

**5520 SAYILI YENİ K.V.K. İLE YAPILAN DÜZENLEMELER SONRASINDA
TAHVİL İHRACI SURETİYLE ÖRTÜLÜ SERMAYE KULLANIMI MÜMKÜN
MÜDÜR?**

I. GİRİŞ

21.06.2006 tarih ve 26205 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 5520 sayılı yeni K.V.K.’nın 12. maddesinde örtülü sermaye müessesesi düzenlenmiş ve kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, örtülü sermaye sayılabilmesi için kullanılan borcun öz sermayenin üç katını aşması gerektiği belirtilmiştir.

5422 sayılı eski K.V.K.’nın uygulandığı dönemde, anonim şirketlerinin tahvil çıkarması ve bu tahvillerin şirketle belli ilişkiler içinde bulunulan gerçek ve tüzel kişilerce satın alınması halinde söz konusu tahvilli borcun örtülü sermaye sayılıp sayılmayacağı hususunda bir kısım tartışmalar bulunmaktadır.

Bir görüşe göre, tahvil çıkarılarak yapılan borçlanma örtülü sermaye iddiasına maruz bırakılmamalıdır. Çünkü tahvilli borçlanma, devlet kontrolünde yapılan, belli sınırlara tabi olan ve alacaklının kurumun kontrolü dışında her an değişebileceği özel bir borçlanma türüdür.¹

Bir diğer görüşe göre ise örtülü sermaye uygulanmasında, belli ilişkiler içinde bulunulan gerçek ve tüzel kişilerin anonim şirketlerce çıkarılacak tahvilleri satın alması, kuruma borç vermeleri ile aynı anlamdadır. Tahvilat çıkarma suretiyle borçlanma ile diğer borçlanma şekilleri arasında, ticaret hukuku açısından varolan bazı farklılıkların vergi hukuku bakımından yapılacak değerlemeye etkisi yoktur.²

Nitekim Danıştay 13. Dairesinin 12.01.1976 tarih ve E.75/1851, K.76/39 sayılı kararında;

“%83,63 hissesine sahip olduğu kurumun çıkardığı tahvillerin tamamının satın alınmasını, vergiye tabi kurumun sermayeye ihtiyacı olduğu, bu sermayenin ana sermaye artırımı yoluyla sağlanması olanağı var iken borç verilmek suretiyle sağlandığı ve kazancından bir kısmını faiz olarak kurum içinde vergiye tabi tutulmaksızın başka bir kuruma (vergiden muaf bir kuruma) aktardığı biçiminde görmek zorunlu olur. Zira, yasa koyucunun örtülü sermaye müessesesini getirmekteki amacı, kurum kazancının aşındırılmasının önlenmesidir. Satın alınan tahviller başka bir kurumun tahvili değil %83,63 hissesine sahip olunan bir kurumun tahvilleridir. Ödenen tahvil faizi, diğer şartların da bulunması nedeniyle örtülü sermaye üzerinden yapılan faiz ödemesi niteliğinde görülmüştür.”

denilmektedir.

¹ Mehmet Maç, Kurumlar Vergisi, 3.Baskı; sayfa 672.

² ÖZBALCI, Yılmaz; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Basım Yılı;1997,sayfa 360.

5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde örtülü sermaye müessesesinin yeniden düzenlenmesi sonrasında konu farklı bir şekle bürünmüştür. Bu yazıda konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar yapılacaktır.

II. KURUMLARIN TAHVİL İHRACINA YÖNELİK TÜRK TİCARET KANUNU VE SERMAYE PİYASASI KANUNU'NDA YER ALAN DÜZENLEMELER

Türk Ticaret Kanunu'nun 420. maddesi uyarınca anonim şirketlerin ödünç para bulmak amacıyla itibari kıymetleri eşit ve ibareleri aynı olmak üzere çıkardıkları borç senetlerine "tahvil" adı verilmektedir. Tahvil ihraç eden anonim şirketler faiz karşılığı yabancı kaynak elde etmekte, tahvil hamili ise şirketin yönetimine katılmayıp sadece şirketten tahvil faizi alacaklısı konumuna sahip olmaktadır. Buna bağlı olarak tahvil hamili vade sonunda tahvil ana para ve faizini talep hakkını haiz olup, şirketin karlı veya zararlı olmasının söz konusu faiz geliri açısından herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Bununla birlikte tahvil hamillerinin şirket malvarlığı üzerinde herhangi bir hak iddia etmeleri mümkün değildir.³

Türk Ticaret Kanunu'nun 422. maddesi uyarınca anonim şirketlerin çıkaracakları tahvillerin, **esas sermayenin ödenen ve tasdik olunmuş son bilanço'ya göre mevcudiyeti anlaşılan miktarını** aşması mümkün değildir. Diğer taraftan 2499 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu'nun "Tahvil ve Diğer Borçlanma Senetleri İhracı" başlıklı 13. maddesinde ise halka açık anonim ortaklıkların ihraç edebilecekleri tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senetlerinin toplam tutarının, **Kurula gönderilen bağımsız denetimden geçmiş son mali tabloda yer alan çıkarılmış sermaye veya ödenmiş sermaye ile genel kurulca onaylanan son mali tabloda görülen yedek akçelerin ve yeniden değerlendirme değer artış fonunun toplamından, varsa zararların indirilmesinden sonra kalan miktarı geçmeyeceği hüküm altına alınmıştır.** Bununla birlikte mahalli idareler ve bunlarla ilgili özel mevzuatları uyarınca faaliyet gösteren kuruluş, idare ve işletmeler, mevzuata göre özelleştirme kapsamına alınanlar dahil kamu iktisadi teşebbüslerinin tahvil ve sermaye piyasası aracı niteliğindeki diğer borçlanma senedi ihraç limitleri Bakanlar Kurulunca belirlenir ve bu durumda özel Kanunlarda belirlenen limitler uygulanmaz.⁴

III. TAHVİL İHRACI SURETİYLE ÖRTÜLÜ SERMAYE KULLANIMI

Türk Ticaret Kanunu'nda halka açık olmayan şirketler için yapılan düzenlemeden ve Sermaye Piyasası Kanunu'nda halka açık şirketler için yapılan düzenlemeden anlaşılacağı üzere, anonim şirketlerin ihraç edecekleri tahviller kurumun öz sermayesinden fazla olamayacaktır. 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde, yapılan borçlanmanın örtülü sermaye olarak nitelendirilebilmesi için borç tutarının öz sermayenin 3 katını aşması gerektiği belirtilmiştir. İhraç edilen tahvil tutarı toplamı öz sermaye tutarından (dolayısıyla öz sermayenin 3 katından) fazla olamayacağı için kurumun çıkardığı tahvillerin tamamını ortağın veya ortakla ilişkili bir kişinin alması durumunda bile örtülü sermaye söz konusu olamayacaktır.

Ancak, 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinin (5) numaralı fıkrasında, maddede belirtilen oranların, borç veren ortaklar ve ortakların ilişkide bulunduğu kişiler için topluca dikkate alınacağı belirtilmiştir. Bu durumda, tahvil satın alan ortak veya ortakla ilişkili kişiden

³ TEKİN, Cem; KARTALOĞLU, Emre; Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006, Sayfa:36.

⁴ SABUNCU, Faruk; KESKİN, Filiz; "Gerçek Kişilerde Para ve Sermaye Piyasası Araçlarından Elde Edilen Gelirlerin Vergilendirilmesi", Beta Yayınları, İstanbul 2005, S: 36

alınan borç ile söz konusu kişilerden diğer yollarla temin edilen borçların tamamı kurumun öz sermayesi ile kıyaslanmalı ve örtülü sermayenin teşkil edip etmediği bu şekilde tespit edilmelidir.

Örneğin, öz sermayesi 100 birim olan bir A.Ş., ihraç ettiği 100 birimlik tahvillerin tamamını ortağı Bay (A)'ya satmıştır. Kurum ayrıca, ortakla ilişkili kişi sayılan Bay (B) ve Bay (C)'den 120'şer birim borç almıştır. Bu durumda ayrı ayrı yapılan borçlanmaların hiçbiri örtülü sermaye kapsamına girmeyecektir. Ancak, ortaklar ve ortakla ilişkili kişilerden temin edilen toplam borç miktarı öz sermayenin 3 katı olan 300 birimi aştığından, aşan 40 birim örtülü sermaye olarak değerlendirilecektir.

Günümüz ekonomik ilişkilerinde kurumlar açısından en önemli sorunların başında, finansman sorunu gelmektedir. Anonim şirketlerin, bu sorunu çözmek için başvurabilecekleri yollardan biri de tahvil ihraç etmek suretiyle ortaklara borçlanmasıdır. Bu borçlanmada çıkarılan tahviller eğer ortaklar tarafından satın alınacaksa, Sermaye Piyasası Kurulu mevzuatı uyarınca nama yazılı olarak ihraç edilmelidir.⁵ Bu durum ise, Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 12. maddesine göre örtülü sermayenin tespitinde dikkate alınabilecektir. Ancak, uygulamada tahviller büyük çoğunlukla hamiline yazılı olarak çıkarılıp ihraç edilmektedir. Hamiline yazılı tahvillerin ortaklar tarafından ikinci el piyasalarda alındığının saptanması, yasa maddesindeki diğer koşulların varlığı halinde, örtülü sermayenin varlığını ortaya çıkarmaktadır. Fakat bu saptama işleminin yapılması bazı durumlarda olanaksızdır.

Hamiline yazılı tahvili alan ortak kurumlar vergisi mükellefi veya kazancı bilanço esasına göre saptanan gelir vergisi mükellefi ise, alınan tahvil bilanço aktifine kayıt edileceğinden ve gelir veya kurumlar vergisi matrahının tespitinde dikkate alınacağından, tespit yönünden sorun yoktur. Tahvili satın alan ortak yukarıda sayılanlar dışındaki gerçek kişiler ise, bu alımın ortaklar tarafından yapıldığının tespiti çok zordur. Çünkü, hamiline yazılı tahvillerin; gerek ihraç edenler tarafından satılmasında veya faiz ve anapara ödemelerinde gerekse aracı kurumlar (bankalar ve aracı kurumlar) tarafından satılması veya faiz ve anapara ödemelerinde bu işlemlere ilişkin herhangi bir isim alınmaktadır. Dolayısıyla hamiline yazılı tahvilin kimler tarafından satın alındığının veya faiz ve anaparanın kimlere ödendiğinin saptanması için satış ve alış işlem kayıtlarından yararlanmak olanaksızdır.⁶

IV. SONUÇ

Gerek Türk Ticaret Kanunu'nda gerekse Sermaye Piyasası Kanunu'nda anonim şirketlerin ihraç edecekleri tahvil tutarları için bir üst sınır getirilmiş ve ihraç edilecek tahvillerin kurumun öz sermayesinden fazla olamayacağı belirtilmiştir. 5520 sayılı yeni K.V.K.'nın 12. maddesinde de bir borçlanmanın örtülü sermaye sayılması için öz sermayenin 3 katından fazla olması gerektiği vurgulanmıştır. Dolayısıyla, ihraç edilen tahvil tutarı toplamı öz sermaye tutarından (dolayısıyla öz sermayenin 3 katından) fazla olamayacağı için kurumun çıkardığı tahvillerin tamamını ortağın veya ortakla ilişkili bir kişinin alması durumunda bile örtülü sermaye söz konusu olamayacaktır. Ancak, şirketin ortak veya ortakla ilişkili kişilerden tahvil yoluyla aldığı borçlar ile aynı kişilerden diğer şekillerde aldığı borçlar birlikte değerlendirilecek ve bu şekilde kurumun örtülü sermaye kullanıp kullanmadığı tespit edilecektir.

⁵ YILDIRIM, Bülent; Anonim Şirketlerce İhraç Edilen Hamiline Yazılı Tahviller Yoluyla Oluşan Vergi Erezyonu, Vergi Dünyası, Haziran 1993, Sayı:77, Sayfa:93

⁶ KIZILOĞLU, Şükür; Türk Vergi Hukukunda Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Ankara 2002, Sayfa:513.

Bu durumda da tahvil alacaklısının tespiti önem kazanmaktadır. Yukarıda açıklandığı üzere hamiline yazılı tahvil ihracı, tahvil alacaklısının ve dolayısıyla örtülü sermayenin tespiti zora sokmaktadır.

Emre KARTALOĞLU
Gelirler Kontrolörü