

TÜZEL KİŞİ TACİRLERİN BANKA ya da FİNANS KURULUŞLARI DIŞINDAKİ KAYNAKLARDAN YAPTIĞI BORÇLANMALARDA BİR TEHLİKE

Akın Gencer ŞENTÜRK, Avukat

İzmir, 03.12.2018

30.11.2018 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne sekiz Milletvekili imzası ile “*Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnemelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*” sunulmuştur.

Teklifin 63. maddesi aşağıdaki gibidir:

<<21/11/2012 tarihli ve 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa aşağıdaki madde eklenmiştir.

“Ödünç para verme”

EK MADDE 1- (1) 6102 sayılı Kanununun 195 inci maddesi hükümleri çerçevesinde şirketler topluluğunu oluşturan şirketler, birbirlerine uygulanacak faiz ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak ödünç para verebilirler.”>>

Teklifi verenler madde gerekçesini ise şöyle sunmaktadır:

<<MADDE 63- Madde ile, 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanununa ek madde eklenmek suretiyle tacir tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödünç para vermesi halinde suç isnadı ile karşılaşmasının önüne geçilmesi ve bu mahiyetteki ödünç para verme işlerinin yapılabilmesi amaçlanmaktadır. Diğer taraftan bu mahiyetteki işlemlerin vergisel boyutu kendi mevzuatları çerçevesinde değerlendirilmeye devam etmesi öngörülmektedir.>>

Görüldüğü gibi, gerekçe, “*tacir tüzel kişilerin doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere ödün para vermesi*” halinde “*suç isnadı ile karşılaşılmasının önüne geçilmesi*” şeklindedir. Teklif edilen metinde bu tanıma yer verilmek yerine 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195. maddesine atfen “*şirketler topluluğunu oluşturan şirketler*” ve “*birbirlerine*” ifadelerine yer verilmiştir. **Teklif edilen metin ile gerekçe birbirine çok da uygun görünmemektedir.**

Teklifte atıf yapılan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 195. maddesi aşağıdaki gibidir:

G) Şirketler topluluğu

I - Hâkim ve bağlı şirket

MADDE 195- (1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak;

1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya

2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya

3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa,

b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa,

birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır.

(2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir.

(3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir.

(4) Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır.

(5) Şirketler topluluğunun hâkiminin, merkezi veya yerleşim yeri yurt içinde veya dışında bulunan, bir teşebbüs olması hâlinde de, 195 ilâ 209 uncu maddeler ile bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. Hâkim teşebbüs tacir sayılır. Konsolide tablolar hakkındaki hükümler saklıdır.

(6) Şirketler topluluğuna ilişkin hükümlerin uygulanmasında “yönetim kurulu” terimi limited şirketlerde müdürleri, sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile şahıs şirketlerinde yöneticileri, diğer tüzel kişilerde yönetim organını ve gerçek kişilerde gerçek kişinin kendisini ifade eder.

O halde, yukarıdaki hükme uygun olmayan ilişkilerde “**şirketler topluluğu**” söz konusu olmayacağından teklif bu haliyle kanunlaşır, tam da gerekçede işaret edilen suç isnadında bulunmanın önü açılmış olacaktır.

Oysa Kurumlar Vergisi Kanunu’nun 13. maddesinde yer verilen “**ilişkili kişi**” tanımı, “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.” şeklinde olup, çok daha geniş kapsamlıdır.

Bu noktada 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun **“Tefecilik”** başlıklı 241. maddesi¹, *“(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.”* şeklinde olduğuna göre teklifin kanunlaşması esasen gerekçede belirtilen **“suç isnadı ile karşılaşılmasının önüne geçilmesi”** amacını sadece **“şirketler topluluğu”**nu oluşturan tüzel kişi tacirler yönünden sağlayabilecektir.

Aksine “şirketler topluluğu” dışında kalan tüzel kişi tacirler ya da çoğu ortak sıfatını taşıyan (ilişkili kişi nitelikli) gerçek kişiler yönünden ise “suç isnadı ile karşılaşılmasının” önü açılmış olacaktır.

Kişisel olarak bugüne dek Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 13. maddesi çerçevesine giren borçlanmalarda **“tefecilik”** suçunun isnad edildiği bir olay gözlemlemiş değiliz. Bu daha ziyade literatürde tartışılan ve dikkat çekilen bir husus olarak kalmış durumdadır. Ancak teklif bu haliyle kanunlaşır ise artık **“şirketler topluluğu”** dışında kalan tüzel kişi tacirler ve diğer gerçek kişiler açısından durum netleşmiş olacağından ceza hukukunun kanunilik ve belirlilik ilkeleri uygulanabilir hale gelmiş olacağından asıl tehlike bundan sonra başlayacaktır. **Bu tehlikenin teklifin hazırlanması sırasında öngörülmüş olması olasılığı var ise de öngörülmemiş ve olumsuz bir yan etki ise, teklifin buna göre revize edilmesinde yarar bulunmaktadır.**

Önerimiz, bu değişikliğin mülga 90 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'deki halinden esinlenerek **“Tüzel kişiler, doğrudan veya ortak veya iştirakleri vasıtasıyla dolaylı olarak ortaklık ilişkisi içinde buldukları diğer tüzel kişilere uygulanacak faiz ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun olarak ödünç para verebilirler”** şeklindeki metin üzerinde düşünülmelidir.

UYARI

Makale olarak kaleme alınmış metinlerde ifade edilen görüşler, kaleme alındığı tarihte yazarın savunduğu görüşlerdir. Bu görüşler, mevzuatta meydana gelen / gelecek gelişmeler ile değişmiş olabilir. Her durumda, özellikle mevzuata yapılan yollamalar, bir başka kaynaktan daha teyit edilmeden kullanılmamalı ve ifade edilen görüşlerin, başka ortamlarda kabul görmeyebileceği gözden uzak tutulmamalıdır. Yazarın bu konuda bir taahhüdü de bulunmamaktadır. Mevzuatımızın özellikle vergi mevzuatımızın sık değiştirilen ve farklı anlayışlarla yorumlanabilen yapısı nedeniyle, herhangi bir konuda uygulama yapılmadan önce konunun uzmanlarından profesyonel yardım alınmasını tavsiye ederiz. Bu çalışmada yer alan bilgi ve açıklamalardan dolayı Av. Akın Gencer ŞENTÜRK'e sorumluluk iddiasında bulunulamaz. Çalışma ve yazılardan kaynak gösterilmek şartıyla alıntılar yapılabilir. Ancak çalışma ve yazıların bir bütün halinde kullanımı tüm ortamlar ve kullanım şekilleri için telif sahibinin yazılı iznine bağlıdır.

¹ Türk Ceza Kanunu'nun yürürlükteki maddesi, “tefecilik” suçunu temadi suç olmaktan çıkarmış durumdadır. Bu nedenle bir kere bile kazanç elde etme amacı ile borç para verme söz konusu ise suçun oluşacağı kabul edilmektedir. Çalışmamız “tefecilik” suçunu ele almaktan ziyade bu suçun oluşumu ile ilgili bir duruma dikkat çektiğinden ayrıntılara girilmeyecektir. Bu konuda Yargıtay kararlarının da ele alındığı Sn. İsa ÇELİK'in **“Yargıtay Kararları Işığında Tefecilik Suçu”** kitabı incelenebilir. Seçkin Yayınları, Nisan 2018.