

# 5520 SAYILI KANUN SONRASI ÖRTÜLÜ SERMAYE MÜESSESESİ

Volkan AKSOYLU <sup>(\*)</sup>

## - GİRİŞ

Kurumlar Vergisi mükelleflerinde, özellikle de sermaye şirketlerinde şirket ortaklarının normal olarak ortağı olduğu kuruma üçüncü kişiler gibi ,ancak belli ölçüler içinde kalmak şartıyla, faizle borç para verebileceklerini ortak-sermaye ilişkisi nedeniyle kabul etmek gerekir. Ancak ortak olan şirketler arasındaki veya şirketlerle ortağı olan gerçek kişiler arasındaki bu şekilde oluşan doğrudan veya dolaylı ilişkiler, bazen ekonomik hayatın gereği olan zorunlu ve tabii ilişkilerin dışında, muvazaalı olarak oluşturulan ve belirli kişi yada grupların çıkarlarına hizmet eden ilişkiler niteliğinde olabilmektedir. Başka bir ifadeyle ortak yada ortakla ilişkili kişilerden yapılan bu tür borçlanmalar bazı kişi yada gruplara yarar sağlamak amacı ile yada sermaye artırmak yerine sermaye artırımına gitmeden sermaye gereksiniminin borçlanma yoluyla sağlanması amacıyla yapılmaktadır.

Örtülü sermaye niteliğindeki bu tür borçlanmalar ile hem ortaklardan birine diğerlerinin aleyhine olmak üzere yarar sağlanmakta hem de borçlanma nedeniyle ödenen faiz ve benzeri giderlerin kurum kazancından indirilerek Kurumlar Vergisi matrahı azaltılmaktadır. İşte bu nedenle kanun koyucu bu tür muvazaalı işlemler ile kurum kazançlarının aşındırılmasını önlemek amacıyla örtülü sermaye ve örtülü kazanç müesseselerini getirmiştir.

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile örtülü sermaye müessesesinde önemli değişiklikler yapılmış , örtülü sermaye müessesesi tüm unsurları ile objektif ölçülere göre yeniden düzenlenmiştir. Biz bu çalışmamızda örtülü sermaye uygulamasını eski ve yeni kanun hükümleri çerçevesinde karşılaştırmalı olarak değerlendirip, bundan sonraki örtülü sermaye uygulamalarının nasıl olacağı konusunda bilgiler vermeye çalışacağız.

## I- 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda Yer Alan Örtülü Sermaye Uygulaması:

### A- Örtülü Sermayenin Tanımı:

5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 15'inci maddesinin 2 numaralı bendi, **örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancının tespitinde indirim konusu yapılmayacağı** hükmünü içermektedir. Yine aynı kanunun 16'ncı maddesinde örtülü sermayenin hangi durumlarda söz konusu olacağı açıklanmıştır. Anılan madde hükmü şu şekildedir; **"Kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları istikrazlar, teşebbüste devamlı olarak kullanılır ve bu istikrazlarla, kurumun öz sermayesi arasındaki nispet, emsali kurumlarınkine nazaran bariz bir fazlalık gösterirse mezkur istikrazlar örtülü sermaye sayılır."**(1)

Örtülü sermaye üzerinden ödenen faizlerin gider olarak matrah tespitinde dikkate alınmaması bir vergi güvenlik müessesesi olup, kurum kazancının

<sup>(\*)</sup> Vergi Denetmen Yrd.

aşındırılmasının önlenmesi ve kurumda pay sahibi olan küçük yatırımcıların korunması amaçlanmıştır. Örtülü sermaye müessesesi ile, **gerçekte sermaye olarak konulması gereken payların borçlanma yoluyla kurum bünyesinde devamlı olarak kullanılması sonucu ödenen veya hesaplanan faizlerin kurum kazancını aşındırması önlenmektedir.** Esasen, örtülü sermaye üzerinden hesaplanan veya ödenen faizlerin kurum kazancından indirilememesi, öz sermaye üzerinden hesaplanan faizlerin gider olarak kabul edilmeyişinin doğal bir sonucudur.

#### **B- Örtülü Sermayenin Unsurları:**

Örtülü sermaye uygulamasında ortaklardan alınan her borç örtülü sermaye sayılmamakta, bazı koşullar altında yapılan borçlanmalar örtülü sermaye kabul edilmektedir. Kurumda kullanılan bir borcun örtülü sermaye sayılabilmesi için aşağıda sayılan koşulların tamamının varlığı gerekmektedir.

#### **i- Kurumun "Dolaylı ve Dolaysız Bir Şirket İlişkisi" veya "Devamlı ve Sıkı Bir İktisadi İlişki" İçinde Bulunduğu Gerçek ve Tüzel Kişilerden Borçlanma Yapması:**

Vasıtalı şirket ilişkisi, şirketin ortakları ile kredi veren kişiler arasındaki ortaklığı ifade eder. Vasıtalı şirket ilişkisi, kurumun, kurumla ortaklık bağı bulunmayan kişilerle olan ilişkileri de kapsar. Bu ilişki içine; kurum ortaklarının ailesi, akrabaları, ortağı bulunduğu kurumların gerçek ve tüzel kişi ortakları, kurum ortaklarının ortağı bulunduğu tüzel kişiler veya kuruma ortak bulunan kişilerin yönetimi, sermayesi, denetimi bakımından bağlı bulunduğu yada nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler girer. (2)

Vasitasız şirket ilişkisi, uygulamada ortaklık ilişkisi olarak anlaşılmaktadır. Yani kuruma borç veren kimse kurumun ortağı ise, veya kurum borç verenin ortağı ise, borcun örtülü sermaye sayılabilmesi için gerekli koşullardan ilki gerçekleşmiş olacaktır.

Yine borç verenin ortak yada ortağın ilişkili olduğu kişi yada kurum olması gerekmez. Şirket ile devamlı ve sıkı iktisadi ilişki içinde olan diğer bir deyişle, borç verenin şirket ile kurum üzerinde haki-

miyet kurduğunu gösterir nitelikteki alışverişler içinde olduğu ve aslında şirketin gizli ortağı olduğu durumlarda da yapılan borçlanmalar "örtülü sermaye"dir.

#### **ii- Kurumun Sözü Edilen Gerçek ve Tüzel Kişilerden Yaptığı Borçlanmaların, Kurum Bünyesinde "Sürekli Olarak" Kullanılması:**

"Süreklilik" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği kanun metninde yer almamıştır. Ancak yargıya intikal eden ihtilaflarda verilen çeşitli kararlarda (3), süreklilikten dolayısıyla örtülü sermayeden bahsedebilmek **borcun kurumlar için en az bir hesap dönemi kullanılması** gerektiğine hükümlenmiştir.

Ancak, başlangıçta bir yıldan kısa bir vade ile alınan borcun, kullanıldığı yer ve kurumun ödeme gücü itibarıyla vadesinde ödenmeyeceği belli ise (yani vadesi uzatılacak yada yeniden borçlanılacaksa), başlangıçtan itibaren devamlılık unsurunun kabulü gerekir.

#### **iii- Alınan Borç İle Kurumun Öz sermayesi Arasındaki Oranın "Emsali Kurumlara Nazaran Bariz Bir Farklılık" Göstermesi:**

Emsal kurum kavramından; genelde, örtülü sermaye yönünden incelenen kurumla aynı sektörde ve aynı öz sermaye ile faaliyette bulunan kurum anlaşılacaktır. Aynı tür ekonomik faaliyette bulunan işletmelerde öz sermaye ile yabancı sermaye arasındaki oranın küçük farklarla birbirinin benzeri olması gerekir. **Ancak, emsal kurum tespiti kolay olmadığından; örtülü sermaye kıyaslamasında öncelikle bakılması gereken işletme içi emsaldir. İşletme içi emsal borçlanma / öz sermaye oranıdır. Bu oranın ticari teamüllere göre çok fazla olması durumunda işletme dışında herhangi bir emsal kurum bulma zorunluluğu ortadan kalkar.** Zira tespit edilmesi gereken konu, bir emsali kurum bulmak değil borçlanmanın öz sermayeye olan oranının ticari hayatın teamüllerine uygun olup olmadığıdır. Ayrıca her işletmenin uğraş konusunun, sermaye yapısının ve aktif kıymet unsurlarının değişkenliği, pazar ortamı, ortaklarının sayısı ve buna benzer durumlar dolayısıyla emsal kurum mukayesesi yapmak her zaman

anamlı sonuçlar vermeyebilir. Bu nedenle bu mukayesenin kurumun kendi bünyesinde yapılması daha makul ve uygun düşmektedir. (4)

Ayrıca Kurumlarca alınıp kullanılan borçlara herhangi bir faiz hesaplanması veya ödenmesi söz konusu değilse, bu borç örtülü sermaye niteliğinde olsa bile borcu kullanan kurum açısından bir matrah aşındırması söz konusu olmayacağından kurum kazancında herhangi bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Bu nedenle örtülü sermaye niteliğine sahip söz konusu borçlanma nedeniyle kurumda vergi uygulaması açısından herhangi bir işlem yapılmayacaktır.

## **II- 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu Sonrası Örtülü Sermaye Müessesesi:**

### **A- Örtülü Sermayenin Tanımı:**

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 12. maddesinde örtülü sermaye müessesesi ayrıntılı bir şekilde yeniden düzenlenmiştir. Buna göre "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."(5)

### **B- Örtülü Sermayenin Unsurları:**

Yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere kurumda kullanılan bir borcun örtülü sermaye sayılabilmesi için aşağıda sayılan koşulların tamamının varlığı gerekmektedir.

#### **1- Kurumların Ortaklarından Ve Ortaklarla**

#### **İlişkili Kişilerden Yaptığı Bir Borçlanma Olacak:**

Ortakla ilişkili kişiden ne anlaşılması gerektiği Kanunun 12.maddesinin 3. fıkrasında şu şekilde açıklanmıştır:

- 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 yada ,
- Doğrudan veya dolaylı olarak, ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kâr payı hakkına sahip hisselerinin en az % 10'unu elin-

de bulunduran bir gerçek kişi veya kurumu, ifade eder.

Daha önce 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda vasıtalı, vasitasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yapılan istikrazların örtülü sermaye kapsamında değerlendirileceği hüküm altına alınmış iken vasıtalı,vasitasız şirket ilişkisinin ne olduğu hususunda bir düzenleme yapılmamıştı. Görüleceği üzere 5520 sayılı KVK ile vasıtalı,vasitasız şirket ilişkisi, ortak veya ortakla ilişkili kişi şeklinde ifade edilerek ilişkili kişi yada kurumların kim olduğu kanun metninde ayrıntılı olarak tanımlanarak uygulamada karşılaşılabilecek tereddütlerin önüne geçilmiştir.

Ayrıca 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 aranacağı hüküm altına alınmıştır.

Yapılan bu düzenleme ile finansal enstrümanların ekonomik gerekler ile alım-satımına ve finans piyasasının gelişmesine olumsuz etki yapabilecek subjektif değerlendirmeler engellenmeye çalışılmıştır. Daha önceki uygulamalarda borçlanmanın örtülü sermaye sayılabilmesi için borçlanmanın ortaktan yapılması yeterli olup ortağın hukuki statüsünün ve hisse oranının herhangi bir önemi bulunmamakta idi. Ancak 5520 sayılı kanun ile buna bir istisna getirilerek, halka açık bir Anonim Şirketin İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin satın alınarak ortaklık statüsü kazanan kişi yada kurumlardan yada bunlarla ilişkili kişi sayılanlardan yaptığı borçlanmaların örtülü sermaye uygulamasına konu olabilmesi için İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında edinilen hisse miktarının en az % 10 olması gerekmektedir.

#### **2- Doğrudan Veya Dolaylı Olarak Temin Ederek İşletmede Kullandıkları Bir Borç Olacak:**

Yine 5520 sayılı Kanunda yapılan düzenlemede bir borçlanmanın örtülü sermaye kapsamında değerlendirilebilmesi için, borcun ortak yada ortakla

ilişkili kişilerden doğrudan yada dolaylı olarak temin edilerek işletmede kullanılması gerekmektedir. Bu düzenleme ile daha önceki uygulamanın aksine borç işletmede ister bir defa kullanılsın ister birden fazla hesap döneminde kullanılsın diğer şartların varlığı halinde örtülü sermaye olarak kabul edilebilecektir. Yani kanun koyucu yeni düzenleme ile daha önceki uygulamanın aksine belirtilen şartları taşıyan borcun işletmede kullanılmasını yeterli sayarak, borcun işletmede sürekli, birden fazla hesap döneminde kullanılması şartını aramamıştır.

### **3- Bu Borcun Hesap Dönemi İçinde Herhangi Bir Tarihte Kurumun Öz sermayesinin Üç Katını Aşması Gerekecek:**

Buradaki öz sermaye tabirinden ise ne anlaşılması gerektiği yine Kanunun 12.maddesinin 3. fıkrasında ; "Öz sermaye, kurumun Vergi Usul Kanunu uyarınca tespit edilmiş hesap dönemi başındaki öz sermayesini, ifade eder" şeklinde açıklanmıştır.

213 sayılı V.U.K'nun "Bilanço" başlıklı 192.maddesinde;

"Aktif toplamı ile borçlar arasındaki fark, müteşebbisin işletmeye mevzu varlığını (Öz sermayeyi) teşkil eder. Öz sermaye pasif tablosuna kaydolunur ve bu suretle aktif ve pasif tablolarının toplamı denkleştir. İhtiyatlar ve kar ayrı gösterilseler dahi öz sermayenin cüzleri sayılırlar." Hükmü yer almaktadır.

Yukarıda tanımlanan öz sermayenin hesaplanması, teorik olarak sentetik ve analitik olmak üzere iki yöntemle yapılmaktadır. Analitik yöntemle öz sermaye gerçek aktiflerden borçların indirilmesi suretiyle bulunur. Sentetik yöntemle öz sermaye hesaplanırken ise öz sermaye unsuru olan kalemler tek tek tespit edilerek toplanır. 213 sayılı V.U.K'na göre ihtiyatlar ve kar bilançoda ayrı gösterilseler dahi öz sermayenin unsurları sayılırlar. Kurumlar Vergisi mükellefi olan sermaye şirketlerinde ise ortak veya hissedarların cari hesap bakiyeleri öz sermaye unsuru değildir.

Öz sermaye genel olarak aşağıdaki kaynaklardan oluşmaktadır.

Ödenmiş Sermaye (+)

Sermaye Yedekleri (+)

Kar Yedekleri (+)

Geçmiş Yıl Karları(+)

Geçmiş Yıl Zararları (-)

Dönem Net Karı (+)

Dönem Net Zararı(-)

Kuruluş ve Örgütlenme Giderlerinin Net Tutarı (-)

Ayrıca borç/öz sermaye karşılaştırmasında, "sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar hariç olmak üzere,

- ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan,

- ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar % 50 oranında dikkate alınacaktır."

Yani sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi kuruluşları haricinde (bunlardan yapılan borçlanmaların örtülü sermaye sayılabilmesi için borç/öz sermaye rasyosunun 3'den fazla olması gerekir) , ortak veya ilişkili kişi sayılan banka ve benzeri kredi kurumlarından alınan borçların sadece yarısı örtülü sermaye kıyaslamasında dikkate alınacaktır. Diğer bir deyişle bu kuruluşlardan alınan borçlar öz sermayenin 6 katını geçmesi durumunda sadece aşan kısmı örtülü sermaye sayılacaktır.

Yukarıda bahsettiğimiz üzere daha önceki uygulamalarda borç/öz sermaye oranının "emsal kurumlarınkine göre bariz farklılık göstermesi" halinde yapılan borçlanma örtülü sermaye sayılmaktaydı. Ancak emsal kurumdan ne anlaşılması gerektiği konusunda düzenlenmemiştir. Bu durum uygulamada bir çok itilafa neden olmuş ve bu boşluk yargı kararları ile giderilmeye çalışılmıştır. 5520 sayılı Kanun ile yapılan bu düzenleme sayesinde artık borç/öz sermaye oranının ne olacağı ve öz sermayeden ne anlaşılması gerektiği net bir şekilde açıklığa kavuşturulmuştur.

Bu şartların bir arada gerçekleşmesi halinde borçlanmanın tamamının değil sadece öz sermayenin 3 katını aşan kısmı ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılacak ve 5520 sayılı Kanunun 11.maddesinin 3. fıkrası uyarınca bu kısma ilişkin faiz,kur farkı ve benzeri ödemeler gider olarak kabul edilmeyecektir. Aynı Kanunun 12.maddesinde ise ayrıca borcun **hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte** kurumun öz sermayesinin 3 katını aşan kısmı örtülü sermaye olarak kabul edildiğinden , bu limiti aşan kısma isabet eden faiz,kur farkı ve benzeri ödemelerin geçici vergi dönemleri de dahil olmak üzere vergi matrahından indirilmesi mümkün olmayacaktır.(6)

### **C- Örtülü Sermaye Kapsamı Dışında Bırakılan Borçlanmalar:**

5520 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenlemelerden bir diğeri ise bazı borçlanmaların örtülü sermaye kapsamı dışında tutulmuş olmasıdır. Buna göre aşağıda sayılan borçlanmalar örtülü sermaye sayılmayacaktır:

#### **1) Kurumların ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin sağladığı gayri nakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yaptıkları borçlanmalar,**

Burada dikkat edilmesi gereken örtülü sermaye kapsamında olmayan borçlanmaların sadece ortakların veya ortaklarla ilişkili kişilerin sağladığı **gayri nakdi** teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar olduğudur. Kanun koyucu bu düzenleme ile kötüye kullanımı engellemek amacıyla, nakdi teminatlar karşılığında sağlanan kredileri kapsama dahil etmemiştir. Bu nedenle nakdi teminatlar karşılığında sağlanan krediler borç/öz sermaye oranının hesabında işletmeye verilen borç olarak dikkate alınacaktır.

#### **2) Kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından yada sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar,**

Bu düzenleme ile Kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, banka ve

finans kurumlarından yada sermaye piyasalarından temin ederek **aynı şartlarla** yani kredi sözleşmesinin içerdiği vade, faiz oranı ve benzeri kullandırılma şartlarında herhangi bir değişiklik yapılmadan kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar, örtülü sermaye kapsamı dışında tutulmuştur. Böylece grup şirketlerinde kredi temin etmek için kredibilitesi olan grup şirketinin, sayılan kaynaklardan kredi temin ederek ihtiyacı olan diğer bir grup şirketine aynı şartlarla kısmen veya tamamen aktarabilmesine olanak sağlanmaktadır. Ancak bu tür kredi kullanırma işlemlerinde dikkat edilmesi gereken husus bu istisnanın sadece örtülü sermaye uygulamasında geçerli olduğudur. Yoksa örtülü sermaye kapsamından çıkarılan bu tipteki borçlanmaların, transfer fiyatlandırması açısından normal koşullar altında değerlendirilmekte ve transfer fiyatlandırması işlemleri için bir istisna getirmemektedir. (7)

#### **3) 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmalar,**

Bu düzenleme ile Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bankaların gerek ortaklarından gerekse ortakla ilişkili gerçek kişi yada kurumlardan yaptıkları borçlanmaların tamamı örtülü sermaye kapsamı dışında tutularak bu bankalara bir ayrıcalık tanınmıştır.

#### **4) 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."**

Yapılan bu düzenleme ile,

- 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,
- ipotek finansman kuruluşlarının, **sadece bu faaliyetleriyle ilgili olarak** ortak veya ortakla ilişkili

kişi sayılan **bankalardan** yaptıkları borçlanmalar, örtülü sermaye kapsamı dışında tutulmuştur. Yukarıda sayılan bu şirketlerin bu faaliyetleri ile ilgili olmayan işlemler ile ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka dışındaki kişi yada kurumlardan yaptıkları borçlanmalar ise istisna kapsamında değildir. Bu tür borçlanmalar borç/öz sermaye oranının hesabında işletmeye verilen borç olarak dikkate alınacaktır.

#### **D- Örtülü Sermaye Uygulaması ve Bir Örnek:**

Yukarıda şartları ayrıntılı olarak açıklanan örtülü sermaye müessesesi kurum kazançlarının aşındırılmasını önlemek amacıyla konulmuş bir vergi güvenlik müessesesidir. Bu bağlamda 5520 sayılı Kanunun 11. maddesinde de hüküm altına alındığı üzere "Örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri ödemelerin" kurum kazancından indirilmesi mümkün değildir.

Buna paralel olarak Kanunun 12.maddesinin 7. fıkrasında , örtülü sermaye üzerinden **kur farkı hariç**, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarların, 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 sayılacağı hüküm altına alınmıştır.

Bu kanun maddeleri birlikte değerlendirildiğinde kanunda belirtilen şartları taşıyan ve örtülü sermaye niteliği kazanmış borçlanmalar üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkı ve benzeri ödemeler kurum kazancından gider olarak indirilemeyecek, ayrıca ödenen veya hesaplanan sadece faiz ve benzeri ödemelerin hem borç veren hem de borç alan nezdinde örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılarak stopaj uygulamasına konu edilmesi gerekecektir. Burada örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan kur farklarının dağıtılmış kar payı uygulaması dışında bırakıldığına ve yapılan bu tür ödemelerin sadece ödemeyi yapan kurum nezdinde indirimi kabul edilmeyen bir gider olarak gider reddiyatına konu olacağına dikkat edilmesi gerekir.

Bu şekilde dağıtılmış kar payının net kar payı tutarı olarak kabul edilmesi ve brüte tamamlanması sonucu bulunan tutar üzerinden ortakların hukuki niteliğine göre (gerçek kişi yada kurum olması gibi) belirlenen oranlarda vergi kesintisi yapılacaktır. Bu durumda bir kurumda örtülü sermaye şartlarını taşıması nedeniyle indirimi reddedilen borçlar için nakden veya hesaben ödenen faizlerin, (elde eden kurum bunu daha önce gelir yazdığı için) mükerrer vergilendirmeyi önlemek amacıyla elde eden yönünden kar payı olarak yeniden düzenlenmesi ve buna göre elde eden kurumda gerekli düzeltmelerin yapılması gerekecektir.(8)

Örneğin; 2006 t.yılında X Ltd.Şti. , ortağı olduğu Y A.Ş.'ne 100.000 YTL borç vermiş ve karşılığında ise 20.000 YTL faiz geliri elde etmiş ve bu faiz geliri 2006 yılı kurum kazancına dahil etmiştir. Y A.Ş. ise X Ltd.Şti.'ne ödediği 20.000 YTL faizi 2006 hesap döneminde gider olarak kurum kazancından indirmiştir. 2007 yılında Y A.Ş. nezdinde yapılan incelemede bu durum tespit edildiğinde (örtülü sermaye şartlarının tamamının gerçekleştiği varsayılmıştır) Y A.Ş. tarafından 2006 yılı kurum kazancından indirilen 20.000 YTL faiz , gider olarak kabul edilmeyecek ve Kurumlar vergisi tarhiyatına konu olacaktır. Ayrıca örtülü sermaye üzerinden ödenen 20.000 YTL faiz örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü olan 31/12/2006 tarihi itibarıyla dağıtılmış kar payı kabul edildiğinden 20.000 YTL net kar payı olarak kabul edilip Y A.Ş tarafından brüt tutar üzerinden stopaj yapılması gerekecektir. Ancak kar payını alan tam mükellef bir Kurum olması nedeniyle 193 sayılı G.V.K'nun 94/6 maddesine göre tevkifat uygulanmayacak olup , kar payını elde eden X Ltd.Şti. açısından ise 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunun 5.maddesinde sayılan iştirak kazançları istisnası kapsamında olduğundan X Ltd.Şti. tarafından da beyanı söz konusu olmayacaktır. Ancak 20.000 YTL , X Ltd.Şti. tarafından 2006 hesap dönemine ait kurum kazancına faiz geliri olarak dahil edildiğinden bunun düzeltilmesi gerekecektir. Tam bu noktada ise, 5520 sayılı Kanunun 12.maddesinin 7. fıkrasında hüküm altına alındığı

üzere bu düzeltmenin yapılabilmesi için örtülü sermaye kullanan Y A.Ş. adına gider reddiyatı nedeniyle 20.000 YTL üzerinden hesaplanarak tarh edilecek vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır .

5520 sayılı Kanunun 12.maddesinin 7. fıkrasında bu düzeltme işleminin sadece taraf olan yani borç alan ve veren mükellefler nezdinde yapılacağı hüküm altına alındığından , bu mükelleflerin ortaklarına ilişkin daha alt kademelerde düzeltme yapılması söz konusu olmayacaktır.

5520 sayılı Kanunla getirilen ve yukarıda ayrıntılı olarak açıkladığımız yeni düzenlemeler çerçevesinde örtülü sermaye uygulamasını bir örnek verecek açıklayalım.

Örnek: Tam mükellef PAKSOY A.Ş.'nin 2006 takvim yılında ortaklarından yaptığı borçlanmalar ve bunlara karşılık ödenen/hesaplanan faizler aşağıdaki gibidir.

- Ortak (A)'dan yapılan borçlanma 150.000 YTL ve bu borçlanma için ödenen faiz 15.000 YTL,
- Ortak (B)'nin % 5 oranında ortağı olduğu (C) Limitet Şirketi'nden yapılan borçlanma 100.000 YTL ve bu borçlanma için ödenen faiz 25.000 YTL,
- Ortak (D) Limitet Şirketinin % 15 oranında ortağı olan (E) şahsından yapılan borçlanma 350.000 YTL ve bu borçlanma için ödenen faiz 90.000 YTL,
- Ortak (X) Bankasından yapılan borçlanma 500.000 YTL ve hesaplanan faiz ise 60.000 YTL'dir. PAKSOY A.Ş.'nin hesap dönemi başındaki öz sermayesi ise 200.000 YTL'dir.

Örneğimizde borçlanma yapılan ortak (X) Bankasının 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bir banka olduğu varsayılmıştır.

Buna göre 5520 sayılı Kanunun 12.maddesinin 2. fıkrasında ana faaliyet konusuna göre faaliyette bulunan ve ortak yada ortakla ilişkili kişi sayılan bankalardan yapılan borçlanmalarda borç/öz sermaye oranının tespitinde yapılan borçlanmanın yarısının dikkate alınacağı hüküm altına alındığından ortak (X) Bankasından yapılan 500.000 YTL tutarındaki borçlanmanın 250.000 YTL'si dikkate alınacaktır.

Yine aynı maddenin 3 fıkrasında ortakla ilişkili kişiden ne anlaşılması gerektiği tereddüde mahal vermeyecek biçimde açıklanmıştır. Buna göre ortakla ilişkili kişi ,

a) 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 yada,

b) Doğrudan veya dolaylı olarak, ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kâr payı hakkına sahip hisselerinin en az % 10'unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya kurumu, ifade eder.

Bu durumda Ortak (B)'nin % 5 oranında ortağı olduğu (C) Limitet Şirketi'nden yapılan borçlanma (C) Ltd.Şti. ortakla ilişkili kişi sayılmadığından bu şirketten yapılan borçlanmalar örtülü sermaye hesabında dikkate alınmayacaktır. Ortak (D) Limitet Şirketinin % 15 oranında ortağı olan (E) şahsından yapılan borçlanma ise Kanunda belirtilen şartı taşıdığından ortakla ilişkili kişi sayılacak ve örtülü sermaye hesabında dikkate alınması gerekecektir. Yapılan borçlanmaların ise örtülü sermaye sayılabilmesi için hesap dönemi başındaki öz sermaye miktarının yani 200.000 YTL'nin 3 katını 600.000 YTL'yi aşması gerekeceği tabiidir.

Buna göre, örtülü sermaye sayılacak tutar aşağıdaki gibi olacaktır.

Ortak (A)'dan yapılan borçlanma : 150.000 YTL

Ortak (D) Limitet Şirketinin % 15 oranında ortağı olan (E) şahsından yapılan borçlanma: 350.000 YTL

Ortak (X) Bankasından yapılan borçlanma (500.000/2) : 250.000 YTL

Toplam Borçlanma : 750.000 YTL

Öz sermayenin 3 katı: 600.000 YTL

Örtülü Sermaye Olarak Kabul Edilecek Tutar: 150.000 YTL

Örtülü sermaye olarak kabul edilen 150.000 YTL'nin borç veren ortak yada ortakla ilişkili kişilere isabet eden kısmı ise;

Ortak (A) :  $(150.000/750.000) \times 150.000 = 30.000$  YTL

Ortakla ilişkili kişi (E) :  $(350.000/750.000) \times 150.000 = 70.000$  YTL

Ortak (X) Bankası :  $(250.000/750.000) \times 150.000 = 50.000$  YTL'dir.

Her bir ortak yada ortakla ilişkili kişilere isabet eden örtülü sermaye miktarını bu şekilde tespit ettikten sonra örtülü sermaye sayılan bu tutarlara isabet eden ve PAKSOY A.Ş. tarafından ortak yada ortakla ilişkili kişi sayılanlara ödenen veya hesaplanan faiz tutarını hesaplamamız gerekecektir. Buna göre ortak yada ortakla ilişkili kişi sayılanlardan yapılan borçlanmalara ilişkin ödenen veya hesaplanan faizlerin örtülü sermaye sayılan kısmına isabet eden tutarları aşağıda hesaplandığı gibi olacaktır.

Ortak (A) için;

(Örtülü Sermaye Olarak Kabul Edilen Borç Miktarı x Toplam Borç Miktarı İçin Ödenen/Hesaplanan Faiz) / Toplam Borç Miktarı

$(30.000 \times 15.000) / 150.000 = 3.000$  YTL

Ortakla ilişkili kişi (E) için;

$(70.000 \times 90.000) / 150.000 = 42.000$  YTL

Ortak (X) Bankası için;

$(50.000 \times 60.000) / 500.000 = 6.000$  YTL'dir.

Bu durumda PAKSOY A.Ş.'nin 2006 yılında 150.000 YTL örtülü sermaye üzerinden ödediği/hesapladığı toplam 51.000 YTL faizi 5520 sayılı Kanunun 11.maddesi gereğince Kurum Kazancından indirmesi mümkün değildir. Ayrıca yine aynı Kanunun 12.maddesinin 7. fıkrasına göre örtülü sermaye üzerinden ödenen/hesaplanan toplam 51.000 YTL faiz, hem borç veren hem de borç alan nezdinde örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği 2006 yılı hesap döneminin son günü yani 31/12/2006 itibarıyla dağıtılmış net kâr payı kabul edilecektir.

193 sayılı Gelir Vergisi Kanununun 94.maddesinin 6/b-i alt bendine göre tam mükellef gerçek kişilere, gelir ve kurumlar vergisi mükellefi olmayanlara dağıtılan kar paylarından %10 stopaj yapılacağından Ortak (A) ve Ortakla ilişkili gerçek kişi (E)'ye ödenen toplam 45.000 YTL kar payı net kabul edilerek toplam 50.000 YTL brüt tutar üzerinde 5.000 YTL Stopaj yapıp 2007 Ocak ayının 20.günü akşa-

mına kadar PAKSOY A.Ş. tarafından beyan edilip, 26.günü akşamına kadar da ödenmesi gerekecektir. Ortak (X) Bankasının ise tam mükellef bir kurum olması nedeniyle dağıtıldığı kabul edilen 6.000 YTL kar payı 193 sayılı G.V.K'nun 94/6 maddesine göre tevkifat uygulamasına konu olmayacaktır. Kar paylarını elde eden gerçek kişi ortak (A) ile ortakla ilişkili kişi (E)'nin bu kar paylarını 193 sayılı GVK'nun 22 ve 86. maddelerine göre beyan edip etmeyeceği ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Bu kişilerin başkaca herhangi bir geliri olmadığı varsayıldığında, ortak (A)'nın aldığı kar payı istisna tutarının altında kaldığından beyan edilmeyecek, ortakla ilişkili kişi (E)'nin ise  $(brüt\ 46.666/2) = 23.333$  YTL'si 18.000 YTL'nin üzerinde olduğundan 23.333 YTL'nin tamamı (31/12/2006 tarihi itibarıyla dağıtılmış kar payı kabul edildiğinden) 15 Mart 2007 tarihine kadar beyan edilip PAKSOY A.Ş. tarafından kesilip ödenen 4.666 YTL stopaj gelir vergisi ödenecek vergiden indirilecek, kalan tutar ise 31 Mart ve 31 Temmuz 2007 tarihlerine kadar 2 eşit taksitle ödenecektir.

### III-SONUÇ:

Örtülü sermaye müessesesi 01/01/2006 tarihinden sonraya sarkan ödünç işlemlerine de uygulanmak ve 01/01/2006 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 21/06/2006 tarihinde yürürlüğe giren 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunun 12.maddesi ile uluslar arası gelişmeler ve genel kabul görmüş ilkeler dikkate alınarak yeniden düzenlenmiştir.

Yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile daha önceki hükümlerin aksine örtülü sermaye şartları objektif ölçülere göre tanımlanarak daha belirgin hale getirilmiş ve hangi hallerde borçlanmaların örtülü sermaye sayılacağı açık bir biçimde kanunun metninde yer almıştır.

Bu düzenleme ile daha önceki uygulamalarda karşılaşılan ve tereddüde neden olan şu konular net bir şekilde açıklanmıştır. Bunlar;

1- Yapılan borçlanmanın devamlı olarak yani bir yıldan fazla süreyle işletmede kullanılması şartı kaldırılmıştır.

2- Borç/öz sermaye rasyosunun kaç olacağı ve hangi tutarın örtülü sermaye sayılacağı kanun maddesinde açıkça zikredilerek, uygulamada ve yargı aşamasında farklı yorumlara yol açan emsal kurum rasyosu şeklindeki uygulamaya son verilmiştir.

3- Öz sermaye olarak dönem başı mı yoksa dönem sonu öz sermaye tutarının mı dikkate alınacağı açıklığa kavuşturulmuştur.

4- Yine daha önceki uygulamalarda borç/öz sermaye oranını hesaplarken borç veren ortak yada ortakla ilişkili kişilerin her biri için ayrı ayrı mı yoksa birlikte mi hesaplanacağı konusunda kanunda bir hüküm yok iken mevcut düzenleme ile borç/öz sermaye oranı, borç veren ortaklar ve ortakların ilişkide bulunduğu kişiler için topluca dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır.

5- Ayrıca daha önce 5422 sayılı KVK'nda sadece örtülü sermaye üzerinden ödenen ve hesaplanan faizlerin kurum kazancından indirilemeyeceği hüküm altına alınmış idi. Kur farklarının ise gider yazılamayacağı Maliye Bakanlığının mukteza bazında verdiği görüşler ve Danıştay Kararlarında yer almıştı. (9) 5520 sayılı Kanunun 11.maddesinin 1. fıkrasında yapılan düzenleme ile örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderlerin kurum kazancından indirilmesinin mümkün olmadığı hüküm altına alınarak, bu hususlardaki itilafa da son verilmiştir.

6- Örtülü sermaye üzerinden (**kur farkı hariç**) faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarların, 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 sayılacak, örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh

edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şartıyla daha önceki vergilendirme işlemleri taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilebilecektir.

Kısacası 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu ile örtülü sermaye uygulaması uluslar arası uygulamalara paralel olarak ve yoruma mahal vermeyecek biçimde daha objektif ölçülere göre yeniden düzenlenmiştir. Ancak yukarıda sayılan bu olumlu yönlerinin yanı sıra 12.maddenin 2 fıkrasında getirilen istisna, bankası olan grup şirketleri ile bankası olmayan şirketler arasında haksız rekabet yaratmakta ve ayrıca vergide adalet ilkesine de aykırılık teşkil etmektedir. Bu nedenle bu hükmünle getirilen istisna uygulamasına son verilmesi gerekir.

#### **Kaynakça:**

1- 5422 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu

2- Yılmaz Özbalcı, **Kurumlar Vergisi Kanunu ve Açıklamaları** (Oluş Yayıncılık), s.430.

3- **Danıştay 13. Dairesinin 12.1.1976 gün ve E: 1975/1851, K: 1976/ 39 sayılı Kararı**

4- Danıştay Üçüncü Daire ; Tarih : 07.05.1998; Esas No : 1997/293 ; Karar No : 1998/1650

5- 5520 sayılı Kurumlar Vergisi

6,7,8- 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu 12.madde gerekçesi

9- İstanbul Defterdarlığı tarafından verilen 22.04.1994 tarih ve 7038 sayılı mukteza, Danıştay Dördüncü Dairenin konuyla ilgili görüşü 16.05.2002 tarih ve E: 2001/3082 K: 2002/2049 sayılı Kararı, Danıştay 4.Dairesinin 29/03/2005 Tarihli 2005/494 Karar No, 2004/2153 Esas nolu Kararı.