

## **İlişkili Kişilere Faiz Karşılığı Borç Veren Bir Şirket Tefeci Midir?**

**Güray ÖĞREDİK**  
**Serbest Muhasebeci Mali Müşavir**  
**MAZARS/DENGE**  
**Vergi Departmanı, Kıdemli Müdür**

**Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi Haziran 2015 sayısında yayınlanmıştır.**

### **ÖZET:**

90 sayılı KHK’da tüzel kişilerin ilişkili kişilerine borç para verme işlemlerinin tefecilik suçu sayılmayacağına dair düzenleme varken, bu KHK’yi mülga eden 6361 sayılı Kanunda bu yönde bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Mevcut durumda tefecilik suçu sadece Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenmiş bulunmaktadır. Bazı yorumcular tarafından tüzel kişilerin ilişkili kişilere faiz karşılığı olsun ya da olmasın borç para vermesi artık tefecilik suçu olarak değerlendirilmeye başlanmıştır. Çalışmamızda bu görüşün aksine dair fikirlerimiz yasal dayanakları ile açıklanmaya çalışılmıştır.

### **ANAHTAR KELİMELEER:**

Tefecilik, Tüzel Kişi, İlişkili Kişi, Ödünç Para, Faiz, Emsal, Örtülü Kazanç.

### **1. GİRİŞ**

Ödünç para verme işi devlete ait olan bir imtiyazdır. Devlet, bu imtiyazını yapmış olduğu yasal düzenlemeler ile (Örneğin: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu gibi) gerçek ve tüzel kişilere devretmektedir. Kamu otoritesinin, kredi piyasasında güven ve istikrarı temin etmek amacıyla, yasal düzenlemeler ile denetim mekanizmasını çalıştırdığı görülmektedir. Böylelikle devlet, gerçek ve tüzel kişilerin yetkisiz bir şekilde kredi piyasasında faaliyette bulunmak suretiyle tezgâh altı kredi piyasaları oluşturmalarının önüne geçmeye çalışmaktadır. Buna karşın kredi ve finans kurumları nezdinde yeterli kredibilitesi bulunmayanlar ile kredi tahsis sürecinde bu kurumlarda uygulanan prosedürler nedeniyle nihai fon kullanımının beklenenden uzun sürmesinden rahatsız olanların, yasa dışı ödünç para verme işleriyle uğraşan kişi ve kurumlara başvurdukları görülmektedir. Yasa dışı ödünç para verme işiyle uğraşanların, kendilerine gelen talepleri, yasal düzenlemeler ile bankacılık usul ve teamülleri dışına çıkarak hızlı bir şekilde değerlendirdikleri bilinmektedir. Bu nedenle yasal kredi ve finans kuruluşlarından daha yüksek oranda faiz veya kazanç talep etmektedirler. Diğer bir deyişle bu tür fon arz edenler, fon talep edenlerin nakit ihtiyaçlarının aciliyetine göre fiyatlama odaklı bir pazarlama anlayışı sergilemektedirler. Kanun Koyucu tarafından geçmişten bugüne kadar yapılan yasal düzenlemelerde, yasa dışı ödünç para veren kişiler tefeci olarak tanımlanmıştır. Böylelikle tefecilik eylemi; toplumda var olan ekonomik ve sosyal düzeni zedelemesi, kayıt dışı ve haksız bir kazançta yol açması nedeniyle bir suç olarak kabul edilmiştir.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Sinan ÇAM – Taylan DEMİRKAN, “Faktoring Şirketlerinin Türk Ceza Kanunu 241’inci Maddesi (Tefecilik Suçu) Karşısındaki Durumu”, Dünya Gazetesi, 02.02.2013, <http://www.dunya.com/faktoring-sirketlerinin-turk-ceza-kanunu-241inci-maddesi-tefecilik-karsisindaki-duru-180279h.htm> (Erişim: 05.05.2014)

Her ne kadar yukarıda “ödünç para verme işlemi Devlete ait bir imtiyazdır, çeşitli kanunlar ile (Örneğin: 5411 sayılı Bankacılık Kanunu, 6361 sayılı Kanun gibi) bazı gerçek ve tüzel kişilere bu imtiyaz devredilmektedir” demiş olsak da, uygulamada ticaret şirketleri çeşitli nedenlerle personeline, ortaklarına, iştiraklerine veya ortaklarının ortak olduğu diğer tüzel kişilere borç verebilmektedirler. Özellikle grup şirketlerinde şirketler arasında borçlanmalar grupta bulunan nakdin ortak kullanılarak finansman maliyetlerinin düşürülmesi amacıyla yapılmaktadır. Bunun yanı sıra grup şirketlerinden mali yapısı kredi almaya yeterli olmayan şirketler için ana şirket üzerinden kredi kullanımı yapıp diğer şirketlere kredi aktarımı uygulamada sıklıkla yapılmaktadır. Bu çerçevede yazımızda;

- 1- Şirketlerin ortaklarına,
- 2- Şirketlerin çalışanlarına,
- 3- Şirketlerin iştiraklerine,
- 4- Şirketlerin ortakları aynı olan diğer bir şirkete,

**faiz karşılığında** borç verme işlemleri ile,

- 5- Şirketlerin bankalardan alıp aynı şartlarla ancak **komisyon karşılığında** grup şirketlerine aktardıkları kredi işlemlerinin,

yasal mevzuat karşısındaki durumunu inceleyerek, bu işlemlerin Türk Ceza Kanunu kapsamında “TEFECİLİK SUÇU” olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini irdelemeye çalışacağız.

Yazımızda **MAZARS/DENGE (Denge İstanbul Yeminli Mali Müşavirlik A.Ş.)** tarafından yayınlanan 01.11.2013 tarih ve 2013/205 sayılı sirkülerden önemli ölçüde yararlanılmıştır.<sup>2</sup>

## **2-90 SAYILI KANUN HÜKMÜNDE KARARNAMEDE (545 SAYILI K.H.K İLE DEĞİŞİK) TEFECİLİK SAYILAN VE SAYILMAYAN ÖDÜNÇ PARA VERME İŞLERİ**

90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kararname 6.10.1983 tarih ve 18183 mükerrer sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmişti. Söz konusu kararnamenin 16. Maddesi ile 2279 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Kanunu yürürlükten kaldırılmıştı. Daha sonra 27.06.1994 tarih ve 21973 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 545 sayılı ödünç para verme işleri hakkında KHK’nin bazı maddelerinin değiştirilmesine ilişkin KHK yayınlanmıştır. 545 sayılı KHK ile 90 sayılı KHK’de bazı değişiklikler yapılmıştır. Kararnamenin 1. Maddesinde söz konusu Kararnamenin amacı *faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle sürekli olarak ödünç para verme işleriyle uğraşan gerçek kişilerin ve finansman şirketleri ile factoring şirketlerinin faaliyetlerinin düzenlenmesi ve denetlenmesi*” olarak tanımlanmıştır.

Kararnamenin 3. Maddesinde İkrazaçılık; *“devamlı ve mutad meslek halinde, faiz veya her ne ad altında olursa olsun bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işleriyle uğraşan veya ödünç para verme işlerine aracılık eden ve kendilerine faaliyet izni verilen gerçek kişiler*” olarak tanımlanmıştır.

<sup>2</sup> MAZARS/DENGE, Denge İstanbul Yeminli Mali Müşavirlik A.Ş. , 01.11.2013 tarih ve 2013/205 sayılı sirküler. <http://www.mazars.com.tr/publishDocument.php?id=4851> (Erişim: 06.05.2014)  
<http://www.dengeakademi.com/sirkulerler/ara/-/-/tumu/tefecilik> (Erişim: 06.05.2014)

Kararnamenin 9. maddesinde ise *Bu Kanun Hükümünde Kararname uyarınca ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek haline getirilmesi ve Kanun Hükümünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izninin iptal edilmesine rağmen ödünç para verme işlerine devam edilmesi hali tefecilik olarak sayılmıştı.*

Kararnamenin 2. maddesinde ise *ikrazatçılar, finansman şirketleri ve faktoring şirketlerinin bu Kanun Hükümünde Kararname hükümlerine tabi olduğu, ancak Bankalar, sigorta şirketleri ve özel kanunlarına göre ödünç para vermeye yetkili kılınan kuruluşlar ile **TÜZEL KİŞİLERİN doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ÖDÜNÇ PARA VERMELERİ** ve Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde yetkili kurum ve kuruluşlarca yapılan işlemler hakkında bu Kanun Hükümünde Kararname hükümlerinin uygulanmayacağı* açıklanmıştı.

Yukarıda yer alan yasal düzenlemelerden de görüleceği üzere yasal izne sahip olmayanların ödünç para verme işleri faaliyetinde bulunmaları halinde kararnamenin 15. maddesi uyarınca 6 aydan 2 yıla kadar hapis cezasıyla birlikte 50 bin liradan az olmamak kaydıyla, sağladıkları menfaatlerin 5 katı ağır para cezasıyla cezalandırılmaktaydı. Ancak **şirketlerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri** ise söz konusu K.H.K.'nin kapsamına girmeyeceği belirtilmişti.

### **3- KURUMLAR VERGİSİ KANUNU'NUN 13. MADDESİ UYARINCA BORÇ VERME İŞLEMLERİ**

Bilindiği üzere Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. Maddesinde transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını düzenlemesi yapılmıştır. Buna göre maddede sayılan ilişkili kişiler ile yapılan işlemlerin "emsallere uygun" olarak yapılması gerekmektedir. Emsallere uygunluk, kısaca, ilişkili kişiler arasında yapılan işlemlerde fiyatın piyasa fiyatlarına uygun olması olarak tanımlanabilir. Söz konusu madde çerçevesinde ilişkili kişilere verilen borç paralardan faiz elde edilmesi, elde edilen bu faiz tutarının da emsallere uygun olması gerekmektedir.

### **4- TÜRK TİCARET KANUNU UYARINCA BORÇ VERME İŞLEMLERİ**

Hissedarların ortağı oldukları şirketten borç alıp alamayacakları hususu T.T.K'nun 358. maddesinde düzenlenmiştir. T.T.K.'nun 358. Maddesi aşağıdaki gibidir.

*"Madde 358- (6335. Sayılı kanunun 15. Maddesi ile değişik) pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi geçmiş borçları ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte karı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz"*

Söz konusu maddeye göre pay sahipleri şirketten ancak belirli şartların sağlanması halinde borç alabilecekler, aksi halde T.T.K'nun 562/5-b maddesine göre "pay sahiplerine borç verenler" üçyüz günden az olmamak üzere adli para cezası ile cezalandırılacaklardır.

### **5- 6361 SAYILI FİNANSAL KİRALAMA, FAKTORİNG VE FİNANSMAN ŞİRKETLERİ KANUNU**

6361 sayılı “Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu” 13.12.2012 tarih ve 28486 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak 13.12.2012 tarihi itibarı ile yürürlüğe girmiştir. Söz konusu Kanunu'nun 52. Maddesi ile **90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında kararname yürürlükten kaldırılmıştır.** Kanunun 52. Maddesi aşağıdaki gibidir.

#### ***Yürürlükten kaldırılan hükümler***

**MADDE 52 – (1)** 10/6/1985 tarihli ve 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu ile 30/9/1983 tarihli ve 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükümünde Kararname ek ve değişiklikleri ile birlikte yürürlükten kaldırılmıştır.

(2) Diğer kanunlarda, 3226 sayılı Kanun ile 90 sayılı Kanun Hükümünde Kararnameye yapılan atıflar, bu Kanunun ilgili maddelerine yapılmış sayılır.

52. maddenin T.B.M.M.’ne sunulan kanun gerekçesine baktığımızda kanun maddesinde belirtilen hükümler dışında ayrıca bir açıklama yapılmadığını görüyoruz.

90 numaralı K.H.K.’nin kaldırılmasına paralel olarak halen faaliyette bulunan ikrazatçılar için geçici bir düzenleme yapılmıştır. Söz konusu geçici madde aşağıdaki gibidir.

#### ***“İkrazatçılarla ilgili hükümler***

**GEÇİCİ MADDE 5 – (1)** 90 sayılı Kanun Hükümünde Kararnameden aldıkları yetkiye istinaden ikrazatçılık faaliyetinde bulunanlar bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde bu Kanunda sayılı faaliyetlerden birini yürütmek amacıyla Kuruma başvuruda bulunabilirler. Bu süre içinde mevcut sözleşmelerinden kaynaklanan alacaklarının tahsiline yönelik işlemler dışında yeni bir ikrazatçılık faaliyetinde bulunamazlar. Kuruma başvuruda bulunan ikrazatçılar Kuruldan gerekli izinleri almak suretiyle faaliyetlerine faktoring, finansal kiralama veya finansman şirketi olarak devam edebilirler. Kurulacak bu şirketler bu Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (e) bendinde yer alan sermaye yükümlülüğünü üç yıl içinde yerine getirmek zorundadır. Kuruma başvuruda bulunmayan veya başvurduğu halde Kuruldan gerekli izinleri alamayanların ikrazatçılık faaliyet izinleri başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erer.”

İlgili geçici maddeden de görüleceği üzere kanun yayınlandığı tarihte ikrazatçılık faaliyetinde bulunanların bu faaliyetlerinin sona erdiği, ancak altı ay içerisinde gerekli izinleri almak suretiyle faaliyetlerine **faktoring, finansal kiralama** veya **finansman şirketi** olarak devam edebilecekleri belirtilmiştir. Bu çerçevede herhangi bir izin başvurusunda bulunmayan veya başvurduğu halde Kuruldan gerekli izinleri alamayanların ikrazatçılık faaliyet izinleri başka bir işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden sona erecektir.

90 sayılı K.H.K.’nin 2. maddesi ile **TÜZEL KİŞİLERİN doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ÖDÜNÇ PARA VERMELERİ** kararname kapsamı dışında idi. Dolayısıyla şirketlerin;

- ortaklarına,

- iştiraklerine veya

- doğrudan veya dolaylı olarak ortaklık ilişkisi olduğu şirketlere

kazanç (faiz, komisyon..v.b.) karşılığında borç vermeleri mümkündür.

**Ancak, 6361 SAYILI FİNANSAL KİRALAMA, FAKTORİNG VE FİNANSMAN ŞİRKETLERİ KANUNU'NUN 52. MADDESİ İLE 90 SAYILI ÖDÜNÇ PARA VERME İŞLERİ HAKKINDA KARARNAME YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMIŞTIR. BU DURUMDA K.H.K.'NİN 2. MADDESİNDE YER ALAN İSTİSNAİ HÜKÜM DE YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMIŞ BULUNMAKTADIR.**

Yürürlükten kaldırılan 90 sayılı KHK'de ikrazatçılık yapmak üzere izin alınmadan, faiz veya her ne ad altında olursa olsun, bir ivaz karşılığı veya ipotek almak suretiyle, ödünç para verme işlemlerinin yapılması veya bu işlerin meslek haline getirilmesi ve Kanun Hükmünde Kararname uyarınca alınan ikrazatçılık izninin iptal edilmesine rağmen ödünç para verme işlerine devam edilmesi hali **tefecilik** olarak sayılmıştı. Ancak 6361 sayılı Kanunda bu yönde (tefecilik suçuna dair) herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda tefecilik suçunun unsurları ve oluşum şartları için Türk Ceza Kanunu'na bakılması gerekecektir.

## **6- TÜRK CEZA KANUNU AÇISINDAN TEFECİLİK İŞLEMLERİ**

5237 sayılı Türk Ceza Kanunu 12.10.2004 tarih ve 25611 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır. Söz konusu kanunun 241. Maddesinde “**Tefecilik**” suçu düzenlenmiş olup, madde metni aşağıdaki gibidir.

### **“Tefecilik**

**Madde 241- (1) Kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.”**

**90 sayılı KHK'da ödünç para verme işinin izinsiz, devamlı suretle ve mutad meslek halinde yapılması hali tefecilik olarak tanımlanmışken, yeni ceza kanununda bir kere dahi olsa kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi işleminin tefecilik olarak kabul edildiğini görüyoruz.** Söz konusu madde gerçek kişiler için uygulanabildiği gibi tüzel kişiler içinde uygulanabilmektedir. T.C.K.'nin 20/2. maddesinde “**Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla Kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır.**” denilmektedir. Bu çerçevede, Kanun'un 242. Maddesi gereğince; “(Tefecilik yapmak ) bu bölümde yer alan suçların (Tefecilik yapmak) işlenmesi suretiyle yararına **haksız menfaat** sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükümlenir.” T.C.K'nun tüzel kişiler hakkında **güvenlik tedbirlerinin** düzenlendiği 60. maddesi aşağıdaki gibidir.

“(1) Bir kamu kurumunun verdiği izne dayalı olarak faaliyette bulunan özel hukuk tüzel kişisinin organ veya temsilcilerinin iştirakiyle ve bu iznin verdiği yetkinin kötüye kullanılması suretiyle tüzel kişi yararına işlenen kasıtlı suçlardan mahkûmiyet halinde, iznin iptaline karar verilir.

(2) Müsadere hükümleri, yararına işlenen suçlarda özel hukuk tüzel kişileri hakkında da uygulanır.

(3) Yukarıdaki fıkralar hükümlerinin uygulanmasının işlenen fiile nazaran daha ağır sonuçlar ortaya çıkarabileceği durumlarda, hakim bu tedbirlere hükmetmeyebilir.

(4) Bu madde hükümleri Kanunun ayrıca belirttiği hallerde uygulanır.”

Bir tüzel kişi yararına olarak tefecilik suçunun işlenmesi halinde T.C.K. Madde 242'de yer alan özel hüküm sebebiyle tüzel kişiler hakkında da güvenlik tedbirleri uygulanabilecektir. Buna göre **örneğin, şirket bir lisans ile faaliyette bulunuyor ise lisansı iptal edilebilir.** Ayrıca T.C.K'nun 60/2. Maddesi uyarınca da müsadere hükümleri uygulanabilecektir. Tefecilik suçuna ilişkin olarak müsadere hükümlerinin uygulanmasında paranın tamamının mı yoksa sadece alacak faizi teşkil eden kısmının mı güvenlik tedbiri kapsamına gireceği tartışmalıdır. Ayrıca **tüzel kişi hakkında ceza yaptırım uygulanamayacağından dolayı, 241. maddede belirtilen cezai yaptırım, tüzel kişiyi fiilen yöneten veya imzası ile tüzel kişiyi bağlayabilen kimseler ile suç teşkil eden işlemi gerçekleştiren çalışanlar hakkında uygulanabilecektir.** Bu nedenle, uygulamada, tüzel kişi adına işlenen bir suç söz konusu olduğunda herkesten önce şirket yönetim kurulu sanık durumuna düşebilecek, yönetim kurulu üyelerinin yanı sıra, şirketin borç para verme işleri ile ilgilenen yöneticileri, örneğin; mali işler müdürü, muhasebe müdürü v.b. sanık olabilecektir.<sup>3</sup>

## **6.1- T.C.K. Düzenlemelerinin İrdelenmesi**

### **6.1.1- T.C.K. Madde 241'in Lafzi Yorumundan Hareketle Yapılan Değerlendirmeler:**

TCK'da, kanun koyucu hangi eylemlerin tefecilik sayıldığına dair detaylı bir düzenleme yapma yerine genel bir ifadeyle suç ihdas etme yoluna gitmiştir. Tefecilik suçuna yönelik eylemler tadat edilmiş olsaydı, tezgahaltı piyasada ödünç para verme araçlarında yaşanabilecek yenilikler ile (kredi kartı, kontör satımı gibi) birlikte tefecilik suçu tanımı eksik ve yetersiz kalabileceği ve her yenilikte yeni yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulabileceği; her ihtiyaç ortaya çıktığında yeni yasa çıkarmanın zorluğu da göz önünde bulundurulduğunda, tefecilik suçunun tanımında genel bir suç tanımlaması yapılmasının doğru bir yaklaşım olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır.<sup>4</sup>

Tefecilik suçunu oluşturan fiil, belli bir miktar paranın kazanç karşılığında geri ödenmesi şartıyla başkasına ödünç verilmesidir. Tefecilik suçunun vücut bulması, ancak yasalarla tesis edilmiş kamu imtiyazına sahip olmadan faaliyette bulunan gerçek veya tüzel kişiler tarafından kazanç elde etmek maksadıyla, borç alana belli bir miktar paranın ödünç verilmesi ile mümkün olmaktadır. Buna göre tefecilik eylemi; faaliyet izni bulunmayan gerçek veya tüzel kişinin bir ivaz karşılığı ödünç olarak verdiği paranın mülkiyetinin borç alana geçmesiyle tekemmül etmektedir. **Kanun hükmünden, yasal anlamda yetki ve izni bulunmayan kişinin kazanç karşılığında bir kez dahi olsa ödünç para vermesinin tefecilik eylemi için yeterli görüldüğü anlaşılmaktadır.** Bunun dışında; anılan Kanun maddesinde, **kişilerin ödünç para verme işini meslek haline getirmesi veya ödünç para verme işinin süreklilik arz etmesi gibi tefecilik suçunun oluşmasında herhangi bir şart aranmamaktadır.** Hâlbuki Mülga 90 Sayılı KHK ile tefecilik suçu tanımlanırken, eylemde bulunan şahsın, **bu işi meslek haline getirmesi şartı aranıyordu.**<sup>5</sup>

TCK 241'inci madde hükmüne göre tefecilik suçunda, fail ve maddi unsurun birlikteliği ile ilgili iki husus önem arz etmektedir. İlk olarak "*kazanç elde etmek amacıyla başkasına ödünç para veren kişi*" tanımı yapılırken, arasında illiyet bağı bulunan kazanç elde etme ve ödünç para verme eylemlerinin, aynı kişi üzerinde toplanması esas olmalıdır. Yani ödünç para veren

<sup>3</sup> MAZARS/DENGE, 2013/205 sayılı sirküler.

<sup>4</sup> Sinan ÇAM – Taylan DEMİRKAN, 02.02.2013, a.g.m.

<sup>5</sup> Sinan ÇAM – Taylan DEMİRKAN, "TCK'nın 241'inci maddesi hükmü karşısında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 6361 sayılı Kanun ile mülga 90 sayılı KHK gibi düzenlemelerin önemi", Dünya Gazetesi, 09.02.2013, <http://www.dunya.com/tck-hukmu-karsisinda-duzenlemelerin-onemi-181078h.htm> (Erişim: 06.05.2014)

ile bu eyleminden kazanç elde eden kişi aynı kişi olmalıdır. İkinci olarak ödünç para vermek suretiyle kazanç elde eden kişi, yasalarla tesis edilmiş bir kamu imtiyazına sahip olmaksızın yani devletin ilgili kuruluşlarından faaliyet izni almaksızın ödünç para verme işiyle iştiğal etmelidir.<sup>6</sup>

5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 6361 sayılı Kanun hükümleri (6361 Kanun öncesi dönemler için mülga 90 sayılı KHK hükümleri), Türk Ceza Kanunu'nun 241'inci maddesindeki tefecilik suçunun istisna hükmü olmaktadır. Dolayısıyla TCK 241'inci madde hükmü kapsamında tefecilik suçunun faili belirlenirken, kişinin ilgili kamu otoritesi tarafından ödünç para verme işiyle yetkilendirilip yetkilendirilmediği önem arz etmektedir. Daha önce de ifade edildiği üzere, **karşılığında bir kazanç elde etme amacı olan ödünç para verme işi; ilgili kamu otoriteleri tarafından banka, faktoring şirketleri, finansman şirketleri ve finansal kiralama şirketleri gibi tüzel kişiler ile 6361 sayılı Kanun öncesi dönemler için ikrazatçı statüsüne sahip gerçek kişilere verilen bir imtiyazdır. Düzenleyici ve denetleyici otoriteden alınan ödünç para verme imtiyazına sahip olmadan kazanç elde etmek maksadıyla ödünç para verme işleri yapan kişiler tefecilik suçunun faili olmaktadır.**<sup>7</sup>

Yargıtay'da bazı kararlarında madenin lafzından hareket ederek hüküm vermiştir düşüncesindeyiz.

*“Sanığın müştekiye değişik tarihlerde kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verdiğiine ilişkin iddia, tutanaklar, tanık anlatımları yönteminde tartışılıp reddedilmeden ve tefecilik suçunda, 1.6.2005 tarihinden sonra işlenen eylemler açısından, **sistemli ve sürekli biçimde suçun işlenmesi aranmayıp, kazanç sağlamak amacıyla yalnızca bir kez ödünç para verilmesinin de yeterli olacağı** gözetilmeden, yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi.”* (4.CD, 11/12/2012, 4762/29860)<sup>8</sup>

*“....Tefecilik suçunda 01.06.2005 tarihinden sonra işlenene eylemler açısından **sistemli ve sürekli biçimde suçun gerçekleşmesi aranmayıp, kazanç sağlamak amacıyla yalnızca bir kez ödünç para verilmesinin yeterli olacağı** gözetilmeden, yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle sanıkların beraatlarına karar verilmesi yasaya aykırı.....görüldüğünden hükümlerin bozulmasına”* (4.CD, 14.03.2012 – 20476/5992)<sup>9</sup>

*“TCK 241 maddesi uyarınca, tefecilik suçuna konu eylemin süreklilik arz etmesi gerekmeyip, tek eylemle de atılı suçun oluşması ve sanığın soruşturma evresinde haksız kazanç elde edecek biçimde ödünç para verdiğini kabul etmesi karşısında, ....”* (4.CD, 22.06.2011 – 15750/8829)<sup>10</sup>

TCK'nın 241. Maddesinde tefecilik suçunun oluşması için süreklilik gerektiren bir ifade bulunmamaktadır. 6361 sayılı kanunla yürürlükten kaldırılması nedeniyle 90 sayılı KHK,

<sup>6</sup> Sinan AÇM – Taylan DEMİRKAN, 09.02.2013, a.g.m.

<sup>7</sup> Sinan ÇAM – Taylan DEMİRKAN, 09.02.2013, a.g.m.

<sup>8</sup> Necati MERAN, “Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar”, Seçkin Yayınları, 3. Baskı, Sayfa:26

<sup>9</sup> Erhan GÜNAY, “Tefecilik Suçu”, Seçkin Yayınları, Şubat 2013, Sayfa 32

<sup>10</sup> Erhan GÜNAY, a.g.e., Sayfa:202

<sup>11</sup> **Bu karar belki de makalemizde sayfalarca anlatmak istediğimiz düşüncelerimizi özetler niteliktedir. Bize göre de, tefecilik suçunun oluşması için öncelikli şart olarak “haksız kazanç” elde etme niyeti araştırılmalı ve tespit edilmelidir. Eğer ortada bir “haksız kazanç” varsa, bu durumda ödünç para verme işleminin sadece bir kez dahi yapılması tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmelidir.**

tefecilik eylemlerinin belirlenmesinde göz önünde bulundurulmayacağından, 241. Maddede öngörülen kazanç sağlamak amacıyla ödünç para verme eylemlerinde süreklilik aranması söz konusu olmayacak, ödünç paranın verildiği kişi sayısı kadar suç oluşacaktır. Artık tefecilik suçunun oluşabilmesi için faiz karşılığı ödünç para verme eyleminin meslek haline getirilmesi ya da birden fazla kez işlenmesi gerekmemektedir. Suçun bir kez ödünç para vermekle oluştuğunun kabulü söz konusu edilirse, ödünç para verilen kişi sayısının suçun mevcudiyetinin de kabulü gerekecektir.<sup>12</sup>

### **6.1.2- T.C.K. Madde 241'in Olayın Mahiyetine Göre Yorumlanması Gerekliliğinden Hareketle Yapılan Değerlendirmeler:**

TCK Madde 241 kapsamında yer alan “ödünç para vermek”ten ne anlaşılması gerektiğine ilişkin açıklık yoktur. Ancak ödünç konusu şeyin “para” olması nedeniyle burada “tüketme ödünç” söz konusu olabilir. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 386 uyarınca; “*Tüketim ödünç sözleşmesi, ödünç verenin bir miktar para ya da tüketilebilen bir şeyi ödünç alana devretmeyi, ödünç alanın da aynı nitelik ve miktardaki şeyi geri vermeyi üstlendiği sözleşmedir.*” Tüketim ödünçü anılan yasada “ticari olan ve ticari olmayan” şeklinde ayrılmış olup, ticari tüketim ödünçünde taraflarca sözleşmede kararlaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir, oysa ticari olmayan tüketim ödünçü sözleşmesinde taraflarca kararlaştırılmış olmadıkça faiz istenemez. **Türk Borçlar Kanununun bu ilgili maddelerinde geçen “faiz” ibaresinin tefecilik suçunda söz konusu edilen “haksız kazanç elde etmek” ile karıştırılmaması gerekir.** Özel hukukta ödünç sözleşmesi yapmak serbesttir, ama kamu hukukunda yani tefecilik suçu düzenlemesi ile bu tür sözleşme yapma serbestliğine istisna ve kısıtlama getirilmiştir. Başka bir deyişle faiz ya da bir başka nam ile **haksız kazanç** elde etme amacıyla izin almadan başkasına ödünç para verilmesi tefecilik suçunu oluşturmaktadır. Tefecilik ödünç para verme faaliyetinin belli bir kısmını ifade etmektedir. Bu yönüyle TCK Madde 241’de yer alan düzenlemenin çok da doğru olmadığı söylenmelidir. Zira bu düzenleme tefecilik ile ödünç para verme faaliyetini özdeş hale getirmiş olup, kazanç elde etmek amacıyla ödünç para vermek eylemini bütünüyle suç olarak kabul etmektedir. Tefecilik, izin alınmadan yapılan ikrazatçılık olarak tanımlanabilir.<sup>13</sup>

Kazanç ve gelir elde etmek amacıyla olmayan, meslek haline getirilmeden ve süreklilik arz etmeden, ödünç olarak verilen para nedeniyle yoksun kalınan kârın tazmini niteliğini taşıyan veya diğer bir fazlalığın tefecilik suçuna vücut vereceğinden söz edilemez. Çünkü bir kimsenin hem arkadaşına ihtiyaç nedeniyle yardımcı olmak hem de enflasyona karşı parasının değerini korumak amacıyla ödünç para verme eylemi, kazanç sağlama amaçlı olmamakla birlikte, bir kez olmasına karşılık tefecilik suçunu oluşturabilecektir. Oysa bu durumda ödünç para verme işlemi kazanç sağlama amaçlı gerçekleşmemiştir. Ödünç alan ve veren arasında herhangi bir ihtilaf, veren kimsenin tefecilikle suçlanması sonucunu doğurabilecektir ki, bu hal toplum düzeni açısından olumsuz sonuçlar verecektir. Dolayısıyla ödünç para vermenin süreklilik arz etmemesi ya da meslek edinilmemesi halinde suç oluşturduğundan da söz edilmemelidir. Kazanç elde etme amacı olmayan ödünç vermeler ve yine kazanç elde etme kastı olmaksızın paranın geri ödenmesine kadar geçen sürede muhtemel değer kaybı tutarı ile sınırlı olan ilave ödeme talebinin tefecilik suçu kapsamında değerlendirilmesi mümkün değildir.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Necati MERAN, a.g.e., Sayfa: 35

<sup>13</sup> Erhan GÜNAY, a.g.e., Sayfa 26-27.

<sup>14</sup> Erhan GÜNAY, a.g.e., Sayfa: 29



TCK Madde 241 kapsamında yazılı “*kazanç elde etmek amacıyla*” ibaresinin “*haksız kazanç elde etmek amacıyla*” şeklinde anlamak gerekir. Failin kastı haklı ve meşru kazanç sağlamak ise suç oluşmaz. Öğretide de ifade edildiği gibi; ödünç verilen paranın normal piyasa koşullarındaki değer kayıplarını karşılayan fazlalığın kazanç kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Yani, tefecilik suçunun oluşması için failin elde ettiği fazla değer (faiz) piyasa koşullarının üstünde bir değer olması veya başka bir deyişle, ödünç vermiş olduğu paranın piyasa şartlarında uğradığı değer kaybından daha fazla miktarda olması gerekmektedir. Buna karşılık ödünç verilen paranın normal piyasa koşullarında değer kayıplarını karşılayan fazlalığın (faiz) kazanç kapsamında değerlendirilmemesi gerekir.<sup>15</sup>

**Yargıtay 4. CD., 22.06.2011-15750/8829 sayılı kararında** “*saniğin soruşturma evresinde haksız kazanç elde edecek biçimde ödünç para verdiğini kabul etmesi karşısındaki*” ifadeden tefecilik suçunda **haksız kazanç** elde edecek biçimde ödünç para vermenin **gerekliliğine yer verilmiştir.**<sup>16</sup>

TCK Madde 242’de yer alan “***Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında...***” ibaresinden, tefeciliğin bir tüzel kişi yararına **haksız menfaat sağlayabilecek** biçimde işlenebileceği anlamı çıkarılmaktadır. Başka bir deyişle tefecilik yapılarak bir tüzel kişi lehine haksız yarar sağlanması söz konusu olduğuna göre, bir gerçek kişi yararına da haksız kazanç elde etme amacıyla suç işlenebilir.<sup>17</sup>

Tefecilik suçundaki “haksız kazanç elde etme amacının”, Borçlar Hukukunda “gabin” kurumundaki “sömürme kastı” ile benzeştiği söylenebilir. Gerçekten sömüren yan (fail), zarar görenin zor durumda olduğunu bilerek, bu durumdan yararlanmak, karşı yanı sömürmek kastıyla hareket etmektedir. Yinelersek, haksız kazanç amacını taşımayan ödünç ya da borç para verilmesi eylemi tefecilik sayılmaz. **Ancak aralarında akrabalık veya iş ilişkisi bulunmayanlara ödünç para verilmesinin yaşamın olağan akışına aykırı olduğu ve suçun olduğu Yargıtay kararlarında vurgulanmıştır. (7.CD, 11.04.2007 – 17311/2525)**<sup>18</sup>

TCK Madde 241’i yeni ceza kanununun görüşülmesi sırasında Adalet Alt Komisyonunda bugünkü şekli ile eklettiğini açıklayan Prof. Dr. İzzet Gönenç,<sup>19</sup> “Tefecilik Suçu” başlıklı makalesinde aşağıdaki görüşlere yer vermiştir.<sup>20</sup>

“*Yargıtay, yeni TCK’nın yürürlüğe girdiği tarihten sonraki içtihatlarında da, tefecilik suçunun oluşması bakımından eski içtihatlarda kabul edilen ölçütlere sadık kalmaktadır.*”

***Tefecilik suçunun oluşabilmesi için, birden fazla kişiye sistemli ve sürekli bir biçimde faiz karşılığı ödünç para verilmesi ..., (failin) birçok kişiye faiz karşılığı ödünç para vererek çıkar sağlaması ve bu işi meslek haline getirmesi gerekmektedir.***

*Yargıtay 7. Ceza Dairesi, verdiği pek çok kararında, kişinin somut olayda “başka şahıslara faiz karşılığı ödünç para” verip vermediğinin, faiz karşılığı ödünç para vererek çıkar sağlayıp sağlamadığının, ödünç para verme fiilinin “sistemli bir şekilde” işlenip*

<sup>15</sup> Erhan GÜNAY, a.g.e., Sayfa: 47-48

<sup>16</sup> Erhan GÜNAY, a.g.e., Sayfa: 48

<sup>17</sup> Erhan GÜNAY, a.g.e., Sayfa: 50

<sup>18</sup> Erhan GÜNAY, a.g.e., Sayfa: 54

<sup>19</sup> Prof.Dr. İzzet GÖNENÇ, [http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14\\_2\\_17.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_17.pdf) Erişim: 06.05.2014, Sayfa: 545

<sup>20</sup> Prof. Dr. İzzet GÖNENÇ, a.g.m. Sayfa: 547-548

*işlenmediğinin, “süreklilik” taşıyıp taşımadığının, bu işi meslek haline, uğraş haline getirip getirmediğinin araştırılması gerektiğine işaret etmektedir.”*

Serbest piyasa ekonomisi kuralsızlık demek değildir. Aksine temel ilkeleri ve bunların uygulaması ciddi ve ödünsüz şekilde gerçekleştirilmelidir. Aksi takdirde, kurallara uyanların, uymayanlara göre dezavantajlı bir duruma düşmeleri ve giderek rekabet edemez hale gelmeleri kaçınılmaz olur. Örneğin sistem içinde kredi veya finansman sağlayan kişi veya kurum -tefeci olarak nitelenenlerin aksine- hukukun genel ilkeleri ile mevzuattaki normların bağlayıcılığı nedeniyle piyasa koşullarının üstünde faiz oranı belirleyemeyecek, vergisini ödemek durumunda kalacak, düzenli istihdam sağlayacak ve nihayetinde belli kurallar çerçevesinde hareket ettiği için bir dizi mali külfete katlanacaktır. Bu düşünceden hareketle, Kanun’un “Topluma Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının dokuzuncu bölümünde diğer bazı suçlarla birlikte tefecilik fiili de suç olarak düzenlenmek suretiyle, hukuka aykırı çeşitli davranışlarla ekonominin doğal dinamiklerinin ve bunların başında gelen serbest rekabet mekanizmasının işleyişinin bozulması engellenmek istenmiştir. Böylece bir taraftan kamu kaynakları korunurken, diğer taraftan tecrübesizlik, basiretsizlik, bilinçsizlik veya içinde bulunduğu olumsuz koşullar nedeniyle tefeciden ağır koşullarda borç alarak ekonomik yıkımla yüz yüze gelen kişilerin malvarlığı değerleri korunmak istenmiştir.<sup>21</sup>

Tefecilik suçunun kenar başlığıyla birlikte yasal tanımı, gerek ilgili mevzuattaki düzenlemeler ve gerekse tefeciliğin terim olarak anlamı gözetildiğinde suçun oluşumu için aranması gereken unsurlar;

- 1) kazanç elde etmek için,
- 2) belli bir vadeye bağlı olarak
- 3) fahiş (piyasa koşullarına uygun olmayan) orandaki bir faizle ve
- 4) sistematik şekilde borç vermekten ibarettir.

**Suçun yorumlanması ve uygulanmasında bu unsurlar gözetilmediği takdirde, ticari olsun olmasın günlük yaşamda iki kişi arasındaki olağan bir para alışverişi dahi suç kapsamında kalabilir. Bu yöndeki bir uygulama ise, başta anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğü (Anayasa Madde 48; aynı zamanda Borçlar Kanunu Madde 26) olmak üzere, Türk Borçlar Kanunu’nun 386. maddesine açıkça aykırı olur.**<sup>22</sup>

**Tefecilik suçu birçok yönüyle yetersiz bir düzenlemedir.** Öncelikle belirlilik ilkesine uygun değildir. Diğer taraftan izlenen suç politikasını da tam olarak yansıtmamakta, bu durum ise uygulamada birçok sorunun yaşanmasına neden olmaktadır. Zira bu suç tipi ile korunmak istenen hukuki değer, sadece ödünç para verilmesiyle ilgili iş ve işlemlerinin denetim altına alınması ve belli bir çerçevede yürütmesini sağlamak değil; aynı zamanda kişinin içinde bulunduğu olumsuz koşullar veya kişisel yetersizlikler (tecrübesizlik, çaresizlik vs.) kullanılarak ekonomik açıdan sömürülmesinin engellenmesi/malvarlığı değerlerinin korunmasıdır. Dolayısıyla yasal faiz oranlarını aşmayan makul kabul edilebilecek kazançlar bu suç kapsamında değerlendirilmemelidir.<sup>23</sup>

## 7- DİĞER KANUNLARDA YER ALAN DÜZENLEMELER

<sup>21</sup> Doç.Dr. Çetin ARSLAN, “Tefecilik Suçu”,

<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2014-1/1.pdf> Erişim: 06.05.2014, Sayfa:30

<sup>22</sup> Doç.Dr. Çetin ARSLAN, a.g.m., Sayfa:36

<sup>23</sup> Doç.Dr. Çetin ARSLAN, a.g.m., Sayfa:45

Mülga 90 sayılı KHK'nin 2. Maddesinin 2. fıkrasında "*bankalar, sigorta şirketleri ve özel kanunlarına göre ödünç para vermeye yetkili kılınan kuruluşlar ile tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri ve Sermaye Piyasası Kanunu hükümleri çerçevesinde yetkili kurum ve kuruluşlarca yapılan işlemler hakkında bu Kanun Hükümünde Kararname hükümlerinin uygulanmayacağı*" hususu yer almaktaydı.

Ancak 90 sayılı KHK, 6361 sayılı Kanun'un 13.12.2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte bu tarihte yürürlükten kaldırılmış olup, **90 sayılı KHK'nın GRUP İÇİ BORÇLANMALARA DAYANAK TEŞKİL EDEN** yukarıda yer verilen hükmüne benzer bir düzenlemeye 6361 sayılı Kanun'da yer verilmemiş, şu ana kadar iptal edilen düzenlemenin yerine geçen yeni bir yasal düzenleme de yapılmamıştır.

90 Sayılı KHK ile özel düzenleme yapılmadan önce de ortakların ve grup şirketlerin birbirlerine borçlanmaları söz konusu idi. Şirketlerde borçlanma ile ilgili özel düzenlemeyi içeren 90 Sayılı KHK yürürlükten kalkmış olsa da diğer yasal düzenlemelerin mevcut uygulamanın devamına imkan vereceği yönünde aşağıdaki görüşler bulunmaktadır.<sup>24</sup>

#### **- Türk Parası Kıymetini Koruma Kanunu**

Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun hükümlerine uyarınca, yayınlanan 32 sayılı karara ilişkin 2008/32-34 sayılı Tebliğ'in 11. maddesinin 12. fıkrası uyarınca; Türkiye'de yerleşik kişilerce yurt dışında pay sahibi olduğu ortaklıklara, yurt dışındaki ana şirkete ve grup şirketlerine döviz veya Türk Lirası kredi açılabilir. **Buna göre her ne kadar yurt içinde bulunan grup şirketlerinin kendi aralarında yapacakları borçlanma işlemlerine ilişkin olarak yeni yasal düzenleme kapsamında yasal bir zemin tesis edilmese de, Türkiye'de mukim bulunan şirketlerin yurt dışındaki ortak, ana şirket ve grup şirketleri ile ödünç işlemleri yapmasına kambiyo mevzuatı kapsamında izin verilmiştir.**

#### **- Türk Ticaret Kanunu ve Borçlanmalar**

Eski Türk Ticaret Kanunu yürürlükte iken gerçek veya tüzel kişi ortakların şirkete borçlanmalarına engel bir düzenleme yoktu. Yeni TTK'nın yayınlanan ilk halinde ortakların şirkete borçlanmaları yasaklanmıştı. Ancak, Kanun yürürlüğe girmeden hemen önce önemli değişiklikler yapılmıştır. Son duruma göre, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun "Pay Sahiplerinin Şirkete Karşı Borçlanma Yasağı" başlıklı 358. maddesinde "*Pay sahipleri, sermaye taahhüdünden doğan vadesi gelmiş borçlarını ifa etmedikçe ve şirketin serbest yedek akçelerle birlikte karı geçmiş yıl zararlarını karşılayacak düzeyde olmadıkça şirkete borçlanamaz*" düzenlemesi yer almıştır. Söz konusu düzenleme uyarınca, **şirket ortaklarının şirketten borçlanabilmeleri madde hükmünde belirtilen şartlar çerçevesinde mümkün kılınmıştır.**

#### **- Kurumlar Vergisi Kanunu Hükümleri**

5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun (KVK) örtülü sermaye müessesesini düzenleyen 12. maddesinde kurumların ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan

<sup>24</sup> Akif AKARCA – Dr. Mehmet ŞAFAK, "Ortağın Şirkete Şirketin Ortağa Borçlanmasında Hukuki Durum", Dünya Gazetesi, 31.10.2013, <http://www.dunya.com/ortagin-sirkete-sirketin-ortaga-borclanmasinda-hukuki-durum-153662yy.htm> Erişim: 06.05.2014

veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların kurumların öz sermayelerinin üç katını aşan miktarları örtülü sermaye olarak kabul edilmektedir. Söz konusu düzenleme, her ne kadar grup şirketlerinin kendi aralarında öz sermaye tutarının 3 katına kadar yapılacak borçlanma işlemlerinin örtülü sermaye olarak sayılmayacağını belirtmekte ise de; bu düzenleme 90 sayılı KHK yürürlükte olduğu esnada yapılmış olup, **söz konusu maddenin amacı örtülü sermaye sayılan borçlanmaların vergisel sonuçlarını düzenlemektir. Bununla beraber ortaklardan borç alınabileceği zımni olarak belirtilmektedir.**

Benzer şekilde KVK'nın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını düzenleyen 13. maddesinde mal veya hizmet alım-satımı olarak değerlendirilecek işlemler arasında **ödünç para alınması ve verilmesi de sayılmış olup**, söz konusu düzenlemenin amacı da KVK'nın 12. maddesinde yapılan düzenlemeye paralel olarak ortaklar ve ilişkili kişilerle olan **ödünç para işlemlerinin vergisel sonuçlarını düzenlemektir.**

Bu nedenlerle, *KVK'nın gerek örtülü sermayenin düzenlendiği 12. maddesi gerekse transfer fiyatlandırmasının düzenlendiği 13. maddesinin grup içi borçlanmaların tek başına, yasal dayanağı olarak kabul edilmeyebilir.*

### **- Borçlar Kanunu-Tüketim Ödücü**

Borçlar Kanunu'nun beşinci bölümünde yer alan 379-392'nci maddeleri ödünç sözleşmeleri ile ilgilidir. Kanunun 386 ve izleyen maddelerinde Tüketim Ödücü konusu düzenlenmiştir. 387'nci maddenin ikinci cümlesinde **“ticari tüketim ödücü sözleşmesinde taraflarca karşılaştırılmamış olsa bile faiz istenebilir”** denilmektedir. Eski Borçlar Kanunu'ndaki (madde 307) ticaret muamelelerindeki terimi yerine ticari tüketim ödücü teriminin kullanılması devamlılık arz edecek nitelikteki ortaklardan borç almalarda hangi kanun hükmünün uygulanacağı konusunda tereddüt yaratmaktadır.

### **8-SONUÇ VE DEĞERLENDİRME:**

Hangi işlemlerin tefecilik kapsamında olduğu 90 sayılı K.H.K.'de tanımlanmıştı. Ancak 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nun 52. maddesi ile ödünç para verme işleri yeniden düzenlenmiş, tefeciliğin tanımlandığı 90 sayılı K.H.K. yürürlükten kaldırılmıştır. Bu çerçevede tefecilik işlemlerinin tanımlandığı tek kanunun olarak Türk Ceza Kanunu olduğunu söyleyebiliriz. Söz konusu kanunun 241. maddesi uyarınca **kazanç elde etmek amacıyla ödünç para verilmesi** fiili suç sayılmış bulunmaktadır.

Bu çerçevede;

- 1-Şirketlerin ortaklarına,
- 2-Şirketlerin çalışanlarına,
- 3-Şirketlerin iştiraklerine,
- 4-Şirketlerin ortakları aynı olan diğer bir şirkete,

**faiz karşılığında** borç verme işlemleri ile

5-Şirketlerin Bankalardan alıp aynı şartlarla ancak **komisyon** karşılığında grup şirketlerine aktardıkları kredi işlemlerinin

TCK'nun 241. maddesinde belirtilen tefecilik faaliyeti kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olabileceği yönünde görüşler oluşmuştur.

90 Sayılı KHK'da yer alan ve kaldırılmış olan 2. madde 2. fıkraya hükümünün yerini tutacak bir düzenleme yararlı olacaktır. Mevcut hukuki düzenlemeler ve genel hükümler çerçevesinde ortakların şirkete borç vermelerinde kanaatimizce önemli bir sorun bulunmamaktadır. Bununla beraber bazı yasal değişiklikler tereddüt yaratıcı görünmektedir. Türk Ceza Kanunu'nda yer alan tefecilikle ilgili düzenlemeler de göz önünde tutulunca bazı endişeler oluşabilir.<sup>25</sup>

TCK'nın 242. Maddesi açısından konuya yaklaşacak olursak, şirketlerin iştiraklerine, ortaklarına, personeline ve dolaylı ortaklık ilişkisi içinde olduğu kişi ve şirketlere piyasa emsaline uygun bir faiz oranı üzerinden ödünç para verme işlemlerinin TCK Madde 241 kapsamında tefecilik suçu kapsamında değerlendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Madde 242 "*Bu bölümde yer alan suçların işlenmesi suretiyle yararına **haksız menfaat sağlanan tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.***" Madde metninde gayet açık ve net bir şekilde yer verildiği üzere, bir tüzel kişinin tefecilik suçu ile suçlanabilmesi için verdiği borç karşılığında **HAKSIZ** bir menfaat elde etmesi gerekmektedir. Oysa, piyasa faiz oranlarına uygun bir şekilde, parasının enflasyon karşısında değerini koruyacak miktarda ya da söz konusu parayı kendisi bir yatırıma yönlendirseydi elde edeceği faiz kadar bir gelir elde etmesi, **HAKSIZ KAZANÇ** olarak nitelendirilemez.

Keza, Kurumlar Vergisi Kanunu ve Katma Değer Vergisi Kanunu gereği, söz konusu şirket kullandığı bu borç karşılığında piyasa emsaline uygun bir faiz oranı üzerinden faiz hesaplamak ve ayrıca KDV ilave ederek borç kullanana fatura etmek zorundadır. Aksi halde, olası bir vergi incelemesinde bu durumun tespit edilmesi halinde vergi müfettişleri tarafından tahsil etmediği faiz için emsal bedel üzerinden cezalı KDV ve (transfer fiyatlandırması hükümleri çerçevesinde) cezalı stopaj tarhiyatı yapılacaktır.

Tabii vergi kanunları açısından konuya yaklaşıırken şu yorum da yapılabilir. Bir işlemin başka bir kanunda suç sayılmış olması, vergilendirilmesine engel değildir. Keza VUK'nun "Vergi Ehliyeti" başlıklı 9. Maddesinde bu husus "*Vergiyi doğuran olayın kanunlarla yasak edilmiş bulunması mükellefiyeti ve vergi sorumluluğunu kaldırmaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. Buradan hareketle TCK Madde 241, VUK Madde 9, KVK Madde 13 ve KDV Madde 27'yi birlikte değerlendirerek, ilişkili şirketine kullandığı borç karşılığında faiz hesaplayan ancak bu faizi fatura etmeyen, KDV dahil toplam tutarı muhasebe kayıtlarına kanunen kabul edilmeyen gider (KKEG) olarak kaydeden şirketler olduğu görülmektedir. Örnek: İlişkili şirketi (B) A.Ş.'ne kullandığı borç karşılığında piyasa emsal faiz oranı üzerinden 10.000 TL faiz hesaplayan (D) A.Ş., %18'den 1.800 TL KDV'de hesaplayarak, toplam 11.800 TL'yi aşağıdaki şekilde KKEG olarak kayıtlarına almıştır.

----- / -----  
689 DİĞER OLAĞANDIŞI GİDER VE ZARARLAR 11.800.-  
689.01 Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler

642 FAİZ GELİRLERİ

10.000.-

<sup>25</sup> Akif AKARCA – Dr. Mehmet ŞAFAK, "Ortağın Şirkete Şirketin Ortağa Borçlanmasında Hukuki Durum", Dünya Gazetesi, 31.10.2013, <http://www.dunya.com/ortagin-sirkete-sirketin-ortaga-borclanmasinda-hukuki-durum-153662yy.htm> (Erişim: 06.05.2014)

----- / -----

Bu kayıt tekniği ile vergisel yönden yapılabilecek tüm eleştiriler bertaraf edilmekte, borç para verme işlemi karşılığında herhangi bir kazanç elde edilmediği için TCK Madde 241'in lafzı kapsamında suç unsuru da oluşmamaktadır. Ancak bize göre böyle bir uygulamaya gerek yoktur.

Diğer taraftan, yukarıda ilgili bölümlerde yer verildiği üzere, TCK Madde 241 lafzı itibariyle yetersizlik yönünden eleştirilmekte, ticari ve günlük hayatın olağan akışı içinde, herkes tarafından kabul gören makul (emsaline uygun) bir faiz oranı üzerinden yapan ödünç para verme işlemlerinin dahi istenmesi halinde tefecilik suçu olarak değerlendirilebilecek olması eleştirilmektedir. Gerçekten tefecilik denince akla gelen, kişilerin zor durumlardan istifade ederek onları piyasa faizinin çok üzerindeki faizler ile sömüren, zor durumlardan **HAKSIZ KAZANÇ** elde eden, vergilendirilmeyen **KAYIT DIŞI** kazanç sağlanan, tabiri caiz ise “mafıyavari” işlemlerdir. Oysa grup şirketlerine, ortaklarına ve diğer ilişkili kişilerine elindeki nakit kaynaklarını emsal faize uygun bir şekilde kullandıran şirket, elde ettiği faizi vergiye tabi kazancına dahil etmekte, ayrıca faiz üzerinden KDV'de hesaplayarak beyan etmektedir.

Bir diğer taraftan ise, kanun koyucu çeşitli kanuni düzenlemeler şirketlere ilişkili kişilerine borç para verebileceğine dair düzenlemeler yaparken, hatta bu borç para verme işlemlerinde faiz hesabının nasıl olacağına ve nasıl vergilendirileceğine dair düzenlemeler yaparken, diğer taraftan başka bir kanuni düzenleme ile bu borç para verme işlemi tefecilik suçu olarak değerlendirmesi ciddi bir tezat olacak ve bu tezat adaletsizlik, haksızlık olarak değerlendirilecektir.

Her ne kadar söz konusu kanun metinleri sadece lafzi olarak değil, günlük ve ticari hayatın olağan akışı ve düzenlemelerin ruhu açısından değerlendirildiğinde bizce şirketlerin ilişkili kişilerine verdiği borçlar için emsaline uygun şekilde hesaplayacağı faizler açısından sorun bulunmasa da, TCK Madde 241'e Mülga 90 sayılı KHK'nın 2. Maddesinin 2. Fıkrasında yer alan **“tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermeleri işlemleri hakkında bu Kanun hükümleri uygulanmaz”** şeklinde bir ibare eklenmesi mevcut ve olası tüm tereddütleri ve olası haksız uygulamaları ortadan kaldıracaktır. Ayrıca, TCK Madde 241'in de **“HAKSIZ kazanç elde etmek amacıyla....”** şeklinde başlaması daha doğru olacaktır kanaatindeyiz.

### **KAYNAKÇA:**

1. Sinan ÇAM – Taylan DEMİRKAN, “Factoring Şirketlerinin Türk Ceza Kanunu 241'inci Maddesi (Tefecilik Suçu) Karşısındaki Durumu”, Dünya Gazetesi, 02.02.2013
2. Sinan ÇAM – Taylan DEMİRKAN, “TCK'nın 241'inci maddesi hükmü karşısında 5411 sayılı Bankacılık Kanunu ve 6361 sayılı Kanun ile mülga 90 sayılı KHK gibi düzenlemelerin önemi”, Dünya Gazetesi, 09.02.2013,
3. MAZARS/DENGE, Denge İstanbul Yeminli Mali Müşavirlik A.Ş. , 01.11.2013 tarih ve 2013/205 sayılı sirküler.
4. Necati MERAN, “Tefecilik, Ekonomi Sanayi ve Ticarete İlişkin Suçlar”, Seçkin Yayınları, 3. Baskı

5. Erhan GÜNAY, “Tefecilik Suçu”, Seçkin Yayınları, Şubat 2013,
6. Prof.Dr. İzzet GÖNENÇ, “Tefecilik Suçu”,  
[http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14\\_2\\_17.pdf](http://webftp.gazi.edu.tr/hukuk/dergi/14_2_17.pdf)
7. Doç.Dr. Çetin ARSLAN, “Tefecilik Suçu”,  
<http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2014-1/1.pdf>
8. Akif AKARCA – Dr. Mehmet ŞAFAK, “Ortağın Şirkete Şirketin Ortağa Borçlanmasında Hukuki Durum”, Dünya Gazetesi, 31.10.2013