 7). Bunun dışında OECD'i rehberi, veri havuzlarının oluşturulması ile ilgili birinci derecede

kaynak olabilir. Çünkü Türkiye'nin benimsediği yöntem OECD'nin transfer fiyatlandırması ve örtülü sermaye ile ilgili düzenlemeleri ile paraleldir.

Örtülü sermaye uygulamasında yeni düzenleme 01.01.2006 tarihinden sonraya sarkan ödünç para verme işlemlerinde uygulanmak ve 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 21.06.2006 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiştir. Buna göre kurumların 01.01.2006 tarihinden önce mevcut olup 2006 yılına sarkan borçlarına da yeni hükümler uygulanacaktır. Bu durum beraberinde yeni tartışmaları ortaya çıkaracaktır. Örneğin 2006 yılından önce doğmuş olan ve 5422 sayılı KVK'nın ilgili maddesine göre örtülü sermaye sayılmayan bir borcun 01.01.2006 – 21.06.2006 tarihleri arasında örtülü sermaye sayılması, kanunların mükellef aleyhine geriye yürümesi anlamına gelmekte olup, hukuka aykırıdır (Kızılot, 2006: 36).

Yeni düzenlemede örtülü sermaye açısından borcun devamlı ve uzun süreli kullanımı şartı kaldırıldığı için grup şirketleri arasında ticari teamüllere uygun olarak yapılan vadeli mal veya hizmet alım veya satımlarında sorun yaşanması olasıdır. Örneğin örtülü sermaye uygulaması ile ilgili, grup şirketlerinden almış olduğu kredinin bir kısmının aynı koşullarla, diğer bir kısmının ise kar marjı koyularak aynı anda başka bir grup şirketine aktarıldığı durumlarda, ikinci uygulama örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz sayılırken ilk uygulama örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz sayılmayacaktır. Bu konuda Maliye Bakanlığı çıkaracağı bir tebliğ ile durumu açıklığa kavuşturmalı ve bu tür işlemlerde örtülü sermaye hükümlerinin uygulanmayacağını açıkça belirtmesi faydalı olacaktır. Ayrıca kurumun aldığı borcun işletmedeki kullanım süresinin 5520 sayılı KVK'da yer almaması bazı sorunları beraberinde getirebilir. Zira bu uygulama ile yıl içerisinde işletmesinde borcu 1 gün kullanan ile 12 ay kullanan arasında bir fark yoktur. Oysaki yıl içerisinde sadece birkaç gün veya birkaç hafta borç kullanan bir işletmenin sermaye ihtiyacını maskeleyme amacıyla hareket ettiğini söylemek doğru değildir. Burada ki süre, işletmenin borçlanmayı birkaç günlük nakit krizini aşmak veya birkaç günlük işletme kredisi ihtiyacını gidermek amacıyla hareket ettiğini kanıtlar. Bu nedenle idarenin bu gibi durumlarda özsermayenin 3 katını aşan borca tekabül eden faizin gider niteliğini yeniden gözden geçirmesi faydalı olacaktır.

Yeni düzenlemelere getirilebilecek eleştirilerin başında, pek çok uygulamanın Maliye Bakanlığı veya Bakanlar Kurulu'nun düzenlemelerine bırakılması durumu gelmektedir. Örneğin transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım konusuyla ilgili olarak ilişkili kişi kavramının tespiti Bakanlar Kurulu'na bırakılmıştır. Dolayısıyla idari düzenlemeler yapılmadıkça söz konusu kanun maddelerinin uygulamaya geçirilmesi zaman alacaktır. Bunun içindir ki 21.06.2006 tarihinde yürürlüğe giren yeni KVK'nın ardından uygulamayı yönlendirici genel tebliğlerin veya karamamelerin hemen yayınlanmasında fayda vardır.

Öte yandan yeni düzenleme döneminde üzerinde tartışılacak bir diğer konu kur farkları ile ilgilidir. Zira kur farkları ile ilgili sorun yapı itibarıyla 5422 sayılı KVK'daki bir soruna benzemektedir. Hatırlanacağı üzere 5422 sayılı KVK döneminde örtülü kazanç müessesesinin hangi kurumları kapsadığı tartışmalı bir konuydu. Çünkü kanunun 15. maddesinde “sermaye şirketi” ifadesi kullanılırken açıklamaların yapıldığı 17. maddede sadece “şirket” ifadesine yer verilmişti. Dolayısıyla örtülü kazanç müessesesi amacıyla bağdaşmayacak şekilde sadece sermaye şirketleri için uygulanabilirdi. Kur farkları ile ilgili oluşan tartışmalı durum ise şu şekilde açıklanabilir.

Örtülü sermaye konusuna ilişkin olarak literatürde yaşanan önemli görüş ayrılıklarından biri, kur farkı ve faiz olgularına aittir. Bilindiği üzere vergi kanunları lafzı ve ruhu ile hüküm ifade eder. Lafzın yani kanunda geçen sözcüklerin, cümlelerin tam anlaşılmadığı durumlarda kanunun ruhuna bakmak yani VUK'un 3. maddesi kapsamında yorum yapılması gerekecektir. Dolayısıyla vergi hukukundaki lafzı ve ruhi yorum yöntemleri birbirlerini tamamlayan bir bütünün iki parçasıdır ve birlikte göz önünde bulundurulmalıdır (Bayraklı ve Pehlivan, 1998: 51). Burada önemli olan ve atlanılmaması gereken husus, kanunun açık ve net olduğu durumlarda eksiksiz olarak uygulanması gerekliliğidir. Aksi halde vergilendirmede yaşanacak işletme aleyhine bir haksızlık, onun kendisini finanse edebilmesi amacıyla kanun dışı yollara sapsasına neden olabilir. Kanunda var olmayan bir hükmün yorum yoluyla yaratılması ve bundan hareketle işletmeden vergi alınması Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 73. maddesine ters düşerek “vergilerin kanuniliği” ilkesini zedeler. Yorum, “kanunsuz vergi olmaz” ilkesinden hareketle kanun sınırları içinde yapılmalıdır. Bütün bunlara ek olarak, kavram itibarıyla kur farkı ve faiz birbirlerinden farklı kavramlardır. Faizin getirisinin

kanun ya da sözleşme şartlarından doğması nedeniyle hesabı mümkündür. Oysa kur farkına ilişkin olarak lehte veya aleyhte oluşan yahut lehte veya aleyhte olma dereceleri konusunda sabit kur politikasının seçildiği zamanlarda dahi kesin bir done yoktur (Ceyhan, 2006). 5520 sayılı KVK, ilk bakışta kur farkı tartışmalarını çözmüş gibi görünmekteyse de bünyesinde çelişkili düzenlemeler barındırmaktadır. Örneğin 12/7. maddenin ikinci cümlesinde; *“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.”* denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla taraflar nezdinde oluşan kur farkı ödemelerinin diğer şartları da mevcutsa durum örtülü sermaye olarak kabul edilecektir ve borç ilişkisinin taraflarının ilişkileri de buna göre düzeltilecektir.

5520 sayılı KVK'nın 12. maddesi ile ilgili bir diğer sorunda “neyin, nasıl” düzeltileceği sorunudur. Çünkü burada borç alan ister bu borcu örtülü sermaye olarak görsün ister görmesin veya faiz veya kur farkını ister gider yazsın ister yazmasın, borç veren bu faiz veya kur farkını gelir olarak kayıt altına almaktadır. Buradaki tek düzeltme bunları gelir olmaktan çıkarma şeklinde olabilir ki bu da pek olanaklı gözükmemektedir (Doğrusöz, 2006c)³². Burada borç veren nezdinde neyin düzeltileceği ile ilgili bir yorum olasılığı mevcuttur. 5520 sayılı KVK'nın 12/7. maddesinin birinci cümlesi, *“Örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç faiz vb. ödemeler veya hesaplanan tutarlar, gelir ve kurumlar vergisi kanunlarının uygulamasında gerek borç alan, gerekse borç veren nezdinde örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibariyle dağıtılmış kar payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır.”* şeklindedir. Dolayısıyla 12/7. maddenin yukarıda yer verilen ikinci ve birinci maddeleri birbirleri ile bağdaşmamaktadır. İki cümlelerin bağdaştırılması ancak; *“borç alan kurum nezdinde örtülü sermaye olarak kabul edilen kısmın ve kurumlar vergisi matrah farkının hesabında kur farkının da dikkate alınması, ancak bu tutarın kar dağıtımı olarak kabul edilecek ve tevkifat matrahının tespitinde nazara alınacak kısmının hesabında kur farkına tekabül eden bölüm dikkate alınmayacaktır.”* şeklinde bir yorumla mümkün olabilir (Doğrusöz, 2006c).

³² [http://www.mukellefgazatesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=23526\(29.07.2006\)](http://www.mukellefgazatesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=23526(29.07.2006)).

5520 sayılı KVK dikkatlice incelendiğinde 5422 sayılı KVK dönemindeki soruna benzer bir sorun kur farklarında görülmektedir. 5520 sayılı KVK'nın kanunen kabul edilmeyen indirimler başlığını taşıyan 11/b maddesinde “*örtülü sermaye üzerinden hesaplanan veya ödenen faiz, kur farkı vb. giderler*” ifadesi kullanılarak kur farklarının gider olarak dikkate alınamayacağı belirtilmiştir. Oysaki örtülü sermaye ile ilgili açıklamaların yer aldığı 12/7. maddede “*örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç faiz vb. ödemeler veya hesaplanan tutarlar...*”ifadesi yer almaktadır. Dolayısıyla 12/7. maddeye göre kur farkları bir maliyet unsuru olarak dikkate alınabilecektir. Konuya açıklık getirmesi açısından 5520 sayılı KVK'nın tasarısı haline göz atılmasında fayda vardır. Çünkü ilgili tasarıda 11/b maddesi aynen yer alırken 12/7. maddede 11/b maddesi ile uyumlu bir şekilde “*örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz, kur farkı vb. giderler*” ifadesi yer almaktaydı. Yani kanun koyucu tasarının kanunlaşması sürecinde yaptığı değişiklikle kur farkını bir maliyet unsuru olarak görmeye karar vermiştir. Dolayısıyla kanunlaştığı şekliyle 11/b maddesi 12/7. madde ile uyumlu hale getirilmelidir.

Sonuç olarak söylenebilir ki, örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtım müesseseleri yeni düzenlemeler sayesinde daha somut bir hale getirilmiş ve hem mükellef, hem de vergi idaresi açısından ilişkili kuruluşlarla yapılan işlemlerin daha ciddi bir şekilde takip edilmesine imkan sağlanmıştır. Ancak yöntemlerin nasıl uygulanacağı konusunda mükelleflerin daha fazla bilgiye ihtiyacı vardır. Bunun içindir ki her iki müessese açısından ilgili usul ve esasların çıkarılacak bir yönetmelik ile düzenlenmesi yerinde olacaktır. Zira bu sayede izlenecek yöntemler daha fazla açıklığa kavuşmuş olacak, uluslararası uygulamalarda olduğu gibi Türkiye'deki vergi mükellefleri de bu konuda daha bilinçli hareket edeceklerdir. Unutulmamalıdır ki etkin bir transfer fiyatlandırması sisteminin oluşturulması, sadece çıkarılacak kanuna değil bu kanunu işler hale getirecek güçlü bir idari ve teknik yapının oluşturulmasına da bağlıdır. Bu konuda vergi idarelerine büyük görevler düşmektedir. Bu nedenle vergi idareleri güçlendirilmeli, alınacak tedbirleri uygulamaya koyabilecek uzman personel yetiştirilmeli ve verilecek meslek içi eğitimle bu personelin değişen ve gelişen yeni durumlara intibakları sağlanmalıdır. Aşağıda 5520 sayılı KVK dönemindeki sorulması muhtemel sorular ve bu soruların cevaplarının yer aldığı bir tablo yer almaktadır.

Tablo 11. 5520 Sayılı KVK'nın Örtülü Sermaye Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Müesseselerinin Uygulanması Sırasında Ortaya Çıkabilecek Sorunlar Ve Çözüm Önerileri

SORU	CEVAP
<p>➤ İdare açısından ilk aşamada neler yapılmalıdır?</p>	<p>➤ Transfer fiyatlandırması konusunda sadece bu işle ilgili olacak ve ABD, Japonya gibi ülkelerde örnekleri olan birimler oluşturulmalıdır.</p> <p>➤ İdare bir eğitim grubu oluşturmalı ve bu eğitim grubunun oluşturulmasında OECD'den yardım almalıdır.</p>
<p>➤ İnceleme elemanları açısından nelere dikkat edilmelidir?</p>	<p>➤ İnceleme elemanları geçmiş dönemlerle ilgili fiyat farklılıkları konusunda eleştiride bulunmamalıdır.</p> <p>➤ Veri tabanlarının oluşturulması konusunda aktif rol almalıdırlar.</p>
<p>➤ Düzenlemelerin ilk yılı için neler yapılabilir?</p>	<p>➤ İlk defa bu kapsamda bir düzenleme yapıldığı için fiyatların bir yöntem içinde belirlenmesi konusunda idare açısından esnek davranılmalıdır.</p> <p>➤ Yeni düzenlemelerle ilgili yapılacak açıklamalar geciktirilmemeli, yerinde ve zamanında yönlendirmeler yapılmalıdır.</p>
<p>➤ Yeni düzenlemelere uyum açısından ulusal ve uluslararası firmalar arasında bir fark var mıdır?</p>	<p>➤ Yeni düzenlemelere yabancı ortaklı firmaların daha hızlı uyum sağlayacağı kuvvetle muhtemeldir. Özellikle merkez açısından alışık olunan kavramlar olduğundan, OECD ile paralellik ölçüsünde uluslararası firmaların yeni düzenlemelere uyumu daha kolay olacaktır.</p>
<p>➤ Firmaların 5520 sayılı KVK döneminde izleyecekleri stratejiler neler olmalıdır?</p>	<p>➤ Örtülü sermaye ile ilgili yeni düzenleme dikkate alındığında firmaların örtülü sermaye dağıtımı ile karşı karşıya kalmaması için; sermaye artışlarını mümkün olduğu kadar yıl bitmeden yapmalı ve dolayısıyla dönem başına yüksek bir sermaye ile girmelidirler.</p> <p>➤ Yabancı ortaklı firmalar merkezlerini yeni düzenlemelerden haberdar etmelidirler.</p> <p>➤ Düzenlemelerin henüz yeni olması idarenin, inceleme elemanlarının ve akademik çevrenin bu konuya yoğunlaşmasına neden olacaktır. Bu durum özellikle "<i>büyük mükellef</i>" konumundaki firmaların daha çok ve sıkı denetime tabi olması anlamına gelecektir. Bunun için firmaların kayıt sistemlerini gözden geçirmesi faydalı olacaktır.</p>

GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Türk vergi mevzuatında yer alan örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtım müesseseleri 1949 yılında Türk vergi sisteminin ilk büyük vergi reformunun yapılması sırasında hazırlanan yasa tasarısında yer almış ve 01.01.2006 tarihine kadar pek fazla değişikliğe uğramadan gelmiştir. 5520 sayılı KVK'nın kanunen kabul edilmeyen indirimler başlıklı 11. maddesinin 2 ve 3. bendinde sıralanan ve aynı kanunun 12 ve 13. maddesinde tanımlanan örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç müessesesi özellikle şirketleşme (kurumlaşma) hareketine paralel olarak önem kazanmıştır.

Söz konusu maddeler 5422 sayılı KVK döneminde ayrıntılı bazı açıklamalara yer vermiş olmasına rağmen anılan maddelerin bünyesinde barındırdığı ve herkesce farklı yorumlanabilecek subjektif bir takım kavramlar yüzünden işlerliğini sekteye uğratmıştır. Subjektif olarak nitelenen bu kavramlar; devamlı ve sıkı bir iktisadi ilişki, emsaline göre göze çaracak derecede az ya da çok, nüfuzu altında bulundurma, ortakların ilişkili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler şeklinde örneklendirilebilir.

01.01.2006 tarihinden itibaren uygulanmak üzere yürürlüğe giren 5520 sayılı KVK ile gerek örtülü sermaye gerekse transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtım müesseseleri önemli değişikliklere uğramıştır. Zira yeni KVK'nın yürürlüğe girmesiyle Türkiye yabancı sermaye çekme konusunda rekabet içerisinde olduğu diğer gelişmekte olan ülkeler ile arasındaki mevzuattan kaynaklanan eksikliklerin en önemlilerinden ikisi ortadan kaldırılmış olacaktır.

Yeni KVK ile vergileme açısından bir vergi güvenlik müessesesi olan örtülü sermaye uygulaması subjektif kriterlerden kurtarılarak objektif kriterler ışığında değerlendirilmiştir. Bu bağlamda örtülü sermaye müessesinin tartışmalı konularından olan borç/özsermaye oranı, ilişkili kişi ve örtülü sermaye sayılmayan borçlar konularının daha net açıklanması ile literatüre açıklık getirilmiştir.

5422 sayılı kanunda yer alan borçlanmalarda devamlı kullanım kriteri belirsizliklere yol açtığı için yeni KVK'da bu düzenlemeye yer verilmemiş, sabit oran yaklaşımı benimsenmiştir. Kanunda ortak veya ortakların ilişkili olduğu kişilerden

doğrudan veya dolaylı olarak yaptığı borçlanmalar örtülü sermaye tanımında yer almış ve ortaklarla ilişkili kişiler objektif kriterlerle açıklanmıştır.

Buna göre ana ortak, kurumun sermayesinde doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında ortak olan veya kurumun en az %10 oranında oy veya kar payı hakkına sahip hisselerini elinde bulunduran gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. Ana ortakla ilişkili kişi ise; ana ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az %10 oranında ortağı olduğu veya en az %10 oranında oy veya kar payı hakkına ya da hisselerine sahip olduğu bir tüzel kişiyi veya, doğrudan ya da dolaylı olarak ana ortağın ya da ana ortakla ilişkili bir tüzel kişinin sermayesinin ya da oy veya kar payı hakkına sahip hisselerinin en az %10'unu elinde bulunduran bir gerçek veya tüzel kişiyi ifade etmektedir. Ancak ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar %50 oranında dikkate alınacaktır. Bu düzenleme özellikle 5422 sayılı KVK döneminde bankaların örtülü sermaye kapsamında sayılan işlemlerinin daha net değerlendirilmesi açısından önemlidir.

Yeni KVK'daki bir diğer önemli düzenleme de, faiz olarak nitelendirilen örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin GVK ve KVK uygulamasında gerek faiz alanın gerekse faiz verenin nezdinde örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibariyle dağıtılmış kar payı veya dar mükellef için ana merkeze aktarılan tutar sayılacağı hükmü altında belirtilmiştir. Ayrıca getirilen yeni düzenleme sayesinde bir kurumda örtülü sermaye şartlarını taşıması sebebiyle gider olarak kurum kazancından indirimi reddedilen borçlara istinaden nakden veya hesaben ödenen faizlerin mükerrer vergilemeyi engellemek amacıyla elde eden yönünden temettü veya iştirak kazancı olarak yeniden tasnif edilmesi sağlanmıştır.

Yine 5520 sayılı KVK'nın 11/2 maddesi önemli bir düzenleme olarak göze çarpmaktadır. İlgili maddede kur farkı, faiz vb. ödemelerin örtülü sermaye kapsamında zikredilmesi daha önceki bölümlerden de hatırlanacağı üzere 5422 sayılı KVK döneminde yaşanan önemli bir tartışmayı sona erdirmiştir.

5520 sayılı KVK'nın Türk vergi sistemi için getirdiği bir diğer önemli yenilik, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını uygulamasıdır. Türkiye'nin bu tür bir düzenlemeye ihtiyacı olmasının altında yatan temel sebepleri; serbest ticaret politikaları neticesinde dünya çapında artan ticaret hacmi, ÇUŞ'ların üretim

merkezlerinin düşük işgücü maliyeti olan ülkelere taşınması, Türkiye'nin de son dönemde önemli ÇUŞ'lara sahip olması ve gelişmekte olan ülkelerde artan talebin yarattığı sorunlar olarak sıralayabiliriz.

5520 sayılı KVK ile getirilen söz konusu düzenleme OECD'nin 1995 yılında yayımladığı transfer fiyatlandırması ilkelerine paralel olarak düzenlenmiş ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını adını almıştır. Bu çerçevede kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal teslimi veya hizmet ifası işlemlerinde bulunması halinde elde edilen kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacaktır. İlişkili kişiler; kurumların kendi ortakları, ortakların ilişkili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulundurduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişileri ifade etmektedir. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dahil kan bağı olanlar ve sıhri hısımları da ilişkili kişi olarak sayılmıştır.

Bunun yanında yeni KVK ile Bakanlar Kuruluna verilen yetki sayesinde, zararlı vergi rekabetine yol açtığı kabul edilen ülkeler veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemlerde ilişkili kişi ile yapılmış sayılmaktadır. Bu açıdan vergi idaresi, vergi cenneti olarak tanımlanan ve genellikle vergi kaçırmak veya vergiden kaçınmak için bir araç olarak kullanılan bu ülkeler ve bölgeler karşısında avantajlı bir konuma getirilmiştir. Kanunda ifade edilen mal veya hizmet alım veya satımı ifadesine, bütün işlemleri kapsayacak şekilde geniş bir anlam yüklenmiştir.

5520 sayılı KVK ile getirilen en önemli yeniliklerden biri de emsallere uygunluk ilkesi olmuştur. Nitekim kanun gereği mükelleflere emsale uygun fiyat ya da bedelin belirlenmesinde OECD rehberinde de yer alan; Karşılaştırılabilir Fiyat Yöntemi, Maliyet Artı Yöntemi ve Yeniden Satış Fiyatı yöntemi gibi alternatifler getirilmiş ayrıca, yapılan işlemin mahiyetine uygun olmak kaydıyla diğer yöntemlerin de uygulanabileceği belirtilmiştir. Nitekim kanun metninin ilerleyen bölümlerinde mükelleflere ilişkili taraflarla yaptığı işlemlere ilişkin olarak belirleyeceği yöntem konusunda Maliye Bakanlığı'na başvurarak anlaşma yapma olanağı getirilmiştir. Bu düzenleme özellikle mükelleflerin alacağı riski minimuma indirme ve önünü görme

açısından faydalı bir düzenlemedir. İdare açısından ise, alacağına daha çabuk kavuşma ve yargı yolunun tercih edilmemesi konusunda avantajlar sağlayacaktır.

Tıpkı örtülü sermaye konusunda olduğu gibi; kısmen veya tamamen transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç GVK ve KVK uygulamasında bu maddedeki koşulların gerçekleştiği hesap dönemini son günü itibari ile dağıtılmış kar payı ya da dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılacaktır.

5520 sayılı KVK'nın transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımına ilişkin maddesi özellikle 5422 sayılı KVK döneminde önemli bir tartışma konusu olan; müessesenin sadece sermaye şirketleri açısından uygulanabilir olduğu yorumunu ekonomik hayatın gereklerine uygun olarak genişletmiştir. Nitekim 5422 sayılı KVK'da yer alan şirket ve sermaye şirketi kavramları yerine sadece kurum ifadesi kullanılarak tüm kurumlar vergisi mükellefleri müessesesi kapsamına alınmıştır.

5520 sayılı KVK'nın bir diğer önemli özelliği de; ulusal işlemlerin yanında uluslararası işlemlerin üzerinde ehemmiyetle durmasıdır. Bu uygulama özellikle dünyaya her geçen gün biraz daha fazla entegre olan Türkiye'nin yabancı sermaye ihtiyacını, vergiden kaçınmaya ve vergi kaçakçılığına olanak vermeden gidermesine imkan sağlayacaktır.

Türkiye özellikle örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı konusunda kendini geliştirmeye müsait bir ülkedir. Çünkü bunun için gerekli olan yasal alt yapıya sahiptir. Zira birçok Avrupa ülkesinin henüz kurulmadığı yıllarda bile Türk vergi mevzuatı detaylı ancak subjektif bir örtülü sermaye ve örtülü kazanç mevzuatına sahiptir. Yeni kanunla birlikte yapılan aslında Türkiye'de 55 yıllık bir mazisi olan örtülü sermaye ve örtülü kazanç dağıtımı müesseselerin üzerine uluslararası gelişmelerin konulmasıyla reform niteliğinde bir sentez elde edilmesidir. Ayrıca rehber olarak seçilen OECD düzenlemeleri Türkiye'nin ticaret partnerleri düşünüldüğünde son derece yerinde bir seçimdir.

Sonuç olarak söylenebilir ki 5520 sayılı kanun ile yeniden düzenlenen örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırılması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseseleri çağın gereklerine göre yeniden düzenlenmiştir. Türkiye'nin 5422 sayılı KVK döneminde uygulandığı; ihtilafları önlemeye yönelik olmayıp işlemden sonra tepki veren bir yapıya sahip olan vergi sistemi, 5520 sayılı KVK'nın 11, 12 ve 13. maddeleri ile getirilen

düzenlemelerle işlemiden önce tepki veren bir vergi sitemine geçişin ilk adımlarıdır. Zira buradaki amaç; sorunlar yaşandıktan sonra tepki veren bir vergi sisteminden ziyade sorunlar yaşanmadan önce önlem almaya yönelik bir vergi sisteminin oluşturulmasıdır. Mevcut sistem, mükelleflerin kötü niyetli gelir aktarmaları ile iyi niyetli uygulamaları arasındaki çizgiyi ayırt edici özellikte olması açısından reform niteliğindedir. Ancak unutulmamalıdır ki sorun, kanun çıkarmak ile bitmemektedir. En az kanunlar kadar uygulayıcılarının da önemi vardır. Bunun için özellikle idarenin hukuk tarihinin şu klasik söylemini dikkate alması gerekir. Çok kötü kanunlar başarılı uygulayıcılarının elinde çok başarılı sonuçlar verebilirken, buna karşılık çok iyi hazırlanmış kanunlar başarısız uygulayıcılarının elinde çok kötü sonuçlara neden olabilmektedir.

KAYNAKLAR

Kitaplar

- Adams, C. ve Coombes, R. 2003, Global Transfer Pricing: Principles and Practise, Lexis Nexis, United Kingdom
- Akıntürk, T. 2001, Borçlar Hukuku, Beta Yayınları, Ankara
- Bayraklı H. H. Ve Pehlivan, O. 1998, Vergi Hukuku İlkeler ve Türk Vergi Sistemi, Derya Kitapevi, Trabzon
- Hamzaçebi, A. 2002, Türkiye-AB İlişkilerinde Vergilendirme Ve 2001 İlerleme Raporunda Vergilendirmeye İlişkin Konuların Değerlendirilmesi, AB'ye Geçiş Süreci Ve Türk Kamu Maliyesinin Uyumu, TURMOB Yayınları, Fethiye, s. 9-27
- Kızılot, Ş. 1996, Danıştay Kararları Ve Özelgeler, Cilt 3, Yaklaşım Yayınları, Ankara
- Kızılot, Ş. 1998, Danıştay Kararları Ve Özelgeler, Cilt 4, Yaklaşım Yayınları, Ankara
- Kızılot, Ş. 2000, Kurumlar Vergisi Kanunu Ve Uygulaması, Yaklaşım Yayınları, Ankara
- Kızılot, Ş. 2002a, Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç Ve Örtülü Sermaye, Yaklaşım Yayınları, Ankara
- Koyuncu, M. 2005a, Örtülü Sermaye, Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Uluslararası Transfer Fiyatlandırması, Hesap Uzmanları Derneği Yayını, Ankara
- Maç, M. 1999, Kurumlar Vergisi, Denet Yayıncılık, İstanbul
- Öncel, M. 1978, Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara
- Öncel, M. Kumrulu, A. Çağan, N. 2004, Vergi Hukuku, Turhan Kitap evi, Ankara
- Özbalcı, Y. 2004, Kurumlar Vergisi Kanunu, Yorum Ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Ankara
- Semercigil, M. 1995, Kurumlar Vergisi Kanunu ve Açıklamaları, Ankara
- Şenyüz, D. 2005, Türk Vergi Sistemi, Yaklaşım Yayınları, Ankara

Tezler Ve Kurum Yayınları

- Akdağ, B ve Yiğitbaşı, A. 2002, Kurumlar Vergisi Açısından Kanunen Kabul Edilmeyen İndirimler, TURMOB Sirküleri, Ankara
- Denetim-Revizyon-Tasdik, 2006, Yeminli Mali Müşavirlik AŞ. “Yeni KVK Ve Getirdikleri”, [http://www.deloitte.com/dtt/doc/contect/\(02.07.2006\)](http://www.deloitte.com/dtt/doc/contect/(02.07.2006))
- DELOITTE, 2006, “Yeni KVK Ve Getirdikleri”, Ceylan Inter Continental, [http://www.deloitte.com/dtt/article/0,1002,sid%253D8403.html\(26.07.2006\)](http://www.deloitte.com/dtt/article/0,1002,sid%253D8403.html(26.07.2006))
- ERNST & YOUNG, 2006, International Tax Services: “Transfer Pricing Global Reference Guide” [http://www.ey.com/global/dowland.nsf/International/Global Transfer Pricing Guide June 2006\(20.07.2006\)](http://www.ey.com/global/dowland.nsf/International/Global%20Transfer%20Pricing%20Guide%20June%202006(20.07.2006))
- Gelirler Kontrolörleri Derneği, 2005, Beyanname Düzenleme Klavuzu, İstanbul
- Gündüz, Z. 2006, “Transfer Fiyatlandırması, GVK Düzenlemeleri, Vergi Cennetleri İle Mücadele Ve Masraf Dağılımı”, PricewaterhouseCoopers Yayını, İstanbul [http://www.vergiportali.com/doc/15mart/15martZG.pdf/\(15.03.2006\)](http://www.vergiportali.com/doc/15mart/15martZG.pdf/(15.03.2006))
- Işık, H. 2005, ÇUŞ'larda Örtülü Kazanç Ve Örtülü Sermaye, Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama Ve Koordinasyon Kurulu, Yayın No: 2005/370, Ankara
- Kahraman, A. 2005, Vergi Reformunda İlk Adım; Kurumlar Vergisi Kanun Taslağı, DRT Denetim, Revizyon, Tasdik, Yeminli Mali Müşavirlik Yayını, İstanbul
- Kaya, M. 1997, Kurumlar Vergisinde Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Örtülü Sermaye Faizi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi,
- Küçük, S. 2006, 2005 Yılı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi Ve Beyanname Düzenleme Klavuzu, Yıl:14, Sayı (160) EK, Yaklaşım Yayınları, Ankara
- OECD, 2003. “Model Tax Convention On Income And On Capital”, Volume I-II, Paris, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanuals/INTM642030.htm> (14.04.2006)
- TOBB, 2001, Vergilendirmede Global Eğilimler, AB ve Türk Vergi Sistemi, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, No: 359, Bölüm:59, Ankara

Makaleler

- Acar, F., 2000, Şirket Ortaklarına Ödünç Para Verme Sonucu Örtülü Olarak Dağıtılan Kazançlar Kar Payı Olarak Nitelendirilebilir Mi?, Vergi Sorunları Dergisi, (147), ss. 53–61
- Ackerman Robert, E. Hobster J. Landau J., 2002, Managing Transfer Pricing Audit Risk, CPA Journal, Vol 72, ss. 57–59
- Akbulak, Y. ve Koray, A., 2003, Örtülü Kazanç Aktarımının Halka Açık AŞ'ler Açısından Değerlendirilmesi, Vergi Dünyası, (257), ss. 133–147
- Akbulut, A., 2004, Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Sorununda Bir Adım Daha Geri; Serbest Bölgelerde Faaliyet Gösteren Mükelleflerin Vergilendirilmesi, Vergi Dünyası, (271), ss. 110–114
- Alşan, Z., 1986, Kurumlarda Örtülü Kazanç Dağıtımı, Vergi Dünyası, (54), ss. 6-13
- Arpacı Ömer, A., 2005, Örtülü Kazanç Dağıtımında Sermaye Şirketi Kavramı, Yaklaşım, (152), ss. 114–118
- Arpacı Ömer., A. 2006, “2005 Yılı Kurum Matrahının Tespitinde Giderler,” E-Yaklaşım, (32)
- http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2006037999.htm
(20.03.2006)
- Avcı, Ö., 2002, Bankaların Grup Şirketlerine Kullandırdıkları Kredilerde Örtülü Sermaye Sorunu, Vergi Dünyası, (248), ss. 76–83
- Baş, K., 2006, “İşletmelerde Yeni KVK Taslağı Ve İşletmelere Etkileri” [http://www.vergiportali.com/doc/15mart/15martKB.pdf/\(15.03.2006\)](http://www.vergiportali.com/doc/15mart/15martKB.pdf/(15.03.2006)).
- Başaran, M. Ve Atay, T., 2001, Kurum Fonlarının Ortaklara Ve Aralarında Hukuksal Ve/Veya Ekonomik Bağ Bulunan Şirketlere Kullandırılması Eyleminin Örtülü Kazanç Dağıtımı Merkezinde KDV Açısından Almaşık Bir Yaklaşımla Tartışılması, Yaklaşım, (101), ss. 173–180
- Başer, A., 1995, Kurumlar Vergisi Kanunundaki Örtülü Kazanç Ve Örtülü Sermaye Müesseselerine İlişkin Bir Problem, Vergi Dünyası, (161), ss. 101–105

- Bayrak, S., 2006, Örtülü Sermaye Kavramının Yeni Tanımı Ve Doğuracağı Sorunlar, Vergi Sorunları Dergisi, (210), ss. 43–48
- Bayram, S. Ve Ünal, İ., 2006, Örtülü Sermaye Müessesesinin Niteliği, Vergi Dünyası, (296), ss. 55–59
- Beylik, A., 2004. “Uluslararası Transfer Fiyatlandırması Ve Karşı Düzenlemeler”, E-Yaklaşım, (17),
http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2006037999.htm
 (15.03.2006)
- Biçer, R., 2004, “OECD Model Konvansiyonu Ve Uluslararası Uygulamalar Açısından Örtülü Sermaye Müessesesi”, E-Yaklaşım, (17),
http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2004037999.htm
 (15.03.2006)
- Cravens, K., 1997, Examining The Role Of Transfer Pricing As A Strategy For Multinational Firms, International Business Review, Number (6), ss. 127–145
- Ceyhan, M., 2006, “Vergi Güvenlik Müessesesi Olarak Örtülü Sermaye”
http://alomaliye.com/murat_ceyhan_ortulu.htm(27.07.2006)
- Çamlıca, M., 1996, Uluslararası Vergiden Kaçınma, Vergi Kaçakçılığı Ve Vergi Antlaşmalarının İstismarı, Vergi Sorunları Dergisi, (93), ss. 91–97
- Çalıköğlü, E., 2006, “Transfer Fiyatlandırması”, Ekonomist, 12 Şubat 2006, (2006/8), ss.60-61
- Çetin, İ., 2005, OECD Model Anlaşması Kapsamında Örtülü Sermaye (Thin Capitalization I), Vergi Dünyası, (284), ss. 77–81
- Datuel, R., Murach, J., Pupeter, A., 2004, Thin Capitalization Amendments Affect Financing Arrangements, International Tax Review, Volume (15), Issue (9), ss. 17–20
- Dayanç, M., 2001, Örtülü Sermaye Müessesesinde İstikrazlar Kavramının Niteliği, Vergi Dünyası, (324), ss. 105–109

Doğrusöz, B., 2006a, “Vergi Cennetlerine Vergi Kesintisi”,

http://www.dunyagazatesi.com.tr/news_display.asp?upsale_id=251652&dept_id=1007

(20.02.2006).

Doğrusöz, B., 2006b, “Örtülü Sermaye”

[http://mukellefgazatesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=23027\(26.07.2006\)](http://mukellefgazatesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=23027(26.07.2006))

Doğrusöz, B., 2006c, “Örtülü Sermaye Faizi 2(Kur Farkı Sorunu)”

[http://mukellefgazatesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=23027\(26.07.2006\)](http://mukellefgazatesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=23027(26.07.2006))

Duman, Ö., 1996, Şirket Ortağının Şirkete Döviz Üzerinden Borç Vermesi Ve Örtülü Sermaye, Vergi Dünyası, (173), ss. 129–134

Duman, Ö., 1999, Şirket Ortaklarının Döviz Üzerinden Borçlanması Ve Bir Danıştay Kararı, Vergi Dünyası, (212), ss. 18–24

Erdal, V. Ve Okumuş, S., 2002, Uluslararası Transfer Fiyatlaması, Vergi Sorunları Dergisi, (166), ss. 78–87

Erdem, D., 1996, Örtülü Kazanç Dağıtımında Emsal Uygulaması, Vergi Sorunları Dergisi, (95), ss. 22–27

Gençyürek, L., 2000a, Kurumlar Vergisi Kanununda Örtülü Sermaye, Vergi Sorunları Dergisi, (141), ss. 44–48

Gençyürek, L., 2000b, Örtülü Kazanç Dağıtımı, Vergi Sorunları Dergisi, (143), ss. 67–79

Göktaş, A., 2001, Türkiye’nin AB’ye Ekonomik Ve Vergisel Uyumu, Yaklaşım, (97), ss. 46–55

Günaydın, İ., 1999, Uluslararası Transfer Fiyatlandırmasının Vergisel Amaçları, Vergi Dünyası, (165), ss. 165–175

Gündoğdu, B., 2005a, Muvazaa I, Özel Hukukta Muvazaa, Vergi Dünyası, (287), ss. 97–104

Gündoğdu, B., 2005b, Muvazaa II, Özel Hukukta Muvazaa, Vergi Dünyası, (288), ss. 89–95

- Gündoğdu, M., 1997, Örtülü Sermaye Müessesesi, Borçlanmanın Döviz Üzerinden Yapılması Durumunda Ortaya Çıkan Kur Farkına İlişkin Değerlendirme, Vergi Sorunları Dergisi, (100), ss. 78–84
- Güner Fatih, M., 2004, “Örtülü Kazanç Dağıtımı Çerçevesinde Transfer Fiyatlandırması Ve OECD’nin Transfer Fiyatlandırması Belirleme Yöntemleri”, E Yaklaşım, (14)
- [http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2006037999.htm\(15.03.2006\)](http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2006037999.htm(15.03.2006))
- Halil Bağdanlı, İ., 2006, “Örtülü Sermaye Tasarısı”, [http://www.turmob.org.tr/turmob/basin/\(02.03.2006.htm.\)](http://www.turmob.org.tr/turmob/basin/(02.03.2006.htm.))
- Işık, İ. Ve Çankaya, M., 2005, Serbest Bölgelere Satışlarda Örtülü Kazanç Konusunun Değerlendirilmesi II, Yaklaşım, (152), ss. 62–69
- İçten, N., 2002a, AB’ye Uyum Sürecinde Örtülü Kazanç Hükümlerinde Yapılması Gerekenler, Yaklaşım, (111), ss. 229–335
- İçten, N., 2002b, Örtülü sermaye Niteliğindeki Borçlanmalarda Kredi Faizi Ve Kur Farklarının Durumu, Yaklaşım, (113), ss. 221–226
- Kahraman, O., 2005, Gelir Vergisi Ve Kurumlar Vergisi Matrahlarının Tespitinde Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler, Vergi Dünyası, (292), ss. 95–100
- Kaplan Ali, M., 2006, Kurumlar Vergisi Kanun Tasarısında Yer Alan Vergi Güvenlik Müesseseleri, Vergi Dünyası, (296), ss. 45–54
- Kapusuzoğlu, T., 1999a, Transfer Fiyatlandırması Nedir?, Vergi Dünyası, (205), ss. 55–70
- Kapusuzoğlu, T., 1999b, Transfer Fiyatlandırmasına İlişkin ABD’de Yapılan Yasal Düzenlemeler I, Vergi Dünyası, (214), ss. 57–70
- Kapusuzoğlu, T., 1999c, Transfer Fiyatlandırmasına İlişkin ABD’de Yapılan Yasal Düzenlemeler II, Vergi Dünyası, (215), ss. 89–109
- Kelecı, A., 2006, Kooperatiflerde Örtülü Kazanç Dağıtımı Uygulaması, Yaklaşım, (158), ss. 98–102
- Kırıktaş, İ., 2005a, Serbest Bölgelerde Olası İnceleme Riskleri (Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Muvazaalı İşlemler I), Yaklaşım, (152), ss. 151–154

- Kırıktaş, İ., 2005b, Serbest Bölgelerde Olası İnceleme Riskleri(Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Muvazaalı İşlemler II), Yaklaşım, (153), ss. 132–139
- Kızılot, Ş., 2001, Örtülü Sermaye Üzerinden Ödenen Faizler Ve Örtülü Kazanç Dağıtımı Kar Payı Dağıtımı Olarak Nitelendirilebilir Mi?, Yaklaşım, (107), ss. 33–36
- Kızılot, Ş., 2002b, Örtülü Kazanç Müessesesinin Yalnızca Sermaye Şirketleri İçin Uygulanabileceği, Yaklaşım, (111), ss. 10–12
- Kızılot, Ş., 2006, Yeni KVK’da Örtülü Sermaye, Yaklaşım, (164), ss. 32-36
- Koyuncu, M., 1999a, Örtülü Sermaye Niteliğindeki Yabancı Para Cinsinden Borçlanmalarla İlgili Olarak Oluşan Kur Farklarının Gider Niteliği, Vergi Dünyası, (216), ss. 81–86
- Koyuncu, M., 1999b, Örtülü Kazanç Müessesesinde Hazine Zararı Kavramı, Vergi Dünyası, (210), ss. 57–63
- Koyuncu, M., 2003, Örtülü Kazanç Dağıtımında Vergileme Zamanı, Yaklaşım, (173), ss. 102–108
- Koyuncu, M., 2005b, Örtülü Sermaye Niteliğindeki Borçlanmalarla İlgili Olarak Ortaya Çıkan Kur Farkı Gelirlerinin Durumu, Vergi Dünyası, (282), ss. 52–55
- Kulu Bahattin, M., 2001, AB Üyesi Ülkelerde Uygulanan Ortak Vergi Hukuku, Yaklaşım, (98), ss. 59–67
- Kurt, H., 1990, Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Yüksek Mahkemenin Görüşü, Vergi Dünyası, (107), ss. 3–11
- Kurtçu, Y. Ve Yılmaz, H., 2005, “Transfer Fiyatlandırması Geliyor”, [http://www.verginet.net/Gundem.aspx?ID=19/\(25.11.2005\)](http://www.verginet.net/Gundem.aspx?ID=19/(25.11.2005)).
- Lewis, D. Ve Lim, L., 2002, How Companies Approach Transfer Pricing in Asia Pasific, International Tax Review, Volume 13, ss. 37–40
- Looks, C. Crüger, A. Thaden, B., 2006, “Thin Capitalization Rules And Arm’s Length Test”, [http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?page=1100&subtype=notloggedon&status=8\(15.03.2006\)](http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?page=1100&subtype=notloggedon&status=8(15.03.2006)).

- Onay, İ., 2006, Örtülü Sermaye Müessesesinde Borcun Özsermayeye Nispeti Hususu Ve Özellikli Bir Durum, Vergi Dünyası, (296), ss. 115–124
- Pazarçeviren Yüksel, S. Ve Aygen, F., 2005, ÇUŞ'larda Transfer Fiyatlandırması Manipülasyonları Ve Konunun Türkiye Açısından Değerlendirilmesi, Mali Çözüm Dergisi, (71), ss. 91–103
- Saraç, M., 2005, Çok Uluslu Şirketlerde Transfer Fiyatlandırması Ve ABD Vergi Sisteminde Bu Konudaki Düzenlemeler, Vergi Dünyası, (282), ss. 88–94
- Sarı, H., 2006, Örtülü Sermaye Ve Örtülü Kazanç Dağıtımını Müesseselerinin Muvazaa Ve Kanuna Karşı Hile Bağlamında Değerlendirilmesi, Vergi Dünyası, (293), ss. 124–142
- Savaş Hüseyin, H., 1999, Örtülü Sermayede Borçlanma, Kur Farkı, Tahvil İhracı Ve Karşılaşılan Sorunlar, Yaklaşım, (77), ss. 154–166
- Savaş Hüseyin, H., 2001, Örtülü Kazanç Dağıtımında Emsal Ve Danıştay'ın Konuya Yaklaşımı, Vergi Dünyası, (234), ss. 168–172
- Seviğ, V., 2006, “Kurumlar Vergisi Yasa Tasarısı Son Şeklini Aldı”, [http://www.resulkurt.com/kose_yazilari.asp/ensontasari.htm/\(30.03.2006\)](http://www.resulkurt.com/kose_yazilari.asp/ensontasari.htm/(30.03.2006)).
- Smith, H., 2004, UK: “Transfer Pricing And Thin-Capitalization Rules Extend to Domestic Transactions,” [http://www.internationaltaxreview.com/page=10&PUBID=35&ISS=12600&SID=470246&SM\(05.05.2006\)](http://www.internationaltaxreview.com/page=10&PUBID=35&ISS=12600&SID=470246&SM(05.05.2006)).
- Soydan Yaltı, B., 1996, ÇUŞ'lar Ve Vergi İdareleri İçin Transfer Fiyatlandırması Rehberi, Vergi Sorunları Dergisi, (91), ss. 106–136
- Sönmez, E. Ve Ayaz, G., 1997, Ortaklar Cari Hesabının Örtülü Kazanç Karşısındaki Durumu, Vergi Dünyası, (194), ss. 53–61
- Sönmez, E. Ve Ayaz, G., 1995, Örtülü Kazanç Dağıtımında Hazine Zararı Olup Olmadığı Araştırılabilir Mi?, Vergi Dünyası, (162), ss. 88-92

- Sporcken, E. Vogele, A. Boder, W. Luguet, P. Laisney, S. Musgrave, E., 2001,
 “Transfer Pricing in Europe: OECD Versus Local Practice,”
[http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?page=1100&subtype=notloggedon&Status\(15.04.2006\).](http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?page=1100&subtype=notloggedon&Status(15.04.2006).)
- Stanley, G., 2001, Transfer Pricing Takes Centre Stage, International Tax Review, Volume (12), ss 25-31
- Şahan, İ., 2001, Örtülü Sermaye Üzerinden Ödenen Faizler Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Gelir Vergisi Stopajı Uygulaması, Vergi Dünyası, (240), ss. 130–134
- Şenalp, Ş., 2006, “Örtülü Kazanç, Transfer Fiyatlandırması Ve İlişkili Taraf Kavramları”,
[http://www.alomaliye.com/ocak_06/sukrusenalp_ortulu_kazanç.htm/\(07.01.2006\).](http://www.alomaliye.com/ocak_06/sukrusenalp_ortulu_kazanç.htm/(07.01.2006).)
- Tan, M, 2006, “Ticari Borçlanmalarda Örtülü Sermaye Riski Var Mı?”,
[http://www.referansgazatesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=45341\(13.07.2006\)](http://www.referansgazatesi.com/haber.aspx?HBR_KOD=45341(13.07.2006))
- Tuğlu, A., 2006, Örtülü Kazanç Kapsamına Giren Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler, Yaklaşım, (157), ss. 63–65
- Turan, H., 1999, Sermaye Şirketlerinin Aldıkları Kredileri Başka Şirketlere Kullandırmasının KDV Karşısındaki Durumu, Vergi Dünyası, (211), ss. 94–102
- Türkiş, İ., 1995, Örtülü Kazanç Dağıtımında Vergi Ziyayı Ve Hazine Kaybı Kavramlarının Danıştay Kararları İle Birlikte Değerlendirilmesi, Vergi Sorunları Dergisi, (84), ss. 54–64
- Uçar, Ş., 1986, Şirketlerarasında ki Gider Aktarmalarının Vergi Kanunlarımız Karşısındaki Yeri, Vergi Dünyası, (58), ss 60-71
- Vural, İ. Ve Sevim, T., 2006, Yeni KVK Tasarısına Göre Örtülü Sermaye, Vergi Sorunları Dergisi, (213), ss.77-87
- Yalçın Bilal V., 1995, Holding Şirketlerde Örtülü Sermaye Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Danıştay’ın Konuya Yaklaşımı, Vergi Sorunları Dergisi, (81), ss. 41–47
- Yalçın, H. 1991, Örtülü Kazanç Dağıtımı, Vergi Dünyası, (124), ss. 41–62

- Yıldırım Haydar, A. Ve Kolotoğlu, O., 2003, Örtülü Kazanç Dağıtımında Vergileme Zamanı Ne Zaman Yapılmalıdır?, Yaklaşım, (121), ss. 170–172
- Yıldırım, B., 1993, AŞ'lerce İhraç Edilen Hamiline Yazılı Tahviller Yoluyla Oluşan Vergi Erozyonu, Vergi Dünyası, (142), ss. 88–96
- Yücel, T., 2006, Örtülü Sermaye Üzerinden Hesaplanan Faizler Örtülü Kar Payı Mıdır?, Vergi Dünyası, (295), ss.8-11

Danıştay Kararları

- Danıştay 4. Daire 08.05.1968 Tarih ve E. 1967/2151, K. 1968/2606 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 29.11.1969 Tarih ve E. 1968/5040, K. 1969/199 Sayılı Karar
- Danıştay 13. Daire 12.01.1976 Tarih ve E. 1975/1891, K. 1976/38 Sayılı Karar
- Danıştay 13. Daire 12.10.1976 Tarih ve E. 1975/1851, K. 1976/39 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 19.10.1988 Tarih ve E. 1987/4703, K. 1988/3511 Sayılı Karar
- Danıştay 3. Daire 15.12.1989 Tarih ve E. 1989/4328, K. 1989/2828 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 11.01.1990 Tarih ve E. 1989/144, K. 1990/1057 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 23.03.1990 Tarih ve E. 1989/13939, K. 1990/1057 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 23.02.1994 Tarih ve E. 1992/4441, K. 1994/1057 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 26.02.1994 Tarih ve E. 1992/3670, K. 1994/1141 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 24.05.1994 Tarih ve E. 1994/2111, K. 1995/1899 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 06.06.1994 Tarih ve E. 1993/4038, K. 1994/3395 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 30.11.1995 Tarih ve E. 1994/4834, K. 1995/4907 Sayılı Karar
- Danıştay 3. Daire 17.06.1996 Tarih ve E. 1996/952, K. 1996/2396 Sayılı Karar
- Danıştay 3. Daire 19.06.1996 Tarih ve E. 1996/952, K. 1996/2396 Sayılı Karar
- Bolu Vergi Mahkemesi 24.10.1996 Tarih ve E. 1995/205, K. 1996/185 Sayılı Karar
- Danıştay 11. Daire 12.11.1996 Tarih ve E. 1994/656, K. 1995/487 Sayılı Karar
- Danıştay Vergi Dava Daireleri 17.01.1997 Tarih ve E. 1995/415, K. 1997/6 Sayılı Karar

- Danıştay 3. Daire 07.05.1998 Tarih ve E. 1997/293, K. 1998/1650 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 07.12.1998 Tarih ve E. 1998/3480, K. 1998/4820 Sayılı Karar
- Danıştay 11. Daire _____ E. 1998/1200, K. 1999/3697 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 26.01.1999 Tarih ve E. 1998/22559, K. 1999/40 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 14.04.1999 Tarih ve E. 1997/4844, K. 1999/1374 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 25.05.1999 Tarih ve E. 1998/2530, K. 1999/2222 Sayılı Karar
- Danıştay 9. Daire 23.10.1999 Tarih ve E. 1996/3270, K. 1997/3335 Sayılı Karar
- Danıştay 3. Daire 27.02.2001 Tarih ve E. 1999/4040, K. 2001/475 Sayılı Karar
- Danıştay 11. Daire 27.03.2001 Tarih ve E. 2000/170, K. 2001/1096 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 22.10.2001 Tarih ve E. 2003/1069, K. 2001/3942 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 12.12.2001 Tarih ve E. 2000/4553, K. 2001/4896 Sayılı Karar
- Danıştay 7. Daire 13.12.2001 Tarih ve E. 2000/6259, K. 2001/4024 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 22.12.2001 Tarih ve E. 2000/1069, K. 2001/3942 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 16.05.2002 Tarih ve E. 2001/3082, K. 2002/2049 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 20.01.2003 Tarih ve E. 2002/1779, K. 2003/128 Sayılı Karar
- Danıştay 3. Daire 28.03.2003 Tarih ve E. 2000/2317, K. 2003/3286 Sayılı Karar
- Danıştay Vergi Dava Daireleri 25.06.2004 Tarih ve E. 2004/26, K. 2004/82 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 17.02.2005 Tarih ve E. 2004/1777, K. 2005/238 Sayılı Karar
- Danıştay 4. Daire 29.03.2005 Tarih ve E. 2004/2153, K. 2005/494 Sayılı Karar

Kanunlar, Tebliğler, Muktezalar Ve İnternet Adresleri

25.07.1981 Tarih ve 17411 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan 22 Seri Nolu Kurumlar Vergisi Kanunu Genel Tebliği

22.04.1926 Tarih ve 359 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan 818 Sayılı Borçlar Kanunu

10.06.1949 Tarih ve 7229 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu

29.06.1956 Tarih 9353 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu

06.01.1961 Tarih ve 10700 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu

10.01.1961 Tarih ve 10703 Sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 213 Sayılı Vergi Usul Kanunu

24.04.1969 Tarih ve 13195 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan 1163 Sayılı Kooperatifler Kanunu

02.11.1984 Tarih ve 18563 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu

Hesap Uzmanları Danışma Komisyonununun 25.09.1998 Tarih ve 287/2 Sayılı Kararı

15.12.1999 Tarih ve 17416 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan 2499 Sayılı Sermaye Piyasası Kanunu

Maliye Bakanlığı’nın 17.03.2004 Tarih ve 11397 Sayılı Muktezası

İstanbul Defterdarlığının 17.08.2005 Tarih ve 6033 Sayılı Muktezası

21.06.2006 Tarih ve 26205 Sayılı Resmi Gazete’de Yayımlanan 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu

Ankara Defterdarlığının B. 070 Gel. 0.50/5006-180 Sayılı Muktezası

[http://www.turmob.org.tr/danistay-ara\(13.04.2006\).](http://www.turmob.org.tr/danistay-ara(13.04.2006).)

[http://www.vergiturk.com\(03.03.2006\).](http://www.vergiturk.com(03.03.2006).)

[http://www.gelirler.gov.tr/gelir2.nsf/KVK5422?openFrameSet\(20.04.2006\).](http://www.gelirler.gov.tr/gelir2.nsf/KVK5422?openFrameSet(20.04.2006).)

[http://www.gelirler.gov.tr/gelir2.nsf/KVK_25422?OpenFrameSet\(25.06.2006\).](http://www.gelirler.gov.tr/gelir2.nsf/KVK_25422?OpenFrameSet(25.06.2006).)

[http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankası\(14.04.2006\).](http://www.danistay.gov.tr/danistaybilgibankası(14.04.2006).)

[http://www.ivdb.gov.tr\(15.03.2006\).](http://www.ivdb.gov.tr(15.03.2006).)

[http://www.vergidegundem.com/vergidegundemmakaleleri\(01.04.2006\).](http://www.vergidegundem.com/vergidegundemmakaleleri(01.04.2006).)

[http://www.turkticaret.net/business_center/haber\(17.04.2006\).](http://www.turkticaret.net/business_center/haber(17.04.2006).)

[http:// www.mukellefgazatesi.com.tr/cgi_bin/goster.pl?id=22443\(06.07.2006\).](http://www.mukellefgazatesi.com.tr/cgi_bin/goster.pl?id=22443(06.07.2006).)

KURUMLAR VERGİSİNDE ÖRTÜLÜ SERMAYE
VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA
ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

EMRULLAH ASLAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Maliye Anabilim Dalı

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ali SARILI

Afyonkarahisar

Afyon Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Eylül 2006

İmza

Tez Danışmanı:

Jüri Üyeleri:

.....

.....

.....

Emrullah Aslan'ın Kurumlar Vergisinde Örtülü Sermaye Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Başlıklı Tezi .../.../... Tarihinde, yukarıdaki jüri tarafından Lisansüstü Eğitim Öğretim ve Sınav Yönetmeliğinin ilgili maddeleri uyarınca, Maliye Anabilim Dalında, Yüksek Lisans tezi olarak değerlendirilerek kabul edilmiştir.

Enstitü Müdürü

TEZ ÖZETİ**KURUMLAR VERGİSİNDE ÖRTÜLÜ SERMAYE
VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA
ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI****Emrullah Aslan****Maliye Anabilim Dalı****Afyonkarahisar Kocatepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü****Ağustos 2006****Danışman:** Yrd. Doç. Dr. Mustafa Ali SARILI

Bu çalışmada, 5520 sayılı KVK ile örtülü sermaye ve transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müesseselerine getirilen yenilikler incelenmiştir. Bu yeniliklerin incelenmesi sırasında bu müesseselerin hem 5422 sayılı KVK, hem de uluslararası uygulamalar açısından değerlendirilmesi yapılmıştır. Ayrıca, çalışmada söz konusu müesseselerin teorik alt yapılarının yanı sıra uygulamaya yönelik değerlendirilmesi yapılmıştır. Neticede, yeni düzenlemeler sayesinde Türk vergi mevzuatının gerek örtülü sermaye açısından, gerekse transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı açısından uluslararası mevzuata yakınlaştırıldığı görülmüştür.

ABSTRACT**THIN CAPITALIZATION AND DISTRIBUTION OF CONCEALED INCOMES
THROUGH TRANSFER PRICING AT THE CORPORATION TAX****Emrullah Aslan****Department of Public Finance****Afyonkarahisar Kocatepe University, The Institute of Social Sciences****August 2006****Advisor:** Assistant Professor Mustafa Ali SARILI

In this study, the new regulations of the Corporation Tax Law, numbered 5520, on the institutions which distribute concealed incomes through transfer pricing and thin capitalization, are analyzed. A critic was done about the related institutions with regards to the old Corporation Tax Law (5422) and international applications. In the study, in addition to the theoretical background, its application is evaluated. As a result, with the new regulations, Turkish legislation became more in line with the international legislation in terms of concealed incomes and distribution of concealed incomes through transfer pricing.

ÖZGEÇMİŞ

Emrullah ASLAN

Maliye Anabilim Dalı

Yüksek Lisans

Eğitim

Yüksek Lisans: 2006 Afyonkarahisar Kocatepe Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü

Lisans: 2004 Afyonkarahisar Kocatepe Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi (İİBF) Maliye Bölümü

Lise: 1999 Kocasinan Lisesi Eşit Ağırlık Bölümü

Kişisel Bilgiler

Doğum yeri ve yılı: İstanbul, 08.09.1981 Cinsiyet: Erkek

Yabancı Dil

İngilizce

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
TEZ JÜRİSİ VE ENSTİTÜ MÜDÜRLÜĞÜ ONAYI.....	ii
TEZ ÖZETİ.....	iii
ABSTRACT.....	iv
ÖZGEÇMİŞ.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
TABLolar LİSTESİ.....	xvi
KISALTMALAR.....	xvii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖRTÜLÜ SERMAYE, ÖRTÜLÜ KAZANÇ VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI KAVRAMLARI

I. ÖRTÜLÜ SERMAYE KAVRAMI VE ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR.....	3
A) ÖRTÜLÜ SERMAYE KAVRAMI	3
B) ÖRTÜLÜ SERMAYE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR	4
C) ÖRTÜLÜ SERMAYE VE KURUMLAR VERGİSİ İLİŞKİSİ.....	7
D) ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ BAZI YAKLAŞIMLAR	8
1. <i>Aşırı Faiz Ödemeleri Yaklaşımı</i>	8
2. <i>Karma Finansman Yaklaşımı</i>	8
3. <i>Sabit Oran Yaklaşımı</i>	9
E) ÖRTÜLÜ SERMAYE UYGULAMASINDA BORCUN SERMAYEYE ORANI YÖNÜYLE BAZI ÜLKELERİN KARŞILAŞTIRILMASI	9

II. ÖRTÜLÜ KAZANÇ VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI

KAVRAMI.....	10
A) ÖRTÜLÜ KAZANÇ KAVRAMI.....	11
B) TRANSFER FİYATLANDIRMASI KAVRAMI	12
C) ÖRTÜLÜ KAZANÇ VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI İLİŞKİSİ.....	12
D) ÖRTÜLÜ KAZANÇ VE KURUMLAR VERGİSİ İLİŞKİSİ	13
E) TRANSFER FİYATLANDIRMASI İLE İLGİLİ AÇIKLAMALAR.....	14
1. Transfer Fiyatlandırmasının Tarihçesi.....	17
2. Transfer Fiyatlandırmasının Amaçları.....	19
a) Vergi İle İlgili Olmayan Amaçlar.....	19
b) Vergi İle İlgili Amaçlar.....	20
F) TRANSFER FİYATLANDIRMASINDA OECD DÜZENLEMELERİ VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YÖNTEMLERİ	20
1. OECD Düzenlemeleri	21
2. Muvazaa Olmama İlkesi Ve Transfer Fiyatlandırması İlişkisi.....	21
a) Vergi Usul Kanununda Muvazaa.....	23
b) Gelir Vergisi Kanununda Muvazaa	24
c) 5422 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda Muvazaa.....	24
3. Transfer Fiyatlandırması Yöntemleri	26
a) Geleneksel Yöntemler.....	26
aa) Karşılaştırılabilir Kontrolsüz Fiyat Yöntemi	26
ab) Yeniden Satış Fiyatı Yöntemi.....	26
ac) Maliyet Artı Yöntemi	26
b) Diğer Yöntemler.....	27
ba) İşlem Net Marjı Yöntemi	27

bb) Kar Bölme Yöntemi.....	27
bc) Berry Oranı.....	27
c) Muvazaa Olmama Dışında Kalan Diğer Yöntemler.....	27
ca) Karşı Ayarlamalar ve Karşılıklı Anlaşmalar Usulü	27
cb) Eş Zamanlı Vergi İncelemeleri.....	28
cc) Güvenli Sığınaklar.....	28
cd) Peşin Fiyatlandırma Sözleşmeleri.....	28

III. TRANSFER FİYATLANDIRMASI VE ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ AVRUPA BİRLİĞİ VE BAZI ÜLKE UYGULAMALARI.....29

A) AB'DE ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI	29
B) İNGİLTERE'DE ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI	32
<i>1. İngiltere'de Örtülü Sermaye</i>	<i>32</i>
<i>2. İngiltere'de Transfer Fiyatlandırması</i>	<i>33</i>
C) ALMANYA'DA ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI	34
<i>1. Almanya'da Örtülü Sermaye</i>	<i>34</i>
<i>2. Almanya'da Transfer Fiyatlandırması</i>	<i>34</i>
D) ABD'DE ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI	36
<i>1. ABD'de Örtülü Sermaye</i>	<i>36</i>
<i>2. ABD'de Transfer Fiyatlandırması</i>	<i>37</i>

İKİNCİ BÖLÜM

KURUMLAR VERGİSİNDE ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI

I. ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ KURUMLAR VERGİSİNDEKİ YERİ	39
A) 5520 SAYILI KVK AÇISINDAN KANUNEN KABUL EDİLMEYEN DİĞER GİDERLER.....	40
1. Özsermaye Üzerinden Ödenen Veya Hesaplanan Faizler.....	40
2. Her Ne Şekilde Ve İsimle Olursa Olsun Ayrılan Yedek Akçeler.....	40
3. Kurumlar Vergisi, Her Türü Para Ve Vergi Cezaları, 6183 Sayılı AATUHK Hükümlerine Göre Ödenen Cezalar, Gecikme Zamları Ve Faizleri İle VUK'a Göre Ödenen Gecikme Faizleri.....	41
4. Her Türü Alkol Ve Alkollü İçkiler İle Tütün Ve Tütün Mamullerine Ait İlan Ve Reklam Giderlerinin %0'ı.....	41
5. Basın Yoluyla İşlenen Fiillerden Veya Radyo Ve Televizyon Yayınlarından Doğacak Maddi Ve Manevi Zararlarından Dolayı Ödenen Tazminat Giderleri.....	41
6. Yat, Kotra, Uçak, Helikopter Ve Benzeri Araçların Giderleri.....	41
7. Kanunlara Veya Kanunların Verdiği Yetkiye Dayanarak Tespit Edilen Hadler Saklı Kalmak Kaydıyla Menkul Kıymetlerin İtibari Değerlerinin Altında İhracından Doğan Zararlar İle Bu Menkul Değerlere İlişkin Olarak Ödenen Komisyon Ve Benzeri Her Türü Giderler.....	42
8. Dar Mükellef Kurumlara Mahsus Kısıtlamalar.....	42
II. KVK'DA ÖRTÜLÜ SERMAYE	42
A) ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR.....	43

B) 5422 SAYILI KVK'YA GÖRE ÖRTÜLÜ SERMAYE İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEME	45
1. 5422 Sayılı KVK'ya Göre Örtülü Sermaye İle İlgili Açıklamalar	45
2. 5422 Sayılı KVK'ya Göre Örtülü Sermayenin Unsurları.....	46
a) Objektif Unsur	46
aa) Kurumun Belli İlişkiler İçinde Bulunduğu Gerçek Ve Tüzel Kişilerden Borçlanmış Olması.....	46
aaa) Vasıtasız Şirket İlişkisi	46
aab) Vasıtalı Şirket İlişkisi	46
aac) Devamlı ve Sıkı Bir İktisadi Münasebet.....	47
ab) Alınan Borcun Kurumda Devamlı Olarak Kullanılması.....	47
ac) Borçlanmanın Özsermayeye Oranı ve Emsal Kurumlarla Kıyaslamada Bariz Farklılık.....	48
aca) Bariz Farklılık.....	49
acb) Emsali Kurumlarla Kıyaslamada Aynı Durumdaki Borçlar Nazara Alınır	50
acc) İşletme Dışı Emsal.....	50
acd) Emsal Kurum	50
b) Subjektif Unsur.....	51
C) 5520 SAYILI KVK'DA ÖRTÜLÜ SERMAYEYE İLİŞKİN YASAL DÜZENLEME	52
1. 5520 Sayılı KVK'ya Göre Örtülü Sermaye İle İlgili Açıklamalar	53
2. Objektif Ve Subjektif Unsurların 5520 Sayılı KVK Açısından Değerlendirilmesi.....	55
D) ÖRTÜLÜ SERMAYENİN 5520 SAYILI KVK İLE 3065 SAYILI KDVK AÇISINDAN VERGİSEL SONUÇLARI.....	57

1. 5520 Sayılı KVK Açısından Örtülü Sermayenin Sonuçları.....	57
2. 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu Açısından Örtülü Sermayenin Sonuçları	59
E) ÖRTÜLÜ SERMAYE KONUSUNDA ÖZELLİK ARZ EDEN DURUMLAR....	60
1. Örtülü Sermaye Faizinin Elde Eden Açısından Durumu	60
2. Örtülü Sermaye Faizini Ödeyen Açısından Durum	60
3. Örtülü Sermaye Üzerinden Ödenen Veya Hesaplanan Kur Farkları Hariç Faiz Ve Benzeri Ödemeleri Kar Payı Olarak Nitelendirilebilir Mi?	61
4. Borcun Mal Veya Hizmet Alımından Doğmuş Olması	62
5. Tahvil İhracı İle Borçlanma Ve Örtülü Sermaye.....	63
6. Örtülü Sermaye Ve Bankalar.....	64
7. Örtülü Sermaye Ve Holding Şirketler.....	65
8. Ödünç Para Verme İşlerinde Örtülü Kazanç Ve Örtülü Sermaye	65
9. Örtülü Sermayede Hazine Kaybının Önemi.....	66
10. Yabancı Para Cinsinden Yapılan Borçlanmalar Ve Örtülü Sermayenin Varlığı.....	67
III. KURUMLAR VERGİSİNDE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI	70
A) ÖRTÜLÜ KAZANÇLA İLGİLİ GENEL AÇIKLAMALAR.....	70
B) 5422 SAYILI KVK'DAKİ ÖRTÜLÜ KAZANÇLA İLGİLİ YASAL DÜZENLEME	72
C) 5520 SAYILI KVK'DAKİ TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEME	73
D) TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ UNSURLARI	79
1. Objektif Unsur	79

a) Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı	
Yapılabilecek Kişiler	80
b) Emsallere Uygunluk İlkesine Aykırı Olarak Yüksek Veya Düşük	
Bedel Üzerinden İşlem Yapılması.....	80
ba) İşletme İçi Emsal.....	81
bb) İşletme Dışı Emsal	81
bc) Kanuni Emsaller	82
c) Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Şekilleri.....	82
ca) Alım Satım Muamelelerinde Transfer Fiyatlandırması Yoluyla	
Örtülü Kazanç Dağıtımı	82
cb) İmalat, İnşaat ve Hizmet İşleri.....	83
cc) Kiralama ve Kiraya Verme İşleri	84
cd) Ödünç Para Alıp Verme İşlemleri.....	84
ce) İkramiye, Ücret ve Benzeri Ödemeler.....	85
d) Ortaklar Cari Hesabı ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü	
Kazanç Dağıtımı	86
e) Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtabilecek Kurumlar ...	87
ea) Kooperatifler Ve Örtülü Kazanç	89
eb) İş Ortaklıkları Ve Örtülü Kazanç Dağıtımı	90
2. <i>Subjektif Unsur</i>.....	91
E) TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ	
DAĞITIMININ 5520 SAYILI KVK VE 3065 SAYILI KDVK AÇISINDAN	
VERGİSEL SONUÇLARI.....	92
1. <i>5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Açısından Transfer Fiyatlandırması</i>	
<i>Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Sonuçları</i>.....	92

a) Sadece Dağıtımı Yapan Mükellefler Nezdinde Tarhiyat Yapılacağı, Muhataplara Başvurulamayacağı Yaklaşımı.....	92
b) Dağıtımın Muhatabının da Tarhiyata Tabi Tutulması Gerektiğini Savunan Yaklaşım	93
c) Muhatabın Örtülü Kazancı Beyan Etmesi Ve Hazine Kaybı Bulunmaması Nedeniyle Örtülü Kazanç Dağıtılan Mükellef Nezdinde İşlem Yapılmayacağı Yaklaşımı.....	93
d) Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtılan Mükellef Bünyesinde İlave Tarhiyat Yapılmakla Birlikte Kazancı Dağıtan Kurum Bünyesinde de Tarhiyat Yapılacağı Görüşü.....	94
e) 5520 Sayılı KVK Açısından Değerlendirme.....	94
2. 3065 Sayılı Katma Değer Vergisi Kanunu Açısından Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımının Sonuçları	96
3. Kurum Kazancını Etkilemeyen Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı	97
F) TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMINDA ÖZELLİKLİ DURUMLAR	97
1. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Vergi Ziyatı Ve Hazine Zararı İlişkisi.....	97
2. Serbest Bölgeler Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı	101
3. Transfer Fiyatlandırılması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Holding Şirketler	102
4. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımında Zaman Aşımı.....	103

<i>5. Sermaye Artırımları Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı</i>	104
<i>6. Özel Finans Kurumları Ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı</i>	104
<i>7. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Ve Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler</i>	105

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK VERGİ SİSTEMİNDE VERGİ GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK UYGULANAN ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ ULUSLARARASI UYGULAMALAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. BİR VERGİ GÜVENLİK TEDBİRİ OLARAK ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI	106
A) ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI MÜESSESELERİNİN 5422 VE 5520 SAYILI KVK'LAR AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	106
<i>1. 5422 Sayılı KVK Ve 5520 Sayılı KVK'nın Örtülü Sermaye Açısından Karşılaştırılması</i>	107
<i>2. 5422 Sayılı KVK Ve 5520 Sayılı KVK'nın Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Açısından Karşılaştırılması</i>	110
B) BİR VERGİ GÜVENLİK MÜESSESESİ OLARAK ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMI	113

C) ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ DAĞITIMININ ÜLKE DÜZENLEMELERİ VE ULUSLARARASI KURULUŞLAR AÇISINDAN TÜRK VERGİ MEVZUATI İLE KARŞILAŞTIRILMASI	117
1. <i>Düzenlemelerin Şekli Bakımından Karşılaştırma</i>	117
2. <i>Ayrı Varlık Yaklaşımı Açısından Karşılaştırma</i>	119
3. <i>Emsallere Uygunluk İlkesi Açısından Karşılaştırma</i>	119
4. <i>Emsallere Uygunluğu Sağlayan Yöntemler Açısından Karşılaştırma</i>	120
D) ÖRTÜLÜ SERMAYE VE TRANSFER FİYATLANDIRMASI YOLUYLA ÖRTÜLÜ KAZANÇ KONULARIYLA İLGİLİ TÜRK VERGİ SİSTEMİ İÇİN ÖNERİLER	121
1. <i>Hazine Zararı Kavramına Açıklık Getirilmesi Açısından Yapılması Gerekenler</i>	122
2. <i>Mükellefler Açısından Yapılması Gerekenler</i>	122
3. <i>Gelir İdaresi Açısından Yapılması Gerekenler</i>	123
GENEL DEĞERLENDİRME VE SONUÇ	134
KAYNAKLAR	139

Tablolar Listesi

Tablo 1: Örtülü Sermaye Uygulamasında Borcun Sermayeye Oranı Yönüyle Seçilmiş Bazı Ülkeler (2002 İtibariyle).....	10
Tablo 2: Transfer Fiyatlandırması – Örtülü Sermaye Uygulamalarının Asya- Pasifik Ülkelerindeki Önemi İle İlgili Araştırma Sonuçları.....	18
Tablo 3: Anaşirketler Açısından En Önemli Vergi Konuları.....	19
Tablo 4: Örtülü Sermaye Uygulamaları – Gelişmekte Olan Ülke Örnekleri.....	54
Tablo 5: Örtülü Sermaye İle İlgili Örnek Olay.....	59
Tablo 6: Transfer Fiyatlandırmasının İşleyişiyle İlgili Örnek 1.....	95
Tablo 7: Transfer Fiyatlandırmasının İşleyişiyle İlgili Örnek 2.....	96
Tablo 8: 5422 Ve 5520 Sayılı KVK'nın Örtülü Sermaye Açısından Karşılaştırılması.....	109
Tablo 9: 5422 Ve 5520 Sayılı KVK'nın Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını Açısından Karşılaştırılması.....	112
Tablo 10: Türkiye ile Yabancı Sermaye Çekme Konusunda Benzer Özelliklere Sahip Olan Ülkelerdeki Borç/Özsermaye Oranı.....	120
Tablo 11: 5520 Sayılı KVK'nın Örtülü Sermaye Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımını Müesseselerinin Uygulanması Sırasında Ortaya Çıkabilecek Sorunlar Ve Çözüm Önerileri.....	133

Kısaltmalar

AATUHK	: Amme Alacakları Tahsil Usulü Hakkında Kanun
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
BK	: Borçlar Kanunu
ÇUŞ	: Çok Uluslu Şirket
DRT	: Denetim Revizyon Tasdik
E	: Esas No
GKD	:Gelirler Kontrolörleri Derneği
GVK	: Gelir Vergisi Kanunu
İMKB	: İstanbul Menkul Kıymetler Borsası
K	: Karar No
KDV	: Katma Değer Vergisi
KDVK	: Katma Değer Vergisi Kanunu
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
md	: Madde
OECD	: Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı
s	: Sayfa
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
TOBB	: Türkiye Odalar Borsalar Birliği
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vb	: Ve Benzeri
vd	: Ve Devamı
VUK	: Vergi Usul Kanunu