

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MALİYE ANABİLİM DALI
MALİ HUKUK BİLİM DALI

**KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARININ
VERGİLENDİRİLMESİ**

Doktora Tezi

Meltem SAĞLAM

İstanbul, 2010

T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
MALİYE ANABİLİM DALI
MALİ HUKUK BİLİM DALI

**KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARININ
VERGİLENDİRİLMESİ**

Doktora Tezi

Meltem SAĞLAM

Danışman: Prof. Dr. Billur YALTI

İstanbul, 2010

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

MALİYE Anabilim Dalı MALİ HUKUK Bilim Dalı Doktora öğrencisi MELTEM SAĞLAM'ın KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARININ VERGİLENDİRİLMESİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 18.06.2010 tarih ve 2010-11/5 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oybirliği/oyçokluğu ile Doktora Tezi olarak kabul edilmiştir.

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

Tez Savunma Tarihi

: 7.7.2010

- 1) Tez Danışmanı : PROF. DR. BİLLUR SERAP YALTI SOYDAN
2) Jüri Üyesi : PROF. DR. AYŞEGÜL MUTLU
3) Jüri Üyesi : PROF. DR. ELİF SONSUZOĞLU
4) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ. DR. ERKAN AYDIN
5) Jüri Üyesi : YRD. DOÇ. DR. EZHAN DOĞRUSÖZ


.....
.....
.....
.....
.....
E. D.

İÇİNDEKİLER

Sayfa No

TABLO LİSTESİ.....	Viii
ŞEKİL LİSTESİ.....	ix
KISALTMALAR	X

§ 1. GİRİŞ

I- KAVRAM	1
1. Tanım	1
2. Terim	5
II- KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMUN YAKIN KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ	8
1. İşyerinden Ayırt Edilmesi	8
2. İştirakten Ayırt Edilmesi	10
3. Bağlı Ortaklıktan Ayırt Edilmesi	12
4. İlişkili Kişiden Ayırt Edilmesi	13
5. Üs Şirketten Ayırt Edilmesi	15
6. Kanal Şirketten Ayırt Edilmesi	17
III- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE PLAN	19

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHÇE VE ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

§ 2. TARİHÇE

I- ULUSAL TARİHİ SÜREÇLER.....	21
II- ULUSLARARASI TARİHİ SÜREÇLER	29
1. OECD.....	29
a. Vergi Anlaşmaları ve Üs Şirketler Raporu	29
b. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Mevzuatı Raporu	30
c. Haksız Vergi Rekabeti Raporu	31
2. AVRUPA BİRLİĞİ.....	31
III- TÜRKİYE'DE TARİHİ SÜREÇ.....	36

§ 3. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

I- ANGLO AMERİKAN HUKUKU	40
1. Amerika	40
a. Subpart F Düzenlemeleri Öncesi	40
b. Subpart F Düzenlemeleri.....	42
2. İngiltere	47
II- KITA AVRUPASI HUKUKU.....	54
1. Almanya	54
2. Fransa	60

İKİNCİ BÖLÜM
KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM MEVZUATININ
HUKUKSAL TEMELLERİ

§ 4. YETKİSEL TEMEL:
VERGİSEL EGEMENLİK AÇISINDAN KEYK MEVZUATI

I- VERGİSEL EGEMENLİĞİN SINIRLARININ UYGULANMASI AÇISINDAN	67
1. Kavram	67
a. Devlet Egemenliği	68
b. Devletin Vergisel Egemenliği	69
2. Sınırlar	70
a. Uluslararası Hukukta Egemenliğin Sınırları	71
aa. Ülkesel Egemenlik	71
bb. Kişisel Egemenlik	72
b. Vergi Hukukunda Vergisel Egemenliğin Sınırları	72
aa. İkametgâha Bağlı Vergilendirme	75
bb. Kaynağa Bağlı Vergilendirme	76
cc. Uyrakluğa Bağlı Vergilendirme	77
3. Vergisel Egemenliğin Sınırları ve KEYK Mevzuatı	77
II- VERGİSEL EGEMENLİĞİN KULLANILMASI AÇISINDAN	78
1. Egemenlik Yetkisinin Kötüye Kullanılması	78
2. Vergisel Egemenliğin Kötüye Kullanılması: Haksız Vergi Rekabeti	79
a. Haksız Vergi Rekabeti	79
b. Haksız Vergi Rekabetinin Önlenmesi	81
aa. OECD	81
bb. AB	87
3. Vergisel Egemenliğin Kötüye Kullanılması ve KEYK Mevzuatı	91

§ 5. ANAYASAL TEMEL: VERGİLENDİRME İLKELERİ VE GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ
AÇISINDAN KEYK MEVZUATI

I- VERGİLENDİRME İLKELERİ AÇISINDAN	92
1. Vergide Eşitlik İlkesi Açısından	92
2. Verginin Yasallığı İlkesi Açısından	97
3. Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi Açısından	99
II- GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN	102

§ 6. NİTELİKSEL TEMEL: HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI AÇISINDAN
KEYK MEVZUATI

I- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ DAYANAKLARI	104
1. Anayasa Hukukunda (AY, 14)	104
2. Özel Hukukta (MK, 2)	107
3. Vergi Hukukunda (VUK,3B)	112
a. Yasağın Öncülü: Vergiden Kaçınma	112
b. Yasağın Dayanağı	115
aa. Karşılaştırmalı Hukukta	115
aaa. Civil Law Ülkeleri	116
bbb. Common Law Ülkeleri	118
bb. Türk Hukukunda	121
aaa. Genel: Özün Biçime Önceliği İlkesi	121
bbb. Özel: KEYK Mevzuatı (KVK, 7)	126
II- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ SONUÇLARI	129
1. Karşılaştırmalı Hukukta	129

a. Kontrol Edilen Yabancı Kurumun Vergilendirilmesi	129
b. Kontrol Edilen Yabancı Kurumun Ortaklarının Vergilendirilmesi	134
aa. Fiktif Kar payı Yöntemi	135
bb. Kurum Perdesinin Kaldırılması Yöntemi	136
2. Türk Hukukunda	137
a. Sistematik Açidan	138
b. Maddi Açidan	138

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM MEVZUATININ

UYGULAMA KOŞULLARI

§ 7. OBJEKTİF KOŞULLAR

I- KEYK MEVZUATININ OBJEKTİF ŞEKLİ KOŞULLARI	141
1. Yabancı Kurum/Yurt dışı İştirak Koşulu	141
a. "Kurum"/ "İştirak"	141
aa. Kapsama İlişkin Genel Yaklaşımlar	141
bb. Kapsama İlişkin Uygulama Sorunları	144
cc. Kapsama İlişkin Sonuçlar	147
dd. KVK'da Uygulanan Yöntem	147
b. Yabancılık	150
2. Yabancı Kurum/ Yurtdışı İştiraklerde "Kontrol" Koşulu	151
a. Kontrol Kriterleri/Araçları	152
aa. Hukuki Kontrol	152
aaa. Sermaye Payı	153
bbb. Oy Hakkı	157
ccc. Kar Payı	161
ddd. Asgari Hisse Sahipliği	164
bb. Fiili Kontrol	165
b. Kontrolün Belirlenmesinde Yöntem	168
aa. Bireysel veya Toplu Kontrol	169
aaa. Bireysel Kontrol Yöntemi	169
aaaa. Tekil Yöntem	169
bbbb. İlişkili kişilerle Birlikte Kontrol Yöntemi (Zimni Sahiplik/Kontrol)	170
bbb. Toplu/Birlikte Kontrol	173
aaaa. Sınırsız Birlikte Kontrol Yöntemi	173
bbbb. Sınırlı (Çekirdek) Birlikte Kontrol	174
ccc. Karma Yöntem	175
ddd. KVK'da Uygulanan Yöntem	177
bb. Doğrudan veya Dolaylı Kontrol	179
aaa. Doğrudan Kontrol	179
bbb. Dolaylı Kontrol	180
aaaa. Dolaylı Kontrol Yöntemleri	181
bbbb. Dolaylı Kontrolü Hesaplama Yöntemleri	185
ccc. KVK'da Uygulanan Yöntem	191
c. Oran	193
d. Zaman	194
II- KEYK MEVZUATININ OBJEKTİF MADDİ KOŞULLARI	197
1. Koşullara İlişkin Küresel ve Bölgesel Yaklaşımlar	197
2. Küresel Yaklaşımın Sonucu: "Kazanç Bileşimi" Koşulu	198
a. Genel	198
aa. Aktif Kaynaklı Gelir	200
bb. Pasif Kaynaklı Gelir	201
cc. Üs Şirket Geliri	202

b. Özel: KVK,7	203
3. Bölgesel Yaklaşımın Sonucu: "Vergi Yüğü" Koşulu	205
a. Genel	206
aa. Ülke Listesi	206
bb. Vergi Yüğü Karşılaştırması	209
aaa. Vergi Yüğü Karşılaştırma Yöntemi	211
aaaa. Nominal vergi oranının karşılaştırılması	211
bbbb. Efektif vergi oranının karşılaştırılması	212
cccc. Gerçek vergi tutarının karşılaştırılması	212
dddd. Diğer Yöntemler	214
bbb. Vergi Yüğü Karşılaştırma Oranı	216
b. Özel: KVK,7	217
4. "Asgari Yatırım Eşiğı" Koşulu	220

§ 8. SÜBJEKTİF KOŞUL

I- KEYK MEVZUATININ SÜBJEKTİF KOŞULU: VERGİDEN KAÇINMA İRADESİ ...	221
II- KEYK MEVZUATININ SÜBJEKTİF KOŞULUNUN SONUÇLARI.....	223
1. İyi Niyetin Korunmasına Bağlı Sonuçlar	223
2. İspat Yüküne Bağlı Sonuçlar	226
a. Vergi Mükellefi Açısından	226
b. Vergi İdaresi Açısından	229

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARININ VERGİLENDİRİLMESİ

§ 9. VERGİ MÜKELLEFİ

I- VERGİ MÜKELLEFİNİN HUKUKİ İLİŞKİ ÇERÇEVESİNDE BELİRLENMESİ. 230	
1. Ortakların Mükellefiyet Türü Açısından	231
2. Kontrol Kriteri Açısından	233
3. Sahip Olunan Payın Miktar veya Oranı (En Az Sahiplik Kuralı) Açısından	237
4. Payın Elde Tutulma Süresi ve Zamanı Açısından	239
II- VERGİ MÜKELLEFİNİN EKONOMİK İLİŞKİ ÇERÇEVESİNDE BELİRLENMESİ..	241

§ 10. VERGİ KONUSU-VERGİYİ DOĞURAN OLAY-VERGİ MATRAHI

I- VERGİ KONUSU: VERGİLENDİRİLECEK KAZANÇ	242
1. Kazancın Bileşimi	243
a. Sadece Pasif Karakterli Gelirlerin Dikkate Alınması (Kazanç/Gelir Ayrıştırma Yöntemi)	245
b. Tüm Gelirlerin Dikkate Alınması (Kurum Yöntemi)	247
2. Temel Alınacak Hukuk Sistemi	249
a. Kaynak Ülke Hukuk Sisteminin Temel Alınması	249
b. İkamet Ülkesi Hukuk Sisteminin Temel Alınması	250
3. İstisnalar	251
a. Kar Payının Tamamı veya Belirli Bir Kısımının Dağıtılmış Olması	252
b. Bazı Ülkelerin Kapsam Dışı Bırakılması	254
c. Gerçek Ticari ve Sınai Faaliyetlerin Kapsam Dışı Bırakılması	255
aa. Faaliyetin Türü	256
bb. Kurumun Yabancı Ülkedeki Varlığı	258
cc. Gelirin Niteliğı	260
dd. Holding Şirketler	263

ee. "İyi Niyet" Testinin Uygulanması.....	266
d. Kurumun Borsaya Kayıtlı (Halka Açık) Olması	268
e. Asgari Yatırım-Gelir Eşiğinin Altında Kalınması.....	269
II- VERGİYİ DOĞURAN OLAY	270
III- VERGİ MATRAHI: ORTAKLARA ATFEDİLECEK KURUM KAZANCI.....	273
1. Atfedilecek Kurum Kazancını Hesaplama Yöntemi	273
2. Atfedilecek Gelirin Niteliği.....	278
a. Fiktif Kar Payı Yöntemi Kapsamında Atfedilecek Gelirin Niteliği	279
b. Kurum Perdesinin Kaldırılması Yöntemi Kapsamında Atfedilecek Gelirin Niteliği	281
3. Değerleme Günü	283
IV- VERGİSEL DİĞER DÜZENLEMELERLE ETKİLEŞİM.....	285
1. Örtülü Kazanç-Örtülü Sermaye Düzenlemeleri	285
2. İştirak Kazancı İstisnası Düzenlemesi	286
3. Varlık Barışı Kanunu	287

§ 11. VERGİ BEYANI VE VERGİ MAHSUBU

I- VERGİ BEYANI	288
1. Şekil	288
2. Oran	292
3. Zarar Mahsubu	292
a. Zararların Mukim Ortaklara Atfedilmesi: Ortaklar Elinde Mahsup	293
aa. Yurtiçi Gelirlerden: Bütünleşik Zarar Mahsubu	294
bb. Diğer KEYK Gelirlerinden: Koşullu Zarar Mahsubu	294
b. Zararların Mukim Ortaklara Atfedilmemesi: KEYK Bünyesinde Mahsup	295
c. KVK'da Uygulanan Yöntem	298
II- VERGİ MAHSUBU	299
1. Kurum Kazancının Ortaklara Atfedilmesi Aşamasında	300
a. Verginin Matrahtan Mahsubu Yöntemi	300
b. Verginin Vergiden Mahsubu Yöntemi	301
aa. Ülkeye Göre	301
aaa. KEYK'in Mukimi Olduğu Ülkede Ödenen Vergiler	301
bbb. Üçüncü Ülkelerde Ödenen Vergiler	302
bb. Zamana Göre	304
aaa. İlgili Yılda	304
bbb. İzleyen Yıllarda Mahsup (Sonraki Yıllara Devir)	304
cc. Verginin Mükellefine Göre	305
aaa. KEYK Tarafından Ödenen Vergiler	305
bbb. Alt Kademe Şirketler Tarafından Ödenen Vergiler	306
ccc. Ortaklar Tarafından Ödenen Vergiler	307
dd. Verginin Türüne/Niteliğine Göre	308
ee. Atfedilen KEYK Kazancına Göre	308
ff. Vergilendirme Aşamasına Göre	311
aaa. Fiktif/Varsayımsal Vergiler	311
bbb. Tahakkuk Etmiş Vergiler	312
ccc. Sadece Fiilen Ödenmiş Vergiler	312
c. KVK'da Uygulanan Yöntem	313
2. Fiili Kâr Payı Dağıtım Aşamasında	314
a. İstisna Yöntemi	314
b. Mahsup Yöntemi	317
3. Payların Elden Çıkarılması Aşamasında	319

BEŞİNCİ BÖLÜM
KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM MEVZUATINA
ULUSLARARASI VE ULUSÜSTÜ HUKUK KAYNAKLARININ ETKİSİ

Ş 12. ULUSLARARASI VERGİ ANLAŞMALARINI BAKIMINDAN KEYK KAZANÇLARI

I- VERGİ ANLAŞMALARINA GENEL BAKIŞ.....	323
1. Uluslararası Çifte Vergilendirmenin Tanımlanması	323
2. Uluslararası Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi	324
a. OECD Vergi Anlaşması Modeli	326
b. BM Vergi Anlaşması Modeli	326
3. Vergi Anlaşmalarının Yorumlanması	326
II- ULUSLARARASI VERGİ ANLAŞMALARINA ÖZEL BAKIŞ	330
1. Vergi Anlaşmaları ile İç Hukuk Arasındaki İlişki	331
2. Vergi Anlaşmaları ile KEYK Düzenlemeleri Arasındaki İlişki	332
a. OECD Model Anlaşma Şerhine Göre	333
b. Ülke Uygulamalarına Göre	335
c. Değerlendirme	338
3. Vergi Anlaşmalarının Bağlama Kuralları ile KEYK Düzenlemeleri Arasındaki Uyum	340
a. KEYK Düzenlemeleri ile VA, 7/1 Arası Uyum	341
aa. Uyumsuzluk Bulunmadığına İlişkin Görüşler	342
bb. Uyumsuzluk Bulduğuna İlişkin Görüşler	346
b. KEYK Düzenlemeleri ile VA, 10 Arası Uyum	349
aa. VA, 10/1 Açısından	353
aaa. Uyumsuzluk Bulunmadığına İlişkin Görüşler	353
bbb. Uyumsuzluk Bulduğuna İlişkin Görüşler	356
bb. VA, 10/5 Açısından	359
c. KEYK Düzenlemeleri ile VA, 11, 12 ve 13 Arası Uyum	363
d. KEYK Düzenlemeleri ile VA, 21 Arası Uyum	364
4. KEYK Düzenlemeleri Kapsamında Ulusal Yargı İçtihatları	366
a. Uyumsuzluk Bulunmadığı	367
aa. İngiltere Temyiz Mahkemesi	367
bb. Finlandiya Yüksek İdare Mahkemesi	369
b. Uyumsuzluk Bulduğu: Fransa Danıştay	370
5. Türkiye Uygulaması	372
a. İç Hukuk Düzenlemeleri ve Vergi Anlaşmaları İlişkisi	372
b. KEYK Düzenlemesi ile Vergi Anlaşmaları Uyum	376
aa. Kurumlar Vergisi Mükellefleri Açısından	376
bb. Gelir Vergisi Mükellefleri Açısından	382

Ş 13. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU BAKIMINDAN KEYK KAZANÇLARI

I- AB HUKUKUNA GENEL BAKIŞ.....	383
1. AB Hukukunun Kaynakları	384
a. Genel	384
b. Özel	385
aa. Ana Şirket-Bağlı Şirket Direktifi	385
bb. Haksız Vergi Rekabeti ve Eylem Kodu (Code of Conduct)	386
2. Temel Özgürlükler	387
a. Yerleşme Serbestisi	387
b. Sermayenin Serbest Dolaşımı	388
3. Temel Özgürlüklerin Kullanımının Engellenmesi Önündeki Yasaklar	389
a. Temel Serbestilerde Ayrımcılık Yasağı	390
b. Temel Serbestilerde Kısıtlama Yasağı	393
aa. AB Anlaşması: Yazılı Dayanaklar	394
bb. İçtihat Hukuku: Yazılı Olmayan Dayanaklar	394

cc. Ölçülülük İlkesi.....	396
II- AB HUKUKUNA ÖZEL BAKIŞ	397
1. KEYK Düzenlemelerinin Temel Serbestilerle İlişkilendirilmesi.....	397
2. AAD'nin Genel İçtihatlarındaki Haklı Nedenlerin KEYK Düzenlemelerine Uygulanması.....	402
a. Mali Sistemin Tutarlılığı/Bütünleyici Yöntem.....	403
b. Vergi Erozyonu/Vergi Gelirlerinde Azalma	407
c. Sermaye İhracatı Tarafsızlığı (CEN)	408
d. Egemenlik İlkesi ve Mali Denetimin Etkinliği	409
e. Haksız Vergi Rekabetinin Önlenmesi.....	410
f. Kötüye Kullanma ve Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi	411
3. AAD'nin KEYK Düzenlemelerine İlişkin Özel İçtihatları	415
a. Cadbury Schweppes	415
b. Colombus Container Services BVBA.....	420
c. Vodafone 2.....	422
d. The Test Claimants in the CFC and Divident Group Litigation.....	423
4. KEYK Düzenlemelerine İlişkin AAD İçtihatlarının Ulusal Düzenlemeler Üzerindeki Etkisi	423
III- AB HUKUKU VE TÜRKİYE KEYK DÜZENLEMESİ	427
SONUÇ.....	429
KAYNAKÇA.....	444

TABLO LİSTESİ

Sayfa No.

Tablo 1	: 1961-2007 Yılları Arasında KEYK Düzenlemesini İhdas Etmiş Ülkelerin Listesi	28
Tablo 2	: Doğrudan Kontrol	180
Tablo 3	: Dikey/Doğrusal Dolaylı Kontrol Yöntemi	182
Tablo 4	: Yatay/Çoklu Dolaylı Kontrol Yöntemi	183
Tablo 5	: Dolaylı Kontrol	184
Tablo 6	: Kontrolün Sabit Oranlı Hesaplama Yöntemi ile Hesaplanması	187
Tablo 7	: Doğrudan ve Dolaylı Kontrol	188
Tablo 8	: Dolaylı Kontrolde Fiili Kontrol	189
Tablo 9	: Kontrolün Değişken Oranlı Hesaplama Yöntemi ile Hesaplanması	190
Tablo 10	: Holding Şirket İstisnası Uygulaması	265

ŞEKİL LİSTESİ

Sayfa No.

Şekil 1 : KEYK Dzenlemesi Kapsamında Yapılacak
Vergilendirmelerde Marjinal Maliyet

244

KISALTMALAR

AAD	Avrupa Adalet Divanı
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ADP	Acceptable Distribution Policy
A.P.K.K.	Araştırma Planlama Koordinasyon Kurulu
Art.	Article
AstG	Aussensteuergesetz
AŞ	Anonim Şirket
AY	Anayasa
BELC	Board Exemption Listed Country
BETA	Branch Equivalent Tax Account
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
BNAI	Bureau of National Affairs International
C.	Cilt
CIN	Capital Import Neutrality
CEN	Capital Export Neutrality
CFC	Controlled Foreign Company/Corporation
CGI	Code Général des Impôts
CSTI	Cadbury Schweppes Treasury International
CSTS	Cadbury Schweppes Treasury Services
dpnt.	Dipnot
DTC	Double Tax Convention
E.	Esas
EAT	Exempt Activities Test
EC	European Community
ECJ	European Court of Justice
Ed.	Editör
ed.	Edition
EEA	European Economic Area
EFTA	European Free Trade Association
ETI	Extraterritorial Income Exclusion
FDWP	Foreign Dividend Withholding Payment
FIF	Foreign Investment Fund
FIFO	First in First Out
FPHC	Foreign Personel Holding Company
FPIC	Foreign Personel Investment Corporations
FSC	Foreign Sales Corporations
GAAP	General Anti Avoidance Procedure
GAAR	General Anti-Avoidance Rule
GVK	Gelir Vergisi Kanunu
HMRC	Her Majesty's Revenue & Customs
IAS	International Accounting Standards
IBFD	International Bureau of Fiscal Documentation
ICTA	Income and Corporation Taxes Act

IFRS	International Financial Reporting Standards
IFSC	International Financial Services Center
IRC	Internal Revenue Code
K.	Karar
KEYK	Kontrol Edilen Yabancı Kurum
KKEG	Kanunen Kabul Edilmeyen Gider
KV	Kurumlar Vergisi
KVK	Kurumlar Vergisi Kanunu
LELC	Limited Exemption Listed Country
LIFO	Last in First Out
Ltd. Şti.	Limited Şirket
MB	Merkez Bankası
md.	Madde
MK	Medeni Kanun
MÜMAUM	Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi
No.	Numara
OECD	Organisation for Economic Co-Operation and Development
OECD-MC	OECD Model Tax Convention
ODGP	Ortak Dış ve Güvenlik Politikası
Para	Paragraf
Paras	Paragraflar
PHC	Personel Holding Company
s.	Sayfa
ss.	Sayfa Aralığı
SPK	Sermaye Piyasası Kurulu
TBMM	Türkiye Büyük Millet Meclisi
T.C.	Türkiye Cumhuriyeti
TDK	Türk Dil Kurumu
TF	Transfer Fiyatlandırması
TL	Türk Lirası
TMS	Türkiye Muhasebe Standartları
TMSK	Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UK	United Kingdom
ULC	Unlisted Country
UN	United Nations
US	United States
VA	Vergi Anlaşmaları
VAHS	Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi
Vol.	Volume
VUK	Vergi Usul Kanunu
YHGK	Yargıtay Hukuk Daireleri Genel Kurulu
YTL	Yeni Türk Lirası

§ 1. GİRİŞ

I- KAVRAM

1. Tanım

Ülkelerarası mal, sermaye ve hizmet akışının giderek yoğunlaşması nedeniyle artık ne sermaye ve teknolojinin ne de insan gücünün tek bir devlete bağlılığından söz edilebilmektedir¹. Uluslararası dolaşımdaki serbestlik ve yoğunluğun ekonomik ilişkilerde yarattığı en önemli etkilerden biri, kişi veya kurumların sınır ötesi doğrudan veya dolaylı (portföy) yatırımlarından elde ettikleri gelirlerin vergilendirilmesinde görülmektedir. Sermayenin sınır ötesi hareketinden kaynaklanan vergisel problemler, yeni bir olgu olmamakla birlikte, küresel süreçlerin temel dinamiğini oluşturan ticari liberalleşme ve eşlikçisi teknolojik gelişmelerin etkisiyle, günümüzde hacmen daha yoğun ve nitelik olarak karmaşık bir şekil almıştır.

Ticari alanda 1950'lerde başlayan liberalleşme akımları, ulusal sanayinin uluslararası rekabet gücünün artırılması amacıyla, sermayenin sınırötesi hareketinin önündeki uluslararası ticareti sınırlayan ticari bariyerlerin ve sermayenin uluslararası hareketini kısıtlayan kambiyo kontrolleri gibi engellerin kaldırılması ile somutlaşmıştır. Ancak bu süreç, vergi idarelerinin, o tarihe kadar kapalı bir ulusal pazarı çevreleyen, tamamen ulusal karakter taşıyan ve büyüklükleri veya heterojen yapılarıyla sorun yaratmayan vergi sistemlerindeki farklılıklardan kaynaklanan bazı temel sorunlarla karşı karşıya kalmalarına yol açmıştır: Rekabet, vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığı, vergi rekabeti gibi².

Küreselleşme bağlamında ortaya çıkan rekabet, küresel ticaret ve ekonomik faaliyetler üzerinde olumlu etkiler yaratmış ve gelişerek artan sınır ötesi yatırım ve ticaret, aynı zamanda vergilendirme alanında da rekabetin ortaya çıkmasını sağlamış, vergi rekabeti ise bu faaliyetler üzerindeki vergi yükünde azalmaya ve azalan vergi yükünün artan kısmın ekonomiye dönmesine³ ortam hazırlamıştır.

¹ Billur Yaltı, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1995, s. 1. (*Vergi Anlaşmaları*)

² Philipp Genschel, "Globalization and the Transformation of the Tax State", **European Review**, Vol.13, No.1 (January 2005), s. 55-56.

³ Daniel J. Mitchell, "Lowering Marginal Tax Rates: The key to Pro-Growth Tax Relief", *Heritage Foundation Backgrounder*, 22 May 2001, No:1443, <http://www.heritage.org/Research/Reports/2001/07/A-Tax-Competition-Primer> (21.05.2010), s.1. (2001)

Vergi sistemleri üzerinde ortaya çıkardığı bu olumlu etkilerin yanı sıra, küreselleşmenin, gerçek ve tüzel kişiler açısından verginin minimize edilebilmesi ve vergiden kaçınmaya yönelik yeni yöntemlerin kullanılmasına olanak sağlaması, ülkeler açısından ise, küreselleşme ile ortaya çıkan bu yeni fırsatların öncelikle finansal işlemler ve coğrafi hareketliliğe sahip sermayenin yön değiştirmesine yönelik vergi politikalarının geliştirilmesine fırsat yaratması gibi olumsuz etkileri de olmuştur⁴. Bu gelişmeler, iki yönlü ve birbirini tetikleyen etkiler yaratmıştır. Şöyle ki, sermaye hareketlerinin önündeki engellerin kaldırılması, çok uluslu şirketlerin operasyonlarını, vergi sistemlerinin kötüye kullanılması sonucunu yaratan ülkelerde gerçekleştirilebilmelerine kolaylık sağlamış, birçok ülke de coğrafi hareketliliğe sahip bu faaliyetleri etkileyebilmek amacıyla bazı vergi teşvikleri öngörmüş⁵, dolayısıyla bu durum, bazı ülkeler için, dünya vergi matrahının veya vergi gelirlerinin önemli bir kısmını kendi ülkelerine çekmek ve vergi yükünün bir kısmını bu ülkelere ihraç etmek gibi bazı avantajlardan yararlanma olasılığını yaratmıştır⁶.

Başka bir ifadeyle, birçok ülke, ticaret ve vergilendirme alanlarında, rekabet faktörü altında, diğer ülkelere bağlı olarak hareket etmek zorunda kalmış veya birbirlerinden önemli ölçüde etkilenmiş ve vergilendirmenin sınırları aşan bu yayılma etkisi, evrensel ve önemli bir boyut kazanmıştır⁷. Dolayısıyla küreselleşmenin, birçok devleti asıl amacı gerçek yatırımları çekmek değil, diğer ülkelerin vergi matrahlarının bir kısmını çekmek olan ve haksız vergi rekabetinin ortaya çıkmasına neden olan tercihli vergi rejimleri ve offshore rejimler oluşturmaya zorladığı⁸ söylenebilir. Bu da, birden fazla ülkede varlık gösteren çok uluslu şirketlerin vergi yükümlülüklerini bu ülkelere dağıtarak optimize etme olanaklarını hem arttırmış, hem de yaygınlaştırmıştır. Bu olanaklar arasında, vergilendirilebilir kazancın, yüksek vergi oranı uygulayan ülkelerde mukim şirket birimlerinden düşük vergi oranı uygulayan veya vergisiz ülkelerde kurulan şirket birimlerine kaydırılması ve o ülkede biriktirilerek vergi yükünün azaltılması⁹ olanağı, eskisine nazaran hem daha yaygın hem de daha kolay bir biçimde kullanılabilir hale gelmiştir.

⁴ OECD, Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue, April 1998, <http://www.oecd.org/dataoecd/33/0/1904176.pdf> (21.05.2010), para. 23. (1998)

⁵ OECD, **Controlled Foreign Company Legislation**, 2. Edition, Paris: OECD Publications, 2000, s. 9. (CFC)

⁶ Vito Tanzi, "Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems", **Working Paper of the International Monetary Fund**, 1996/141, s. 5.

⁷ Wolfgang Schön, "Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared", **Common Market Law Review**, Vol:42 (2005), s. 351. (2005)

⁸ Jeffrey Owens, "Curbing Harmful Tax Practices", <http://www1.oecd.org/publications/observer/215/e-owens.htm>, (16.04.2007). (Harmful)

⁹ Genschel, s. 58.

Çok uluslu şirketlerin düşük vergili veya vergisiz yabancı bir ülkede kurdukları şirketler kanalıyla, vergi matrahının bu ülkede üslendirilmesi-biriktirilmesi ve böylece şirket merkezinin mukimi olduğu ülkede vergiden kaçınılması veya verginin ertelenmesi eskiden beri, bir dizi önlemlerle engellenmeye çalışılan bir olgu olmuştur. Çeşitli ülkeler, "vergi gelirlerinde oluşan azalmanın veya muhtemel azalmanın önlenmesi amacıyla genel veya özel vergiden kaçınmayı önleyici düzenlemeler" yapmışlardır¹⁰. Bunlar, 1960'lı yıllardan önce bazı ülkelerin¹¹ bireysel girişimlerinden öteye gitmemiş, 1960'lı yıllardan itibaren OECD ülkeleri, çokuluslu şirketlerin yavru şirketlerinin vergiden kaçınma ve vergi planlaması amacıyla kötüye kullanılmasının önlenmesi ve vergi avantajlarının sınırlandırılması amacıyla kurallar geliştirmeye başlamıştır¹². Tarihsel süreçte, gerek bir uluslararası kuruluş olarak OECD'nin özel çalışmalarına¹³, gerekse örneğin ABD¹⁴ gibi ülke uygulamalarına konu olan bu vergiden kaçınma veya vergi erteleme aracı "Kontrol Edilen Yabancı Kurum-Şirket" (Controlled Foreign Company) olarak olgu özel bir terimle ifadelendirilmiş, bu türden şirketlerin kötüye kullanılmasını önleme düzenlemeleri de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Mevzuatı (CFC Legislation) olarak literatüre ve çeşitli ülke hukuklarına girmiştir. Bugün gelinen noktada ise konu, son on yılda OECD ve AB gibi kuruluş ve bütünleşmelerin de özel çalışmalarıyla¹⁵, haksız vergi rekabeti ile mücadele programlarının bir parçası haline gelerek daha da önem kazanmıştır. Çünkü bugün uluslararası düzeyde, söz konusu CFC mevzuatının ülke mevzuatlarında ihdas edilmesi, haksız vergi rekabeti ile mücadelede "tavsiye" edilen bir konudur¹⁶.

Kontrol edilen yabancı kurumlar (KEYK), kuruluş amacına bağlı olarak sahip oldukları unsurlar nedeniyle şirket kontrolünü elinde tutan ortaklarına, mukimi buldukları ülke vergi sistemi vasıtasıyla, bu kurumdan elde edilen gelirler üzerinden ödenmesi gereken verginin ertelenmesine veya vergiden kaçınmaya olanak sağlayan, yabancı ülkelerde kurulu kurum veya kuruluşlardır.

Yabancı ülkelerde kurulu şirketlerin "kontrol edilen yabancı kurum" olarak kabul edilebilmesi için sahip olması gereken unsurlar, haksız vergi rekabetinden korunmak ve

¹⁰ Daniel Sandler, **Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation, Pushing The Boundaries**, The Netherlands: Kluwer Law International, 1998, s. 2.

¹¹ 1933 yılında İsveç'te "Luxemburg Rules" rejimi, 1936 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde ve 1937 yılında İngiltere'de "Incorporated Pocketbooks" rejimi gibi.

¹² Genschel, s. 63.

¹³ Bkz., § 2 Bölüm, II/1 kısım.

¹⁴ Bkz., § 3 Bölüm, I/1 kısım.

¹⁵ Bkz., § 2 Bölüm, II kısım.

¹⁶ Bkz., § 4 Bölüm, II/2-b kısım.

tercihli vergi rejimlerinin veya cennetlerinin kullanımını önlemek amacıyla bu rejimi vergi sistemlerinin bir parçası olarak uygulayan ülkelere göre önemli farklılıklar göstermektedir.

OECD, "kontrol edilen yabancı kurum"u, "genellikle düşük vergili ülkelerde kurulu olan ve farklı bir ülke mukimi ortakları tarafından kontrol edilen şirkettir" şeklinde tanımlamaktadır¹⁷. Bu tanımda geçen gerek "kontrol" gerekse "düşük vergili ülke" unsurları ülkeden ülkeye değişen kriterlerle tespit edilmektedir. Ancak buradaki kontrol, kontrol edilenle kontrol eden arasında, örneğin iştirak ilişkisi yoluyla oluşan ortak çıkar ilişkisinin derecesini belirlemektedir¹⁸. Kontrol eşiği ise ülke hukuklarında farklılaşabilir.

OECD, KEYK mevzuatının kapsamını ve amacını ise ana hatlarıyla aşağıdaki şekilde belirlemektedir¹⁹.

"Kontrol edilen yabancı kurum mevzuatı genellikle karların, düşük vergili veya vergisiz ülkelerde mukim şirketlerde oluşturulması ile mücadele amacıyla oluşturulur. Bu tür düzenlemelerin temel özelliği, kontrol edilen yabancı kurumlarda oluşturulan karların ilgili ülkelerde mukim ortaklarına hisseleri oranında atfetmektir. Genellikle sadece kar payı, faiz ve gayrimaddi hak bedeli gibi pasif karakterli belli gelir türleri düzenlemenin kapsamına girer."

KEYK mevzuatı çerçevesinde, KEYK'in geliri, ya kurum ortaklarının elde ettiği gelir varsayımı altında, ya da bunlara şirket tarafından dağıtılan kar payı varsayımı altında vergilendirilir²⁰. Bu mevzuat, yurt dışında yerleşik olan ve belli şartları haiz şirketler tarafından elde edilen ve ortaklarına dağıtılmayan karları vergilendirme amacını taşıdığından, söz konusu karların kanunen belirlenmiş süreler içerisinde dağıtılarak ortaklar elinde vergilendirilmesi halinde, KEYK mevzuatı hükümlerinin uygulama alanı oluşmayacaktır. Diğer yandan, KEYK mevzuatı altında vergilendirilen gelir, kontrol edilen kurumun gelirlerinin genellikle sadece bir kısmından, yani kar payı, faiz ve gayri maddi hak bedeli gibi pasif karakterli gelirlerden oluşmaktadır²¹.

¹⁷ OECD, Glossary of Tax Terms, http://www.oecd.org/document/29/0,2340,en_2649_201185_33933853_1_1_1_1,00.html#D (09.12.2006). (Glossary)

¹⁸ IBFD, **Tax Glossary**, 3rd Edition, 1996, s. 69. (Glossary)

¹⁹ OECD, *Glossary* . s. 70.

²⁰ OECD, *CFC*, s. 65.

²¹ IBFD, *Glossary*, s. 70.

Ülkemizde de, 1990'lı yıllar boyunca dünya ölçeğinde yaşanan politik ve ekonomik dönüşümlerle beslenen küreselleşme olgusuna paralel olarak sosyal, siyasal ve ekonomik yapılarımızın dış dünya ile giderek daha fazla etkileşim, hatta bütünleşme süreci içine girmesi, çağın gerekleri ve gerçekleri ile bağdaşır bir hukuki altyapı oluşturma hedefi önemli bir yer tutmaktadır²².

Haksız vergi rekabetine yol açan ülke uygulamalarının, vergi sistemimizde yarattığı vergi kayıp ve kaçığının önlenmesi ve uluslararası vergi uygulamalarındaki gelişmelere paralel olarak, ticari ve sınaî mahiyette olmayan yatırımlarını yurt dışında düşük vergi oranlı ülkelere yönlendiren mükellefler ile Türkiye'de yatırım yapan mükellefler arasında yaratılan vergi eşitsizliği ile mücadelede²³ "kontrol edilen yabancı kurum mevzuatının" bir araç olarak kullanılmasına yönelik düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılmıştır.

Bu çerçevede, KEYK mevzuatı, 21.06.2006 tarih ve 26205 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan ve 01.01.2007 tarihinde yürürlüğe giren 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun (KVK) 7. maddesi ile ihdas edilmiştir. Bu düzenleme, yukarıda genel tanımlamada temel alınan -kontrol ve düşük vergili ülke gibi- unsurları somutlaştırmaktadır. Pozitif hukuk anlamında tüm unsurları içerecek şekilde bir tanım vermek gerekirse, KEYK aşağıdaki şekilde tanımlanabilir:

"Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri, gayrisafi hâsılatının % 25 veya fazlası pasif nitelikli gelirlerden oluşan, mukimi bulunduğu ülkede, ticarî bilânço kârı üzerinden % 10'dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıyan, yurt dışında mukim kurumdur."

2. Terim

"Kontrol Edilen Yabancı Kurum" teriminin İngilizce karşılığı "Controlled Foreign Corporation" ya da "Controlled Foreign Company", Fransızca karşılığı ise "le revenu controle de l'entreprise etrangere"²⁴ dir. Amerika Birleşik Devletlerindeki düzenleme, kanun maddesinin yer aldığı bölümün alt başlığı ile yani "Subpart F tipi düzenleme" olarak adlandırılmakta ve terim olarak "Controlled Foreign Corporation (CFC)" kullanılmaktadır.

²² TCGİB, 5520 Sayılı KVK'nın genel gerekçesi, 2006, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Gerekciler/5520_Sayili_Kanun.pdf (20.08.2006).

²³ TCGİB, 5520 Sayılı KVK'nın 7. madde gerekçesi, 2006, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Gerekciler/5520_Sayili_Kanun.pdf (20.08.2006).

²⁴ Fransa Gelir İdaresi Sitesi, www.impots.gouv.fr/portal, (09.09.2007)

Norveç'te KEYK düzenlemesinin "*NOKUS kuralları (NOKUS Rules)*" olarak²⁵, İspanya'da ise "*Transperencia Fiscal International (International Fiscal Transperency)*"²⁶ olarak adlandırıldığı tespit edilmektedir.

Kavramda yer alan "*kontrol*" sözcüğünün Türkçe karşılığına bakıldığında; bir işin doğru ve usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığını inceleme, denetim, denetleme, bir şeyin gerçeğe ve aslına uygunluğuna bakma, yoklama, arama gibi²⁷ anlamlar yüklendiği, "*kontrol etmek*" teriminin de denetlemek, gözden geçirmek ve yoklamak şeklinde²⁸ açıklandığı, "*bir şeyin, birinin kontrolünde olmak*" teriminin ise birisince denetlenmek, onun egemenliği altında bulunmak²⁹ anlamına geldiği görülmektedir.

Fransızca karşılığı "*la controle*"³⁰ olan "*kontrol*" teriminin İngilizce karşılığı ise "*control*"³¹dur. Ancak "*kontrol*" sözcüğü, İngilizce'de, fiil ve isim olarak aynı kelime ile ifade edilmekte ve Türkçe karşılıkları arasında fark bulunmaktadır. İngilizce "*to control*" fiilinin Türkçe karşılığı, "*istenilen bir şeyi yapma gücü ve yeterliliği, bir şeyi belli sınırlar içerisinde tutma gücü*"³², başka bir ifadeyle "*hükmetmek veya idare etmek*" gibi anlamlar içermekte olup, "*kontrol etmek*" fiili, egemenliği altında bulundurmak anlamını³³, isim olarak "*control*" sözcüğü ise hâkimiyet anlamını taşımaktadır. "*Control*" sözcüğünden türetilen "*controlled*" sözcüğü ise, "*kontrol edilen*" anlamını yüklenmektedir.

Dolayısıyla "*kontrol edilen yabancı kurum*" kavramında yer alan "*kontrol eden*"; "*kontrol edilen*" terimlerinin İngilizce ve Türkçe sözlük anlamları arasında fark bulunmamaktadır. Ayrıca, dünyada uygulanmakta olan KEYK müesseseleri dikkate alındığında, özel bir terim olan kontrol edilen yabancı kurum (controlled foreign company) terimi içerisinde yer alan "*kontrol*" sözcüğünün, müessesenin unsurları arasında özel bir öneme sahip olan, iştirak ilişkisine de gönderme yaptığı görülmektedir. Bu durumda bu

²⁵ Brigitta Glad, "National Report Norway", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (489–525), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 491.

²⁶ José Cid Manuel Almudi, "National Report Spain", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (559–580), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 562.

²⁷ Türk Dil Kurumu, **Türkçe Sözlük**, 9. Baskı, TDK Yayınları: 549 Sözlük Bilim ve Uygulama Kolu Yayınları, Türkçe Sözlükler Dizisi:1, Ankara: TDK Basımevi, 1998, s.1356 ; Dil Derneği, **Türkçe Sözlük**, 2. Baskı, Ankara: Dil Derneği Yayınları: 9, Ağustos 2005, s. 1190; Ali Püsküllüoğlu, **Türkçe Sözlük**, 2. Baskı, İstanbul: Doğan Kitap A.Ş., Ekim 1999, s. 989.

²⁸ Türk Dil Kurumu, s. 1356.

²⁹ Püsküllüoğlu, s. 990.

³⁰ Uçar Demirkan, **İngilizce ve Fransızca Karşılıklarıyla Vergicilik Terimleri Sözlüğü**, Ankara: Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 1993/331, s. 142.

³¹ Demirkan, s. 142.

³² Miranda Steel (Ed.), **Oxford Wordpower Dictionary for Learners of English**, London: Oxford University Pres, Fourth Impression, 2000, s. 148.

³³ Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr, (15.05.2008).

terimle, kontrol ilişkisinin taraflarını oluşturanlar arasında, doğrudan veya dolaylı bir hâkimiyet olduğunu, yani bir tarafın hâkim (ana) ortaklık olarak, başka bir ortağa veya ortaklıklara bu ilişki içerisinde iradesini kabul ettirdiğinin bir ifadesi olduğunu söylemek mümkün olacaktır.

"Yabancı" teriminin İngilizce karşılığı "*foreign*"³⁴ veya "*non resident*"³⁵, Fransızca karşılığı "*l'étranger*"³⁶ veya "*non résidante*"³⁷ olmakla birlikte, İngilizcede "*non resident*", Fransızcada "*non résidante*" olarak da kullanılabilen "*yabancı*" sözcüğü Türkçe'de; "*başka bir milletten olan, başka bir milletle ilgili olan kimse, ecnebi, tanınmayan, bilinmeyen, belli bir yere ve kimseye özgü olmayan*" gibi anlamlara³⁸ gelmektedir. Vergilendirme alanında ise "*yabancı*" sözcüğü, "*dar mükellef*" terimine karşılık gelmekte ve vergisel açıdan, "*ülke içerisinde faaliyet gösteren, yerleşik (mukim) olmayan*" mükellefleri ifade etmektedir. Oysa "*kontrol edilen yabancı kurum*" kavramının içerisindeki "*yabancı*" terimi, ülke içerisinde faaliyet gösteren dar mükellef yabancı kurumları değil, başka ülkede kurulu bulunan ve ülke dışında faaliyet gösteren yabancı kurumları belirlemede kullanıldığı için, "*mukim olmayan*" anlamına gelen "*non resident*" veya "*non résidante*" terimi, kavramı en iyi ifade edecek terim açısından doğru karşılık oluşturmamaktadır.

Türkçe'de "*kuruluş, müessese*"³⁹ anlamına gelen "*kurum*" teriminin İngilizce karşılığı "*company*"⁴⁰ veya "*corporation*"⁴¹, Fransızca karşılığı "*l'entreprise*", "*la compagnie*"⁴² veya "*la société*"⁴³ dir.

KEYK düzenlemesi ihdas edilen her ülkede farklı tanımlamaları bulunmakla birlikte, bu terimle esas olarak vurgulanmak istenen, yabancı bir ülkede kurulu ayrı bir tüzel kişiliğin mevcudiyetidir. Bu terimle, bazı ülke uygulamalarında mevcut istisnalar dışında, yurt dışında kurulu bulunan şube veya işyerleri de kapsam dışında bırakılmış olmaktadır.

³⁴ Demirkan, s. 261.

³⁵ Demirkan, s. 261.

³⁶ Demirkan, s. 261.

³⁷ Demirkan, s. 261.

³⁸ Türk Dil Kurumu, s. 2358; Püsküllüoğlu, s. 1590.

³⁹ Türk Dil Kurumu, s. 1417; Püsküllüoğlu, s. 989.

⁴⁰ Demirkan, s. 143.

⁴¹ Mehmet Özgen, **Vergi Terimleri Sözlüğü**, Ankara: Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 1997/343, s. 60.

⁴² Demirkan, s. 143.

⁴³ Demirkan, s. 143.

Türk vergi sistemine KVK ile dâhil edilen müessesenin adında yer alan "*kurum*" terimi, müessesenin uygulama kapsamı içerisinde yer alacak kurum ve kuruluşları belirlemesi anlamında önem taşımaktadır. Müessesenin adında, şirket, müessese veya kuruluş gibi terimlerin yerine kurum teriminin yer alması, KVK içerisinde yer alan bu düzenlemenin, yabancı ülkelerde kurulan tüm kurum ve kuruluşları değil, sadece KVK kapsamına giren kurum tanımı içerisinde yer alan kurumları hedeflediğini, Ticaret Hukuku kapsamına giren diğer şirket türlerinin kapsam dışı bırakıldığını göstermektedir.

Görüldüğü üzere Türk vergi sistemi de dâhil olmak üzere KEYK düzenlemesinin yürürlükte olduğu vergi sistemlerinde kullanılan kavram ve terimler arasında farklılık bulunmamaktadır. Tüm vergi sistemlerinde hedeflenen amaç, bir ülkenin vergilendirme yetkisi içerisinde bulunan vergi mükelleflerinin, yönetimi ve/veya denetimi altında bulunan ve/veya tamamen veya kısmen sahibi buldukları, vergi ödeme yükümlülüğü altında buldukları ülke dışında kurdukları şirket bünyesinde elde edilen gelirlerin, ülkeye getirilmemesi veya geç getirilmesi ve böylece ülkenin vergisel egemenlik alanına dâhil edilmemesi veya geç dâhil edilmesi yüzünden oluşan vergi kaybının önüne geçilmesidir.

II- KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMUN YAKIN KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

1. İşyerinden Ayırt Edilmesi

Uluslararası vergi hukukunda "*işyeri (permanent establishment)*" kavramı, bir işletmenin mukimi olduğu devlet dışındaki bir devlette sahip olduğu, hukuken kendisinden bağımsız olmayan kuruluşları ifade etmektedir. Hukuken ana şirketten ayrı ve bağımsız olmayan şubeler işyeri oluşturmaktadır. "*Şube (branch)*", bağımsız şirketlere benzer şekilde örgütlenen, fakat bunlardan hukuksal bağımsızlığın olmaması noktasında ayrılan, ana şirkete hukuken bağlı bir alt birimdir⁴⁴.

Vergi Usul Kanununda (VUK) işyeri, "*ticari, sınaî, zirai ve mesleki faaliyette iş yeri; mağaza, yazıhane, idarehane, muayenehane, imalathane şube, depo, otel, kahvehane, eğlence ve spor yerleri, tarla, bağ, bahçe, çiftlik, hayvancılık tesisleri, dalyan ve voli mahalleri, madenler, taş ocakları, inşaat şantiyeleri, vapur büfeleri gibi ticari, sınaî, zirai veya mesleki bir faaliyetin icrasına tahsis edilen veya bu faaliyetlerde kullanılan yer*" olarak tanımlanmaktadır (md.156). Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanunlarında ayrıca bir işyeri tanımı

⁴⁴ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 135–136.

yapılmamış olup, ilgili maddelerde VUK'a atıf yapılmıştır. Örneğin, Gelir Vergisi Kanununun (GVK) dar mükellefiyete tabi kimselerin Türkiye'de ticari kazanç elde etmeleri, kazanç sahibinin Türkiye'de işyerinin olması veya daimi temsilci bulundurması ve kazancın bu yerlerde veya bu temsilciler vasıtasıyla sağlanması şartına bağlanmış ve bu maddede geçen işyeri tanımının VUK'na göre belirleneceği hükme bağlanmıştır (md. 8). KVK'da ise Türkiye'de 213 sayılı VUK hükümlerine uygun iş yeri olan veya daimî temsilci bulunduran yabancı kurumlar tarafından bu yerlerde veya bu temsilciler vasıtasıyla yapılan işlerden elde edilen ticarî kazançlar, dar mükellefiyette kurum kazancı olarak tanımlanmıştır (md. 3).

Görüldüğü üzere, işyeri; ticari, sınaî, zirai veya mesleki bir faaliyetin sürdürülmesine, icrasına yönelik olarak kullanılan yerlerdir ve kanunda, yurtiçi işyeri veya yurtdışı işyeri olarak bir ayrıma da gidilmemiştir. Dolayısıyla, yurtiçindeki veya yurtdışındaki işyerlerinin, işyeri olarak yapılandırılmış olması, yani tüzel kişiliği haiz olmaması halinde, vergilendirme açısından bir farkı bulunmamaktadır. Türk vergi hukuku açısından, tam mükellefiyete tabi gerçek ve tüzel kişiler, yurtiçinde ve yurtdışında elde edilen gelirlerin tamamı üzerinden vergilendirildiklerinden, tam mükellefler tarafından yurt dışında kurulan işyerleri tarafından elde edilen elde edilen kazançlar, Türkiye'de elde edilen kazançlara ilave edilerek aynı esaslara göre vergilendirilecektir.

Diğer taraftan, belirli bir ülkenin ekonomik faaliyet alanına sürekli bir şekilde katılma esasına dayanan işyerinin yabancı bir ülkede ülke içi varlığı, işletmenin yabancı devlette şube, büro, dükkân veya fabrika gibi sabit yerlere sahip olup olmadığı, işletmenin bizzat kendisinin o ülkede varlık göstermediği hallerde acentelerinin bulunup bulunmadığı ve işletmenin bu yabancı ülkede stoklama, dağıtım, satın alma gibi faaliyetler sürdürüp sürdürmediği gibi üç ölçüt etrafında belirlenmektedir⁴⁵.

Bu belirlemelere göre, yabancı ülkelerde kurulu işyerleri, ana işletmeden ayrı bir hukuki varlık oluşturmadığından, bu işyerleri vasıtasıyla elde edilen gelirler de ana işletme tarafından elde edilen gelir hükmünde olup, ana işletmenin netice hesaplarına intikal ettirilerek yerleşik bulunulan ülke vergi hukuku kapsamında vergilendirilecektir.

⁴⁵ Billur Yaltı, **Elektronik Ticarete Vergilendirme**, İstanbul: Der Yayınları, 2003, s. 115. (*Elektronik*)

Hâlbuki KEYK düzenlemeleriyle, esas itibariyle iç hukuk açısından ayrı varlık yaklaşımı kapsamında bağımsız olarak vergilendirilebilen kurumlar hedeflenmektedir⁴⁶. Uygulamada, KEYK mevzuatını ihdas eden ülkelerin tamamı olmasa da önemli bir kısmı, KEYK'leri, hissedarlarından ayrı bağımsız varlıklar/kurumlar olarak tanımlamaktadır.

Ayrıca, yabancı ülkelerde kurulan işyerleri ayrı birer hukuki varlık oluşturmadıklarından, işyerleri tarafından elde edilen gelirler, dağıtılın dağıtılmasın, ana şirketin yerleşik olduğu ülkede elde edilen gelir hükmünde olduğundan, yabancı ülkelerde kurulu işyerleri tarafından elde edilen gelirlerin KEYK düzenlemeleri kapsamında değerlendirilmesine de gerek bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle "işyeri" kavramı, hukuki yapı açısından "kontrol edilen yabancı kurum"dan ayrılmaktadır.

2. İştirakten Ayırt Edilmesi

Bir doğrudan yatırım türü olan iştirakler, OECD tarafından, ana şirketin, iştirakleri ve bağlı ortaklıkları ile birlikte, hissedarların veya ortakların % 10'dan az, % 50'den fazla olmamak üzere sermayesine veya oy hakkına sahip olduğu ve doğrudan yatırım geliri elde ettiği şirketler olarak tanımlanmaktadır⁴⁷.

Sermaye Piyasası Kurulu (SPK) tarafından iştirak; bir ortaklık ile işletme arasında, söz konusu ortaklığın yönetimine ve ortaklık politikalarının belirlenmesine katılma anlamında devamlı bir bağ yaratan doğrudan veya dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisi olarak tanımlanmış; doğrudan sermaye ve yönetim ilişkisinin, bir ortaklıkta en az yüzde on oranında oy hakkına sahip olmayı veya ortaklık yönetimine en az bu oranda katılmayı, dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisinin ise, bir ortaklıkta, işletmenin yüzde ondan fazla paya sahip ortağı gerçek ve tüzel kişilerin, iştiraklerinin ve bunların iştiraklerinin en az aynı oranda oy hakkına sahip olmasını veya en az aynı oranda yönetime katılmasını ifade ettiği açıklanmıştır⁴⁸.

SPK düzenlemelerine göre, doğrudan veya dolaylı olarak iştirak edilen ortaklıklarda sermayeye katılım veya oy hakkının oranı en az yüzde on olan bir işletme ile ortaklık arasında

⁴⁶ Hans-Jürgen Aigner, Ulrich Scheuerle and Marcus Stefaner, "General report", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (15–52), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 18.

⁴⁷ OECD, Benchmark Definition of Foreign Direct Investment, Third Edition, 1999, <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf> (21.05.2010), s. 10. (1999)

⁴⁸ 29 Ocak 1989 tarih ve 20064 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan XI/I Seri numaralı Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İLke ve Kurallar Hakkında Tebliğ, EK-3.

İştirak ilişkisi bulunmaktadır. Sermayeye katılım oranının yüzde ondan fazla olmasına karşın, sahip olunan oy hakkının veya yönetime katılma hakkının bu orandan daha az olması herhangi bir iştirak ilişkisini göstermemektedir.

İştirak, Türkiye Muhasebe Standartları Kurulunca⁴⁹, "*yatırımcı işletmenin, adi ortaklık gibi tüzel kişiliği olmayan işletmeler de dâhil olmak üzere, iş ortaklığı veya bağlı ortaklık niteliğinde olmayan, ancak üzerinde önemli etkisinin bulunduğu işletmelerdir*" şeklinde tanımlanmış⁵⁰ olup, sermaye ve oy ilişkisi anlamında bir belirlemeye yer verilmemiştir.

Bu düzenlemeler göstermektedir ki, iştirak kavramı için verilen tanımlar, sermaye ve yönetim ilişkisi anlamında benzer özellikler içermektedir, ancak KEYK'den ayırt edilmesi bakımından sermaye ve oy hakkı sahipliği ölçütü belirleyici olacaktır.

KVK çerçevesinde, bir yabancı kurumun, KEYK özelliği taşıması için gerekli olan şartlardan birisi, tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmasıdır. Bu çerçevede, elbette, KEYK'ler her zaman "*İştirak*" niteliğindedir, ancak yurt dışındaki her iştirak KEYK niteliğinde değildir. Bir diğer deyişle, Türkiye'de mukim bir kurum tarafından iştirak edilen yabancı kurumun, % 50 oranı ile "*İştirak*" özelliği taşıması halinde, diğer koşulların da bulunması şartıyla KEYK düzenlemelerine tabi tutulması mümkün bulunmaktadır. Diğer taraftan, yurtdışındaki kurumun % 50'den az oranla "*İştirak*" özelliği taşıması halinde, bu iştirakin KEYK mevzuatına tabi tutulması mümkün bulunmamaktadır.

Sonuç olarak, Türk hukuku açısından KEYK özelliği taşıyan yabancı kurumlar, Türkiye'de yerleşik kurumun iştirakidir. Ancak, yabancı ülkelerdeki her iştirak, KEYK özelliği taşımamaktadır.

⁴⁹ 27.12.2005 tarih ve 26036 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12 Sıra No.lu İştiraklerdeki Yatırımlara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS28) Hakkında Tebliğ'in Eki'nde yer almaktadır, <http://www.tmsk.org.tr/>, (20.03.2008).

⁵⁰ Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu (TMSK), **Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (IFRS/IAS) ile Uyumlu Türkiye Muhasebe Standartları**, Ankara: TMSK Yayınları, 2007, s. 743.

3. Bağlı Ortaklıktan Ayırt Edilmesi

Bağlı (yavru) ortaklık, üzerinde doğrudan veya dolaylı hâkimiyet uygulanan ortaklık, hâkim (ana) ortaklık ise başka bir ortağa veya ortaklıklara iradesini kabul ettiren ortaklık olarak tanımlanmakta olup, bütün ana ve yavru ortaklıklara çatı ortaklık hâkimdir⁵¹.

Başka bir şirket tarafından fiilen kontrol edilen bir şirket veya her biri zincirdeki diğer bir şirket tarafından kontrol edilen şirket olarak da tanımlanan "bağlı ortaklık (*subsidiary company*)"⁵² ve aynı kişiler tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol, sermaye veya yönetsel olarak iştirak edilen "bağlı şirketler (*associated enterprises*)"⁵³ için OECD tarafından yapılan ve aşağıda yer alan tanımlamaya hisse oranları da ilave edilerek belirginlik kazandırıldığı görülmektedir; "bir şirketin, bir başka şirketin ortağı (*shareholder*) veya üyesi (*member*) olarak, bu şirketin idari personeli ile yönetim ve denetim kurulunun çoğunluğunu atama veya feshetme hakkına sahip olduğu veya en az % 50 sermaye veya oy hakkına sahip olduğu ya da ana şirketin bağlı ortaklıklarından birinin bağlı ortağı olan şirketi" ifade etmektedir⁵⁴.

Sermaye Piyasası Kurulu'na göre bağlı ortaklık, işletmenin doğrudan veya dolaylı olarak en az yüzde elli oranında oy hakkına veya en az bu oranda yönetim çoğunluğunu seçme hakkına sahip olduğu iştiraklerdir⁵⁵.

Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu'na göre ise⁵⁶ bağlı ortaklık, "işletmenin, adi ortaklık gibi tüzel kişiliği olmayan işletmeler de dâhil olmak üzere, (ana ortaklık olarak bilinen) başka bir işletme tarafından kontrol edilen işletmelerdir."⁵⁷

Bu çerçevede, iştiraklerde olduğu gibi, "bağlı ortaklık"lar da **diğer şartları taşımaları durumunda**, KEYK düzenlemeleri kapsamında değerlendirilebilecektir.

KVK'nın 7. maddesinde kontrol edilen yabancı kurumdan "iştirak" olarak bahsedilmiş olması ve "bağlı ortaklıklar" için herhangi bir ifadenin yer almamış olması, bağlı ortaklıkların

⁵¹ Reha Poroy, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, 9. Basi, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., 2003, s. 1020.

⁵² IBFD, *Glossary*, s. 285.

⁵³ IBFD, *Glossary*, s. 21.

⁵⁴ OECD, 1996, s. 10.

⁵⁵ 29 Ocak 1989 tarih ve 20064 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan XI /I Seri numaralı Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İske ve Kurallar Hakkında Tebliğ, EK-3.

⁵⁶ 27.12.2005 tarih ve 26036 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 12 Sıra No.lu İştiraklerdeki Yatırımlara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS28) Hakkında Tebliğ'in Eki.

⁵⁷ TMSK, s. 744.

KEYK düzenlemesi kapsamı dışında olduğu anlamına gelmemekte, başka bir ifadeyle, diğer şartları da taşımaları halinde, maddenin "*bağlı ortaklık*"lara da uygulanmasına engel teşkil etmemektedir.

Bu durumda, yurt dışında kurulu olan ve doğrudan veya dolaylı olarak en az yüzde elli oranında sermaye, kâr payı veya oy kullanma hakkına sahip olunan şirketlerin tamamı bağlı ortaklık olarak kabul edilse de, diğer şartlar sağlanmadığı sürece bu bağlı ortaklıkların, KEYK olarak değerlendirilmesi mümkün bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile uygulama açısından, yurt dışında kurulu olan ve diğer şartları da taşıyan her KEYK bağlı ortaklıktır. Ancak, her bağlı ortaklık bir KEYK değildir.

4. İlişkili Kişiden Ayırt Edilmesi

"*İlişkili kişi (connected person-affiliated person)*" tanımı, ülkeden ülkeye ve duruma göre değişkenlik gösterir. Tanım, kan hısımlarını, usul ve furuğu, aynı ortaklığın ortaklarını ve bir şirketi kontrol eden hissedarları da içerecek şekilde yapılabilir⁵⁸.

KVK'da ilişkili kişi kavramı, "*Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı*" başlıklı 13. maddede yer almaktadır. Buna göre ilişkili 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.*" Kurumların ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dâhil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. Ayrıca, kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemlerin de ilişkili kişilerle yapılmış sayılacağı hükme bağlanmıştır.

SPK⁵⁹ "*ilişkili taraf*"ı aşağıdaki şekilde tanımlamıştır:

"İlişkili taraf: *Bir taraf, aşağıdaki durumlardan herhangi birinin varlığı halinde bir işletme ile ilişkili olarak kabul edilir:*

⁵⁸ IBFD, *Glossary*, s. 66.

⁵⁹ 29 Ocak 1989 tarih ve 20064 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan XI /I Seri numaralı Sermaye Piyasasında Mali Tablo ve Raporlara İlişkin İlke ve Kurallar Hakkında Tebliğ.

- a) *Tarafın doğrudan veya bir yada daha fazla aracı vasıtasıyla dolaylı olarak;*
- 1) *Bir işletmeyi kontrol etmesi veya işletme tarafından kontrol edilmesi veya kendisini kontrol eden işletmenin aynı zamanda başka bir işletmeyi kontrol etmesi (Bu durum; ana ortaklıklar, bağlı ortaklıklar ve grubun diğer şirketlerini içerir.),*
 - 2) *İşletme üzerinde önemli derecede etki sağlayacak bir hakkının bulunması,*
 - 3) *İşletme üzerinde müşterek kontrolünün bulunması;*
- b) *Tarafın işletmenin iştiraki olması;*
- c) *Tarafın müşterek yönetime tabi bir teşebbüs olduğu durumlarda, müteşebbislerden birinin işletme olması;*
- d) *Tarafın; işletme faaliyetlerinin planlanması, yürütülmesi ve denetlenmesi ile doğrudan veya dolaylı olarak yetkili ve sorumlu olan, işletmenin veya işletmenin ana ortaklığının yönetim kurulu üyesi, genel müdür gibi yönetici personelden olması;*
- e) *Tarafın, bu Maddenin birinci fıkrasının (a) veya (d) bentlerinde belirtilen kişilerin yakın aile üyelerinden biri olması;*
- f) *Tarafın, bu Maddenin birinci fıkrasının (d) veya (e) bentlerinde belirtilen kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak kontrol veya müşterek kontrol hakkının olduğu veya üzerinde önemli derecede etkide bulunduğu ya da yarıdan fazla oy hakkına sahip olduğu bir işletme olması;*
- g) *Tarafın, işletmenin veya bu işletmenin ilişkili tarafı olan herhangi bir işletmenin çalışanlarının emeklilik haklarıyla ilgili bir fon veya işletme olması.”*

"İlişkili taraf" Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu⁶⁰ tarafından da, benzer şekilde tanımlanmıştır⁶¹.

Tanımları incelediğimizde "ilişkili kişi" kavramının kapsamının oldukça geniş belirlendiği görülmektedir. Buna karşılık, KVK'nın 7. maddesinde KEYK'in kapsamı daha farklı ölçütlere göre ve daha dar belirlenmiştir.

⁶⁰ 31.12.2005 tarih ve 26040 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 17 Sıra No.lu İştiraklerdeki Yatırımlara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS 24) Hakkında Tebliğ'in Eki.

⁶¹ TMSK, s. 700.

Transfer fiyatlandırması açısından KVK, md. 13'te yapılan tanımlamada "*ortaklık ilişkisi*"nden söz edilmiş olması nedeniyle, yabancı kurum ile "*ilişkili kişi*" bağlantısı, sadece yabancı kurumu nüfuzu altında bulunduran ortaklar ile yabancı kurum arasında değil, yabancı kurum ile kontrol veya nüfuz bağlantısı bulunsun bulunmasın tüm ortaklar arasında oluşmaktadır.

Diğer taraftan, KEYK düzenlemesinin yer aldığı KVK, md. 7'de, uygulama kapsamına girecek kişi veya kurumların tanımlanmasında, "*ilişkili kişi*" bağlantısına yer verilmemesi veya transfer fiyatlandırmasına ilişkin bir maddede yer alan tanımlamanın, KEYK uygulaması için de esas alınacağı yönünde özel bir hükmün bulunmaması nedeniyle, diğer şartlar da oluşmadığı takdirde, yurt dışında kurulu yabancı kurum ile ilişki içerisinde bulunan ve "*ilişkili kişi*" tanımı kapsamına giren kişilerin, KEYK uygulamasına tabi tutulması mümkün bulunmamaktadır.

Diğer bir ifadeyle, yurt dışında kurulu olan bütün şube, iştirak ve bağlı işletmeler ile ana şirket arasında, "*ilişkili kişi*" bağlantısı bulunduğu kabul edilse de, KVK, md. 7'de sayılı hisse oranı, sermaye payı gibi diğer şartlar oluşmadığı sürece, bu "*ilişkili kişi*" lerin KEYK olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, KEYK olarak belirlenmiş tüm kurumlar birer "*ilişkili kişi*" dir.

5. Üs Şirketten Ayırt Edilmesi

"*Üs Şirketler (base companies)*", çoğunlukla düşük vergili ülkelerde kurulan ve karın bu ülkelere aktarılması yoluyla hissedarlarının mukimi buldukları ülkede ödenmesi gereken verginin azaltılması amacını taşıyan şirketler⁶² olarak ifade edilmekte ise de, kavramın, ülkelerin vergi politikalarına göre ve her bir olay bazında değişken ve göreceli olması nedeniyle net bir tanımının yapılmasından kaçınılmaktadır⁶³.

"*Üs şirket*" kavramı, hiçbir ticari faaliyeti, üretim veya idari personeli bulunmaksızın sadece hukuken kurulmuş olan şirketleri ifade etmekte olup, konuyu vurgulamak anlamında,

⁶² OECD, **Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies Report**, Paris: OECD Publications, April 2000, R(5)-2, para.1. (2000a) (Rapor, 29 Nisan 2000 tarihinde OECD Mali İşler Komitesi tarafından güncellenerek OECD Model Anlaşması Şerhi'nin ekinde 5 Numaralı Rapor olarak yer almıştır.)

⁶³ OECD, 2000a, para. 8.

"*posta kutusu şirketler (letter box companies)*" veya "*kâğıt üzeri şirketler (paper companies)*" örnek gösterilmiştir⁶⁴.

Üs şirketler, vergilendirilmesi gereken geliri bünyesinde tutarak mükelleflerin gelirlerinin bir kısmını ikametgâh devletinin vergisinden korumakta⁶⁵ ve dolayısıyla vergiden kaçınmaya olanak sağlamaktadırlar. Üs şirketlerin kurulmasına neden olan vergiden kaçınma olgusu, avantajlı vergi rejimine sahip kaynak ülke vergi sisteminden veya yüksek vergi yüküne neden olan ulusal yasalardan kaynaklanabileceği gibi, kaynak ülkede elde edilen gelirlerin vergilendirilmesine ilişkin avantajlı hükümler içeren vergi anlaşmalarından da kaynaklanabilir⁶⁶.

Üs şirketler gibi KEYK'ler de, şirketi kuran ortak veya ortakların mukim oldukları devletin vergisinden kaçınmak veya vergi erteleme amacıyla kurulmaktadır. Her iki şirket türünün de vergiden kaçınma veya vergi erteleme olanağı yaratmak amacıyla kurulması nedeniyle, kuruluş amacı anlamında "*üs şirketler*" ile KEYK arasında fark bulunmamaktadır. KEYK mevzuatına sahip ülkelerin düzenlemeleri incelendiğinde, KEYK'lerin vergilendirilecek gelirlerinin temel olarak pasif karakterli gelirler ve -çoğunlukla kapsam dışı tutulan- aktif işletme gelirlerinden oluştuğu görülmektedir. Ancak, ABD'nin "*Subpart F*" düzenlemeleri kapsamında, bu iki gelir türüne ilave olarak üçüncü bir gelir türü daha KEYK'lerin vergilendirilecek gelirleri arasında sayılmaktadır ki bu gelir türü; bazı üs şirket türlerinden elde edilen "*üs şirket gelirleri*"dir. Bu nedenle OECD, KEYK'lerin vergilendirilecek gelirlerini üç grupta kategorize ederken⁶⁷, üs şirket gelirlerini de KEYK gelirleri arasına saymaktadır.

Üs şirket geliri, genellikle mal ve hizmet satışından elde edilen ve yurtiçinde mukim hissedarlara atfedilebilen gelirler anlamında kullanılmaktadır⁶⁸. Örneğin, üs şirket türlerinden birisi olan ve dağıtım kanalı özelliğini taşıyan üs şirketler, faaliyette buldukları ülkede aktif ticari işletme faaliyeti ile uğraşmaktadır. Aktif ticari işletme faaliyetlerinden elde edilen gelirler genel olarak KEYK düzenlemeleri kapsamı dışında kalmakta, ancak, üs şirketlerin vergiden kaçınma veya vergi erteleme amacıyla kullanılmasının engellenmesine yönelik yasal

⁶⁴ Connie Guang-Hwa Yang, "Taiwan's Control of the Tax Sheltering Use of Tax Haven Base Companies: Substance Over Form Rule or Subpart F Type Legislation?", **Columbia Journal of Transnational Law Association**, Vol. 31, No. 1 (1993), s. 234.

⁶⁵ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 303.

⁶⁶ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 303.

⁶⁷ OECD, *CFC*, s. 46.

⁶⁸ OECD, *CFC*, s. 55.

düzenlemeler öngören ülkelerde, üs şirket gelirleri bu düzenlemeler kapsamında vergilendirilmektedir.

Bununla birlikte, ülkelere göre çok farklı bileşimleri bulunmakta ise de söz konusu şirketler, ekonomik gerekçelerle değil, tamamen veya kısmen vergiden kaçınma amacıyla kurulmuş ise, bu durumda bu şirketlerden elde edilen gelirler, KEYK düzenlemeleri kapsamına girmekte,⁶⁹ dolayısıyla, şartlar oluştuğunda üs şirketler de KEYK düzenlemeleri çerçevesinde vergilendirilebilmektedirler.

Yukarıda belirtildiği üzere, ABD "*Subpart F*" düzenlemeleri gibi düzenlemeler kapsamında vergilendirilecek gelirler arasında bazı üs şirketlerden elde edilen üs şirket gelirlerinin de yer alması halinde, yasal mevzuat çakışmaları ortaya çıkabilmektedir. Bu durumda, yani yabancı kurumlar tarafından edilen gelirlerin hem üs şirketlere yönelik yasal mevzuat, hem de KEYK mevzuatı kapsamına girmesi halinde, KEYK düzenlemesi çerçevesinde vergilendirilen gelirler, üs şirketlere ilişkin yasal mevzuatın kapsamı dışında tutulmaktadır⁷⁰.

Üs şirketlerin kullanımının önlenmesine yönelik düzenlemelerin başında, uluslararası "*transfer fiyatlandırması*" gelmektedir. Bunun yanı sıra, vergi kanunlarında üs şirketlere yönelik olarak "*özün biçime önceliği ilkesi*" gibi genel hükümler ile "*üs şirket*" düzenlemeleri veya -kapsama girmekte ise- KEYK düzenlemesi gibi özel düzenlemeler de öngörülmektedir⁷¹.

Sonuç olarak, KEYK kavramı, diğer şartların oluşmasına bağlı olarak her türlü üs şirketi de kapsamaktadır.

6. Kanal Şirketten Ayırt Edilmesi

Kanal şirketler, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması akdedilmiş bir anlaşma ülkesinde kurulan ve amacı kısmen veya tamamen, çifte vergilendirme anlaşmaları hükümlerinden haksız bir şekilde yararlanmak olan tüzel kişilerdir. Anlaşmaya taraf ülkelerde mukim olsun veya olmasın gerçek kişiler tarafından kurulan bu şirketlerin tüzel kişilik olarak

⁶⁹ OECD, *CFC*, s. 55.

⁷⁰ Arthur T. Catteral, "Investment by Foreign Trusts in Foreign Entities", Duncan E. Osborne and Elizabeth Morgan Schurig (Ed.), *Domestic and International Law and Tactics* içinde, Updated February 2007, sec. 24:12, s. 3, Westlaw Veri Tabanı (16.03.2007).

⁷¹ OECD, *2000a*, paras. 20–23.

kurulmasının nedeni, anlaşmaların, gerçek kişilerin doğrudan yararlanamayacağı, şirketlere yönelik hükümlerinden yararlanmayı hedeflemesidir⁷².

Kanal şirketler aracılığıyla elde edilmeye çalışılan bu avantaj, "*anlaşma alışverişi*" olarak da ifade edilir. Anlaşma alışverişi, iki devlet arasındaki vergi anlaşmasının, tarafların iradesine uygun olmayan bir tarzda, anlaşmaya taraf olmayan ülkelerin vergi yükümlüleri tarafından kullanılmasıdır⁷³. Bu tür şirketler, buldukları taraf ülkede tahakkuk eden gelirin, diğer taraf ülkede bulunan ve anlaşma hükümlerinin sağladığı avantajlardan haksız bir şekilde yararlanabilecek olan bir kişiye aktarılmasında, kanal işlevi görmektedir⁷⁴. Kanal şirketler çoğu zaman bir şirket olarak kurulmakta iseler de, ortaklık, vakıf veya benzeri kurumlar şeklinde kuruldukları da görülmektedir⁷⁵.

"*Doğrudan kanal şirketler*" veya "*atlama taşı kanal şirketler*" olarak iki farklı şekli bulunan kanal şirketlere⁷⁶, kaynak devletin vergisini azaltmak amacıyla başvurulmaktadır. Kanal şirket, bizzat kurulu bulunduğu devletin akdettiği anlaşmanın kapsamına girdiği için lehe hükümlerden faydalanarak kaynak devletin vergisinden arınmakta ve bu yolla gelirin gerçek sahibi olan üçüncü kişi normalde kaynak devletinde yükleneceği vergiden kaçınmaktadır. Dolayısıyla, kaynak devletin bir başka ülke ile akdettiği vergi anlaşmasının lehe hükümleri, ekonomik olarak anlaşmaya taraf olmayan ülkelerin mukimlerine yayılmaktadır⁷⁷.

Bu anlamda, kanal şirketler kuruluş amacına bağlı olarak, kontrol edilen yabancı kurumdan ayrılmaktadır. Çünkü KEYK'ler, ortakların ikamet ettiği ülkenin vergisinden kaçınma amacıyla kurulan şirketlerdir. Bununla birlikte, iki ayrı anlaşma ülkesinde kurulan iki ayrı şirketin birbirlerine göre konumları, KEYK şartlarını taşıması halinde, bu kanal şirketlerin, KEYK olarak değerlendirilmesi teorik olarak mümkün görülmektedir.

Sonuç olarak, kontrol edilen yabancı şirketler, düşük vergili-vergisiz yabancı ülkelerde, kurucu ortakların mukimi oldukları ikametgâh devletin vergisinden kaçınmak

⁷² OECD, **Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies Report**, Paris: OECD Publications, April 2000, R(6)-3, para.1. (2000b)

⁷³ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 307.

⁷⁴ OECD, *2000b*, para. 2.

⁷⁵ OECD, *2000b*, para. 2.

⁷⁶ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 308.

⁷⁷ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 307.

amacıyla kurulan, işyeri niteliğinde olmayıp ayrı bir tüzel kişiliği bulunan, ortaklık sermayesi veya oy hakkı bakımından ortaklarının hâkimiyeti altında olan iştiraklerdir.

III- KONUNUN SINIRLANDIRILMASI VE PLAN

Küreselleşme sonrasında, sermayenin ülkeler arasındaki dolaşımının kolaylaşması, ikamet ülkesinde ödenmesi gereken vergiden kaçınma veya vergi erteleme olanaklarının da artmasına neden olmuştur. Bu sonuç iki faktörün bileşimine dayandırılabilir. Birincisi, kurumların genel olarak ayrı varlık yaklaşımının bir sonucu olarak ortaklarından ayrı vergilendirilmesi, ikincisi de bazı kurumlara veya bazı gelir türlerine çok düşük vergi uygulayan veya vergi uygulamayan egemenlik alanlarının, vergi mükelleflerine vergiden kaçınma veya vergi erteleme imkânını sunmasıdır⁷⁸.

Mükelleflere vergi erteleme veya vergiden kaçınma olanağı sunan ülkeler, 1998 OECD Haksız Vergi Rekabeti Raporunda, "*Vergi Cennetleri*" ve "*Avantajlı Vergi Rejimleri*" adı altında iki grupta incelenmiş ve her iki grubun belirleyici özellikleri de Rapor'da belirtilmiştir⁷⁹.

KEYK'lerin temel kullanım amacının vergi erteleme veya vergiden kaçınma olması nedeniyle, söz konusu olanağın her iki grup ülke tarafından da sağlanabileceği göz önünde bulundurularak çalışmamızda, vergi cennetleri veya avantajlı vergi rejimlerinin tanımı, özellikleri ve bunlara karşı alınan diğer önlemler üzerinde ayrıntılı olarak durulmamış, yalnızca, bu önlemler arasında yer alan KEYK düzenlemesi detaylı bir şekilde değerlendirilmiştir.

Diğer yandan çalışmamızda, yabancı ülkelerde mukim kurumlara, ortaklarının veya hissedarlarının mukimi buldukları ülke vergi hukukuna göre, KEYK düzenlemeleri ile birlikte veya ayrıca uygulanacak transfer fiyatlandırması benzeri diğer vergisel düzenlemeler detaylı olarak incelenmemiş, ancak bu düzenlemelerin KEYK mevzuatının uygulanmasına etkileri incelenmiştir.

Bu çerçevede çalışmamızın planı aşağıdaki şekilde oluşturulmuştur.

Birinci bölümde, KEYK düzenlemelerinin tarihi gelişimi ve düzenlemeye duyulan ihtiyacın nedenleri incelenmiş ve Dünyada KEYK düzenlemesi veya benzer amaçlı mevzuatın

⁷⁸ Sandler, s. 5.

⁷⁹ OECD, 1998, para. 38.

yürürlükte olduğu 25 ülke⁸⁰ arasından seçilen ülkelerde, uluslararası örgütlerde ve ulusüstü topluluklardaki zamansal gelişim ve konuya yaklaşımlar incelenmeye çalışılmıştır. Mevzuatlarında diğer ülkelere göre farklı ve özellikli hükümlerin yer alması nedeniyle, ABD, İngiltere, Almanya ve Fransa hukuk sistemleri ve KEYK düzenlemeleri üzerinde detaylı inceleme yapılmıştır.

İkinci bölümde, KEYK düzenlemelerinin, vergisel egemenlik açısından bir değerlendirmesi yapılmıştır. Bu bölümde, KEYK'lere ilişkin düzenlemelerin, devletlerin vergilendirme yetkisinin sınırları içinde kalan bir uygulama olup olmadığı, uluslararası hukuk ve uluslararası vergi hukuku kuralları çerçevesinde incelenmeye çalışılmış, bu düzenlemelerin, vergisel egemenliğin kötüye kullanımı ve hakkın kötüye kullanımı yasağı ile ilişkisi değerlendirilmiş ve bu düzenlemeler anayasal çerçevesi de ayrıca araştırılmıştır.

Üçüncü ve dördüncü bölümde, her ülkede farklı kriterler, unsurlar ve özelliklerle uygulanmakta olan bu yeni müessesenin öznel ve nesnel unsurlarının tespiti, KEYK'lerin var olma şartları ve KEYK statüsüne giren yabancı kurumların vergilendirilmesine ilişkin düzenlemeler çerçevesinde KEYK kazançları açısından verginin konusu ve matrahı ile mükellefi, çok sayıda örnek ülke düzenlemesi incelenmek suretiyle tespit edilmeye ve ortak noktalar ve en adil uygulama yöntemleri belirlenmeye çalışılmış, bunlar Türk vergi mevzuatındaki KEYK düzenlemeleri ile karşılaştırılmıştır.

Beşinci bölümde, vergi anlaşmaları ve KEYK düzenlemelerinin birbiri ile etkileşimi, uluslararası ve ulusüstü hukuk kaynaklarının KEYK düzenlemeleri üzerindeki etkileri, vergi anlaşmaları, AB Anlaşması ve yargı kararları çerçevesinde incelenmeye çalışılmıştır.

Çalışmamız, tüm araştırma sonuçlarının değerlendirilmesi ve ülke mevzuatı yönünden öneriler ile tamamlanmıştır.

⁸⁰ 2007 yılına kadar.

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHÇE VE ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

§ 2. TARİHÇE

I- ULUSAL TARİHİ SÜREÇLER

Avrupa'da faaliyet gösteren birçok büyük hammadde ve endüstri şirketi, 19. yüzyılın sonlarına doğru küresel düzeyde yapılanmasını tamamladığından⁸¹, çokuluslu şirketlerin yeni bir olgu olduğu söylenemez⁸². Bununla birlikte, çok uluslu şirketlerin sayısında 1950'lerin sonlarından itibaren önemli bir artış görülmüş, bunun nedenleri arasında orta Avrupa'nın askeri durumundaki gelişme, Avrupa ülke paralarının konvertibiliteye geçmesi ve Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun (EEC) kuruluşu gibi faktörler gösterilmiştir. Çokuluslu şirketlerin birçok ülkede eşzamanlı olarak baş göstermesi, onlara, ülkeler arasında vergi yükümlülüğünü mümkün olabilecek en etkin hale dönüştürme, başka bir ifadeyle uluslararası vergi planlaması yapma, hatta vergiden kaçınma ortamı sağlamıştır⁸³.

Bazı ülkelerin yapmış oldukları yasal düzenlemelerinin şirketlerin karlılıkları ya da verimlilikleri açısından yarattığı avantajlı ortam, diğer ülkelerde oluşan fonların çok uluslu şirketler vasıtasıyla bu ülkelere akışına neden olmuştur. Bu durumun, sermaye ihraç eden ülkelerde vergi gelirlerinin azalmasına bağlı olarak, toplam vergi yükünde artışa ve sosyo-ekonomik diğer etkileri ile birlikte ülke ekonomilerinde önemli derecelerde yıpranmalara neden olduğu gözlemlenmiştir. Vergi sistemlerinde gerçekleştirilen değişiklik süreçleri incelendiğinde; ülkelerin, vergisel egemenlik alanlarını ve vergi gelirlerini etkileyen bu olumsuzluklar ile mücadele etmek için bazı düzenlemeler yapma gereği duydukları anlaşılmaktadır. Yatırım kararlarında ve KEYK müessesesinin kullanımında etkili olan en önemli faktörün vergi olması nedeniyle, sorunun çözümünün de yine vergi ile ilgili olması⁸⁴ bir gereklilik olarak ortaya çıkmıştır. 1937 yılında ABD tarafından ilk kez ihdas edilen KEYK düzenlemesinin, bu olumsuzlukların ortadan kaldırılması amacıyla geliştirilen ve/fakat benzer

⁸¹ Sandler, s. 1; Örneğin, çokuluslu şirketler olan East Indian Company 1600 yılında, Hudson's Bay Company 1670 yılında kurulmuştur, Sandler, s. 1.

⁸² Sandler, s. 1

⁸³ Genschel, s. 58.

⁸⁴ Brian J. Arnold, "The Taxation of Controlled Foreign Corporations: An International Comparison", Canada: Canadian Tax Foundation, 1986, s. 11. (CFC)

amaçlarla bu tarihe kadar uzanan süreçte yararlanılan diğer benzer vergisel düzenlemelerin geliştirilmiş bir versiyonu olduğu görülmektedir⁸⁵.

Ülkeler, avantajlı vergi ortamı sağlayan ülkelerde kurulan şirketler vasıtasıyla vergiden kaçınma girişimlerini önlemek amacıyla öncelikle, bu şirketleri ikametgâh esasına dayalı olarak tam mükellef statüsünde tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirme yöntemini kullanmışlardır⁸⁶. Günümüzde bazı ülkelerde⁸⁷ halen KEYK mevzuatına alternatif olarak kullanılmakta olan bu yöntem, uygulamada yarattığı sorunlar ve zorluklar nedeniyle birçok ülkede yerini KEYK düzenlemesi ve benzeri özel düzenlemelere bırakmıştır.

Düşük vergili ülkeler veya vergi cennetlerinde kurulan kontrol edilen yabancı şirketler problemini çözmek üzere girişimde bulunan ilk ülke Amerika Birleşik Devletleri'dir⁸⁸. ABD tarafından 1937 yılında geliştirilen ilk özel suiistimal önleyici düzenleme niteliğindeki "*Foreign Personal Holding Company (FPHC)*" mevzuatı, vergiden kaçınma amacıyla **yabancı ülkelerde kurulan** şirketlerin kullanımının önlenmesini amaçlamaktadır⁸⁹. Böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının nedeni, Shick marka tek kullanımlık tıraş bıçaklarının mucidi Jacob Shick'in, vergisel avantajlardan yararlanmak için ürünün patentini 1930 yılında, gayri maddi hak bedellerini vergilendirmeyen Bermuda'da kurulan bir şirkete taşıması, ABD vatandaşlığından da ayrılarak Bermuda'ya yerleşmesi ve böylece önemli miktardaki patent gelirlerinin ABD tarafından vergilendirilmesini önlemesidir⁹⁰. Çünkü ABD vergi sisteminde şirketler kuruluş yeri bağlama noktası⁹¹, gerçek kişiler ise vatandaşlık ve ikametgâh bağlama noktası esas alınmak suretiyle vergilendirilmektedir⁹². Sorunun çözümüne yönelik olarak geliştirilen FPHC mevzuatı, KEYK düzenlemelerinin dar kapsamlı ilk örneğini oluşturmaktadır⁹³. ABD'de KEYK düzenlemesi ihdas edilmeden önce yapılan araştırmalar

⁸⁵ OECD, *CFC*, s. 22.

⁸⁶ Örneğin, İngiltere, (Monuhar Ullah, "National Report United Kingdom", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (605–638), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 607 ve Almanya (Arnold, *CFC*, s. 30).

⁸⁷ Kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi ihdas edilmemiş olan Çek Cumhuriyeti gibi (Income Tax Law no: 586/92 Coll., Art 2(2) ve 17 (3) ve (4), Commercial Code Law no 513/1991 Coll., Art.2.); Bkz., Jaroslav Dado and Milan Sedmihradski, "National Report Czech Republic", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (125-138), Vol. 8, The Netherlands, Kluwer Law International, 2004, s. 257.

⁸⁸ Arnold, *CFC*, s. 129.

⁸⁹ Arnold, *CFC*, s. 368; ABD hukukunda "*Personal Holding Company (PHC)*" düzenlemesi ise pasif karakterli gelirlerin, daha düşük oranda vergilendirilmesini sağlamak üzere **yurtiçinde kurulan şirketlerde** toplanması suretiyle vergiden kaçınma olanağının ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır, Arnold, *CFC*, s. 368.

⁹⁰ Reuven S. Avi-Yonah, "Deemed Dividend Problem", *Working Paper Series*, SSRN Veri Tabanı (21.03.2007), s. 3. (*Deemed*)

⁹¹ Detaylı bilgi için, Bkz., Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 14–20; Yaltı, *Elektronik*, s. 85–89.

⁹² Arnold, *CFC*, s. 350–351.

⁹³ a) ABD Internal Revenue Code (IRC) madde 551-558'de yer alan Foreign Personal Holding Company düzenlemesi. (<http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode26/uscode26 USC sup 01 26 10 A 20 1 30 G 40 III.html>, (20.08.2007)), 23 Aralık 2004 tarihli Public Law 108–199/108–498 sayılı Kanunun 108/357 sayılı bölümü ile yürürlükten kaldırılmıştır.

sonucunda, İsviçre’de kurulan ABD vatandaşlarına ait yaklaşık 500 şirketin üçte birinden fazlasının 1960 yılında kurulmuş olduğu, Nassau ve Bahamalar’da bulunan ABD şirketlerine bağlı 1200 yavru şirketin yalnızca 50’sinin şirket çalışanları tarafından yönetildiği, geri kalanların ise vakıf şirketleri (trust companies) veya avukatlar tarafından ücret karşılığı yönetildiği, ayrıca bu şirketlerin genellikle gerçek ekonomik faaliyetlerde bulunmadığı, sadece alım-satıma aracılık ettikleri ve kardan belli bir yüzde alma prensibi ile çalıştıkları tespit edilmiştir⁹⁴.

KEYK düzenlemeleri ile benzer amaçlarla yürürlüğe konulmuş olan ancak daha dar kapsamlı bazı düzenlemelerin İsveç’te 1933 yılında⁹⁵ ve İngiltere’de 1936 yılında⁹⁶, ihdas edildiği tespit edilmektedir⁹⁷.

Fakat bugün dünyada "*Controlled Foreign Corporation/Company (CFC)*" olarak literatüre girmiş olan "*Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK)*" rejimini 1962 yılında ilk olarak ihdas eden ülke Amerika Birleşik Devletleridir⁹⁸. Hâlihazırda, ABD’de yürürlükte olan "*Kontrol Edilen Yabancı Kurum (controlled foreign corporation)*" mevzuatı, kanunda bulunduğu yeri ifade eden "*Subpart F Tipi Düzenleme*" olarak adlandırılmaktadır⁹⁹. Düzenleme ABD’de yürürlüğe girmesinden bir süre sonra, Avrupa’da da benimsenmeye başlanmıştır¹⁰⁰.

ABD’den sonra benzer bir düzenlemeyi yürürlüğe koyan ilk iki ülke, Kanada ve Almanya’dır. Önemli ölçüde "*Subpart F*" düzenlemeleri temel alınarak hazırlanan KEYK düzenlemesi, Kanada ve Almanya’da 1972¹⁰¹ yılında kanunlaştırılmış, Almanya’da aynı yılda yürürlüğe girmiş¹⁰², ancak Kanada’da "*Foreign Accrual Property Income (FAPI)*" olarak

(http://uscode.house.gov/classification/tbl108pl_2nd.htm, (20.08.2007)). Ancak FPHC düzenlemesi kapsamındaki gelirler, aynı adla ABD kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi Subpart F kapsamına alınmıştır, Bkz., § 3 Bölüm, I/1-b kısım.

b) Bu çalışmada Internal Revenue Code (IRC) metnine <http://www.law.cornell.edu> adresinden 20.08.2007 tarihinde ulaşılmış olup takip eden atıflarda adrese yer verilmemektedir.

⁹⁴ ABD Office of Tax Policy Department of the Treasury, The Defferal of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations: A Policy Study, December: 2000, <http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/subpartf.pdf> (21.05.2010), s. 8.

⁹⁵ İsveç vatandaşları tarafından kontrol edilen ve fiilen İsveç’te mukim gerçek kişilerce idare edilen yabancı holding şirketleri, yurtiçinde "*İsveç Ekonomik Birliği*" şirketleri ile temelde aynı vergilemeye tabi olan ve sadece sermayenin vergi cennetlerine transferi üzerinden vergi alınmasını hedefleyen bir düzenlemedir ve 1993 yılında yürürlükten kaldırılmıştır. Sandler, s.29–30.

⁹⁶ Foreign Personal Holding Company (incorporated pocketbooks olarak bilinen) düzenleme de, tıpkı ABD’deki düzenleme gibi dar kapsamlı bir önleyici düzenlemedir, Sandler, s. 28.

⁹⁷ Sandler, s. 24.

⁹⁸ Arnold, *CFC*, s. 129.

⁹⁹ İlgili olarak Bkz., § 3 Bölüm, I/1-b kısım.

¹⁰⁰ Avi-Yonah, *Deemed*, s. 3.

¹⁰¹ OECD, *CFC*, s. 22.

¹⁰² Lawrence Lokken, "*Whatever Happened to Subpart F? U.S. CFC Legislation After The Check-The-Box Regulations*", **Florida Tax Review**, Vol. 7, No. 186, (2005), s.195. (2005)

adlandırılan mevzuat, bazı nedenlerle ancak 1976 yılında yürürlüğe girebilmiştir¹⁰³. Kanada'da ayrıca 1984 yılında yine portföy yatırımlarının vergilendirilmesine yönelik benzer bir düzenleme daha yapılmıştır¹⁰⁴.

KEYK düzenlemelerinin Japonya'da 1978, Fransa'da 1980, İngiltere'de 1984, Yeni Zelanda'da 1988 yılında yürürlüğe girmesinden sonra, 1990 yılından itibaren KEYK düzenlemesi yürürlüğe giren ülkelerin sayısında hızlı bir artış yaşandığı ve rejimin daha çok gelişmiş ülkeler ve özellikle OECD ülkelerince benimsendiği görülmektedir¹⁰⁵.

Diğer taraftan, Avusturya'da¹⁰⁶, Belçika'da¹⁰⁷ ve Hollanda'da¹⁰⁸ KEYK düzenlemesi ihdas edilmemiş ise de, bu ülkelerde mükelleflerin vergiden kaçınma ya da vergi erteleme amacıyla vergi cennetlerine yönelmesinin engellenmesini ve daha çok pasif karakterli gelirlerin vergilendirilmesini amaçlayan genel veya özel nitelikli düzenlemeler de bulunduğu görülmektedir¹⁰⁹.

Ülkelerin KEYK düzenlemesini ihdas edip etmeme kararlarında, ülkenin genel ekonomik ortamı etkili olmaktadır. Örneğin, OECD ülkelerinin¹¹⁰ tümünde KEYK düzenlemesi ihdas edilmemiştir¹¹¹. Bu karar ülkelerin, uluslararası hukukunun en önemli hedeflerinden birisi olarak kabul edilen uluslararası vergi tarafsızlığı¹¹² doktrinine yaklaşımları ile ilgilidir¹¹³.

Bir ülkenin vergi sisteminin, kişinin yurtçinde veya yurt dışında yerleşmesi veya yatırım yapması kararlarında etkili olmaması durumunda uluslararası vergi tarafsızlığından söz edilebilir. Tam bir uluslararası vergi tarafsızlığı hiçbir zaman mümkün değildir, çünkü bütün

¹⁰³ Bu düzenleme, kurumun faaliyette bulunduğu yeri dikkate almaksızın, pasif karakterli gelirler ve "üs şirket" gelirlerinin vergilendirilmesini hedeflemekte ve "pasif karakterli gelir" ile "üs şirket" gelirinin kapsamı kanunda açıkça tanımlanmaktadır, Arnold, *CFC*, s.165.

¹⁰⁴ Bu düzenleme, "Foreign Investment Fund" (FIF) olarak adlandırılmaktadır ve bir Kanada mukiminin, -kontrol edilsin edilmesin- Kanada mukimi olmayan bir şirketten gelir elde etmesi ve yatırımın temel olarak, mükellefin Kanada'da yabancı kaynaklı gelir üzerinden ödemek zorunda olduğu vergiyi önemli ölçüde azaltma amacını taşıması halinde, mükellef (rate of return method) vergiye tabi tutulmaktadır, Sandler, s. 26.

¹⁰⁵ Detaylı bilgi için Bkz., Sandler, 27-36.

¹⁰⁶ Corporate Income Tax Act, 10(4), 2001; Katharina Haslinger, "National Report Austria", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (73-95), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 75.

¹⁰⁷ Income Tax Code, 344/2; Eric von Frenckell, "National Report Belgium", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (97-123), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 103-107.

¹⁰⁸ Individual Income Tax Act ve Corporate Income Tax Act; Martine J.Peters, "National Report The Netherlands", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (433-461), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 435.

¹⁰⁹ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 73-97; Peters, s. 433-463.

¹¹⁰ OECD (kurucu üye) ülkeleri: Avusturya, Belçika, Kanada, Danimarka, Fransa, Almanya, Yunanistan, İzlanda, İrlanda, İtalya, Lüksembourg, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç, İsviçre, Türkiye, İngiltere ve ABD, (kuruluşta sonra üye olan ülkeler) Japonya, Finlandiya, Avustralya, Yeni Zelanda, Meksika, Çek Cumhuriyeti, Macaristan, Polonya ve Kore.

¹¹¹ OECD, *CFC*, s. 11.

¹¹² Jinyan Li, "Global Profit Split: An Evolutionary Approach to International Income Allocation", **Canadian Tax Journal**, Vol. 50, Issue 3 (January 2002), s. 828. (2002)

¹¹³ OECD, *CFC*, s. 11.

ülkelerin vergi sistemlerinde ve teşvik politikalarında tam bir harmonizasyon olmasını gerektirir¹¹⁴. Vergi tarafsızlığı, "sermaye ihracında tarafsızlık (*Capital Export Neutrality (CEN)*)" veya "sermaye ithalatında tarafsızlık (*Capital Import Neutrality (CIN)*)" olmak üzere iki boyuta sahiptir¹¹⁵. Sermaye ihracında tarafsızlık (CEN), "ikametgâh ülkesi tarafsızlığı (*home neutrality*)", sermaye ithalatında tarafsızlık (CIN) ise "kaynak ülke tarafsızlığı (*source neutrality*)" olarak da adlandırılmaktadır¹¹⁶.

Her ne kadar uluslararası vergi tarafsızlığı, tam olarak sağlanamasa da, teorik olarak, mükelleflerin yabancı kaynaklı gelirlerinin, KEYK'lerden elde edilenler de dâhil olmak üzere, tahakkuk esasında vergilendirilmesi ve bu gelirler üzerinden ödenen vergilerde de tam bir indirim sağlanması durumunda, uluslararası vergi tarafsızlığının sağlanabilmesi için önemli bir önlem alınmış olacaktır¹¹⁷. Uluslararası vergi tarafsızlığının bu yönü, sermaye ihracatında tarafsızlık (CEN) olarak adlandırılmaktadır¹¹⁸. Sermaye ithal eden ülkeler açısından, yabancı ve yurtiçi yatırımcılar arasındaki eşitliğe odaklanan¹¹⁹ bu doktrin, bir ülkede mukim mükelleflerin, yurtdışında yapmış oldukları yatırımları ile yurt dışında yapmış oldukları yatırımlarının aynı vergi yükü ile karşı karşıya kalması gerekliliği¹²⁰ olarak tanımlanmaktadır¹²¹. Sermaye ihracatı tarafsızlığının gerçekleştirilebilmesi için, yukarıda da belirtildiği üzere, hukuksal çifte vergilendirmenin önlenmesinde, yabancı ülkelerde ödenen vergilerde indirim yönteminin uygulanması, ayrıca kaynak ülkede vergi yükünün düşük olması durumunda, ikametgâh ülkesinin ilave vergi uygulaması, kaynak ülkedeki vergi yükünün yüksek olması durumunda ise ikametgâh ülkesinin vergi farkını iade etmesi gerekmekte olup, yatırımlar arasında vergi yükü eşitliği sağlanabilmesi ancak bu şekilde mümkün olabilir¹²². Başka bir ifadeyle vergi sisteminin, mükelleflerin yurtiçi veya yurt dışı yatırım kararlarını etkilememesi¹²³, tam bir tarafsızlık içerisinde olması gerekmektedir¹²⁴. Sermaye ihracatında

¹¹⁴ Arnold, *CFC*, s. 55.

¹¹⁵ Li, *2002*, s. 828.

¹¹⁶ Dennis Weber, **Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms**, Vol. 11, The Netherlands: Kluwer Law International, 2005, s. 117. (*Tax Avoidance*)

¹¹⁷ Arnold, *CFC*, s. 55.

¹¹⁸ Arnold, *CFC*, s. 55.

¹¹⁹ Weber, *Tax Avoidance*, s. 118.

¹²⁰ Sandler, s.14; Li, *2002*, s. 828; IBFD, *Glossary*, s. 88.

¹²¹ Uluslararası vergi tarafsızlığının, sadece mukim mükelleflerin yurt dışı yatırımlarının, yatırım yapılan ülkedeki vergi durumlarının eşitliğinin sağlanması noktası ile sınırlı olması, yurt içi yatırımlar ile yurt dışı yatırımlar üzerindeki verginin eşitliği ile ilgilenmemesi gerektiği de tartışılabilir, Arnold, *CFC*, s. 55.

¹²² Weber, *Tax Avoidance*, s. 118.

¹²³ Li, *2002*, s. 828; IBFD, *Glossary*, s. 87.

¹²⁴ Sandler, s.14.

tarafsızlık doktrininin hedeflediği bir başka amaç ise ülkeler arasındaki rekabet eşitliğinin sağlanmasıdır¹²⁵.

Diğer taraftan, uluslararası vergi tarafsızlığının bir başka yönü daha bulunmakta olup, sermaye ithalatında tarafsızlık (CIN) olarak adlandırılan ve sermaye ithal eden ülkeler açısından, yabancı ve yurtiçi yatırımcılar arasındaki eşitliğe odaklanan bu doktrine göre; yabancı bir ülkede yatırım yapan mukimlerin, o ülkeden elde edilen vergi sonrası karının, o ülke mukimlerinin yatırımlarından elde ettikleri vergi sonrası kar ile eşit olması gerekmekte olup¹²⁶, bunun gerçekleşmesi için kullanılan enstrüman, yabancı kaynaklı gelirleri, uluslararası hukuksal çifte vergilendirmenin önlenmesi için¹²⁷ vergiden müstesna tutmaktır¹²⁸. Sermaye ithalatında tarafsızlık, yatırımcılar ve üretim faktörleri arasındaki eşitliği hedeflemektedir ve daha da önemlisi, yatırım yapılan ülkedeki rekabet koşulları olumsuz etkilenmemelidir¹²⁹.

Sermaye ihracatında tarafsızlık doktrini ve sermaye ithalatında tarafsızlık doktrini açısından KEYK düzenlemelerinin durumuna ilişkin olarak Weber, aşağıdaki belirlemeleri yapmaktadır¹³⁰.

"Herhangi bir olayda, sermaye ihracatında tarafsızlık doktrininin önemi, her ne nedenle olursa olsun, kaynak ülkede vergilendirilmeyen veya yeterince vergilendirilmeyen bir gelirin, ikametgâh ülkesinde vergilendirilecek olmasıdır. Farklı ülkelerdeki mevzuat farklılıkları nedeniyle kazancın hem mukim olunan ülkede hem de kaynak ülkede vergilendirilmemesi sorunu bu yöntemle önlenmektedir. Ayrıca indirim yöntemi de vergiden kaçınmanın önlenmesinde faydalı bir düzenlemedir. Bu önemli bir noktadır. Önemli bir noktadır çünkü ekonomistlerin ve hukukçuların şöyle düşünmeye başlamasında etkili olmuştur; istisna yönteminin gerçek amacı sermaye ithalatı tarafsızlığının başarılması,

¹²⁵ Weber, *Tax Avoidance*, s. 118.

¹²⁶ Sandler, s. 14.

¹²⁷ Weber, *Tax Avoidance*, s. 117.

¹²⁸ CIN yabancı kaynaklı gelirlerin, mukim mükelleflere dağıtılmasında, vergi eşitliği üzerine yoğunlaşmakta, başka bir ifadeyle, yabancı kaynaklı gelirler, elde edildikleri ülkede yeniden yatırıma yönlendiğinde, yurtiçi vergileme da olmayacağından, mükellefler, yabancı ülke mukimleri ile daha eşit şartlarda rekabet edebileceklerdir, Arnold, *CFC*, s. 55.

¹²⁹ Weber, *Tax Avoidance*, s. 118; 1960–1980 yılları arasında birçok ekonomist, sermaye ihracatında tarafsızlığın, en üst düzeyde verimliliği sağladığı görüşündeydiler. Ekonomistler, sermaye ithalatı tarafsızlığının verimsiz olduğu, çünkü verginin, üretim faktörlerinin dağılımında önemli bir rol oynadığı, ekonomik faaliyetlerin ve sermayenin vergisel nedenlerle yer değiştirdiği, bunun da (AB) üye ülkeler arasında vergi rekabetine neden olduğu ve tüm bu sonuçların da verimsiz olduğu görüşündeydiler. Ancak yakın tarihli çalışmalardan görülmektedir ki, ekonomistler ve hukukçular, önceki düşüncelerinin aksi yönde tartışmaya başlamışlardır. Benim düşünceme göre sermaye ithalatı tarafsızlığı, sermaye ihracatı tarafsızlığından daha fazla verimlidir ve karşılaştırma yapmak için dışarıda bırakmamız imkânsız olan vergisel faktörleri hesaba kattığımızda, ekonomistlerin aksine, sermaye ithalatı tarafsızlığı, üretim faktörlerinin dağılımı açısından daha da verimlilik gösterir, Weber, *Tax Avoidance*, s. 119.

¹³⁰ Weber, *Tax Avoidance*, s. 121.

indirim yönteminin gerçek amacı ise sermaye ihracatında tarafsızlığının başarılmasıdır. ... Diğer taraftan, istisna yönteminin amacının, sermaye ithalatı tarafsızlığının başarılması olmadığını fakat çifte vergilendirmenin ve vergiden kaçınmanın önlenmesi olduğu ileri sürülebilir. İndirim yöntemi de bir zamanlar çifte vergilendirmenin önlenmesi için uygulamaya konulmuştu, çünkü aynı zamanda vergiden kaçınmanın önlenmesini de sağlamaktaydı. Ancak günümüzde indirim yöntemi, vergiden kaçınmanın önlenmesinde, modası geçmiş ve amaca uygun olmayan bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Çünkü vergilendirme şartı taşıyan (subject to tax clause) istisna yöntemi de ikametgâh ülkesinin ilave vergi alma dezavantajı da olmaksızın, vergiden kaçınma ile mücadele edebilmektedir.

Bu nedenlerle, KEYK düzenlemesi şeklindeki vergiden kaçınma ile mücadele yöntemleri, sermaye ihracatı tarafsızlığı doktrinine dayandırılabilir.... KEYK düzenlemesini ihdas ederken ülkeler, mükelleflerin parasal kaynakları, düşük vergi yükü taşıyan ülkelerde kurulan yabancı kurumlarda tutma yoluyla vergiden kaçınma veya vergi erteleme girişimlerini engellemeyi amaçlamaktadır.”

Dünya uygulamaları incelendiğinde, KEYK düzenlemelerinin genel olarak bu iki doktrinden, sermaye ihracatında tarafsızlık doktrinine dayandırılmakta¹³¹ olduğu görülmektedir¹³².

Aşağıdaki tabloda da görüleceği üzere 2007 yılına kadar Türkiye ile birlikte 25 ülkede KEYK veya benzer amaçlı mevzuatın yürürlükte olduğu tespit edilebilmiştir.

¹³¹ Li, 2002, s. 828.

¹³² A. Beyazıt Balcı, “Yeni Bir Vergi Güvenlik Müessesesi Olarak Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar Düzenlemesi”, **Vergi Dünyası**, Sayı.178 (Ekim 2007), s. 143. (*Güvenlik*)

Tablo 1
1961–2007 Yılları Arasında KEYK Düzenlemesini İhdas Etmiş Ülkelerin Listesi

	ÜLKE ADI	DÜZENLEME TARİHİ	YÜRÜRLÜK TARİHİ	YER ALDIĞI KANUN	MADDE
1	ABD	1961	1962	1986 Internal Revenue Code	Subpart F, sec 957
2	Almanya	1972	1972	Aussensteuergesetz (AstG)	7–14
3	Kanada	1972	1976	1985 Income Tax Act	c.2 (5.Supp.)
4	Japonya	1978	1978	Special Taxation Measures Law	40/4–6, 66/6–9
5	Fransa	1980	1980	Code Général des Impôts	209B
6	İngiltere	1984	1984	1988 Income and Corporation Taxes Act	md. 747–756
7	Yeni Zelanda	Aralık 1987	01.04.1988 (kısmen) 01.04.1993 (tamamen)	Income Tax Act 1994	CG 3–13, GC 7–7–10
8	İsveç	01.01.1990	01.01.1990	National Income Tax Act	16(2)
9	Avustralya	01.07.1990	01.07.1990	1936 Income Tax Assessment Act	Part X
10	Norveç	01.01.1992	01.01.1992	Company Tax Act	Chapter 7 10-60/10-68
11	Finlandiya	1993	1995	Taxation of Participants in Foreign Intermediary Bodies Act	1217/1994
12	İtalya	29.04.1992	29.04.1992	Income Tax Code	342/1
13	İspanya	01.01.1995	01.01.1995	Act 42/1994	Art.2 – 4
14	Endonezya	01.01.1995	01.01.1995	Income Tax Law 1994	18(2)
15	Portekiz	19.02.1995	19.02.1995	Corporate Income Tax Act	60
16	Danimarka	17.05.1995	17.05.1995	Corporate Tax Act	312/32
17	Kore	01.01.1996	01.01.1996	Law for Co-ordination of International Tax Affairs	Chapter IV
18	Macaristan	1996	01.01.1997	Corporate Income Tax and Divident Tax	81/1996
19	Meksika	30.12.1996	01.01.1997	Mexican Income Tax Law	Birçok maddeye yayılmıştır.
20	Güney Afrika	01.07.1997	01.07.1997		
21	Estonya	15.12.1999	01.01.2000	Law on Income Tax	Sec 10–18-22-52
22	Litvanya	20.12.2001	01.01.2002	Law on Profit Tax	
23	İsrail	24.07.2002	24.07.2002	Income Tax Ordinance 5762–2002	5-75B
24	Hollanda	01.01.2001	01.01.2001	Individual Income Tax Act Corporate Income Tax Act	29a 28b
25	Türkiye	21.06.2006 04.04.2007	01.01.2007	KVK GVK	7 75

II- ULUSLARARASI TARİHİ SÜREÇLER

1. OECD

Doğrudan yabancı yatırımlardan elde edilen gelirlerin "vergi planlaması"¹³³, "vergiden kaçınma"¹³⁴ veya "vergi ertelenmesi"¹³⁵ sağlama amacıyla ortaklara dağıtılmaksızın yurt dışı iştirakler bünyesinde tutulmasına ve vergi matrahının ülkeler arasında yer değiştirmesine neden olan ülke uygulamalarının haksız vergi rekabetine neden olduğunun ortaya çıkması üzerine¹³⁶, OECD tarafından hazırlanan çalışma ve raporlarda; haksız vergi rekabetinden korunmada kullanılacak çözüm yolları arasında, ulusal vergi sistemleri içerisinde yer alacak KEYK düzenlemesinin önerildiği görülmektedir.

OECD tarafından yapılan çalışmalar incelendiğinde, içinde KEYK'lere ilişkin temel tespit ve öneriler bulunan üç çalışmanın bulunduğu belirlenmektedir

a. Vergi Anlaşmaları ve Üs Şirketler Raporu

OECD'nin KEYK düzenlemelerinin ihdasını önerdiği ilk rapor 27 Kasım 1986 tarihli "*Çifte Vergilendirme Anlaşmaları ve Üs Şirketlerin Kullanılması*" başlıklı Rapor'dur. Rapor'da, üs şirketlerin vergilendirme alanında yarattığı olumsuz etkilerin önlenmesi amacıyla ihdas edilen KEYK düzenlemelerinin ilk örneği olan "*Subpart F*" tipi hükümlerin kullanımının sonuçları tartışılmıştır¹³⁷.

Rapor'da, mükelleflerin, düşük vergili ülkelerde üs şirketler kurmak ve geliri bu şirket bünyesine kaydırmak suretiyle kendi ülkelerinde ödemekle mükellef buldukları

¹³³ Vergi planlaması, bir kişinin vergi yükümlülüğünün minimize edilmesi girişimi olarak tanımlanmaktadır, IBFD, *Glossary*, s. 303.

¹³⁴ Vergiden kaçınma, mükelleflerin işlerini, yasalara uygun olarak vergi sorumluluğunu/yükümlülüğünü azaltacak şekilde yönlendirmeleridir, IBFD, *Glossary*, s. 24; Bkz., § 6 Bölüm, I/3-a kısım.

¹³⁵ Vergi ertelenmesi (defferal), bir ülkede mukim gerçek ve tüzel kişilerin tarafından yabancı ülkelerde mukim şirketler, vakıflar ve diğer kurumlar vasıtasıyla doğrudan veya dolaylı olarak elde edilen gelirlerin, dağıtılcaya kadar vergilendirilmemesidir. Bu anlamda, yabancı ülkelere elde edilen gelirlerin istisna kapsamında değerlendirilmesinden farklılık arz etmektedir, Arnold, *CFC*, s. 83; Vergi ertelenmesi (defertment of tax), birçok konuda farklı şekilde (değer artış kazançlarında; yenileme fonu uygulaması, amortisman uygulamasındaki avantaj nedeniyle amortisman tabii kıymetlerin erken satın alımı, herhangi bir dönemde yüksek olan vergi yükünün azaltılması için, gelirin veya kar dağıtımlarının ertelenmesi gibi) gerçekleştirilebilir. Birçok ülkede hukuken amaçlanmayan ve vergi ertelenmesi amacıyla gerçekleştirilen bazı vergiden kaçınma girişimlerinin önlenmesi için düzenlemeler yapılmakta olup, bu düzenlemelere bir örnek, yabancı ülkelere elde edilen gelirlerin dağıtılmaması yoluyla vergi yükümlülüğünün azaltılmasının önlenmesi amacıyla kullanılan kontrol edilen yabancı kurum düzenlemeleridir, IBFD, *Glossary*, s. 86.

¹³⁶ Mayıs 1996'da The Ministerial Communiqué, OECD'den, haksız vergi rekabetinin, yatırımlar, finansal kararlar ve ulusal vergi sistemleri üzerinde yarattığı olumsuz etkilere karşı önlemler geliştirmesi ve 1998'de bir Rapor hazırlanmasını istemiş; bu çerçevede The Committee on Fiscal Affairs tarafından oluşturulan Special Sessions on Tax Competition, Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue başlıklı bir Rapor hazırlanmış ve bu Rapor, 20 Ocak 1998 tarihinde The Committee on Fiscal Affairs tarafından da uygun bulunmuştur, OECD, *1998*, paras.1,2 ve 3.

¹³⁷ Rapor, 29 Nisan 2000 tarihinde OECD Mali İşler Komitesi tarafından güncellenerek OECD Model Anlaşması Şerhi'nin ekinde 5 Numaralı Rapor olarak yer almıştır, OECD, *2000a*, para. 23.

vergileri azalttıkları, raporun, ülkelerin, vergi sistemlerinin eşitlik ve tarafsızlığını da korumak için bu türden şirketlerle mücadele etmek amacıyla aldıkları önlemler ile bu önlemlerin, özellikle vergi anlaşmalarına bağlı olarak, uluslararası etkileri ve uygulamalarının incelenmesi amacını taşıdığı¹³⁸ belirtilmiştir. Rapor'da, vergiden kaçınmayı önleyici önlemlerin bazen ulusal hukuk kuralları bazen de vergi anlaşmaları kapsamında yer alabileceği ifade edilmiştir¹³⁹.

Rapor'da ulusal vergi hukuku kapsamında yer alabilecek üç önlem uluslararası vergi anlaşmaları bakımından değerlendirilmiştir. Bunlardan birincisi, transfer fiyatlandırması kuralları ile bilgi alma, ispat yükü gibi usul kurallarıdır.¹⁴⁰ İkincisi özün şekle önceliği ilkesine ilişkin düzenlemelerdir¹⁴¹. Üçüncüsü de "Subpart F" tipi¹⁴² düzenlemelerdir¹⁴³.

b. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Mevzuatı Raporu

OECD içinde KEYK'lere yönelik doğrudan değerlendirme içeren tek çalışmanın, Mali İşler Komitesi tarafından yapılan ve 1996 Temmuz ayında onaylanarak aynı yıl yayınlanan, "*Kontrol Edilen Yabancı Kurum Mevzuatı*" Rapor'u olduğu görülmektedir¹⁴⁴. Rapor, Mali İşler Komitesinin Vergi Politikaları Analizleri ve Vergi İstatistikleri 2 Numaralı Çalışma Grubu tarafından hazırlanmış olup, Haziran 1995 tarihi itibarıyla 14 OECD ülkesinde uygulanan düzenleme ile ilgili güncel bilgileri içermektedir. Rapor'da, KEYK düzenlemelerinin genel özellikleri, diğer vergiden kaçınmaya yönelik önlemlerle etkileşimi incelenmiş ve 14 OECD ülkesinin KEYK mevzuatının özeti Rapor'a eklenmiştir. Rapor tamamen üye ülkelerde uygulanmakta olan KEYK mevzuatlarını incelemekte olup, konu ile ilgili bir öneri veya eleştiri içermemektedir.

¹³⁸ OECD, 2000a, R(5)-3, para.1.

¹³⁹ OECD, 2000a, R(5)-3, para.2.

¹⁴⁰ OECD, 2000a, R(5)-3, para.20.

¹⁴¹ OECD, 2000a, R(5)-3, paras.21-22.

¹⁴² OECD, 2000a, R(5)-3, paras.23-24-25-26.

¹⁴³ Rapor'da, "Subpart F" tipi düzenlemelerin sadece, yabancı ülkelerde kurulu bulunan kontrol edilen şirketler tarafından elde edilen gelirin ortaklara dağıtılmaması durumunda uygulanabileceği ancak gerçek ekonomik faaliyetlerde bulunan ve vergisel nedenlerle kurulmayan şirketlere uygulanamayacağı ifade edilmiş ve vergilemenin ortaklar nezdinde üç varsayıma dayalı olarak yapılabileceği, ancak bu teorik yaklaşımların hiçbirisinin uygulamacı ülkeler tarafından kesin ve sert bir şekilde uygulanmadığı, şartlara uygun olarak farklı şekillerde uygulandığı ifade edilmiştir. Bu yaklaşımlar şöyledir; (i) Dağıtılmış sayılma ("*fiktif kar payı*" yaklaşımı); veya (ii) Ortaklarca elde edilmiş sayılma, şirket faaliyetlerinin ortaklara atfedilmesi ("*kurum perdesinin kaldırılması*" yaklaşımı); veya (iii) Ödeme gücünü dikkate alma, çünkü elde edilen gelir ortakların tasarrufundadır, ayrıca özel bir sermaye kazancı oluşturmaktadır, OECD, 2000a, para. 24; Bkz., § 4 Bölüm, II/2-b kısım.

¹⁴⁴ Bkz., Dpnt. 5.

c. Haksız Vergi Rekabeti Raporu

KEYK düzenlemelerinin OECD tarafından önerildiği bir çalışma Nisan 1998 tarihinde yayımlanan, "*Haksız Vergi Rekabeti: Yükselen Küresel Bir Konu*" Raporu'dur¹⁴⁵. Haksız vergi rekabetinin ortaya konulması ve buna karşı alınması gereken önlemlere ilişkin olarak, 1996 yılında OECD Bakanlar Konseyi toplantısıyla başlatılan çalışma, Rapor'un 27-28 Nisan 1998 tarihinde Paris'te yapılan Bakanlar Konseyi toplantısında yayımlanan bir bildiriyle kabul edilmesiyle sonuçlanmış¹⁴⁶ ve Rapor'da kabul edilen ilke ve kararların bir sonucu olarak daha somut bir aşamaya gelmiştir¹⁴⁷.

Rapor'da, uluslararası haksız vergi rekabeti yaratan uygulamalar tanımlanmış ve bunlara karşı alınacak önlemler üç başlık altında toplanmıştır¹⁴⁸. Bu öneriler; "*ülkelerin yasal mevzuatlarını ilgilendiren öneriler*", "*ülkelerin vergi anlaşmalarını ilgilendiren öneriler*" ve "*uluslararası işbirliğini güçlendirmeye yönelik öneriler*"¹⁴⁹ şeklinde kategorize edilmiş olup¹⁵⁰, KEYK düzenlemeleri, ülkelerin yasal mevzuatlarını ilgilendiren öneriler arasında ilk sırayı almaktadır¹⁵¹.

2. AVRUPA BİRLİĞİ

AB içinde sermayenin serbest dolaşımı, gümrük kontrollerinin kaldırılması, tek para biriminin kullanımı ve bilgi ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler, vergi matrahlarının

¹⁴⁵ Bkz., Dpnt. 4.

¹⁴⁶ Semih Öz, **Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri**, Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005, s. 94. (*Vergi Cennetleri*)

¹⁴⁷ Niyazi Cangir, "*Vergide Rekabet ya da Vergi Politikasının Değişen İşlevi I*", **Yaklaşım**, Sayı. 91 (Temmuz 2000), s. 107.

¹⁴⁸ OECD, 1998, para. 92.

¹⁴⁹ OECD, 1998, para. 91. Rapor'da yer alan önlemler şunlardır;

- 1) Ülkelerin yasal mevzuatlarını ilgilendiren öneriler,
 - a) Kontrol Edilen Yabancı Kurum düzenlemeleri,
 - b) Yabancı Yatırım Fonları ve benzeri kurumlara yönelik düzenlemeler,
 - c) Haksız vergi rekabeti kapsamında iştirak kazançları istisnasında veya yabancı kazançlarda istisna sağlayan diğer sistemlerde sınırlamalara yönelik düzenlemeler,
 - d) Ülkelerin bilgi toplama kuralları,
 - e) İdari uygulamalara ilişkin kurallar,
 - f) Transfer fiyatlandırmasına ilişkin düzenlemeler,
- 2) Ülkelerin vergi anlaşmalarını ilgilendiren öneriler,
- 3) Uluslararası işbirliğini güçlendirmeye yönelik öneriler.
- 4) Vergiye yönelik olarak banka bilgilerine ulaşılabilmesine ilişkin düzenlemeler

¹⁵⁰ Billur Yalıtı, "2000'li Yılların Vergisel Mozaği: Günümüz Vergilerinden Geleceğin Olasılıklarına I", **Yaklaşım**, Sayı. 92 (Ağustos 2000), s. 54. (*2000'li Yıllar*)

¹⁵¹ 1998 yılında yayınlanan bu Rapor'u takiben, Rapor'da belirlenen sürece dayalı olarak yapılan çalışmaların değerlendirildiği; 1998 Raporu gereğince oluşturulan Forum tarafından yapılan çalışmaları özetleyen ve vergi cenneti ülkeler ile tercihli vergi rejimlerinin listesinin belirlendiği 2000 İlerleme Rapor'u, Mali İşler Komitesi tarafından düzenlenen ve 1998 ve 2000 Raporları doğrultusunda yapılan çalışmaların değerlendirildiği 14 Kasım 2001 tarihinde düzenlenen Rapor ve işbirliğine gitmeyen ve kara listede yer alan ülkelere ilişkin kesin listenin yer aldığı 28 Şubat 2001 tarihli Rapor, 18 Nisan 2002 tarihli "*Vergi Konularında Bilgi Değişimi Anlaşması*", 2004 yılında da "*Küresel Vergi İşbirliğine Doğru: Haksız Vergi Rekabetinin Tanımlanması ve Önlenmesi Süreci*" başlıklı 2004 İlerleme Raporu ve 2006 yılında "*The OECD's Project on Harmful Tax Practices: 2006 Update on Progress in Member Countries*" yayınlanmıştır; Bkz., www.oecd.org.

hareketliliğini arttırmış ve bu hareketlilik, gerçek ve tüzel kişilere, mali ikametgâhlarını ihtiyaç duydukları en uygun mali paketi sağlayan ülke veya bölgeye taşımaya olanaklı kılmak yolu ile servet artışı (welfare gains) yaratılabilmesine neden olmuştur¹⁵². Başka bir ifadeyle, Birliğe üye ülkelerdeki vergi sistemlerinin farklılığından kaynaklanan vergisel avantajlara, Birlik içerisinde özellikle temel serbestilerden biri olan sermayenin dolaşım serbestisi de eklenince, Avrupa Birliği'nde (AB) küresel bir sorun olan haksız vergi rekabetinin ve vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin girişimlere başlanması zorunluluğu doğmuştur. Ancak yine de, AB'de KEYK düzenlemesi gibi düzenlemelerin uygulamaya konulmasına ilişkin olarak doğrudan bir öneriye rastlanılmamaktadır.

AB Komisyonu'nca ilk kez 1996 yılında vergi meselesine ilişkin olarak ileri sürülen küresel yaklaşımın temel amacı, *"Topluluk içinde vergi koordinasyonu olmamasından kaynaklanan ekonomik ve sosyal dezavantajların ortadan kaldırılması"* olarak ortaya konmuş olup, AB içerisinde haksız vergi rekabetine yönelik oluşturulan vergi paketinin içerdiği önlemler, Tek Pazar üzerindeki olumsuz etkilerin azaltılmasını, vergi gelirlerindeki azalmanın önlenmesini ve vergi sistemlerinin daha uyumlu bir şekilde çalışmasını teşvik etmeyi amaçlamaktadır¹⁵³.

ECOFIN AB Ekonomi ve Maliye Bakanları Konseyi, 1996 yılında başlatılan ve üçlü bir yapıya sahip olan söz konusu girişimin¹⁵⁴ en önemli bacağı olan¹⁵⁵ ve *"Şirket Vergilerinde Eylem Kodu (The Code of Conduct for Business Taxation)"*¹⁵⁶ olarak adlandırılan bir önlemler

¹⁵² OECD, "Tax Systems in European Union Countries", 29 July 2001, <http://www.oecd.org/dataoecd/28/55/35670025.pdf> (21.05.2010), s. 8.

¹⁵³ Yaltı, 2000'li Yıllar, s. 53.

¹⁵⁴ "...Avrupa Birliği'nin zarar verici vergi rekabeti alanındaki çalışmaları üye ülkelerin üzerinde anlaşmaya vardıkları 1 Aralık 1997 tarihli **"Vergi Paketi"**ne (Tax Package) dayanmaktadır. Komisyon çağırısı üzerine hazırlanan **"Vergi Paketi"** üç önlem üzerine hazırlanmıştır:

— Zarar verici vergi rekabetinin ortadan kaldırılması için Kurumlar Vergisi Uygulama Usulleri Tüzüğü (Code of Conduct for Business Taxation) oluşturulması,

— Tasarrufların vergilendirilmesinde uygulanacak en az vergi oranı belirlenmesi,

— Bağlı şirketlerin arasında sınır ötesi işlemlere konu olan faiz ödemeleri ile telif bedelleri üzerindeki stopajın kaldırılması.

1997 tarihli vergi paketinin son unsuru olan bağlı şirketler arasındaki faiz bedelleri ile telif bedelleri üzerindeki stopajın kaldırılması, zarar verici vergi rekabetinin önlenmesi ile ilgili olmayıp, kurumların vergiye uyum maliyetlerinin azaltılmasıyla ilgilidir. ...", Emrah Ferhatoğlu, "Avrupa Birliği'nde Zarar Verici Vergi Rekabetine Karşı Yürütülen Çalışmalar", **Yaklaşım**, Sayı: 162 (Haziran 2006), s. 192.

¹⁵⁵ Yaltı, 2000'li Yıllar, s. 54.

¹⁵⁶ Literatürde "Code of Conduct (Business Taxation)" terimi ile ilgili olarak; Semih Öz tarafından "İş Davranış Kuralları" (Öz, Vergi Cennetleri, s.117), Emrah Ferhatoğlu tarafından "Kurumlar Vergisi Uygulama Usulleri Tüzüğü" (Ferhatoğlu, s. 192); Funda Başaran tarafından "İşletme Vergilemesi Temel Kuralları" (Funda Başaran, "Avrupa Birliği İşletme Vergilemesi Temel Kurallarına Uyum", **Vergi Sorunları**, Sayı: 156 (Eylül 2001), s. 127); Esra Ekmekçi tarafından "Vergilendirme için İş Davranış Kuralları" (Esra Ekmekçi, **Küreselleşme ve Verilendirmede Yeni Eğilimler**, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 167, s. 16); S. Saygın Eyüpgiller tarafından "Ticari Faaliyetlerin Vergilendirilmesi Davranış Kodu" (S. Saygın Eyüpgiller, **Uluslararası Zarar Verici Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri**, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002, s. 115 (Vergi Cenneti)) çeviriler de bulunmakla birlikte, bu çalışmada Yaltı tarafından kullanılan "Şirket Vergilerinde Eylem Kodu" terimi benimsenmiş olup, doğrudan yapılan

paketi üzerinde anlaşmaya varmıştır.¹⁵⁷ 1 Aralık 1997 tarihinde Konsey tarafından kabul edilen konuyla ilgili Karar'ın temel amacı, AB'nin karşı karşıya kaldığı tahrifatın ortadan kaldırılması ve haksız vergi rekabetinin önlemesidir¹⁵⁸. Karar siyasi güce sahip olsa da kanuni bağlayıcılığı bulunmamakta, sadece üye ülkelerden haksız vergi uygulamaları konusunda öngörülmüş olan sürece uymaları istenmektedir¹⁵⁹. Bununla birlikte, Kodun bağlayıcı etki doğurmayacağı yönündeki bütün açıklamalara ve metnin dilinde özellikle gösterilen özene rağmen, 2005 yılının tamamlanması ile yargısal süreçlere konu edilebileceği yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁶⁰. Karar'da, KEYK düzenlemesi hakkında herhangi bir ifade yer almamış olsa da¹⁶¹, haksız vergi rekabetinin tanımlanması ve şirket vergilemesine ilişkin düzenlemelerde, ticari faaliyetin (business activity) yerini önemli düzeyde etkileyen ya da etkileme olasılığı olan kuralları kapsamı açısından¹⁶² çok uluslu şirketlerin vergiden kaçınma veya vergi erteleme olanağı sağlayan girişimlerinin vurgulanması anlamında önemlidir¹⁶³.

Şirket Vergilerinde Eylem Kodu ile ayrıca, haksız vergi rekabeti yaratan uygulamaların tanımlanması ve sürecin izlenmesi amacıyla özel bir çalışma grubu oluşturulmasına karar verilmiş ve bu çalışma grubu 9 Mart 1998 tarihinde toplanarak, 29 Kasım 1999'da Primarolo Raporu olarak da bilinen bir Rapor hazırlamıştır¹⁶⁴. Primarolo Raporu, OECD kriterlerini dikkate alarak haksız vergi rekabeti araçlarını tanımlamış ise de, tüm üye olan veya olmayan ülkeleri kapsayan OECD Projesinin aksine AB dışındaki ülkeler üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır¹⁶⁵. Rapor'da, 66 potansiyel haksız vergi rekabeti aracı tanımlanmış olup, bunlar; *"finansal hizmetler ve grup finansman işlemleri ve gayrimaddi hak*

alıntılarda yazarların metin içinde geçen kendi orijinal çevirileri kullanılmıştır, Billur Yaltı, **Avrupa Birliği'nde Dolaysız Vergiler**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., Kasım 2002, s. 53. (*Avrupa Birliği*)

¹⁵⁷ Maria Flavia Ambrosanio ve Serena Caroppo, "Eliminating Harmful Tax Practices in Tax Havens: Defensive Measures by Major EU Countries and Tax Haven Reforms", **Canadian Tax Journal**, Volume Vol. 53, Issue: 3 (1 July 2005), s. 690.

¹⁵⁸ European Commission, The Code of Conduct for Business Taxation, 06.01.1998 tarihli AB Resmi Gazetesi (Official Journal of the European Communities)'nde yayınlanmıştır.

¹⁵⁹ European Commission Taxation and Customs Union, http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm (Erişim:01.12.2007); Ambrosanio ve Caroppo, s.690.

¹⁶⁰ Yaltı, Adalet Divanının bu Karar'ı bağlayıcı bir metin olarak kabul edebileceği görüşündedir. "... kararın hukuki etkisi itibarıyla sui generis kategoride yer alan, konu ve içerik itibarıyla açık, yönelmiş kurumlar itibarıyla (üye devletler) açısından bağlayıcı yasak hükümleri içeren ve fakat takvim koşuluna bağlı bir hukuki işlem olduğu, süre koşulunun tamamlanmasıyla bağlayıcı etki yaratacağı sonucuna varılmıştır...". Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 53.

¹⁶¹ European Commission, The Code of Conduct for Business Taxation, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/COC_EN.pdf, (01.12.2007).

¹⁶² Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 53.

¹⁶³ Karar'ın, "The Code of Conduct for Business Taxation tax measures covered" bölümünün B/4 paragrafında "... 4. weather the rules for profit determination in respect of activities within a multinational group of companies departs from internationally accepted principles, notably the rules agreed upon within the OECD, or ..." (... çokuluslu bir şirketler grubunun faaliyetlerinden elde edilen karın belirlenmesinde, uluslararası kabul görmüş kurallara, özellikle OECD tarafından kabul edilen kurallara aykırı olup olmadığı, ...) ifadesi yer almaktadır.

¹⁶⁴ European Commission, Primarolo Report, "Work of The Code of Conduct Group" http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/primarolo_en.pdf, (01.12.2007).

¹⁶⁵ Ambrosanio ve Caroppo, s. 691.

bedeli ödemeleri”, "sigorta, reasürans ve şirket sigortası işlemleri”, "grup içi hizmetler”, "holding şirketler”, "vergiden muaf şirketler ve offshore şirketler” ile "diğer uygulamalar” ve "diğer bireysel önlemler” olmak üzere yedi ana başlık altında¹⁶⁶ incelenmiştir.

Primarolo Raporu’nun KEYK düzenlemeleri açısından önemi, Holding Şirketler (Holding Companies) ve Exempt and Offshore Companies kategorisinde, KEYK kavramına yer vermesidir. Rapor’un, (iv) Holding Şirketler¹⁶⁷ alt başlığı altında, iştirak kazançları istisnasının haksız vergi rekabeti yarattığı, ancak iştirak kazançları istisnası ile bütünlük arz edecek şekilde uygulanan KEYK düzenlemesinin haksız vergi rekabetine neden olduğu yönünde değerlendirilmediği, (v) Exempt and Offshore Companies¹⁶⁸ alt başlığı altında ise vergiden istisna edilen şirketler ile tam vergi istisnası sağlamasa bile offshore şirketlerin haksız vergi rekabeti yarattığı, hatta bazı uygulamalarda vergi oranının, kaynak ülkede uygulanan KEYK düzenlemesinin etkilerinin azaltılması amacıyla belirlendiği belirtilerek, sekiz vergiden istisna şirket uygulaması ve altı offshore şirket uygulaması, "*Zararlı Özellikler Taşıyan Uygulamalar Listesi*’ne¹⁶⁹ dâhil edilmiştir.

Görüldüğü üzere, AB’nin temel felsefesi, Komisyon’un 1996 yılında vergi meselesine ilişkin olarak ileri sürmüş olduğu küresel yaklaşım, Şirket Vergilerinde Eylem Kodu ve buna bağlı olarak Primarolo Raporu’nda ifade edilen ve yukarıda söz edilen amaçlar hep aynı hedefe yönelik olup, bu hedef; haksız vergi rekabetinin ve vergiden kaçınmanın önlenmesi ve vergi sistemlerinin daha uyumlu bir şekilde çalışmasını teşvik etmektir.

Şirket Vergilerinde Eylem Kodu ve Primarolo Raporu, AB’ye üye ülkelere vergilendirme alanında ne yapacaklarını değil, ne yapmayacaklarını söyleyen¹⁷⁰ belgelerdir ve üye ülkeleri, haksız vergi rekabetine yol açtığı belirlenen uygulamaları kaldırma (rollback) ve benzer uygulamaları yürürlüğe koymama (standstill) konusunda taahhüt altına¹⁷¹ sokmuştur. Dolayısıyla, söz konusu dokümanların gerek yukarıda sözü edilen bölümlerinde, gerekse diğer bölümlerinde ve Topluluk hukukunun diğer kaynaklarında KEYK düzenlemesinin önerilmemesi, ancak kavramın yer aldığı bölümlerde olumsuz bir görüş de belirtilmemiş olması, dolaylı bir kabul anlamına gelmektedir. Bu nedenle literatürde, KEYK mevzuatının,

¹⁶⁶ European Commission, Primarolo Report, para. 30.

¹⁶⁷ European Commission, Primarolo Report, s. 16.

¹⁶⁸ European Commission, Primarolo Report, s. 17.

¹⁶⁹ European Commission, Primarolo Report, ek liste, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/primarolo_en.pdf, s. 314, (01.12.2007).

¹⁷⁰ Yalıtı, *Avrupa Birliği*, s. 62.

¹⁷¹ Yalıtı, *2000’li Yıllar*, s. 54.

OECD'nin Haksız Vergi Rekabeti Raporu'nun yanı sıra AB'nin Şirket Vergilerinde Eylem Kodu Kararı'nda da haksız vergi rekabeti ile mücadelede bir silah olarak önerilmiş olduğu görüşü yer almıştır¹⁷².

AB İkincil hukuk düzenlemeleri arasında yer alan Ana Şirket-Yavru Şirket Direktifi (Parent-Subsidiary Directive)¹⁷³ de KEYK düzenlemeleri açısından önem arz etmektedir¹⁷⁴. Direktif, AB üye ülkeleri arasındaki sermaye hareketlerinde, grup şirketleri arasında gerçekleşen kar payı dağıtımlarının vergilendirilmesinde, çifte vergilendirmenin önlenmesini amaçlamakta¹⁷⁵ ve bu amaçla, kar paylarının kaynak ülkede vergilendirilmesini¹⁷⁶ yasaklamaktadır. Direktif, vergi kaçakçılığı ve kötüye kullanmanın önlenmesine ilişkin iç hukuk düzenlemelerinin uygulanmasını yasaklamamaktadır¹⁷⁷. Bununla birlikte, KEYK düzenlemelerinin uygulanmasını engelleyip engellemeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmakta olup, bu tartışmaların kaynağında, KEYK düzenlemesinin kötüye kullanmanın önlenmesine yönelik bir düzenleme olup olmadığı ve KEYK düzenlemesinin kapsamının vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelerin kapsamından geniş olduğu noktasındadır¹⁷⁸.

KEYK mevzuatının AB hukuku bakımından diğer bir tartışma alanı, bu kurumlara yönelik mevzuatın, Topluluğun temel serbestilerle ilgili kurallarına aykırı olup olmadığı meselesi yönünden olmuştur. Topluluk hukukunda yerleşme serbestisi veya sermayenin serbest dolaşımı bakımından ayırım yapmama ilkesi geçerli olduğundan¹⁷⁹, KEYK mevzuatının ayırıcı olup olmadığı Avrupa Adalet Divanı (AAD) önüne gelen bir hukuki sorun olmuştur. AAD tarafından, İngiltere'de uygulanmakta olan KEYK mevzuatına ilişkin Cadbury Schweppes davası¹⁸⁰ ile ilgili olarak 2006 yılında verilen Karar'da, dava konusu olayda incelenen KEYK düzenlemesinin Topluluk hukukuna uygunluğu tartışılmış ve bu türden mevzuatların, sadece tamamen yapay, vergisel amaçlı girişimler için uygulanabileceği, durumun objektif kriterlere dayalı deliller ile tespit edilmiş olması zorunluluğunu içermediği hallerde düzenlemenin

¹⁷² Tim Edgar, "Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage", **Canadian Tax Journal**, Vo. 51, No.3 (2003), s. 1138–1139; Schön, 2005, s. 356.

¹⁷³ 23 Temmuz 1990 tarih ve 990/435/EEC sayılı Council Directive, AB, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31990L0435:EN:NOT>, (01.12.2007).

¹⁷⁴ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 49.

¹⁷⁵ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 49.

¹⁷⁶ 990/435/EEC Council Directive Md. 5/1.

¹⁷⁷ 990/435/EEC Council Directive Md. 1/2.

¹⁷⁸ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 49.

¹⁷⁹ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 63.

¹⁸⁰ Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, Case C-196/04, 12 September 2006, <http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp06/aff/cp060072en.pdf>, (01.12.2007).

Topluluk hukukuna aykırılık oluşturacağı ifade edilmiştir¹⁸¹. Bu karar üzerine AB ülkeleri CFC mevzuatlarında değişiklikler yapmaya başlamışlardır¹⁸².

III- TÜRKİYE'DE TARİHİ SÜREÇ

Türk vergi sisteminde, Türkiye'de mukim gerçek ve tüzel kişiler tam mükellef statüsünde tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirilirken, Türkiye'de mukim olmayan dar mükellefler sadece Türkiye'de elde ettikleri kazançları üzerinden vergilendirilmektedir. Türkiye'de gelir veya kurumlar vergisi mükelleflerinin, yurt dışında mukim yabancı kurumlardan elde ettikleri kazançları ile Türkiye'de mukim kurumlardan elde ettikleri kazançların vergilendirilmesinde farklı esaslar benimsenmiştir. Temel olarak, iştirak yoluyla yapılan yatırımlardan elde edilen gelirler, iştirakin kâr dağıtımını yapmasına bağlı olarak vergilendirilmekte ve kurumların Türkiye'de yerleşik kurumlardan elde ettikleri iştirak kazançları kurumlar vergisinden müstesna tutulmaktadır. Ayrıca, kurumlarca yurt dışındaki kurumlardan elde edilen iştirak kazançları, belli koşulların sağlanması halinde vergiden müstesnadır. Kar dağıtımına bağlı olarak uygulanan bu vergilendirme, avantajlı vergi uygulamalarına sahip olan ülkelerde yapılan yatırımlarda, genellikle bu ülkelerde kâr dağıtımını yapma zorunluluğu olmadığı da göz önünde bulundurulduğunda, vergi planlaması, vergiden kaçınma veya vergi erteleme için elverişli ortam sağlamaktadır.

2007 yılında yürürlüğe giren KEYK düzenlemelerinden önce Türk vergi sisteminde bu tür vergiden kaçınma girişimlerinin önlenmesine ve vergilendirilmesine yönelik hükümlerin yer alıp almadığı incelendiğinde, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin olarak diğer bazı ülkelerde de yararlanılan genel hükümlerin yer aldığı belirlenebilmektedir. Bu hüküm, 213 Sayılı VUK'un 3 üncü maddesinde yer almaktadır.

Maddenin "*İspat*" Başlıklı "*B*" bendinde; "*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin, muamelelerin gerçek mahiyeti esastır...*" hükmüne yer verilmektedir. Bunun anlamı, vergiyi doğuran olay ve bu olayla ilgili işlemlerin nitelendirilmesinde ekonomik bir yaklaşımın izlenmesi, yani, işlemin ya da eylemin gerçek niteliği belirlenirken onun görünüşü değil, gerçek ekonomik içeriği, ekonomik özü göz önünde tutulması gerektiğidir¹⁸³. Bu haliyle

¹⁸¹ Bkz, §11 Bölüm, II/2 kısım.

¹⁸² AAD'nin söz konusu kararın hemen sonrasında, İngiltere, Fransa, İtalya ve Almanya, CFC mevzuatlarında değişiklik yapmışlardır, detaylı bilgi için Bkz., Philip Gershuny ve diğerleri, "Impact of Cadbury Schweppes on CFC Legislation", **BNAI Tax Planning International Review**, Vol. 34, No. 1 (January 2007); Bkz., §13 Bölüm, II/4 kısım.

¹⁸³ Selim Kaneti, "Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi", **Vergi Dünyası**, Sayı: 131 (Temmuz 1992), s. 42 (*Ekonomik Yaklaşım*); Mualla Öncel, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan, **Vergi Hukuku**, 13. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2005, s. 24.

VUK'un 3/B maddesi, her türden kötüye kullanmaları kapsayan genel suistimal önleyici düzenlemedir¹⁸⁴. Dolayısıyla, vergilendirme alanında hukuksal biçim olanaklarının kötüye kullanılması veya vergi yasasının korumadığı belli bir amaca yönelik davranışlar, gerekli şartların oluştuğunun tespiti halinde bu maddeye dayanılarak vergilendirilebilir.

Türkiye'nin 1985–2005 döneminde yurtdışına sermaye ihracı verileri incelendiğinde ise, ilgili dönem ihracatının (kümülatif toplam) 7.791.083.984 ABD Dolarına ulaştığı görülmektedir¹⁸⁵. Yurtdışı yatırımların büyüklükleri dikkate alındığında, en çok yatırım yapılan ülke Hollanda'dır. Hollanda'yı Azerbaycan, İngiltere, Almanya ve Kazakistan'ın takip etmekte, OECD vergi cennetleri listesinde yer alan Virgin Adaları 10, Malta 25, Bahama Adaları 34, Turcs Adaları 37 ve Cayman Adaları ise 61 nci sırada yer almaktadır. Bu dönemde Hollanda'ya yapılan toplam 2.485.188.336 ABD Doları yatırım tutarının 1.212.364.899 ABD Doları tutarındaki kısmı, bankacılık, finans ve diğer mali hizmetler sektörüne yapılan yatırımlar oluşturmaktadır. Hollanda'daki bu sektörü kapsayan sistem, OECD tarafından 2000 yılı Raporunda tercihli vergi rejimleri arasında yer almış, fakat 2004 yılı Raporu'nda zararlı olmayan veya değiştirilen rejimler arasına dâhil edilmiştir. Aynı dönemde, 118.847.868 ABD Doları sermaye ihracı yapılan Virgin Adaları 04.03.2002 tarihinde, 26.463.597 ABD Doları sermaye ihracı yapılan Malta 19.05.2000, 10.704.409 ABD Doları sermaye ihracı yapılan Bahama Adaları 15.03.2002, 9.998.000 ABD Doları sermaye ihracı yapılan Turcs Adaları 08.02.2002 ve 1.021.000 ABD Doları sermaye ihracı yapılan Cayman Adaları ise 18.05.2000 tarihinde OECD'nin vergi cennetleri listesinden çıkarılmıştır.

Bu veriler incelendiğinde, ilgili yıllarda Türkiye'nin en fazla sermaye ihraç ettiği ülkelerin bazılarının tercihli vergi rejimleri veya vergi cennetleri listelerinde yer almasına rağmen, söz konusu girişimlerin vergisel amaçlı olup olmadığı yönünde Maliye Bakanlığı tarafından herhangi bir inceleme veya araştırma yapıldığı ya da bu bulgular ve tespitlere istinaden, VUK'nun 3 üncü maddesi kapsamında herhangi bir tarhiyat yapıldığı bilgisine ulaşılamamaktadır.

Uluslararası alanda yaşanan gelişmeler ve KEYK mevzuatının birçok ülke tarafından hızla benimsenmesi ve uluslararası kuruluşların da düzenlemeyi vergisel amaçlı sermaye

¹⁸⁴ Billur Yaltı, "Transfer Fiyatlandırmasında Vergi Anlaşması Uygulaması", **Vergi Sorunları**, Sayı: 222 (Mart 2007), s. 9. (*Transfer*)

¹⁸⁵ T.C. Hazine Müsteşarlığı Resmi Sitesi, http://www.hazine.gov.tr/stat/yabser/sermaye_ihraci.xls, (22.08.2006).

hareketlerinin zararlı etkilerinden ve haksız vergi rekabetinden korunmak amacıyla önermesi, Türkiye'nin de konuyla ilgili çalışma yapmasını zorunlu hale getirmiştir.

Türkiye'de ilk olarak yeni KVK ile Türk Vergi Sisteminin bir parçası haline gelmiş olan ve 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren KEYK düzenlemesinin amacı, vergiden kaçınma veya vergi kaçakçılığı imkânı sağlayan bu vergisel düzenlemelerin olumsuz etkilerinin ortadan kaldırılması ve belli şartlar altında yurt dışı iştiraklere yatırım yapan mükelleflerin yurtdışı iştirak kârlarının, fiilen dağıtılmasa bile vergi uygulamaları açısından dağıtılmış kabul edilerek, Türkiye'de kurumlar vergisine tabi tutulmasının sağlanmasıdır¹⁸⁶.

KVK'nın genel gerekçesinde; 1990'lı yıllar boyunca dünya ölçeğinde yaşanan politik ve ekonomik dönüşümlerle beslenen küreselleşme olgusuna paralel olarak sosyal, siyasal ve ekonomik yapılarımızın dış dünya ile giderek daha fazla etkileşim, hatta bütünleşme süreci içine girdiği, yeni fırsatlara ve elbette yeni risklere de kapı araladığı, bu bağlamda, öncelikle ele alınması gereken konular arasında, çağın gerekleri ve gerçekleri ile bağdaşır bir hukuki altyapı oluşturma hedefinin önemli bir yer tuttuğu belirtilmiştir.

Kanunun 7 nci maddesinin gerekçesinde ise, vergi sistemimize getirilen yeni uygulamalardan birisi olan KEYK düzenlemesinin, bazı ülkelerde, diğer ülkeler aleyhine fon ve yatırımları çekmek için vergi erteleme olanağı getiren, zararlı vergi rekabetine yol açan uygulamalara yer verdiği, vergi sistemimizde vergi kayıp ve kaçığına yol açan ve vergiden kaçınmada kullanılabilen, bu yerlerdeki iştiraklere ilişkin işlemlerin düzenlenmesi amacıyla KEYK uygulamasının vergi mevzuatımız kapsamına alındığı, bu madde ile uluslararası vergi uygulamalarındaki gelişmelere paralel olarak, ticari ve sınaî mahiyette olmayan yatırımlarını yurt dışında düşük vergi oranlı ülkelere yönlendiren mükellefler ile Türkiye'de yatırım yapan mükellefler arasındaki vergi eşitsizliğinin giderilmesinin amaçlandığı ifade edilmektedir.

Yeni KVK ile öteden beri süregelen çok sayıda sorunun çözümlenmesi amaçlanırken, vergiden kaçınmayı önlemeye yönelik önemli bir müessese olan KEYK gibi bazı yeni müesseselere de yer verilmiştir. Yurt dışındaki düşük vergi oranlı ülkelere yönelen kurumlar ile Türkiye'de yatırım yapan kurumlar arasında doğan ciddi vergi eşitsizliğini ortadan kaldırarak vergi tarafsızlığını sağlamak amacıyla OECD tarafından tüm ülkelere önerilen,

¹⁸⁶ TCGİB,5520 Sayılı KVK Gerekçesi, 2006, http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Gerekceler/5520_Sayili_Kanun.pdf (20.08.2006).

gelişmiş ülkelerin tümünün mevzuatında yer alan bu önemli müessese, 01.01.2006 tarihi itibarıyla ülkemizde de uygulamaya konulmuştur¹⁸⁷.

5615 sayılı Kanununun 4. maddesiyle¹⁸⁸, 193 sayılı GVK'nın 75. maddesinin 2 numaralı bendine, 01.01.2007 tarihinden geçerli olmak üzere, 04.04.2007 tarihinde eklenen hüküm ile 5520 sayılı KVK'nın 7. maddesindeki şartların birlikte gerçekleşmesine bağlı olarak, Türkiye'de yerleşik gerçek kişilerin de KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmeleri sağlanmıştır.

§ 3. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

Dünyada 2007 yılına kadar KEYK düzenlemesi veya benzer amaçlı mevzuatın yürürlükte olduğu 25 ülke arasından, detaylı inceleme yapılmak üzere ABD, İngiltere, Almanya ve Fransa hukuk sistemleri seçilmiştir. Söz konusu ülkelerin seçilme nedeni, KEYK düzenlemelerin diğer ülkelere göre farklı ve özellikli hükümler içermesidir. Örneğin, ABD KEYK mevzuatı, bu konuda dünyadaki ilk düzenleme olmasının yanı sıra, düzenlemenin kontrol unsuru, diğer hiçbir ülkede bulunmayan özelliklere sahiptir. İngiltere'nin seçilen ülkeler arasında yer almasının temel nedeni ise, AAD'nin İngiliz mevzuatı ile ilgili olarak vermiş olduğu kararlarda¹⁸⁹, KEYK düzenlemelerinin en azından AB içindeki geleceğini etkileyecek hükümlerin yer almasıdır. Söz konusu kararın daha detaylı incelenebilmesi ve gerek kararın gerekse sonuçlarının anlaşılabilmesi açısından, İngiltere KEYK düzenlemesinin özelliklerinin de detaylı olarak incelenmesi gerektiği düşünülmüştür. Almanya ve Fransa'nın seçilmesinin temel nedenleri ise yabancı kurumdan elde edilen gelirin KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi aşamasında ortaklar nezdinde vergilendirilecek gelirin niteliğinin Almanya'da fiktif kar payı olarak nitelendirilmesi, Fransa'da ise gelirin ortakların gelir vergisi veya kurumlar vergisi matrahlarına ilave edilmesi sisteminin benimsenmesi ve ayrıca her iki ülkenin KEYK düzenlemesinin diğer ülkelere nazaran daha detaylı hükümlere sahip olmasıdır.

¹⁸⁷ S.Saygın Eyüpgiller, "Dünyada ve Türkiye'de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları", **Yaklaşım**, Sayı 168 (Aralık 1998), s. 37. (CFC)

¹⁸⁸ 04.04.2007 tarih ve 26483 sayılı Resmî Gazete.

¹⁸⁹ Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, Case C-196/04, 12 September 2006, <http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp06/aff/cp060072en.pdf>, (01.12.2007).

I- ANGLO AMERİKAN HUKUKU

1. Amerika

a. Subpart F Düzenlemeleri Öncesi

ABD vergi sistemi, ülkede mukim gerçek ve tüzel kişiler ile ABD vatandaşlarını tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirirken, yabancı gerçek kişi ve kurumları sadece ABD ile bağlantılı iş veya ticari faaliyetleri sonucunda elde edilen gelirleri veya ABD'ndeki yatırımlarından elde edilen gelirleri üzerinden vergilendirmekte,¹⁹⁰ yabancı ülkelerde mukim kurumlardan elde edilen gelirler, yabancı kurum tarafından kar payı olarak dağıtılincaya kadar veya bu kurum hisseleri elden çıkartılincaya kadar vergilendirilmemektedir¹⁹¹.

ABD'de bir kurumun tabiiyetinin belirlenmesine esas alınan kriterin "*kuruluş yeri*" olması nedeniyle, yabancı kurumlardan gelir elde eden mükelleflerin, gelirlerini tercihen kuruluş yeri vergi cennetleri olan başka bir şirkete aktarmak suretiyle ödemek zorunda oldukları vergiden kaçınmaları çok kolay olmaktadır¹⁹². Bu nedenle, yabancı ülkelere elde edilen gelirlerde vergi erteleme imkânının kötüye kullanılmasını önlemeye yönelik KEYK düzenlemesi veya aynı mahiyette sonuç verebilecek diğer türden hükümler olmadığı bir ortamda, mükelleflerin yabancı ülkelere gerçekleştirilen gelir üretici faaliyetlerinden elde edilen gelirlerini bu şirketlerde tutmak suretiyle kaynak ülkede önemli sayılabilecek bir yabancı vergi ödemeksizin, hatta hiç vergi ödemeksizin büyük kazançlar elde etmeleri mümkün olabilmektedir¹⁹³.

Yabancı kurumlardan elde edilen gelirlerin vergilendirilmesindeki erteleme imkânının kötüye kullanımının önlenmesi amacıyla ABD'nde 1937 yılında FPHC¹⁹⁴ düzenlemesi yürürlüğe girmiştir¹⁹⁵. Bugünkü KEYK mevzuatlarının ilk örneği olarak kabul edilen ve "*Incorporated Pocketbooks*" olarak da anılan bu düzenleme, en fazla beş ABD mukimi veya vatandaşı tarafından, en az % 50 hisse veya oy sahipliği vasıtasıyla kontrol edilen ve gelirinin en az % 60'ı kar payı, faiz, gayrimaddi hak bedeli ve kira geliri gibi pasif karakterli gelirlerden oluşan

¹⁹⁰ Reuven S. Avi Yonah, "International Tax as International Law", **Tax Law Review**, Vol. 57 (November 2007), s. 484-485. (*International*)

¹⁹¹ Lokken, 2005, s. 187-188.

¹⁹² Avi-Yonah, *Deemed*, s. 3.

¹⁹³ Christopher Ocasal ve Greg Lubkin, "New Tipra CFC Look-Through Rule: Time to Begin Tailored Tax Planning-One Size Does Not Fit All", **Journal of International Taxation**, Vo.17, No.10 (September 2006), s. 1.

¹⁹⁴ IRC § 951-958; Bu düzenleme, 22 Ekim 2004 tarihinde Public Law 108-199/108-498 sayılı Kanunun 108/357 sayılı bölümü ile yürürlükten kaldırılmıştır, http://uscode.house.gov/classification/tbl108pl_2nd.htm, (20.08.2007).

¹⁹⁵ Arnold, *CFC*, s. 370.

yabancı kurumların, pasif karakterli bu gelirlerinin, ABD mukimi veya vatandaşı ortakları üzerinde, hisseleri oranında elde edilen kar payı olarak vergilendirilmesini öngörmüştür¹⁹⁶. Ancak FPHC¹⁹⁷ mevzuatının görece dar kapsamlı olması ve sorunu çözmede yetersiz kalması üzerine, özellikle vergi cenneti bağlantılı yatırımların vergilendirilmesine yönelik daha kapsamlı bir düzenleme yapma gereği doğmuş¹⁹⁸ ve KEYK'lerden elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinde erteleme imkânını sınırlandıran Subpart F düzenlemeleri 1962 yılında ihdas edilmiştir¹⁹⁹.

KEYK'ler ile ilgili olarak 1961 yılında hazırlanan ilk tasarı, ABD mukimi veya vatandaşı mükelleflerin yurt dışında kontrol ettikleri kurumların kazançlarının aktif veya pasif karakterli olup olmadığına bakılmaksızın, bu kurumlardan elde edilen, "*bütün yabancı kaynaklı gelirler*" üzerindeki vergi ertelemesinin önlenmesine yönelik olmasına rağmen, tasarının çokuluslu şirketler tarafından şiddetle eleştirilmesi üzerine²⁰⁰, Subpart F düzenlemesinin kapsamına sadece kontrol edilen şirketlerin bazı üs şirket gelirleri ve hizmet gelirleri ile pasif karakterli gelirlerin alınması konusunda uzlaşmaya varılmıştır²⁰¹. Başka bir ifade ile KEYK'lerin vergiden kaçınma sonucu doğurmayan, tamamen gerçek ve iyi niyetli ticari faaliyetlerinden elde edilen gelirlerinin, kar payı olarak dağıtılmadığı sürece vergilendirilmemesi uygulamasına, yani bu gelirler üzerindeki verginin ertelenmesi imkânına devam edilmesine imkân sağlanmıştır²⁰².

KEYK düzenlemelerinin yürürlüğe girmesinden sonra, vergi cenneti karşıtı, vergiden kaçınmayı önlemeye yönelik ilave önlemler ihdas edilmiştir. Bunlardan birisi, 1986 yılında yürürlüğe giren "*Passive Foreign Investment Company (PFIC)*"²⁰³ düzenlemeleridir²⁰⁴ ve birçok ülkede yürürlükte olan "*Foreign Investment Fund (FIF)*" mevzuatları ile benzerlikler göstermektedir²⁰⁵.

¹⁹⁶ Avi-Yonah, *Deemed*, s. 4.

¹⁹⁷ IRC § 951–958, Düzenleme, 22 Ekim 2004 tarihinde Public Law 108–199/108–498 sayılı Kanunun 108/357 sayılı bölümü ile yürürlükten kaldırılmıştır. http://uscode.house.gov/classification/tbl108pl_2nd.htm, (20.08.2007).

¹⁹⁸ Avi-Yonah, *Deemed*, s. 8.

¹⁹⁹ Lawrence Lokken, "Territorial Taxation: Why Some U.S. Multinationals May Be Less Than Enthusiastic About the Idea (and Some Ideas They Really Dislike)", **SMU Law Review**, Vol: 59, No. 2 (Spring 2006), s. 753. (2006)

²⁰⁰ Sandler, s. 24.

²⁰¹ Arnold, *CFC*, s. 370.

²⁰² Sandler, s. 24; Arnold, *CFC*, s. 370.

²⁰³ IRC §1293-§1297; "*Personal Foreign Investment Company*" düzenlemelerinin yürürlüğe girmesinden sonra, "*Subpart F*" düzenlemeleri ile birleştirilmediği ve her iki düzenlemenin de varlığını sürdürdüğü görülmektedir. "*Subpart F*" düzenlemeleri ile "*Personal Foreign Investment Company*" arasında bir çakışma bulunmamaktadır. Bir yabancı şirketin, her iki düzenleme kapsamına da girmesi halinde, olaya IRC § 951 (d) gereğince, "*Subpart F*" düzenlemeleri uygulanmaktadır.

²⁰⁴ OECD, *CFC*, s. 22.

²⁰⁵ Sandler, s. 24; Düzenleme, mükelleflerin yabancı ülkelerde sahip oldukları ve gayrisafi gelirinin % 75 veya daha fazlasını pasif karakterli gelirlerin oluşturduğu veya % 50 veya daha fazla varlıkları pasif varlıklar olan şirketlerden elde edilen gelirler

b. Subpart F Düzenlemeleri

ABD’de yürürlükte olan KEYK düzenlemesine ilişkin hükümlerin çoğunun, 1986 tarihli Dahili Gelir Kanunu’nun (Internal Revenue Code), A maddesinin, 1 numaralı bölümünün, N altbölümünün, III numaralı kısmının, F alt bölümünde yer alması nedeniyle uygulamada, “Subpart F type” düzenleme olarak adlandırılmaktadır²⁰⁶. Bölümde yer alan §.951 numaralı maddede, uygulama kapsamına giren şirketlerden, uygulama kapsamına giren ortaklarca elde edilmiş sayılacak gelirin tutarı, §.952, §.953, §.954, §.955 ve §.956 numaralı maddelerde Subpart F gelirlerinin tanımı ve kapsama dahil olan gelir türleri belirlenmiş, §.957 numaralı maddede KEYK’in tanımı hüküm altına alınmıştır²⁰⁷. Bu bölümdeki düzenlemelerin Kanunun en karmaşık hükümlerini oluşturduğu belirtilmektedir²⁰⁸.

ABD KEYK mevzuatı, sadece yabancı ülkelerde kurulan “*şirketleri*” kapsamaktadır²⁰⁹. Şirket (corporation) tanımı kapsamına, kurumlar (associations²¹⁰), anonim şirketler (joint-stock companies) ve sigorta şirketleri (insurance companies) girmektedir²¹¹. ABD hukukuna göre şirketler ayrı varlık yaklaşımı altında değerlendirildiğinden²¹², vergilendirme, şirket ve ortaklar nezdinde ayrı ayrı gerçekleştirmekte olup, yabancı ülkelerde kurulan bir şirketin, tüzel kişiliği haiz bir şirket olmaması, başka bir ifadeyle şeffaf bir kurum olması halinde, herhangi bir vergi erteleme imkânı da ortaya çıkmayacağından²¹³, yabancı ülkelerde şirket tanımına girmeyen kurumlar vasıtasıyla elde edilen gelirlerin KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi de söz konusu olmamaktadır²¹⁴.

ABD hukukunda, ortaklıkların vergisel açıdan “*şirket*” olarak nitelendirilmemesi nedeniyle yaşanan bir dizi hukuki problemi²¹⁵ bertaraf etmek üzere, 1997 yılında yürürlüğe

üzerindeki vergilerin erteleme sinin engellenmesi amacını taşımaktadır. Kuralların uygulanabilmesi için şirketlerin kontrol edilmeleri şartı bulunmamaktadır, Sandler, s. 24.

²⁰⁶ Lokken, 2006, s. 752.

²⁰⁷ IRC, metnine <http://www.law.cornell.edu> adresinden ulaşılabilir.

²⁰⁸ OECD, CFC, s. 22.

²⁰⁹ Andrea Silvestri, “Italian CFC Rules and Subpart F Compared”, **Journal of International Taxation**, Vol. 12, Part. 12 (December 2001), s. 15.

²¹⁰ Lokken, 2005, s. 196; IRC’de tanımlanmayan “*associations*” için 1935 yılında Yüksek Mahkeme’nin Morrissey v. CIR, 296 US 344 (1935) kararında, “*associations*” kavramına kanunda yer alan diğer kurumlara girmeyen ve genel algılamada şirketlerle benzer özellikler taşıyan kurumların dâhil edilmesi gerektiği yönünde bir yorumda bulunulmuş ve ABD Hazinesi bu belirlemeyi benimseyerek, şirket tanımına girmesi gereken kurumlar için dört unsur belirlemiş ve bu unsurlardan en az iki tanesini haiz kurumların “*şirket*” statüsünde olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde bir tebliğ yayınlamıştır. Bu unsurlar; devamlılık, merkezi yönetim, sınırlı sorumluluk ve karların serbestçe transfer edilebilirliği olarak belirlenmiştir, Lokken, 2005, s. 196.

²¹¹ IRC, §.7701(a) (3).

²¹² Matthew Sullivan, “Controlled Foreign Corporation Legislation in the United States”, **CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law**, The Netherlands, Wintercourse 2001–2002, s. 8.

²¹³ Sullivan, s. 16.

²¹⁴ Sullivan, s. 17.

²¹⁵ Bkz., Lokken, 2005, s. 196-197.

giren "*check-the-box*"²¹⁶ düzenlemesi, şirketlere ilişkin sınıflandırmada mükelleflere seçim yapma hakkı tanımıştır²¹⁷. Fakat bu düzenleme, Subpart F düzenlemeleri bakımından, yurt dışındaki KEYK'lerin Subpart F gelirlerinin oluşturulmasında bir dizi vergi planlaması yapma olanağı getirmiş²¹⁸, vergi mükellefleri çift karakterli melez (hybrid) ortaklıkları²¹⁹ kullanmak suretiyle Subpart F hükümlerinin uygulamalarından kaçınma olanağına kavuşmuştur. Gelir İdaresi (Internal Revenue Service (IRS)), 1998 yılında bunu önlemek üzere bir açıklama yayınlamıştır²²⁰. Düzenleme kapsamında mükellefler, bazı istisnalar dışında²²¹, yurt dışında kurulan kurumların "*şirket*" olarak kabul edilmesi konusunda, dolayısıyla yabancı ülkelerdeki iştiraklerinden elde etmiş oldukları gelirlerinin KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilip vergilendirilmeyeceği konusunda seçim yapma hakkına sahip olmaktadır²²².

Kanunda, her biri en az % 10 oy hakkına²²³ sahip olan ABD vatandaşı, mukimi veya şirketinin²²⁴, yılın herhangi bir gününde, bir yabancı kurumun doğrudan, dolaylı veya zımni olarak²²⁵ %50'sinden fazla oy hakkına veya sermayesine sahip olmaları halinde, bu yabancı kurumun KEYK olarak kabul edileceği hüküm altına alınmıştır²²⁶.

Dolayısıyla yabancı ülkelerde mukim bir şirket, aşağıdaki durumların varlığı halinde, KEYK niteliğini kazanmamaktadır²²⁷:

²¹⁶ Ocasal ve Lubkin, s. 11; Düzenleme 2009 yılının sonuna kadar yürürlüktedir.

²¹⁷ Konuyla ilgili Yönetmeliğe (Regulation) göre, bir ABD eyaletinin şirketler hukuku kurallarına göre kurulmuş veya yabancı bir ülkenin, eyalet şirketler hukukuna benzer kuralları altında kurulmuş bir ortaklık, ABD vergi hukuku bakımından şirket (corporation) olarak değerlendirilmektedir. Bu kuralın kapsamına girmeyen diğer ortaklıklar, şirket veya mali açıdan şeffaf ortaklık olarak vergilendirilmeyi seçebilmektedir. Mali açıdan şeffaf ortaklık iki veya daha ortağın bulunduğu ortaklıklardır, Lokken, 2005, s. 197.

²¹⁸ Bkz., Lokken, 2005, s. 199 vd.

²¹⁹ ABD vergi hukukuna göre tüzel kişiliği haiz olmayan, şeffaf olarak sınıflandırılan bir kurumun, yerleşik olduğu ülkede tüzel kişiliği haiz bir kurum olarak sınıflandırıldığı durumlarda, söz konusu şirketler "*hybrid entity*" olarak adlandırılmaktadır. Yerleşik olduğu ülke vergi hukukuna göre tüzel kişiliği haiz olmayan, şeffaf olarak sınıflandırılan bir kurumun, ABD vergi hukukuna göre tüzel kişiliği haiz bir kurum olarak sınıflandırılması halinde de bu kurumlar "*reverse hybrid entity*" olarak adlandırılmaktadır, Lokken, 2005, s.198.

²²⁰ IRS, Notice 98-11, <http://pmstax.com/ftp/irb/n9811.pdf>, (21.03.2008).

²²¹ Konuyla ilgili Yönetmelikte (Regulation), çeşitli ülkeler bakımından hangi şirket türlerinin düzenlemede geçen şirket türüne girdiğini gösterir bir liste de verilmiştir (<http://www.unclefed.com/ForTaxProfs/irs-regs/1997/td8697.txt>) ABD Hazinesi tarafından 2 Mayıs 2005 tarihinde yayınlanan Internal Revenue Bulletin: 2005-18 sayılı tebliğde, bazı ülkelerde kurulan şirketlerin her durumda "*şirket*" olarak kabul edilmeleri gerektiğini ifade etmiş olup, bu ülkeler ve şirketler; Estonia: Aktsiaselts, European Economic Area/European Union: Societas Europaea, Latvia: Akciju Sabiedriba, Liechtenstein: Aktiengesellschaft, Lithuania: Akcine Bendroves, Slovenia: Delniska Druzba'dır, IRC, http://www.irs.gov/irb/2005-18_IRB/ar09.html, (21.03.2008).

²²² Lokken, 2005, s. 198.

²²³ 1986 yılında yapılan bir düzenleme ile % 10 sahiplik kuralının uygulanmasına bir istisna getirilmiş olup, söz konusu düzenleme gereği % 10 sahiplik kuralı, yurt dışında kurulan ve ABD risklerini sigortalayan sigorta şirketlerinin, kontrol edilen yabancı kurum olup olmadığının belirlenmesinde kullanılmamaktadır, (IRC, §.958 (a) ve (b)); Sullivan, s. 19.

²²⁴ IRC, §.7701(a) (30) .

²²⁵ IRC, §.958(a) ve (b).

²²⁶ IRC, §.957(a).

²²⁷ Thomas M. Brinker Jr ve W. Richard Sherman, "Comparing the U.S. and U.K. CFC Rules", **Journal of International Taxation**, Vol. 14, No. 5 (May 2003), s. 18- 23.

- i. İlişkili olmayan bir yabancı kişinin, yabancı kurumun en az % 50'sine sahip olması,
- ii. 11 ABD vatandaşı, mukimi veya şirketinin her birisinin, KEYK'in 9,09'una sahip olması,
- iii. % 40 hisseye sahip bir ABD vatandaşı, mukimi veya şirketinin, her biri % 6 hisseye sahip 11 ABD hissedarı ile birlikte, KEYK'e sahip olması.

Söz konusu hesaplama yöntemi, ABD mevzuatının diğer ülke düzenlemelerinden en önemli farkını oluşturmaktadır, çünkü bu mahiyetteki mevzuata sahip başka hiçbir ülkenin kontrol testinde bu tür bir kural uygulanmamaktadır²²⁸. Ayrıca, ABD vatandaşları, mukimleri, ortaklıkları veya şirketlerinin, KEYK'in ortağı olarak vergilendirilebilmesi için, söz konusu şirketin en az % 10 oy hakkına sahip olmaları gerekmekte olup, bu, kontrolün belirlenmesinde kullanılan toplam % 50 hisse sahipliği testinden farklıdır. Buna göre, KEYK'in, en az % 10 oy hakkına sahip ABD'li hissedarlar söz konusu kurumun en az % 50'sine sahip olsalar dahi, % 10'dan az hisseye sahip hissedarlar KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmemektedir²²⁹.

Tanımda geçen sahiplik kuralı²³⁰, bir kişinin KEYK'de ABD'li hissedar statüsünde olup olmadığı belirlenmesinde, yani KEYK'in gelirleri üzerinden vergilendirilip vergilendirilmeyeceğinin belirlenmesinde kullanılmaktadır. ABD'li hissedar terimi, KEYK'in toplam oy hakkının en az % 10'una sahip olan kişileri ifade etmekte, kişi tanımına ise ABD vatandaşları, mukimleri, ortaklıkları ve şirketleri²³¹ girmektedir. Yurt dışında kurulan şirketlerin KEYK kapsamında olup olmadığını belirlemek için kullanılan kontrol testinde ise sahiplik testinden farklı olarak, yabancı kurumda % 10'dan fazla oy hakkına sahip hisseler ile sermaye payını içeren şirket hisseleri birlikte dikkate alınmaktadır²³².

²²⁸ Arnold, *CFC*, s. 379.

²²⁹ Sullivan, s. 17; Bu düzenlemenin mantığı, % 10'dan daha az hisseye sahip ABD'li hissedarların, kurumun oluşan karlarının dağıtımını üzerinde etkileme gücünün bulunmadığı varsayımına dayanmaktadır, Sullivan, s. 17.

²³⁰ IRC, §.951(b).

²³¹ IRC, §.7701(a) (30).

²³² Sullivan, s. 17; Düzenlemeye göre, ABD kişileri (vatandaşları, mukimleri, ortaklıkları veya şirketleri), yabancı bir kurumun % 100'üne sahip olsalar dahi, bu kişiler, ABD'li hissedar tanımına girmiyorlarsa, bu kurum kontrol edilen yabancı kurum özelliği taşımayacaktır, Sullivan, s. 17.

KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilen gelirler, fiktif kar payı dağıtımı olarak kabul edilmekte ve genel vergi oranı üzerinden vergilendirilmektedir²³³. KEYK tarafından daha sonra gerçekleştirilen kar dağıtımları ise, çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin özel bir düzenleme ile²³⁴ fiktif kar payı dağıtımı kapsamında vergilendirilen tutarla sınırlı olarak vergiden müstesna tutulmakta, diğer taraftan, düzenleme kapsamında vergilendirilecek ABD hissedarının bir şirket olması halinde, çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla KEYK'in mukimi bulunduğu ülkede kazancı üzerinden ödenen vergilerin, ABD'de ödenecek vergiyle sınırlı olmak üzere mahsubuna²³⁵ olanak sağlanmaktadır²³⁶.

KEYK düzenlemesi kapsamında, kurumdaki mevcut hisseleri oranında vergilendirilecek olan mükellefler, yabancı kurumun tüm gelirleri üzerinden değil, sadece düzenleme kapsamına giren gelirleri üzerinden vergilendirilmektedir²³⁷. Dolayısıyla, sadece kanunda belirlenen gelirler kapsama alındığından, beyaz, siyah ve gri ülke listeleri hazırlanmamakta, sadece politik nedenlerle (terörizm vb.), sınırlı bir siyah liste hazırlanmaktadır²³⁸. Kapsama giren gelirler aşağıda sıralanmıştır²³⁹:

- i) ABD risklerinin sigortalandırılmasına ilişkin sigortacılık gelirleri (KEYK'in mukimi bulunduğu ülkeden kaynaklanan riskler hariç),
- ii) Yabancı "*üs şirket*" gelirleri,
 - Pasif karakterli gelirler (Foreign Personal Holding Company gelirleri)²⁴⁰,
 - KEYK'in mukimi bulunduğu ülke dışındaki ilişkili kişiler arasında gerçekleşen satış ve hizmet gelirleri,
- iii) Uluslararası boykotlarla ilişkili ülkelerden elde edilen gelirler²⁴¹,

²³³ Catteral, s. 1.

²³⁴ Silvestri, s.15.

²³⁵ Sullivan, s. 37; Arnold, *CFC*, 398; Kontrol edilen yabancı kurumların, kontrol edilen yabancı kurum özelliği taşıyan diğer kurumlara iştirak etmiş olmaları halinde, bu alt kademe kurumlar tarafından ödenen vergilerin indirim konusu yapılması ilave şartların varlığı halinde mümkün olabilmektedir. Bu şartlar; 1) ABD'li hissedarın kontrol edilen yabancı kurumun en az % 10 oy hakkına sahip olması, zincirde yer alan diğer kontrol edilen yabancı kurumların da bir alt kademe de yer alan kontrol edilen yabancı kurumun en az % 10'una sahip olması, 2) ABD'li hissedarın, alt kademe kontrol edilen yabancı kurumda dolaylı olarak en az % 5 hisseye sahip olmasıdır. Bu iki şart birlikte gerçekleştiğinde, ABD'li hissedar, en fazla sekiz alt kademe ile sınırlı olmak üzere, yabancı vergilerin mahsubu hakkına sahip olmakta, üçüncü kademe kontrol edilen yabancı kurumdan sonra, ABD'li hissedara fiktif bir vergi mahsubu hakkı sağlanmaktadır, Sullivan, s. 37.

²³⁶ Brinker ve Sherman, s. 23; IRC, §.9a1(a)(b).

²³⁷ Catteral, s. 1; Ancak, kontrol edilen yabancı kurumdan elde edilen gelir, kapsama giren gelirlerden değil ise, bu gelirler üzerinden de belli istisnalarla yine ABD'li hissedarlar adına vergi tarh edilmektedir, Catteral, s. 1.

²³⁸ Sullivan, s. 23.

²³⁹ Arnold, *CFC*, s. 382.

²⁴⁰ Arnold, *CFC*, s. 383; Subpart F gelirleri kapsamındaki üs şirket gelirleri arasında yer alan Foreign Personal Holding Company gelirleri, 23 Aralık 2004'te yürürlükten kaldırılan Foreign Personal Holding Company Kanununda yer alan gelirler ile aynı özelliklere sahiptir, Arnold, *CFC*, s. 383.

- iv) KEYK tarafından, vergilendirme dönemi süresince şirket adına doğrudan veya dolaylı olarak, yabancı devlet adına görev yapan bir memura, çalışana veya devlet kurumuna verilen yasadışı rüşvet, komisyon veya diğer ödemeler toplamı,
- v) Kapsama dâhil kurumların bazı ülkelerden belli dönemlerde elde ettiği gelirler²⁴².

ABD KEYK kazançlarının vergilendirilmesi ile ilgili istisnalar ve özellik arz eden bazı hususlar ana hatlarıyla aşağıda belirtilmektedir.

- a) KEYK tarafından elde edilen söz konusu gelirler, yılın herhangi bir döneminde ve/veya yılın son günü doğrudan veya dolaylı ya da zımni olarak KEYK'in en az % 10 oy hakkına sahip olan mükelleflere (en az hisse sahipliği kuralı) hisseleri oranında atfedilmekte ve mükellefler bu tutar üzerinden vergiye tabi tutulmakta, başka bir ifadeyle, en az hisse sahipliği kuralı kapsamına girmeyen (de minimis exemptions) hissedarlar, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmemektedir²⁴³.
- b) Sigortacılıktan elde edilen gelirler ile yabancı üs şirket gelirlerinin toplamı, KEYK'in toplam geliri içerisindeki oranının % 5'ini ve 1 milyon Amerikan Dolarını aşmadığı takdirde, söz konusu gelirler, KEYK uygulamasına tabi tutulmamaktadır²⁴⁴.
- c) Sigortacılıktan elde edilen gelirler, pasif karakterli gelirler ve yabancı üs şirket gelirlerinin (petrol ile ilişkili gelirler hariç²⁴⁵), ABD'nde uygulanan en yüksek kurumlar vergisi oranının en az % 90'ı kadar efektif vergiye

²⁴¹ Bu gelirler esasen kontrol edilen yabancı kurum geliri tanımı kapsamına girmese de, uluslararası alanda boykot edilen ülkelerden elde edilen gelirlerin de, kontrol edilen yabancı kurum gelirleri kapsamında değerlendirilmesi gerekliliğini ifade etmekte olup, ABD Hazinesi Genel Sekreterliği tarafından belli aralıklarla ilan edilen listede yer alan ülkeleri kapsamaktadır. 22. Ekim 2007 tarihinde yayınlanan listede yer alan ülkeler; Kuveyt, Lübnan, Libya, Katar, Suudi Arabistan, Suriye, Birleşik Arap Emirlikleri, Yemen'dir. Daha önce listede yer alan Irak, bu listede yer almamakla birlikte sonraki listelerdeki durumu yeniden değerlendirilmek üzere gözlem altına alınmıştır.

<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> , (21.03.2008).

²⁴² Bu ülkeler, ABD'nin tanımadığı veya diplomatik ilişkilerinin güçlü olmadığı veya hiç olmadığı ya da terörizme destek veren ülkelerdir. 2007 yılına ilişkin olarak Gelir İdaresi tarafından yayınlanan 514 numaralı yayında (Publication 514) bu ülkeler; Küba, İran, Libya, Kuzey Kore, Sudan ve Suriye olarak belirlenmiştir. <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/p514.pdf> , (21.03.2008).

²⁴³ Silvestri, s. 14.

²⁴⁴ IRC, §. 954(b)(3)(A).

²⁴⁵ Brinker ve Sherman, s. 20.

tabi tutulması (high-tax kickoff rule) halinde, bu gelirler KEYK düzenlemesi kapsamı dışında bırakılmaktadır²⁴⁶.

- d) Sigortacılıktan elde edilen gelirler ile yabancı üs şirket gelirlerinin toplamının, kurumun toplam geliri içerisindeki oranı % 70'i aşmakta ise, kurumun gelirinin tamamı sigortacılıktan elde edilen gelir veya yabancı üs şirket geliri (de maximus rule) olarak kabul edilmektedir²⁴⁷.
- e) KEYK'in gelirlerinin bir bölümünün, ABD ile ilişkili, ABD kaynaklı ticari gelirlerden oluşması halinde, bu gelirler kapsam dışında bırakılmaktadır²⁴⁸.
- f) KEYK'in kazancı, mukimi olduğu ülke hukuku gereğince bazı kur veya diğer sınırlama ya da kısıtlamalar nedeniyle ABD hissedarlarına dağıtılmamışsa, bu gelirler kapsam dışında bırakılmaktadır²⁴⁹.

Genel kural olarak KEYK'in zararı, ABD'li hissedara atfedilmemekte, söz konusu zararlar ABD'li hissedarların diğer kazançlarından mahsup edilmemekle birlikte, KEYK'in kazancından mahsup edilmek üzere ileriye doğru sınırsız olarak devredilebilmekte, ilişkili KEYK'lerin kar ve zararları, aynı ülkede bulunsalar dahi konsolide edilememekte, ancak bu kuralın bir istisnası olarak ABD'li hissedarların, söz konusu kurumun mukimi bulunduğu ülkede bulunan yavru şirketlerinin kar ve zararları ile konsolide (chain deficit rule) edilebilmektedir²⁵⁰.

2. İngiltere

İngiltere'de, vergi mükelleflerinin vergi cennetlerinde kurulu şirketler vasıtasıyla vergiden kaçınmalarını veya daha az vergi ödemelerini önleyebilmek üzere 1939 yılından itibaren alınan çeşitli önlemlerden kuşkusuz en etkili olan kambiyo kontrollerinin 1979 yılının Ekim ayında yürürlükten kaldırılmasının ardından ülke içine ve dışına olmak üzere iki yönlü sermaye transferleri hız kazanmış ve -bu konuda yapılmış deneye dayalı (ampirik) bir çalışma

²⁴⁶ IRC, §. 954(b)(4).

²⁴⁷ IRC, §. 954(b)(3)(B).

²⁴⁸ IRC, §. 952(b).

²⁴⁹ IRC, §. 964(b).

²⁵⁰ IRC, §. 952, Sullivan, s. 39.

bulunmasa da- mükelleflerce vergiden kaçınma amacıyla vergi cennetlerinde kurulan şirketlerin sayısında önemli artışlar olduğu görülmüştür²⁵¹.

İngiltere vergi sistemi de tıpkı ABD vergi sistemi gibi İngiltere’de mukim veya İngiltere vatandaşı bulunan gerçek ve tüzel kişileri tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirmekte, yabancı kurumlardan elde edilen kazançları ise yabancı kurum tarafından kar payı olarak dağıtılincaya kadar vergilendirmemektedir²⁵². İngiltere’de mukim bir şirketin yabancı ülkelerden elde edilen gelirlerine, İngiltere dışındaki şubeler veya acenteler vasıtasıyla elde edilen kazançlar ile İngiltere dışında mukim yavru şirketler tarafından dağıtılan kar payları dâhil edilmekte, kar paylarının ana şirketler elinde vergilendirilmesi nedeniyle oluşan çifte vergilendirme ise yavru şirketler tarafından mukimi buldukları ülkede ödenen vergilerin İngiltere’de ödenecek vergiden mahsubuna imkân sağlanması suretiyle önlenmektedir²⁵³. Bu vergi erteleme politikası, İngiltere’de mukim şirketlere küresel düzeyde rakipleri ile rekabet etme imkânı sağlarken, aynı zamanda ticari karların yabancı şirketlere nakledilmesi suretiyle, vergiden kaçınma ortamı da yaratmıştır²⁵⁴. Sorunun önlenmesi amacıyla, İngiltere’de 1980 yılında başlayan ve çok uzun süren bir hazırlık döneminden sonra²⁵⁵, KEYK mevzuatı 1984 Finance Act ile kanunlaştırılmıştır²⁵⁶. KEYK düzenlemesinin İngiltere’de bu kadar geç yürürlüğe girmesinin nedeni, bu tür sorunların çözümünde İngiltere kurumlar vergisi sisteminin çok geniş bir şekilde tanımlanmış olan "*ikametgâh/mukimlik*" ve dolayısıyla "*merkezi yönetim ve kontrol*" bağlantısına odaklanmasıdır²⁵⁷.

İngiltere Gelir İdaresi, 1979 kambiyo kontrollerinin kaldırılmasından sonra yabancı kurumlar vasıtasıyla vergiden kaçınma sorununu, şirket merkezlerinin belirlenmesine ilişkin kuralları değiştirerek çözmeye çalışmış, ancak başarılı olamamıştır²⁵⁸. KEYK düzenlemesi bir anlamda, kambiyo kontrollerinin kaldırılmasından sonra ortaya çıkan sorunlara karşılık olarak yapılmış bir düzenleme niteliğindedir²⁵⁹ ve İngiltere’de, çok uluslu şirketlerin vergiden kaçınmak amacıyla düşük vergili ülkeleri kullanmalarının engellenmesi amacıyla kullanılan

²⁵¹ Arnold, *CFC*, s. 309.

²⁵² Brinker ve Sherman, s. 18.

²⁵³ Gerard T.K. Meussen, "Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Application of CFC Rules in the Member States", **European Taxation**, Volume 47, No.1 (January 2007), s. 14.

²⁵⁴ Brinker ve Sherman, s. 18.

²⁵⁵ Sandler, s. 28.

²⁵⁶ Ullah, s. 609; Düzenleme bugün 1988 Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanununda (Part II, Chapter IV, sec 747-756) yer almaktadır.

²⁵⁷ Ullah, s. 607.

²⁵⁸ Arnold, *CFC*, s. 309.

²⁵⁹ OECD, *CFC*, s. 24.

önleyici mahiyetteki birçok düzenlemeden birisidir²⁶⁰. Düzenlemenin açık politikası, İngiltere’de gerçekleştirilen ticari faaliyetlerden elde edilen kazançlar ile diğer gelirlerin düşük vergili ülkelerde kurulan yavru şirketlere yapay bir şekilde aktarılması suretiyle İngiltere’de ödenmesi gereken vergiden kaçınmaların engellenmesi, hedefi ise İngiltere’de mukim tam mükelleflerce KEYK’lerin düşük vergilendirilen kazançlarının, İngiltere’de tam mükellef kurum hissedarlara hisseleri oranında atfedilerek vergilendirilmesidir²⁶¹. KEYK mevzuatının yürürlüğe girmesinden sonra İngiltere Gelir İdaresi, rejimde önemli ve geniş kapsamlı değişiklikler öngören, bazı unsurlarında ve uygulamada değişiklikler yaratan güncelleme düzenlemeleri yapmaya devam etmiştir²⁶².

İngiltere vergi hukukuna göre KEYK, İngiltere’de mukim olmayan, fakat herhangi bir vergilendirme döneminde İngiltere’de mukim kişi veya kurumlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kontrol edilen ve mukimi bulunduğu ülkede düşük vergilendirilen²⁶³, yani ödediği vergi İngiltere’de mukim olması halinde ödemek zorunda olduğu verginin dörtte üçünden az olan²⁶⁴ kurum olarak tanımlanmaktadır²⁶⁵. İngiltere Gelir İdaresi tarafından yayınlanan beyaz²⁶⁶ ve gri²⁶⁷ listeler, düşük vergi oranı uygulanan veya belli faaliyet alanlarında düşük vergi oranı uygulanan, yani kontrol edilecek yabancı kurum düzenlemesinin uygulanacağı ve uygulanmayacağı ülkeleri içermekte²⁶⁸ olup; söz konusu listeler en son Kasım 2006 ayında güncellenmiştir²⁶⁹.

²⁶⁰ Meussen, s. 2; Bu düzenlemeler, bazı yurtdışı transferlerin gerçekleştirilmesinin Hazine’nin iznine tabi tutulması, yurt dışında kurulan şirketlerin, ikametgâhının, kuruluş yeri testinden ziyade yönetim ve kontrol testine göre belirlenmesi, ülkeler arası kurum sınıflandırması karmaşasından kaynaklanan çifte vergi indirimlerinin önlenmesine ilişkin düzenleme, yabancı ülkelerde mukim kurumlardan elde edilen sermaye değer artış kazançlarının ayrıca vergilendirilmesine ilişkin düzenleme ve transfer fiyatlandırmasına ilişkin yasal düzenlemelerdir, Meussen, s. 2.

²⁶¹ Arnold, *CFC*, s. 310; Kanunun yürürlüğe girdiği tarihte bu oran % 10’dur, Arnold, *CFC*, s. 310.

²⁶² Sandler, s. 28.

²⁶³ HM Revenue&Customs, INTM203130-Controlled Foreign Companies Definitions: Controlled Foreign Companies, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm203130.htm>, (21.03.2008).

²⁶⁴ HM Revenue&Customs, INTM202030-Controlled Foreign Companies Definitions: Lower Level of Taxation, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202030.htm>, (21.03.2008).

²⁶⁵ Ullah, s. 611.

²⁶⁶ Beyaz listeye dahil olan ülkeler şunlardır; Australia, Austria, Bangladesh, Bolivia, Botswana, Brazil, Bulgaria, Canada, Colombia, Czech Republic, Denmark, Dominican Republic, Falkland Islands, Fiji, Finland, France, Gambia, Germany, Ghana, Honduras, Iceland, India, Indonesia, Ivory Coast, Japan, Korea,, Republic of Lesotho, Malawi, Mexico, New Zealand, Nigeria, Norway, Papua New Guinea, Poland, Romania, Senegal, Sierra Leone, Slovak Republic, Solomon Islands, South Africa, Swaziland, Sweden, Trinidad and Tobago, Turkey, Zambia, Zimbabwe. HM Revenue&Customs, INTM202010-Controlled Foreign Companies Exemptions: List of Excluded Countries, HM Revenue&Customs, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202010.htm>, (21.03.2008).

²⁶⁷ Gri listeye dâhil olan ülkeler şunlardır; Argentina, Belgium, Brunei, Chile, China, Egypt, Faroe Islands, Greece, Hungary, Ireland, Italy, Kenya, Luxembourg, Malaysia, Malta, Morocco, Netherlands, Pakistan, Philippines, Portugal, Puerto Rico, Singapore, Spain, Sri Lanka, Tanzania, Thailand, Tunisia, United States, Ireland. HM Revenue&Customs, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM203130.htm>, (21.03.2008).

²⁶⁸ Sandler, s. 28; OECD, *CFC*, s. 24.

²⁶⁹ HM Revenue&Customs, INTM202010-Controlled Foreign Companies Exemptions: List of Excluded Countries, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202010.htm>, (21.03.2008).

Yabancı kurum, ikametgâha bağlı olarak, yani kurumun yönetim ve kontrol merkezinin veya kuruluş yerinin İngiltere’de olmasına göre belirlenir; İngiltere’de tam mükellefiyet statüsünde vergilendirilen kurumlar KEYK düzenlemesine tabi değildir²⁷⁰.

Kontrol, hisse sahipliği veya oy kullanma hakkına dayalı olarak basit bir şekilde matematiksel veya otomatik bir test olarak²⁷¹ tanımlanmamış olup temel olarak, gerçek veya tüzel kişilerin, yabancı kurumu kendi arzuları doğrultusunda idare etme gücünü ifade etmekte ve şirket hissesi, oy hakkı veya şirket kuruluş sözleşmesinde veya şirkete ait herhangi bir resmi belge ile tanınan herhangi bir hak olarak tanımlanmaktadır²⁷². Bu gücün herhangi bir matematiksel ifadeyle tanımlanması halinde, kontrol kavramı sınırlandırılmış olacak ve kontrolün belirlenmesinde sadece bu tanımlanmış hissedarlık değerleri aranacaktır, oysaki kontrol daha geniş bir kavramdır ve tanımlanmış değerlerin dışında da sağlanabilecektir²⁷³. Bununla birlikte kontrol, % 50 sermaye payı veya oy hakkına sahip olmayı ifade etmekte²⁷⁴, ayrıca kontrol dolaylı kontrolü de içermektedir²⁷⁵.

2000 Yılı Mali Yasası ile KEYK düzenlemesinde yukarıdaki kontrol tanımlamasına % 40 testi olarak adlandırılan bir test daha ilave edilmiş²⁷⁶, bu düzenleme ile mevcut test kapsamına girmeyen bazı kurumların da²⁷⁷, örneğin, birisi İngiltere’de mukim olan ve % 40 oranında hissedar olan, diğeri İngiltere’de mukim olmayan ve % 40-% 55 (% 55 i aşmamak üzere) hissedar olan iki kişi tarafından kontrol edilen yabancı joint-venture kurumları da kavramayı hedeflemiştir²⁷⁸.

²⁷⁰ Marco Graziani, “The UK Legislation on Controlled Foreign Companies”, **CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law**, The Netherlands, Wintercourse 2001–2002, s. 3.

²⁷¹ HM Revenue&Customs, INTM202010-Controlled Foreign Companies Definitions: Control, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202060.htm>, (21.03.2008). Hissedarların herhangi bir yabancı kurumdaki kontrolünü her ne kadar % 50 oranındaki kontrol belirlese de, % 50 oranının hisse sahipliği, oy hakkı vb haklarla sağlandığı bazı durumlarda, gerçek kontrolün sağlanamaması mümkün olabilecektir. Bu nedenle İngiltere Gelir İdaresi, benzer durumlara ilişkin olarak <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM202020.htm>, adresinde farklı olasılıklara ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır.

²⁷² Ullah, s. 615.

HM Revenue&Customs, INTM202010-Controlled Foreign Companies Definitions: Control, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202060.htm>, (21.03.2008).

²⁷⁴ Paul Bater, “United Kingdom”, *Taxation of Companies in Europe, Guide to European Taxation*, last supplement 23 October 2006, Vol. 2, Sec. 13.4, International Bureau of Fiscal Documentation Veri Tabanı (21.05.2010); İngiltere Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanununun (Income and Corporation Taxes Act (ICTA)) 416 numaralı bölümü gereğince, Bater, Sec. 13.4.

²⁷⁵ Graziani, s. 4–5; Dolaylı kontrol, kontrol edilen yabancı kurumun hissesine, o kurumda hisse sahibi olan başka bir kurumun hisselerini elde etme vasıtasıyla sahip olmayı, yani bir şirketler zinciri vasıtasıyla sahip olmayı ifade etmektedir, Graziani, s.4–5; Bkz, § 7 Bölüm, I/2-b/bb-bbb kısım.

²⁷⁶ HM Revenue&Customs, INTM202010-Controlled Foreign Companies Definitions: Control, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202020.htm>, (21.03.2008).

²⁷⁷ Ullah, s. 615.

²⁷⁸ HM Revenue&Customs, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM202020.htm>, (21.03.2008).

İngiltere 2008 Bütçesi'nde yer alan bir hüküm ile de düzenleme, 12.03.2008 tarihinden geçerli olmak üzere, İngiltere'de mukim kişilerin yurtdışında kurulan ortaklıklar ve vakıflarda en az % 50 oranında gelir ve haklarının da kontrol tanımı kapsamına alınacak şekilde genişletilmiştir²⁷⁹.

İngiltere'de, KEYK düzenlemesi kapsamında atfedilecek kazancın belirlenmesinde, bazı özel istisnalar dikkate alınmaktadır. Diğer ülkeler ile karşılaştırıldığında, İngiltere KEYK düzenlemesinin çok fazla sayıda istisna hükmü içerdiği görülmektedir ki bu istisnalar; kar dağıtım istisnası (acceptable distribution policy)²⁸⁰, gerçek sınaî ve ticari faaliyetlere ilişkin istisna (exempt activities), halka açık şirketlere ilişkin istisna (public quotation test)²⁸¹, en az hisse sahipliği veya en az kazanç istisnası (the de minimis exception)²⁸² ve iyi niyet testi (motive test)²⁸³ istisnasıdır. İngiltere'de, KEYK'lerden elde edilen kazançlar, söz konusu istisnaların hiçbirisinin uygulanamaması halinde vergilendirilmektedir²⁸⁴.

6 Aralık 2006 tarihinde, KEYK düzenlemesinde iki önemli değişiklik yapılmış ve sınaî ve ticari faaliyetlere ilişkin istisnanın (exempt activities test (EAT)) kapsamı, AB ülkelerini ve diğer bazı ülkelerin de dâhil olduğu "*European Economic Area (EEA)*"²⁸⁵ alanını da kapsayacak şekilde genişletilmiş²⁸⁶ ve kötüye kullanıldığı düşüncesiyle halka açık şirketlere ilişkin istisna kaldırılmıştır²⁸⁷.

²⁷⁹ HM Revenue&Customs, Budget 2008, 12 March 2008, <http://www.hmrc.gov.uk/budget2008/bn22.pdf>, (21.03.2008).

²⁸⁰ Kontrol edilen yabancı kurumun dağıtılabilir karının % 90'ının en geç hesap döneminin kapandığı ayı takip eden 18 ay içerisinde dağıtılması halinde, söz konusu karlar, düzenleme kapsamında değerlendirilmemektedir, Ullah, s. 613; Graziani, s. 8.

²⁸¹ Kontrol edilen yabancı kurumun en az % 35 hissesinin halka açık olması ve borsaya kote edilmiş olması halinde, kontrol edilen yabancı kurumun karları, düzenleme kapsamında değerlendirilmemektedir, Ullah, s. 614; Graziani, s. 10.

²⁸² En az kazanç istisnasına ilişkin tutar 50.000 €'dur. Kontrol edilen yabancı kurumun bir dönemde (12 ay) vergilendirilebilir karının bu tutarın altında kalması halinde kontrol edilen yabancı kurum hükümleri uygulanmamaktadır. 12 aydan daha az bir süreyi kapsayan dönemlerde bu tutar oransal olarak azaltılmaktadır, Ullah, s. 615; Graziani, s. 10.

²⁸³ OECD, *CFC*, s. 24.

²⁸⁴ Rita Szudoczky, "EC Update", *European Taxation*, Vol. 46, No. 11 (November 2006), s. EC-41.

²⁸⁵ EEA, 15 adet AB üyesi ülkeyi ve İsviçre hariç olmak üzere 3 adet EFTA üyesi ülkeyi (Liechtenstein, İzlanda ve Norveç) içeren bir alandır. İsveç hükümetinin genel görüşüne göre, EC Anlaşmasının içerdiği temel hak ve özgürlüklere rağmen, KEYK düzenlemesinin AB ülkelerinde mukim kurumları da kapsamaktadır, Mattias Dahlberg, "National Report Sweden", Michael Lang ve diğerleri (Ed.) *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law* içinde (581-604), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 590.

²⁸⁶ Bu istisna, kontrol edilen yabancı kurumun mukimi bulunduğu ülkede gerçek ticari faaliyet gösteren şirketleri veya herhangi bir nedenle (exempt activities test veya başka bir nedenle) vergiden muaf şirketlerden kar payı elde eden holdingleri hedeflemektedir ve istisnadan yararlanabilmek için işletmenin mukimi bulunduğu ülkede ticari bir faaliyetle uğraşması ve bu ülkede belirli bir varlık göstermesi, ayrıca hesap dönemi boyunca fiilen bu ülkede idare edilmesi, yine bu ülkede, faaliyetleri ile orantılı yeterli, uzman personel çalıştırılması gerekmektedir, Graziani, s. 9.

²⁸⁷ Gershuny ve diğerleri, s. 3; 06.12.2006 tarihinden itibaren geçerli olan sözkonusu değişiklik sonrasında, "*mukim olunan ülke*" şartı, AB'ne üye ülkelerde veya diğer bazı ülkelerin de dâhil olduğu "*European Economic Area*" alanında faaliyet gösteren kontrol edilen yabancı kurumlar için bu alanı ifade edecek, bu alan dışında faaliyet gösteren kontrol edilen yabancı kurumlar için ise eski şekliyle uygulanacaktır, Gershuny ve diğerleri, s. 3; HM Revenue&Customs, Pre-Budget Report, <http://www.hmrc.gov.uk/pbr2006/index.htm>, (28.04.2008).

İngiltere’de 1999 yılından itibaren yürürlüğe giren ve bugün dünyada sadece İngiltere KEYK düzenlemesi kapsamında uygulanmakta olan²⁸⁸ düzenlemeye göre; genel olarak, bir KEYK’in, bir hesap dönemine ilişkin kar dağıtımını istisnası (Acceptable Distribution Policy (ADP)) elde etmesi için, hesap döneminin kapandığı tarihten itibaren 18 ay içerisinde, İngiltere KVK’ya göre hesaplanan²⁸⁹ dağıtılabilir net karın (net chargeable profits) en az % 90’ını, doğrudan veya dolaylı olmak üzere İngiltere mukimi ortaklara dağıtması gerekmektedir²⁹⁰. İngiltere Gelir İdaresi²⁹¹, 2009 yılında resmi internet sitesinde yayımlamış olduğu Rapor’da ²⁹², KEYK düzenlemesi kapsamındaki kar dağıtımını istisnasının, 24 ay içerisinde aşamalı olarak yürürlükten kaldırılacağını açıklamıştır²⁹³. Ayrıca, Sadece İngiltere KEYK düzenlemesi örneğinde görülen ve oldukça yüksek oranda vergiden kaçınmaya neden olan, halka açık şirketlere ilişkin istisnanın (public quotation test) da, Cadbury Schweppes davasının AAD tarafından karara bağlanmasının ardından KEYK düzenlemesinin AAD kararlarına uygunluğunun sağlanması amacıyla getirilen düzenleme ile 6 Aralık 2006 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır²⁹⁴.

Dolayısıyla, İngiltere KEYK düzenlemesinin uygulanabilmesi için, başka bir ifadeyle, İngiltere’de mukim şirketler nezdinde vergilendirmenin gerçekleşebilmesi için, İngiltere’de mukim hissedarların, İngiltere dışında mukim yavru şirketin % 50’sinden fazlasına sahip olması²⁹⁵, başka bir ifadeyle % 50’den fazlasının İngiliz hissedarlar tarafından kontrol edilmesi ve yukarıda sayılan istisnalar uygulandıktan sonra hala KEYK olarak kabul edilen bir kurumun var olması gerekmektedir²⁹⁶. İngiltere KEYK düzenlemesine göre, bir İngiliz mukiminin, % 50’den fazla hissesine sahip olduğu KEYK’in, % 50’den fazlasına sahip olduğu diğer tüm yabancı kurumlardaki hisselerin tamamına sahip olduğu ve bu yabancı kurumları da kontrol ettiği kabul edilmekte olup, dolaylı kontrol, hisse sahipliği benzeri bir ekonomik fayda temeline dayandırılmamaktadır²⁹⁷.

²⁸⁸ OECD, *CFC*, s. 68.

²⁸⁹ Graziani, s. 8.

²⁹⁰ HM Revenue and Customs, INTM 204010, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm204010.htm> (20.04.2009); Ullah, s. 613.

²⁹¹ HM Revenue and Customs, 2008 Pre Budget Report Press Notices, <http://www.hmrc.gov.uk/pbr2008/pn-all.pdf> (20.01.2009).

²⁹² HM Treasury, Pre Budget Report, http://www.hm-treasury.gov.uk/prebud_pbr08_repindex.htm ,

²⁹³ *UK Government Announces Exemptions on Foreign Profit*, 24 November 2008, <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=9&PUBID=210&ISS=25166&SID=714761&SM=&SearchStr=UK%20CFC> , (20.01.2009); Bkz., § 10 Bölüm, I/3-a kısım; Bkz., § 13 Bölüm, II/4 kısım.

²⁹⁴ HM Revenue and Customs, Pre-Budget Report 2006, <http://www.hmrc.gov.uk/pbr2006/pbrn1.htm> (20.01.2009); Bkz., § 10 Bölüm, I/3-d kısım; Bkz., § 13 Bölüm, II/4 kısım.

²⁹⁵ Graziani, s. 5.

²⁹⁶ Meussen, s. 14.

²⁹⁷ Arnold, *CFC*, s. 315.

Ancak vergilendirme, sadece İngiltere’de mukim olan ve KEYK’lerden elde edilen kazançların tamamı (değer artış kazançları hariç²⁹⁸) üzerinden, en az % 25 oranında (ilişkili kişiler (associates) ile birlikte) kar payına sahip²⁹⁹ ana şirketler elinde hisseleri oranında³⁰⁰ ve fiktif kar payı dağıtımı³⁰¹ kabul edilerek vergilendirilmektedir.

Başka bir ifadeyle, yabancı kurumun ortaklarına hisseleri oranında yapılacak kar payı dağıtımı, İngiltere’de mukim olan veya olmayan gerçek ve tüzel kişilere yapılacak olmasına rağmen, İngiltere kontrol edilen kurum düzenlemesi kapsamındaki vergilendirme, sadece yabancı kurumun İngiltere’de mukim tüzel kişiliğe sahip ortaklarına sahip oldukları hisseleri oranında yapılan kar dağıtımları üzerinden, yani sadece şirketlere atfedilecek gelirler üzerinden gerçekleştirilmektedir³⁰². Bununla birlikte, KEYK’in İngiltere’de mukim, kurum sıfatını haiz olmayan diğer ortaklarına (gerçek kişiler, vakıflar veya tüzel kişiliği olmayan ortaklıklar gibi) ait hisselerle isabet eden karlar, bu kişiler ile KEYK düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulan İngiltere’de mukim kurum arasında "*ilişkili kişi*" bağlantısının varlığı halinde, doğrudan vergiye tabi tutulmayan bu kazançlar da, İngiltere’de mukim ana şirkete atfedilerek vergilendirilmektedir³⁰³. Ayrıca, İngiltere Gelir İdaresi, KEYK’in dağıtılmamış karlarını, kurumdan fayda sağlayan (kreditör-faiz ilişkisi vb.) her kişiye ve kurula atfetme yetkisine sahiptir³⁰⁴.

İngiltere KEYK düzenlemesi kapsamında yapılacak vergilendirmeye ilişkin ülke bilgileri her yıl İngiltere Gelir İdaresi tarafından, beyanname verme döneminden önce ilan edilmekte ve mükellefler bu liste doğrultusunda beyannamelerini düzenlemekte iken, 1995 yılında yayınlanan bir tebliğ ile uygulama sisteminin değiştirileceği ve beyan esasına geçileceği ilan edilmiştir³⁰⁵. Böylece 1 Temmuz 1999 tarihinden sonra sona eren vergilendirme dönemleri için KEYK’lerden elde edilen gelirlerin beyan edilmesinde, İngiltere Gelir İdaresi’nin beyana davet zorunluluğu kaldırılarak, bu gelirleri elde eden tam mükellef kurumlara beyan zorunluluğu getirilmiştir. Bu düzenleme sonucunda, ticari ilişki içerisinde bulunan yabancı ülkelerdeki yavru şirketlerin, KEYK özelliği taşıyıp taşımadığını beyan

²⁹⁸ Graziani, s. 6; Sandler, 28, HM Revenue&Customs, Capital Gains Tax, 12 March 2008, <http://www.hmrc.gov.uk/budget2008/bn22.pdf> (28.04.2008).

²⁹⁹ Brinker ve Sherman, s. 19.

³⁰⁰ Sandler, s. 28; Değer artış kazançları, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesine benzer başka bir kanuni düzenleme kapsamında vergilendirildiğinden, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi kapsamı dışındadır, Sandler, s. 28.

³⁰¹ Meussen, s. 14.

³⁰² Brinker ve Sherman, s. 19.

³⁰³ Graziani, s. 7; Ullah, s. 619.

³⁰⁴ OECD, *CFC*, s. 63.

³⁰⁵ Sandler, s. 28.

konusundaki yükümlülük, yabancı ülkelerde kurulan yavru şirketler aracılığıyla faaliyette bulunan İngiltere’de mukim kurumlar vergisi mükelleflerine yüklenmiş olmaktadır³⁰⁶.

II- KITA AVRUPASI HUKUKU

1. Almanya

Almanya’da, KEYK düzenlemesinin yürürlüğe girmesinden önce, yabancı ülkelerde kurulan yavru şirketler ya da bağlı şirketler vasıtasıyla sermayenin Almanya dışına taşınmasını ve buna bağlı olarak vergi gelirlerinde yaratılan azalmanın önlenmesini sağlamak üzere iki ayrı düzenlemeden yararlanmaya çalışmıştır. Bu amaçla uygulamaya konan ilk düzenleme yurt dışında kurulan veya iştirak edilen yavru şirketlerin iş merkezinin (place of management) Almanya’da olduğunun kabul edilerek söz konusu yavru kurumların, Almanya’da mukim ana şirketin bir şubesi olarak kabul edilmelerini sağlayan bir düzenlemedir³⁰⁷ ki bu, İngiltere’nin bu amaçla başvurduğu uygulama ile benzerlik göstermektedir. İkincisi ise Vergi İdaresi’nin, 1960’lı yılların başında uygulamaya koyduğu, yurt dışında kurulan ve mükelleflere vergiden kaçınma olanağı sağlayan şirketlere yönelik özel bir vergiden kaçınmayı önleyici düzenlemedir³⁰⁸. Ancak vergiden kaçınma karşıtı düzenleme, yargı tarafından iptal edilmiştir.³⁰⁹

Alman GVK’ya göre, Almanya’da mukim gerçek ve tüzel kişiler, tüm dünya gelirleri üzerinden tam mükellefiyet esasına göre, Almanya’da mukim olmayan gerçek ve tüzel kişiler ise sadece Almanya’da bulunan gayrimenkulleri üzerinden veya Almanya’da bulunan işyerleri vasıtasıyla elde ettikleri gelirler üzerinden dar mükellefiyet esasına göre vergilendirilmektedirler³¹⁰. Yabancı ülkelerde kurulu yavru şirketlerden elde edilen gelirler ise genel kural olarak Almanya’da vergiye tabi tutulmamakta, ayrı varlık yaklaşımı altında

³⁰⁶ Ullah, s. 614.

³⁰⁷ Arnold, *CFC*, s. 30; Almanya Vergi İdaresi, 1934 yılına kadar Alman vergi mükelleflerinin vergiden kaçınma amacıyla varlıklarını yurtdışına ve özellikle İsviçre’ye transfer etmelerine ve yatırımlarını ve ticari faaliyetlerini İsviçre’de kurdukları bağlı şirketler aracılığı ile sürdürmelerine engel olmak amacıyla sorunu, aynen İngiltere’de olduğu gibi, yabancı kurumların iş merkezinin Almanya’da olduğunun kabul edilmesi suretiyle çözmeye çalışmış ve 1934 yılında bu yönde Almanya mukimlerinde sahip olunan ve sadece operasyonların gerçekleşmesinde şube işlevini gören yabancı bağlı kurumların iş merkezlerinin, bağlı oldukları ana şirketlerin iş merkezinin bulunduğu yerde olduğunun kabul edileceği yönünde hüküm içeren bir Kanunu yürürlüğe koymuştur. Bu Kanun ile yabancı ülkelerde kurulu bağlı şirketlerin şube olarak kabul edilmesi suretiyle, bu şirketlerden elde edilen gelirlerin Almanya’da vergilendirilmesi hedeflenmiş ise de, Kanunun, Yabancı Holding Şirketleri, Almanya’da mukim gerçek kişiler tarafından kontrol edilen bağlı şirketleri veya Almanya’nın vergi anlaşması bulunan ülkelerde kurulu bağlı şirketleri kapsamaması nedeniyle amacına ulaşamamış, ancak yine de bu haliyle 1972 yılına kadar yürürlükte kalmıştır, Arnold, *CFC*, s. 30.

³⁰⁸ 1965 yılında ihdas edilen bu düzenleme "*Oasenerlass*" olarak adlandırılmaktadır (BStBL 1965 II,74); Alexander Rust, "National Report Germany", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (255–279), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 257.

³⁰⁹ Rust, s. 257; Bu düzenleme Alman Yüksek Mahkemesi (BFH) tarafından 1968 yılında iptal edilmiş ve kontrol edilen yabancı kurumun bir kayyum (trustee), hissedarlarının ise kurucu (trustor) olarak kabul edilmesi önerilmiştir, Rust, s. 257.

³¹⁰ Arnold, *CFC*, s. 30.

değerlendirilmekte, dolayısıyla bu kurumlar tarafından elde edilen gelirler sadece kar dağıtımı yapıldığında, Alman ortakların elinde ve hisseleri oranında Almanya'da vergiye tabi tutulmakta ve tam mükellef kurumlardan elde edilen kar paylarındaki durumun aksine, yabancı kurumlar tarafından ödenen kurumlar vergisinin, bu kurumlardan elde edilen kar paylarına ilişkin olarak ödenen gelir vergisinden mahsubuna imkân sağlanmamaktadır³¹¹. Tam mükelleflerin Almanya'nın çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması imzalamış olduğu bazı Avrupa ülkelerinden elde ettikleri gelirler, Anlaşma hükümlerine göre vergiden müstesna tutulmakta ve 1956 yılında yürürlüğe konan bir Kanunla da, Almanya ile vergi anlaşması olmayan ülkelerde ödenen vergilerin tek taraflı olarak mahsubuna imkân sağlanmaktadır³¹².

Vergi sistemi bu haliyle yabancı ülkelerde kurulu bağlı şirketler vasıtasıyla vergiden kaçınma için uygun ortam haline gelmiştir. Yukarıda sözü edilen vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin genel ve özel kanuni düzenlemelerin de sorunu çözmede etkili olamaması üzerine kanun koyucu 8 Eylül 1972 tarihinde, büyük ölçüde Amerika "*Subpart F*" düzenlemesinden esinlenilerek hazırlanmış olan "*Hinzurechnungbesteuerung*" başlıklı bir Kanun ile yabancı kaynaklı gelirlerin vergilendirilmesine ilişkin ilk KEYK düzenlemesini yapmış olup, Kanun daha sonra "*Aussensteuergesetz (AstG)*"³¹³ isimli Kanunla birleştirilmiştir³¹⁴.

Almanya'nın KEYK mevzuatında 1980, 1992, 2001 ve 2003 yıllarında önemli değişiklikler yapılmış olup, bu düzenlemeler aşağıda incelenmektedir.

1972 yılında yürürlüğe giren düzenlemeye göre; KEYK'lerin kazançları, Almanya'da mukim hissedarlar nezdinde fiktif kar payı kabul edilmek suretiyle vergilendirilmekte, KEYK'ler tarafından gerçekleştirilen gerçek kar payı dağıtımları fiktif kar paylarından mahsup edilmekte ve yabancı kurumlar tarafından ödenen vergilerin hesaplanan gelir vergisinden mahsubuna izin verilmekteydi³¹⁵. Ancak sistemde, KEYK'in iştirakleri ile ilgili, yani dolaylı olarak KEYK'ler ile ilgili bir düzenleme yer almadığından, bu boşluk vergi mükellefleri tarafından vergiden kaçınma amacıyla kullanılmakta, dolayısıyla düzenleme amacına ulaşmamaktaydı. Mükellefler, şirketlerini doğrudan vergi cennetlerinde değil, KEYK düzenlemesi bulunmayan, yabancı kurumlardan elde edilen kar paylarını vergilendirmeyen ve ayrıca Almanya ile

³¹¹ Rust, s. 257–258.

³¹² Arnold, *CFC*, s. 30.

³¹³ Uluslararası İşlemlerin Vergilendirilmesine İlişkin Kanun (International Transaction Tax Act), Almanya Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kanunu (AstG), Rust, s. 257.

³¹⁴ Rust, s. 257.

³¹⁵ Rust, s. 258.

akdetmiş olduğu vergi anlaşması gereğince Almanya'ya dağıtılan kar paylarının vergiden müstesna olduğu yüksek vergili bir ülkede kurmakta ve vergiden kaçınma amacıyla vergi cennetlerinde kurulan şirketin gelirlerini bu şirkete aktarmak suretiyle elde edilen gelirin tamamen vergi dışı kalmasını sağlamaktaydılar³¹⁶. Durumun tespit edilmesi üzerine 1980 yılında, KEYK düzenlemesi, vergi cennetlerinden vergi cenneti olmayan ülkeler aracılığıyla elde edilen kar paylarına yönelik mevcut boşluk ortadan kaldırılmak üzere sınırlandırılmış, ancak bu değişikliklerden sonra dahi uygulamada ortaya çıkan sorunlar, sistemdeki farklı bazı boşlukların varlığını ortaya koymuştur³¹⁷.

1992 yılında "AstG'de önemli değişiklikler yapılmış olup, söz konusu düzenleme ABD'nin Personal Foreign Investment Company (PFIC) düzenlemesinin bir benzeridir³¹⁸. Bu değişiklikler içerisinde yer alan üç temel değişiklik, KEYK düzenlemesini önemli ölçüde etkilemiştir. Bu değişikliklerden birincisi, bazı yüksek vergili –özellikle ABD- ülkelerde yapılan yatırımlardan edilen gelirler üzerindeki vergi avantajını ortadan kaldırmayı öngörmüştür. Bu düzenlemeye gerek duyulmasının nedeni, yüksek vergili, ancak bazı yatırımlara vergisel avantajlar sağlayan ülkelerde yapılan yatırımlardan elde edilen gelirlerin bu ülkelerde vergilendirilmemesinin yanı sıra, bu yatırımlardan elde edilen kar paylarının, bu ülkeler ile Almanya arasında akdedilen vergi anlaşmasına göre iştirak kazançları kapsamında³¹⁹ Almanya'da da vergilendirilmemesi, dolayısıyla bu şirketlerden elde edilen gelirlerin tamamen vergi dışı kalmasıdır. Bu sorunu çözmeye yönelik olarak Almanya, akdetmiş olduğu vergi anlaşmalarının bu tür yatırımlardan elde edilen kar paylarına ilişkin hükümlerinin uygulamasını durdurarak, bu sayede KEYK düzenlemesinin daha efektif bir şekilde uygulanması sağlanmıştır³²⁰.

Değişikliklerden bir diğeri, yurt dışındaki işyerlerini hedeflemektedir. Alman KEYK düzenlemesi sadece yurt dışında kurulan ve Almanya'da mukim hissedarları tarafından kontrol edilen yavru şirketleri kapsamakta iken, 1992 yılında yapılan değişiklikle, Almanya'da

³¹⁶ Stephan Wuebbelsmann ve Eike Berend Post, "German CFC Legislation", **CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law**, The Netherlands, Wintercourse 2001–2002, s. 3.

³¹⁷ Wuebbelsmann ve Post, s. 3.

³¹⁸ Sandler, s. 25; PFIC hakkında bkz., § 3 Bölüm, I/1 kısım.

³¹⁹ Sandler, s. 24.

³²⁰ Wuebbelsmann ve Post, s.3; Örneğin, bu tarihlere Alman vergi mükellefleri tarafından ABD'de kurulan, "Regulated Investment Companies" şirketlerine yapılan yatırımlarından elde edilen gelirler, bu şirketlerin ABD'de vergiden muaf tutulması nedeniyle ABD'de vergilendirilmemektedir, ayrıca bu şirketlerden elde edilen kar payları ABD ile Almanya arasında akdedilen vergi anlaşmasına göre Almanya'da da vergilendirilmemektedir. Almanya ile ABD arasındaki vergi anlaşmasının kar paylarına ilişkin hükmünün, bu tür bir vergiden kaçınmaya imkân vermeyecek şekilde değiştirilmesinden sonra Alman vergi mükellefleri yatırımlarını, yine bazı yatırım türlerine vergisel avantajlar sağlayan Dublin ve Hollanda gibi merkezlere yönlendirmişlerdir, Wuebbelsmann ve Post, s. 3.

mukim mükelleflere ait olan ve düşük oranda vergilendirilen pasif karakterli gelir elde eden, yabancı ülkelerde kurulan işyerleri de KEYK düzenlemesi kapsamına alınmış ve çifte vergilendirmenin önlenmesi, istisna metodu yerine mahsup metodu uygulanmak suretiyle temin edilmiştir³²¹.

1992 yılında yapılan en önemli değişikliklerden birisi de genişletilmiş KEYK düzenlemesidir. Bu düzenleme ile kazancı pasif karakterli sermaye yatırımı geliri (passive capital investment income) olarak tanımlanan gelirlerden oluşan yabancı ülkelerde kurulu şirketlerden, Almanya'da mukim ortaklar tarafından elde edilen kar paylarının vergilendirilmesi hedeflenmektedir. Düzenleme, sadece bir hissedarın en az % 10 hisse sahibi olması durumunda uygulanabilmektedir³²². Ayrıca, KEYK düzenlemesi gibi, yabancı şirketin Alman hissedarlar tarafından kontrol edilmesi şartı bulunmamaktadır. Elde edilen gelirin sermaye yatırımı geliri (passive capital investment income) mahiyetinde olması ve düşük vergilendirilen bir ülkede elde edilmesi yeterlidir³²³. Ayrıca genişletilmiş KEYK uygulamasında, vergi anlaşmalarının ilgili hükümleri uygulanmamaktadır³²⁴. En az % 10 hisse sahipliği şartı 2001 Ocak ayında yürürlüğe giren bir Kanun ile % 1'e düşürülmüştür³²⁵.

1 Ocak 1994 tarihinde yürürlüğe giren "*Anti-Abuse and Tax Clarification Act*" Kanunu ile ilave bazı düzenlemeler de gerçekleştirilmiştir³²⁶. Uygulamayı daha da zorlaştıran bu değişikliklerle hedeflenen amaç, düzenlemenin daha adil, rekabet üzerinde daha az etkili, sermaye ihracatı tarafsızlığını sağlayan ve vergi gelirlerindeki azalmayı önleyen bir yapıya kavuşturmak olsa da uluslararası faaliyette bulunan çokuluslu şirketler ile ilgili sorunları çözmede yeterli olmamıştır³²⁷.

³²¹ Anno Rainer ve Otmar Thömmes, "Are German CFC Rules Compatible with EU Freedoms?", **International Tax Review**, Vol. 33, Issue 11 (November 2005), s. 554; Almanya'nın akdetmiş olduğu vergi anlaşmalarının kar paylarına ilişkin hükmünün, vergiden kaçınmaya imkân vermeyecek şekilde değiştirilmesinden sonra Alman vergi mükellefleri yatırımlarını, kendilerine vergiden kaçınma olanağı sağlayan merkezlere yönlendirmişlerdir. Bunlara bir örnek Belçika Koordinasyon Merkezleri'dir. Belçika'da kurulan ve koordinasyon merkezi olarak bilinen komandit şirketler (limited partnership), Belçika'da kurumlar vergisine tabi tutulmakta, ancak Almanya vergi hukukuna göre şeffaf kurumlar olarak kabul edilmeleri nedeniyle, Almanya'da mukim ortakların Belçika'da mevcut işyeri olarak kabul edilmektedir. Statüleri gereği bu şirketlere Belçika'da uygulanan kurumlar vergisi oranı, Almanya'da uygulanması gereken vergi oranından daha düşüktür, Rainer ve Thömmes, s. 554.

³²² Rust, s. 261; Pasif karakterli sermaye yatırımı geliri, Almanya kontrol edilen yabancı kurum kanununun 10 (6) maddesinde (Income derived by the CFC from maintaining, administering, preserving or increasing of monetary resources, receivables, securities, participations or similar assets) tanımlanmıştır, Rust, s. 261.

³²³ OECD, *CFC*, s. 23.

³²⁴ Guido Fröster ve Dirk Schmidtman, "CFC Legislation in Germany", **International Tax Review**, Vol. 32, Issue 10 (2004), s.477; Rust, s. 261.

³²⁵ Rust, s. 261.

³²⁶ Sandler, s. 25.

³²⁷ Wuebbelsmann ve Post, s. 4.

Bu düzenlemelerden sonra Almanya KEYK düzenlemesi temel anlamda aşağıdaki gibi şekillenmiştir³²⁸.

- KEYK'ler tarafından elde edilen pasif karakterli gelirler, Almanya'da mukim ortakların elinde fiktif kar payı olarak vergilendirilmekte; bu kar payları, KEYK'in Almanya'nın vergi anlaşması imzalamış olduğu bir ülkede bulunması halinde, belli şartlara bağlı olarak vergi anlaşmaları hükümlerinden yararlandırılmaktadır.
- Genişletilmiş KEYK düzenlemesinin kapsamına giren³²⁹ pasif karakterli sermaye yatırımı geliri (passive capital investment income) Almanya'da mukim ortaklar tarafından elde edilmiş ve bu gelir üzerinden ödenen yabancı vergiler de kendileri tarafından ödenmiş gibi kabul edilmekte, ayrıca bu gelirler vergi anlaşmaları hükümlerinden yararlandırılmamaktadır.
- KEYK'ler tarafından grup içi finansman faaliyetlerinden elde edilen pasif karakterli gelirlerin ise % 60'ı pasif karakterli sermaye yatırımı geliri (passive capital investment income) olarak, % 40'ı ise pasif karakterli gelirler kapsamında değerlendirilmekte ve dolayısıyla anlaşma hükümlerinden kısmen yararlandırılmaktadır.

2001 yılında, kurumlardan elde edilen kar paylarının vergilendirilmesinde ekonomik çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik olarak bir düzenleme yapılmış ve gerçek kişiler tarafından elde edilen kar paylarının yarısı, kurumlar tarafından elde edilen kar paylarının ise tamamı iştirak kazançları istisnası kapsamında³³⁰ vergiden müstesna tutulmuş ise de; 17 Mayıs 2003 tarihinde KEYK düzenlemesinde yapılan bir değişiklikle, fiktif kar payı dağıtımlarının vergi anlaşmalarının iştirak kazançları istisnası hükümlerinden yararlanması imkanı kaldırılmıştır³³¹. Ayrıca bu değişiklikle KEYK vergilemesinde grup içi finansman faaliyetlerinden elde edilen pasif karakterli gelirler alt başlığı tamamen kaldırılmış³³², düşük vergilendirilen KEYK'lerden elde edilen gelirlerin tamamının, Alman hissedarların gelirlerine dâhil edilmesini sağlayan bir sistem oluşturulmuş ve pasif karakterli gelirler ile pasif karakterli

³²⁸ Fröster ve Schmidtman, s. 476.

³²⁹ Rust, s. 261.

³³⁰ Fröster ve Schmidtman, s. 481.

³³¹ Rust, s. 258-261.

³³² Tax Benefit Reduction Act (Steuervergünstigungsabbaugesetz –StVerAbG-).

sermaye yatırım gelirleri arasındaki farklılıklar, kazancın belirlenmesinde kullanılan hukuki önkoşullar ve atfedilebilir gelirin belirlenmesine ilişkin kriterler dışında ortadan kaldırılmıştır³³³.

2003 yılının sonunda gerçekleştirilen iki değişiklikten birisi, KEYK'ler tarafından kurulan yatırım fonlarının düzenleme kapsamında vergilendirilmesi, diğeri ise KEYK'lerin iştiraklerinin istisna kapsamına giren gelirlerinin tanımlanması ile ilgilidir³³⁴.

Gerçekleştirilen tüm değişiklikler sonrasında, Almanya'da KEYK düzenlemesi kapsamına, Almanya'da mukim gerçek veya tüzel kişiler tarafından ayrı ayrı veya birlikte, yabancı ülkede kurulan bir şirketin doğrudan veya dolaylı % 50'den fazla hissesini veya oy hakkını elinde bulundurduğu Almanya dışında mukim kurumlar girmektedir. Ayrıca, bu şirketin gelirini pasif karakterli gelirlerin oluşturması ve bu gelirler üzerindeki efektif vergi yükünün % 25'ten az olması gerekmektedir. Düzenleme ile ne yüksek oranda vergilendirilen pasif karakterli gelirler, ne de düşük vergilendirilen aktif ticari faaliyetler hedeflenmekte; belirlenen şartlar oluştuğunda, KEYK'in geliri Alman hissedarlara hisseleri oranında atfedilmektedir³³⁵. Atfedilen bu gelir kar payı olarak vergilendirilmekte, ancak ne kar paylarına ilişkin istisnadan, ne % 50 vergi indiriminden³³⁶, ne de vergi anlaşmaları hükümlerinden yararlandırılmakta, yani atfedilen bu gelirin tamamı vergilendirilmektedir³³⁷. Düzenleme, pasif karakterli gelirler ve pasif karakterli sermaye yatırım gelirleri (passive capital investment income) olarak farklı şekilde tanımlanmış iki gelir türüne ayrı esaslar dahilinde uygulanmaktadır. Geliri pasif karakterli gelirlerden oluşan KEYK'ler, yukarıda ana hatları ile belirlenen esaslar dahilinde vergilendirilirken, geliri pasif karakterli sermaye yatırım gelirlerinden oluşanlar genişletilmiş KEYK düzenlemesine ilişkin esaslar dahilinde vergilendirilmektedir. KEYK düzenlemesi ile genişletilmiş KEYK düzenlemesi arasındaki tek farkı ise en az hisse sahipliği şartı oluşturmakta, yani yabancı kurumun Alman hissedarlar tarafından kontrol edilmesi şartı aranmadan, bir kişinin en az % 1 hisse sahibi olduğu pasif karakterli sermaye yatırım geliri elde eden yabancı kurumların kazancı hisseleri oranında hissedarlara atfedilmektedir. Ancak bir kişinin yabancı kurumun % 50'den fazla hissesine veya oy hakkına sahip olması durumunda şirket kontrol edilmiş sayılacağından, bu fark da

³³³ Fröster ve Schmidtman, s. 477.

³³⁴ Fröster ve Schmidtman, s. 477.

³³⁵ Rust, s. 258–262.

³³⁶ Kontrol edilen yabancı kurumdaki kar payı elde eden hissedarın bir gerçek kişi olması halinde, söz konusu kar payının yarısı vergiden müstesna tutulmakta, yarısı ise gelir vergisine tabi tutulmaktadır. Elde edilen kar payının, ticari faaliyet bünyesinde elde edilmesi halinde ise söz konusu tutar, ticari kazançta dâhil edilmekte ve ilişkili giderlerin sadece yarısı gider olarak kabul edilmektedir, Fröster ve Schmidtman, s. 481.

³³⁷ Fröster ve Schmidtman, s. 481.

ortadan kalmaktadır³³⁸. KEYK düzenlemesinin uygulanmasından sonra gerçekleştirilen gerçek kar payı dağıtımları ise vergiden müstesnadır. Almanya'daki mevzuat ile ilgili olarak belirtilmesi gereken bir özellik de vergi sistemi içerisinde yer alan genel vergiden kaçınmayı önleme düzenlemelerinin, KEYK düzenlemesine göre önceliği bulunması, yani vergiden kaçınma saiki olmasa bile KEYK düzenlemesinin uygulanması gerekliliğidir³³⁹. Almanya'da mukim tam mükelleflerin yabancı ülkelerdeki işyerleri genel vergilendirme prensiplerine göre KEYK düzenlemesine tabi tutulmamakta iseler de, Almanya ile vergi anlaşması imzalamış ülkelerde bulunan ve KEYK özelliği taşıyan, yani pasif karakterli gelir elde eden işyerlerinin gelirlerinin Almanya'da vergilendirilen gelirlere dâhil edilmesini sağlamak üzere, bu gelirlere vergi anlaşmalarında yer alan istisna metodu uygulanmamakta (switch over clause), mahsup metodu uygulanmaktadır³⁴⁰.

AAD'nın Cadbury Schweppes davasının AAD tarafından karara bağlanmasının ardından Almanya KEYK düzenlemesinde de bazı değişiklikler yapılmıştır³⁴¹. Değişiklik içeren düzenlemeler esas olarak, yabancı ülkelerde kurulan şirketlerin gerçek ticari faaliyetle uğraşp uğraşmadığının belirlenmesi, başka bir ifadeyle vergiden kaçınma amacını taşıyan tamamen yapay bir girişim olup olmadığının belirlenmesi³⁴² ve AB (AB üye ülkeleri ile İzlanda ve Norveç ile birlikte EEA) içinde gerçekleşen ve gerçek ekonomik faaliyetlere yönelen gerçek ticari faaliyetlerin KEYK düzenlemesinin kapsamı dışına çıkarılması noktalarında yoğunlaşmaktadır. Almanya Maliye Bakanlığı, Cadbury Schweppes kararından sonra, "*gerçek ticari faaliyet*" tanımlayan ve yaratılan katma değeri de içerecek şekilde tüm koşullarının külülatif olarak listelendiği bir Tebliğ yayınlamıştır³⁴³.

2. Fransa

Fransa vergi sistemine göre gerçek kişiler ve tüzel kişilerin vergilendirilmesine ilişkin hükümler iki ayrı vergi Kanunu ile düzenlenmekte ve gerçek kişiler GVK çerçevesinde tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirilmekte, ancak şirketler, ticari kazançların

³³⁸ Rust, s. 262.

³³⁹ Gershuny ve diğerleri, s. 7.

³⁴⁰ Fröster ve Schmidtman, s. 482.

³⁴¹ Bkz., § 13 Bölüm, II/4 kısım.

³⁴² Johanna Andersson ve Amela Vrana, "Article 43 EC-A Freedom with Limitations? What Constitutes a "Wholly Artificial Arrangements"?, (Master Thesis, Jönköping University Jönköping International Business School, May 2007), <http://hj.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:4555> (11.02.2009), s. 33.

³⁴³ Christine Kamphaus ve Lars-Volkmar Weihmann, "Controlled Foreign Company Rules Still in Conflict with Community Law", **International Tax Review**, (May 2010), <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=25610&SID=725700&TYPE=20>, (11.05.2010).

vergilendirilmesini farklı esaslara bağlayan bir KVK çerçevesinde vergilendirilmektedir³⁴⁴. KVK'ya göre, Fransa'da mükellef olan ve tamamen veya kısmen uluslararası faaliyette bulunan şirketler ile Fransa'da faaliyette bulunan yabancı şirketlerin gelirleri ülkesellik ilkesine göre vergilendirilmekte³⁴⁵, yani gerçek kişiler tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirilmekte iken, şirketler sadece Fransa'da sürdürmekte oldukları ticari faaliyetlerinden elde ettikleri gelirler üzerinden vergilendirilerek, yabancı ülkelere elde edilen gelirleri, gerek elde edildikleri anda, gerekse Fransa'da mukim kişilere dağıtıldıkları anda vergiden müstesna tutulmaktadır³⁴⁶. Başka bir ifadeyle, Fransa dışında faaliyet gösteren bir şirket veya Fransa'da kurulan bir şirketin yurtdışı şubesi³⁴⁷, Fransa'dan idare edilse veya tüm hesapları Fransa'da tutulsa bile Fransa'da vergiye tabi tutulmamakta³⁴⁸, dolayısıyla bu durum, Fransa mukimlerinin tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirilmesi ilkesinin bir istisnası olarak ortaya çıkmaktadır³⁴⁹. Bununla birlikte, kurumlar vergisi uygulamasında ülkesellik ilkesine dayalı vergilendirme sistemi, sadece yurtdışındaki yavru şirketler ve şubeler aracılığı ile elde edilen ticari kazançların vergiden müstesna tutulmasına izin vermekte, Fransa'da mukim gerçek ve tüzel kişiler tarafından elde edilen pasif karakterli gelirler ve yatırım kazançlarının, Fransa'da genel hükümler çerçevesinde vergilendirilmesini engellememekte ve bu kazançlar üzerindeki çifte vergilendirme de mahsup veya indirim (deduction or credit) mekanizmaları uygulanmak suretiyle önlenmektedir³⁵⁰.

Fransa vergi sisteminin bu yapısal özelliklerinin, Fransa'da ödenmesi gereken vergiden kaçınmak veya ödenmesi gereken verginin ertelenmesi amacıyla vergi cennetlerinin kullanımı için uygun ortamı yaratması nedeniyle, 1968 yılından itibaren bu durumun önlenmesi için çeşitli girişimlerde bulunulmuştur. Bu amaçla 1968 yılında yürürlüğe giren kambiyo kontrolleri ile vergi cennetlerinin kötüye kullanımına yönelik sınırlı bir koruma sağlanması üzerine, Fransız hükümeti vergi cennetlerinin kötüye kullanımını engellemek amacıyla ilave özel düzenlemeler yapılmasını gerekli görmüştür³⁵¹. Fransa vergi sistemi içerisinde uluslararası vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınmanın önlenmesi amacıyla

³⁴⁴ Arnold, *CFC*, s. 187.

³⁴⁵ Mathieu Pouletty ve Neil Smith, "The Territoriality Principle as Applied in Denmark, France and Jong Kong", **BNAI Tax Planning International Review**, Vol. 32, No. 12 (December 2005), s. 3.

³⁴⁶ Arnold, *CFC*, s. 187- 191.

³⁴⁷ Sandler, s. 27.

³⁴⁸ Pouletty ve Smith, s. 4.

³⁴⁹ Arnold, *CFC*, s.187.

³⁵⁰ Arnold, *CFC*, s. 202.

³⁵¹ Arnold, *CFC*, s.187; Bu sistemde, yabancı ülkelere yapılacak Fransız yatırımları için Fransız Hazinesinden izin almak gerekmektedir, Arnold, s.187.

- KEYK mevzuatı,
- Avantajlı vergi rejimlerine yapılan bazı ödemelerin indiriminin kısıtlanması,
- Transfer fiyatlandırması mevzuatı,
- Kanuna karşı hileye (abuse of law) ilişkin genel hüküm ihdası,

gibi bir dizi düzenleme yapılmıştır³⁵².

Bu düzenlemelerin en önemlisi, 18 Ocak 1980 tarihli Kanunun 70 inci maddesi ile ihdas edilen ve KEYK kurallarını belirleyen Kanun'dur ve düzenleme, Fransa Genel Vergi Kanununun (CGI-Code Général des Impôts) 209 B maddesini oluşturmuştur³⁵³. Fransa'daki mevzuat, birkaç istisna dışında genel olarak, diğer ülkelerin mevzuatları ile benzer özellikler taşımaktadır. Mevzuatın amacı aşağıda belirtilen dört madde ile ifade edilebilir³⁵⁴:

- a) Fransa KEYK düzenlemesi, öncelikle Fransa'da mukim şirketler tarafından elde edilen pasif karakterli gelirlerin vergi cennetlerinde kurulan yavru şirketlere aktarılmasını ve gelirlerin bu şirketler bünyesinde muhafaza edilmesini engellemeyi amaçlamaktadır. Çünkü vergi cennetlerinde kurulan şirketlerin olmaması durumunda, pasif karakterli gelirler Fransa'da mukim şirketlerin bünyesinde oluşturulacak ve Fransa'da genel hükümler çerçevesinde kurumlar vergisine tabi tutulacaktır. Fransız mevzuatı bu tür bir vergiden kaçınmayı önleme amacını taşımaktadır.
- b) Fransız mevzuatı, Fransa'da mukim şirketlerin gerçek sınai ve ticari faaliyetlerini vergi cennetlerinde sürdürmelerini de engellemeyi amaçlamamaktadır. Bu nedenle, vergi cennetlerinde sürdürülen bu tür faaliyetlerden elde edilen gelirler KEYK düzenlemesi kapsamı dışında tutulmaktadır.
- c) Fransa mevzuatı, diğer ülkelerin KEYK düzenlemelerinde yer almayan bir amaç daha taşımaktadır. Bu amaç, yurt dışından elde edilen pasif karakterli gelirlerin

³⁵² Bruno Gouthiere, "French Anti-Abuse International Tax Legislation: Recent Developments", **European Taxation**, Vol. 46, No. 11 (November 2006), s. 514. (2006)

³⁵³ Bruno Gouthiere, "Overview of French CFC Legislation", **European Taxation**, Vol. 48, No. 2 (February 2008), s. 50. (2008)

³⁵⁴ Arnold, *CFC*, s. 201-203.

vergiden müstesna tutulan kar payları arasına dahil edilmesini önlemektir. Fransa kurumlar vergisi sistemi gereğince, yabancı ülkelerde kurulan şirketler veya şubeler aracılığıyla elde edilen ticari kazançlar dışındaki diğer kazançlar Fransa'da genel hükümler çerçevesinde vergilendirildiği için, bu kazançlar vergi cennetlerinde kurulan yavru şirketler üzerinden Fransa'ya aktarılmak suretiyle, bir vergiden kaçınma yöntemi olarak kullanılmak istenmektedir.

- d) Fransa'da mukim şirketler tarafından, yurt dışında sahip oldukları yavru şirketlerden elde edilen kar payları kaynağına bakılmaksızın (faiz, kira veya gayrimaddi hak bedeli gibi) iştirak kazançları istisnasından yararlanabilmektedir. Fransa mevzuatı, vergi cennetlerinde kurulan yavru şirketlerden elde edilen kar paylarının iştirak kazançları istisnasından yararlanmasını da engellemeyi amaçlamaktadır.

Fransa Genel Vergi Kanununun (Code Général des Impôts) 209B maddesi ile 1980 yılında yürürlüğe giren KEYK düzenlemesinin ilk haline göre, Fransa'da mukim bir şirketin, doğrudan veya dolaylı olarak önemli bir hisseye –esas itibarıyla % 25 veya daha fazla- sahip olduğu, avantajlı vergi rejimine³⁵⁵ sahip vergi cennetlerinde kurulan bir şirketin, sadece pasif karakterli gelirlerinin değil tüm gelirlerinin Fransa'da mukim şirkete sahip olduğu hisse oranında atfedilmesi öngörülmüştür. Ancak düzenlemenin uygulanabilmesi için yabancı şirketin kontrol edilmesi şartı aranmamakta, Genel Vergi Kanununun 238A maddesinde yer alan avantajlı vergi rejimi açık bir şekilde tanımlanmamakta ve düzenlemenin uygulanacağı ülkeler resmi ve kesin olmayan bir şekilde idare tarafından oluşturulan liste ile belirlenmektedir³⁵⁶.

Fransa'da KEYK düzenlemesinin yürürlüğe girdiği 1980 yılından günümüze kadar, yukarıda belirtilen KEYK rejiminin unsurlarının belirlenmesinde kullanılan parametrelerde 1992, 2003 ve 2005 yıllarında önemli değişiklikler yapıldığı tespit edilmekte olup, bu değişiklikler aşağıda incelenmektedir.

Fransa'nın KEYK mevzuatında 30 Eylül 1992 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme, KEYK'deki sahip olunması gereken kar hissesi, mali haklar veya oy hakkının oranının % 25'den % 10'a indirilmesi ve yabancı kurumdaki yatırım tutarına parasal bir sınır (22,8 milyon

³⁵⁵ OECD, *CFC*, s. 24.

³⁵⁶ Sandler, s. 27–28.

EURO) getirilmesi ve KEYK düzenlemesinin yurtdışında bulunan işyerlerini, yani şubeleri kapsamına alacak şekilde genişletilmesi gibi üç önemli değişiklik içermiştir³⁵⁷. KEYK'de sahip olunması gereken hisse oranının % 10'a indirilmesi ile de kanunun, iştirak kazançları istisnasından³⁵⁸ yararlanan dolayısıyla KEYK uygulaması dışında kalan durumları da kapsamı sağlanmış³⁵⁹, ancak 1992 yılında yapılan bu değişiklikler 1 Ocak 2003 tarihine kadar uygulanamamıştır³⁶⁰.

30 Nisan 1998 tarihinde yayınlanan bir tebliğde, 1992 yılında yapılan değişikliğin tüzel kişiliği (legal autonomy) olmayan hukuki yapıları (legal structure) da kapsadığı, yani maddede geçen "*kurum*" teriminin kapsamına, tüzel kişiliği olan veya olmayan (European Economic Interest Groupings (EEIG) gibi) bütün yabancı kurumların (grouping) ve vakıfların ve keza ortaklıkların da girdiği, ayrıca yabancı şirketlerin Fransa'da bulunan şubelerinin de KEYK düzenlemesinden etkileneceği belirtilmiştir³⁶¹.

2004 yılında gerçekleştirilen değişiklikler arasında yer alan önemli değişikliklerden birisi de, tamamen yapay ve vergisel saiklerle kurulmadığı sürece KEYK düzenlemesinin AB'ye üye ülkelerde kurulan kurumlara uygulanmamasını öngören düzenlemedir³⁶².

Fransız mevzuatında, 01.01.2005 tarihinde yürürlüğe giren 2005 Finance Law³⁶³ ile yapılan değişikliklerin yanı sıra, 27 Ekim 2006 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan Kararname ile maddenin lafzına ilişkin değişiklikler tamamlanmış ve buna ilişkin olarak Fransa vergi idaresi tarafından hazırlanan 16 Ocak 2007 tarihli tebliğ ile de maddenin uygulanmasına ilişkin detaylı açıklamalar yapılmıştır. Bu değişiklikler ile Genel Vergi Kanununun 209B

³⁵⁷ Gouthiere, 2008, s. 51.

³⁵⁸ İştirak kazançları istisnası, yabancı kurumdaki hisse oranının % 10'dan az % 25 den fazla olmamak şartıyla uygulanmaktadır, Sandler, s. 27.

³⁵⁹ Hicham Kabbaj ve Emmanuel Raingeard de la Bletière, "National Report France", Michael Lang ve diğerleri (Ed.) **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law**, içinde (221-254), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 225; Fransa'da "*groupement*" olarak yer alan bu kavrama ilişkin olarak gerek yasal gerekse idari hiçbir tanımlama getirilmemiştir. Kontrol edilen yabancı kurum kazancı ve iştirak kazançları istisnası arasındaki bu ilişki nedeniyle, Fransa kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi kapsamında Fransa'da mukim şirketlere atfedilecek kazancın niteliğinin "*fiktif kar payı*" olduğu yönünde görüşlere de rastlanmaktadır. Ancak Fransa vergi sisteminde, kontrol edilen yabancı kurumlardan elde edilen gelirlerin niteliği hakkında özel bir belirleme yapılmamıştır, Kabbaj ve Bletière, s. 224.

³⁶⁰ Sandler, s. 27.

³⁶¹ Kabbaj ve Bletière, s. 225–226; Yabancı kurumların Fransa'da bulunan şubelerinin, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesinden etkilenebilmesi için, Fransız şirketlerinin kontrol edilen yabancı kurumdaki sahiplik haklarının, şubenin bilânçosunda varlık olarak yer alması gerekmektedir, Kabbaj ve Bletière, s. 225–226.

³⁶² Gershuny ve diğerleri, s. 5; Bu düzenleme AAD'nin benzer bir olay ile ilgili 16 Temmuz 1998 tarihli "ICI" davası (Case C-264/96) kararından sonra ve karar ile aynı yönde olmak üzere yapılmıştır, Gershuny ve diğerleri, s. 5.

³⁶³ Gouthiere, 2006, s. 515.

maddesinin çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları ve AB hukuku ile uyumlaştırılması hedeflenmiştir³⁶⁴.

Gerçekleştirilen tüm değişiklikler sonrasında, KEYK düzenlemesinin yer aldığı Genel Vergi Kanununun 209B maddesinde, Fransa'da kurumlar vergisine tabi bir şirket, Fransa dışında faaliyet gösteren bir teşebbüsün veya şirketin veya Fransa dışında kurulan bir kurumun, doğrudan veya dolaylı % 50'den fazla hissesine, kar payına, mali haklarına veya oy hakkına sahipse ve bu teşebbüs, şirket veya kurum, avantajlı vergi rejiminin uygulandığı bir ülkede bulunuyorsa, bu teşebbüs, şirket veya kurumun karlarının tamamının, Fransa'da kurumlar vergisine tabi kurumun kazancına, sahip olduğu hisse veya haklar oranında dâhil edileceği hükmü yer almakta olup, KEYK'lerden elde edilen kazançların niteliğine bağlı bir belirleme bulunmamakta ve düzenleme, KEYK'lerin Fransa'da tam mükellefiyete tabi gerçek kişi ortakları hakkında uygulanmamaktadır³⁶⁵. Avantajlı vergi rejimi ise yabancı kurumun karları veya gelirlerine uygulanan verginin, bu kurumun Fransa'da yerleşik olması halinde aynı karlar veya gelirler üzerinden ödemek durumunda kalacağı verginin % 50'sinden az olduğu vergi rejimi olarak tanımlanmıştır³⁶⁶. Madde hükmü, Fransa'da kurumlar vergisine tabi kurumların yurt dışındaki şubelerini ve yabancı kurumların Fransa'daki şubelerini de kapsamaktadır³⁶⁷. KEYK'lerden elde edilen gelirlerin ayrı vergilendirilmesi sistemi değiştirilmiş³⁶⁸ ve yabancı kurumlardan elde edilen kazançlar, Fransa'da elde edilen kazançlar ile birleştirilerek vergilendirilmeye başlanmış, dolayısıyla birleştirilen kazançlar dolayısıyla Fransa'da kurumlar vergisine tabi kurumun dönem kazancının zarar ile sonuçlanabilmesine imkân sağlanmış ise de, yabancı kurumlardan oluşan zararların, Fransa'da kurumlar vergisine tabi kurumun hesaplarına dâhil edilmesi mümkün bulunmamaktadır³⁶⁹. Fransa'da KEYK düzenlemesi, AB'ye üye ülkelerde faaliyet gösteren yavru şirketler ile diğer ülkelerde gerçek sınaî ve ticari faaliyette bulunan yavru şirketler³⁷⁰ ve avantajlı vergi rejimlerinde faaliyette

³⁶⁴ Gouthiere, 2008, s. 50.

³⁶⁵ Gouthiere, 2008, s. 51; Gerçek kişiler kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi kapsamına girmemekte iseler de, 1999 yılında, gerçek kişilerin yurt dışından elde ettikleri benzer mahiyetteki kazançlarına ilişkin olarak benzer bir düzenleme yapılmıştır, Gouthiere, 2008, s. 51.

³⁶⁶ Gouthiere, 2008, s. 50–52.

³⁶⁷ Kabbaj ve Bletière, s. 226.

³⁶⁸ Kabbaj ve Bletière, s. 203; 2005 yılında gerçekleştirilen değişikliklerden önce, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi kapsamında Fransa'da kurumlar vergisine tabi şirketler bünyesinde vergilendirilen kazançlar, bu şirketlerin Fransa'da elde ettikleri kazançlar ile birleştirilmemekte, ayrı olarak vergilendirilmekte, dolayısıyla bu sistem bir ceza sistemi gibi çalışarak, yabancı kurumların zararlarının Fransa'da ödenmesi gereken verginin azaltılmasının önlenmesi amacıyla uygun olarak işlemekteydi, Kabbaj ve Bletière, s. 203.

³⁶⁹ Gouthiere, 2008, s. 53.

³⁷⁰ Pouletty ve Smith, s. 5.

bulunmakla birlikte oluşan karları bu şirketler bünyesinde muhafaza etmeyen yavru şirketler hakkında uygulanmamaktadır³⁷¹.

Fransa Anayasa Konseyi'nin Re Société Schneider Electric SA (Schneider SA) davasına ilişkin olarak 28 Haziran 2002 tarihinde vermiş olduğu karar sonrasında Fransa, 1 Ocak 2006 tarihinden itibaren KEYK düzenlemesi kapsamında atfedilecek geliri, vergi anlaşmaları bağlamında dağıtılmış gelir/kar payı olarak sınıflandırmak üzere vergi kanunlarında düzenleme yapmıştır. Böylece söz konusu gelire vergi anlaşmalarının ticari kazançlara ilişkin maddesinin uygulanması olasılığını ortadan kaldırmış, dolayısıyla da Mahkeme Kararı'nda belirtilen uyumsuzluğun önlenmesi açısından, zor ve uzun bir süreç olan vergi anlaşmalarında değişiklik yapma gereği kalmamıştır³⁷². Ayrıca, özellikle AB (AB üye ülkeleri ile İzlanda ve Norveç ile birlikte EEA) içinde gerçekleşen ve gerçek ekonomik faaliyetlere yönelen gerçek ticari faaliyetler, KEYK düzenlemesi kapsamı dışına çıkarılmıştır.

³⁷¹ Gouthière, 2008, s. 56–57.

³⁷² Gouthière, Bruno. "French Anti-Abuse International Tax Legislation: Recent Developments", **European Taxation**. Vol. 46, No. 11: 514–521, November 2006. (2006) 2006, s. 515; Gouthière, 2008, s. 55.

İKİNCİ BÖLÜM
KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM MEVZUATININ
HUKUKSAL TEMELLERİ

§ 4. YETKİSEL TEMEL:

VERGİSEL EGEMENLİK AÇISINDAN KEYK MEVZUATI

I- VERGİSEL EGEMENLİĞİN SINIRLARININ UYGULANMASI AÇISINDAN

1. Kavram

Egemenlik kavramı, soyut ve ideolojik bir kavramdır³⁷³ ve ilk olarak 1576 yılında Jean Bodin tarafından "Devletin Altı Kitabı" isimli yapıtta kullanılan karşılığı "souvererainete" dir. Fransız hukukçu, bu kavramı Latince en yüksek, en üst anlamına gelen "superanus" teriminden türetmiş olup, "bir devletin mutlak ve sürekli gücü"nü nitelemek için kullanmıştır³⁷⁴. Thomas Hobbes ise eseri "Leviathan"da kavramı, "sovereignty" olarak ifade etmiştir³⁷⁵. Bu dönemde egemenlik kavramı daha ziyade iç egemenlik bağlamında kullanılmış ve bir devletin, devlet içinde en üstün güç olması özelliği, onun en önemli özelliği olarak öne sürülmüştür³⁷⁶.

Yüzyıllar içinde kavramın, çeşitli faktörlerin etkisi altında sürekli değiştiği ve günümüzde farklı bilim dallarında, farklı terimlerle ve daha geniş bir çerçevede tanımlandığı görülmektedir. Bu tanımlarda, "bağımsızlık", "eşitlik", "muhtariyet", "ülkesel yetki", "bütünlük" ve "dokunulmazlık" gibi özelliklere³⁷⁷ yer verilmektedir. Son yıllarda yapılan tanımlamalarda, egemenlik kavramının iki yanı üzerinde bir ayrıma gidildiği ve iktidar olgusu üzerine kurulan siyasal egemenlik (political sovereignty) ile hukuk kuralları çerçevesinde serbestçe davranma yetkisini belirten hukuksal egemenlik (legal sovereignty) kavramları arasındaki farklılığa dikkat çekildiği, ancak genellikle yargı ve hakemlik kararlarında,

³⁷³ Şeref Gözübüyük, **Anayasa Hukuku**, 15. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, Ağustos 2007, s. 16. (*Anayasa Hukuku*)

³⁷⁴ Hamit Erhan Beriş, **Küreselleşme Çağında Egemenlik Ulusal Egemenliğin Yeni Sınırları**, Ankara: Lotus Yayınevi, 2006, s. 32.

³⁷⁵ Beriş, s. 33.

³⁷⁶ Yusuf Şevki Hakyemez, **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004, s. 79.

³⁷⁷ Yaltı, *Elektronik*, s. 58.

uluslararası hukuk anlamındaki egemenlik kavramı ile bağımsızlık kavramları arasında ayırım yapılmadığı ve giderek aynı şey olarak değerlendirildiği görülmektedir³⁷⁸.

a. Devlet Egemenliği

Uluslararası hukuk açısından egemenlik, devletin herhangi bir üst otoriteye bağlı olmaksızın iç ve dış işlerinde bağımsızlığını, yetkilerin tam ve münhasır olmasını ifade etmekte³⁷⁹ olup, devletlerarası ilişkilerde egemenlik kavramını ilk ortaya atan ve devletler hukukunu devletlerin egemenliği ve bağımsızlığı üzerine kuran düşünür Emmerich de Vattel olmuştur³⁸⁰. İç hukuk açısından egemenlik ise, devleti toplum içindeki diğer güçlerden ayıran, ona devlet niteliği kazandıran üstün emretme ve zorlama gücü olarak tanımlanmakta³⁸¹ olup; iç egemenliğin iki boyutu bulunmaktadır; birincisi, devlet iktidarının sınırsız, en üstün güç olması, bölünmez olması gibi "*nitelikleri*" ile ilgili anlamı veya boyutu, ikincisi ise iç egemenlik bağlamında, egemenin sahip olduğu "*yetkiler*" ile ilgili olan boyutudur³⁸².

Sonuçta bir devletin egemenliğinin, uluslararası hukuk çerçevesinde sahip olduğu bağımsızlığı (dış egemenlik) ve milli düzeyde uluslararası hukukun parametrelerini çizdiği otonomisi (iç egemenlik) olarak görülmesi gerekir³⁸³. Hakyemez, egemenliği, kendisinden önce yapılmış tüm egemenlik tanımlamalarının eleştirel yönlerini de dikkate alarak aşağıdaki şekilde tanımlamaktadır³⁸⁴:

"Egemenlik, bir devletin vatandaşlarının, ülkesel sınırları içerisinde sahip olduğu ve bir siyasal varlık olarak bu sınırlar dâhilinde özgürce kullanabildiği, meşru, sürekli ve nihai nitelikteki üstün emretme gücü yanında, o devletin uluslararası alanda diğer devletlerle hukuken eşit haklara sahip bir aktör olarak, onların müdahalelerinden muaf biçimde, kendi rızası ile girmiş olduğu uluslararası taahhütleri de dikkate alarak, kendi ilişkileri bağlamındaki tüm konularda tek başına karar verme yetkisine sahip olmaktır".

³⁷⁸ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk**, 5. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2007, s. 148. (*Uluslararası*)

³⁷⁹ Melda Sur, **Uluslararası Hukukun Esasları**, İstanbul: Beta Basım A.Ş., 2006, s. 104.

³⁸⁰ Hakyemez, s. 89.

³⁸¹ Nami Çağan, **Vergilendirme Yetkisi**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982, s. 1.

³⁸² Hakyemez, s. 59.

³⁸³ Aslan Gündüz, **Milletlerarası Hukuk**, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000, s. 253.

³⁸⁴ Hakyemez, s. 59.

b. Devletin Vergisel Egemenliği

Mali egemenlik (fiscal sovereignty), egemenlik kavramının mali alandaki görünümü olarak karşımıza çıkar³⁸⁵ ve ulusal egemenliğin olmadığı bir noktada, mali egemenlik de olmaz³⁸⁶. Mali egemenlik iç hukuk bakımından, bir devletin sahip olduğu; ülke sınırları içerisinde vergilendirme, harcama, bütçe yapma, borçlanma, kamu mallarını yönetme gibi yetkileri içerir³⁸⁷. Knetchle tarafından "Vergisel egemenlik" kavramı ile aynılaştırılan vergilendirme yetkisi³⁸⁸ (jurisdiction to tax) veya mali yetki (fiscal jurisdiction), bu kapsamda mali egemenliğin içerdiği yetkilerden birisidir. Bir diğer ifadeyle, vergilendirme bir yetki kullanımı, yetki kullanımı ise egemenliğin bir sonucudur³⁸⁹. Egemenliğe yapılan en temel atıf olan yetki ise, ulusların uluslararası hukuka uygun olarak ulusal hukuk yaratma (oluşturma) yeterliğinden çok bir haktır ve ayrıca bu hak uluslara kanun yapma hakkının bir sonucu olarak icrai faaliyette bulunma (icrai yetki-executive jurisdiction) ve/veya yargı kararları alma (yargısal yetki-adjudicative jurisdiction) hakkı verir³⁹⁰. Buradan hareketle, vergilendirme yetkisi de; mali hukuk (vergi hukuku) oluşturma hakkı olarak tanımlanabilir³⁹¹.

Vergilendirme yetkisi, egemenlikten kaynaklanan ve uluslararası hukuka dayanan ve aynı zamanda uluslararası hukukla da sınırlı olan bir yetki olup, ülke politikası çerçevesinde kendisine yüklenen amaçlar doğrultusunda kullanılır³⁹². Uluslararası hukuk normu da, mali egemenliğin, uluslararası egemenliğin bir uzantısı olduğunu ve sadece egemen olan ulusların yetki kullanabileceğini ifade eder³⁹³. Buna bağlı olarak, bir devletin egemenliğine dayalı olarak, uluslararası hukuk çerçevesinde sahip olduğu yetkilerden birisi olan vergilendirme yetkisi, egemenliğin bir türü değildir ve egemenlikle aynı zamanda ve aynı yerde var olan, egemenliği doğđal olarak takip eden bir yetkidir³⁹⁴. Dolayısıyla meşruiyetini ve kaynağını egemenlikten alan vergilendirme yetkisi, sadece egemenlik alanı içinde uygulanabildiğinden, uluslararası hukuk egemenliği sınırlıyorsa, vergilendirme yetkisini de sınırlandırmaktadır³⁹⁵. Ayrıca, vergisel egemenlik (vergilendirme yetkisi), kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendirmesi sebebiyle mali egemenliğin içerdiği yetkiler arasında özel bir önem taşımakta ve

³⁸⁵ Çağan, s. 2.

³⁸⁶ Rützel Silvestre J. Martha, **The Jurisdiction to Tax in International Law**, Devender, 1989, s. 15.

³⁸⁷ Çağan, s. 3, dpnt. 11.

³⁸⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, Dpnt.:77, s. 14.

³⁸⁹ Martha, s. 23.

³⁹⁰ Martha, s. 62,63.

³⁹¹ Martha, s. 64.

³⁹² Martha, s. 23.

³⁹³ Martha, s. 15.

³⁹⁴ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 14.

³⁹⁵ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 15.

devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak, vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücünü ifade etmektedir³⁹⁶.

2. Sınırlar

Klasik anlayışta, egemenlik, en yüksek ve mutlak güç tanımı gereği sınırsızdır. Devletin kesin egemenliği doktrin alanında, Hegel Felsefesinden bazı Alman hukukçular tarafından savunulmuş olup, bu doktrine göre Devlet her çeşit hukukun üstündedir, Devlet kendi çıkarları ile bağdaştığı ölçüde hukuka saygı gösterir. Bu düşünce, kendi kendini sınırlama (auto limitation) teorisini yaratmış, ancak sayısız eleştiriye maruz kalan teori sonunda savunulmaz hale gelmiştir³⁹⁷.

Devletin üstün buyurma gücü, kendi ülkesinde değişik biçimlerde (kural koyma, uygulama, uyuşmazlık çözme) devam etmekle birlikte, uluslararası alanda her devletin hiçbir kurala boyun eğmeyen, en üstün güç olarak varlığını sürdürmesi, yüzyıllar içerisinde giderek olanaksız görülmeye başlanmıştır³⁹⁸. Bu değişimlere bağlı toplumsal ve tarihsel gereklilikler sonucunda 1648 yılında Westphalia anlaşmaları ile bir uluslararası hukuk düzeni kurulmuştur³⁹⁹. Uluslararası toplumun içinde yer alan bir devlet, 1648 Westphalia anlaşmaları ile tarih sahnesine çıkan ve 1945 yılında Birleşmiş Milletler (BM) Anlaşması'nın ikinci maddesiyle tekrar hatırlanan⁴⁰⁰ "Devletlerin Egemen Eşitliği" prensibi gereğince, mutlak-kesin egemen olamaz, uluslararası toplumun üyesi olan her Devlet diğer devletlerin egemenlikleriyle karşılaşmak durumundadır⁴⁰¹. Egemenliğin gerek ülke içinde gerekse uluslararası alanda Devlete nispi emretme gücü ve bağımsızlık tanıdığı, hukuk içi ve hukuk dışı sınırlarla bağlı olduğu, sınırsız, denetimsiz ve keyfi bir güç olmadığı kabul edilmektedir⁴⁰². Bu teori, kendi kendini sınırlama teorisine karşı geliştirilmiş "sınırlı egemenlik" teorisidir ve egemenliğin, hukuk dışı veya hukuk üstü bir kavram olmadığını, hukukun sınırladığı bir iktidar olduğunu ifade etmektedir⁴⁰³. Bu açıdan, her devlet, uluslararası hukuk düzeninde başka devletlerin egemenliğine saygı göstermek durumundadır⁴⁰⁴.

³⁹⁶ Çağan, s. 3.

³⁹⁷ Edip Çelik, **Milletlerarası Hukuk**, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1969, 1. Cilt, 2. Baskı, s. 262.

³⁹⁸ Gündüz, s. 253.

³⁹⁹ Pazarıcı, *Uluslararası*, s. 148.

⁴⁰⁰ Eriş, s. 49.

⁴⁰¹ Çelik, s. 261.

⁴⁰² Çağan, s. 2.

⁴⁰³ Çelik, s. 262.

⁴⁰⁴ İbrahim Ö. Kaboğlu, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, İstanbul: Legal Yayıncılık San. ve Tic. Ltd. Şti., Kasım 2006, s. 76. (*Anayasa*)

Sonuçta çağdaş anlayış, egemenliğin sınırsız ve mutlak olduğu görüşünü terk etmiştir. Devletlerin egemenliği sınırsız değildir, anlaşmalar, genel hukuk ilkeleri ve teamül kuralları tarafından sınırlandırılmıştır ve devletlerin egemenliğinin sınırlarını uluslararası hukuk çizmektedir⁴⁰⁵.

a. Uluslararası Hukukta Egemenliğin Sınırları

Uluslararası hukuk çerçevesinde, egemenliğin kullanılması açısından:⁴⁰⁶:

- Devlet, uluslararası hukukun öngördüğü yükümlülükler dışında hiçbir otoritenin, hiçbir gücün organik bağımlılığı altında değildir.
- Devletin ülkesi üzerinde münhasır bir şekilde kullandığı egemenlik yetkisinin; bir devletin ülkesi üzerinde yalnızca kendisinin egemenlik yetkisinin bulunması ve devletin egemenliğinin ülkesi ile sınırlı olması gibi iki yanı bulunmaktadır.

Uluslararası hukuk, devletin yer ve kişi bakımından (rationae loci ve rationae personae) yetkisinin çerçevesi ve niteliği konusunda bir düzen getirmekte⁴⁰⁷ olup, aşağıda bu yetkilerin kapsamı incelenmektedir.

aa. Ülkesel Egemenlik

Ülkesel egemenlik, devletin yetkilerinin yer itibarıyla sınırını gösteren bir ilkedir⁴⁰⁸. Bu ilke çerçevesinde, devletin yetkileri ülkeyle sınırlıdır⁴⁰⁹.

Devletin ülkesi üzerindeki egemenliği, uluslararası hukukta "imperium" kavramı ile ifade edilmekte ve bu yetki devlete hükümet ve idare etme hakkı vermektedir⁴¹⁰. Bu anlamda ülkesel yetkiler çok geniş olup, yasama, yürütme ve yargı yetkilerini kapsamaktadır⁴¹¹. Devletin ülkesel yetkilerinin kişiler ve eşyalar bakımından değerlendirilmesi durumunda da,

⁴⁰⁵ Gündüz, s. 253.

⁴⁰⁶ Pazarcı, *Uluslararası*, s. 149.

⁴⁰⁷ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 16.

⁴⁰⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s.16.

⁴⁰⁹ Yaltı, *Elektronik*, s.63; bkz., § 4 Bölüm, I/2-a kısım.

⁴¹⁰ Şeref Ünsal, **Uluslararası Hukuk**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2005, s. 109.

⁴¹¹ Sur, s. 107.

uluslararası hukukun öngördüğü kısıtlamalar dışında, devlet ülkesi üzerinde sürekli veya geçici yaşayan herkes ve bulunan her şey devletin bu yetkilerinin konusunu oluşturmaktadır⁴¹². Devlet bu güce dayanarak, ülkesi üzerinde yaşayan gerçek ve tüzel kişilere, yerine getirilmesi zorunlu emirler verebilir⁴¹³ ve devlet ülkesinde sahip olduğu zor kullanma tekeline dayanarak gereken tedbirleri alabilir⁴¹⁴.

bb. Kişisel Egemenlik

Devletin kişisel egemenlik yetkisi, Devletin kişiler üzerindeki yetkisidir ve uyruklar üzerinde söz konusu olan bu yetki⁴¹⁵, devletin ülkesi dışında da kullanabileceği bir yetkidir⁴¹⁶. Ancak, Devletin kişisel yetkisi altında bulunan kişilerin yabancı bir ülkede bulunmaları halinde, devletin bu kişiler üzerinde zor kullanması söz konusu olamaz⁴¹⁷. Dolayısıyla, Devlet, kendisine hukuksal bağlarla bağlı olan kişiler ve araçlar üzerinde kamu gücünü oralara kadar götürmeden de ülke dışında birtakım yetkilere sahip olmayı sürdürmektedir⁴¹⁸.

b. Vergi Hukukunda Vergisel Egemenliğin Sınırları

Mali egemenlik, ulusal egemenlik temeline dayalı olduğu için, ancak ulusal egemenliğin sınırlarına kadar uzanır⁴¹⁹. Bu nedenle, mali egemenliğin içerdiği yetkilerden birisi olan⁴²⁰ vergisel egemenlik (vergilendirme yetkisi), ulusal egemenlik ile aynı zaman ve yerde var olan, egemenliği doğal olarak takip eden, fakat aynı zamanda egemenlikle sınırlı olan bir yetkidir⁴²¹. Bu yetkinin zorla ya da örtülü olarak anlaşma yoluyla sınırlandırılması, o devletin mali egemenliğini yitirdiği anlamına gelir ve artık bir devletten de söz edilmesi mümkün olmaz⁴²². Her devlet, vergisel egemenliğini yalnızca uluslararası hukukla kendi iradesi ile kısıtlayabilir⁴²³. Çünkü meşruiyetini ve kaynağını egemenlikten alan vergilendirme

⁴¹² Pazarıcı, *Uluslararası*, s. 153.

⁴¹³ Çağan, s. 1.

⁴¹⁴ Sur, s. 107.

⁴¹⁵ Sur, s. 106.

⁴¹⁶ Pazarıcı, *Uluslararası*, s. 164.

⁴¹⁷ Sur, s. 107.

⁴¹⁸ Pazarıcı, *Uluslararası*, s. 164.

⁴¹⁹ Martha, s. 15.

⁴²⁰ Çağan, s. 3.

⁴²¹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 14.

⁴²² Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 57.

⁴²³ Jinyan Li, "Tax Sovereignty and International Tax Reform: The Author's Response", *Canadian Tax Journal*, Vol. 52, No.1 (2004), s. 144. (2004); Devletlerin pazar gücü kazanmak, vergilendirmede uygulama kolaylığı sağlamak, uluslararası çifte vergilendirme anlaşmaları yapmak, mevzuat yakınlaşması sağlamak ve diğer bazı dış etkenlere bağlı olarak vergisel egemenliklerini tek tarafı olarak kısıtlamalarına (dışında uluslararası hukuka uyum sağlama anlamında) örnek oluşturacak sayısız ortam ve/veya neden bulunmaktadır. Bunlardan bazılarını, sermaye hareketlerindeki yüksek dolanım hızı, uluslararası düzeyde gerçekleştirilen vergiden kaçınmayı önlemek, uluslararası kurumlar tarafından hazırlanan bazı düzenlemelere (örneğin, OECD

yetkisi, sadece egemenlik alanı içinde uygulanabildiğinden, uluslararası hukuk egemenliği sınırılıyorsa, vergilendirme yetkisini de sınırlandırmaktadır⁴²⁴.

Devletin (egemenin), iç egemenlik bağlamında sahip olduğu yetkilerden⁴²⁵ biri olan vergilendirme yetkisi dışında, kanun yapma, yasak koyma, para basma, zorlayıcı güç kullanma, cezalandırma ve vatandaşlara yükümlülükler getirme gibi yetkilerin yer aldığı görülmektedir⁴²⁶. Egemenin sahip olduğu vergilendirme yetkisinin ise kanun yapma (yasama) ve zorlayıcı güç kullanma (icrai) boyutu bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, devletin vergisel egemenliği kapsamında kanun yapma yetkisi sınırsızdır. Başka bir ifadeyle, uluslararası hukuktan kaynaklanan devletin kişisel egemenlik yetkisi, devletin ülkesi dışında da kullanabileceği bir yetki⁴²⁷ olduğundan, her devlet, kişisel egemenliği altında bulunan vatandaşları veya malları kapsayan kanun yapma ve uygulama hakkına sahiptir. Bu bağlamda, bir ülkenin yabancı ülkelerde bulunan vatandaşlarını vergilendirmesini engelleyen uluslararası bir kural da bulunmamaktadır⁴²⁸. Dolayısıyla bu anlamdaki yasama yetkisinin sınır aşıcı nitelik gösterebileceğini söylemek mümkündür⁴²⁹.

Diğer taraftan, yukarıda da belirtildiği üzere, devletin icrai yetkisi, yalnızca coğrafi sınırları içerisinde geçerlidir. Devletin kişisel yetkisi altındaki kişiler üzerinde yurt dışında zor kullanma hakkı bulunmaması⁴³⁰ nedeniyle, hiçbir devletin vergi yasalarının başka devletlerin ülkelerinde uygulanması mümkün değildir⁴³¹, yani devletlerin, vergi yasalarının uygulanması esnasında kullanacağı kamu gücünü, başka bir devletin egemenlik alanında kullanma hakkı bulunmamaktadır. Egemenliğin ülkesel karakteri, egemenliğin sınırlarını belirler ve devletin kendi egemenliği kapsamında bulunan tüm kişi ve mallar üzerinde uygulanacak üstün gücünü

tarafından hazırlanan Haksız Vergi Rekabeti Raporu'nda belirlenen tavsiyelere) ortak fayda hedefi için uyum sağlamak, çifte vergilendirmeyi önlemek, olarak sıralanabilir, Detaylı bilgi için, Li, 2004, s. 144.

⁴²⁴ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 15.

⁴²⁵ İç egemenliğin iki boyutu bulunmaktadır. Birincisi, devlet iktidarının sınırsız, en üstün güç olması, bölünmez olması gibi "nitelikler" ile ilgili anlamı veya boyutu, ikincisi ise iç egemenlik bağlamında, egemenin sahip olduğu "yetkiler" ile ilgili olan boyutudur, Hakyemez, s. 79.

⁴²⁶ Hakyemez, s. 79.

⁴²⁷ Pazarıcı, *Uluslararası*, s. 164.

⁴²⁸ Martha, s. 71.

⁴²⁹ Alfred Nizamiev, "The Main Characterstics of State's Jurisdiction to Tax in International Dimension", (LLM Theses, Athens Georgia University Law School, 2003, http://digitalcommons.law.uqa.edu/cqj/viewcontent.cqj?article=1036&context=stu_llm), s. 9. (02.10.2008)

⁴³⁰ Sur, s. 107.

⁴³¹ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 57.

de ihtiva eder⁴³². Kelsen'e göre, uluslararası hukuk sadece bir ülkenin hukuk kurallarının başka bir ülkenin sınırları içerisinde uygulanması halinde ihlal edilir⁴³³.

Bir devlet, kişisel egemenlik alanını veya ülkesel egemenlik alanını aşmadığı veya uluslararası hukuk tarafından bu yönde pozitif bir düzenleme yapılmadığı sürece, her devlet, mali düzenlemelerini istediği şekilde yapmakta özgürdür⁴³⁴. Buna bağlı olarak, devletlerin vergilendirme yetkilerinin sınırlarını kendi iradeleri ile tespit etmeleri gerekmekte⁴³⁵ olup, uluslararası hukuk bağlamında vergisel egemenlik (vergilendirme yetkisi) ulusal egemenliğe paralel olarak, uluslararası hukuk kuralları ile sınırlıdır. Özellikle devletlerin, gelir ve mükellef ve egemenlik alanı arasında "kabul edilebilir/makul bir bağ (reasonable link)" kurulması konusunda gösterdikleri hassasiyet, uluslararası hukukun veya uluslararası teamül hukukunun, devletlerin vergilendirmeye ilişkin egemenlik haklarını sınırladığına dair bir neden oluşturmaktadır⁴³⁶.

Sonuç olarak, devletlerin egemenliğinin sınırlarını çizen uluslararası hukuk vergilendirme yetkisinin de sınırlarını çizdiğinden, uluslararası hukukun, devletin yer ve kişi bakımından (rationae loci ve rationae personae) yetkisinin çerçevesi ve niteliği konusunda getirdiği düzene, vergilendirme yetkisinin kullanılması açısından da uyulması gerekmektedir.

Devletin vergilendirme yetkisinin sınırlarını çizen ve kendi vergi kanunlarının uygulanma alanını gösteren kurallar bağlama kuralları olarak adlandırılır⁴³⁷ ve bir ülkenin vergilendirme yetkisini kullanabilmesi için, kişiler ile o ülke arasında bir bağ veya bağlantı (nexus or connection) olması gerekir⁴³⁸. Bağlama kuralları iki unsur içermekte olup bunlar; belirli bir hayat ilişkisi, yani *bağlanma konusu* ve bağlanma konusunun belirli bir hukuk nizamına tabi tutulmasında nazara alınan vakıa, yani *bağlanma noktasıdır*⁴³⁹. Devlet, vergilendirme yetkisinin kişi ve konuya bağlanmasını sağlayacak çeşitli ölçütleri, bağlanma noktalarını serbestçe seçer ve tanımlar⁴⁴⁰.

⁴³² Martha, s. 25.

⁴³³ Martha, s. 70.

⁴³⁴ Martha, s. 152.

⁴³⁵ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 57; devletlerin vergilendirme yetkileri iç hukuk bağlamında sadece kendi iradeleriyle ve anayasal vergilendirme ilkeleri çerçevesinde sınırlandırılabilir, Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 57.

⁴³⁶ Edwin van der Bruggen, "State Responsibility under Customary International Law in Matters of Taxation and Tax Competition", **Intertax International Tax Review**, Vol: 29, Issue: 4 (April 2001), s. 124.

⁴³⁷ Yaltı, *Elektronik*, s. 83.

⁴³⁸ Arnold, *CFC*, s. 65.

⁴³⁹ Ergin Nomer ve Cemal Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku**, 14. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., 2006, s. 99; Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 16.

⁴⁴⁰ Yaltı, *Elektronik*, s. 83.

Bu bağlama noktaları, vergi matrahının ülkeler arasındaki dağılımını belirler ve kişilerin vergilendirilmesinde kullanılan iki temel yetkisel ilkeyi de etkiler ki, bunlardan birincisi, "tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirme" nin dayanağını oluşturan vatandaşlık veya mukimlik bağı, ikincisi ise vergiye tabi tutulacak gelirin kaynağını esas alır⁴⁴¹.

Aşağıda devletin vergilendirme yetkisinin sınırlarını çizen ve kendi vergi kanunlarının uygulanma alanını gösteren bağlama kuralları ve etkileri incelenmektedir.

aa. İkametgâha Bağlı Vergilendirme

Vergilendirme yetkisinin uygulanması temelinde, vergilendirme yetkisine sahip olan ile vergilendirilecek süje veya kişi arasındaki ilişkiyi açıklamada kullanılan, bağlama (fiscal attachment) noktalarından bir tanesi ikametgâhtır⁴⁴².

İkametgâh, vergilendirme yetkisine sahip bir ülke ile vergi mükellefi arasındaki hukuki ilişkiyi ifade eden fonksiyonel bir terimdir ve gerçek kişiler için fiziki varlığı, tüzel kişiler için hukuki varlığı ifade eder⁴⁴³. İkametgâh, bir devletin vergi yükümlüsünün, vergilendirme yetkisine konu olan gelir veya servetinin vergilendirilmesini meşrulaştıran bir bağlama noktasıdır ve durumun meşruluğu, vergi yükümlüsünün, o devletin mukimi olması dolayısıyla "kişisel anlamda ülkesel egemenlik" altında olmasında yatar⁴⁴⁴. İkametgâh ilkesi sayesinde devletlerin, ülkesel egemenliği altındaki kişilerin dünya çapındaki gelirlerini vergilendirerek, yükümlünün mali gücünü bütünüyle yakalaması halinde, ülkesel sınırları aşması ve sınır ötesindeki vergi konularına da uzanması söz konusu olabilmektedir ki bu durumda vergilendirme yetkisini kullanan devlet ile ülkesel bağ içerisinde olan vergi konusu değil, vergi yükümlüsüdür⁴⁴⁵. Bu mülki bağlantı oluşturulmadan, vergilendirme yapılamaz, yapılması hukuki olmaz⁴⁴⁶.

İkametgâh ilkesine göre vergilendirmede yükümlülüğün kapsamı hem yurt içi gelirlerin, hem de yurt dışı gelirlerinin vergilendirilmesi şeklinde genişlemiştir⁴⁴⁷. Bu anlamdaki

⁴⁴¹ Arnold, *CFC*, s. 65.

⁴⁴² Martha, s. 46.

⁴⁴³ Martha, s. 90.

⁴⁴⁴ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 19; bir ülkenin vergi sisteminde ikamet ilkesinin vergilendirmeye esas alınması, vergi kanunların şahsiliği ilkesinin bir sonucu olduğu ve bir devletin kendi siyasi sınırları içerisindeki "ülkesel egemenliği"nden kaynaklandığı yönünde de görüşler bulunmaktadır. Bkz., Martha, s. 50; Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 57.

⁴⁴⁵ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 19.

⁴⁴⁶ Martha, s. 90.

⁴⁴⁷ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 19; Arnold, *CFC*, s. 65.

vergilendirme, "küresel esasta vergilendirme" veya "tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirme" (worldwide or global) olarak adlandırılmaktadır.

Kurumların tam mükellefiyet statüsünde vergilendirilmelerine dayanak alınan bağlama noktası ikametgâhtır. Gerçek kişilerin ve gerçek kişiler dışında kalan şirket ve diğer kişi topluluklarının⁴⁴⁸ mali ikametgâhı⁴⁴⁹ ülkelerin iç hukuk hükümlerine göre belirlenir⁴⁵⁰.

Bu sistem, Türk Vergi Sisteminde tam mükellefiyet esasında vergilendirme olarak ifadesini bulmuştur.

bb. Kaynağa Bağlı Vergilendirme

Bu ilkeye göre, bir devletin ülkesel egemenliği altında bulunan⁴⁵¹ vergi konuları ve vergi doğurucu olaylar, o ülkenin vergilendirme yetkisine tabidir ve vergi yükümlüsünün uyrukluğu veya ikametgâhının bulunduğu yer önemli değildir⁴⁵². Başka bir ifadeyle, kural olarak vergilendirme yetkisi, devletlerin (kendi vatandaşı olsun veya olmasın) coğrafi alanı ile sınırlandırılmış egemenlik sahası içerisindeki kişilere uygulanmaktadır⁴⁵³.

Kaynak ilkesi bir devletin vergi yasalarının ülkesinde bulunan yerli ya da yabancı herkese ve bütün hukuksal işlemlere uygulanması anlamına gelir ve kaynağını kişisel olmayan anlamda ülkesel egemenlikten alır, bu ilkede hukuki bağlama noktası, yükümlülerin vergilendiren ülke ile olan ekonomik bağıdır⁴⁵⁴.

Vergi sisteminde bu ilkeyi benimseyen ülkeler, sadece ülke içerisinde elde edilen gelirleri vergilendirirken, ülke dışında elde edilen gelirleri vergilendirmedikleri⁴⁵⁵ için, sınırlı bir vergilendirmez.

Bu sistem, Türk Vergi Sisteminde dar mükellefiyet esasına göre vergilendirme olarak ifadesini bulmuştur.

⁴⁴⁸ Konumuzun özelliği nedeniyle bu bölümde yalnızca gerçek kişiler dışında kalan şirket ve diğer kişi topluluklarının ikametgâhlarının belirlenmesi ve kontrol edilen yabancı kurum rejimi üzerindeki etkileri incelenecektir.

⁴⁴⁹ Mali ikametgâh, vergi hukukunda vergilendirme amacına yönelik olarak getirilmiş olup, ikametgâh kavramından daha geniş bir kavramdır, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 124.

⁴⁵⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 147.

⁴⁵¹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 17.

⁴⁵² Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 57.

⁴⁵³ Doğan Şenyüz, **Türk Vergi Sistemi**, 13. Baskı, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2007, s. 85. (*Vergi Sistemi*)

⁴⁵⁴ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 19.

⁴⁵⁵ Arnold, *CFC*, s. 65.

cc. Uyrakluğa Bağlı Vergilendirme

Bir ülkenin vergi sisteminde uyrakluk ilkesinin vergilendirmeye esas alınması, aynen ikametgâh ilkesinde olduğu gibi, vergi kanunlarının şahsiliği ilkesinin bir sonucudur⁴⁵⁶ ve bir devletin kendi siyasi sınırları içerisindeki "kişisel egemenliği"nden kaynaklanmaktadır⁴⁵⁷. Bu ilkeye göre vergilendirmede esas alınan hukuki bağ, siyasi baę⁴⁵⁸ ifade etmekte olup, bu da yükümlülerin uyrakluklarıdır⁴⁵⁹.

Günümüzde, belli bazı istisnaları hariç ABD, vatandaşlarını, ülkede yerleşmiş olsun olmasın tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirmekte olup, ABD dışında hiçbir gelişmiş ülkede vatandaşlığa dayalı bir vergilendirme sistemi bulunmamaktadır⁴⁶⁰.

3. Vergisel Egemenliğin Sınırları ve KEYK Mevzuatı

Yukarıda belirlenen teorik ereve içinde, bir devletin KEYK mevzuatı ihdas ederek vergilendirme yetkisini kullanması, vergisel egemenliği dâhilinde kalan bir yasama faaliyetidir. nkn KEYK kazançlarının vergilendirilmesinde kullanılan yöntem, kurumun ortaklarının vergilendirilmesidir⁴⁶¹. Bu mevzuat çerçevesinde devlet kişisel anlamda ülkesel egemenliğine dayalı olarak ikametgâhı kendi ülkesinde bulunan yabancı kurum ortaklarını, bunların dünya çapındaki gelirlerini vergilendirmektedir. Burada ikametgâh esasına dayalı vergilendirme yapılmaktadır. Bu mevzuat altında vergi mükellefi olan yabancı kurumun tüzel kişiliği değil, bu kuruma ortak olan kişi ve/veya kurumlardır. Yabancı kuruma ortak olan kişi ve kurumlar "ikametgâh" bağlama noktası çerçevesinde vergilendirme yetkisi dâhilinde vergilendirilmektedir. Bu anlamda, yabancı kuruma ortak olan kişi ve kurumun ülke ile olan mülki bağlantısı vergilendirmenin temelini oluşturmaktadır.

Gerçi devlet, yabancı kurumun ortaklarını değil de, yabancı kurumun bizatihi kendisini vergilendirme sonucunu verecek şekilde, bu yabancı kurumu kendi ülkesinde "mukim" de kabul edebilir. Örneğin iş merkezi gibi bir bağlama noktasını seçerek bu kurumun

⁴⁵⁶ ncel, Kumrulu ve ağan, s. 57.

⁴⁵⁷ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 20.

⁴⁵⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 20.

⁴⁵⁹ Yusuf Karakoç, **Genel Vergi Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007, s. 116.

⁴⁶⁰ Michael S. Kirsch, "Taxing Citizens in a Global Economy", **New York University Law Review**, Vol.3 (May 2007), s. 445; Hatta az gelişmiş ülkeler arasında sadece Eritre'de bu sistem benimsenmektedir, Kirsch, s. 445.

⁴⁶¹ Kontrol edilen yabancı kurum uygulamasında, kurum kazancının ortakların elinde vergilendirilmesinde temel olarak iki yöntem kullanılmaktadır. Yabancı kurumun tarafından ilgili vergilendirme dönemi içerisinde elde edilen, ancak kontrol eden ortakları tarafından vergi ertelemesi veya vergiden kaçınma amacıyla dağıtımı engellenen kazancın; ortaklar tarafından elde edildiği veya kurum tarafından kar dağıtımı yapıldığı varsayımıyla, ortakların vergilendirme yetkisi kapsamına girdiği ülke tarafından vergilendirilmesidir; Bkz., ř 6 Bölüm, II/1-b kısım.

gelirlerini kurum nezdinde vergilendirme sistemi de kurabilir. Nitekim tarihsel süreçte, bu türden uygulamalar görülmüştür⁴⁶². Bu alternatifte de devletin, vergilendirme yetkisinin sınırlarını aştığı söylenemez.

Sonuç olarak, devletin, KEYK'lere ilişkin düzenlemede, vergilendirme yetkisinin kişi ve konuya bağlanmasını sağlayacak çeşitli hukuki kriterleri ve bağlama noktalarını uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde seçmesi ve tanımlaması durumunda, egemenliğine dayanarak oluşturulan bu düzenlemenin, ülkenin vergilendirme yetkisinin sınırları içinde olduğu görülmektedir.

II- VERGİSEL EGEMENLİĞİN KULLANILMASI AÇISINDAN

1. Egemenlik Yetkisinin Kötüye Kullanılması

Egemenlik, bir devlete uluslararası alanda diğer devletlerle hukuken eşit haklara sahip bir aktör olarak, kendi ilişkileri bağlamındaki tüm konularda tek başına karar verme yetkisi vermekte ve bu yetki özgürce kullanılabilir⁴⁶³. Ancak, devletlerin ülkesel ve kişisel egemenlik yetkilerinin kullanılması, anlaşmalar, genel hukuk ilkeleri ve teamül kuralları tarafından sınırlandırılmakta ve Devletlerin egemenliğinin sınırlarını milletlerarası hukuk çizmekte⁴⁶⁴ olduğundan, söz konusu yetkinin uluslararası hukuk düzenini ihlal edecek şekilde kullanılması, yetkinin kötüye kullanılması sonucunu doğurmaktadır.

Uluslararası hukuk, devletlere, başka devletlere ve yurttaşlarına zarar vermeme ve başka devletlerin ülkesel yetkileriyle işlemlerine saygı gösterme yükümlülüğünü yüklemektedir⁴⁶⁵. Devletlerin yetkilerini kötüye kullanması ise, hakların kötüye kullanılmasının verdiği sonucu vermekte ve hakların kötüye kullanılmasının başkalarının haklarına ve meşru çıkarlarına veya kamuya zarar veren eylemler olarak ortaya çıkması⁴⁶⁶ gibi, yetkinin kötüye kullanımı da başka devletlerin ülkesel yetkileriyle ilgili işlemlerine zarar verme, müdahale

⁴⁶² Kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesinin ülkeler tarafından ihdas edilmesinden önce, ortaklarının kontrolü altında bulunan yabancı kurum kazançlarının vergilendirilmesinde kullanılan yöntem, kurumun kazançlarının doğrudan vergilendirilmesidir ve bu yöntemde de kullanılan bağlama noktası ikametgâhtır; Bkz., § 6 Bölüm, II/1-a kısım.

⁴⁶³ Hakyemez, s. 59.

⁴⁶⁴ Gündüz, s. 253.

⁴⁶⁵ Hüseyin Pazarıcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 8. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, II. Kitap, 2005, s. 34. (*Hukuk Dersleri II*)

⁴⁶⁶ Mustafa Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, 4. Baskı, Ankara: Orion Yayınevi, Mart 2007, s. 199.

etme şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan hakkın kötüye kullanılmaması ilkesi, iyi niyet ilkesinin bir uzantısı olarak uluslararası hukukun kaynakları arasında yer alır⁴⁶⁷.

Hukukun evrensel ilkesi hakkın kötüye kullanımını yasakladığı gibi⁴⁶⁸ devletlerin de uluslararası hukukun; anlaşmalar, genel hukuk ilkeleri ve teamül kuralları vasıtasıyla koymuş olduğu sınırlamalara uyma yükümlülükleri bulunmaktadır⁴⁶⁹.

Bu durumda, KEYK'lerin kurulu bulunduğu düşük vergili veya vergisiz ülkelerin vergisel egemenliklerinden kaynaklanan yetkilerini kötüye kullanıp kullanmadıkları araştırılmalıdır.

2. Vergisel Egemenliğin Kötüye Kullanılması: Haksız Vergi Rekabeti

a. Haksız Vergi Rekabeti

Her devlet, ülkesi üzerindeki egemenliğinden kaynaklanan vergilendirme yetkisinin kapsamını özgürce belirleme ve bu yetkiyi kendi egemenlik alanı içerisinde bağımsız bir şekilde kullanabilme hakkına sahip olduğundan⁴⁷⁰, ülkelerin vergi sistemlerinin birbirlerine göre farklılıkları, gerek ülkeler, gerekse mükellefler açısından verginin de bir rekabet aracı olarak kullanılmasına neden olmaktadır.

Uluslararası vergi rekabeti, ülkelerin birbirinden bağımsız olarak belirlemiş oldukları vergi politikalarının, hareket halindeki vergi matrahının bölgeler (ülkeler veya eyaletler) arasındaki dağılımını etkilemesi olarak tanımlanmaktadır⁴⁷¹. Bölge ifadesi, hem vergi idareleri arasındaki yerel ve ulusal düzeydeki vergi rekabetini ifade eden yatay vergi rekabeti ile hem de uluslararası düzeydeki vergi rekabetini ifade eden dikey vergi rekabeti ile bağlantılı olarak kullanılmaktadır⁴⁷².

Yerel ve ulusal düzeydeki vergi rekabeti, bu çalışmanın kapsamı açısından göz ardı edilecek olursa, uluslararası alanda ortaya çıkan dikey vergi rekabeti bizi yararlı vergi rekabeti ve haksız vergi rekabeti kavramlarına ulaştırmaktadır. Çünkü ülkelerin vergi sistemlerindeki farklılıkların (vergi cennetlerinin ve tercihli vergi rejimlerinin), çok uluslu şirketler tarafından

⁴⁶⁷ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 35.

⁴⁶⁸ Kaboğlu, *Anayasa*, s. 234.

⁴⁶⁹ Gündüz, s. 253.

⁴⁷⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s.1.

⁴⁷¹ John Douglas Wilson ve David E. Wildasin, "Capital Tax Competition: Bane or Boon?", *National Tax Journal*, Vol. 88, Issue 6 (June 2004), s. 1066.

⁴⁷² John Douglas Wilson, "Theories of Tax Competition", *National Tax Journal*, Vol. 52, Issue 2, June 1999, s. 289.

kullanılması, bir taraftan üretim faktörlerinin küresel ekonomi açısından yüksek verimlilik sağlayacak şekilde dağılımını⁴⁷³ sağlarken, diğer taraftan, vergiden kaçınma amacıyla kullanılması sonucunu ortaya çıkarabilmektedir.

Hukuksal olarak haksız rekabetin, kötüye kullanma ve iyi niyet kurallarına aykırılık kavramları üzerine oturması⁴⁷⁴ ve hakkın kötüye kullanılmasının da bir hakkın keyfi ve mantığa aykırı biçimde, amacı dışında kullanılması olarak anlaşılması⁴⁷⁵ nedeniyle, devletler arasında vergi rekabetinin keyfi ve mantığa aykırı şekilde kullanılmasının haksız vergi rekabetine neden olacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁴⁷⁶.

OECD, ülkeler tarafından vergisel egemenliklerine bağlı olarak gerçekleştirilen belli bir vergi uygulamasının yayılma etkisinin (Spill-over effects)⁴⁷⁷, diğer ülkelerin vergi matrahlarının büyük ölçüde bu ülkeye kayması (poaching) ve bu ülkede ödenmesi gereken vergiden kaçınma ile sonuçlanması halinde, bu gibi uygulamaların hiç tereddütsüz haksız vergi rekabeti olarak kabul edileceğini ifade etmektedir⁴⁷⁸.

Tanımdan hareketle, "haksız vergi rekabeti"nin, bir ülkenin vergilendirme yetkisinin sınırsız ve ölçsüz kullanılmasının, diğer ülkelerin vergi matrahlarında yarattığı aşınmanın bir sonucu olarak ortaya çıkan bir sorun olduğunu söylemek mümkündür.

Haksız vergi rekabetinde devletlerin münhasıran vergi mülahazasıyla (tax driven) harekete geçirdikleri tercihli, özel veya istisnai vergi sistemlerini kullanmaları ve bu sayede yatırım yerinin bir devletten diğerine kayması ve sadece finansal kaynakların yapay olarak yönlendirilmesi değil, bunun aynı zamanda diğer bir devletin mali çıkarlarının aleyhine sonuçlar vermesi söz konusudur⁴⁷⁹.

⁴⁷³ OECD, 1998, s. 56 ve 70.

⁴⁷⁴ Yalıtı, *Avrupa Birliği*, s. 35.

⁴⁷⁵ Hüseyin Pazarcı, **Uluslararası Hukuk Dersleri**, 9. Baskı, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, I. Kitap, 2001, s. 231. (*Hukuk Dersleri I*)

⁴⁷⁶ Yalıtı, *Avrupa Birliği*, s. 35.

⁴⁷⁷ Ülkeler arasındaki yayılma etkisi (Spill-over effects), bir ülkenin yerli sermayeye tanımadığı vergi avantajlarını, yabancı sermayeye tanınması nedeniyle, diğer ülkelerin vergi matrahlarında erozyon yaratarak, portföy yatırımlarını çekmesi durumunu ifade etmektedir. Yabancı sermayeye vergisel avantaj sağlayan ülke, bu düzenlemeyle vergi gelirlerinden fedakârlık etmemekte, hatta yabancı sermaye üzerinden aldığı, düşük de olsa vergilerle, vergi gelirlerinde artış sağlamaktadır, Schön, 2005, s. 351; Literatürde, terimin Türkçeye "taşma etkileri" olarak çevrildiği ve bir ülkenin vergi politikasının, başka bir ülkenin vergi tabanını etkilemesi durumunda ortaya çıkacak zararlı vergi uygulaması olarak tanımlandığı da görülmektedir, M.Yavuz Öner, "Zararlı (Haksız) Vergi Rekabeti", [Elektronik Versiyon] *E-Yaklaşım Dergisi*, Sayı:11, Haziran 2004, www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/2004064594.htm, (14.04.2007).

⁴⁷⁸ OECD, 1998, paras. 29–31; Bu teknik, aynı zamanda "AB The Code of Conduct for Business Taxation" Kararında da haksız vergi rekabetinin ana bileşenlerinden birisi olarak tanımlanmıştır, Schön, 2005, s. 351.

⁴⁷⁹ Tullio Rosembuj, "Harmful Tax Competition", **Intertax**, Vol. 27, No. 10 (October 1999), s. 319; Yalıtı, *Avrupa Birliği*, s. 37; Rosembuj, ayrıca haksız vergi rekabetinin unsurlarını, devletler tarafından gerçekleştirilen kaçınma ve kaçakçılığın oluşturduğunu

Yaltı, haksız vergi rekabetini aşağıdaki şekilde tanımlamaktadır⁴⁸⁰.

"... haksız vergi rekabeti, devletlerin uluslararası sermayeyi ülke içine çekebilmek için yapılan yarışta vergilendirme yetkisini kötüye kullanmak suretiyle, belirli vergi rejimlerini uluslararası hukuktan kaynaklanan iyiniyet kurallarına aykırı bir biçimde meşru olmayan rekabet araçlarına dönüştürmesi ve diğer bir devletin mali menfaatlerine zarar vermesidir."

b. Haksız Vergi Rekabetinin Önlenmesi

aa. OECD

OECD uluslararası vergilendirme ile ilgili genel hukuk kuralları konusundaki temel kaynaklardan birisidir⁴⁸¹. Haksız vergi rekabeti ile mücadele konusunda OECD tarafından 1996 yılında başlatılan proje, 27–28 Nisan 1998 tarihinde Paris'te yapılan Bakanlar Konseyi toplantısından sonra⁴⁸² yayımlanan "Haksız Vergi Rekabeti: Yükselen Küresel Bir Sorun" Rapor'u ile somut bir aşamaya⁴⁸³ gelmiştir. OECD tarafından hazırlanan, "Haksız Vergi Rekabeti Raporu", vergi rekabeti alanında uluslararası alanda yapılan ilk çalışma olarak kabul edilmekte⁴⁸⁴ olup, temel amacı herkesin eşit şartlarla yer aldığı bir rekabet ortamı (level playing field) yaratmaktır⁴⁸⁵.

Ayrıca bu amaçla, zararlı etkileri bulunan tercihli vergi rejimleri ile etkin bir şekilde mücadele etmede ülkelerin tek başlarına yetersiz kaldığı ifade edilerek, üye olmayan ülkelerin de işbirliği ve desteği istenmiş⁴⁸⁶ ve üye olan ve olmayan tüm ülkelerin koordineli bir şekilde çalışmasının, küresel ekonomik büyümenin devam ettirilmesi için rekabet ortamı yaratılması

ifade etmektedir. Devletlerce gerçekleştirilen kaçınmanın, uluslararası vergi hukukunun genel prensiplerinden olduğunu ve teoriye göre, tamamen vergisel nedenlerle, diğer ülkelerin mali menfaatlerine zarar verecek şekilde avantajlı vergi rejimi oluşturmak anlamına geldiğini, devletlerce gerçekleştirilen vergi kaçakçılığının ise dar mükelleflerin gelir veya servetlerinin gizlenmesi konusunda tam bir fiili/aktif işbirliğini ifade ettiğini belirtmektedir. Bir veya birçok ülkeye karşı dostane olmayan bir yapının, devletlerin vergisel menfaatlerinin korunmasına ilişkin karşı düzenlemeleri de haklı çıkardığını vurgulamakta ve tek başına haksız vergi rekabetinin de karşı düzenlemeleri, üçüncü ülkelere uygulanacak ölçsüz yaptırımlara mazeret de oluşturmayacağını belirtmektedir, Rosembuj, s. 334.

⁴⁸⁰ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 37.

⁴⁸¹ Rosembuj, s. 319.

⁴⁸² Öz, *Vergi Cennetleri*, s. 94.

⁴⁸³ Cangir, s. 107.

⁴⁸⁴ Semih Öz, "Vergi Cennetleri Konusunda Yapılan Uluslararası Çalışmalar", **Yaklaşım**, Sayı. 139 (Temmuz 2004), s. 46. (*Uluslararası*)

⁴⁸⁵ OECD Rapor'da geçmiş 1930'lu yıllara dayanan, ayrıca sadece üye ülkeleri değil, bütün dünya ülkelerini ilgilendiren küresel boyuttaki bu sorunun çözümünde, ülkelerin ikili vergi anlaşmaları yoluyla mücadelelerinin de yetersiz kalacağını vurgulayarak, nedenlerini belirtmiş ve haksız vergi rekabetinin önlenmesi için işbirliğinin özellikle gerekli olduğunu ifade etmiştir, OECD, 1998, paras. 87–88.

⁴⁸⁶ Fethi Heper ve Şennur Hoşyumruk, "Vergi Cennetleri ile İlgili Çalışmalarda Son Durum-I", **Yaklaşım Dergisi**, Sayı. 116 (Ağustos 2002), s. 42.

konusunun bir temel oluşturduğu belirtilmiştir⁴⁸⁷. Bununla birlikte Rapor, ülkeler arasında vergi uyumlaştırmasının sağlanması veya minimum vergi seviyesi uygulanması⁴⁸⁸ gibi bir amaç taşımamakta⁴⁸⁹, ülkelerin vergisel egemenliklerine ya da vergilendirme yetkilerine doğrudan müdahale etmemektedir.

Rapor'un "Giriş" bölümünde özetle, OECD Mali İşler Komitesi'nce oluşturulan ve vergi rekabetinin tüm unsurlarını içermese de, Rapor'da ortaya konan önerilerin, coğrafi hareketliliğe sahip finansal ve diğer hizmet faaliyetlerinin üzerindeki vergilemenin yıpratıcı etkilerini azaltarak, gerçek ekonomik faaliyetler için gerekli olan adil rekabeti olumlu yönde etkileyeceği, hatta daha da ileri taşıyacağı, hükümetlerin, lokasyon kararlarının sadece vergisel etkenlere bağlı olarak değil, ekonomik gerekçelerle alınması gerektiği konusunda hemfikir olmaları halinde de bunun, küresel ekonomik büyümenin devamı için çok büyük önem taşıyan, eşit şartlarla rekabet edilebilecek bir ortamın oluşturulması konusunda yardımcı olacağı, ayrıca Rapor'da tespit edilen sorunlara ilişkin çözüm önerilerinin çok önemli olmasının yanı sıra acil olduğu ve uluslararası koordinasyonu da gerektirdiği ifade edilmiş ve Haksız Vergi Uygulamaları Forumu⁴⁹⁰ oluşturmak ve oluşturulacak Forum'un ilk toplantısını takip eden bir yıl içerisinde vergi cennetlerinin bir listesinin hazırlanması da sürece ilişkin öneriler arasında sayılmıştır⁴⁹¹.

OECD Haksız Vergi Rekabeti Raporu'nun birinci bölümünde⁴⁹², haksız vergi uygulamalarının, küresel refahı azalttığı ve vergi sistemlerinin bütünlüğüne ilişkin mükellef inancını tahrip ettiği varsayımı taşıdığı belirtilmekte⁴⁹³ ve bugünün küresel ekonomisini

⁴⁸⁷ OECD, 1998, s. 56 ve 70.

⁴⁸⁸ Diğer taraftan, haksız vergi rekabetinin durdurulmasına ilişkin diğer bir yöntem de gizli uyumlaştırmadır. Uluslar mukimlerini tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirmeye başladıklarında, faaliyetlerin düşük vergili ülkelere kaydırılması yoluyla ödenecek vergi miktarının azaltılması da imkânsız duruma gelecektir. Bununla birlikte, vergilemenin tam mükellefiyet esasına göre yapılabilmesi, vergi idarelerinin, mukimlerin diğer ülkelerde ne kadar gelir elde ettiklerini tespit edebilmelerine bağlıdır. Bu da, bilgi değişiminin OECD ajandasının neden bu kadar önemli bir parçası olduğunun bir göstergesidir; Daniel J.Mitchell, "A Tax Competition Primer: Why Tax Harmonization and Information Exchange Undermine America's Competitive Advantage in the Global Economy", *Heritage Foundation Backgrounder*, 19 June 2000, www.heritage.org/Research/Taxes/BG1460.CFM , (21.12.2006). (2000)

⁴⁸⁹ Owens, *Harmful*, s. 1,

⁴⁹⁰ Forum on Harmful Preferential Tax Practices.

⁴⁹¹ Diğer öneriler, zarar verici etkileri bulunan tercihli vergi rejimlerine ilişkin bir Rehber hazırlamak, ulusal hukuk sistemleri içerisinde ve vergi anlaşmaları düzeyinde etkin öneriler geliştirmek ve izlenecek sektörleri, alanları tespit etmek olarak belirlenmiştir, OECD, 1998, para. 8.

⁴⁹² Rapor'da "giriş" bölümünü takip eden üç bölüm bulunmakta olup, ilk bölümde mevcut uluslararası vergi sisteminin temel prensipleri ile küreselleşmenin bu sistem üzerindeki baskı süreci, ikinci bölümde, vergi cennetlerinin ve bazı tercihli vergi rejimlerinin zararlı kabul edilmesine ilişkin faktörler ile bu rejimlerin, diğer hükümetlerin vergi sistemleri üzerindeki etkisi, üçüncü bölümde ise vergi cennetlerinin ve tercihli vergi rejimlerinin önlenmesine ilişkin olarak kullanılabilir bazı önlemlere ilişkin öneriler yer almaktadır, OECD, 1998, para. 19.

⁴⁹³ Yüksel Karaca, "Zararlı Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri: OECD Bünyesindeki Çalışmalar Ne Aşamada?", **Vergi Dünyası**, Sayı. 238 (Haziran 2001), s. 92.

sürükleyen önemli bir sektör olan⁴⁹⁴, coğrafi hareketliliğe sahip finansal ve diğer hizmet faaliyetlerinin vergilendirilmesi üzerine odaklanılarak haksız vergi rekabetine neden olan ülke veya bölgelerin tanımlanmasına yönelik analitik bir çatı⁴⁹⁵ oluşturulmaktadır.

Vergilendirme kaynaklı faktörlerin, yatırım ve tasarruf araçları arasında yapılacak tercihlerde farklılıklar yaratabileceği ve bu farklılıkların, yatırım ve tasarruf araçlarının gerçek getiri oranlarının anlaşılmasını ve birbirleriyle karşılaştırılmasını engelleyerek, yarı optimal ya da optimumdan uzak yatırım ve tasarruf kararlarının verilmesine ve dolayısıyla etkinlik kayıplarına yol açacağı belirtilerek, "*haksız vergi rekabeti*"nin uluslararası yatırım kararlarında çarpıklıklara yol açarak ulusal vergi tabanlarında erozyona yol açtığı, vergiden kaçınma hatta vergi kaçakçılığını teşvik ettiği⁴⁹⁶ vurgulanmaktadır⁴⁹⁷.

Rapor'un ikinci bölümünde ise, vergi cennetlerinin ve tercihli vergi rejimlerinin belirlenmesine ilişkin çalışma süreci oluşturulmuş, vergi cennetleri ve tercihli vergi rejimlerinin temel özellikleri tespit edilmiş, ayrıca uluslararası haksız vergi rekabetine karşı üye olmayan ülkelerin de katılımı sağlanarak, alınacak önlemler konusu incelenmiştir.

Rapor'un üçüncü bölümünde sorunun çözümüne yönelik öneriler üç kategoride incelenmiştir⁴⁹⁸. Haksız vergi rekabetinin tek kriteri vergi oranının düşüklüğü olmasa da⁴⁹⁹ sorunun vergi sisteminin yapısal özelliği olması nedeniyle, çözüm önerilerinin önemli bir kısmı da ulusal vergi uygulamalarına odaklanmakta ve işbirliğini öne çıkarmaktadır. Rapor'da yer alan çözüm önerileri aşağıda belirtilmiştir⁵⁰⁰.

- 1) Ülkelerin yasal mevzuatlarını ilgilendiren öneriler,
 - a) KEYK düzenlemesi,
 - b) Yabancı yatırım fonları ve benzeri düzenlemeler,
 - c) Haksız vergi rekabeti kapsamında iştirak kazançları istisnasında veya yabancı kazançlarda istisna sağlayan diğer sistemlerde sınırlamalar,
 - d) Ülkelerin bilgi raporlamalarına yönelik kurallar,
 - e) İdari uygulamalara ilişkin kurallar,
 - f) Transfer fiyatlandırması,

⁴⁹⁴ Owens, *Harmful*, s. 1.

⁴⁹⁵ Ambrosanio ve Caroppo, s. 687.

⁴⁹⁶ Yalıtı, *2000'li Yıllar*, s. 50.

⁴⁹⁷ Karaca, s. 97.

⁴⁹⁸ OECD, *1998*, para. 92.

⁴⁹⁹ Yalıtı, *2000'li Yıllar*, s. 51.

⁵⁰⁰ OECD, *1998*, para. 91.

- g) Vergiye yönelik olarak banka bilgilerine ulaşım,
- 2) Ülkelerin vergi anlaşmalarını ilgilendiren öneriler,
- 3) Uluslararası işbirliğini güçlendirmeye yönelik öneriler.

Çalışmalar, Rapor'da belirlenen sürece bağlı olarak gerçekleştirilmiş ve önerileri de içeren, zarar verici etkileri bulunan tercihli vergi rejimlerine ilişkin bir Rehber (Recommendations ve Guidelines on Harmful Preferential Tax Regimes) hazırlanarak, Rapor'a eklenmiş⁵⁰¹ ve çalışmaların sonuçlarının, haksız vergi uygulamalarının önlenmesi konusunda gerçekleşen işbirliğine ilişkin sonuçlarla birlikte periyodik olarak Mali İşler Komitesi'ne bildirilmesi karara bağlanmıştır⁵⁰².

"Haksız Vergi Rekabeti" Raporu'nun hayata geçirilmesi ve uygulanması yolundaki ilk aşamayı yine Rapor'da belirtildiği üzere diğer uluslararası girişimlerin bir tamamlayıcısı olmak üzere gerçekleştirilen bir "Forum" oluşturmuş⁵⁰³ ve Forum'un ilk toplantısının⁵⁰⁴ ardından, aşağıda belirtilen konuların yer aldığı "Towards Global Tax Cooperation Progress in Identifying and Eliminating Harmful Tax Practices" Raporu⁵⁰⁵ hazırlanmıştır.

Söz konusu Rapor'da belirtilen ve haksız vergi rekabeti ile mücadelede çözüme kavuşturulması öngörülen başlıklar altında farklı girişimler oluşturulduğu ve bu girişimler sonucunda birçok önlem içeren raporlar hazırlandığı tespit edilmektedir. Bu çalışma başlıklarından birisi olan vergi cennetlerine yönelik olarak, Forum tarafından hazırlanan ve öncelikli olarak vergi cennetleri çalışması üzerine odaklanan "*The OECD's Project on Harmful Tax Practices: The 2001 Progress Report*" Raporu⁵⁰⁶ ile vergi cennetlerine şeffaflık ve etkin

⁵⁰¹ OECD, 1998, s. 67.

⁵⁰² OECD, 1998, s. 66.

⁵⁰³ OECD, CFC, s. 7.

⁵⁰⁴ 25-26 Haziran 2000 tarihinde Paris'te gerçekleştirilmiş olup; 2001, 2004 ve 2006 yıllarında da ilerleme raporları hazırlamıştır. Forum'un ilk toplantısının amacı; "*Haksız Vergi Rekabeti*" Raporu'ndaki belirlemelere uygun olarak, OECD üyesi ülkelerde potansiyel olarak zarar verici etkilere sahip tercihli vergi rejimlerini tanımlamak, "*Haksız Vergi Rekabeti*" Raporu'ndaki belirlemelere uygun olarak, vergi cenneti olma kriterlerini taşıyan ülkeleri tanımlamak ve OECD üyesi olmayan ülkelerin, bu çalışmalara dâhil edilmesine ilişkin çalışmalar yapmaktır, OECD, CFC, s. 6.

⁵⁰⁵ a) OECD üyesi ülkelerde, potansiyel olarak zararlı etkileri bulunan 47 tercihli vergi rejimi, 9 sektör başlığı altında belirlenmiştir (OECD, CFC, para. 11)

b) Vergi cenneti kriterlerini karşıladığı tespit edilen 35 vergi cenneti belirlenmiş, ancak işbirliğine davet edilen vergi cennetleri için listenin 12 ay içerisinde revize edileceği ifade edilmiş (OECD, CFC, para. 17), ayrıca Haksız Vergi Rekabeti Raporu'nda da öngörüldüğü üzere, 31.07.2001 tarihine kadar "*İşbirliğine Yanaşmayan Vergi Cennetleri Listesi (OECD "List of Un-Cooperative Tax Havens")*" hazırlanması kararlaştırılmıştır (OECD, CFC, para. 18),

c) Haksız vergi uygulamalarının engellenebilmesi için, bilgi değişimine dayanan ve vergi cennetlerinin katılımının sağlanabileceği bir süreç oluşturulmuştur,

d) Haksız vergi uygulamaları projesine, üye olmayan ülkelerin de katılımının sağlanabileceği bir süreç oluşturulmuştur (OECD, CFC, paras.28-31),

e) Haksız vergi uygulamalarının aşındırıcı etkilerini ortadan kaldırmaya yönelik önlemlere ilişkin işbirliğine yönelik olarak oluşturulacak çatının bileşenleri belirlenmiş (OECD, CFC, para.11) olup, bunlar, Haksız Vergi Rekabeti Raporu'nun 3 üncü Bölümünde yer alan çözüm önerileri ile paralellik göstermektedir.

⁵⁰⁶ 14.11.2001 tarihinde hazırlanmıştır.

bilgi değişimine yönelik olarak bir dizi ilave düzenleme ve taahhüt getirilmiş, işbirliği içerisinde yürütülen önlemlerin, OECD ülkelerine uygulanmasından önce işbirliğine yanaşmayan ülkelere uygulanmayacağı ifade edilmiş, ancak OECD ülkelerinin benzer özellikteki önlemleri işbirliği çatısı altında veya dışında uygulamaya yönelik egemenlik haklarının muhafaza edildiği de vurgulanmıştır.

Haksız vergi rekabeti yaratan vergi uygulamalarından olan ve 2000 yılında Forum tarafından tespit edilen, potansiyel olarak zararlı etkileri bulunan 47 vergi rejimi ile ilgili olarak ulaşılan son durum 2004 yılında⁵⁰⁷ tablo halinde yayınlanmış⁵⁰⁸ ancak sürecin devam ettiği belirtilmiş, 2006 Raporunda⁵⁰⁹ ise ve son durum itibariyle sadece Lüksemburg Holding Şirket Rejimi'nin haksız olma niteliğinin devam ettiği belirtilmiştir⁵¹⁰.

Haksız vergi rekabeti ile ilgili mücadelede çok önemli bir unsur olan bilgi değişimine dayanan süreç ile ilgili olarak da, haksız vergi rekabetinin önlenmesine ilişkin girişimin bir parçası olarak, amacı etkin bilgi değişiminin etkinleştirilmesi suretiyle, vergi cennetlerinde sermaye, gelir ve varlıkların saklanmasıyla önlenerek vergilendirilmesinin sağlanması olan, diğer ülkelerin vergi idareleri ile bilgi değişimine yanaşmayan ülkeleri belirleyen bir liste (List of Un-Cooperative Tax Havens) yayınlanmıştır⁵¹¹. Ayrıca Nisan 2002 tarihinde bilgi değişiminin etkinleştirilmesi amacıyla Forum tarafından bir Model Anlaşma⁵¹² hazırlanmış ve OECD Çifte Vergilendirmeyi Önleme Model Anlaşması'nın, "Bilgi Değişimi" ile ilgili 26 ncı maddesi, Haksız Vergi Rekabeti Raporu'nun üçüncü bölümünde yer alan önerilere uygun olarak ve Forum tarafından hazırlanan Bilgi Değişimi Model Anlaşması'na⁵¹³ paralel bir şekilde deęiştirilmiştir⁵¹⁴. Söz konusu Model Anlaşma kapsamında çok sayıda girişim başlatılmış olup, "Joint Ad Hoc Group on Accounts-JAGHA"⁵¹⁵, "The Informal Contact Group"⁵¹⁶, "Sub-Group

⁵⁰⁷ OECD, "Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Report", 04.02.2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/60/33/30901115.pdf> (10.01.2008).

⁵⁰⁸ OECD, 2004, s. 7.

⁵⁰⁹ OECD, "Project on Harmful Tax Practices: The 2006 Update on Progress in Member Countries", 2006, <http://www.oecd.org/dataoecd/1/17/37446434.pdf> (10.01.2008).

⁵¹⁰ OECD, 2006, para. 14.

⁵¹¹ Dhammika Dharmapala ve James R. Hines Jr. "Which Countries Become Tax Havens?", *Working Paper Series*, May 2009, s.7, Updated 17 July 2009, SSRN Veri Tabanı (02.04.2010); OECD, List of Un-Cooperative Tax Havens, 18 Nisan 2002 tarihinde yayınlanan bu ilk liste sonrasında devam eden çalışmalar başarı ile sonuçlanmış olup, 07.08.2007 tarihi itibariyle son olarak Marshall adalarının da listeden çıkarılmasından sonra, işbirliğine yanaşmayan, Andora, Lihtenştayn ve Monako olmak üzere 3 vergi cenneti kalmıştır, http://www.oecd.org/document/57/0,3343,en_2649_201185_30578809_1_1_1_1_00.html, (02.10.2007).

⁵¹² "Agreement on Exchange of Information on Tax Matters"

⁵¹³ İlgili olarak bkz., Yaltı, *Elektronik*, s. 286 vd.

⁵¹⁴ OECD, (2004).

⁵¹⁵ Forum öncülüğünde oluşturulan "Joint Ad Hoc Group on Accounts-JAGHA" tarafından, muhasebe kayıtlarının şeffaflık temelinde, tutulması ile erişimi, muhasebe kayıtlarının güvenliğinin sağlanması, kayıtların saklanma süresi gibi kuralların

on Level Playing Field Issues"⁵¹⁷ gibi çalışma grupları tarafından, gerekli olduğu düşünülen birçok alanda çalışmalar ve toplantılar yapılarak raporlar ve bildirimler hazırlanmış ve vergilendirme konusunda büyük ya da küçük, üye veya değil tüm ülkelerin şeffaflık ve bilgi değişiminin ilkelerine uyumunun gerekli olduğu vurgulanmıştır. Bilgi değişimi ile ilgili olarak düzenlenen 2006⁵¹⁸ İlerleme Raporu'nda, şeffaflık ve etkin bilgi değişimine yönelik standartlar belirlenmiş⁵¹⁹, 2007 İlerleme Raporu'nda⁵²⁰ ise belirlenen bu standartların geliştirilmesi ve ulusal sistemlerde de uyumlaştırma sağlanmasına yönelik düzenlemeler yer almıştır⁵²¹.

Haksız vergi rekabetinin önlenmesinde işbirliğine yönelik çalışmalar konusunda Forum tarafından hazırlanan Rapor'da, Haksız Vergi Rekabeti Raporu'nun 3 üncü bölümünde bulunan ve KEYK düzenlemelerini de içeren çözüm önerileri ile paralellik gösteren öneriler yer almıştır⁵²².

Haksız vergi rekabetinden korunmak amacıyla kullanılan yöntemler ülkeden ülkeye farklılık göstermekte⁵²³ ve temel olarak tek veya çift taraflı girişimler yoluyla uygulanmakta⁵²⁴ iken, OECD tarafından, uluslararası düzeyde kabul edilen yöntemlerle uyumlu önlemlerin haksız vergi rekabeti ile savaşmada daha etkili olabileceği, çünkü tek veya çift taraflı

tartışıldığı ve bu kuralların hem üye ülkeler hem de üye olmayan ülkeler için uygulanması konusunda görüş birliğine varılan bir toplantı ise Ekim 2002 tarihinde Cayman Adalarında gerçekleştirilmiştir, Öz, *Vergi Cennetleri*, s. 105;

⁵¹⁶ David Spencer ve J.C. Sharman, "OECD Proposals on Harmful Tax Practices: A Status Report (Part I)", **Journal of International Taxation**, Vol. 17 (October 2006), s. 24; Avustralya, Bahamalar, Cayman Adaları, Cook Adaları, Fransa, Almanya, İrlanda, Isle of Man, İtalya, Japonya, Jersey, Mauritius, Meksika, Panama, St. Kitts and Nevis, Samoa, Seyşeller, ve Amerika Birleşik Devletleri'nin katılımı ile kurulan "The Informal Contact Group" grup ilk toplantısını 14–15 Ekim 2003 tarihlerinde Ottawa'da yapmış ve "Sub-Group on Level Playing Field Issues" oluşturulması konusunda karara varılmıştır.

⁵¹⁷ OECD, "Global Forum on Taxation: Towards a Global Level Playing Field", 2004, http://www.oecd.org/document/0/0,3343,en_2649_34897_16643264_1_1_1_1,00.html (10.01.2008); İlk toplantısını 3–5 Şubat 2004 tarihinde gerçekleştirmiş olan ve temel amacı, "herkesin eşit şartlarla yer aldığı bir rekabet ortamının nasıl yaratılabileceği" olan bu alt çalışma grubu tarafından toplantı sonrasında oluşturulan Rapor'da; i) (herkesin eşit şartlarla yer aldığı bir rekabet ortamı) küresel "level playing field" tanımlanmış, ii) amaca ulaşmada ülkelerin tek taraflı, iki taraflı ve kolektif olarak izlenecek süreç belirlenmiş, iii) vergi konusunda şeffaflık ve etkin bilgi değişiminin sağlanabilmesi için izlenecek sürecin tarihsel aşamaları belirlenmiş ve iv) genel bir kural olarak, vergi dışı konularda bilgi değişiminin uygulama tarihleri, özel durumlara ilişkin muhtemel ertelemeler de dâhil olmak üzere belirlenmiştir, Spencer ve Sharman, s.26.

⁵¹⁸ OECD, "Tax Co-operation: Towards a Level Playing Field, 2006 Assessment by the Global Forum on Taxation", 29 May 2006, http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_34897_39473821_1_1_1_1,00.html (10.01.2008).

⁵¹⁹ Owens Jeffrey, "International Taxation: Meeting The Challenges-The Role of the OECD", **European Taxation**, Vol. 46, Issue 12 (December 2006), s. 557. (*International*)

⁵²⁰ OECD, "Progress Towards a Level Playing Field: Outcomes of the OECD Global Forum on Taxation", 12 October 2007, <http://www.oecd.org/dataoecd/28/55/35670025.pdf> (10.01.2008).

⁵²¹ Haksız vergi uygulamaları projesine OECD üyesi olmayan ülkelerin de yer almasının sağlanması ile ilgili olarak da, 8–9 Ocak 2001 tarihinde Barbados'ta ve 15–16 Şubat 2001 tarihinde Tokyo'da konferanslar düzenlenmiş ve sonucunda da bir "Bildiri (Framework for a Collective Memorandum of Understanding on Eliminating Harmful Tax Practices)" yayınlanmıştır.

⁵²² Rapor'da, işbirliğine yanaşmayan vergi cennetleri veya avantajlı vergi rejimlerinde indirim, mahsup, istisna ve benzeri imkânlarla izin verilmemesi, bilgi değişiminin sağlanabilmesi yönünde baskı uygulanması, aksi takdirde ceza uygulanması, bu ülkelere yapılan ödemelere vergi stopajı uygulanması gibi önlemlerin yanı sıra, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi veya benzeri düzenlemeleri henüz ihdas etmemiş ülkelere ihdas edilmesi yönünde, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesine sahip ülkelere ise bu düzenlemelerin haksız vergi rekabeti ile mücadele edebilecek şekilde uygulanması yönünde telkinde bulunulması gibi birçok öneri yer almaktadır, OECD, 1998, para. 35.

⁵²³ OECD, 1998, para. 86.

⁵²⁴ OECD, 1998, para. 87.

önlemlerin en azından minimum düzeyde diğer ülkeler ile işbirliğini gerektirdiği için verimliliğinin de göreceli olarak düşük kalacağı ifade edilmiştir⁵²⁵.

Sonuç olarak OECD tarafından, Rapor ve Rapor ile belirlenen süreçlere uygun olarak global ekonomi içerisinde haksız vergi rekabetine yol açan uygulamaların sonuçlarının ortadan kaldırılmasına ilişkin olarak çok sayıda çalışma gerçekleştirilmiş olup, söz konusu çalışmalar ile ülkeler arasında işbirliği ve uyuma dayanan önlemlerin, haksız vergi rekabeti ile savaşmada daha etkili olacağı belirtilerek, öneriler geliştirilmiştir. Organizasyon tarafından getirilen öneriler yaptırım gücünden yoksun olsalar da, içerdikleri fikirler ve bu fikirlerin öneminden dolayı üye ülkelerin yanı sıra üye olmayan ülkelerde de etki yaratmakta ve devletlerarası ilişkiler/işbirliği gerçeğini ortaya koymaktadır⁵²⁶. KEYK düzenlemeleri de, Rapor'da üç başlık altında toplanan uluslararası haksız vergi rekabeti yaratan uygulamalara karşı alınacak önlemlerden⁵²⁷, ülkelerin yasal mevzuatlarını ilgilendiren öneriler arasında ilk sırayı almakta ve Forum tarafından 2000 yılında hazırlanan Rapor'da yer alan öneriler arasında sayılmaktadır.

bb. AB

AB'nin temel felsefesi dört temel serbestinin, özellikle de mal ve sermayenin serbest dolaşımını engelleyen bütün unsurların ortadan kaldırılarak tek bir pazarın yaratılması üzerine kurulu olduğundan, tek Pazar oluşturulması sürecinde vergilendirme alanında vergi uyumlaştırması da bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır. Esasen vergi uyumlaştırması fikri AB'yi kuran Roma Anlaşması hükümlerinde de mevcuttur⁵²⁸. Amacı bütün malların serbest dolaşımı ve rekabet alanında eşitliği gerçekleştirmek⁵²⁹ olan vergi uyumlaştırması, üye devletlerin vergilendirme yetkilerini sınırlandıran bir sonuç doğurmaktadır. Roma Anlaşmasınının 3 üncü maddesi, Birlik işleyişine bağlı olarak, üye ülkelerin mevzuatlarının birbirine yaklaştırılması hükmünü içermektedir.

⁵²⁵ OECD, 1998, para. 91.

⁵²⁶ Rosembuj, s. 319; yazar diğer taraftan haksız vergi rekabetinde araç olarak kullanılmalarındaki hassasiyetten dolayı, kontrol edilen yabancı kurum ve offshore yatırımlarına ilişkin OECD önerilerinin devletlerin sınır aşıcı saldırgan tutumlarına iyi bir örnek teşkil ettiğini ifade etmektedir, Rosembuj, s. 322.

⁵²⁷ OECD, 1998, para. 92.

⁵²⁸ Hakkı Odabaş, Savaşan Fatih, "Avrupa Birliği'nde Vergi Uyum Çalışmaları ve Türkiye", *E-Yaklaşım Dergisi*, Haziran 2004, Say.: 11, http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2004064543.htm (14.04.2007).

⁵²⁹ M.Ziya Suer, **Avrupa Birliği'nde Vergi Uyumlaştırması ve Türk Vergi Sistemi Üzerine Etkileri**, Ankara: Maliye Hesap Uzmanları Vakfı, 1999, s. 178.

Topluluk içinde dolaysız vergiler alanında vergi uyumlaştırmasının bir türlü mümkün olmaması üzerine üye ülkeler bu alandaki yetkilerini birbirlerine zarar verecek şekilde kötüye kullanmak suretiyle diğer ülkelerde mali tahrifata yol açmış, AB Komisyonu da bu sorununun çözümüne yönelik olarak 1996 yılında vergi meselesine küresel bir yaklaşım getirmiş ve AB içerisinde oluşan haksız vergi rekabetine yönelik olarak ilk kez bir vergi paketi oluşturulmuştur. Bu paketin temel amacı, "Topluluk içinde vergi koordinasyonu olmamasından kaynaklanan ekonomik ve sosyal dezavantajların ortadan kaldırılması" olarak ortaya konulmuş olup, AB içerisinde oluşturulan vergi paketinin içerdiği önlemler, Birlik üzerindeki olumsuz etkilerin azaltılması, vergi gelirlerindeki azalmanın önlenmesi ve vergi sistemlerinin daha uyumlu bir şekilde çalışmasını teşvik etmek şeklinde belirlenmiştir⁵³⁰.

1997 yılında ECOFIN AB Ekonomi ve Maliye Bakanları Konseyi haksız vergi rekabeti ile savaşmak amacıyla, 1996 yılında başlatılan üçlü girişimin⁵³¹ en önemli bacağı olan⁵³² ve "Eylem Kodu" (The Code of Conduct for Business Taxation⁵³³) olarak adlandırılan bir önlemler paketi üzerinde anlaşmaya varmış⁵³⁴ olup, kararın temel amacı, Birlik'in karşı karşıya kaldığı tahrifatin ortadan kaldırılması ve haksız vergi rekabetinin önlenmesidir. Eylem Kodu⁵³⁵, Birlik Anlaşması ile oluşturulan kuralların hiçbirisine ve hiçbir ikincil hukuk kaynağına atıfta bulunmamakla birlikte, haksız vergi rekabeti oluşturabilecek bazı "unsurları" tanımlamaya çalışmış⁵³⁶ ve haksız vergi rekabeti ile mücadelenin ana eksenini oluşturmuştur⁵³⁷.

"Eylem Kodu", bir üye ülke tarafından uygulanan vergi oranı, genel olarak aynı konuda üye ülkelerde geçerli olan orana göre önemli ölçüde düşükse veya sıfır oran

⁵³⁰ Yaltı, *2000'li Yıllar*, s. 53.

⁵³¹ 1 Aralık 1997 tarihinde hazırlanan "vergi paketi"nde üç önlem yer almaktadır;

1) Haksız vergi rekabetinin önlenmesi için "Ticari Eylem Kuralları" oluşturulması,

2) Tasarrufların vergilendirilmesinde uygulanacak en az vergi oranının belirlenmesi,

3) Bağılı şirketler arasında sınır ötesi işlemlere konu olan faiz ödemeleri ile telif bedelleri üzerindeki stopajın

kaldırılması, Ferhatoğlu, s. 192.

⁵³² Yaltı, *2000'li Yıllar*, s. 54.

⁵³³ Avrupa Komisyonu, The Code of Conduct for Business Taxation, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/COC_EN.pdf, (01.12.2007).

⁵³⁴ Ambrosanio ve Caroppo, s. 690.

⁵³⁵ Eylem Kodu'nun hukuki niteliği ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır. Yaltı'nın konuyla ilgili görüşü şu şekildedir: "...Dolayısıyla bu Karar, hukuki etkisi itibarıyla sui generis kategoride yer alan, konu ve içerik itibarıyla açık, yöneldiği kurumlar (üye devletler) açısından bağlayıcı yasak hükümleri içeren ve fakat takvim koşuluna bağlı bir hukuki işlem olduğu, süre koşulunun tamamlanmasıyla⁵³⁵ bağlayıcı etki yaratacağı sonucuna varılmıştır..."; Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 58; Buna karşılık literatürde, Eylem Kodu'nun, kesin uyulması gereken bir hukuki düzenleme olmadığı, ekonomik ve siyasi bir kıstas olduğu ve bu görüşün birçok üye ülke tarafından da kabul edildiğinin gözlemlendiği, Wolfgang Schön, "Tax Competition in Europe-The National Perspective", *European Taxation*, Vol. 42, Issue 12 (December 2002), s. 492; Kod'un, siyasi gücü olsa da hukuken bağlayıcı olmadığı, sadece üye ülkelerden haksız vergi uygulamaları konusunda öngörülmüş olan sürece uymaları istenen bir Karar olduğu yönünde görüşler de bulunmaktadır, Ambrosanio ve Caroppo, s. 690.

⁵³⁶ Schön, *2002*, s. 492.

⁵³⁷ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 33.

uygulanıyorsa, uygulamayı haksız vergi rekabeti olarak kabul etmekte⁵³⁸ ve Birlik içindeki etkilerine bağılı olarak, bu düzenlemelerin haksız olup olmadığının değerlendirilmesi bakımından bir dizi ölçüt getirmektedir⁵³⁹.

Bu amacın gerçekleştirilmesi yönünde "Eylem Kodu", haksız vergi rekabetinin tanımlanması amacıyla oluşturulan özel bir çalışma grubu tarafından, Kasım 1999'da hazırlanan Primarolo Raporu'nda⁵⁴⁰, finansal hizmetler ve grup finansman işlemleri, holding şirketler, sigorta işlemleri ile vergiden muaf şirketler ve offshore şirketler, bölgesel teşvikler ve diğer düzenlemeler alanlarında 66 potansiyel haksız vergi rekabeti aracı tanımlanmış olup⁵⁴¹, üye devletlerin bu potansiyel haksız rekabet araçlarını kullanmak suretiyle Birlik içindeki ticari faaliyetlerin nerede yapılacağı kararlarında önemli derecede etkili olup olmadığının veya etkileme olasılığının bulunup bulunmadığının belirlenmesinde dikkate alınacağı ifade edilmiştir⁵⁴².

Söz konusu alanlarda gerçekleştirilecek vergi istisnaları, düşük vergi oranları, özel istisnalar, % 100'e varan vergi indirimleri veya vergi matrahından yüksek vergi indirimleri, götürü matrahlar, transfer fiyatlandırması kurallarının emsallere uygunluk ilkesinden ayrılan hükümleri, iştirak kazançları istisnası veya ring-fenced vergi sistemleri⁵⁴³ gibi araçların haksız vergi rekabetine neden olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla Primarolo Raporu'nun KEYK düzenlemeleri açısından önemi, Holding Şirketler (Holding Companies) ve Exempt and Offshore Companies kategorisinde, KEYK kavramına yer vermesidir. Rapor'un, (iv) Holding Şirketler⁵⁴⁴ alt başlığı altında, iştirak kazançları istisnasının vergi cennetleri ve diğer düşük vergili ülkelerden elde edilen kar paylarının Birlik içerisinde vergilendirilmemesi sonucunu yarattığı ve söz konusu ülkelerde de vergilendirilmeyen bu kar paylarının da haksız vergi rekabeti yarattığı, ancak iştirak kazançları istisnası ile bütünlük arz edecek şekilde uygulanan KEYK düzenlemesinin haksız vergi rekabetine neden olduğu yönünde değerlendirilmediği, (v)

⁵³⁸ Öz, *Vergi Cennetleri*, s. 118; Öz "Eylem Kodu'nun karşılığı olarak "Ticari Eylem Kuralları" terimi kullanılmaktadır.

⁵³⁹ Bir vergi düzenlemesinin haksız rekabet yaratıp yaratmadığını ölçmek için kullanılacak kriterler şunlardır: avantajlı düzenlemelerin sadece dar yükümlülere veya dar yükümlülere yürütülen işlemlere yönelik olup olmadığı veya avantajlı düzenlemelerin ulusal pazarda, ulusal vergi matrahını etkilemeyecek şekilde kapalı uygulanıp uygulanmadığı (ring-fenced) veya avantajlı düzenlemenin, bu avantajı tanıyan üye devlette gerçek bir ekonomik faaliyet ve ekonomik varlık olmasa dahi tanınıp tanınmadığı veya çokuluslu bir şirketler grubunun faaliyetlerinden kaynaklanan karın belirlenmesine ilişkin kuralların uluslararası kabul görmüş ilkelere –özellikle OECD tarafından belirlenen kurallara- ayrılıp ayrılmadığı, vergisel düzenlemelerin şeffaf olup olmadığı- yasal düzenlemelerin idari düzeyde gevşetildiği haller dâhil-Yaltı, *2000'li Yıllar*, s. 54.

⁵⁴⁰ Primarolo Raporu, OECD kriterlerini dikkate alarak haksız vergi rekabeti araçlarını tanımlamış ise de tüm üye olan veya olmayan ülkeleri kapsayan OECD Projesinin aksine AB dışındaki ülkeler üzerinde bir etkisi bulunmamaktadır, Ambrosiano ve Caroppo, s. 691.

⁵⁴¹ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 59.

⁵⁴² Avrupa Komisyonu, *The Code of Conduct for Business Taxation*, para. 29.

⁵⁴³ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 60.

⁵⁴⁴ European Commission, *Primarolo Report*, s. 16.

Exempt and Offshore Companies⁵⁴⁵ alt başlığı altında ise vergiden istisna edilen şirketler ile tam vergi istisnası sağlamasa bile offshore şirketlerin haksız vergi rekabeti yarattığı, hatta bazı uygulamalarda vergi oranının, kaynak ülkede uygulanan KEYK düzenlemesinin etkilerinin azaltılması amacıyla belirlendiği belirtilerek, sekiz vergiden istisna şirket uygulaması ve altı offshore şirket uygulaması, Zararlı Özellikler Taşıyan Uygulamalar Listesine⁵⁴⁶ dâhil edilmiştir⁵⁴⁷.

Diğer taraftan, 27 Kasım 2000 tarihinde, AB üyesi ülkelerin Maliye Bakanları tarafından, haksız vergi rekabetine neden olan uygulamaların 01.01.2002 tarihine kadar ortadan kaldırılması konusunda anlaşmaya varılarak vergi rekabetine ilişkin bir Rehber hazırlanmış⁵⁴⁸, 3 Haziran 2003 tarihinde ECOFIN AB Ekonomi ve Maliye Bakanları haksız vergi rekabeti ile ilgili yeni bir paket üzerine anlaşmış ve aralarında kurumlar vergisinde haksız vergi rekabetini önlenmesi de olan, üç önlemin altı çizilmiştir⁵⁴⁹.

2004 yılının Eylül ayında, Komisyon tarafından yayınlanan "Preventing and Combating Financial and Corporate Malpractice" başlıklı Genelge'nin amacı da yine finansal hizmetler, şirketler hukuku, muhasebe, vergi, gözetim ve uygulama alanlarında, mali (financial) kötüye kullanmanın azaltılmasıdır. Vergilendirme alanında, özellikle kurumların vergilendirmesinde Komisyon daha fazla şeffaflık ve bilgi değişimini önermekte ve bu sayede karmaşık vergi sistemlerinin daha iyi işleyebilir hale geleceğini ifade etmektedir⁵⁵⁰.

Görüldüğü üzere, temel amacı üye ülkeler arasındaki dört temel serbestinin önündeki engelleri kaldırmak ve dolayısıyla üye ülkeler arasındaki rekabet üzerinde olumsuz etki yaratacak unsurların ortadan kaldırılması ve/veya bu sonuca neden olacak yeni unsurlar oluşturulmaması olan AB, OECD kriterlerine uygun olarak tanımladığı 66 adet haksız vergi rekabeti aracı ile mücadele yönünde çalışmalar gerçekleştirmiştir. Söz konusu haksız rekabet araçları, ülkelerin vergisel egemenliklerine bağlı olarak oluşturdukları vergi sistemlerinde yer alan, düşük vergi oranları, yüksek indirim veya istisnalar gibi rekabet araçları ise de tek

⁵⁴⁵ European Commission, Primorolo Report, s. 17.

⁵⁴⁶ European Commission, Primorolo Report, ek liste, http://ec.europa.eu/taxation_customs/resources/documents/primorolo_en.pdf, s. 314, (01.12.2007).

⁵⁴⁷ Bkz, § 1 Bölüm, II/2 kısım.

⁵⁴⁸ Öner, www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/2004064594.htm, (14.04.2007).

⁵⁴⁹ Söz konusu önlemler; a) Kurumlar Vergisinde haksız vergi rekabetini önleme, b) Tasarrufların vergilendirilmesinde atılacak adımlar (Yürürlük: 01.01.2005) ve c) Faiz gelirlerinin ve imtiyaz ödemelerinin vergilendirilmesi (Yürürlük: 01.01.2004) dir, Odabaş ve Savaşan,

http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2004064543.htm (14.04.2007);

Öner, www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/2004064594.htm (14.04.2007).

⁵⁵⁰ Avrupa Birliği, Haksız Vergi Rekabetine İlişkin Diğer AB Çalışmaları, "Other Eu Work Related to Harmful Tax Practices", http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm, (14.04.2007).

başına bu araçlar bir sistemin haksız vergi rekabeti yarattığının söylenmesi için yeterli olmamakta, avantajlı düzenlemenin, bu avantajı tanıyan üye devlette gerçek bir ekonomik faaliyet ve ekonomik varlık olmasa dahi tanınıp tanınmadığı veya çokuluslu bir şirketler grubunun faaliyetlerinden kaynaklanan karın belirlenmesine ilişkin kuralların uluslararası kabul görmüş ilkelerden –özellikle OECD tarafından belirlenen kurallar- ayrılıp ayrılmadığı, vergisel düzenlemelerin şeffaf olup olmadığı, yasal düzenlemelerin idari düzeyde gevşetilir gevşetilmediği gibi ilave bazı kriterlerin de bulunması gerekmektedir. Primarolo Raporu tüm bu kriterleri dikkate almak suretiyle tüm üye ülkelerin, AB Anlaşmasının 299.4 maddesi gereğince AB Bölgesinde sayılan ülkelerin (Cebelitarık) ve diğer ülkelerin vergi sistemlerini incelemek suretiyle haksız vergi rekabetine neden olan araçları tespit etmiş⁵⁵¹ ve KEYK düzenlemesi ile birlikte uygulanması halinde haksız vergi rekabeti araçları arasında yer alan iştirak kazançları istisnasının olumsuz özelliğinin ortadan kalkmış sayılacağı ifade edilmiştir.

3. Vergisel Egemenliğin Kötüye Kullanılması ve KEYK Mevzuatı

Dünyada KEYK mevzuatı incelendiğinde, haksız rekabet aracı olarak kullanılan bu müessesenin, vergiden kaçınma veya vergi ertelemesi sağlamak amacıyla kullanılması imkânının ortadan kaldırılabilmesi için ülkelerin vergilendirme yetkilerini farklı biçimlerde kullanmış oldukları görülmektedir. Zaman içerisinde bu amaçla kullanılan bazı varsayımsal yöntemler (ikametgâh bağlama noktası kullanılması gibi) ve genel (özün biçime önceliği ilkesi gibi) vergiden kaçınmayı önleme tedbirleri, uygulama zorlukları ve bundan kaynaklanan yetersizlikler nedeniyle kısmen veya tamamen kullanımından vazgeçilmiş ya da bu yöntemlerin bir kombinasyonu uygulanmaya başlanmıştır. Bu değişimin en önemli nedenlerinden birisi, yukarıdaki bölümde de ayrıntılarıyla belirtildiği üzere, uluslararası bir örgüt olan OECD tarafından yapılan kapsamlı çalışmalar sonrasında hazırlanmış olan raporlarda, KEYK mevzuatının hem OECD'ye üye ülkeler, hem de üye olmayan ülkeler tarafından kullanılmasının önerilmesi, hatta eş zamanlı olarak kullanımının haksız vergi rekabetinin önlenmesi anlamında ortaya çıkaracağı olumlu sonuçları attırma olasılığının bulunduğu ifade edilmesidir.

KEYK'lere, asıl amacı vergisel olan, yani asıl nedeni vergiden kaçınma olan kurumlar tarafından, çoğunlukla düşük vergili ülkelerde kurulan şirketlerin dağıtılmayan karlarının vergilendirilmesine yönelik olarak ihtiyaç duyulmaktadır. Bu açıdan, KEYK mevzuatı, düşük

⁵⁵¹ Avrupa Komisyonu, The Code of Conduct for Business Taxation, Annex A ve B.

vergili veya vergisiz ülkelerin yetkilerini kötüye kullanarak ihdas ettikleri vergi rejimlerinin haksız ve zararlı etkilerini bertaraf etmeye çalışan bir müessese olarak nitelendirilebilir. Elbette, vergi mükelleflerinin düşük vergili veya tercihli vergi rejimlerinde yatırım yaparak vergi planlamasına yönelmeleri, tek başına KEYK düzenlemesi uygulanmasına dayanak gösterilemez⁵⁵². KEYK ve benzeri düzenlemelerde, mükelleflerin mukim oldukları ülkenin vergiden kaçınma gerekçesine dayanarak (fraus legis) işlem yapması mutlaka aranması gereken bir unsurdur⁵⁵³. Fakat bu konu, mükelleflerin söz konusu kurumları kötüye kullanma iradelerine yönelik bir konudur ve tezin ilerleyen bölümlerinde ele alınacaktır. Burada vurgulanmak istenen, KEYK'in yerleşik olduğu ülkenin yetki kullanımının zararlı sonuçlarının bertaraf edilmesi anlamında, bu türden mevzuatların ihdasının meşru olduğudur.

Ş 5. ANAYASAL TEMEL: VERGİLENDİRME İLKELERİ VE GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN KEYK MEVZUATI

I- VERGİLENDİRME İLKELERİ AÇISINDAN

1. Vergide Eşitlik İlkesi Açısından

1982 Anayasasının "*Vergi Ödevi*" başlıklı 73. maddesinde yer alan "*herkes kamu giderlerini karşılamak üzere, mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür*" hükmü vergilemede eşitlik ile ilgili bir açılım vermediği için, bu ilkenin, Anayasa'nın 10. maddesinde yer alan "*Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.*" hükmünde yer alan kanun önünde eşitlik ilkesi ile birlikte okunması zorunluluğu bulunmaktadır⁵⁵⁴. Anayasa, 73/1'de ifade edilen herkes kavramı ise bizi eşitlikten, "*vergi yasaları önünde eşit olan herkes'e*" götürmektedir⁵⁵⁵. Bu çerçevede, vergi yasası önünde kişiler şeklen eşittir ve bu eşitlik, verginin yasallığı ilkesindeki yasaların soyut ve genel olması boyutu ile özdeşleşmektedir⁵⁵⁶. Bu anlamda eşitlik anlayışı, sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye

⁵⁵² AB Adalet Divanı, "*Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue, Case C-196/04, 12 September 2006*" davasına ilişkin kararında; kurumların, usulsüz veya hileli olarak Birlik hukukunun düzenlemelerinden yararlanamayacaklarını, ancak, bir kurumun, düşük vergi avantajından yararlanmak için başka bir ülkede kurulmasının da tek başına "yerleşme serbestisi"nin (freedom of establishment) kötüye kullanımı anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir. (<http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp06/aff/cp060072en.pdf>, (01.12.2007)), Gershuny ve diğerleri, s. 2.

⁵⁵³ Rosembuj, s. 322.

⁵⁵⁴ Nihal Saban, **Vergi Hukuku**, 4. Baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul: Aralık 2006, s. 23. (*Vergi Hukuku*)

⁵⁵⁵ Tamer Budak, "Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç", (**Yayımlanmamış Doktora Tezi**, Marmara Üniversitesi SBE, 2006), s. 59.

⁵⁵⁶ Gülsen Güneş, **Verginin Yasallığı İlkesi**, Oniki Levha Yayıncılık A.Ş., İstanbul: Mart 2008, s. 111.

Cumhuriyeti'nin, hukuk devletinin benimsediği eşitlik anlayışdır⁵⁵⁷ ve vergilendirmede eşitlik, anayasal eşitlik ilkesinin vergilendirmeye ilişkin biçimidir⁵⁵⁸.

Anglo-Amerikan yazınında, vergilendirmede eşitlik ilkesi dikey adalet ve yatay adalet ayırımı içinde incelenmekte olup; dikey adalet, vergilendirme yönünden benzer durumda olmayan kişilere (gelir, gider, servet ve aile durumu v.b.), farklılıkları ölçüsünde değişik işlem yapılmasını, yatay adalet, vergilendirme yönünden benzer durumda (gelir, gider, servet ve aile durumu v.b.), olan kişilerin eşit işleme tabi tutulmasını⁵⁵⁹, kısaca verginin adil olmasını⁵⁶⁰ ifade eder.

Anayasa Mahkemesi, eşitlik ilkesini, vergi yasalarında hem Anayasada açıkça sayılan nedenlerle ayrımcılığı yasaklayan, hem de genel olarak vergi ödevinde eşitliğin sağlanmasını gerektiren, yasama organını bağlayan maddi bir anayasa ilkesi olarak yorumlamaktadır⁵⁶¹.

Eşitliği, "*aynı hukuksal durumda olan kişilerin aynı kurallara, değişik durumda olanların ise değişik kurallara bağlı tutulması*" şeklinde yorumlayan Anayasa Mahkemesi⁵⁶², vergide eşitlik ilkesini, mali gücü aynı olanların aynı, mali gücü farklı olanların farklı vergilendirilmesi olarak yorumlamakta⁵⁶³ ve eşitlik ilkesinin haklı nedenlerin varlığı halinde farklılık yaratılmasına engel olmadığını, bilakis bu ilkenin gerçekleştirilmesi için gerekli olduğunu⁵⁶⁴ belirtmektedir. Bu durumda, "*hukuksal durum*"ün vergilendirme alanındaki karşılığını, bir eşitlik veya eşitsizlik ölçütü olan mali güç oluşturmakta olup⁵⁶⁵, bu anlamda Anayasa'nın vergilendirme ile ilgili verdiği tek ölçüt *mali güçtür*⁵⁶⁶.

Dolayısıyla vergi kanunları önünde eşit olan, farklı veya benzer durumda bulunan herkesin eşit/adil⁵⁶⁷ olarak vergilendirilmesi için Anayasa'nın yasa yapıcılara verdiği tek ölçüt

⁵⁵⁷ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 52.

⁵⁵⁸ Leyla Ateş, **Vergilendirmede Eşitlik**, Derin Yayınları, İstanbul: 2006, s. 101.(*Eşitlik*)

⁵⁵⁹ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 41; Sonsuzoğlu, s. 52.

⁵⁶⁰ Elif Sonsuzoğlu, "Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi", (**Yayımlanmamış Doktora Tezi**, İstanbul Üniversitesi SBE, 1997), s. 52.

⁵⁶¹ Ateş, *Eşitlik*, s. 102 ve 119; Anayasa Mahkemesi Kararı 27.09.1988 tarih, E. 1988/7, K.1988/27(Ateş, *Eşitlik*, s. 118).

⁵⁶² Billur Yaltı, "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eşitlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile Okumak", **XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu "Anayasal Mali Düzen** içinde, 14-16 Mayıs 1998, İstanbul: Marmara Üniversitesi M.A.U.M. Yayınları, No. 12, s. 85 (*Vergi Adaleti*); Anayasa Mahkemesi Kararları 15.08.1995 tarih, E. 1995/22, K.1995/37, 13.07.1995 tarih, E. 1995/85, K.1995/32, , 18.02.1992 tarih, E. 1992/5, K.1992/9, 06.06.1991 tarih, E. 1991/35, K.1991/13 (Yaltı, *Vergi Adaleti*, s. 85).

⁵⁶³ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 56; Anayasa Mahkemesi Kararı 06.07.1995, 80/27 (RG: 02.02.1996, 22542)(Saban, *Vergi Hukuku*, s. 56).

⁵⁶⁴ Güneş, s.112.

⁵⁶⁵ Yaltı, *Vergi Adaleti*, s. 86

⁵⁶⁶ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 57; Ateş, *Eşitlik*, s. 119; Budak, s. 59.

⁵⁶⁷ Ateş, *Eşitlik*, s. 119.

mali güçtür ve eşitliğin karşılaştırma ölçüsüdür⁵⁶⁸, çünkü vergide eşitlik tartışması her zaman bir karşılaştırma ve sınıflandırma gerektirir. Vergide eşitliği okumak için yapılması gereken sınıflandırmanın da mali güç, yani büyüklük ölçüsüne göre yapılması gerekmektedir⁵⁶⁹.

Bu çerçevede, Türkiye’de tam mükellefiyete tabi tüm gerçek veya tüzel kişilerin eşitlik ilkesine uygun olarak vergilendirildiğinin söylenebilmesi için mali güçlerine göre vergilendirmesi gerekmektedir. Gelir ve kurumlar vergisi açısından mali gücün ölçümünde kullanılan gösterge, mali gücün bilimsel göstergelerinden birisi olan⁵⁷⁰ gelirdir. Bu nedenle, KEYK düzenlemeleri açısından yapılacak değerlendirme mali güç göstergesi olan gelire dayalı olmalıdır. Dolayısıyla, KEYK düzenlemesinin, eşitlik ilkesine uygun olup olmadığının incelenmesi, mali gücü, yani geliri hukuken eşit olan tam mükellefiyete tabi gerçek ve tüzel kişilerin aynı/eşit düzenlemeye tabi tutulup tutulmadığı noktasında yapılabilecektir.

KEYK düzenlemesinin eşitlik ilkesine uygun ya da eşitlik ilkesini gerçekleştiren bir düzenleme olup olmadığı, düzenleme kapsamında vergilendirilmesi öngörülen tam mükellef hissedarların aynı/eşit durumda olup olmadığına, başka bir ifadeyle mali güç açısından hukuken karşılaştırılabilir durumda olup olmadıklarının değerlendirilebilmesi, yapılacak sınıflandırma sonucunda tespit edilebilir.

KEYK düzenlemesi ile vergilendirilmesi öngörülen hissedarların, düşük vergili yabancı ülkelerde yatırım yapan tam mükellef gerçek ve tüzel kişiler olması nedeniyle de, sınıflandırmanın yurt dışında yatırım yapan gerçek ve tüzel kişiler ile yurt içinde yatırım yapan gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılması gerekmekte olup, mali güç göstergesi, elde edilen gelir olacaktır. Yurt dışında yatırım yapan gerçek ve tüzel kişiler ile yurt içinde yatırım yapan gerçek ve tüzel kişiler arasındaki sınıflandırma ise farklı açılardan yapılabilir. Örneğin, düşük vergili veya yüksek vergili ülkelerde yapılan yatırımlardan elde edilen gelirler ile yurt içinde yapılan yatırımlardan elde edilen gelirler ya da yurt dışından elde edilen aktif karakterli gelirler veya pasif karakterli gelirler ile yurt içinden elde edilen gelirler mali güç göstergesi temelinde karşılaştırmaya tabi tutulabileceği gibi, yurt dışında KEYK’de düşük oranda kontrol unsuruna sahip olan tam mükellef hissedarlar ile yüksek oranda kontrol unsuruna sahip olan tam mükellef hissedarlar ile tam mükellef gerçek kişiler ve tam mükellef tüzel kişiler, mali güç göstergesi temelinde karşılaştırmaya tabi tutulabilecektir.

⁵⁶⁸ Yaltı, *Vergi Adaleti*, s. 85,

⁵⁶⁹ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 57.

⁵⁷⁰ Yaltı, *Vergi Adaleti*, s. 93.

Yabancı bir ülkede yapılan yatırımlardan elde edilen gelirler ile yurt içinde yapılan benzer yatırımlardan elde edilen gelirlerin aynı/eşit vergilendirmeye tabi tutulması, başka bir ifadeyle üzerlerindeki vergi yükünün aynı dönemde aynı olması gerekmektedir. Çünkü gelir veya kurumlar vergisinin uygulanması açısından eşitlik ilkesi, ister yurt dışındaki yatırımlardan elde edilmiş olsun, ister yurt içi yatırımlardan elde edilmiş olsun, mali gücü aynı olan kişilerin gelirleri üzerindeki vergi yükünün eşit olmasını gerektirmektedir.

Bu çerçevede, ülkemiz KEYK düzenlemesinin eşitlik ilkesi karşısındaki durumu ile ilgili olarak aşağıdaki hususlar tespit edilmiştir.

KEYK düzenlemesi, vergilendirme alanında kötüye kullanmanın ve mükelleflerce düşük vergili ülkelerde gerçekleştiren yatırımlar üzerindeki vergi yükü ile yurt içinde yatırım yapan mükelleflerin yatırımları üzerindeki vergi yükü farklılıkların ortadan kaldırılması amacını taşımaktadır. Mükelleflerce KEYK'lere yapılan yatırımlardan elde edilen (düzenleme kapsamında atfedilen) gelir, aslında hissedarların/mükelleflerin mali güçlerini, dolayısıyla vergi ödeme gücünü artıran, ekonomik olarak hissedarların tasarrufunda olan, özel yapıda bir gelirdir. Elde edilen gelirin, vergi yasaları karşısındaki niteliğinin bu tartışma açısından bir önemi bulunmamaktadır. Vergilendirmede eşitlik ilkesinin mali güç göstergesi temelinde ölçülme gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, ülkemiz KEYK düzenlemesinin, vergi tahakkuk ve tahsilâtının mali güce bağlı olarak gerçekleştirilmesini sağlaması⁵⁷¹ nedeniyle, her iki mükellef grubu açısından, yani yurt dışında düşük vergili ülkede yatırım yapan tam mükellefler ve yurt içinde yatırım yapan tam mükellefler açısından eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Türkiye'de mukim tam mükellef gerçek kişi ve kurumların tamamı, kontrol araçlarına sahiplik oranlarına veya aralarında ilişki veya en azından bir işbirliği olup olmadığına bakılmaksızın, yabancı kurumdaki kar payları üzerinden KEYK düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulmaktadırlar. Vergilendirmede eşitlik ilkesinin mali güç kriteri temelinde ölçülme gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, KEYK düzenlemesinin, vergi tahakkuk ve tahsilâtının mali güce bağlı olarak gerçekleştirilmesini sağlaması nedeniyle ülkemiz KEYK düzenlemesi, yabancı kurumda hissedar olan gerçek ve tüzel kişiler arasında ayırım yapılmaması açısından eşitlik ilkesine uygun bir düzenlemedir.

⁵⁷¹ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 27.

Diğer taraftan düzenleme, gelirlerinin önemli bir bölümü pasif karakterli gelirlerin oluşturduğu yabancı kurumlarla, geliri aktif karakterli gelirlerden oluşan yabancı kurumlar arasında ayırım yapmakta ve bunların karşılaştırılabilir durumda olmadıklarını kabul etmektedir. Bunun nedeni, ülkeler arasında dolanım hızı çok yüksek olan pasif karakterli gelirlerin düşük vergili ülkelere kaydırılmasının ardında yatan amacın, aktif karakterli kazanç elde edilen yatırımlardaki gibi diğer ekonomik faktörlerin yanı sıra yatırım yapılan ülkenin vergi sisteminin avantajlarından yararlanmak değil, sadece yatırım yapılan ülkenin vergi sisteminin avantajlarından yararlanmak, dolayısıyla yatırımın amacının vergiden kaçınma olmasıdır. Bu çerçevede, KVK'nın 7. maddesinde hükme bağlanan KEYK düzenlemesi, sadece kazancının içerisindeki pasif karakterli gelirlerin belli bir oranı aşan yabancı kurumları düzenleme kapsamına alması nedeniyle, bu açıdan eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme niteliğindedir. Nitekim KVK'nın gerekçesinde; KEYK düzenlemesinin "*ticari ve sınai mahiyette olmayan, yatırımlarını yurt dışında düşük vergi oranlı ülkelere yönlendiren mükellefler ile Türkiye'de yatırım yapan mükellefler arasındaki vergi eşitsizliğinin giderilmesi*" gerekçesiyle ihdas edildiği belirtilmiştir.

Türkiye'de mukim tam mükellef gerçek kişi ve kurumların tamamı, kontrol araçlarına sahiplik oranlarına veya aralarında ilişkiye veya en azından bir işbirliği olup olmadığına bakılmaksızın, yabancı kurumdaki kar payları üzerinden KEYK düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulmaktadır. Yabancı kurumda hissedar olan gerçek ve tüzel kişiler arasında ayırım yapılmaması açısından düzenleme, eşitlik ilkesine uygun bir düzenlemedir.

KEYK düzenlemesi, yabancı kurumda hissedar olan gerçek ve tüzel kişiler arasında ayırım yapmaması açısından eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme olarak kabul edilse de, yabancı kurumda kontrol araçlarına yüksek oranda sahip olan ve fiilen yabancı kurumu kontrol eden mukim mükellefler ile düşük oranda sahip olan ve kontrol etme olasılığı bulunmayan mükelleflerin durumlarının, mali güç açısından karşılaştırılabilir durum olarak kabul edilmesi mümkün olmadığından, her iki mükellef grubunun aynı düzenlemeye tabi tutulmasının eşitlik ilkesine uygun olduğu kabul edilemez . Çünkü KEYK'de yüksek oranda hisse sahibi olan, dolayısıyla yüksek oranda kontrol unsuruna sahip olan tam mükellef hissedarların yabancı kurumun yönetim kararları üzerinde sahip oldukları gücün, kar dağıtım politikasında etkili olması nedeniyle, bu hissedarların, KEYK'de düşük oranda hisse sahibi olan, dolayısıyla düşük oranda kontrol unsuruna sahip olan tam mükellef hissedarlar ile mali güç göstergesi temelinde eşit durumda oldukları kabul edilemez. Bu nedenle, yabancı

kurumu ayrı ayrı/birbirinden bağımsız olarak kontrol etmesi mümkün olmayan düşük oranda hisse sahibi olan mukim mükelleflerin, aralarında ilişki/işbirliği olup olmadığı ve birlikte hareket edip etmediğinin belirlenmesi ve vergiye tabi tutulacak mükelleflerin buna göre tespit edilmesi de, vergilendirmede eşitlik ilkesinin bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ülkemiz KEYK düzenlemesi, bu yönde herhangi bir hüküm içermediğinden, bu açıdan eşitlik ilkesine aykırı bir düzenleme olduğu söylenebilir.

2. Verginin Yasallığı İlkesi Açısından

Özellikle anayasal gelişmelerde önemli bir yeri olan kanunsuz vergi olmaz (temsilsiz vergi olmaz/vergilerin kanuniliği) ilkesi, vergi hukukunun olduğu kadar anayasa hukukunun da temel bir ilkesi olarak gerek temsili demokrasinin, gerek hukuk devleti ilkesinin gelişmesinde ve kurumsallaşmasında önemli bir işleve sahiptir⁵⁷² ve vergi adaletinin gerçekleşmesinde de önemli bir rol oynar⁵⁷³.

1982 Anayasa'sının 73 üncü maddesinin 3 üncü fıkrasında yer alan, "*vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır*" hükmü, her çeşit mali yükümün yasa ile konulmasını buyururken, keyfi ve takdiri uygulamayı önleyecek ilkelerin yasada yer alması gereğini öngörmüştür⁵⁷⁴. Yasa ile Bakanlar Kuruluna yetki verilmesi, bu ilkenin istisnasını oluşturur⁵⁷⁵ ve sınırları anayasa tarafından açık biçimde çizilmiş olan bu yetki devri anayasal sınırlar içinde kullanılırsa bir çelişki olduğundan söz edilemez⁵⁷⁶.

Verginin kanuniliği ilkesi, vergi kurumunun hukuksal yapısının temel koşulu olup, konusunun, matrahının, oranının, salınma biçiminin, alınma zamanının yönetim ve yükümlüler bakımından belirginliğine dayanır⁵⁷⁷. Bu da vergi kurumuna öngörülebilir olması anlamını yükler⁵⁷⁸ ve hukuki güvenlik ilkesi olarak adlandırılan bu ilke, hukuk devletinde herkesin bağlı olacağı kuralları önceden bilmesi, tutumunu ve davranışlarını buna göre güvenle

⁵⁷² Karakoç, s. 63.

⁵⁷³ Sonsuzoğlu, s. 52.

⁵⁷⁴ Selim Kaneti, **Vergi Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2. Bası, 1989, s. 36. (*Vergi Hukuku*)

⁵⁷⁵ Anayasa'nın 73/4 maddesinde, Bakanlar Kuruluna yetki verilmesinin esasları belirlenmiş olup madde hükmü şu şekildedir; "*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muafık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.*"

⁵⁷⁶ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 52.

⁵⁷⁷ Şehnaz Gerek ve Ali Rıza Aydın, **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., 2005, s. 132.

⁵⁷⁸ Güneş, s. 15.

belirleyebilmesini ifade eder⁵⁷⁹. Yasa bu öğelerden hiçbirini idarenin yetkisine bırakamaz ve vergi yasanın koyduğu ilke ve kurallara göre alınır, dolayısıyla bir verginin yasa ile konulmuş sayılabilmesi için çerçevesinin yasa ile belirlenmesi zorunludur⁵⁸⁰ ve bunlar konu, matrah, oran, indirim, istisna, muafiyet, tarh, tahakkuk ve zamanaşımı gibi verginin kurucu öğeleridir⁵⁸¹. Bu kurucu unsurları içermeyen bir düzenleme, biçimsel anlamda vergi yasası adını taşısa da, maddi anlamda vergi yasası olarak nitelendirilemeyecektir⁵⁸².

Anayasa Mahkemesi de birçok kararında Anayasa'da yasallık ilkesine ilişkin görüşünü aşağıdaki şekilde oluşturmaktadır⁵⁸³:

"...Vergilerin yasallığı ilkesi, vergi kurumunun hukuksal yapısının temel koşulu olup oranının, salınma biçiminin, alınma zamanının yönetim ve yükümlüler bakımından belirginliğine dayanır. Yükümlülere güven veren bu ilke, vergi yönteminde de kararlılık sağlamakta, herkesi eşit biçimde kapsamına alan bir yurttaşlık görevinin göstergesini oluşturmaktadır...."

Kanun koyma gücüne sahip olan organın vergilendirme yetkisini kullanması sonucu yasa ile ihdas edilmesi ve yasada düzenlemenin konusu, matrahı, oranı, indirim, istisna ve muafiyetleri, tarh ve tahakkuku gibi kurucu öğelerinin yer alması, başka bir ifadeyle çerçevesinin belirlenmiş olması ve keyfi ve takdiri uygulamayı önleyecek ilkelerin yasada yer alması şartıyla, KEYK düzenlemelerinin, "yasallık ilkesi"ne uygun olduğundan söz etmek mümkün olabilecektir.

KVK md.7'de hükme bağlanan KEYK düzenlemesi incelendiğinde, kurucu unsurların yasa ile belirlenmiş olduğu ve yasama yetkisinin, kanun koyma gücüne sahip olan organ tarafından kullanıldığı ve bir yasada yer alması gereken kurucu unsurlara sahip olduğu tespit edildiğinden, düzenleme Anayasa'nın 73 üncü maddesinin 3 üncü fıkrası hükmüne, dolayısıyla verginin yasallığı ve hukuki güvenlik ilkelerine uygundur.

⁵⁷⁹ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 45.

⁵⁸⁰ Kaneti, *Vergi Hukuku* s. 37.

⁵⁸¹ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 34; Saban, *Vergi Hukuku*, s. 51.

⁵⁸² Saban, *Vergi Hukuku*, s. 51.

⁵⁸³ Anayasa Mahkemesi Kararı 07.11.1989, E. 1989/6, K.1989/42, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-42.htm>, (22.10.2008).

3. Mali Güce Göre Vergilendirme İlkesi Açısından

Anayasa'nın 73 üncü maddesinin 1 inci fıkrasında; "*Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür*" hükmü, 2 inci fıkrasında ise "*Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır*" hükmü yer almaktadır. Ülkemizde mali güce göre vergilendirme ilkesinin anayasal bir ilke olarak kabulü sosyal hukuk devleti anlayışının benimsenmesine paralel olmuştur⁵⁸⁴. 1961 Anayasası'nın 61 inci maddesiyle hukukumuzda yerini alan mali güce göre vergi ödeme yükümlülüğü, 1982 Anayasa'sının 73 üncü maddesiyle de benimsenmiş olup, böylece anayasal ilke niteliği alan kavram, kişi ve kuruluşların ekonomik durumlarına göre vergiye bağlı tutulmalarını anlatmaktadır⁵⁸⁵.

Maddede yer alan "*mali güç*"⁵⁸⁶, vergi ödeyebilme gücünü⁵⁸⁷, "*mali güce göre vergilendirme ilkesi*"⁵⁸⁸ ise mali gücü fazla olanın mali gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini, ifade eder⁵⁸⁹. Başka bir ifadeyle sosyal bir hukuk devleti olan Türkiye Cumhuriyeti'nin, sosyal devlet yönünün ilgilendiği⁵⁹⁰ mali güce göre vergilendirme, kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarının göz önüne alınarak vergilendirilmesi⁵⁹¹ ile ilgilidir ve maddenin ikinci fıkrasında yer alan ve "*verginin adaletli ve dengeli dağılımı ilkesi*"⁵⁹²ni ifade eden hüküm ile birlikte, vergi yükünün adaletli ve dengeli bir şekilde dağılımını da gerçekleştirir⁵⁹². Dolayısıyla "*herkesin malî gücüne göre vergi ödemesi*" ilkesi vergide adalet ve eşitlik ilkelerini de içermekte ve sosyal devlet anlayışına da uygun düşmektedir⁵⁹³.

⁵⁸⁴ Sonsuzoğlu, s. 114.

⁵⁸⁵ Anayasa Mahkemesi Kararı 07.11.1989, E. 1989/6, K.1989/12 (Gerek ve Aydın, s. 49).

⁵⁸⁶ Mali güç-ödeme gücü kavramları, 1961 Anayasası'nın Temsilciler Meclisi'nde görüşülmesi esnasında tartışılmış olup, görüşmeler sonunda oylanarak, daha geniş kapsamlı olması gerekçesiyle mali güç kavramı benimsenmiştir. Aynı şekilde, 1982 Anayasası'nın Danışma Meclisi'ndeki görüşmeleri sonrasında da mali güç kavramı benimsenmiştir, ayrıntılı bilgi için bkz. Sonsuzoğlu, s. 8.

⁵⁸⁷ Sonsuzoğlu, s. 116.

⁵⁸⁸ Saban, mali güç'ün bağımsız bir kavram olmadığını –ilke olmadığını-, kendi başına okunmasının mümkün olmadığını, eşitlik ile, sosyal devlet ile, demokratik devlet ile ve laiklik ile okunabileceğini ama bağımsız bir ilke olarak okunamayacağını, farklılığı ortaya koyan anayasal bir ölçüt olduğunu ifade etmektedir, Saban, *Vergi Hukuku*, s. 59; Anayasa Mahkemesi Kararı 13.07.1995, E. 1994/85, K.1995/32; Budak, s. 62.

⁵⁸⁹ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s.33; İngilizce'de "*ability to pay principle*" olarak ifade edilmektedir, bkz., Linda Favi, "National Report Italy", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), *CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law* içinde (349-390), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 362.

⁵⁹⁰ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 52.

⁵⁹¹ Çağan, s.192.

⁵⁹² Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 52; Anayasa Mahkemesi Kararı, 13.07.1995, E. 1994/85, K.1995/32, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1995/K1995-32.htm>, (20.01.2008).

⁵⁹³ Anayasa Mahkemesi Kararı, 13.07.1995, E. 1994/85, K.1995/32, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1995/K1995-32.htm>, (20.01.2008).

Ayrıca mali güç ölçütü, Anayasa'nın 73/1 inci maddesi uyarınca, bir vergi yasasında yer alması gereken bir durum olarak, verginin yasallığı ilkesini, ağır vergiyi önleme açısından yönlendirmektedir⁵⁹⁴.

Mali güce göre vergilendirme ilkesinin uygulanmasında mali gücün ölçümünde kullanılan olgulardan başlıcaları; gelir, varlık, zenginleşme ve harcamalardır⁵⁹⁵ ve mali güç, kişinin sahip olduğu para ve serveti içerir⁵⁹⁶, mali güç arttıkça vergi yükünün de artması gerekir⁵⁹⁷. Vergilendirme mülkiyet hakkına müdahale olduğundan, bu hakka müdahalenin sınırının ne olacağı konusu önem arz etmekte olup, Anayasa'nın vergilendirme ile ilgili olarak verdiği tek ölçüt *mali güçtür*⁵⁹⁸. Bu ölçü, vergi yoluyla mülkiyet hakkına müdahalenin minimum sınırlama alanını verir ve AY 13'te ifadesini bulan ölçülülük ilkesinin uygulama aracıdır⁵⁹⁹. Bu nedenle mali güç arttıkça, vergi yükünün artması, ağırlaşması yoluyla sınırlama oranı artabilecektir, bu da ölçülülük ilkesinin bir sonucu olmaktadır.

Anayasa'da belirtilmekle birlikte, mali gücün tanımının yapılmaması ve hangi göstergelere göre belirleneceğinin hükme bağlanmamış olması nedeniyle, mali güce göre vergilendirme ilkesinin değeri konusunda tereddütler oluşmuştur⁶⁰⁰ ve vergide yasallık, eşitlik ve genellik gibi kimi anayasal ilkelerle birlikte, Devletin vergilendirme yetkisinin sınırlandırılması olarak da nitelendirilmektedir⁶⁰¹. Ayrıca, mali güce göre vergilendirme ilkesinin tek tek vergilerin yanında, vergi sisteminin bütünü bakımından da değerlendirilmesi ve sisteme buna uygun olarak yön verilmesi gerekmektedir.⁶⁰²

Anayasa Mahkemesi 11.12.1996 tarihli kararında; mali güce göre vergilendirme ilkesine ilişkin görüşünü aşağıdaki şekilde ifadelendirmiştir⁶⁰³:

"...Malî güce göre vergilendirme ise, verginin, yükümlülerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, malî gücü fazla olanın, az

⁵⁹⁴ Güneş, s. 98.

⁵⁹⁵ Çağan, s. 33; Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 53,

⁵⁹⁶ Yılmaz Aliefendioğlu, "Vergilendirme Yetkisi ve 1980 sonrası Türk Vergi Politikası", **Vergi Dünyası**, Sayı. 33 (Mayıs 1984), s.5.

⁵⁹⁷ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 33; Güneş, s. 98.

⁵⁹⁸ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 57; Ateş, *Eşitlik*, s. 119; Budak, s. 59–70; Anayasa Mahkemesi Kararı 07.11.1989, E. 1989/6, K.1989/42, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1989/K1989-42.htm> , (22.10.2008).

⁵⁹⁹ Billur Yaltı ve Selçuk Özgenc, **Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı**, 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ekim 2007, s. 82.

⁶⁰⁰ Çağan, s. 198–199.

⁶⁰¹ Gerek ve Aydın, s. 51; Anayasa Mahkemesi Kararı, E.92/29, Gerek ve Aydın, s. 51.

⁶⁰² Çağan, s. 195.

⁶⁰³ Anayasa Mahkemesi Kararı 11.12.1996, E. 1996/49, K.1996/46, <http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/KARARLAR/IPTALITIRAZ/K1996/K1996-46.htm> .

olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirtir. "Malî güç", Anayasa'da tanımlanmamakla birlikte, genellikle "ödeme gücü" anlamında kullanılmaktadır. Kamu maliyesi yönünden gelir, servet ve harcamalar malî gücün göstergesidir."

Sonuç olarak, mali güce göre vergi ödeme yükümlülüğü, kişi ve kuruluşların ekonomik durumlarına göre vergiye tabi tutulmalarını anlatır, bu ilkenin uygulanmasıyla, mali gücün bilimsel göstergeleri olarak kabul edilen gelir, sermaye ve harcamalar gözetilerek, vergi yükünün dengeli ve adaletli dağılımı sağlanır⁶⁰⁴ ve ayrıca bu ilke bize mükelleflerin vergi yükümlülüklerinin belirlenmesi ile ilgili bir ölçüt, bir orantı verir. Mali güce göre vergilendirmenin ölçüsü ve kapsamının belirlenmesi konusunda Parlamento'nun sahip olduğu geniş takdir yetkisi⁶⁰⁵ de, yükümlülerin kişisel (ekonomik) durumunun göz önünde bulundurulduğu bir sisteme bağlı olarak kullanılmalıdır⁶⁰⁶.

KEYK düzenlemesi, kötüye kullanmanın ve mükelleflerce düşük vergili ülkelerde gerçekleştiren yatırımlar açısından "*gerçek*"⁶⁰⁷ mali gücün yakalanmasını amaçlayan bir düzenlemedir. Mükelleflerce KEYK'lere kaydırılan yatırımlardan elde edilen (düzenleme kapsamında atfedilen) gelir, ekonomik olarak hissedarların tasarrufunda olan, özel yapıda bir kar payı niteliğinde olması nedeniyle aslında hissedarların/mükelleflerin mali güçlerini, dolayısıyla vergi ödeme gücünü artıran bir gelirdir. Bu nedenle bu türden gelirleri yurt dışındaki şirket bünyesinde tutmakla, ödenmesi gereken vergi yükünün azaltılması hedeflendiğinden, KEYK rejimi bu türden gelirler için olması gereken vergi yükünü gerçekleştirmektedir.

KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi hedeflenen gelirin, düşük vergili ülkelerde ve asıl olarak vergisel amaçlarla yapılan yatırımlardan elde edilen ve mukim olunan ülkeye transfer edilmeyen pasif karakterli, vergiden kaçınma veya vergi ertelemesi sağlamak üzere mukim olunan ülkeye transfer edilmeyen gelirleri hedeflediği dikkate alındığında, vergilemenin hissedarların/mükelleflerin, ekonomik ve kişisel durumlarına, yani artan ödeme güçlerine göre yapıldığı, dolayısıyla da düzenlemenin, Anayasa'nın mali güce göre vergilendirme ilkesine uygun olduğu tespit edilecektir.

⁶⁰⁴ Yaltı, *Vergi Adaleti*, s. 93.

⁶⁰⁵ Çağan, s. 200.

⁶⁰⁶ Yaltı, *Vergi Adaleti*, s. 94.

⁶⁰⁷ Anayasa Mahkemesi Kararı 17.10.1972, 16/49, AYMKD, s. 10, s. 529, 539 (Yaltı, *Vergi Adaleti*, s. 92).

II- GİRİŞİM ÖZGÜRLÜĞÜ AÇISINDAN

Çalışma hakkı ve özgürlüğü, Anayasanın 48. maddesinde negatif bir özgürlük olarak, 49. maddesinde⁶⁰⁸ pozitif bir hak olarak düzenlenmiştir⁶⁰⁹. Buna göre işverenler diledikleri alanda girişimde ve faaliyette bulunabilme ya da dilerse kapatabilme, işyeri açma, açtığı işyerini değiştirebilme ya da dilerse kapatabilme, istediği kişi ile de iş sözleşmesi yapabilme ya da sözleşmeyi sona erdirebilme özgürlüğüne sahiptirler⁶¹⁰.

Girişim, öncelikle kuruluş özgürlüğünü, kişinin tercihiyle göre teşebbüs kurabilmesini ve dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ifade eder. Girişim özgürlüğü, her gerçek ya da tüzel kişinin dilediği iktisadi faaliyeti yürütebilmesidir ve herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüklerine sahip olmasının sonucudur⁶¹¹. "*Girişim hakkı*, iktisadi özgürlüklerdendir⁶¹².

Bu özgürlüğün, ülkenin egemenlik alanı ile sınırlı olup olmadığının da tartışılması gerekir. Kişilerin, yurt içinde olduğu gibi yurt dışında da serbestçe yatırım yapma ve faaliyette bulunma özgürlüğüne sahip olması ve bu gibi girişimlerin de bu özgürlüğün kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerekir.

Anayasa'nın 13. maddesinde, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı hükmü yer almaktadır.

Buna göre, bireylere yükümlülük getiren işlemlerin, yalnızca yasal bir temele dayandırılması yeterli olmamakta, bireysel hakların da mümkün olduğu kadar korunması

⁶⁰⁸ Çalışma ve sözleşme hürriyeti

MADDE 48. – Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.

Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.

Çalışma hakkı ve ödevi

MADDE 49. – Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır.

⁶⁰⁹ Bülent Algan, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Ankara: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Haziran 2007, s. 261.

⁶¹⁰ Zehra Gönül Balkır, "Çalışma ve Sosyal Güvenlik Hakları", içinde: Korkut Tankuter (Ed.), **İnsan Hakları**, İstanbul: YKY Yayınları, 2000, s. 237.

⁶¹¹ İbrahim Ö.Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku**, 4. Baskı, İstanbul: Afa Yayıncılık A.Ş., Nisan 1998, s. 260. (*Özgürlük*)

⁶¹² Erdoğan, s. 216.

gerekmektedir⁶¹³. Yabancı ülkelerde vergiden kaçınma amacıyla yapılan yatırımların dağıtılmamış kazançlarının mukim ortaklar elinde vergilendirilmesi temeline dayanan KEYK düzenlemeleri, girişim özgürlüğünü sınırlandıran/kısıtlayan veya kullanılmaz hale getiren bir düzenleme midir?

Anayasanın 13. maddesi, bir hakkın maksimum sınırlama alanını, yani daha fazla sınırlamanın mümkün olmadığı noktayı "*hakkın özüne dokunmama*" ölçütüyle belirler ve hakkın kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale koyucu veya ciddi surette güçleştirici ve amacına ulaşmayı önleyici ve etkisini ortadan kaldırıci nitelikteki sınırlama hakkın özüne dokunur. AY.13, bu çekirdek alan öncesindeki minimum sınırlama alanının, yani sınırlamanın en son nereye varabileceğinden önce, sınırlama amacına ne ölçüde sınırlama ile ulaşılabileceğinin ölçütünü de vermiştir: Ölçülülük⁶¹⁴.

Anayasa Mahkemesi ölçülülük testini şu şekilde ifadelendirmektedir⁶¹⁵: "*Amaç ve araç arasında makul bir ilişkinin bulunmasını, diğer bir deyişle yapılan sınırlamayla sağladığı yarar arasında hakkaniyete uygun bir dengenin bulunması gereğini ifade eden ölçülülük ilkesinin, sınırlayıcı önlem ile sınırlama amacı arasındaki ilişkinin denetiminde, yasal önlemin sınırlama amacına ulaşmaya elverişli olup olmadığını saptamaya yönelik "elverişlilik", sınırlayıcı önlemin sınırlama amacına ulaşma ve demokratik toplum düzeni bakımından zorunlu olup olmadığını arayan "zorunluluk", ayrıca amaç ve aracın ölçüsüz bir oranı kapsayıp kapsamadığını, bu yolla ölçüsüz bir yükümlülük getirip getirmediğini belirleyen "oranlılık" ilkeleri olmak üzere üç alt ilkesi bulunmaktadır.*"

Buna göre temel hak ve hürriyetler sınırsız değildir, ancak sınırlandırmanın gerekliliği kabul edilip sınırlandırılacaksa, temel haklara müdahalelerde kullanılan araçların, elverişli, oranlı ve ölçülü olması gerekir⁶¹⁶.

AB hukukuna bakıldığında, AB Anlaşması ve AB içtihat hukukunun bazı durumlarda, temel özgürlükleri kısıtlayan ulusal düzenlemelerin uygulanmasına (istisna) izin verdiği görülmektedir. Kısıtlayıcı düzenlemeler AAD tarafından "*haklı neden (Rule of Reason test)*"

⁶¹³ Metin Yüksel, **Ölçülülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi**, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., 2002, s. 20.

⁶¹⁴ Billur Yaltı, "Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35", Ertuğrul Akçaoğlu ve nci Solak Akman (Ed.) **Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan c.1.** içinde (507-536), Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları Yayın No. 243, 2009, s. 521.

⁶¹⁵ Anayasa Mahkemesi, E.2007/4, K.2007/81, 18.10.2007, RG. 8.12.2007, No. 26724 (Yaltı, *Sorumluluk*, s. 523).

⁶¹⁶ Metin, s. 21.

testine tabi tutulmakta ve temel özgürlüklerin uygulanmasını kısıtlamaya veya daha az lehte olmasına neden olabilecek, (yani kısıtlayıcı veya dolaylı ayırmacı nitelik taşıyan) ulusal düzenlemelerin mutlaka "*haklı neden (Rule of Reason test)*" testinin bir parçası olarak kabul edilen ölçülülük testini geçmesi gerekmektedir⁶¹⁷.

Genel ilke olarak kabul görmüş olan ölçülülük ilkesi iki temel bileşene sahiptir. Buna göre ulusal düzenlemelerde yer alan önlemler⁶¹⁸;

- a) Hedeflenen amaca ulaşmayı garanti altına almaya uygun olmalıdır,
- b) Hedeflenen amaca ulaşmada, temel özgürlükleri gerekenden daha fazla sınırlandırmamalıdır.

Gerek Anayasa Mahkemesi, gerekse AAD'nin temel hak ve özgürlükleri kısıtlayıcı nitelikteki düzenlemeleri okuyuş biçimleri ve kullandıkları kriterlerin aynı olduğu görülmektedir. Buna göre, KEYK düzenlemesinin, temel özgürlüklerden girişim özgürlüğünü kısıtlayan ya da kullanılmaz hale getiren bir düzenleme olarak kabul edilmemesi için, vergiden kaçınmanın önlenmesi amacını gerçekleştirmeyi garanti altına alacak çerçeveye sahip olması ve bu amaca ulaşmak için kullandığı araçların, kişilerin bu hakkı kullanımını gereğinden fazla zorlaştırmaması gerekmektedir. Bunun yöntemi de, KEYK düzenlemesinin, yabancı ülkelerde gerçekleştirdikleri yatırımların gerçek amacı vergiden kaçınma olan mükellefleri belirlemeye ve yalnızca bu mükellefleri vergilendirmeye yönelik unsurlar içermesidir.

§ 6. NİTELİKSEL TEMEL: HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞI AÇISINDAN KEYK MEVZUATI

I- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ DAYANAKLARI

1. Anayasa Hukukunda (AY, 14)

Hukuk düzeninde hakkın kötüye kullanılması yasağının dayanağını belirlemek bakımından Anayasa'nın "Temel Hak ve Hürriyetlerin Kötüye Kullanılmaması" başlığını taşıyan 14. madde ile başlamak gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması

⁶¹⁷ ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen; ECJ 09 March 1999, Case C-212/97, Centros, (Frenckell, s. 118).

⁶¹⁸ Frenckell, s. 118.

kuralı, 1961 Anayasası'nda, 1971 yılında yapılan bir değişlikle Anayasa hukukumuzda girmiş ve 1982 Anayasası ile de benimsenmiş bir kuraldır⁶¹⁹.

1982 Anayasası'nın 4709 sayılı Kanununun 3. maddesi ile 17.10.2001 tarihinden itibaren değiştirilen 14 üncü maddesinin metni aşığıdaki şekildedir;

"Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirini, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve lâik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz.

Anayasa hükümlerinden hiçbirini, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz.

Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir."

Öncelikle kavramlar üzerinde bazı belirlemeler yapmak gerekir. Temel hak ve özgürlükler, anayasal güvenceye bağlanmış insan hakları olup, "anayasal haklar" olarak nitelendirilebilmektedir⁶²⁰. Hak, daha çok bir taleple birlikte, bir hizmet ve edim isteme şeklinde belirlemekte, özgürlük ya da Anayasa'nın kullandığı deyimle hürriyet ise daha çok bir serbestlik ve bundan yararlanma anlamında kullanılmaktadır⁶²¹. Bir hakkın kötüye kullanılması ise, o hakkın anlamının tersine çevrilerek kullanılması anlamına gelir⁶²² ve kötüye kullanma kimi zaman bir hakkın amaç dışı kullanımı ile çakışır, hak ve özgürlükleri yok etme yasağını da kapsamına alır⁶²³.

⁶¹⁹ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 181.

⁶²⁰ Bülent Tanör ve Necmi Yüzbaşıoğlu, **Türk Anayasa Hukuku**, 7. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Ekim 2005, s. 117.

⁶²¹ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 117.

⁶²² Zafer Gören, **Anayasa Hukuku**, Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2006, s. 383.

⁶²³ Kaboğlu, s. 234.

14. maddede 2001 yılında yapılan değişiklik sonrasında⁶²⁴, maddenin birinci fıkrasında yer alan ve bütün temel hakların norm alanını belirli kullanım biçimleri bakımından daraltan genel bir yasaklama ve yaptırım, başka bir ifadeyle genel bir sınırlama kuralı varlığını sürdürmüş, ikinci fıkrasında ise hem devlete hem de kişilere Anayasal hükümlerle ilgili bir yorum yasağı getirilmiştir⁶²⁵. Bu değişiklikte, kötüye kullanma hallerinden sorumlu tutulmanın yalnızca kişiler olmadığı, aynı zamanda "*Devlet*"ın de sorumlu olduğu hüküm altına alınmıştır⁶²⁶. Gerekçede, maddenin 3. fıkrasında yapılan değişikliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesi ile uyum sağlamak amacıyla yapıldığı ve "*eylem ve yorum yoluyla hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmasının önlenmesinin amaçlandığı*" ifade edilmektedir⁶²⁷. Bir yorum kuralı niteliğinde olan bu fıkra, bir hak ve özgürlüğün Anayasa'da yer almış olmasının bunun taşıyıcısının temel hak ve özgürlüğü yok etme amacıyla faaliyette bulunmasına, bu faaliyetin meşru sayılmasına olanak vermemekte, ayrıca bu yorum kuralı ile Anayasa'nın temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanımı yasağını güçlendirmektedir⁶²⁸. Buna göre yasama organı, temel hakları, ilgili normların açıkça izin verdiğiinden daha fazla sınırlayabileceğini düşünür ve buna göre hareket ederse, 14. maddenin 2. fıkrasına aykırı davranmış ve böylelikle, "*kanunla düzenleme*" yetkisini kötüye kullanmış sayılacaktır⁶²⁹.

14. maddede 2001 yılında yapılan değişiklikler sonrasında "*kötüye kullanma*" halleri azaltılmıştır⁶³⁰. Bunun sonucunda "*kötüye kullanma*"nın "*faaliyetler*" biçiminde ortaya çıkmasının öngörülmesiyle, "*kötüye kullanma*"nın var olup olmadığının tespiti için kişinin yaptığı faaliyetlerin yaratacağı veya yarattığı fiili sonuçlara değil, fakat onun güttüğü amaca bakılarak, bir temel hak kullanımı hiç kimseye fiilen bir zarar vermemiş olsa bile, hak sahibinin bu maddede sayılan yasak amaçlarından birini güttüğü varsayılarak cezalandırılması mümkün hale gelmiştir⁶³¹.

⁶²⁴ 1982 Anayasası'nın 14 üncü maddesinin yapısının, 2001 yılında yapılan değişiklikler ile önemli ölçüde değiştirildiği kabul edilmektedir. Ancak, Anayasa'nın 14 üncü maddesinin ne eski şeklinin ne de yeni şeklinin hukuk âleminde doğurduğu bir sonuç olmadığı, bunun açıkça belirtilmesinin bile abesle iştigal olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır, Bkz., Kemal Gözler, **Anayasa Hukuku Dersleri**, 4. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, Şubat 2007, s.134; Anayasa'nın otoriteye ağırlık veren özgürlükleri gerileten ruhunu dönüştürmeye yetmediği, üstelik Anayasa'nın Başlangıç hükümleri ile çelişkiler oluşturduğu da ifade edilmektedir, Sevtap Yokus, **Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı**, Ankara: Yetkin Yayınları, 2002, s. 167.

⁶²⁵ Erdoğan, s. 201.

⁶²⁶ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 130.

⁶²⁷ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 182.

⁶²⁸ Gören, s. 383.

⁶²⁹ Erdoğan, s. 201.

⁶³⁰ Tanör ve Yüzbaşıoğlu, s. 130.

⁶³¹ Erdoğan, s. 200.

Diğer taraftan, Anayasa'nın kötüye kullanma nedeni olarak belirttiği durumlar, esas itibarıyla genel ve özel sınırlamalarla önlenilecek durumlardır⁶³². Bu nedenle, Anayasa'da yer alan temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılıp kullanılmadığını doğrudan saptama yoluna gitmeden önce, kötüye kullanıldığı ileri sürülen hak ya da özgürlüğe getirilen genel ve özel kısıtlamalar ile sorunu çözme olasılığının bulunup bulunmadığı araştırılmalı, bu yolla bir çözüme ulaşılmadığı takdirde, 14 üncü maddeye göre temel hak ve özgürlüğün kötüye kullanılıp kullanılmadığı araştırılmalıdır⁶³³.

Dolayısıyla, bir hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin olarak yasalarda herhangi bir genel veya özel hükmün yer alması halinde, "*kötüye kullanma yasağı*"nın gereği, bu yasalarda yer alan hükümlere göre yerine getirilmekte ve bu durum, Anayasa'nın ilgili hükümlerine başvurulmasını gereksiz hale getirmektedir.

2. Özel Hukukta (MK, 2)

Türk Medeni Kanunu'nun⁶³⁴ (MK) "*B. Hukuki İlişkilerin Kapsamı*" bölümünün, "*I. Dürüst Davranma*" başlıklı 2. maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.

Bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması dürüstlük kuralları ile bağdaşmaz ve hak kötüye kullanılmış olur."

Hukuk kuralları kişilere çeşitli haklar tanırlar⁶³⁵. Ancak hak sahibi hakkını kullanmada tümüyle serbest değildir⁶³⁶. Kişiler bu hakları kanun dairesinde kullanmak zorundadırlar⁶³⁷. Hiçbir hukuk normu, insan ve toplum çıkarının ortak amacı dışında yorumlanmamalı, uygulanmamalıdır⁶³⁸. Yani, bütün haklar amacına uygun olarak kullanılmalıdır⁶³⁹. Hakkı iyi

⁶³² Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s. 181.

⁶³³ Gözübüyük, *Anayasa Hukuku*, s.182.

⁶³⁴ 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren 4721 sayılı Kanun.

⁶³⁵ Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Medeni Hukuk**, 2. Bası, İstanbul: Doğan Kardeş Matbaası, 1956, s.78. (*Medeni Hukuk*)

⁶³⁶ M. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medeni Hukuk**, 14. Bası, İstanbul: Arkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., Kasım 2007, s. 194.

⁶³⁷ Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, s. 78.

⁶³⁸ Bülent Köprülü, **Medeni Hukuk**, 2. Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, Yayın No: 3253, 1984, s. 12.

⁶³⁹ Oğuzman ve Barlas, s. 194.

kullanmak, özellikle başkalarını zarara sokmak amacıyla kullanmamak lazımdır⁶⁴⁰. Bu nedenle haklar mutlak değil, sosyal gayelerine uygun olarak kullanılmalrı gerektiği için nispidirler⁶⁴¹.

Haklar yasalarla tanındığı gibi, hakları sınırlayan kurallar da hakkı tanıyan yasalarda yer alır⁶⁴². Ancak, bunların yanında, hakların kullanılmasını sınırlayan genel nitelikte kurallar da bulunmaktadır; bunlardan birisi hakkın kullanılmasında "dürüstlük" kuralına uyulması, diğeri ise "hakkın kötüye kullanılmaması" kuralıdır⁶⁴³. Genellikle "hak sahiplerinin haklarını kullanırken veya borçlarını yerine getirirken hukuka, genel ahlaka, örf ve adet kurallarına (bir hukuk kuralı durumuna gelen) ve doğruluk ilkelerine uygun davranmaları, hakların çevresinde bulunan hak sahiplerinde veya borç ilişkilerinin diğer tarafını teşkil eden kişilerde, varlığı mutad (olağan) olan ve güven duygusunu ihlal etmemeleri" olarak nitelendirilen⁶⁴⁴ "dürüstlük kuralı"nın uygulama alanı genişletilerek, sadece hukuki işlemlerden doğan hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde değil, kanundan doğan hakların kullanılmasında ve bunların ifasında da dikkate alınmaktadır⁶⁴⁵.

Haklar, kanunun ruhuna uygun kullanıldıkları takdirde iyiye, bu ruha aykırı kullanıldıkları takdirde kötüye kullanılmış olurlar⁶⁴⁶. Hakkın kötüye kullanılması, kanunun harfi harfine uygulanmasının adalete aykırı sonuçlar yarattığı hallerde kanunu düzelten bir araç görevi yapmaktadır ve bir hakkın kullanılması şekli olarak kanun hükümlerine uygun bulunsa bile hukukun koruması dışında kalabilir⁶⁴⁷. Başka bir ifadeyle, "hukuk kaidelerine mutlak suretle uygun olmak mefhumu ile adil olmak mefhumu her zaman aynı değildir; bazen bunlar birbirine zıt olabilir, bu çerçevede, haklar adalete ve içtimai gayesine uygun olarak kullanılmazlarsa, bu durum hakların kötüye kullanılması sonucunu doğurur"⁶⁴⁸. Hak kavramını, hukukun tanıdığı yetki olarak aldığımızda, hukukun müsaade ettiği yetkilerin tamamı, hak sahibi tarafından sınırsız olarak kullanılabilirken "başkalarına zarar vermeme", "faydasız yere kullanmama" gibi sınırlar, hukukun tanıdığı yetkiyi hak sahibinin kullanması açısından sınırlamıştır⁶⁴⁹. Dürüstlük kuralı, bir hakkın toplumsal ve ekonomik özünü, görevini ve amacını güvenlik ve sosyal adalet sınırları içerisinde olmak üzere tayin etmekte, hakkın

⁶⁴⁰ Zahit İmre, **Medeni Hukuka Giriş**, Üçüncü Bası, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, Yayın No: 2718, 1980, s. 302.

⁶⁴¹ İmre, s. 303; Sarper Süzek, **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**, Ankara: Kazancı Yayınları, Bilimsel Dizi:3, 1976, s.69.

⁶⁴² Şeref Gözübüyük, **Hukuka Giriş ve Hukukun Genel Kavramları**, 4. Bası, Ankara: S Yayınları, 1983, s. 155. (*Hukuka Giriş*)

⁶⁴³ Gözübüyük, *Hukuka Giriş*, s. 155.

⁶⁴⁴ Köprülü, s. 135; Saban, *Vergi Hukuku*, s. 69.

⁶⁴⁵ Şener Akyol, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, 2. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 6.

⁶⁴⁶ Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, s. 78.

⁶⁴⁷ Süzek, s. 70.

⁶⁴⁸ Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, s. 78.

⁶⁴⁹ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 72; Köprülü, s. 16.

kötüye kullanılması yasağı (kuralı) ise uygulama yönünden, bunlara aykırı olan davranışları izlemekte ve bunları korumamaktadır⁶⁵⁰.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı hakkındaki kuralın uygulanma alanı çok geniştir⁶⁵¹ ve bütün haklar için⁶⁵² söz konusu olabilir, ayrıca, bir hakkın kötüye kullanılması için zararın veya zarar tehlikesinin bulunması şart değildir⁶⁵³. Gerçekte hakkın kötüye kullanılması yasağı, sadece hakkın kullanılmasını sınırlamaz, ilgili olduğu hakkın doğrudan içeriğini o belirler⁶⁵⁴.

Medeni Kanunun 2 nci maddesinde yer alan "*Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" hükmü gereğince, Medeni Kanun kapsamına giren hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımı, kötüye kullanılan hakka dayanan taleplerin ve savunmaların dikkate alınmaması şeklinde gerçekleşir ve bir hakkın kötüye kullanıldığının tespiti halinde, bunun müeyyidesi; hakkın kötüye kullanılmasının doğuracağı zararın önlenmesi, zarar verici durumun giderilmesi ya da tazminat veya ceza şeklinde olabileceği gibi⁶⁵⁵, duruma göre her ikisi de uygulanabilir⁶⁵⁶.

Hakkın kötüye kullanılmasının çeşitli alanlarla bağlantılı türev kötüye kullanma yasakları bulunmakta olup, bu konuya somut örnek olarak, yasaların kötüye kullanılması ve çeşitli hukuksal biçimlerin kötüye kullanılmasını verebiliriz⁶⁵⁷. Bir emredici hükmün amacına aykırı bir sonuca varmak için kanunun başka hükümlerinden yararlanma olarak tanımlanan kanuna karşı hilenin de, kanunun sözü geçen hükümlerinden yararlanma hakkının kötüye kullanılması olarak nitelendirilmesi gerekir⁶⁵⁸.

Kanunun emredici bir hükmünden kaçınmak için, kanunun diğer bir kuralına dayanılarak yapılan bir hukuki muamele veya sözleşme ile bir hak kazanmak kanuna karşı hile olarak tanımlanmaktadır⁶⁵⁹. Başka bir ifadeyle, kanuna karşı hile **kanuna uygun bir davranışla kanunun yasakladığı bir sonucu elde etmek** amacı gütmeye denir ve

⁶⁵⁰ Köprülü, s. 145.

⁶⁵¹ İmre, s. 306.

⁶⁵² Bu konuda doktrinde farklı görüşler de yer almaktadır. Velidedeoğlu'nun bu konudaki görüşü şu şekildedir; "*Hakkın kötüye kullanılması kuralında dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta da kuralın, hukukun her alanında ve her olayda mutlak olarak uygulanmasının mümkün olmadığıdır.*" Velidedeoğlu, *Medeni Hukuk*, s. 78.

⁶⁵³ Oğuzman ve Barlas, s. 195.

⁶⁵⁴ Akyol, s. 7.

⁶⁵⁵ Oğuzman ve Barlas, s. 207.

⁶⁵⁶ Erdoğan, s. 199.

⁶⁵⁷ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 72.

⁶⁵⁸ Oğuzman ve Barlas, s. 211; Bu konuda öğretilerde farklı görüşler bulunmaktadır. Akyol'un bu konudaki görüşü; "*kanuna karşı hile için hakkın kötüye kullanılmasının bir çeşididir, akrabasıdır denilmişse de, bu iki hukuki müessese birbirinden farklıdır*" şeklindedir, Akyol, s. 15.

⁶⁵⁹ İmre, s. 310,

kanuna karşı hileye, kanunun koymuş olduğu yasakları aşmak için başvurur⁶⁶⁰. Taraflar kanunun geçerli saydığı hukuki işlemleri, kanuna aykırı sonuçlara varmak amacıyla gerçekleştirdikleri takdirde, kanuna karşı hileden bahsedilir⁶⁶¹. Dolayısıyla kanuna karşı hile durumunda kanunun bir hükmü dolanılmakta, amacından saptırılmakta, ondan başka bir hükmün yasakladığı sonuca, bir gayeye⁶⁶² ulaşılma istenmektedir⁶⁶³.

Kanuna karşı hilenin yaptırımı ise, hile ile amaçlanan kanuni korumadan yoksun olmaktır, çünkü elde edilen sonuç, bertaraf edilmek istenen hükmün amacının öngördüğü yasak çerçevesine girmektedir⁶⁶⁴. Dolayısıyla bir hakkın doğrudan ihlalinin yaptırımı ne ise kanuna karşı hile ile ihlalinin yaptırımı da odur⁶⁶⁵.

Ayrıca, Oğuzman ve Barlas, "*kanuna karşı hilenin önlenmesi*"ni, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulama alanı içerisinde saymakta⁶⁶⁶ ve Köprülü, Yargıtay'ın kanuna karşı hileyi, genellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı niteliğinde değerlendirdiğini⁶⁶⁷ belirtmektedir.

Diğer taraftan öğretide; kanuna karşı hilenin, hakkın kötüye kullanılması kavramına benzediği, ancak bu iki hukuki müessesenin birbirinden farklı olduğu yönünde görüşler de yer almaktadır⁶⁶⁸. Köprülü; kanuna karşı yapılan hileli davranışlarda, daima bir hakkın kötüye kullanılması durumuyla benzerlik bulunduğunu, fakat kanuna karşı hilede kanunun emredici bir kural ile yasakladığı bir amaca, sonuca başka yollar kullanılarak ulaşıldığını, oysaki kötüye kullanmada, hakkın sosyal ve ekonomik amacından saptırılmasının söz konusu olduğunu ifade etmektedir⁶⁶⁹. İmre de aynı yönde olmak üzere; kanuna karşı hile ile taraflarca, yasaklanmış bir gayeye ulaşılma istendiğini, bu türlü yasaklanmış sonuca ulaşma için kullanılan vasıtaların yasak, yapılmış olan muamelenin kanuna aykırı olduğunu ve bu sebeple hükümsüz olduğunu belirtmekte ve "*kanuna karşı hile sadece kanuna aykırı bir davranıştır; kanunun yorumu ve boşluklarının doldurulması hakkındaki esaslar, kanuna karşı hile durumunu ve usullerini ortaya çıkarır. Bu konuda, MK. Mad.2 ye başvurmaya lüzum yoktur.*" ifadesiyle

⁶⁶⁰ Akyol, s. 15.

⁶⁶¹ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 73.

⁶⁶² İmre, s. 310.

⁶⁶³ Akyol, s. 15.

⁶⁶⁴ Oğuzman ve Barlas, s. 207.

⁶⁶⁵ Oğuzman ve Barlas, s. 207.

⁶⁶⁶ Oğuzman ve Barlas, s. 210.

⁶⁶⁷ Köprülü, s. 153; YHGK., E. 967/6-2, K. 610, 04.11.1970 günlü, Ankara Baro Dergisi, 1971, Sayı. 2, s. 285, Köprülü, dpnt. 43, s. 153.

⁶⁶⁸ Köprülü, s. 152; İmre, s. 310; Akyol, s. 15.

⁶⁶⁹ Köprülü, dpnt. 43, s. 152.

kanuna karşı hile ile hakkın kötüye kullanılması kavramının birbirine benzediğini fakat aynı olmadığını⁶⁷⁰ belirtmekte⁶⁷¹, ayrıca kanuna karşı hileyi, "*hakkın kötüye kullanılması kuralının uygulanmayacağı haller*" arasında saymaktadır. Akyol da aynı gerekçelerle "*kanuna karşı hilenin hakkın kötüye kullanılmasının bir çeşidi, akrabası olduğu söylene de, bu iki müessesenin birbirinden farklı olduğu*"⁶⁷²nu ifade etmektedir⁶⁷³. Çünkü hakkın kötüye kullanılmasında mutlaka başkasının hakkına bir zarar verme hali mevcut olduğu halde, kanuna karşı hilede, kanunun yasakladığı bir amaca erişebilmek için onun diğer hükümlerinden istifade ederek kamu düzenine aykırı bir davranış bulunmaktadır⁶⁷³.

Söz konusu müesseselerin karşılaştırılabileceği bir diğer konu da; kanunda özel hükümlerin bulunması halidir. Birbirinden farklı nedenlerle olsa hakkın kötüye kullanılması durumunda da⁶⁷⁴ kanuna karşı hile durumunda da⁶⁷⁵, kanunda özel hükümlerin varlığı halinde, MK'nın 2. maddesine başvurulmasına gerek bulunmamaktadır. Kanuna karşı hile açısından uygulanmamasının nedeni, kanuna karşı hileye yönelik olarak kanun özel bir yaptırım öngördüğünde, artık yaptırımı öngören o kanun hükmünün ihlali söz konusu olmaktadır⁶⁷⁶.

Sonuç olarak, kanuna karşı hile, hakkın kötüye kullanımının bir türevidir ve hakkın kötüye kullanımı yasağı niteliğinde değerlendirilmektedir⁶⁷⁷.

Kanuna karşı hileye çok benzeyen⁶⁷⁸ bir diğer Borçlar Kanunu (BK) müessesesi de "*muvazaa*"⁶⁷⁹ dır. Muvazaa, tarafların yaptıkları bir akdin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki akitten başka bir akdin hükümlerini doğurması hususundaki anlaşmalardır⁶⁸⁰. Önen, tanımda kasıt unsuruna da yer vermektedir⁶⁸¹. Muvazaa, irade ile beyan arasında bilerek ve isteyerek yaratılan bir uyumsuzluk hali olduğundan ve sözleşme, irade ile beyan

⁶⁷⁰ Turgut Önen, **Borçlar Hukuku**, Ankara: Siyasal Kitabevi, Ekim 1996, s. 57.

⁶⁷¹ İmre, s. 310.

⁶⁷² Akyol, s. 15.

⁶⁷³ Önen, s. 57; yazar, bu nedenle kanuna karşı hilenin kanunen yasaklanmış olduğunu ve kanuna karşı hile ile sakatlanmış bir muamelenin BK'nın 19-20 maddeleri gereğince iptalinin mümkün olduğunu belirtmektedir, Önen, s. 57.

⁶⁷⁴ İmre, s. 311.

⁶⁷⁵ Oğuzman ve Barlas, s. 211.

⁶⁷⁶ Oğuzman ve Barlas, dpnt. 336, s. 207.

⁶⁷⁷ Oğuzman ve Barlas, dpnt. 336, s. 207.

⁶⁷⁸ Ali Bozer, **Borçlar Hukuku**, Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 2002, s. 56.

⁶⁷⁹ Yazında "*muvazaa*" yerine "*danışıklık*" kavramı, Bkz. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu ve Refet Özdemir, **Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1-2**, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1987, s. 42; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 4. Bası, Ankara: Turhan Kitabevi, 2004, s. 115; ve "*danışıklılık*" kavramı da kullanılmaktadır, Bkz., Safa Reisoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 17. Basım, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Mart 2005, s. 85.

⁶⁸⁰ Kemal Oğuzman ve M.Turgut Öz, **Borçlar Hukuku**, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005, s. 108; yazar, muvazaayı "*tarafların iradeleri ile beyanları arasındaki uyumsuzluk*" olarak ifade edenlerin bulunduğunu, fakat bu ifadenin, muvazaadaki anlaşma unsurunu belirtmediğini ifade etmektedir, dpnt.. 289; aynı yönde olmak üzere, Bkz., Önen, s. 52.

⁶⁸¹ Önen, s. 51.

arasında uyum gerektirdiğinden, muvazaalı sözleşme geçersiz bir sözleşmedir⁶⁸². Kanuna karşı hilede ise hukuk düzeninin yasak ettiği bir sonuca, başka bir kurala dayanmak suretiyle erişilmektedir⁶⁸³. Dolayısıyla sözleşme unsuru bulunmamaktadır. Diğer taraftan, kanuna karşı hilenin özel bir müeyyidesi bulunmamakta, BK'nın 19 ve 20. maddeleri kıyasen uygulanmaktadır⁶⁸⁴.

Sonuç olarak kanuna karşı hile ile muvazaa birbirine çok benzer müesseseler olsa da ayrı müesseselerdir ve muvazaa, kanuna karşı hilenin özel bir türü olan ve bir vergi hukuku müessesesi olan peçeleme ile de benzerlik göstermektedir⁶⁸⁵.

3. Vergi Hukukunda (VUK,3B)

a. Yasağın Öncülü: Vergiden Kaçınma

Uluslararası vergi hukukunda kullanılan ve İngilizce karşılığı "*tax avoidance*" olan "*vergiden kaçınma*" kavramı çok farklı şekillerde tanımlanmakta ve vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin sayısız kural, doktrin⁶⁸⁶ yer almaktadır⁶⁸⁷.

Genel olarak vergi kanunlarının boşluklarından, eksikliklerinden ve belirsizliklerinden yararlanmayı ve vergi yükümlülüğünü azaltmayı amaçlayan yapay girişimler olarak tanımlanan⁶⁸⁸ vergiden kaçınma, BM tarafından; "genellikle yasaların sözüne uygun, fakat özüne aykırı yollarla vergi yükümlülüğünün azaltılması veya ortadan kaldırılması" şeklinde⁶⁸⁹, OECD tarafından "*vergi yükümlülüğü seviyesinin, yasama organının belirli bir koşulda belirli bir gelirin katlanmasını öngördüğü vergi miktarının altına düşürme girişiminde bulunulması*"

⁶⁸² Kılıçoğlu, s. 117.

⁶⁸³ Bozer, s. 57.

⁶⁸⁴ Bozer, s. 57.

⁶⁸⁵ Bkz., § 6 Bölüm, I/3-b/bb-aaa kısım.

⁶⁸⁶ Victor Thuronyi, **Comparative Tax Law**, The Netherlands: Kluwer Law International, 2003, s. 295.

⁶⁸⁷ Maliye literatüründe ise vergiden kaçınma, farklı şekillerde tanımlanmaktadır; "*kanunların imkân verdiği yöntemler kullanılarak matrahın küçültülmesi veya yok edilmesi*", (Yazar "*vergiden kaçınma*", "*vergiden kanuni kaçınma*" ve "*kanun dışı yollarla vergi kaçırma*" kavramlarının bir üst başlığı olarak kullanılmaktadır) Özhan Uluatam, **Kamu Maliyesi**, 2. Baskı, Ankara: S Yayınları, 1983, s.212; "*vergi kanunlarının vergi borcunun doğumunu bağladıkları olaylarla bağıllık kurulmaması yani vergilendirme alanının dışında kalınması*", Recep Bıyık ve Aydın Kıratlı, **Vergi Teşvikleri ve Korumaları**, 3. Baskı, Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, Temmuz 2006, s. 58; "*vergiyi doğuran olayın gerçekleştirilmeyerek vergiden kaçınılması*", Yusuf Kıldıç, "Türk Vergi Sisteminde Vergiden Kaçınma", **Vergi Dünyası**, Sayı. 309 (Mayıs 2007), s. 445.

⁶⁸⁸ IBFD, *Glossary*, s. 24.

⁶⁸⁹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 288.

şeklinde anlaşılakta⁶⁹⁰, AAD tarafından ise "vergi kanununu dolanmak için kurulan tamamen yapay düzen" şeklinde tanımlamaktadır⁶⁹¹.

Vergiden kaçınma kavramına yakın bir diğer kavram olan vergi planlaması kavramı ise, vergi yükümlülüğünün azaltılması amacıyla⁶⁹² mükelleflerin işlerini, yasalara uygun olarak vergi sorumluluğunu/yükümlülüğünü azaltacak şekilde yönlendirmeleridir⁶⁹³. Mükellefler bu anlamda kar paylarını belli süre dağıtmayarak şirket bünyesinde tutmakta ve bu uygulama vergi planlaması olarak kabul edilmektedir. Vergi planlaması veya vergi erteleme olarak tanımlanan bu durum da belli durumlarda vergiden kaçınma olarak kabul edilebilmektedir⁶⁹⁴.

Ayrıca ulusal veya uluslararası vergi hukukunun kötüye kullanılmasına karşı özel bir kural ve/veya kanun bulunmadığı sürece, mükellefler ödemek zorunda oldukları vergiden kaçınmak için diledikleri formu veya ekonomik aktiviteyi seçmekte özgürdürler, dolayısıyla vergiden kaçınma mükellefin yasal hakkı olarak kabul görmektedir⁶⁹⁵. Ancak diğer taraftan, hukuk düzeninin tanıdığı düzenleme olanaklarının, hukuk düzeniyle çatışan biçimde, öngördükleri amaçlara aykırı, kötüye kullanımı hiçbir hukuk dalında himaye edilmez⁶⁹⁶.

Vergiden kaçınma kavramına çok yakın olan bir diğer kavram İngilizce karşılığı "tax evasion", Almanca karşılığı "tax fraud" olan "vergi kaçırma"dır. Fransızca "tax évasion" ise vergiden kaçınma anlamında kullanılmakta olup, vergi kaçırma "fraude fiscale"dir⁶⁹⁷. Uluslararası vergi hukukunda vergi kaçakçılığı, genellikle vergilendirilebilir gelir veya serveti vergi idaresinin bilgisi dışında bırakma veya vergi matrahının gizlenmesi amacıyla hileli işlemlere başvurma gibi yollarla vergi yasalarına açıkça aykırı davranmayı niteleyen bir terimdir⁶⁹⁸. Vergi kaçırma, bilerek veya bilmeyerek vergi kanunlarına aykırı hareketlerle verginin ödenmemesi, eksik ödenmesi veya zamanında ödenmemesi, geniş anlamıyla da vergiye karşı koyma olarak da tanımlanmaktadır⁶⁹⁹.

⁶⁹⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 288.

⁶⁹¹ Paulus Merks, "Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning", *Intertax*, Vol. 34, Issue 5 (2006), s. 279; "ICI" Davasında yapılan tanımlama, Case ICI. C-264/96, para. 26, Merks, s. 279.

⁶⁹² IBFD, *Glossary*, s. 303.

⁶⁹³ IBFD, *Glossary*, s. 24.

⁶⁹⁴ Semih Öz, "Kurumlar Vergisi Kanunu'na Göre Türkiye'de Kontrol Edilen Kurum Uygulaması", **TÜRMOB Sirküler Rapor Serisi**, Seri No: 2006-10, TÜRMOB Yayınları-209, Ankara, 2006, s. 7. (KEYK)

⁶⁹⁵ Georgios Matsos, "National Report Greece", Michael Lang ve diğerleri (Ed.) **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (281-302), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 183.

⁶⁹⁶ Mustafa Akkaya, **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**, Turhan Kitabevi, Ankara: 2002, s. 95.

⁶⁹⁷ Thuronyi, s. 155.

⁶⁹⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 288.

⁶⁹⁹ Bıyık ve Kıratlı, s. 58.

Vergiden kaçınma ve vergi kaçırma kavramlarının birbirinden ayrılmasının her zaman kolay olmayabileceği ifade edilmektedir⁷⁰⁰. Bunun nedenlerinden birisi, vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığı kavramlarının, farklı dillerde farklı anlamlarda kullanılmasıdır⁷⁰¹. OECD tarafından yapılan çalışmalarda, bazı ülkelerde "avoidance" ve "evasion" kavramlarının karşılığının farklı olmadığı, iki ayrı kavram yerine genel olarak "vergi kaçırma" kavramının kullanıldığı ve bu konunun dilbilgisiyle de ilgili olduğu tespit edilmiş olup, kavramların anlamının ülkeden ülkeye ve hatta aynı ülke içinde vergi idareleri, ekonomistler, akademik çevre ve gazeteciler arasında değişebildiği tespit edilmiştir⁷⁰². Fakat vergi kaçakçılığı ile vergiden kaçınma kavramları arasında, BM'nin de rağbet ettiği en kaba ayırım; vergi kaçakçılığının yasaya aykırı, vergiden kaçınmanın ise yasaya uygun olması ölçütüne göre yapılan ayırımdır⁷⁰³. Çeşitli devletlerin ulusal düzenlemelerine bakıldığında bu iki kavramın farklı tanımlandığının tespit edilmesi nedeniyle, OECD ve BM bu iki kavramı birbirinden ayırmak ve açıklığa kavuşturmak için vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma eylemlerine ilişkin listeler yayınlamışlardır⁷⁰⁴. Karların, düşük vergili ülkelerde kurulan yavru şirket veya şubelerde toplanmasına sağlayacak şekilde işlem yapılması, BM listesinde vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınma eylemi olarak, yabancı bir yatırımdan elde edilen gelirlerin çok düşük oranda vergi ödeyen veya hiç ödemeyen bir ara işletmede toplanması eylemi ise OECD'nin listesinde vergiden kaçınmaya ilişkin bir eylem olarak sayılmıştır⁷⁰⁵.

Buradaki problem alanı, vergi mükellefinin, vergiden kaçınma yoluyla ödemediği veya az ödediği verginin hangi sınırlar içerisinde yasal olduğudur⁷⁰⁶. Vergi mükelleflerinin yasalara uygun davranarak az vergi ödemeleri veya vergi ödememelerinin engellenmesi de söz konusu olamayacağına göre, mülkiyet hakkının kullanımının vergilendirme ilkelerinden eşitliğe (mali güç ölçüsünde) aykırılık teşkil etmesi halinde, mülkiyet hakkının kötüye kullanıldığından ya da bir başka deyişle *vergi yasalarının korumadığı belirli amaçlara yönelik davranışların varlığı hakkında kötüye kullanmadan*⁷⁰⁷ söz edilecektir⁷⁰⁸.

⁷⁰⁰ IBFD, *Glossary*, s. 24.

⁷⁰¹ Thuronyi, s. 155.

⁷⁰² Özge Günay, "OECD Yaklaşımı Çerçevesinde Vergi Kaçırma ve Vergiden Kaçınma", **Vergi Dünyası**, Sayı. 312 (Ağustos 2007), s. 86.

⁷⁰³ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 288–289.

⁷⁰⁴ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 290–291.

⁷⁰⁵ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 291.

⁷⁰⁶ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 67.

⁷⁰⁷ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 50.

⁷⁰⁸ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 71.

Vergiden kaçınma gerçekte eşitlik ilkesinin ihlal edilmesi sonrasında ortaya çıkar ki⁷⁰⁹, bu eşitlik hem dikey hem de yatay eşitliği içine alan herkesin mali gücüne göre vergi ödemesini ifade etmektedir. Vergiden kaçınma noktasında, vergi mükellefi eşitlik ilkesini ihlal etmekte ve vergi idaresine, vergiden kaçınma sonucunu yaratan işleminin göz ardı edilmesi ve mükellefin gerçek ödeme gücünün yeniden oluşturulması suretiyle dengenin yeniden temin edilmesine izin vermektedir⁷¹⁰.

b. Yasağın Dayanağı

aa. Karşılaştırmalı Hukukta

Birçok ülkede, kanunların kötüye kullanılması/kanunun dolanılması/ kanuna karşı hile (abuse of law) yoluyla vergiden kaçınmaya neden olan işlemleri cezalandırmaya yönelik çeşitli doktrinler geliştirilmiştir⁷¹¹. Bu doktrinlerden bazılarının yargı içtihatları ile geliştiği, bazılarının ise hukuki düzenlemeler ile oluştuğu, bazılarının doğrudan vergilendirme alanına özgü olduğu diğer birçoğunun ise daha geniş ve daha genel olduğu⁷¹², ayrıca söz konusu hukuki düzenlemelerin zaman zaman yargı içtihatları ile geliştirilen doktrinlerden etkilenmiş olduğu gözlemlenmektedir⁷¹³. Özellikle yargı tarafından geliştirilen doktrinlerde, common law ülkeleri ile civil law ülkelerinde, benzer "*kötüye kullanma*" işlemleri için farklı terimlerin kullanıldığı, ancak tespit yöntemlerinin ve uygulamalarının hemen hemen aynı olduğu, ayrıca yargı tarafından oluşturulan doktrinlerin bir kısmının ilk olarak özel hukuk alanında geliştirildiği ve daha sonra bu doktrinlerden bazı ülkeler hariç olmak üzere vergi hukuku alanında da yararlanıldığı tespit edilmektedir.

Hemen hemen tüm ülkelerin hukuk sistemlerinde yer alan "*suistimal önleyici düzenleme (anti-avoidance law)*" genel kavramı, şeklen ülkeden ülkeye farklılık göstermekte⁷¹⁴, birçok civil law ülkesinin yargı içtihatlarında veya pozitif hukuk sisteminde yer alan "*hakların kötüye kullanımı ilkesi*" (abuse of rights)⁷¹⁵, common law ülkelerinin pozitif

⁷⁰⁹ Bkz., § 5 Bölüm, I/1 kısım.

⁷¹⁰ Katerina Perrou, "*The Judicial Application of Anti-Avoidance Doctrines in Greece and its Impact on International Tax Law*", **International Tax Review**, Vol. 34, Issue 2 (01 February 2006), s. 102.

⁷¹¹ Perrou, s. 101.

⁷¹² Arnold, *CFC*, s. 107.

⁷¹³ ABD ve İngiltere dışında kalan common law ülkelerinde, yargı tarafından geliştirilen suistimal önleyici doktrinlerin yeterli görülmemesi ya da yargıların kanunları yorumlamada ve kötüye kullanmayı tespitte yaptıkları hatalar nedeniyle pozitif hukuk düzenlemeleri (GAAR statutory General Anti-Avoidance Rules) yapma zorunluluğu ortaya çıkmış, konu ABD ve İngiltere'de de tartışılmış, ancak söz konusu düzenlemelerin yargı tarafından oluşturulan doktrinlerin gelişmesine etkilerinin çok açık olarak tespit edilememesi nedeniyle herhangi bir düzenleme yapılmamıştır, Thuronyi, s. 185.

⁷¹⁴ Schön, *2002*, s. 496.

⁷¹⁵ Arnold, *CFC*, s. 108.

hukuk düzeninde yer almamaktadır⁷¹⁶. Hakkın kötüye kullanımının bir türevi olan kanuna karşı hile ve muvazaalı işlemler ise common law ülkeleri ile civil law ülkelerinde farklı terimlerle adlandırılmaktadır.

"Kanuna karşı hile" için, kıta Avrupası (civil law) ülkeleri ile birçok Latin Amerika ülkesinde genel olarak "abuse of law" terimi kullanılmakta iken⁷¹⁷, Anglo Sakson common law ülkelerinde büyük ölçüde eşdeğeri olan "özün şekle önceliği ilkesi (substance over form)" terimi kullanılmaktadır⁷¹⁸. Aynı şekilde muvazaa kavramı için civil law ülkelerinde "simulation", "fraus legis" terimleri kullanılırken, common law ülkelerinde "sham transaction" ve benzeri terimler kullanılmaktadır⁷¹⁹.

Diğer taraftan birçok ülke özel vergiden kaçınma girişimlerine önlem olmak üzere, kanuna karşı hile genel kavramını kullanırken, diğerleri pozitif vergi hukukunda özel düzenlemeler yapmakta, başka bir ifadeyle vergi hukuku alanında kötüye kullanma (tax abuse) ile ilgili olmak üzere bazı ülkeler "özün şekle önceliği ilkesi (substance over form)" veya "ekonomik yorum (economic interpretation)" gibi yazılı hukukun genel ilkelerini kullanırken, diğer ülkelerin pozitif vergi hukukları, vergiden kaçınmaya ilişkin genel hükümler içermektedir⁷²⁰.

aaa. Civil Law Ülkeleri

İlk olarak Fransa, Almanya, Hollanda ve İsviçre gibi civil law ülkelerini dikkate aldığımızda, genel anlamda hakların kötüye kullanımı (abuse of rights) doktrini, hukukun tüm alanlarını kapsayan bir kavramdır ve bu nedenle ülkeler arasında uygulama farklılıkları bulunmaktadır⁷²¹. Örneğin bu doktrinin vergi alanında uygulanması Belçika yargısı tarafından reddedilmekte, buna karşılık İsviçre yargısı tarafından uygulanmakta, Japonya ve İtalya'da çok sınırlı olarak uygulanmaktadır⁷²².

⁷¹⁶ Elspeth Reid, "The Doctrine of Abuse of Rights: Perspective from a Mixed Jurisdiction", **Electronic Journal of Comparative Law**, Vol. 8, No. 3 (October 2004), s. 13; Yazar, common law ülkelerinde bu ilkenin boşluğunun yargı tarafından doldurulduğunu belirtmekte ve yargı içtihatlarının hakların tanımlamalarını ve niteliklerini, içermesi halinde bu ilkenin pozitif hukukta yer almasının gereksiz olduğunu ifade etmektedir.

⁷¹⁷ IBFD, *Glossary*, s. 286.

⁷¹⁸ IBFD, *Glossary*, s.1.

⁷¹⁹ Thuronyi, 157-163.

⁷²⁰ Schön, 2002, s.496.

⁷²¹ Thuronyi, s. 158.

⁷²² Thuronyi, s. 158-159; Fransa, İsveç ve Almanya'da, doktrin pozitif hukuka dayalı bir vergiden kaçınma kuralı olarak uygulanmakta iken Fransa ve Almanya hukuk düzenlerinde ayrıca yargı tarafından geliştirilmiş kurallar da yer almaktadır, Thuronyi, s. 159.

Civil law ülkelerinde yargı tarafından geliştirilen ve bazı ülkelerde vergi alanında da kullanılmakta olan iki farklı suistimal önleyici doktrinden ilki muvaza (simulation), diğeri "*kanuna karşı hile (abuse of law)*"dir ve birçok civil law ülkesinde hakların kötüye kullanımı (abuse of rights), kanundan kaçınma (avoidance of the law) veya "*fraus legis doctrine*" olarak da adlandırılmaktadır⁷²³.

Ülkeler arasındaki terim farklılıkları incelendiğinde; Yunanistan hukukunda kanuna karşı hile terimi yerine kullanılan terim "*ekonomik gerçeklik (economic reality)*"dir⁷²⁴. Hollanda hukukunda ise "*abuse of law*" yerine doktrinin eşdeğeri olan "*fraus legis doctrine*" kullanılmaktadır⁷²⁵. İlk olarak özel hukuk alanında geliştirilen bu doktrinden birçok civil law ülkesinde, vergi hukuku alanında da yararlanılmaktadır⁷²⁶. Doktrin, kanunun ruhunun sözünden daha önemli olduğunu söylemektedir⁷²⁷. Vergi hukukunda pozitif hukuk düzenlemesi olarak yer almayan, ancak bir yorum yöntemi olarak yargı tarafından geliştirilen bu doktrin, AB Adalet Divanı tarafından⁷²⁸ da kullanılmaktadır.

Civil law ülkelerinde muvazaanın yerine kullanılmakta olan terim ise esas olarak bir özel hukuk terimi olan "*simulation*"dır ve vergi hukuku alanında da muvazaadan yararlanılmaktadır. Mükelleflerin vergi idaresine karşı ileri sürdükleri sözde işlemin gerçek hukuki görünümünün özel hukuk açısından oluşturulan hukuki görünümünden farklı olması halinde, vergilendirmenin işlemin gerçek hukuki durumuna bakılarak yapılması gerektiğini ifade etmektedir⁷²⁹.

Muvazaalı işlemlere ilişkin iki doktrin ile kanuna karşı hile doktrini kapsam olarak birbirinden farklı doktrinler olmasına rağmen, civil law ülkelerinde yargının, muvazaalı işlemlerin kanuna karşı hile doktrini tarafından kapsanacak şekilde geniş anlamda kullanılması eğiliminde olduğu görülmektedir⁷³⁰.

⁷²³ Thuronyi, s. 157–158.

⁷²⁴ Perrou, s. 103.

⁷²⁵ IBFD, *Glossary*, s. 139.

⁷²⁶ Thuronyi, s. 195.

⁷²⁷ Johann Müller, **The Netherlands in International Tax Planning**, Amsterdam: IBFD, 2005, s. 313; Doktrin, üç koşulun birlikte gerçekleşmesi halinde uygulanmaktadır; 1) Vergi mükellefinin söz konusu olan işlemleri gerçekleştirmesinin tek ya da en büyük amacının, Hollanda'da ödemek zorunda olduğu vergiyi önemli ölçüde azaltmak olması, 2) İşlemin, vergi tasarrufu sağlamak dışında vergi mükellefi için gerçek, pratik bir anlamının olmaması, 3) Amaçlanan hedefin gerçekleşmiş olması halinde, Hollanda vergi hukukunun amaç ve hedefinden kaçınmaya neden olunması, Müller, s. 313.

⁷²⁸ John McCarroll, "VAT and Fraus Legis Doctrine", *The Chartered Institute of Taxation Tax Advisers*, 2001, <http://www.tax.org.uk/showarticle.pl?id=381&n=379> (June 2001), s. 1, (21.03.2010).

⁷²⁹ Thuronyi, s. 157.

⁷³⁰ Thuronyi, s. 159.

bbb. Common Law Ülkeleri

Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, İrlanda, İsrail, Yeni Zelanda, Singapur, Güney Afrika ve İngiltere gibi Common law ülkelerinin hukuk düzenlerinde kanuna karşı hile ve muvazaa terimlerinin yerine yargı içtihatları ile geliştirilen doktrinler birbiri ile çakışmakta, net bir tanımları yapılamamakta ve kesin sınırlarla birbirinden ayrılması mümkün olamamaktadır⁷³¹. Ayrıca kullanılan terimlerde, ülkeler arasında farklılıklar bulunduğu tespit edilmektedir. Örneğin, İngiltere hukukunda özün şekle önceliği ilkesi kapsamında, kanuna karşı hile doktrininin eşdeğeri olarak yargı içtihatlarıyla (case law) geliştirilen bir ilke de "*fiscal nullity principle*"dır ve "*mali yokluk ilkesi*" olarak çevrilebilir.⁷³² Özün şekle önceliği ilkesinden türetilen ve amacı, işlemlerin gerçek karakteri ve yapısının belirlenmesi olan bu ilke, aynı zamanda ABD hukukunda yer alan "*ticari amaç testi (business purpose test)*"nin gelişmiş bir versiyonudur⁷³³. Fiscal nullity principle, vergiden kaçınma amacı dışında hiçbir ticari amacı olmayan bir işlemin veya bir işlemler dizisinin batıl kabul edilip, vergilendirme açısından göz ardı edilmesi ve elde edilen nihai sonuca, ilgili yazılı hukuk kurallarının uygulanacağını ifade eden bir ilkedir ve İngiltere'de ilk olarak 1981 yılında WT Ramsey LTD v IRC⁷³⁴ davasında ve sonra da 1984 yılında Furniss v Dawson⁷³⁵ davasında karara bağlanması nedeniyle⁷³⁶, "*Ramsey Principle*" ya da "*Furniss Principle*" olarak da adlandırılmaktadır. Ancak, "*kanuna karşı hile*" doktrini kapsamında geliştirilmiş olan bu ilkenin, vergi mevzuatında vergiden kaçınmayı önlemeye yönelik kurallar bulunan ülkelerde uygulanması mümkün değildir.

ABD hukukunda ise, kanuna karşı hilenin (abuse of law) yerine "*özün şekle önceliği*" ilkesi geçerlidir⁷³⁷. Sonuçta aynı noktaya ulaşılan ve iki veya daha fazla adımla (dolaylı yol) gerçekleştirilen bir işlem ile daha az adımla (doğrudan yol) gerçekleştirilebilecek işlem arasında, vergilendirme açısından fark olmaması gerektiği düşüncesine dayanmaktadır ve bu ilke vergi idaresine, ekonomik öz ve vergisel görünümün belirlenmesi ve vergilendirmeye esas alınacak durumun belirlenmesi imkânı sağlamaktadır⁷³⁸. Bir işlemin görünürdeki şekli ile

⁷³¹ Thuronyi, s. 160.

⁷³² IBFD, *Glossary*, s. 128.

⁷³³ Anthony Mason, "ITA Act 1936 An Insoluble Problem?", Australian National University, Faculty of Law, Australia, 23 August 2006, s. 1, <http://law.anu.edu.au/news/webdocuments/ANU%20PtIVA%20Tax.doc>, (20.04.2008)

⁷³⁴ IBFD, *Glossary*, s. 242.

⁷³⁵ IBFD, *Glossary*, s. 142.

⁷³⁶ Andrew Halkyard, "Common Law and Tax Avoidance: Back to the Future?", *Revenue Law Journal*, Vol. 14 (2004), s. 1.

⁷³⁷ IBFD, *Glossary*, s. 286.

⁷³⁸ John R Graham ve Alan L. Tucker, "Tax Shelters and Corporate Debt Policy", *Working Paper Series*, 17 August 2005, SSRN Veri Tabanı (15.01.2008), s. 12.

özü arasında farklılık olduğunun tespit edilmesi halinde, yargının bu ilke kapsamında, işlemi yeniden nitelendirme yetkisi bulunmaktadır⁷³⁹.

ABD hukukunda olduğu gibi Kanada hukukunda da ⁷⁴⁰ özün şekle önceliği ilkesi uygulanarak ekonomik yorumla (economic interpretation) ulaşılan sonuçlar, muvazaalı işlemler (sham transaction)⁷⁴¹ ve aşamalı işlemler/peçeleme işlemleri (step transactions) olmak üzere iki alt başlıkta incelenebilir⁷⁴².

Özün şekle önceliği ilkesinin ilk alt başlığını oluşturan, muvazaalı işlemlerin (sham transaction), hiç gerçekleşmemiş işlemler ve gerçekleşmiş, fakat kar veya ekonomik ticari amaç içermeyen işlemler olmak üzere iki şekilde gerçekleşen işlemleri ifade ettiği ve işlemin gizlediği gerçek bir işlem olması anlamında kullanıldığı görülmektedir⁷⁴³.

Bu sistem içerisinde bir işlemin, muvazaalı işlem olup olmadığını tespit edebilmek için iki testten yararlanılmaktadır. Bunlar, testin objektif ayağını oluşturan ekonomik öz/kar amacı testi (economic substance/profit motive) ile subjektif ayağını oluşturan ticari amaç testi (business purpose doctrine/test)dir ve bu iki test birbirini tamamlar özellik taşımaktadır⁷⁴⁴. Vergi hukukuna göre bir işlemin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için, mükelleflerce gerçekleştirilen faaliyetlerde sadece vergi indirimleriyle elde edilen avantaj dışında, bir ekonomik özün, yani kar amacının da olması gerektiğinden, ekonomik öz/kar amacı testi, bir işlemin, vergisel açıdan geçerli kabul edilebilmesi için, vergi dışı faktörler göz ardı edildiğinde, mükellefin ekonomik durumunu değiştirmesi gerektiği düşüncesine dayandırılmaktadır⁷⁴⁵. Kar amacı analizi, vergiden kaçınmayı önleyici tedbirlerin anlamlı bir şekilde uygulanmasında çok önemli bir faktör olmasının yanı sıra, işlemin tanımlaması ve tedbirlerin uygulanabilir olmasını da sağlayan bir analizdir⁷⁴⁶. Muvazaalı işlemlerin tespitinde kullanılan analizlerin subjektif yönünü oluşturan, ticari amaç testi de mükellefin gerçekleştirdiği işlemin ardındaki niyeti tespit etmeye çalışmakta, ancak analizi "*ticari amaç*" yönünden yapmakta olup, yapılan analizin sonucunun pozitif olması durumunda, işlemin

⁷³⁹ Yoram Keinan, "Rethinking the Role of The Judicial Step Transaction Principle and a Proposal for Codification", **Akron Tax Journal**, Vol. 22, Issue 45 (2007), s. 52.

⁷⁴⁰ Arnold, *CFC*, s. 10.

⁷⁴¹ IBFD, *Glossary*, s. 269; Bu tür işlemler ile yaratılmak istenen, aslında olması gereken, gerçek bir işlemin veya hiç olmaması gereken bir işlemin yerine görünümde başka bir işlem yaratmaktır, IBFD, *Glossary*, s. 269.

⁷⁴² Keinan, s.48.

⁷⁴³ Graham ve Tucker, s. 10.

⁷⁴⁴ Graham ve Tucker, s. 11.

⁷⁴⁵ Graham ve Tucker, s. 11.

⁷⁴⁶ Jinyan Li, "'Economic Substance': Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance", **Canadian Tax Journal**, Vol. 54, Issue 1 (1 January 2006), s. 54. (2006)

vergiden kaçınma amacı taşıdığı kabul edilerek, işlem sonucu oluşan durumun vergisel geçerliliğinin olmadığı kabul edilmektedir⁷⁴⁷.

Özün şekle önceliği ilkesinin diğer alt başlığını ise yine yargı tarafından geliştirilen bir doktrin olan aşamalı işlemler (step transactions) oluşturmaktadır. İngiltere hukukunda yer alan ve yargı hukuku (case law) ile geliştirilen fiscal nullity principle'in eşdeğeridir⁷⁴⁸. İşlemleri dış görünüşlerine göre değil özlerine göre vergilendirme amacını taşımakta⁷⁴⁹ olup, birbirini takip eden farklı işlemler veya aşamalar, tek, birleşik bir işlem kabul edilmektedir.⁷⁵⁰ Yargı, bu doktrinin uygulanabilmesinde bir düzen sağlayabilmek için, üç tane test geliştirmiştir⁷⁵¹;

- Bağlayıcı taahhüt testi (objektif test)⁷⁵²,
- Nihai sonuç testi (sübjektif test)⁷⁵³,
- Karşılıklı alışveriş/dayanışma testi⁷⁵⁴.

Bu doktrin, vergi cennetleri ile mücadelede kullanılan araçlar için çok önemli bir rol oynamaktadır⁷⁵⁵. Aslında, bu doktrinin nihai sonuç testi ile ticari amaç testi aynı temel ilkeyi, yani mükellefin işlemle ilişkili sübjektif niyetini ortaya koymaktadır.⁷⁵⁶

Vergiden kaçınmanın önlenmesi amacıyla kullanılan ve işlemlerin hiç yapılmamış gibi kabul edilmesini sağlayan tüm bu ilkeler arasında hakların kötüye kullanımı ilkesi ve ticari amaç testi, diğerlerinin aksine, işlemin şeklinden çok özüne odaklanmakta⁷⁵⁷ olup, kullanım alanları diğerlerine nazaran daha kapsamlıdır⁷⁵⁸.

⁷⁴⁷ Graham ve Tucker, s. 12.

⁷⁴⁸ IBFD, *Glossary*, s. 282.

⁷⁴⁹ Keinan, s. 48.

⁷⁵⁰ Keinan, s. 57.

⁷⁵¹ Keinan, s. 61.

⁷⁵² İngilizce'de "*binding commitment test*" olarak ifade edilmektedir. Bu testte yargı, birbirini takip eden aşamaları tamamlamak üzere, taraflar arasında, sözleşme benzeri bağlayıcı deliller arar. Yazar, bu testin destekleyici delil mahiyetinde olduğunu, testin pozitif sonuçlanması halinde, vergiden kaçınma amacının varlığı görüşünün güçleneceği, ancak negatif sonuçlanması halinde, diğer testlerin sonucunu sakatlamayacağı görüşündedir, Keinan, s. 67.

⁷⁵³ İngilizce'de "*end result test*" olarak ifade edilmektedir. Bu test en fazla başvurulan testtir ve birbirini takip eden işlemlerin, aslında tek bir hedefi gerçekleştirme amacına yönelik olarak düzenlenip düzenlenmediği araştırılır. Sonucun pozitif çıkması halinde tüm aşamalar tek bir işlem olarak kabul edilir ve buna göre vergilendirilir, Keinan, s. 67–68.

⁷⁵⁴ İngilizce'de "*mutual-interdependence test*" olarak ifade edilmektedir. Bu test, nihai sonuç testinin aksine, nihai sonuç yerine, aşamalar arasındaki ilişkiye odaklanır. Nihai sonuç testinde aşamaların birbirinden bağımsız bir anlamı olup olmadığı objektif bir şekilde araştırılırken, bu testte, tarafların işlemle ilişkili sübjektif amacına odaklanılır. Şirket işlemlerine ilişkin olarak bu teste sıklıkla başvurulur, Keinan, s. 61.

⁷⁵⁵ Keinan, s. 48.

⁷⁵⁶ Keinan, s. 72.

⁷⁵⁷ Arnold, *CFC*, s. 10.

⁷⁵⁸ Arnold, *CFC*, s.109.

Görüldüğü üzere tüm bu ilke ve testler birbirinin aynı gibi görünse de küçük farklılıklarla birbirlerinden ayrılmaktadırlar. Örneğin, muvazaalı işlemlerde (sham transactions), vergi idaresi açısından işlem hiç yapılmamıştır, sahtedir ve geçersizdir, bununla birlikte, kanuna karşı hile doktrininde (fraus legis doctrine) işlem bütün bileşenleri ile birlikte gerçektir, fakat işlemin ardındaki gerçeklik, ekonomik veya ticari merkezli değil, tamamen ve asıl olarak vergiden kaçınma amaçlıdır⁷⁵⁹.

Sonuç olarak, eşitlik ilkesini ihlal eden bir yapıda olan vergiden kaçınma eylemleri sonrasında bozulan dengenin yeniden inşa edilmesini sağlamaya yönelik olarak⁷⁶⁰, gerek yazılı hukuk, gerekse yargısal içtihatlar tarafından geliştirilen ilkelerin, farklı ülke hukuklarında çok az farklılıklarla fakat temelde aynı prensiplerle ve benzer adlarla yer aldığı ve bazı ilkelerin ve terimlerin diğer ülke hukukları tarafından da kullanıldığı görülmektedir.

bb. Türk Hukukunda

aaa. Genel: Özün Biçime Önceliği İlkesi

VUK, 3'ün "*İspat*" Başlıklı "*B*" bendinde; "*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin, muamelelerin gerçek mahiyeti esastır...*" hükmü yer almaktadır. Bunun anlamı, vergiyi doğuran olay ve bu olayla ilgili işlemlerin nitelendirilmesinde ekonomik bir yaklaşımın izlenmesi, yani, işlemin ya da eylemin gerçek niteliği belirlenirken onun görünüşünün değil, gerçek ekonomik içeriğinin, ekonomik özün göz önünde tutulması gerektiğidir⁷⁶¹ ve bu yaklaşım, doktrinde⁷⁶² "*ekonomik yaklaşım*"⁷⁶³ olarak adlandırılmaktadır. Diğer bir deyişle yorumda "*içerik*" biçime ağır basacaktır⁷⁶⁴ ve diğer hukuk alanlarında da yaygın bir uygulama alanı bulan ekonomik yaklaşımda biçimin değil özün esas alınması söz konusudur⁷⁶⁵. Dolayısıyla bu yaklaşım common law ülkelerinde kullanılan "*substance over form*" terimine karşılık gelen "*özün biçime önceliği ilkesi*"⁷⁶⁶ olarak ifade edilmektedir.

⁷⁵⁹ Perrou, s.101; Ancak (Yunanistan) yargı bu kavramlar arasında ayırım yapmamakta veya bu kavramları farklı değerlendirmemektedir, Perrou, s. 101.

⁷⁶⁰ Perrou, s. 101.

⁷⁶¹ Kaneti, *Ekonomik Yaklaşım*, s. 42; Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 24.

⁷⁶² Örneğin bkz., Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 24; Kaneti, *Ekonomik Yaklaşım*, s. 46; Akkaya, s. 33; Güneş, s. 149; Karakoç, s. 158.

⁷⁶³ Doğan Şenyüz, "Peçeleme ve Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar", **Yaklaşım**, Sayı. 185 (Mayıs 2008), s. 26. (*Peçeleme*)

⁷⁶⁴ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 47.

⁷⁶⁵ Akkaya, s. 113.

⁷⁶⁶ Doktrinde, VUK,3 açısından bu nitelendirme Saban tarafından yapılmaktadır, Bkz., Saban, *Vergi Hukuku*, s. 72.

Vergilendirme alanında kötüye kullanma, vergi yasasının korumadığı belli bir amaca yönelik davranıştır⁷⁶⁷. Hukuk düzeninin tanıdığı düzenleme olanaklarının, hukuk düzeniyle çatışan biçimde, öngördükleri amaçlara aykırı, kötüye kullanımı hiçbir hukuk dalında himaye edilmez⁷⁶⁸.

Medeni hukuk şekillerini mahir bir kullanışla vergi borcunu azaltma fiili, vergi peçelemesi veya vergide kaçamak olarak adlandırılmakta, vergide kaçamak yapmak fiilinden doğan akit (hukuki şekil) ise peçeleme akdi olarak nitelendirilmektedir⁷⁶⁹. Vergi peçelemesi, uluslararası literatürde vergiden kaçınma olarak adlandırılan durumun ulusal literatürdeki karşılığıdır⁷⁷⁰.

Peçeleme işlemi⁷⁷¹, olağan ve doğal olarak vergi yasasının vergilendirme konusu yaptığı bir özel hukuk işlemi ile ulaşılmaması gereken bir iktisadi sonucu elde etmek için, vergi yasasında vergilendirme konusu sayılmamasından yararlanmak üzere, olağan ve doğal kullanımı dışında başvurulmuş başka tür ve nitelikteki bir özel hukuk işlemi olarak olarak tanımlanmakta⁷⁷², "*kanuna karşı hilenin özel bir türü*" olarak nitelendirilmektedir⁷⁷³. Belli hukuk biçimlerinin sadece vergiden kaçınma amacıyla kullanılması, objektif iyi niyet (doğruluk ve güven) ilkesine de ters düşmektedir⁷⁷⁴.

Kanuna karşı hile⁷⁷⁵ ile peçelemenin unsurlarının⁷⁷⁶ örtüştüğü, farklılığın sadece alana özgü olarak geliştirilen kavramlardan meydana geldiği görülmektedir⁷⁷⁷. Kanuna karşı hilenin varlığından söz edilebilmesi için, kanunun geçerli saydığı hukuki işlemlerin kanuna

⁷⁶⁷ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 50.

⁷⁶⁸ Akkaya, s. 95.

⁷⁶⁹ Salih Şanver, **İşletme Vergiciliği ve Türk Vergi Sistemi**, İstanbul: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, No:42-99, 1968, s. 123.

⁷⁷⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 290.

⁷⁷¹ Türk mevzuatında yer verilmeyen "*peçeleme*" kavramı ve "*peçeleme sözleşmeleri*"ni literatür üretmiştir, Şükrü Kızılot ve Diğerleri, **Vergi Hukuku**, İstanbul: Yaklaşım Yayınları, 2006, s. 83.

⁷⁷² Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 49.

⁷⁷³ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 49; Peçeleme kavramının yerine "*perdeleme*" kavramının da kullanıldığı görülmektedir, Bkz., Uluatam, s. 83.

⁷⁷⁴ Öncel, Kumru ve Çağan, s. 28.

⁷⁷⁵ Kanuna karşı hilenin unsurları; a) Bir işlemin emredici ve yasaklayıcı bir hukuk kuralına tabi olması, b) Yasaklayıcı hukuk kuralının etkisine doğrudan doğruya tabi olmayan başka bir işlemin yapılması, c) Yapılan işlemin, yasaklanan işlemde beklenen sonucu gerçekleştirmeye elverişli olmasıdır, Saban, *Vergi Hukuku*, dpnt. 245, s. 73.

⁷⁷⁶ Bir peçeleme işleminden söz edilebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekmektedir: "*a) Vergi yasası, vergi dışı hukukun ve özellikle özel hukukun kalıp, kılık ve biçimlerine dayalı olarak vergiyi doğuran olayı tanımlamış olmalıdır, b) Vergi yasası, özel hukukun kalıp, kılık ve biçimlerine, bu nitelikleriyle değil, onlardan kaynaklanan iktisadi sonuçlar nedeniyle başvurmuş olmalıdır, c) Vergi yasasının vergilendirme yönünden hedeflediği iktisadi sonuç, bu yasanın deyimlediği hukuksal kalıp ve biçim çerçevesinde tümüyle kapsamamış olmalıdır, d) Vergi yükümlüsü vergi yasasını dolanmak için, hukuksal kalıp ve biçimlerden yararlanma olanağını kötüye kullanmış olmalıdır*", Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 50.

⁷⁷⁷ Saban, *Vergi Hukuku*, s. 73.

aykırı sonuçlara varmak amacıyla kullanılması şartı aranmakta⁷⁷⁸ olup, peçeleme işleminde de vergi yükümlüleri ve sorumlularınca durumun gereklerine göre doğal olarak kendisine başvurulmayacak bir hukuki biçime vergi yasasını dolanmak için başvurulması gerekmektedir⁷⁷⁹. Başka bir ifadeyle peçelemede temsil ettiği iktisadi içerik nedeniyle verginin bağlandığı soyut olay tanımında kullanılan özel hukuk kurum veya kavramı kapsamındaki somut maddi olayın, aynı iktisadi içerikte fakat başka bir özel hukuk formu biçiminde dış dünyaya yansıtılarak vergi normunun dolanımı söz konusudur⁷⁸⁰. Hedeflenen iktisadi sonuca ulaşmak için hal ve şartlara göre, olağan ve doğal olarak başvurulması beklenmeyen bir hukuksal kalıp ve biçimden yararlanılmış olması da, onun kötüye kullanıldığı anlamına gelmektedir⁷⁸¹. Bu anlamda, özel hukukun düzenleme olanaklarından yararlanma koşulu, hukuki işlemler ve benzerleri (örn. temerrüt ihtarı) dışında kalan davranış biçimlerinin peçeleme olarak nitelendirilmesini engeller⁷⁸².

Peçelemede yasanın özüne uygun davranılıyor görünmekle birlikte, özü ihlal edilmekte⁷⁸³, amacı tamamen bertaraf edilmektedir⁷⁸⁴. VUK'un 3/B maddesi, bu anlamda, her türden kötüye kullanmaları kapsayan genel suiistimal önleyici düzenlemedir⁷⁸⁵.

VUK, 3'te işlemin gerçek niteliğine göre değerlendirilmesi öngörülmektedir ki bu da iktisadi sonuç göz önünde tutularak, peçeleme işleminde seçilen hukuksal yapıya bakılmaksızın vergilendirme yapılmasını gerektirir⁷⁸⁶. Başka bir ifadeyle, işlemde peçeleme yapılmasıyla esasen vergiyi doğuran olayın gizlenmesi amaçlandığından, peçeleme işleminin var olduğu bir ortamda, gerçekleşen olay yerine vergiyi dolanma amacı olmasaydı nasıl bir işlem yapılacak idi ise, onun yapıldığı varsayımıyla vergilendirme yoluna gidilir⁷⁸⁷.

Vergi hukukunda sık karşılaşılan ve vergi hukuku karşısındaki konumuna ilişkin yasal bir düzenlemenin mevcut olmaması nedeniyle sadece VUK,3/B gereğince ekonomik yaklaşım

⁷⁷⁸ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 50; Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 27.

⁷⁷⁹ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 50; Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 290.

⁷⁸⁰ Akkaya, s. 96.

⁷⁸¹ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 49–50; Amaç sonuçla karşılaştırıldığında, işlemin yapay, olağandışı, doğal akışına aykırı, uyumsuz, iktisadi açıdan anlamsız, gereksiz yere karmaşık olarak değerlendirilebilmesi, kötüye kullanmanın güçlü belirtileridir, Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 50.

⁷⁸² Akkaya, dpnt. 24, s. 98; Bu unsur vergiden kaçınma ile verginin dolanımı arasındaki sınırlardan biri olarak değerlendirilir, Akkaya, s. 98; Maliye literatüründe "vergî kanunlarının vergî borcunun doğumunu bağladıkları olaylarla bağıllık kurulmaması yani vergilendirme alanının dışında kalınması" veya "vergîyi doğuran olayın gerçekleştirilmeyerek vergiden kaçınılması" olarak tanımlanan vergiden kaçınma bu kapsamdadır.

⁷⁸³ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 290.

⁷⁸⁴ Önce, Kumrulu ve Çağan, s. 28.

⁷⁸⁵ Yaltı, *Transfer*, s. 9.

⁷⁸⁶ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 50.

⁷⁸⁷ Şenyüz, *Peçeleme*, s. 26.

ile kavranan eylem ve işlemlerden bir diğeri de muvazaadır⁷⁸⁸. Muvazaa, peçeleme işlemleri ile benzerlik⁷⁸⁹ göstermektedir⁷⁹⁰. Ancak bir BK müessesesi olan muvazaa ile vergi hukuku müessesesi olan peçeleme arasında önemli farklar bulunmakta olup, Şanver bu farklarla ilgili olarak şu tespitleri yapmaktadır; *"Muvazaada gerçek akit gizlenmiştir, görünen akit üçüncü şahıslara karşı muteber kılınmak istenmektedir. Muvazaayı vergi hukuku ve işletme vergiciliği zaten tanımaz. Peçeleme akdinde ise, yapılan akit, medeni hukuk için geçerlidir, vergi hukuku için muteber değildir. Peçeli akitte taraflar, peçeli akdin yalnız şeklini değil, muhtevasını dahi yerine getiriyor olabilirler. Fakat vergi hukuku, vergiyi azaltmaya yönelmişse, peçeli akdi tanımamaktadır."*⁷⁹¹.

Kaneti, muvazaa ile peçeleme arasındaki farkları şu şekilde belirlemektedir⁷⁹²;

"...Muvazaa ile peçeleme işlemlerini birbirinden ayırt etmek gerekir. Peçeleme işleminde, görünüşteki işlem ve gizli işlem olmak üzere iki işlem yoktur. Peçeleme işlemi görünüşteki şekliyle taraflarca istenmiştir; ancak özel hukuk açısından geçerli olan hukuksal yapı, vergi yasasını dolanmak için seçilmiştir. Vergilendirme, iktisadi içerik ve özün hukuksal biçime üstün tutulmasından, vergi yasasının amaca göre uygulanarak, dolanmayı hedefleyen işlemi kapsamından kaynaklanmaktadır. Buna karşılık, "mevsuf muvazaada" tarafların görünüşteki işlem altında sakladıkları gizli işlem, asıl iktisadi sonuçlarını istedikleri işlemdir; bu gizli işlem ise vergi yasalarının doğrudan doğruya vergilendirdiği işlemdir. Bu açıdan, vergi yasalarının dolaysız olarak uygulanması söz konusudur...."

Öncel/Kumrulu/Çağan, muvazaa ile peçeleme arasında fark bulunduğunu, peçelemenin, Borçlar hukukunun muvazaa kavramı ile benzerlik gösterdiğini, ancak muvazaada sözleşmenin taraflarının gerçek iradeleri ile açıklanan iradeleri arasında kasıtlı bir uygunsuzluk bulunduğunu, görünüşteki işlemin hükümsüz olduğunu, gizlenen işlemin geçerli sayılacağını, peçeleme sözleşmesinde ise seçilen hukuki biçimin görünüşteki şekliyle taraflarca istendiğini, özel hukuk açısından seçilen hukuki biçimin, vergi yasasını dolanmak,

⁷⁸⁸ Akkaya, s. 91.

⁷⁸⁹ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 28.

⁷⁹⁰ Bkz., § 6 Bölüm, I/3 kısım.

⁷⁹¹ Şanver, s. 124.

⁷⁹² Kaneti, *Ekonomik Yaklaşım*, s. 53.

onun hükümlerini bertaraf etmek için seçildiğini, dolayısıyla görünüşteki hukuki biçime itibar edilmeyeceğini ifade etmektedir⁷⁹³,

Şenyüz ise bu farkları aşağıdaki şekilde belirlemektedir⁷⁹⁴.

"- *Muvazaada (nispi muvazaada) gizlenen ve görünürde olmak üzere iki işlem vardır. Peçelemede de iki işlem varmış gibi algılanılmasına rağmen tek işlem vardır. Bu işlem iktisadi sonucu gizleyecek şekilde hukuksal kılıklandırma kullanılarak yapılan işlemdir.*

– *Muvazaada (nispi muvazaa) görünürdeki sözleşmenin yapılması taraflarca arzulanmaz, yapılması arzulan sözleşme gizlenen sözleşme olup bunun saklanması temel amaçtır. Peçeleme sözleşmesinde seçilen hukuki biçim saklanmaz, yapıldığı şekliyle ve açıkça kullanılması taraflarca arzulanır.*

– *Muvazaada sözleşmenin taraflarının gerçek iradeleri ile görünürdeki iradeleri arasında kasıtlı bir uygunsuzluk vardır. Peçeleme sözleşmesinde ise iradeler arasında uygunsuzluk bulunmaz. Peçeleme sözleşmesinde ortaya konan irade ile ortaya konmak istenen irade arasında fark yoktur, aynıdır.*

– *Muvazaalı sözleşmeler vergiyi bertaraf etmek amacıyla yapılabileceği gibi, bu amacı taşımaksızın da yapılabilir. Oysa peçeleme sözleşmesi sadece vergiyi dolanmak amacıyla yapılır.*

– *Muvazaada görünürdeki işlem hem özel hukuk, hem de vergiyi dolandığı biçimiyle vergi hukuku açısından başlangıçtan itibaren geçersizdir. Peçeleme sözleşmeleri ise özel hukuk açısından geçerli vergi hukuku itibarıyla geçersizdir.*

– *Muvazaa halinde yaratılan görünürde sözleşmenin amacı başkalarını yanıltmak olup, tüm unsurları tamam olan sözleşmedir. Gizlenen sözleşme taraflar arasında önceden kararlaştırılmış sözleşmedir. Muvazaalı sözleşme gizlenen sözleşmenin gün ışığına çıkışını önleyebilmek için yapılan sözleşmedir. Peçeleme sözleşmelerinde bir sözleşmeyle bir başka sözleşmenin gizlenmesi söz konusu olmayıp, gizlenen vergiyi doğuran olayın sonuçlarıdır.*

– *Muvazaalı sözleşmeler mutlak butlanla batıl olduklarından her zaman muvazaalı oldukları iddia edilebilir. Peçeleme iddiası, ancak vergi hukukundaki zamanaşımı süreleri dikkate alınarak ileri sürülebilirse sonuç alınabilir.*

⁷⁹³ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 28.

⁷⁹⁴ Şenyüz, *Peçeleme*, s. 26–27.

– *Muvazaayı aldatılan -vergi idaresi dahil- kişiler ileri sürülebilirken, peçeleme vergi idaresine karşı yapıldığından vergi idaresi tarafından ileri sürülebilir.”*

Dolayısıyla özel düzenlemeler dışında açık bir yasal düzenlemeye konu edilmemiş peçeleme işlemlerinin varlığının tespiti halinde, ispat yükü vergi idaresine ait olmak üzere ⁷⁹⁵ VUK,3 kapsamında işlem yapılması ve vergi normunun uygulanması sürecinde somut maddi olayın saptanmasında gerçek durumun esas alınması gerekmektedir⁷⁹⁶.

bbb. Özel: KEYK Mevzuatı (KVK, 7)

Vergi cennetleri veya avantajlı vergi rejimleri uygulayan ülkelerde kurulan ve temel amacı vergiden kaçınma olan kurumlar vasıtasıyla hakkın kötüye kullanılması durumlarında, genel suiistimal önleyici düzenlemeler, çok açık ve belirgin olaylar dışında sorunu çözmede etkili olamamıştır⁷⁹⁷.

Yabancı ülkelerde kurulan şirketler tarafından elde edilen gelirler bakımından, özün şekle önceliği ilkesi ve hakların kötüye kullanılması kuralı gibi yukarıdaki bölümde de belirtilen adlar altında uygulanan genel suiistimal önleyici düzenlemeler kapsamında yapılan vergilendirme dört yaklaşıma dayandırılmaktadır⁷⁹⁸. Bunlar arasında iki temel yaklaşımın daha yaygın olarak kullanıldığı görülmektedir; bunlardan ilki, yabancı kurumun hukuki varlığının yok sayılarak, kurumun gelirlerinin ortaklar elinde vergilendirilmesi, diğeri ise yabancı ülkede kurulu kurumun yönetim merkezini veya iş merkezinin (place of effective or central management) yurt içinde olduğu varsayımı ile kurumun, yurtiçinde mukim bir kurum olarak kabul edilerek vergilendirilmesidir⁷⁹⁹. Diğer iki yaklaşımdan birincisi:, yabancı kurumun yönetim merkezinin (place of central management), mükelleflerin (kurumun ortaklarının) mukimi olduğu ülkede bulunduğu varsayımı ile yabancı kurumun yurt içinde işyerinin bulunduğu kabul edilerek vergilendirilmesi, ikincisi ise kurumun faaliyetleri veya kurumdan elde edilen gelir tamamen göz ardı edilerek, söz konusu faaliyet ve gelirin tamamen mükellefin (KEYK'in ortaklarının) faaliyeti sonucu elde edilen bir gelir olarak kabul edilmesidir⁸⁰⁰. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere, yabancı kurumun, iş merkezinin bulunduğu yer iddiasının ispatı ve gerçek ekonomik durumunun ortaya konulması gibi ağır

⁷⁹⁵ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 28.

⁷⁹⁶ Akkaya, s. 117.

⁷⁹⁷ Arnold, *CFC*, s.109.

⁷⁹⁸ OECD, *2000a*, para. 21.

⁷⁹⁹ Yang, s. 6.

⁸⁰⁰ OECD, *2000a*, para. 21.

yükümlülüklerin vergi idaresince yerine getirilmesi gerekliliği⁸⁰¹ nedeniyle söz konusu önlemler, sorunu çözmede etkili olamamıştır.

Bu nedenlerle, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin olarak hükme bağlanan ve vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin diğer kuralları destekleyen bir mevzuat olan KEYK düzenlemesinin⁸⁰², Birleşmiş Milletler ve OECD gibi uluslararası kurumların da önerileri ile birçok ülke tarafından benimsendiği ve vergi cennetleri veya avantajlı vergi rejimleri kullanılarak uluslararası vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin özel bir düzenleme olarak pozitif vergi hukuklarına dâhil etmeye başladıkları görülmektedir. Bu anlamda, KVK md. 7'deki KEYK mevzuatı özel suiistimal önleyici bir düzenlemedir.

Vergi sistemimizde, yabancı ülkelerde şirket kurmak veya mevcut şirketlerde kontrolü elinde bulunduracak şekilde hisse sahibi olmak suretiyle elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinde kar payı dağıtımına bağlı vergilendirme esası benimsenmiştir. Bu da, belli şartların gerçekleşmesi koşuluyla, vergi kanunlarının kötüye kullanılması veya kanuna karşı hile yoluyla vergiden kaçınma amacıyla şirket kurulmasına uygun ortam oluşturmaktadır.

Bu noktadan hareket edildiğinde, mükelleflerin yabancı kurumlardan gelir elde etmesi girişimlerinin ardındaki gerçek amacın ekonomik olmaması, yani yabancı ülkelerde yatırım yapılması amacının tamamen ticari kar elde etme olmaması durumunda, söz konusu girişimlerin tamamen yapay, vergiden kaçınma amaçlı girişimler olarak, başka bir ifadeyle "*peçeleme*" olarak kabul edilmesi söz konusu olacaktır. Bu tür işlemlerin, taraflarca amaçlanan tek işlem olması, başka bir ifadeyle gizlenen ve görünürde olmak üzere iki ayrı işlem bulunmaması, ortaya konan irade ile ortaya konmak istenen irade arasında fark bulunmaması, sadece vergiyi dolanmak amacıyla yapılması, sadece özel hukuk açısından geçerli olması ve sadece vergi idaresi tarafından ve vergi hukukundaki zamanaşımı süreleri içerisinde ileri sürülmesi halinde sonuç alınabilmesi nedenleriyle muvazaa olarak kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Tam mükellef gerçek ve tüzel kişiler tarafından düşük vergili ülkelerde yapılan yatırımların;

a) Bilinçli olarak, gelirleri vergi dışı bırakma iradesiyle yapılması,

⁸⁰¹ Yang, s. 6.

⁸⁰² Thuronyi, s. 297; Yazar, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesinin, transfer fiyatlandırması düzenlemelerinin desteklenmesi amacıyla uygulandığını ifade etmektedir.

- b) Hissedarlar tarafından yabancı ülkelerden elde edilecek gelirlerin kar dağıtımı yapılmadığı sürece vergilendirilmeyeceği yönündeki yasa hükmünden faydalanmak üzere, yani vergi yasasını dolanma amacıyla yapılması,
- c) Vergi yasasının, yabancı ülkelerden elde edilecek gelirlerin kar dağıtımı yapılmadığı sürece vergilendirilmemesi yönünde sağladığı olanağın kötüye kullanılması,
- d) Ortaya konan irade ile ortaya konmak istenen irade arasında fark bulunmaması,
- e) Açık ve net olarak vergiyi doğuran olayın sonuçlarının gizlenmesinin amaçlaması,
- f) Kar dağıtımı yapması veya yapmaması, özel hukuk açısından doğal ve olağan bir sonuç olarak kabul edilse dahi, belli şartların (yatırımın belli bir tutarı aşması, yabancı kurumun kontrol edilmesi, yabancı kurumun gelirleri içerisinde pasif karakterli gelirlerin belli bir oranı aşması gibi) varlığı halinde kar dağıtımının yapılmamasının, vergi hukuku açısından olağan kabul edilmemesi,

nedenleriyle peçeleme olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu türden bir peçeleme işleminin varlığının tespiti halinde, vergi hukukunda özel bir düzenleme bulunmadığı durumlarda uygulanan VUK'un 3. maddesi kapsamında değil, yürürlükte bulunan ve konuya ilişkin özel bir pozitif hukuk hükmü olan KEYK düzenlemesi kapsamında işlem yapılması gerekmektedir⁸⁰³. KVK'nın 7. maddesi, yatırımın belli bir tutarı aşması, yabancı kurumun kontrol edilmesi, yabancı kurumun gelirleri içerisinde pasif karakterli gelirlerin belli bir oranı aşması gibi şartların varlığı halinde, yurt dışındaki şirket kuruluşu ve faaliyetinin "peçeleme" kastıyla yapıldığı karinesini⁸⁰⁴ getirmektedir. KEYK düzenlemesine dayanılarak, vergi idaresi tarafından yapılacak tarhiyatlarda, söz konusu işlem veya işlemlerin, mevcut yasa çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığını

⁸⁰³ Diğer taraftan, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemeleri vergiden kaçınmayı önleyen diğer düzenlemelerle örtüşebilir ve aynı amaca hizmet edebilir, Namık Kemal Uyanık, **Örtülü Sermaye Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi Düzenlemeleri**, Ankara: TÜRMÖB Yayınları, Yayın No: 328, s. 251.

⁸⁰⁴ Karşılaştırma yapmak için bkz.; Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 27-28.

ispat külfeti mükellefe geçmekte ve idare açısından uygulama daha kolay ve verimli hale gelmektedir.

II- HAKKIN KÖTÜYE KULLANILMASI YASAĞININ SONUÇLARI

Vergilendirme alanında ortaya çıkan kötüye kullanmaların, uluslararası vergi rekabetini olumsuz etkilediği ve haksız vergi rekabeti oluşturduğu konularında uluslararası ve ulusüstü kuruluşların da tespitleri ile durumun önlenmesi ve yeniden adil bir rekabet ortamı oluşturulmasına ilişkin çalışmalar, söz konusu kurumların da önerilerine bağlı olarak birçok ülkede vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin genel ve özel düzenlemelerin yürürlüğe konması ile sonuçlanmıştır.

KEYK düzenlemeleri de vergilendirme alanında kötüye kullanmaları ortadan kaldırma amacıyla ihdas edilen bir düzenlemelerdir ve amacı, kötüye kullanmanın var olduğu bir ortamda, gerçekleşen olay yerine vergiyi dolanma amacı olmasaydı nasıl bir işlem yapılacak idi ise, onun yapıldığı varsayımıyla vergilendirme yapılmasının sağlanmasıdır. Bu nedenle farklı vergi sistemine sahip ülkeler tarafından ihdas edilen KEYK düzenlemeleri de, düşük vergili ülkelerde kurulan KEYK'lerin veya hissedarlarının vergilendirilmesine ilişkin farklı yöntemler içermekte ve vergilendirilecek gelirin niteliği de ülkelere göre farklılaşmaktadır.

1. Karşılaştırmalı Hukukta

a. Kontrol Edilen Yabancı Kurumun Vergilendirilmesi

Ortaklarının kontrolü altında bulunan yabancı kurumların, ortakların mukim olduğu ülkede doğrudan vergilendirilmesi, vergiden kaçınmanın önlenmesi yöntemlerinden birisidir. Yabancı ülkelerde kurulan ve vergi matrahının bu ülkelere kaydırılması suretiyle, gerçekte vergilendirme yetkisine sahip olan ülkenin vergi matrahını azaltan ve vergiden kaçınma veya vergi erteleme amacıyla kullanılmakta olan yabancı kurumların, ortakların mukim olduğu ülkede doğrudan vergilendirilmesine imkân sağlayan bu yöntem, KEYK düzenlemelerinden daha eski bir yöntemdir. Günümüzde de bu yöntemi benimsemiş bazı ülkelerde, aynı zamanda KEYK düzenlemesinin de yürürlükte olduğu tespit edilmektedir.

Bir yabancı kurumun, ortaklarının mukim olduğu ülke hukukuna göre vergilendirilmesi, başka bir ifadeyle, ortakların mukim olduğu ülkenin vergilendirme yetkisini,

yabancı bir ülkede mukim bir kurum üzerinde kullanabilmesi için, söz konusu ülke ile yabancı kurum arasında bir bağlama noktası bulunması gerekmektedir.

Yabancı kurumların tam mükellefiyet statüsünde vergilendirilmelerine dayanak alınan bağlama noktası mali ikametgâhtır. Mali İkametgâh, vergilendirme yetkisine sahip bir ülke ile vergi mükellefi arasındaki hukuki ilişkiyi ifade eden fonksiyonel bir terimdir ve gerçek kişiler için fiziki varlığı, tüzel kişiler için hukuki varlığı ifade eden bu mülki bağlantı oluşturulmadan, vergilendirme yapılamaz, yapılması hukuki olmaz⁸⁰⁵. Gerçek kişilerin ve gerçek kişiler dışında kalan şirket ve diğer kişi topluluklarının mali ikametgâhi⁸⁰⁶ ülkelerin iç hukuk hükümlerine göre belirlenir⁸⁰⁷.

Diğer taraftan, şunun da belirtilmesi gerekir ki; tüzel kişilerin mali ikametgâhının belirlenmesi sorunu uluslararası hukukta hala tartışılmakta olan bir konudur⁸⁰⁸. Özellikle çokuluslu şirketlerde mali ikametgâhın tespiti güç bir konudur, çünkü tüzel kişinin kuruluş yeri, fiili yönetim merkezi, iş merkezi ve/veya kontrol merkezi farklı ülkelerde bulunabilir, farklı ülkelerde kurulan yavru şirketlere tamamen veya kısmen sahip olabilir, birçok ülkede araştırma faaliyetleri, dağıtım veya yeniden satış birimleri bulunabilir, çeşitli ülkelerden finansman sağlayabilir ya da en önemlisi, farklı ülkelerde mukim ortakları bulunabilir⁸⁰⁹. Bu tür özellikler taşıdığı belirlenen kurumların mali ikametgâhi bazı testler kullanılmak suretiyle tespit edilmekte ve sonucun pozitif olması durumunda, kurumun ilgili ülkede, o ülkenin vergilendirme yetkisi kapsamında vergilendirilmesi söz konusu olmaktadır. Başka bir ifadeyle bir ülkenin, yabancı kurumun ikametgâhının kendi ülkesinde olduğunu tespit etmesi, ilgili ülkeye bu kurumları vergi sisteminin genel yapısı içerisinde ülkesellik ilkesine göre veya tüm dünya gelirleri üzerinden, tam mükellefiyet statüsünde vergilendirme hakkı vermektedir.

Kurumların mali ikametgâhlarının belirlenmesi ülkeden ülkeye farklılık göstermekte⁸¹⁰ ise de, genel olarak KEYK'lerin mukimliğinin belirlenebilmesi amacıyla beş temel test uygulanmaktadır⁸¹¹;

a) Kuruluş yeri testi (lex incorporationis) (the place of incorporation),

⁸⁰⁵ Martha, s. 90.

⁸⁰⁶ Mali ikametgâh, vergi hukukunda vergilendirme amacına yönelik olarak getirilmiş olup, ikametgâh kavramından daha geniş bir kavramdır, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 124.

⁸⁰⁷ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 147.

⁸⁰⁸ Martha, s. 90–91.

⁸⁰⁹ Arnold, *CFC*, s. 71.

⁸¹⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 129.

⁸¹¹ Yang, s. 6.

- b) Merkezi yönetim yeri kontrol testi (lex domicilii) (the place of central management),
- c) İşlerin toplandığı yer testi (the principal place of business),
- d) Yönetim kurulu üyelerinin tabiiyetinin veya ikametgâhının bulunduğu yer testi (the place of residence or nationality of management),
- e) Kontrol eden ortakların tabiiyetinin veya ikametgâhının bulunduğu yer testi (the place of residence or nationality of the controlling shareholders).

Bu beş test arasında, ikametgâhın tespitinde daha fazla belirlilik sağladıkları için en yaygın olarak kullanılan iki test, kuruluş yeri (the place of incorporation)⁸¹² ve merkezi yönetim yeri (the place of central management) testleridir⁸¹³. Ancak bu yöntemlerin de zayıf noktaları bulunmaktadır. Merkezi yönetim ve kontrol testi kesin ve açık olmasına rağmen, aynen kuruluş yeri testi gibi, günün ekonomik gerçekliklerini, modern ulaşım ve iletişimi ve kötüye kullanma olasılıklarını göz ardı etmekte ve fiziki varlıklar ve ticari aktivitelerin yanı sıra, ortakların mukimliğinin de göz ardı edilip edilmeyeceği konusunda bir açıklık getirmemektedir⁸¹⁴. Aynı şekilde, bir kurumun kuruluş yerinin veya merkezinin veya yönetim kurulunun bulunduğu yer, büyük ölçüde kurumların ortaklarının kontrolü altında olduğundan manipülasyona açıktır, çünkü birçok ülkede şirket kuruluşları kolay ve masrafsızdır⁸¹⁵.

Anglo-Kanada hukuku tarafından geliştirilen bir yöntem⁸¹⁶ olan ve sadece yönetim kurulunun bulunduğu yer ve kontrolü temel alan merkezi yönetim yeri testinin, yabancı kurumun önemli miktardaki hisselerinin mukim ortaklar tarafından sahip olduğu veya kurumun tam mükellef ortaklar tarafından kontrol⁸¹⁷ edildiği varsayımına dayanması nedeniyle, tatmin edici bir bağlama noktası oluşturduğu söylenebilir. Çünkü bu bağlantı nedeniyle yabancı kurum, (kontrolün bulunduğu yerin, fiili yönetim merkezi olarak kabul edilmesi nedeniyle), ortakların mukimi buldukları ülkenin vergisel egemenlik alanına

⁸¹² Yang, s. 7; Uluslararası Adalet Divanı, Barcelona Traction, Light and Power Company Ltd. davasında, şirketin kuruluş yerinin bulunduğu ülkenin, şirketin mukim olduğu ülke olarak kabul edileceği yönünde karar almıştır, Yang, s.7.

⁸¹³ Yang, s.7.

⁸¹⁴ Arnold, *CFC*, s. 71; kurumların tabiiyetinin ortakların tabiiyetine göre vergilendirilmesi de bir yöntem olarak önerilmiş ise de uygulama alanı bulamamıştır, Arnold, *CFC*, s. 71.

⁸¹⁵ Arnold, *CFC*, s. 70.

⁸¹⁶ Arnold, *CFC*, s.71.

⁸¹⁷ Bu noktada, hukuki ve fiili kontrol da etkin bir rol oynamaktadır. İngiltere’de bu konuda yargıya intikal eden iki davadan ilkinde, İtalya’da faaliyet gösteren ancak İngiltere’de kurulan ve yönetim ve hukuki kontrol merkezi İngiltere’de olan bir şirket, İngiltere mukimi olarak kabul edilmiştir. İkinci dava ise, İngiltere dışında kurulmuş olsa da, yönetim ve fiili kontrol merkezi İngiltere’de olan bir tüzel kişinin, İngiltere mukimi olduğunun kabulü gerektiği yönünde karar verilmiştir. Bu davada, hukuki kontrolün değil, fiili kontrolün “kontrol” olarak kabul edileceği özellikle belirtilmiş olmaktadır. Kanada’da yargıya intikal etmiş bir olayda ise, Kanada Mahkemeleri, bir tüzel kişinin yönetim ve kontrol merkezinin bulunduğu ülkenin mukimi sayılacağı, ortakların mukimi olduğu ülkenin mukimi olarak kabul edilemeyeceği yönünde karar verilmiştir, Martha, s. 93.

girmekte ve bu ÷lkeye yabancı kurum adına vergi tahakkuk ettirme ve ortaklar üzerinde icrai yetkisini kullanma imkânı vermektedir⁸¹⁸.

İngiltere yargı içtihatlarında (case law) ise ikametgâh kavramının kapsamı oldukça geniş bir şekilde tanımlanmış olup, "*merkezi yönetim ve kontrol*" temeline dayandırılmıştır⁸¹⁹. KEYK düzenlemesinin pozitif hukuk düzenlemesi olarak hukuk sisteminde yerini almasından önce İngiltere, bir şirketin merkezi yönetim ve kontrol merkezinin İngiltere'de bulunduğunun tespit etmesi halinde, bu şirketi, İngiltere'de tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirmekteydi. Bu nedenle, KEYK rejiminin bu ÷lkede görelî olarak geç ihdas edildiği⁸²⁰ ifade edilmektedir⁸²¹.

KEYK mevzuatı olmayan ve bu türden kurumları mali ikametgâh esasında vergilendiren bir ÷lke örneği Çek Cumhuriyetidir. Çek Cumhuriyeti'nde KEYK düzenlemesi bulunmamakta ve vergiden kaçınma amaçlı girişimlerle yurt dışında kurulan kurumların vergilendirilmesinde ikametgâh bağlama noktası kullanılmaktadır. Dolayısıyla bir kurumun ikametgâhının belirlenmesi için "*kuruluş yeri testi*"nin yanı sıra "*merkezi yönetim yeri testi*"ni kullanan bir diğere ÷lke de Çek Cumhuriyeti'dir ve GVK'nın 17. maddesinin 3 numaralı bendine göre, kuruluş yeri veya merkezi yönetim yeri Çek Cumhuriyeti'nde bulunan mükellefler, sadece ÷lke içi kaynaklardan elde ettikleri kazançlar üzerinden değil, ÷lke dışı kaynaklardan elde ettikleri kazançlar üzerinden de vergi ödemek zorundadırlar⁸²².

KEYK düzenlemesinin bulunmadığı bir diğere ÷lke olan Lüksemburg'da ise "*işlerin toplandığı yer testi*" bir kurumun tam mükellef kurum olarak belirlenmesinde etkin rol oynamaktadır ve Lüksemburg Gelirler Kanununun 159 uncu maddesine göre, bir kurumun Lüksemburg mukimi sayılabilmesi için bu kurumun kuruluş yerinin veya işlerin toplandığı

⁸¹⁸ Arnold, *CFC*, s.71.

⁸¹⁹ Ullah, s. 607.

⁸²⁰ Ullah, s. 607–608; Lordlar Kamarası (House of Lords, (1906) 5 T.C. 198), De Beers Consolidated Mines Limited v. Howe davasında, De Beers şirketinin İngiltere'de mukim olduğuna ve İngiltere'de tam mükellefiyet statüsünde vergilendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Kararda, De Beers şirketinin, Güney Afrika'da, Güney Afrika kanunlarına göre kurulmuş bir şirket olmasına, merkez ofisinin de, bütün toplantılarının da bu ÷lkede yapılıyor olmasına ve madencilik faaliyetlerinin tümünün de bu ÷lkede yapılmasına rağmen, anahtar sayılacak, kontrolü sağlayan toplantılarının Londra'da yapılıyor olması gerekçe gösterilerek, şirketin İngiltere'de mukim olduğu ve İngiltere'de tam mükellefiyet statüsünde vergilendirilmesi gerektiğini belirtilmiştir, Ullah, s. 607–608.

⁸²¹ İngiltere Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanununa göre İngiltere'de mukim olarak kabul edilen, ancak Çifte Vergilendirme Anlaşmasına (Double Taxation Convention (DTC)) göre İngiltere dışında mukim olarak kabul edilen bir kurumda ortaya çıkan çifte mukimlik sorunu ise, kurumun yurt dışında mukim olduğunu kabul eden hükümlerle çözülmüş ve bu kural kontrol edilen yabancı kurum düzenlemeleri açısından da geçerliliğini korumuş ve sorun, Gelir ve Kurumlar Vergisi Kanununun IV. Bölümünde yer alan bir hükümlerle çözülmüştür, Graziani, s. 4.

⁸²² Dado ve Sedmihradsky, s. 132.

yerin Lüksemburg'da olması gereklidir⁸²³. Buna göre, kurumun kuruluş yerinin dışında, işlerin toplandığı yer de tam mükellefiyet için esas alınmakta olup, işlerin toplandığı yer ise kurum organizasyonunun gerçekliklerine bağlıdır ve bu da yönetim kararlarının alındığı yeri, müdürlerin veya şirket ortaklarının toplantı yaptığı yeri ifade etmektedir⁸²⁴. Dolayısıyla, Lüksemburg hukuk sisteminde KEYK düzenlemesi bulunmamasına rağmen, vergi hukukunda yer alan söz konusu genel düzenlemeler, KEYK düzenlemesi ile elde edilen sonuçlara benzer sonuçlar sağlamaktadır⁸²⁵.

Sonuç olarak, KEYK düzenlemesine sahip olmayan ülkelerle birlikte günümüzde KEYK düzenlemesine sahip Kanada ve İngiltere gibi ülkelerde de, yabancı ülkelerde mukim kurumlar, belli testler uygulanmak suretiyle tespit edilen ikametgâh bağlama noktası temel alınarak, yurt içinde mukim kurumlar ile aynı statüde vergilendirilmektedir.

Bununla birlikte, ülkelerin söz konusu testleri uygulamak suretiyle oluşturdukları bağlama noktaları ile ikametgâhın belirlenmesi sonucunda, yabancı bir kurumun tam mükellefiyet statüsünde vergilendirilmesi, devletlerin kişisel egemenlikleri çerçevesinde kullandıkları vergilendirme yetkisinin kapsamındadır. Ancak söz konusu vergilendirme yetkisinin, kuruluş yeri, merkezi yönetim merkezi, fiili yönetim merkezi ya da kontrol eden ortakların tabiiyetinin veya ikametgâhının bulunduğu yer testi gibi yöntemler kullanmak suretiyle tespit edilen mali ikametgâh bağlama noktası tespit edilmeden kullanılması, vergilendirme yetkisinin sınırsız olarak kullanılması sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁸²⁶. Vergilendirme yetkisinin bu şekilde kullanılarak, yabancı ülkede mukim bir kurumun, yurt içinde mukim bir kurum olarak vergilendirilmesi, vergi yasalarının uygulanması esnasında

⁸²³ Lionel Noguera ve Alain Steichen, "National Report Luxembourg", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (409-431), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 416.

⁸²⁴ Noguera ve Steichen, s. 416. s. 416.

⁸²⁵ Noguera ve Steichen, s. 416. s. 416.

⁸²⁶ Alman vergi hukuku tarihinde, bir tüzel kişinin, vergilendirme yetkisini aşan bir şekilde nasıl sınıflandırıldığına dair önemli bir örnek yer almaktadır. "*Organ Theory*" olarak adlandırılan bu düzenleme, Almanya'da mukim şirketler tarafından kontrol edilen yabancı ülkelerde mukim yavru şirketlerin gelirlerinin ana şirkete atfedilmesini sağlayan ve bu şirketlerin dikey organizasyon içinde yapılandırılmasını kabul eden bir düzenlemedir. Organ Theory, uluslararası vergiden kaçınmanın önlenmesi amacıyla taşımaktadır. 31 Mart 1922 tarihini taşıyan bir yargı kararında, bu teorinin, Almanya mukimi olmayan bir şirketle, bu şirketin Almanya'da mukim yavru şirketi arasındaki ilişkilerde de uygulanabileceğine karar verilmiş olup, ayrıca bu konu, 1934 tarihli yasal bir düzenleme ile de kanun hükmü haline getirilmiştir. Bu teorinin uygulanmasının sonuçları şunlardır; yabancı bir kurumun Almanya mukimi yavru şirketi, bir kurum olarak değil, bir şube olarak kabul edilecek, yani Alman hukukuna göre Alman yavru şirketin tam mükellefiyeti, yabancı şirketin dar mükellefiyetine dönüşecek veya Almanya mukimi bir şirketin yabancı ülkede mukim yavru şirketi, Alman şirketin kontrolü altında Almanya mukimi olarak kabul edilebilecek, yani yasal bir varsayım ile Almanya mukimi olmayan bir kurum Almanya mukimi sayılacak, dolayısıyla Almanya vergilendirme yetkisinin tamamen dışındaki bir yabancı şirket, Almanya'da tam mükellefiyet kapsamında tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirilecektir, Martha, s. 151; Organ Teorisi; bir üst işletme ile alt işletmeler arasında mali, iktisadi ve organizasyona ait zincirleme ilişkiler (Eingliederung) olduğu görüşüdür. Bu görüşe göre, işletmeler, ayrı ayrı hukuki kişiliğe sahip olsalar dahi, iktisaden bir tek birlik meydana getirirler. Bu iktisadi birlik için mükellefiyet tek ve toplu olmalıdır, Şanver, s. 137; vergi hukuku organ teorisini benimsemekle, vergilemeyi hukuki şekillere değil, iktisadi şekillere bağlıyor demektir, Şanver, s. 139.

başka bir devletin egemenlik alanında kamu gücünün kullanılabilceği anlamına gelmediğinden, yabancı kurumun vergilendirme yetkisini kullanan ülkede herhangi bir mal varlığının da bulunmaması halinde, söz konusu ülkenin icrai yetkisinin kullanılması da söz konusu olamayacaktır. Bu nedenle, devletlerin vergilendirme yetkisi içerisinde düzenleme yapabilmesi için yabancı ülkede mukim bir kurumun mali ikametgâh bağlama noktasının tespitinin yanı sıra, söz konusu kurum ile yurt içinde mukim ortaklar arasında kontrol eden ortakların tabiiyetinin veya ikametgâhının bulunduğu yer testi gibi yöntemler kullanmak suretiyle bir bağın da kurulması gerekmektedir. Özellikle vergilendirme yetkisini kullanan ülkede işyeri bulunmayan yabancı kurumların vergilendirilmesi ve tahakkuk eden vergilerin tahsil edilmesi noktasında bu bağın kurulmasına gerek duyulmakta olup, sonuç olarak, KEYK adına tahakkuk ettirilen tüm vergiler için ortakların sorumlu tutulmalarına yönelik ilave düzenlemeler yapılması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır.⁸²⁷

Ayrıca, bir kurumun iki farklı ülkede tam mükellefiyet statüsünde vergilendirilmesi, uluslararası düzeyde yetki çakışmasına neden olacağı ve çifte vergilendirme sorununu da gündeme getireceğinden bu sorunun da ilave önlemlerle çözümlenmesi gerekecektir.

b. Kontrol Edilen Yabancı Kurumun Ortaklarının Vergilendirilmesi

KEYK'ler kullanılmak suretiyle vergiden kaçınmanın önlenmesi yöntemlerinden bir diğeri ise KEYK'lerin ortaklarının vergilendirilmesidir.

KEYK özelliği taşıdığı belirlenen kurumların ortakları, belli bazı şartlar altında, yabancı kurum tarafından elde edilen gelirler üzerinden doğrudan vergilendirilmektedir⁸²⁸. OECD tarafından hazırlanan "*Çifte Vergilendirme Anlaşmaları ve Üs Şirketlerin Kullanımı (Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies)*"⁸²⁹ başlıklı Rapor'da; KEYK mevzuatının, belirli bazı şartlar altında, kurum tarafından ortaklara dağıtılmamış olan karların ortaklar elinde vergilendirilmesini sağladığı ifade edilerek, karı ortaklar elinde vergilendirme konusundaki yöntemler üç başlık altında incelenmiştir. Bunlar aşağıda sıralanmaktadır⁸³⁰;

- Dağıtılmış sayılma, "*fiktif kar payı*" yöntemi (fictive dividend approach),

⁸²⁷ Arnold, *CFC*, s. 72.

⁸²⁸ Bkz., § 6 Bölüm, II/1-b kısım.

⁸²⁹ OECD, *2000a*, para. 20, 23.

⁸³⁰ OECD, *2000a*, para. 24; Fontana'ya göre bu yöntemlerin tümü ikamet ülkesinin vergilendirme yetkisini ve uluslararası vergi hukuku prensiplerini ihlal eden yapıdadır, Renata Fontana, "The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union-Part 1", *European Taxation*, Vol. 46, No. 7 (June 2006), s. 261. (J)

- Ortakların elinde oluşmuş sayılma, "kurum perdesinin kaldırılması" yöntemi (piercing the veil),
- Hissedarların vergi ödeme kabiliyetlerinin artırılmış olduğunun kabul edilerek, gelirin özel yapıda bir sermaye geliri oluşturması yöntemi.

KEYK düzenlemesini ihdas etmiş ülkelerin mevzuatları incelendiğinde, söz konusu yöntemlerden ilk ikisi veya ilk ikisinin bir kombinasyonunun benimsenmiş olduğu görülmektedir. Bu nedenle, aşağıdaki bölümlerde, ilk iki yöntem detaylı olarak incelenecektir. Üçüncü yöntem, OECD'nin "Üs Şirketler Raporu"⁸³¹ ve "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Mevzuatı" Raporu'nda⁸³² yer verilmekte olup, bu yöntem, "ödeme gücü yöntemi" veya "mali güce göre vergilendirme yöntemi" olarak ifade edilebilir. Ödeme gücü yöntemi, KEYK'den elde edilen veya elde edilmesi gereken kazancın, KEYK'in ortaklarının vergi ödeme gücünü, mali gücünü arttırdığı düşüncesine dayandırılır, çünkü ekonomik olarak söz konusu gelir kontrol eden ortakların tasarrufu altındadır ve özel yapıda bir sermaye geliri oluşturduğu kabul edilmektedir⁸³³.

Vergilendirilecek gelirin niteliğinin belirlenmesi, uluslararası çifte vergilendirmenin önlenmesi anlamında da önem taşımaktadır. Söz konusu yöntemler aşağıda detaylarıyla incelenmektedir.

aa. Fiktif Kar payı Yöntemi

KEYK'in ortaklarının vergilendirilmesinde yararlanılan yöntemlerden bir tanesi, "fiktif dağıtım yöntemi" veya "fiktif kar payı dağıtım yöntemi" dir. Bu yöntemde, yabancı kurumun farklı bir vergi öznesi olduğu hususu göz ardı edilmek zorunda değildir⁸³⁴. Yabancı kurum tarafından elde edildiği kabul edilen kazancın, bir vergi mükellefi olan yabancı kurum nezdinde elde edildiği kabul edilerek, kurum nezdinde mukim olduğu ülke vergi hukukuna göre genel hükümler çerçevesinde vergilendirildikten sonra, ikinci aşamada⁸³⁵ hissedarlara

⁸³¹ OECD, 2000a, para. 24,

⁸³² OECD, CFC, s. 20.

⁸³³ OECD, CFC, s. 20.

⁸³⁴ Marjaana Helminen, "National Report Finland", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (191–219), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 200. (Finland)

⁸³⁵ Rust, s. 268.

atfedilmektedir. KEYK tarafından yapılmış gerçek bir kar dağıtımı olmasa dahi, KEYK'in ortakları fiktif bir kar payı elde edildiği varsayımı altında vergilendirilmektedir⁸³⁶.

Bu yöntemin uygulanması sonucunda, vergilendirme açısından, fiili kar payı dağıtımı ile karşılaştırılabilir bir durum oluşur⁸³⁷. Bu yöntem, Almanya⁸³⁸, İsrail⁸³⁹, Litvanya⁸⁴⁰ ve özel bir düzenleme içerisinde Portekiz⁸⁴¹ gibi ülkelerde uygulanmaktadır.

bb. Kurum Perdesinin Kaldırılması Yöntemi

KEYK'in karlarının ortaklara atfedilmesinde kullanılan yöntemlerden birisi de, KEYK'in tüzel kişiliğini göz ardı etmek ve KEYK'in karlarını "*tüzel kişilik veya kurum perdesinin kaldırılması*" yoluyla ortaklara atfetmektir⁸⁴². Bu yöntemi benimseyen sistemlerde, yöntemin iki farklı şekilde uygulandığı tespit edilmektedir. KEYK düzenlemesini uygulayacak olan ülkenin vergi hukuku, KEYK bünyesinde oluşan kazancın birinci aşamada bir vergi mükellefi olan yabancı kurum tarafından elde edildiğini kabul ederek ikinci aşamada hissedarlara atfedebilmekte ya da kurum bünyesinde oluşan kazancın hissedarlar tarafından elde edildiğini kabul ederek doğrudan hissedarlara atfedebilmektedir⁸⁴³. KEYK'in ilgili dönem kazancının mukim hissedarlarca doğrudan elde edilmiş olduğu varsayımı altında, "*kurum perdesinin kaldırılması yöntemi (piercing the corporate veil approach)*" olarak adlandırılan bu yönteme uygun olarak hissedarlara atfedilmesi durumunda, söz konusu kazanç, yabancı ülkede kurulan bir şube vasıtasıyla elde edilmiş bir kazanç gibi değerlendirilmekte ve bu yönteme uygun vergilendirme şubelerin vergilendirilmesine⁸⁴⁴ benzer bir sonuç yaratmaktadır. Atfedilecek gelirin niteliği, KEYK düzenlemesini ihdas etmiş ülkelerin ulusal mevzuatlarına göre belirlenmekte olup, genellikle ticari kazanç olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte,

⁸³⁶ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 26; bu yöntem Arnold tarafından; "*deemed dividend theory*" olarak, Arnold, *CFC*, s. 495; Fontana tarafından, "*fictitious dividend approach*" olarak, Fontana, *I*, s. 261, adlandırılmaktadır.

⁸³⁷ Helminen, *Finland*, s. 200.

⁸³⁸ Rust, s. 259.

⁸³⁹ Sarig Shalhav, "National Report Israel", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (323–348), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 337.

⁸⁴⁰ Julius Bernatonis, "National Report Lithuania", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (391–408), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 400.

⁸⁴¹ Ricardo Borges, "National Report Portugal", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (527–558), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 539.

⁸⁴² Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 26; bu yöntem Arnold tarafından; "*income earned directly theory*" olarak, Arnold, *CFC*, s. 495; Fontana tarafından, "*piercing the veil*" veya "*look-through approach*" olarak, Fontana, *I*, s. 261, adlandırılmaktadır.

⁸⁴³ Rust, s. 268.

⁸⁴⁴ Yeni Zelanda kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi bu özelliği taşımaktadır, Bkz., Andrew B. Jackson ve Andrew M. C. Smith, "National Report New Zealand", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (463–487), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 474.

KEYK düzenlemesini ihdas etmiş ülkelerin çok azında özel bir şekilde tanımlandığı tespit edilmektedir⁸⁴⁵.

"Tüzel kişilik perdesinin kaldırılması yöntemi" veya "Kurum perdesinin kaldırılması yöntemi" yabancı kurumun farklı vergi süjesi olduğu konusunun göz ardı edilmesi gerektiği noktasında "fiktif dağıtım yöntemi"nden farklıdır⁸⁴⁶ ve uygulaması, "kurum sınıflandırması karmaşası (entity classification conflict)⁸⁴⁷" olarak adlandırılan karışıklığa benzer bir durum yaratır. Çünkü kurumun mukim olduğu ülke kurumu ayrı tüzel kişilik olarak, ortaklarının mukim olduğu ülke kurumu şeffaf kurum olarak sınıflandırır⁸⁴⁸.

Kurum perdesinin kaldırılması yöntemi, sorunu çözmede en doğrudan yöntemdir ve göreceli olarak basit ve adil olmasının ötesinde, tüm OECD ülkelerinin hukuk sistemlerinde yer alan ayrı varlık yaklaşımına uygun olmaması, yönetim açısından karmaşık ve külfetli kuralları gerektirmesi ve yabancı kurumun hisselerinin hamiline yazılı olması durumunda, yöntemin uygulanmasında bir takım sorunlarla karşılaşılması gibi dezavantajları bulunmaktadır⁸⁴⁹.

Kurum perdesinin kaldırılması yöntemi Avusturya'da⁸⁵⁰ ve İtalya'da⁸⁵¹ uygulanmaktadır ve fiktif kar payı dağıtım yöntemi ile karşılaştırıldığında daha az kullanılan bir yöntemdir.

2. Türk Hukukunda

Türk hukukunda KEYK düzenlemelerinin esasları, tüzel kişiler ve gerçek kişiler açısından farklı esaslara göre belirlenmiştir. GVK ve KVK'da yer alan hükümler incelendiğinde, KEYK'in ortaklarının vergilendirilmesinde sistemimizin; tüzel kişi ortaklar için kurum perdesinin kaldırılması yönteminin, gerçek kişi ortaklar için ise fiktif kar payı dağıtım yönteminin benimsediği anlaşılmaktadır.

⁸⁴⁵ Sandler, s. 15 ve 93; OECD, 2000a, para. 24.

⁸⁴⁶ Sandler, s.15.

⁸⁴⁷ Kurumun mukim olduğu ülke kurumu ayrı tüzel kişilik olarak, ortaklarının mukim olduğu ülke kurumu şeffaf kurum olarak sınıflandırması, "kurum sınıflandırması karmaşası" olarak tanımlanmaktadır, Helminen, *Finland*, s. 200; bu tür kurumlar hibrit kurumlar (hybrid entity) olarak da adlandırılmaktadır, IBFD, *Glossary*, s. 157.

⁸⁴⁸ Helminen, s. 200; Bkz., § 7 Bölüm, I/1 kısım.

⁸⁴⁹ OECD, 2000b, para. 24.

⁸⁵⁰ Haslinger, s. 82; Avusturya kontrol edilen yabancı kurum (taslak) düzenlemesi.

⁸⁵¹ Favi, s. 360.

a. Sistematik Açıdan

Türk vergi hukukunda, KEYK düzenlemesi, gerçek kişiler ve kurumlar için iki ayrı Kanun ile ihdas edilmiştir. Tüzel kişiler için 1 Ocak 2006 tarihi itibarıyla, gerçek kişiler içinse 01.01.2007 tarihi itibarıyla "*Kontrol Edilen Yabancı Kurum*" mevzuatı düzenlenmiştir.

KVK incelendiğinde, KEYK düzenlemesinin, Kanunun "*Tam Mükellefiyet Esasında Verginin Tarhi ve Ödenmesi*" başlıklı "*İkinci Kısım*"nın "*Matrahın Tayini*" başlıklı "*Birinci Bölüm*"ünde yer aldığı görülmekte olup, madde başlığı ise "*Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı*"dır.

Sistematiik olarak incelendiğinde, kurumlar açısından KEYK düzenlemesinin, Kanunun matrahın tespitini hükme bağlayan bölümünde yer alması, Kanun koyucu tarafından, Türkiye'de mukim kurumların yurtdışı iştiraklerinin karlarının, maddede belirtilen şartların da gerçekleşmesi durumunda, bu kurumların Türkiye'deki matrahlarına, yurt dışından elde edilmiş ticari kazanç olarak eklenmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

Diğer taraftan, GVK'nın, KEYK kazançlarının vergilendirilmesine dair hükümler içeren maddesi incelendiğinde, hükmün, Kanunun "*Menkul Sermaye İradı*" başlıklı bölümünün, menkul sermaye iradını tanımlayan "*Tarifi*" başlıklı maddesinin 2 numaralı bendinde yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla, Kanun koyucunun Türkiye'de mukim gerçek kişilerin yurtdışı iştiraklerinin karlarının, maddede belirtilen şartların da gerçekleşmesi durumunda, gerçek kişiler tarafından yurt dışı iştiraklerden elde edilmiş menkul sermaye iradı, başka bir ifadeyle, kar payı olarak vergilendirilmesinin amaçladığı anlaşılmaktadır.

b. Maddi Açıdan

Mevzuata ilişkin unsurlar, KVK ile hüküm altına alınmış, GVK'da ise KVK'ya atıf yapılarak, gerçek kişilerin de KVK'nın ilgili maddesinde yer alan şartları taşıyan kurumlardan elde edilen gelirlerinin, gelir vergisi kapsamında vergilendirileceği hükme bağlanmıştır.

5520 sayılı KVK'nın "*Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı*" başlıklı 7. maddesi aşağıdaki gibidir.

"Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum

kazançları, dağıtılın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir:

- a) İştirakin toplam gayrisafi hasılatının % 25 veya fazlasının faaliyet ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticarî, ziraî veya serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kâr payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi pasif nitelikli gelirlerden oluşması.*
- b) Yurt dışındaki iştirakin ticarî bilânço kârı üzerinden % 10'dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşınması.*
- c) Yurt dışında kurulu iştirakin ilgili yıldaki toplam gayrisafi hasılatının 100.000 YTL karşılığı yabancı parayı geçmesi.*

(1) Birinci fıkrada yer alan toplam vergi yükü, Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki tanıma göre tespit edilir.

(2) Kontrol oranı olarak, ilgili hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte sahip olunan en yüksek oran dikkate alınır.

(3) Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir.

(4) Bu maddeye göre Türkiye'de vergilenmiş kazancın yurt dışındaki kurum tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilenmemiş kısmı kurumlar vergisine tâbi tutulur."

Madde metni incelendiğinde, maddenin (4) numaralı fıkrasında; "*Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir.*" hükmünün yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla maddi açıdan incelendiğinde de, Kanun koyucunun, tüzel kişiler açısından gerçekleştirilen KEYK düzenlemesiyle, Türkiye'de mukim kurumların yurtdışı iştiraklerinin karlarının, maddede belirtilen şartların da gerçekleşmesi durumunda, bu kurumların Türkiye'deki matrahlarına, yurt dışından elde edilmiş ticari kazanç olarak eklenmesini amaçladığı anlaşılmaktadır.

GVK'nın 75. maddesinin 2 numaralı bendine eklenen ve gerçek kişileri kapsayan hüküm aşağıda belirtilmiştir.

"5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 7 nci maddesindeki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde; Türkiye'de yerleşik gerçek kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kazançları dağıtılsın veya dağıtılmasın, iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren yıl itibarıyla dağıtılan kâr payı sayılır. Türkiye'de vergilendirilmiş kazancın iştirak tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilendirilmiş kısmı bu tutardan indirilir."

İncelenmesinden de görüleceği üzere madde metninde açık olarak, Türkiye'de mukim gerçek kişilerin yurtdışı iştiraklerinin karlarının, maddede belirtilen şartların da gerçekleşmesi durumunda, gerçek kişiler tarafından yurt dışından elde edilmiş kar payı olarak vergilendirileceğinin hükme bağlandığı görülmektedir. Dolayısıyla, düzenleme maddi açıdan incelendiğinde de aynı sonuca ulaşılmaktadır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM MEVZUATININ
UYGULAMA KOŞULLARI

§ 7. OBJEKTİF KOŞULLAR

I- KEYK MEVZUATININ OBJEKTİF ŞEKLİ KOŞULLARI

KEYK müessesesinin öznesini oluşturan KEYK terimi, "*yurtdışı iştirak*" ve "*kontrol*" gibi iki unsur içermektedir. Bu unsurlardan "*yurtdışı iştirak*", düzenlemenin kapsamına giren kurumları, "*kontrol*" ise bu kurumlar üzerindeki önemli etkiyi ifade etmektedir.

Dolayısıyla KEYK düzenlemesi kapsamına giren kurumların öncelikle iştirak özelliğini taşıması ve yurtdışında mukim olması gerekmektedir. İştirak özelliği taşıyan yurt dışında mukim kurumların tümü KEYK özelliği taşımamakta ise de, KEYK olarak belirlenmiş yurt dışında mukim kurumların tümü iştirak özelliği taşımaktadır⁸⁵². Bu nedenle, düzenleme açısından yurt dışı iştirak tanımına girecek ekonomik hukuki yapıların, yani "*kurum*" kavramının kapsamı ile "*yabancılık*" unsurunun kapsamının belirlenmesi gerekir.

1. Yabancı Kurum/Yurt dışı İştirak Koşulu

a. "Kurum"/ "İştirak"

aa. Kapsama İlişkin Genel Yaklaşımlar

Vergi erteleme veya vergiden kaçınma amacıyla kullanılabilen hukuki yapılar genel olarak kurum olarak tanımlanabilen yapılardır⁸⁵³. Uluslararası vergi hukukunda "*ayrı varlık yaklaşımı*" (separate entity approach) olarak adlandırılan yaklaşıma göre, ortaklarından ayrı olarak vergilendirilebilen⁸⁵⁴ ayrı ve bağımsız hukuki yapılar, yani tüzel kişiliği haiz işletmeler "*kurum*" veya "*şirket*" olarak⁸⁵⁵ tanımlanmaktadır.

⁸⁵² Bkz., § 1 Bölüm, II/2 kısım.

⁸⁵³ Vergilendirmede ülkesellik ilkesini benimseyen ülkelerde, şubeler de vergiden kaçınma veya vergi erteleme amacıyla kullanılabilir, Bkz., § 3 Bölüm, II-2 kısım.

⁸⁵⁴ IBFD, *Glossary*, s. 56; klasik vergilendirme sistemi (Classical System of Taxation) olarak da adlandırılan bu sistemde, şirket tarafından ödenen kurumlar vergisi dışında, ortaklar da dağıtılan kar payları üzerinden gelir vergisi ödemek zorundadırlar.

⁸⁵⁵ Sandler, s. 3.

Kurum veya şirket olarak tanımlanan ve çoğunlukla KVK kapsamına giren hukuki yapılar, hemen hemen tüm ülkelerde benzer şekilde tanımlanmaktadır. Bunun nedeni, ülkelerin kurumlar vergisi sistemlerinin temel özelliklerinin birbirine çok yakın olması ve birçok ülkede, "şirket" veya "kurum" olarak tanımlanan hukuki yapıların temel özelliklerinin de benzerlik arz etmesidir. Genel olarak, bir işletmenin aşağıdaki özellikleri taşıması durumunda, bu işletme "kurum" veya "şirket" olarak adlandırılmaktadır⁸⁵⁶:

- Kazancın ortaklara dağıtılması amacıyla ticari faaliyet gösteren, sermayesi paylara bölünmüş tüzel kişiliktir,
- Yönetimi ortaklar tarafından değil, özel bir kurul, yani yönetim kurulu tarafından sürdürülür,
- Karları otomatik olarak dağıtılmaz, dağıtım kararı alınıncaya kadar şirket bünyesinde muhafaza edilir,
- Ticari sicile kaydedilir ve şirket sözleşmesi resmi bir belgedir,
- Şirket ortakları, iştirak hisselerini usulüne uygun olarak ödemeleri şartıyla, şirket borçlarından sorumlu değildir,
- Kurumlar vergisine tabidir.

Uluslararası vergi hukukunda "ayrı varlık yaklaşımı" altında değerlendirilen kurumlar dışında kalan işletmeler ise şeffaf kurumlar olarak kabul edilmekte ve elde etmiş oldukları kazanç ve zararları ortaklara atfedilerek, karları doğrudan ortaklar nezdinde vergilendirilmektedir⁸⁵⁷. Genellikle, başta ortaklıklar olmak üzere dernek ve vakıflar gibi hukuki yapılar, birçok ülkede şeffaf kurum olarak kabul edilmektedir. Bu noktada, özellikle ortaklıkların temel özellikleri ve kurumlar vergisi açısından durumları birçok ülkede önemli farklılıklar arz etmektedir⁸⁵⁸. Ticaret hukuku açısından bakıldığında, ortaklıkların vergisel niteliği kuruldukları ülkenin hukukuna göre belirlenmekte olup, geleneksel olarak Common Law ülkelerinin hukuk sistemleri içerisinde şeffaf kurum olarak, Civil Law ülkelerinin hukuk sistemleri içerisinde ise tüzel kişilik olarak kabul edilmektedir⁸⁵⁹. Bazı ülkelerde tüzel kişiliği haiz olsun olmasın tüm işletmeler kurumlar vergisine tabi tutulurken, bazı ülkelerde tüzel kişiliği haiz kurumların dahi, kurumlar vergisi açısından ayrı kurumlar olarak kabul

⁸⁵⁶ Freek P.J. Snel ve Cristian Lucas Mas, "The Classification of Partnerships for Tax Purposes: A Comparative Analysis", **European Taxation**, Vol. 43, No. 10 (October 2003), s. 367.

⁸⁵⁷ IBFD, *Glossary*, s. 128; Bu sistem mali şeffaflık ("*fiscal transparency*" veya "*looking through*") olarak adlandırılmaktadır, IBFD, *Glossary*, s. 128.

⁸⁵⁸ Snel ve Mas, s. 367.

⁸⁵⁹ Raffaele Russo ve Edoardo Pedrazzini, "The Only Way Out is the Way Through: Taxation of Partnerships in Italy", **European Taxation**, Vol. 45, No. 4, April 2005, s. 138; Thuronyi, s. 278.

edilmedikleri ve ortaklıklar gibi, şeffaf kurumların tabi olduğu kurallara göre vergilendirildikleri de tespit edilmektedir⁸⁶⁰. Bazı ülkelerde ise yabancı ülkelerde kurulan bazı hukuki yapıların, iç hukukları açısından tüzel kişilik veya şeffaf kurum olarak tanımlanmasına ilişkin listeler yayınlandığı⁸⁶¹, hatta bazı ülkelerde de, yabancı kurumların da iç hukuka göre tanımlanacağı yönünde düzenlemelerin yer aldığı belirlenmektedir⁸⁶².

Tüzel kişiliği haiz kurum tanımlaması ülkeden ülkeye farklılık göstermesine rağmen, genel olarak anonim şirketler (joint-stock companies) ve limited şirketler (limited liability companies) ile benzeri kurumlar⁸⁶³, vergilendirme anlamında ayrı varlık yaklaşımı altında değerlendirilen kurumlardır⁸⁶⁴.

Vergilendirme alanında ayrı varlık yaklaşımı altında değerlendirilen kurumlar, yani tüzel kişilikler, düzenlemenin yürürlükte olduğu tüm ülkelerde KEYK düzenlemesi kapsamına girmektedir. Ancak, tüzel kişiliği haiz kurumların tanımlanması ve çokuluslu şirketlerin vergilendirilmesine ilişkin düzenlemeler konusunda ülkeler arasındaki farklılıklar, KEYK düzenlemelerinin uygulanması açısından bazı sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır⁸⁶⁵. Bu nedenle, KEYK düzenlemeleri açısından hangi hukuki yapıların düzenleme kapsamında olduğu ve bu tespit için kaynak ülke hukukunun etkili olup olmadığı konusunun açıkça belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirlemeye esas alınabilecek yöntemler; (i) KEYK düzenlemesini hükme bağlayan yasa maddeleri içerisinde net bir şekilde sayılması veya tanımlanması, (ii) yasa metni içerisinde herhangi özel bir düzenleme yapılmak suretiyle genel düzenlemelerin uygulanmasına olanak sağlanması⁸⁶⁶ ve (iii) gelir veya kurumlar vergisi kanunlarında⁸⁶⁷ veya diğer kanunlarda yer alan tanımlara atıf yapılması, olarak sayılabilir.

⁸⁶⁰ Thoronyi, s. 278; IBFD, *Glossary*, s. 128.

⁸⁶¹ HM Revenue&Customs, Inland Revenue Tax Bulletin Issue-50 <http://www.hmrc.gov.uk/bulletins/tb50.htm#4>, (28.04.2008).

⁸⁶² Thuronyi, s. 278.

⁸⁶³ Arnold, *CFC*, s.412.

⁸⁶⁴ Marjaana Helminen, "Is There a Future for CFC-regimes in the EU?", **International Tax Review Intertax**, Vol. 33, Issue 3 (2005), s. 117 (*Finland*); IBFD, *Glossary*, s. 182.

⁸⁶⁵ Bkz., § 7 Bölüm, I/1-a/bb kısım.

⁸⁶⁶ İngiltere KEYK düzenlemesi bu duruma örnek olarak verilebilir. İngiltere KEYK düzenlemesi, açık bir "kurum" tanımı içermemekte, sadece ortaklıklar hariç olmak üzere, tüzel kişiliği haiz olsun olmasın tüm kurumları kapsadığına ilişkin bir hüküm içermektedir, Graziani, s. 3; Avusturya KEYK düzenlemesi de benzer yapıdadır, Linda Greenleaf, "National Report Australia", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (53-71), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 58.

⁸⁶⁷ Bernatonis, s. 394; Almanya KEYK düzenlemesine göre, "kurum", Almanya Kurumlar Vergisi Kanununun (Körperschaftsteuergesetz) 1 numaralı bölümünde tanımlanan kurumlara benzer özellikteki yabancı kurumdur, Wuebbelsmann ve Post, s. 5.

Düzenleme kapsamına giren hukuki yapıların, KEYK düzenlemesi içerisinde özel bir şekilde tanımlanması veya gelir ve/veya kurumlar vergisi kanunları⁸⁶⁸ ya da diğer kanunlarda yer alan tanımlamalara atfı yapılarak belirlenmesi, uygulama açısından ortaya çıkması olası sorunların engellenmesi açısından önemlidir. Kapsama girecek hukuki yapılara ilişkin KEYK düzenlemesi içinde özel bir tanımlama bulunmaması durumunda ise varsa düzenlemenin yer aldığı kanunda, vergilendirme açısından "*kurum*" olarak tanımlanan, böyle bir tanımlama olmaması halinde ise ilgili kanun gereğince kurumlar vergisine tabi tutulan tüm hukuki yapıların, KEYK düzenlemeleri açısından da "*kurum*" olarak kabul edilmesi gerekir.

Diğer taraftan, KEYK'in mukim olduğu kaynak ülke hukuku gereğince kurum olarak tanımlanan hukuki yapıların da düzenleme kapsamında değerlendirilmesinin hedeflenmesi durumunda, ilgili yasa metninde buna ilişkin bir hükmün yer alması gerekmektedir. Bu durumda, kapsama dâhil "*kurum*" tanımlamasında, yabancı kurumun mukimi bulunduğu (kaynak) ülkenin ticaret hukuku (Commercial Law) da belirleyici olacaktır⁸⁶⁹.

bb. Kapsama İlişkin Uygulama Sorunları

KEYK düzenlemeleri açısından bir kurumun, hem mukim olunan ülke, hem de kaynak ülke hukuku açısından tüzel kişiliği haiz kurum olarak kabul edilmesi durumunda, yabancı kurum KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirileceğinden, uygulama açısından herhangi bir sorun ortaya çıkmayacağı gibi, her iki ülke hukuku açısından şeffaf kurum olarak kabul edilmesi durumunda da herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Çünkü şeffaf kurumlar söz konusu olduğunda, kurumun ortakları kurum kazancı üzerinden doğrudan vergilendirilecektir⁸⁷⁰.

Yukarıda da belirtildiği gibi, KEYK düzenlemesi, istisnalar dışında, ayrı varlık yaklaşımı altında değerlendirilen ve ortaklarından bağımsız olarak vergilendirilen tüzel kişiliği haiz kurumları kapsamaktadır. Bu nedenle, ülkeler arasındaki tanımlama farklılıkları, KEYK düzenlemesinin uygulanması açısından bazı sorunların ortaya çıkmasına neden olmaktadır ki, bu sorunların temelinde de ortaklıklar, tüzel kişiliği haiz olmayan şeffaf kurumlar ve zaman

⁸⁶⁸ Bernatonis, s. 394.

⁸⁶⁹ Bernatonis, s. 394; Litvanya KEYK düzenlemeleri içerisinde, kaynak ülke hukukuna göre kurulan veya faaliyette bulunan hukuki yapıların da düzenleme kapsamında değerlendirildiği yönünde hükümlere yer verildiği tespit edilmektedir; Bernatonis, s.394; Macaristan KEYK düzenlemeleri içerisinde de benzer hükümler yer almaktadır, Bláint Liszicza, "National Report Hungary", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (303–322), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 307.

⁸⁷⁰ Arnold, *CFC*, s.412; ancak bu durumda bile yabancı ülkede ödenen verginin oranının, ortakların mukimi bulunduğu ülkede uygulanan vergi oranından düşük ise yine bir vergi ertelemesinden söz edilmesi mümkün olacaktır, Arnold, *CFC*, s.412.

zaman da şubeler bulunmaktadır. Bir ülkenin ayrı varlık yaklaşımı altında değerlendirdiği ve kurum tanımı kapsamına aldığı bir hukuki yapıyı, diğer ülkenin şeffaf kurum olarak kabul etmesi halinde veya tersi durumlar (hibrit kurumlar (hybrid entity))⁸⁷¹, bu sorunlara örnek oluşturmaktadır.

Ülkelerin iç hukukları incelendiğinde, şeffaf kurum olarak kabul edilen, tüzel kişiliği haiz olmayan ve genel olarak KEYK düzenlemesi kapsamına girmeyen ortaklıklar ile dernek ve vakıflar gibi hukuki yapıların KEYK düzenlemeleri karşısındaki durumu ile ilgili olarak özel düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Söz konusu düzenlemelerle ilişkin birkaç örnek aşağıda belirtilmekte olup, bu düzenlemeler genel kuralın istisnasını oluşturmaktadır.

- a) Ortaklık şeklinde kurulan ve tüzel kişiliği haiz olmayan hukuki yapılar, Fransa⁸⁷², Macaristan⁸⁷³, İtalya⁸⁷⁴, Litvanya⁸⁷⁵, Portekiz⁸⁷⁶ ve İspanya⁸⁷⁷ gibi ülkelerde KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmektedir.
- b) Avustralya hukukuna göre hibrit kurumlar ortaklık olarak kabul edilmektedir⁸⁷⁸.
- c) Vakıflar⁸⁷⁹ ve dernekler ile diğer tüzel kişiliği bulunmayan kuruluşlar, Kanada⁸⁸⁰, Macaristan⁸⁸¹, Fransa⁸⁸², İtalya⁸⁸³, Norveç⁸⁸⁴ ve Finlandiya gibi ülkelerde belli şartların oluşması durumunda, düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir,

⁸⁷¹ Bkz., § 3 Bölüm, I/1-b kısım.

⁸⁷² Kabbaj ve Bletière, s. 225.

⁸⁷³ Liszicza, s. 307.

⁸⁷⁴ Favi, s. 353, İtalya Medeni Hukuku'na göre kurulan ve "teşebbüs" olarak adlandırılan hukuki yapılar da KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmektedir. "Teşebbüs (entrepreneur)", herhangi bir kişi tarafından sürdürülen mal ve hizmet alım satımı veya üretime ilişkin profesyonel ekonomik faaliyetleri ifade etmektedir.

⁸⁷⁵ Bernatonis, s. 394.

⁸⁷⁶ Borges, s. 532.

⁸⁷⁷ Almudi, s. 562.

⁸⁷⁸ Greenleaf, s. 58.

⁸⁷⁹ KEYK Düzenlemelerine benzer bir düzenleme olan Kanada "Foreign Accrual Property Income (FAPI)" kuralları bazı yabancı vakıflara uygulanmaktadır. Çünkü Kanada vergi hukukuna göre vakıflar (trust), ortakları ve hak sahiplerinden ayrı olarak vergilendirilebilir kuruluşlardır, OECD, CFC, s. 32.

⁸⁸⁰ OECD, CFC, s. 32.

⁸⁸¹ Liszicza, s.307.

⁸⁸² Kabbaj ve Bletière, s. 225.

⁸⁸³ Favi, s. 353.

⁸⁸⁴ Glad, s.493.

- d) Şube şeklinde yapılmış işletmeler, Fransa⁸⁸⁵, Almanya⁸⁸⁶, Litvanya⁸⁸⁷ ve Macaristan⁸⁸⁸ gibi ülkelerde, düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁸⁹,
- e) Fransa⁸⁹⁰ şubeler ile ilgili düzenlemeyi bir adım daha ileri götürmekte ve yabancı kurumların, Fransa'daki şubelerini de KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirmektedir.

Dolayısıyla, tüzel kişiliği haiz olmayan hukuki yapıların, KEYK düzenlemesine tabi tutulması konusunda ülkeler arasında farklılıklar bulunmakta olup⁸⁹¹, ülkelerin iç hukuklarına göre söz konusu kuruluşlar da ayrı vergilendirilebilir kurumlar gibi değerlendirilerek KEYK düzenlemesine tabi tutulabilmektedir⁸⁹².

Ülkeler arasındaki tanımlama farklılıklarının dışında bir başka sorun, kapsama dâhil edilmesi amaçlanan kurumların genel ve çok kapsamlı bir ifade ile belirlenmesidir. Örneğin, Fransa hukukuna göre, tüzel kişiliği haiz olsun olmasın tüm kurumlar, şubeler, ortaklıklar veya vakıflar düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁹³. Benzer bir şekilde Macaristan⁸⁹⁴ hukukuna göre; kurumun mukim olduğu yabancı ülkenin hukukuna göre kurulmuş olan ve kurumun Macar ortaklarının herhangi bir kazanç elde ettiği tüm kurumlar, şubeler, ortaklıklar veya vakıflar, İspanya⁸⁹⁵ hukukuna göre; kurumun mukim olduğu yabancı ülkenin hukukuna göre kurulmuş olan tüm kurumlar, şubeler, ortaklıklar veya vakıflar, yine Yeni Zelanda hukukuna göre; Yeni Zelanda'da mukim olmayan, mukim olsa bile Yeni Zelanda'nın imzalamış olduğu ÇVÖA gereğince vergilendirme hakkının yabancı ülkede olduğu, Yeni Zelanda'da vergi ödemeyen tüzel kişiliği haiz tüm kurumların, KEYK düzenlemesi

⁸⁸⁵ Fransa'da kurumlar, ülkesellik kavramı içerisinde vergilendirildiği, yani tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirilmediği için, şubeler yabancı kurum olarak kabul edilmekte ve vergiye tabi tutulmamaktadır. Dolayısıyla Fransa'da yabancı iştirakler kadar şubeler de vergiden kaçınma amacıyla kullanılabilirlerdir, Arnold, *CFC*, s. 414.

⁸⁸⁶ Förster ve Schmidtman, s. 482; Almanya'da mukim tam mükelleflerin yabancı ülkelerdeki işyerleri genel vergilendirme prensiplerine göre KEYK düzenlemesine tabi tutulmamakta iseler de, Almanya ile vergi anlaşması imzalamış ülkelerde bulunan ve KEYK özelliği taşıyan, yani pasif karakterli gelir elde eden daimi işyerlerinin gelirlerinin, Almanya'da vergilendirilen gelirlere dahil edilmesini sağlamak üzere, bu gelirlere vergi anlaşmalarında yer alan istisna metodu uygulanmamakta (switch over clause), mahsup metodu uygulanmaktadır, Förster ve Schmidtman, s. 482.

⁸⁸⁷ Bernatonis, s. 394.

⁸⁸⁸ Liszicza, s. 307.

⁸⁸⁹ OECD, *CFC*, s. 32.

⁸⁹⁰ Kabbaj ve Bletière, s. 225.

⁸⁹¹ OECD, *CFC*, s. 32.

⁸⁹² Arnold, *CFC*, s. 412.

⁸⁹³ Kabbaj ve Bletière, s. 225.

⁸⁹⁴ Liszicza, s.307.

⁸⁹⁵ Almudi, s.562.

kapsamına dâhil edildiği görülmekte⁸⁹⁶ ve bazı ülkelerde de vergiden kaçınma amacıyla kurulan vakıflar dahi düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir⁸⁹⁷.

cc. Kapsama İlişkin Sonuçlar

Yukarıdaki bölümlerde sözü edilen nedenlerle, KEYK düzenlemeleri açısından, vergilendirme alanında ülkeler arasındaki tanımlama farklılıklarından doğan karmaşanın önlenmesi için, bu mevzuat kapsamına girmesi hedeflenen hukuki yapıların ve kaynak ülke hukukunun düzenlemelere etkisinin, her ülkenin kendi hukuk düzeni içerisinde, yani KEYK mevzuatında veya genel anlamda vergi hukuku alanında açık olarak tanımlanması, hükme bağlanması gerekmektedir. Aksi takdirde, oluşabilecek kanun boşlukları kötüye kullanılabilir⁸⁹⁸.

Genel bir ifadeyle, KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkede mukim olması durumunda tam mükellef kurum statüsünde kurumlar vergisine tabi tutulması gereken her yabancı kurumun, KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilebilir olması⁸⁹⁹ gerekmektedir. Ayrıca, yurt dışında mukim kurumların, mevzuatı uygulayacak olan ülkede kurum tanımına girmemesi gibi durumlara ilişkin olarak da her bir hukuki yapı için özel belirleme yapılmasının (ortaklık, şube vb. dâhil olmak üzere) veya genel bir tanımlama içerisinde "*ayrı tüzel kişiliği ve sınırlı sorumluluğu bulunan, ortakları veya katılımcıları bulunan diğer kuruluşlar da bu tanım kapsamında değerlendirilebilecektir*" gibi özel belirlemelerin⁹⁰⁰ yapılması gerekir⁹⁰¹.

dd. KVK'da Uygulanan Yöntem

5520 sayılı KVK'nın "*Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı*" başlıklı 7. maddesinin 1. fıkrası aşağıdaki gibidir:

*"Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri **yurt dışı iştiraklerinin** kurum kazançları, dağıtılın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir:*

..."

⁸⁹⁶ Jackson ve Smith, s. 467.

⁸⁹⁷ OECD, 1998, s. 41.

⁸⁹⁸ Greenleaf, s.58.

⁸⁹⁹ Arnold, CFC, s. 412.

⁹⁰⁰ Greenleaf, s. 58.

⁹⁰¹ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 18.

Türk vergi sistemine KVK ile dâhil edilen KEYK müessesesine ilişkin maddede, kurum kavramının hangi hukuki yapıları kapsamına aldığı veya hangi ülke hukukuna göre belirleneceği konusunda herhangi bir hüküm yer almamaktadır. Maddenin kenar başlığında "kurum" terimi yer almasına rağmen, içeriğinde "yurt dışı iştirak" teriminin kullanıldığı görülmektedir. İştirak teriminin OECD⁹⁰² ve SPK⁹⁰³ tarafından, tüzel kişiliği olan veya olmayan işletmeler ayrımı yapılmaksızın sadece, aralarında % 10 ila % 50 arasında sermaye ve oy ilişkisi bulunan doğrudan yatırımlar olarak tanımlanmaktadır. Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu⁹⁰⁴, tarafından ise daha açık bir tanımlama yapılarak adi ortaklık gibi tüzel kişiliği olmayan işletmeler de dâhil olmak üzere, iş ortaklığı veya bağlı ortaklık niteliğinde olmayan, ancak üzerinde önemli etkisinin bulunduğu işletmeler şeklinde tanımlanmakta⁹⁰⁵, ancak sermaye ve oy ilişkisi anlamında bir belirlemeye yer verilmemektedir⁹⁰⁶. Dolayısıyla bu tanımlamalara göre, tüzel kişiliği olsun olmasın tüm işletmeler, diğer sermaye ve oy oranlarının da sağlanması durumunda iştirak özelliği taşıyacaktır. Bu tanımlamalardan hareketle, yurt dışında kurulan ve ilgili maddedeki diğer şartları da taşıyan iştiraklerin, (% 50'den fazla sermaye ve oy ilişkisi bulunan ve "bağlı ortaklık" olarak adlandırılan⁹⁰⁷ tüm iştirakler de dâhil olmak üzere) KEYK düzenlemesine tabi tutulması gerektiği sonucuna⁹⁰⁸ ulaşılabilir.

Diğer taraftan, KEYK düzenlemesinin, KVK içinde yer alması ve ilgili maddede özel bir belirleme bulunmaması nedeniyle, müessesenin adında yer alan "kurum" teriminin kapsamının KVK'ya göre belirlenmesi gerektiği, düzenleme ile yabancı ülkelerde kurulan tüm iştiraklerin değil, sadece KVK kapsamına giren kurum tanımı içerisinde yer alan kurumların hedeflendiği, Ticaret Hukuku kapsamına giren diğer şirket türlerinin kapsam dışı bırakıldığı da ileri sürülebilir. Bu durumda, KEYK düzenlemesi, KVK'nın 2. maddesine göre tespit edilen; sermaye şirketleri anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile benzer nitelikteki yabancı kurumlar, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek ve

⁹⁰² OECD, 1999, s. 10.

⁹⁰³ SPK, Tebliğ Seri XI/No:I, 5. Bölüm, s. 27.

⁹⁰⁴ 27.12.2005 tarih ve 26036 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan 12 Sıra No.lu İştiraklerdeki Yatırımlara İlişkin Türkiye Muhasebe Standardı (TMS28) Hakkında Tebliğ'in Eki'nde yer almaktadır.

⁹⁰⁵ Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu, s.743.

⁹⁰⁶ Bkz., § 1 Bölüm, II/2 kısım.

⁹⁰⁷ Bkz., § 1 Bölüm, II/3 kısım.

⁹⁰⁸ Uyanık bu konuda farklı görüşte olup, bu görüşe katılmak mümkün değildir. Uyanık'ın konu ile ilgili görüşleri şu şekildedir: "...Ülkemizde ise yurtdışına sermaye gönderilmesi ve şirket kurulması ile ilgili işlemleri Hazine Müsteşarlığı yönetmektedir ve ileride bu konuda ayrıntılı bilgi verilecektir. Dolayısıyla kontrol edilen yabancı şirket düzenlemeleri Hazine Müsteşarlığından yasal izinler alınarak kurulan şirketlere uygulanacaktır. Yasal işlemleri tamamlanmadan ve gerekli bildirim ve onayları alınmadan yurtdışında bildirimden yoksun kurulan şirketlere kontrol edilen yabancı şirket düzenlemelerinin uygulanması fiilen mümkün değildir. Ancak yapılacak vergi incelemelerinde yabancı şirketin yurtdışında mukim kişilerce ve kanunda arana oranda kontrol edildiğinin tespit edilmesi halinde düzenlemelerin uygulanabileceğini düşünmekteyiz..."; Uyanık, s. 240.

vakıflara ait iktisadi işletmeler, iş ortaklıkları ve yatırım fonları gibi kurumlar vergisine tabi kurumları kapsayacaktır⁹⁰⁹. Bu durumda, KVK uygulamaları açısından "kurum" tanımı içerisinde sadece KVK'da tanımlanmış kurumların dâhil edilmesi ve çerçevenin net olarak çizilmiş olması nedeniyle, KEYK düzenlemesi açısından da geçerli olan bu tanımın kapsamı dışında kalan yurtdışında mukim, tüzel kişiliği haiz olmayan, özel statüye sahip "European Economic Interest Groupings"⁹¹⁰ gibi şirketlerin veya ortaklık şeklinde yapılmış işletmelerin, KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmesi mümkün olmayacağından, yasal bir boşluk ortaya çıkması olasıdır.

Görüldüğü üzere, maddenin kenar başlığı ile içeriği arasındaki terim farklılığı, uygulama açısından iki ayrı sonuç ortaya çıkarmaktadır. Kanaatimce, burada deyimisel değil, amaçsal yorumda bulunmak gerekir. Öncelikle, kenar başlığında yer alan "kurum" kavramı, madde metninde yurt dışı "iştirak" olarak tanımlanmıştır. Madde metninde "KVK uyarınca kurulan" şeklinde bir ifade de yer almamaktadır. Madde içeriğinde yeniden "yurtdışındaki kurumlar" teriminin değil "iştirak" teriminin kullanılmış olmasının hukuki bir amacı ve anlamı olmalıdır. Düzenlemenin amacı göz önünde bulundurulduğunda, kurum tanımının, sadece KVK kapsamına giren kurumlar ile sınırlı olarak anlaşılması ve yurt dışında sadece kanunun dolanılması amacını taşıyan, vergiden kaçınma amacıyla kullanılan tüzel kişiliği olsun olmasın tüm iştirakleri kapsamaması gerekir.

⁹⁰⁹ KVK'nın kapsamını belirleyen 2 nci maddesinde sermaye şirketleri tanımlanmış olup madde metni şu şekildedir; "(1) Sermaye şirketleri: 29/6/1956 tarihli ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine göre kurulmuş olan anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketler ile benzer nitelikteki yabancı kurumlar sermaye şirkettir. Bu Kanunun uygulanmasında, Sermaye Piyasası Kurulunun düzenleme ve denetimine tâbi fonlar ile bu fonlara benzer yabancı fonlar sermaye şirketi sayılır.

(2) Kooperatifler: 24.4.1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununa veya özel kanunlarına göre kurulan kooperatifler ile benzer nitelikteki yabancı kooperatifleri ifade eder.

(3) İktisadî kamu kuruluşları: Devlete, il özel idarelerine, belediyelere, diğer kamu idarelerine ve kuruluşlarına ait veya bağlı olup, faaliyetleri devamlı bulunan ve birinci ve ikinci fıkralar dışında kalan ticarî, sınaî ve ziraî işletmeler iktisadî kamu kuruluşudur.

(4) Yabancı devletlere, yabancı kamu idare ve kuruluşlarına ait veya bağlı olup, bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları dışında kalan ticarî, sınaî ve ziraî işletmeler, iktisadî kamu kuruluşu gibi değerlendirilir.

(5) Dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler: Dernek veya vakıflara ait veya bağlı olup faaliyetleri devamlı bulunan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları dışında kalan ticarî, sınaî ve ziraî işletmeler ile benzer nitelikteki yabancı işletmeler, dernek veya vakıfların iktisadî işletmeleridir. Bu Kanunun uygulanmasında sendikalar dernek; cemaatler ise vakıf sayılır.

(6) İktisadî kamu kuruluşları ile dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmelerin kazanç amacı gütmemeleri, faaliyetlerinin kanunla verilmiş görevler arasında bulunması, tüzel kişiliklerinin olmaması, bağımsız muhasebelerinin ve kendilerine ayrılmış sermayelerinin veya iş yerlerinin bulunmaması mükellefiyetlerini etkilemez. Mal veya hizmet bedelinin sadece maliyeti karşılayacak kadar olması, kâr edilmemesi veya kârın kuruluş amaçlarına tahsis edilmesi bunların iktisadî niteliğini değiştirmez.

(7) İş ortaklıkları: Yukarıdaki fıkralarda yazılı kurumların kendi aralarında veya şahıs ortaklıkları ya da gerçek kişilerle, belli bir işin birlikte yapılmasını ortaklaşa yüklenmek ve kazancını paylaşmak amacıyla kurdukları ortaklıklardan bu şekilde mükellefiyet tesis edilmesini talep edenler iş ortaklıklarıdır. Bunların tüzel kişiliklerinin olmaması mükellefiyetlerini etkilemez."

⁹¹⁰ Kabbaj ve Bletière, s. 225.

b. Yabancılık

Bir kurumun "*yabancı*" kurum olup olmadığı, her ülkenin iç hukukuna göre belirlenmekte⁹¹¹, bu belirleme ise "*yerleşik olma*" yani "*mukimlik*" temelinde yapılmaktadır⁹¹². Dolayısıyla bir kurumun, KEYK düzenlemesine tabi tutulabilmesi için, öncelikle mevzuatı uygulayacak ülkede mukim olmaması, başka bir ifadeyle bu ülkede tam mükellefiyet kapsamında vergilendirilme koşullarını taşıyamaması gerekmektedir⁹¹³. Çünkü bir kurum ancak bir ülkede yerleşik olmaması halinde⁹¹⁴ vergi erteleme veya vergiden kaçınma amacıyla kullanılabilir⁹¹⁵.

Ülkelerin iç hukukları açısından bir kurumun yerleşik olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan ölçüt veya ölçütlerin, aynı şekilde uluslararası vergiden kaçınmanın önlenmesini amaçlayan düzenlemeler açısından⁹¹⁶, dolayısıyla KEYK düzenlemeleri açısından da kullanılması gerekir.

MK'nın 51. maddesinde; "*Tüzel kişinin yerleşim yeri, kuruluş belgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir.*" hükmü yer almaktadır. KVK'da tanımlanan mali ikametgâh (md. 3) ise yasal merkez ve iş merkezi ölçütlerine bağlanmış olup, bir kurumun Türkiye'de tam yükümlü sıfatıyla vergilendirilmesi yasal merkezinin veya iş merkezinin Türkiye'de bulunmasına bağlıdır. KVK'ya göre yasal merkez (md. 3/5); vergiye tâbi kurumların kuruluş kanunlarında, tüzüklerinde, ana statülerinde veya sözleşmelerinde gösterilen merkez, iş merkezi (md. 3/6) ise iş bakımından işlemlerin fiilen toplandığı ve yönetildiği merkezdir.

Dolayısıyla, yasal ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan, dışarıda yerleşik kurumlar "*yabancı kurum*" olarak kabul edilmektedir. Nitekim Doğrudan Yabancı Yatırımlar

⁹¹¹ Arnold, *CFC*, s. 413.

⁹¹² Bkz., § 4 Bölüm, I/2-b/aa kısım.

⁹¹³ Vergi hukuku açısından genellikle bir kurumun, tescilinin yapıldığı ülkede yerleşik olduğu kabul edilmekle birlikte, bazı ülkeler yönetim kurulunun, fiili kontrol veya yönetim merkezinin bulunduğu ülke gibi ölçütleri de dikkate alarak, söz konusu kurumları tam mükellef kurum statüsünde kurumlar vergisine tabi tutabilmektedirler, bkz. § 4 Bölüm I/2-b kısım.

⁹¹⁴ Fransa bu ölçütün istisnasını oluşturmaktadır. Çünkü Fransa'da kurumlar, ülkesellik kavramı içerisinde vergilendirilmekte, yani tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirilmemektedir. Bu nedenle, Fransa'da yabancı iştirakler kadar yabancı şubeler de vergiden kaçınma amacıyla kullanılabilir, Arnold, *CFC*, s. 414 ve OECD, *CFC*, s. 32.

⁹¹⁵ Arnold, *CFC*, s. 414.

⁹¹⁶ Arnold, *CFC*, s.414.

Kanununun⁹¹⁷ 2/b maddesinde "*yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar*" yabancı yatırımcı olarak tanımlanmaktadır.

Buna göre, yurt dışında yerleşik, yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş olan yabancı kurumların, şartlar oluştuğu takdirde, ülkemiz KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

2. Yabancı Kurum/ Yurtdışı İştiraklerde "Kontrol" Koşulu

KEYK mevzuatı, bir yurt dışı iştirakin kontrol edildiği hallerde uygulanabilmektedir. "*Kontrol*" bu kurumlar üzerindeki önemli etkiyi ifade etmektedir⁹¹⁸. Dolayısıyla, mevzuatın uygulanabilmesinin önkoşulu, yurt dışı iştirakin kontrol edilmesidir.

Kontrol edilen yabancı kurum (controlled foreign company) terimi içerisinde yer alan "*kontrol*" sözcüğünün, müessesenin unsurları arasında özel bir öneme sahip olan iştirak ilişkisine de gönderme yaptığı görülmektedir. "*Kontrol*" kontrol ilişkisinin taraflarını oluşturanlar arasında, doğrudan veya dolaylı bir hâkimiyet olduğunu, yani bir tarafın hâkim (ana) ortaklık olarak, başka bir ortağa veya ortaklıklara bu ilişki içerisinde iradesini kabul ettirdiğini ifade etmektedir⁹¹⁹.

KEYK mevzuatının temel özelliği, düzenlemenin sadece tam mükellef ortakların "*önemli bir etki*"ye sahip oldukları yabancı kurumlara uygulanacak olmasıdır. Birçok ülkede "*önemli etki*" kontrol olarak ifade edilmekte⁹²⁰, yabancı kurumun, ortakların veya hissedarların isteği doğrultusunda idare edilmesi şeklinde tanımlanmaktadır⁹²¹.

Yabancı kurumların, KEYK niteliğini taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde temel şart olan kontrol, genel olarak yabancı şirketin oy kullanma hakkı veren hisselerinin ve/veya şirket hisselerinin çoğunluğuna sahip olunması şeklinde tanımlanmakla birlikte, çeşitli istisnalar ve varyasyonlarla uygulama, ülkeden ülkeye değişmektedir⁹²². Bazı ülkeler, kontrolü sadece

⁹¹⁷ 17.06.2003 tarih ve 25141 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

⁹¹⁸ OECD, *CFC*, s. 32.

⁹¹⁹ Bkz., § 1 Bölüm, I kısım.

⁹²⁰ OECD, *CFC*, s. 32.

⁹²¹ Arnold, *CFC*, s. 422.

⁹²² Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a kısım.

hukuki (legal) testlere bağılı olarak tanımlarken, bazı ülkeler sadece fiili (economic de facto) testlere bağılı bir biçimde belirlemede, bazı ülkeler ise her iki testten de yararlanmaktadır⁹²³.

KEYK düzenlemesi açısından "*kontrol*", belli bir orana bağılı olmaksızın tanımlanabileceğı gibi, oy hakkı, hisse sahipliğı veya kar payı gibi belli kriterlere bağılı olarak rakamsal bir belirleme ile de tanımlanabilir⁹²⁴. Ayrıca, dağıtılabılır kardan hisseye düşen payın değeri⁹²⁵ veya varlıkların elden çıkarma değeri⁹²⁶ ya da "*asgari değer*" sınırlaması⁹²⁷ gibi ilave kriterler de aranması söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, bireysel, toplu veya zımni ya da dolaylı veya dolaysız kontrol yöntemleri de uygulama açısından önem taşımakta olup, "*kontrol*"ün tanımlanmasında kullanılan bu yöntemler ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir⁹²⁸.

Kontrolün belirlenmesine esas alınacak önemli bir diğer unsur ise kontrolün belirleneceğı/tespit edileceğı tarihtir ve dünya uygulamaları dikkate alındığında genellikle, KEYK'in hesap döneminin sonundaki durumunun⁹²⁹ esas alındığı tespit edilmektedir.

a. Kontrol Kriterleri/Araçları

aa. Hukuki Kontrol

Yabancı kurumların, kontrol edilmeleri gerekliliğı, KEYK düzenlemesine tabi tutulabilmeleri için asli unsurdur⁹³⁰. Kontrol yukarıda belirtildiğı üzere yabancı kurumun ortaklarının veya hissedarlarının isteğı doğrultusunda idare edilmesi, yönetilmesidir. "*Yönetmek*" ise oy hakkı, sermaye payı, kar payı gibi ekonomik temele dayanan haklarla ve yönetim haklarının çoğunluğuna sahip olma ile sağlanabilir. Ekonomik fayda temeline dayanan kontrol testleri, hukuki (legal control) kontrol testi olarak adlandırılmaktadır⁹³¹. Hukuki kontrol, KEYK'den elde edilen ekonomik faydanın dayanağı olan ve basit bir şekilde

⁹²³ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a kısım.

⁹²⁴ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a kısım.

⁹²⁵ Almanya, Japonya, Norveç, İspanya, İsveç ve Amerika.

⁹²⁶ Avustralya, Yeni Zelanda, İspanya ve İngiltere.

⁹²⁷ Fransa KEYK düzenlemesinin uygulanabilmesi için tam mükellef kurumun, yabancı kurumda en az % 50 hisseye sahip olunması şartını aramakta ve bu şartın sağlanıp sağlanmadığının tespitinde, her türlü hisse dikkate alınmaktadır.

⁹²⁸ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-b kısım.

⁹²⁹ OECD, *CFC*, s. 39; Bkz., § 7 Bölüm, I/2-d kısım.

⁹³⁰ Ancak bireysel kontrol yöntemi uygulayan bazı ülke düzenlemelerinde, genel tanımla çoğunluk hissesine sahip olma (% 50 hisse, oy hakkı veya kar payı hakkı gibi) anlamında bir kontrol tanımı yapılmamakta, yabancı kurumda belirli bir hisse, oy hakkı veya kar payı hakkı (% 25 gibi) sahibi olmak, hissedarların yabancı kurumun dağıtılmamış karları üzerinden vergilendirilmesi için yeterli görülmektedir. Bireysel kontrol yöntemi uygulayan Danimarka, Portekiz ve İsveç, bu ülkelere örnek oluşturmaktadır; Bkz., § 7 Bölüm, I/2 kısım.

⁹³¹ Greenleaf, s. 58.

matematiksel veya otomatik bir test ile hesaplanabilen yabancı kurumda hukuken sahip olunan hisse, kar payı ve oy hakkı gibi araçları ifade etmekte olduğundan, hukuki kontrol testi bu araçları temel alan bir kontrol testidir.

KEYK düzenlemesi kapsamındaki yabancı kurumların hukuki yapıları farklı olabileceği için, ortakların veya hissedarların bu haklara sahip olmasına ilişkin yasal düzenlemeler de birbirinden farklıdır. Bu nedenle, öncelikle ortaklık veya şirketlerin ortaklarının, ortaklık veya şirket yönetimine karşı sahip oldukları haklar ve bu hakları sağlayan hukuki araçları kısaca incelemek yararlı olacaktır.

aaa. Sermaye Payı

KEYK mevzuatı, esas itibarıyla tüzel kişiliği haiz kurumları kapsadığından, kontrolün tanımlanmasında kullanılan ölçütlerden birisi, ortakların şirketteki hisseleridir. Hisse, şirketler hukuku kapsamında türüne bakılmaksızın, şirketin tescilli sermayesi üzerindeki payı ifade etmektedir⁹³². Ancak, yukarıdaki bölümde de ifade edildiği üzere bazı ülke hukuklarında, KEYK düzenlemeleri, tüzel kişiliği haiz olmayan işletmeleri de kapsamaktadır. Bu nedenle, şirkete katılımın hisse veya oy hakkı ile ifade edilmediği durumlarda, şirketteki sermaye payının dikkate alınması gerekir⁹³³.

Ancak bazı ülkelerde kontrolün belirlenmesinde ekonomik fayda temeline dayandırılmayan ve açıkça belli bir oran olarak da tanımlanmayan bazı unsurlar kullanıldığı tespit edilmektedir. Ekonomik fayda temelini ötesinde önemli etki temeline dayanan kontrol testleri literatürde, fiili (economic de facto control) kontrol testi olarak adlandırılmaktadır⁹³⁴.

Şirketteki çoğunluk sermaye payı çoğu kez şirket yönetiminde etkili olmanın en önemli göstergesidir. Çünkü sermaye payının çoğunluğuna sahip olunması, bir şirketin yönetilmesi hakkına sahip olduğunu da ifade edebilir⁹³⁵. Şirketler hukuku çerçevesinde, bir şirketin yönetiminde söz sahibi olunabilmesi, kanunun hissedarlara attığı yasal yetkilere sahip olmakla sağlanabileceği gibi, bu hak şirket ana sözleşmesi veya daha sonra ortaklar arasında akdedilmiş sözleşmeler aracılığıyla da ortak veya ortaklara ya da üçüncü kişilere devredilebilir.

⁹³² Haslinger, s. 78.

⁹³³ Haslinger, s. 78.

⁹³⁴ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a/bb kısım.

⁹³⁵ Aksi durumlar, aşağıdaki bölümlerde incelenmektedir.

Bu aşamada öncelikle sermaye payı ve şirket hissesi kavramlarının Türk Ticaret Kanunu ve BK hükümleri çerçevesinde, şirket türleri de dikkate alınmak suretiyle kısaca tanımlanmasında yarar bulunmaktadır. Türk hukukuna göre KEYK düzenlemesine tabi tutulacak kurumların hukuki yapıları konusunda bir sınırlama yapılamamakta ise de, aşağıda tüm işletme türleri değil, sadece yaygın olarak karşılaşılabilecek işletme türlerinin özellikleri incelenmeye çalışılmıştır.

Şirket sözleşmesinin taraflara yüklediği temel görev, her ortağın BK'nın 521 inci maddesinde yazılı şekilde "*şirkete sermaye koyması*", fakat kaynak İsviçre BK'nın 531/1 maddesinde daha yerinde olarak değinildiği üzere şirkete "*katılma payı (apport)*" getirmesi olup, katılma payı veya sermaye payı, şirket sermayesinin oluşumunda her ortağa düşen payı ifade etmektedir⁹³⁶. Sermaye koyma borcu, adi şirketler⁹³⁷ de dahil olmak üzere tüm sermaye şirketlerinin⁹³⁸ ve kooperatif şirketlerin⁹³⁹ ortaklarını da kapsayan bir borçtur.

Sermaye koyma borcunun yerine getirilmesiyle edinilen ortaklık hakkı veya anonim şirketlerde pay⁹⁴⁰, ortaklara çeşitli hak ve sorumluluklar yükler. Bunlardan birisi, yönetime katılma hak ve görevidir. Örneğin, adi şirketlerde⁹⁴¹ ve kollektif şirketlerde⁹⁴² yönetim, sözleşmede hüküm yoksa sermaye katılma payına bakılmaksızın ortaklara ait olup, sözleşme hükümlerine göre söz konusu hak ve görev ortaklardan birine veya birkaçına verilebilir⁹⁴³. Komandit ve sermayesi paylara bölünmüş (hisseli) komandit şirketlerde ise yönetim ve temsil sadece şirketin komandite (sınırsız sorumlu) ortaklarına tanınmış bir haktır⁹⁴⁴ ve sınırsızdır⁹⁴⁵. Komanditer (sorumluluğu koydukları sermaye katılma payı ile sınırlı bulunan) ortaklar ise sadece yönetim hakkına sahip olanların dışında kalan hususlarda söz sahibi olabilirler⁹⁴⁶.

Anonim ortaklıklarda ise karar organı genel kurul, bu kararları yürütme ve temsil ile görevli organ ise yönetim kuruludur⁹⁴⁷. Sadece yönetim kurulu tarafından kullanılabilir ve

⁹³⁶ Fahiman Tekil, **Şirketler Hukuku**, İstanbul: Otağ Matbaacılık Koll. Şti., 1981, s. 38.

⁹³⁷ BK'nın 522. ila 530. maddeleri.

⁹³⁸ Sermaye koyma borcu, kollektif şirketler için; Türk Ticaret Kanununun (TTK) 155. maddesinde, komandit şirketler için; TTK'nın 246. maddesinde, anonim şirketler için; TTK'nın 455. maddesinde, Limited şirketler için; TTK'nın 528. maddesinde hükme bağlanmıştır.

⁹³⁹ Sermaye koyma borcu, kooperatif şirketler için, 1163 sayılı Kooperatifler Kanununun 19. maddesinde hükme bağlanmıştır.

⁹⁴⁰ TTK'nın 269. maddesine göre anonim ortaklık, esas sermayesi paylara bölünmüş olan ortaklıktır ve dolayısıyla pay, esas sermayenin belirli sayıda birim değere bölünmüş olan bir parçasını teşkil eder, Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu, s. 416.

⁹⁴¹ Tekil, s. 137; BK'nın 522. ila 530. maddeleri.

⁹⁴² Tekil, s.179; TTK'nın 160. maddesi.

⁹⁴³ Tekil, s. 137 ve 178.

⁹⁴⁴ Tekil, s. 221.

⁹⁴⁵ Tekil, s. 232.

⁹⁴⁶ Tekil, s. 226.

⁹⁴⁷ Ali Murat Sevi, **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**, Ankara: Seçkin Yayıncılık San. ve Tic. A.Ş., 2004, s. 25; Tekil, s. 226.

başka organ veya kişiye devredilemeyecek yetkiler bulunmakta⁹⁴⁸ ise de; TTK md. 360 gereğince, kar dağıtımı için karar organı genel kuruldur⁹⁴⁹. Genel kurula katılma, pay sahipliğinin verdiği bir yetki olup; paya sahip olan kişi, payın kendisine verdiği tüm hakları kullanmaya yetkili ve borçları yerine getirmeye de sorumlu olur⁹⁵⁰. Anonim ortaklıklarda paya bağlı hakları mali ve idari olarak sınıflandırmak mümkündür⁹⁵¹. İdari hakları, genel kurula katılma hakkı⁹⁵², oy kullanma hakkı⁹⁵³, bilgi alma hakkı⁹⁵⁴, inceleme ve denetleme hakkı⁹⁵⁵ olarak sıralamak⁹⁵⁶ mümkün olup, pay sahibinin, ortaklığın yönetimine ilişkin haklarının başında genel kurula katılma ve oy kullanma hakkı gelmekte⁹⁵⁷ ve ortakların hak ve borçları esas sermayeye katılma oranına göre hesaplanmaktadır⁹⁵⁸. Dolayısıyla, çoğunluk sermaye katılma payına sahip olunduğunu ifade eden çoğunluk paya sahip olmak, anonim ortaklıklarda yönetimde de söz sahibi olmak anlamını taşır. Bununla birlikte, TTK md. 401 gereğince bazı pay gruplarına esas sözleşme ile bazı imtiyazlar verilebilir⁹⁵⁹. Bunlar, oyda imtiyazlı paylar, yönetimde imtiyazlı paylar, karda imtiyazlı paylar veya tasfiye bakiyesinde imtiyazlı paylar vs. şeklinde olabilir⁹⁶⁰. Diğer taraftan paylar nama yazılı hisse senetleri ile veya hamiline yazılı hisse senetleri ile temsil edilebilir⁹⁶¹. Dolayısıyla, imtiyazlı payların da bulunduğu bir anonim ortaklıkta, çoğunluk payına sahip olmak, her zaman yönetimde söz sahibi olmayı ifade etmemektedir.

Limited şirketlerde ise aksi kararlaştırılmış olmadıkça, diğer bir ifadeyle, yetkiler ortaklardan birine veya birkaçına yahut üçüncü bir kişiye veya kişilere bırakılmadıkça ortakların her birinin müdür sıfatıyla şirketi yönetmeleri ve temsil etmeleri hem hakları, hem de sorumluluklarıdır⁹⁶². Her ortağın esas sermayenin artırılmasına ya da kara katılma gibi mali haklarının veya sermaye koyma borcu gibi yükümlülüklerinin belirlenmesinde sermaye –

⁹⁴⁸ Tekil, s. 273.

⁹⁴⁹ Tekil, s. 342.

⁹⁵⁰ Sevi, s. 25.

⁹⁵¹ Tuğrul Ansay, **Anonim Şirketler Hukuku**, 6. Baskı, Ankara, 1982, s. 225.

⁹⁵² TTK md. 360.

⁹⁵³ TTK md. 373.

⁹⁵⁴ TTK md. 362.

⁹⁵⁵ TTK md. 363.

⁹⁵⁶ Sevi, s. 26.

⁹⁵⁷ Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 144, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983, s. 2. (*Oy Hakkı*)

⁹⁵⁸ Teoman, *Oy Hakkı*, s. 9.

⁹⁵⁹ Sami Karahan, **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, No:98, 1991, s. 20–126.

⁹⁶⁰ Karahan, s. 20–216.

⁹⁶¹ Tekil, s. 325.

⁹⁶² Tekil, s. 410.

katılma- payı dikkate alınmakta⁹⁶³, ortakların yönetimdeki söz hakkı, sermaye katılma payına⁹⁶⁴ göre hesaplanmaktadır⁹⁶⁵. Kooperatif şirketlerde ise yönetim, genel kurul kararı ile sağlanmakta ve ortakların yönetime katılma hakları katılma paylarına göre hesaplanmamaktadır⁹⁶⁶.

Görüldüğü üzere, sermaye katılım payı prensip olarak yönetime katılma hakkı vermekle birlikte, bu hak ana sözleşme veya ortaklar veya pay sahipleri arasında daha sonradan düzenlenen sözleşmeler ile devredilebilmekte ve dolayısıyla sermaye katılım payı her zaman yönetimde söz sahibi olma veya şirketi kontrol etme hakkını veya gücünü haiz olmayabilmektedir. Bu nedenle birçok ülke, KEYK düzenlemeleri açısından kontrolün tanımlanmasında sermaye payı ve oy hakkını birlikte değerlendirmekte ve kontrol ise genellikle şirket hisselerinin % 50'si veya oy hakkı veren kurum hisselerinin % 50'si olarak tanımlanmaktadır⁹⁶⁷.

Avustralya⁹⁶⁸, Avusturya (taslak)⁹⁶⁹, Danimarka⁹⁷⁰, Estonya⁹⁷¹, Finlandiya⁹⁷², Macaristan⁹⁷³, İsrail⁹⁷⁴, Litvanya⁹⁷⁵, Norveç⁹⁷⁶, Portekiz⁹⁷⁷, İspanya⁹⁷⁸, İsveç⁹⁷⁹, İngiltere⁹⁸⁰, Fransa⁹⁸¹ ve ABD⁹⁸² gibi ülkelerde, KEYK düzenlemesi kapsamında kontrolün tanımlanmasında kullanılan testlerin, işletmeye ekonomik katılımı ifade eden hisse (shares)

⁹⁶³ Buket Sayın Önal, **Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu**, Ankara: Adalet Yayınevi, 2003, s. 57.

⁹⁶⁴ Limited şirketlerde ortaklık payı ve sermaye payı kavramları, farklı kavramlardır, Önal, s. 56-57. Sermaye payı ortağın şirketin sermayesi içindeki sermaye miktarının değerini ifade ederken, ortaklık payı, ortağın şirketteki haklarının ve sorumluluklarını, yani yönetime, kara veya tasfiye sonucuna katılmayı ifade eder, Hasan Pulaşlı, **Şirketler Hukuku**, 4. Bası, Adana: Karahan Yayıncılık, 2003, s. 1002; Ortaklık Payı, sermaye payına göre tayin olunur, Poroy, Tekialp, Çamoğlu, s. 876.

⁹⁶⁵ Tekil, s. 423.

⁹⁶⁶ Tekil, s. 459, Kooperatifler Kanunu 51. madde.

⁹⁶⁷ Fontana, *I*, s. 260.

⁹⁶⁸ Greenleaf, s. 59.

⁹⁶⁹ Haslinger, s. 78.

⁹⁷⁰ Jacob Rix, "National Report Denmark", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (139-171), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 143.

⁹⁷¹ Erki Uustalu, "National Report Estonia", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde (173-189), Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, s. 177.

⁹⁷² Helminen, *Finland*, s. 196.

⁹⁷³ Liszicza, s. 307.

⁹⁷⁴ Shalhav, s. 332.

⁹⁷⁵ Bernatonis, s. 395.

⁹⁷⁶ Glad, s. 493.

⁹⁷⁷ Borges, s. 533.

⁹⁷⁸ Almudí, s. 563; Bianca A. Landrón Baralt, "Controlled Foreign Corporations", Mattias Dahlberg, Charles Gustafson ve Bertil Wiman (Ed.), **CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law** içinde: The Netherlands, Wintercourse 2001-2002, s. 5.

⁹⁷⁹ Dahlberg, s. 589; Maria Westerlund, "Swedish CFC Legislation", içinde: ed. Mattias Dahlberg, Charles Gustafson ve Bertil Wiman, **CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law**, The Netherlands, Wintercourse 2001-2002, s. 13.

⁹⁸⁰ Ullah, s. 615; Graziani, s. 4.

⁹⁸¹ Fransa.

⁹⁸² Sullivan, s. 17

ve/veya sermaye payı (share capital) temelinde yapıldığı ve oy hakkı ve/veya kar payı gibi kontrol unsurları ile desteklendiği görülmektedir.

KVK'nın 7 nci maddesinin (1) numaralı fıkrasında aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

*"Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte **sermayesinin**, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılın veya dağıtılmasının aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir:..."*

Maddenin uygulanma esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KVK Genel Tebliği'nde de aynı yönde açıklamalar yer almakta olup; bu açıdan ülkemiz KEYK düzenlemesinin, söz konusu düzenlemeye sahip ülkelerin büyük bir kısmında da benimsenen ve kontrolün belirlenmesinde yararlanılan unsurların en önemlisi olan sermaye payı, şirket hissesi veya ortaklık payı unsurunu benimsemiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla yurt dışı iştiraklerin hukuki yapısı ne olursa olsun, söz konusu iştirake hukuken belirlenen sınırları aşan miktardaki sermaye payı, şirket hissesi veya ortaklık payı gibi ekonomik katılımı ifade eden hisseler/paylar, tek başına veya diğer unsurlarla birlikte, söz konusu iştirakin kontrol edilip edilmediğine ilişkin testlerde kontrol ölçütlerinden biri olarak kullanılacaktır.

bbb. Oy Hakkı

Kontrol, yukarıdaki bölümde de ifade edildiği üzere bazı istisnalar dışında⁹⁸³ genellikle yabancı kurumun oy kullanma hakkı veren hisselerinin veya şirket sermayesinin en az % 50'sine sahip olunması şeklinde⁹⁸⁴ tanımlanmaktadır. Bunun nedeni, şirket sermayesinin veya oy kullanma hakkı veren hisselerin % 50'den fazlasına sahip olunmasının, hisse sahip veya sahiplerine şirketi kontrol etme veya en azından şirketin idarecilerini atama ve dolaylı olarak şirketi yönetme hakkı ve/veya kar paylarının dağıtım zamanı konusunda belirleme yapma hakkı vermesidir. Bu nedenle kontrol, çoğunlukla hisse sahipliği ve/veya oy kullanma hakkına dayalı olarak belirlenmiştir ve kurumun belli orandaki hisseleri vasıtasıyla "kontrol" edilmesi anlamında kullanılmaktadır⁹⁸⁵. Birçok ülkede temel kontrol testleri arasında sayılan

⁹⁸³ ABD hukukunda, KEYK'lerde kontrolün belirlenmesinde en az hisse sahipliği (% 10) kuralı uygulanmaktadır, Bkz., § 3 Bölüm, I/1-b kısım.

⁹⁸⁴ Arnold, *CFC*, s. 414.

⁹⁸⁵ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 18.

oy hakkına dayalı kontrol testi, "*hisse sahipliğine dayanan kontrol testi*" ile desteklenmekte, güçlendirilmektedir⁹⁸⁶.

Oy hakkının hisse sahipliği ile desteklenmediği ve ekonomik haklardan mahrum olduğu durumlarda, bu kontrol aracının hukuki kontrol aracı olarak değil, "*yönetmel hakka dayanan fiili kontrol aracı*" olarak değerlendirilmesi gerekir⁹⁸⁷.

TTK ve BK'nın oy hakkına ilişkin hükümlerini incelediğimizde, şirketlerde oy hakkının, kanunla belirlenmiş olduğunu tespit edilmektedir. Ancak yine kanunla, bu hakkın bazı istisnalar dışında, ana sözleşme ile veya ana sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla sözleşme ile devredilebileceği hüküm altına alınmıştır. Örneğin, adi şirketlerde ve kollektif şirketlerde⁹⁸⁸ ortakların, komandit⁹⁸⁹ ve eshamlı komandit şirketlerde⁹⁹⁰ ise komandite ortakların, kooperatif şirketlerde ise üyelerin her biri sermaye katılma paylarına bakılmaksızın şirket yönetiminden sınırsız olarak sorumludur. Limited şirketler⁹⁹¹ ile anonim ortaklıklarda ise ortakların oy kullanma hakkı, sahip oldukları sermaye paylarına göre belirlenmiştir. Ancak kooperatif şirketler⁹⁹² hariç tüm bu şirketlerde, oy hakkı ana sözleşme ile veya ana sözleşmede hüküm bulunması kaydıyla sözleşme ile devredilebilir.

TTK'da, diğer şirket türlerine göre anonim ortaklıklarda paylara tanınan oy haklarının edinilme ve kullanılma esaslarına ilişkin hükümlere daha fazla yer verilmiş olup, diğer şirket türlerinden farklı esaslara bağlanmıştır. Genel kural olarak, anonim ortaklıklarda her pay, sahibine genel kurul toplantılarında en az bir oy kullanma hakkı verir⁹⁹³. Buna karşılık esas sözleşme ile bir paya daha fazla oy hakkı verilebilir⁹⁹⁴. TTK'nın 401. maddesi gereğince bazı pay gruplarına esas sözleşme ile bazı imtiyazlar verilmesi mümkün olup bu imtiyazlar, oyda imtiyazlı paylar, yönetimde imtiyazlı paylar, karda imtiyazlı paylar veya tasfiye bakiyesinde

⁹⁸⁶ Arnold, *CFC*, s. 420.

⁹⁸⁷ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a/bb kısım.

⁹⁸⁸ Ortaklardan her biri şirketi idare hak ve vazifesini haizdir (TTK md. 160). Şirket mukavelesi veya ortakların çoğunluk kararı ile yönetim işleri, ortaklardan birisine veya birkaçına veyahut hepsine verilebilir yahut ortak olmayan ve ticari mümessil durumunda olan şirket müdürlerine de verilebilir, Tekil, s. 179.

⁹⁸⁹ Komandit şirketlerde şirket ortağı komandite ortaktır, gerçek kişi olmaları şarttır ve yönetim ve temsil ancak bu ortakların – sınırsız olarak- hak ve görevidir, bu açıdan yetki ve sorumlulukları kollektif şirket ortakları ile aynıdır, Tekil, s. 221. Komanditer ortaklar yönetim ve temsil dışı kararlarda oy kullanabilirler, Tekil, s. 223; TTK md. 248–257.

⁹⁹⁰ Eshamli komandit şirketlerde ortaklarının yönetim ve temsil açısından, komandit şirket ortakları ile farkı yoktur, Tekil, s. 240.

⁹⁹¹ Her ortağın oy hakkı, şirket sözleşmesinde aksi hüküm bulunmadıkça, koyduğu sermaye miktarına göre hesaplanmakta olup, hiçbir ortak oy hakkından mahrum edilememekte, ancak sözleşme ile farklılaştırılabilmektedir, Tekil, s. 423–424–436; TTK. M. 537.

⁹⁹² Kooperatiflerde genel kurulda her ortak, mali katkısı ne olursa olsun yalnızca bir oya sahiptir ve kanunda ve ana sözleşmede aykırı hüküm bulunmadıkça, genel kurulda ve seçimlerde "*oyların yarıdan bir fazlası*" ile karar verilir, Tekil, s. 456; 1163 sayılı Kooperatifler Kanunu md. 51.

⁹⁹³ Teoman, *Oy Hakkı*, s. 5; TTK md. 373/1.

⁹⁹⁴ Tekil, s. 321.

imtiyazlı paylar vs. şeklinde olabilir⁹⁹⁵. Ayrıca, TTK'nın 373 maddesi gereğince de oy hakkı her paya emredici bir şekilde tanımlanmış olup, pay sahibinin rızası bulunmaksızın elinden alınamayan müstesna bir haktır. Oy hakkı, maddi hukukta yer almasa da, şirketin hukuki organizasyonu dışında, oy anlaşmaları ile devredilebilmekte olup, Türk hukukunda yargı kararı ile de yasal engelin bulunmadığı ilke olarak açıklanmıştır⁹⁹⁶.

Şirket hisseleri genellikle oy kullanma hakkını da içermekte ise de⁹⁹⁷ bazı ülke hukuklarında oy hakkından yoksun hisse senedi çıkarmak ve oy hakkına sahip olması istenmeyen oy sahiplerine bunları vermek mümkündür⁹⁹⁸. Ancak Türk hukukunda oydan yoksun hisse senedi çıkarmak mümkün değildir⁹⁹⁹. TTK'nın 373. maddesi buna engel teşkil etmektedir. Bununla birlikte, TTK'nın 402. maddesi gereğince, esas/ana sözleşmede hüküm bulunması şartıyla, sermaye paylarını temsil etmeyen, kıymetli evrak niteliğinde senetler çıkarılması mümkün olup, söz konusu senetler "intifa senedi" olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁰⁰.

Bir şirketin yönetiminde söz sahibi olunabilmesi için sahip olunması gereken oy hakkı; kanun, şirket ana sözleşmesi veya daha sonra ortaklar arasında akdedilmiş sözleşmeler aracılığıyla elde edilebilir. Bir kişinin oy hakkı kullanmak suretiyle tek başına şirket yönetiminde söz sahibi olabilmesi için ise oy hakkı veren hisselerin çoğunluğuna, yani en az % 50'sine sahip olması gerekmektedir. Bir tam mükellef, yabancı kurumun % 50 veya daha fazla oy hakkını elinde bulundurmakta ise bu mükellefin şirkette oluşan gelirden hissesine düşen kısmını dilediği zaman istemek için yeterli güce sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰¹. Başka bir ifadeyle, şirket kararları üzerinde etkili olabilmek veya şirketi yönetmek, oy kullanma hakkı sağlayan yeterli sayıda hisse sahibi olmak yoluyla sağlanabilmektedir. Bununla birlikte, işletme ortaklarının veya hissedarlarının oy kullanma haklarını sözleşme ile devrederek, olası bir KEYK uygulamasından kaçınmaları da mümkün olabilmektedir. Birçok ülkede kanun koyucu, bu vergiden kaçınma yönteminin önlenmesi için, kontrolün belirlenmesinde oy hakkı ile hisse sahipliği unsurlarını birlikte değerlendirmektedir. Dolayısıyla, oy hakkına dayanan kontrol testlerinin, hisse sahipliği ile desteklendiği durumlarda, kontrolün belirlenmesinde, oy hakkı vermeyen hisse senetleri de dikkate alınmakta, böylece hissedarların oy hakkı vermeyen hisse senetlerini ellerinde

⁹⁹⁵ Karahan, s. 20–126.

⁹⁹⁶ Tekil, 325; Y.Tic. D., E. 1688, K. 4690, Batider, sayı:4, Haziran 1962, s. 609 (Aktaran: Tekil, s. 325, dn.87).

⁹⁹⁷ Arnold, *CFC*, s.418.

⁹⁹⁸ Tekil, s. 359.

⁹⁹⁹ Tekil, s. 359.

¹⁰⁰⁰ Tekil, s. 367.

¹⁰⁰¹ Arnold, *CFC*, s. 415.

bulundurmaları yoluyla KEYK düzenlemesinden kaçınmaları önlenmiş ve sistemin daha adil bir şekilde çalışması sağlanmış olmaktadır¹⁰⁰².

Kanada'da oy hakkı veren hisselerle sahip olma, kontrol için kullanılan tek testtir¹⁰⁰³. İtalya KEYK düzenlemesi incelendiğinde ise benzer hükümlerin yer aldığı tespit edilmekte olup, yabancı ülkelerdeki iştiraklerde, İtalya mukimlerinin kontrolünün bulunup bulunmadığının belirlenmesinde sadece oy hakkının dikkate alındığı, hisse sahipliğinin dikkate alınmadığı tespit edilmektedir¹⁰⁰⁴. Avusturya (taslak) KEYK düzenlemesine göre, şirket hisseleri arasında oy hakkı vermeyen hisselerin de bulunması halinde, şirketin kontrol edildiğinin kabul edilebilmesi için, şirketin tescilli sermayesinin % 50 hissesine sahip olmasalar da, oy hakkı veren hisselerinin % 50'sinin Avusturya'da tam mükellef hissedarlara ait olması yeterli sayılmaktadır¹⁰⁰⁵. Portekiz KEYK düzenlemesinin hisse sahipliği ve oy hakkı unsurları birlikte değerlendirilmekte ise de, Borges, her iki unsurun uygulanması sonucunda herhangi bir tereddüt ortaya çıkması durumunda, kontrolün belirlenmesinde sadece oy hakkının dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁰⁶.

Ancak Avustralya¹⁰⁰⁷, Avusturya (taslak)¹⁰⁰⁸, Danimarka¹⁰⁰⁹, Estonya¹⁰¹⁰, Finlandiya¹⁰¹¹, Macaristan¹⁰¹², İsrail¹⁰¹³, Litvanya¹⁰¹⁴, Norveç¹⁰¹⁵, Portekiz¹⁰¹⁶, İspanya¹⁰¹⁷, İsveç¹⁰¹⁸, İngiltere¹⁰¹⁹, Fransa¹⁰²⁰ ve ABD¹⁰²¹ gibi ülkelerde, KEYK düzenlemesi kapsamında

¹⁰⁰² Arnold, *CFC*, s.418.

¹⁰⁰³ OECD, *CFC*, s. 34.

¹⁰⁰⁴ Favi, s. 354; Gianmarco Cottani ve Harry Tonino, "CFC Legislation in Italy", içinde: **CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law**, ed. Mattias Dahlberg, Charles Gustafson ve Bertil Wiman, The Netherlands: Wintercourse 2001–2002, s. 7–8.

¹⁰⁰⁵ Haslinger, s. 78.

¹⁰⁰⁶ Borges, s. 533.

¹⁰⁰⁷ Greenleaf, s. 59.

¹⁰⁰⁸ Haslinger, s. 78.

¹⁰⁰⁹ Rix, s. 143.

¹⁰¹⁰ Uustalu, s. 177.

¹⁰¹¹ Helminen, *Finland*, s. 196.

¹⁰¹² Liszicza, s. 307.

¹⁰¹³ Shalhav, s. 332.

¹⁰¹⁴ Bernatonis, s. 395.

¹⁰¹⁵ Glad, s. 493.

¹⁰¹⁶ Borges, s. 533.

¹⁰¹⁷ Almudi, s. 563; Baralt, s. 5.

¹⁰¹⁸ Dahlberg, *CFC*, s. 589; Westerlund, s. 13.

¹⁰¹⁹ Ullah, s. 615; Graziani, s. 4; İngiltere KEYK düzenlemesi kapsamındaki kontrol testleri iki aşamalıdır. Birinci aşamada ortakların yabancı kurum üzerindeki etkisi araştırılmakta, bu testin olumsuz sonuçlanması halinde "*% 40 testi/genişletilmiş (extended) kontrol testi*" olarak adlandırılan ikinci bir test uygulanmaktadır. Bu testte, yabancı bir kurumun biri İngiltere'de mukim olan, diğeri İngiltere'de mukim olmayan iki kişi tarafından kontrol edilmesi halinde, İngiltere'de mukim olanın % 40, İngiltere'de mukim olmayanın % 40-% 55 arasında hisse sahipliği, hak veya yabancı kurumu kontrol olanağı veren benzer güç ("*interests, rights and powers of the kind which gives the two persons in question control of the company*") olarak ifade edilmektedir.) elde etmesi, kontrolün sağlandığının kabul edilmesi için yeterli sayılmaktadır.<http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM202020.htm>, adresinde konuya ilişkin açıklamalar yer almaktadır; Fili kontrol testi için, Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a/bb kısım.

¹⁰²⁰ Fransa

kontrolün tanımlanmasında kullanılan testlerin, ekonomik katılımı ifade eden hisse (shares), sermaye payı (share capital) ve/veya pay (parts) temelinde yapıldığı ve oy hakkı ve/veya kar payı gibi kontrol unsurları ile desteklendiği görülmektedir¹⁰²².

KVK'nın 7. maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

*"Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya **oy kullanma hakkının** en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılsın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir:..."*

Maddenin uygulanma esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KV Genel Tebliği'nde de aynı yönde açıklamalar yer almakta olup; bu açıdan ülkemiz KEYK düzenlemesinde de diğer unsurların yanı sıra, söz konusu düzenlemeye sahip ülkelerin büyük bir kısmında kontrolün belirlenmesinde yararlanılan unsurlardan "*oy kullanma hakkı*" unsurunun da benimsenmiş olduğu görülmektedir.

Dolayısıyla yurt dışı iştiraklerin hukuki yapısı ne olursa olsun, söz konusu iştirake hukuken belirlenen sınırları aşan miktarda sahip olunan oy kullanma hakkı, tek başına veya diğer unsurlarla birlikte, söz konusu iştirakin kontrol edilip edilmediğine ilişkin testlerde kontrol ölçütlerinden biri olarak kullanılmaktadır.

ccc. Kar Payı

Ortaklıkların amacı kar elde edip dağıtmaktır¹⁰²³. Kar payı hakkı ortakların veya pay sahiplerinin mutlak müktesep haklarıdır, pay sahibi kardan mahrum bırakılamaz ve gerçekleşen karın ilgililerine dağıtılması gerekir¹⁰²⁴. Adi şirketlerde ortaklar, mahiyetine göre şirkete ait olan bütün kazançları, sözleşme hükümlerine göre, sözleşmede hüküm yoksa sermaye katılma payı ne olursa olsun eşit olarak aralarında taksim ile yükümlüdür¹⁰²⁵. Kollektif şirketlerde de kar ve zararın bölünme şekli ve nispeti hakkında sözleşmeye bakılır, sözleşmede hüküm yoksa ortaklar karar veya sözleşme yoluyla bunu içlerinden birine veya

¹⁰²¹ Sullivan, s. 17

¹⁰²² OECD, *CFC*, s. 34.

¹⁰²³ Hamdi Yasaman, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku**, İstanbul, 1992, s. 188.

¹⁰²⁴ Yasaman, s. 188.

¹⁰²⁵ Tekil, s. 136.

birkaçına yahut üçüncü bir kişiye hakkaniyet ölçülerine göre bırakabilirler¹⁰²⁶. Komandit şirketlerde ve eshamlı komandit şirketlerde komanditer ortaklar kar ve zarara sermaye katılma payları ile orantılı olarak katılırlar, ancak sözleşme ile sadece kara katılmaları ve zarara katılmamaları mümkündür¹⁰²⁷. Komandite ortakların kar ve zarara katılmaları ise kollektif şirket ortakları ile benzer özellik taşımaktadır¹⁰²⁸.

Anonim ortaklıklarda ise kar payı hakkı, pay üzerindeki mülkiyetin getirdiği en önemli hakktır ve *"her pay sahibi kanun ve esas mukavele hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılmaya tahsis olunan safi kazanç, payı nispetinde iştirak hakkını haizdir"*¹⁰²⁹. Dolayısıyla kar payı hakkını doğrulayan hakiki neden *"üyelik"* veya *"ortaklık"* sıfatı olmayıp, doğrudan doğruya pay sahipliğidir¹⁰³⁰. Kar payı hakkı, genel kurulda kar dağıtım hakkındaki görüşmelere katılma ve karara iştirak etme, dağıtım kararı alınmış kar payının ödenmesini isteme hakkı verir¹⁰³¹. Mali ve idari olarak sınıflandırılması mümkün olan¹⁰³² paya bağlı haklardan mali hakları; kar payı hakkı¹⁰³³, tasfiye payı¹⁰³⁴, yeni payları edinmede öncelik hakkı¹⁰³⁵ ve hazırlık dönemi faizi hakkı¹⁰³⁶ olarak sıralamak mümkündür¹⁰³⁷.

Limited şirketlerde, TTK'nın 533. maddesine göre, şirket sözleşmesinde aksine hüküm bulunmadıkça ortaklar, sermaye borçlarını yerine getirdikleri nispette yıllık bilânçoya göre elde edilmiş kardan pay alırlar. Kooperatiflerde ise ana sözleşme ile öngörüldüğü takdirde mevcut olabilen haklardan olan pay hakkı, ortakların kooperatifle olan muameleleri (alım-satım) ile orantılıdır¹⁰³⁸.

TTK'nın 401. maddesi gereğince bazı pay gruplarına esas sözleşme ile bazı imtiyazlar verilebilmekte olup bu imtiyazlar, oyda imtiyazlı paylar, yönetimde imtiyazlı paylar, karda imtiyazlı paylar veya tasfiye bakiyesinde imtiyazlı paylar vs. şeklinde olabilmektedir¹⁰³⁹. TTK'nın 402. maddesi gereğince, esas/ana sözleşmede hüküm bulunması şartıyla, sermaye

¹⁰²⁶ Tekil, s. 178.

¹⁰²⁷ Tekil, s. 230.

¹⁰²⁸ Tekil, s. 231.

¹⁰²⁹ TTK md. 455/1.

¹⁰³⁰ Tekil, s. 346.

¹⁰³¹ Tekil, s. 347.

¹⁰³² Ansay, s. 225.

¹⁰³³ TTK md. 455.

¹⁰³⁴ TTK md. 455.

¹⁰³⁵ TTK md. 394.

¹⁰³⁶ TTK md. 471.

¹⁰³⁷ Sevi, s. 26.

¹⁰³⁸ Tekil, s. 459.

¹⁰³⁹ Sami Karahan, **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması**, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, No:98, 1991, s. 20-126.

paylarını temsil etmeyen, kıymetli evrak niteliğinde senetler çıkarılması mümkün olup, söz konusu senetler "*intifa senedi*" olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁴⁰. İntifa senetlerinin¹⁰⁴¹, kurucular, bedeli itfa olunan payların sahipleri, alacaklılar veya benzer sebeple şirketle ilgili olanlar lehine çıkarılması mümkün olduğu gibi, nakit karşılığı da çıkarılması da mümkündür¹⁰⁴². Ayrıca nakit karşılığı çıkarılan ve katılma intifa senedi olarak adlandırılanlar da dâhil olmak üzere intifa senetleri, sahiplerine, genel kurula katılma, bilgi alma, denetim, hazırlık devresi faizi alma ve en önemlisi oy kullanma hakkı vermezler¹⁰⁴³. Başka bir ifadeyle intifa senetleri sahiplerine yönetime katılma hakkı vermez, bunlara sadece mali haklar tanınabilir¹⁰⁴⁴. Dolayısıyla oydan yoksun hisse senedi statüsünde olan intifa senetleri, sahiplerine sadece kardan pay alma, tasfiye sonucuna katılma, yeni payları edinmede öncelik hakkı ve hazırlık dönemi faizi hakkı verir.

Kooperatiflerde ise pay hakkı, sözleşme ile öngörüldüğü takdirde mevcut olabilen haklardandır ve ortakların kooperatif ile olan muameleleri (alım-satımı) ile orantılıdır¹⁰⁴⁵.

Görüldüğü üzere, ortakların veya pay sahiplerinin mutlak müktesep hakkı olan kar payı hakkı, prensip olarak pay sahibine tanınmış olup, işletmelerde pay sahiplerinin payları ile pay sahiplerine tanınmış kar payı haklarının birbiri ile orantılı olması gerekmez. Bazı pay sahiplerinin kar payı hakları diğer pay sahiplerinden farklı olabileceği için, yurt dışındaki bir iştirakin, mukim hissedarlar veya ortaklar tarafından kontrol edilip edilmediğinin belirlenmesinde, oy hakkı da belirleyici bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Mukim hissedar veya hissedarlar, dağıtılabılır karın en azından % 50'sine sahip ise şirket yönetiminde söz sahibi olmaları ve vergi erteleme imkânından fayda sağlamaları mümkündür.

Avusturya (taslak)¹⁰⁴⁶, Estonya¹⁰⁴⁷, Finlandiya¹⁰⁴⁸, İsrail¹⁰⁴⁹, Litvanya¹⁰⁵⁰, Norveç¹⁰⁵¹, İspanya¹⁰⁵², Fransa¹⁰⁵³ ve ABD¹⁰⁵⁴ gibi ülkelerde, KEYK düzenlemesi kapsamında kontrolün

¹⁰⁴⁰ Tekil, s. 367.

¹⁰⁴¹ Hamdi Yasaman, intifa senetlerinin dört türe ayrılacağını ve bunların; intifa hisse senedi, kurucu intifa senedi, adi intifa senedi ve katılma intifa senedi olduğunu ifade etmektedir, Yasaman, s. 64.

¹⁰⁴² Tekil, s. 368.

¹⁰⁴³ Tekil, s. 368.

¹⁰⁴⁴ Ömer Teoman, **Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri**, İstanbul: Üniversite Kitabevi, 1978, s. 37(*İntifa*); Yasaman, s. 64.

¹⁰⁴⁵ Tekil, s. 459.

¹⁰⁴⁶ Haslinger, s. 78.

¹⁰⁴⁷ Uustalu, s. 177.

¹⁰⁴⁸ Helminen, *Finland*, s. 196.

¹⁰⁴⁹ Shalhav, s. 332.

¹⁰⁵⁰ Bernatonis, s. 395.

¹⁰⁵¹ Glad, s. 493.

tanımlanmasında kullanılan testlerde, kar payı hakkının da bir kontrol unsuru olarak kullanıldığı görülmektedir.

KVK'nın 7 nci maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

*"Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, **kâr payının** veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir:..."*

Maddenin uygulanma esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KVK Genel Tebliği'nde de aynı yönde açıklamalar yer almakta olup; bu açıdan ülkemiz KEYK düzenlemesinde, söz konusu düzenlemeye sahip ülkelerin büyük bir kısmında olduğu gibi, kontrolün belirlenmesinde "*kar payı hakkı*" unsuruna da yer verilmiş olduğu görülmektedir. Dolayısıyla yurt dışı iştiraklerin hukuki yapısı ne olursa olsun, söz konusu iştirakte hukuken belirlenen sınırları aşan miktardaki kar payı hakkı, söz konusu iştirakin kontrol edilip edilmediğine ilişkin testlerde tek başına veya diğer unsurlarla birlikte kontrol ölçütlerinden biri olarak kullanılacaktır.

ddd. Asgari Hisse Sahipliği

Ülkemiz KEYK düzenlemesinde yeri bulunmamakla birlikte, bazı ülkelerde, yabancı kurumların KEYK düzenlemesine tabi tutulup tutulmayacağı belirlenmesinde kullanılan kontrol testlerinde, hissedarların asgari tutarda hisse sahibi olmaları şartı aranmaktadır. Örneğin ABD KEYK düzenlemesinin uygulanabilmesi için bir gereklilik olan % 50 kontrol testine ilişkin hesaplama sadece yabancı kurumda en az % 10 oy hakkı¹⁰⁵⁵ bulunan hissedarlar dâhil edilmektedir¹⁰⁵⁶. En az % 10 hisse sahipliği kuralının ABD'den başka hiçbir ülke KEYK düzenlemesinde bulunmamasının nedeni, bu tür bir kuralın kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesinden kaçınmaya yönelik ortam yaratması olasılığıdır¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵² Almudi, s. 563; Baralt, s. 4.

¹⁰⁵³ Fransa.

¹⁰⁵⁴ Sullivan, s. 17

¹⁰⁵⁵ ABD KEYK düzenlemesi kapsamında, KEYK kapsamında olduğu belirlenen yurt dışında kurulan şirketlerin vergilendirilmesi için de hissedarların yabancı kurumda en az % 10 oy hakkına sahip olması gerekmekte ise de bu oy hakkı sadece mükellefi belirlenmek için kullanılan bir kriter olup, kontrolün belirlenmesinde kullanılan en az hisse sahipliği kriterinden, kullanım amacı açısından ayrılmaktadır.

¹⁰⁵⁶ Bkz., § 3 Bölüm, I/1-b kısım.

¹⁰⁵⁷ Arnold, CFC, s. 422.

Avustralya KEYK düzenlemesi kapsamında, benzer bir hüküm yer almakta olup, yabancı ülkelerde mukim kurumlarda Avustralya mukimi şirketlerin kontrolünün bulunup bulunmadığının belirlenmesinde uygulanan¹⁰⁵⁸ "*hukuki (legal) kontrol testi*"nde, Avustralya'da mukim olan ve en az % 1 hisseye sahip beş ya da daha az şirketin, yabancı kurumun en az % 50 sermayesi, oy hakkı ve kar payına sahip olunması şartının sağlanması gerekmektedir¹⁰⁵⁹.

Almanya KEYK düzenlemesine göre ise, yabancı kurum tarafından elde edilen pasif karakterli gelirlerin, kurumun toplam geliri içindeki oranının % 10'un altında kalması ve ilave olarak tam mükellef gerçek ve tüzel kişi hissedarlar tarafından elde edilen pasif karakterli gelirlerin miktar olarak 62.000 € nun altında kalması halinde, KEYK düzenlemesi uygulanmamaktadır¹⁰⁶⁰.

bb. Fiili Kontrol

Ekonomik fayda temeline dayanan kontrol testleri, hukuki (legal control) kontrol testi olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁶¹. Ekonomik fayda temelinin ötesinde önemli etki temeline dayanan testleri ise fiili (economic de facto control) kontrol testi olarak adlandırılmaktadır¹⁰⁶². Hukuki kontrol, KEYK'den elde edilen ekonomik faydanın dayanağı olan ve basit bir şekilde matematiksel veya otomatik bir test ile hesaplanabilen yabancı kurumda hukuken sahip olunan hisse ve kar payı gibi araçları ifade etmekte olduğundan, hukuki kontrol testi bu araçları temel alan bir kontrol testidir. Fiili kontrol ise, şirket karlarının veya tasfiye sonrası karın dağıtımında söz sahibi olmayı¹⁰⁶³, oy hakkının % 50'den fazlasına sahip olmayı ve/veya müdürlerin, ofis çalışanlarının ve denetim kurulu üyelerinin çoğunun atanması ve işten çıkarılması yetkisine/gücüne sahip olmayı¹⁰⁶⁴ ya da yabancı şirketten özel sözleşmeler yoluyla

¹⁰⁵⁸ Avustralya KEYK düzenlemesi kapsamında, yabancı ülkelerde mukim kurumlarda, Avustralya mukimi şirketlerin kontrolünün bulunup bulunmadığının belirlenmesinde uygulanan kontrol testlerini, "*Yasal (Legal) Kontrol Testi*" ve "*Fiili (Economic De Facto) Kontrol Testi*" olmak üzere iki kategoriye ayırmak mümkündür. "*Yasal (Legal) Kontrol Testi*", "*basit*" ve "*varsayımsal (assumed)*" kontrol testi olmak üzere iki şekilde uygulanmakta olup; "*basit*" kontrol testinde; Avustralya'da mukim olan ve en az % 1 hisseye sahip beş ya da daha az şirketin, yabancı kurumun en az % 50 sermayesi, oy hakkı ve kar payı gibi ekonomik göstergelerine sahip olması, yabancı kurumun kontrol edildiğinin kabul edilmesi için yeterli olmakta, "*genişletilmiş varsayımsal kontrol testi*"nde ise, söz konusu ekonomik göstergelerin en az % 40'ına sahip tek bir Avustralya mukimi şirketin, yabancı kurumu kontrol eden başka bir üçüncü taraf olmaması durumunda, yabancı kurumu kontrol ettiği kabul edilmektedir, Greenleaf, s. 59; "*Basit*" ve "*genişletilmiş (extended)*" kontrol testi, İngiltere (Ullah, s. 615) ve İsrail (Shalhav, s. 332) gibi ülkelerde de uygulanmaktadır.

¹⁰⁵⁹ Greenleaf, s. 59.

¹⁰⁶⁰ Förster ve Schmidtman, s. 480.

¹⁰⁶¹ Greenleaf, s. 58.

¹⁰⁶² Greenleaf, s. 58.

¹⁰⁶³ Shalhav, s. 332.

¹⁰⁶⁴ Shalhav, s. 332; Liszicza, s. 308; Macaristan KEYK düzenlemesine göre fiili kontrol, "*substantial ownership in control*" olarak ifade edilmektedir, Liszicza, s. 308.

sağlanan imtiyazları¹⁰⁶⁵ ve benzer hakları ifade etmekte olduğundan, fiili kontrol testi de bu araçları temel alan bir kontrol testidir. Bu nedenle oy hakkının hisse sahipliği ile desteklenmediği ve ekonomik haklardan mahrum olduğu durumlarda, bu kontrol aracının hukuki kontrol aracı olarak değil, "*yönetmel hakka dayanan fiili kontrol aracı*" olarak değerlendirilmesi mümkündür.

Ayrıca, ortaklık sözleşmeleri, şirket ana sözleşmesi veya vekâletnamelerle sağlanan oy hakları ya da yabancılar tarafından sahip olunan hisseler üzerindeki imtiyaz ve hisse sahipliğinden ayrı olarak elde edilen oy hakları, fiili kontrolün belirlenmesinde esas alınmakta, negatif kontrolün önemli etki sayılıp sayılmayacağı konusunda ise farklı görüşler bulunmaktadır¹⁰⁶⁶.

Çalışmamızın daha önceki bölümlerinde detaylı olarak açıklandığı üzere, kontrolün belirlenmesinde, yabancı kurumda sahip olunan hisseler ve kar payları gibi ekonomik fayda temeline dayanan unsurlar önemli etkiye sahiptir ve bu unsurların hukuken belirlenmiş olan oranlara ulaşması gerekmektedir¹⁰⁶⁷. Ancak bazı ülkelerde kontrolün tespitinde, ekonomik fayda temeline dayandırılmayan ve açıkça belli bir oran olarak da tanımlanmayan bazı unsurlar kullanıldığı, diğer bazı ülkelerde ise her iki unsurdan da yararlandığı tespit edilmektedir.

Oransal bir belirlemenin yapılmadığı ülkelere en iyi örneği oluşturan İngiltere'de, kontrolün tanımlanmasının temel ölçütü olan "*önemli etki*" ölçütü, hisse sahipliği veya hisse sahipliğinden yoksun yönetsel oy kullanma hakkına dayalı olarak basit bir şekilde matematiksel veya otomatik bir test olarak tanımlanmamış olup, gerçek veya tüzel kişilerin, yabancı kurumu kendi arzuları doğrultusunda idare etme gücünü ifade etmekte ve şirket

¹⁰⁶⁵ Favi, s. 354; Favi'nin sözleşmeler yoluyla sağlanan imtiyazlar konusundaki görüşleri şöyledir; "*Sözleşmeler yoluyla sağlanan imtiyazlar konusunda iki farklı görüş bulunmaktadır. Birinci görüşe göre, yabancı şirketten özel sözleşmeler yoluyla sağlanan ve kontrolün belirlenmesine esas alınacak yetkilerin, yabancı kurumun yönetiminde doğrudan ve birinci derecede etkisi olan yetkiler olması gerekir ki bunlar; müdürleri ve yöneticileri atama, şirket yönetim kurulunu oluşturma, şirket hisselerinin üçüncü kişiler devrini veya yeni hissedarların onaylanmasına ilişkin oy hakkı/gücü gibi yetkilere. Diğer görüşe göre ise, söz konusu sözleşmelere, şirketin faaliyetleri ile ilgili yetkiler veren sözleşmelerin de dahil edilmesi gerekmektedir ki bu sözleşmeler, dağıtım ve acentelik sözleşmeleri, lisans, franchising ve know-how gibi şirket için yaşamsal öneme sahip sözleşmelerdir ve sessiz ortaklık anlaşmaları (silent partnership agreements) da bu sözleşmelere dahildir.*" Favi, s. 354.

¹⁰⁶⁶ Glad, s. 494; Negatif kontrol, Norveç KEYK düzenlemesi kapsamında tartışılan bir sorundur. Örneğin, bir Norveç mukimi, düşük vergili bir ülkede sınırlı bir projenin gerçekleştirilmesi için % 40 oranında sermaye yatırımı yapmaktadır. Yatırım kararları üzerindeki etkisinin devamını sağlayabilmek için, ortaklık sözleşmesine, sermayenin artırılması veya azaltılması ya da şirket varlıklarının satışı konusunda alınan kararlarda veto hakkına sahip olduğu ve her yıl şirket karının en az % 70 inin dağıtılması yönünde hüküm ilave edilmiştir. Norveç gelir idaresi, kontrolün belirlenmesinde, hisse sahipliğinden çok, fiili kontrolü belirleyici kabul etmektedir. Şirket sözleşmesine göre Norveç mukimi, ayrı fikirde olmadığı kararların uygulanmamasını güvence altına almıştır ve bu nedenle şirket üzerinde kontrolünün bulunduğunu kabul etmek gerekir, Glad, s. 494.

¹⁰⁶⁷ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a/aa kısım.

hissesi, oy hakkı veya şirket kuruluş sözleşmesinde veya şirkete ait herhangi bir resmi belge ile tanınan herhangi bir hak olarak tanımlanmaktadır¹⁰⁶⁸.

İtalya KEYK düzenlemesi de kontrolü sadece fiili kontrol testlerine bağlı olarak tanımlamakta ve İtalya'da mukim tam mükelleflerin yabancı kurum üzerindeki doğrudan veya dolaylı önemli etkisi (substantial influence veya dominant influence¹⁰⁶⁹) kontrolü ifade etmektedir. Kontrol tanımı Medeni Kanuna (Civil Code) atıf yapmak suretiyle belirlenmekte olup, aşağıdaki unsurları ifade etmektedir¹⁰⁷⁰.

- a) Hisse Opsiyon Kontrolü (Share Option Control): Genel kurul toplantısında kullanılan oyların çoğunluğuna sahip olmak¹⁰⁷¹,
- b) Fiili Kontrol (Virtual Control): Genel kurul toplantısında alınan kararlar üzerinde etki yaratacak yeterli oy hakkına sahip olmak¹⁰⁷²,
- c) Sözleşme Sonucu Elde Edilen Kontrol (Control According to Contractual Ties): Özel bir sözleşmeden kaynaklanan öncelikli etki¹⁰⁷³.

Buna göre, İtalya'da mukim tam mükelleflerin, yabancı kurum üzerindeki önemli etkisi, KEYK'in olağan genel kurullarında veya şirket olağan toplantılarında sahip olunan oy hakkının çoğunluğuna veya yabancı kurumdan, özel sözleşmeler ile sağlanan, yönetimde doğrudan ve birincil etkisi olan imtiyazlara göre belirlenmektedir¹⁰⁷⁴. Dolayısıyla hissedarların şirket üzerindeki baskın etkileri, bir veya daha fazla (ilişkili olmaları şartıyla) İtalyan mukiminin, yabancı şirketin % 50 veya daha fazla hisse sahipliğinden yoksun yönetsel oy hakkına sahip olması durumunda, söz konusu şirketi kontrol ettiği kabul edilmekte, buna

¹⁰⁶⁸ HM Revenue&Customs, INTM202010-Controlled Foreign Companies Definitions: Control, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202060.htm>, (21.03.2008); Ullah, s. 615; İngiltere KEYK düzenlemesi kapsamındaki kontrol testleri iki aşamalıdır. Birinci aşamada ortakların yabancı kurum üzerindeki etkisi araştırılmakta, bu testin olumsuz sonuçlanması halinde "% 40 testi/genişletilmiş (extended) kontrol testi" olarak adlandırılan ikinci bir test uygulanmaktadır. Bu testte, yabancı bir kurumun biri İngiltere'de mukim olan, diğeri İngiltere'de mukim olmayan iki kişi tarafından kontrol edilmesi halinde, İngiltere'de mukim olanın % 40, İngiltere'de mukim olmayanın % 40-% 55 arasında hisse sahipliği, hak veya yabancı kurumu kontrol olanağı veren benzer güç ("*interests, rights and powers of the kind which gives the two persons in question control of the company*") olarak ifade edilmektedir.) elde etmesi, kontrolün sağlandığının kabul edilmesi için yeterli sayılmaktadır. Hissedarların herhangi bir yabancı kurumdaki kontrolünü her ne kadar % 50 oranındaki kontrol belirlese de, % 50 oranının hisse sahipliği, oy hakkı vb haklarla sağlandığı bazı durumlarda, gerçek kontrolün sağlanamaması söz konusu olabilecektir, Bkz., § 3 Bölüm I/2 kısım; Bu nedenle İngiltere Gelir İdaresi, benzer durumlara ilişkin olarak <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM202020.htm>, adresinde farklı olasılıklara ilişkin açıklamalarda bulunmaktadır.

¹⁰⁶⁹ Silvestri, s. 13.

¹⁰⁷⁰ Cottani ve Tonino, s. 8.

¹⁰⁷¹ A subject has the run of available votes' majority in the general meeting.

¹⁰⁷² A subject has the run of sufficient votes to exert a decisive influence in the general meeting.

¹⁰⁷³ A subject exercises an overriding influence by virtue of particular contractual ties.

¹⁰⁷⁴ Favi, s. 354.

karşın bir hissedar yabancı kurumun % 50'den az oy hakkına sahip olması durumunda da bazı verilerin (örneğin, şirket sözleşmesinde yer alan özel hükümler gereği sahip olduğu (dominant influence) hakların) varlığı halinde, bu hissedarın yabancı kurumu kontrol ettiği kabul edilmektedir¹⁰⁷⁵.

İngiltere ve İtalya'nın yanı sıra Yeni Zelanda¹⁰⁷⁶, Norveç¹⁰⁷⁷ ve İsrail¹⁰⁷⁸ KEYK düzenlemelerinde de kontrolün belirlenmesinde hukuki ve fiili kontrol testlerinin her ikisinden de yararlanılmaktadır. İsrail KEYK düzenlemesinin, bu anlamda kontrolü oldukça geniş kapsamlı olarak tanımladığını ve ekonomik hakları (economic rights) da, oy hakkı olarak adlandırılan yönetsel kontrol haklarını (management control rights) da kapsadığını ve bu haklar arasında ayırım yapılmadığını söylemek mümkündür¹⁰⁷⁹. Dolayısıyla düzenleme kapsamında, bir İsrail mukiminin, yabancı bir kurumun kar payının çoğunluğuna sahip olması halinde, şirketin faaliyetlerine ilişkin hiçbir şekilde oy hakkı bulunmasa da, söz konusu şirket, diğer şartların da bulunması halinde, KEYK olarak kabul edilmektedir¹⁰⁸⁰.

Yabancı kurumlar üzerindeki kontrolün belirlenmesinde fiili kontrol testlerinin daha az tercih edilmesinin nedeni, konuya ilişkin yasal çerçevenin belirlenmesi ve uygulanmasındaki zorluktur¹⁰⁸¹.

b. Kontrolün Belirlenmesinde Yöntem

Yabancı kurumun KEYK mevzuatının uygulanacağı ülkede mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklarının, yabancı kurum üzerinde kontrolünün bulunup bulunmadığının tespitinde, doğrudan veya dolaylı, ayrı ayrı veya birlikte ya da zımni kontrolünün olup olmaması mevzuatın uygulanması açısından önemli bir belirleyicidir. Kontrolün tespitinde, yabancı kurumun hissedarlarının sayısı ile ilgili bir sınırlandırma yapılması, yabancı kurumda hisse sahibi olan tüm mukim hissedarların hisselerinin topluca dikkate alınması ve her bir mukim hissedarın hissesinin bağımsız olarak değerlendirilmesi yöntemlerinden birisinin ya da birkaçının kullanılması tercih edilebilir.

¹⁰⁷⁵ Silvestri, s. 13; Ancak çok nadir görülmele birlikte, şirket sözleşmesinde yer alan özel hükümler gereği sahip olduğu hakların (dominant influence), varlığı halinde, bir hissedarın oy hakkına bağlı olarak yabancı kurumu kontrol ettiği kabul edilse de, bu hissedarın şirket hissesine sahip olmaması halinde, yabancı kurumun kazancı üzerinden vergilendirilmesi mümkün olmamaktadır, Silvestri, s. 13- 17.

¹⁰⁷⁶ Jackson ve Smith, s. 469.

¹⁰⁷⁷ Glad, s. 493.

¹⁰⁷⁸ Shalhav, s. 332.

¹⁰⁷⁹ Shalhav, s. 332.

¹⁰⁸⁰ Shalhav, s. 332.

¹⁰⁸¹ Arnold, *CFC*, s. 415.

Birçok ülkede uygulanmakta olan KEYK düzenlemesinin, kontrolün belirlenmesinde mukim hissedarların sayısı ile ilgili sistematik bir yöntem içermediği¹⁰⁸², ancak kontrolün belirlenmesinde tüm uygulayıcı ülkelerin, doğrudan ve dolaylı kontrol edilen hisselerin toplamını dikkate aldığı¹⁰⁸³ tespit edilmektedir.

aa. Bireysel veya Toplu Kontrol

aaa. Bireysel Kontrol Yöntemi

aaaa. Tekil Yöntem

Yabancı kurum üzerinde kontrolün bulunup bulunmadığının belirlenmesinde tek bir mukim hissedarın hissesinin dikkate alınması yöntemini, bireysel kontrol yöntemi olarak adlandırmak mümkündür. Söz konusu yöntem, kontrolün belirlenmesinde tek başına kullanılabileceği gibi, ilişkili kişilerle birlikte (zimni sahiplik) kontrol yöntemi¹⁰⁸⁴ doğrudan ve/veya dolaylı kontrol yöntemi¹⁰⁸⁵ ile bir arada da kullanılabilir. Fakat kontrol, KEYK üzerindeki önemli etki olarak tanımlandığından¹⁰⁸⁶, bireysel kontrolde de mutlaka hukuki veya fiili kontrolün varlığını ortaya koymaya yarayacak –belli oranda hisse sahibi olunması ya da kontrol gücü veren oy hakkı, veto hakkı gibi- bir unsurun varlığının aranması gerekmektedir.

Bireysel kontrol yönteminde¹⁰⁸⁷, kontrol koşulu tespit edilirken yabancı kurumda hissesi bulunan birden fazla hissedarın hisselerinin toplamı dikkate alınmamaktadır. Örneğin, kontrol için belirlenen kriter en az % 50 hisse sahipliği ise yabancı kurumda hissesi bulunan mukim hissedarlar arasında, bu oranın üzerinde hisse sahibi olan bir hissedarın bulunması gerekir. Bu yöntemle göre, yabancı kurumda her biri % 10 hisseye sahip 9 mukim hissedar bulursa dahi, yabancı kurum, KEYK olarak kabul edilmeyecektir.

Kontrolün belirlenmesinde bireysel kontrol yöntemini tek başına uygulayan ülkelere örnek olarak Fransa gösterilebilir. Çünkü Fransa’da yabancı kurum üzerindeki kontrolün belirlenmesinde, kurumlar vergisine tabi bir Fransız şirketinin, Fransa dışında faaliyet gösteren bir teşebbüsün veya şirketin veya Fransa dışında kurulan bir kurumun % 50’den

¹⁰⁸² Arnold, *CFC*, s. 423.

¹⁰⁸³ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.19.

¹⁰⁸⁴ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-b/aa-aaa/bbbb kısım.

¹⁰⁸⁵ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-b/bb kısım.

¹⁰⁸⁶ OECD, *CFC*, s. 32.

¹⁰⁸⁷ Burada, ilişkili kişilerle birlikte sahip olunan hisselerin topluca değerlendirildiği (zimni sahiplik) uygulamalar dışındaki durumlar değerlendirilmektedir. Zimni kontrol uygulamaları aşağıda incelenmektedir.

fazla hissesine, kar payına, mali haklarına veya oy hakkına sahip olması şartı aranmaktadır. Yabancı kurumdaki sahipliğin doğrudan veya dolaylı olmasının bir önemi bulunmamaktadır¹⁰⁸⁸.

bbbb. İlişkili kişilerle Birlikte Kontrol Yöntemi (Zımnı Sahiplik/Kontrol)

Bireysel kontrol yöntemini tamamlayan yöntemlerden bir diğeri ilişkili kişilerle birlikte kontrol yöntemidir ve tekil kontrol yönteminin tamamlayıcısı olarak kullanılmaktadır. İlişkili kişilerle birlikte kontrol yöntemi "*zımnı (constructive ownership) sahiplik*" olarak adlandırılmaktadır ve bu kontrol yönteminde, % 50 hisse sahipliği veya oy hakkı sahipliğine dayanan kontrol testinden kurtulabilmek amacıyla, yabancı kurumdaki hisselerin ilişkili kişiler arasında dağıtılması suretiyle KEYK düzenlemesinden kaçınmanın önlenmesi amaçlanmaktadır¹⁰⁸⁹. Hissedarların sahip oldukları hisselerin ilişkili kişiler arasında dağıtılmasının önlenmesi amacıyla, birçok ülke mevzuatında kontrolün tespitinde, gerçek veya tüzel, ilişkili kişilerle birlikte edinilen hisse sahipliği veya oy hakkı topluca dikkate alınmaktadır¹⁰⁹⁰.

Zımnı sahiplik kuralının kapsamı ülkeden ülkeye değişkenlik göstermektedir¹⁰⁹¹. Bu yöntemi uygulayan ülkelere örnek olarak Macaristan, Litvanya ve Danimarka gösterilebilir. Yabancı kurumdaki kontrolün belirlenmesinde, Macaristan'da¹⁰⁹² kurumlar vergisine tabi tam mükellef bir şirketin, Litvanya¹⁰⁹³ ve Danimarka'da¹⁰⁹⁴ da tek bir gerçek veya tüzel kişinin sahip olduğu hisse veya oy hakkı dikkate alınmakta, ancak bu sistemlerde, Fransa'nın KEYK

¹⁰⁸⁸ Gouthiere, 2008, s. 51.

¹⁰⁸⁹ Arnold, CFC, 420.

¹⁰⁹⁰ Her ne kadar bu yöntem, gerçek ve tüzel kişilerin ilişkili kişilerle birlikte sahip oldukları hisselerin topluca dikkate alınması nedeniyle, toplu kontrole yakın gibi görülsede, fiili kontrolün hesaplanmasında ve atfedilecek gelirin hesaplanmasında en az sahiplik kuralının sağlanıp sağlanmadığının tespitinde, ilişkili kişilerle birlikte edinilen hisselerin topluca (tek bir kişiye ait olduğu varsayımı altında) dikkate alınma olasılığı nedeniyle, bireysel kontrol yöntemi altında incelenmiştir.

¹⁰⁹¹ Arnold, CFC, s. 420.

¹⁰⁹² Liszicza, s. 308; Macaristan mukimi bir şirketin, ilişkili kişilerle birlikte yabancı kurumda % 50'den fazla oy hakkının bulunması durumunda, söz konusu yabancı kurum KEYK olarak kabul edilmektedir, Liszicza, s. 308.

¹⁰⁹³ Bernatonis, s. 395; Bireysel kontrol yönteminin benimsendiği Litvanya KEYK düzenlemesinde, tek bir kurumun, ilişkili kişilerle birlikte doğrudan veya dolaylı olmak üzere, yabancı kurumun % 50'den fazla hissesine veya kar dağıtım hakkı gibi bazı özel haklara sahip olması durumunda, söz konusu yabancı kurum, KEYK olarak kabul edilmektedir, Bernatonis, s. 395.

¹⁰⁹⁴ Rix, s. 143; kontrolün belirlenmesinde tek bir gerçek veya tüzel kişinin sahip olduğu hisse veya oy hakkı dikkate alınmakta olup, söz konusu hisselerin, yabancı kurumun % 25 ini oluşturması halinde yabancı kurum, KEYK olarak kabul edilmektedir. Toplam hisse veya oy hakkının tespitinde zımnı sahiplik kuralı uygulanmakta olup, gerçek kişilerde ilişkili kişilerle birlikte sahip olunan hisse veya oy hakları, tüzel kişilerde ise grup şirketleri, gerçek kişi ortaklar ve yakın akrabaları, tüzel kişilik veya gerçek kişi ortaklar veya bunların yakın akrabaları tarafından kurulan dernek ve vakıfların yabancı kurumda sahip oldukları hisse ve oy hakları topluca dikkate alınmaktadır. Yakın akraba olarak kabul edilen akrabalar ise, eşler, ana-baba, büyük ana ve büyük baba, çocuk ve torunlar ile eşlerin çocuk ve torunları ile bu kişilere ölen bir kişiden kalan tereke, topluca dikkate alınmaktadır, Rix, s. 143.

düzenlemesinden farklı olarak, söz konusu gerçek ve tüzel kişilerin hisseleri ile birlikte, ilişkili kişilerin hisseleri de birlikte dikkate alınmaktadır.

Avustralya KEYK düzenlemesi daha farklı özellikler içermektedir. Düzenlemenin içerdiği kontrol unsuru, "*hukuki (legal control) kontrol testi*" olarak adlandırılan teste göre, en az % 1 hisseye sahip olmaları şartıyla, beş ya da daha az Avustralya mukimi şirketin, yabancı kurumun % 50'den az olmamak üzere oy hakkı ve kar payı gibi ekonomik göstergelerine sahip olması halinde, söz konusu yabancı kurumun, KEYK olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹⁵. Ayrıca, hukuki kontrol testinin kapsamı, "*varsayımsal kontrol testi (assumed control test)*" olarak adlandırılan bir test ile genişletilmiş olup, bu teste göre tek bir Avustralya mukimi şirketin, söz konusu ekonomik göstergelerin en az % 40'ına sahip olması ve yabancı kurumu kontrol eden başka bir üçüncü taraf da olmaması durumunda, yabancı kurumun KEYK olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹⁶. Düzenleme kapsamında uygulanmakta olan "*fiili (economic de facto) kontrol testi*" ise en az % 1 hisseye sahip beş veya daha az Avustralya mukimi kurumun, yalnız veya ilişkili kişilerle birlikte yabancı kurumu kontrol edip etmediğini tespit etmeye çalışmaktadır¹⁰⁹⁷. İsrail¹⁰⁹⁸ ve İngiltere¹⁰⁹⁹ KEYK düzenlemeleri de, varsayımsal kontrol testi (assumed control test) adı altında benzeri hükümler içermektedir.

Aynı şekilde, Macaristan KEYK düzenlemesi kapsamında fiili kontrolün (substantial ownership in control) belirlenmesinde, aile üyeleri tarafından sahip olunan kontrol unsurları (oy hakkı) birlikte değerlendirilmektedir¹¹⁰⁰.

ABD KEYK düzenlemesi kapsamında zımni sahiplik kuralı aynı zamanda, KEYK tarafından elde edilen gelirin hissedarlara atfedilmesine ilişkin olarak getirilen en az hisse sahipliği¹¹⁰¹ şartının sağlanıp sağlanmadığının belirlenmesinde de kullanılmakta, ancak hissedarlara atfedilecek gelirin tutarının hesaplanmasında kullanılmamaktadır¹¹⁰².

¹⁰⁹⁵ Greenleaf, e s. 59.

¹⁰⁹⁶ Greenleaf, e s. 59.

¹⁰⁹⁷ Greenleaf, s. 59.

¹⁰⁹⁸ Shalhav, s. 332.

¹⁰⁹⁹ HM Revenue&Customs, INTM202010-Controlled Foreign Companies Definitions: Control, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202020.htm>, (21.03.2008).

¹¹⁰⁰ Lizsiczka, s. 308.

¹¹⁰¹ Bkz., § 3 Bölüm, I/1-b kısım. Örneğin, yabancı kurumun hissedarlarından birisinin, kurumun % 40 hissesine doğrudan, % 11 hissesine ise ilişkili kişilerle birlikte zımni olarak sahip olması durumunda söz konusu şirket KEYK olarak kabul edilmekte, ancak şirketin dağıtılmamış gelirin % 40'ı ilgili hissedara atfedilmektedir, Arnold, *CFC*, s. 421.

¹¹⁰² Arnold, *CFC*, s. 421.

Zimni sahiplik kuralı, ABD KEYK düzenlemesi haricinde sadece kontrolün belirlenmesinde dikkate alınan bir unsur olup, yabancı kurumlarda kontrolün var olup olmadığının belirlenmesinde bütün mukim hissedarlarca sahip olunan hisselerin topluca dikkate alınmasının öngörüldüğü sistemlerde, zimni sahiplik kuralına ihtiyaç duyulmamaktadır¹¹⁰³.

Zimni sahiplik kuralının temelini oluşturan "*ilişkili kişi (connected person-affiliated person)*" tanımının, ülkeden ülkeye ve duruma göre değişkenlik gösterdiği görülmektedir. Tanım, kan hısımlarını, usul ve furuu, aynı ortaklığın ortaklarını ve bir şirketi kontrol eden hissedarları da içerecek şekilde yapılabilir¹¹⁰⁴. Örneğin, Danimarka KEYK düzenlemesine göre ilişkili kişi; eşler, ana-baba, büyük ana ve büyük baba, çocuk ve torunlar, eşlerin çocuk ve torunları ile bu kişilere, ölen bir kişiden kalan tereke olarak, tüzel kişilerde ise grup şirketleri, gerçek kişi ortaklar ve ortakların yakın akrabaları ile tüzel kişilik veya gerçek kişi ortaklar veya bunların yakın akrabaları tarafından kurulan dernek ve vakıflar olarak belirlenmiştir¹¹⁰⁵.

Kontrolün belirlenmesinde fiili kontrol yöntemini benimseyen İsrail KEYK düzenlemesinde; aile üyelerinin birlikte sahip oldukları kontrol unsurları birlikte değerlendirilmekte olup, eşler, kardeşler, ana-baba, büyük ana ve büyük baba, furuğ ile bunların eşleri, aile üyesi olarak kabul edilmektedir¹¹⁰⁶.

İlişkili kişi ve kurumların oldukça geniş kapsamlı olarak belirlenmiş olduğu Litvanya KEYK düzenlemesinde, bir kurumun ortakları, yönetim kurulu üyeleri ve ortaklarla yönetim kurulu üyelerinin yakınları, grup şirketleri ve bu şirketlerin ortakları ile bu şirketlerin yönetim kurulu üyeleri ve bunların yakınları, % 25 ve daha fazla hissesine veya oy hakkına veya faaliyetleri üzerinde yönetsel haklara veya üçüncü kişilere karşı sorumluluğa veya % 25'ten fazla varlığı üzerinde kullanım hakkına sahip olunan şirketleri ve bu şirketlerin ortaklarını ve yakınlarını, şirketin işyerlerini ifade etmekte, "*yakınları*" tanımına ise eşler, nişanlılar, dördüncü dereceye kadar akrabalar, eşlerin dördüncü dereceye kadar akrabaları, eşlerin dördüncü dereceye kadar akrabalarının ikinci dereceye kadar akrabaları ve miras bırakanlar girmektedir¹¹⁰⁷.

¹¹⁰³ Arnold, *CFC*, s. 421.

¹¹⁰⁴ IBFD, *Glossary*, s. 66.

¹¹⁰⁵ Rix, s. 143.

¹¹⁰⁶ Shalhav, s. 333.

¹¹⁰⁷ Bernatonis, s. 396.

Tüzel kişiler açısından ilişkili kişi kavramı ile ilgili olarak benzer hükümler içeren Yeni Zelanda KEYK düzenlemesine göre ise ilişkili kişi kavramının kapsamına, ikinci dereceye kadar kan bağı olan kardeşler, ana-baba, büyük ana ve büyük baba, çocuklar ve torunlar, kan bağı olanlarla evlilik bağı olan kişiler ve evlatlıklar girmektedir¹¹⁰⁸.

Diğer taraftan, oy hakkı sahibi hissedarların aynı yönde oy kullanma amacıyla bir araya gelerek oluşturdukları grupların (voting trust), yabancı kurumun yönetsel kararlarında etkili olma gücünü sağlaması nedeniyle bir kontrol unsuru (joint control) olarak kabul edilmesi yönünde uygulamalara da rastlanmaktadır¹¹⁰⁹. İspanya KEYK düzenlemesi de zımni sahiplik kuralı içermekte olup, yabancı kurumdaki kontrol gerçek kişiler tarafından sağlanmamışsa, kontrol oranının tespitinde, mukim olmayan ilişkili kişilerin hisseleri de dikkate alınmaktadır¹¹¹⁰.

bbb. Toplu/Birlikte Kontrol

aaaa. Sınırsız Birlikte Kontrol Yöntemi

Toplu/birlikte kontrol yönteminde bireysel kontrol yönteminin tersine, mukim hissedarların, yabancı kurum üzerinde kontrolünün bulunup bulunmadığının belirlenmesinde, mukim gerçek veya tüzel tüm hissedarların yabancı kurumda sahip oldukları hisseler birlikte değerlendirilmekte ve belirlenmiş olan önemli etki kriteri veya kontrol oranı, hisselerin toplamı ile karşılaştırılmaktadır. Toplu kontrolde sadece tam mükellef hissedarların KEYK'de sahip oldukları hisselerin dikkate alınması gerekmekte olup, dolaylı kontrolün söz konusu olduğu durumlarda, dolaylı kontrole aracılık eden kurumların KEYK'deki hisseleri dikkate alınmamaktadır. Çünkü esas itibariyle tespit edilmesi gereken husus, bir yabancı kurumun, tam mükellef hissedarlarca kontrol edilip edilmediğinin tespit edilmesidir. Yabancı kurumda hissesi bulunan mukim hissedarların birbiri ile ilişkisi, yani ilişkili kişi sayılıp sayılmadıklarının bir önemi bulunmamaktadır. Bireysel kontrol yönteminde olduğu gibi, kurumsal kontrol yöntemi de KEYK düzenlemesi içerisinde kontrolün belirlenmesinde tek başına veya diğer yöntemlerle birlikte kullanılabilir. Sınırsız birlikte kontrol yönteminde, hissedarların veya hissenin miktar veya tutarının bir önemi bulunmamaktadır.

¹¹⁰⁸ Jackson ve Smith, s. 468.

¹¹⁰⁹ Favi, s. 355.

¹¹¹⁰ Almudj, s. 563.

İncelenen ülkelerin KEYK düzenlemeleri içerisinde, kontrolün belirlenmesinde kurumsal kontrol yönteminin tek başına uygulandığı bir sisteme rastlanılamamıştır.

bbbb. Sınırlı (Çekirdek) Birlikte Kontrol

Sınırlı toplu kontrol yöntemi, toplu kontrol yöntemini benimseyen sistemlerde uygulanan, çekirdek bir hissedar grubu tarafından kontrolün öngörüldüğü bir yöntemdir ve özünde bireysel kontrol yöntemini de içeren bir özellik taşımaktadır. Çünkü yabancı kurumu kontrol eden hissedarlar sayı olarak sınırlandırılabilen ve dolayısıyla tek bir hissedarın yabancı kurumu kontrol etmesi halinde de yabancı kurum, düzenleme kapsamında KEYK olarak tanımlanmaktadır. Hissedarların ilişkili kişi olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır¹¹¹¹.

Kontrolün az sayıdaki mukim hissedarla sınırlandırılıp sınırlandırılmaması konusu, KEYK düzenlemesi kapsamında kontrolün belirlenmesinde toplu kontrol yöntemini benimseyen sistemlerde karşılaşılan en önemli konulardan bir tanesidir¹¹¹². Yabancı kurumda hissesi bulunan veya yabancı kurumun kontrol araçlarına sahip olan mukim hissedar sayısı ve hissedarların sahip olduğu hisse miktarları, yabancı kurumun büyüklüğüne bağlı olarak artış göstermesi muhtemel parametrelerdir ve bunların tespiti her zaman kolay olmayabilir.

Konu ile ilgili olarak Arnold, aşağıdaki tespitleri yapmaktadır¹¹¹³.

"Mukim hissedarlar, yabancı kurumun kar dağıtım kararları üzerinde etkili olmadıkları sürece vergilendirilmemeleri gerekir. Yabancı kurumun hisselerinin çok sayıda mukim hissedar tarafından sahip olunması halinde, söz konusu hisselerin toplamı kontrol için belirlenen yasal oranın üzerine çıksa bile bu hisselerin sağlamış olduğu güç, uygulamada etkili olarak kullanılamayacaktır. Çekirdek bir hissedar grubu tarafından toplu kontrol yönteminin¹¹¹⁴ bulunmadığı bir sistemde, birbiri ile ilişkili olmayan ve belki de birbirini hiç tanımayan hissedarların, toplam hisselerinin % 50'den fazla olması nedeniyle, yabancı kurumu kontrol ettikleri kabul edilecektir. Oysaki hisselerin küçük bir hissedar grubunun elinde bulunması durumunda, mukim hissedarların yabancı kurumu

¹¹¹¹ ABD Subpart F düzenlemesi buna örnek oluşturmaktadır, Bkz., IRC, §.958 (a) ve (b).

¹¹¹² Arnold, *CFC*, s. 422.

¹¹¹³ Arnold, *CFC*, s. 423.

¹¹¹⁴ Yazar tarafından "*Control by a Concentrated Group*" olarak ifade edilmektedir.

etkili bir şekilde kontrol etmesi ya da edebileceğinin kabul edilmesi daha büyük bir olasılıktır.

Bununla birlikte, çekirdek bir hissedar grubu tarafından toplu kontrol yöntemi, hisselerin ilişkili veya ilişkisiz kişiler arasında dağıtılması gibi bir olasılığın önlenmesi açısından zımnî sahiplik kuralı veya vergiden kaçınmanın önlenmesi gibi bir dizi önlemin alınmasını da gerektiren bir durumu da ortaya çıkarmaktadır. Diğer taraftan, yabancı kurumun hisselerinin çok sayıda mukim hissedarın elinde olduğu durumlarda sık sık karşılaşılmamakla birlikte, kontrolün küçük bir grupla sınırlandırılmaması, mevzuatın uygulanmasında vergi idaresi için sorun oluşturabilecektir.”

Örneğin, kontrolün belirlenmesinde Yeni Zelanda'da¹¹¹⁵, ilişkili kişilerle birlikte beş veya daha az Yeni Zelanda mukimi gerçek kişinin sahip olduğu hisseler, ABD'de ise beş veya daha az ABD vatandaşı, mukimi veya şirketinin ilişkili kişilerle birlikte veya dolaylı olarak¹¹¹⁶ sahip oldukları hisseler dikkate alınmakta¹¹¹⁷ olup, söz konusu hissedarların, yabancı kurumun % 50'den fazla hissesine sahip olması durumunda, yabancı kurum, KEYK olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla çekirdek bir hissedar grubu tarafından toplu kontrol yöntemi, bu ülkelerde zımnî kontrol yöntemi ile birlikte kullanılmakta, İngiltere¹¹¹⁸, Avustralya¹¹¹⁹ ve İsrail¹¹²⁰ KEYK düzenlemesi kapsamında da bireysel kontrol yöntemi ile birlikte kullanılmaktadır.

ccc. Karma Yöntem

Kontrolün belirlenmesinde uygulanan bireysel kontrol yöntemi, toplu kontrol yöntemi ile tamamlandığı oranda karma bir yönetime dönüşmektedir. Bu durumda, kontrolün belirlenmesinde, yabancı kurumda hissesi bulunan tam mükellef gerçek veya tüzel kişi hissedarların hisseleri hem ayrı ayrı, hem de topluca dikkate alınmakta ve ister ayrı ayrı isterse topluca hesaplanan hisselerin herhangi birisinin kontrol için belirlenen kriterin üzerinde olması halinde, yabancı kurum, KEYK olarak kabul edilmektedir. Bazı sistemlerde, zımnî kontrol yöntemi de bir tamamlayıcı yöntem olarak benimsenebilmektedir.

¹¹¹⁵ Jackson ve Smith, s. 469.

¹¹¹⁶ IRC, §.958 (a) ve (b).

¹¹¹⁷ IRC, §.7701(a) (30) .

¹¹¹⁸ Ullah, s. 615.

¹¹¹⁹ Greenleaf, s. 59.

¹¹²⁰ Shalhav, s. 330.

Avustralya¹¹²¹ Almanya¹¹²², İsrail¹¹²³, İngiltere¹¹²⁴, Yeni Zelanda¹¹²⁵ ve Portekiz¹¹²⁶ düzenlemeleri bireysel kontrol yöntemini toplu kontrol yöntemiyle birlikte, yani karma bir biçimde uygulayan sistemlere, Avusturya (taslak)¹¹²⁷, Macaristan¹¹²⁸, Estonya¹¹²⁹ ve İspanya'da¹¹³⁰ gibi ülkeler ise, toplu kontrol yöntemini, zımni kontrol ile birlikte uygulayan ülkelere örnek oluşturmaktadır.

İspanya'da¹¹³¹ ise mukim olsun olmasın tüm hissedarların hisseleri dikkate alınmak suretiyle bireysel ve toplu kontrol yöntemi, karma bir şekilde ve zımni kontrolü de içerecek şekilde uygulanmakta¹¹³², yani yabancı kurum, ilişkili kişilerle birlikte bireysel veya toplu olarak kontrol edilmesi halinde de düzenleme kapsamında vergilendirilmektedir.

İsrail¹¹³³ ise toplu kontrol yöntemini bireysel yöntemle destekler farklı düzenlemelere sahiptir. Hukuki ve fiili kontrol unsurlarını da içeren¹¹³⁴ İsrail KEYK düzenlemesi detaylı kontrol unsurları içermektedir. Düzenlemeye göre; yabancı bir kurumun % 50'den fazla kontrol araçlarının İsrail mukimlerine ait olması ya da bir İsrail mukiminin yabancı kurumun önemli yönetim kararları üzerinde veya kar payının dağıtım kararları üzerinde veto hakkına sahip olması halinde kurum, KEYK olarak kabul edileceği gibi, bir İsrail mukiminin bir yabancı kurumun kontrol araçlarının % 40 veya daha fazlasına sahip olması veya % 40'ına sahip olmasa dahi aynı kurumun kontrol araçlarının % 50'sinden fazlasına İsrail dışında ikamet eden aile üyeleri ile birlikte sahip olması durumunda da söz konusu kurum KEYK olarak kabul edilmektedir¹¹³⁵.

Portekiz KEYK mevzuatında bir yabancı kurumun KEYK olarak kabul edilmesi için, tek bir Portekiz mukimi hissedarın yabancı kurumun % 25 ve daha fazla hissesine sahip olması

¹¹²¹ Greenleaf, e s. 59.

¹¹²² Rust, s. 258–262.

¹¹²³ Shalhav, s. 332.

¹¹²⁴ HM Revenue&Customs, INTM202010-Controlled Foreign Companies Definitions: Control, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202020.htm>, (21.03.2008); Ullah, s. 615.

¹¹²⁵ Jackson ve Smith, s. 468.

¹¹²⁶ British-Portuguese Chamber of Commerce, Tax&Legal Info in Portugal, <http://www.bpcc.pt/corporateTaxPage2.asp#controlled>, (21.05.2008), Borges, s. 533.

¹¹²⁷ Haslinger, s. 78; Carol Crete ve Robert Walner, "Elements of CFC Legislation in Austria and their Compatibility with International Rules", içinde: ed. Mattias Dahlberg, Charles Gustafson ve Bertil Wiman, **CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law**, The Netherlands, Wintercourse 2001–2002, s. 14.

¹¹²⁸ Lizsicza, s. 307–310.

¹¹²⁹ Uustalu, s. 176.

¹¹³⁰ Almudi, s. 563.

¹¹³¹ Almudi, s. 563.

¹¹³² Almudi, s. 564.

¹¹³³ Shalhav, s. 330.

¹¹³⁴ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a kısım.

¹¹³⁵ Shalhav, s. 330.

veya her bir Portekiz mukimi hissedarın en az % 10 hisseye sahip olması şartıyla, Portekiz mukimlerinin yabancı kurumun % 50'den fazlasına sahip olması gerekmekte olup, hisselerin doğrudan veya dolaylı olarak elde edilmiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır¹¹³⁶.

ddd. KVK'da Uygulanan Yöntem

KVK'nın 7. maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır:

"Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak *ayrı ayrı ya da birlikte* sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir:..."

Maddenin uygulanma esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KV Genel Tebliği'nde de aynı ifadeler yer almaktadır. Buna göre, ülkemiz KEYK düzenlemesi toplu kontrol yönteminin ağır bastığı karma bir yöntem izlemiştir. Şöyle ki, maddede bu eşiğin tek bir mukim kurumca geçilmesi asıl koşul/kural olarak getirilmemiş ise de, maddede geçen ayrı ayrı kavramı çerçevesinde tek bir mukim kurumun % 50 kontrol eşiğini aşması halinde, yabancı kurum kontrol edilen kurum statüsünü kazanmaktadır. Bu nedenle KVK'nın 7. maddesine bireysel kontrol yönteminin de yansıdığı, ancak maddede geçen "*birlikte*" terimi nedeniyle de asıl olarak karma kontrol yönteminin benimsendiği anlaşılmaktadır.

Yabancı bir kurumun hisselerine (veya kontrol unsurlarına) ülkemizde tam mükellef olan tek bir gerçek veya tüzel kişi tarafından veya birden fazla gerçek ve tüzel kişi tarafından sahip olunması ve sahip olunan kontrol unsurlarının kontrol için belirlenmiş olan % 50 oranına ulaşması, ayrıca diğer şartların da sağlanması halinde, söz konusu yabancı kurumun, KEYK olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de madde metninde kontrolün belirlenmesinde, yabancı kurumda hisse sahibi olan tüm gerçek ve tüzel kişilerin hisselerinin topluca dikkate alınacağı hükme bağlanmış olup, kontrolün az sayıda mukim hissedarla sınırlandırılmasına yönelik bir hükme yer verilmemiştir. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, kontrol için belirlenen şartlar sağlansa bile, kontrolü elinde tuttuğu varsayılan hissedar sayısının yüksek olması, uygulamada hem vergi idaresi hem de vergi mükellefleri için ilave yükler/zorluklar ve sorunlar ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu zorluklardan bir tanesi,

¹¹³⁶ British-Portuguese Chamber of Commerce; Borges, s. 533.

kontrolü elinde bulunduran veya bulundurduğu varsayılan hissedarların (bir de bunların çok küçük hisselerine sahip ilişkisiz kişiler olduğu düşünülürken), kanunu dolanma amacını taşıyan bir girişimde bulunup bulunmadıklarının tespit ve ispat edilmesindeki zorluktur, diğeri ise çok küçük hisselerine sahip ilişkisiz kişilerin, hisse sahibi oldukları yabancı kurumların, KEYK uygulaması kapsamında değerlendirildiği konusundaki bilgilenmelerinde yaşanan zorluktur. Bu nedenlerle KVK'nın 7. maddesine en az hisse sahipliği veya çekirdek bir hissedar grubu tarafından kontrol gibi ilave unsurlar eklenmesinin, düzenlemeye daha adil ve kolay uygulanabilir olma özelliğini kazandıracakı düşünölmektedir.

Ayrıca madde metninde "*ilişkili kişi*" terimine veya tanımına yer verilmemektedir. Maddede söz konusu terime veya tanıma yer verilmemesinin nedeni, yabancı kurumdaki kontrolün belirlenmesinde, ilişkili olsun veya olmasın, Türkiye'de mukim tam mükellef gerçek ve tüzel kişilerin ayrı ayrı veya birlikte edinmiş oldukları hisselerin topluca dikkate alınmasıdır. Bu nedenle *doğrudan kontrolün* söz konusu olduğu durumlarda, kontrolün var olup olmadığının tespit edilmesi açısından, ilişkili kişi terimine veya tanımına madde metninde yer verilmesine gerek bulunmamaktadır. Ancak, *dolaylı kontrolün* söz konusu olduğu durumlarda, "*birlikte kontrol*"ün var olup olmadığının tespit edilmesi açısından, ilişkili kişi terimine veya tanımına madde metninde mutlaka yer verilmesi gerekmektedir. Çünkü düzenlemenin; KEYK'lerin ve aracı yabancı kurumların da belli şartlar altında ilişkili kişi sayılacağı yönünde bir hüküm içermemesi, yabancı kurumlar vasıtasıyla elde edilen kontrol unsurlarından kaynaklanan dolaylı kontrolün¹¹³⁷, toplu/birlikte kontrol yöntemi içerisinde değerlendirilebilmesini engellemektedir.

Ayrıca, müessesenin daha adil ve kolay uygulanabilir olma özelliğini kazanması açısından ilişkili olmayan kişilerin yabancı kurumda sahip oldukları kontrol unsurlarının, kontrolün belirlenmesi açısından da mükellefiyet açısından da dikkate alınmaması gerekir. Böyle bir düzenlemenin yapılması durumunda, KEYK'de hissedar olan gerçek ve tüzel kişilerin, yabancı kurumda sahip oldukları hisselerin ayrı ayrı (örneğin % 1 gibi) azınlık hissesi olması durumunda, birbiri ile ilişkili olmayan, hatta birbirini hiç tanımayan kişilerin, yabancı kurumu kontrol edip etmediklerinin idare tarafından ispat edilmesi gerekecektir. Dolayısıyla yabancı kurumda hissedar olan gerçek ve tüzel kişiler arasında vergiden kaçınmak amacıyla yurt dışında şirket kurulması yönünde bir eylem birliğinin yanı sıra, fikir birliğinin de var

¹¹³⁷ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-b/bb-ccc kısım.

olduğunun ortaya konulması şarttır¹¹³⁸. Bu durumda, maddenin zımni kontrolü içerecek şekilde düzenlenmesi, en azından kontrol unsurlarının ilişkili kişiler arasında dağıtılması halinin de vergiden kaçınma niyetinin oluşmuş sayılacağına ilişkin bir objektif unsur oluşturulmuş olacaktır. Çünkü toplu kontrolün bu konuya herhangi bir etkisi bulunmamaktadır.

Bu nedenlerle düzenlemede, hem tam mükellef gerçek ve tüzel kişiler açısından (zımni kontrol), hem de dolaylı kontrole aracılık eden yabancı kurumlar ile ilgili olarak ilişkili kişi tanımının yer alması gerekmektedir.

bb. Doğrudan veya Dolaylı Kontrol

aaa. Doğrudan Kontrol

Doğrudan kontrol, tam mükelleflerin, yabancı ülkelerde kurulan bir kurumun hisselerine ve/veya diğer kontrol araçlarına sahip olmak suretiyle söz konusu kurum üzerinde önemli etkiye sahip olmasıdır. Tam mükelleflerin ellerinde bulundurdukları kontrol araçlarının¹¹³⁹, kontrol için belirlenen oranın üzerinde olması ve diğer şartların da varlığı halinde, söz konusu kurum KEYK olarak kabul edilmektedir. Yabancı kurumda sahip olunması gereken kontrol araçlarının oranı, ülkeden ülkeye değişkenlik göstermekle¹¹⁴⁰ birlikte, KEYK düzenlemeleri tüm ülkelerde doğrudan kontrol kriteri içermektedir.

KEYK düzenlemesine sahip tüm ülkelerde kontrol kriterinin, dolaylı kontrolü de içermesi ve dolayısıyla yabancı bir kurumun mukim hissedarlar tarafından kontrol edilmediğini belirlenmesinde, doğrudan ve dolaylı sahip olunan kontrol araçlarının topluca dikkate alınması nedeniyle¹¹⁴¹, KEYK'in hisselerine bir başka yabancı kurum veya kurumlar vasıtasıyla sahip olmak suretiyle, KEYK düzenlemesinden kaçınmak mümkün değildir¹¹⁴².

Tablo 2'deki örnekte, mükellefin yabancı kurumlarda doğrudan sahip olduğu hisselerin oranları belirtilmektedir. Söz konusu hisselerin, KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkede kontrol için belirlenmiş olan kontrol araçlarının oranı ve diğer kriterleri sağlaması halinde, söz konusu şirketler KEYK düzenlemesine tabi tutulabileceklerdir. Diğer taraftan,

¹¹³⁸ Cem Tekin, "Kontrol Edilen Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesinde Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar", **Vergi Sorunları**, Sayı. 217 (Ekim 2006), s. 57; Bkz., § 8 Bölüm I Kısım.

¹¹³⁹ Kontrol araçları konusunda, Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a kısım.

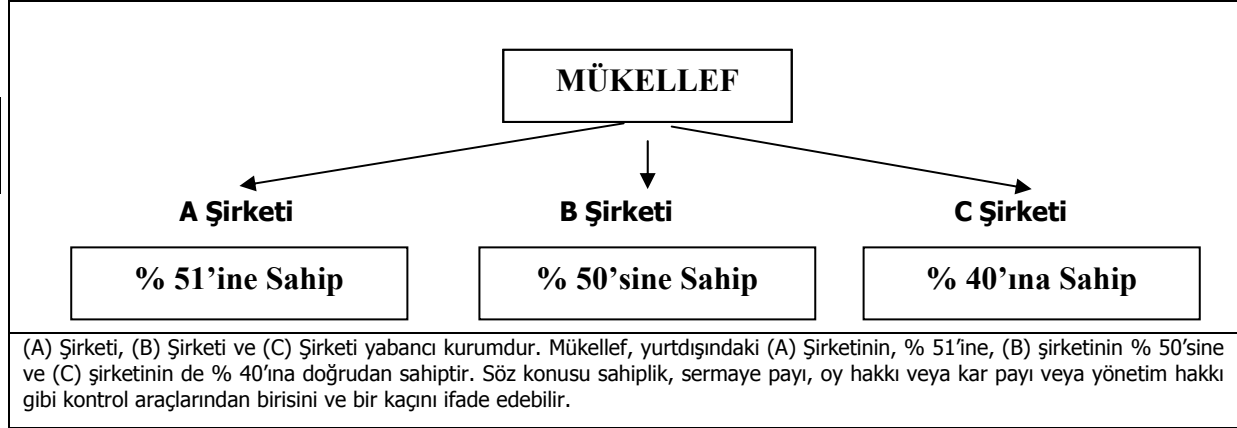
¹¹⁴⁰ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-c kısım.

¹¹⁴¹ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 19; OECD, *CFC*, s. 35.

¹¹⁴² Arnold, *CFC*, s. 418.

mükellefin kontrol unsurlarından herhangi birisine aynı şartlarla sahip olması, kontrolün sağlanması için yeterlidir.

Tablo 2
Doğrudan Kontrol



bbb. Dolaylı Kontrol

Dolaylı kontrol, tam mükelleflerin, yabancı ülkelerde kurulan bir kurumun hisselerine ve/veya diğer kontrol araçlarına¹¹⁴³, başka kurum veya kurumlar vasıtasıyla sahip olmak suretiyle söz konusu kurum üzerinde önemli etkiye sahip olmasıdır. Yabancı kurumların, başka kurum veya kurumlar aracılığıyla dolaylı olarak ellerinde bulundurdukları bu hisseler ve/veya diğer kontrol unsurları araçları vasıtasıyla kontrol edildiğinin kabul edilmesi için bu araçların yabancı kurum üzerinde önemli bir etki yaratabilecek bir büyüklükte olması gerekir. Bu büyüklük, her ülke mevzuatında farklı kriterlerle hükme bağlanmıştır. Dolayısıyla yabancı kurumda dolaylı olarak sahip olunan kontrol araçlarının, kontrol için belirlenen kriterlerin üzerinde olması ve diğer şartların da varlığı halinde, dolaylı kontrol edildiği kabul edilen söz konusu kurum, KEYK olarak kabul edilmektedir.

Dolaylı kontrolde, KEYK'in kontrol araçlarına dolaylı olarak sahip olmayı sağlayan kurumların da yurt dışında mukim olması gerekmektedir, çünkü KEYK'lerin hisselerine, yurt içinde mukim tam mükellef şirketler aracılığı ile sahip olunması halinde, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirmeye tabi tutulacak mükellef, yabancı kurumun hisselerini doğrudan elinde bulunduran tam mükellefiyete tabi (aracı) kurum olacaktır¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ Kontrol araçları konusunda, Bkz., Bölüm § 7, I/2-a kısım.

¹¹⁴⁴ Haslinger, s. 78.

KEYK düzenlemesi kapsamında kontrolün bulunduğu söylenmesi için, yabancı kurumda sahip olunması gereken hisseler veya diğer kontrol araçlarının oranı, ülkeden ülkeye değişkenlik göstermekle¹¹⁴⁵ birlikte, KEYK düzenlemesine sahip olan tüm ülkelerde doğrudan kontrol kriterinin yanı sıra dolaylı kontrol kriterine yer verildiği tespit edilmektedir. Dolaylı kontrolde, dolaylı KEYK'in, bir veya daha fazla yabancı şirket tarafından dolaylı kontrol edilmesi mümkün olduğu gibi, KEYK ile bu kurumu kontrol eden tam mükellefler arasında, bir veya daha fazla kademe şirket bulunması da mümkündür. Bu kurumların sayısının dolaylı kontrol üzerinde herhangi bir etkisi bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle birinci ve takip eden kademelerdeki kurumların sayısı, yabancı kurumun dolaylı olarak kontrol edilmesine engel teşkil etmemekte, dolaylı kontrolü ortadan kaldırmamaktadır.

Dolaylı kontrol de aynen doğrudan kontrol gibi, oy hakkı veya hisse sahipliği ya da diğer kontrol unsurları vasıtasıyla sağlanabilir. Oy hakkının hukuken devredilebildiği bazı ülkelerde, üçüncü kişiler adına kullanılan oy hakkı, dolaylı kontrolün hesaplanmasında dikkate alınmamakta olup, İtalya KEYK düzenlemesi¹¹⁴⁶ buna bir örnek oluşturmaktadır.

Dolaylı kontrolün mutlaka ve sadece KEYK'ler vasıtasıyla sağlanması şart değildir. Birden fazla yabancı kurumda doğrudan sahip olunan kontrol unsurları, kontrol için öngörülen oranı veya şartları sağlamasa bile bu kurumlar vasıtasıyla bir başka yabancı kurumda edinilen kontrol unsurlarının toplamının kontrol için öngörülen oranı veya şartları sağlaması halinde, dolaylı kontrol şartları oluşmuş sayılacak ve söz konusu kurum, KEYK düzenlemesine tabi tutulabilecektir¹¹⁴⁷. Buna karşılık, dolaylı kontrolün, "*yabancı bir kurumun hisselerine kontrol edilen bir yabancı kurum vasıtasıyla veya KEYK'in ilişkili kişileri vasıtasıyla sahip olunması*" şeklinde tanımlanması da mümkündür¹¹⁴⁸.

aaaa. Dolaylı Kontrol Yöntemleri

Yukarıdaki bölümde de belirtildiği üzere, KEYK'deki dolaylı kontrol, bir veya daha fazla yabancı kurum vasıtasıyla elde edilebilir ve dolaylı KEYK ile bu kurumu kontrol eden tam mükellefler arasında, bir veya birden fazla kademe de iştirak edilen kurum da bulunabilir. KEYK'ler üzerindeki kontrolün belirlenmesinde, düzenlemenin sadece dolaylı kontrolü veya sadece doğrudan kontrolü içerecek şekilde düzenlenmesi doğru değildir. KEYK düzenlemesine

¹¹⁴⁵ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-c kısım.

¹¹⁴⁶ Favi, s. 354.

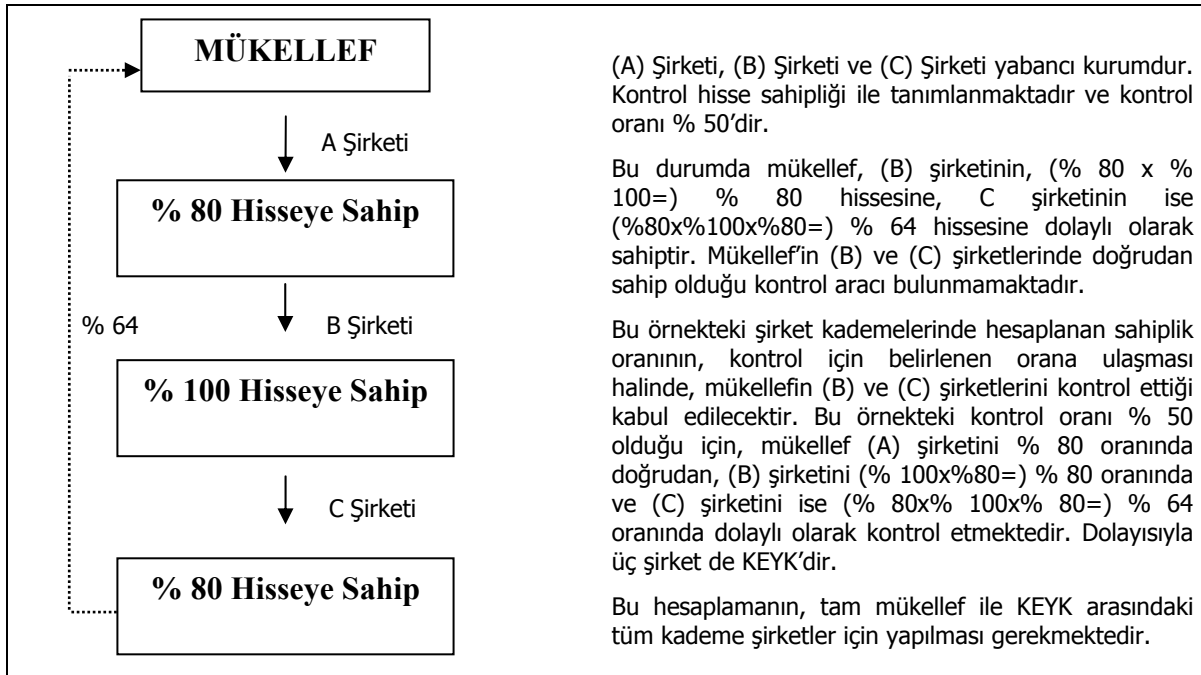
¹¹⁴⁷ Bkz., Tablo 4.

¹¹⁴⁸ Jackson ve Smith, s. 468; Yeni Zelanda KEYK düzenlemesi bu uygulamaya örnek oluşturmaktadır, Jackson ve Smith, s. 468.

sahip tüm ülkelerde kontrol, dolaylı kontrolü de içermekte ve yabancı bir kurumun mukim hissedarlar tarafından kontrol edilip edilmediğini belirlenmesinde, doğrudan ve dolaylı sahip olunan hisseler topluca dikkate alınmaktadır¹¹⁴⁹.

Ancak KEYK'in, tam mükelleflerce tek bir yabancı kurum vasıtasıyla ve sadece dolaylı olarak kontrol edilmesi halinde, dolaylı kontrole aracılık eden kurumun da KEYK olması gerekir. Aynı koşullar altında, dolaylı kontrole aracılık eden kurum sayısının birden fazla olması, (her bir kademede ki kurumun bir üst kurum tarafından ve sadece doğrudan kontrol edilmesi şartıyla) sonucu değiştirmeyecektir. Bu kontrol yöntemi, "**dikey/doğrusal dolaylı kontrol yöntemi**" dir. Tablo 3'te verilen örnekte bu durum analiz edilmektedir.

Tablo 3
Dikey/Doğrusal Dolaylı Kontrol Yöntemi



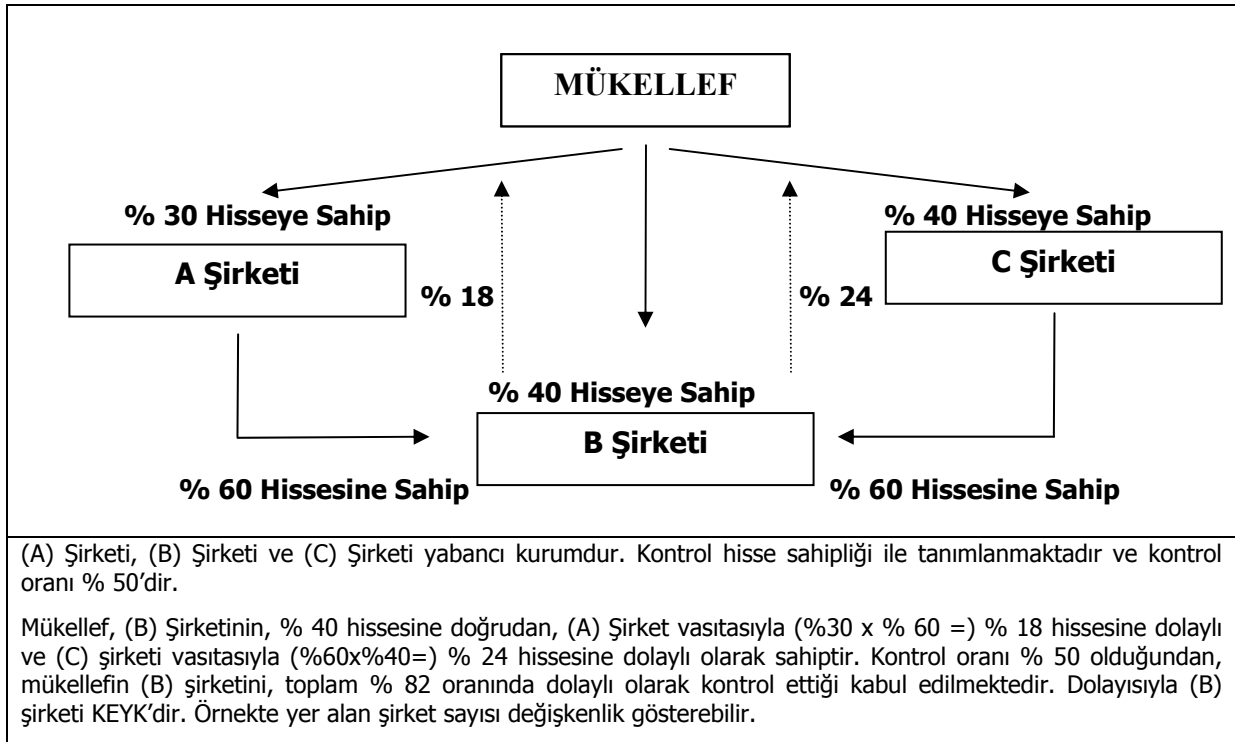
Mukim ortakların, "**dikey/doğrusal dolaylı kontrol yöntemi**"ne uygun olarak kontrol ettikleri KEYK'lerde, dolaylı kontrole aracılık eden bir veya birden fazla kurumda doğrudan kontrol araçlarına sahip olması halinde, tam mükelleflerin doğrudan kontrolünün bulunduğu kademedan daha aşağıdaki kademelerdeki kurumların, KEYK olma şartlarına sahip olup olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

¹¹⁴⁹ Arnold, CFC, s. 418.

Yukarıda da belirtildiği üzere, KEYK'in kontrol araçlarına, birden fazla yabancı kurum vasıtasıyla dolaylı olarak sahip olunması da mümkündür. Bu durumda, kontrol araçlarına dolaylı olarak sahip olunan kurumun kontrol edilip edilmediğinin belirlenmesinde; (i) birinci kademedeki şirketlerin doğrudan kontrol edilip edilmemesi ve (ii) dolaylı kontrol edilen kurumda mükellefin doğrudan kontrolünün de bulunup bulunmaması önem taşımaktadır.

KEYK'de dolaylı kontrole aracılık eden ve kontrol araçlarına doğrudan sahip olunan birinci kademe yabancı şirketlerin doğrudan kontrol edilmemesi, yani söz konusu şirketlerde sahip olunan kontrol araçlarının, kontrol için belirlenmiş olan kriterin altında kalması halinde, dolaylı kontrolün sağlanabilmesi için tam mükelleflerin yabancı kurumda mutlaka doğrudan sahip oldukları kontrol araçlarının da var olması ve bu kontrol araçlarının da hesaplama dâhil edilmesi gerekmektedir. Bu kontrol yöntemi, **"yatay/çoklu dolaylı kontrol yöntemi"** dir. Tablo 4'te verilen örnekte bu durum analiz edilmektedir.

Tablo 4
Yatay/Çoklu Dolaylı Kontrol Yöntemi

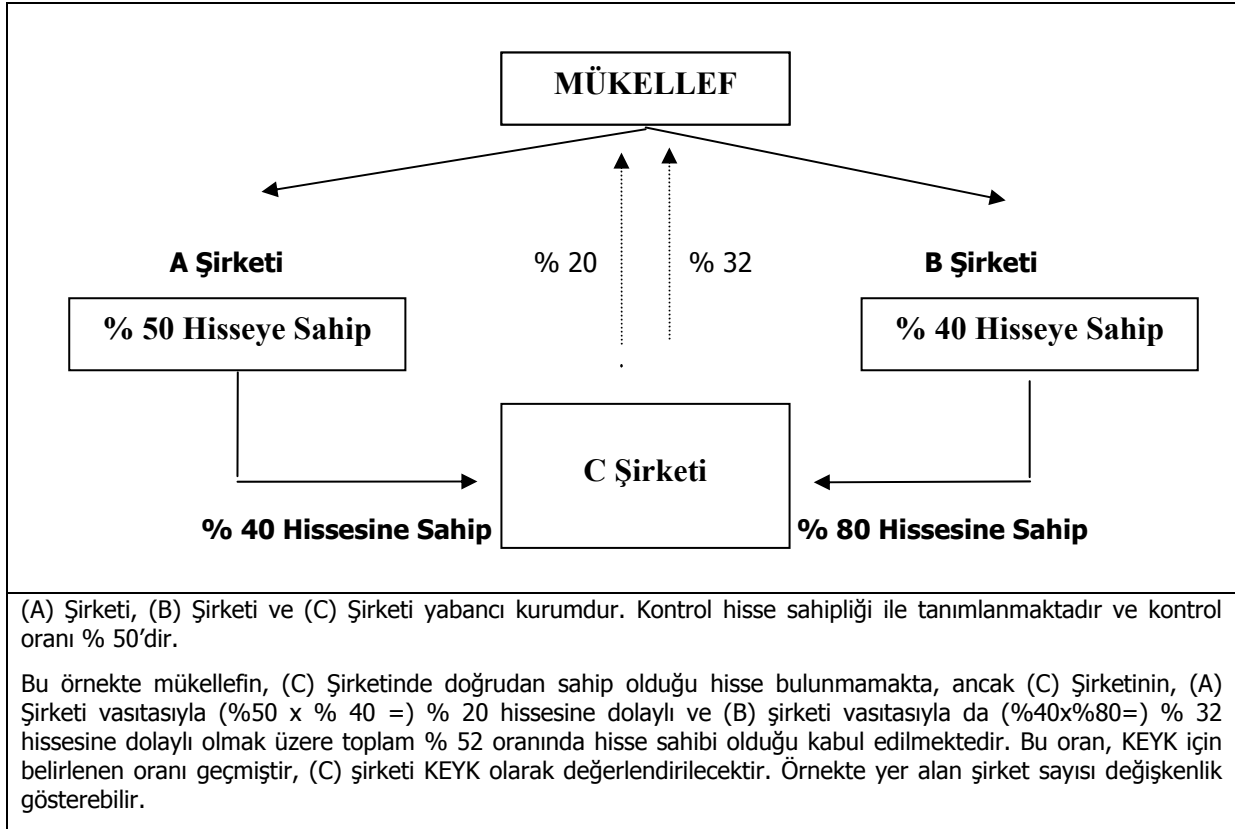


Aynı şekilde, KEYK'in kontrol araçlarına doğrudan sahip olunmadığı durumlarda, dolaylı kontrole aracılık eden ve doğrudan kontrol araçlarına sahip olunan kurumların en az

birisinin KEYK şartlarını haiz olması gerekmektedir. Dolaylı kontrole aracılık eden kurumlar arasında da sahip oldukları kontrol araçları açısından benzer kriterlerin aranacağı tabiidir. Tablo 5'te verilen örnekte bu durum analiz edilmektedir.

Yeni Zelanda¹¹⁵⁰ ve Macaristan KEYK düzenlemeleri bu uygulamaya örnek teşkil etmekte olup, kontrol araçlarına dolaylı olarak sahip olunan şirketin, KEYK olarak kabul edilebilmesi için, dolaylı kontrole aracılık eden şirket veya şirketlerin, bir üst kademe şirkete göre KEYK olma özelliğini taşıması gerekmektedir¹¹⁵¹.

Tablo 5
Dolaylı Kontrol



Tablo 5'te verilen örnekte, kontrol oranının % 50 olduğu ve diğer şartların da oluştuğu varsayımıyla varsayımı ile mükellefin doğrudan hisse sahibi olduğu (A) şirketi, KEYK olarak tanımlanacaktır. Mükellefin (C) şirketinde dolaylı sahip olduğu hisseler ayrı ayrı dikkate

¹¹⁵⁰ Jackson ve Smith, s. 468.

¹¹⁵¹ Lizsiczka, s. 308; İsrail KEYK düzenlemesi de benzer hükümler içermekte olup, dolaylı kontrolde kontrol oranının % 50'nin altına düşmesi halinde, yabancı kurumdaki kontrol oranı sifıra eşitlenmekte ve daha alt kademedeki şirketler için dolaylı kontrol hesaplaması yapılmamaktadır, Shalhav, s. 33.

alındığında (başka bir ifadeyle hisseler, doğrusal dolaylı kontrol yöntemi ile hesaplandığında) mükellefin, (C) şirketinde kontrol için belirlenmiş olan hisse oranına ulaşmamış olduğu görülmektedir. Ancak, mükellefin (A) ve (B) şirketleri aracılığıyla dolaylı sahip olduğu hisseler birlikte dikkate alındığında, mükellefin (C) şirketinde doğrudan ve dolaylı olarak % 52 oranında hisse sahibi olduğu ve (C) şirketini kontrol ettiği tespit edilmektedir.

Söz konusu mükellefin Türkiye’de mukim olduğu düşünülürse, yabancı bir ülkede mukim (C) şirketi, diğer şartların da varlığı halinde, KEYK uygulamasına tabi tutulacak, fakat örneğin Yeni Zelanda¹¹⁵² ve Macaristan’ın¹¹⁵³ KEYK mevzuatına göre, dolaylı kontrole aracılık eden kurumların KEYK özelliği taşımaması nedeniyle KEYK olarak değerlendirilmeyecektir.

bbbb. Dolaylı Kontrolü Hesaplama Yöntemleri

Bir kurumun KEYK olup olmadığının belirlenmesinde, dolaylı kontrol oranını tespit yöntemi büyük önem taşımaktadır. Yabancı kurumlar üzerindeki kontrol, tam mükelleflerce sahip olunan hukuki kontrol araçları veya fiili kontrol araçları ile sağlanabilir¹¹⁵⁴. Kontrolün belirlenmesinde fiili kontrol araçlarının esas alınan sistemlerde, herhangi bir oran tespiti söz konusu olmadığından, tam mükelleflerle KEYK arasındaki tüm kademelerdeki şirketlerin doğrudan veya dolaylı olarak fiilen kontrol edilmesi gerekmektedir. Ancak, kontrolün belirlenmesinde hukuki kontrol araçlarının esas alındığı sistemlerde, tam mükellef hissedarlarca yabancı kurumda sahip olunan hisse, kar payı ve oy hakkı gibi ekonomik temele dayanan hakların oranı önem kazanmaktadır.

Dünyada uygulanmakta olan KEYK düzenlemeleri incelendiğinde, tam mükellef hissedarlarca; yabancı kurumlarda dolaylı sahip olunan kontrol araçlarının oranının ve kontrolünün bulunup bulunmadığının tespitinde iki farklı yöntem kullanıldığı tespit edilmektedir.

Birinci yöntemde dolaylı kontrol; mukim hissedarların, dolaylı kontrole aracılık eden yabancı kurumda doğrudan sahip oldukları hisse oranları ile bu yabancı kurumun bir diğer kurumda doğrudan sahip olduğu hisse oranlarının çarpımı suretiyle hesaplanmakta ve bu

¹¹⁵² Jacson ve Smith, s. 470.

¹¹⁵³ Lizsicza, s. 308.

¹¹⁵⁴ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a kısım.

hesaplama, ihtiyaç duyulan tüm alt kademe şirketler için aynı şekilde yapılmaktadır¹¹⁵⁵. Bu yöntem "**değişken oranlı hesaplama yöntemi**" dir.

Portekiz¹¹⁵⁶, İspanya¹¹⁵⁷ ve Norveç¹¹⁵⁸ bu yöntemi uygulayan ülkelere örnek oluşturmakta olup, Tablo 3'de yer alan örnekte bu hesaplama yöntemi kullanılmaktadır.

Yabancı kurumlarda kontrolün tanımlanmasında sermaye payı sahipliği ve oy hakkının birlikte değerlendirildiği sistemlerde, dolaylı kontrolün hesaplanmasında, yabancı kurumda sahip olunan sermaye payı sahipliği veya oy hakkı sahipliğine bağlı olarak, farklı hesaplama yöntemleri kullanılabilir. Örneğin İsveç KEYK düzenlemesi kapsamında, yabancı kurumda dolaylı sahip olunan sermaye payına bağlı kontrol oranı, yukarıda belirtildiği şekilde, bir yabancı kurumda doğrudan sahip olunan sermaye payı oranı ile bu yabancı kurum aracılığıyla bir diğer yabancı kurumda dolaylı sahip olunan hisse oranlarının çarpımı suretiyle hesaplanmakta, yabancı kurumda dolaylı sahip olunan oy hakkına bağlı kontrol oranının hesaplanmasında ise yabancı kurumda sahip olunan en düşük oy hakkı, dolaylı kontrol oranı olarak kabul edilmektedir. Örneğin, (A) şirketi, (B) şirketinin % 60 sermaye payına, (B) şirketi de (C) şirketinin % 50 sermaye payına sahip olması halinde, (A) şirketinin (% 60x% 50=) % 30 oranında dolaylı sermaye payı sahibi olduğu (C) şirketi KEYK olarak kabul edilmektedir¹¹⁵⁹. Ancak (A) şirketinin, (B) şirketinin % 60 oy hakkına, (B) şirketinin de (C) şirketinin % 50 oy hakkına sahip olması halinde, (A) şirketinin dolaylı oy hakkı sahibi olduğu (C) şirketi yine KEYK olarak kabul edilmekte, ancak kontrol oranının belirlenmesinde % 50 oy hakkı esas alınmaktadır¹¹⁶⁰.

Dolaylı kontrol oranının hesaplanmasında kullanılan ikinci yöntem ise birinci hesaplama yönteminden tamamen farklıdır ve hukuki kontrol ile fiili kontrol araçları birlikte değerlendirilmektedir. Dolaylı sahip olunan hisseler, ilk kademe ve alt kademelerdeki şirketlerde sahip olunan hisse oranlarının çarpımı suretiyle hesaplanmamakta ve kontrol edilen bir yabancı kurumun, en az % 50 (veya % 50'den fazla) hissesine sahip olduğu diğer tüm yabancı kurumları (ve daha alt kademedeki diğer yabancı kurumları) da kontrol ettiği (fiili kontrol) kabul edilmekte, dolayısıyla söz konusu kurumlar KEYK olarak

¹¹⁵⁵ Arnold, *CFC*, s. 418.

¹¹⁵⁶ Borges, s. 533.

¹¹⁵⁷ Almudi, s. 564.

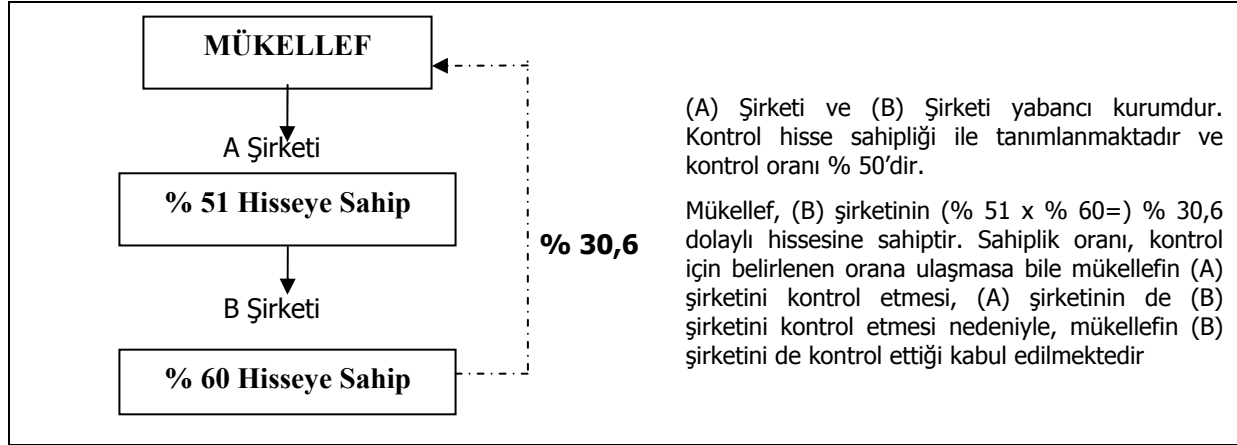
¹¹⁵⁸ Glad, s. 495 ve s. 502.

¹¹⁵⁹ İsveç'te kontrol oranı olarak % 25 kabul edilmektedir, Dahlberg, *CFC*, s. 589.

¹¹⁶⁰ Dahlberg, *CFC*, s. 589, Westerlund, s.14.

değerlendirilmektedir. Mukim hissedarların, dolaylı kontrol edilen yabancı kurumun hisselerinin çoğunluğuna sahip olup olmamalarının bir önemi bulunmamaktadır¹¹⁶¹. Bu yöntem ise "**sabit oranlı hesaplama yöntemi**" dir.

Tablo 6
Kontrolün Sabit Oranlı Hesaplama Yöntemi ile Hesaplanması



Tablo 6'da verilen örnekte bu yöntem açıklanmaya çalışılmakta olup, mükellefin, (B) şirketinde sadece (A) şirketi vasıtasıyla sadece % 30,6 hisseye sahip olduğu ve bu oranın da kontrol için belirlenen oranın altında kaldığı halde, mükellefin (B) şirketi üzerinde fiili kontrolünün bulunduğu kabul edilebilmektedir.

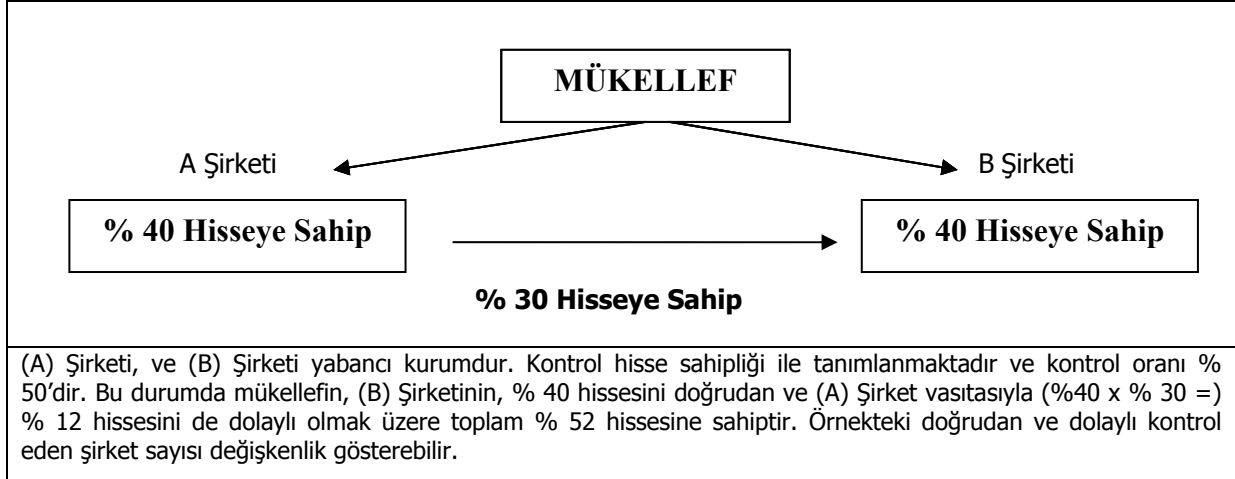
İngiltere ve Avustralya KEYK uygulamasında bu yöntem benimsenmiştir. İngiltere KEYK düzenlemesine göre, bir İngiliz mukiminin, % 50'den fazla hissesine sahip olduğu KEYK'in, % 50'den fazla hisseye sahip olduğu diğer tüm yabancı kurumlardaki hisselerin **tamamına** sahip olduğu ve bu yabancı kurumları da kontrol ettiği kabul edilmekte olup, dolaylı kontrol, hisse sahipliği benzeri bir ekonomik fayda temeline dayandırılmamaktadır¹¹⁶². Avustralya KEYK düzenlemesine göre dolaylı kontrolün oranı ise, her kademedeki şirketin, bir alt kademedeki şirkette sahip olduğu hisse oranı çarpılmak suretiyle hesaplanmakta, ancak zincirdeki bir şirketin KEYK olarak kabul edilmesi halinde, bu şirketteki kontrol oranı, gerçek kontrol oranına bakılmaksızın % 100 olarak kabul edilmektedir. Zincirdeki bir alt kademe

¹¹⁶¹ Arnold, *CFC*, s. 419.

¹¹⁶² Arnold, *CFC*, s. 315.

şirkette dolaylı kontrolün bulunup bulunmadığının araştırılmasına devam edilmesi sadece üst kademede ki şirkette kontrolün bulunması halinde mümkündür¹¹⁶³.

Tablo 7
Doğrudan ve Dolaylı Kontrol



Tablo 7'de verilen örnekte ise, mükellefin (B) şirketinin doğrudan ve dolaylı olarak % 52 hissesine sahip olduğu kabul edilse bile, (A) şirketinin (B) şirketinin yönetiminde yeterli etkiye sahip olamayacağı kabul edilerek, mükellefin (B) şirketini kontrol ettiği kabul edilmemekte ve dolayısıyla (B) şirketi KEYK düzenlemesine tabi tutulmamakta olup, İngiltere¹¹⁶⁴, Avustralya¹¹⁶⁵ ve İtalya¹¹⁶⁶ gibi ülkelerde bu yöntem benimsenmektedir.

*Sabit oranlı hesaplama yöntemi, değişken oranlı hesaplama yöntemi kadar "adil (equitable) olmasa da, dolaylı kontrolün basit matematiksel hesaplamalar sonucu hesaplandığı kontrol testlerinden kaçınmanın önlenmesinde başarı sağlamaktadır"*¹¹⁶⁷. Bununla birlikte fiili kontrolün kontrol unsuru olarak kabul edilmesi, uygulama açısından bazı sorunları da ortaya çıkarmaktadır. Dolaylı olarak sahip olunan hisselerin, çoğunluk hissesi olması durumunda karşılaşılan bu sorunun çözümü, KEYK düzenlemesine sahip ülkelerde, kontrolün belirlenmesinde, oy kullanma hakkı veren hisselerin mi yoksa sahip olunan sermaye paylarının mı dikkate alındığına göre değişmektedir¹¹⁶⁸. Kontrol oy hakkı veren

¹¹⁶³ Greenleaf, s. 60; dolaylı kontrolün bulunup bulunmadığının saptanmasında kullanılan hesaplama yöntemi, dolaylı kontrol edilen hisseler üzerinden hissedarlara atfedilecek gelirin hesaplanmasında kullanılan yöntemden farklıdır, Greenleaf, s. 60,

¹¹⁶⁴ Ullah, s. 615.

¹¹⁶⁵ Greenleaf, s. 60.

¹¹⁶⁶ Favi, s. 354.

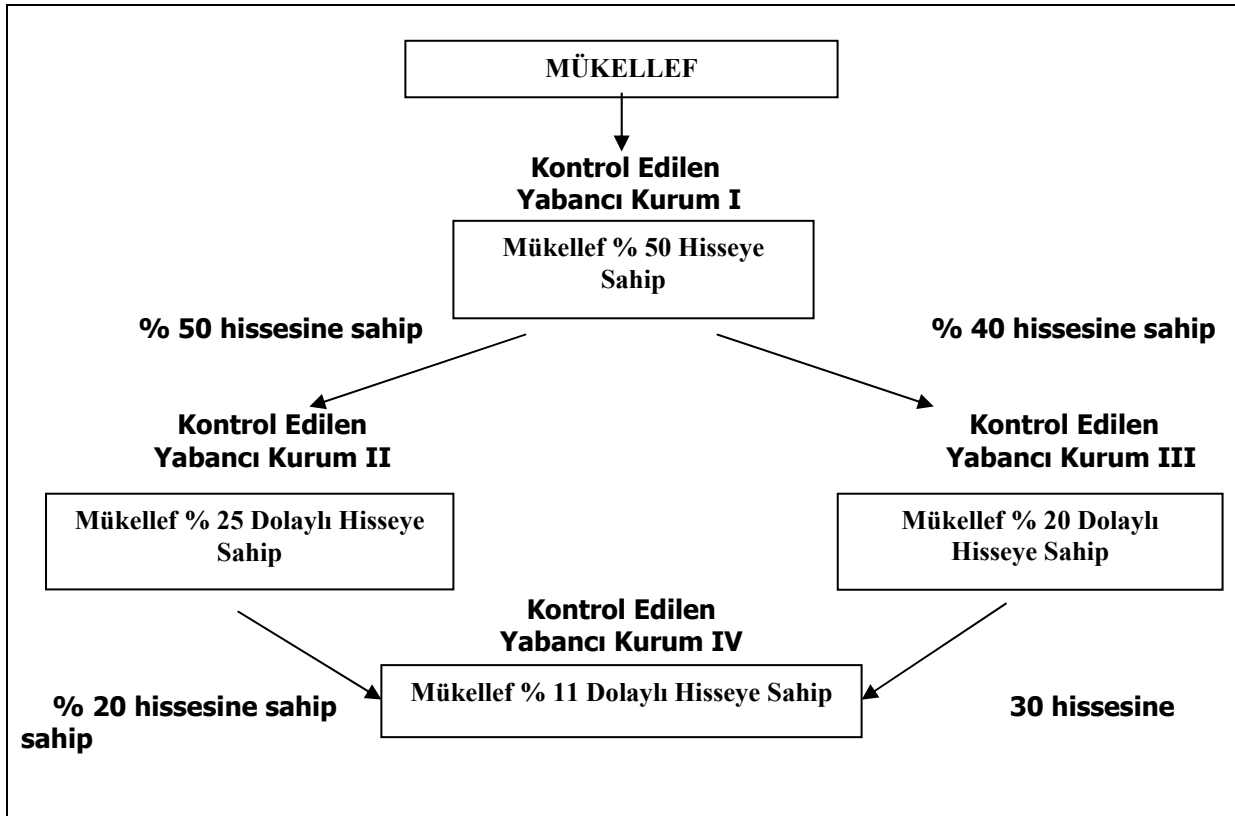
¹¹⁶⁷ Arnold, *CFC*, s. 419.

¹¹⁶⁸ Arnold, *CFC*, s. 419.

hisseler dikkate alınarak belirleniyorsa¹¹⁶⁹, KEYK'in sahip olduğu diğer tüm alt kurumlardaki hisselerin, KEYK'i kontrol eden mükellefler tarafından sahip olduğu kabul edilir ve bu mükelleflerin, KEYK'de hem hukuki (de jure), hem de fiili (de facto) kontrolünün bulunduğu söylenebilir¹¹⁷⁰.

Yeni Zelanda ise dolaylı kontrolde farklı bir hesaplama yöntemi kullanmaktadır. Genel kontrol oranı olan % 50 oranı ile KEYK'ler vasıtasıyla dolaylı olarak kontrol edilen kurum veya kurumların, KEYK niteliği taşıması için belirlenen oran, genel oran olan % 50 yerine % 10'dur¹¹⁷¹. Uygulama, Tablo 8'de yer alan örnekle açıklanmaktadır.

Tablo 8
Dolaylı Kontrolde Fiili Kontrol



Kaynak: Jackson and Smith, s. 470.

¹¹⁶⁹ Amerika hariç. Bu konudaki tek örnektir ve "Foreign Personel Holding Company (FPHC)" olarak adlandırılan ayrı özel bir düzenleme vardır, Arnold, *CFC*, s. 420.

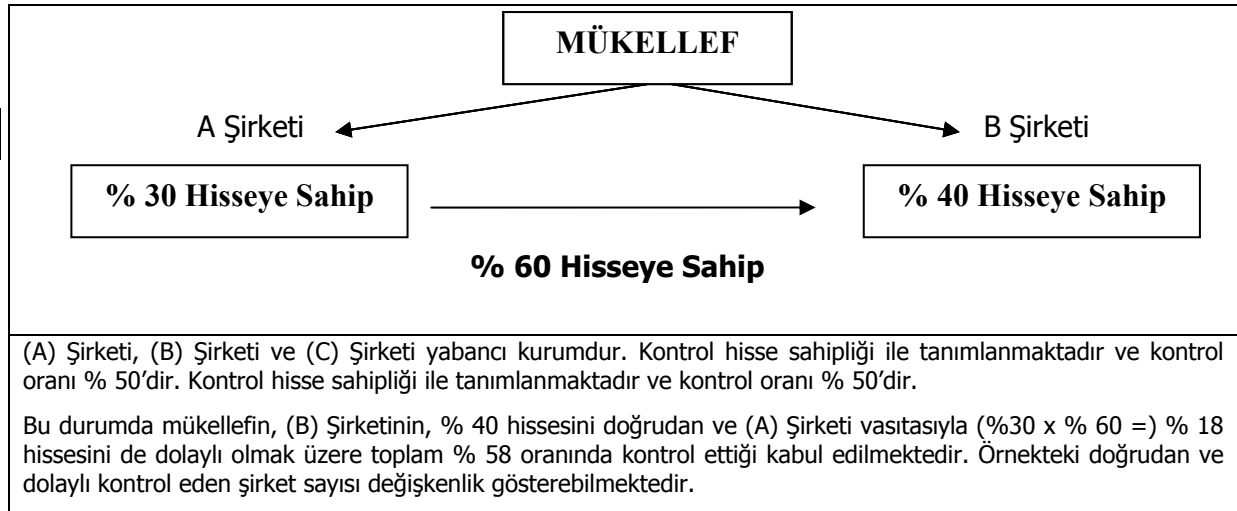
¹¹⁷⁰ Arnold, *CFC*, s. 420

¹¹⁷¹ Jacson ve Smith, s. 470.

Dolaylı kontrolün hesaplanmasında karşılaşılan bir başka temel sorun da, dolaylı olarak sahip olunan hisselerin azınlık hissesi olması durumunda, söz konusu kurumların, KEYK düzenlemesine tabi tutulup tutulmayacağı konusudur¹¹⁷².

Başka bir ifadeyle sorun, KEYK düzenlemelerinin temel özelliğinin, "düzenlemenin sadece tam mükellef ortakların "önemli bir etki"ye sahip oldukları yabancı kurumlara uygulanması" olması nedeniyle, mükelleflerin doğrudan hisse sahibi olmadığı veya doğrudan kontrol etmediği, sadece dolaylı hisse sahibi olduğu şirketlerdeki hisse oranının, kontrol için belirlenmiş olan oranın altında bulunduğu durumlarda, söz konusu kurumların KEYK olarak kabul edilip edilmeyeceğidir.

Tablo 9
Kontrolün Değişken Oranlı Hesaplama Yöntemi ile Hesaplanması



Tablo 9'da verilen örnekte KEYK düzenlemesinin, kontrolün belirlenmesinde, doğrudan veya dolaylı en az % 50 hisse sahipliğinin dikkate alınması ve değişken oranlı hesaplama yöntemi uygulanması durumunda, mükellefin (A) şirketinin % 30 hissesine ve (B) şirketinin % 40 hissesine doğrudan, (A) şirketinin de (B) şirketinin % 60 hissesine doğrudan sahip olması nedeniyle mükellefin, (A) şirketini de (B) şirketini de doğrudan sahip olduğu hisseler ile kontrol ettiği kabul edilmemekte ise de, (B) Şirketinin, % 40 hissesini doğrudan ve (A) Şirket vasıtasıyla ($30 \times 60 =$) % 18 hissesini de dolaylı olmak üzere elinde bulundurduğundan, (B) şirketinin toplam % 58 hissesine sahip olmak suretiyle kontrol ettiği kabul edilecektir. Ancak, mükellefin (B) şirketini doğrudan kontrol etmemesi ve (A)

¹¹⁷² Arnold, CFC, s. 419; OECD, CFC, s. 35.

şirketindeki hisselerinin, kontrol için belirlenmiş olan oranın altında olması nedeniyle, (B) şirketinin, (A) şirketinin % 70 hissesini elinde bulunduran kişiler tarafından ve istekleri doğrultusunda yönetilmesi olasılığı bulunmakta iken, mükellefin (B) şirketinde sahip olduğu doğrudan ve dolaylı hisselerin toplamı dikkate alınarak, (B) şirketinin, mükellef tarafından kontrol edilen bir kurum olduğunun kabul edilip edilmeyeceği tartışmalıdır.

ccc. KVK'da Uygulanan Yöntem

KVK'nın 7. maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

*"Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların **doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte** sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir:..."*

Görüldüğü üzere, KEYK düzenlemesini ihdas etmiş olan ülkelerin tümünde olduğu gibi ülkemiz KEYK düzenlemesi kapsamında da kontrolün belirlenmesinde doğrudan ya da dolaylı sahip olunan kontrol araçları birlikte dikkate alınmaktadır. Maddenin uygulanma esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KV Genel Tebliği'nde dolaylı kontrole ilişkin olarak aşağıdaki ifade yer almaktadır.

"...Maddede sözü edilen "doğrudan veya dolaylı" ve "ayrı ayrı ya da birlikte" ifadeleri ile yurt dışındaki iştirakin ortaklık paylarının grup şirketleri veya gerçek kişiler arasında paylaşılması, maddede belirtilen kontrol oranının altında kalınarak kapsam dışına çıkılması engellenmektedir..."

KEYK tespiti yapılırken dolaylı iştirak ilişkisinin birkaç kademeli olması halinde, en sondaki dolaylı iştirake kadar ortaklık ilişkileri dikkate alınacaktır..."

Şenyüz de bu düzenleme ile kanunu dolanmanın engellenmesinin amaçlandığı görüşünü savunmaktadır¹¹⁷³.

¹¹⁷³ Doğan Şenyüz, "Kontrol Edilen Yabancı İştiraklerin Kazancının Türk Kurumlar Vergisi Karşısındaki Konumu", **Yaklaşım**, Sayı. 167, Yıl. 14 (Kasım 2006), s. 26. (KEYK)

Düzenlemeye göre, bir yabancı kurumun kontrol araçlarına doğrudan sahip olunması durumunda, yabancı kurumun KEYK olarak kabul edilebilmesi için hisse oranı açısından en az % 50 kriterinin benimsemiş olması nedeniyle, Tablo 2’de yer alan örnekte, mükellefin kontrol unsurlarına doğrudan sahip olduğu (A) ve (B) şirketlerini kontrol ettiği kabul edilecek ve bu şirketler, diğer şartların da varlığı halinde KEYK düzenlemesine tabi tutulacaktır.

Madde hükmü ve Genel Tebliğ açıklamalarına göre düzenleme, dolaylı kontrol yöntemi olarak, hem "*dikey/doğrusal dolaylı kontrol yöntemi*"ni, hem de "*yatay/çoklu dolaylı kontrol yöntemi*"ni, hesaplama yöntemi olarak da "*değişken oranlı hesaplama yöntemi*"ni benimsemektedir. Buna göre, tam mükellef gerçek kişi ve kurumların, KEYK olarak tanımlanan yabancı kurumu, birden fazla yabancı kurum vasıtasıyla kontrol etmeleri (yatay/çoklu dolaylı kontrol yöntemi) veya her biri bir diğer yabancı kurumun iştiraki olan yabancı kurumlar vasıtasıyla kontrol etmeleri (değişken oranlı hesaplama yöntemi) mümkündür.

Maddede oy kullanma hakkının da kontrol unsuru olarak belirlenmesi nedeniyle, ilgili yabancı kurumda doğrudan sahip olunan sermaye veya kar payı hakkı toplamı, kontrol için belirlenmiş olan en az % 50 oranına ulaşmasa da, söz konusu kurum ortaklar tarafından oy kullanma hakkı ile fiilen kontrol ediliyor ise, yani mukim ortaklar yabancı kurumda hukuki oy hakkı temelinde fiili kontrol araçlarına¹¹⁷⁴ sahip ise yabancı kurumun KEYK düzenlemesine tabi tutulması mümkündür. Aynı sonuç dolaylı kontrolün bulunduğu durumlar için de geçerlidir. Dolayısıyla tam mükelleflerin sadece tek bir yabancı kurum vasıtasıyla dolaylı olarak hisse sahibi olduğu bir yabancı kurumda, dolaylı olarak sahip olduğu hisselerin yanı sıra doğrudan hisse sahibi olmaması (dikey/doğrusal dolaylı kontrol) durumunda; hukuki kontrol araçları ile dolaylı olarak kontrol edilen hisse % 50’den az olsa da, mukim ortakların yabancı kurumda hukuki oy hakkı temelinde fiili kontrol araçlarına¹¹⁷⁵ sahip olmaları halinde, yabancı kurum düzenleme kapsamında KEYK olarak kabul edilecektir.

Ancak maddede yönetsel hakka dayanan fiili kontrol araçlarının kontrol unsuru/aracı olarak kabul edilmemiş olması nedeniyle, KEYK’in olağan genel kurullarında veya şirket olağan toplantılarında sahip olunan oy hakkının çoğunluğuna veya yabancı kurumdan, özel sözleşmeler ile sağlanan, yönetimde doğrudan ve birincil etkisi olan imtiyazlara sahip olma

¹¹⁷⁴ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a/aa-bbb kısım.

¹¹⁷⁵ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a/aa-bbb kısım.

gibi fiili kontrol araçları, dolaylı kontrolün hesaplanmasında dikkate alınamayacaktır. Dolayısıyla, örnek 6'da yer alan duruma benzeyen bir durumun gerçekleşmesi, yani dolaylı olarak sahip olunan yabancı kurum hissesinin (hukuki kontrol araçlarının) azınlık hissesi olması durumunda, mukim ortaklar fiili (economic de facto) kontrol araçlarına sahip olsalar ve yabancı kurumu fiilen kontrol etseler de, söz konusu yabancı kurum KEYK olarak değerlendirilemeyecektir ki, bu durum düzenleme ile uyumlu bir sonuç oluşturmamaktadır¹¹⁷⁶.

Sorunun çözümü için maddenin, kontrol açısından "*yönetmel hakka dayanan fiili kontrol araçlarını*" da içerecek şekilde ve/veya yurt dışındaki kurumların ve KEYK'lerin belli şartlar altında ilişkili kişi sayılacağı yönünde hükümler içerecek şekilde¹¹⁷⁷ düzenlenmesi gerekir. Böylece, dikey/doğrusal dolaylı kontrolün var olduğu durumlarda, tüm aşamalardaki yabancı kurumların "*ilişkili kişi*" olarak kabul edilmesi ve son kademedeki kontrol edilen yabancı kurumu "*birlikte kontrol ettikleri*"nin kabul edilmesi mümkün hale gelecektir.

c. Oran

Yabancı kurumlar üzerinde mukim tam mükelleflerin kontrolünün bulunup bulunmadığının belirlenmesinde, hukuki (legal control) kontrol testlerini esas alan ve kontrolü belli bir oran olarak belirleyen sistemlerde, oranın genellikle "*en az % 50*" veya "*% 50'den fazla*" hisse sahipliği, oy hakkı veya kar payı gibi unsurlara göre tanımlandığı ve düzenleme ile benimsenen bireysel veya toplu kontrol yöntemlerine göre değişiklik gösterdiği tespit edilmektedir. Avustralya¹¹⁷⁸, Estonya¹¹⁷⁹, Finlandiya¹¹⁸⁰, Fransa¹¹⁸¹, Yeni Zelanda¹¹⁸² ve Norveç¹¹⁸³ gibi ülkelerde "en az % 50" kontrol oranı aranırken, Avusturya (taslak)¹¹⁸⁴, Macaristan¹¹⁸⁵, İspanya¹¹⁸⁶ ve ABD¹¹⁸⁷ gibi ülkelerde, % 50'den fazla kontrol oranı aranmakta, Danimarka¹¹⁸⁸, Portekiz¹¹⁸⁹ ve İsveç'te¹¹⁹⁰ ise yabancı kurumda bireysel kontrol için en az % 25, toplu kontrol için en az % 50 kontrol aranmaktadır. Hem hukuki, hem de fiili kontrolün

¹¹⁷⁶ Aynı yönde, Bkz., Yakup Türk, "1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği KEYK Kazancı Müessesesinin Amacına Uygun Mudur?", **Vergi Dünyası**, Sayı. 335 (Temmuz 2009), s. 152.

¹¹⁷⁷ İlişkili kişi teriminin düzenleme içinde yer alması gerekliliği için, Bkz., § 7 Bölüm, I/2-b/aa-ddd kısım.

¹¹⁷⁸ Greenleaf, s. 59.

¹¹⁷⁹ Uustalu, s. 78.

¹¹⁸⁰ Helminen, *Finland*, s. 196.

¹¹⁸¹ Gouthiere, *2008*, s. 51.

¹¹⁸² Jackson ve Smith, s. 468.

¹¹⁸³ Glad, s. 493.

¹¹⁸⁴ Haslinger, s. 78.

¹¹⁸⁵ Liszicza, s. 308.

¹¹⁸⁶ Almudi, 563.

¹¹⁸⁷ IRC, §.957 (a).

¹¹⁸⁸ Rix, s. 143.

¹¹⁸⁹ Borges, s. 533.

¹¹⁹⁰ Dahlberg, *CFC*, s. 589.

benimsendiği İsrail¹¹⁹¹ ve İngiltere’de¹¹⁹² ise hukuki kontrolün belirlenmesinde oran, belirlenen oranın üzerinde başka bir hisse sahibi olmamak şartıyla, bireysel kontrol için % 40 olarak belirlenmiştir.

KVK’nın 7. maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

*"Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının **en az % 50'sine sahip olmak suretiyle** kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılın veya dağıtılmasın aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, Türkiye’de kurumlar vergisine tâbidir:..."*

Görüldüğü üzere, düzenleme, tam mükellef gerçek ve tüzel kişiler tarafından sahip olunan bir yabancı kurumun, KVK’nın 7. maddesi kapsamında KEYK düzenlemesine tabi tutulabilmesi için, tam mükellef hissedarların, yabancı kurumda doğrudan ve dolaylı sahip olduğu sermaye, payı veya oy kullanma hakkının toplamının, kontrol için belirlenmiş olan en az % 50 oranına ulaşması gerekmekte olup, hukuki kontrol testinin benimsendiği tespit edilmektedir. Maddede belirtilen oy hakkı, yönetsel oy hakkı dışında kalan hisse sahipliğine dayalı oy hakkını ifade etmektedir¹¹⁹³.

d. Zaman

Yabancı bir kurumun, KEYK niteliği taşıyıp taşımadığının belirlenmesinde kullanılan kontrol testlerinin uygulaması için, ilgili yıl içerisinde farklı zamanlar belirlenebilmektedir¹¹⁹⁴. Kontrol için belirlenmiş olan şartların ilgili yılın sonunda mevcut olması ya da yıl içerisinde herhangi bir tarihte gerçekleşmesi durumunda, söz konusu yabancı kurum, KEYK düzenlemesine tabi tutulabilmektedir.

Finlandiya¹¹⁹⁵, Litvanya¹¹⁹⁶, Norveç¹¹⁹⁷, İspanya¹¹⁹⁸ ve İsveç’te¹¹⁹⁹, yabancı kurumda kontrol şartlarının sağlanıp sağlanmadığının mali yılın son günü itibariyle tespit edilmesi

¹¹⁹¹ Shalhav, s. 331.

¹¹⁹² Ullah, s. 615.

¹¹⁹³ Yönetsel hakka dayanan fiili kontrol araçları için, Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a/bb kısım.

¹¹⁹⁴ OECD, CFC, s. 39.

¹¹⁹⁵ Helminen, Finland, s. 196.

¹¹⁹⁶ Bernatonis, s. 395.

¹¹⁹⁷ Glad, s. 493.

¹¹⁹⁸ Almudi, s. 564.

¹¹⁹⁹ Dahlberg, CFC, s. 588; Westerlund, s.14.

gerekirken, Danimarka, Yeni Zelanda, İngiltere ve ABD’de, kontrol için belirlenmiş olan şartlar, yılın herhangi bir gününde sağlanmışsa, yabancı kurum, ilgili yıl için KEYK uygulamasına tabi tutulmaktadır¹²⁰⁰.

Yabancı kurumda kontrolün belirlenmesinde esas alınan tarihin, hesap döneminin son günü olarak belirlenmesi, bir satış ve geri alım sözleşmesi düzenlenmesi yoluyla kontrol şartının ortadan kaldırılması olasılığını mümkün kılmaktadır¹²⁰¹. Genellikle grup şirketlerinde karşılaşılan ve ticari amaçtan yoksun olarak KEYK’deki hisselerin, mali yılın son gününden hemen önce satılması ve kısa bir süre sonra tekrar alınması şeklinde gerçekleşen ve "kontrolün geçici olarak kaybı" (temporary dismissal of control) olarak adlandırılan bu durumun önlenmesi için ilave düzenlemelere ihtiyaç duyulmaktadır¹²⁰².

KVK’nın 7. maddesinin (3) numaralı fıkrasında; "Kontrol oranı olarak, ilgili hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte sahip olunan en yüksek oran dikkate alınır." hükmü yer almaktadır. Maddenin uygulanma esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KV Genel Tebliği’nde konuya ilişkin olarak aşağıdaki açıklamalar yapılmıştır:

"...Yurt dışı iştirakin KEYK olup olmadığının tespitinde, kontrol oranı olarak ilgili hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte sahip olunan en yüksek oran dikkate alınacaktır.

Yurt dışı iştirake ilişkin iştirak payının (sermaye, kâr payı veya oy kullanma hakkının) tamamının, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapanmasından önce herhangi bir tarihte muvazaa olmaksızın elden çıkartılmış olması halinde, ilgili yurt dışı iştirak hakkında bu madde hükümleri uygulanmayacaktır..."

Buna göre KVK’nın 7. maddesi, yabancı kurumdaki kontrol oranı olarak, tam mükellef gerçek ve tüzel kişilerin hesap dönemi içerisinde herhangi bir günde sahip oldukları en yüksek tutarın dikkate alınacağı hükmünü içermektedir. Kontrol oranının tespiti konusunda hesap dönemi çakışmaları nedeniyle zaman yönünden bazı sorunlar çıkması ihtimali bulunduğu yönünde görüşler bulunmakta ise de¹²⁰³, gerek yasada, gerekse Tebliğ’de "hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte" ifadesinin yer alması nedeniyle, kontrol unsurlarının yıl

¹²⁰⁰ OECD, CFC, s. 39.

¹²⁰¹ Almudi, s. 564.

¹²⁰² Favi, s. 355.

¹²⁰³ Tahir Erdem, "Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) Rejimi", **Mali Pusula**, Yıl: 2, Sayı: 27 (Mart 2007), s. 145.

içerisinde elden çıkarılmalarında, kontrol unsurunu elde eden ortak ile elden çıkaran ortağın hisselerinin toplamının dikkate alınması gibi bir sorunla karşılaşılması mümkün değildir. Kontrol oranının hesaplanmasında da yabancı kurumun hesap döneminin dikkate alınması gerekir¹²⁰⁴. Nitekim ilgili Tebliğ'de de konuya ilişkin aynı yönde açıklamalara yer verilmektedir. Dolayısıyla yabancı kurumun hesap döneminin son günü itibarıyla, tam mükellef gerçek ve tüzel kişilerin hisselerinin, kontrol için belirlenmiş olan % 50 oranının altına düşmesi, söz konusu yabancı kurumun KEYK olma özelliğini ortadan kaldırmamaktadır¹²⁰⁵. Ayrıca iştirak ilişkisinin yabancı kurumun hesap dönemi sonunda mevcut olup olmamasının da herhangi bir etkisi bulunmamaktadır¹²⁰⁶. Dolayısıyla, KVK'nın 7. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak yayınlanan Genel Tebliğ'de yer alan "*Yurt dışı iştirake ilişkin iştirak payının (sermaye, kâr payı veya oy kullanma hakkının) tamamının, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapanmasından önce herhangi bir tarihte **muvazaa olmaksızın elden çıkartılmış olması halinde, ilgili yurt dışı iştirak hakkında bu madde hükümleri uygulanmayacaktır...***" ifadesi, hissedarlara gelir atfedilip atfedilmeyeceğine ilişkin olup, kontrolün belirlenmesine ilişkin olarak herhangi bir önem taşımamaktadır. Zira KVK'nın 7. maddesinin KEYK'lere uygulanmaması, sadece mukim hissedarların sahip oldukları hisselerin tamamını muvazaa dışı elden çıkarmış olduğu ve yıl sonunda yabancı kurumda Türkiye'de mukim herhangi bir hissedarın bulunmadığı durumlar için söz konusu olabilir.

Diğer taraftan, Tebliğ'de yer alan bu ifade; yabancı kurumdaki % 50 oranını aşan bir kontrolün, ilgili yılda herhangi bir tarihte **muvazaa dışı devredilmesi halinde**, bu devrin kontrol kriterinin belirlenmesinde dikkate alınacağı ve kontrolün yabancı kurumun hesap döneminin kapanmasından önce ortadan kalkması nedeniyle, yabancı kurumun ilgili yılda **kontrol edilmiş sayılmayacağı** anlamına gelmekte ise, düzenlemenin mantığına, içeriğine ve amacına aykırı bu ifadenin Tebliğ'den çıkarılması veya verginin yasallığı ilkesi gereğince yasa hükmü haline getirilmesi gerekmektedir.

¹²⁰⁴ Aynı yönde, Bkz., Tahir Erdem, s. 146.

¹²⁰⁵ Tahir Erdem, "...kontrol oranının hesaplanmasında, dönem sonunda **iştirak ilişkisinin devam ediyor olması** koşulu ile hesap dönemi içerisinde sahip olunan en yüksek oran nazara alınacaktır. Diğer bir ifade ile, dönem sonunda iştirak ilişkisi bulunmuyor ise, artık KEYK rejiminin uygulanma imkanı kalmamıştır..." görüşünü ileri sürmektedir, Bkz., Tahir Erdem, s. 146; Bu görüşe "kontrolün tespiti ve KEYK düzenlemesinin uygulanması" açısından katılmamız mümkün değildir. Çünkü bir hissedarın iştirak ilişkisinin sona ermesi, diğer hissedarlar açısından kontrolün belirlenmesine engel teşkil etmemektedir. Bununla birlikte, ifade edilmek istenenin, yıl sonunda hiçbir iştirak ilişkisinin bulunmadığı durumlarda, ilgili hesap dönemi içerisinde hissedar olan ortakların, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmeyeceği ise, bu görüşe katılmaktayız. Çünkü kontrol oranının ilgili hesap dönemi içerisinde % 50'nin üzerinde olması halinde, KEYK düzenlemesinin uygulanmaması için, hissedarların sahip oldukları hisseleri muvazaa dışı elden çıkarmış olmaları ve/veya yıl sonunda yabancı kurumda Türkiye'de mukim herhangi bir hissedarın bulunmaması gerekmektedir.

¹²⁰⁶ Bu etki sadece, Türkiye'de mukim tek bir hissedarın bulunduğu durumlar için geçerli olabilir.

Ayrıca, yabancı kurumda ilgili yıl içerisinde herhangi bir tarihte sermaye, kâr payı veya oy kullanma hakkına sahip olmak suretiyle % 50 oranını aşan bir kontrol bulursa dahi, söz konusu kontrolün yabancı kurumun hesap döneminin kapanmasından önce muvazaa dışı devirle ortadan kalkması halinde, yabancı kurumun mukim hissedarlarına ilgili yılda **gelir atfedilmeyeceğine** ilişkin ifadenin, Tebliğ'de **kontrolün tanımlandığı** bu başlık altında yer almasının bir anlamı bulunmamaktadır. Söz konusu ifadenin tek bir ortağın bulunması varsayımı altında Tebliğ'de yer aldığı düşünülmekte olup, uygulamada tereddüt oluşturan bu ifadenin hedeflenen düzenleme olması halinde, mükellefin belirlenmesine ilişkin söz konusu ifadenin de verginin yasallığı ilkesi gereğince yasa hükmü haline getirilmesi gerekmektedir¹²⁰⁷, zira KVK'nın 7. maddesinde buna ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır.

II- KEYK MEVZUATININ OBJEKTİF MADDİ KOŞULLARI

1. Koşullara İlişkin Küresel ve Bölgesel Yaklaşımlar

KEYK'in koşulları belirlenirken iki temel yöntemden yararlanılmaktadır¹²⁰⁸. Bu yöntemlerden birincisi, yabancı kurumun elde ettiği kazanç odaklanırken, ikincisi, KEYK'in lokasyonuna odaklanmaktadır¹²⁰⁹.

Yabancı kurum tarafından elde edilen kazanç odaklanan yöntem, yabancı kurumun elde ettiği kazancın bileşimini, yani kazanç içindeki aktif karakterli gelirler ile pasif karakterli gelirlerin oranını esas almakta, dolayısıyla yabancı kurum hangi ülkede yerleşik bulunursa bulunsun, elde ettiği toplam kurum kazancı içinde, pasif karakterli olarak tanımlanan gelirlerin belli bir oranı aşması halinde, yabancı kurum, KEYK olarak tanımlanmaktadır. KEYK'in belirlenmesinde yabancı kurum tarafından elde edilen kazancın bileşimini dikkate alan bu yöntem, "*küresel yaklaşım*"¹²¹⁰ olarak adlandırılmaktadır.

Yabancı kurumun lokasyonuna odaklanan yöntem ise KEYK'in üzerindeki vergi yükünü esas almakta, yani elde edilen gelirin özelliğinden çok, KEYK'in yerleşik olduğu ve ticari faaliyetini sürdürmekte olduğu ülkedeki vergi düzeyini esas almaktadır. Dolayısıyla, KEYK'in, yüksek vergili bir ülkede yerleşik olması halinde, kurum pasif karakterli gelir elde

¹²⁰⁷ Bkz., § 9 Bölüm, I/4 kısım.

¹²⁰⁸ Uustalu, s. 186.

¹²⁰⁹ Favi, s.356.

¹²¹⁰ Literatürde bu yaklaşım için, Brain J. Arnold tarafından "*Transactional Approach*" (Arnold, *CFC*, s. 136 ve s. 427.), Renata Fontana tarafından "*Global Approach*" (Fontana, *I*, s. 260), Semih Öz tarafından "*Gelirin Özelliği Rejimi*" (Semih Öz, "Vergi Cennetleriyle Mücadele Aracı Olarak "Yurt Dışı Kontrollü İşletme" Düzenlemeleri", **Mali Pusula**, Sayı. 2 (Şubat 2005), s. 30 (*Mücadele Aracı*)), S.Saygın Eyüpgiller tarafından "*İşlem Yaklaşımı*" (Eyüpgiller, *CFC*, s. 38.) terimi kullanılmaktadır.

etmiş olsa bile düzenleme kapsamında değerlendirilmemektedir. Buna karşın, KEYK'in yüksek vergili bir ülkede yerleşik olması halinde, ortaklarının düzenleme kapsamında vergilendirilip vergilendirilmeyeceği konusunda, kurumun elde etmiş olduğu gelirin niteliği belirleyici olmaktadır¹²¹¹. KEYK'in belirlenmesinde temel olarak KEYK'in mukimi olduğu ülkedeki vergi sistemi üzerinde duran yöntem, "*bölgesel yaklaşım*"¹²¹² olarak adlandırılmaktadır.

Sonuç olarak iki yöntem teorik olarak incelendiğinde; farklılıkların çok az olduğu¹²¹³ ve uygulamaların da sanıldığı kadar birbirinden farklı olmadığı¹²¹⁴ tespit edilmektedir. Her iki yöntem de birbirinden etkilenmekte ve hatta bir arada kullanılabilir¹²¹⁵. Nitekim sadece birkaç ülke bu yöntemleri saf hali ile uygulamakta olup, söz konusu yöntemlerin bir bileşiminin kullanılması kaçınılmaz bir sonuç olarak görülmektedir¹²¹⁶.

2. Küresel Yaklaşımın Sonucu: "Kazanç Bileşimi" Koşulu

a. Genel

KEYK'in belirlenmesinde yabancı kurum tarafından elde edilen kazancın bileşimini dikkate alan yöntem, "*küresel yaklaşım*" olarak adlandırmaktadır. Bu yaklaşımın benimsenmesi halinde, kurumun yerleşik olduğu ülkenin¹²¹⁷ veya yabancı kurumun kazancına uygulanan verginin oranının KEYK uygulaması açısından bir önemi bulunmamaktadır¹²¹⁸. Dolayısıyla, KEYK düzenlemesinin uygulanabilmesi için dikkate alınan ana kriter, yabancı kurumun faaliyetlerinin doğası, yapısıdır¹²¹⁹. Bu nedenle yöntem, yabancı kurumun elde ettiği kazançta odaklanır¹²²⁰ ve aktif ve pasif gelirler arasında bir ayırım yapar¹²²¹. Bu yöntem çerçevesinde, kurulduğu ülkenin avantajlı vergi rejimi olup olmadığına veya düşük vergi oranına sahip olup olmadığına bakılmaksızın, KEYK tarafından elde edilen kazancın içerdiği pasif karakterli gelirlerin oranı, KEYK mevzuatının uygulanıp uygulanmayacağını belirlemektedir¹²²². Dolayısıyla küresel yaklaşımı benimseyen KEYK düzenlemelerinin amacı,

¹²¹¹ Arnold, *CFC*, s. 428.

¹²¹² Literatürde bu yaklaşım için Brain J. Arnold tarafından "*Designated Jurisdiction Approach*" (Arnold, *CFC*, s. 136 ve s. 427.), Renata Fontana tarafından "*Jurisdictional Approach*" (Fontana, *I*, s. 260), Semih Öz tarafından "*Hedef Ülke Rejimi*" (Öz, *Vergi Cennetleri*, s. 30), S.Saygın Eyüpgiller tarafından "*Yasama Bölgesi Yaklaşımı*" (Eyüpgiller, *CFC*, s. 38.) terimleri kullanılmaktadır.

¹²¹³ Frenckell, s. 101.

¹²¹⁴ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.20.

¹²¹⁵ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.20.

¹²¹⁶ Frenckell, s. 101; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.20.

¹²¹⁷ Arnold, *CFC*, s.428.

¹²¹⁸ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.20.

¹²¹⁹ Frenckell, s. 101.

¹²²⁰ Arnold, *CFC*, s.446.

¹²²¹ OECD, *CFC*, s.40.

¹²²² Fontana, *I*, s. 260.

pasif karakterli gelir olarak adlandırılan ve kolaylıkla ülkeler arasında hareket edebilen faiz, kar payı, kira gibi gelirlerin vergilendirilmesi olup, aktif karakterli gelirler olarak tanımlanan ticari faaliyet gelirleri gibi gelirler genellikle kapsam dışında tutulmaktadır¹²²³.

Küresel yaklaşım, bölgesel yaklaşıma göre hem mükellefler, hem de vergi idareleri açısından daha külfetli olmasına rağmen, daha kesin ve kapsamlı olması ve ülkeler arasında ayırım yapmaması nedeniyle¹²²⁴ uygulama açısından daha adil sonuçlar ortaya çıkarmaktadır¹²²⁵.

Bu yöntemin uygulanmasında yaşanan en önemli sorun, "pasif karakterli gelir" tanımının değişkenliği ve her bir ülkenin iç hukukunda ayrıntılı olarak tanımlanması zorunluluğudur¹²²⁶. Pasif kaynaklı gelirlerin tanımlanmasında ülkeler arasında; pasif kaynaklı gelirlerin aktif kaynaklı gelirlere nazaran detaylı bir şekilde tanımlanması veya aktif kaynaklı gelirlerin pasif kaynaklı gelirlere nazaran detaylı bir şekilde tanımlanması gibi iki ayrı yöntem kullanılmaktadır¹²²⁷. Başka bir ifadeyle, pasif karakterli gelirler pozitif bir şekilde tek tek sayılmak suretiyle tanımlanabileceği gibi, aktif karakterli gelirler sayılarak bu kapsama girmeyen gelirler pasif karakterli gelir sayılmak suretiyle negatif şekilde de tanımlanabilmektedir.

Dünyada uygulama örnekleri incelendiğinde, KEYK düzenlemesi kapsamında, pasif karakterli gelirlerin pozitif bir şekilde tanımlandığı ülkelerin sayıca daha fazla olduğu tespit edilmekte olup, bu ülkelere örnek olarak, ABD¹²²⁸, Almanya¹²²⁹, Avustralya¹²³⁰, Danimarka¹²³¹, İsrail¹²³², Litvanya¹²³³ ve İspanya¹²³⁴, negatif bir şekilde tanımlandığı ülkelere örnek olarak ise Avusturya (taslak)¹²³⁵ ve Estonya¹²³⁶ ve İtalya¹²³⁷ verilebilir.

¹²²³ Frenckell, s. 102.

¹²²⁴ Uustalu, s. 186.

¹²²⁵ Fontana, *I*, s. 260.

¹²²⁶ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.21.

¹²²⁷ Mattias Dhalberg, Charles Gustafson ve Bertil Wiman, "CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law", The Netherlands, Wintercourse 2001–2002, s. 12.

¹²²⁸ IRC, §. 954.

¹²²⁹ Fröster ve Schmidtman, s. 477.

¹²³⁰ Avustralya KEYK düzenlemesi kapsamında, pasif karakterli gelirler kanunda 12 grup halinde sınıflandırılmıştır, Greenleaf, s. 61.

¹²³¹ Rix, s. 145; Danimarka KEYK düzenlemesinde, "*pasif karakterli gelir*" yerine, "*mali gelir (financial income)*" ifadesi kullanılmaktadır, Rix, s. 145.

¹²³² Shalhav, s. 334.

¹²³³ Bernatonis, s. 398; Litvanya KEYK düzenlemesinde, "*pasif karakterli gelir*" yerine "*pozitif gelir*" ifadesi kullanılmaktadır, Bernatonis, s. 398,

¹²³⁴ Almudi, s. 564.

¹²³⁵ Avusturya (taslak) KEYK düzenlemesi kapsamında, aktif karakterli gelirler kanunda maddeler halinde sayılmış, bu gelirler dışında kalanlar ise pasif karakterli gelir olarak kabul edilmiştir, Haslinger, s. 80.

aa. Aktif Kaynaklı Gelir

Genel anlamda, belli bir çalışma ve emek karşılığında elde edilen gelirler aktif kaynaklı gelir olarak kabul edilmektedir¹²³⁸. Hemen hemen tüm ülkelerde ticari ve sınaî faaliyetler ile bu faaliyetlere benzer nitelikteki faaliyetler aktif kaynaklı gelir olarak değerlendirilmektedir.

Ticari ve sınaî faaliyet tanımlamasının kapsamı çok geniş olmakla birlikte, mal üretimi, ticaret, alım-satım, tamir, servis ve bakım, nakliye, iletişim, turizm ve konaklama gibi faaliyetler bu kapsamda yer alan faaliyetlere örnek teşkil etmektedir¹²³⁹. Gemicilik (armatörlük ve charter kiralama dahil)¹²⁴⁰, tarım ve ormancılık, ticari malların üretim, işleme ve montajı faaliyetleri, enerji üretimi, doğal kaynakların arama ve çıkarma faaliyetleri de bu kapsamda olduğu kabul edilen faaliyetlerdir¹²⁴¹.

Bununla birlikte, kurumlar tarafından veya kurum personeli tarafından elde edilen bazı gelirlerin, aktif veya pasif kaynaklı olduğunun tespit edilmesinde ve tanımlanmasında zorluklarla karşılaşılabilen veya farklı ülkelerde bu konuda farklı değerlendirmeler yapılabilmektedir. Örneğin sigortacılık faaliyetleri (sigortacılık faaliyet izin belgesi olmak şartıyla) Estonya'da¹²⁴², bankacılık ve sigortacılık faaliyetleri Avusturya (taslak)¹²⁴³ ve Portekiz'de¹²⁴⁴ aktif kaynaklı gelir olarak kabul edilmekte iken, Norveç'te faaliyetin kapsamına ve bazı şartların gerçekleşmesine bağlı olarak aktif kaynaklı gelir¹²⁴⁵ olarak kabul edilmektedir. Kurumların personeli tarafından harcanan emek karşılığı elde edilen gelirlerin de aktif kaynaklı gelir olarak kabul edilmesi gerekir¹²⁴⁶.

¹²³⁶ Uustalu, s. 179.

¹²³⁷ Favi, s. 356, Düzenleme aktif karakterli kazanç istisnası içermekte olup, aktif karakterli gelirlerin bu istisna kapsamında olduğu kabul edilmektedir.

¹²³⁸ Gald, s. 496.

¹²³⁹ Uustalu, s. 179.

¹²⁴⁰ Helminen, *Finland*, s. 196,

¹²⁴¹ Haslinger, s. 81.

¹²⁴² Uustalu, s. 179.

¹²⁴³ Haslinger, s. 81.

¹²⁴⁴ Borges, s. 534.

¹²⁴⁵ Glad, s.500.

¹²⁴⁶ Glad, s. 498.

bb. Pasif Kaynaklı Gelir

ABD¹²⁴⁷, Avustralya¹²⁴⁸ ve İspanya'da¹²⁴⁹ "*kirli gelir (tainted income)*"; Avusturya (taslak)¹²⁵⁰, Hollanda¹²⁵¹, Portekiz¹²⁵², Norveç¹²⁵³, İsveç¹²⁵⁴ ve İsrail'de¹²⁵⁵ "*pasif gelir (passive income)*"; Danimarka'da¹²⁵⁶ "*finansal/mali gelir (financial income)*"; Litvanya'da¹²⁵⁷ "*pozitif gelir (positive income)*" olarak adlandırılan pasif kaynaklı gelir tanımlaması, genel olarak bir faaliyet veya bir operasyon olmaksızın elde edilen gelirler için kullanılmakta olup, asıl sorun gelirin pasif kaynaklı gelir olarak tanımlanması için herhangi bir faaliyetin bulunmadığının tespit edilmesindeki zorluktur¹²⁵⁸. Bu bağlamda, faaliyetin KEYK'in işyerinde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği veya işle bağlantılı olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği konusunun yanı sıra, kurumun gerçekleştirilen işe ilişkin sorumluluğu ve üstlendiği risk de belirlemede etkili olmaktadır¹²⁵⁹.

Genel olarak kar payı, faiz ve kira gelirleri, gayri maddi hak bedelleri, sermaye değer artış kazançları ve finansal kiralama gelirleri¹²⁶⁰ hemen hemen tüm ülkelerde pasif kaynaklı gelir olarak tanımlanmaktadır. Pasif kaynaklı gelirlere alt kademelerdeki iştiraklerden elde edilen pasif karakterli gelirler de dâhil edilmektedir¹²⁶¹. Kâr payları pasif karakterli gelir olarak tanımlandığından, iştiraklerden elde edilen kar payları da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Kurumların personeli olmayan kişiler tarafından harcanan emek karşılığı elde ettikleri gelirlerin pasif kaynaklı gelir olarak kabul edilip edilmeyeceği konusu tartışmalı bir konudur¹²⁶².

¹²⁴⁷ Sullivan, s. 24.

¹²⁴⁸ Greenleaf, s. 63; Avustralya'da "*tainted income*" gelirleri, pasif kaynaklı gelirlerle kurum ile ilişkili kişiler arasında gerçekleştirilen işlemlerden elde edilen gelirleri içermektedir, Greenleaf, s. 60.

¹²⁴⁹ Almudi, s. 565.

¹²⁵⁰ Haslinger, s. 80.

¹²⁵¹ Peters, s. 444.

¹²⁵² Borges, s. 536.

¹²⁵³ Glad, 499.

¹²⁵⁴ Dahlberg, *CFC*, s. 594.

¹²⁵⁵ Shalhav, s. 334.

¹²⁵⁶ Rix, s. 145.

¹²⁵⁷ Bernatonis, s. 398; Litvanya'da "*pozitif gelir*", KEYK tarafından elde edilen gelirin tamamını kapsamakta ise de, diğer bazı istisnalarla birlikte aktif ticari gelirler, pozitif gelirin tespitinde dikkate alınmamaktadır. Aktif ticari gelir tanımına ise faiz, telif (remuneration of author's work), finansal kiralama gelirleri, değer artış kazançları ve kar payları dışında kalan tüm gelirler girmektedir, Bernatonis, s. 398.

¹²⁵⁸ Glad, s. 498.

¹²⁵⁹ Glad, s. 498; Üretim ekibinin (insan ile bağlantılı olması noktasında) konu ile ilgili olabileceği üzerine tezler bulunmakta olup, yasal düzenlemeler de bu çözüme olumlu yaklaşmaktadır. Ancak aksini de ortaya koymak mümkündür. Bu durumda, modern üretim teknikleri ve daha fazla ekipman kullanılan faaliyetler sonucu elde edilen gelirler kolayca pasif gelir tanımı dışında kalabilecektir, Glad, s. 498.

¹²⁶⁰ Danimarka (Rix, s. 145), Litvanya (Bernatonis, s. 398).

¹²⁶¹ Shalhav, s. 335.

¹²⁶² Glad, s. 496.

Pasif kaynaklı gelir tanımlaması ülkeden ülkeye farklılık gösterebileceğinden, KEYK düzenlemeleri açısından her ülkenin vergi kanunlarında pasif karakterli gelirin tanımlanmasında fayda bulunmaktadır¹²⁶³.

cc. Üs Şirket Geliri

"Üs Şirketler" (base companies), çoğunlukla "düşük vergili ülkelerde kurulan ve karın bu ülkelere aktarılması yoluyla hissedarlarının mukimi buldukları ülkede ödenmesi gereken verginin azaltılması amacını taşıyan şirketler"¹²⁶⁴ olarak tanımlanmakta olup, genel olarak, hiçbir ticari faaliyeti, üretim veya idari personeli bulunmaksızın sadece hukuken kurulmuş olan şirketleri ifade etmektedir. Konuyu vurgulamak anlamında, posta kutusu şirketler "letter box companies" veya kâğıt üzeri şirketler "paper companies" üs şirketlere örnek¹²⁶⁵ gösterilebilir¹²⁶⁶.

KEYK düzenlemesini ihdas eden ülkeler arasında üs şirket gelirlerini madde kapsamında açıkça belirtmek suretiyle vergilendiren ülkelere en önemli örneği ABD oluşturmaktadır. Ayrıca Avustralya¹²⁶⁷ ve İspanya'da¹²⁶⁸ da üs şirket gelirleri, mukim hissedarlara atfedilen gelirler arasında sayılmaktadır.

Genel anlamda üs şirket geliri terimi de, yukarıda belirtilen özellikleri taşıyan şirketler tarafından elde edilen gelirleri ifade etmektedir. KEYK'ler tarafından, mal ve hizmet satışından elde edilen gelirler normal şartlar altında aktif ticari kazanç olarak kabul edilmekle birlikte, söz konusu faaliyetlerin; sadece KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkeden sağlanan mal ve hizmetlerin yine aynı ülkeye pazarlanması veya sadece yurt içinde veya yurt dışındaki ilişkili kişilerle faaliyette bulunulması yâda faaliyetin sadece mukim gerçek veya tüzel kişi ortaklardan alınan fizibilite ve pazar araştırması vb. danışmanlık hizmetlerine bağlı olarak sürdürülmesi halinde elde edilen gelirler üs şirket geliri olarak kabul edilmekte ve düzenleme kapsamında vergilendirilmektedir¹²⁶⁹.

¹²⁶³ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.20; Öz, KEYK, s. 40.

¹²⁶⁴ OECD, 2000a, para.1.

¹²⁶⁵ Yang, s. 234.

¹²⁶⁶ Bkz., § 1 Bölüm, II/5 kısım.

¹²⁶⁷ Greenleaf, s. 62,

¹²⁶⁸ Almudi, s. 568.

¹²⁶⁹ Arnold, CFC, s. 456.

ABD KEYK mevzuatında, sadece kanunda belirlenen gelirler dikkate¹²⁷⁰ alınmakta olup, üs şirket gelirleri, kanunda belirtilen gelir türlerinden birisini oluşturmaktadır¹²⁷¹. Sadece ABD KEYK düzenlemesi kapsamına dâhil "*tainted income*"¹²⁷² gelirleri arasında sayılan "*yabancı üs şirket*" gelirleri genel anlamda; KEYK'in, mukim olduğu ülke dışındaki ilişkili kişilerle gerçekleştirdiği mal ve hizmet satış gelirlerini ifade etmektedir¹²⁷³. Kanunda (istisnalar hariç olmak üzere) üs şirket gelirlerinin kapsamı aşağıdaki şekilde belirlenmiştir¹²⁷⁴;

- Pasif karakterli gelirler (Foreign Personal Holding Company Income)¹²⁷⁵
- Yabancı üs şirket satış gelirleri (Foreign Base Company Sales Income),
- Yabancı üs şirket hizmet gelirleri (Foreign Base Company Services Income),
- Yabancı üs şirket taşımacılık faaliyeti gelirleri (Foreign Base Shipping Income),
- Yabancı üs şirket petrol ve ürünleri ile ilgili gelirler (Foreign Base Company Oil-Related Income).

b. Özel: KVK,7

5520 sayılı KVK'nın 7'nci maddesinin, (1) (a) bendinde; "*İştirakin toplam gayrisafi hasılatının % 25 veya fazlasının faaliyet ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticarî, ziraî veya serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kâr payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi pasif nitelikli gelirlerden oluşması*" hükmü yer almaktadır.

Konu ile ilgili 1 No.lu KV Genel Tebliği'nde de pasif kaynaklı gelirlere ilişkin aşağıdaki ifadeler yer almaktadır.

"...Pasif nitelikli gelirler; yurt dışı iştirakin faaliyeti ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticarî, ziraî veya serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirler dışındaki faiz, kâr payı, kira, lisans

¹²⁷⁰ Bu nedenle, beyaz, siyah ve gri ülke listeleri hazırlanmamaktadır, Sullivan, s. 23.

¹²⁷¹ Bkz., § 1 Bölüm, II/5 kısım.

¹²⁷² "Tainted income" terimi, pasif karakterli gelirler ile üs şirket gelirlerini ifade etmektedir, Arnold, *CFC*, s. 468.

¹²⁷³ Arnold, *CFC*, s. 467; Üs şirket gelirlerinin vergilendirilmesi ile ilgili yaklaşımlardan diğer üçü; söz konusu işlemlerin transfer fiyatlandırması yoluyla vergilendirilmesi, işlemlerin mukim olunan ülke ile yeterli ekonomik bağlantısı bulunmaması gerekçesiyle aynen pasif kazançlar gibi dikkate alınması ve Kanada KEYK düzenlemesinde olduğu gibi hiç dikkate alınmayarak düzenlemenin, bu kazançların vergi erteleme imkânından yararlanacak şekilde genişletilmesidir, Arnold, *CFC*, s. 467.

¹²⁷⁴ IRC, §. 954.

¹²⁷⁵ Arnold, *CFC*, s. 383; Subpart F gelirleri kapsamındaki üs şirket gelirleri arasında yer alan "*Foreign Personal Holding Company*" gelirleri, 23 Aralık 2004'te yürürlükten kaldırılan "*Foreign Personal Holding Company*" Kanununda yer alan gelirler ile aynı özelliklere sahiptir, Arnold, *CFC*, s. 383.

ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi gelirlerden oluşmaktadır. Yurt dışı iştirakin faaliyeti ile orantılı olmayan sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle elde edilen ticari, zirai veya serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirler de pasif nitelikli gelir sayılacaktır... KEYK'in pasif nitelikli gayrisafi hasılatının niteliğinin belirlenmesinde, söz konusu şirketin iştiraklerinden elde edeceği kâr paylarının pasif nitelikli gelir vasfı değişmeyeceğinden, KEYK'in iştiraklerinin aktif ticari faaliyetle uğraşmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır...."

Gerek madde hükmü, gerekse Tebliğ'de, yabancı kurum tarafından elde edilen gelirin niteliği ile ilgili belirlemeler yer almakta olup, pasif nitelikli gelirlerin negatif bir şekilde tanımlanmakta ve üs şirket gelirlerine ilişkin bir sınıflandırma yapılmamaktadır. Madde hükmünde yer alan "*...gibi pasif nitelikli gelirler...*" ifadesiyle, pasif karakterli gelirlerin kapsamının, madde hükmünde tadaden sayılan gelirler ile sınırlandırılmayarak, farklı gelirlerin de kapsama dâhil edilmesine imkân sağlanmaktadır.

Maddeye göre, yurt dışı iştirakin faaliyeti ile orantılı olmayan sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle elde edilen ticari, zirai veya serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirler de pasif nitelikli gelir sayılacaktır. Ancak gerek yasada, gerekse Tebliğ'de, düzenleme kapsamı dışında bırakılan gerçek ticari, sınaî ve serbest meslek faaliyetlerinin belirlenmesi kriteri olarak yasa hükmünde yer alan "*faaliyet ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı*" ifadesine ilişkin detaylı bir açıklama¹²⁷⁶ ve maddede yer alan "*oran*"ı belirleyici faktörlere ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Bu durum, aktif kaynaklı gelirlerin belirlenmesi, yurt dışı iştirakin faaliyetinin, sahip olduğu sermaye, organizasyon ve eleman sayısı ile orantılı olup olmadığının tespiti ve dolayısıyla yabancı kurumun KEYK düzenlemesi kapsamında tanımlanması konusunda sorunlar oluşmasına neden olacaktır. Bu sorun özellikle, dolaylı olarak iştirak edilen KEYK'lerin aktif kaynaklı gelir elde etmesi durumunda karşılaşılan bir sorundur. Dolaylı iştirake aracılık eden yabancı kurumların gelirleri, iştirak ettikleri yabancı kurumlar aktif kaynaklı gelir elde etmiş olsa da, kar payı olarak tanımlanacağı için, pasif kaynaklı gelir elde etme koşulu oluşmuş olacaktır.

Bu nedenle pasif karakterli gelirlere ilişkin tartışmanın ortadan kaldırılmasına yönelik olarak yasada düzenleme yapılması gerekmektedir.

¹²⁷⁶ Aynı yönde, Bkz., Hakan Erkuş ve Leyla Ateş, "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Düzenlemesi ve 5520 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemenin İrdelenmesi", **Vergi Dünyası**, Sayı. 310 (Haziran 2007), s. 129.

3. Bölgesel Yaklaşımın Sonucu: "Vergi Yüğü" Koşulu

KEYK'in belirlenmesinde yukarıda belirtilen iki temel yöntemden ikincisi olan ve esas olarak KEYK'in mukimi olduğu ülkedeki vergi sistemi üzerinde duran yöntem, "*bölgesel yaklaşım*" dır. Bu yöntemde, KEYK kurallarının uygulanabilmesi için, ülkenin vergi sistemine odaklanılmaktadır¹²⁷⁷. Yöntemin temel düşüncesi, yabancı ülkedeki vergi oranının yüksek olması veya aynı olması durumunda, KEYK'in vergiden kaçınma veya vergi ertelemesi amacıyla kullanılmayacak olmasıdır¹²⁷⁸. Dolayısıyla KEYK'in tanımlanmasına temel olarak KEYK'in yerleşik olduğu ülke ve bu ülkedeki vergi ortamı esas alınmaktadır. OECD üyesi birçok ülke ile AB ülkelerinin birçoğunda bu yöntem benimsenmektedir¹²⁷⁹.

Kriterler ülkeden ülkeye farklılık gösterse de temel olarak, KEYK düzenlemeleri açısından "*düşük vergi*" koşulu, yabancı ülkede uygulanan vergi oranı ile yurtdışında uygulanan vergi oranının karşılaştırılması esasına dayanmaktadır¹²⁸⁰. KEYK düzenlemelerinin uygulanacağı ülkede mevcut vergi oranından daha düşük oranda kurumlar vergisi ve benzeri vergi yükü uygulayan ülkelerde yerleşik KEYK'lerin kazancı, diğer koşulların da var olması durumunda KEYK düzenlemelerine tabi tutulmaktadır.

Bölgesel yaklaşımda, hedef ülkeler genellikle "*ülke listesi (designated jurisdiction approach)*" hazırlanmak suretiyle veya "*karşılaştırmalı vergi yöntemi (comparable tax approach veya target territory approach)*" benimsenmek suretiyle yapılmaktadır¹²⁸¹.

Bölgesel yaklaşım, basit uygulamasına ve düşük uyum maliyetine rağmen, ülkeler ve yabancı kurumlar arasında farklılık yaratan, politik amaçlı subjektif idari düzenlemelere ortam yaratması nedeniyle eleştirilmekte, tercih edilmemektedir. Durumun dengelenebilmesi için, KEYK düzenlemesinin, uygulamayı daha da karmaşık hale getiren bir dizi istisna içermesi gerekmektedir¹²⁸².

¹²⁷⁷ Frenckell, s. 101.

¹²⁷⁸ Arnold, *CFC*, s. 429.

¹²⁷⁹ Fontana, *I*, s. 260.

¹²⁸⁰ Arnold, *CFC*, s. 429; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 19.

¹²⁸¹ Favi, s. 356; Frenckell, s. 101.

¹²⁸² Fontana, *I*, s. 260.

a. Genel

Vergi sistemlerinin karşılaştırılması esasına dayanan "bölgesel yaklaşım"ın uygulama esasları ülkeden ülkeye farklılık gösterebilmektedir¹²⁸³. Bu farklılıklar; düşük vergilemenin tespit edilmesinde karşılaştırmaya esas alınan vergiler ve ülke listelerinin hazırlanmasında ortaya çıkmaktadır.

aa. Ülke Listesi

KEYK'lerin buldukları düşük vergili ve/veya vergisiz ülkelerin bir listeye bağlanması yöntemlerden birisidir. Oluşturulan bu listelerin temel amacı, düşük vergili ülkelere ilişkin daha kesin ve somut bir düzenleme yapmaktır¹²⁸⁴. Bölgesel yaklaşım çerçevesinde uygulanan bu yöntem, "*hedef ülke listesi yöntemi (designated jurisdiction approach veya designated target territory approach)*"¹²⁸⁵ olarak adlandırılmaktadır.

Söz konusu listeler; vergi cennetleri veya avantajlı vergi rejimleri gibi düşük vergili bölgeleri içeren ve KEYK mevzuatının uygulanacağı ülkeleri gösteren "**siyah listeler**", KEYK düzenlemelerinin uygulanmayacağı yüksek kurumlar vergisi uygulayan ve/veya vergi anlaşması imzalanmış ülkeleri gösteren "**beyaz listeler**" veya KEYK düzenlemelerinin belli durumlarda uygulanacağı ülkeleri gösteren "**gri listeler**" şeklinde hazırlanabileceği gibi bu listelerin ikili veya üçlü birleşimi şeklinde hazırlanabilmekte¹²⁸⁶ veya aynı özellikleri taşıyan farklı şekilde adlandırılmış listeler¹²⁸⁷ oluşturulabilmektedir.

Sadece ülke listeleri kullanılması yönteminin bölgesel yaklaşım ile bağdaşmadığını düşünen bazı ülkeler ise yöntemi, karşılaştırmalı vergi yaklaşımı ile birlikte uygulamakta olup, KEYK düzenlemesinin uygulanmayacağı ülkeleri gösteren beyaz listeler ile uygulanacağı ülkeleri gösteren siyah listeler, dar anlamda uygulamanın bölgesel yaklaşım yönünü, belli bazı durumlarda uygulanacağını gösteren gri listeler ise uygulamanın küresel yaklaşım yönünü oluşturmaktadır¹²⁸⁸. Bu ülkelere örnek olarak Estonya¹²⁸⁹, Finlandiya¹²⁹⁰, Macaristan¹²⁹¹,

¹²⁸³ OECD, *CFC*, s.40.

¹²⁸⁴ Arnold, *CFC*, s. 432.

¹²⁸⁵ OECD, *CFC*, s.43.

¹²⁸⁶ Fontana, *I*, s. 260; OECD, *CFC*, s.44.

¹²⁸⁷ Avusturya KEYK düzenlemesi üç ayrı liste içermektedir. BELC (Board Exemption Listed Country), Avusturya'nın ana ticaret ortaklarını içeren bu listedeki ülkelerin (Kanada, Almanya, Fransa, Japonya, Yeni Zelanda, İngiltere ve ABD) vergi sistemleri benzer vergi sistemleri olarak kabul edilmektedir. LELC (Limited Exemption Listed Country), sınırlı istisnaya sahip 56 ülkeyi içermektedir ve bu ülkeler, kısmen benzer vergi sistemine sahip olduğu kabul edilen ülkelerdir. ULC (Unlisted Country), BELC ve LELC listelerinde yer almayan ülkeler içermektedir, Greenleaf, s. 60-61.

¹²⁸⁸ Frenckell, s. 102.

Litvanya¹²⁹², İspanya¹²⁹³, Portekiz¹²⁹⁴ ve İsveç¹²⁹⁵ gösterilebilir. İngiltere Gelir İdaresi tarafından yayınlanan beyaz ve gri listeler, düşük vergi oranı uygulanan veya belli faaliyet alanlarında düşük vergi oranı uygulanan, yani kontrol edilecek yabancı kurum düzenlemesinin uygulanacağı ve uygulanmayacağı ülkeleri içermektedir¹²⁹⁶. Yeni Zelanda¹²⁹⁷ KEYK düzenlemesi ise, küresel yaklaşımı benimseyen bir düzenleme olmasına rağmen, çok az sayıda olmakla birlikte, bazı ülkelerden elde edilen gelirlerin kapsam dışında bırakılmasını sağlayabilmek için bir beyaz liste de içermektedir¹²⁹⁸.

Bu ülkelerden bölgesel yaklaşımı benimseyen¹²⁹⁹ İsveç KEYK düzenlemesi içerisinde yer alan liste uygulaması, diğer ülkelerdeki uygulamadan daha kapsamlı hazırlanmış olup, farklı özelliklere sahiptir. Düzenleme; düzenleme kapsamına girmeyen ülkeleri gösteren bir beyaz listenin yanı sıra düzenleme kapsamına giren faaliyetlere ilişkin bir siyah "*faaliyet*" listesi içermektedir. KEYK mevzuatına eklenen bu listede dünya 5 kıtaya ayrılmış olup, listede yer alan ülkelerin, "kabul edilebilir vergi sistemi"ne sahip olduğu kabul edilmiş, ancak bazı ülkeler ve bazı faaliyetler, özel istisnalarla liste kapsamı dışına çıkarılmıştır. Örneğin¹³⁰⁰:

- Afrika kıtasında, Liberya ve Seyşel Adaları şartlar oluşmaması nedeniyle liste dışı bırakılırken, Güney Afrika, Gambiya ve Maritus vergi anlaşması imzalanması sebebiyle liste dışında kalmaktadır,

¹²⁸⁹ Bu ülkede çoğunluğunu vergi anlaşması imzalanmış 28 ülkeyi kapsayan bir beyaz liste bulunmaktadır. Ayrıca vergi idaresi tarafından resmi olmayan, uyarı ve caydırıcılık amacı taşıyan bir siyah liste de ilan edilmektedir, Uustalu, s. 178.

¹²⁹⁰ Bu ülkede kullanılan liste, Finlandiya ile vergi anlaşması imzalamış olan ve KEYK düzenlemesi dışında bırakılan ülkeleri kapsayan, normatif bir listedir ve bu listede yer alsa bile vergi yükü karşılaştırma oranının altında vergi yükü bulunan ülkelerde kurulan kurumlar, KEYK düzenlemesine tabi tutulmaktadır, Helminen, *Finland*, s. 196; Finlandiya Gelir İdaresi tarafından 8 Temmuz 2009 tarihinde yayınlanan yeni "*siyah liste*" kapsamındaki ülkeler; Barbados, Bosna-Hersek, Gürcistan, Makedonya, Malezya, Moldova, Karadağ, Sırbistan, Singapur, İsviçre, Birleşik Arap Emirlikleri ve Özbekistan'dır. Bu ülkelerde kurulan KEYK'lerin, düzenleme kapsamında değerlendirilmemesi için, şirketin mukim olduğu ülkede ödemiş olduğu efektif vergi oranının, Finlandiya'da ödemek zorunda olacağı verginin 3/5'inden fazla olması gerekmektedir,

Jarno Laaksonen ve Heidi Katajainen "Ministry of Finans Issues Regulation Introducing a Binding Black List for Finnish CFC Purposes", *EU Tax News*, Issue 2009, nr. 005, July-August 2009, http://www.pwc.com/nl_NL/gx/eu-tax-news/pdf/PwC-EUDTG-Newsletter2009-nr005.pdf (21.03.2010).

¹²⁹¹ Macaristan KEYK düzenlemesi, düzenleme kapsamında yer alan ülkeleri gösteren bir siyah liste içermekte olup, bu liste çok küçük farklılıklarla OECD tarafından hazırlanan vergi cennetleri listesi ile uyum göstermektedir, Liszicza, s. 308.

¹²⁹² Bernatonis, s. 397.

¹²⁹³ İspanya KEYK düzenlemesi, düzenleme kapsamında yer alan ülkeleri gösteren bir siyah liste içermektedir, Almudi, s. 565.

¹²⁹⁴ Portekiz KEYK düzenlemesi, düzenleme kapsamında yer alan ülkeleri gösteren bir siyah liste içermekte olup, bu liste OECD tarafından hazırlanan vergi cennetleri listesi ile uyum göstermektedir, Borges, s. 534.

¹²⁹⁵ İsveç KEYK düzenlemesi, düzenleme kapsamında yer alan ülkeler gösteren bir beyaz liste içermekte olup, bazı faaliyetlere ilişkin olarak getirilen istisnalar, bu tür gelir elde eden yabancı kurumları liste dışında bırakmaktadır, Dahlberg, *CFC*, s. 590, Westerlund, s. 12, 15.

¹²⁹⁶ Bkz., § 3 Bölüm, I/2 kısım; İngiltere'de bu listeler "*designer rate regimes*" olarak anılmaktadır, Graziani, s. 5.

¹²⁹⁷ Yeni Zelanda KEYK düzenlemesi, 7 ülkeyi kapsayan bir gri (belli şartların gerçekleşmesi halinde KEYK düzenlemesinin uygulanacağı) liste içermektedir. Bu ülkeler, Avustralya, Kanada, Almanya, , Japonya, Norveç, İngiltere ve Kuzey İrlanda ile ABD'dir. Daha önce listede yer alan Fransa, 1993 yılında listeden çıkartılmıştır, Jackson ve Smith, s. 471.

¹²⁹⁸ OECD, *CFC*, s.40.

¹²⁹⁹ Westerlund, s. 15.

¹³⁰⁰ Dahlberg, *CFC*, s. 591-592.

- Asya kıtasında 11 ülke liste dışı bırakılmaktadır. Bahreyn şartlar oluşmaması nedeniyle liste dışı bırakılırken, Kıbrıs'ta özel vergilemeye tabi tutulan gelirler, Singapur'da normal oranda vergilendirildiği halde bankacılık ve finansal faaliyetler ile sigortacılık faaliyetlerinden elde edilen gelirler liste dışında bırakılmaktadır,
- Avrupa kıtasında 16 ülke liste dışı bırakılmaktadır. Bazıları; Belçika'da faaliyet gösteren koordinasyon merkezleri, Estonya, İrlanda, İsviçre ve İzlanda'da elde edilen bankacılık ve finansal faaliyetler ile sigortacılık faaliyetleri, Lüksemburg'da elde edilen sigortacılık faaliyetleri ve Hollanda'da gerçekleştirilen şirketler arası finansal faaliyetler, liste dışında bırakılmaktadır,
- Amerika kıtasında, Kanada'da gerçekleştirilen bankacılık faaliyetlerinden elde edilen gelirler liste dışı bırakılmaktadır,
- Okyanusya kıtasında Avustralya, Yeni Zelanda ve Hawaii bulunmaktadır. Avustralya'da bankacılık faaliyetleri normal vergilemeye tabi tutulmadığından, liste dışı bırakılmaktadır.

Bazı durumlarda, bölgesel yaklaşımın küresel yaklaşım ile birlikte kullanılması da mümkün olabilmektedir. Hatta küresel yaklaşım, ülke listeleri ve karşılaştırmalı vergi yöntemi ile birlikte de kullanılabilir. Avustralya¹³⁰¹ ve İtalya¹³⁰², ülke listesi ve küresel yaklaşımı birlikte kullanan ülkelere, Estonya¹³⁰³, Litvanya¹³⁰⁴, Portekiz¹³⁰⁵ ve İspanya¹³⁰⁶ ise küresel yaklaşımın, ülke listeleri ve karşılaştırmalı vergi yöntemi ile birlikte de kullanıldığı ülkelere örnek oluşturmaktadır.

Hedef ülke listesi yöntemi ile bu yöntemin karşılaştırmalı vergi yöntemi ile uyumlu bir şekilde kullanılması yöntemi arasında listelerin oluşturulması açısından ortaya çıkan asıl fark, listelerin hukuki etkileri noktasında oluşmaktadır¹³⁰⁷. Hedef ülke listesi yönteminde kullanılan "*ülke listeleri*" hukuki nitelik taşıyan listelerdir, karşılaştırmalı vergi yöntemini tamamlayıcı nitelikte hazırlanan ülke listeleri ise hukuki nitelik taşıyabilecekleri gibi idari nitelik de taşıyabilirler¹³⁰⁸.

¹³⁰¹ Avustralya KEYK düzenlemesi üç ayrı liste içermektedir. BELC (Board Exemption Listed Country), Avustralya'nın ana ticaret ortaklarını içeren bu listedeki ülkelerin (Kanada, Almanya, Fransa, Japonya, Yeni Zelanda, İngiltere ve ABD) vergi sistemleri benzer vergi sistemleri olarak kabul edilmektedir. LELC (Limited Exemption Listed Country), sınırlı istisnaya sahip 56 ülkeyi içermektedir ve bu ülkeler, kısmen benzer vergi sistemine sahip olduğu kabul edilen ülkelerdir. ULC (Unlisted Country), BELC ve LELC listelerinde yer almayan ülkeler içermektedir, Greenleaf, s. 60–61.

¹³⁰² Favi, s. 357.

¹³⁰³ Uustalu, s. 178.

¹³⁰⁴ Bernatonis, s. 397.

¹³⁰⁵ Borges, s. 534.

¹³⁰⁶ Almudi, s. 565.

¹³⁰⁷ OECD, *CFC*, s.43.

¹³⁰⁸ Dhalberg ve diğerleri, s. 15; OECD, *CFC*, s.43.

Dolayısıyla, oluşturulan listelerin hukuki nitelikleri de ülkeden ülkeye değişmektedir. Bazı ülkeler tamamen hukuki (official) nitelik taşıyan listeler hazırlarken, bazı ülkeler sadece vergi idarelerinin dâhili kullanımı için idari (administrative) listeler de hazırlayabilmektedirler¹³⁰⁹. KEYK mevzuatına yasa ile eklenen ve hukuki nitelik taşıyan listelerin, hem vergi mükellefleri hem de gelir idareleri açısından hukuki bağlayıcılıkları bulunmaktadır¹³¹⁰. Vergi idareleri tarafından hazırlanan ve kanuna ekli olmayan listeler ise hem mükellefler hem de gelir idareleri açısından rehber özelliği taşımakta ve hukuki bağlayıcılıkları bulunmamakta¹³¹¹, ancak uygulamanın belirsizlik düzeyinin en aza indirilmesine yardımcı olmaktadır¹³¹².

Görüldüğü üzere, KEYK düzenlemesine sahip ülkelerde sayısız türde listeler hazırlanmakta¹³¹³ olup, hem vergi mükellefleri hem de vergi idareleri için önemli bir rehberlik hizmeti sunan¹³¹⁴ ve vergi yükümlüleri açısından belli ölçüde güvenlik alanı yaratan¹³¹⁵ söz konusu listeler ile ilgili olarak belirtilmesi gereken önemli bir konu da, bu listelerin hazırlanması ve güncellenmesinde karşılaşılan zorluklardır¹³¹⁶. Kanuni bir listenin güncellenebilmesi için yasal değişiklik yapılması gerektiği halde, idari listelerin güncellenmesi için vergi idareleri tarafından tebliğ vb. bir belge yayınlanması yeterli olmaktadır¹³¹⁷. Ayrıca listelerin kimler tarafından hazırlanacağı da önemli bir konu ve bir sorundur¹³¹⁸. Özellikle idari nitelikteki listelerin politik gerekçelerle veya yönlendirmelerle hazırlanması olasılığı nedeniyle eleştirilmektedir¹³¹⁹.

bb. Vergi Yükü Karşılaştırması

Bölgesel yaklaşım kapsamında benimsenen bir başka yöntem de "*vergi yükü karşılaştırması yöntemi*" dir. Bu yöntemde amaç, şirketlerin yabancı ülkelerde kurulma nedeninin, o ülkedeki düşük vergi yükü olup olmadığının tespit edilmesidir. Bölgesel yaklaşım çerçevesinde uygulanan bu yöntem, "*karşılaştırmalı vergi (comparable tax approach)*"

¹³⁰⁹ Dhalberg ve diğerleri, s. 14.

¹³¹⁰ OECD, *CFC*, s.43.

¹³¹¹ Arnold, *CFC*, s. 413.

¹³¹² OECD, *CFC*, s.43.

¹³¹³ OECD, *CFC*, s.43.

¹³¹⁴ Arnold, *CFC*, s.432.

¹³¹⁵ Öz, *KEYK*, s. 18.

¹³¹⁶ Frenckell, s. 102; AB ülkelerini de kapsayacak şekilde hazırlanabilecek bu listelerin, AB hukukuna aykırı olduğu ileri sürülebilmektedir, Frenckell, s. 102.

¹³¹⁷ Arnold, *CFC*, s. 413.

¹³¹⁸ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.19.

¹³¹⁹ Uustalu, s. 178.

yöntemi" ¹³²⁰veya "hedef ülke (target territory approach) yöntemi"¹³²¹ olarak da adlandırılmaktadır.

Karşılaştırmalı vergi yönteminde esas itibariyle karşılaştırmaya; nominal vergi oranları, efektif vergi oranları veya ödenmesi gereken vergi tutarları¹³²² gibi kriterler esas alınmaktadır¹³²³. Ancak, karşılaştırmalı vergi yöntemini benimseyen ülkelerde söz konusu karşılaştırmada, bu kriterlerin tamamlayıcısı olarak başka kriterlerden de yararlanıldığı görülmektedir. Örneğin, İtalya KEYK düzenlemesi, düşük vergi oranlarına sahip ülkelerde kurulan yabancı kurumları kapsamına alırken, OECD tarafından Haksız Vergi Rekabeti Raporunda, vergi cennetlerinin tanımlanmasında da kullanılan kriterlerden birisi olan "bilgi değişimi" kriterinden de yararlanılmakta ve bilgi değişimine yanaşmayan ülkelerde kurulan yabancı kurumlar da düzenleme kapsamında değerlendirilmektedir¹³²⁴. ABD KEYK düzenlemesi kapsamında da, ABD tarafından tanınmayan veya terörizme destek veren ülkeler listesinde yer alan ülkelerden birisinde kurulan yabancı kurumlar, KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmektedir¹³²⁵. Bazı sistemlerde, karşılaştırmalı vergi yöntemi, hukuki listelerin yanı sıra idari listelerle tamamlanmaktadır¹³²⁶.

Bölgesel yaklaşımın bir uygulaması olan karşılaştırmalı vergi yöntemini, küresel yaklaşım ile birlikte uygulayan ülkeler de bulunmaktadır. ABD KEYK düzenlemesi, küresel yaklaşımı benimseyen bir düzenleme olmasına rağmen, bazı KEYK'leri kapsam dışı bırakabilmek için ayrıca bir de vergi yükü karşılaştırma testi içermektedir¹³²⁷. Bu nedenle ABD'nin bölgesel yaklaşımı benimsediği yönünde görüşler de bulunmaktadır¹³²⁸. ABD düzenlemesi gereğince, yabancı bir kurumun, KEYK olarak tanımlanabilmesi için gereken şartlardan birisi, mukim olunan ülkede uygulanan efektif vergi oranının, ABD kurumlar vergisi oranının (%35) % 90'ından daha az olmasıdır¹³²⁹. İngiltere'de düşük vergileme ise, yabancı kurumun ödediği verginin İngiltere'de mukim olması halinde ödemek zorunda olduğu verginin

¹³²⁰ OECD, *CFC*, s.40.

¹³²¹ OECD, *CFC*, s.40.

¹³²² Fransa KEYK düzenlemesine göre karşılaştırma, her iki ülkede ödenecek "vergi tutarları" üzerinden yapılmaktadır, Gouthiere, (2008), s. 50.

¹³²³ Arnold, *CFC*, s. 430.

¹³²⁴ Dhalberg ve diğerleri, s. 14.

¹³²⁵ Bkz., § 3 Bölüm, I/1-b kısım.

¹³²⁶ Dhalberg ve diğerleri, s. 15; OECD, *CFC*, s.43; Bkz., § 7 Bölüm, II/3-a/aa kısım.

¹³²⁷ OECD, *CFC*, s. 40.

¹³²⁸ Sullivan, s. 22.

¹³²⁹ Sullivan, s. 22.

dörtte üçünden az olması¹³³⁰ şeklinde tanımlanmaktadır¹³³¹. Hatta bazı durumlarda, aynı faaliyetlerden elde edilen gelirlerin düşük vergilemeye tabi tutulup tutulmadığı, elde edildikleri ülkelere göre belirlenebilmektedir. Örneğin İsveç KEYK düzenlemesine göre, Singapur (normal oranda vergilendirildikleri halde), Estonya, İrlanda, İsviçre ve İzlanda'da gerçekleştirilen bankacılık, finansal ve sigortacılık faaliyetlerinden, Kanada'da bankacılık faaliyetlerinden, Avustralya'da (normal oranda vergilendirilmedikleri için) gerçekleştirilen bankacılık faaliyetlerinden elde edilen gelirler, düşük vergilemeye tabi tutulmuş sayılırken, diğer ülkelerde gerçekleştirilen aynı tür faaliyetlerden elde edilen gelirler için böyle bir belirleme yapılmamaktadır¹³³².

aaa. Vergi Yükü Karşılaştırma Yöntemi

KEYK'in, bölgesel yaklaşım yönteminde, vergi yükü karşılaştırmasına dayalı olarak tanımlamasında, üç temel yöntemin yanı sıra farklı karşılaştırma kriterlerine dayanan birçok yöntemden yararlanılması mümkün olup, bu yöntemler aşağıda incelenmektedir¹³³³.

aaaa. Nominal vergi oranının karşılaştırılması

Vergi yükü karşılaştırmasında, nominal vergi oranlarını esas alan bir yöntemdir¹³³⁴. Bu yöntem, ülkelerin gelire uyguladıkları efektif vergi oranından çok farklı, daha yüksek vergi oranlarına sahip olma olasılığı nedeniyle oldukça naif ve yanıltıcı bir yöntem olarak kabul edilmektedir¹³³⁵. Yüksek vergi oranlarına rağmen, vergi sistemlerinin özelliğine (ülkesellik ilkesi gibi) bağlı olarak ya da gelir ve kurumlar vergisi kanunlarında yer alan (amortisman ve yatırım indirimi gibi) genel indirimler ve mahsuplar veya özel vergi indirimleri (yeni bir işyeri açılması nedeniyle vergi erteleme (tax holiday) gibi) ve benzeri diğer matrah azaltıcı olanaklara bağlı çok az vergi ödenmesi ya da ödememesi söz konusu olabilmektedir¹³³⁶.

¹³³⁰ HM Revenue&Customs, INTM202030-Controlled Foreign Companies Definitions: Lower Level of Taxation, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm202030.htm>, (21.03.2008).

¹³³¹ Bkz., § 3 Bölüm, I/2 kısım.

¹³³² Dahlberg, *CFC*, s. 591.

¹³³³ OECD, *CFC*, s. 42; Frenckell, s. 102; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 20.

¹³³⁴ Nominal vergi oranı, vergi kanunlarıyla hükme bağlanmış olan ve ödenebilir verginin belirlenebilmesi amacıyla vergi matrahına uygulanan vergi oranıdır. Efektif vergi oranı ise, mükellefin vergilendirilebilir matrahına değil, gerçek gelirine uygulanan ve mükellef tarafından fiilen ödenecek olan verginin hesaplanmasında kullanılan vergi oranıdır. Mükellefin vergilendirilebilir gelirinin istisnalar veya indirimler sonucunda oluşan gerçek gelirden az olması veya ödenecek verginin mahsuplar nedeniyle azalması durumunda, nominal vergi oranı, efektif vergi oranından yüksek olabilir. Elbette ki, efektif vergi oranının hesaplanması amacıyla kullanılacak uygun vergi matrahı konusunda anlaşma sağlamak çok zordur, Arnold, *CFC*, s. 429.

¹³³⁵ Arnold, *CFC*, s. 429.

¹³³⁶ Dahlberg ve diğerleri, s. 14.

Dolayısıyla karşılaştırmalı vergi yaklaşımında, nominal vergi oranlarının kullanılması, her zaman doğru sonuçların alınmasını sağlamayabilir. Bu yaklaşımın kullanılmasının tek avantajı, uygulanmasının kolay olmasıdır¹³³⁷. Bu nedenle, yöntemin benimsendiği bir düzenlemeye rastlanılmamaktadır.

bbbb. Efektif vergi oranının karşılaştırılması

Vergi yükü karşılaştırmasında efektif vergi oranlarının kullanıldığı bir yöntemdir. Bu yöntemin kullanılmasında karşılaşılan ve özellikle uluslararası vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemeler söz konusu olduğunda birkaç kat artan temel sorun; efektif vergi oranının belirlenmesinde karşılaşılan güçlülük, çünkü belirlemenin her iki ülke açısından her yıl tekrarlanması gerekmektedir¹³³⁸.

Bu yöntemde kullanılan "*efektif vergi oranı*" terimi, gerçek ekonomik vergi yükünü ifade etmektedir¹³³⁹. Vergi hukuku alanında vergi yükü ise bir dönemde belli bir matrah üzerinden fiilen ödenen gerçek vergi tutarının kazanca oranını ifade etmektedir¹³⁴⁰. Kazanç üzerinden alınan vergiler söz konusu olduğunda ise, bir dönem içerisinde elde edilen kazanç üzerinden ödenen toplam verginin, söz konusu kazanca oranı, vergi yükünü oluşturmaktadır. KEYK düzenlemeleri içerisinde, uygulama zorluklarına rağmen vergi yükü kriterinin, yabancı kurumun tanımlanmasında en yaygın olarak kullanılan kriterdir.

cccc. Gerçek vergi tutarının karşılaştırılması

Vergi yükü karşılaştırmasında kullanılan bir diğer yöntem ise; ödenen gerçek vergi tutarlarının karşılaştırılması esasına dayanmaktadır. Teorik olarak en doğru yöntem olan bu yöntemde, KEYK tarafından ödenen vergi miktarı, KEYK'in, mevzuatı uygulayacak ülkede mukim olması halinde ödemesi gereken vergi tutarı ile karşılaştırılmaktadır, çünkü KEYK'in,

¹³³⁷ Arnold, *CFC*, s. 429.

¹³³⁸ Arnold, *CFC*, s. 429; Yabancı kurumun kazancının, düzenlemeyi uygulayacak olan ülkenin vergi kanunlarına göre yeniden hesaplanması gerekmektedir. Bazı durumlarda, verginin hesaplanmasına ilişkin, zarar mahsupları gibi, özellikli konuların bilinmesine ihtiyaç duyulabilir. Karşılaştırmada dikkate alınacak vergiler konusunda da bir karar verilmesi gerekir. Örneğin, yabancı ülke, vergi gelirlerindeki artışı, gelir üzerinden alınan vergilerle değil, dolaylı vergilerle artırmak istediğinde, karşılaştırmaya her iki ülkenin gelir üzerinden alınan vergileri esas alınabilir. Bu yaklaşımın kullanılmasında karşılaşılan bir diğer zorluk da zaman farklılıklarının göz ardı edilmesidir. Örneğin, yabancı kurumun elde etmiş olduğu gelirler üzerinde yabancı ülke mevzuatına göre sağlanan vergi erteleme imkânı, hissedarların mukim olduğu ülke kanunlarına göre mümkün değilse, bu gelirler üzerindeki vergi oranı sıfır olacaktır. KEYK'in sadece pasif karakterli gelirlerinin dikkate alındığı bir hesaplama modelinde efektif vergi oranının belirlenmesi, ticari kazançlar dâhil olmak üzere tüm gelirlerin dikkate alındığı bir modele göre daha kolay olmaktadır, Arnold, *CFC*, s. 429.

¹³³⁹ IBFD, *Glossary*, s. 106.

¹³⁴⁰ Bir kamu maliyesi terimi olan vergi yükü bu alanda, belli bir dönemde toplam vergi gelirlerinin, gayrisafi milli hâslaya oranını ifade etmektedir, IBFD, *Glossary*, s. 296.

belli bir yabancı ülkede kurulmak suretiyle elde etmiş olduğu vergi avantajına odaklanmaktadır¹³⁴¹.

Bu yöntem, yüksek nominal vergi oranlarının ve yüksek efektif vergi oranlarının bulunduğu bir ülkenin bile bazı durumlarda vergi avantajı sağlayacak şekilde kullanılabileceği gerçeğini göz önünde bulundurmaktadır¹³⁴². Bu nedenle, bir yabancı kurumun belli bir ülkede kurulmak suretiyle elde ettiği gerçek vergi avantajını en doğru şekilde ortaya koyması nedeniyle en iyi yöntem olarak kabul edilmektedir¹³⁴³. Bununla birlikte gerçek vergilerin karşılaştırılması, vergi mükelleflerine, hissedarı oldukları yabancı kurumun, mukim oldukları ülkede yerleşik olması halinde ne kadar vergi ödemek zorunda olacağına hesaplanması yönünde büyük bir sorumluluk yüklemektedir, çünkü KEYK'in kazancının, mevzuatı uygulayacak ülkenin vergi kanunlarına göre yeniden hesaplanması gerekmektedir¹³⁴⁴. Dolayısıyla, bir anlamda fiktif vergi tutarının hesaplanmasını gerektiren bu yöntem, karşılaşılan zorluklar nedeniyle sınırlı sayıda ülke tarafından kullanılmaktadır. Bu ülkelere örnek olarak Portekiz¹³⁴⁵ ve İspanya'yı¹³⁴⁶ gösterebiliriz. Fransa'da ve Almanya'da ise düşük vergilemenin bulunduğundan söz edebilmek için, yabancı kurumun mukim olduğu ülkede fiilen ödenen vergi tutarının, aynı kurumun bu ülkelerde mukim olması halinde ödenecek verginin belli bir oranından az olması gerekmektedir. Fransa'da¹³⁴⁷ bu oran, % 50, İngiltere'de¹³⁴⁸ ise % 75 olarak belirlenmiştir.

İsveç, Norveç ve Danimarka'da, bu yaklaşıma benzer bir yaklaşım benimsenmektedir. Yabancı kurumun, mevzuatı uygulayacak ülkede mukim olması halinde ödemek zorunda kalacağı vergi tutarı, nominal vergi oranının belli bir yüzdesi ile

¹³⁴¹ Arnold, *CFC*, s. 429.

¹³⁴² Arnold, *CFC*, s. 429.

¹³⁴³ OECD, *CFC*, s. 42.

¹³⁴⁴ Arnold, *CFC*, s. 429; Bu yöntemin uygulanmasında, KEYK tarafından ödenen tüm vergilerin karşılaştırmada dikkate alınması gerektiği hususu ileri sürülebilir. Sonuç olarak düşük vergili bir ülkede kurulan KEYK, yüksek vergili bir ülkede şube vasıtasıyla faaliyette bulunduğu takdirde, şube ile birlikte ödemiş olduğu vergilerin birlikte değerlendirilecek ve düşük vergili bir ülkede kurulmuş gibi kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte, hiçbir ülkede, KEYK'in mukim olduğu ülkede ödenen vergiler dışındaki vergiler karşılaştırmada dikkate alınmamaktadır. Üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin dikkate alınmaması hususu anlaşılabilir bir durumdur. Çünkü bu vergilerin dikkate alınması, düşük vergili ülke tanımlamasını hassas ve kırılabilir bir yapı kazanmasına ve mükelleflerce manipüle edilebilir hale gelmesine neden olabilecektir. Düşük vergili ülkelerdeki faaliyetler, şubeler vasıtasıyla kolayca yüksek vergili ülkelere kaydırılabilecek, böylece de toplam ödenen yabancı vergilerin tutarının, düzenlemeyi uygulayacak ülkenin vergi oranlarına ulaşması ve hatta aşması sağlanabilecektir. Üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin dikkate alınmadığı bir sistemde, KEYK'lerin vergilendirilmemeleri için, vergi oranının düzenlemeyi uygulayacak ülkenin vergi oranına eşit olduğu veya yüksek olduğu bir ülkede kurulması gerekmektedir. Bu nedenle, KEYK'in düşük vergili bir ülkede kurulması ve düzenlemenin kapsamına girmemek amacıyla bu ülke dışında faaliyette bulunması anlaşılmaz/beklenmedik bir durum değildir, Arnold, *CFC*, s. 429.

¹³⁴⁵ Borges, s. 534.

¹³⁴⁶ Almudi, s. 564.

¹³⁴⁷ Gouthière, *2008*, s. 52.

¹³⁴⁸ Ullah, s. 616; Graziani, s. 5; OECD, *1996*, s. 146.

karşılaştırılmaktadır. İsveç'te bu karşılaştırmaya esas alınan oran; İsveç kurumlar vergisinin % 55'i olarak belirlenmiştir. İsveç nominal kurumlar vergisi oranının % 28 olması nedeniyle karşılaştırmaya esas alınacak oran % 17,3 olarak belirlenmiştir¹³⁴⁹. Norveç KEYK düzenlemesine göre bu oran, Norveç kurumlar vergisinin 2/3'ü olarak belirlenmiştir. Norveç nominal kurumlar vergisi oranının % 28 olması nedeniyle karşılaştırmaya esas alınacak oran % 18,67 olarak belirlenmiştir.¹³⁵⁰ Danimarka KEYK düzenlemesi açısından ise bu oran Danimarka kurumlar vergisi oranının ¾'ünden az olması olarak tanımlanmakta olup, Danimarka kurumlar vergisi oranı % 30 olduğundan vergi yükü karşılaştırma oranı % 22,5'dur¹³⁵¹.

Gerçek vergi tutarlarının karşılaştırılması yaklaşımında karşılaşılan bir diğer zorluk ise, KEYK'in vergi yükünün tespitine ilişkin karşılaştırmaya esas alınacak gerçek vergi tutarlarının tespitinde, KEYK'in mukim olduğu ülkede ödenen vergilerin yanı sıra, üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin de dikkate alınıp alınmayacağı konusudur. Portekiz¹³⁵² ve İspanya¹³⁵³ KEYK düzenlemeleri, KEYK'in mukim olduğu ülkede ödenen vergilerin yanı sıra, üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin de dikkate alınacağı ülkelere örnek oluşturmaktadır.

Ayrıca, gerçek vergi tutarlarının karşılaştırılması yaklaşımında karşılaşılan bir diğer sorun, temel olarak düşük vergili ülkeler listelerinin kullanımı ile uyumsuz olmasıdır. Bu yöntem, her bir KEYK için özel olarak uygulanmakta, düşük vergili olmayan ülkelere ilişkin bir listeleme ise, bu ülkelerde kurulan tüm yabancı kurumları kapsam dışına çıkarmaktadır¹³⁵⁴.

dddd. Diğer Yöntemler

Bir ülkenin düşük vergili bir ülke olarak kabul edilebilmesi ve dolayısıyla KEYK'in tanımlanmasında için kullanılan karşılaştırmalı vergi yaklaşımında benimsenen yöntemlerde, yabancı kurum tarafından elde edilen kazanç üzerindeki vergi yükü, mevzuatı uygulayacak

¹³⁴⁹ Dahlberg, *CFC*, s. 590; Benzer efektif vergilemeye tabi olması şeklinde de tanımlanmaktadır, Westerlund, s. 10.

¹³⁵⁰ KPMG, "Norway Taxation of Cross-Border Mergers & Acquisitions", 2008 Edition, s. 304. http://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Tax-MA/MA_Norway_2008.pdf (21.05.2010).

¹³⁵¹ Rix, s. 145; ancak yabancı kurumun toplam geliri üzerindeki vergi yükünün en az % 22,5 olması halinde sadece (financial income) pasif karakterli gelirler üzerindeki düşük vergi yükü, yabancı kurumun düzenleme kapsamına girmesine neden olmamaktadır. Yabancı kurumun diğer gelirleri üzerindeki vergi yükünün % 22,5'dan az olması halinde, yabancı kurumun pasif karakterli gelirlerin toplam kazancı içerisindeki oranı 1/3'den fazla ise, bu gelirler üzerindeki vergi yükü % 22,5'dan fazla olsa bile, yabancı kurum, KEYK düzenlemesi kapsamına girmektedir, Rix, s. 144.

¹³⁵² Borges, s. 540.

¹³⁵³ Almudi, s. 569.

¹³⁵⁴ Arnold, *CFC*, s. 429.

ülkede birçok farklı kriterle karşılaştırılabilir. Bu yöntemlerin bazılarında aşağıda yer verilmekte olup, olasılıkların artırılması mümkündür.

Yabancı kurumun mukim olduğu ülkede, kurumun kazancı üzerindeki vergi yükü;

- a) Mevzuatı uygulayacak olan ülkede benzer kazançlar için belirlenmiş nominal vergi oranı ile,
- b) Mevzuatı uygulayacak olan ülkede benzer kazançlar için belirlenmiş nominal vergi oranının belli bir yüzdesi ile,
- c) Mevzuatı uygulayacak olan ülkede benzer kazançlar üzerindeki vergi yükü ile,
- d) Mevzuatı uygulayacak olan ülkede düzenleme kapsamında özel olarak belirlenmiş bir vergi oranı ile,

karşılaştırılabilir.

Karşılaştırmaya yabancı kurumun mukim olduğu ülkedeki vergi yükü ile düzenlemeyi uygulayacak ülkedeki vergi yükünün esas alındığı, yani yaklaşımın yalın olarak kullanıldığı, Yeni Zelanda KEYK düzenlemesi gibi düzenlemelere sıkça rastlanılmamaktadır.

Estonya¹³⁵⁵, Macaristan¹³⁵⁶ ve Finlandiya¹³⁵⁷ gibi ülkelerde, KEYK düzenlemelerinde benimsenen bir başka yöntem, yabancı kurumun mukim olduğu ülkede elde edilen kazançlar üzerindeki vergi yükü ile mevzuatı uygulayacak olan ülkedeki nominal vergi oranının belli bir yüzdesinin karşılaştırmaya esas alınması esasına dayanmaktadır.

İsrail, Japonya ve Almanya gibi ülkelerin benimsemiş olduğu bir başka yöntemde ise yabancı kurumun mukim olduğu ülkede, kurumun kazancı üzerindeki vergi yükü, düzenleme kapsamında özel olarak belirlenmiş bir vergi oranı ile karşılaştırılmaktadır. Yabancı kurumun pasif karakterli gelirleri üzerindeki vergi yükünün, İsrail¹³⁵⁸ KEYK düzenlemesine göre % 20'nin, Almanya¹³⁵⁹ KEYK düzenlemesine göre % 25'in, Japonya¹³⁶⁰ KEYK düzenlemesine

¹³⁵⁵ Uustalu, s. 178; sadece gerçek kişiler KEYK düzenlemesi kapsamında yer almakta olup, vergi yükü her bir şirket türü için ayrı ayrı hesaplanmakta ve yabancı kurumun kazancı üzerindeki vergi yükünün, Estonya mukimi bir gerçek kişinin ödemek zorunda olduğu verginin 2/3'ünden az olması halinde bu ülke düşük vergili ülke olarak kabul edilmektedir. Estonya'da nominal kurumlar vergisi oranı %26 olduğundan, karşılaştırmaya esas alınacak oran % 17,3 olarak hesaplanmaktadır, Uustalu, s. 334.

¹³⁵⁶ Liszicza, s. 308; yabancı kurumun kazancı üzerindeki vergi yükünün, Macaristan'da mevcut nominal vergi oranının 2/3'ünden az olması halinde bu ülke düşük vergili ülke olarak kabul edilmektedir, Liszicza, s. 308.

¹³⁵⁷ Helminen, *Finland*, s. 196; Finlandiya KEYK düzenlemesine göre, yabancı kurumun kazancı üzerindeki vergi yükünün, Finlandiya'da mevcut nominal vergi oranının 3/5'inden az olması halinde bu ülke düşük vergili ülke olarak kabul edilmektedir. Finlandiya'da nominal kurumlar vergisi oranı %29 olduğundan, karşılaştırmaya esas alınacak oran % 17,4 olarak hesaplanmaktadır, Helminen, *Finland*, s. 196.

¹³⁵⁸ Shalhav, s. 334; İsrail'de nominal kurumlar vergisi oranı % 36 dir, Shalhav, s. 334.

¹³⁵⁹ Rust, s. 258–262; Förster ve Schmidtman, s. 479.

göre kurumun toplam geliri üzerindeki vergi yükünün % 25'in altında olması halinde, söz konusu ülke düşük vergili ülke olarak kabul edilmektedir.

bbb. Vergi Yükü Karşılaştırma Oranı

Vergi yükü, yukarıdaki bölümde de belirtildiği üzere, bir dönemde belli bir matrah üzerinden fiilen ödenen toplam vergi tutarının, kazanca oranını ifade etmekte olup, "efektif vergi oranı" terimi de kullanılmaktadır¹³⁶¹. Vergi yükünün tespitinde kullanılan kriterler, ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir¹³⁶².

Örneğin, Danimarka KEYK düzenlemesi açısından düşük vergileme, yabancı kurumun geliri üzerinden ödediği verginin, Danimarka kurumlar vergisi oranının $\frac{3}{4}$ 'ünden az olması olarak tanımlanmakta olup, Danimarka kurumlar vergisi oranı % 30 olduğundan vergi yükü karşılaştırma oranı % 22,5'dur¹³⁶³. Estonya'da bu oran, yabancı kurumun benzer bir vergi türü üzerinden ödemek zorunda olduğu verginin, Estonya'daki verginin $\frac{2}{3}$ 'ünden az olması¹³⁶⁴ şeklinde, Finlandiya'daki oranın $\frac{3}{5}$ 'inden az olması¹³⁶⁵ şeklinde, Macaristan'da, yabancı kurumun mukim olduğu ülkedeki efektif vergi yükünün, Macaristan'daki nominal vergi yükünün $\frac{2}{3}$ 'ünden az olması¹³⁶⁶ şeklinde, Norveç'te, yabancı kurum üzerindeki vergi yükünün, bu kurum Norveç'te olsa idi ödemek zorunda kalacağı verginin $\frac{2}{3}$ 'ünden az olması¹³⁶⁷ şeklinde, İspanya'da, yabancı kurum üzerindeki vergi yükünün, bu kurum İspanya'da olsa idi ödemek zorunda kalacağı verginin % 75'inden az olması¹³⁶⁸ şeklinde, İsveç'te ise İsveç kurumlar vergisinin % 55'inden az olması¹³⁶⁹ şeklinde tanımlanmaktadır.

Bununla birlikte, vergi yükü karşılaştırma oranının belli bir sayısal değer kullanılmadan belirlenmesi de mümkündür. Örneğin, Hollanda'da mevcut iki ayrı KEYK türü düzenlemede, düşük vergileme kriteri yer almamakta, yabancı kurum Hollanda standartlarına

¹³⁶⁰ "Japan 2007 Tax Reform", *Japan Tax Bulletin*, No. 9, January 2007, http://www.gtjapan.com/pdf/newsletter/bulletin/bulletin_200701.pdf, (21.05.2010), s. 4; OECD, *CFC*, s. 131.

¹³⁶¹ Bkz., § 7 Bölüm, II/3-a/bb kısım.

¹³⁶² Dhalberg ve diğerleri, s. 15.

¹³⁶³ Rix, s. 145; ancak yabancı kurumun toplam geliri üzerindeki vergi yükünün en az % 22,5 olması halinde sadece (financial income) pasif karakterli gelirler üzerindeki düşük vergi yükü, yabancı kurumun düzenleme kapsamına girmesine neden olmamaktadır. Yabancı kurumun diğer gelirleri üzerindeki vergi yükünün % 22,5'dan az olması halinde, yabancı kurumun pasif karakterli gelirlerin toplam kazancı içerisindeki oranı $\frac{1}{3}$ 'den fazla ise, bu gelirler üzerindeki vergi yükü % 22,5'dan fazla olsa bile, yabancı kurum, KEYK düzenlemesi kapsamına girmektedir, Rix, s. 144.

¹³⁶⁴ Uustalu, s. 178.

¹³⁶⁵ Helminen, *Finland*, s. 196.

¹³⁶⁶ Liszicza, s. 308.

¹³⁶⁷ Glad, s. 496.

¹³⁶⁸ Almudi, s. 564.

¹³⁶⁹ Dahlberg, *CFC*, s. 590; İsveç'te kurumlar vergisi oranı % 28'dir, buna göre karşılaştırma % 15,4 oranı ile yapılmaktadır, Dahlberg, *CFC*, s. 590, benzer efektif vergilemeye tabi olması şeklinde tanımlanmaktadır, Westerlund, s. 10.

göre "kabul edilebilir (reasonable) bir vergiye (gelir üzerinden alınan) tabi tutulduğu takdirde, kötüye kullanma gerekçesiyle (anti-abuse provisions) vergileme yapılmamakta olup, "kabul edilebilir vergi", matrahı ve oranı dikkate alındığında, OECD ülkeleri tarafından özel bir rejime tabi olmayan tam mükelleflere uygulanan ortalama normlara uygun gelir vergisi anlaşılmaktadır¹³⁷⁰.

b. Özel: KVK,7

Ülkemiz KEYK düzenlemesi gereğince, bir yabancı kurumun KEYK olarak tanımlanması için yurt dışı iştirakin ilgili yıldaki kurum kazancının %10'dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması gerekmektedir¹³⁷¹.

Yasada KEYK'in tanımlanmasına ilişkin özel bir vergi yükü tanımı yer almamakta ve tanım için KVK'nın iştirak kazancı istisnasına ilişkin 5. maddesine atıf yapılmaktadır. Bu maddeye göre vergi yükü; "kanuni veya iş merkezinin bulunduğu ülkede ilgili dönemde tahakkuk eden ve kâr payı dağıtımına kaynak olan kazançlar üzerinden ödenen vergiler dâhil olmak üzere, toplam gelir ve kurumlar vergisi benzeri verginin, bu dönemde elde edilen toplam dağıtılabilir kurum kazancı ile tahakkuk eden gelir ve kurumlar vergisi toplamına oranlanması suretiyle" tespit edilecektir.

Konu ile ilgili 1 No.lu KV Genel Tebliği'nin "5.2.1.5" bölümünde aşağıdaki açıklamalara yer verilmektedir.

"...Buna göre; dağıtılabilir kurum kazancının tespitinde, dönem kârından ayrılan karşılıklar ile yedek akçeler, dağıtılabilir kârın bir unsuru olarak, ilgili ülke mevzuatı uyarınca ayrılması zorunlu olan yedek akçeler de dağıtılabilir kâr olarak değerlendirilmesi, ayrıca yabancı kurumun bulunduğu ülke vergi mevzuatı uyarınca vergiye tabi kazancın tespitinde gider olarak indirimi kabul edilmeyen giderler, fiilen yapılmış olup dağıtılması mümkün olmadığından, dağıtılabilir kurum kazancına ilave edilmemesi gerekmektedir.

Yurt dışı iştirak kazançlarına ilişkin vergi yükünün hesabında, fiili yükün dikkate alınması gerekmektedir. Kâr dağıtımı, geçmiş yıl kârlarından veya yedeklerden de yapılabileceği için mükelleflerin, hangi yılın kazancını dağıttıklarına kendilerinin karar vermeleri gerekmektedir. Dolayısıyla, vergi yükü geçmiş yıl karlarının veya yedeklerin ilgili olduğu dönemler itibarıyla ayrı ayrı hesaplanacaktır.

¹³⁷⁰ Martine J. Peters, s. 443.

¹³⁷¹ KVK md. 7.

Yurt dışındaki iştirakin kazancı içinde istisna kazanç unsuru bulunması halinde, kazançta istisna uygulandıktan sonra bulunan matrah üzerinden hesaplanan vergi, vergi yükünün tespitinde dikkate alınacaktır. Öte yandan, geçmiş yıl zararlarının mahsubundan sonra hesaplanan bir verginin çıkmaması veya düşük çıkması durumunda, zarar mahsubundan sonraki matraha isabet eden vergi tutarı bulunacak ve bu tutara göre vergi yükünün tespiti yapılacaktır.

Örnek 1: (Y) A.Ş.'nin bir yılı aşkın süreden beri sermayesine %20 oranında iştirak ettiği televizyon üretimi ve satışı alanında faaliyet gösteren yurt dışındaki (Z) A.Ş.'nin ticari kazancınının 270 birim, vergiye tabi kazancın tespitinde gider olarak kabul edilmeyen gider tutarınının 30 birim, dolayısıyla vergiye tabi kazancınının 300 birim olduğunu ve bu kazancın 200 biriminin vergiden istisna olduğunu varsayalım. Aynı zamanda, bu ülkede vergi oranınının %25 olması durumunda, vergiye tabi kurum kazancı $[(270+30)-200=]$ 100 birim olacaktır. Hesaplanacak kurumlar vergisi benzeri vergi ise $(100 \times \%25=)$ 25 birim olacak ve bu verginin, dağıtılabilir kazanç olan $(270-25=)$ 245 birim ile hesaplanan kurumlar vergisi olan 25'in toplamı olan 270'e oranlanması $(25/270)$ sonucu bulunacak vergi yükü %9,26 olacaktır. Dolayısıyla elde edilen yurt dışı iştirak kazancı, en az %15 oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergi yükü taşımadığından, bu kurumdan elde edilen iştirak kazancınının yurt dışı iştirak kazancı istisnasından yararlanması mümkün olmayacaktır.

Buna karşılık, yurt dışı iştirakin bulunduğu ülkede söz konusu istisnadan yararlanılmaması halinde, yurt dışı iştirakin kurum kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisi $(300 \times \%25=)$ 75 birim olacak ve bu verginin, kurumlar vergisi düşüldükten sonra kalan dağıtılabilir kazanç olan $(270-75=)$ 195 birim ile hesaplanan kurumlar vergisi olan 75'in toplamı olan $(195+75=)$ 270 birime oranlanması $(75/270)$ sonucu ortaya çıkacak olan vergi yükü %27,78 birim olacaktır. Bu durumda, anılan iştiraktan elde edilen iştirak kazançlarının istisnadan yararlanması gerekmektedir.

Örnekte, yurt dışındaki (Z) Kurumunun kâr payı dağıtması durumunda dağıtılan kâr payları üzerinden ayrıca vergi kesintisi yapılması söz konusu ise yapılacak vergi kesintisinin de vergi yükünün hesabında dikkate alınacağı tabiidir.

Ayrıca, ilgili ülkede istisna kazançlar üzerinden kesinti suretiyle bir vergi ödenmiş olması halinde, toplam vergi yükünün hesabında ödenen bu verginin de dikkate alınması gerekmektedir.

Ancak maddede, vergi yükünün hesabında yurt dışındaki iştirakin bulunduğu ülkede tahakkuk eden ve kâr payı dağıtımına kaynak olan kazançlar üzerinden ödenen vergilerin dikkate alınacağı belirtilmiştir. Madde gerekçesinde verilen örnekte de yurt dışı iştirakin bulunduğu ülkede, kendi kazançları üzerinden tahakkuk eden vergiler, vergi yükünün hesabında dikkate alınmıştır. Bu nedenle vergi yükü hesaplanırken iştirak edilen yabancı kurumun bulunduğu ülkedeki tahakkuk eden gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin dikkate alınması gerekmektedir. Söz konusu kurumun başka ülkelerde ödediği veya kurum kazancınının dolaylı olarak Türkiye'ye transferinde ödenen vergilerin bu hesaplama dahil edilmemesi gerekmektedir.

Örnek 2: Yurt dışı iştirakin ticari bilânçosuna göre oluşan kurum kazancının 90 birim, vergiye tabi kazancın tespitinde gider olarak kabul edilmeyen tutarın 10 birim olması durumunda, vergiye tabi kazanç 100 birim olacaktır. Bu tutarın 50 birimlik bölümünün vergiden istisna edilmiş olması ve ilgili ülkedeki kurumlar vergisi oranının da %15 olması halinde, hesaplanacak kurumlar vergisi $[(100-50) \times \%15=]$ 7,5 birim olacaktır. Bu kurumun vergiden istisna edilmiş olan 50 birimlik kazancı üzerinden %5 oranında vergi kesintisi yapılmıştır. Hesaplanan kurumlar vergisi ile kesilen verginin (7,5+2,5=10) toplamının, dağıtılabılır kazanç (90-10= 80 birim) ile hesaplanan toplam verginin (10 birim) toplamı olan 90 birime oranlanması sonucunda (10/90) vergi yükü %11,1 olacaktır.

Bu durumda, her ne kadar ilgili ülke mevzuatına göre uygulanan nominal vergi oranı %15 olsa da gerçek vergi yükü %11,1 olacaktır.

Örnek 3: Yurt dışı iştirakin ilgili ülkedeki kurum kazancı 150.000 birim, istisna kazancı 100.000 birim ise bu ülkedeki vergiye tabi matrah 50.000 birim olacaktır. Bu matrah üzerinden %10 oranında 5.000 birim vergi tahakkuk ettiği varsayıldığında, bu kazanç üzerindeki vergi yükü (5.000/150.000) %3,33 olacaktır. 150.000 birim kazancı olan kurumun, ilgili yılda uygulanacak istisna kazancının bulunmaması ancak, 100.000 birim geçmiş yıl zararının bulunması durumunda tahakkuk eden vergi yine 50.000 birim matrah üzerinden 5.000 birim olacak, ancak bu durumda vergi yükü (5.000/50.000) %10 olacaktır.

İştirak edilen kurumun esas faaliyet konusunun, finansal kiralama dâhil finansman temini veya sigorta hizmetlerinin sunulması ya da menkul kıymet yatırımı olması durumunda, bu kurumdan elde edilen iştirak kazançlarının kurumlar vergisinden istisna edilebilmesi için kâr payı dağıtımına kaynak olan kazançlar üzerinden ödenen vergiler dahil olmak üzere faaliyette bulunduğu ülke kanunları uyarınca en az %15 oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri bir vergi yükü taşınması yeterli olmayıp en az Türkiye’de uygulanan kurumlar vergisi oranında (%20) veya daha yüksek oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşınması gerekmektedir.”

Görüldüğü üzere, KVK’nın 7. maddesinde, KEYK’in tanımlanmasında vergi yükü karşılaştırması yöntemi benimsenmiş olup; yöntem, yabancı kurumun mukim olduğu ülkedeki kurum kazancı üzerindeki fiili vergi yükü ile düzenleme kapsamında özel olarak belirlenmiş bir vergi oranının karşılaştırılması esasına dayanmaktadır.

Ancak Tebliğ’deki 1 No.lu örneğe ilişkin olarak yapılan açıklamalarda, vergi yükünün hesabında sadece iştirak edilen yabancı kurumun bulunduğu ülkede tahakkuk eden vergilerin dikkate alınması gerektiği belirtilerek, yasal düzenlemenin ötesine geçen bir yorumla, fiili vergi yüküne dâhil olduğu tartışmasız olan, yabancı kurum tarafından diğer ülkelerde ödenen vergilerin dikkate alınması engellenmiştir. Gerçek vergi yükünün tespiti için, yabancı kurumun faaliyette bulunduğu ülkede tahakkuk eden vergilerin yansırı diğer ülkelerde ödenen vergilerin de dikkate alınması bir zorunluluktur. Yabancı kurumun hissedarlarının mukim

olduğu ülkede ödenen vergilerin, yani kar payı üzerinden ödenen vergiler gibi Türkiye’de ödenen vergilerin de dikkate alınması gerektiği tabiidir.

Diğer taraftan, yabancı kurumun vergi yükünün tespitinde, KVK md. 30/7. kapsamında yapılacak vergi kesintisinin dikkate alınıp alınmayacağı konusunda bir sorun ile karşılaşılabilmesi mümkündür. Henüz Bakanlar Kurulu tarafından bir liste yayınlanmamış olsa da, Bakanlar Kurulu tarafından yayınlanacak listede yer alacak ülkelerin, KVK’nın 7. maddesi kapsamında vergileme yapılması için gereken şartları haiz ülkeler ile çakışması halinde, KEYK düzenlemesi kapsamına giren bir yabancı kuruma, ortaklar veya üçüncü şahıslar tarafından yapılacak veya tahakkuk ettirilecek ödemeler üzerinden vergi kesintisi yapılacaktır. Bu vergilerin, yabancı kurumun vergi yükünün hesabında dikkate alınmaması, vergi yükünün gerçek tutarı ile belirlenmesini engelleyecektir¹³⁷². Benzer bir durumun, mukim hissedarlara atfedilen KEYK kazancının, evvelce transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi kapsamında matraha eklenerek vergilendirilmesi halinde de ortaya çıkması mümkündür.

Sonuç olarak, yurt dışındaki iştirakin bulunduğu ülkede ilgili dönemde kurum kazancı üzerindeki fiili vergi yükü, ülkemiz hukuk düzenlemeleri dikkate alınmak suretiyle tespit edilmektedir. Söz konusu iştirakin, KEYK olarak tanımlanabilmesi için, vergi yükünün tespitinde, yabancı kurumun ilgili dönem ticari karına dâhil edilmiş olup, yabancı kurum tarafından diğer ülkelerden elde edilen kazançlar üzerinden ödenmiş bulunan gelir veya kurumlar vergisi benzeri vergilerin de vergi yükünün hesabında dikkate alınması gerekir.

4. “Asgari Yatırım Eşiği” Koşulu

Asgari yatırım eşiği, KEYK mevzuatında yer alabilen koşullardan birisidir. Yabancı kurumun belli bir dönemdeki hâsılatının, kanunen belirlenen tutarın altında kalması halinde, diğer şartlar gerçekleşse bile yabancı kurum, KEYK olarak tanımlanmamakta ve KEYK hükümleri uygulanmamaktadır. İngiltere ve ülkemiz KEYK düzenlemesinde bu tür bir hüküm yer almaktadır.

¹³⁷² Beyazıt Balcı, “Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar (CFC) Müessesesiyle KVK’daki Diğer Önlemler Arasındaki İlişkiler”, **Yaklaşım**, Sayı. 179 (Kasım 2007), s. 127. (KEYK); Yazar, KVK md. 30/7 kapsamında yapılacak vergi kesintisinin en azından KEYK kazancının tespiti sırasında matrahtan gider olarak düşülmesinin uygun olacağını savunmaktadır, Balcı, *KEYK*, s. 127.

İngiltere KEYK düzenlemesi hükümlerine göre en az kazanç istisnasına ilişkin tutar ise 50.000 £'dur¹³⁷³. KEYK'in bir dönemde (12 ay) elde ettiği vergilendirilebilir karının bu tutarın altında kalması halinde KEYK hükümleri uygulanmamaktadır. 12 aydan daha az bir süreyi kapsayan dönemlerde bu tutar oransal olarak azaltılmaktadır¹³⁷⁴.

KVK'nın 7. maddesine göre KEYK düzenlemesi hükümlerinin uygulanabilmesi için, yurt dışında kurulu iştirakin ilgili yıldaki toplam gayrisafi hâsılâtının 100.000.- TL karşılığı yabancı parayı geçmesi gerekmektedir¹³⁷⁵. İlgili Tebliğde de; yurt dışındaki iştirakin KVK'nın uygulamasında KEYK olarak değerlendirilebilmesi için ilgili yıldaki gayrisafi hâsılât tutarının 100.000.- TL karşılığı yabancı paranın üzerinde olması gerektiği, ilgili yıldaki toplam gayrisafi hâsılâtı bu tutarın altında kalan iştiraklerin, diğer tüm koşullar bulunsa dahi KEYK olarak değerlendirilmeyeceği ayrıca belirtilmektedir¹³⁷⁶. KEYK düzenlemesini ihdas etmiş ülkelere yaygın olarak benimsenmeyen bu unsur, düzenlemenin etkin bir şekilde uygulanmasını sağlaması ve düzenlemenin içerdiği, asgari hisse sahipliği, çekirdek bir hissedar grubu tarafından kontrol gibi bazı eksikliklerin ortaya çıkarmış olduğu olumsuzlukların da bir ölçüye kadar giderilmesi açısından faydalıdır. Çünkü bu düzenlemeler, KEYK mevzuatının uygulanmasında tutara bağlı benzer bir sınırlama getirmekte ve vergi idaresi açısından da, mukim hissedarlar açısından da uygulamanın etkili, verimli ve adil bir şekilde gerçekleştirilmesine katkı sağlamaktadır.

§ 8. SÜBJEKTİF KOŞUL

I- KEYK MEVZUATININ SÜBJEKTİF KOŞULU: VERGİDEN KAÇINMA İRADESİ

Hukuk, özel hukuk ilişkilerinin tanzimini kişilerin iradelerine bağlı kılmıştır¹³⁷⁷. Ancak, irade serbestliği olarak adlandırılan bu prensibe önemli kısıtlamalar getirilmiştir. BK'nın 19/2. maddesine göre, hukuki muameleler, kanunun emredici hükümlerine, ahlak kurallarına, kamu intizamına aykırı olamazlar ve başkalarının şahsiyet haklarını ihlal edecek nitelik taşıyamazlar¹³⁷⁸. Kamu yararını ve düzenini ilgilendiren hükümler, emredici hükümlerdendir,

¹³⁷³ HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM207000.htm>, (11.04.2009).

¹³⁷⁴ Ullah, s. 615; Graziani, s. 10.

¹³⁷⁵ Kanunda YTL olarak belirtilmektedir.

¹³⁷⁶ Yurt dışındaki iştirakin hasılâtının TL karşılığının tespitinde, ilgili iştirakin hesap döneminin son gününde geçerli olan T.C. Merkez Bankasınca açıklanan döviz alış kuru esas alınmaktadır, 1 Seri No.lu KVK Tebliği, bölüm "7.2.3".

¹³⁷⁷ İmre, s. 146.

¹³⁷⁸ İmre, s. 147.

dolayısıyla uygulanması gerekli ve uyulması zorunlu olan kanun kurallarıdır, amir hükümlerdir¹³⁷⁹.

Pozitif hukukun kaynaklarından biri olan vergi kanunları, kamu yararını ve kamu düzenini oluşturan, emredici kanun hükümleridir¹³⁸⁰; dolayısıyla kişilerin özel hukuk ilişkilerindeki irade serbestliği, vergi kanunları ile kamu yararına kısıtlanabilir. Nitekim AAD, temel hak ve özgürlüklerin üç nedenle kısıtlanabileceğini vurgulamaktadır.¹³⁸¹ Bunlar; (i) kamu yararının önceliğinin bulunması, (ii) amaçlanan hedefe ulaşmaya uygun özellikleri taşıması, (iii) amaca ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçmemesi (ölçülülük) şeklindedir.

Karşıt görüşler bulunsa da¹³⁸², daha çok sermaye ihracatında tarafsızlık doktrinine dayandırılan¹³⁸³ KEYK düzenlemelerinin amacı, vergiden kaçınmanın önlenmesidir¹³⁸⁴. Bu düzenlemeler, sadece düşük vergilemeye tabi tutulan kurumları vergilendirme amacını değil, kanunu dolanma sonucunu doğuran vergiden kaçınma amacıyla düşük vergili ülkelerde kurulan kurumları vergilendirme amacını taşımaktadır. Diğer bir deyişle, mükelleflerin düşük vergili veya tercihli vergi rejimlerinde yatırım yaparak vergi planlamasına yönelmeleri tek başına KEYK düzenlemesi uygulanmasına dayanak gösterilemez¹³⁸⁵. Dolayısıyla gerçek ve tüzel kişilerin yurt dışında yatırım yapma yönündeki iradeleri, vergisel sonuçları anlamında, ancak vergiden kaçınma amacının bulunması halinde, vergi yasaları ile sınırlandırılabilir.

Bu durumda, değerlendirilmesi gereken konu şudur: KEYK düzenlemeleri vergisel açıdan vergi mükellefinin yurt dışında yatırım yapması, şirket kurması, kar transfer etmesi veya etmemesi yönündeki hukuki muamelelere dönük iradesine bir sınırlama teşkil

¹³⁷⁹ İmre, s. 147.

¹³⁸⁰ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 13.

¹³⁸¹ Szudoczky, s. EC-41.

¹³⁸² Helmine'e göre; "KEYK düzenlemesi, yurt dışında yatırım yapanlar ile yurt içinde yatırım yapanlar üzerindeki vergi yükünün eşit olması gerekliliğini ifade eden sermaye tarafsızlığı doktrinine dayandırılması mümkün ise de bu yeterli bir kanıt oluşturmamaktadır. Çünkü hepsinden önce bir kurum ile ortakları yalnızca farklı iki kişilik değil, aynı zamanda temel vergi hukuku prensiplerine göre ayrı vergilere tabi tutulan ayrı mükelleflerdir. Mukim olmayan bir kurum ile bu kurumun mukim ortaklarını aynı birim olarak kabul eden vergi kanunları istisnai kanunlardır ve genellikle vergiden kaçınmayı önleme amacını taşımaktadırlar. Bu nedenle sermaye ihracatı tarafsızlığı doktrini kısıtlamalara dayanak oluşturamaz. Sermaye ihracatında tarafsızlık doktrini belki bir kısıtlamanın dayanağı ile ilişkili olarak kabul edilebilir ki bu da, sadece aynı mükellefin aynı tür vergisi için uygulanan vergi yükü ve vergi avantajı arasında kurulabilen doğrudan bağlantı bulunması halidir. Çünkü yabancı kurum ve mukim ortakları farklı vergilere tabi tutulan farklı mükelleflerdir, sermaye tarafsızlığı ilkesi, KEYK düzenlemelerinin dayanağını oluşturamaz", Helminen, Finland, s. 122.

¹³⁸³ Weber, Avoidance, s. 121.

¹³⁸⁴ Li, 2002, s. 828.

¹³⁸⁵ a) AAD, Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd v Commissioners of Inland Revenue (Case C-196/04, 12 September 2006) davasına ilişkin kararında; kurumların, usulsüz veya hileli olarak Birlik hukukunun düzenlemelerinden yararlanamayacaklarını, ancak, bir kurumun, düşük vergi avantajından yararlanmak için başka bir ülkede kurulmasının da tek başına yerleşme serbestisinin (freedom of establishment) kötüye kullanımı anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir, (<http://curia.europa.eu/en/actu/communiqués/cp06/aff/cp060072en.pdf> (01.12.2007)), Gershuny ve diğerleri, s. 2.

b) Bkz., § 4 Bölüm, II/3 kısım ve § 8 Bölüm, II kısım.

etmektedir. Bu türden bir sınırlamayı içeren mevzuat bir dizi objektif koşul getirmektedir. Bu objektif koşulların gerçekleşmesi, tek başına, yurt dışındaki kurumların kazançlarının ikametgâh devletinde mukim ortakların elinde vergilendirme yapmak için yeterli midir? Diğer bir deyişle, örneğin "*kontrol*" veya "*vergi yükü eşiği*" gibi, salt objektif koşulların gerçekleştiği bir olayda, bununla yetinilecek midir; yoksa bu unsurlara ilaveten sübjektif bir koşulun, yani vergi mükellefinin amaç ve iradesine yönelik unsurun mevcudiyeti de aranacak mıdır ya da aranmalı mıdır?

Düzenlemeye bakıldığında, KEYK düzenlemesinin, mükellefin sübjektif amacına herhangi bir açık atıfta bulunmadığı, yurt dışında yapılan ve belirgin objektif koşulları taşıyan yatırımların vergiden kaçınma amacıyla yapıldıklarını varsaydığı ve buna vergisel sonuçlar bağladığı görülmektedir. Yani, bu düzenlemeler, bazı yurt dışı yatırımların vergiden kaçınma amacını taşıyan yatırımlar olduğuna dair bir kanuni karine oluşturmaktadır. Kanuni karineler, belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için, kanun tarafından çıkarılan sonuçlardır¹³⁸⁶. Dolayısıyla kanun, objektif koşulların gerçekleştiği bir durumda, mukim mükelleflerin yabancı kurumu "*vergiden kaçınma amacıyla bilerek kötüye kullandıklarını*" kanuni karineye bağlamaktadır. Kanun, belirli koşulların gerçekleştiği durumlarda, kurulduğu ülke ile arasında ekonomik bağın olmamasından kaynaklanan yapay bir yatırım olduğunu ve bu yatırımın vergiden kaçınma amacıyla yapıldığını varsaymaktadır¹³⁸⁷.

II- KEYK MEVZUATININ SUBJEKTİF KOŞULUNUN SONUÇLARI

1. İyi Niyetin Korunmasına Bağlı Sonuçlar

KEYK düzenlemeleri vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelerdir¹³⁸⁸. Bu düzenlemelerin ihdas edilmesinin amacı, düşük vergili ülkeler kullanılmak suretiyle, tamamen vergiden kaçınma amaçlı girişimlerin önlenmesidir. Vergiden kaçınma amacını taşımayan girişimlerin, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi, temel hak ve özgürlüklerden mülkiyet hakkına müdahale oluşturur. Bu nedenle mükelleflerin vergiden kaçınma amacını taşımayan, iyi niyetli girişimlerinin korunması gerekir.

¹³⁸⁶ Nihal Saban, "Vergi Usul Kanunu'nda Yer Alan Karinelerde Aksini İspat", *Danıştay Dergisi*, Sayı. 82-83 (1992), s.6. (*İspat*)

¹³⁸⁷ Otmar Thömmes, "CFC Legislation and EC Law", *International Tax Review Intertax*, Vol. 31, Issue 5 (2003), s. 189.

¹³⁸⁸ Literatürde, KEYK düzenlemesinin, transfer fiyatlandırması düzenlemelerinin desteklenmesi amacıyla uygulandığı yönünde görüşler de bulunmaktadır, Bkz., Thuronyi, s. 297.

AAD, KEYK düzenlemelerinin Topluluk hukuku anlamında yerleşme serbestisini kısıtlamadığını, ancak sadece ulusal düzeyde uygulanan normal vergilemeden kaçınma amacını taşıyan, "*tamamen yapay girişimlerle*" (wholly artificial arrangements) ilişkili olmasını ve bu amacı aşan bir özellik göstermemesi gerektiğini belirtmiştir¹³⁸⁹. Cadbury Schweppes davasında, KEYK düzenlemelerinin, vergisel (düşük vergi uygulamalarından yararlanma) amacın varlığına rağmen, KEYK'in fiilen kurulduğunun/var olduğunun ve gerçek ekonomik faaliyetlerle iştigal ettiğinin, üçüncü kişiler tarafından da kabul edilebilir şekilde objektif faktörler temelinde kanıtlandığı durumlarda uygulanmaması gerektiği de ifade edilmiştir¹³⁹⁰. Bu nedenle KEYK düzenlemeleri sadece tamamen yapay vergiden kaçınma girişimlerinin önlenmesi gerekçesine dayandırılmalıdır¹³⁹¹. Bu konuda anahtar soru, bir girişimin "*tamamen yapay girişim*" olduğunun nasıl belirleneceği sorusudur. Yabancı ülkede mukim yavru şirketin, mukimi olduğu ülkedeki varlığının gerçek olmaması, örneğin yavru şirketin fonksiyonunun ana şirketin gelirinin bir bölümünün ayrılarak, bu kısmın düşük vergilendirilen yavru şirkete transferi için tamamen bir yapay bir araç olma özelliği taşıması halinde vergiden kaçınmadan söz edilebilecek, yavru şirketin mukimi bulunduğu ülkedeki varlığının gerçek olması, yani; bina¹³⁹², operasyon ekipmanları, personel ve idari kadro gibi donanımın mevcut olması halinde, vergiden kaçınmadan söz edilmesi mümkün olmayacaktır¹³⁹³.

Başka bir ifadeyle, Cadbury Schewepes davasında AAD Savcısı (Advocate General) tarafından ileri sürülen görüşe göre, bir kuruluşun "tamamen yapay bir girişim" olup olmadığının belirlenmesi için uçayaklı bir test uygulanması gerekmekte olup, bunlar aşağıda belirtilmektedir¹³⁹⁴.

- a) Yavru şirketin, düşük vergili ülkede faaliyeti ile orantılı olmak üzere personel, bina, ekipman gibi belli bir düzeyde fiziki varlığa sahip olması,

¹³⁸⁹ Gershuny ve diğerleri, s. 2.

¹³⁹⁰ Gershuny ve diğerleri, s. 2.

¹³⁹¹ Helminen, *Finland*, s. 121.

¹³⁹² Szudoczky, EC-42.

¹³⁹³ Nikolaj Vinther ve Erik Werlauff, "Tax Motives are Legal Motives-The Borderline between the Use and Abuse of the Freedom of Establishment with Reference to the Cadbury Schweppes Case", **European Taxation**, Vol. 46, Issue 8 (August 2008), s. 384; Bu konuda ECJ. 12 December 2002, Case C-324/00, Lankhorst-Hohorst GmbH v. Finanzamt Steinfurt [2002] ECR I-11779 davası ile Cadbury Schewepes davası arasında doğrudan bir ilişki bulunmaktadır. Lankhorst-Hohorst davasında AAD, üye ülkelerin genel suiistimal önleyici düzenlemeleri uygulayamayacakları yönünde karar vermiştir, Vinther ve Werlauff, s. 384.

¹³⁹⁴ Simon Whitehead, "What's Your Motive?", *Taxation*, (21 September 2006), s. 683, http://www.dorsey.com/files/Publication/eadb1a55-31cc-406a-a73c-25db5ed6bb01/Presentation/PublicationAttachment/e4391d50-193f-45f9-935a-9269f3083d5b/Taxation_092106.pdf, (21.03.2010).

- b) Faaliyetlerinin "gerçek" yapıda olması, yani, işletmenin personelinin, işletmenin faaliyetlerini gerçekleştirmeye yetecek uzmanlık düzeyinde olması,
- c) İşletmenin faaliyetlerinin ekonomik değer taşıması.

Tüm bu açıklamalar, mükelleflerin sübjektif niyetini tespit etmeye ve iyi niyetli mükelleflerin korunmasını amaçlayan değerlendirmelerdir ve yukarıda da belirtildiği üzere ve mülkiyet hakkının korunmasına bağlı adil bir uygulamanın gerçekleştirilmesi için gereklidir.

KVK'nın 7. maddesinde KEYK düzenlemesi, sadece objektif unsurları içerecek şekilde düzenlenmiş olup, bu unsurların varlığı halinde mükellefin vergiden kaçınma iradesinin var olduğunu kabul etmiştir. Bunda, KEYK düzenlemesinin, vergi yükü yöntemi ile birlikte küresel yaklaşıma dayandırılmasının etkisi bulunmaktadır. Çünkü KEYK düzenlemesi, KEYK'i tanımlarken, zaten çoğunlukla vergiden kaçınma amacıyla kullanılan pasif karakterli gelirlerin, toplam gelir içerisindeki oranını dikkate almaktadır.

Maddede, "*İştirakin toplam gayrisafi hâsılatının % 25 veya fazlasının faaliyet ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticarî, zirai veya serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kâr payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi pasif nitelikli gelirlerden oluşması*" durumunda yabancı kurumun kazanç bileşimine ilişkin koşulu sağlamış olacağı hükme bağlanmakta ve konu ile ilgili 1 No.lu KV Genel Tebliği'nde de ***yurt dışı iştirakin faaliyeti ile orantılı olmayan sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle elde edilen ticari, zirai veya serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirlerin de pasif nitelikli gelir sayılacağı*** ifade edilmektedir.

Maddeye göre, sadece yurt dışı iştirakin faaliyeti ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle elde edilen ticari, zirai veya serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirler pasif nitelikli gelir sayılacaktır. Dolayısıyla her ne kadar yasada ve Tebliğ'de "*orantılı olma*" konusunda herhangi bir hükme veya açıklamaya yer verilmemiş olsa da¹³⁹⁵, mükelleflerin yatırım yaptıkları ülkedeki organizasyon, ticari bağlantılar ve eleman istihdamı ile sermaye yapısı gibi faktörleri, mükellefin yatırım yapma niyetine ilişkin bir gösterge olarak kabul edilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Ancak yasanın, mükellefin niyetini belirlemeye

¹³⁹⁵ Bkz., § 7 Bölüm, II/2-b kısım.

yönelik bu kriterin sadece aktif kazançlara uygulanmasına yönelik bir sınırlandırma içermesi, gerçek faaliyetlerin kavranması ve yapay faaliyetlerden ayrılması için yeterli olmayacaktır.

Bu nedenlerle yasanın, pasif karakterli gelirlerin açık bir şekilde tanımlanması, tanımlamada kullanılacak "*orantılı olma*" kriterine açıklık kazandırılması ve bu kriterinin, sadece aktif karakterli gelirler için değil, diğer tüm gelirler için de kullanılmasına yönelik düzenlemeler içermesi, iyi niyetli mükelleflerin korunması ve adil bir uygulamanın gerçekleştirilmesi için gereklidir.

2. İspat Yüküne Bağlı Sonuçlar

a. Vergi Mükellefi Açısından

KEYK düzenlemelerinin ihdas edilmesinin amacı, düşük vergili ülkeler kullanılmak suretiyle, tamamen vergiden kaçınma amaçlı girişimlerin önlenmesidir. KEYK'lere ilişkin hukuki düzenlemelerin bu duruma ilişkin kanuni karine oluşturduğu yukarıdaki bölümde belirtilmiştir. Kanuni karine ile bazı hallerde, bir hukuki durumun varlığı veya yokluğu farzolanmaktadır¹³⁹⁶. Dolayısıyla kanuni karinelere dayanılarak ortaya çıkarılan sonuçlar, her zaman gerçeği yansıtmayabilir. Bu yüzden ki, *adi kanuni karinelerin aksi ispatlanabilir, yasa buna izin verir, ancak aksi ispatlanıncaya kadar delil teşkil eder*¹³⁹⁷.

VUK'nun 3/B maddesinde; "...B) İspat: Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır.

Vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir. Şu kadar ki, vergiyi doğuran olayla ilgisi tabii ve açık bulunmayan şahit ifadesi ispatlama vasıtası olarak kullanılamaz.

İktisadi, ticari ve teknik icaplara uymayan veya olayın özelliğine göre normal ve mutad olmayan bir durumun iddia olunması halinde ispat külfeti bunu iddia eden tarafa aittir." hükmü yer almaktadır.

¹³⁹⁶ İmre, s. 279; kanuni karineleri, kanuni varsayımlardan ayırt etmek gerekir, bunlar birbirine çok benzemekle birlikte aralarında çok önemli farklar bulunmaktadır. Kanuni karinelerin aksi ispat olunabildiği halde, kanuni varsayımda, varlığı farz ve kabul olunan husus kesin olarak varsayılır, bunun aksini ispatına kanun izin vermez, Bkz., İmre, s. 280.

¹³⁹⁷ Saban, *İspat*, s. 6.

Bu hüküm gereğince, hayatın olağan akışı dışındaki durumlarda ispat yükü, bunu ileri sürene ait olacaktır¹³⁹⁸.

Kanuni karinelerin var olması durumunda, vergiyi doğuran olayın vukuu ile normal olarak yükümlülüğün ortaya çıkması söz konusudur ve kanuni karinelerde ispat yükü yükümlüdedir¹³⁹⁹. Başka bir ifadeyle, karineye dayanan taraf, iddiasını ispat etmek zorunda değildir, o sadece karineyi ileri sürmekle yetinecektir¹⁴⁰⁰. Bu kural, ispat yükü hakkında getirilmiş olan genel kuralın en önemli istisnasını oluşturmaktadır¹⁴⁰¹. Peçeleme hallerinde ise olayın gerçek niteliğinin ispatı ile vergi dairesi yükümlü ise de, peçeleme halleri yasalarda düzenlenmiş ise, aksi ispatlanabilir bir karine, yani adi karine söz konusu olduğundan, ispat yükü yer değiştirir ve yükümlüye geçer¹⁴⁰². Dolayısıyla, KEYK düzenlemeleri çerçevesinde, vergi mükellefi işlemin gerçek bir ekonomik nitelik taşıdığını ve vergiden kaçınma amacıyla yapılmadığını ispat edebilecektir.

Belli bir olay için ispat yükünü taşıyan taraf, delil gösterme yükünü de taşır¹⁴⁰³. Delil gösterme (delil ikamesi), tarafların kendi iddialarının doğruluğunu veya karşı tarafın iddiasının asılsızlığını ispat etmek için, bu amaçları gerçekleştirmeye elverişli araçlara (yani, delillere) dayanarak giriştikleri yargıcı inandırma (ikna etme) işidir¹⁴⁰⁴. Delil, ispat işleminde kullanılan vasıtalara verilen addır¹⁴⁰⁵. VUK, vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin işlemlerde gerçek mahiyetin, ekonomik niteliğin, yemin hariç her türlü delille ispatlanacağını öngörmek suretiyle delil serbestisini kural olarak hükme bağlamış bulunmaktadır¹⁴⁰⁶. KEYK mevzuatı, kanuni karine oluşturduğundan, maddede belirtilen objektif koşulların gerçekleşmesi halinde, gelir idaresi tarafından yapılan tarhiyata karşı ispat yükü mükelleflere düşer ve KEYK'e ilişkin işlemlerin vergiden kaçınma amacıyla gerçekleştirilmemiş olduğu mükelleflerce yemin hariç her türlü delille ispatlanabilir.

¹³⁹⁸ Saban, *İspat*, s. 6.

¹³⁹⁹ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 203; Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, **Türk Medeni Hukuku**, Üçüncü Bası. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 991, Hukuk Fakültesi No: 204, Nurgök Matbaası, 1963, s. 150. (*Türk Medeni Hukuku*)

¹⁴⁰⁰ Köprülü, s. 172; İmre, s. 278; Saban, *İspat*, s. 6.

¹⁴⁰¹ Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, s. 152; Medeni Kanununun 6 ncı maddesinde genel ispat yüküne ilişkin kural yer almaktadır. Buna göre, "*Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.*" Konuya ilişkin diğer istisnalar; hakimın takdiri ve ispat yükünün yer değiştirmesidir, Bkz., Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku*, s. 150-152.

¹⁴⁰² Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 203.

¹⁴⁰³ Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, Yeniden Yazılmış-Genişletilmiş 2 nci Bası, İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980, s. 34; Yazar, bu durumun her zaman böyle olmadığını, üstelik ispat yükünün durağan (sabit) olmasına karşın, delil gösterme yükünün yargılamanın gidişine ve yargıcın değerlendirmesine göre taraf değiştireceğini belirtmektedir, Umar ve Yılmaz, s. 34.

¹⁴⁰⁴ Umar ve Yılmaz, s. 34.

¹⁴⁰⁵ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 199; Saban, *Vergi Hukuku*, s. 81.

¹⁴⁰⁶ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 204.

Bir KEYK olayında, ispat süreçlerine daha yakından ve kapsamlı olarak bakacak olursak, mükelleflerin, olayda objektif ve sübjektif koşulların gerçekleşmediği, başka bir ifadeyle yapılan işlemlerde vergiden kaçınma kastının bulunmadığına ilişkin ileri sürülebilecek iddialardan bazıları şunlar olabilir: yabancı kurumda kontrol unsuru, düşük vergileme unsuru ve kazancın bileşimine ilişkin unsur başta olmak üzere diğer unsurların sağlanmamış olduğu, yabancı kurumun tamamen ticari ve sınıî faaliyet ile işgal ettiği ve aktif karakterli kazanç elde ettiği, yabancı kurumun holding şirket şeklinde yapılandığı ve elde edilen kar paylarının pasif karakterli kazanç niteliğini taşımadığı, hissedarın, yabancı kurumun kar dağıtmama kararı üzerinde fiili etkisinin bulunmadığı veya kar dağıtımının, yabancı ülkede mevcut kambiyo kısıtlamaları nedeniyle transfer edilemediği, dolayısıyla sermayeye ilave edildiği gibi iddialardır.

Bu iddiaları ispatlamaya yönelik olarak ileri sürülecek delillerin, zamanlama açısından da, nitelikleri açısından da iki grupta incelenmesi mümkündür.

KEYK düzenlemelerinin içerdiği aktif/pasif karakterli gelirlerin gerçek niteliği ve/veya toplam gelirlere oranı, kontrol, en az yatırım tutarı, vergi yükü ve en az hisse sahipliği gibi objektif unsurların bulunmaması halinde, bu duruma ilişkin delil oluşturacak belgelerin, yurt dışında yatırım yapan ve tarhiyata muhatap olan mükellefler tarafından, yabancı kurum ve/veya yabancı kurumun mukim olduğu ülkenin yetkili makamlarından temin edilerek, tarhiyatı gerçekleştiren ülkenin yetkili makamlarına ibraz edilmesi gerekir.

Diğer yandan, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirmeye tabi tutulacak gerçek veya tüzel kişilerin, yabancı ülkede yatırım yapmasında, vergiden kaçınma amacının olmadığı, yani yabancı kurumun gerçekten, fiilen var olduğuna ve faaliyetinin gerçek ticari faaliyet olduğuna¹⁴⁰⁷ ve KEYK olarak tanımlanan kurumun, yeterli bina, personel, ekipman vb. donanım ile çalışan bir kurum olduğuna ilişkin bilgi ve/veya belgelerin de mükellefler tarafından, yabancı kurum ve/veya yabancı kurumun mukim olduğu ülkenin yetkili makamlarından temin edilerek, tarhiyatı gerçekleştiren ülkenin yetkili makamlarına ibraz edilmesi gerekir¹⁴⁰⁸.

¹⁴⁰⁷ Bu konuda AAD'nin ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc davasında vardığı sonuçlar için; Bkz., § 13 Bölüm, II/3-a kısım.

¹⁴⁰⁸ Meussen, s. 17.

Yükümlünün, yabancı ülkelerde yapılan yatırımlarda vergiden kaçınma kastının bulunmadığını, gerçekleştirilen işlemlerin günlük hayatın olağan akışına uygun olduğunu, yukarıda belirtilen şekilde kanıtlayabildiği durumlarda, kazancın, KEYK düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulmaması gerekir¹⁴⁰⁹.

b. Vergi İdaresi Açısından

İspat külfetinin, sadece kanuni karine olmadığı durumlarda vergi idaresine yüklendiği yukarıdaki bölümlerde belirtilmişti. Bununla birlikte vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesine bağlı olarak mükellef açısından yükümlülük doğmuş olacağından, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde vergi idaresince yapılacak tarhiyatın, vergiyi doğuran olayın varlığını ortaya koyan delillere dayandırılması gerekmektedir. Bunun için yapılması gereken en önemli girişim ise ülkeler arasında bilgi değişiminin hızlı sağlanması yönünde gerekli hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesidir. Birçok devlet, OECD'nin yürütmekte olduğu çalışmalar kapsamında vergi cenneti özelliklerine sahip ülkelerle bilgi değişim anlaşmaları imzalayarak yükümlüleriyle ilgili bilgi elde etme konusunda çalışmalar yapmaktadır¹⁴¹⁰. Dolayısıyla KEYK uygulamalarına ilişkin objektif koşulların tespitine yönelik olarak vergi idaresince hazırlık çalışmaları da dâhil olmak üzere, tarhiyatın her aşamasında gereksinim duyulacak bilgilerin, vergi anlaşması imzalanmış bulunan ülkeler ile bilgi değişimi¹⁴¹¹ çerçevesinde, vergi anlaşması imzalanmamış ülkeler ile imzalanacak bilgi değişim anlaşmaları çerçevesinde ve hızla elde edilmesi gerekir¹⁴¹².

¹⁴⁰⁹ Diğer yandan KEYK düzenlemesi kapsamında vergilemeye tabi tutulacak gerçek veya tüzel kişilerin, yabancı ülkelerde yatırım yaptıkları kurumların, KEYK olarak tanımlanıp tanımlanmadığının ve vergiyi doğuran olaya ilişkin unsurların oluşup oluşmadığının, her hesap dönemi için yeniden araştırılması, tespit edilmesi gerekmektedir. Vergiyi doğuran olayın gerçekleşmesine ilişkin objektif yasal unsurlar ile sübjektif unsurların gerçekleşmediğine ve/veya bulunmadığına ilişkin delillerin, mükelleflerin mukim oldukları ülkede beyanname verme süresi sonuna kadar yetkili makamlara bildirilmesi, (özellikle KEYK olarak adlandırılan yatırımın ilk yılını takip eden yıllarda) muhtemel tarhiyatlara neden olunmaması açısından önem taşımakta ise de, söz konusu belgelerin ispat vesikası olarak tarhiyat işleminden sonra ibraz edilmesi de mümkündür.

¹⁴¹⁰ Semih Öz, "Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu'nun Vergi Cennetleri ile Mücadele Düzenlemeleri", **Mali Pusula**, Yıl. 2, Sayı. 20 (Ağustos 2006), s. 31. (*Kurumlar Vergisi*)

¹⁴¹¹ Bkz., § 4 Bölüm, II/2-b/aa kısım; aynı yönde, Bkz., Öz, *KEYK*, s. 49.

¹⁴¹² Nitekim AAD, Cadbury Schweppes davasında; vergi mükelleflerinin mukim olduğu ülkenin vergi idaresinin, KEYK'in mukim olduğu ülkeden, ilişkili Direktifler ve vergi anlaşmaları bağlamında kurumun faaliyetleri ile ilgili olarak bilgi alması veya sahip olunan bilgilerin onaylanmasını istemesi gerektiğini ifade etmiştir, Meussen, s. 16.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARININ VERGİLENDİRİLMESİ

§ 9. VERGİ MÜKELLEFİ

KEYK düzenlemeleri kapsamında vergi matrahının tespiti kadar önemli bir başka konu da KEYK'in dağıtılmamış karları üzerinden vergilendirilecek mukim mükelleflerin tespiti, bir başka deyişle vergi mükellefinin belirlenmesidir¹⁴¹³. Bu belirlemede, KEYK ile vergilendirilecek mükellefler arasındaki hukuki veya ekonomik bağ/ilişki, gerçek ve tüzel kişiler ile hissedarlar olmadığı halde kurumdan menfaat sağlayan diğer mukim mükelleflerin düzenleme karşısındaki durumları, elde edilen kar payının tutarı veya hisse oranı¹⁴¹⁴, sahip olunan kontrol aracının türü, zımnî sahiplik, kontrolün belirlenmesinde kullanılan kontrol araçlarının bileşimi, hisse oranının tespit edileceği tarih ve dönem içerisindeki hisse değişimleri gibi birçok faktör etkili olmakta, dikkate alınmaktadır.

I- VERGİ MÜKELLEFİNİN HUKUKİ İLİŞKİ ÇERÇEVESİNDE BELİRLENMESİ

Mukim mükelleflere, KEYK'de sermaye payı ve kar payı gibi hakları¹⁴¹⁵ sağlayan hukuki ilişki, söz konusu kurumun dağıtılmamış karları üzerinden vergilendirilecek mükelleflerin belirlenmesinde kullanılan en önemli bağıdır, çünkü bu bağ, bir kurumdan ekonomik fayda elde etmenin de en önemli dayanağıdır¹⁴¹⁶. Bu nedenle, KEYK ile arasında hukuki bağ bulunan tüm mükelleflere, hukuki kişilikleri dikkate alınmaksızın KEYK düzenlemesi kapsamında mükellefiyet atfedilmesi mümkündür. Başka bir ifadeyle KEYK'de hisse/ortaklık payı sahibi olan tüm tam mükellef gerçek ve tüzel kişiler ile varsa bu tanım kapsamına girmeyen diğer kurum ve kuruluşlar, prensip olarak KEYK düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulabilirler¹⁴¹⁷.

Dolayısıyla, ülkenin hukuk sistemine göre, düzenleme kapsamında belirlenen sahiplik şartlarının yerine getirilmesi şartıyla, mukim tüm gerçek ve tüzel kişilere, ortaklıklara, kurumlara ve/veya birliklere, vakıflar ve diğer birlikler ile şeffaf kurumlara¹⁴¹⁸, şubelere,

¹⁴¹³ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 21.

¹⁴¹⁴ Arnold, *CFC*, s. 424.

¹⁴¹⁵ Çalışmamızda bu haklar, okuma kolaylığı sağlaması açısından kısaca "*hisse/pay*" olarak anılacaktır.

¹⁴¹⁶ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a/aa kısım.

¹⁴¹⁷ OECD, *CFC*, s. 62.

¹⁴¹⁸ İtalya (Favi, s. 352) ve Danimarka (Rix, s. 142) bu ülkelere örnek oluşturmaktadır.

fonlara¹⁴¹⁹ ve kooperatiflere¹⁴²⁰ düzenleme kapsamında vergi mükellefiyeti yüklenebilmektedir.

Genel varsayım, yabancı bir kurumun mukim hissedarları ile bunların vergilendirilmesi arasında, sahip olunan hisse miktarına dayanan güçlü bir bağlantı bulunması gerektiği yönünde olsa da, durum her zaman tüm mukim hissedarların, yabancı kurumun dağıtılmamış karları üzerinden hisseleri/ortaklık payları oranında vergilendirilmesi ile sonuçlanmamakta¹⁴²¹, belli miktarlarda gelir elde eden veya pay sahibi olan mukim hissedarlar vergi mükellefiyeti kapsamı dışında tutulabilmektedir. Ayrıca, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilecek mükelleflerin belirlenmesinde, ortaklar dışında yabancı kurumdan dolaylı menfaat elde eden kişiler¹⁴²² de dikkate alınabilmektedir.

Hangi kriter ya da yöntem benimsenmiş olursa olsun ortaya çıkması muhtemel sorunlar tam olarak önlenemez. Örneğin, yabancı kurumda sadece hukuki kontrol araçlarını elinde bulunduran mukim ortakların düzenleme kapsamında vergilendirilmesi, düzenlemenin amacına uygun görülse de, hukuki kontrol araçlarına sahip olan, kontrol hakkını fiilen kullanmayan ortakların durumları ile ilgili tereddütler ortaya çıkacaktır¹⁴²³. Aynı şekilde, gelirin atfedilmesinde asgari bir pay oranına sahip olunması ve/veya gelirin elde edilmesi kriterinin benimsenmesi halinde, bu kriterin zımnî sahiplik kontrol aracı ile uyumlu olarak uygulanmaması halinde, yabancı kurumun hisselerinin çok sayıda kişi arasında paylaşılması suretiyle düzenleme kapsamı dışında kalması önlenememiş olmaktadır¹⁴²⁴.

Dolayısıyla, düzenleme kapsamında vergiye tabi tutulacak mükelleflerin KEYK'de pay sahibi olması gerektiği gibi genel bir tanımlama yapmak mümkün ise de, bu kuralın geçerli olmadığı istisnai durumların varlığının da belirtilmesi gerekir.

1. Ortakların Mükellefiyet Türü Açısından

Bu yöntemde, KEYK'de ortak olan dar mükellef ile tam mükellefler arasında veya tam mükellef gerçek kişiler ile tam mükellef tüzel kişiler arasında mükellefiyet açısından ayırım yapılabilmektedir.

¹⁴¹⁹ İtalya KEYK düzenlemesi buna örnek oluşturmakta olup, belli şartlar altında fonlar da mükellef olarak vergilendirilmektedir, Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 18; Favi, s. 352.

¹⁴²⁰ Danimarka, bu ülkelere örnek oluşturmaktadır, Bkz. Rix, s. 142.

¹⁴²¹ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 21.

¹⁴²² İngiltere bu uygulamaya tek örnek oluşturmaktadır, Bkz., Ullah, s. 618.

¹⁴²³ Favi, s. 359.

¹⁴²⁴ Arnold, CFC, s. 420.

Dar mükellefleri KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendiren iki düzenleme, Hollanda'da 1 Ocak 1970 tarihinde yürürlüğe giren vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemenin devamı niteliğindeki KEYK düzenlemesi¹⁴²⁵ ve Fransa KEYK düzenlemesidir¹⁴²⁶. Bu ülkelerde, yabancı kurumların Hollanda'da¹⁴²⁷ ve Fransa'da¹⁴²⁸ faaliyette bulunan işyerleri de düzenleme kapsamında vergiye tabi tutulmaktadır.

Bu konudaki diğer bir uygulama ise KEYK düzenlemesi kapsamında mükellefin belirlenmesinde, tam mükellef gerçek kişiler ile tam mükellef tüzel kişiler arasında ayırım yapılmasıdır. KEYK düzenlemesini ihdas etmiş ülkelerin çoğunda yabancı kurumun tam mükellef ortakları arasında ayırım yapılmadığı ve hem gerçek hem de tüzel kişi ortakların, belli şartların gerçekleşmesi halinde, düzenleme kapsamında vergiye tabi tutulduğu tespit edilmektedir. Bu ayırımın yapıldığı çok az ülkeye örnek olarak Estonya, Macaristan, Litvanya, İngiltere ve Fransa gösterilebilir.

KEYK'in tam mükellefiyete tabi gerçek ve tüzel kişi ortakları arasında ayırım yapılmasının benimsendiği sistemlerde genellikle sadece yabancı kurumun tam mükellefiyete tabi tüzel kişi hissedarlarının vergilendirilmesi tercih edilmektedir. Nitekim Macaristan¹⁴²⁹, Litvanya¹⁴³⁰, İngiltere¹⁴³¹ ve Fransa¹⁴³²'de düzenleme, KEYK'in tam mükellefiyete tabi gerçek kişi ortakları hakkında uygulanmamaktadır. Estonya'da ise düzenleme, KEYK'in tam mükellefiyete tabi tüzel kişi ortakları hakkında uygulanmamakta, sadece tam mükellefiyete tabi gerçek kişiler hakkında uygulanmaktadır¹⁴³³.

KEYK düzenlemesinin, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin bir düzenleme olduğu göz önünde bulundurulduğunda, tam mükellef gerçek ve tam mükellef tüzel kişiler arasında ayırım yapmanın mantıklı bir dayanağı bulunmamaktadır. Çünkü düşük vergili ülkelerin vergiden kaçınma amacıyla kullanılması konusunda gerçek ve tüzel kişiler arasında ayırım yapılamaz¹⁴³⁴. Böyle bir ayırım yapılması ve düzenlemenin gerçek kişi ortakları uygulama dışında bırakması ve yürürlükte vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin başka bir

¹⁴²⁵ Bkz., Peters, s. 436.

¹⁴²⁶ Kabbaj ve Bletière, s. 226.

¹⁴²⁷ Dhalberg ve diğerleri, s. 9; Peters, s. 438.

¹⁴²⁸ Kabbaj ve Bletière, s. 226.

¹⁴²⁹ Liszicza, s. 309.

¹⁴³⁰ Bernatonis, s. 399.

¹⁴³¹ Ullah, s. 618; Graziani, s. 7.

¹⁴³² Gouthière, 2008, s. 51; Gerçek kişiler KEYK düzenlemesi kapsamına girmemekte iseler de, 1999 yılında, gerçek kişilerin yurt dışından elde ettikleri benzer mahiyetteki kazançlarına ilişkin olarak benzer bir düzenleme yapılmıştır, Gouthière, 2008, s. 51; Bkz., § 3 Bölüm, II/2 kısım.

¹⁴³³ Uustalu, s. 179.

¹⁴³⁴ Arnold, CFC, s. 427.

düzenlemenin de bulunmaması halinde, yabancı kurumun tam mükellef gerçek kişi ortakları, düşük vergili ülkelerde kurulan kurumları vergiden kaçınma amacıyla kullanabileceklerdir¹⁴³⁵.

Bu nedenle, KEYK düzenlemesinin uygulanması açısından gerçek ve tüzel kişi ortaklar arasında ayırım yapılmaması, her iki grup için farklı kuralların belirlenmemesi ve düzenlemenin tüm mukim ortaklara eşit şekilde uygulanması gerekmektedir. Ayrıca bu durum vergilendirmede eşitlik ilkesinin de bir gereğidir¹⁴³⁶.

KVK'nın 7. maddesinde hükme bağlanan KEYK düzenlemesi kapsamında, Türkiye'de mukim tam mükellef gerçek kişi¹⁴³⁷ ve kurumların tamamı, yabancı kurumdaki kar payları üzerinden payları oranında KEYK düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulmakta ve yabancı kurumda ortak olan gerçek ve tüzel kişiler arasında vergilendirmede dikkate alınan unsurlar anlamında ayırım yapılmamaktadır¹⁴³⁸. Diğer taraftan, KEYK'in Türkiye'deki işyeri veya KEYK'de hissedar olan yabancı kurumların Türkiye'deki işyeri¹⁴³⁹ düzenleme kapsamında vergilendirilmemektedir.

2. Kontrol Kriteri Açısından

KEYK'in ilgili vergilendirme döneminde elde etmiş olduğu kurum kazancının atfedileceği mukim ortakların belirlenmesinde esas alınan bir diğer temel unsur, "*kontrol*"dür. Yabancı bir kurumun mukim ortaklar tarafından kontrolü ile bunların mükellefiyetleri arasında güçlü bir bağlantı bulunmaktadır ve genel olarak yabancı kurumda hukuken ve/veya fiilen¹⁴⁴⁰ kontrolü sağlayan tüm gerçek ve tüzel kişilerin, yabancı kurumun dağıtılmamış karları üzerinden payları oranında vergilendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir. Bu durum KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkenin kontrolü tanımlamada benimsediği yöntem ile yakından

¹⁴³⁵ OECD, CFC, s. 62.

¹⁴³⁶ Bkz., § 5 Bölüm, I/1 kısım.

¹⁴³⁷ GVK md. 75/2- "5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 7. maddesindeki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde; Türkiye'de yerleşik gerçek kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kazançları dağıtılsın veya dağıtılmasın, iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren yıl itibarıyla dağıtılan kâr payı sayılır. Türkiye'de vergilendirilmiş kazancın iştirak tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilendirilmiş kısmı bu tutardan indirilir."

¹⁴³⁸ 1 No.lu KV Genel Tebliği'nin "7.3" bölümünün (5) numaralı paragrafında yer alan "...gerçek kişilerin KEYK üzerinden elde edecekleri kazançlar, bu madde kapsamında değerlendirilmeyecek, sadece tam mükellef kurum tarafından elde edilen kazançlar bu madde kapsamında kurumlar vergisine tabi tutulacaktır" ifadesinin bir zafiyet yaratacağı yönünde görüşler bulunmakta ise de (Bkz., Erkuş ve Ateş, s. 129), tam mükellef gerçek kişilere ilişkin düzenlemenin, Tebliğ'in yayınlanma tarihinden sonra, 04.04.2007 tarihinde ve GVK'nın, 75/2. maddesine eklenmek suretiyle yasallaşması/yasa hükmü olarak yürürlüğe girmesi nedeniyle, Tebliğ'de yer alan ifadenin bir zafiyet yaratmasının mümkün olmadığını düşünüyoruz.

¹⁴³⁹ Mukim kurumların yabancı ülkelerdeki işyerlerinin, ayrı tüzel kişiliği haiz kurumlar olarak vergilendirildiği ülke sistemlerindeki KEYK düzenlemesi kapsamında uygulanmaktadır.

¹⁴⁴⁰ Bkz., § 7 Bölüm I/2-a kısım.

ilişkilidir ve bu anlamda, ilişkili ve ilişkili olmayan kişilerin kontrolün tanımlanmasındaki etkisi belirleyicidir.

Ancak kontrol, her zaman KEYK'ten ekonomik fayda elde etme ile bağlantılı olmadığı ve her zaman bunun bir göstergesi olmadığı için, KEYK düzenlemesi kapsamında gelir atfedilebilmesi için tek başına yeterli bir kriter olarak kabul edilemez¹⁴⁴¹. Çünkü minimum tutarda kar payı hakkı vermeyen kontrol aracına sahip bir mukim ortağa gelir atfedilmesi mümkün değildir¹⁴⁴². Başka bir ifadeyle, mukim ortakların, yabancı kurum üzerinde sahip oldukları haklar ve/veya kontrol güçlerinin, her zaman yabancı kurumda bulunan kar payı hakları ile uyumlu olması beklenemez. Bu nedenle, atfedilecek gelirin belirlenmesinde esas alınan kriter, ortakların yabancı kurumda sahip oldukları "*kar payı haklarının oranı*" olmalıdır¹⁴⁴³. Örneğin, sözleşmeler yoluyla elde edilen baskın/önemli etki veya kontrol ya da zımni kontrol gibi kontrol araçlarını elinde bulunduran kişiler¹⁴⁴⁴, yabancı kurumda kar hakkına sahip olmadıkları takdirde, KEYK düzenlemesinin uygulanmasına muhatap olmazlar¹⁴⁴⁵.

Dolayısıyla KEYK'te kontrolü elinde bulunduranların tümü sadece kontrol kriterine bağlı olarak vergiye tabi tutulamazlar, hukuki ve fiili kontrol açısından¹⁴⁴⁶ da bir belirleme yapılması gerekir. Aksi takdirde KEYK'in vergilendirilebilir kazancından daha fazlasının vergilendirilmesi sorunu ortaya çıkabilir. Bu nedenle aşağıda, sözleşmeler yoluyla elde edilen ve ekonomik hak sağlamayan kontrol hakları göz ardı edilmektedir. Çünkü KEYK üzerinde fiili kontrolü bulunan bir kişinin, kar payı hakkı bulunmadığı sürece, vergilendirilecek bir kazanç söz konusu olmadığından, mükellef olabilmesi imkânsızdır.

İsrail, Avusturya ve İtalya gibi ülkelerde, KEYK'i kontrol eden tüm ortaklar mükellef olarak kabul edilmektedir.

İsrail KEYK düzenlemesine göre, KEYK olarak tanımlanan bir kurumda, –herhangi bir- kontrol testine göre¹⁴⁴⁷ % 10 veya daha fazla kontrolü olan ve gelir elde eden ortaklar,

¹⁴⁴¹ Favi, s. 352;

¹⁴⁴² Favi, s. 359.

¹⁴⁴³ Glad, s. 502.

¹⁴⁴⁴ Arnold, *CFC*, s. 493.

¹⁴⁴⁵ Favi, s. 352.

¹⁴⁴⁶ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a kısım.

¹⁴⁴⁷ İsrail KEYK düzenlemesine göre; yabancı bir kurumun % 50'den fazla kontrol araçlarının İsrail mukimlerine ait olması ya da bir İsrail mukiminin yabancı kurumun önemli yönetim kararları üzerinde veya kar payının dağıtım kararları üzerinde veto hakkına sahip olması halinde kurum, KEYK olarak kabul edileceği gibi, bir İsrail mukiminin bir yabancı kurumun kontrol araçlarının % 40 veya daha fazlasına sahip olması veya % 40'ına sahip olmasa dahi aynı kurumun kontrol araçlarının % 50'sinden fazlasına İsrail

payları oranında vergiye tabi tutulmakta¹⁴⁴⁸, Avustralya'da da mükellef, düzenleme kapsamında kontrolün belirlenmesinde kullanılan kanuni ve fiili kontrol testlerinin sonucuna göre belirlenmektedir¹⁴⁴⁹. İtalya ise KVK'da yer alan ve KEYK'in sorunlarının çözümünde ve idari kararların alınmasında etkili olan gerçek ve fiili gücü ifade eden "*dinamik kontrol (Dynamic Control)*" tanımına uygun kontrole sahip ortaklar mükellef olarak belirlenmektedir¹⁴⁵⁰.

KEYK olarak tanımlanan kurumda kontrol araçlarına sahip olan gerçek ve tüzel kişilerin bir kısmının mükellef olarak tanımlanması da mümkündür. Örneğin, bir kurumun KEYK olarak tanımlanması aşamasında dar mükelleflerin yabancı kurumda sahip oldukları kontrol araçlarının dikkate alındığı, ancak mükellefin tespitinde dikkate alınmadığı ve sadece kontrol araçlarına sahip olan tam mükellef gerçek ve tüzel kişilerin payları oranında mükellef kabul edildiği İspanya KEYK düzenlemesi bu yöntemin benimsendiği düzenlemelere örnek oluşturmaktadır¹⁴⁵¹.

Diğer yandan, KEYK düzenlemesi kapsamında mükellefin belirlenmesinde kontrol aracının dikkate alınması yönündeki kural, düzenlemenin içerdiği kontrol şartları ile de ilgilidir. Kontrolün, yabancı kurumda hukuki ve fiili kontrolü bulunan tüm gerçek ve tüzel kişilerin sahip olduğu kontrol araçlarının topluca dikkate alındığı sistemlerde, büyük ortaklar dışında kalan küçük ortakların, aralarında bir işbirliği bulunmadığı durumlarda, yabancı kurum üzerinde önemli etkide bulunduğu kabul edilemez¹⁴⁵². Bu durumda, küçük ortakların vergiden kaçınma amacının olduğunun kesin olarak söylenmesi de mümkün olmayacaktır. Çünkü yabancı kurumun kar dağıtımını gibi kararları üzerinde etki yaratmaları mümkün değildir. Dolayısıyla, KEYK'in dağıtılmamış karları üzerinden vergilendirilmelerinin adil bir uygulama olmayacaktır. Bununla birlikte, kontrolün birbiri ile ilişkili çok sayıda küçük pay sahibi ortağın elinde bulunduğu durumlarda, uygulama karmaşık ve içinden çıkılmaz duruma gelecektir.

Dolayısıyla, KEYK düzenlemesi kapsamında mukim gerçek ve tüzel kişiler tarafından elde edilen gelirin tutarı ve hisse oranı gibi unsurların dikkate alınmaması ve mükellefin sadece kontrol kriterine bağlı olarak belirlenmesi, yalnızca kontrolün az sayıda ortak ile

dışında ikamet eden aile üyeleri ile birlikte sahip olması durumunda da söz konusu kurum KEYK olarak kabul edilmektedir, Bkz., § 7 Bölüm, I/2-b/aa kısım.

¹⁴⁴⁸ Shalhav, s. 336.

¹⁴⁴⁹ Bkz., Greenleaf, s. 62.

¹⁴⁵⁰ Favi, s. 352; Bkz., § 7 Bölüm, I/2-a/bb kısım.

¹⁴⁵¹ Almudi, s. 568.

¹⁴⁵² Bkz., § 9 Bölüm, I/3 kısım; Aynı yönde Bkz., Tekin, s. 57; Tahir Erdem, s. 144.

sınırlandırıldığı ve/veya en az sahiplik kuralının bulunduğu düzenlemelerde adil bir uygulama olarak kabul edilecektir.

Kontrol kriterine bağlı belirlemede önemli bir nokta da, dolaylı olarak kontrol edilen yabancı kurumlardan elde edilen gelirlere ilişkin vergilendirmede mükellefin belirlenmesidir. Prensipten, doğrudan kontrol için benimsenmiş olan kuralın, aynen dolaylı kontrolün var olduğu durumlarda da uygulanması gerekir¹⁴⁵³.

KEYK'lerce iştirak edilen (alt kademe) KEYK'lerin gelirleri, doğrudan "*atlama yöntemi (leapfrog approach)*" kullanılmak suretiyle KEYK'de kontrol araçlarına sahip olan gerçek ve tüzel kişilere atfedilebileceği gibi, her bir alt kademe yabancı kurumun gelirleri bir üst kademe kuruma atfedilmek suretiyle son aşamada KEYK'in kazancına ilave edilerek dolaylı bir şekilde KEYK'de kontrol araçlarına sahip olan gerçek ve tüzel kişilere atfedilmesi de mümkündür¹⁴⁵⁴.

KVK'nın 7/4 maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

"Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir."

Maddenin uygulama esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KV Genel Tebliği'nde de aynı ifadeler yer almaktadır. Görüldüğü üzere KEYK düzenlemesi, KEYK kazançlarının Türkiye'de mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklara atfedilmesinde, kontrol unsurunu bir veri olarak dikkate almamakta ve yabancı kurumda kar payı hakkı bulunan tüm gerçek ve tüzel kişileri mükellef olarak kabul etmektedir. Zaman açısından da, yabancı kurumun hesap döneminin kapandığı tarih esas alınmaktadır¹⁴⁵⁵.

Dolaylı iştirake ilişkin olarak söz konusu Genel Tebliğ'in "7.3." bölümünde; "*Tam mükellef kurumların dolaylı iştirak ettiği kontrol edilen yabancı kurum kazançları da doğrudan iştirak ettiği yabancı kurum kazançları gibi tespit edilecek...*" ifadesi yer almaktadır. Buna göre, dolaylı olarak iştirak edilen KEYK'lerde mükellefin belirlenmesinde "*atlama yöntemi*"

¹⁴⁵³ Favi, s. 359.

¹⁴⁵⁴ Arnold, CFC, s. 493.

¹⁴⁵⁵ KVK'nın 7. maddesinde yer almamasına rağmen ilgili Tebliğ'de yer alan bu ifadenin yasa hükmü haline getirilmesi gerekmektedir, Bkz., § 10 Bölüm, III/3 kısım.

benimsenmektedir¹⁴⁵⁶. Buna göre, tam mükelleflerce doğrudan iştirak edilen KEYK tarafından iştirak edilen ve KEYK olarak tanımlanan bütün yabancı kurumlar ile bunların iştirak ettikleri KEYK'lerin kazançları, doğrudan iştirak edilen KEYK'in Türkiye'de mukim ortaklarına atfedilecektir. Dolayısıyla KEYK aracılığıyla dolaylı olarak iştirak edilen yabancı kurumlardan kar payı elde eden Türkiye'de mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklar da düzenleme kapsamında mükellef olarak kabul edilmektedir ki, bu da teori ile uyumlu bir düzenlemedir.

Diğer taraftan, KVK'nın 7. maddesinde, KEYK düzenlemelerinin, yabancı kurumda pay sahibi olan tüm mükellefleri uygulama kapsamına alması nedeniyle, küçük ortakların korunması açısından, düzenlemede zımni sahiplik kuralı ile birlikte en az hisse sahipliği kuralına da yer verilmesi, uygulama kolaylığı yaratması ve daha adil olması açısından yararlı olacaktır.

3. Sahip Olunan Payın Miktar veya Oranı (En Az Sahiplik Kuralı) Açısından

Yabancı kurum üzerindeki kontrolün, bütün mukim ortakların kontrol araçlarının toplanması sonucu hesaplandığı durumlarda, KEYK düzenlemesinin uygulanması, belli oranda sermaye veya oy hakkı sahibi ortaklar ile sınırlandırılabilir. Başka bir ifadeyle, KEYK'in dağıtılmamış karlarının mukim ortaklara atfedilmesinde, belli tutarda gelir veya belli oranda pay sahibi olmayan mukim ortaklar dikkate alınmamakta, yani küçük ortaklara kazanç atfedilmemektedir. En az sahiplik kuralı (minimum ownership requirement) olarak adlandırılan bu kuralın arkasındaki mantıksal temel, küçük ortakların, yabancı kurumun kazancının dağıtılması konusunda yeterli etkiye sahip olmaması ve/veya kendi paylarına düşen dağıtılmamış kazancın hesaplanmasına ilişkin olarak gerekli bilgiye ulaşmaları konusunda yeterli güce sahip olmamasıdır¹⁴⁵⁷. Benzer bir sorun, dolaylı kontrolde de ortaya çıkmaktadır¹⁴⁵⁸. Bu anlamda en az sahiplik kuralı, doğal olarak adaletin sağlanmasına olanak sağlamaktadır, çünkü yabancı bir kurumu kontrol eden kişi sayısı çoğaldıkça, farklı ortaklar arasında açık bir bağlantıdan söz edilmesi de zorlaşmaktadır¹⁴⁵⁹. Dolayısıyla en azından küçük ve ilişkili olmayan ortaklara, yabancı kurumun kar dağıtımını uygulamalarında etkisinin

¹⁴⁵⁶ Bkz., § 10 Bölüm III-1 kısım, 1 No.lu KV Genel Tebliğinin "7.3" bölümüne göre, atlama yönteminin uygulanmasında mükerrer vergilendirme, dağıtılan kar paylarının bir üst aşamadaki KEYK'in vergilendirilmesi aşamasında önlenmektedir.

¹⁴⁵⁷ Arnold, *CFC*, s. 426; OECD, *CFC*, s. 63.

¹⁴⁵⁸ Favi, s. 359-360.

¹⁴⁵⁹ Dhalberg ve diğerleri, s. 6; Tekin, s. 57.

bulunup bulunmadığı konusunda yargı organı nezdinde ispat etme hakkı tanınmalıdır¹⁴⁶⁰. Bunun yöntemi ise KEYK düzenlemesine bu yönde bir bağışıklık koşulu ilave edilmesidir¹⁴⁶¹.

Diğer yandan, küçük ortakların KEYK üzerinde yaratacağı etki, bu ortaklar ile yabancı kurumu kontrol eden mukim ortaklar arasındaki ilişkiye de bağlıdır. Küçük ortaklar arasında ilişkili kişi bağlantısının bulunması veya tek bir küçük ortakla, büyük ortaklar arasında ilişkili kişi bağlantısının bulunması halinde, küçük ortak veya ortakların da yabancı kurumu fiilen kontrol eden ortaklarla eşit koşullarda vergilendirilmesi gerekir¹⁴⁶². Ancak KEYK'in küçük ortakları arasında ve/veya küçük ortaklarla kontrolü elinde bulunduran ortaklar arasında herhangi bir ilişki/bağlantı bulunmaması halinde, küçük ortakların diğer ortaklarla eşit koşullarda düzenleme kapsamında vergilendirilmemesi adil bir yöntem olarak görülmekte ise de, daha az tercih edilen/benimsenen bir yöntemdir¹⁴⁶³.

En az sahiplik kuralı olarak mukim ortakların yabancı kurumda sahip oldukları kontrol araçlarına bağlı olarak hesaplanmaktadır ve bu oran genellikle % 10 olarak belirlenmektedir¹⁴⁶⁴. Estonya¹⁴⁶⁵, Finlandiya¹⁴⁶⁶ Macaristan¹⁴⁶⁷, İsrail¹⁴⁶⁸, İsveç¹⁴⁶⁹, Yeni Zelanda¹⁴⁷⁰, Almanya¹⁴⁷¹, ABD¹⁴⁷² ve Fransa¹⁴⁷³'da, KEYK'in düzenleme kapsamında vergilendirilebilmesi için, ortakların yabancı kurumda en az % 10 paya sahip olmaları gerekmektedir. Sadece Japonya'nın¹⁴⁷⁴ bu tutarın altında en az hisse sahipliği oranı belirlediği tespit edilebilmiş olup, bu oran % 5'dir. İngiltere'de ise oran % 25 olarak belirlenmiştir¹⁴⁷⁵. Avustralya KEYK düzenlemesine göre; hissedarların veya mukim mükelleflerin, vergiye tabi tutulabilmesi için, düzenleme kapsamında kontrolün belirlenmesinde hukuki kontrol testi

¹⁴⁶⁰ Rust, s. 264.

¹⁴⁶¹ Bkz., § 10 Bölüm, I/3-e kısım.

¹⁴⁶² Arnold, *CFC*, s. 427.

¹⁴⁶³ Arnold, *CFC*, s. 427.

¹⁴⁶⁴ OECD, *CFC*, s. 63.

¹⁴⁶⁵ Uustalu, s. 179.

¹⁴⁶⁶ Helminen, *Finland*, s. 199.

¹⁴⁶⁷ Liszicza, s. 309.

¹⁴⁶⁸ Shalhav, s. 336.

¹⁴⁶⁹ Westerlund, s. 14.

¹⁴⁷⁰ Jackson ve Smith, s. 471; Yeni Zelanda KEYK düzenlemesine göre, bir mükellefin düzenleme kapsamında vergilendirilebilmesi için doğrudan veya dolaylı en az % 10 hisse sahibi olması gerekmektedir. Bu tutarın altında kalan hisseye sahip olan mükellefler tarafından elde edilen gelirler ise ayrı bir düzenleme kapsamında (FIF Regime) vergilendirilmektedir, Jackson ve Smith, s. 471.

¹⁴⁷¹ Wuebbelsmann ve Post, s. 15; Förster ve Schmidtman, s. 480.

¹⁴⁷² Sullivan, s. 30; ABD KEYK düzenlemesi ayrıca KEYK'in, KEYK olma özelliğine aynı dönem içerisinde 30 gün sahip olması şartını da aramaktadır, Sullivan, s. 30.

¹⁴⁷³ Gouthière, *2008*, s. 51, Gerçek kişiler KEYK düzenlemesi kapsamına girmemekte iseler de, 1999 yılında, gerçek kişilerin yurt dışından elde ettikleri benzer mahiyetteki kazançlarına ilişkin olarak benzer bir düzenleme yapılmıştır, Gouthière, *2008*, s. 51; Bkz., § 3 Bölüm, II/2 kısım.

¹⁴⁷⁴ "Japan 2007 Tax Reform", *Japan Tax Bulletin*, No. 9, January 2007, http://www.gtjapan.com/pdf/newsletter/bulletin/bulletin_200701.pdf (21.05.2010); OECD, *CFC*, s. 63.

¹⁴⁷⁵ Ullah, s. 618; Graziani, s. 7.

kullanılmış ise en az % 10, fiili kontrol testi kullanılmış ise % 1 hisse sahibi olması gerekmektedir¹⁴⁷⁶.

Almanya ve Fransa KEYK düzenlemesi ayrıca, mukim ortaklara gelir atfedilebilmesi için, yabancı kurumda sahip olunan yatırım tutarına ilişkin parasal bir sınır içermekte olup, bu tutar Almanya'da¹⁴⁷⁷ -orana bağlı sınıra ilave olarak uygulanmak üzere- her bir mukim gerçek ve tüzel kişi için 62.000 €, Fransa'da¹⁴⁷⁸ her bir mukim tüzel kişi için 22,8 milyon € 'dur.

Ortakların en az sahiplik kuralını kötüye kullanmasını önlemek üzere birçok ülke, KEYK düzenlemelerinde zımnî kontrol (zımnî sahiplik)¹⁴⁷⁹ aracına yer vermektedir¹⁴⁸⁰. Çünkü zımnî kontrolde mükellefler, kontrol araçlarını ilişkili kişiler arasında paylaşarak suretiyle en az sahiplik kuralının uygulanmasından kaçınabilmektedirler.

KVK'nın 7. maddesinde, düzenleme kapsamında vergiye tabi tutulacak mükellefin belli bir miktarda veya oranda hisse sahibi olması gibi bir kurala yer verilmemektedir. Düzenlemenin, yabancı kurumda hisse sahibi olan tüm mükellefleri uygulama kapsamına alması nedeniyle, birbiri ile ilişkili olmayan ve yabancı kurum üzerinde kontrolü de bulunmayan küçük ortaklara da mükellefiyet atfedilmektedir. Bu sakıncanın önlenmesi amacıyla düzenleme, zımnî sahiplik kuralı ile birlikte uygulanan en az hisse sahipliği kuralını da içerecek şekilde düzenlenmeli, böylece yabancı kurumun kar dağıtım uygulamalarında etkisi bulunmayan ortaklar korunmalı, uygulamanın kolay ve adil olması sağlanmalıdır.

4. Payın Elde Tutulma Süresi ve Zamanı Açısından

KEYK'in dağıtılmamış kazançları üzerinden vergiye tabi tutulacak tam mükellef gerçek ve/veya tüzel kişi ortakların belirlenmesinde, hissenin elde edildiği tarih ve elde tutulma süresi ile tespit tarihi önem taşımaktadır. Söz konusu mükelleflerin belirlenmesinde, yabancı kurumun hesap dönemi sonundaki fiili pay dağılım durumu dikkate alınabileceği gibi, yıl içerisinde sahip olunan en yüksek pay veya kısa süreli pay sahiplikleri de dikkate alınabilir. Dolayısıyla KEYK'in kazancı, sadece yabancı kurumun vergilendirme döneminin sonunda ortak olan gerçek ve/veya tüzel kişi ortaklara atfedilebileceği gibi, yabancı kurumda belli sürelerle

¹⁴⁷⁶ Bkz., Greenleaf, s. 62.

¹⁴⁷⁷ Förster ve Schmidtman, s. 478.

¹⁴⁷⁸ Kabbaj ve Bletière, s. 225; Gouthière, 2008, s. 51.

¹⁴⁷⁹ Bkz., § 7 Bölüm I/2-b/aa-aaa/bbbb kısım.

¹⁴⁸⁰ Arnold, CFC, s. 427.

pay sahibi olan ancak dönem sonunda sahip oldukları payları elden çıkaran mukim mükelleflere de atfedilebilmektedir.

İsrail¹⁴⁸¹, Litvanya¹⁴⁸², İspanya¹⁴⁸³ ve ABD¹⁴⁸⁴ KEYK düzenlemeleri, kapsama dâhil mükellefin belirlenmesinde, yabancı kurumun hesap döneminin son günündeki ortaklarını dikkate alan ülkelere örnek oluşturmaktadır. İngiltere ve Yeni Zelanda KEYK düzenlemesine göre ise yabancı kurumun hesap dönemi içerisinde herhangi bir tarihte pay sahibi olan mukim gerçek ve/veya tüzel kişiler, mükellef olarak kabul edilmektedir¹⁴⁸⁵. Fransa KEYK düzenlemesine göre ise bir kuruma düzenleme kapsamında gelir atfedilebilmesi için, KEYK'in hesap döneminin son günü itibarıyla en az 183 gün süreyle sahiplik şartlarını haiz olması gerekmektedir¹⁴⁸⁶.

Dönem içerisinde belli bir süre pay sahibi olan kişilerin vergilendirme açısından göz ardı edilmesi, uygulamayı kolaylaştırmakla birlikte, mükelleflere sahip oldukları payların vergilendirme döneminin sona ermesinden önce elden çıkarılması ve takip eden vergilendirme döneminin başlamasından kısa bir süre sonra yeniden satın alınması gibi vergiden kaçınma girişimlerine olanak sağlamaktadır¹⁴⁸⁷. Diğer taraftan, yabancı kurumun hesap döneminin son gününe yakın bir tarihte pay sahibi olan mükellefler için de adil olmayan bir durum ortaya çıkmaktadır¹⁴⁸⁸. Bir mükellef, gerçekten elde etmediği veya etmeyeceği bir tutar üzerinden vergilendirilmemelidir.

Bu nedenlerle, her ne kadar inanılmaz boyutlarda uygulama zorluğu yaratsa da, vergilendirmede eşitlik ilkesi, sadece hesap dönemi sonunda pay sahibi olan mükelleflere değil, vergilendirme dönemi içerisinde pay sahibi olan tüm hissedarlara, düzenleme ile belirlenen tüm koşullardan bağımsız olarak (en az hisse sahipliği ve asgari gelir eşiği gibi) sahip oldukları dönemle orantılı olmak üzere gelir atfedilmesini gerektirmektedir¹⁴⁸⁹.

¹⁴⁸¹ Shalhav, s. 336.

¹⁴⁸² Bernatonis, s. 399.

¹⁴⁸³ Baralt, s. 7.

¹⁴⁸⁴ Sullivan, s. 30.

¹⁴⁸⁵ OECD, *CFC*, s. 64.

¹⁴⁸⁶ Kabbaj ve Bletière, s. 226; Söz konusu hisselerin, hesap döneminin veya 183 günün son gününden hemen önce satılması ve hemen sonra da satın alınması durumunda, hissedarlar hakkında kötüye kullanma hükümleri uygulanmaktadır, Kabbaj ve Bletière, s. 226.

¹⁴⁸⁷ Arnold, *CFC*, s. 426.

¹⁴⁸⁸ Arnold, *CFC*, s. 425; OECD, *CFC*, s. 64.

¹⁴⁸⁹ Arnold, *CFC*, s. 425.

5520 sayılı KVK'nın 7. maddesinde yer alan KEYK düzenlemesi vergiye tabi tutulacak mükelleflerin belirlenmesine ilişkin olarak bu anlamda bir hüküm içermemektedir. Ancak, maddenin uygulanmasına ilişkin olarak yayınlanan 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin, "7.3" bölümünde verilen örnek ile ilgili açıklamalarda; "...(CFC) Şirketinin tabi olduğu hesap döneminin kapandığı 30/6/2007 tarihi itibarıyla tam mükellef kurum (B)'nin aktifinde, anılan şirketin %5 hissesi bulunduğundan, bu tarih itibarıyla şirketin kazancının %5'i dağıtılsın veya dağıtılmasın tam mükellef kurum (B) tarafından elde edilmiş sayılacaktır...." ifadesi yer almaktadır.

KVK'nın 7. maddesi, mükellefin tespitine ilişkin açık bir hüküm içermediği halde, Tebliğ'de yer alan bu açıklamanın, KVK'nın 7/4. maddesinde yer alan; "(4) Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir." hükmüne dayanılarak yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak söz konusu hüküm, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilecek mükelleflerin tespitine ilişkin olmayıp, bu kapsamda vergilendirilecek mükelleflere atfedilecek gelirin tespitine ilişkin bir hükümdür.

Bu nedenlerle, hukuki güvenlik ilkesi gereğince, yasa maddesinde yer alan bu boşluğun Tebliğ ile değil, yasa koyucu tarafından, yasa hükmü ile doldurulması gerektiği düşünülmektedir¹⁴⁹⁰.

II- VERGİ MÜKELLEFİNİN EKONOMİK İLİŞKİ ÇERÇEVESİNDE BELİRLENMESİ

Sadece, İngiltere KEYK düzenlemesinde yer alan bu kriter, Gelir İdaresi'ne, KEYK'in dağıtılmamış karlarını, kurumdan fayda sağlayan (kreditör-faiz ilişkisi vb.) her kişiye ve kurula atfetme yetkisini vermektedir¹⁴⁹¹.

¹⁴⁹⁰ Aynı yönde, Bkz., Tahir Erdem, s. 156; Bazı yazarlar, hesap döneminin kapanış günü itibarıyla halen kontrol unsuru devam ediyorsa, Türkiye'de vergiye tabi tutulacak kazancın, hesap döneminin son günü itibarıyla hesaplanan kontrol oranına göre değil, ilgili hesap dönemi içinde sahip olunan en yüksek kontrol oranı esas alınarak hesaplanacağı görüşündedir, Salim Karadeniz, "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi", **Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog**, Sayı. 220 (Ağustos 2006), s. 22; Burhan Gündoğdu, "Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) Kazancı", **Yaklaşım**, Sayı. 174, Yıl. 15 (Haziran 2007), s. 118; Erhan Gümüş, "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi", **Vergi Dünyası**, Sayı. 304 (Aralık 2006), s. 209; Şenyüz, **KEYK**, s. 30.

¹⁴⁹¹ OECD, **CFC**, s. 63.

İngiltere KEYK düzenlemesine göre, kazanç elde etmesi gerekçesiyle, düzenleme kapsamında vergiye tabi tutulabilecek "kişiler";

- Yabancı kurumun hissesini veya oy hakkını elinde bulunduran veya bu hakları elde etme yetkisi bulunan kişileri,
- Yabancı kurumun kar dağıtımına iştirak eden veya kar payı elde etme hakkına sahip olan kişileri,
- Yabancı kurumun geliri ve varlıklarını koruma yetkisine sahip (cari dönemde veya gelecekte) olan ve kazanç elde edecek kişileri,
- Ayrı ayrı veya birlikte, yabancı kurumu kontrol eden kişileri,

ifade etmektedir ve yabancı kurumdan faiz yoluyla gelir elde eden kreditorler, yabancı kurumu kontrol etmedikleri sürece, yabancı kurumdan gelir elde eden kişi olarak kabul edilmemektedir¹⁴⁹².

Ortak olmayan fakat yabancı kurumdan gelir elde eden kişilerin KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi, adil bir uygulama gibi görünse de, düzenlemeyi daha da karmaşık hale getirmektedir¹⁴⁹³.

5520 sayılı KVK nun 7. maddesinde yer alan KEYK düzenlemesi benzer bir düzenleme içermemektedir.

§ 10. VERGİ KONUSU-VERGİYİ DOĞURAN OLAY-VERGİ MATRAHI

I- VERGİ KONUSU: VERGİLENDİRİLECEK KAZANÇ

KEYK olarak tanımlanmış bir kurumdan elde edilen kazancın vergilendirilmesinde, KEYK düzenlemesine tabi tutulacak matrahın hesaplanmasına esas alınacak kurum kazancının, yani üzerinden mukim hissedarlara atfedilecek kazancın belirlenme yöntemi, hesaplamaya esas alınacak hukuk sistemi ve uygulanması öngörülen bağışıklık koşullarının tespiti büyük önem taşımaktadır. Bu bölümde, söz konusu kazancın belirlenmesinde kullanılan unsurlar ve farklı yöntemler incelenmektedir.

¹⁴⁹² HM Revenue&Customs, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM210040.htm> (21.09.2008).

¹⁴⁹³ Arnold, *CFC*, s. 425.

1. Kazancın Bileşimi

KEYK düzenlemesinin amacı, uluslararası rekabet engellenmeksizin, gelirlerin düşük vergili ülkelere kaydırılması suretiyle gerçekleştirilen vergiden kaçınma uygulamalarının önlenmesi olduğundan, bu karşılığın önlenmesi için düzenleme ile farklı karakterdeki gelir (aktif/pasif) türlerinin farklı düzenlemelere tabi tutulması hedeflenmektedir¹⁴⁹⁴. Düzenleme kapsamında mukim ortaklara atfedilecek kazancın hesaplanmasına esas alınacak KEYK kazancı, KEYK'in tanımlanmasında da kullanılan iki temel vergilendirme yöntemi veya tekniğine göre tespit edilmektedir. Söz konusu yöntemlerden birisi, yabancı kurum tarafından belli bir dönem içerisinde elde edilen aktif ve pasif gelirlerin ayrıştırılarak sadece pasif karakterli gelirlerin mukim ortaklara atfedilmesi, diğeri ise KEYK'in kazancının aktif veya pasif karakterli olup olmadığına bakılmaksızın tamamının mukim ortaklara atfedilmesidir¹⁴⁹⁵.

Bu iki temel vergilendirme tekniğinden, asıl olarak KEYK tarafından elde edilen gelire odaklanan yöntem "*kazanç/gelir ayrıştırılması (transactional approach) yöntemi*" olarak adlandırılmakta ve KEYK'in mukim olduğu ülkeden bağımsız olarak, sadece KEYK tarafından elde edilen pasif karakterli gelirler ile üs şirket gelirleri mukim ortaklara atfedilmekte, bu gelirler dışındaki gelirler vergiden müstesna tutulmakta, buna karşın, "*kurum (entity approach) yöntemi*" olarak adlandırılan yöntem kapsamında, KEYK'in düşük vergilemeye tabi tutulan gelirlerinin tamamı mukim ortaklara atfedilmekte, KEYK tarafından elde edilen gelirin türü dikkate alınmamaktadır¹⁴⁹⁶.

Her iki yöntem birbirinden tamamen farklı, birbirini tamamen ayrıştıran özellikte değildir. Örneğin, "*kazanç/gelir ayrıştırılması yöntemi*"nde, düşük vergilemeye tabi tutulan pasif karakterli gelirlerin bir kısmı, uygulama kapsamı dışında bırakılabilmekte veya istisna uygulanabilmektedir¹⁴⁹⁷. Aynı şekilde "*kurum yöntemi*"nde de KEYK tarafından vergi yükü düşük ülkelerde elde edilen gelirlerin bir kısmı uygulama kapsamı dışında bırakılabilmekte veya istisna uygulanabilmektedir¹⁴⁹⁸.

KEYK tarafından elde edilen kazancın vergilendirilmesinde kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin tercih edilmesinin nedenini, KEYK düzenlemesinden elde edilen fayda ve maliyet

¹⁴⁹⁴ Aigner ve diğerleri, s. 22.

¹⁴⁹⁵ Arnold, *CFC*, s. 468.

¹⁴⁹⁶ Arnold, *CFC*, s. 444.

¹⁴⁹⁷ Arnold, *CFC*, s. 446.

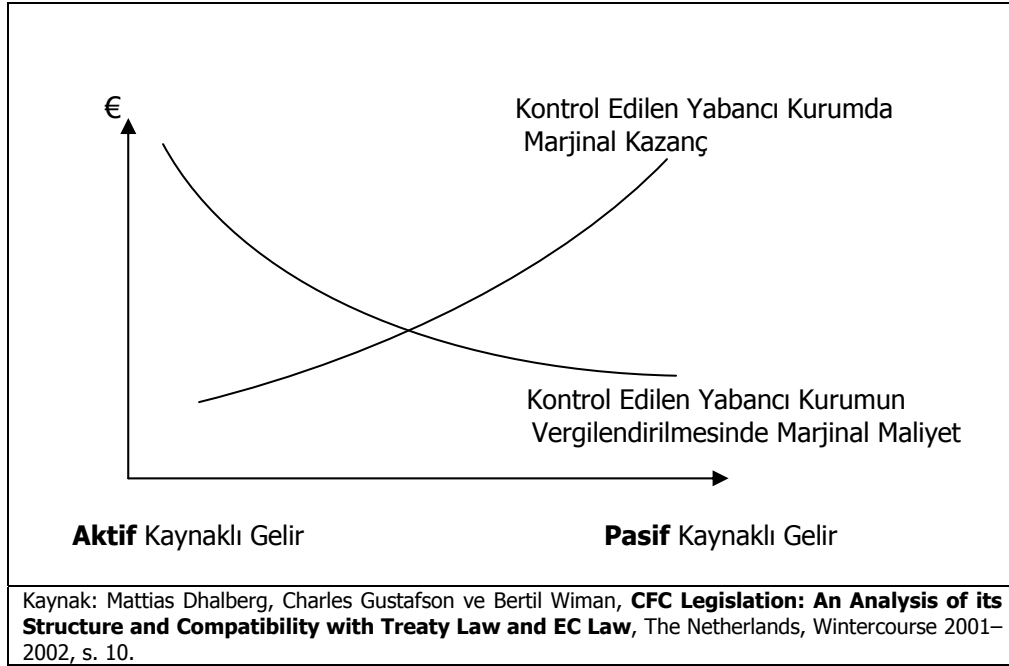
¹⁴⁹⁸ Arnold, *CFC*, s. 446.

arasındaki ilişki oluşturmakta olup, düzenlemeden elde edilecek faydanın, uluslararası hareketliliği daha az olan aktif kaynaklı gelirlerde daha düşük, hareket esnekliği yüksek, akışkan gelirlerde daha fazla olmasıdır¹⁴⁹⁹.

Grafikte de görüldüğü üzere, belli tür gelirlerin tutarları değiştiğinde, fayda ve maliyetler de değişmektedir. Pasif kaynaklı gelirler arttıkça, KEYK düzenlemesinin maliyeti azalmakta ve elde edilen fayda artmakta birlikte, aktif ve pasif kaynaklı gelirler arasındaki bu dağılımın çizgisi her ülke için farklı olduğundan, her ülke, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirme esaslarını ülkenin gereksinimlerine göre belirlemek zorundadır¹⁵⁰⁰. Dolayısıyla KEYK kazancının mukim ortaklara atfedilmesinde kullanılacak yöntem her ülkenin, düzenlemeden beklentilerine göre değişkenlik göstermektedir.

Şekil 1

KEYK Düzenlemesi Kapsamında Yapılacak Vergilendirmelerde Marjinal Maliyet



Genel olarak KEYK'in tanımlanmasında küresel yaklaşımın benimsendiği sistemlerde uygulanmakta olan "*kazanç/gelir ayrıştırması yöntemi*"nde, KEYK tarafından elde edilen kazancın karakteri birinci derecede öneme sahip iken, KEYK'in tanımlanmasında "*bölgesel yaklaşım*"ın benimsendiği sistemlerde uygulanmakta olan kurum yönteminde ikinci derece

¹⁴⁹⁹ Dhalberg ve diğerleri, s. 9.

¹⁵⁰⁰ Dhalberg ve diğerleri, s. 9.

öneme sahiptir¹⁵⁰¹ ve bu açıdan iki yöntem arasında çok önemli bir farklılık bulunmamaktadır¹⁵⁰², çünkü kazanç/gelir ayrıştırması yöntemi ile kurum yöntemi, aslında aynı amaca ulaşmaya çalışan iki ayrı yöntemdir¹⁵⁰³.

KEYK kazancının belirlenmesinde tek bir gelir türüne odaklanmak yerine hangi tür gelirlerin vergilendirileceği, hangilerinin vergilendirilmeyeceği konusunda, KEYK'in faaliyetlerinin yapısı, kapsamı ve kazanç üzerindeki vergi yükü gibi diğer faktörler¹⁵⁰⁴ de dikkate alınmaktadır¹⁵⁰⁵. Yukarıda da belirtildiği üzere her iki yöntemin de saf haliyle uygulandığı bir sisteme rastlanılmamakta¹⁵⁰⁶ ve düzenlemelerin genellikle her iki yöntemin uyum içinde uygulanmasını sağlayacak şekilde tasarlanmaktadır. Başka bir ifadeyle, yöntemler birbirinin karşıtı olmaktan çok birbirinin tamamlayıcısıdır¹⁵⁰⁷ ve uygulamada, her iki yöntemin bir kombinasyon içerisinde kullanılması halinde gelirin atfedilmesinde benzer sonuçlara ulaşılmaktadır¹⁵⁰⁸.

a. Sadece Pasif Karakterli Gelirlerin Dikkate Alınması (Kazanç/Gelir Ayrıştırması Yöntemi)

Bu yöntem, KEYK tarafından elde edilen gelirin türüne bağlı bir farklılaştırmaya dayanan ve sadece bazı gelir unsurlarının ilgili ortaklar elinde vergilendirilmesini öngören bir yöntemdir.

Bu yöntem, "*kazanç/gelir ayrıştırması (transactional approach) yöntemi*" olarak adlandırılabilir¹⁵⁰⁹. Bu yöntemin saf şekli, sadece KEYK tarafından elde edilen kazanç odaklanmaktadır¹⁵¹⁰ ve yüksek hareket kabiliyetine sahip faiz, kar payı ve kira geliri gibi pasif karakterli gelirler¹⁵¹¹ ile üs şirket gelirleri mukim hissedarlara atfedilmekte, bu gelirler dışındaki aktif karakterli gelirler vergiden müstesna tutulmakta, KEYK'in mukim olduğu ülke ya da toplam kazanç üzerindeki vergi yükü dikkate alınmamaktadır¹⁵¹². Genel olarak

¹⁵⁰¹ Arnold, *CFC*, s. 446.

¹⁵⁰² Arnold, *CFC*, s. 448.

¹⁵⁰³ Arnold, *CFC*, s. 449.

¹⁵⁰⁴ Arnold, *CFC*, s. 448.

¹⁵⁰⁵ Dhalberg ve diğerleri, s. 10.

¹⁵⁰⁶ Kanada hariç, OECD, *CFC*, s. 47.

¹⁵⁰⁷ Fontana, *I*, s. 261.

¹⁵⁰⁸ Frenckell, s. 102.

¹⁵⁰⁹ Bu yaklaşım; "*transactional approach*" (Arnold, *CFC*, s. 448; ; OECD, *CFC*, s. 47; Fontana, *I*, s. 260; "*shopping approach*" ve (OECD, *CFC*, s. 20; "*işlem yaklaşımı*", (Eyüggiller, s. 38) ve "*işlemsel yaklaşım*" (Uyanık, s. 248) olarak da adlandırılmaktadır.

¹⁵¹⁰ Arnold, *CFC*, s. 448; Favi, s. 360; OECD, *CFC*, s. 47.

¹⁵¹¹ Frenckell, s. 102.

¹⁵¹² Arnold, *CFC*, s. 448; Dhalberg ve diğerleri, s. 9.

"kazanç/gelir ayrıştırması yöntemi" KEYK'in tanımlanmasında küresel yaklaşımın benimsendiği sistemlerde uygulanmakta ise de vergi yükü ile bölgesel yaklaşımın kullanıldığı ülkelerde de uygulanabilmektedir.

Kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin uygulanmasında KEYK tarafından elde edilen gelirin karakteri ve pasif karakterli gelirler üzerindeki vergi yükü en önemli unsurlardır. Çünkü kazanç/gelir ayrıştırması yönteminde pasif karakterli gelir tanımlaması daraltılabilmekte veya ticari kazançların bir bölümünü de içerecek şekilde genişletilebilmektedir¹⁵¹³.

KEYK tarafından elde edilen pasif karakterli gelirlerin ayrıştırılmasında da, KEYK'in tanımlanmasında kullanılan yöntemlerden yararlanılmaktadır¹⁵¹⁴. Söz konusu iki yöntemden birincisinde pasif karakterli gelirler negatif bir yöntemle tanımlanmakta, yani aktif karakterli gelirler tanımlanarak, bu tanımlamanın dışında kalan tüm gelirler pasif karakterli gelir olarak kabul edilmekte¹⁵¹⁵, ikincisinde ise pasif karakterli gelirler pozitif bir yöntemle tanımlanmakta¹⁵¹⁶, yani pasif karakterli gelir olarak kabul edilen gelirler tek tek sayılmaktadır¹⁵¹⁷. Bununla birlikte pasif karakterli gelirlerin düzenleme kapsamına alındığı bazı sistemlerde, açık bir pasif karakterli gelir tanımının yer almadığı örneklere de rastlanmakta olup, Fransa¹⁵¹⁸ ve İsveç (taslak)¹⁵¹⁹ KEYK düzenlemeleri buna örnek oluşturmaktadır.

Kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin, vergi yükü yaklaşımı ile birlikte kullanılması durumunda, pasif karakterli gelirler üzerindeki vergi yüküne bağlı olarak bazı ülkelerin kapsam dışında bırakılması mümkün olup, yöntem; "*alışveriş yöntemi (shopping approach)*" olarak da adlandırılmaktadır¹⁵²⁰. Bu yöntemin benimsenmesi halinde, pasif karakterli gelirler üzerindeki vergi yükünün belirlenmiş oranın üzerinde olması halinde, söz konusu pasif karakterli gelirler de kapsam dışında kalabilmektedir¹⁵²¹.

Kazanç/gelir ayrıştırması yöntemi, uygulamada kesinlik ve kolaylık sağlaması nedeniyle kurum yöntemine göre daha fazla tercih edilmekte ise de her iki yöntem de

¹⁵¹³ Arnold, *CFC*, s. 447.

¹⁵¹⁴ Bkz., § 10 Bölüm, I/I kısım.

¹⁵¹⁵ Almanya KEYK düzenlemesi bu yöntemle örnek oluşturmaktadır, Bkz., Wuebbelsmann ve Post, s. 9.

¹⁵¹⁶ Avustralya KEYK düzenlemesi bu yöntemle örnek oluşturmaktadır, Bkz., Greenleaf, s. 61.

¹⁵¹⁷ ABD KEYK düzenlemesi kapsama dahil edilmesi gereken tüm gelirleri tek tek saymaktadır. Bkz., Sullivan, s. 19.

¹⁵¹⁸ Kabbaj ve Bletière, s. 230.

¹⁵¹⁹ Dahlberg, *CFC*, s. 592.

¹⁵²⁰ OECD, *CFC*, s. 20.

¹⁵²¹ Arnold, *CFC*, s. 448.

birbirinden etkilenmekte ve yukarıda belirtildiği üzere bir noktada saf formlarının dışında, aralarında çok önemli bir farklılık kalmamaktadır¹⁵²².

Avustralya¹⁵²³, Avusturya (Taslak)¹⁵²⁴, İsrail¹⁵²⁵, Kanada¹⁵²⁶, Danimarka¹⁵²⁷, Almanya¹⁵²⁸, Norveç¹⁵²⁹, İspanya¹⁵³⁰ ve ABD¹⁵³¹, KEYK olarak kabul edilen bir kurumun, üs şirket gelirleri ve pasif karakterli gelirler olarak tanımlanan gelirlerini, kazanç/gelir ayrıştırması yöntemi kapsamında, payları oranında mukim ortaklara atfeden ülke düzenlemelerine örnek olarak gösterilebilir.

b. Tüm Gelirlerin Dikkate Alınması (Kurum Yöntemi)

Kurum (entity approach) yöntemi¹⁵³² olarak adlandırılan bu yöntem, KEYK olarak tanımlanmış bir kurum¹⁵³³ tarafından elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinde, tamamen kurumun kendisine odaklanmaktadır¹⁵³⁴. Buradaki tek faktör¹⁵³⁵, kurum tarafından elde edilen gelirin doğası/karakteri değil, kurumun kendisidir ve bir kurumun kontrol edilen kurum olarak tanımlanması halinde kazancının tamamı, gelir ayrıştırılmasına gidilmeksizin, payları oranında mukim hissedarlara atfedilmekte¹⁵³⁶, aksi durumda pasif karakterli gelirler de dâhil olmak üzere mukim ortaklara herhangi bir kazanç atfedilmemektedir¹⁵³⁷. Başka bir ifadeyle, kurum yöntemi kapsamında payları oranında mukim ortaklara atfedilecek olan gelir, yabancı kurum tarafından elde edilen farklı karakterlerdeki gelirler değil, genel anlamdaki tüm kurum kazancıdır¹⁵³⁸.

¹⁵²² Arnold, *CFC*, s. 447.

¹⁵²³ Greenleaf, s. 62.

¹⁵²⁴ Haslinger, s. 82.

¹⁵²⁵ Shalhav, s. 337.

¹⁵²⁶ OECD, *CFC*, s. 47; sadece Kanada kazanç yaklaşımını saf haliyle uygulayan ülkedir ve "tainted" gelirler, üzerlerindeki vergi yüküne bakılmaksızın mukim hissedarlara atfedilmektedir, OECD, *CFC*, s. 47.

¹⁵²⁷ Rix, s. 148; OECD, *CFC*, s. 46; sadece finansal faaliyetler mukim ortaklara atfedilmektedir, OECD, *CFC*, s. 46.

¹⁵²⁸ Rust, s. 260.

¹⁵²⁹ Glad, s. 502; OECD, *CFC*, s. 48; KEYK, Norveç ile çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin vergi anlaşması bulunan bir ülkede mukim ise, OECD, *CFC*, s. 48.

¹⁵³⁰ Almudi, s. 568.

¹⁵³¹ OECD, *CFC*, s. 48.

¹⁵³² Bu yaklaşım; "entity approach" (Arnold, *CFC*, s. 448), "All or Nothing Approach" (Fontana, *I*, s. 260; Arnold, *CFC*, s. 449; OECD, *CFC*, s. 48; Lisiczka, s. 309) ve "jurisdiction approach" (OECD, *CFC*, s. 46; Aigner ve diğerleri, s. 23); "mükellef veya yasama bölgesi yaklaşımı", (Eyüpgiller, *CFC*, s. 38) ve "hükümlerlik yaklaşımı" (Uyanık, s. 248) olarak da adlandırılmaktadır.

¹⁵³³ Favi, s. 360.

¹⁵³⁴ Aigner ve diğerleri, s. 22.

¹⁵³⁵ Diğer faktörler, KEYK'in faaliyetlerinin yapısı, kapsamı ve kazanç üzerindeki vergi yükü gibi faktörlerdir, Arnold, *CFC*, s. 448.

¹⁵³⁶ Favi, 360.

¹⁵³⁷ Arnold, *CFC*, s.448.

¹⁵³⁸ Favi, s. 360.

Kurum yöntemi genellikle kontrol edilen kurumun tanımlanmasında yararlanılan bölgesel yaklaşım ile birlikte kullanılmaktadır¹⁵³⁹.

KEYK kazancının tamamının vergilendirilmesi nedeniyle kurum yöntemi, hem mükellefler, hem de vergi idaresi açısından uygulanması daha kolay bir yöntem ise de, uygulamada kazanç/gelir ayrıştırması yöntemi, daha adil ve kesin/açık olması nedeniyle tercih edilmektedir¹⁵⁴⁰. Ayrıca, her iki yöntem de farklı ülke sistemlerinde farklı özellikler eklenmek suretiyle modifiye edilmekte ve bu suretle birbirine yaklaşmaktadır¹⁵⁴¹. Dolayısıyla kurum yönteminin uygulanmasında, düşük vergili ülkeler tanımının sadece çok düşük vergi yüküne sahip olan veya vergisiz ülkeleri kapsayacak şekilde ya da bazı aktif karakterli ticari faaliyet gelirlerinin kapsam dışında bırakılması şeklinde daraltılması veya belli bir oranın altında olan tüm ülkeleri kapsayacak şekilde genişletilebilmesi¹⁵⁴² teorik açıdan mümkündür¹⁵⁴³. Bazı gelir türlerinin kapsam dışı bırakılması yöntemi "*istisna yöntemi (exemption approach)*" olarak da adlandırılabilmektedir¹⁵⁴⁴.

Estonya¹⁵⁴⁵, Finlandiya¹⁵⁴⁶, Fransa¹⁵⁴⁷, Macaristan¹⁵⁴⁸, İtalya¹⁵⁴⁹, Japonya¹⁵⁵⁰, Litvanya¹⁵⁵¹, Hollanda¹⁵⁵², Yeni Zelanda¹⁵⁵³, Norveç¹⁵⁵⁴, Portekiz¹⁵⁵⁵, İsveç (taslak)¹⁵⁵⁶ ve İngiltere¹⁵⁵⁷ KEYK olarak kabul edilen bir kurumun tüm gelirlerinin, aktif veya pasif kaynaklı gelir ayrımı yapılmadan, kurum yöntemi kapsamında, payları oranında ortaklara atfedildiği ülke düzenlemelerine örnek olarak gösterilebilir.

¹⁵³⁹ Arnold, *CFC*, s.449.

¹⁵⁴⁰ Fontana, *I*, s. 260; Arnold, *CFC*, s.450.

¹⁵⁴¹ OECD, *CFC*, s. 48.

¹⁵⁴² Arnold, *CFC*, s. 447.

¹⁵⁴³ OECD, *CFC*, s. 48.

¹⁵⁴⁴ OECD, *CFC*, s. 20.

¹⁵⁴⁵ Uustalu, s. 178.

¹⁵⁴⁶ Helminen, *Finland*, s. 199.

¹⁵⁴⁷ Kabbaj ve Bletière, s. 231.

¹⁵⁴⁸ Liszicza, s. 309.

¹⁵⁴⁹ Favi, 361.

¹⁵⁵⁰ OECD, *CFC*, s. 48.

¹⁵⁵¹ Bernatonis, s. 398; Litvanya KEYK düzenlemesine göre, yabancı kurumun kazancının tamamı "pozitif gelir" olarak tanımlanmakta ve bu gelir hisseleri oranında Litvanya mukimi ortaklara atfedilmektedir. Ancak pozitif gelirin belirlenmesinde bazı istisnalar uygulanmakta, örneğin belli bazı şartlar oluştuğunda aktif karakterli gelirler pozitif gelire dâhil edilmemekte, dolayısıyla sadece pasif karakterli gelirler Litvanya mukimi ortaklara atfedilmektedir, Bernatonis, s. 399.

¹⁵⁵² Peters, s. 446.

¹⁵⁵³ Jackson ve Smith, s. 475.

¹⁵⁵⁴ Glad, s. 502; OECD, *CFC*, s. 48; KEYK Norveç ile vergi anlaşması bulunmayan bir ülkede mukim ise uygulanmakta ve sadece pasif karakterli gelirler mukim ortaklara atfedilmekte, üç şirket gelirleri aktif kaynaklı gelir olarak kabul edilmektedir, OECD, *CFC*, s. 46, 48.

¹⁵⁵⁵ Borges, s. 536.

¹⁵⁵⁶ Dahlberg, *CFC*, s. 592.

¹⁵⁵⁷ Ullah, s. 618.

KVK'nın 7. maddesine göre, bir yabancı kurumun KEYK olarak tanımlanması için gerekli şartlardan birisi, yurt dışı iştirakin ilgili yıldaki toplam gayri safi hâsılatının %25 veya fazlasının pasif nitelikli gelirlerden oluşması, bir diğeri ise yurt dışındaki iştirakin ticarî bilânço kârı üzerinden % 10'dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşımasıdır. Dolayısıyla KEYK'in tanımlanmasında, kazancın bileşimi ve vergi yükü unsurları bir arada kullanılmaktadır.

KVK'nın aynı maddesinin 4 numaralı fıkrasında ise; *"(4) Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir."* hükmü yer almaktadır.

Bu hükme göre, ülkemiz KEYK düzenlemesi, yabancı kurum tarafından elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinde kurum yöntemini benimsemektedir. Dolayısıyla, KVK'ya göre KEYK olarak tanımlanmış bir kurumun tüm gelirlerinin, aktif veya pasif kaynaklı gelir ayrımı yapılmadan, hisseleri oranında Türkiye'de mukim tam mükellef gerçek ve tüzel kişi hissedarlara hisseleri oranında atfedilmesi gerekmektedir.

2. Temel Alınacak Hukuk Sistemi

KEYK tarafından elde edilen ve mukim ortaklara atfedilecek kazancın hesaplanmasına esas alınacak KEYK kazancının tespitinde, yabancı kurumun mukim olduğu ülkenin vergi hukuku düzenlemelerinin dikkate alınması mümkün olduğu gibi, yabancı kurumun ortaklarının mukim olduğu, başka bir ifadeyle KEYK düzenlemesini uygulayan ülke vergi hukuku kurallarının dikkate alınması da mümkündür.

a. Kaynak Ülke Hukuk Sisteminin Temel Alınması

KEYK tarafından elde edilen ve mukim ortaklara atfedilecek kazancın hesaplanmasına esas alınacak KEYK kazancının tespitinde, yabancı kurumun mukim olduğu ülkenin vergi hukukunun dikkate alınması durumunda, yabancı kurumun kazancı ve giderlerine ilişkin tüm işlemler yerel mevzuata göre kayıtlara intikal ettirilmekte ve bilânço ve kar/zarar tabloları ile ödenecek vergiler ve vergi sonrası dağıtılabılır kar, yerel vergi kanunlarına göre hesaplanmaktadır. Bu yöntem, KEYK'in ortaklarına atfedilecek kazancın

hesaplanmasına esas alınacak KEYK kazancının tespitinde ve mümkün olması halinde zararlar ve ödenen vergilerin mahsubunda daha kolay ve pratik bir uygulamaya olanak sağlamaktadır.

Macaristan¹⁵⁵⁸, İtalya¹⁵⁵⁹, Portekiz¹⁵⁶⁰, Yeni Zelanda¹⁵⁶¹ ve İsrail KEYK düzenlemeleri, bu yöntemi kullanan ülkelere örnek oluşturmaktadır. İsrail KEYK düzenlemesi incelendiğinde, KEYK'in karı ve zararı ile vergilerinin, kurumun mukim olunan ülke, yani kaynak ülke hukukuna göre hesaplandığı, ancak yabancı kurumun İsrail ile vergi anlaşması bulunan bir ülkede mukim olmaması ve vergi beyannamesi verme zorunluluğunun bulunmaması veya KEYK'in vergi mükellefi olmaması halinde, yabancı kurumun kar ve zararı ile vergilerinin, İsrail genel vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin (GAAR- General Anti-Avoidance Rule) düzenleme kapsamında hesaplanma zorunluluğunun bulunduğu anlaşılmaktadır¹⁵⁶².

KVK'nın 7. maddesinde; *"(4) Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir."* hükmü yer almaktadır. Maddenin uygulamasına ilişkin olarak yayınlanan 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği'nin "7.3" numaralı bölümünde ise; *"Madde kapsamına giren kontrol edilen yabancı kurumların Türkiye'de vergiye tabi tutulacak kazancı, zarar mahsubu dahil giderler düşüldükten istisnalar düşülmeden önceki, vergi öncesi kurum kazançları olacaktır."* ifadesi yer almaktadır.

Buna göre, KVK'nın 7. maddesinde hükme bağlanan KEYK düzenlemesinin uygulanmasında, KEYK'in mukim ortaklarına atfedilecek kazancın hesaplanmasına esas KEYK kazancı, KEYK'in mukim olduğu ülke hukukuna göre tespit edilecektir¹⁵⁶³.

b. İkamet Ülkesi Hukuk Sisteminin Temel Alınması

KEYK tarafından elde edilen gelirin hesaplanmasında, yabancı kurumun hissedarlarının mukim olduğu ülkenin vergi hukuku düzenlemelerinden yararlanılması mümkün ise de, çok fazla tercih edilen bir yöntem olmadığı görülmektedir. Söz konusu

¹⁵⁵⁸ Liszicza, s. 305.

¹⁵⁵⁹ Favi, s. 361.

¹⁵⁶⁰ Borges, s. 537.

¹⁵⁶¹ Jackson ve Smith, s. 475.

¹⁵⁶² Shalhav, s. 335.

¹⁵⁶³ Balcı, sınırlı sayıda ülkeye karşı uygulanacak bir KEYK rejiminin, karmaşık hesaplamalar yerine, yurt dışındaki kazancın Türk Vergi Mevzuatı hükümlerine göre hesaplanması koşulu altında uygulanmasının, vergi idaresinin yükünü de azaltacağını belirtmektedir, Balcı, *Güvenlik*, s. 146.

yöntemde, KEYK'in mukim ortaklara atfedilecek kazancı, yabancı kurumun, KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkede mukim olduğu varsayımına göre ve/veya ikamet ülkesi vergi hukukuna göre hesaplanmaktadır.

KEYK'in mukim hissedarlara atfedilecek kazancının, yabancı kurumun, KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkede mukim olduğu varsayımına göre hesaplanan ülkelere; ABD¹⁵⁶⁴, Avustralya¹⁵⁶⁵, Yeni Zelanda¹⁵⁶⁶ ve İngiltere¹⁵⁶⁷ KEYK düzenlemeleri, ikamet ülkesi vergi hukukuna göre hesaplanan ülkelere örnek olarak ise Avusturya (taslak)¹⁵⁶⁸, Kanada¹⁵⁶⁹, Danimarka¹⁵⁷⁰, Estonya¹⁵⁷¹, Finlandiya¹⁵⁷², Fransa¹⁵⁷³, Almanya¹⁵⁷⁴, Norveç¹⁵⁷⁵, İspanya¹⁵⁷⁶ ve İsveç (taslak)¹⁵⁷⁷ KEYK düzenlemeleri örnek oluşturmaktadır.

Japonya KEYK düzenlemesi, bu konuda farklı hükümler içeren bir düzenlemedir. Düzenlemeye göre KEYK'in, Japonya'da mukim ortakları, KEYK'in kazancının tespitinde esas alınacak ülke hukukunun belirlenmesi konusunda seçimlik hakka sahiptirler¹⁵⁷⁸.

3. İstisnalar

KEYK olarak tanımlanan bir kurumun vergilendirilecek kazancının belirlenmesinde önem taşıyan bir başka konu bağımsızlık koşullarının varlığının tespit edilmesi ve uygulanmasıdır. Bu bölümde, KEYK tarafından elde edilen kazancın karakterinden bağımsız olarak, farklı vergi sistemlerinde uygulanması öngörülen bağımsızlık koşulları incelenmektedir. İstisnalardan herhangi birisinin sağlanması halinde, KEYK düzenlemesi uygulanmamakta ya da bağımsızlığın uygulanması başvuru şartına bağlanabilmektedir.

Örneğin İtalya KEYK düzenlemesi kapsamında yer alan "*ticari faaliyet istisnası (business activity exemption)*" ve "*iyi niyet istisnası (motive exemption)*"ın uygulanabilmesi için başvuru şartı aranmaktadır¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁶⁴ Arnold, *CFC*, s. 389–390.

¹⁵⁶⁵ Greenleaf, s. 62.

¹⁵⁶⁶ Jackson ve Smith, s. 475.

¹⁵⁶⁷ Ullah, s. 619; Graziani, s. 8.

¹⁵⁶⁸ Haslinger, s. 83.

¹⁵⁶⁹ Arnold, *CFC*, s. 176.

¹⁵⁷⁰ Rix, s. 146.

¹⁵⁷¹ Uustalu, s. 179.

¹⁵⁷² Helminen, *Finland*, s. 199.

¹⁵⁷³ Kabbaj ve Bletière, s. 233; Förster ve Schmidtman, s. 480.

¹⁵⁷⁴ Arnold, *CFC*, s. 256.

¹⁵⁷⁵ Glad, s. 502.

¹⁵⁷⁶ Almudi, s. 568.

¹⁵⁷⁷ Dahlberg, *CFC*, s. 594.

¹⁵⁷⁸ Arnold, *CFC*, s. 281.

Ülkemiz KEYK düzenlemesi, aşağıda sayılan bağışıklık koşullarından sadece asgari yatırım/gelir eşiğinin altında kalınmasına ilişkin bağışıklık koşulunu içermektedir.

a.Kar Payının Tamamı veya Belirli Bir Kısımının Dağıtılmış Olması

KEYK düzenlemesinin amacının, düşük vergili ülkelerde kurulan yabancı kurumlar tarafından elde edilen gelirlerin mukim ortaklara dağıtılmayarak vergiden kaçınılmasını önlemek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yabancı kurumlar tarafından belli bir dönem içerisinde elde edilen karın tamamının fiilen mukim ortaklara dağıtılması durumunda, KEYK düzenlemesine gerek duyulmayacağı açıktır. Ancak yabancı kurum tarafından elde edilen karın belli bir kısmının ilgili yılda veya belli bir süre sonra dağıtılması, KEYK düzenlemesinin uygulanmasını engelleyebilir mi ya da engellemeli mi sorusu yanıtlanmalıdır.

Kâr dağıtımı istisnası, yabancı kurum tarafından elde edilen karın belli bir kısmının ilgili yılda veya belli bir süre sonra fiilen dağıtılması durumunda, yabancı kurum tarafından elde edilen karın tamamının KEYK uygulaması kapsamı dışında kalması sonucunu ortaya çıkarmaktadır.

Kâr dağıtımına bağılı bir istisna uygulaması, KEYK'in, düşük vergili ülkelere ilişkin olarak oluşturulan listelere¹⁵⁸⁰ (oluşturulmuş hedef ülke listesi (designated jurisdiction approach veya designated target territory approach¹⁵⁸¹) yöntemi) veya pasif karakterli gelirler üzerindeki verginin karşılaştırılması yöntemine¹⁵⁸² dayanılarak tanımlandığı KEYK düzenlemeleri ile uyumlu bir uygulamadır¹⁵⁸³. Örneğın, yabancı kurumun kazancı veya pasif karakterli kazancı üzerindeki vergi yükünün, KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkenin aynı gelire uyguladığı verginin % 50'sinden az olması durumunda, yabancı kurum kazancının düzenleme kapsamında vergilendirilmesini öngören bir sistemde, yabancı kurumun ilgili dönem içerisinde elde ettiği karın en az % 50'sini dağıtması, vergilendirme açısından istenilen sonucun alınmasını sağlayacağından, kar dağıtımı istisnasının en az % 50 olarak belirlenmesi, bu sisteme uygun ve sistem ile uyumlu olacaktır¹⁵⁸⁴.

¹⁵⁷⁹ Bkz., Favi, s. 359; Cottani ve Tonino, s. 21.

¹⁵⁸⁰ Bkz., § 7 Bölüm, II-3/a-aa kısım.

¹⁵⁸¹ OECD, CFC, s.43.

¹⁵⁸² Bkz., § 7 Bölüm, II-3/a-bb kısım.

¹⁵⁸³ Arnold, CFC, s. 484.

¹⁵⁸⁴ Arnold, CFC, s. 484.

Aynı sonuç, aktif karakterli kazanç istisnası içeren KEYK düzenlemeleri ile de uyumludur, çünkü KEYK kazancı içerisindeki aktif karakterli kazancın, kurumun toplam kazancı içerisindeki oranının en az % 50 olması durumunda, yabancı kurumun tüm kazancının düzenleme kapsamı dışında kalmasını öngören bir sistemde, yabancı kurumun ilgili dönem içerisinde elde ettiği karın en az % 50'sini dağıtması, vergilendirme açısından istenilen sonucun alınmasını, yani yabancı kurumun düzenleme kapsamı dışında kalmasını sağlayacağından, kar dağıtım istisnasının aktif kazanç istisnası ile paralel, yani en az % 50 olarak belirlenmesi, bu sisteme uygun ve sistem ile uyumlu olacaktır¹⁵⁸⁵.

Ancak kâr dağıtımına bağlı bir istisna, iştirak kazançları istisnasını içeren sistemler¹⁵⁸⁶ ve KEYK düzenlemesinin, pasif karakterli gelirlerin vergilendirilmesi yöntemini saf haliyle uygulayan sistemlerde¹⁵⁸⁷ ihdas edilen yabancı kurum düzenlemeleri ile uyumlu bir uygulama değildir.

İstisnanın uygulamasında verimliliğin sağlanması açısından, birden fazla dolaylı KEYK'in bulunduğu durumları kapsayan bir kuralın da düzenleme kapsamında yer alması gerekliliği, düzenlemeyi daha da karmaşık hale getirmektedir¹⁵⁸⁸.

Kâr dağıtım istisnası, 1975 yılına kadar ABD KEYK düzenlemesi Subpart F kapsamında uygulanmakta iken bu tarihten sonra oldukça karmaşık bir yapıya sahip olması ve mükellefler tarafından manipüle edilmesi nedeniyle yürürlükten kaldırılmıştır¹⁵⁸⁹.

İngiltere'de 1999 yılından itibaren yürürlüğe giren ve bugün dünyada sadece İngiltere KEYK düzenlemesi kapsamında uygulanmakta olan¹⁵⁹⁰ düzenlemeye göre; genel olarak, bir KEYK'in, bir hesap dönemine ilişkin kar dağıtım istisnası (ADP) elde etmesi için, hesap döneminin kapandığı tarihten itibaren 18 ay içerisinde, İngiltere KVK'ya göre hesaplanan¹⁵⁹¹ dağıtılabilir net karın (net chargeable profits) en az % 90'ını, doğrudan veya dolaylı olmak üzere İngiltere mukimi ortaklara dağıtması gerekmektedir¹⁵⁹².

¹⁵⁸⁵ Arnold, *CFC*, s. 485.

¹⁵⁸⁶ Fransa bu ülkelere örnek oluşturmaktadır, Bkz., Arnold, *CFC*, s. 484.

¹⁵⁸⁷ Kanada bu konudaki tek örneği oluşturmaktadır, Bkz., Arnold, *CFC*, s. 484.

¹⁵⁸⁸ OECD, *CFC*, s.68; detaylı bilgi için Bkz., Arnold, *CFC*, s. 484-489.

¹⁵⁸⁹ Arnold, *CFC*, s. 484.

¹⁵⁹⁰ OECD, *CFC*, s.68.

¹⁵⁹¹ Graziani, s. 8.

¹⁵⁹² HM Revenue and Customs, INTM 204010, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm204010.htm> , (20.04.2009); Ullah, s. 613.

İngiltere yabancı ülkelerden edinilen kar paylarına ilişkin olarak yapılması planlanan detaylı değişiklikleri, 2009 yılında vergi sisteminde yapmayı planladığı diğer değişiklikler ile birlikte, bir rapor halinde resmi internet sitesinde yayımlamıştır¹⁵⁹³. Yabancı ülkelere, İngiltere’de mukim gerçek ve tüzel kişilere yapılacak kar payı dağıtımlarının vergiden müstesna tutulmasına ilişkin bu düzenleme, diğer bazı müesseselerin yanı sıra KEYK düzenlemesi kapsamındaki kar dağıtım istisnasının da yürürlükten kaldırılması yönüyle etkilemektedir¹⁵⁹⁴. Söz konusu Rapor ile İngiltere Gelir İdaresi¹⁵⁹⁵, KEYK düzenlemesi kapsamındaki kar dağıtım istisnasının, 24 ay içerisinde aşamalı olarak yürürlükten kaldırılacağını açıklamıştır¹⁵⁹⁶.

KVK’nın 7. maddesinin uygulamasına ilişkin olarak yayımlanan 1 No.lu KV Tebliği’nde; düzenleme kapsamına giren bir kurum tarafından Türkiye’de mukim bir kuruma kâr payı **dağıtılın ya da dağıtılmasın** KVK’nın "*Kontrol edilen yabancı kurum kazancı*" hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Tebliğ’e göre düzenleme kapsamına giren yabancı kurumların kazançlarını, Türkiye’de mukim ortaklara **dağıtması halinde de** KEYK düzenlemesinin uygulanması gerekmektedir. KEYK düzenlemesinin amacının, düşük vergili ülkelere kurulan yabancı kurumlar tarafından elde edilen gelirlerin mukim ortaklara dağıtılmayarak vergiden kaçınılmasını önlemek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yabancı kurumlar tarafından belli bir dönem içerisinde elde edilen karın tamamının fiilen mukim ortaklara dağıtılması durumunda, KEYK düzenlemesine gerek duyulmayacağı açıktır¹⁵⁹⁷. Başka bir ifadeyle, yabancı kurum kazancının dağıtılması halinde, yabancı kurumun kazancı ortaklar elinde ve payları oranında genel hükümler çerçevesinde vergiye tabi tutulacağı için, KVK’nın 7. maddesi hükmünün uygulanmasına gerek kalmayacaktır.

b. Bazı Ülkelerin Kapsam Dışı Bırakılması

Bu bağışıklık, KEYK’in tanımlanmasında, edilen elde edilen kazancın bileşiminden çok, yabancı kurumların mukim oldukları ve faaliyetlerini sürdürdükleri ülkelerin dikkate alındığı sistemlerde kullanılan ülke listesi yöntemi ile ifade edilmektedir. KEYK düzenlemesinin

¹⁵⁹³ HM Treasury, Pre Budget Report, http://www.hm-treasury.gov.uk/prebud_pbr08_repindex.htm ,

¹⁵⁹⁴ Herbert Smith, "UK's Pre-Budget Report", *International Tax Review*, December 2008-January 2009, <http://www.internationaltaxreview.com/?ISS=25227&PUBID=35&Page=10&SID=715735&TYPE=20> (20.01.2009).

¹⁵⁹⁵ HM Revenue and Customs, 2008 Pre Budget Report Press Notices, <http://www.hmrc.gov.uk/pbr2008/pn-all.pdf> (20.01.2009).

¹⁵⁹⁶ "UK Government Announces Exemptions on Foreign Profit", *International Tax Review*, Weekly News, 24 November 2008, <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=9&PUBID=210&ISS=25166&SID=714761&SM=&SearchStr=UK%20CFC> , (20.01.2009).

¹⁵⁹⁷ Bkz., § 10 Bölüm, I/3-a kısım.

uygulanmayacağı ülkeleri gösteren beyaz listeler ile uygulanacağı ülkeleri gösteren siyah listeler ve belli bazı durumlarda uygulanacağını gösteren gri listeler, bağışıklığın uygulama esaslarının da göstergelerini oluşturmaktadır¹⁵⁹⁸.

c. Gerçek Ticari ve Sinaî Faaliyetlerin Kapsam Dışı Bırakılması

Bu bağışıklık, temelini KEYK düzenlemelerinin amacından alan bir bağışıklıktır. KEYK'in tanımlanmasında kullanılan unsurlar veya mukim ortalara atfedilecek gelirin belirlenmesinde kullanılan kriterler, bağışıklığın tanımlanmasında ve uygulanmasında da etkili olmaktadır. Şöyle ki, KEYK tarafından elde edilen kazancın ortaklara atfedilmesinde kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin benimsendiği sistemlerde, aktif karakterli gelirler ortaklara atfedilmediği için, bu bağışıklık sağlanmış olmaktadır¹⁵⁹⁹. Aynı şekilde, kurum yöntemini benimseyen ve KEYK'in, kurum tarafından elde edilen gelirlerin ağırlıklı olarak pasif karakterli gelirlerden oluşması şartına bağlı olarak tanımlandığı sistemlerde de yine bu bağışıklık sağlanmış olmaktadır¹⁶⁰⁰. Ancak KEYK'in sadece ülke listesi veya vergi yükü kullanılmak suretiyle tanımlandığı ve ortaklara atfedilecek kazancın hesaplanmasında, kurum yönteminin benimsendiği sistemlerde bu bağışıklık koşuluna ihtiyaç duyulabilir.

Bağışıklık koşulları ve uygulama esasları genel olarak üç unsurun varlığına bağlanmaktadır¹⁶⁰¹;

- KEYK tarafından sürdürülen faaliyetin türü (type of business),
- KEYK'in mukim olduğu ülkedeki varlığının kapsamı ve yapısı (presence in the foreign country),
- KEYK tarafından elde edilen gelirin niteliği (nature of CFC's income).

Aktif karakterli gelir elde edilmesine ilişkin bir istisna içeren KEYK düzenlemelerinin hepsinde bu üç unsurun bir arada aranmadığı, bazılarında bağışıklığın uygulanabilmesi için birisinin yeterli sayıldığı, bazılarında ise iki unsurun bir arada bulunması şartının arandığı tespit edilmekte olup, söz konusu unsurlar aşağıda incelenmektedir.

¹⁵⁹⁸ Bkz, § 7 Bölüm, II/3-a/aa kısım.

¹⁵⁹⁹ Arnold, *CFC*, s. 474; OECD, *CFC*, s. 69.

¹⁶⁰⁰ Arnold, *CFC*, s. 474; OECD, *CFC*, s. 69.

¹⁶⁰¹ Arnold, *CFC*, s. 474; OECD, *CFC*, s. 69.

Bu bağıklık en detaylı ve kapsamlı olarak belirlenmiş koşullarla İngiltere tarafından kullanılmaktadır. "İstisna faaliyetler testi" (EAT) olarak adlandırılan bu istisnadan yararlanılması, aşağıdaki koşulların varlığına bağlanmakta¹⁶⁰² olup, bu koşullar sağlandığında yabancı kurum, KEYK düzenlemesi kapsamında çıkmaktadır¹⁶⁰³:

Yabancı kurum;

- a) Bir ülkede mukim olmalıdır,
- b) İlgili vergilendirme dönemi boyunca, mukim olunan ülkede sabit bir işyerine (business establishment) sahip olmalıdır,
- c) İlgili vergilendirme dönemi boyunca mukim olunan ülkede etkin bir biçimde yönetilmelidir,
- d) Faaliyetlerinin ve gelirinin önemli bir bölümünün (main business) istisnanın uygulanması için belirlenmiş¹⁶⁰⁴ (en az % 50 oranında aktif karakterli gelir elde edilmesi) özelliklere uygun olmalıdır.

Bu şartların detaylarına, aşağıda incelenen unsurlar arasında yer verilmektedir¹⁶⁰⁵.

aa. Faaliyetin Türü

Bağıklığın uygulanmasında, KEYK tarafından sürdürülen faaliyetin türü önemli bir karşılaştırma unsurudur. Kurum tarafından sürdürülen faaliyet ve bu faaliyet sonucu ağırlıklı olarak elde edilen gelirin aktif karakterli olması istisnanın uygulanması için gerekli bir

¹⁶⁰² Brinker ve Sherman, s. 21.

¹⁶⁰³ HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm205010.htm> , (20.12.2008). (To satisfy the exempt activities test for an accounting period a controlled foreign company must satisfy all of the following conditions: 1. It must have a territory of residence for the purposes of the test, 2. It must have a 'business establishment' in its territory of residence throughout the accounting period , 3. It must be 'effectively managed' in its territory of residence throughout the accounting period , 4. It must not have as its main business any of the activities precluded by the terms of ICTA88/SCH25/PARA6(2) unless it is a holding company which satisfies the requirements set out at [INTM205120](http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm205120.htm) to [INTM205250](http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm205250.htm) .)

¹⁶⁰⁴ En az % 50 oranında aktif karakterli gelir elde edilmesi gibi, HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm205090.htm> , (20.01.2009).

¹⁶⁰⁵ İtalya düzenlemesi bu uygulamaya örnek teşkil etmektedir, Domenico Busetto ve Antonio Russo, "Final Controlled Foreign Companies Legislation Enacted", **European Taxation**, Issue 41 (January 2001), s. 35.

unsurdur¹⁶⁰⁶. Bu unsurun varlığının tespiti yöntemi ülkelere göre farklılık göstermekte ve aktif ve pasif karakterli gelirler farklı yöntemlere göre tanımlanabilmektedir¹⁶⁰⁷.

Bağışıklık uygulamasında bu unsur, nitelik ve/veya nicelik şartına bağlanmakta olup, KEYK'in sadece aktif faaliyet ile uğraşması değil, aynı zamanda bu faaliyetin, kurumun temel faaliyeti olması ya da elde edilen gelirlerin çoğunluğunu (% 50'den fazlasını) aktif karakterli gelirlerin oluşturması gerekmektedir. Nicelik şartı, yabancı kurumun elde ettiği aktif karakterli gelirlerin, kurumun toplam gayrisafi kazancına oranlanması şeklinde basit bir karşılaştırma ile net bir şekilde tespit edilmekte olup, bu amaçla kullanılan diğer faktörler, personel, net kar ve satışlar gibi faktörlerdir¹⁶⁰⁸.

Aktif kazanca bağlı bu bağışıklığın uygulanmasının, sadece nicelik şartına bağlanması da mümkündür. Örneğin; bağışıklığın uygulanabilmesi için Avustralya'da, pasif karakterli gelir olarak tanımlanmış olan gelirlerin, yabancı kurumun gayrisafi kazancına oranının % 5'den az olması¹⁶⁰⁹, Danimarka'da, pasif karakterli gelir olarak tanımlanmış olan gelirlerin, vergilendirilebilir gelirin 1/3'ünden az olması¹⁶¹⁰, Estonya¹⁶¹¹, Hollanda¹⁶¹², Finlandiya¹⁶¹³, Fransa (mukim olunan ülkede elde edilen)¹⁶¹⁴, Japonya¹⁶¹⁵, İsrail¹⁶¹⁶, Norveç¹⁶¹⁷ ve İngiltere¹⁶¹⁸ gibi ülkelerde de, pasif karakterli gelir olarak tanımlanmış olan gelirlerin, toplam gelirlerin % 50'sinden az olması gerekmektedir.

Portekiz'de ise bu unsur, iki şarta bağlanmış olup, bunlardan birincisi, elde edilen gelirle, ikincisi ise yabancı kurumun faaliyetleriyle ilgilidir. Düzenlemeye göre, yabancı kurumun, KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmemesi için, gelirlerin asıl kaynağının

¹⁶⁰⁶ Arnold, *CFC*, s. 474; OECD, *CFC*, s. 70.

¹⁶⁰⁷ Bkz., § 7 Bölüm, II/2 kısım; KEYK mevzuatının uygulama koşullarından birisini de oluşturan bu konu, "*aktif karakterli gelirlerin tanımlanması*", "*pasif karakterli gelirlerin tanımlanması*" ve "*üs şirket gelirleri*" başlıkları altında ilgili bölümde detaylı olarak incelenmiştir.

¹⁶⁰⁸ Arnold, *CFC*, s. 475.

¹⁶⁰⁹ Greenleaf, s. 80.

¹⁶¹⁰ Rix, s. 144; OECD, *CFC*, s. 123.

¹⁶¹¹ Uustalu, s. 179.

¹⁶¹² Peters, s. 444; Job Hoefnagel, "A Dutch Overview", **CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law**, The Netherlands, Wintercourse 2001–2002, s. 10.

¹⁶¹³ Helminen, *Finland*, s. 196; OECD, *CFC*, s. 125.

¹⁶¹⁴ Kabbaj ve Bletière, s. 231; OECD, *CFC*, s. 127; Fransa Vergi yasasında bu unsur "*safe haven clause*" olarak adlandırılmaktadır, Kabbaj ve Bletière, s. 231.

¹⁶¹⁵ OECD, *CFC*, s. 132; tek şart olarak belirlenmemiştir. Diğer şartlar, aşağıda incelenmektedir.

¹⁶¹⁶ Shalhav, s. 335.

¹⁶¹⁷ Glad, s. 500; OECD, *CFC*, s. 136.

¹⁶¹⁸ Arnold, *CFC*, s. 474; OECD, *CFC*, s. 147; Ullah, s. 614; HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm205140.htm>, (21.10.2008), Bu şart, İngiltere'de tek şart olarak belirlenmemiştir. Diğer şartlar, aşağıda incelenmektedir.

(en az %75 inin), kurumun mukim olduğu ülkede elde edilen aktif karakterli gelir olması ve yabancı kurumun, belirlenen bazı faaliyetler¹⁶¹⁹ ile uğraşmaması gerekmektedir¹⁶²⁰.

Bu unsurun sağlanıp sağlanmadığının basit bir şekilde hesaplanması her zaman mümkün olmamaktadır. Örneğin, ticari faaliyetle uğraşan bir KEYK'in, ilgili dönem içinde elde ettiği gayrisafi kazancın 12 milyon £ olduğunu, bu faaliyeti için 4 personel çalıştırdığını, % 4 karının, 400.000 £ da net karının olduğunu, kurumun aynı zamanda 7 milyon £ tutarında ve % 8 faizli uzun vadeli tahvil yatırımı olduğunu ve ayrıca bu faaliyeti için personel tahsis edilmediğini düşünürsek, yabancı kurumun temel faaliyetini belirlemek için kullanılması gereken ölçüt, kurumun net karıdır ve dolayısıyla, söz konusu yabancı kurumun temel faaliyeti tahvil yatırımıdır¹⁶²¹. Dolayısıyla bağışıklığın uygulanmasında aktif karakterli faaliyet ile uğraşılması koşulu sağlanmamış olmaktadır.

Litvanya'da yabancı kurumların unsura ilişkin koşulları sağlayabilmesi için, kurumun mukim olduğu ülkede gerçekleştirdiği faaliyetleri ile orantılı olarak yeterli sayıda personel çalıştırması gerekmektedir¹⁶²².

Bu istisnanın, temel faaliyeti aktif ticari faaliyet olan ya da elde edilen gelirlerin çoğunluğunu (% 50'den fazlasını) aktif karakterli gelirlerin oluşturduğu yabancı kurumlara tanınması, istisnanın uygulanmasında, belirlenen eşige kadar olan pasif karakterli gelirlerin, yurt içi vergiden kaçırılmasına ortam yaratılması gibi bir sonuca neden olmaktadır. Bu olumsuz durumun ortadan kaldırılması, aktif faaliyet veya aktif karakterli gelir eşığının % 75- % 80 veya % 90 gibi yüksek oranlı belirlenmesi ile mümkün olabilmektedir¹⁶²³. Dolayısıyla aktif ve pasif karakterli gelirler arasında ekonomik bir ayırım yapmanın zorluğu nedeniyle bu tür bir bağışıklığın sisteme dâhil edilmesi, yüksek uyum maliyetine de neden olmaktadır¹⁶²⁴.

bb. Kurumun Yabancı Ülkedeki Varlığı

Bağışıklığın uygulanmasında yararlanılan unsurlardan bir diğeri, KEYK'in mukim olduğu ülkedeki varlığının ve faaliyetinin kapsamının belirlenmesine ilişkin olup, amacı posta

¹⁶¹⁹ Bu faaliyetler, bankacılık faaliyetleri, kredi faaliyetlerine ilişkin işlemler, gayrimenkuller hariç varlıkların finansal kiralama faaliyetleri, hisse senetleri, entelektüel ve sınaî gayrimaddi haklar, teknik destek ve "know-how" ile ilişkili sermaye yatırımları gibi faaliyetler olarak belirlenmiştir, Borges, s. 536.

¹⁶²⁰ Borges, s. 536.

¹⁶²¹ HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM205060.htm> , (13.02.2009).

¹⁶²² Bernatonis, s. 398; tek şart olarak belirlenmemiştir. Diğer şartlar, aşağıda incelenmektedir.

¹⁶²³ Arnold, *CFC*, s. 476; OECD, *CFC*, s. 71.

¹⁶²⁴ Jackson ve Smith, s. 474.

kutusu şirketler (letter box companies) veya kâğıt üzeri şirketlerin (paper companies), yapay ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesinde araç olarak kullanımının önlenmesidir¹⁶²⁵.

Bu unsura ilişkin en kapsamlı düzenleme yine İngiltere KEYK düzenlemesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre, söz konusu unsurun gerçekleşmiş sayılabilmesi için, KEYK'in mukim olduğu ülkede sürekli bir işyerine (business establishment) sahip olması¹⁶²⁶ ve faaliyetlerinin tamamen veya tamamına yakınının fiilen bu işyerinden yönetilmesi (effectively managed in territory of residence)¹⁶²⁷ gerekmektedir.

Macaristan KEYK düzenlemesinin de içerdiği bu unsur, yabancı kurumların mukim olunan ülkelerde gerçek bir ekonomik mevcudiyetinin bulunması (real economic presence) şartını içermekte ve bu unsurun varlığı halinde, yabancı kurum, diğer şartlar mevcut olsa dahi KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmemektedir¹⁶²⁸. Avusturya (taslak) düzenlemesine göre holding şirket yapılanması içerisinde, bir yabancı kurumun gelirinin önemli bir kısmını, başka bir kurumdan elde edilen kar paylarından oluşması halinde, bu kurumun düzenleme kapsamında değerlendirilmemesi için, diğer şartların yanı sıra iştirak edilen kurumun genel kurul veya yönetim kurulu toplantılarının aynı ülkede yapılması, gelirlerinin önemli bir kısmının da aktif karakterli gelirlerden oluşması gerekmektedir¹⁶²⁹. İtalya'da ise bir yabancı kurumun, birincil/temel faaliyetinin yönetim kurulu toplantılarının yapıldığı ülkede gerçekleştirilen her türlü gerçek ticari veya sınai (finansal, bankacılık ve sigortacılık da dâhil olmak üzere) faaliyetten oluşması halinde, söz konusu yabancı kurum, düzenleme kapsamında değerlendirilmemektedir¹⁶³⁰.

¹⁶²⁵ Arnold, *CFC*, s. 476; OECD, *CFC*, s. 71.

¹⁶²⁶ Sabit işyeri, yabancı kurumun faaliyetlerinin sürdürülmesine tahsis edilen ve bir dereceye kadar kalıcılığı veya fiziki varlığı ortaya koymaya/ispatlamaya yarayan bir unsur olarak kullanılmakta ve işyeri; ofis, mağaza, fabrika, bina veya bina bölümlerini, maden, petrol veya taş ocağı veya diğer doğal kaynakların çıkarım yerlerini veya en az on iki ayda tamamlanacak inşaat veya kurulum projeleri ile inşaat şantiyelerini ifade etmektedir, detaylı bilgi için Bkz., HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm205030.htm> (21.01.2009).

¹⁶²⁷ KEYK'in fiilen mukim olunan ülkeden idare edilmesi ise, yabancı kurumun, faaliyeti ile orantılı personel istihdam etmesi ve kurumun ihraç ettiği hizmetlerin esas itibarıyla İngiltere'den verilmemesi şartlarının bulunmasına bağlanmıştır, detaylı bilgi için Bkz., HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm205040.htm> (21.01.2009).

¹⁶²⁸ Liszicza, s. 309; düzenleme kapsamında "*real economic presence*" ile ilgili olarak açık bir tanım bulunmamasıyla birlikte, yazar bu kavram ile OECD Model Anlaşmasının 1. madde şerhinin 16 ncı paragrafındaki (OECD Model Anlaşması'nın Temmuz 2008 ayı versiyonunun 21 inci maddesidir) faaliyetleri ifade edebileceğini belirtmektedir, detaylı bilgi için Bkz., OECD, <http://www.oecd.org/dataoecd/34/0/42034520.pdf> (13.02.2009).

¹⁶²⁹ Haslinger, s. 81.

¹⁶³⁰ Favi, s. 358; Cottani ve Tonino, s. 18.

cc. Gelirin Niteliği

Bu unsurun iki temel bileşeni bulunmaktadır. Bunlardan ilki, gelirin elde edildiği coğrafi konum ile ilişkisi, diğeri ise gelirin oluşmasına neden olan işlemlerin tarafları ile ilişkisidir. Bu unsurun uygulanmasında, KEYK tarafından elde edilen gelirin, münhasıran mukim olunan düşük vergili ülkede elde edilmesi veya mukim olunan ülke dışında sürdürülen faaliyetlerden elde edilmekle birlikte, ilişkili olmayan kişiler ile gerçekleştirilen işlemlerden sağlanması şartlarının varlığı aranmaktadır¹⁶³¹.

Finlandiya'da bu unsur iki farklı şekilde uygulanmaktadır. Bir yabancı kurumun gelirlerinin tamamına yakınının¹⁶³², mukim olunan ülkede gerçekleştirilen sanayi veya benzeri faaliyetlerden¹⁶³³ veya gemicilik faaliyetinden oluşması halinde, bu yabancı kurum, KEYK olarak değerlendirilmemektedir¹⁶³⁴. Diğer taraftan, bir yabancı kurumun karının çoğunluğunun, aktif karakterli gelir olarak kabul edilmeyen satış ve pazarlama faaliyetinden oluşması halinde, bu kurumun KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmemesi için iki şartın gerçekleşmesi gerekmekte olup bunlardan ilki; hizmetin doğrudan mukim olunan ülkede gerçekleşmesi, ikincisi ise hizmetin doğrudan, faaliyeti KEYK düzenlemesi kapsamına girmeyen bir kuruma verilmesidir.

Portekiz'de bir yabancı kurumun, KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmemesi için öngörülen iki şarttan birisi, gelirlerin asıl kaynağının (en az %75 inin), kurumun mukim olduğu ülkede elde edilen tarımsal ve sınaî faaliyetlerden (aktif karakterli gelirler) oluşması veya Portekiz mukimi olmayan kişilerle gerçekleştirilen ticari faaliyetlerden (Portekiz mukimlerince, KEYK'in mukim olduğu ülkeye yönelik olarak gerçekleştirilen ticari faaliyetler hariç) oluşması ve yabancı kurumun, belirlenen bazı faaliyetler¹⁶³⁵ ile uğraşmaması gerekmektedir¹⁶³⁶.

¹⁶³¹ Arnold, *CFC*, s. 477; OECD, *CFC*, s. 71.

¹⁶³² Yabancı kurumların hangi durumlarda karların çoğunluğunun söz konusu faaliyetlerden elde edilmiş sayılacağına ilişkin belirlenmesi konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte, "çoğunluğu" kavramının en az yarısından fazlasını ifade ettiği şeklinde yorumlanmaktadır, Bkz., Helminen, *Finland*, s. 198, Dpnt. 33.

¹⁶³³ Sanayi ve benzeri faaliyetlerin kapsamı çok geniş tanımlanmakta olup, tamir, servis, bakım faaliyetleri, madencilik, maden arama, inşaat ve enerji sanayi ve donanımının inşası kapsama dahi faaliyetlerdir, Bkz., Helminen, *Finland*, s. 198, Dpnt. 33.

¹⁶³⁴ Helminen, *Finland*, s. 198; OECD, *CFC*, s. 72.

¹⁶³⁵ Bu faaliyetler, kredi kurumlarınca sürdürülmesi de bankacılık faaliyetleri, kredi faaliyetlerine ilişkin işlemler, gayrimenkuller hariç varlıkların finansal kiralama faaliyetleri, hisse senetleri, entelektüel ve sınaî gayrimaddi haklar, teknik destek ve "know-how" ile ilişkili sermaye yatırımları gibi faaliyetler olarak belirlenmiştir, Borges, s. 536.

¹⁶³⁶ Borges, s. 536.

İsveç (taslak)'te ise farklı bir düzenleme ile aynı şirketler grubuna ilişkin bankacılık, finansal hizmetler ve diğer finansal faaliyetlerin, Avrupa Ekonomik Alanı (EEA)'nda mukim ve vergi mükellefiyeti olan bir yabancı kurum tarafından gerçekleştirilmesi halinde, söz konusu faaliyetlerden elde edilen gelirler, istisna kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶³⁷.

İngiltere KEYK düzenlemesi bu unsurun gelirin elde edildiği coğrafi konum ile ilişkisine ilişkin olarak bir düzenleme içermemektedir¹⁶³⁸. Bunun nedeni, sistemin transfer fiyatlandırmasına ilişkin hükümler ve "iyi niyet testi"ne bağlı bir bağışıklık içermesi, başka bir ifadeyle, KEYK aktif ticari faaliyetlere ilişkin bağışıklık şartlarını sağlamamış olsa bile "iyi niyet testi"ne bağlı olarak düzenleme kapsamı dışında kalabilmesidir¹⁶³⁹.

Japonya'da da belirlenmiş bazı faaliyetlerin dışında ticari faaliyet ile uğraşan, başka bir ifadeyle personel, donanım ve ticari varlığı açısından, mukim olunan ülkede ticari faaliyeti sürdürebilecek yeterli varlığa sahip yabancı kurumlar tarafından elde edilen gelirler, istisna kapsamında değerlendirilmektedir¹⁶⁴⁰.

Bu unsurun uygulanmasında, KEYK tarafından ilişkili olmayan kişiler ile gerçekleştirilen işlemlerden elde edilmesi şartının arandığı ülkelere Fransa, Litvanya, Japonya ve İngiltere örnek oluşturmaktadır.

Fransa KEYK düzenlemesi kapsamında yer alan bu unsura göre, yabancı kurumun mukim olduğu ülkede, **ilişkili kişilerle** gerçekleştirilen işlemlerden elde edilen gelirleri (non-tainted income olarak kabul etmekte) pasif karakterli gelir olarak kabul etmemektedir¹⁶⁴¹.

Litvanya'da yabancı kurumların düzenleme kapsamında değerlendirilmemesi için, kurumun mukim olduğu ülkede gerçekleştirdiği faaliyetleri ile orantılı olarak yeterli sayıda personel çalıştırması, bir vergilendirme döneminde elde edilen gelirlerin en az % 90 ının mukim olunan ülkede elde edilmesi (farklı ülkedeki kaynaklardan elde edilen gelirlerin en fazla % 10'unu oluşturması) ve bir vergilendirme döneminde elde edilen gelirlerin % 50'den

¹⁶³⁷ Dahlberg, *CFC*, s. 590; EEA, 15 adet AB üyesi ülkeyi ve İsviçre hariç olmak üzere 3 adet EFTA üyesi ülkeyi (Liechtenstein, İzlanda ve Norveç) içeren bir alandır. İsveç hükümetinin genel görüşüne göre, AB Anlaşmasının içerdiği temel hak ve özgürlüklere rağmen, KEYK düzenlemesi AB ülkelerinde mukim kurumları da kapsamaktadır, Dahlberg, *CFC*, s. 590.

¹⁶³⁸ Arnold, *CFC*, s. 478.

¹⁶³⁹ Arnold, *CFC*, s. 478.

¹⁶⁴⁰ OECD, *CFC*, s. 72.

¹⁶⁴¹ Kabbaj ve Bletière, s. 231

fazlasının **ilişkili olmayan kişiler** ile gerçekleştirilen faaliyetlerden elde edilmesi olarak belirlenmiştir¹⁶⁴².

Sadece pasif karakterli gelirler ile üs şirket gelirlerinin ortaklara atfedildiği İspanya KEYK düzenlemesi, üs şirket gelirleri ile ilgili olarak iki istisna içermektedir. Bu istisnalardan ilki, KEYK'in, hizmet işlemlerinden elde edilen gelirlerin en az % 50'sinin, **ilişkili olmayan kişilere** verilen hizmetlerden elde edilen gelirlerden oluşması halinde, söz konusu gelirlerin tamamının, ikincisi ise ilişkili **kişilere**, ihracat işlemleri ile ilgili olarak verilen hizmetlerden elde edilen gelirlerin, istisna kapsamında değerlendirilmemesine ilişkindir¹⁶⁴³.

Japonya'da, satış, finansal faaliyetler, gemicilik ve hava taşımacılığı faaliyeti ile uğraşan bir KEYK'in bağışıklıktan yararlanabilmesi için, bu işlemlerin ilişkili olmayan kişilerle gerçekleştirilmesi gerekmekte olup, bu şartın sağlanabilmesi için ise KEYK'in mal alım maliyetinin % 50'den fazlasının ilişkili olmayan kişilerden alınan mallardan veya gayrisafi satış kazancının % 50'den fazlasının, ilişkili olmayan kişilere yapılan mal satışlarından oluşması gerekmektedir¹⁶⁴⁴.

İngiltere'de ise, KEYK'in esas/temel faaliyetinin ilişkili kişilere yapılan mal satışlarının oluşturması halinde bağışıklıktan yararlanılması mümkün olmamakta, faaliyetin öncelikli olarak (i) yatırım, (ii) İngiltere'ye veya İngiltere'den ya da ilişkili kişilere veya ilişkili kişilerden mal alım-satımı faaliyetinden oluşmaması, (iii) alım-satım, dağıtım, hizmet ve finansal faaliyetler olması halinde ise gayrisafi kazancın % 50'den fazlasını ilişkili kişilerle yapılan işlemlerin oluşturmaması gerekmekte olup, ilişkili kişilerle yapılan işlemler bu konuda dikkate alınmamaktadır¹⁶⁴⁵.

KEYK'in tanımlanmasında, edilen elde edilen kazancın bileşiminden çok, yabancı kurumların mukim oldukları ve faaliyetlerini sürdürdükleri ülkelerin dikkate alındığı sistemlerde kullanılan ve yukarıda "*kapsam dışı bırakılan ülkelere ilişkin istisna*" başlığı altında

¹⁶⁴² Bernatonis, s. 398.

¹⁶⁴³ Almudi, s. 566; İspanya KEYK düzenlemesinin içerdiği bu istisna, World Trade Organization'un Temyiz Kurulu tarafından, Foreign Sales Corporations (FSC) ve Extraterritorial Income Exclusion (ETI) davalarına ilişkin olarak vermiş olduğu son kararlar ile de uyumludur. FSC kuralları, ABD'nin egemenlik sınırları dışında gerçekleştirilen işlemlerden elde edilen gelirlerin bir kısmının, ABD vergi sistemi kapsamında vergilendirilmesini önleyen bir düzenlemedir. Bu düzenlemenin amacı, söz konusu kurumlar tarafından elde edilen gelirlerin ABD Subpart F düzenlemeleri kapsamında vergilendirilecek olmasıdır. Bu istisnalardan yararlanabilmesi için, yabancı kurumun bu yabancı ülkede, yabancı ülkede gerçekleştirilen satış faaliyetlerinin gerektirdiği minimum maliyetler ve bu faaliyetlerin kapsamı ve yapısı ile orantılı bir süreç ve yönetim yapısına sahip olması gerekmektedir, Almudi, s. 566.

¹⁶⁴⁴ Arnold, *CFC*, s. 479.

¹⁶⁴⁵ Arnold, *CFC*, s. 479; HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM205050.htm> (21.01.2009).

da incelenen ülke listesi yönteminin bu unsur içerisinde değerlendirilmesi de mümkündür. KEYK düzenlemesinin uygulanmayacağı ülkeleri gösteren beyaz listeler ile uygulanacağı ülkeleri gösteren siyah listeler ve belli bazı durumlarda uygulanacağını gösteren gri listeler, KEYK ile gelirin elde edildiği coğrafi konum arasındaki ilişkiye bağlı olarak bağımsızlık uygulanabileceğinin göstergelerini oluşturmaktadır¹⁶⁴⁶.

Aynı şekilde, KEYK'in tanımlanmasında, yabancı kurumların mukim oldukları ve faaliyetlerini sürdürdükleri ülkelerle imzalanmış olan çifte vergilendirme anlaşmalarının bir kriter olarak dikkate alındığı sistemlerin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. İsveç (taslak)¹⁶⁴⁷ ve İspanya bu ülkeler arasındadır. İspanya KVK ve GVK'da yer alan düzenlemeler, KEYK düzenlemesinin, İspanya ile vergi anlaşması imzalanmış olan ülkeler dikkate alınarak uygulanması gerektiği yönünde yorumlanmaktadır¹⁶⁴⁸.

dd. Holding Şirketler

Holding şirketlere ilişkin bağımsızlık, gelirlerinin tamamı veya önemli bir bölümü bir veya daha fazla şirkete iştiraktan elde edilen kar paylarından oluşan ve genel olarak pasif karakterli gelir olarak kabul edilen bu kar payları nedeniyle de normal şartlar altında KEYK düzenlemesi kapsamına giren kurumların, belli şartlar altında düzenleme kapsamında değerlendirilmemesini sağlayan bir kuraldır¹⁶⁴⁹.

Vergi sistemi iştirak kazançları istisnası içeren ülkelerde, iştiraklerden elde edilen kar payları belli şartlar altında vergiden müstesna tutulduğundan, genellikle bu düzenlemeye ihtiyaç duyulmamaktadır. Aynı şekilde, KEYK düzenlemesi açısından, kar paylarının pasif karakterli gelir olarak kabul edilmediği sistemlerde de doğal olarak holding şirket istisnasına ilişkin bir hüküm yer almamaktadır.

Bu kuralın/istisnanın uygulanmasında, gerçek ticari ve sınaî faaliyetlere ilişkin istisna koşullarının sağlanması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, holding şirketlerin söz konusu istisnadan yararlanabilmesi için, aşağıdaki şartları yerine getirmesi gerekmektedir¹⁶⁵⁰.

- Faaliyetlerin, yabancı ülkede bulunan sabit bir işyerinden idare edilmesi,

¹⁶⁴⁶ Bkz, § 7 Bölüm, IV/1-a kısım.

¹⁶⁴⁷ Bkz., Dahlberg, *CFC*, s. 590.

¹⁶⁴⁸ Almudi, s. 566; İspanya'nın imzalanmış olduğu yaklaşık 70 vergi anlaşmasının 20 tanesi, içerdiği hükümler nedeniyle, KEYK düzenlemesinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir, Dahlberg, *CFC*, s. 590.

¹⁶⁴⁹ Arnold, *CFC*, s. 480.

¹⁶⁵⁰ Arnold, *CFC*, s. 480.

- Kar paylarının, aktif karakterli gelir elde eden veya düzenleme kapsamında olmayan iştiraklerden/alt firmalardan elde edilmesi.

Avusturya (taslak) düzenlemesine göre hissedarlara sadece pasif karakterli gelirler atfedilmekte ve bu kural iştirakler için de aynen uygulanmakta olduğundan, atfedilen gelirin niteliği değişmemekte, atfedilen gelirin pasif karakteri devam etmektedir¹⁶⁵¹. Bununla birlikte düzenleme, özel yapıdaki bazı holding şirketler için bazı şartlarla holding şirket istisnası öngörmektedir. Buna göre; en az 12 aylık dönem içerisinde, % 25'den fazla oranda doğrudan iştirak edilen şirketlerin yönetim kurulunun aynı ülkede bulunması, genel kurulunun aynı ülkede yapılması ve gelirlerinin neredeyse tamamının aktif karakterli gelirlerden oluşması halinde, söz konusu istisnadan yararlanılabilecektir¹⁶⁵².

Holding şirket istisnası uygulamasında karşılaşılan sorunlardan biri, holding şirket ile iştirak ettiği kurumların ayrı ülkelerde mukim olması durumunda istisnanın uygulanıp uygulanmayacağı konusudur. Bu durum uluslararası rekabet ve sermaye ithalatı tarafsızlığı doktrini çerçevesinde değerlendirilmekte ve istisnanın sadece aynı ülkede mukim holding şirketler ve iştirakleri arasında uygulanmasının adil bir uygulama olacağı ileri sürülmektedir¹⁶⁵³. Finlandiya KEYK düzenlemesi, bu uygulamaya örnek oluşturmakta olup, düzenlemeye göre; KEYK'in gelirlerinin tamamına yakınının **aynı ülkede** mukim olan ve faaliyetleri KEYK düzenlemesi kapsamına girmeyen kurumlardan elde edilen kar paylarından oluşması halinde istisnadan yararlanması mümkün olabilmekte, ayrıca KEYK tarafından üçüncü ülkelere elde edilen kar payları, KEYK düzenlemesine tabi tutulmuş olması halinde de, ikinci kez düzenleme kapsamında vergilendirilmemektedir¹⁶⁵⁴.

İngiltere'de uygulanmakta olan istisna ise sadece aynı ülkede mukim iştiraklerden elde edilen gelirlere değil, diğer ülkelere elde edilen gelirlere de belli şartlar altında uygulanması nedeniyle daha kapsamlı bir düzenlemedir. İstisna, İngiltere KEYK düzenlemesinde yer alan "*İstisna faaliyetler testi*"ne, holding şirketlere ilişkin olarak eklenen özel bir madde ile uygulanmaktadır. Düzenlemeye göre; bir holding şirketin istisnadan

¹⁶⁵¹ Haslinger, s. 82.

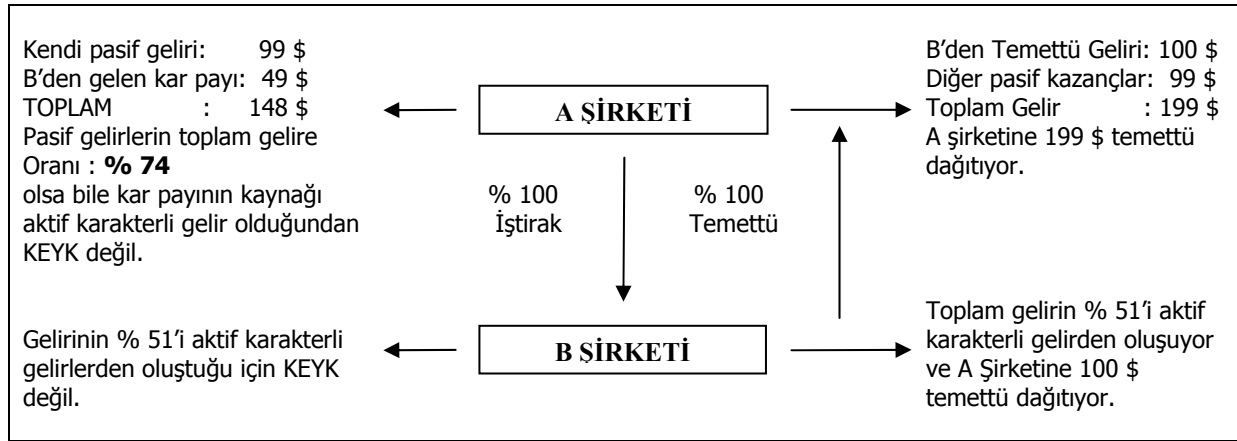
¹⁶⁵² Haslinger, s. 81.

¹⁶⁵³ Arnold, *CFC*, s. 483; OECD, *CFC*, s. 74, holding şirketin, ayrı bir ülkede mukim iştirakinden kar payı elde etmesi/karın dağıtımının söz konusu olması durumunda, iştirakin mukim olduğu ülkede vergi ertelemesinden kaynaklanan bir rekabet ortamı oluşması durumundan söz edilmesi tartışmalı hale gelmekte, buna karşın, aynı ülkede mukim holding şirket ve iştiraki söz konusu olduğunda, fonların şirketler arasında aktarımı söz konusu olsa da, kurumun rekabet ettiği pazardan dışarı çıkması söz konusu olmamaktadır, Arnold, *CFC*, s. 483.

¹⁶⁵⁴ Helminen, *Finland*, s. 199.

yararlanabilmesi için, mukim olunan ülkede bir işyerinin bulunması ve faaliyetlerin buradan yönetilmesi ve gayrisafi gelirlerinin en az % 90'ının, **aynı ülkede** mukim KEYK düzenlemesi kapsamına girmeyen faaliyetlerle uğraşan (EAT testinin şartlarını sağlayan) yavru şirketlerden elde edilmesi (local holding company) veya kontrol edilen yerel (local) holding şirketlerden elde edilmesi ya da **nerede mukim olursa olsun** KEYK düzenlemesi kapsamına girmeyen faaliyetlerle uğraşan (EAT testinin şartlarını sağlayan) iştiraklerden elde edilmesi gerekmektedir¹⁶⁵⁵.

Tablo 10
Holding Şirket İstisnası Uygulaması



İstisnanın uygulanması için, holding şirketlerin düzenleme kapsamına girmeyen iştiraklerden elde edilen kar payları ve aktif ticari faaliyetlerinden elde edilen gelirlerin toplam kazanç oranı ile ilgili bir oran belirlenmesi zor olmakla birlikte, aktif ticari kazanç istisnasının uygulanmasında birçok ülkede genel olarak % 50 oranının benimsendiği dikkate alındığında, holding şirketler için bu oranın en az % 75 olarak benimsenmesi mümkündür¹⁶⁵⁶. Avusturya (taslak)¹⁶⁵⁷ ve Finlandiya'da¹⁶⁵⁸ bu oran, yukarıda belirtildiği üzere "tamamına yakını" olarak, İngiltere'de "gayrisafi kazancın % 90'ı"¹⁶⁵⁹ olarak belirlenmiştir. İspanya KEYK düzenlemesine göre, iştirak edilen kurumdan elde edilen kar payının, kazancın en az % 5'ini oluşturması ve iştirakin gelirlerinin en az % 85'inin aktif karakterli gelirlerden oluşması durumunda (business

¹⁶⁵⁵ Arnold, *CFC*, s.334; OECD, *CFC*, s. 74.

¹⁶⁵⁶ Arnold, *CFC*, s. 482; OECD, *CFC*, s. 74.

¹⁶⁵⁷ Haslinger, s. 81.

¹⁶⁵⁸ Helminen, *Finland*, s. 199.

¹⁶⁵⁹ Bkz., HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm205160.htm> (21.01.2009).

participation), elde edilen kar payları pasif karakterli gelir olarak kabul edilmemekte, dolayısıyla KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmemektedir¹⁶⁶⁰.

KVK'nın 7. maddesinde bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle iştirak edilen yabancı kurumlar tarafından elde edilen kar payları kaynağına bakılmaksızın pasif gelir olarak kabul edilmekte ve KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilmektedir. Yukarıda belirtilen ülkelerde de uygulandığı gibi ülkemizde de, toplam gelirinin belli bir oranı (örneğin en az % 51'i) aktif karakterli gelirlerden oluşan veya düzenleme kapsamında olmayan iştiraklerden/alt firmalardan elde edilen kar paylarına yönelik bir istisna hükmü getirilmesi, müessesenin amacına uygun olacaktır.

ee. "İyi Niyet" Testinin Uygulanması

İyi niyet testine bağlı bir istisna uygulaması, gerçek amacı vergiden kaçınma olmayan KEYK'lerin, KEYK düzenlemesi kapsamı dışında kalmasını sağlayan bir uygulamadır. KEYK düzenlemesinin temel amaçlarından birisinin, bir ülkenin vergi gelirlerinin, düşük vergili ülkelerde kurulan yabancı kurumlar vasıtasıyla azaltılmasının önlenmesi olduğundan, iyi niyet testine bağlı bir istisna uygulaması, sadece düzenleme ile uyumlu bir uygulama olmayıp, aynı zamanda bu düzenlemenin bir tamamlayıcısıdır, çünkü KEYK düzenlemeleri mukim ortakların yabancı ülkelerde sürdürdükleri gerçek ticari ve sınaî faaliyetleri etkilememekte, bu faaliyetlerin dışında kalan faaliyetleri kapsamına almaktadır¹⁶⁶¹.

Bu istisna, KEYK düzenlemeleri ile uyumlu bir düzenleme olmakla birlikte, gerçeklerin değerlendirilmesi noktasında vergi idaresine geniş yetkiler sağlaması açısından eleştirilmektedir¹⁶⁶².

İtalya KEYK düzenlemesi kapsamında uygulanan "*iyi niyet*" istisnasının amacı "*vergiden kaçınma amacıyla kurulmayan şirketlerin düzenleme kapsamında değerlendirilmemesi*" şeklinde ifade edilmekte ve mukim ortakların, yatırımlarını yönlendirmede yabancı kurumların avantajlı vergi oranına sahip ülkeler veya bölgelerde kurulu olmasının bir etkisi bulunmadığının ortaya koymaları halinde, KEYK düzenlemesi uygulanmamaktadır¹⁶⁶³. Bu istisnanın uygulanabilmesi için, yabancı kurumun gelirinin en az

¹⁶⁶⁰ Almudi, s. 565.

¹⁶⁶¹ Arnold, *CFC*, s. 492.

¹⁶⁶² Favi, s. 359.

¹⁶⁶³ Favi, s. 358; Cottani ve Tonino, s. 19.

% 75 inin, siyah listede yer almayan bir ülkede elde edilmesi, bu ülkede normal oranda vergilendirilmesi ve aynı şekilde, KEYK'in düşük vergili bir ülkede, işyeri kurmak vasıtasıyla gelir elde ettiği durumlarda da işyerine atfedilebilecek gelirin, KEYK'in mukim olduğu ülkede, normal oranda vergiye tabi tutulması gerekmektedir¹⁶⁶⁴.

İyi niyet testine bağlı sübjektif bir istisna uygulaması sadece İngiltere KEYK düzenlemesi kapsamında yer almaktadır¹⁶⁶⁵. İstisnanın işlem (transaction limb) ve sebep (reason limb) olmak üzere¹⁶⁶⁶ iki ayağı bulunmakta olup¹⁶⁶⁷, bir hesap dönemi içerisinde aşağıdaki şartların gerçekleşmesi halinde¹⁶⁶⁸ mukim hissedarlara yabancı kurumun dağıtılmamış karları üzerinden herhangi bir gelir atfedilmemektedir¹⁶⁶⁹;

- a) Bir hesap dönemi içerisinde, KEYK'in karlarını etkileyen bir işlemin (veya iki veya daha fazla işlemin bir arada), İngiltere'de ödenmesi gereken vergide bir azalmaya neden olmaması (azalma çok düşük miktarda olsa da, işlemin gerçek amacının veya amaçlarından birisinin vergide azalma yaratmak değilse),
- b) KEYK'in, bir hesap dönemi içerisinde varlığının ana nedeni veya nedenlerinden birisinin, karların İngiltere dışında tutulması veya aktarılması suretiyle İngiltere'de ödenmesi gereken verginin azaltılması olmaması.

İyi niyet testi¹⁶⁷⁰, her hesap dönemi için ayrı ayrı uygulanmaktadır¹⁶⁷¹.

İngiliz hukukuna ilişkin olarak AAD'de görülen Cadbury Schewepes davasında AAD Savcısı (Advocate General) bir kuruluşun vergiden kaçınma amacıyla gerçekleştirilen,

¹⁶⁶⁴ Favi, s. 358; Cottani ve Tonino, s. 20.

¹⁶⁶⁵ OECD, *CFC*, s.74.

¹⁶⁶⁶ Herbert Smith, "Courts Clarify the CFC Motive Test Exemption", *International Tax Review*, <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=12610&SID=469740&SM=&SearchStr=%22motive%20exemption%22> (20.01.2009).

¹⁶⁶⁷ HM Revenue and Customs, INTM 208020, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm208020.htm> (20.01.2009); Graziani, s. 10; Uyanık, s. 283.

¹⁶⁶⁸ Brinker ve Sherman, s. 22.

¹⁶⁶⁹ HM Revenue and Customs, INTM 208020, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm208020.htm> (20.01.2009); Graziani, s. 10.

¹⁶⁷⁰ İngiltere Gelir İdaresi'nin resmi internet sitesinde uygulama ile ilgili örnekli ve detaylı açıklamalar yapılmaktadır, Bkz., HM Revenue and Customs, INTM 208010, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm208010.htm> (20.01.2009).

¹⁶⁷¹ HM Revenue and Customs, INTM 208020, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm208020.htm> (20.01.2009).

"tamamen yapay bir girişim" olup olmadığının belirlenebilmesi için unsurları aşağıda belirtilen üçayaklı bir test uygulanması gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁷²:

- d) Yavru şirketin, düşük vergili ülkede faaliyeti ile orantılı olmak üzere personel, bina, ekipman gibi belli bir düzeyde fiziki varlığa sahip olması,
- e) Faaliyetlerinin "gerçek" yapıda olması, yani, işletmenin personelinin, işletmenin faaliyetlerini gerçekleştirmeye yetecek uzmanlık düzeyinde olması,
- f) İşletmenin faaliyetlerinin ekonomik değer taşıması.

Söz konusu test, işlemlerin sübjektif yönünü ortaya koyması açısından, İngiltere hukukunda yer alan iyi niyet testi ile karşılaştırılmakta ve iyi niyet testinin aynı amaç doğrultusunda kullanılabilmesi için yeterli güce sahip olup olmadığı tartışılmaktadır. AAD Savcısı tarafından ileri sürülen testin en önemli unsuru olan "fiziksel varlık" unsuruna yöneltilen iki eleştiriden bir tanesi; söz konusu testin, fiziksel varlığa odaklanması, iyi niyet testinin ise böyle bir unsur taşımaması, ikincisi ise; yavru şirketin yabancı ülkede gerçekten mukim olmaması, faaliyetlerinin tamamen İngiltere'den yönetilmesi ve yabancı ülkedeki varlığının tamamen fiktif olması ve hiçbir ekonomik faaliyet ile uğraşmaması durumunda, söz konusu şirketin İngiltere'de mukim olduğunun kabul edilecek olmasıdır¹⁶⁷³.

KEYK düzenlemesinin, sadece objektif koşulları içermesi durumunda, yurt dışında yapılan ve yasada yer alan objektif koşulları taşıyan yatırımların vergiden kaçınma amacıyla yapıldıkları varsayılmakta ve buna vergisel sonuçlar bağlanmaktadır. Dolayısıyla, şartları haiz yurt dışı yatırımların vergiden kaçınma amacını taşıyan yatırımlar olduğuna dair bir kanuni karine oluşturulduğundan, gelir idaresi tarafından gerçekleştirilen tarhiyata karşı ispat yükü mükelleflere düşmekte ve KEYK'e ilişkin işlemlerin vergiden kaçınma amacıyla gerçekleştirilmemiş olduğu mükelleflerce yemin hariç her türlü delille ispatlanabilmektedir.

d. Kurumun Borsaya Kayıtlı (Halka Açık) Olması

KEYK'in borsaya kayıtlı olması şartıyla uygulanan istisnanın ardında yatan varsayım, hisselerinin önemli bir bölümü halka açık olan şirketlerin kar dağıtımına ilişkin ticari

¹⁶⁷² Whitehead, s. 683.

¹⁶⁷³ Whitehead, s. 684.

kısıtlamalara tabi olacağı ve daha az ihtimalle grup şirketleri tarafından vergiden kaçınma aracı olarak kullanılacağı varsayımıdır¹⁶⁷⁴.

Sadece İngiltere KEYK düzenlemesi örneğinde görülen bu istisna, KEYK'in en azından oy hakkı sağlayan hisselerinin % 35'inin, KEYK'in mukim olduğu ülkede geçerliliği kabul edilen borsada kayıtlı olması ve hisselerin önemli bir kısmının da kamu tarafından sahip olunması şartıyla uygulanmakta idi¹⁶⁷⁵. Ancak oldukça yüksek oranda vergiden kaçınmaya neden olan bu istisna uygulaması, Cadbury Schweppes davasının AAD tarafından karara bağlanmasının ardından İngiltere Gelir İdaresi tarafından, KEYK düzenlemesinin AAD kararlarına uygunluğunun sağlanması amacıyla getirilen düzenleme ile 6 Aralık 2006 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır¹⁶⁷⁶.

e. Asgari Yatırım-Gelir Eşiğinin Altında Kalınması

KEYK tarafından elde edilen pasif karakterli gelirin veya toplam gelirin belirli bir tutarın altında kalması (de minimus amount) durumunda, ortakların paylarına düşen tutarların hesaplanmasına gerek bulunmadığını ifade eden bir istisna uygulamasıdır¹⁶⁷⁷. Asgari gelir-yatırım eşiğinin, sabit bir tutar olarak belirlenmesi ya da pasif karakterli gelirlerin veya toplam gelirin belli bir yüzdesi olarak belirlenmesi mümkündür. İstisnanın ardında yatan neden, düzenlemenin uygulanmasında kolaylık ve sadelik sağlanmasıdır¹⁶⁷⁸.

ABD KEYK düzenlemesine göre, KEYK tarafından elde edilen sigorta gelirleri ve üs şirket gelirlerinin toplamının 1 milyon ABD Dolarından ve KEYK'in toplam gelirinin % 5'inden az olması durumunda¹⁶⁷⁹ KEYK'in gelirleri vergilendirilmemekte, buna karşın, KEYK tarafından elde edilen sigorta gelirleri ve üs şirket gelirlerinin toplamının, KEYK'in toplam gelirinin % 70'inden fazla olması durumunda, KEYK'in tüm gelirleri KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmektedir¹⁶⁸⁰.

İngiltere KEYK düzenlemesine göre ise, KEYK'in bir hesap dönemi içerisindeki dağıtılabilir karının 50.000£ tutarının altında kalması halinde, mukim hissedarlara gelir

¹⁶⁷⁴ OECD, *CFC*, s.75.

¹⁶⁷⁵ Graziani, s. 10.

¹⁶⁷⁶ HM Revenue and Customs, Pre-Budget Report 2006, <http://www.hmrc.gov.uk/pbr2006/pbrn1.htm> (20.01.2009).

¹⁶⁷⁷ Arnold, *CFC*, s. 490.

¹⁶⁷⁸ Arnold, *CFC*, s. 490; OECD, *CFC*, s.75.

¹⁶⁷⁹ IRC, §.954-b/3-B.

¹⁶⁸⁰ Arnold, *CFC*, s. 492; OECD, *CFC*, s. 75; Sullivan, s. 33.

atfedilmemekte ve hesap döneminin 12 aydan az olması halinde, bu tutar orantılı olarak azaltılmaktadır¹⁶⁸¹.

Avustralya¹⁶⁸², Kanada¹⁶⁸³, İspanya¹⁶⁸⁴, ve Almanya¹⁶⁸⁵ KEYK düzenlemeleri de söz konusu istisnayı içermektedir.

Bu istisnanın toplam gelirin belli bir yüzdesi olarak uygulanması durumunda, uygulamaya yöneltilen olumsuz eleştirilerden birisi, yüksek ciroya sahip KEYK'lerde çok yüksek tutarlarda istisna uygulamasına neden olması¹⁶⁸⁶, bir diğeri ise düşük vergili ülkelerin vergiden kaçınma amacıyla kullanılmasına istisna tutarına kadar yasal bir imkân sağlamasıdır¹⁶⁸⁷.

Bu istisna, 5520 sayılı KVK'nın 7. maddesinde yer alan tek istisnadır. Buna göre, 100.000,-TL¹⁶⁸⁸ KEYK'in tanımlanmasına ilişkin tutarı belirlemesinin yanı sıra, KEYK düzenlemesi hükümlerinin uygulanabilmesi için gerekli olan tutarı da ifade etmektedir. Buna göre, bir yabancı kurumun KEYK olarak tanımlanması için gerekli olan diğer tüm koşullar bulunsa dahi, yurt dışında kurulu iştirakin ilgili yıldaki toplam gayrisafi hâsılatının 100.000.-TL karşılığı yabancı parayı geçmemesi halinde, mukim ortaklara gelir atfedilemeyeceğinden, bu tutar aynı zamanda asgari gelir eşliğine bağlı bir istisnadır.

II- VERGİYİ DOĞURAN OLAY

VUK'un 19. maddesinde; "*Vergi alacağı vergi kanunlarının vergiyi bağladıkları olayın vukuu veya hukuki durumun tekemmülü ile doğar.*" hükmü yer almaktadır. Vergiyi doğuran olay vergilendirme işleminin sebep unsurunu¹⁶⁸⁹ oluşturur ve herhangi bir somut vergi ilişkisi

¹⁶⁸¹ HM Revenue and Customs, INTM 207000, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM207000.htm> (20.04.2009); Graziani, s. 10; Ullah, s. 614; Brinker ve Sherman, s. 21.

¹⁶⁸² KEYK'in, benzer vergi sistemine sahip olduğu kabul edilen bir ülkede (BELC) mukim olması halinde, vergi matrahının (notional assessable income) 50.000 AU\$ altında kalması veya toplam cirosunun % 5'inden az olması durumunda, mukim ortaklara gelir atfedilmemektedir, Greenleaf, s. 63.

¹⁶⁸³ KEYK tarafından elde edilen pasif karakterli gelirlerin ilgili hesap dönemi içerisinde 5.000 C\$ tutarının altında kalması halinde, mukim ortaklara gelir atfedilmemektedir, OECD, CFC, s.75.

¹⁶⁸⁴ Hem KEYK tanımlamasında, hem de mukim ortaklara atfedilecek gelirin belirlenmesinde sadece pasif karakterli gelirleri dikkate alan İspanya KEYK düzenlemesine göre bir yabancı kurum, elde edilen pasif karakterli gelirlerin, toplam gelir içerisinde % 15 oranını veya gayrisafi gelirlerin % 4 oranını aşmaması durumunda, düzenleme kapsamında vergilendirilmemektedir, Almudi, s. 567.

¹⁶⁸⁵ Almanya KEYK düzenlemesine göre, yabancı kurum tarafından elde edilen pasif karakterli gelirlerin, kurumun toplam geliri içindeki oranının % 10'un altında kalması ve ilave olarak tam mükellef gerçek ve tüzel kişi ortaklar tarafından elde edilen pasif karakterli gelirlerin miktar olarak 62.000 € nun altında kalması halinde, KEYK düzenlemesi uygulanmamaktadır, Förster ve Schmidtman, s. 480.

¹⁶⁸⁶ OECD, CFC, s.76.

¹⁶⁸⁷ Arnold, CFC, s. 490.

¹⁶⁸⁸ Kanunda YTL olarak yer almaktadır.

¹⁶⁸⁹ Karakoç, s. 234.

vergiyi doğuran olayla başlar¹⁶⁹⁰, vergiyi doğuran olayın meydana gelmesi ile vergi borcu kendiliğinden doğar¹⁶⁹¹.

Gelir vergilerinde vergiyi doğuran olay "*elde etme*" dir. GVK'nın 1. maddesinde gelir, bir gerçek kişinin bir takvim yılı içinde elde ettiği kazanç ve iratların safi tutarı olarak tanımlanırken, vergiyi doğuran olay "*elde etme*" kavramına bağlanmıştır¹⁶⁹². GVK'da vergiyi doğuran olayın gerçekleşme zamanı, yani elde etme, verginin konusu gelirin niteliğine göre farklı esaslara bağlanmış¹⁶⁹³, gelir türleri açısından farklı elde etme ölçütleri belirlenmiştir¹⁶⁹⁴. Bunlar; tahakkuk, tahsil ve bunlara ilaveten gelir üzerinde "*hukuki ve ekonomik tasarruf imkânının doğuşu*" olarak sıralanabilir¹⁶⁹⁵. Tahsil, edimin ifası¹⁶⁹⁶ veya eylemli tasarruf¹⁶⁹⁷ olarak tanımlanırken; tahakkuk, alacak olarak doğma şeklinde açıklanmaktadır¹⁶⁹⁸. "*Hukuki tasarruf*", gelir sahibinin gelir üzerinde talepte bulunma hakkının doğması¹⁶⁹⁹, yani gelirin sahibi tarafından talep edilebilir hale gelmesidir¹⁷⁰⁰. "*Ekonomik tasarruf*" ise ödemeyi yapacak olanın, geliri sahibinin emrine hazır bulundurması¹⁷⁰¹, yani ödemeyi yapacak olan tarafından, gelirin sahibinin emrine amade kılınmasını ifade eder¹⁷⁰². Ekonomik tasarruf, gelirin, ödemeyi yapacak olan tarafça da, eylemli ödemeye hazır tutulmasıdır ve hukuki tasarruf, karine olarak ekonomik tasarrufu da kapsar¹⁷⁰³. Gelirin konusunu oluşturan edimin, hukuki ya da fiili anlamda gerçekleşmemiş olması, alacağın doğmuş olması koşuluyla elde etmeyi etkilemez¹⁷⁰⁴.

GVK kapsamında, hisse senetleri ve iştirak payları karşılığında elde edilen kazançlar, GVK'nın 75. maddesinde menkul sermaye iradı olarak kabul edilen kar payları arasında sayılmaktadır. GVK'ya göre, kar paylarında "*elde etme*", gelirin hukuki ve ekonomik tasarruf etme imkânının doğmuş olmasına bağlanmıştır. Anonim, limited ve paylı komandit şirketler tarafından dağıtılan kar paylarında, şirket tarafından kurum kazancının dağıtım kararı alınmış

¹⁶⁹⁰ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 87.

¹⁶⁹¹ Karakoç, s. 234.

¹⁶⁹² Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 248.

¹⁶⁹³ Kaneti, s. 108 ve 316; Şenyüz, s. 45; Yılmaz Özbalcı, **Gelir Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları**, Ankara: Oluş Yayıncılık, 2002, s. 80.

¹⁶⁹⁴ Kaneti, s. 316; Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 248.

¹⁶⁹⁵ Kaneti, s. 108.

¹⁶⁹⁶ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 251.

¹⁶⁹⁷ Kaneti, s. 317.

¹⁶⁹⁸ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 251.

¹⁶⁹⁹ 19.01.1996 tarih ve 22528 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, 191 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği, "I/B" bölümü.

¹⁷⁰⁰ Kaneti, s. 317; Özbalcı, s. 80;

¹⁷⁰¹ Kaneti, s. 317.

¹⁷⁰² 19.01.1996 tarih ve 22528 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan, 191 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği, "I/B" bölümü.

¹⁷⁰³ Kaneti, s. 317; Talep edilebilir durumda olan bir gelirin, ödemeyi yapacak olan tarafça red ve inkâr edilmesi ya da ödemenin geciktirilmesi durumunda, hukuksal tasarrufun gerçekleşmesine karşılık, ekonomik tasarruf gerçekleşmiş değildir, Kaneti, s. 317.

¹⁷⁰⁴ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 332.

olması, ortaklar tarafından kar paylarına hukuken tasarruf edilmesi anlamına gelir¹⁷⁰⁵. Fakat GVK'nın 85. maddesinde¹⁷⁰⁶, yabancı memleketlerde elde edilen kazanç ve iratların, mükellefin bunları Türkiye'de hesaplarına intikal ettirdiği yılda elde edilmiş olacağı hükme bağlanmaktadır. Kurumlar Vergi Kanununa geçildiğinde, kurumlar vergisi açısından da vergiyi doğuran olay "*elde etme*" dir. KVK'nın 6/1. maddesine göre, kurumlar vergisi, mükelleflerin bir hesap dönemi içinde *elde ettikleri* safi kurum kazancı üzerinden hesaplanır. KVK'nın 6/2. maddesinde ise, "*safi kurum kazancının tespitinde, Gelir Vergisi Kanununun ticarî kazanç hakkındaki hükümleri uygulanır*" hükmü yer almaktadır. Bu çerçevede, kurum kazancının hesaplanmasında GVK'nın ticari kazançlara ilişkin hükümleri uygulanmakta, elde etme bakımından, gelirin alacak olarak doğmuş olması, yani tahakkuk gerekli ve yeterli bir koşul olarak kabul edilmektedir¹⁷⁰⁷.

KVK bakımından, yurt dışındaki iştiraklerden kar payları GVK'nın 85. maddesi çerçevesinde, hesaplara intikal tarihinde veya tasarruf tarihinde elde edilmiş kabul edilmektedir. Bu açıdan hesaplara intikal veya tasarruf ile tahsil/transfer arasında bir fark vardır. Bununla beraber, genel hükümlerin uygulanmasından çıkan bu sonuç, KEYK kazançları söz konusu olduğunda farklılaşmaktadır. Şöyle ki, yabancı kurumların ortaklarının KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmelerinin nedeni, ortakların yabancı kurumu kontrol etmeleri ve yabancı kurum üzerinde sahip oldukları bu önemli etkiye bağlı olarak kar dağıtım kararlarını etkilemeleri ve/veya engellemeleri nedeniyle henüz dağıtılmamış olan yabancı kurumdan elde edilecek gelirlerin vergilendirilmesidir. Düzenleme, ortakların, yabancı kurum üzerinde sahip oldukları bu önemli etkiyi kullanmamaları ve yabancı kurumun mukim olduğu ülke hukukuna göre kar dağıtımına engel herhangi bir engel olmaması durumlarında kar dağıtımının genel hükümler kapsamında gerçekleşeceği varsayımına dayanmaktadır. Bu nedenle, kontrol eden ortakların kar dağıtım kararı alınmasını engellemeleri; ortakların kar paylarına hukuken tasarruf etmemeleri ve vergiyi doğuran olayın gerçekleşmemesi anlamına gelmekte, dolayısıyla da yabancı ülkelere elde edilen söz konusu gelirler Türkiye'de vergilendirilememekte/vergi dışı kalmaktadır. Bu nedenle, KVK'nın 7. maddesi KEYK kazançlarının elde edilmesine ilişkin olarak özel bir düzenleme de içermektedir. KVK'nın 7/4.

¹⁷⁰⁵ Şirket yetkili organlarıncı kar dağıtımına ilişkin hukuki prosedür tamamlanamakla birlikte, kar payının fiilen dağıtıldığı ve ortak tarafından tahsil edildiği durumda da fiili tasarruf gerçekleşeceğinden, kar payı elde edilmiş olacaktır, 19.01.1996 tarih ve 22528 sayılı Resmî Gazetede yayınlanan, 191 Seri No.lu Gelir Vergisi Genel Tebliği, "I/B" bölümü.

¹⁷⁰⁶ GVK md. 85: "*Yabancı memleketlerde elde edilen kazanç ve iratlar:*

1. *Mükellefin bunları Türkiye'de hesaplarına intikal ettirdiği yılda;*

2. *Türkiye'de hesaplara intikal ettirilmemesinin mükellefin iradesi dışındaki sebeplerden ileri geldiği tevsih olunan hallerde, mükellefin bunlara tasarruf edebildiği yılda; elde edilmiş sayılır."*

¹⁷⁰⁷ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 332.

maddesine göre, " Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir". Bu hüküm, KEYK kazancının elde edilmesi açısından vergiyi doğuran olayı belirlemekte, kazancın yurtdışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayın rast geldiği tarih itibarıyla elde edildiğini düzenlemektedir.

III- VERGİ MATRAHI: ORTAKLARA ATFEDİLECEK KURUM KAZANCI

KEYK'in tanımlanması, kazancının tespiti ve söz konusu kazancın atfedileceği ortakların belirlenmesinden sonra ortaklar nezdinde vergilendirilecek matrahın belirlenmesi gerekmektedir. KEYK düzenlemesi kapsamında mukim ortaklara atfedilecek gelirin hesaplanmasında iki ayrı gelir türünün dikkate alınması gerekmektedir. Bunlardan birincisi, KEYK'lerin bir hesap dönemi içerisinde elde ettikleri ve KEYK kazancı olarak tanımlanan kazanç, diğeri ise KEYK hisselerinin elden çıkarılmasından elde edilen kazançtır. Bu gelir türlerinin atfedilmesinde her iki gelir türü için aynı yöntem kullanılabilmesi gibi, farklı yöntemler de kullanılabilir.

KEYK'in kazancı esas alınmak suretiyle hissedarlara atfedilecek matrahın tespit edilmesinde kullanılan iki yöntem olan kurum yöntemi ve kazanç/gelir ayrıştırması yöntemi gibi, mukim ortaklara atfedilecek gelirin niteliğinin belirlenmesinde de iki temel yöntemden yararlanılmaktadır. Bunlar, fiktif kar payı dağıtım yöntemi ve kurum perdesinin kaldırılması yöntemi olarak adlandırılmaktadır.

1. Atfedilecek Kurum Kazancını Hesaplama Yöntemi

Doğrudan kontrolün bulunduğu durumlarda, KEYK'in ilgili vergilendirme döneminde elde etmiş olduğu kurum kazancının mukim ortaklara atfedilmesinde herhangi bir sorunla karşılaşılmamaktadır. Gelir atfedilmesi öngörülen mukim ortakların, yabancı kurumda sahip oldukları hisse oranı, atfedilecek kurum kazancının tespitinde doğrudan kullanılmaktadır. İlgili hesap dönemi içerisinde sahip olunan pay miktarında değişiklik olması halinde, atfedilecek gelirin hesaplanmasında kullanılacak pay oranına, yılsonunda sahip olunan pay oranı esas

alınabileceği gibi, yıl içerisinde sahip olunan ortalama pay oranı (average holding of share capital)¹⁷⁰⁸ da esas alınabilir.

Dolaylı kontrolün bulunduğu durumlarda ise atfedilecek kurum kazancının hesaplanmasında farklı yöntemler kullanılmaktadır. Bu yöntemlerden bir tanesi, dolaylı iştirake aracılık eden kurumların/iştiraklerin şeffaf kurumlar olarak kabul edilerek, yani doğrudan "*atlama yöntemi (leapfrog approach)*"¹⁷⁰⁹ kullanılmak suretiyle, dolaylı kontrol edilen yabancı kurumun ilgili dönem kazancının doğrudan mukim ortaklara atfedilmesi, diğer yöntem ise dolaylı olarak kontrol edilen yabancı kurumun ilgili dönem kazancının önce dolaylı kontrole aracılık eden kurumlara/iştiraklere atfedilmesi, daha sonra da bu kurumların ilgili dönem kazançlarının mukim ortaklara atfedilmesi yöntemidir¹⁷¹⁰. Dolaylı iştirak edilen KEYK'lerin vergilendirilmesinde bu ya da buna benzer bir yöntemin benimsenmesi, ortaklara atfedilen gelirlerin vergilendirilmesinde, ortaya çıkan çifte vergilendirme sorununu da¹⁷¹¹ önlemektedir.

Birinci yöntemi benimseyen ülkelere, Almanya¹⁷¹² KEYK düzenlemesi, ikinci yöntemin benimsendiği ülkelere ise ABD¹⁷¹³ KEYK düzenlemesi örnek gösterilebilir. Uygulamada genellikle ikinci yöntemin benimsendiği tespit edilmektedir.

Dolaylı kontrolün var olduğu durumlarda atfedilecek kazancın belirlenmesinde hangi yöntem benimsenmiş olursa olsun, dolaylı kontrolde kontrol oranının belirlenmesinde kullanılan yöntemle¹⁷¹⁴ uyumlu olarak uygulanması ve mukim ortaklara, dolaylı kontrolde sahip oldukları kontrol oranına uygun olarak gelir atfedilmesi gerekir.

5520 sayılı KVK'nın 7/4. maddesinde, doğrudan kontrolün var olduğu durumlarda, Türkiye'de mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklara atfedilecek gelirin hesaplanma yöntemine ilişkin aşağıdaki hükümler yer almaktadır:

"Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi

¹⁷⁰⁸ Avusturya taslak düzenlemesinde bu kural benimsenmektedir, Bkz., Haslinger, s. 83.

¹⁷⁰⁹ Arnold, *CFC*, s. 493; Bkz., Bölüm § 7/ I-2/b-bb/bbb-bbbb kısım.

¹⁷¹⁰ Favi, s. 360.

¹⁷¹¹ Estonya KEYK düzenlemesinde, bu konuya ilişkin herhangi bir belirleme yer almadığından, dolaylı olarak sahip olunan KEYK hissesine bağlı olarak elde edilen kazançlarda, çifte vergilendirme sorunu ortaya çıkmaktadır, Bkz., Uustalu, s. 179.

¹⁷¹² Wuebbelsmann ve Post, s. 19; Förster ve Schmidtman, s. 482.

¹⁷¹³ Sullivan, s. 30.

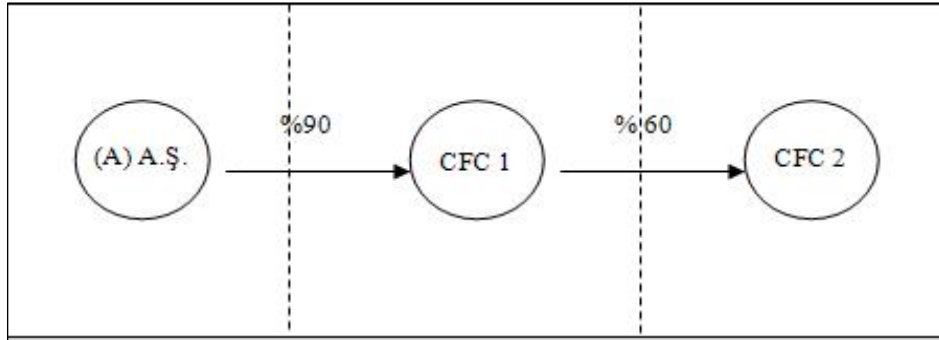
¹⁷¹⁴ Bkz., Bölüm § 9/ I-2 kısım.

*itibarıyla tam mükellef kurumların, **kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dâhil edilir.**" Maddenin uygulama esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KV Genel Tebliği'nin "7.3." bölümünde ise; "Madde kapsamına giren kontrol edilen yabancı kurumların Türkiye'de vergiye tabi tutulacak kazancı, zarar mahsubu dâhil giderler düşüldükten istisnalar düşülmeden önceki, vergi öncesi kurum kazançları olacaktır.*

Kontrol edilen yabancı kurumun geçmiş yıl zararları nedeniyle dağıtılabılır kârının olmaması durumunda Türkiye'de vergilendirilecek bir kazançtan söz edilemeyecektir. Yurt dışı iştiraktan elde edilmiş sayılan kazancın hesaplanmasında, yurt dışı iştirakin ilgili hesap döneminin kapandığı tarihte sahip olunan iştirak oranı (sermaye, kâr payı veya oy kullanma hakkı oranı) dikkate alınacaktır.

Kontrol edilen yabancı kurumun kârının sermayeye eklenmesi durumunda da söz konusu kazanç anılan madde hükümleri çerçevesinde vergilendirilecektir...." denilmektedir.

Hukuki kontrolü benimseyen KEYK düzenlemesi, dolaylı kontrol yöntemi olarak hem "dikey/doğrusal dolaylı kontrol yöntemi"ni, hem de "yatay/çoklu dolaylı kontrol yöntemi"ni, hesaplama yöntemi olarak da "değişken oranlı hesaplama yöntemi"ni benimsemektedir¹⁷¹⁵. Maddenin uygulama esaslarının yer aldığı Tebliğ'deki 2 numaralı örnek ise aşağıdaki gibidir:



"Tam mükellef kurumların dolaylı iştirak ettiği kontrol edilen yabancı kurum kazançları da doğrudan iştirak ettiği yabancı kurum kazançları gibi tespit edilecek olup, örneğe göre, (A) A.Ş.'nin iştirak ettiği her iki şirket de diğer şartların gerçekleşmesi durumunda kontrol edilen yabancı kurum sayılacak ve her iki şirketin kazancı da Türkiye'de vergiye tabi tutulacaktır. Her iki şirketin kazancının da Türkiye'de vergiye tabi tutulmasından sonra, şirketler arasında kâr dağıtımı olması durumunda (Örneğin CFC 2'nin CFC 1'e kâr dağıtması durumunda); daha önce vergilenen CFC 2 kârının CFC 1 kârı olarak tekrar Türkiye'de vergiye tabi tutulması söz konusu olmayacaktır."

¹⁷¹⁵ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-b/bb-ccc kısım.

Örneğe göre, dolaylı iştirak edilen yabancı kurumlardan elde edilen kazançların vergilendirilmesinde, dolaylı kontrolün hesaplama yöntemi ile uyumlu bir yöntem benimsendiği anlaşılmaktadır. Buna göre, ülkemiz KEYK düzenlemesi dolaylı kontrolün tespitinde, "*değişken oranlı hesaplama yöntemi*"ni benimsemiş olduğundan¹⁷¹⁶, KEYK kazancının Türkiye'de mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklar tarafından dolaylı olarak iştirak edilen KEYK kazançlarından mükelleflere atfedilecek tutarların belirlenmesinde de bu yöntemle göre hesaplanan oranların kullanılmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır. Buna göre, dolaylı olarak iştirak edilen KEYK'lerde mükellefin belirlenmesinde benimsenen "*atlama yöntemi*" çerçevesinde, tam mükelleflerce doğrudan iştirak edilen KEYK tarafından iştirak edilen ve KEYK olarak tanımlanan bütün yabancı kurumlar ile bunların iştirak ettikleri KEYK'lerin, "*değişken oranlı hesaplama yöntemi*"ne göre hesaplanan kazançları, doğrudan iştirak edilen KEYK'in Türkiye'de mukim ortaklarına atfedilecektir.

Diğer taraftan Tebliğ'de; KEYK'in kârının sermayeye eklenmesi durumunda da söz konusu kazancın anılan madde hükümleri çerçevesinde vergilendirileceği belirtilmektedir. Söz konusu uygulama iki açıdan eleştiri konusudur. Birincisi, başka herhangi bir olumsuz tespit bulunmadığı sürece, karın sermayeye ilave edilmiş olması, işletmenin verimliliği ve ticari hayatının sürdürülmesi açısından zorunlu bir işlem olabilir ya da yabancı kurumun mukim olduğu ülkede, kazancın sermayeye ilave edilmesine yönelik özel düzenleme bulunabilir. Bu durumda, mükelleflerin vergiden kaçınma amacından söz edilmesi mümkün olmayacak, dolayısıyla KEYK düzenlemesi amacını aşan bir uygulama özelliği taşıyacaktır. Mükelleflerin azınlık hissedarı konumunda olduğu hallerde de kar dağıtım kararı üzerinde etkili olamamaları nedeniyle, aynı durum söz konusudur. İkincisi ise yasada bu yönde bir düzenleme yer almadığı halde Tebliğ ile uygulamaya yön verilmiş olmasıdır. Bu yasal boşluğun Tebliğ düzenlemesi ile değil, yasa koyucu tarafından doldurulması gerekir.

Diğer taraftan ortaklara atfedilecek gelirin hesaplanmasında yabancı kurumun hesap döneminin kapandığı tarihte sahip olunan iştirak oranının dikkate alınması gerekir¹⁷¹⁷.

Uygulamada karşılaşılabilecek olan ve dikkate alınması gereken bir başka sorun da, yabancı kurumda sahip olunan hisselerin, yabancı kurumun ilgili hesap dönemi içerisinde muvazaalı bir şekilde elden çıkarılması ve bundan dolayı hesap dönemi sonunda herhangi bir

¹⁷¹⁶ Bkz., § 7 Bölüm I/2-b/bb-bbb kısım.

¹⁷¹⁷ Bkz., § 9 Bölüm I/4 kısım.

iştirakin söz konusu olmaması durumunda, yabancı kurumun mukim ortaklarına, yani hisselerini muvazaa ile elden çıkartan ortaklarına atfedilecek gelirin hesaplanmasında ortaya çıkmaktadır.

KVK'nın 7. maddesinin uygulanmasına ilişkin olarak yayınlanan Genel Tebliğ'de; "Yurt dışı iştirake ilişkin iştirak payının (sermaye, kâr payı veya oy kullanma hakkının) tamamının, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapanmasından önce herhangi bir tarihte **muvazaa olmaksızın** elden çıkartılmış olması halinde, ilgili yurt dışı iştirak hakkında bu madde hükümleri uygulanmayacaktır..." ifadesi yer almaktadır.

Kontrolün tanımlandığı bu başlık altında yer alan bu açıklamanın; "yabancı kurumda ilgili yıl içerisinde herhangi bir tarihte sermaye, kâr payı veya oy kullanma hakkına sahip olmak suretiyle % 50 oranını aşan bir kontrol bulursa dahi, söz konusu kontrolün yabancı kurumun hesap döneminin kapanmasından önce muvazaa dışı devirle ortadan kalkması halinde, yabancı kurumun mukim hissedarlarına ilgili yılda **gelir atfedilmeyeceği**" anlamına gelip gelmediği belirsizdir.¹⁷¹⁸. Ayrıca ifadenin, "muvazaalı devirlerde hissedarlara gelir atfedileceği" anlamına gelmesi, yapılan işlemin yanıltma amacı taşıması nedeniyle düzenlemenin mantığına uygundur. Buna göre, yabancı kurumun hissedarlarına atfedilecek gelirin, yabancı kurumun hesap dönemi sonunda yabancı kurumdaki iştirak oranlarının dikkate alınmasına ilişkin düzenlemeden kaçmak amacıyla, ilgili hesap dönemi içerisinde elden çıkarılması ve KEYK düzenlemesinin uygulanmasının engellenmesi durumunda, muvazaalı satış dikkate alınmaksızın işlem yapılmalıdır. Başka bir ifadeyle, muvazaalı işlemlerde, dönem sonundaki hisse paylaşımının, vergilendirmeye esas alınmaması gerekir¹⁷¹⁹. Ancak yapılacak tarhiyatta, muvazaalı satış sonrası hisseleri elinde bulunduran kişinin KVK'nın 7. maddesi kapsamında mükellefiyetinin bulunup bulunmadığına da dikkat edilmesi gerekir. Aksi takdirde aynı vergi konusu üzerinden iki ayrı kişinin vergilendirilmesi sonucu doğacaktır.

Diğer taraftan, Tebliğ'de; düzenleme kapsamına giren bir kurum tarafından Türkiye'de mukim bir kuruma kâr payı **dağıtılsın ya da dağıtılmasın** KVK'nın "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı" hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Tebliğ'e göre

¹⁷¹⁸ Bkz., § 7 Bölüm, I/2-d kısım. Ayrıca, hedeflenen düzenlemenin bu olması halinde, mükellefin belirlenmesine ilişkin söz konusu ifadenin de verginin yasallığı ilkesi gereğince yasa hükmü haline getirilmesi gerekmektedir, zira KVK'nın 7. maddesinde buna ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır.

¹⁷¹⁹ Aynı yönde, Bkz., Şenyüz, KEYK, s. 29; Erdem de, dönem sonundaki geçerli gerçek durumun esas alınması gerektiğini ifade etmektedir, Tahir Erdem, s. 157.

düzenleme kapsamına giren yabancı kurumların kazançlarını, Türkiye’de mukim ortaklara **dağıtması halinde de** KEYK düzenlemesinin uygulanması gerekmektedir¹⁷²⁰. KEYK düzenlemesinin amacının, düşük vergili ülkelerde kurulan yabancı kurumlar tarafından elde edilen gelirlerin mukim ortaklara dağıtılmayarak vergiden kaçınılmasını önlemek olduğu göz önünde bulundurulduğunda, yabancı kurumlar tarafından belli bir dönem içerisinde elde edilen karın tamamının fiilen mukim ortaklara dağıtılması durumunda, KEYK düzenlemesine gerek duyulmayacağı açıktır¹⁷²¹. Başka bir ifadeyle, yabancı kurum kazancının dağıtılması halinde, yabancı kurumun kazancı ortaklar elinde ve payları oranında genel hükümler çerçevesinde vergiye tabi tutulacağı için, KVK’nın 7. maddesi hükmünün uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Yabancı kurumun hesap dönemi ile mukim gerçek ve tüzel kişi mükelleflerin vergilendirme dönemi farklılıklarından kaynaklanan benzer uyumsuzluklar da, bu durumu değiştirmemektedir. Çünkü dağıtılmış olan kar paylarının KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi, mükellefin vergiden kaçınma niyetine ilişkin bir varsayım üzerine vergilendirme yapılması anlamına gelir ki, bu da tüm KEYK düzenlemeleri tarafından uygulanması gerektiği kabul edilen ve KVK’nın 7. maddesinde de yer alması gereken iyi niyet testinin amacına tamamen aykırıdır. Mükelleflerin vergiden kaçınma amacının varlığına ilişkin açık ve kesin bir tespit olmaksızın KEYK düzenlemesinin uygulanmaması gerekir.

Dolayısıyla, KVK’nın 7. maddesine; KEYK kazancının "*Kurumlar Vergisi Beyannamesinin verildiği tarihe kadar dağıtılmamış olması halinde*" KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirileceğine ilişkin bir hüküm ilave edilmesi ve Tebliğ’de yer alan açıklamanın da bu yönde değiştirilmesi isabetli olacaktır.

2. Atfedilecek Gelirin Niteliği

KEYK’in ortaklarına atfedilmek suretiyle vergilendirilecek kurum kazancının karakterinin/niteliğinin tespit edilmesi, düzenlemenin önemli bir yönünü oluşturmaktadır¹⁷²². KEYK düzenlemesini ihdas etmiş ülkelerin pek çoğunda, ortaklar nezdinde vergilendirilecek gelirin niteliği tanımlanmamıştır¹⁷²³. Ancak ortaklara atfedilecek KEYK kazancı, kurum yöntemi

¹⁷²⁰ Bkz., Aynı yönde, Şenyüz, *KEYK*, s. 26.

¹⁷²¹ Bkz., § 10 Bölüm, I/3-a; Aynı yönde bkz., Tekin, s. 52.

¹⁷²² Vergilendirilecek kurum kazancının niteliğinin belirlenmesinin en önemli etkisi KEYK düzenlemeleri ile vergi anlaşmaları hükümleri arasındaki ilişkide kendini göstermektedir. Bkz., § 12 Bölüm, II kısım.

¹⁷²³ Sandler, s. 15.

ve kazanç/gelir ayrıştırması yönteminden birisi esas alınmak suretiyle hesaplanmakta¹⁷²⁴ ve benimsenen yöntem, atfedilecek kazancın niteliğine ilişkin ipucu vermektedir.

Kurum yöntemini benimseyen KEYK düzenlemeleri kapsamında, KEYK kazancının tamamı herhangi bir gelir ayrıştırmasına gidilmeksizin ortaklara atfedilmektedir¹⁷²⁵. Bu yöntemle göre yapılacak vergilendirmelerde, gelirin ortaklara atfedilmesi yöntemi olarak benimsenen yöntemlerden birisi kurum perdesinin kaldırılması yöntemi, diğeri "*fiktif kar payı dağıtımı yöntemi (fictive distribution approach)*"dir.

KEYK kazançlarının vergilendirilmesinde kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin benimsendiği sistemlerde de, yüksek hareket kabiliyetine sahip faiz, kar payı ve kira geliri gibi pasif karakterli gelirler ile üs şirket gelirleri¹⁷²⁶, nitelikleri değişmeksizin mukim ortaklara atfedilmektedir.

Bununla birlikte, İspanya¹⁷²⁷, Portekiz¹⁷²⁸ ve Finlandiya¹⁷²⁹ örneklerinde olduğu gibi bazı ülke düzenlemeleri, atfedilecek gelirin niteliğinin yanı sıra atfedilme yöntemine ilişkin olarak da açık bir belirleme içermemektedir.

Aşağıdaki bölümlerde, yaygın olarak kullanılmakta olan iki yöntem detaylı olarak incelenmektedir.

a. Fiktif Kar Payı Yöntemi Kapsamında Atfedilecek Gelirin Niteliği

Fiktif kar payı yönteminde, yabancı kurumun hukuki varlığı kabul edilmekte¹⁷³⁰ ve yabancı kurum tarafından elde edildiği kabul edilen kazanç, bir vergi mükellefi olan yabancı kurum nezdinde vergilendirildikten sonra, ikinci aşamada ortaklara atfedilmektedir¹⁷³¹. KEYK'in ilgili dönem kazancının ortaklara dağıtılmış olduğu varsayımı altında, "*fiktif kar payı dağıtımı yöntemi (fictive distribution approach)*" olarak adlandırılan yöntemle uygun olarak mukim ortaklara atfedilmesi durumunda, söz konusu kazanç "*kar payı*" olarak

¹⁷²⁴ Bkz., § 10 Bölüm, III/2 kısım.

¹⁷²⁵ Bkz., § 10 Bölüm, I/1-b kısım.

¹⁷²⁶ Bkz., § 10 Bölüm, I/1-a kısım.

¹⁷²⁷ Almudi, s. 569.

¹⁷²⁸ Borges, s. 539.

¹⁷²⁹ Helminen, *Finland*, s. 201.

¹⁷³⁰ Helminen, *Finland*, s. 200.

¹⁷³¹ Rust, s. 268.

değerlendirilmekte ve buna göre vergilendirilmektedir¹⁷³². Bu yöntemin uygulanmasında, sadece kurumun yılsonu hesaplarının pozitif bir şekilde sonuçlandığı, yani kar elde edildiği durumlarda mukim ortaklara gelir atfedilmesi söz konusudur. Yöntemin uygulanması sonucunda, vergilendirme açısından fiili kar payı dağıtımı ile karşılaştırılabilir bir durum oluşur¹⁷³³.

Finlandiya¹⁷³⁴, Almanya¹⁷³⁵, İsrail¹⁷³⁶ ve Litvanya¹⁷³⁷, ABD¹⁷³⁸ gibi ülkelerde uygulanmaktadır. Portekiz'de¹⁷³⁹ ve İspanya'da¹⁷⁴⁰ uygulanan yöntem ise, fiktif kar payı dağıtımı yöntemi ile kurum perdesinin kaldırılması yönteminin bir karışımı gibidir. İspanya'da da, KEYK gelirlerinin mukim ortaklara atfedilmesinde kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin benimsenmesi, yani KEYK tarafından elde edilen tüm gelirlerin mukim ortaklara atfedilmemesi, sadece pasif karakterli gelirler ve üs şirket gelirlerinin mukim ortaklara atfedilmesi nedeniyle yöntem, fiktif kar payı dağıtımı yöntemi olarak adlandırılmamakta, diğer taraftan, kurum perdesinin kaldırılması yönteminin benimsenmiş olduğundan söz edilmesi de mümkün bulunmamaktadır¹⁷⁴¹. Çünkü düzenleme hükümlerine göre KEYK olarak tanımlanmış olan bir kurumun sadece net pasif karakterli gelirleri ve üs şirket gelirleri mukim ortaklara atfedilmekte, zararlar atfedilmemekte¹⁷⁴², kurum bünyesinde sonraki yıllara devredilebilmektedir¹⁷⁴³. Ancak farklı gelir türlerinde oluşan zararların, diğer gelir türlerinden oluşan karlardan mahsubu mümkün değildir¹⁷⁴⁴. Danimarka'da da bu yöntem özel bir düzenleme (deeming rule) ile birlikte uygulanmakta¹⁷⁴⁵, İsveç'te ise Danimarka

¹⁷³² Bkz., § 6 Bölüm, II/1-b kısım, konunun vergi anlaşmaları karşısındaki durumuna ilişkin tartışmalar için Bkz., § 12 Bölüm, II/3-b kısım

¹⁷³³ Helminen, *Finland*, s. 200.

¹⁷³⁴ Helminen, *Finland*, s. 201; Finlandiya vergi hukukunda "fiktif kar payı (*constructive dividend*)" tanımı yer almaması ve mukim hissedarlara atfedilecek gelire ilişkin yöntemin kurum perdesinin kaldırılması yöntemi olarak tanımlanmasının da mümkün olmaması nedeniyle, yazar Finlandiya'da kullanılan yöntemin, fiktif kar payı yöntemine daha yakın olduğunu belirtmektedir, Helminen, *Finland*, s. 201.

¹⁷³⁵ Rust, s. 259.

¹⁷³⁶ Shalhav, s. 337.

¹⁷³⁷ Bernatois, s. 400.

¹⁷³⁸ Sullivan, s. 18.

¹⁷³⁹ Borges, s. 539.

¹⁷⁴⁰ Almudi, s. 568.

¹⁷⁴¹ Almudi, s. 569.

¹⁷⁴² Almudi, s. 569- 571.

¹⁷⁴³ Almudi, s. 571; Baralt, s. 13.

¹⁷⁴⁴ Almudi, s. 571. Bu amaçla, pasif gelirler 4 kategoride toplanmıştır. Bunlar; (i) taşınmaz mal gelirleri (kira ve sermaye değer artış kazançları), (ii) kar payları, faizler, İspanya hukukuna göre taşınır mal olarak tanımlanmış mallardan elde edilen sermaye değer artış kazançları ve (iv) üs şirket gelirleridir. KEYK kazancının negatif olması durumunda, kazancın içerisindeki pasif karakterli gelir gruplarının herhangi birisinden kar elde edilmesi durumunda, hissedarlar, bu tutarı matrahlarına dâhil etmesi konusunda zorlanmamaktadır, bunun nedeni, zarar eden bir şirketin, sonraki yıllarda kar dağıtımı yapmasının beklenmemesidir, Almudi, s. 571.

¹⁷⁴⁵ Rix, s. 148.

düzenlemesine benzer bir düzenleme¹⁷⁴⁶ ihdas edilmiş bulunmaktadır. Dolayısıyla fiktif kar payı dağıtımı yöntemi her zaman yalın olarak kullanılmamaktadır.

Macaristan KEYK düzenlemesi bu noktada özellik arz etmektedir. Düzenleme kar payı yöntemini benimsemekle birlikte, vergi ertelemesinin önlenmesine ilişkin bir düzenleme olmaması nedeniyle, sadece fiilen dağıtılan kar payları dikkate alınmakta ve sadece Macaristan vergi hukukuna göre tanımlanan kar payları üzerinden vergileme yapılmaktadır¹⁷⁴⁷. Düzenleme kapsamında sadece kurumlar vergisi mükelleflerinin vergilendirilmesi ve yabancı ülkelerde mukim şirketler tarafından gerçekleştirilen kar payı dağıtımlarının vergiden müstesna olması nedeniyle¹⁷⁴⁸, KEYK'ler tarafından gerçekleştirilen kar payı dağıtımları, mukim hissedarlar elinde vergilendirilen¹⁷⁴⁹ tek kar payı türüdür.

KVK'nın 7. maddesinde yer alan esaslar doğrultusunda gerçek kişilerin de düzenleme kapsamında vergilendirileceğini hükme bağlayan GVK'nın 75/2. maddesine göre; Türkiye'de mukim gerçek kişilerin yurtdışı iştiraklerinin karları, maddede belirtilen şartların da gerçekleşmesi durumunda, gerçek kişiler tarafından yurt dışından elde edilmiş kar payı olarak vergilendirilmektedir¹⁷⁵⁰.

b. Kurum Perdesinin Kaldırılması Yöntemi Kapsamında Atfedilecek Gelirin Niteliği

Kurum perdesinin kaldırılması yönteminde, yabancı kurumun hukuki varlığı göz ardı edilmektedir. Bu yöntemi benimseyen sistemlerde, yöntem iki farklı şekilde uygulanmaktadır. KEYK düzenlemesini uygulayacak olan ülkenin vergi hukuku, KEYK bünyesinde oluşan kazancın birinci aşamada bir vergi mükellefi olan yabancı kurum tarafından elde edildiğini kabul ederek ikinci aşamada ortaklara atfedebilmekte ya da kurum bünyesinde oluşan kazancın ortaklar tarafından elde edildiğini kabul ederek doğrudan ortaklara atfedebilmektedir¹⁷⁵¹. KEYK'in ilgili dönem kazancının mukim ortaklarca doğrudan elde edilmiş olduğu varsayımı altında, "*kurum perdesinin kaldırılması yöntemi (piercing the corporate veil approach)*" olarak adlandırılan bu yöntem uygun olarak ortaklara atfedilmesi durumunda, söz konusu kazanç, yabancı ülkede kurulan bir şube vasıtasıyla elde edilmiş bir kazanç gibi

¹⁷⁴⁶ Bkz., Westerlund, s. 18.

¹⁷⁴⁷ Liszicza, s. 305.

¹⁷⁴⁸ Liszicza, s. 310.

¹⁷⁴⁹ Liszicza, s. 305.

¹⁷⁵⁰ Bkz., § 6 Bölüm, II/2 kısım.

¹⁷⁵¹ Rust, s. 268.

değerlendirilmekte ve KEYK tarafından ilgili dönem içerisinde elde edilen kazancın tümü, elde edilen gelirin türü dikkate alınmaksızın payları oranında ortaklara atfedilerek vergilendirilmektedir¹⁷⁵². Atfedilecek gelirin niteliği, KEYK düzenlemesini ihdas etmiş ülkelerin ulusal mevzuatlarına göre belirlenmekte olup, genellikle ticari kazanç olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, çok az ülke düzenlemesi, atfedilecek geliri özel bir şekilde tanımlamaktadır¹⁷⁵³.

Kurum perdesinin kaldırılması yöntemi Avustralya¹⁷⁵⁴, Avusturya¹⁷⁵⁵, Estonya¹⁷⁵⁶, İtalya¹⁷⁵⁷, Hollanda¹⁷⁵⁸, Macaristan¹⁷⁵⁹, Norveç¹⁷⁶⁰ ve Yeni Zelanda¹⁷⁶¹ uygulanmaktadır. Macaristan'da ayrıca, KEYK'in hisselerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar da bu kapsamda vergilendirilmektedir¹⁷⁶².

Avustralya'da kontrol edilen şube kazançlarının ortaklara atfedilmesinde, şube vergilendirmesine eşdeğer bir sistem benimsenmekte ve kazanç, gerçek ve tüzel kişilerin ticari faaliyetlerinden elde edilmiş kazanç gibi değerlendirilmekte, hatta KEYK'in hisseleri, gerçek ve tüzel kişinin kişisel varlığına dâhil olduğu durumlarda dahi, elde edilen gelir kanunda pasif karakterli kazanç olarak tanımlanmamaktadır¹⁷⁶³.

Norveç KEYK düzenlemesi kapsamında atfedilecek gelirin niteliğinin belirlenmesinde ise bu yönetime yakın bir yöntem kullanılmakta olup, "*tüzel kişilik yöntemi (legal entity approach)*" olarak adlandırılmakta, KEYK bir ortaklık olarak kabul edilmekte ve yabancı kurumun kazancı mukim hissedarlara ticari kazanç olarak dağıtılmaktadır¹⁷⁶⁴.

KVK'nın 7. maddesine göre Türkiye'de mukim tüzel kişilerin yurtdışı iştiraklerinin tüzel kişilikleri göz ardı edilmemekte ve karları, maddede belirtilen şartların da gerçekleşmesi durumunda, tüzel kişiler tarafından yurt dışından elde edilmiş şube kazançlarına benzer bir

¹⁷⁵² Bkz., § 6 Bölüm, II/1-b kısım.

¹⁷⁵³ Sandler, s. 15 ve 93: OECD, *2000a*, para. 24.

¹⁷⁵⁴ Greenleaf, s. 64.

¹⁷⁵⁵ Haslinger, s. 82; Avusturya KEYK (taslak) düzenlemesi.

¹⁷⁵⁶ Uustalu, s. 180.

¹⁷⁵⁷ Favi, s. 360.

¹⁷⁵⁸ Peters, s. 446.

¹⁷⁵⁹ Liszicza, s. 311.

¹⁷⁶⁰ Glad, s. 501.

¹⁷⁶¹ Jackson ve Smith, s. 475.

¹⁷⁶² Liszicza, s. 311.

¹⁷⁶³ Greenleaf, s. 64.

¹⁷⁶⁴ Glad, s. 501.

kazanç olarak değerlendirilerek, açık bir şekilde ticari kazanç olarak tanımlanmasa da, KVK kapsamında ticari kazançların vergilendirilmesi esaslarına göre vergilendirilmektedir.

3. Değerleme Günü

KEYK'in, bir vergilendirme döneminde veya yönetim döneminde elde etmiş olduğu gelirler, genel olarak yabancı kurumun hesap döneminin kapandığı yılın geliri olarak kabul edilmekte¹⁷⁶⁵ ve ilgili dönemin son günü itibariyle mukim ortaklar tarafından elde edildiği varsayılmaktadır. Genellikle mali yıl veya hesap dönemi takvim yılı olarak kabul edilse de, KEYK'in hesap döneminin takvim yılı olmadığı durumlarda, yabancı kurumun dağıtılmamış karları, yabancı kurumun hesap döneminin tamamlandığı tarihe isabet eden takvim yılında dağıtılmış kabul edilmektedir¹⁷⁶⁶.

Norveç¹⁷⁶⁷, İtalya¹⁷⁶⁸ ve Litvanya¹⁷⁶⁹ bu ülkelere örnek oluşturmakta, Portekiz düzenlemesinde de bu durum "*mukim hissedarların vergilendirme dönemi ile çakışan (overlap) yıl elde edilmiş sayılır*" şeklinde ifade edilmektedir¹⁷⁷⁰.

KEYK düzenlemeleri, yabancı kurumlar tarafından elde edilen gelirlerin, ortaklar elinde vergilendirilmesi temeline dayandığından, ortaklara atfedilerek vergilendirilecek gelirlerin, düzenlemeyi uygulayacak ülkenin para birimi cinsinden belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirlemenin yapılacağı, yani dönüşüm işlemine esas alınacak tarih, KEYK düzenlemesinin içerdiği özelliklere göre değişmektedir.

KEYK kazancının, yabancı kurumun mukim olduğu ülke hukukuna göre tespit edildiği ya da kazancının ortaklara fiktif kar payı yöntemi benimsenmek suretiyle atfedildiği sistemlerde, dönüşüm işlemine KEYK kazancının mukim ortaklar tarafından elde edildiği kabul edilen tarih ya da yabancı kurumun hesap döneminin kapandığı tarih esas alınmaktadır. Litvanya bu ülkelere örnek oluşturmaktadır¹⁷⁷¹.

KEYK kazancının, yabancı kurumun hissedarlarının mukim olduğu ülke hukukuna göre tespit edildiği ya da gelirin ortaklara atfedilme yöntemi olarak kurum perdesinin

¹⁷⁶⁵ Helminen, *Finland*, s. 199.

¹⁷⁶⁶ Bernatonis, s. 395.

¹⁷⁶⁷ Glad, s. 502.

¹⁷⁶⁸ Favi, s. 360.

¹⁷⁶⁹ Bernatonis, s. 400.

¹⁷⁷⁰ Borges, s. 537.

¹⁷⁷¹ Bernatonis, s. 400.

kaldırılması yönteminin benimsendiği sistemlerde ise, dönüşüm işlemi için hesap dönemi içerisinde yabancı kurum tarafından düzenlenen belgelerin düzenlenme tarihleri dikkate alınabileceği gibi, hesap döneminin kapandığı tarih de dikkate alınabilir. Yeni Zelanda'da, yabancı kurumun mukim olduğu ülkenin para birimi üzerinden düzenlenen belgelerde yer alan tutarlar, belgenin düzenlendiği ayı takip eden ayın 15. gününde oluşan döviz kuru üzerinden Yeni Zelanda para birimine dönüştürülmekte, ancak mükellefin bu işlemi tüm yıla ilişkin olarak yıl sonu itibarıyla dönüştürmesi konusunda seçimlik hakkı bulunmaktadır¹⁷⁷².

KEYK'in kazancının düzenlemeyi uygulayacak ülke para birimine dönüştürülmesinde kullanılacak kurların belirlenmesi de önemli bir konudur. Bu konuda, düzenlemeyi uygulayacak ilgili ülke Merkez Bankası döviz kurları¹⁷⁷³ kullanılabilmesi gibi, serbest piyasada oluşan kurlar¹⁷⁷⁴ da kullanılabilir. Örneğin, Yeni Zelanda'da, mukim olunan ülkenin para birimi üzerinden düzenlenen tüm belgelerde yer alan tutarlar, belgenin düzenlendiği ayı takip eden ayın 15 inci gününde serbest piyasada oluşan döviz kuru üzerinden dönüştürülmektedir¹⁷⁷⁵.

KVK'nın 7/4. maddesinde aşağıdaki hüküm yer almaktadır.

*"Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, **yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla** tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir."*

1 Numaralı KV Genel Tebliği'nde; *"Kontrol edilen yabancı kurum şartlarının gerçekleşmesi halinde yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, söz konusu iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların kurumlar vergisi matrahlarına (ve geçici vergi dönemleri itibarıyla da geçici vergi matrahlarına) hisseleri oranında dahil edilecektir. Kontrol edilen yabancı kurumun bulunduğu ülkede oniki ayı aşan bir hesap döneminin bulunması halinde, kazancın elde edilme tarihinin belirlenmesinde yurt dışındaki şirketin hesap dönemi takvim yılı olarak dikkate alınacaktır."* ifadesi yer almaktadır. Aynı Tebliğ'in "7.2.3" bölümünde de yurt dışındaki iştirakin hâsılâtının

¹⁷⁷² Jackson ve Smith, s. 475.

¹⁷⁷³ Norveç'te MB döviz kurları kullanılmaktadır, Bkz., Glad, s. 502.

¹⁷⁷⁴ Yeni Zelanda'da serbest piyasa döviz kurları kullanılmaktadır, Bkz., Jackson ve Smith, s. 475.

¹⁷⁷⁵ Jackson ve Smith, s. 475.

TL karşılığının tespitinde, ilgili iştirakin hesap döneminin son gününde geçerli olan T.C. Merkez Bankasınca açıklanan döviz alış kurunun esas alınacağı belirtilmiştir.

IV- VERGİSEL DİĞER DÜZENLEMELERLE ETKİLEŞİM

KEYK düzenlemesini ihdas etmiş olan birçok ülke vergi hukuku, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin başka düzenlemeler de içermektedir. Gerek bu düzenlemeler, gerekse diğer vergisel düzenlemeler zaman zaman birbiri ile çakışmakta ve/veya birbirinden etkilenmektedir. Bazı ülkeler, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelerin birbiri ile etkileşimi konusunda çok özel düzenlemelere sahip iken, diğerlerinin herhangi bir düzenleme yapmadıkları tespit edilmektedir.

Örneğin, Avustralya'da, eğer aynı kurumdan elde edilen kazanç, hem KEYK düzenlemesi, hem de yine yabancı kaynaklı gelirlerin vergilendirilmesinde uygulanan FIF (Foreign Investment Found) düzenlemesi kapsamına girmekte ise sadece KEYK düzenlemesi uygulanmakta ve kazanç, FIF düzenlemesi kapsamında, vergiden müstesna kazanç olarak kabul edilmektedir¹⁷⁷⁶. Yeni Zelanda'da da uygulanmakta olan FIF rejimine göre ise, KEYK'in kazancının, düzenleme kapsamına giren kısmının, kurumun toplam gelirinin % 10'undan az olması halinde, bu gelire FIF rejimi, fazla olması halinde KEYK düzenlemesi uygulanmaktadır¹⁷⁷⁷.

Ülkemizde KEYK düzenlemeleri ile etkileşim halinde bulunduğu tespit edilen üç düzenlemenin uygulama sonuçları aşağıda incelenmiştir.

1. Örtülü Kazanç-Örtülü Sermaye Düzenlemeleri

KEYK düzenlemeleri ile etkileşim halinde olan düzenlemelerin en yaygını ve en önemlisi transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermaye düzenlemeleridir. Danimarka'da OECD tarafından hazırlanan Transfer Fiyatlandırması Rehberi doğrultusunda, ilişkili şirketler arasında gerçekleştirilen tüm işlemlerin emsallere uygun olması gerektiğinden, transfer fiyatlandırması uygulamaları KEYK düzenlemesini etkilemektedir¹⁷⁷⁸. Avustralya'da ise örtülü sermaye kuralları, KEYK kazancının hesaplanmasında

¹⁷⁷⁶ Greenleaf, s. 66.

¹⁷⁷⁷ Jackson ve Smith, s. 475.

¹⁷⁷⁸ Henrik Dietz ve Dan Buxom, "New Less Restrictive CFC Legislation", **European Taxation**, Vol. 42, No. 12 (December, 2002), s. 518.

uygulanmamaktadır¹⁷⁷⁹. Yeni Zelanda'da transfer fiyatlandırması kuralları bazı özel durumlar dışında, KEYK kazancının hesaplanmasında uygulanmamaktadır¹⁷⁸⁰.

KVK'nın 7. maddesinde hükme bağlanan KEYK düzenlemesi, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı ve örtülü sermayeye ilişkin düzenlemelerle ilişkisi ve etkileşimi hakkında herhangi bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla söz konusu müesseselerin, KEYK kazançlarının tespitinde dikkate alınması/uygulanması mümkün değildir. Çünkü söz konusu kazanç, KEYK'in mukim olduğu ülkenin kurallarına göre tespit edilmektedir. Bununla birlikte, engelleyici bir yasal düzenleme bulunmadığı sürece şartların oluşması halinde mevcut tüm düzenlemelerin, Türkiye'deki kurumların KEYK'lerle ilişkisinde de uygulanması gerekmektedir.

Örneğin, KEYK kapsamına giren kurumlardan sağlanan borçlanmalar, diğer şartların da varlığı halinde, Türkiye'deki kurumlar bakımından örtülü sermaye olarak değerlendirilebilir. Aynı şekilde, Türkiye'de mukim tam mükellef gerçek veya tüzel kişi ile KEYK arasındaki mal veya hizmet alış veya satışının transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Transfer fiyatlandırması nedeniyle vergilendirme yapılan durumlarda, bu vergilendirmenin sonucunun dikkate alınacak olmasından dolayı KEYK düzenlemesinin uygulanmasında bir sakınca olmadığı, ancak KEYK düzenlemesinin uygulandığı durumlarda, transfer fiyatlandırmasına ilişkin KVK'nın 13. maddesinin uygulanmaması gerektiği konusunda görüşler bulunmaktadır¹⁷⁸¹. Ancak KEYK düzenlemesi ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinin aynı anda uygulanmasının gerektiği hallerde, ortaya çıkacak hukuki çifte vergilendirmenin önlenmesi gerekir. Bu nedenle, mukim ortaklara atfedilen KEYK kazancının, transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesi kapsamında matraha eklenen kısmının KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmemesi gerekir.

2. İştirak Kazancı İstisnası Düzenlemesi

Yabancı ülkelerde gerçekleştirilen yatırımların vergilendirilmesine ilişkin olarak KVK'da yer alan bir diğer düzenleme de yurt dışı iştirak kazançlarına ilişkin istisna hükmüdür¹⁷⁸². Kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan anonim ve limited şirket

¹⁷⁷⁹ Greenleaf, s. 64; düzenleme ayrıca stokların maliyet bedeli ile değerlendirilmesi ve gelişmiş amortisman oranı gibi bazı uygulamaların KEYK kazancına uygulanmasını gerektirmektedir, Bkz., Greenleaf, s. 64.

¹⁷⁸⁰ Jackson ve Smith, s. 475.

¹⁷⁸¹ Balci, KEYK, s. 127.

¹⁷⁸² KVK md. 5/b; "b) Kanunî ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan anonim ve limited şirket niteliğindeki şirketlerin sermayesine iştirak eden kurumların, bu iştiraklerinden elde ettikleri aşağıdaki şartları taşıyan iştirak kazançları;

niteliğindeki şirketlerin sermayesine iştirak eden kurumların, bu iştiraklerinden elde ettikleri iştirak kazançları, maddede belirtilen şartları taşımak kaydıyla kurumlar vergisinden müstesna tutulmaktadır.

Düzenlemenin KEYK kazançları ile çakışma olasılığı bulunmamaktadır. Çünkü istisnanın uygulanabilmesi için, diğer koşulların yanı sıra, yurt dışı iştirak kazancının kâr payı dağıtımına kaynak olan kazançlar üzerinden ödenen vergiler dâhil iştirak edilen kurumun faaliyette bulunduğu ülke vergi kanunları uyarınca en az % 15 oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması şartı aranmaktadır. KEYK düzenlemesinin uygulanması için ise diğer koşulların yanı sıra, yurt dışındaki iştirakin bilânço karı üzerinden % 10'dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması gerekmektedir. Dolayısıyla KEYK düzenlemesi kapsamına giren bir yabancı kurumdan elde edilen kazançların, iştirak kazançları istisnası kapsamına girmesi mümkün değildir¹⁷⁸³.

3. Varlık Barışı Kanunu

KEYK düzenlemesi kapsamındaki gelirler üzerinde geçici de olsa etki yaratan bir başka yasal düzenleme, 5811 sayılı Bazı Varlıkların Milli Ekonomiye Kazandırılması Hakkında

-
- 1) *İştirak payını elinde tutan şirketin, yurt dışı iştirakin ödenmiş sermayesinin en az % 10'una sahip olması,*
 - 2) *Kazancın elde edildiği tarih itibarıyla iştirak payının kesintisiz olarak en az bir yıl süreyle elde tutulması (Rüçhan hakkı kullanılmak suretiyle veya yurt dışı iştirakin iç kaynaklarından yapılan sermaye artırımları nedeniyle elde edilen iştirak payları için sahip olunan eski iştirak paylarının elde edilme tarihi esas alınır.),*
 - 3) *Yurt dışı iştirak kazancının kâr payı dağıtımına kaynak olan kazançlar üzerinden ödenen vergiler dâhil iştirak edilen kurumun faaliyette bulunduğu ülke vergi kanunları uyarınca en az % 15 oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması; iştirak edilen şirketin esas faaliyet konusunun, finansal kiralama dahil finansman temini veya sigorta hizmetlerinin sunulması ya da menkul kıymet yatırımı olması durumunda, iştirak edilen kurumun faaliyette bulunduğu ülke vergi kanunları uyarınca en az Türkiye'de uygulanan kurumlar vergisi oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması,*
 - 4) *İştirak kazancının, elde edildiği hesap dönemine ilişkin kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi gereken tarihe kadar Türkiye'ye transfer edilmesi.*
- Yurt dışındaki inşaat, onarım, montaj işleri ve teknik hizmetlerin yapılabilmesi için ilgili ülke mevzuatına göre ayrı bir şirket kurulmasının zorunlu olduğu durumlarda, özel amaç için kurulduğunun ana sözleşmelerinde belirtilmesi ve fiilen bu amaç dışında faaliyetinin bulunmaması şartıyla, söz konusu şirketlere iştirak edilmesinden elde edilen kazançlar için bu bentte belirtilen şartlar aranmaz.*
- Bu bent uyarınca vergi yükü, kanunî veya iş merkezinin bulunduğu ülkede ilgili dönemde tahakkuk eden ve kâr payı dağıtımına kaynak olan kazançlar üzerinden ödenen vergiler dahil olmak üzere toplam gelir ve kurumlar vergisi benzeri verginin, bu dönemde elde edilen toplam dağıtılabilir kurum kazancı ile tahakkuk eden gelir ve kurumlar vergisi toplamına oranlanması suretiyle tespit edilir."*

¹⁷⁸³ Konuya ilişkin olarak Erkuş ve Ateş; " Yukarıda açıklandığı gibi KVK'nın 5. maddesine göre kurumların Türkiye'de yerleşik olmayan kurumlardan elde ettikleri iştirak kazançları belirli şartları sağlamaları halinde kurumlar vergisinden istisna edilmiş olmasına rağmen KVK'nın 7. maddesi ile kar dağıtımı yapılsın yapılmıyın yurt dışı iştiraklerden elde edilen kazançların kurumlar vergisi matrahına dâhil edilmesi bir çelişki oluşturmamaktadır. Çünkü 5. madde ile kurumlar vergisinden istisna edilen yurt dışı iştirak kazançlarına 7. madde ile bir istisna getirilmiştir. Yani, 7. madde ile 5. maddedeki istisnalara da bir istisna getirilmiş olmaktadır. 5. madde ile belirli şartları taşıyan istisna kazançlarından bir kısmı 7. madde ile yeniden kurumlar vergisi kapsamına alınmıştır. Böylece, 5. madde ile mükellefe sağlanan bir hakkın kötüye kullanılmasının önüne 7. madde ile geçilmiş olmaktadır. Üstelik GVK'nun 85. maddesinin aksine kar payının dağıtılması ya da Türkiye'ye getirilmiş olması da aranmamıştır." görüşünü ileri sürmektedir. Yukarıda belirtilen nedenlerle bu görüşe katılmıyoruz, Bkz., Erkuş ve Ateş, s. 121-122.

Kanun'dur¹⁷⁸⁴. Kanunun Geçici 1. maddesi ve Geçici 3. maddesiyle, tam mükellefiyete tabi gerçek kişiler ile kurumların, belli bir tarihe¹⁷⁸⁵ kadar elde etmiş oldukları, kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlara ilişkin iştirak hisselerinin satışından doğan kazançları ile yine kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumlardan elde ettikleri iştirak kazançları, belirli bir tarihe¹⁷⁸⁶ kadar Türkiye'ye transfer edilmiş olmak kaydıyla gelir veya kurumlar vergisinden istisna edilmiştir. Bu imkândan KEYK kapsamındaki kurumlardan sağlanan kazançlar da yararlandırılmıştır.

Söz konusu geçici maddeler ile ayrıca kanuni ve iş merkezi Türkiye'de bulunmayan kurumların belli bir tarihe¹⁷⁸⁷ kadar tasfiyesinden doğan kazançlara da -belli bir tarihe¹⁷⁸⁸ kadar Türkiye'ye transfer edilmeleri kaydıyla- gelir veya kurumlar vergisinden istisna imkânı getirilmiştir. Bu imkândan da KEYK kapsamındaki kurumların tasfiyesi dolayısıyla elde edilen kazançlar yararlandırılmış olup, bu düzenlemenin KEYK kapsamındaki kurumların tasfiye edilmesini teşvik etmeye yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle Türkiye bir taraftan 5520 sayılı Kanunla 01.01.2007 tarihinden itibaren elde edilen kazançlara uygulanmak üzere KEYK düzenlemesi öngörmekle birlikte, gerek bu tarihten önce elde edilmiş KEYK kazançlarının Türkiye'ye vergisiz transferini sağlamak, gerekse bu yapılanmaların tasfiye edilmesini temin etmek üzere bir çıkış imkânı sağlanmıştır.

§ 11. VERGİ BEYANI VE VERGİ MAHSUBU

I- VERGİ BEYANI

1. Şekil

KEYK'in ilgili dönem kazancından mukim ortaklara payları oranında atfedilen KEYK kazançları, yurt içi veya yurt dışı diğer faaliyetlerden elde edilen gelirlerle birleştirilerek tek bir beyanname ile beyan edilebileceği gibi, ayrı bir beyanname ile de beyan edilebilir. Ayrı beyanın tercih edilmesinin nedeni, KEYK bünyesinde oluşan zararın, yurt içi ve yurt dışı faaliyetlerden elde edilen karlardan mahsup edilmesinin önlenmesidir¹⁷⁸⁹.

¹⁷⁸⁴ 22.11.2008 tarih ve 27062 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

¹⁷⁸⁵ Geçici md. 1'e istinaden 30.04.2009, 5917 sayılı Kanunun 46. maddesiyle eklenen Geçici md. 3'e istinaden 1.5.2009 - 31.12.2009.

¹⁷⁸⁶ Geçici md. 1'e istinaden 31.05.2009, 5917 sayılı Kanunun 46. maddesiyle eklenen Geçici md. 3'e istinaden 28.10.2010.

¹⁷⁸⁷ Geçici md. 1'e istinaden 31.10.2009, 5917 sayılı Kanunun 46. maddesiyle eklenen Geçici md. 3'e istinaden 31.12.2009.

¹⁷⁸⁸ Geçici md. 1'e istinaden 31.10.2009, 5917 sayılı Kanunun 46. maddesiyle eklenen Geçici md. 3'e istinaden 31.12.2009.

¹⁷⁸⁹ Kabbaj ve Blétière, s. 233.

Estonya¹⁷⁹⁰ tek beyanname ile beyan edilmesi yönteminin benimsendiği ülkelere, İtalya¹⁷⁹¹ ise ayrı beyanname ile beyan edilmesi ve ayrıca vergilendirilmesi yöntemi benimsendiği ülkelere örnek oluşturmaktadır. Fransa'da ise 2005 yılına kadar KEYK gelirlerinin ayrı bir beyanname ile beyan edilmesi yöntemi benimsenmiş iken, 2005 yılında bu yöntemden vazgeçilerek KEYK kazancının, mukim mükelleflerin beyannamelerinde birleştirilerek vergilendirilmesi yöntemi benimsenmiştir¹⁷⁹².

Ayrıca, özellikle fiktif kar payı dağıtımı yönteminin benimsendiği sistemlerde, KEYK kazançlarına ilişkin beyannamelerin "net gelirleri" içermesi, yani beyan edilen tutarın, fiilen ödenen vergiler, cari yıl zararları ve geçmiş yıldan devredilen zararlardan arındırılması, başka bir ifadeyle sadece mukim ortaklara atfedilecek geliri içermesi gerekmektedir¹⁷⁹³. Ancak Avustralya gibi KEYK kazançlarının vergilendirilmesinde şube kazançlarının vergilendirilmesine benzer bir yöntem tercih etmiş ülkelerle, zarar ve vergi mahsup yöntemi farklı olan ülkelerde, mukim ortaklar tarafından verilecek beyannamelerin, beyanname üzerinden mahsup edilecek vergiler ve zararları da içermesi gerekmektedir¹⁷⁹⁴. Dolayısıyla mukim ortaklar tarafından verilecek beyannamelerin içeriği, düzenlemenin içerdiği unsurlara bağlı olarak değişkenlik göstermektedir.

Beyannamenin verilmesi ve beyanname ekleri ile kayıt düzeni konusunda da usule ilişkin bazı ilave düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Örneğin, Almanya'da, tam mükellef ortaklar, vergi idaresince istenen tüm belgeler de dâhil olmak üzere KEYK'in finansal tablolarını gelir idaresine ibraz etmek zorundadır¹⁷⁹⁵. Estonya düzenlemesine göre ise, mukim tüzel kişi ortakların, KEYK'e yapmış oldukları sermaye yatırımlarını ve bu kurumlardan elde ettikleri gelirleri yasal defterlerinde izlemek zorunluluğu bulunmaktadır. Aksi takdirde mükelleflere cezai sorumluluk yüklenmektedir¹⁷⁹⁶. Fransa'da KEYK düzenlemesi kapsamına giren yabancı kurumlara ilişkin tüm bilgilerin mukim ortaklar tarafından Fransa vergi hukuku kurallarına göre düzenlenerek gelir idaresinin bilgisine sunulması zorunluluğu bulunmaktadır. Ayrıca, mukim ortaklar tarafından yabancı ülkelerde gerçekleştirilen ticari ve sınıî faaliyetler ile AB sınırları içerisinde gerçekleştirilen faaliyetler, avantajlı vergi rejiminden faydalansalar

¹⁷⁹⁰ Uustalu, s. 180.

¹⁷⁹¹ Favi, s. 360.

¹⁷⁹² Gouthière, (2008), s. 53.

¹⁷⁹³ Shalhav, s. 337, İsrail'de, KEYK'in, vergi anlaşması imzalanmayan bir ülkede mukim olması veya vergi anlaşması imzalanan bir ülkede mukim olmakla birlikte, beyanname verme zorunluluğunun bulunmaması halinde, beyan edilecek kazanç, İsrail GAAP (General Anti Avoidance Procedure) kurallarına uygun olarak hesaplanmaktadır, Shalhav, s. 337.

¹⁷⁹⁴ Bkz., § 11 Bölüm I/3 kısım.

¹⁷⁹⁵ Förster ve Schmidtman, s. 482.

¹⁷⁹⁶ Uustalu, s. 176.

dahi KEYK düzenlemesi kapsamına girmedikleri halde, bu faaliyetlerin gerçekleştirildiği kurumlara ilişkin tüm bilgilerin, Fransa vergi hukukuna göre hazırlanmış bilânço ve kar zarar tabloları da dâhil olmak üzere gelir idaresinin bilgisine sunulması zorunludur¹⁷⁹⁷.

KVK'nın 7/4. maddesinde sadece; *"Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu kâr, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dahil edilir."* hükmü yer almakta, 1 Numaralı KV Genel Tebliği'nde ise beyanname ve eklerine ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamakta, hatta gerek beyannamede, gerekse eklerinde *"kontrol edilen yabancı kurum kazancı"*na ilişkin bir bölüm, satır veya terim yer almamaktadır. *"Kontrol edilen yabancı kurum"* terimi ise sadece beyanname ekinin *başlığında* yer almakta, KEYK kazançları, yasal kayıtlarda gelir olarak yer almadığı için, beyanname üzerinde matraha haricen eklenmek suretiyle beyan edilmektedir¹⁷⁹⁸.

Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtım Hakkında 1 Seri No.lu Tebliğ'in¹⁷⁹⁹ *"7.1. Yıllık Belgelendirme"* başlıklı bölümünde; *"Kurumlar vergisi mükelleflerinin, ilişkili kişilerle bir hesap dönemi içinde yaptıkları mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ile ilgili olarak (Ek 2)'de yer alan "TRANSFER FİYATLANDIRMASI, KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM ve ÖRTÜLÜ SERMAYEYE İLİŞKİN FORM"u doldurmaları ve kurumlar vergisi beyannamesi ekinde, bağlı bulunulan vergi dairesine göndermeleri gerekmektedir."* ifadesi yer almaktadır.

Buna göre, KEYK'lerde ortak olan mukim gerçek ve tüzel kişilerin, söz konusu kurumlardan atfedilen kazançlarını ayrı bir beyanname ile değil, diğer yurt içi ve yurt dışı faaliyetlerinden elde edilen gelirleri ile birlikte tek bir beyanname ile beyan etmeleri ve yurt dışı iştirakin unvanı, kanuni veya iş merkezinin bulunduğu ülke, kurumun sermaye, oy hakkı veya kar payı oranı ile gayrisafi hâsılatına ilişkin bilgileri içeren, Tebliğ eki *"Transfer Fiyatlandırması, Kontrol Edilen Yabancı Kurum ve Örtülü Sermayeye İlişkin Form"u* doldurarak beyannamelerine eklemeleri gerekmektedir.

¹⁷⁹⁷ Gouthière, 2008, s. 54.

¹⁷⁹⁸ Beyanname üzerinde KEYK kazançlarının beyanına ilişkin bir satır yer almaması nedeniyle söz konusu kazançlar, beyannamenin *"Kanunen Kabul Edilmeyen Giderler"* satırına eklenmek suretiyle matraha ilave edilmektedir.

¹⁷⁹⁹ 18.11.2007 tarih ve 26704 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

Bunun dışında düzenleme, KEYK ile ilgili olarak bilânço, kar/zarar cetveli, fiili kar payı dağıtımlarına ilişkin belgenin ibrazı gibi bir yükümlülük öngörmemektedir. Böyle bir yükümlülüğün yasa da yer almamasının nedeni, KEYK düzenlemesi kapsamında, Türkiye’de mukim ortaklara atfedilecek kazancın, KEYK’in mukim olduğu ülke hukukuna göre tespiti yönteminin tercih edilmiş olmasıdır¹⁸⁰⁰. Yazında bu bilgilere ilave olarak, KKEG, Geçmiş Yıl Zararları, Vergiden Müstesna Kazançlar, Nominal Kurumlar Vergisi Oranı ve Efektif Vergi Yükü gibi bilgilerin de mükellefler tarafından beyan edilmesinin sağlanması halinde, verilen bilgilerin doğrulanmasının daha kolay olacağı yönünde görüşler yer almaktadır¹⁸⁰¹.

Yurt dışında ödenen vergilerin mahsubuna ilişkin hükümlerin yer aldığı KVK’nın 33. maddesinde, yabancı ülkelerde ödenen vergilerin tevsikinin gerektiği, aksi takdirde Türkiye’de tarh olunan vergiden indirilemeyeceği¹⁸⁰², tarhiyatın kurumlar vergisi oranını aşmamak şartıyla o ülkede geçerli olan oran üzerinden hesaplanan tutara isabet eden kısmının erteleneceği ve ibraz edilmesi gereken belgelerin, tarh tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde ilgili vergi dairesine ibraz edilmesi halinde de tarhiyatın, bu belgelerde yazılı kesin tutara göre düzeltileceği¹⁸⁰³ ile madde hükmünün uygulanmasında, yabancı para ile ödenen vergilere, bunların ilgili bulunduğu kazançların genel sonuç hesaplarına intikali esnasındaki kurun uygulanacağı¹⁸⁰⁴ hükme bağlanmaktadır. KEYK düzenlemesi kapsamında gerçekleştirilen tarhiyatlar da bu madde hükmünden yararlanmaktadır¹⁸⁰⁵. Ancak düzenlemenin mükelleflere yurt dışında ödenen vergilerin mahsubuna ve fiili kar payı dağıtımlarının daha önce Türkiye’de vergilendirilmiş olan kısmına kadar bir tutarın ayrıca vergilendirilmemesine¹⁸⁰⁶ olanak sağlaması nedeniyle, bu durumların yıllar itibarıyla izlenmeye olanak verecek şekilde belgelendirilmesi ve bu belgelerin fiili kar payı dağıtımlarının gerçekleştiği tarihten itibaren, zamanaşımı süresi sonuna kadar muhafaza edilmesi gerekmektedir. Çünkü gerek çifte vergilendirmenin önlenmesinde, gerekse vergi mahsuplarının doğru bir şekilde yapılmasında

¹⁸⁰⁰ Bkz., § 10 Bölüm I/2-a kısım.

¹⁸⁰¹ Erkuş ve Ateş, s. 128.

¹⁸⁰² KVK md. 33/6 - "Yabancı ülkelerde vergi ödendiği, yetkili makamlardan alınarak mahallindeki Türk elçilik veya konsoloslukları, yoksa mahallinde Türk menfaatlerini koruyan ülkenin aynı nitelikteki temsilcileri tarafından tasdik olunan belgelerle tevsik olunmadıkça, yabancı ülkede ödenen vergiler Türkiye’de tarh olunan vergiden indirilemez."

¹⁸⁰³ KVK md. 33/7 - "Kurumlar vergisinden indirim konusu yapılan vergilerin yabancı ülkelerde ödendiğini gösterir belgelerin, tarhiyat sırasında mükellef tarafından ibraz edilememesi halinde, yabancı ülkede ödenen veya ödenecek olan vergi, Kanunun 32 nci maddesindeki kurumlar vergisi oranını aşmamak şartıyla o ülkede geçerli olan oran üzerinden hesaplanır ve tarhiyatın bu suretle hesaplanan tutara isabet eden kısmı ertelenir. İbraz edilmesi gereken belgeler, tarh tarihinden itibaren en geç bir yıl içinde ilgili vergi dairesine ibraz edildiği takdirde, bu belgelerde yazılı kesin tutara göre tarhiyat düzeltilir." KVK md.33/8 de yer alan hüküm; "Mücbir sebepler olmaksızın belgelerin bu süre zarfında ibraz edilmemesi veya bu belgelerin ibrazından sonra ertelenen vergi tutarından daha düşük bir mahsup hakkı olduğunun anlaşılması halinde, ertelenen vergiler için Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre gecikme zammı hesaplanır."

¹⁸⁰⁴ KVK md. 33/9.

¹⁸⁰⁵ 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, Bölüm "7.4." Bkz., § 11 Bölüm II/1 kısım.

¹⁸⁰⁶ 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, Bölüm "7.4." Bkz., § 11 Bölüm II/2 kısım.

amaçlanan sonuca ulaşılabilmesi için, ortaklara atfedilen yabancı kurum kazancı ve bu kazanç üzerindeki vergiler ile sonraki yıllarda gerçekleştirilecek fiili kar dağıtımları ve bunlar üzerindeki vergiler arasındaki ilişkinin kurulabilmesi gerekmektedir.

2. Oran

KEYK'in, mukim ortaklara atfedilecek kazancına uygulanacak vergi oranı, prensip olarak gelir vergisi veya kurumlar vergisine tabi gerçek veya kurumlara uygulanan genel vergi oranıdır. Bununla birlikte söz konusu oran, KEYK düzenlemesinin içerdiği özel hükümlere ya da elde edildiği varsayılan gelirin niteliğine göre değişiklik gösterebilmekte ve genel hükümlerden sapma oluşabilmektedir.

Örneğin İtalya'da, düzenlemeye göre söz konusu gelirler, en az % 27 oranında vergilendirilmektedir¹⁸⁰⁷. Estonya'da ise KEYK geliri, kanunda ayrı bir başlık altında tanımlanmış olup, net gelirin hesaplanmasında farklı kurallar uygulanmakta ve hesaplanan net gelir, mukim ortağın diğer gelirleri ile toplanarak düz oranlı bir vergiye tabi tutulmaktadır¹⁸⁰⁸.

5520 sayılı KVK'nın 7. maddesi kapsamında beyan edilecek yabancı kurum kazancı, KEYK'lerin tam mükellef gerçek ve kurum ortaklarının beyannamelerine dâhil edilmek suretiyle tek beyanname ile beyan edilerek vergilendirilmekte ve dolayısıyla söz konusu kazançlara genel vergi oranı dışında bir oran uygulanmamaktadır¹⁸⁰⁹.

3. Zarar Mahsubu

KEYK düzenlemelerinin uygulanmasında, kapsama giren yabancı kurumların uğradıkları zararların, mukim ortaklara atfedilerek, ortakların vergiye tabi gelirlerinden mahsup edilmesi ve/veya sonraki yıllara devredilmesi ya da mahsup veya devredilmemesinin bir yöntem olarak benimsenmesi mümkündür. Bunun yanı sıra, mukim ortaklara

¹⁸⁰⁷ Favi, s. 360.

¹⁸⁰⁸ Uustalu, s. 180.

¹⁸⁰⁹ 5520 sayılı KVK'nın 32. maddesi gereğince, kurumlar vergisi oranı % 20'dir. Gelir Vergisi ise müterakki oranlı gelir vergisi tarifesine göre hesaplanmakta olup, GVK'nun 103. maddesinde yer alan esas tarife aşağıdaki şekildedir.

"Gelir vergisine tabi gelirler;

7.800 YTL'ye kadar

% 15

19.800 YTL'nin 7.800 YTL'si için 1.170 YTL, fazlası

% 20

44.700 YTL'nin 19.800 YTL'si için 3.570 YTL, fazlası

% 27

44.700 YTL'den fazlasının 44.700 YTL'si için 10.293 YTL, fazlası

% 35

Oranında vergilendirilir."

atfedilmeksizin KEYK bünyesinde elde edilen gelirlerden mahsup edilmesi ve/veya sonraki yıllara devredilmesi de imkân dâhilindedir. Burada önemli nokta, KEYK düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulabilecek vergilendirilebilir gelire ilişkin faaliyette oluşan zararların dikkate alınması gerekliliğidir. Bu yöntemler aşağıda detaylı olarak incelenmektedir.

a. Zararların Mukim Ortaklara Atfedilmesi: Ortaklar Elinde Mahsup

KEYK nezdinde oluşan zararların, tıpkı gelirler gibi mukim ortaklara payları oranında atfedilmesi yöntemi¹⁸¹⁰ genellikle, KEYK'in ilgili dönem kazancının mukim ortaklarca doğrudan elde edilmiş olduğu varsayımı altında, başka bir ifadeyle "*kurum perdesinin kaldırılması yöntemi (piercing the corporate veil approach)*"ne uygun olarak atfedildiği sistemlerde benimsenmektedir. Bu yöntem, KEYK tarafından elde edilen gelirlerin tümünün mukim hissedarlara atfedildiği "*kurum*" yönteminde de, sadece pasif karakterli gelirlerin atfedildiği "*gelir farklılaştırılması yöntemi*"nde de uygulanabilir. Çünkü kurum perdesinin kaldırılması yönteminin uygulanmasında, KEYK'in tüzel kişiliği göz ardı edilerek, yabancı kurum tarafından elde edilen gelirlerin tamamı, aktif veya pasif karakterli gelir ayrımı yapılmaksızın, şube kazançlarına benzer şekilde mukim ortaklara atfedilerek mükellefin diğer gelirleri ile konsolide edilmekte, dolayısıyla KEYK bünyesinde oluşan zararlar da mukim ortaklara atfedilebilmektedir¹⁸¹¹. Bu yöntemin kullanılması sonucunda ortaklara atfedilen KEYK zararları, mukim ortaklarca ödenecek vergiyi etkilediğinden, atfedilecek zararlara ilişkin bir sınırlama getirilmesi gerekliliğini de ortaya çıkarmaktadır.

Fransa ve Norveç düzenlemeleri bu yöntemi benimseyen düzenlemelerdir. Fransa KEYK düzenlemesinin 2005 yılında değiştirilmesinden sonra, KEYK'in kar ve zararının tamamı payları oranında mukim ortaklara atfedilerek, ortakların yurt içi gelirleri ile konsolide edilmektedir¹⁸¹². Norveç KEYK düzenlemesi bu konuda bir sınırlama içermekte olup, KEYK bünyesinde oluşan zararlar, söz konusu kuruma yapılan sermaye yatırımına kadar olan bir tutarla sınırlı olmak üzere mukim ortaklara atfedilmektedir¹⁸¹³.

KEYK nezdinde oluşan zararların, mukim ortaklara atfedilmesi yönteminin benimsenmesi, söz konusu zararların mahsubu sorununu da ortaya çıkarmaktadır. Bu noktada, zararların mahsubuna ilişkin iki farklı yöntem benimsenmektedir. Birincisi, KEYK' ten

¹⁸¹⁰ Arnold, *CFC*, s. 497; OECD, *CFC*, s. 77.

¹⁸¹¹ OECD, *CFC*, s. 77.

¹⁸¹² Gouthière, *2008*, s. 53.

¹⁸¹³ OECD, *CFC*, s. 77.

mukim ortaklara atfedilen zararların, mukim ortakların yurtiçi ve/veya yurt dışı diğer gelirlerinden mahsubuna imkân sağlanması, ikincisi ise sadece diğer KEYK gelirlerinden mahsubuna imkân sağlanmasıdır. Bu yöntemlerden birincisi "*Bütünleşik Zarar Mahsubu*", ikincisi ise "*Koşullu Zarar Mahsubu*" olarak adlandırılmıştır.

aa. Yurtiçi Gelirlerden: Bütünleşik Zarar Mahsubu

Mukim ortaklara atfedilen ve KEYK nezdinde oluşan zararların, mukim ortaklar tarafından elde edilen yurtiçi gelirlerden mahsup edilmesi yöntemidir. Mahsup edilemeyen tutarların, genel hükümler çerçevesinde sonraki yıllara devri mümkündür.

bb. Diğer KEYK Gelirlerinden: Koşullu Zarar Mahsubu

Birden fazla KEYK'e iştirak etmiş olan mukim ortakların, iştirak ettikleri bir yabancı kurumda oluşan zararın, bir diğer KEYK tarafından elde edilen gelirlerden mahsubunu öngören bir yöntemdir¹⁸¹⁴. Mahsup edilemeyen tutarların, genel hükümler çerçevesinde ve aynı yöntemle sonraki yıllara devri mümkündür. Bu yöntemin benimsenmesi, vergi sisteminin, konsolidasyona izin vermesine bağlıdır. Eğer vergi sistemi ana şirket ve yavru şirketlerin kar ve zararlarının konsolide edilmesine izin vermemekte ise, bu hükmün vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemeler için de uygulanması gerektiğinden¹⁸¹⁵, KEYK düzenlemesi için de bu kapsamında bir mahsubun söz konusu olması mümkün değildir. Diğer taraftan, vergi sistemi konsolidasyona izin verse dahi, bu olanağın KEYK düzenlemesi kapsamında da uygulanmasına izin verilmesi, yasa koyucunun tasarrufundadır¹⁸¹⁶.

İsrail KEYK düzenlemesi zararların mahsubuna ilişkin olarak özel bir hüküm içermemekle birlikte¹⁸¹⁷, KEYK nezdinde oluşan zararlar, genel hükümler çerçevesinde mukim ortaklara atfedilmeden önce yabancı ülkelerde pasif karakterli faaliyetlerden elde edilen gelirlerden mahsup edilmektedir¹⁸¹⁸.

¹⁸¹⁴ Arnold, *CFC*, s. 497; OECD, *CFC*, s. 77.

¹⁸¹⁵ Arnold, *CFC*, s. 497; OECD, *CFC*, s. 77.

¹⁸¹⁶ Arnold, *CFC*, s. 497; OECD, *CFC*, s. 77.

¹⁸¹⁷ Shalhav, s. 340.

¹⁸¹⁸ Shalhav, s. 339; İsrail KEYK düzenlemesi kapsamında, gelirlerin mukim hissedarlara atfedilmesi yöntemi olarak kurum yöntemi benimsenmekte, yani KEYK olarak tanımlanan kurumlar tarafından elde edilen gelirlerin tamamı, fiktif kar payı yöntemine uygun olarak ortaklara atfedilmekte ise de, KEYK'in tanımlanmasında toplam kurum kazancı içerisindeki pasif karakterli gelirlerin belli oranı aşması gerekmektedir, Shalhav, s. 336-337; Bkz., § 11 Bölüm II/1-a kısım.

b. Zararların Mukim Ortaklara Atfedilmemesi: KEYK Bünyesinde Mahsup

KEYK nezdinde oluşan zararların, mukim ortaklara atfedilmeyerek öncelikle kurum bünyesinde mahsubu, mahsup edilmeyen kısmının ise sonraki yıllara devredilmesi yöntemidir. Fiktif kar payı dağıtım yönteminin benimsendiği sistemlerde de kurum perdesinin kaldırılması yönteminin benimsendiği sistemlerde de uygulanabilmektedir. Fiktif kar payı dağıtım yönteminin benimsendiği sistemlerde, genellikle kurumun yılsonu hesaplarının pozitif bir şekilde sonuçlandığı, yani kar elde edildiği durumlarda mukim ortaklara gelir atfedilmekte, dolayısıyla zararlar hiçbir koşulda mukim ortaklara atfedilmemektedir. İsrail¹⁸¹⁹, İspanya¹⁸²⁰, Danimarka¹⁸²¹, Litvanya¹⁸²², Portekiz¹⁸²³, Norveç¹⁸²⁴, Estonya¹⁸²⁵, Finlandiya¹⁸²⁶, İsveç¹⁸²⁷ ve İngiltere¹⁸²⁸ bu yöntemi uygulayan ülkelere örnek oluşturmaktadır.

KEYK tarafından elde edilen gelirlerin ortaklara atfedilmesinde, fiktif kar payı dağıtım yönteminin benimsendiği Litvanya¹⁸²⁹ ve İsrail¹⁸³⁰ düzenlemesi ne göre, KEYK bünyesinde ortaya çıkan zararın mukim ortaklara atfedilmesi mümkün bulunmamakta ve dolayısıyla mukim ortakların ilgili dönem matrahlarını azaltacak şekilde kullanılmamaktadır. İtalya KEYK düzenlemesine göre KEYK kazançları mukim ortaklara kurum perdesinin kaldırılması yöntemine göre atfedildiği halde¹⁸³¹ KEYK'in sadece karları mukim ortaklara atfedilmekte, zararlar¹⁸³² atfedilmemektedir¹⁸³³.

¹⁸¹⁹ Shalhav, s. 336.

¹⁸²⁰ Almudi, s. 569- 571.

¹⁸²¹ Dietz ve Buxom, s. 519.

¹⁸²² Bernatonis, s. 401.

¹⁸²³ Borges, s. 544.

¹⁸²⁴ Glad, s. 503.

¹⁸²⁵ Uustalu, s. 180.

¹⁸²⁶ Helminen, *Finland*, s. 202.

¹⁸²⁷ Dahlberg, *CFC*, s. 537; Westerlund, s. 18.

¹⁸²⁸ Ullah, s. 622.

¹⁸²⁹ Bernatonis, s. 401.

¹⁸³⁰ Shalhav, s. 339; Bir İsrail mukiminin, yabancı ülkelerde gerçekleştirdiği gerçek ticari faaliyetlerinden doğan zararlar, bu zararların karla sonuçlanmış olsa idi, İsrail'de vergilendirilebilir özelliğini taşıması halinde, söz konusu faaliyetten doğan zarar, öncelikle aynı vergilendirme döneminde yabancı ülkelerde gerçekleştirilen aktif karakterli ticari faaliyetlerden doğan karlara mahsup edilmekte, mahsup edilemeyen tutar ise yine aynı vergilendirme döneminde yabancı ülkelerde elde edilen pasif kaynaklı gelirlerden mahsup edilebilmektedir. Zararların mahsubuna ilişkin bu genel kural, ülke bazında uygulanmamakta, tüm yabancı ülke kaynaklı gelirlere uygulanmaktadır. KEYK düzenlemesi içerisinde bu tür bir zarar mahsubuna ilişkin herhangi bir hüküm yer almamakta ise de, bu kuralın, KEYK kazançlarına ilişkin olarak da uygulanabileceği kabul edilmektedir, Shalhav, s.340.

¹⁸³¹ Favi, s. 360; İtalya'da kullanılan bu yöntem (kurum perdesinin kaldırılması yöntemi), kurum yöntemi olarak da tanımlanmaktadır, Favi, s. 361.

¹⁸³² Ortaklara atfedilmeyen zararlar, 5 yıl süre ile kontrol edilen kurum bünyesinde sonraki yıllara devredilmektedir, Bkz., Busetto ve Russo, s. 36.

¹⁸³³ Favi, s. 361; Diğer yandan, İtalya'da KEYK'in hisselerinde meydana gelen değer düşüklüğü sonucu dolaylı olarak ortaya çıkan zararların, mukim ortakların matrahlarından mahsubu, belli şartların varlığı halinde söz konusu olabilmekte, ancak İtalya ile

İspanya'da KEYK olarak tanımlanmış olan bir kurumun sadece net pasif karakterli gelirleri ve üs şirket gelirleri mukim ortaklara atfedilmekte, zararlar atfedilmemekte¹⁸³⁴, kurum bünyesinde sonraki yıllara devredilebilmektedir¹⁸³⁵. Portekiz düzenlemesi de İspanya düzenlemesine benzer özellikler taşımakta olup, düzenlemenin her iki yöneme de tam uygunluk göstermemesi nedeniyle Borges tarafından "*dağıtılabilir kar (tax distributable profit) yöntemi*" olarak tanımlanan¹⁸³⁶ bu yöneme göre, KEYK'in zararlarının mukim ortaklara atfedilmesi veya mukim ortaklar nezdinde ileri veya geri mahsubu söz konusu değildir¹⁸³⁷.

Norveç¹⁸³⁸, Estonya¹⁸³⁹, Finlandiya¹⁸⁴⁰, İsveç¹⁸⁴¹ ve İngiltere¹⁸⁴² düzenlemesine göre de KEYK bünyesinde oluşan zararların, mukim ortaklara atfedilmesi veya diğer gelirlerinden mahsubu mümkün bulunmamakta olup, bu zararlar KEYK bünyesinde sonraki yıllara devredilebilmektedir.

ABD KEYK düzenlemesi kapsamında zararların mukim ortaklara atfedilmesine izin verilmemektedir¹⁸⁴³. Ayrıca mukim ortakların sahip olduğu KEYK gelirlerinin konsolidasyonuna izin verilmediğinden, bir KEYK bünyesinde oluşan zararların, diğer KEYK gelirlerinden mahsubu da mümkün bulunmamakta, söz konusu gelirler, aynı KEYK bünyesinde sonraki yıllarda elde edilecek gelirlerden mahsup edilmek üzere sınırsız olarak devredilmektedir¹⁸⁴⁴.

Ortaklara atfedilecek kurum kazancının hesaplanmasında kurum yönteminin benimsendiği sistemlerde, zarar mahsubuna kurum tarafından elde edilen gelirlerin ve zararların tümü esas alınmaktadır. Ancak, düzenleme kapsamında ortaklara atfedilecek kazancın tespitinde kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin benimsendiği sistemlerde, KEYK

bilgi değişimine ilişkin hüküm ihtiva eden vergi anlaşması bulunmayan AB dışındaki ülkelerde mukim KEYK hisselerindeki değer düşüklüğünden kaynaklanan (sermaye) zararların mahsubu mümkün bulunmamaktadır, Favi, s. 361; Busetto ve Russo, s. 36.

¹⁸³⁴ Almudi, s. 569- 571.

¹⁸³⁵ Almudi, s. 571; Baralt, s. 13; Ancak farklı gelir türlerinde oluşan zararların, diğer gelir türlerinden oluşan karlardan mahsubu mümkün değildir. Bu amaçla, pasif gelirler 4 kategoride toplanmıştır. Bunlar; (i) taşınmaz mal gelirleri (kira ve sermaye değer artış kazançları, (ii) kar payları, faizler, İspanya hukukuna göre taşınır mal olarak tanımlanmış mallardan elde edilen sermaye değer artış kazançları ve (iv) üs şirket gelirleridir. KEYK kazancının negatif olması durumunda, kazancın içerisindeki pasif karakterli gelir gruplarının herhangi birisinden kar elde edilmesi durumunda, hissedarlar, bu tutarı matrahlarına dâhil etmesi konusunda zorlanmamaktadır, bunun nedeni, zarar eden bir şirketin, sonraki yıllarda kar dağıtımını yapmasının beklenmemesidir, Almudi, s. 571.

¹⁸³⁶ Borges, s. 539.

¹⁸³⁷ Borges, s. 544.

¹⁸³⁸ Glad, s. 503.

¹⁸³⁹ Uustalu, s. 180.

¹⁸⁴⁰ Helminen, *Finland*, s. 202.

¹⁸⁴¹ Dahlberg, *CFC*, s. 537; Westerlund, s. 18.

¹⁸⁴² Ullah, s. 622.

¹⁸⁴³ Sullivan, s. 39.

¹⁸⁴⁴ Sullivan, s. 39; Bununla birlikte, Subpart F md. §952 (c)/(1)/(C)'de yer alan ve "*chain deficit rule*" olarak adlandırılan bir kural uyarınca, KEYK'in mukim olduğu ülkede kurulan yavru şirket ile KEYK'in hesaplarının konsolide edilmesi mümkündür. Bunun için KEYK'in, yavru şirketin % 100'üne sahip olması veya yavru şirketin, KEYK'in % 100'üne sahip olması gerekmektedir, Sullivan, s. 39; IRC, http://www.law.cornell.edu/uscode/26/usc_sec_26_00000952----000-.html (23.03.2009).

bünyesinde oluşan zararların, sadece düzenleme kapsamına giren matraha isabet eden kısmına ilişkin zararın mahsup edilmesine ve/veya sonraki yıllarda elde edilecek gelirlere veya geriye doğru mahsubuna imkân sağlanması gerekir. Bu nedenle de, kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin tercih edildiği sistemlerde aktif ve pasif karakterli gelirlere oluşan kar ve zararın ayrı ayrı hesaplanması gerekmektedir¹⁸⁴⁵.

KEYK nezdinde oluşan zararların, sonraki yıllarda elde edilecek KEYK kazançlarını aşındıracak şekilde belli sürelerle bağlı olarak sınırlı veya sınırsız bir şekilde ileri veya geri taşınması¹⁸⁴⁶ konusunda tercih edilen yöntemlerin düzenleme kapsamında belirlenmesi gerekmekte olup, mahsup veya devir yöntem ve usulleri, ülkelerin tercihlerine ve vergi sistemlerine göre değişiklik göstermektedir.

KEYK düzenlemesine göre KEYK nezdinde oluşan zararların doğuşundan itibaren, Almanya¹⁸⁴⁷, Danimarka¹⁸⁴⁸, Finlandiya¹⁸⁴⁹, İtalya¹⁸⁵⁰, Japonya¹⁸⁵¹ ve Kanada'da¹⁸⁵² beş yıl, Estonya'da yedi yıl¹⁸⁵³, İspanya'da¹⁸⁵⁴ on beş yıl süreyle, Avustralya¹⁸⁵⁵, İsrail¹⁸⁵⁶, İsveç¹⁸⁵⁷, ABD¹⁸⁵⁸, İngiltere'de¹⁸⁵⁹ ve Yeni Zelanda'da¹⁸⁶⁰ ise sınırsız/süresiz olarak sonraki yıllara devredilmesi mümkün bulunmaktadır.

Estonya¹⁸⁶¹ ve Finlandiya¹⁸⁶², İspanya¹⁸⁶³ ve İngiltere¹⁸⁶⁴ KEYK düzenlemeleri, zararların geriye doğru veya başka bir gelirden mahsup edilmesinin mümkün olmadığı ülke

¹⁸⁴⁵ Arnold, *CFC*, s. 497; OECD, *CFC*, s. 77.

¹⁸⁴⁶ Arnold, *CFC*, s. 497; OECD, *CFC*, s. 77.

¹⁸⁴⁷ OECD, *CFC*, s. 78.

¹⁸⁴⁸ Dietz ve Buxbom, s. 519.

¹⁸⁴⁹ Helminen, *Finland*, s. 202.

¹⁸⁵⁰ Busetto ve Russo, s. 36.

¹⁸⁵¹ OECD, *CFC*, s. 78.

¹⁸⁵² OECD, *CFC*, s. 78.

¹⁸⁵³ Uustalu, s. 180.

¹⁸⁵⁴ Almudi, s. 571; Baralt, s. 13.

¹⁸⁵⁵ Greenleaf, s. 66; % 100 sahip olunan KEYK'ler arasında zarar transferine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, hükümet tarafından değiştirilen (BELC; LELC ve ULC) ülke listeleri nedeniyle mükellefin iştirak ettiği KEYK'in dâhil olduğu listede bir değişiklik olmuşsa, önceki yıllarda oluşan zararların mahsubu konusunda vergi idaresine başvurma hakları bulunmaktadır, Greenleaf, s. 66.

¹⁸⁵⁶ Shalhav, s. 339.

¹⁸⁵⁷ Dahlberg, *CFC*, s. 587; Westerlund, s. 18.

¹⁸⁵⁸ OECD, *CFC*, s. 78; Sullivan, s. 39.

¹⁸⁵⁹ Ullah, s. 622.

¹⁸⁶⁰ Jackson ve Smith, s. 480.

¹⁸⁶¹ Uustalu, s. 180.

¹⁸⁶² Helminen, *Finland*, s. 202.

¹⁸⁶³ Almudi, s. 571; Baralt, s. 13.

¹⁸⁶⁴ Ullah, s. 622.

düzenlemelerine örnek oluşturmaktadır¹⁸⁶⁵. Finlandiya’da ise mükellefin bu amaçla ayrı bir hesap tutması gerekmektedir¹⁸⁶⁶.

Gelirin atfedilmesinde kurum perdesinin kaldırılması yöntemini benimseyen Yeni Zelanda KEYK düzenlemesine göre, mukim ortaklara atfedilen gelirle sınırlı olmak üzere KEYK bünyesinde oluşan zararların mahsubu mümkün olup, bu zararın diğer gelirlerden mahsubu mümkün bulunmamaktadır¹⁸⁶⁷.

Avustralya KEYK düzenlemesi zarar mahsubuna ilişkin özel ve detaylı hükümler içermekte olup, yabancı ortaklara atfedilecek kurum gelirlerinin kazanç/gelir ayrıştırması yöntemine göre tespiti yönteminin benimsendiği ve bu kazancın fiktif kar payı dağıtımı yöntemine göre mukim ortaklara atfedildiği bir düzenlemedir¹⁸⁶⁸. KEYK’in zararları; faizler, pasif karakterli gelirler, kıyı bankacılığı gelirleri ve diğer gelirlerden sonuçlanan zararlar olmak üzere dört sepette toplanmakta ve sınıflandırma temelinde sonraki yıllara LIFO yöntemine uygun olarak, sonraki yıllarda elde edilecek aynı gruba dâhil gelirlerden mahsup edilmek üzere KEYK bünyesinde sınırsız olarak devredilmektedir¹⁸⁶⁹.

c. KVK’da Uygulanan Yöntem

5520 sayılı KVK’nın 7/4. maddesinde; şartların gerçekleşmesi durumunda yurt dışında kurulu iştirakin elde etmiş olduğu **kârın**, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibarıyla tam mükellef kurumların, kurumlar vergisi matrahına hisseleri oranında dâhil edileceği hükmü yer almakta, maddenin uygulama esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KVK Genel Tebliği’nin "7.3." bölümünde de; KEYK’in zararlarının söz konusu kuruma iştirak eden tam mükellef kurumların kazançlarının tespitinde dikkate alınabilmesinin mümkün bulunmadığı belirtilmektedir.

Buna göre KEYK’lerin yılsonu hesaplarının pozitif bir şekilde sonuçlandığı, yani sadece kar elde edildiği durumlarda Türkiye’de mukim gerçek kişi ve kurum ortaklara gelir

¹⁸⁶⁵ Uustalu, s. 180; Helminen, *Finland*, s. 202.

¹⁸⁶⁶ Helminen, *Finland*, s. 202.

¹⁸⁶⁷ Jackson ve Smith, s. 480.

¹⁸⁶⁸ Greenleaf, s. 66; % 100 sahip olunan KEYK’ler arasında zarar transferine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, hükümet tarafından değiştirilen (BELC; LELC ve ULC) ülke listeleri nedeniyle mükellefin iştirak ettiği KEYK’in dâhil olduğu listede bir değişiklik olmuşsa, önceki yıllarda oluşan zararların mahsubu konusunda vergi idaresine başvurma hakları bulunmaktadır, Greenleaf, s. 66.

¹⁸⁶⁹ Greenleaf, s. 66.; % 100 sahip olunan KEYK’ler arasında zarar transferine ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte, hükümet tarafından değiştirilen (BELC; LELC ve ULC) ülke listeleri nedeniyle mükellefin iştirak ettiği KEYK’in dâhil olduğu listede bir değişiklik olmuşsa, önceki yıllarda oluşan zararların mahsubu konusunda vergi idaresine başvurma hakları bulunmaktadır, Greenleaf, s. 66.

atfedilmekte, negatif sonuçlanması, yani KEYK'in zarar etmesi halinde, ortaya çıkan zararlar mukim ortaklara atfedilmemektedir. Dolayısıyla, KEYK bünyesinde oluşan zararlar, hiçbir şekilde mukim ortakların ilgili dönem matrahlarını veya diğer yabancı ülkelerde mukim KEYK kazançlarını azaltacak şekilde kullanılmamaktadır.

Diğer yandan, ülkemiz KEYK düzenlemesine göre; madde kapsamına giren KEYK'lerin Türkiye'de vergiye tabi tutulacak kazancı¹⁸⁷⁰, zarar mahsubu dâhil giderler düşüldükten istisnalar düşülmeden önceki, vergi öncesi kurum kazançları olacağı için, söz konusu yabancı kurumlar nezdinde oluşan zararların, KEYK bünyesinde ve KEYK'in mukim olduğu ülke hukukuna göre sonraki yıllara devredilmesi mümkündür.

II- VERGİ MAHSUBU

Düzenleme kapsamında mukim hissedarlara hisseleri oranında atfedilen gelirlerin vergilendirilmesinde uluslararası çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla, KEYK'in kurulu bulunduğu ülkede KEYK kazançları üzerinden ödenen vergilerin, KEYK'in ortakları tarafından ödenen vergilerden mahsubu mümkündür. Uygulanacak yöntem, yabancı kurum nezdinde oluşan gelirin mukim ortaklara atfedilmesine ilişkin olarak benimsenen yönetime göre belirlenmektedir. KEYK kazançlarının mukim hissedarlara atfedilmesinde, kurum yöntemini benimseyen sistemlerde, KEYK tarafından elde edilen gelir üzerinden ödenen verginin tamamı, mukim ortaklara atfedilen gelir üzerinden hesaplanan (ödenebilir) vergiden mahsup edilebilirken, kazanç/gelir ayrıştırması yöntemini benimseyen sistemlerde, sadece düzenleme kapsamında vergiye tabi tutulan pasif karakterli gelirlere isabet eden vergiler mahsup edilebilir¹⁸⁷¹. Mahsup edilecek vergilerin tutarına ilişkin bir sınırlama getirilmesi mümkündür.

KEYK'in mukim ortakları adına tahakkuk ettirilen vergilerden, yabancı kurumlar tarafından mukim olunan ülkede ödenen vergilerle birlikte varsa üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin de mahsubuna imkân sağlanabilir. KEYK'in mukim olduğu ülkelerde ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerden, KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkede tahakkuk eden vergilerden mahsup edilecek tutar, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilen gelir üzerinden yabancı kurum tarafından ödenen verginin, mukim hissedarların yabancı kurumda sahip olduğu sermaye payı ile çarpımı sonucu hesaplanmaktadır¹⁸⁷². Ancak bu şekilde

¹⁸⁷⁰ 1 Seri No.lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği, Bölüm "7.3.:";

¹⁸⁷¹ Arnold, *CFC*, s. 499.

¹⁸⁷² Dahlberg, *CFC*, s. 593.

hesaplanan tutarın tamamının mahsubu her zaman mümkün olmamaktadır. Çünkü genel kural olarak, yabancı ülkede ödenen verginin, aynı gelir üzerinden mukim olunan ülkede ödenen vergi tutarına kadar olan kısmının mahsubuna izin verilmektedir. Avustralya¹⁸⁷³, Estonya¹⁸⁷⁴, Finlandiya¹⁸⁷⁵, Yeni Zelanda¹⁸⁷⁶ ve İsveç¹⁸⁷⁷ bu ülkelere örnek oluşturmaktadır.

Aşağıdaki bölümde, KEYK tarafından gerek mukim olunan ülkede, gerekse üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin, ortaklar adına tahakkuk ettirilen vergilerden mahsubu yöntemleri, KEYK kazancının ortaklar elinde vergilendirilmesi aşamalarına göre ayrı ayrı incelenmektedir.

1. Kurum Kazancının Ortaklara Atfedilmesi Aşamasında

a. Verginin Matrahtan Mahsubu Yöntemi

Verginin matrahtan mahsubu yöntemi, KEYK'in mukim olduğu ülkede ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin, vergiye tabi kazancın, yani matrahın tespit edilmesinde gider olarak kabul edilmesi yöntemidir. Bu yöntemin bir çifte vergilendirmenin önlenmesi yöntemi olarak kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır, çünkü yöntem, çifte vergilendirmenin önlenmesinde yeterli olmamaktadır¹⁸⁷⁸. Bu nedenle de yaygın olarak kullanılmamaktadır. Norveç'te bu yöntem, GVK'da yer alan bir hüküm kapsamında mükelleflerin talep etmesi halinde çifte vergilendirmenin önlenmesinde bir alternatif yöntem olarak kullanılmaktadır¹⁸⁷⁹.

İspanya'da ise dolaylı olarak iştirak edilen KEYK'e aracı olan yabancı kurumun da mukim olduğu ülkede KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi halinde, bu kurum adına tahakkuk ettirilen/ödenen vergilerin, İspanya'da mukim mükelleflere KEYK kapsamında atfedilen gelirin hesaplanmasında gider olarak dikkate alınmasına izin verilmemekte, ancak

¹⁸⁷³ Greenleaf, 65.

¹⁸⁷⁴ Uustalu, s. 180.

¹⁸⁷⁵ Helminen, *Finland*, s. 201.

¹⁸⁷⁶ Jackson ve Smith, s. 476.

¹⁸⁷⁷ Dahlberg, *CFC*, s. 593.

¹⁸⁷⁸ Glad, s. 506.

¹⁸⁷⁹ Glad, s. 506.

İspanya mukimi kurumlara fiilen dağıtılan gelirlerin hesaplanmasında bir kez olmak üzere indirimine olanak sağlanmaktadır¹⁸⁸⁰.

b. Verginin Vergiden Mahsubu Yöntemi

Verginin vergiden mahsubu yöntemi, KEYK'in mukim olduğu ülkede ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin, mukim ortaklara atfedilen KEYK gelirleri üzerinden ödenen vergiden mahsup edilmesi yöntemidir. Bu yöntemin uygulanmasında, özellikle atfedilecek gelirin hesaplanma yöntemi olarak kazanç/gelir ayrıştırması yöntemini benimseyen sistemlerde, aktif ve pasif karakterli kazançlara isabet eden verginin ayrı ayrı tespit edilmesi gereğini de ortaya çıkarmaktadır.

Aşağıda, çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla vergi mahsubu yöntemini benimseyen sistemlerdeki uygulamaya yönelik bazı alternatifler değerlendirilmektedir

aa. Ülkeye Göre

KEYK tarafından mukim olunan ülkede veya üçüncü ülkelerde ödenen veya KEYK tarafından bir başka ülkede iştirak edilen alt kademe kurumlarca mukim olunan ülkelerde ödenen vergilerin, mukim ortaklar adına tahakkuk ettirilen vergilerden mahsup edilmesi mümkündür.

aaa. KEYK'in Mukimi Olduğu Ülkede Ödenen Vergiler

KEYK tarafından, mukim olunan ülkede dağıtılmamış gelirler üzerinden ödenen vergilerin, mukim ortaklara atfedilen aynı gelir üzerinden tahakkuk ettirilen vergilerden mahsup edilmesi yöntemidir ve çifte vergilendirme sorununun önlenmesinde temel yöntem olarak kabul edilmektedir¹⁸⁸¹. Bu yöntem, KEYK düzenlemesi ihdas edilmiş olan ülkelerin tamamına yakını tarafından benimsenmiş bir yöntemdir. Ancak, bazı ülkelerde, vergi hukukundan kaynaklanan bazı sorunlar nedeniyle veya farklı gerekçelerle, KEYK tarafından ödenen vergilerin mahsubuna izin verilmemektedir.

¹⁸⁸⁰ Almudi, s. 571; Yazar, İspanya KEYK düzenlemesinin objektivitesi dikkate alındığında, KEYK düzenlemesi kapsamında diğer ülkeler tarafından tahakkuk ettirilen vergilerin, atfedilen gelirin hesaplanmasında dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir, Almudi, s. 571.

¹⁸⁸¹ Arnold, *CFC*, s. 499.

Örneğin, Avusturya'da vergiler indirimi kabul edilmeyen harcamalardır¹⁸⁸². Avusturya (taslak) KEYK düzenlemesine göre, düzenleme kapsamında vergilendirilecek kazancın, Avusturya GVK'ya göre tespit edilmesi gerektiğinden, KEYK tarafından ödenen verginin mahsubuna da izin verilmemektedir¹⁸⁸³.

Macaristan'da ise, sadece Macaristan ile vergi anlaşması imzalamış olan ülkelerde mukim KEYK'ler tarafından ödenen vergilerin, Macaristan'da mukim hissedarları adına tahakkuk eden aynı mahiyetteki/benzer vergilerden mahsubuna izin verilmekte, vergi anlaşması imzalanmayan ülkelerde mukim kurumlar tarafından ödenen vergilerin, düzenleme kapsamında tahakkuk ettirilen vergilerden mahsubuna izin verilmemektedir¹⁸⁸⁴.

bbb. Üçüncü Ülkelerde Ödenen Vergiler

KEYK'ler tarafından üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin, mukim ortaklara atfedilen gelir üzerinden tahakkuk ettirilen vergilerden mahsup edilmesi yöntemidir ve çifte vergilendirmenin önlenmesine yöntemi olarak benimsenen yöntemlerden birisidir. KEYK'ler tarafından iştirak edilen KEYK'ler aracılığıyla ve/veya üçüncü ülkelerde faaliyet gösteren işyerleri aracılığıyla ve/veya üçüncü ülkelerde mukim yavru şirketler aracılığıyla, dolaylı olarak ödenen vergileri kapsamaktadır. KEYK'in mukim olduğu ülkede ödenen vergilerin mahsubuna ilişkin düzenlemelere göre daha detaylı, kapsamlı bir düzenleme gerektirmektedir. Bu nedenle, üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin mukim hissedarlara atfedilen gelir üzerinden tahakkuk eden vergiden mahsubu mekanizmasına ilişkin sorunlar bulunmaktadır¹⁸⁸⁵. Bu sorunlardan bazıları, mahsubun KEYK düzenlemesini uygulayacak ülke ile yabancı kurumun mukim olduğu ülke arasında çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin bir anlaşma bulunması şartına bağlanmış olması, yabancı kurumun yabancı ülkede örgütlenme şekline ve dolaylı iştirake ilişkin vergilerin mahsubuna ilişkin sınırlayıcı kanuni düzenlemelerin bulunmasıdır. Prensip olarak, KEYK tarafından doğrudan veya dolaylı olmak üzere ve düzenleme kapsamında mukim hissedarlara atfedilen kazanç üzerinden hesaplanan vergilerle aynı mahiyette olan tüm vergilerin mahsubuna izin verilmesi gerekir.

¹⁸⁸² Haslinger, s. 83.

¹⁸⁸³ Haslinger, s. 83.

¹⁸⁸⁴ Liszicza, s. 310.

¹⁸⁸⁵ Arnold, *CFC*, s. 500.

İngiltere¹⁸⁸⁶, Finlandiya¹⁸⁸⁷ ve Portekiz¹⁸⁸⁸ KEYK düzenlemesi, KEYK'ler tarafından üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin, mukim ortaklara atfedilen gelirler üzerinden tahakkuk ettirilen vergilerden mahsubuna izin verilen ülkelere örnek oluşturmaktadır. Portekiz'de bu kural, KEYK'lerin işyeri vasıtasıyla üçüncü ülkelerde ödenen vergileri de kapsamaktadır¹⁸⁸⁹.

Estonya¹⁸⁹⁰, Norveç¹⁸⁹¹ ve Hollanda¹⁸⁹² KEYK düzenlemesi ise, KEYK'ler tarafından üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin, mukim ortaklara atfedilen gelirler üzerinden tahakkuk ettirilen vergilerden mahsubuna izin verilmeyen ülkelere örnek oluşturmaktadır.

İspanya'da bu kural sadece KEYK tarafından pasif karakterli gelirler üzerinden üçüncü ülkelerde ödenen vergiler ile KEYK'in % 5 veya daha fazla oranda iştirak ettiği şirketler tarafından, mukim hissedarlara atfedilecek pasif karakterli gelirleri üzerinden ödenen kurumlar vergisi ve stopajları kapsamakta, vergi cennetlerinde ödenen vergilerin indirimine izin verilmemektedir¹⁸⁹³.

İtalya'da, KEYK'in, bir başka yabancı kurum tarafından dolaylı olarak kontrol edilmesi halinde, dağıtılan kar payları, aracı kurumun mukim olduğu ülkede vergiden müstesna tutulmakta ise, KEYK tarafından, dağıtılan kar payları üzerinden kesilen vergilerin, İtalya'da mukim hissedarlara atfedilen gelir üzerinden hesaplanan vergiden mahsup edilmesi mümkündür¹⁸⁹⁴.

Litvanya'da ise KEYK tarafından üçüncü bir ülkede ödenen vergilerin, üçüncü ülkelerdeki söz konusu kazancın, mukim hissedarların gelirlerine dâhil edilerek

¹⁸⁸⁶ Ullah, s. 621.

¹⁸⁸⁷ Helminen, *Finland*, s. 201; Sadece ulusal düzeyde ödenen verilerle sınırlı olmak üzere mahsup edilebilmektedir, Helminen, *Finland*, s. 201.

¹⁸⁸⁸ Borges, s. 540.

¹⁸⁸⁹ Borges, s. 540.

¹⁸⁹⁰ Uustalu, s. 180; Sadece Estonya'da KEYK gelirlerine uygulanan stopaj bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır, Uustalu, s. 180.

¹⁸⁹¹ Glad, s. 504; Norveç KEYK düzenlemesi gereğince sadece KEYK'in mukim olduğu ülkede ödenen vergilerin, mukim hissedarlara atfedilen gelirler üzerinden tahakkuk ettirilen vergilerden, hisseleri oranında mahsubuna izin verilmektedir. KEYK'in, üçüncü ülkede bir işyeri/şube vasıtasıyla faaliyet göstermesi halinde, bu işyeri/şube tarafından elde edilen gelir üzerinden ödenen verginin, mukim hissedarlara atfedilen gelirler üzerinden tahakkuk ettirilen vergilerden mahsubu mümkün değildir, ancak belli şartların sağlanması halinde, hissedarların, söz konusu işyeri/şube kazancından indirimi talep etmesi mümkündür. Ancak, Norveç tarafından KEYK düzenlemesine tabi tutulan bir şirketin, üçüncü bir ülkede mukim bir şirkete iştirak etmesi halinde, normal olarak sadece KEYK'in mukim olduğu ülkede ödenen vergilerin mahsubuna izin verilmekle birlikte, bu gibi durumlarda Maliye Bakanlığı'nın görüşüne göre; KEYK şeffaf kurum olarak kabul edilmesi ve diğer şartların da sağlanması halinde yabancı kurum tarafından üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin mahsubu mümkün hale gelmektedir. Ayrıca Norveç KEYK düzenlemesine göre düzenleme kapsamında vergilendirilen bir yabancı kurumun, üçüncü bir ülke tarafından daha KEYK düzenlemesine tabi tutulması halinde, söz konusu vergilerin de mahsubu mümkün değildir, Glad, s. 506–507.

¹⁸⁹² Peters, s. 447.

¹⁸⁹³ Almudi, s. 569; Baralt, s. 12.

¹⁸⁹⁴ Favi, s. 361.

vergilendirilmesi ve üçüncü ülke ile Litvanya arasında imzalanmış bir vergi anlaşmasının bulunması durumunda izin verilmektedir¹⁸⁹⁵.

bb. Zamana Göre

Çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla mahsup edilecek vergilerin mahsubuna ilişkin bir sınırlama getirilip getirilmemesi, düzenleme kapsamında belirlenmesi ve hükme bağlanması gereken unsurlardan birisidir. Bu kapsamda, önceki aşamalarda ödenmiş olan verginin süreyle sınırlı olmak üzere veya tamamı mahsup edilinceye kadar sınırsız olarak sonraki yıllara devredilmesi veya önceki yıllarda ödenen vergiler dikkate alınarak iade edilmesi yönteminin benimsenmesi mümkün olmakla birlikte söz konusu vergilerin sadece fiili kar paylarının vergilendirildiği dönemde mahsubuna izin verilmesi de mümkündür. Bu sınırlamalar aşağıda detaylarıyla incelenmektedir.

aaa. İlgili Yılda

Bu mahsup yönteminde temel prensip, çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla KEYK tarafından mukim olunan ülkede ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin, sadece vergilendirmenin yapıldığı tarihte, mukim ortaklar adına tahakkuk ettirilen vergiden mahsubuna imkân sağlanmasıdır. Düzenlemenin ihdas edildiği ülkelerin tamamına yakınında bu yöntem benimsenmiştir.

Bu mahsup yöntemine ilişkin önemli bir diğer husus da, yabancı kurumun, vergilendirme döneminin tamamını kapsayan bir dönemde KEYK olarak kabul edilmediği ya da KEYK'in ortaklarına atfedilecek gelirin kazanç/gelir ayrıştırması yöntemine göre tespit edildiği sistemlerde, yabancı kurum tarafından ödenen vergilerin mahsubu konusudur. Böyle bir durumda KEYK tarafından ödenen vergiler, mukim ortaklar adına tahakkuk ettirilen vergilerden, sadece düzenleme kapsamında atfedilen gelirle orantılı olmak üzere vergi mahsup edilmesi gerekir.

bbb. İzleyen Yıllarda Mahsup (Sonraki Yıllara Devir)

Çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla KEYK tarafından mukim olunan ülkede ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin, vergilendirmenin yapıldığı tarihte, mukim

¹⁸⁹⁵ Bernatonis, s. 400.

hissedarlar adına tahakkuk ettirilen vergiden mahsup edilemeyen kısmının sonraki yıllarda tahakkuk eden vergilerden mahsup edilmesine olanak sağlanması yöntemidir. Bu yönde düzenleme yapan ülkelere Danimarka¹⁸⁹⁶, İsrail¹⁸⁹⁷, Yeni Zelanda¹⁸⁹⁸, İngiltere¹⁸⁹⁹ ve Portekiz¹⁹⁰⁰ örnek olarak gösterilebilir.

Çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla önceki aşamalarda ödenen vergilerin ilgili yılda mahsup edilemeyen kısmı, Danimarka'da genel hükümler çerçevesinde mahsup edilirken¹⁹⁰¹, Portekiz'de 5 yıl süreyle¹⁹⁰², İngiltere'de 6 yıl süreyle¹⁹⁰³ sonraki yıllara devrine imkân sağlanmıştır.

cc. Verginin Mükellefine Göre

KEYKdeki hisseleri oranında gelir atfedilen mukim ortaklar adına tahakkuk ettirilen gelirlerden mahsup edilmesine izin verilen vergilerin belirlenmesinde, mahsup edilecek verginin mükellefi ile ödenen verginin türü de önemli bir unsurdur.

aaa. KEYK Tarafından Ödenen Vergiler

KEYK tarafından, mukim olunan ülkelerde ve/veya üçüncü ülkelerde¹⁹⁰⁴, gerek ulusal düzeyde gerekse yerel (eyalet, kanton, belediyeler vb.) düzeyde ödenen vergilerin tamamının mahsubuna izin verilmesi, KEYK kazancının tespitinde kurum yönteminin benimsendiği sistemlerde çifte vergilendirmenin önlenmesi açısından tam başarı sağlamaktadır. KEYK kazancının tespitinde kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin benimsendiği sistemlerde ise söz konusu yöntem, sadece mukim ortaklara atfedilen gelirler ile sınırlı olmak üzere uygulanmaktadır¹⁹⁰⁵. KEYK tarafından ulusal düzeyde ödenen gelir veya kurumlar vergisinin ya da benzeri verilerin tamamının mahsup edilmesine, düzenlemenin ihdas edildiği ülkelerin hemen tamamında imkân sağlanmakta olup, ABD¹⁹⁰⁶, Japonya¹⁹⁰⁷, Danimarka¹⁹⁰⁸,

¹⁸⁹⁶ Rix, s. 150.

¹⁸⁹⁷ Shalhav, s. 338.

¹⁸⁹⁸ Jackson ve Smith, s. 476.

¹⁸⁹⁹ Graziani, s. 11.

¹⁹⁰⁰ Borges, s. 540.

¹⁹⁰¹ Rix, s. 149; Danimarka vergi hukukuna göre, Danimarka'nın çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin olarak imzalamış olduğu anlaşmalarda, farklı bir indirim/mahsup (relief) yöntemi benimsenmiş olduğu durumlarda da uygulanabilmektedir. Az sayıda anlaşmada benimsenmiş olsa da bazı anlaşmalarda "tax sparing credit" ve istisna yöntemi benimsenmiştir. İç hukukta benimsenen yöntem ile vergi anlaşmalarında benimsenen yöntemin farklı olması durumunda da mükelleflerin kendileri için en avantajlı olan yöntemi seçme hakları bulunmaktadır, Bkz., Rix, s. 150.

¹⁹⁰² Borges, s. 540.

¹⁹⁰³ HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm211050.htm> (23.03.2009).

¹⁹⁰⁴ Bkz., § 11 Bölüm II/1-b/aa kısım.

¹⁹⁰⁵ Arnold, *CFC*, s. 499.

¹⁹⁰⁶ Sullivan, s. 36.

Norveç¹⁹⁰⁹ ve İngiltere¹⁹¹⁰ KEYK düzenlemesi bu uygulamaya örnek oluşturmaktadır. Avustralya'da KEYK tarafından ödenen vergilerin mahsubuna, atfedilen gelirle orantılı olmak üzere izin verilmektedir¹⁹¹¹. Avusturya'da ise vergiler indirimi kabul edilmeyen harcamalardır ve dolayısıyla KEYK tarafından ödenen yabancı vergilerin mahsubuna, izin verilmemektedir¹⁹¹².

KEYK tarafından mukim olduğu ülkenin küçük alt idari birimlerine (eyalet, kanton veya belediyeler düzeyinde) ödenen vergilerin mahsubuna imkân sağlanması ise, yaygın olarak benimsenen bir yöntem değildir. Bu yöntemin sadece İngiltere¹⁹¹³ KEYK düzenlemesi kapsamında benimsendiği tespit edilmektedir¹⁹¹⁴.

Finlandiya'da da, genel kural olarak sadece ulusal düzeyde alınan vergilerin mahsubuna izin verilmekte, ancak çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin olarak düzenlenen çifte vergilendirme anlaşmalarında yer alan, yerel düzeydeki vergilerin mahsubuna ilişkin özel hükümler, bu kuralın istisnasını oluşturmaktadır¹⁹¹⁵.

bbb. Alt Kademe Şirketler Tarafından Ödenen Vergiler

KEYK'ler adına üçüncü ülkelerde mukim iştirakleri tarafından ödenen vergilerin, mukim hissedarlara atfedilen gelir üzerinden tahakkuk ettirilen vergilerden mahsup edilmesi yöntemi, çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla benimsenen yöntemlerden birisi olmakla birlikte, yaygın olarak benimsenen bir yöntem değildir.

Bu uygulamaya, İspanya ve Norveç KEYK düzenlemeleri örnek gösterilebilir. İspanya'da, KEYK'in % 5 veya daha fazla oranda iştirak ettiği şirketler tarafından, KEYK aracılığıyla mukim hissedarlara atfedilecek pasif karakterli gelirleri üzerinden üçüncü ülkede ödenen kurumlar vergisi ile diğer vergilerin mahsubu mümkündür¹⁹¹⁶. Norveç KEYK düzenlemesine tabi tutulan bir şirketin, üçüncü bir ülkede mukim bir şirkete iştirak etmesi halinde, normal olarak sadece KEYK'in mukim olduğu ülkede ödenen vergilerin mahsubuna

¹⁹⁰⁷ OECD, *CFC*, s. 76.

¹⁹⁰⁸ Rix, s. 149.

¹⁹⁰⁹ Norveç, Bkz., Glad, 505.

¹⁹¹⁰ Ullah, 621; <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM209220.htm> (28.04.2009).

¹⁹¹¹ Greenleaf, s. 65; OECD, *CFC*, s. 76.

¹⁹¹² Haslinger, s. 83.

¹⁹¹³ HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM209220.htm> (28.04.2009).

¹⁹¹⁴ Ullah, s. 621; Graziani, s. 11.

¹⁹¹⁵ Helminen, *Finland*, s. 201.

¹⁹¹⁶ Almudj, s. 569.

izin verilmektedir. Ancak, Maliye Bakanlığının görüşü; bu gibi durumlarda KEYK şeffaf kurum olarak kabul edilmesi ve diğer şartların da sağlanması halinde, yabancı kurum tarafından üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin mahsubuna izin verilmesi gerektiği yönündedir¹⁹¹⁷.

ccc. Ortaklar Tarafından Ödenen Vergiler

KEYK'lerin KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilecek ortakları tarafından, mukim oldukları ülkede, KEYK'lerle gerçekleştirdikleri işlemler kapsamında ödemiş oldukları vergilerin, mukim ortaklara atfedilen gelir üzerinden tahakkuk ettirilen vergilerden mahsup edilmesi yöntemidir.

KVK'nın 30/7. maddesi, Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde yerleşik olan veya faaliyette bulunan kurumlara (tam mükellef kurumların bu nitelikteki ülkelerde bulunan iş yerleri dâhil) nakden veya hesaben yapılan veya tahakkuk ettirilen her türlü ödemeler üzerinden, bu ödemelerin verginin konusuna girip girmediğine veya ödeme yapılan kurumun mükellef olup olmadığına bakılmaksızın % 30 oranında vergi kesintisi yapılacağı hükmünü içermektedir. Bu ülkelere yapılan veya tahakkuk ettirilen ödemeler üzerinden vergi kesintisi yapılmasının nedeni, kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkânı sağlamaması ve bu ülkelerin bilgi değişimini gerçekleştirme konusunda isteksiz davranmalarıdır. Henüz Bakanlar Kurulu tarafından bir liste yayınlanmamış olduğundan uygulama başlamamıştır. Bakanlar Kurulu tarafından yayınlanacak listede yer alacak ülkelerin, KVK'nın 7. maddesi kapsamında vergileme yapılması için gereken şartları haiz ülkeler ile uyumlu olup olmayacağı konusunda bir belirleme bulunmamaktadır. Ancak herhangi bir çakışma halinde, KEYK düzenlemesi kapsamına giren bir yabancı kuruma, ortaklar veya üçüncü şahıslar tarafından yapılacak veya tahakkuk ettirilecek ödemelerden vergi kesintisi yapılacaktır. Bu durum mükerrer vergilendirmeye yol açabilir¹⁹¹⁸. Bu vergilerin, KEYK düzenlemesi kapsamında tarh edilecek vergilerden KVK md. 34/3¹⁹¹⁹ çerçevesinde mahsubu mümkündür. Dolayısıyla, iki düzenlemenin birbiri ile çakışması ya da mükerrer vergilemeye neden olması gibi bir sonuç

¹⁹¹⁷ Glad, s. 507.

¹⁹¹⁸ Gündoğdu, s. 122.

¹⁹¹⁹ KVK md. 34/3; "(3) KEYK'lere yapılan ödemeler üzerinden Kanunun 30 uncu maddesinin yedinci fıkrası uyarınca kesilen vergiler, bu şirketin Türkiye'deki beyannameye dahil edilen kurum kazancı üzerinden hesaplanacak kurumlar vergisinden mahsup edilebilir. Ancak mahsup edilecek vergi, KEYK'in bu ödemelerden kaynaklanan kazancına isabet eden kurumlar vergisini aşamaz."

ortaya çıkmamaktadır. Balcı, söz konusu vergi kesintisinin en azından KEYK kazancının tespiti sırasında matrahtan gider olarak düşülmesinin uygun olacağını savunmaktadır¹⁹²⁰.

dd. Verginin Türüne/Niteliğine Göre

KEYK düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulan bir veya birden fazla yabancı kurum tarafından, mukim olunan ülkede ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin, sadece mukim ortaklara atfedilen vergilerden mahsubuna, vergilerin türü/niteliği açısından sınırlama getirilmesi mümkündür. KEYK tarafından ödenen vergilerin, aynı gelir üzerinden tahakkuk ettirilen aynı nitelikteki vergilerden mahsubuna izin verilmesi, çifte vergilendirmenin önlenmesine yönelik olarak benimsenen bir yöntemdir¹⁹²¹. Bu yönüme göre KEYK tarafından mukim olunan ülkede ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen gelir ve kurumlar vergisi sadece mukim ortaklar adına atfedilen gelir üzerinden tahakkuk ettirilen gelir ve kurumlar vergisinden veya mükellefin diğer gelirleri de dâhil olmak üzere toplam geliri üzerinden tahakkuk ettirilen gelir ve kurumlar vergisinden mahsup edilebilmektedir. Bu yöntemi benimseyen ülkelere örnek olarak Fransa, İsrail ve Macaristan gösterilebilir.

Fransa'da, KEYK'in mukim olduğu ülkede ödenen vergilerin, atfedilen gelir üzerinden ortaklar tarafından Fransa'da ödenecek aynı mahiyetteki vergilerden mahsup edilmesine imkân sağlanmaktadır¹⁹²². Macaristan'da ise mütekelilik kriterine göre sadece Macaristan KVK'ya göre ödenen vergilere benzer nitelikteki vergilerin indirimi mümkündür¹⁹²³. Bu nedenle, Macaristan'da mukim kurumlar vergisi mükelleflerinin yabancı ülkelere elde ettikleri kar payları üzerinden vergilendirilmeleri söz konusu olmadığından, bu kar payları üzerinden KEYK tarafından ödenen stopajın mahsubu mümkün olamamaktadır.¹⁹²⁴

ee. Atfedilen KEYK Kazancına Göre

Tam mükellef gerçek ve tüzel kişilerin, KEYK düzenlemesi kapsamına giren bir veya birkaç yabancı kuruma iştirak etmeleri ve sahip oldukları tüm KEYK hisseleri dolayısıyla da düzenleme kapsamında vergilendirilmeleri mümkündür. Bu durumda, iştirak edilen KEYK'ler

¹⁹²⁰ Balcı, *KEYK*, s. 127.

¹⁹²¹ Arnold, *CFC*, s. 500.

¹⁹²² Kabbaj ve Bletière, s. 234; Gouthière, *2008*, s. 54.

¹⁹²³ Liszicza, s. 310; Bu kural nedeniyle, avantajlı vergi rejimlerinde tahakkuk ettirilen birçok verginin Macaristan KVK'da tanımlanan KV kapsamında değerlendirilemediğinden, mahsup veya indirim uygulanamamaktadır, Liszicza, s. 310.

¹⁹²⁴ Liszicza, s. 310; Bu gibi durumlarda tek çözüm bu vergilerin gider olarak dikkate alınmasıdır, Liszicza, s. 310.

tarafından mukim olunan ülkelerde ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerden, mahsuba esas alınacak tutarın hesaplanmasında, aşağıda yer alan üç farklı yöntem benimsenebilir.

- İştirak edilen her bir KEYK tarafından ödenen verginin ayrı ayrı izlenmesi ve ayrı ayrı mahsubu,
- İştirak edilen KEYK'ler tarafından ödenen vergilerin toplamının, düzenleme kapsamında tahakkuk ettirilen toplam vergiden mahsubu,
- İştirak edilen KEYK'ler tarafından ödenen vergilerin toplamının, ortaklar adına tahakkuk eden toplam vergiden mahsubu.

Yabancı ülkelerde ödenen vergilerin mahsubuna ilişkin genel kural, yabancı ülkede ödenen verginin, aynı gelir üzerinden ortakların mukim olunan ülkede ödenen aynı nitelikteki vergi tutarına kadar olan kısmının mahsubuna izin verilmesidir¹⁹²⁵. Her üç yöntemde de, iştirak edilen KEYK'ler tarafından ödenen gelir veya kurumlar vergisi, ortaklar adına tahakkuk ettirilen gelir veya kurumlar vergisinden mahsup edilmekte, mahsup edilemeyen tutarlar, mümkün olması halinde sonraki yıllara devredilmekte ya da gider olarak dikkate alınabilmektedir.

Birinci yöntemin benimsenmesi halinde, her bir KEYK tarafından mukim olunan ülkede ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergiler, ayrı ayrı izlenmekte ve sadece aynı gelir üzerinden mukim ortaklar adına tahakkuk ettirilen vergilerden mahsubuna izin verilmektedir. İspanya¹⁹²⁶ ve Estonya¹⁹²⁷ KEYK düzenlemeleri, mahsup/indirim tutarının hesaplanmasında her ülkenin ayrı ayrı dikkate alınması açısından bu yöntemi benimseyen düzenlemelere örnek oluşturmaktadır. Herhangi bir KEYK tarafından ödenen ve mahsup edilemeyen vergi tutarının, diğer ülkelerde mukim KEYK gelirleri üzerinden mukim ortaklar adına tahakkuk eden vergilerden mahsubu mümkün değildir. ABD Subpart F düzenlemesi de, düzenleme kapsamında vergilendirilecek tüzel kişi ortaklara, söz konusu kazançlar üzerinden ödenen vergilerin, ortaklar adına tahakkuk eden vergilerden mahsubuna imkân sağlamakta, ancak gerçek kişi ortaklar bu imkândan yararlandırılmamaktadır¹⁹²⁸. Bunun nedeni, KEYK tarafından

¹⁹²⁵ Estonya için Bkz., Uustalu, s. 180; Finlandiya için Bkz., Helminen, *Finland*, s. 201; Yeni Zelanda için Bkz., Jackson ve Smith, s. 476; İsveç için Bkz., Dahlberg, *CFC*, s. 593 ve Rijn, s. 2.

¹⁹²⁶ Almudi, s. 569.

¹⁹²⁷ Uustalu, s. 180.

¹⁹²⁸ Sullivan, s. 37; Yabancı ülkelerde ödenen vergilerin indirimi sisteminin manipüle edilmesinin önlenmesi için sistem, ABD ortaklarının yabancı ülkelere elde edilen kazançlarını "sepetlere (basket)" ayırmakta ve hissedarların her bir sepete ilişkin

ödenen vergilerin mahsubu imkânıyla sadece şirket vergileri düzeyindeki çifte vergilendirmenin önlenmesinin amaçlanmasıdır¹⁹²⁹.

İkinci yöntemin benimsenmesi halinde, tam mükellef gerçek ve tüzel kişilerin, bir veya birkaç ülkede mukim yabancı kuruma iştirak etmesi ve sahip oldukları tüm KEYK payları dolayısıyla da düzenleme kapsamında vergilendirilmeleri halinde, bir vergilendirme döneminde, KEYK veya KEYK'ler tarafından, mukim olunan ülkelerde ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin toplam tutarının dikkate alınarak bu tutarın, mukim ortaklar adına düzenleme kapsamında tahakkuk ettirilen toplam vergiden mahsup edilmesine izin verilmektedir. Bu durumda, iştirak edilen KEYK veya KEYK'ler tarafından mukim olunan ülkelerde ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin tutarı ayrı ayrı dikkate alınmamakta, mukim ortaklar adına düzenleme kapsamında tahakkuk ettirilen toplam vergiden topluca mahsup edilmektedir. Danimarka KEYK düzenlemesi, bu uygulamaya örnek oluşturmaktadır¹⁹³⁰.

Üçüncü yöntemin benimsenmesi halinde, tam mükellef gerçek ve tüzel kişilerin, bir veya birkaç ülkede mukim yabancı kuruma iştirak etmesi ve sahip oldukları tüm KEYK payları dolayısıyla da düzenleme kapsamında vergilendirilmeleri halinde, bir vergilendirme döneminde, KEYK veya KEYK'ler tarafından, mukim olunan ülkelerde ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin toplam tutarı dikkate alınarak bu tutarın, mukim ortaklar adına tahakkuk ettirilen toplam vergiden mahsup edilmesine izin verilmektedir. Bu durumda, iştirak edilen KEYK veya KEYK'ler tarafından mukim olunan ülkelerde ve/veya üçüncü ülkelerde ödenen vergilerin toplam tutarının, mukim ortaklar adına tahakkuk ettirilen toplam vergiden topluca mahsubuna izin verilmektedir.

Yeni Zelanda düzenlemesine göre, KEYK tarafından ödenen vergilerin, mukim gerçek kişi hissedarlara atfedilen yabancı kurum kazancı üzerinden hesaplanan vergilerden mahsup

yabancı vergi indirim limitini hesaplaması gerekmektedir. Pasif karakterli gelirler, yüksek gelir (stopaj) vergisine tabi faiz gelirleri, finansal hizmet gelirleri, gemicilik gelirleri ve genel aktif ticari kazanç gelirleri için ayrı bir sepet bulunmaktadır. ABD KEYK gelirlerine ilişkin vergilerin hesaplanmasında kurum perdesinin kaldırılması (look-through) yöntemi kullanılmakta olup, bu kurala göre, KEYK kazancının niteliği, ait olduğu sepete göre belirlenmektedir, Sullivan, s. 37.

¹⁹²⁹ Sullivan, s. 37; İndirilebilir vergi tutarının, kazancın ABD'de elde etmesi durumunda uygulanacak vergi miktarını aşmaması gerekirken, yabancı kurumlar aracılığıyla dolaylı olarak sahip olunan yabancı kurumlarda (zincir şeklinde sahip olunan şirketlerde) bu indirim hakkında yararlanılabilmesi için ayrıca iki şartın daha var olması gerekmekte olup, bu şartlardan birincisi; ABD mukimi ortağın yabancı kurumda en az % 10 oy hakkına ve zincirdeki diğer yabancı kurumlarda en az % 10 hisseye sahip olması, ikincisi ise ABD ortağının alt kademe yabancı kurumlarda en az % 5 dolaylı hisseye sahip olmasıdır, her iki şartın gerçekleşmesi halinde ABD hissedarı, maksimum altı alt kademe şirket tarafından ödenen vergilerin indirimini talep etme hakkı bulunmakta olup, üçüncü alt kademe kurumun altında kalan kurumlar tarafından ödenen ve vergilerin ABD hissedarı tarafından indirim talebinde bulunulabilmesi için, bu kurumların, KEYK şartlarını haiz olması gerekmektedir, Sullivan, s. 37.

¹⁹³⁰ Rix, s. 150.

edilmesine imkân sağlanmakta, mahsup edilmeyen tutar ise, KEYK ile aynı ülkede faaliyet gösteren başka bir kurumdan elde edilen kazanç üzerinden ödenmesi gereken vergilerden mahsup edilebilmektedir¹⁹³¹.

ff. Vergilendirme Aşamasına Göre

KEYK düzenlemeleri iki aşamalı bir vergilendirmeyi gerektirmesi nedeniyle, ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesinde KEYK'in, mukim ortaklara atfedilen geliri üzerinden tahakkuk ettirilen vergilerden; (i) tahakkuk ettiği kabul edilen fiktif/varsayımsal (ii) yabancı kurum adına tahakkuk ettirilen veya (iii) yabancı kurum tarafından ödenen vergilerin, mahsup edilmesi yöntemlerinden birisinin, mahsup yöntemi olarak seçilmesi gerekmektedir. Mahsup yöntemi, KEYK tarafından elde edilen gelirlerin mukim ortaklara atfedilmesi yöntemine ve mahsup tarihine bağlı olarak değişkenlik gösterir.

aaa. Fiktif/Varsayımsal Vergiler

Mukim ortaklara atfedilen gelir üzerinden ortaklar adına tahakkuk ettirilen verginin tahakkuk ettirildiği tarihte, yabancı kurum adına henüz gelir veya kurumlar vergisi tahakkuk ettirilmemiş olması veya tahakkuk ettirildiği halde henüz ödenmemiş olması hali dikkate alınarak, mevcut yasalara uygun olarak hesaplanacak fiktif/varsayımsal bir verginin mahsup edilmesi veya tahakkuk etmiş ve/veya ödenmiş bir verginin mahsup edilmesi bir yöntem olarak benimsenebilir.

Özellikle KEYK tarafından elde edilen gelirlerin, mukim ortaklara atfedilmesi yöntemi olarak fiktif kar payı dağıtım yönteminin benimsendiği sistemlerde, düzenleme kapsamında vergilendirme yapıldığı tarihte, fiili kar payı dağıtımının yapılmaması nedeniyle henüz tahakkuk ettirilmeyen gelir vergisi yerine fiktif/varsayımsal gelir vergisi hesaplanarak, bu vergilerin mahsubuna izin verilmek suretiyle uluslararası çifte vergilendirme önlenmektedir. KEYK tarafından fiili kar dağıtımının yapılması ve bu kar dağıtımının vergilendirilmesi halinde, ortaklar adına fiili kar dağıtımına ilişkin olarak yapılan vergilendirmede de, hem fiili kar dağıtımından ödenen vergilerin mahsup edilmesi, hem de mükerrer mahsuba neden olunmaması açısından, evvelce hesaplanan fiktif/varsayımsal gelir vergisinin düzeltilmesi gerekir. Bu yöntemin, dolaylı kontrol edilen çok kademeli KEYK'lerden elde edilen gelirler için de uygulanması mümkündür. Ancak, KEYK'in iştirak ettiği yabancı kurumlardan elde edilen

¹⁹³¹ Jackson ve Smith, s. 476.

kar paylarının vergiden müstesna tutulması halinde, fiili/gerçek kar dağıtımlarının vergilendirilmesinde, kar paylarının, vergiden müstesna tutulan kısma ilişkin fiktif/varsayımsal gelir vergisinin mahsubuna (düzeltme işlemine), mükerrer mahsuba neden olmaması açısından izin verilmemesi gerekir.

İsrail KEYK düzenlemesi bu yöntemi benimseyen ülkelere örnek teşkil etmekte olup, bu yöntem sadece doğrudan KEYK'ler için değil, aynı zamanda dolaylı olarak iştirak edilen (şirketler zinciri) KEYK'ler için de uygulanmaktadır¹⁹³².

bbb. Tahakkuk Etmiş Vergiler

Bu yöntemin benimsendiği sistemlerde, yabancı kurum adına tahakkuk ettirilen gelir veya kurumlar vergisinin, mukim ortaklara atfedilen gelir üzerinden ortaklar adına tahakkuk ettirilen gelir veya kurumlar vergisinden mahsubuna imkân sağlanmaktadır. Dolayısıyla bu yöntemde, gelir veya kurumlar vergisinin yabancı kurum adına tahakkuk ettirilmiş olmasını, yeterli görmekte, ödenmiş olması şartını aramamaktadır.

KEYK düzenlemesini ihdas etmiş olan ülkeler arasında, mahsup yöntemi olarak bu yöntemin benimsendiği ülkelere Yeni Zelanda¹⁹³³ ve Norveç¹⁹³⁴ KEYK düzenlemeleri örnek oluşturmaktadır. Litvanya KEYK düzenlemesi ise ödenen vergilerin mahsubuna izin vermekle birlikte, KEYK'in mukim olduğu ülke vergi hukukuna göre ödemenin gecikmiş olması halinde de mahsuba imkân sağlanmaktadır¹⁹³⁵.

ccc. Sadece Fiilen Ödenmiş Vergiler

Mahsup yöntemi olarak, mukim ortaklara atfedilen gelir üzerinden ortaklar adına tahakkuk ettirilen gelir veya kurumlar vergilerinden, sadece yabancı kurum tarafından ödenmiş olan gelir veya kurumlar vergisinin mahsup edilmesine izin verilmektedir.

İspanya KEYK düzenlemesi bu yöntemin benimsendiği ülkelere örnek oluşturmakta olup, mahsubu imkânı bulunan vergilerin fiilen ödenmiş olması şartı aranmaktadır¹⁹³⁶.

¹⁹³² Shalhav, s. 338.

¹⁹³³ Jackson ve Smith, s. 476.

¹⁹³⁴ Glad, s. 504.

¹⁹³⁵ Bernatonis, s. 400.

¹⁹³⁶ Almudi, s. 569.

c. KVK'da Uygulanan Yöntem

5520 sayılı KVK'nın "Yurt dışında ödenen vergilerin mahsubu" başlıklı 33/2. maddesinde; *"Kanunun 7 nci maddesinin uygulandığı hallerde, yurt dışındaki iştirakin ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergiler, kontrol edilen yabancı şirketin Türkiye'de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilebilir."* hükmü yer almaktadır.

Madde hükmüne göre, KEYK kazancının ortaklara atfedilmesi aşamasında tahakkuk eden vergilerden, sadece KEYK tarafından ödenen mahsubu yönteminin benimsendiği, ödenen vergilerin nitelik açısından gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerle sınırlandırıldığı, KEYK tarafından ödenen vergiler arasında ülkeye bağlı bir ayırım yapılmadığı ve birden fazla KEYK tarafından ödenen vergilerin mahsubunda KEYK gelirlerine bağlı bir sınırlama getirilmediği, ayrıca mahsup edilemeyen vergilerin sonraki yıllara devri konusunda özel bir düzenleme yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Bununla birlikte, 1 No.lu KVK Genel Tebliği'nin "7.4." bölümünde KVK'nın 33. maddesine göre, yurt dışındaki iştirakin bulunduğu ülkede ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin KEYK'in Türkiye'de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilebileceği, ancak, KEYK'in bulunduğu ülke dışındaki ülkelerde ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin, söz konusu kurumun Türkiye'de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilmesinin mümkün bulunmadığı belirtilmektedir.

Tebliğ'de yer alan ve sadece iştirak edilen yabancı kurumun bulunduğu ülkede tahakkuk eden vergilerin Türkiye'de hesaplanan vergilerden mahsup edilebileceği yönündeki açıklama, yasal düzenlemenin ötesine geçen bir yorumdur. Çünkü yasal düzenleme, yabancı kurum tarafından Türkiye de dâhil olmak üzere diğer ülkelerde ödenen vergilerin mahsubuna engel teşkil eden bir hüküm içermemektedir. Dolayısıyla Tebliğ'de yer alan bu ifadenin düzeltilmesi isabetli olacaktır.

KEYK kazançları üzerinden Türkiye'de tarh olunacak vergilere mahsup edilecek yabancı vergilerin, ilgili bulunduğu kazancın Türkiye'de genel sonuç hesaplarına intikal ettirildiği hesap döneminde tamamen veya kısmen indirilemeyen kısmı, bu dönemi izleyen üçüncü hesap dönemi sonuna kadar indirim konusu yapılabilecektir.

2. Fiili Kâr Payı Dağıtım Aşamasında

Bu aşamada ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesi için farklı yöntemlerin geliştirilmesi mümkün olsa da, genellikle iki yöntem kullanılmakta olup, bu yöntemlerden ilki; fiilen dağıtılan kar paylarının, evvelce aynı gelir üzerinden atfedilen KEYK kazancına kadar olan kısmının vergilendirilmemesi (istisna yöntemi), diğeri ise; fiilen dağıtılan kar paylarının mukim ortakların gelirlerine ilave edilerek tahakkuk ettirilen vergiden, evvelce KEYK düzenlemesi kapsamında hesaplanan vergilerin mahsup edilmesidir (mahsup yöntemi)¹⁹³⁷.

a. İstisna Yöntemi

Bu yöntemde, KEYK tarafından gerçekleştirilen (fiili) kar payı dağıtımlarının, mukim ortakların elinde evvelce vergilendirilen KEYK gelirin tutarına kadar olan kısmı vergilendirilmemekte¹⁹³⁸, aşan kısmı genel hükümler çerçevesinde vergiye tabi tutulmaktadır¹⁹³⁹. Dolayısıyla yöntem, bir "*matrahtan indirim*" mekanizması şeklinde uygulanmaktadır. Bu yöntemin, fiilen dağıtılan kar payının bir kısmının vergilendirilmemesi nedeniyle "*istisna yöntemi*" olarak adlandırılması da mümkündür¹⁹⁴⁰. Bu durum göz önünde bulundurularak, anlatım kolaylığı sağlanabilmesi açısından, yöntem çalışmamızda, vergisel diğeri sonuçlar göz ardı edilerek, "*istisna yöntemi*" olarak kullanılmıştır.

KEYK aracılığıyla dolaylı olarak iştirak edilen yabancı kurumların varlığı halinde istisna, doğrudan iştirak edilen yabancı kurumlar tarafından dağıtılan kar paylarına tanınmaktadır¹⁹⁴¹. Ayrıca, fiilen dağıtılan kar paylarının vergiden müstesna tutulabilmesi için, söz konusu kar paylarının önceki yıllarda düzenleme kapsamında vergilendirildiğinin ispat edilmesi gerekir. Söz konusu yöntemin süre sınırlamasına bağlı olarak uygulanması da mümkündür. Yöntemin uygulanmasında, kar paylarının enflasyon düzeltilmesine tabi tutulması ya da dağıtılan kar payının vergiden müstesna tutulan kısmını aşan tutarın, tamamen

¹⁹³⁷ Arnold, *CFC*, s. 500.

¹⁹³⁸ Uustalu, s. 180.

¹⁹³⁹ Helminen, *Finland*, s. 202.

¹⁹⁴⁰ Bu anlamdaki, yani KEYK'ler tarafından dağıtılan kar paylarının belli bir tutarının vergilendirilmemesi anlamında kullanılan "*indirim*" ve "*istisna*" kavramlarının literatürde birbiri yerine kullanıldığı tespit edilmektedir. Örneğin, Helminen tarafından, Finlandiya'da benimsenen yöntem; "*KEYK tarafından gerçekleştirilen kar payı dağıtımlarının, Finlandiya mukimi ortakların aynı yıl veya geçmiş beş yıl içerisinde kazançlarına ilave edilen KEYK kazancını aşan kısmı genel hükümler çerçevesinde vergiye tabi tutulur*" şeklinde, yani bir "*indirim*" yöntemi olarak tanımlanmaktadır (Helminen, *Finland*, s. 202). Oysaki Finlandiya'da uygulanan yöntem, "istisna (exemption of dividends)" olarak tanımlanmaktadır (OECD, *CFC*, s. 79). Aynı şekilde, Danimarka'da uygulanan yöntem, (OECD, *CFC*) kaynağında "*istisna (exemption of dividends)*" olarak tanımlanmakta iken (OECD, *CFC*, s. 79); Rix tarafından, "*indirim*" olarak tanımlanmaktadır (Rix, s. 151). Örneklerin artırılması mümkündür.

¹⁹⁴¹ Favi, s. 361; İtalya KEYK düzenlemesi kapsamında uygulanan bu yöntemde, İtalya mukimi hissedar, yabancı aracı kurum tarafından, vergiden müstesna tutulan kazançla ilişkin olarak yabancı ülkelerde KEYK düzenlemesi kapsamında ödenen vergilerin mahsubunu talep edebilmektedir, Favi, s. 361.

indirilinceye kadar sonraki yıllara devrine ilişkin özel yöntemler ya da özel hesaplar kullanılabilir¹⁹⁴².

Avusturya (taslak)¹⁹⁴³, Avustralya¹⁹⁴⁴, Danimarka¹⁹⁴⁵, Estonya¹⁹⁴⁶, Finlandiya¹⁹⁴⁷, Fransa¹⁹⁴⁸, Almanya¹⁹⁴⁹, İsrail¹⁹⁵⁰, İtalya¹⁹⁵¹, Hollanda¹⁹⁵², Norveç¹⁹⁵³, İspanya¹⁹⁵⁴, İsveç¹⁹⁵⁵ ve ABD¹⁹⁵⁶ fiili kar payı dağıtımlarını vergiden müstesna tutan ülkelere örnek oluşturmaktadır. Almanya'da ortak mükelleflerin bu istisnadan yararlanabilmesi için, söz konusu kar payının dağıtımın gerçekleştiği yılda veya önceki yedi yıl içerisinde hissedarların gelirlerine dâhil edilmek suretiyle vergilendirildiğini ispat etmeleri gerekmektedir¹⁹⁵⁷.

Litvanya düzenlemesi ise bu konuda bir hüküm içermemekle birlikte, gelir idaresi, GVK'da yer alan bir hükme dayanarak sorunu çözmeye çalışmakta olup, bu madde gereğince KEYK kazancı yalnızca bir kez vergilendirilebilmektedir¹⁹⁵⁸. Danimarka KEYK düzenlemesi ise gerçek ve tüzel kişilerin düzenleme kapsamında vergilendirilmesine ilişkin farklı hükümler içermekte olup, sadece KEYK tarafından mukim gerçek kişilere dağıtılan kar payları, düzenleme kapsamında vergilendirilmemektedir¹⁹⁵⁹.

Avusturya'da istisnanın uygulanması iki şarta bağlanmaktadır. Birincisi; kar paylarının evvelce KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirildiğinin ispat edilmesi, ikincisi ise uygulamaya ilişkin olarak bir başvuru formu düzenlenmesidir¹⁹⁶⁰. İstisnanın uygulanabilmesi için Norveç düzenlemesi kapsamında da kar paylarının, KEYK tarafından elde

¹⁹⁴² Uygulamaya örnek olarak Danimarka KEYK düzenlemesi örnek gösterilebilir. Danimarka'da TF uygulaması KEYK düzenlemesini etkilemektedir, Bkz., Dietz ve Buxom, s. 515.

¹⁹⁴³ Haslinger, s. 83; Creste ve Walner, s. 17.

¹⁹⁴⁴ OECD, *CFC*, s. 79.

¹⁹⁴⁵ Dietz ve Buxom, s. 518; OECD, *CFC*, s. 79.

¹⁹⁴⁶ Uustalu, s. 180.

¹⁹⁴⁷ Helminen, *Finland*, s. 202.

¹⁹⁴⁸ Kabbaj ve Bletière, s. 234; Gouthière, 2008, s. 54.

¹⁹⁴⁹ Förster ve Schmidtman, s. 481.

¹⁹⁵⁰ Shalhav, s. 338.

¹⁹⁵¹ Favi, s. 361, Cottani ve Tonino, s. 22.

¹⁹⁵² Peters, 448.

¹⁹⁵³ Glad, 501.

¹⁹⁵⁴ Almudi, s. 571.

¹⁹⁵⁵ Westerlund, s. 18.

¹⁹⁵⁶ OECD, *CFC*, s. 79.

¹⁹⁵⁷ Förster ve Schmidtman, s. 481.

¹⁹⁵⁸ Bernatonis, s. 401.

¹⁹⁵⁹ Rix, s. 151.

¹⁹⁶⁰ Haslinger, s. 83; Creste ve Walner, s. 17.

edilen gelirin dağıtılması sonucu elde edildiğinin ve evvelce KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirildiğinin mükellef tarafından ispat etmesi gerekmektedir¹⁹⁶¹.

Avustralya¹⁹⁶², Danimarka¹⁹⁶³ ve Finlandiya'da istisnanın uygulanabilmesi için, kar payı dağıtımlarının, KEYK kazancının düzenleme kapsamında vergilendirildiği tarihten itibaren beş yıl içerisinde gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, KEYK tarafından gerçekleştirilen kar payı dağıtımlarının, Finlandiya mukimi hissedarların aynı yıl veya geçmiş beş yıl içerisinde vergi matrahlarına ilave edilen KEYK kazancını aşan kısmı genel hükümler çerçevesinde vergiye tabi tutulur¹⁹⁶⁴.

İsrail'de ise fiili kar payı dağıtımlarının vergilendirilmesinde farklı bir yöntem benimsenmiştir. Bu yönetime göre, KEYK tarafından dağıtılan kar paylarının, İsrail'de vergilendirilen fiktif kar paylarına kadar kısmı vergiden müstesna tutulmakla birlikte, vergiden müstesna tutulan bu tutar, fiktif kar payının fiilen vergilendirildiği yılın sonundan, fiili kar payı dağıtımının yapıldığı yıla kadar geçen süre için enflasyon düzeltmesine tabi tutulmaktadır. Ayrıca, kar payı dağıtımının, vergiden müstesna tutulan kısmını aşan tutar, sonraki yıllarda atfedilen fiktif KEYK kar paylarından tamamen indirilinceye kadar sonraki yıllara devredilmektedir¹⁹⁶⁵.

Kanada, Fransa ve Japonya'da, KEYK tarafından, gerçek kişi hissedarlara 3 yıl, tüzel kişi hissedarlara 5 yıl içerisinde gerçek kar dağıtımı yapılması halinde, söz konusu hissedarlara atfedilen gelir, fiilen dağıtılan kar paylarından indirilmektedir¹⁹⁶⁶.

İspanya'da sadece pasif karakterli (tainted) gelirlerin vergilendirilmesi öngörüldüğünden, KEYK'in hem aktif, hem de pasif karakterli gelir elde etmesi durumunda, istisna yönteminin uygulanmasında, LIFO ilkesi uygulanmakta ve uluslararası çifte vergilendirme sorunu bu şekilde çözülmektedir¹⁹⁶⁷. Ayrıca dolaylı olarak iştirak edilen KEYK'e aracı olan yabancı kurumun da mukim olduğu ülkede KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi halinde, bu kurum adına tahakkuk ettirilen/ödenen vergilerin, İspanya'da mukim mükelleflere KEYK kapsamında atfedilen gelirin hesaplanmasında gider olarak dikkate

¹⁹⁶¹ Glad, 501.

¹⁹⁶² OECD, *CFC*, s. 79.

¹⁹⁶³ OECD, *CFC*, s. 79.

¹⁹⁶⁴ Helminen, *Finland*, s. 202; Yabancı ülkelere elde edilen kar payları Finlandiya'da vergilendirilmediğinden, söz konusu kar payları üzerindeki gelir (stopaj) vergisi de Finlandiya'da indirim konusu yapılamamaktadır, Helminen, *Finland*, s. 202.

¹⁹⁶⁵ Shalhav, s. 338.

¹⁹⁶⁶ OECD, *CFC*, s. 79.

¹⁹⁶⁷ Almudj, 571.

alınmasına izin verilmemekte, ancak İspanya mukimi kurumlara fiilen dağıtılan gelirlerin hesaplanmasında bir kez olmak üzere indirimine olanak sağlanmaktadır¹⁹⁶⁸.

KVK'nın 7/5. maddesinde; *"Bu maddeye göre Türkiye'de vergilenmiş kazancın yurt dışındaki kurum tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilenmemiş kısmı kurumlar vergisine tâbi tutulur."* hükmü yer almakta, maddenin uygulama esaslarının yer aldığı 1 Numaralı KV Genel Tebliği'nin "7.5." bölümünde de, yurt dışı iştirakin KEYK kazancı kapsamında Türkiye'de vergilendirilmiş kazancının yurt dışındaki kurum tarafından sonradan dağıtılması halinde, elde edilen kâr paylarının daha önce Türkiye'de vergilendirilmiş kısmının ayrıca vergilendirilmeyeceği, sadece varsa aşan kısmın kurumlar vergisine tabi tutulacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla mükelleflerin, fiilen dağıtılan kar paylarının vergiden müstesna tutulabilmesi için, söz konusu kar paylarının önceki yıllarda düzenleme kapsamında vergilendirildiğini ve vergilendirilen tutarı belgelendirmeleri gerekir.

b. Mahsup Yöntemi

KEYK tarafından fiilen dağıtılan kar paylarının vergilendirilmesinde ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla benimsenen mahsup yöntemi, çoğu zaman karmaşık düzenlemeler gerektirmektedir¹⁹⁶⁹. Çünkü KEYK kazançları üzerinden mukim ortaklara atfedilen gelirlerin, bu gelirler üzerinden hesaplanan ve ödenen vergilerin ve kısmen veya tamamen dağıtılan kar paylarının dönemler itibariyle izlenebileceği sistemlerin oluşturulması gerekir. Düzenlemenin yürürlükte olduğu ülkeler arasında bu yöntemin yaygın olarak kullanılmadığı tespit edilmektedir.

Bu yöntemde KEYK düzenlemesi kapsamında önceki aşamalarda ödenen vergilerin, fiili kar dağıtımı aşamasında tahakkuk ettirilen vergilerden mahsup edilmesi, süreyle sınırlı olmak üzere veya tamamı mahsup edilinceye kadar sonraki yıllara devredilmesi veya mahsup edilemeyen verginin iade edilmesine yönelik kurallar benimsenmesi mümkündür. KEYK düzenlemesi kapsamında yapılacak bu belirlemelerin, vergilerin mahsubuna ilişkin genel hükümlerle uyumlu olması gerekmektedir.

¹⁹⁶⁸ Almudi, s. 571; ancak yazar, İspanya KEYK düzenlemesinin objektivitesi dikkate alındığında, KEYK düzenlemesi kapsamında diğer ülkeler tarafından tahakkuk ettirilen vergilerin, atfedilen gelirin hesaplanmasında dikkate alınması, yabancı kurum tarafından fiilen dağıtılan kar paylarının hesaplanmasında dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmektedir, Almudi, s. 571.

¹⁹⁶⁹ Arnold, CFC, s. 501.

Gerek KEYK adına mukim olunan ülkede tahakkuk ettirilen/ödenen vergiler, gerekse ortaklar adına mukim olunan ülkede atfedilen KEYK kazançlarının vergilendirilmesi aşamasında tahakkuk ettirilen/ödenen vergiler, KEYK tarafından gerçekleştirilen fiili kar payı dağıtımı aşamasında, kar paylarını elde eden mukim ortaklar adına, mukim olunan ülkede hesaplanan vergilerden mahsup edilebilecektir. Bu vergiler, (i) KEYK tarafından ödenen kurumlar vergisi benzeri vergi, (ii) KEYK tarafından fiilen dağıtılan kar payları üzerinden KEYK tarafından, mukim ortaklar adına ödenen gelir vergisi benzeri vergi ve varsa, (iii) KEYK kazançlarından mukim ortaklara atfedilen gelir üzerinden, mukim ortaklar tarafından ödenen vergilerdir. Bu vergilerin mahsubunda da genel hükümlerin uygulanması gerekir¹⁹⁷⁰.

Bu yöntemi tercih eden ülkeler arasında yer alan İngiltere’de, KEYK düzenlemesi kapsamında mukim ortaklara atfedilen gelirler üzerinden hesaplanan/ödenen vergiler, aynı döneme ilişkin olarak KEYK tarafından dağıtılan kar payları üzerinden hesaplanan vergiden, mahsup edilmek suretiyle uluslararası çifte vergilendirme önlenmektedir¹⁹⁷¹.

Yeni Zelanda’da KEYK tarafından ödenen vergilerin, belli şartların gerçekleşmesi halinde, dağıtılan kar payları üzerinden mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklar tarafından ödenecek vergilerden mahsubu yöntemi benimsenmiştir. KEYK tarafından dağıtılan kar payları ile indirimli öngörülen vergilerin, yıllar içerisinde izlenmesinin sağlanabilmesi için tutulması gereken kayıtlar konusunda Yeni Zelanda KEYK düzenlemesi tüzel kişi ve gerçek kişi mukim ortaklar için ayrı ayrı olmak üzere detaylı hükümler içermektedir¹⁹⁷². Benzer bir düzenleme Danimarka KEYK düzenlemesi içinde de yer almakta olup, Danimarka mukimi şirket, KEYK tarafından dağıtılan gelirlerin ve vergilerin kaydedildiği bir "*vergi hesabı (taxation account)*" tutmak zorundadır¹⁹⁷³.

¹⁹⁷⁰ Bkz., § 11 Bölüm II/1-b kısım.

¹⁹⁷¹ Ullah, s. 622; Graziani, s. 12; HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM211130.htm> (23.03.2009).

¹⁹⁷² Jackson ve Smith, s. 478; Yeni Zelanda düzenlemesine göre KEYK’lerden elde edilen kazançlar, KEYK’in, Yeni Zelanda mukimi bir şirketin yurt dışı şubesi olduğu varsayımı altında atfedilmekte ve bu gelirler üzerinden ödenen vergiler (Branch Equivalent Tax Account (BETA) olarak adlandırılan) bir izleme hesabına kaydedilmesi gerekmektedir. KEYK’in, Yeni Zelanda mukimi şirkete kar payı ödemesi halinde ise söz konusu kar payı, ödeme tarihinde % 33 gelir (stopaj) vergisine (Foreign Dividend Withholding Payment (FDWP)) tabi tutulması gerekmekte olup, bu vergiden yabancı ülkede ödenen stopajın ve mükellefin en az % 10 hissesinin bulunması halinde de kurumlar vergisinin mahsubu mümkündür. Ayrıca BETA kapsamındaki vergilerin FDWP yükümlülüğünden de yapılması mümkündür. FDWP yükümlülüğünün de ayrıca aynen BETA yükümlülüğü gibi izleme hesaplarında izlenmesi gerekmektedir. Bu hesapların tutulma amacı, indirimlerde mükerrerliğin önlenmesinin sağlanmasıdır.

KEYK’in, Yeni Zelanda mukimi hissedarının bir gerçek kişi olması halinde de, şirketler için oluşturulan BETA benzeri bir izleme hesabının tutulması gerekmektedir. Bu BETA hesabının temel farkı, bu hesaba kaydedilen vergilerin, FDWP’den indiriminin mümkün olmaması, hissedarların kişisel gelir vergilerinden mahsup edilebilmesinin söz konusu olmasıdır, Jackson ve Smith, s. 478.

¹⁹⁷³ Rix, s. 151.

Macaristan'da vergi sistemine göre mukim kurumlar vergisi mükelleflerince yabancı ülkelerden elde edilen kar payları üzerinden vergilendirilmeleri söz konusu olmadığından, KEYK tarafından, dağıtılan kar payları üzerinden kesilen stopajın mahsubu mümkün olamamaktadır.¹⁹⁷⁴ Hollanda'da ise indirim sadece kar payları üzerinden ödenen stopaja tanınmıştır¹⁹⁷⁵.

3. Payların Elden Çıkarılması Aşamasında

KEYK'in mukim ortakları tarafından, yabancı kurumda sahip oldukları payları fiili kar dağıtımını yapılmadan önce, fakat KEYK kazancının atfedilerek vergilendirilmesinden sonra elden çıkarmaları sonucu elde ettikleri sermaye değer artış kazançlarının vergilendirilmesinde çifte vergilendirme sorunu ortaya çıkmaktadır.¹⁹⁷⁶ Ayrıca bir KEYK'in, kontrol edilen bir başka KEYK'de mevcut hisselerini elden çıkarması sonucu ortaya çıkan sermaye değer artış kazancının vergilendirilmesi aşamasında da, yabancı kurumun gelirin, evvelce mukim ortaklara atfedilerek vergilendirilmiş olması halinde uluslararası çifte vergilendirme sorunu ortaya çıkmaktadır. Söz konusu uluslararası çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla, KEYK hisselerinin elden çıkarılmasından doğan sermaye değer artış kazançlarından, evvelce mukim ortaklara atfedilen yabancı kurum gelirinin indirilmesi veya gelirler üzerinden hesaplanan vergilerin birbirinden mahsubu ve şartlar oluşması halinde iade edilmesi gibi yöntemlerin benimsenmesi mümkündür.

KEYK'in dağıtılmamış karlarının, mukim ortaklara payları oranında atfedilerek vergilendirilmesi, söz konusu gelirlerin mukim ortaklar nezdinde vergilendirilmesinden sonra KEYK'e iade edilmesine benzer bir durum yaratır ve aynı zamanda payların elden çıkarılması aşamasında, KEYK paylarının satın alınma maliyetini azaltır ki bu sonuç, fiktif kar payı dağıtımını yöntemi ile uyumlu bir sonuçtur¹⁹⁷⁷. Kurum perdesinin kaldırılması yönteminde ise yabancı kurumun hukuki varlığı tamamen göz ardı edildiğinden, mükellefler açısından, pay satışından elde edilecek bir gelir de oluşmamaktadır¹⁹⁷⁸.

¹⁹⁷⁴ Liszicza, s. 310.

¹⁹⁷⁵ Peters, s. 447.

¹⁹⁷⁶ Arnold, *CFC*, 501.

¹⁹⁷⁷ Arnold, *CFC*, s. 502.

¹⁹⁷⁸ Arnold, *CFC*, s. 503; bu durumda hissedarların mukim olduğu ülkenin, hisse satış gelirlerinin de vergilendirilmesi konusunda ısrarlı davranması halinde, oluşacak çifte vergilendirmenin önlenmesi için fiilen ödenen kar paylarının vergilendirilmesinde çifte vergilendirmenin önlenmesi için benimsenen yöntemle benzer bir yöntem benimsenebilir, örneğin Almanya'da hem fiilen dağıtılan kar paylarının, hem de hisse satış gelirlerinin vergilendirilmesinde ortaya çıkan çifte vergilendirme sorununun aynı yöntemle çözülmesi öngörülmektedir, Arnold, *CFC*, s. 503.

Avustralya, Danimarka, İsrail, Almanya, İngiltere, Kanada, Norveç, ABD ve İspanya, KEYK düzenlemeleri, KEYK hisselerinin mukim ortaklar tarafından elden çıkarılmasından doğan sermaye değer artış kazançlarının (capital gains) vergilendirilmesinde ortaya çıkan uluslararası çifte vergilendirme sorununun önlenmesine ilişkin hükümler içeren ülkelere örnek oluşturmaktadır.

Almanya'da istisnanın uygulanabilmesi için, fiilen dağıtılan kar paylarına paralel bir düzenleme yapılmış olup, KEYK hisselerinin elden çıkarılmasından kaynaklanan değer artış kazançlarının, satışın gerçekleştiği yılda hissedarların gelirlerine dâhil edilmek suretiyle vergilendirildiğinin ispat edilmesi gerekmektedir¹⁹⁷⁹.

Diğer taraftan Yeni Zelanda'da bu kapsamdaki sermaye değer artış kazançları vergiye tabi tutulmamakta¹⁹⁸⁰, Finlandiya, Fransa, Japonya, Portekiz ve İsveç'te¹⁹⁸¹ ise KEYK hisselerinin elden çıkarılmasından kaynaklanan gelirler üzerindeki verginin indirimine izin verilmemektedir¹⁹⁸².

Avustralya'da hem bir KEYK'in, bu kurum vasıtasıyla kontrol edilen bir başka KEYK'de mevcut paylarını elden çıkarması sonucu ortaya çıkan sermaye değer artış kazancının vergilendirilmesi aşamasında¹⁹⁸³, hem de KEYK hisselerinin mukim ortaklar tarafından elden çıkarılması aşamasında¹⁹⁸⁴ ortaya çıkan çifte vergilendirme sorununu, pay satışı nedeniyle elde edilen gelirden, evvelce mukim ortaklara atfedilen KEYK kazancının indirilmesi sonucunda kalan tutarın vergiye tabi tutulması yöntemi benimsenmiştir. Sabit kıymetlerin grup içi satışında da bu imkândan faydalanılabilmesi mümkün olup, KEYK'in mukim olduğu ülkenin dâhil olduğu düzenleme kapsamında oluşturulan gruplara¹⁹⁸⁵ bağlı olarak farklı koşullarda¹⁹⁸⁶ gerçekleşmektedir¹⁹⁸⁷.

¹⁹⁷⁹ Förster ve Schmidtman, s. 481.

¹⁹⁸⁰ OECD, *CFC*, s. 135.

¹⁹⁸¹ Westerlund, s. 18; OECD, *CFC*, s. 145.

¹⁹⁸² OECD, *CFC*, s. 79.

¹⁹⁸³ Greenleaf, s. 66.

¹⁹⁸⁴ OECD, *CFC*, s. 119.

¹⁹⁸⁵ Avusturalya KEYK düzenlemesi üç ayrı liste içermektedir. BELC (Board Exemption Listed Country), Avusturalya'nın ana ticaret ortaklarını içeren bu listedeki ülkelerin (Kanada, Almanya, Fransa, Japonya, Yeni Zelanda, İngiltere ve ABD) vergi sistemleri benzer vergi sistemleri olarak kabul edilmektedir. LELC (Limited Exemption Listed Country), sınırlı istisnaya sahip 56 ülkeyi içermektedir ve bu ülkeler, kısmen benzer vergi sistemine sahip olduğu kabul edilen ülkelerdir. ULC (Unlisted Country), BELC ve LELC listelerinde yer almayan ülkeler içermektedir, Greenleaf, s. 60-61.

¹⁹⁸⁶ OECD, *CFC*, s. 80.

¹⁹⁸⁷ Greenleaf, s. 66.

Danimarka'da da mükelleflerce KEYK hisselerinin satışından elde edilen gelirlerin, vergiden müstesna kar payları veya sermaye değer artış kazançlarında olduğu gibi, evvelce mukim ortaklara atfedilen KEYK kazancından indirilmekte¹⁹⁸⁸ ve aşan kısım vergilendirilmekte olup¹⁹⁸⁹, söz konusu gelirlere ve bu gelirler üzerinden hesaplanan ve ödenen vergilerin bir vergi hesabında izlenmesi gerekmektedir¹⁹⁹⁰.

İsrail düzenlemesine göre, İsrail mukimi ortakların, KEYK'deki paylarının bir kısmını veya tamamını elden çıkarmaları halinde, söz konusu sermaye kazançları üzerinden ödenecek vergiden, İsrail'de kar payları üzerinden ödenen verginin, mahsup edilmesi mümkündür¹⁹⁹¹. Mahsup edilecek tutar, önceki yıllarda KEYK'in dağıtılmamış kazançları üzerinden mukim ortaklara atfedilen gelir üzerinden ödenen vergiyi aşamaması gerekmekte olup, sermaye değer artış kazançları hakkında da aynen fiili kar payı dağıtımlarında olduğu gibi enflasyon düzeltmesi hükümleri uygulanmaktadır¹⁹⁹².

Kanada, Norveç, ABD ve İspanya'da¹⁹⁹³ hisse satışı nedeniyle elde edilen sermaye değer artış kazancının vergilendirilmesi sonucu ortaya çıkan çifte vergilendirme, iştirakin maliyet bedelinin, satış kazancından indirilmesi suretiyle önlenmektedir¹⁹⁹⁴.

İngiltere'de, KEYK'in dağıtılmamış kazançlarının, mukim ortaklara atfedilen gelir üzerinden hesaplanan vergi, hisselerin elden çıkarılmasından doğan sermaye değer artış kazançları üzerinden hesaplanan vergiden mahsubu¹⁹⁹⁵ veya şartların oluşması halinde iadesi talep edilebilmektedir¹⁹⁹⁶. Bu mahsubun gerçekleşebilmesi için; (i) KEYK'in vergilendirme dönemi içerisinde meydana gelmesi, (ii) mahsup talep eden mukim ortak adına, evvelce KEYK'in dağıtılmamış kazancı üzerinden hissesi oranında gelir atfedilmesi, (iii) mukim ortağın, yabancı kurumdaki hisselerini elden çıkarması veya KEYK'in gelirlerinde artış yaratan bir başka kurumun hisselerinin elden çıkarılması gerekmektedir¹⁹⁹⁷. Hisselerin farklı zamanlarda elde edilmiş olması halinde FIFO yönteminden yararlanılmaktadır¹⁹⁹⁸.

¹⁹⁸⁸ OECD, *CFC*, s. 80.

¹⁹⁸⁹ OECD, *CFC*, s. 124; Rix, s. 151.

¹⁹⁹⁰ Rix, s. 151.

¹⁹⁹¹ Shalhav, s. 339.

¹⁹⁹² Shalhav, s. 339.

¹⁹⁹³ Almudi, s. 571; OECD, *CFC*, s. 143.

¹⁹⁹⁴ Arnold, *CFC*, s. 502; OECD, *CFC*, s. 80.

¹⁹⁹⁵ Ullah, s. 622; OECD, *CFC*, s. 148.

¹⁹⁹⁶ HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM211120.htm> (23.03.2009).

¹⁹⁹⁷ HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM211120.htm> (23.03.2009).

¹⁹⁹⁸ HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM211120.htm> (23.03.2009); Başvurunun, hisse satışının gerçekleştiği vergilendirme döneminin sonundan veya mukim hissedar adına atfedilecek gelirin sürecinin tamamlandığı tarihten

KVK'nın 7. maddesi, KEYK hisselerinin elden çıkarılmasından doğan kazançların vergilendirilmesi konusunda özel bir hüküm içermemektedir. Ancak, Türk vergi hukukuna göre; ivazsız olarak iktisap edilenler ile tam mükellef kurumlara ait olan ve iki yıldan fazla süreyle elde tutulan hisse senetleri hariç, menkul kıymetlerin veya diğer sermaye piyasası araçlarının elden çıkarılmasından sağlanan kazançlar ile ortaklık haklarının veya hisselerinin elden çıkarılmasından doğan kazançlar, değer artış kazancı olarak tanımlanmakta¹⁹⁹⁹ olup, gerçek kişi ve kurumlar tarafından elde edilen değer artış kazançlarının vergilendirme esasları birbirinden farklıdır. GVK mükellefleri tarafından elde edilen değer artış kazançları, mükelleflerin gelir vergisi beyannamelerine değer artış kazancı olarak dahil edilmek suretiyle vergilendirilirken, kurumlar tarafından elde edilen değer artış kazançları, ticari kazanç olarak değerlendirilerek, safi kurum kazancına²⁰⁰⁰ dahil edilmek suretiyle vergilendirilmektedir.

Dolayısıyla KEYK'lerin Türkiye'de mukim gerçek kişi ortaklarının, yabancı kurumda sahip oldukları hisselerin elden çıkarılmasından elde edilen kazançların, diğer şartların da oluşması halinde, değer artış kazancı olarak yıllık gelir vergisi beyannamelerine dahil edilmek suretiyle vergilendirilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, KEYK'lerin Türkiye'de mukim tüzel kişi ortakların yabancı kurumda sahip oldukları hisselerin elden çıkarılmasından elde edilen kazançlar, diğer şartların da oluşmasına halinde, ticari kazanç olarak vergilendirilmek üzere yasal defterlerine kaydedilmesi ve yıllık kurumlar vergisi beyannamelerine dâhil edilmek suretiyle vergilendirilmesi gerekmektedir.

itibaren üç ay içerisinde yapılması gerekmektedir, HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM211120.htm> (23.03.2009).

¹⁹⁹⁹ GVK md. Mükerrer 80'in, 1 ve 4 numaralı fıkraları.

²⁰⁰⁰ 5520 sayılı KVK'nın 6. maddesine göre, kurumlar vergisi, mükelleflerin bir hesap dönemi içerisinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanmakta ve safi kurum kazancının tespitinde de GVK'nın ticari kazanç hakkındaki hükümleri uygulanmaktadır.

BEŞİNCİ BÖLÜM
KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM MEVZUATINA
ULUSLARARASI VE ULUSÜSTÜ HUKUK KAYNAKLARININ ETKİSİ

Ş 12. ULUSLARARASI VERGİ ANLAŞMALARINI BAKIMINDAN KEYK
KAZANÇLARI

I- VERGİ ANLAŞMALARINA GENEL BAKIŞ

Birden fazla ülkede faaliyet gösteren kişi ya da kurumun, hem mukim olduğu ülkede tam mükellefiyet statüsünde hem de faaliyette bulunduğu kaynak ülkede elde ettiği gelirler üzerinden vergilendirilmesi uluslararası çifte vergilendirme sorununu ortaya çıkarmaktadır.

Tüm dünyada gelişmekte olan küreselleşme akımı sermaye, emek ve teknolojinin de ülkelerarası hareketinin artmasına ve yoğunlaşmasına zemin oluşturmuştur. Bu üç faktörün ülkelerarası hareketi, ekonomik faaliyetler sonucu elde edilen gelir üzerinden alınan vergiler bakımından vergilendirme yetkisinin birden fazla ülkede kullanılmasına neden olmuş ve ortaya çıkan çifte vergilendirme sorununun önlenmesi amacıyla ülkeler arasında müzakereler ve sonucunda da anlaşmalar yapılması zorunluluğu doğmuştur.

Devletler, ikili veya çok taraflı anlaşmalarla aynı gelir üzerinden birden fazla ülkede vergi alınması sorununu çözmeye ve emek, sermaye ve teknolojinin serbest dolaşımına olanak sağlanmaya çalışmaktadır.

1. Uluslararası Çifte Vergilendirmenin Tanımlanması

Uluslararası çifte vergilendirme, aynı vergi konusunun birden fazla devletin vergi yasalarının egemenliği altında olması dolayısıyla, her iki devletin yasalarına göre ayrı ayrı vergilendirme konusu sayılmasıdır²⁰⁰¹. Uluslararası çifte vergilendirme, ekonomik çifte vergilendirme ve hukuksal çifte vergilendirme olmak üzere iki boyutta görülebilmektedir²⁰⁰². Uluslararası hukuksal çifte vergilendirme²⁰⁰³, aynı yükümlülerin ve

²⁰⁰¹ Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 24; Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 3; OECD, **Model Tax Convention on Income and on Capital**, Paris, Condensed Version, July 2008, Introduction, para. 1. (OECD-MC)

²⁰⁰² Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 2.

²⁰⁰³ İngilizcede "international juridical double taxation" olarak ifade edilmektedir.

aynı vergi konularının birden fazla devlette aynı dönem için benzer vergilerle vergilendirilmesi²⁰⁰⁴, uluslararası ekonomik çifte vergilendirme ise aynı vergi konusunun farklı vergi yükümlülerinin elinde vergilendirilmesidir²⁰⁰⁵. Bu açıdan, uluslararası çifte vergilendirmeyi, çifte vergilendirmenin bir unsuru haline dönüştüren unsur vergilendirmenin birden fazla devlette yapılması; hukuksal anlamda uluslararası çifte vergilendirmenin ayırt edici unsuru ise aynı vergi yükümlüsünün çifte vergilendirmeye katlanmasıdır²⁰⁰⁶.

Buna göre, uluslararası çifte vergilendirme, iki (veya daha fazla) devletin, aynı vergi yükümlüsünü, aynı vergi konusu ile bağlantılı olarak ve aynı vergilendirme dönemi için benzer vergilerle vergilendirmesidir²⁰⁰⁷.

2. Uluslararası Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi

Uluslararası çifte vergilendirme, devletlerin yabancı kaynaklı gelirler üzerindeki vergilendirme yetkilerinin tek taraflı olarak, yasal düzenlemeler yoluyla²⁰⁰⁸ veya ikili veya çok taraflı uluslararası anlaşmalar yoluyla sınırlandırılması suretiyle²⁰⁰⁹ önlenmektedir. Ancak uluslararası çifte vergilendirmenin önlenmesi veya ortadan kaldırılması için alınan ulusal önlemlerin yetersizliği, devletlerin uluslararası önlemlere başvurmalarına²⁰¹⁰, özellikle de ikili vergi anlaşmaları akdetmelerine²⁰¹¹ neden olmaktadır. Ancak uluslararası vergi anlaşmalarının amacı sadece çifte vergilendirmenin önlenmesi değildir²⁰¹². Çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının en önemli iki işlevi²⁰¹³ ve aynı zamanda amacı; uluslararası çifte vergilendirmenin önlenmesi

²⁰⁰⁴ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 3; Kaneti, *Vergi Hukuku*, s. 39; Sandler, s. 16; Ahmet Ersin Erdem, "Uluslararası Çifte Vergilemenin Tanımı ve Türk Vergi Mevzuatında Bunun Önlenmesine Yönelik Düzenlemeler", **Vergi Dünyası**, Sayı. 210 (Şubat 1999), s. 158.

²⁰⁰⁵ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 10; İngilizcede "*international economic double taxation*" olarak ifade edilmektedir.

²⁰⁰⁶ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 3.

²⁰⁰⁷ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 4; Sandler, s. 15.

²⁰⁰⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 26.

²⁰⁰⁹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 29.

²⁰¹⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 29.

²⁰¹¹ Çifte vergilendirmenin önlenmesi çabaları geniş ölçüde ikili anlaşmalar yoluyla ele alınmakla birlikte, çok taraflı anlaşmalar da yok değildir. Çeşitli açılardan benzer özelliklere sahip devletler, daha çok bölgesel bazda çok taraflı anlaşmalarla da çifte vergilendirme sorununun çözümüne çalışmışlardır. Çok taraflı anlaşmalara örnek olarak Nordik Vergi anlaşması, OCAM Vergi Anlaşması, Andean Vergi Anlaşması ve Arap Vergi Anlaşması sayılabilir, A. Feridun Güngör, *Uluslararası Hukuksal Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi ve Türkiye Uygulaması*, **Vergi Dünyası**, Sayı. 190 (Haziran 1997), s. 33.

²⁰¹² Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 61.

²⁰¹³ Çifte vergilendirme anlaşmalarının işlevleri; i) hukuk yaratma işlevi, ii) uluslararası çifte vergilendirmeyi önleme ve ortadan kaldırma işlevi, iii) uluslararası vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığını önleme işlevi, iv) vergi gelirlerinin devletler arasında paylaşılması işlevi ve v) vergi adaletinin sağlanması ve ayrımcılığın önlenmesi işlevi olarak belirlenebilir, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 31–33.

sonucunda²⁰¹⁴, mal ve hizmetlerin ticaretinin, kişilerin ve sermayenin serbest dolaşımının sağlanmasıdır²⁰¹⁵. Vergi anlaşmaları, çifte vergilendirmenin önlenmesi için taraf ülkelerin gelirleri sınıflandırabilmelerini sağlayacak temele ilişkin ortak bir tanım oluşturmakta ve her bir gelir türüne ilişkin vergilendirme yetkisini taraf ülkeler arasında paylaşmaktadır²⁰¹⁶. Dolayısıyla bir vergi anlaşması, normal olarak taraf iki ülke arasında çifte vergilendirmeyi ortadan kaldırma amacını taşır²⁰¹⁷. Vergi anlaşmaları bu amacı gerçekleştirirken vergilendirmeye ilişkin ilave kurallar getirmemekte ve sadece taraf ülkelerin vergilendirme yetkisini sınırlandırmakta, genişletmemektedir. Vergi anlaşmalarının bir diğer amacı da uluslararası vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığının önlenmesidir²⁰¹⁸. Özellikle son yıllarda vergi anlaşmaları, uluslararası vergiden kaçınmanın önlenmesi anlamında daha da önem kazanmaya başlamıştır²⁰¹⁹.

Günümüzde Devletlerin gelir ve servet üzerinden alınan vergilerde çifte vergilendirmenin önlenmesi için kullanabilecekleri iki model anlaşma bulunmaktadır. Bunlardan biri BM Modeli, diğeri ise OECD Modelidir. Modeller, anlaşma ile önlenen çifte vergilendirmede vergileme yetkisinin hangi ülkeye tahsis edileceği noktasında birbirinden farklılaşmaktadır.

Gerek BM, gerekse OECD Modeli çifte vergilemenin ortadan kaldırılabilmesi için istisna yöntemi ve mahsup yöntemi olmak üzere iki alternatif yöntem öngörmektedir. Modellerin önerdiği alternatif yöntemler her iki modelde de aynı içeriğe sahiptir.

İstisna yöntemi, ikametgâh devletinin, diğer devlette vergilendirilebilir nitelikteki gelir veya servet için istisna tanınmasına dayanır²⁰²⁰. Mahsup yöntemi ise, ikametgâh devletinin, kaynak devlette Anlaşma hükümleri gereğince vergilendirilebilen gelir veya servet için ödenen vergiye eşit miktarda mahsup imkânı tanınması esasını taşımaktadır. Ancak ikametgâh Devletinde vergiden mahsup edilebilecek miktar, kaynak

²⁰¹⁴ Sara Andersson, "CFC Rules and Double Tax Treaties", (**Master Thesis**, Jönköping University Jönköping International Business School, 2006, www.essays.se/essay/a9d7da5f51/), s. 5, (11.09.2008).

²⁰¹⁵ OECD-MC, Art. 1, para. 7.

²⁰¹⁶ Sandler, s. 18.

²⁰¹⁷ Suzanne Lauritzen Jourdan ve Katarina Lif Burren, "CFC Legislation in an International Tax Perspective", **Privat**, Nisan 2005, s. 28.

²⁰¹⁸ OECD-MC, Art. 1, para. 7; Vergi anlaşmalarının amaçlarından birisinin de vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığının önlenmesi olduğu tespitine katılmayarak karşı görüş bildiren tek ülke İsviçre'dir, OECD-MC, Art. 1, para. 27.9.

²⁰¹⁹ Gustaf Lindencrona, *Dubbelbeskattningsavtalsrätt*, Juristförlaget, Stockholm 1994, s. 35–36 Aktaran: Andersson, s. 5.

²⁰²⁰ Ramazan Uludağ, **Avrupa Topluluğu ve Türk Vergi Sisteminin Topluluk Modeline Uyumu**, Ankara: APK Kurulu Yayını No:1998/302, s. 140.

devlette elde edilen gelir ve edinilen servet için, mahsup işlemi yapılmadan önce hesaplanan vergi miktarını aşamayacaktır.

a. OECD Vergi Anlaşması Modeli

OECD Mali İşler Komitesi, ilk Model Anlaşma metni ve Şerhini (Commentary), 1963 yılında yayınlamıştır²⁰²¹. Model Anlaşma, 1977 ve 1992 yıllarında olmak üzere iki kez değişikliğe uğrarken²⁰²², Şerh sık aralıklarla değiştirilmiş olup²⁰²³, son değişiklik Temmuz 2008 tarihinde gerçekleştirilmiştir.

Gelir ve servet üzerinden alınan vergilere ilişkin OECD Vergi Anlaşması Modeli; esas itibarıyla bu kuruluşa üye devletlerin kendi aralarında sonuçlandırabilecekleri anlaşmalara model teşkil etme amacını taşıdığından, gelişmiş ülkelerin bakış açısını taşır ve bunların önceliklerini yansıtır. Türkiye'nin de aralarında bulunduğu birkaç devlet bir yana bırakılırsa, gelişmiş ülkelerin oluşturduğu bu kuruluş, hazırladığı anlaşma modelinde "ikametgâh ilkesine" diğer ilkelere nazaran ağırlık vermiştir²⁰²⁴.

b. BM Vergi Anlaşması Modeli

BM Vergi Anlaşması Modeli gelişmekte olan ülkelerin bakış açısına ve önceliklerine göre hazırlanmış olup, hem gelişmekte olan ülkelerin kendi aralarında hem de gelişmiş ülkelerle yapacakları anlaşmalar için model oluşturma amacı gütmektedir. Dolayısıyla, ikametgâh ilkesi birçok halde kabul edilmekle birlikte, OECD modeline göre daha geniş ölçüde kaynak ilkesini kullanma, kaynak devlet vergilendirmesini koruma amacını taşımaktadır. Aslında, her iki model arasında çok büyük farklılıklar olduğunu söylemek de mümkün değildir. BM Modelini, OECD Modelinin gelişmekte olan ülkelerin önceliklerini de dikkate alan bir versiyonu olarak düşünmek mümkündür²⁰²⁵.

3. Vergi Anlaşmalarının Yorumlanması

Anlaşmalar, uluslararası hukukta en azından anlaşmaların temel dayanağını oluşturduğu kabul edilen söze bağlılık ya da eski adıyla ahde vefa diye

²⁰²¹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 39; Sandler, s. 17; Andersson, s. 7.

²⁰²² Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 40; Sandler, s. 18; Andersson, s. 7.

²⁰²³ Andersson, s. 7.

²⁰²⁴ Güngör, s. 33.

²⁰²⁵ Güngör, s. 33.

belirtebileceğimiz Pacta sund servanda ilkesi uyarınca, tarafları bağlamaktadır ve iyi niyetle uygulanmaları gerekmektedir²⁰²⁶.

Ulusal mevzuatların karmaşık yapısının aksine, ikili vergi anlaşmaları oldukça geneldir ve belirsizlikler içerir²⁰²⁷. Bu nedenle anlaşmaların doğru uygulanabilmesi, onların doğru yorumlanması koşuluna bağlıdır²⁰²⁸.

Uluslararası anlaşmaların bir devleti bağladığı konusunda herhangi bir tartışma yoktur²⁰²⁹. Uluslararası hukukta devletler arasında akdedilen anlaşmalara uygulanan yorum kuralları Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde²⁰³⁰ (VAHS) somutlaştırılmıştır²⁰³¹. Uluslararası bir anlaşma olan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları da, VAHS'ne taraf olan ülkelerde²⁰³², bu sözleşme hükümleri çerçevesinde yönetilmektedir²⁰³³. Anlaşmaların yorumlanmasında uygulanacak kurallar, VAHS'nin 31, 32 ve 33. maddelerinde²⁰³⁴ yer almaktadır²⁰³⁵ ve 31/1 maddesi, anlaşmaların hüsnüniyetle ve kendi amaçları ışığında yorumlanmaları gerektiği hükmünü içermektedir.

Sözleşmeye taraf olan ülkelerde, VAHS vergi anlaşmalarının yorumlanmasında temel kaynaktır. Sözleşmeye taraf olmayan ülkelerin dahi taraf oldukları uluslararası anlaşmaları VAHS çerçevesinde yorumlaması gerektiği, çünkü Sözleşme'nin anlaşmaların yorumu ile ilgili 31 ila 33. maddeler arasında yer alan hükümleri de dâhil olmak üzere büyük bir kısmının örf ve adet hukukunun beyanı niteliğinde olduğu, kabul

²⁰²⁶ Pazarıcı, *Uluslararası*, s. 83.

²⁰²⁷ Sandler, s. 18.

²⁰²⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s.86.

²⁰²⁹ Billur Yaltı, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları", **Vergi Dünyası**, Sayı. 310 (Haziran 2007), s. 18. Viyana Anlaşmalar Hukuku Sözleşmesinde, "yürürlükteki her anlaşma, tarafları *bağlar* ve taraflarca iyi niyetle *uygulanmak* zorundadır" (md.26) denmiştir.

²⁰³⁰ 27 Ocak 1980 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşmeye Ekim 2009 tarihi itibarıyla 110 ülke taraf olmuştur. Türkiye Anlaşma'ya taraf değildir, bkz. <http://treaties.un.org/doc/publication/mtdsg/volume%20ii/chapter%20xxiii/xxiii-1.en.pdf> (13.05.2010)

²⁰³¹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s.87.

²⁰³² KEYK düzenlemesinin yürürlükte bulunduğu Fransa, Endonezya, Norveç ve ABD (ABD'de VAHS imzalanmış ancak yürürlüğe girmemiştir), VAHS'ne taraf değildir, Sandler, s. 54; bkz. <http://treaties.un.org/doc/publication/mtdsg/volume%20ii/chapter%20xxiii/xxiii-1.en.pdf> (13.05.2010)

²⁰³³ Sandler, s. 54.

²⁰³⁴ http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (20.09.2009)

²⁰³⁵ VAHS'nin 31. maddesinde Genel Yorum Kuralları, 32. maddesinde Tamamlayıcı Yorum Kuralları, 33. maddesinde ise "*İki veya Daha Fazla Dilde Yazılan Anlaşmalarda Yorum Kuralları*" yer almaktadır, bkz. http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf (21.03.2009); Vergi anlaşmaları açısından kapsamlı bilgi için, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 88–94.

gören bir görüşür²⁰³⁶. Dolayısıyla taraf olmayan ülkelerce akdedilen vergi anlaşmalarının yorumunda da VAHS hükümlerinden yararlanılması mümkündür²⁰³⁷.

Ancak, OECD ve BM Modelleri ile bu Modellere ilişkin olarak hazırlanan Şerh'lerin, anlaşma tarafları arasında imzalanan metin olma özelliği taşıması nedeniyle, kaynak olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. OECD ve BM Modelleri ile Şerh'lerinin, anlaşmanın bir parçası olarak değerlendirilerek bir tamamlayıcı yorum kaynağı olarak kabul edilebileceği görüşü benimsenmekte ve görüş, VAHS'nin 31/2-b maddesine dayandırılmaktadır²⁰³⁸. Maddede; "*Anlaşmanın sonuçlandırılması ile bağlantılı olarak taraflardan biri veya hepsi tarafından oluşturulan ve **anlaşma ile bağlantısı diğer tarafça da kabul edilen herhangi bir belge***", tamamlayıcı²⁰³⁹ yorum kaynağı olarak kabul edilmektedir.

Şerhler, mevcut Model Anlaşma hükümlerin doğru bir şekilde yorumlanması ve özel durumlara uygulanması konusunda OECD ülkelerinin görüş birliğini yansıtmaktadır²⁰⁴⁰ Model Anlaşma hükümlerinin aynısı veya benzeri bir anlaşmayı imzalayan ülkelerin vergi anlaşması terimlerinin anlamlarını OECD şerhlerinde ortaya konulduğu biçimde benimsemek niyetinde olduğu varsayılmaktadır²⁰⁴¹. Dolayısıyla OECD ve BM Modelleri ve Şerhleri de VAHS kuralları çerçevesinde, tamamlayıcı yorum kaynaklarından biri olarak değerlendirilmekte²⁰⁴² ve anlaşma terimlerinin yorumunda karışıklık ve akla aykırılıkla karşılaşıldığı takdirde kullanılabilirliği kabul edilmektedir²⁰⁴³.

Bu noktada görüş farklılıklarına neden olan en önemli sorun, OECD ve BM Modelleri ve Şerhlerinde, anlaşmanın imzalandığı tarihten sonra yapılan değişiklik ve ilavelerin anlaşmanın yorumunu ne şekilde etkileyeceğidir. Doktrinde anlaşmaların yürürlük tarihinden sonra Modellerde ve Şerhte yapılan değişikliklerin, anlaşmanın

²⁰³⁶ Bkz., Lori F.Damrosch ve diğerleri, **International Law**, 4th ed., St. Paul: West Group, 2001, s. 453; Jeffrey L. Dunoff, Steven R. Ratner ve David Wippman, **International Law: Norms, Actors, Process: A Problem-Oriented Approach**, New York: Aspen Publishers, 2002, s. 58; Barry E. Carter, Phillip R. Trimble ve Allen S. Weiner, **International Law**, 5th ed., New York: Aspen Publishers, 2007, s. 94 (Aktaran: Leyla Ateş, "Vergi Anlaşmalarının Yorumunda OECD Şerhlerinin Rolü", **Vergi Dünyası**, Sayı. 332 (Nisan 2009), s.174.); Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 87, Dnt.163.

²⁰³⁷ Engelen, *Interpretation*, s. 57 (Aktaran: Ateş, *OECD*, s. 174).

²⁰³⁸ Sandler, s. 58;

²⁰³⁹ VAHS'nin 32 nci maddesinde sözü edilen "*tamamlayıcı*" terimi, alternatif, bağımsız yorum anlamında değil, 31 inci maddede belirlenen kurallar çerçevesinde yapılacak yoruma yardımcı kaynak anlamındadır, VAHS; md. 32.

²⁰⁴⁰ OECD-MC, para. 35; OECD, ilk kez 1977 Modeli'nde, 1963 yılı Modeli'nin revize edilmesinden sonra ortaya çıkabilecek yorum farklılıkları sorunlarını dikkate alarak durumu incelemiş ve mevcut anlaşmaların mümkün olduğunca revize edilmiş Şerh'in ruhuna uygun olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir, OECD-MC, para. 33.

²⁰⁴¹ AULT, s. 65 (Aktaran: Ateş, *OECD*, s. 175).

²⁰⁴² Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 93; Sandler, s. 58; Andersson, s. 3; Ateş, *OECD*, s. 176.

²⁰⁴³ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 93; Karşı görüş için bkz., Haslinger, s. 86; Noguera ve Steichen, s. 421; Borges, s. 549.

yorumunda kullanılamayacağına ilişkin görüşlerin²⁰⁴⁴ (Durağan Yorum Yaklaşımı) yanı sıra, uygulama kolaylığı yaratması da dikkate alınarak, değişiklik ve ilavelerin, yayımı tarihinden önce yürürlüğe giren anlaşmaların yorumunda da kullanılabileceğine ilişkin görüşler²⁰⁴⁵ (Hareketli Yorum Yaklaşımı) de bulunmaktadır²⁰⁴⁶.

OECD, Model'de yapılan değişiklikler ile bunun doğrudan sonucu olarak Şerh'te yapılan değişiklik ve ilavelerin, maddelerin özünde herhangi bir değişiklik yapılmamış ise değişiklik tarihinden önce yürürlüğe giren anlaşmaların uygulanmasında ve yorumlanmasında da kullanılabileceği²⁰⁴⁷ görüşündedir²⁰⁴⁸. Çünkü Şerh, mevcut hükümlerin doğru bir şekilde yorumlanması ve özel durumlara uygulanması konusunda OECD ülkelerinin görüş birliğini yansıtmaktadır²⁰⁴⁹. Diğer taraftan üye ülkeler söz konusu değişiklik ve ilavelerin uygulanması konusundaki düşüncelerini, değişiklik ve ilavelerin yapıldığı tarihten hemen sonra, karşılıklı anlaşma usulü (mutual agreement procedure) kapsamında birbirlerine yazılı olarak iletebilecekleri gibi, somut olayların yorumlanması esnasında da iletebilmektedirler²⁰⁵⁰. Bu tür bir karşılıklı anlaşmanın bulunmaması, tarafların Model ve Şerh'te yapılan değişiklik ve ilaveler konusunda görüş birliği içinde olduğu sonucunu doğuracaktır. Anlaşma bulunması halinde ise bunlar da yine VAHS'nin 31/3 üncü maddesi kapsamında tamamlayıcı yorum kaynağı olarak değerlendirilebilecektir²⁰⁵¹.

Taraf ülkelerin diğer ülkelerle imzalamış oldukları paralel vergi anlaşmaları, vergi anlaşmalarının yorumlanmasında kullanılan bir diğer kaynaktır²⁰⁵².

Anlaşmaların yorumlanmasında en önemli kurallardan birisi de özel yorum kuralları arasında yer alan, "*iç hukuk kurallarına gönderme yoluyla yorumlanması*"

²⁰⁴⁴ Vogel'a göre; anlaşmaların yorumlanmasında sadece anlaşmanın imzalandığı tarihte yürürlükte olan Şerh'ten yararlanılabilir, Vogel, Klaus, Klaus Vogel on double tax conventions: A commentary to the OECD-, UN and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice, Third edition, Kluwer Law International, London 1997, (aktaran Andersson, s. 3).

²⁰⁴⁵ Sandler, s.83; Helminen, *Finland*, s. 206

²⁰⁴⁶ Yaklaşımlara ilişkin terimler, Yaltı tarafından, "*Anlaşmada Tanımlanmayan Terimlerin İç Hukuk Kurallarına Gönderme Yoluyla Yorumlanması*"na ilişkin yorum yöntemleri için kullanılmıştır, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 98–99.

²⁰⁴⁷ Model metninde yapılan değişiklikler ve bunların doğrudan sonucu olarak Şerhe getirilen değişiklikler -1992 Modelinden önce mevcut anlaşmaların ilgili hükümleri Modelin değiştirilen hükümlerine maddi anlamda uymadığından uygulanmamaktadır, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 92.

²⁰⁴⁸ OECD-MC, para. 35.

²⁰⁴⁹ OECD-MC, para. 35; OECD, ilk kez 1977 Modeli'nde, 1963 yılı Modeli'nin revize edilmesinden sonra ortaya çıkabilecek yorum farklılıkları sorunlarını dikkate alarak durumu incelemiş ve mevcut anlaşmaların mümkün olduğunca revize edilmiş Şerh'in ruhuna uygun olarak yorumlanması gerektiğini ifade etmiştir, OECD-MC, para. 33.

²⁰⁵⁰ OECD-MC, para. 33.

²⁰⁵¹ Sandler, s. 58.

²⁰⁵² Sandler, s. 85.

kuralıdır. İlke olarak vergi anlaşmalarının kendi tanımları ve sistematik yapısı içerisinde yorumlanması gerekmekte ise de, anlaşmalarda yer alan terimlerin tanımlanmamış olması veya anlaşmalarda yer alan tanımlamaların, yetki paylaşımı maddelerinin uygulanmasında yeterli olmaması durumunda, iç hukuka başvuru zorunlu hale gelmektedir²⁰⁵³. Herhangi bir terimin vergi anlaşmalarında tanımlanmaması ve anlamının bizzat anlaşmanın bir hükmü ile Akit Devletlerin iç hukukuna bırakılması da mümkündür²⁰⁵⁴. Terimlerin vergi anlaşmalarında tanımlanması halinde, iç hukukta yer alan tanımlamaların kullanılması mümkün değildir²⁰⁵⁵. Terimlerin anlamının belirlenmesi bakımından iç hukuku yetkili kılan anlaşma hükmü (md. 3), "*gönderme hükmü*" olarak adlandırılmaktadır²⁰⁵⁶. Bu kuralın uygulanmasında da, aynen Modeller ile Şerhler arasında farklı tarihlerde gerçekleştirilen değişiklik ve ilavelerden kaynaklanan, zamana dayalı sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu sorun, "*durağan yorum yaklaşımı*"²⁰⁵⁷ ve "*hareketli yorum yaklaşımı*"²⁰⁵⁸ çerçevesinde incelenmiş ve konu 1992 OECD Model Şerhinde "*hareketli yorum yaklaşımı*" tercih edilerek konu çözüme kavuşturulmuş²⁰⁵⁹, Model metninde 1995 yılında yapılan değişiklikle bu yaklaşım metinde de yer almıştır. Buna göre, gönderme hükümlerinin yorumlanmasında, anlaşmanın akdi tarihinde değil, anlaşmanın uygulandığı, yani verginin tahakkuk ettiği tarihte yürürlükte olan iç hukuk uygulanacaktır²⁰⁶⁰.

II- ULUSLARARASI VERGİ ANLAŞMALARINA ÖZEL BAKIŞ

Bu bölümde, çifte vergilendirme anlaşmalarının vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığının önlenmesi amacı ile KEYK düzenlemelerinin uygulanması arasındaki ilişki, çelişki, uyum ve çözüm önerileri tartışılmaktadır.

²⁰⁵³ Matsos, s. 293.

²⁰⁵⁴ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 94.

²⁰⁵⁵ Matsos, s. 293.

²⁰⁵⁶ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 94; Gönderme hükmü de bir anlaşma hükmü olduğundan, yorumlanması bakımından VAHS'nde yer alan yorum kurallarının kapsamına dâhildir ve VAHS'nin yorum kurallarını geçersizleştiren bir hüküm değil, aksine bu kuralların uygulaması altında olan özel bir yorum kuralıdır, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 94.

²⁰⁵⁷ Anlaşmaların gönderme hükümlerinin durağan yorum yaklaşımına göre yorumlanması, anlaşmanın akdedildiği tarihte yürürlükte bulunan iç hukuk hükümlerini bir anlamda durdurmaktadır, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 98.

²⁰⁵⁸ Gönderme hükmünün hareketli yorumlanması, gönderme anındaki iç hukuk hükümlerinin uygulanmasıdır, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 99.

²⁰⁵⁹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 99.

²⁰⁶⁰ Art.3(2)- As regards **the application of the Convention at any time** by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires, have the meaning that it has **at that time** under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State.

1. Vergi Anlaşmaları ile İç Hukuk Arasındaki İlişki

Vergi anlaşmaları, uluslararası anlaşmalardır ve bu özellikleri nedeniyle uluslararası hukukun da bir parçasıdır. Uluslararası hukuk açısından geçerlik kazanan anlaşmaların²⁰⁶¹ iç hukuk bakımından geçerliliği, anlaşmaların, iç hukuk düzeninin bir parçası haline dönüşmesi ve bir hukuk kaynağı olarak uygulanabilirlik kazanması ile sağlanabilir²⁰⁶². Anlaşmaların iç hukuk düzeninin bir parçası haline dönüşmesi hakkında iki ayrı sistem öngörülmekte ve bu sistemler iki ayrı görüşe dayandırılmaktadır. Bunlardan birincisi, uluslararası anlaşmaların iç hukuk düzeninde herhangi bir ek işleme gerek kalmaksızın kendiliğinden hüküm ifade ettiği bir sistemdir ve dayanağı görüş "*tekçi görüş*" olarak adlandırılmaktadır²⁰⁶³. İkinci sistemde ise uluslararası anlaşmaların iç hukuk düzeninde hüküm ifade etmesi için ulusal bir işlem aracılığıyla aktarma yapılması gerekmektedir ve dayanağı görüş de "*ikinci görüş*" olarak adlandırılmaktadır²⁰⁶⁴.

Tekçi görüşü benimseyen sistemlerde ilk sorun, bu düzenlerden hangisinin ötekine hiyerarşik olarak üstün olacağı konusu olmakta ise de bu soruya çoğunluğun verdiği yanıt; uluslararası hukukun iç hukuka üstün olduğu²⁰⁶⁵ ve iç hukukun uluslararası hukuka bağımlı olduğudur²⁰⁶⁶. Uluslararası hukuk kaynaklarının iç hukuk düzenimiz kaynaklarına göre değeri konusundaki ilk sorun ise anlaşmaların değerine ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır²⁰⁶⁷.

Uluslararası anlaşmalarla yasaların eşdeğer olduğunun kabul edilmesi halinde ortaya çıkan sorun, anlaşmalar ile kendilerinden önce veya sonra yürürlüğe giren yasalar arasında çatışma ortaya çıkması durumudur. Böyle bir durumun varlığı halinde

²⁰⁶¹ Anlaşma metinleri, anlaşma yapmaya yetkili kişiler tarafından hazırlanıp, müzakere edildikten sonra belirlenen metni kabul ederek içeriğini kesinleştirmekte ve metni kesinleşen anlaşmaların bağlayıcı güç kazanması, tarafların bağlanma iradelerini açıklayan yetkili devlet organlarının anayasaya uygun olarak, anlaşmayı resmen uygun bulmaları ve kabul etmeleri yoluyla olmaktadır, Yalıtı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 70.

²⁰⁶² Yalıtı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 71.

²⁰⁶³ Yalıtı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 71; "*Tekçi görüş*", birtakım farklılıklara rağmen, uluslararası hukuk düzeni ile ulusal hukuk düzeninin, bir bütünün parçaları olduğunu savunmaktadır (Yalıtı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 72; Sandler, s. 39). Tekçi (monist) görüşe göre, uluslararası hukuk kuralları bir düzenleyici mevzuat veya atfa gerek olmaksızın doğrudan uygulanabilecektir (Sur, s. 49; Pazarcı, *Uluslararası*, s. 19).

²⁰⁶⁴ Yalıtı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 71; "*İkinci görüş*" ise uluslararası hukuk düzeni ile ulusal hukuk düzenini birbirinden bağımsız, iki ayrı düzen olarak değerlendirmektedir (Yalıtı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 71; Sandler, s. 39). İkinci (dualist) görüşe göre iki hukuk düzeninin bağlayıcılığını dayanağı farklı olup, iç hukuk yasa koruyucunun iradesine, uluslararası hukuk ise pacta sunt servanda ilkesine bağlıdır (Sur, s. 49; Pazarcı, *Uluslararası*, s. 18).

²⁰⁶⁵ Uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğünü savunan iki ana okul bulunmakta olup bunlar; Gerçekçi (Realiste) Okul ve Normcu (Normativiste) Okul'dur. Her iki Okul da farklı açılardan, iç hukukun uluslararası hukuka bağımlı olduğu sonucuna ulaşmaktadır, Pazarcı, *Uluslararası*, s. 20.

²⁰⁶⁶ Pazarcı, *Uluslararası*, s. 19.

²⁰⁶⁷ Pazarcı, *Uluslararası*, s. 26.

yasa biçimini alan anlaşmalar da her yasa gibi sonraki hukuk kuralı (lex posterior derogat legi priori) ya da özel hüküm-genel hüküm ilkeleri çerçevesinde ele alınmalıdır²⁰⁶⁸. Dolayısıyla vergi anlaşmalarının usulüne uygun şekilde yürürlüğe girdiği tarihten önceki yasalara üstünlüğü bulunmaktadır. Sonraki yasalara nazaran da sınır ötesi işlemleri özel olarak düzenleyen vergi anlaşmaları, özel hüküm olarak değerlendirilir ve kendisinden önce veya sonra çıkarılan yasaları bertaraf eder²⁰⁶⁹.

Diğer yandan, bir devletin ulusal yasalarının o devlette yürürlükte bulunan bir anlaşmanın veya bütün anlaşmaların hükümlerinin uygulama bakımından önüne geçmesi de mümkündür ve bu durum anlaşmaların aşılması olarak tanımlanmaktadır²⁰⁷⁰. Vergilendirme alanında vergi anlaşmalarının aşılması, sonradan çıkarılan ve anlaşma hükümlerinin bertaraf edileceği ifadesini taşıyan ulusal yasalarla sağlanmakta, böylece iç hukuk, anlaşmaların önüne geçmekte ve anlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi reddedilmektedir²⁰⁷¹. Oysa VAHS'nin 31 inci maddesine göre yürürlükteki her anlaşma tarafları bağlar ve taraflarca iyi niyetle uygulanmak zorundadır, 27. maddeye göre de taraflardan biri, iç hukukunun hükümlerini, bir anlaşmanın uygulanmamasına özür olarak öne süremez²⁰⁷². Bu ilkelerin ihmal edilmesi veya göz önüne alınmaması hukuktan ayrılmak, hukuk dışına çıkmaktır²⁰⁷³.

2. Vergi Anlaşmaları ile KEYK Düzenlemeleri Arasındaki İlişki

Vergi anlaşmaları ve KEYK düzenlemeleri arasındaki ilişki, yani vergi anlaşmalarının KEYK düzenlemeleri üzerindeki etkisi hakkında, uluslararası kuruluşlar, düzenlemeyi ihdas etmiş olan ülkelerin yargı kararları ve doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Buradaki sorun, vergi anlaşmalarının KEYK düzenlemeleri üzerinde etkili olup olmadığı, yani vergi anlaşmalarının KEYK düzenlemesinin uygulanmasını engelleyip

²⁰⁶⁸ Billur Yaltı, **Gümrük Birliğinin Hukuki Yapısı**, İstanbul: İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayınları, Yayın No: 18, 1997, s. 29., s. 33 (*Gümrük Birliği*); Billur Yaltı, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, İstanbul: Beta Basım A.Ş., Eylül 2006, s. 16. (*Vergi Yükümlüsü*)

²⁰⁶⁹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 78–79; Vergi anlaşmalarının akdinden sonraki vergi yasalarında, anlaşmanın aşılması açıkça belirtildiği takdirde, özel hüküm nitelikleriyle bunların anlaşmalara üstünlüğü kabul edilmektedir, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 79.

²⁰⁷⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 82; Anlaşmaların aşılmasının önlenmesi için taraflar a) karşılıklı anlaşma usulüne başvurabilirler, b) anlaşmaların uygulanmasından doğan sorunları Adalet Divanı'nın önüne götürebilirler veya c) fesih haklarını kullanabilirler ya da anlaşmaya aşılmasını önleyebilecek bir madde ilave edebilirler, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 85.

²⁰⁷¹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 83.

²⁰⁷² Yaltı, *Gümrük Birliği*, s. 36.

²⁰⁷³ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 84.

engellemediği ya da KEYK düzenlemesi kapsamında yapılacak vergilendirmelerde, vergi anlaşması hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunudur. Başka bir ifadeyle, KEYK düzenlemeleri ile vergi anlaşmaları arasında çelişki/uyumsuzluk bulunup bulunmadığıdır. Çelişki, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilen mükellefin mukim olduğu ülke ile KEYK'in mukim olduğu ülke arasında akdedilen vergi anlaşmasının, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin bir düzenleme olan ve ulusal ve/veya uluslararası vergisel düzenlemelerini dolanma neticesinde sağlanan haksız avantajların ortadan kaldırılmasını hedefleyen KEYK düzenlemesinin etkilerinin ortadan kaldırmasıdır. Aşağıdaki bölümlerde, vergi anlaşmalarının KEYK düzenlemesinin uygulamasını engelleyip engellemediği ve mükellefin, vergi anlaşmasının çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin hükümlerinden yararlandırılmasının mümkün olup olmadığı tartışılmaktadır.

a. OECD Model Anlaşma Şerhine Göre

OECD'nin, vergi anlaşmalarının yorumu ile ilgili en önemli kaynaklardan biri olan OECD Model Anlaşma Şerhinde yer alan görüşü; KEYK düzenlemelerinin, vergi anlaşmalarından etkilenmediği²⁰⁷⁴, vergi anlaşmalarında herhangi bir özel hüküm bulunmasa dahi uygulanabilmesi gerektiği²⁰⁷⁵ yönündedir. OECD'ye göre, vergiden kaçınmaya ilişkin bu türden düzenlemeler, vergi anlaşmalarında değil, hangi olguların vergi mükellefiyetine yol açacağını belirleyen ulusal vergi kanunlarında hükme bağlanan temel ulusal hükümlerin bir parçası olarak düzenlenmiştir, o nedenle de vergi anlaşmaları bu hükümlerden etkilenmez²⁰⁷⁶. Bu anlamda birçok vergi anlaşması, KEYK düzenlemesine ilişkin bir hüküm de içermediğinden²⁰⁷⁷, KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmaları karşısındaki durumu, vergi anlaşmalarının yorumu yoluyla çözümlenmektedir²⁰⁷⁸. Yorumda benimsenen yaklaşım, OECD Model Şerhinde²⁰⁷⁹ tanımlanan "*hareketli yorum yaklaşımı*"dır.

²⁰⁷⁴ OECD-MC, Art. 1, paras. 9.2-22.1-23-26; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 29.

²⁰⁷⁵ OECD-MC, Art. 1, para. 23; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 29; Andersson, s. 17.

²⁰⁷⁶ OECD-MC, Art. 1, para. 9.2 ve para.22.1; Bu ifade, KEYK düzenlemelerinin de ilk kez yer aldığı, OECD-MC nin 1992 yılında güncellenen versiyonuna eklenmiştir, Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.29; Andersson, s. 17; Sandler, s. 88.

²⁰⁷⁷ OECD-MC, Art. 1, para. 9.2; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. S.29.

²⁰⁷⁸ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s.29; Andersson, s. 17.

²⁰⁷⁹ BM Model Şerhinin, biri 1980 yılında, diğeri 2001 yılında olmak üzere sadece iki versiyonu bulunmaktadır ve bu değişiklikler, uluslararası ekonomik, finansal ve mali ortama ve 90'lı yıllarda OECD Model Şerhinde yapılan değişiklik ve güncellemelere göre yapılmıştır ve başta KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmaları ile ilgili görüşü olmak üzere, önemli ölçüde OECD Model Şerhine dayanmaktadır(Sandler, s. 86-87; Andersson, s. 19). Bu nedenle, KEYK düzenlemeleri ile vergi anlaşmaları arasındaki ilişkinin yorumlanmasında kaynak olarak OECD Model Anlaşma Şerhinden yararlanılmıştır.

OECD'ye göre; vergi anlaşmalarının önemli bir amacı da uluslararası vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığının önlenmesi²⁰⁸⁰ olduğundan, VAHS'nin 31/1 maddesi kapsamında, uluslararası vergi anlaşmaları kendi amaçları ışığında yorumlanmalı ve dolayısıyla vergi anlaşmalarının amacına ve hedefine aykırı ve asıl amacı daha avantajlı bir vergisel pozisyon veya ortam yaratmak olan ve kötüye kullanma sonucunu ortaya çıkaran belli işlem veya girişimler vergi anlaşmaları hükümlerinden yararlandırılmamalıdır²⁰⁸¹. Yine OECD, söz konusu girişimlerin vergi anlaşması hükümlerinin kötüye kullanılması sonucunu doğurduğu hallerde, vergi anlaşmalarının avantaj sağlayan ilgili hükümlerini uygulamak zorunda olmadıkları yönünde üye ülkeler arasında görüş birliği bulunduğunu da vurgulamaktadır²⁰⁸². Ayrıca OECD'ye göre, KEYK düzenlemesi veya vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin genel hükümler ihdas eden ülkelerin bu hükümleri ihdas etmesinin nedeni, uluslararası ortamda eşitlik ve tarafsızlığın korunması olduğundan, bu tür hükümler sadece bu amaç doğrultusunda kullanılmalıdır²⁰⁸³. Model'de yer alan bu ifade, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin özün şekle önceliği gibi genel vergiden kaçınma düzenlemeleri değil özellikle KEYK düzenlemelerini hedefleyen bir ifadedir²⁰⁸⁴. Buna göre, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin bir düzenleme olan KEYK düzenlemesinin uygulanmasını gerektiren durumların ortaya çıkması halinde, düzenleme kapsamında yapılacak tarhiyatların, vergi anlaşması hükümlerinden etkilenmemesi, başka bir ifadeyle ilgili düzenlemenin, vergi anlaşmaları hükümlerinden bağımsız olarak uygulanması gerekmektedir. Çünkü KEYK düzenlemeleri, vergi anlaşmalarının temel amaçlarından biri olan vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin bir düzenlemedir, aksi bir durum vergi anlaşmalarının amacına aykırıdır. Taraf ülkelerin mukimlerini KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirmesi sınırlandırılmamalı, kısıtlanmamalıdır²⁰⁸⁵.

Dolayısıyla, OECD Model Anlaşma Şerhine göre vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemeleri arasında "*çelişki-aykırılık (conflict)/uyumsuzluk (incompatibility)*"

²⁰⁸⁰ OECD-MC, Art. 1, para. 7.

²⁰⁸¹ OECD-MC, Art. 1, para. 9.5.

²⁰⁸² OECD-MC, Art. 1, para. 9.4.

²⁰⁸³ OECD-MC, Art. 1, para. 26.

²⁰⁸⁴ Brian J. Arnold, "Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model", **Bulletin-Tax Treaty Monitor**, Vol. 58, Issue 6 (June 2004), s. 246; Maddede yer alan "*KEYK düzenlemesi, vergiden kaçınma amacını taşımayan, sınaî ve ticari faaliyetlerden elde edilen gelirler için uygulanmamalıdır*" ifadesi de 2003 değişiklikleri ile kaldırılmıştır, Arnold, *Tax Treaties*, s. 254.

²⁰⁸⁵ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 29.

bulunmamakta²⁰⁸⁶ ve KEYK düzenlemeleri, vergi anlaşmalarında bu gibi hallerde KEYK düzenlemelerinin uygulanabileceğine veya anlaşmanın KEYK düzenlemelerinin uygulanmasını bertaraf etmeyeceğine dair herhangi bir özel hüküm bulunmasa dahi uygulanabilmektedir²⁰⁸⁷. Bu görüş, OECD'ye göre, OECD üye ülkelerinin birçoğu tarafından benimsenen bir görüştür²⁰⁸⁸.

b. Ülke Uygulamalarına Göre

Bu konunun çözümünün her ülke için aynı olması söz konusu olamayacağı için, öncelikle vergi anlaşmalarının, ulusal kurallar kademelenmesindeki yeri ve değerinin incelenmesi gerekir. Vergi anlaşmaları ile ilgili tüm tartışmalar gibi, vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemeleri arasındaki bu çelişki veya uyumsuzluk tartışması da ilgili ülkenin, vergi anlaşmalarının yorumlanmasına ilişkin görüşünden önemli ölçüde etkilenmektedir²⁰⁸⁹. Bu nedenle, vergi anlaşmalarının KEYK düzenlemeleri üzerindeki etkisi veya KEYK düzenlemeleri kapsamında yapılan tarhiyatların, vergi anlaşmalarının avantajlarından yararlanma olanağını ortadan kaldırıp kaldırmaması, ilgili ülkenin ulusal hukuku ile vergi anlaşmaları hukuku arasındaki ilişkiye bağlı olarak değişkenlik göstermektedir²⁰⁹⁰.

Önceki bölümlerde incelendiği üzere²⁰⁹¹, genel olarak uluslararası anlaşmaların, özel olarak da uluslararası vergi anlaşmalarının yasaların üzerinde olduğunun kabul edildiği bir ülkede, vergi anlaşmalarının KEYK düzenlemeleri üzerinde etkili olması gerekir²⁰⁹². Aynı şekilde uluslararası vergi anlaşmalarının yasalarla eşit olduğunun kabul edildiği bir ülkede de sorun, "*sonraki kanun-özel kanun*" prensiplerine göre çözümleneceğinden, yine aynı sonuca ulaşılması mümkün olacaktır. Ancak ulusal yasaların, uluslararası vergi anlaşmalarının üzerinde olduğunun kabul edildiği bir ülkede, vergi anlaşmalarının KEYK düzenlemeleri üzerinde etkili olması mümkün olmayacaktır²⁰⁹³.

²⁰⁸⁶ OECD-MC, Art. 1, para. 22.1 ve 26; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 29.

²⁰⁸⁷ OECD-MC, Art. 1, para. 26; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 29; Andersson, s. 17.

²⁰⁸⁸ OECD-MC, Art. 1, para. 9.2; Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 306.

²⁰⁸⁹ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 33.

²⁰⁹⁰ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 32.

²⁰⁹¹ Bkz., § 12 Bölüm II/2 kısım.

²⁰⁹² Bu ülkelere Finlandiya (Bkz., Helminen, *Finland*, s. 204–207), Yeni Zelanda (Bkz., Jakson ve Smith, s. 483) ve İsrail (Bkz., Shalhav, s. 342) örnek olarak gösterilebilir.

²⁰⁹³ Bu ülkelere Almanya (bkz. Rust, s. 264–265) ve Avusturalya (bkz. Greenleef, s. 68), örnek olarak gösterilebilir.

Nitekim OECD üyesi ülkelerin bazıları, vergi anlaşmalarının vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin ulusal düzenlemelere üstünlüğü bulunması nedeniyle, vergi anlaşmaları hükümlerinin bu düzenlemeler üzerinde etkisinin olmaması; yani sınırlandırmaması için, vergi anlaşmalarında bunlara yönelik özel bir hüküm bulunması gerektiği görüşündedir²⁰⁹⁴. İtalya²⁰⁹⁵, Yunanistan²⁰⁹⁶, Portekiz²⁰⁹⁷, Belçika²⁰⁹⁸, Yunanistan²⁰⁹⁹, Lüksemburg²¹⁰⁰ ve Hollanda²¹⁰¹ gibi ülkeler, uluslararası vergi anlaşmalarının yasaların üzerinde yer alması nedeniyle, KEYK düzenlemelerinin uygulanabilmesi için vergi anlaşmalarında özel hüküm bulunması gerektiği, aksi takdirde vergi anlaşmalarının uygulanamayacağı görüşünün benimsendiği ülkelere örnek oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu ülkelere göre vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemeleri birbiri ile uyumlu düzenlemeler değildir.

KEYK düzenlemeleri ile vergi anlaşmaları hükümleri arasında ortaya çıkabilecek çelişkilerin önlenmesi amacıyla bazı ülkelerin KEYK düzenlemelerine, bazı ülkelerin ise akdetmiş oldukları vergi anlaşmalarına hüküm ilave ettiği tespit edilmektedir.

İspanya, vergi anlaşmalarının vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin ulusal düzenlemelere üstünlüğü bulunan ülkeler arasında olsa da, akdedilen hiçbir vergi anlaşmasında KEYK düzenlemesine ilişkin özel bir hüküm yer almamaktadır²¹⁰². Bunun nedeni, vergi idaresinin KEYK düzenlemesi ile vergi anlaşmaları arasında uyumsuzluk bulunmadığı görüşünde olması ve KEYK düzenlemelerine ilişkin özel bir hüküm ilave edilmesinin, benzer bir hükmün yer almadığı diğer vergi anlaşmalarının KEYK düzenlemesinin uygulanmasına izin vermediği şeklinde bir yorumun oluşmasına neden olması ihtimalidir²¹⁰³.

Vergi anlaşmalarının ulusal yasalara önceliği bulunan bir ülke olan Brezilya'da ise KEYK düzenlemesinin uygulanabilmesinin temini açısından vergi anlaşmalarına,

²⁰⁹⁴ Arnold, *Tax Treaties*, s. 252.

²⁰⁹⁵ Favi, s. 363.

²⁰⁹⁶ Matsos'a göre, Yunanistan henüz KEYK düzenlemesini ihdas etmemiş olsa da, vergi anlaşmalarının, vergi kanunlarının üzerinde olduğuna ilişkin kesin düzenlemeler nedeniyle, vergi anlaşmaları KEYK düzenlemeleri ile bertaraf edilemez, Matsos, s. 296.

²⁰⁹⁷ Borges, s. 549; Andersson, s. 19.

²⁰⁹⁸ Frenckell, s. 113.

²⁰⁹⁹ Matsos, s. 295.

²¹⁰⁰ Noguere ve Steichen, s. 421 ve 424.

²¹⁰¹ Peters, 451 ve 456.

²¹⁰² Almudi, s. 574.

²¹⁰³ Almudi, s. 574; Öz, makalesinde, İspanya'nın, akdetmiş olduğu vergi anlaşmalarına YDKİ (Yurt Dışı Kontrollü İşletme) rejimini uygulamaya devam edecekleri yönünde özel maddeler koyduğunu belirtmektedir, Öz, *Mücadele Aracı*, s. 34.

“Brezilya’ya ödenen kar paylarının vergiden müstesna tutulması ve yabancı holding şirketlerin (dolaylı iştirak edilen şirketler) dağıtılmamış karlarının Brezilya’da vergilendirilmemesi” gibi özel ifadeler ilave edilmektedir²¹⁰⁴.

KEYK düzenlemesinin uygulanabilmesinin temini açısından KEYK düzenlemesine hüküm ilave eden ülkelere Finlandiya’yı örnek olarak gösterebiliriz. Finlandiya KEYK düzenlemesine göre, Finlandiya ile vergi anlaşması imzalayan bir ülkede mukim bir şirket, bazı şartların gerçekleşmesine bağlı olarak, KEYK düzenlemesi kapsamına girmemektedir²¹⁰⁵. Finlandiya hukukuna göre, KEYK düzenlemesi, ilgili ülke ile imzalanmış vergi anlaşması bulursa dahi uygulanmakta, ancak bir çelişki halinde, vergi mükellefi açısından vergi anlaşmalarının hükümlerinden yararlanmak vergisel avantaj sağlamak ise, vergi anlaşmalarının ulusal hukuka üstünlüğü ilkesi uygulanmaktadır²¹⁰⁶. Ayrıca KEYK düzenlemesinin uygulanmasının vergi anlaşmaları ile çelişki yarattığı konusunda, Finlandiya vergi idaresi veya mahkemelerinin görüşü olmadığı sürece de KEYK düzenlemesi uygulanabilmektedir²¹⁰⁷.

Fransa, Yüksek Mahkemenin Schneider SA davasında vermiş olduğu karardan sonra bazı vergi anlaşmalarına, KEYK düzenlemesinin uygulanmasına izin veren hükümler ilave etmektedir²¹⁰⁸. Danimarka ile Brezilya arasında imzalanan vergi anlaşmasında ise taraf ülkelerin KEYK düzenlemelerinin uygulanmayacağına ilişkin hükümler yer almaktadır²¹⁰⁹. Avustralya²¹¹⁰, Kanada²¹¹¹ ve ABD²¹¹² ise taraf oldukları vergi anlaşmalarına, anlaşmadaki hiçbir hükmün, KEYK düzenlemesinin uygulanmasına etkisinin olmayacağı yönünde özel hüküm ilave eden ülkelere örnek oluşturmaktadır.

²¹⁰⁴ Néilo Weis ve Philippe Jeffrey, “Decision on Brazilian CFC Rules”, *International Tax Review*, (May 2010), <http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?Page=10&PUB=35&ISS=25610&SID=725693&ReturnPage=16> (11.05.2010).

²¹⁰⁵ Helminen, *Finland*, s. 213; Öz, *Mücadele Aracı*, s. 34; Öz, *KEYK*, s. 28.

²¹⁰⁶ Helminen, *Finland*, s. 214.

²¹⁰⁷ Helminen, *Finland*, s. 214; Finlandiya Yüksek Mahkemesi tarafından verilen KHO 596/2002 numaralı Karar, vergi anlaşmalarının yorumlanmasında, OECD Model Anlaşma ve Şerhinin taşıdığı önemi vurgulaması açısından çok önemli bir karar olarak kabul edilmektedir, çünkü vergi anlaşmalarında aksine hüküm bulunmadıkça, vergi anlaşmalarının KEYK düzenlemelerinin uygulanmasını engellemeyeceği yönündedir ve Karar’ın dayanakları OECD Model Şerhi’nde de ifade edilen gerekçelerdir, Helminen, *Finland*, s. 206; Bkz., § 12 Bölüm, II-4/a-bb kısım.

²¹⁰⁸ Almudi, s. 575; Öz, *Mücadele Aracı*, s. 34.

²¹⁰⁹ Öz, *Mücadele Aracı*, s. 34; Öz, *KEYK*, s. 28.

²¹¹⁰ Sandler, s. 111.

²¹¹¹ Sandler, s. 113–191.

²¹¹² Sandler, s. 162.

Almanya Anayasa hukukuna göre vergi anlaşmalarının ulusal hukuka üstünlüğü bulunmamaktadır²¹¹³. Ayrıca Alman KEYK düzenlemesi (Art 20 (1) AstG), düzenlemenin vergi anlaşmalarına üstünlüğü bulunduğu hükmünü içermekte ve dolayısıyla vergi anlaşmalarında yer alan, KEYK düzenlemesini sınırlandıran hükümlerin uygulanmasının önüne geçmektedir ki; bazı yazarlara göre bu hüküm vergi anlaşmalarının aşılması anlamına gelmektedir²¹¹⁴. Anlaşma hükümlerinin aşılması, uluslararası hukuk kurallarının ihlali anlamına gelse de ulusal hukuk kurallarının hükümsüzlüğüne neden olmamakta, dolayısıyla Alman KEYK düzenlemesi (Art 20 (1) AstG) vergi anlaşmasının aşılması sonucunu doğursa bile vergi anlaşmaları hükümlerinden etkilenmemektedir²¹¹⁵.

c. Değerlendirme

OECD'nin, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelere göre yapılan tarhiyatlarda mükelleflerin, vergi anlaşmaları tarafından sağlanan avantajlardan yararlandırılmaması gerektiğine yönelik yorumunun, vergi anlaşmalarının amaçlarının dikkate alınarak yapıldığı²¹¹⁶ yukarıda belirtilmiştir. Vergi anlaşmalarının amaçlarından birisinin vergiden kaçınmanın önlenmesi olduğu kabul edilse dahi, bu amaç ne vergi anlaşmalarının tek amacı, ne de öncelikli amacıdır²¹¹⁷. Vergi anlaşmalarının bir diğer amacı da çifte vergilendirmenin önlenmesidir. Bu nedenle, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemeler kapsamında yapılan tarhiyatlarda mükelleflerin, vergi anlaşmaları tarafından sağlanan avantajlardan yararlanmamasına ilişkin yorumunun yapılmasında, vergiden kaçınmanın önlenmesi amacının vergi anlaşmalarının yorumlanmasında neden en önemli faktör olarak değerlendirildiği de açık değildir²¹¹⁸. OECD Model Şerhinin 1992 versiyonunda, OECD ülkelerinin, vergi anlaşmalarının kötüye kullanıldığına ilişkin kesin deliller bulunmadığı sürece, vergi anlaşmalarından doğan yükümlülüklerle dikkatle uyulması ve anlaşmaların kötüye kullanılmasına ilişkin kuralların dahi anlaşmalarla, uluslararası çifte vergilendirmenin önlenmesi amacı ön

²¹¹³ Rust, s. 264.

²¹¹⁴ Rust, s. 264.

²¹¹⁵ Rust, s. 265; Öz, makalesinde Almanya'nın, akdetmiş olduğu vergi anlaşmalarına, Yurt Dışı Kontrollü İşletme (YDKİ) rejimini uygulamaya devam edecekleri yönünde özel maddeler koyduğunu belirtmektedir, Öz, *Mücadele Aracı*, s. 34; Öz, *KEYK*, s. 28.

²¹¹⁶ OECD-MC, Art. 1, para. 9.3.

²¹¹⁷ Arnold, *Tax Treaties*, s. 249.

²¹¹⁸ Arnold, *Tax Treaties*, s. 249.

planda tutularak uyumlandırılması gerektiği konusunda görüş birliğine vardıkları belirtilmektedir²¹¹⁹.

Diğer yandan, ülkelerin parlamentoları tarafından onaylanmayan ve bu nedenle bir yorum kaynağı olarak değeri tartışılan OECD Model Anlaşma Şerhinin, VAHS ile kabul edilen kuralları değiştirmesi veya etkilemesi gücünün bulunup bulunmadığı da ayrı bir tartışma konusudur²¹²⁰. Hepsinden önemlisi, vergi idarelerinin, usulüne uygun olarak yürürlüğe giren vergi anlaşmalarını düzenleme veya değiştirme hakkı bulunduğu kabul edilmesi, hukuk kuralları ve prensiplerine uygun değildir²¹²¹. Dolayısıyla, Şerhin, iki ülke arasında imzalanan vergi anlaşmalarının ulusal hukuk düzenlerinde ortaya çıkardığı etkileri ortadan kaldırma gücünü haiz bir kaynak olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

KEYK düzenlemelerine ilişkin OECD Model Şerh'inde yer alan ifadeler, çeşitli ülkeler tarafından kullanılan hukuki yaklaşımları yeterli düzeyde yansıtmamakta, bu nedenle de herhangi bir ülkenin KEYK düzenlemesinin vergi anlaşmaları ile uyumsuz olduğu konusunda tatmin edici sonuçlara ulaşılmasını sağlamamaktadır²¹²². Bu nedenlerle, vergi anlaşmalarının, vergi anlaşmaları ile uyumlu olmayan KEYK düzenlemeleri üzerinde etkili olmadığı söylenemez²¹²³.

Bu nedenlerle, özellikle vergi anlaşmalarının ulusal düzenlemelere önceliğinin bulunduğu sistemlerde -ki ülkemiz bu kategoriye dâhildir- vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemeleri arasında bu anlamda bir çelişki/uyumsuzluk doğabilir, bu çelişki ya da uyumsuzluk, özel kanun niteliğinde olan vergi anlaşması hükümlerinin KEYK düzenlemelerine nazaran önceliği olması gerekçesiyle/nedeniyle, KEYK düzenlemeleri kapsamında yapılan tarhiyatlarda vergi anlaşmalarının uygulanması ile ortadan kaldırılabilir. Aksi bir görüş, vergi anlaşmalarının amaçlarına ve uluslararası hukuk kurallarına aykırı sonuçlar doğurur.

Diğer yandan, KEYK düzenlemelerinin vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin bir düzenleme olması, düzenleme kapsamında vergilendirme yapan ülkelerin,

²¹¹⁹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 306.

²¹²⁰ Borges, s. 549; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 31.

²¹²¹ Michael Lang, "CFC Regulations and Double Taxation Treaties", **Bulletin for International Fiscal Documentation**, Vol. 57, No. 2 (February 2003), s. 52. (*CFC Regulations*)

²¹²² Arnold, *Tax Treaties*, s. 255.

²¹²³ Lang, *CFC Regulations*, s. 52.

uluslararası hukuktan kaynaklanan sorumluluklarını göz ardı etmelerinin ya da tarhiyata muhatap olan mükelleflerin, ulusal hukuk düzeninde yer alan ve usulüne uygun olarak yürürlüğe giren uluslararası anlaşmaların hükümlerinden yararlandırılmamasının gerekçesini oluşturamaz.

3. Vergi Anlaşmalarının Bağlama Kuralları ile KEYK Düzenlemeleri Arasındaki Uyum

KEYK düzenlemeleri ile ilgili ülkenin imzalamış olduğu vergi anlaşmaları arasındaki etkileşimin tespit edilmesinde, vergi anlaşmalarının ulusal hukuk düzenindeki konumunun yanı sıra, yürürlükte olan KEYK düzenlemesinin vergilendirilecek geliri tanımlama şekli, vergi anlaşmalarının içerdiği hükümler, vergi anlaşmalarında benimsenen çifte vergilendirmenin önlenmesi yöntemi de belirleyici birer faktördür. Başka bir ifadeyle, vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemeleri arasındaki uyum veya uyumsuzluk ile bunun derecesi, KEYK düzenlemesinin özellikleri ile yakından ilişkilidir²¹²⁴. Dolayısıyla, KEYK düzenlemeleri ile vergi anlaşmalarının uyumsuz olmadığı ve KEYK düzenlemesinin vergi anlaşmalarında özel bir hüküm bulunmasa dahi uygulanabileceğinin kabul edilmesi halinde, düzenleme kapsamında gerçekleşen tarhiyatların, vergi anlaşmalarının yetki paylaşımı maddelerinden etkilenme/sınırlanma derecesinin belirlenebilmesi için, öncelikle vergilendirilecek kazancın vergi anlaşmalarının bağlama kurallarından hangisinin kapsamına girdiğinin tespit edilmesi, yani atfedilecek kazancın karakterinin belirlenmesi gerekmektedir. Çünkü birçok ülkenin KEYK düzenlemesi, gelirin karakterine ilişkin hükümler içermemektedir²¹²⁵.

Örneğin, bir ülkenin KEYK düzenlemesi vergilendirilecek geliri, kaynak ülke ile imzalanmış olan vergi anlaşması kapsamında vergilendirme yetkisinin kaynak ülkeye tahsis edildiği bir gelir türü olarak tanımlamakta ise ya da çifte vergilendirmenin önlenmesi yöntemi olarak istisna yönteminin benimsendiği bir gelir olarak tanımlamakta ise, bu gelirin fiilen elde edildiği tarihte genel hükümler çerçevesinde vergilendirilmesi mümkün olmadığından, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi de mümkün olmamalıdır. Aynı şekilde, KEYK düzenlemesinin, ilgili mevzuatın vergi anlaşmalarından etkilenmeyeceği yönünde hüküm içermesi durumunda, vergi anlaşmaları KEYK

²¹²⁴ Sandler, s. 19 ve 109; Rust, s. 267.

²¹²⁵ Sandler, s. 93.

düzenlemelerinin uygulanmasını kısıtlayamayacak, ancak bu durumda uygulama, vergi anlaşmasına aykırılık oluşturacak ve uluslararası hukuk kurallarının ihlali sonucunu doğuracaktır. Çünkü uluslararası hukukun ulusal hukuka olan üstünlüğü kuralı ihlal edilmiş olacaktır.

Aşağıdaki bölümde, vergilendirme yetkisinin ülkeler arasındaki dağılımına ilişkin olarak vergi anlaşmaları ile belirlenen bağlama kuralları temelinde, yukarıda belirtilen olası çelişkiler, uyum veya uyumsuzluk incelenecektir.

a. KEYK Düzenlemeleri ile VA, 7/1 Arası Uyum

KEYK düzenlemeleri ile OECD Modelinin 7. maddesi arasında uyum bulunup bulunmadığı konusunda birbirinden tamamen farklı iki görüş bulunmaktadır.

OECD Modelinin 7. maddesi ticari kazançların vergilendirilmesinde çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin bağlama kuralını içermektedir. Madde hükmüne göre; *"bir akit devletin işletmesinin karları, bu işletmenin diğer akit devletteki bir işyeri vasıtasıyla elde edilmediği sürece sadece bu akit devlette vergilendirilmelidir"* (md. 7/1). Bu kural, çifte vergilendirme anlaşmalarının temel kurallarından biridir²¹²⁶. Diğer devlette işyeri vasıtasıyla elde edilen kazançlar ise sadece bu işyerine atfedilebilen tutarla sınırlı olmak üzere vergilendirilebilir²¹²⁷. Dolayısıyla bir Akit Devlet işletmesinin diğer Akit Devlette sürdürdüğü ticari faaliyetlerden elde ettiği gelirler, faaliyet bu devlette bir işyeri aracılığıyla yürütülmedikçe, ikametgâh devletinin vergilendirme yetkisine bağlanmakta, ticari faaliyetin o devlette bulunan bir işyeri kanalıyla gerçekleştirilmesi halinde ise vergilendirme yetkisini kullanma hakkı işyerinin bulunduğu devlete tanınmaktadır²¹²⁸.

OECD Modelinin 5. maddesinde ise işyeri tanımlanmakta, 7. bentte de, yavru şirketlerin işyeri oluşturmayacağı hükme bağlanmaktadır. Buna göre, *"Bir Akit Devletin mukimi olan bir şirket, diğer Akit Devletin mukimi olan veya bu diğer Devlette ticari faaliyette bulunan (bir işyeri vasıtasıyla veya diğer bir şekilde) bir şirketi kontrol eder ya da onun tarafından kontrol edilirse, bu şirketlerden herhangi biri diğeri için bir işyeri oluşturmayacaktır"*. Hukuken ana şirketten ayrı ve bağımsız olmayan şubeler işyeri

²¹²⁶ OECD-MC Art. 7/1, para 9.

²¹²⁷ OECD-MC, Art. 7/1, para 10.

²¹²⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 204.

oluşturmaktadır²¹²⁹. Hukuken ana şirketten bağımsız yavru şirketler, ana şirketin diğer devletteki işyeri olarak değerlendirilmemekte, şubeleri ise işyeri oluşturmaktadır²¹³⁰. Bu nedenle, "yavru şirket", ana şirketin niteliğine bağlı olmaksızın hisse sahibi olduğu bağımsız bir kurumdur²¹³¹.

Genel kural olarak, bir yavru şirket -tek başına- ana şirketin işyeri olarak kabul edilemez²¹³². Bu kural, vergilendirme açısından yavru şirketin ayrı ve bağımsız hukuki şirket olarak kabul edilmesi prensibine dayanmaktadır²¹³³. Dolayısıyla, yavru şirket tarafından sürdürülen ticari faaliyet, tamamen ana şirketin talimatları/yönetimi altında gerçekleştirilse dahi, bu yavru şirket, ana şirketin işyeri değildir²¹³⁴. Bu kural, OECD Modelinin temel prensiplerinden birisini oluşturmaktadır²¹³⁵.

aa. Uyumsuzluk Bulunmadığına İlişkin Görüşler

KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmaları ile uyumlu olduğunu savunan görüşlerin dayanak noktasını²¹³⁶, Anlaşmaların 7. maddesinin temel fonksiyonu oluşturmaktadır. Yukarıda da belirtildiği gibi; bu maddenin fonksiyonu, akit devletlerden birinde mukim bir işletmenin diğer akit devlette elde ettiği ticari kazancının faaliyetin icra edildiği devlette vergilendirilebilmesini olanaklı kılan bağlama kuralını belirlemek ve dolayısıyla yabancı bir işletmenin işyeri tarafından elde edilen ticari kazançlarına ilişkin olarak *kaynak ülkenin vergilendirme yetkisini sınırlamaktır*²¹³⁷. Oysa KEYK düzenlemeleri kaynak ülke vergilemesi ile ilgili bir düzenleme değildir; yani kaynak ülke vergilemesine ilişkin herhangi bir hüküm içermemekte, yabancı kurumun ortaklarını uyrukluk veya ikamet esasına dayanarak mukimi oldukları ülkede vergilendirmektedir²¹³⁸.

Model Anlaşmanın 7. maddesi ticari kazançlara ilişkindir. 7/1. maddede "*bir Akit Devlet mukimi kurumun kazancı*"ndan söz edilmekte ancak Model Anlaşmada ticari kazanç tanımlanmamaktadır²¹³⁹. Ayrıca anlaşmada "*atfedilen gelir*"e ilişkin herhangi bir

²¹²⁹ Bkz., § 1 Bölüm, II/1 kısım.

²¹³⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s.135–136.

²¹³¹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s.135.

²¹³² OECD-MC, Art. 5/7, para 40.

²¹³³ OECD-MC, Art. 5/7, para 40.

²¹³⁴ OECD-MC, Art. 5/7, para 40.

²¹³⁵ Sandler, s. 96.

²¹³⁶ Sandler, s. 99.

²¹³⁷ Sandler, s. 99.

²¹³⁸ Sandler, s. 99.

²¹³⁹ Glad, s. 512.

tanım da yer almamaktadır²¹⁴⁰. Böyle bir durumda, Anlaşmanın 3/2. maddesi, taraf Devletlerin iç hukukuna başvurma yetkisi tanımaktadır²¹⁴¹. KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkelerin iç hukukunda, KEYK kazancının ticari kazanç olarak kabul edilmesi halinde, yabancı kurumun, KEYK'in ortaklarının işyerini oluşturup oluşturmadığı konusu gündeme gelmektedir²¹⁴².

Yabancı kurumun işyeri olarak tanımlanabilmesi için, Model Anlaşmanın 5/1 ile 5/6 maddelerindeki koşulların sağlanması gerekmekte olup, 5/7. maddede bir Akit Devlette mukim bir kurumun, diğer Akit Devlette mukim bir yavru şirketi kontrol etmesinin, tek başına işyeri oluşturduğu anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir. Bu kural, yavru şirketlerin ayrı varlık yaklaşımı altında değerlendirilen tüzel kişilikler olduğu varsayımından kaynaklanmaktadır²¹⁴³. Her ne kadar KEYK düzenlemesinin uygulanması, şube kazançlarının vergilendirilmesine benzer mali etkiler/sonuçlar yaratsa da, KEYK bir işyeri/şube olarak kabul edilemez, çünkü ayrı hukuki bir bağımsız varlıktır²¹⁴⁴.

Vergi anlaşmaları genellikle bir gelir unsurunun ne zaman oluştuğu ve bu gelir unsurunu elde eden mükellefin kim olduğunun belirlenmesi yetkisini, vergi anlaşmasını uygulayacak olan ülkelerin vergi sistemlerine bırakmaktadır²¹⁴⁵. Kurum yöntemini benimseyen KEYK düzenlemeleri kapsamında, KEYK kazancının tamamı herhangi bir gelir ayrıştırmasına gidilmeksizin ortaklara atfedilmektedir²¹⁴⁶. Bu yöneme göre yapılacak vergilendirmelerde, gelirin ortaklara atfedilmesi yöntemi olarak benimsenen yöntemlerden birisi kurum perdesinin kaldırılması yöntemidir. KEYK'in ilgili dönem kazancının mukim ortaklarca doğrudan elde edilmiş olduğu varsayımı altında, "*kurum perdesinin kaldırılması yöntemi (piercing the corporate veil approach)*" olarak adlandırılan yöneme uygun olarak atfedilmesi durumunda, söz konusu kazanç, ticari kazanç olarak değerlendirilmekte ve KEYK tarafından ilgili dönem içerisinde elde edilen kazancın tümü, kaynağı dikkate alınmaksızın payları oranında ortaklara atfedilerek vergilendirilmektedir²¹⁴⁷. "*Kazanç/gelir ayrıştırması (transactional approach) yöntemi*"nin benimsendiği KEYK düzenlemeleri kapsamında da, yüksek hareket

²¹⁴⁰ Uustalu, s. 182.

²¹⁴¹ Bkz., § 12 Bölüm, I/3 kısım.

²¹⁴² Glad, s. 512.

²¹⁴³ Glad, s. 512.

²¹⁴⁴ Almudi, s. 576.

²¹⁴⁵ Lang, *CFC Regulations*, s. 53–54; Rix, s. 156.

²¹⁴⁶ Bkz., § 10 Bölüm, I/1-b kısım.

²¹⁴⁷ Bkz., § 6 Bölüm, II/1-b/bb kısım.

kabiliyetine sahip faiz, kar payı ve kira geliri gibi pasif karakterli gelirler ile üs şirket gelirleri²¹⁴⁸ mukim ortaklara atfedilmekte ve bu gelirler dışındaki aktif karakterli gelirler vergiden müstesna tutulmaktadır²¹⁴⁹. Bu yöntemin benimsendiği KEYK düzenlemelerine göre ayrıştırılarak ortaklara atfedilen kar payı, faiz ve kira gibi gelirler vergi anlaşmasının ilgili hükümleri çerçevesinde değerlendirileceğinden, burada OECD Modeli'nin 7. maddesi kapsamında ticari kazanç olarak değerlendirilmesi gereken gelir unsuru, sadece bunların dışında kalan üs şirket gelirleridir.

Ortaklara atfedilecek gelirin belirlenmesine esas olacak matrahın tespitinde kurum perdesinin kaldırılması yönteminin benimsendiği sistemlerde KEYK'in kazancı, KEYK'in ortaklarının vergilendirilebilir kazancının tespitinde sadece referans olarak kullanılmakta ve ortaklar mükellef sıfatıyla vergilendirilmektedir. OECD Model Şerhi, bazı yabancı kurumların kazançlarının payları oranında ortaklara atfedilmesini sağlayan KEYK düzenlemelerinin, Model Anlaşma ile uyumlu bir düzenleme olduğunu kabul etmesi²¹⁵⁰ ve Model Anlaşmanın, taraf ülkelerin, düzenlemeyi uygulayacak olan ülkelerin iç hukuklarında yer alan KEYK düzenlemesi kapsamında, yabancı ülkelerde mukim kurumların kazancını referans almak suretiyle kendi mukimlerini vergilendirmesi yetkisini kısıtlamadığını, vergilendirilen kazançların yabancı kurumun matrahını azaltmaması nedeniyle yabancı kurumun vergilendirilmesi anlamını taşımayacağını kabul etmesi ve ifade etmesi nedeniyle²¹⁵¹, KEYK'in işyeri oluşturup oluşturmadığından bağımsız olarak kazançlarının ortaklar elinde vergilendirilmesine olanak yarattığı düşünülmektedir.

Model Anlaşmanın 7/1. maddesi sadece yabancı bir ülkede mukim şirketlerin kazançlarının, şirketin ortaklarının mukim olduğu ülkede vergilendirilmesi yetkisini kısıtlamaktadır²¹⁵². Madde, ortakların mukimi olduğu ülkenin, kendi mukimlerini, diğer devlette mukim olan KEYK'in karları üzerinden payları oranında vergilendirme yetkisini, sınırlandırmamaktadır²¹⁵³. Buna göre, mukim ortaklara atfedilen fiktif kazançların vergilendirilme yetkisini de kısıtlamamaktadır²¹⁵⁴. Rust'a göre; *"aynı kazanç, yavru şirket nezdinde vergilendirildikten sonra, (dağıtımdan sonra) ortaklar elinde*

²¹⁴⁸ Bkz., § 7 Bölüm, II/2-a/cc kısım.

²¹⁴⁹ Bkz., § 10 Bölüm, I/1-a kısım.

²¹⁵⁰ OECD-MC, Art. 1, para 23.

²¹⁵¹ OECD-MC, Art. 7, para 13 ve Art. 10 para 37.

²¹⁵² Helminen, *Finland*, s. 208.

²¹⁵³ OECD-MC, Art. 7/1, para 13.

²¹⁵⁴ Helminen, *Finland*, s. 208.

vergilendirilebilir. Bu uygulama, ekonomik çifte vergilendirmeye neden olsa da hem 7. madde, hem de 10. madde uygulaması ile mümkün kılınmakta, sınırlandırılmamaktadır. KEYK düzenlemesinin, yabancı kurumun ortaklarını geliri elde eden kişi/mükellef olarak kabul etmesi halinde ikazanç doğrudan ortaklara atfedilmekte, 7. madde uygulanabilir hale gelmekte ve vergi anlaşması ihlal edilmiş olmamakta, dolayısıyla ortakların mukim olduğu ülke vergilendirme yetkisini kullanabilmektedir. Bu durum, hem KEYK'in mükellef olarak kabul edilmediği (posta kutusu şirketler gibi) durumlarda, hem de KEYK'in mükellef olarak kabul edildiği, ancak gelirin ortakların mukim olduğu ülke tarafından doğrudan ortaklara atfedildiği durumlarda da uygulanabilir"²¹⁵⁵. Çünkü KEYK kazancının doğrudan ortaklara atfedilmesi, bu kazancın doğrudan ortaklar tarafından elde edildiği varsayımına dayanır²¹⁵⁶.

Başka bir ifadeyle, her ne kadar yabancı kurumun kazancı, ortakların mukim olduğu ülkede vergilendirilecek matraha temel oluşturmakta ise de, tahakkuk eden vergi yabancı kurumun kazancını azaltmamakta, dolayısıyla verginin yabancı kurumun kazancı üzerinden hesaplandığının kabul edilmesi de mümkün olmamaktadır²¹⁵⁷. Gerçekten de KEYK düzenlemesi doğrudan yabancı kurumun ortaklarına yönelirken, 7. madde esas olarak diğer Akit Devlette mukim kurumlarla ilgilidir²¹⁵⁸. KEYK'in ortaklarının mukim olduğu ülkenin vergilendirme yetkisi sadece, yabancı kurumun işyeri olarak kabul edilmesi ve Anlaşmanın çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin maddesinin (genellikle 23. maddesinin), işyeri kazançlarına ilişkin bir istisna hükmü içermesi halinde sınırlandırılmaktadır²¹⁵⁹.

Sonuç olarak, ortakların mukim olduğu ülkenin ortaklarının yabancı bir ülkeden doğrudan kazanç elde ettiğinin kabul edilmesini ve bu kazançların vergilendirilmesini engelleyen/kısıtlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Düzenleme kapsamında vergilendirilen kazanç, yabancı kurumun kazancı değil, bu kurumun ortakları tarafından kurumdan elde edilen kazanç, verginin mükellefi ise yabancı kurum değil, bu kurumun ortaklarıdır. KEYK düzenlemesini uygulayan ülkenin, yabancı kurumu değil ortaklarını

²¹⁵⁵ Rust, s. 267.

²¹⁵⁶ Nougere ve Staichen, s. 422; Greenleaf, s. 70.

²¹⁵⁷ OECD-MC, Art. 7/1, para 13; Favi, s. 364; Rix, s. 155.

²¹⁵⁸ Favi, s. 364.

²¹⁵⁹ Rust, s. 267; Glad, s. 512; Favi'ye göre; İtalya KEYK düzenlemesinde olduğu gibi, KEYK'in kazancının, KEYK'in ortaklarının vergilendirilebilir kazancının tespitinde sadece referans olarak kullanıldığı sistemlerde, yetki paylaşımı sorunu tamamen anlamsız hale gelmekte ve sorun, egemenlik çakışması sorunundan ziyade, tamamen ortakların mukim olduğu ülkenin iç hukukuna ilişkin bir sorun haline dönüşmektedir, Favi, s. 364.

vergilendirmesi nedeniyle de, yabancı kurumlar işyeri olarak değerlendirilerek vergilendirilmemekte ve OECD Modelinin bu konudaki temel prensibi ihlal edilmemiş olmaktadır. Dolayısıyla KEYK kazancı da herhangi bir kısıtlama olmaksızın ortaklara atfedilebilir ve yine herhangi bir kısıtlama olmaksızın vergilendirilebilir²¹⁶⁰. Buna göre, vergi anlaşmalarının 7. maddesi KEYK düzenlemelerinin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Vergi anlaşmalarının 7. maddesi ile KEYK düzenlemesi birbiri ile uyumlu düzenlemelerdir²¹⁶¹.

bb. Uyumsuzluk Bulunduğuna İlişkin Görüşler

Vergi Anlaşmalarının ticari kazançlar ile ilgili maddelerinin, KEYK düzenlemeleri ile uyumlu olmadığı/çelişki oluşturduğu konusunda birçok görüş ileri sürülmektedir²¹⁶². Ortaklara atfedilen kazancın ticari kazanç olarak nitelendirildiği KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmaları ile uyumlu olmadığına ilişkin görüşlerin temel dayanağını, Model Anlaşmanın 7. ve 9. maddesi oluşturmaktadır.

Bu açıdan KEYK düzenlemelerine getirilen eleştirilerden birisi, yabancı kurumun Model Anlaşmanın 7. maddesinde belirtilen "işyeri" koşulunu yerine getirmemesidir. Yabancı kurum işyeri koşulunu yerine getirmediği için, Model Anlaşmanın 7. maddesinin uygulanmaması gerekir, nitekim birçok KEYK düzenlemesinin aktif karakterli kazanç istisnası içermesinin gerekçesi budur²¹⁶³. Model Anlaşmanın 7/3. maddesine göre, bir Akit Devlette mukim bir kurumun kazançları, diğer Akit Devlette bir işyeri vasıtasıyla elde edilmediği sürece sadece bu ilk Devlette vergilendirilebilir.

Bu görüşe göre, KEYK düzenlemesi kapsamında gerçekleştirilen vergilendirmelerde, doğrudan yabancı kurumun kazancı vergilendirilmekte²¹⁶⁴ ya da KEYK'in ortakları, yabancı kurumun işyerini oluşturduğu kabul edilerek²¹⁶⁵ vergilendirilmektedir. Bu madde kapsamında, KEYK'in ortaklarının mukim olduğu ülkenin, KEYK'in kazancını, kendi ülkesinde bir işyeri vasıtasıyla elde etmediği sürece

²¹⁶⁰ Uustalu, s. 182; Jackson ve Smith, s. 484; Glad, s. 514.

²¹⁶¹ Dahlberg, s. 597; Jackson ve Smith, s. 484; Rust, s. 267; Kabbaj ve Bletiere, s. 239; Helminen, *Finland*, s. 228; Uustalu, s. 182; Favi, s. 364.

²¹⁶² Jackson ve Smith, s. 484.

²¹⁶³ Jackson ve Smith, s. 484.

²¹⁶⁴ Favi, s. 364; Uustalu, s. 183; Peters, s. 453; Almudi, s. 576; Borges, s. 550; Nougera ve Steichen, s. 423; Haslinger, s. 88.

²¹⁶⁵ Borges, s. 550; Kabbaj ve Bletiere, s. 242; Rust, s. 267; Nougera ve Steichen, s. 423.

vergileendirme yetkisi bulunmamaktadır²¹⁶⁶. Dolayısıyla, KEYK düzenlemesi kapsamında gerçekleştirilecek vergileendirmenin mükellefinin KEYK olduğunun kabul edilmesi halinde, ortakların mukim olduğu ülkede işyeri oluşmadığı sürece 7. madde söz konusu kazançların ortakların mukim olduğu ülkede vergileendirilmesini engeller²¹⁶⁷. Bu gibi durumlarda vergileendirme yetkisi KEYK'in mukim olduğu ülkededir²¹⁶⁸.

KEYK düzenlemeleri kapsamında ortaklar elinde vergileendirilen kazancın ticari kazanç olarak nitelendirilmesi mümkündür²¹⁶⁹. Ancak 7. madde; çifte vergileendirmenin önlenmesi için, bir akit devletin, mukimi olmayan bir teşebbüsün karını/kazancını, bu ülkede bir işyeri vasıtasıyla elde etmediği sürece vergileendiremeyeceği hükmünü içerdiğinden ve KEYK düzenlemesi, KEYK ortaklarını yabancı kurumun kazancı üzerinden payları oranında vergileendirmekle, KEYK'in kazancını vergileendirmiş olduğundan, söz konusu vergileendirme, 7. madde ile uyumsuz bir durum ortaya çıkarmaktadır²¹⁷⁰.

KEYK düzenlemelerine getirilen bir diğer eleştiri de, yabancı kurumun vergileendirilmesinde kurumların ayrı varlık yaklaşımı altında vergileendirilen bağımsız tüzel kişilikler olduğu konusundaki temel kuralın ihlal edilmesidir²¹⁷¹.

Model Anlaşmanın 5/7. maddesinde; bir Akit Devlette mukim bir kurumun, diğer Akit Devlette mukim bir yavru şirketi kontrol etmesinin, tek başına işyeri oluşturduğu anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir. Model Anlaşma Şerhi de bu görüşü desteklemekte olup, bir yavru şirketin kazancının diğer Akit Devlette vergileendirilebilmesi için, bu kazancın diğer Devletteki işyerine atfedilmesi gerekir²¹⁷². KEYK düzenlemesinin yabancı kurumun kazançlarını ortaklar elinde vergileendirmesi durumunda, yabancı kurumun KEYK'in ortaklarının işyerini oluşturduğu kabul edilerek vergileendirildiğinden, söz konusu kural ihlal edilmiş olmaktadır. Buna göre, KEYK

²¹⁶⁶ Uustalu, s. 183; Favi, s. 364; Peters, s. 453; Almudi, s. 576; Borges, s. 550; Nougera ve Steichen, s. 423; Haslinger, s. 88.

²¹⁶⁷ Favi, s. 364; Uustalu, s. 183; Peters, s. 453; Almudi, s. 576; Borges, s. 550; Nougera ve Steichen, s. 423; Haslinger, s. 88.

²¹⁶⁸ Haslinger, s. 88; Glad, s. 512.

²¹⁶⁹ Bkz., § 12 Bölüm, II/3-a/aa kısım.

²¹⁷⁰ Sandler, s. 98.

²¹⁷¹ Jackson ve Smith, s. 484.

²¹⁷² OECD-MC, Art. 7/1, para 13.

tarafından mukim olunan ülkede elde edilen kazançlar, KEYK tarafından dağıtılmadığı sürece, ortakların mukim olduğu ülke tarafından vergilendirilemeyecektir²¹⁷³.

Bu görüş, KEYK düzenlemeleriyle, yabancı kurum bünyesinde oluşan ticari kazancın, kurum bünyesinde vergilendirilmesinden sonra, aynı kazancın veya kazanç payının bir kez de yabancı kurum ortakları elinde vergilendirildiğini, yani aynı vergi konusunun farklı vergi yükümlüleri elinde ikinci kez vergilendirildiğini, dolayısıyla KEYK düzenlemelerinin uygulanması sonucunda hukuki çifte vergilendirmenin değil, ekonomik çifte vergilendirmenin ortaya çıktığını kabul etmektedir. Model Anlaşma ile buna göre hazırlanan vergi anlaşmalarının, ekonomik çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin hükümleri de içerdiği belirtilmekte ve bu hükümlerden, KEYK düzenlemelerinin uygulanması sonucu ortaya çıkan ekonomik çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılmasına yönelik olarak yararlanılmamasının²¹⁷⁴, KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmaları ile uyumlu olmaması sonucunu ortaya çıkardığını ileri sürmektedir²¹⁷⁵.

Kurum yönteminin 7. madde ile uyumsuz olduğu görüşünü destekleyen bir başka gerekçe olarak Model Anlaşmanın 9. maddesi gösterilmektedir.

Model Anlaşmanın 9 uncu maddesi "*Bağlı Teşebbüsler (Associated Enterprises)*" başlığını taşımaktadır. 1963 yılında Model Anlaşmaya dâhil edilen bu madde, transfer fiyatlandırmasına ilişkindir²¹⁷⁶. 1977 yılında Model Anlaşmaya ilave edilen 9/2. madde ve maddeye ilişkin olarak Şerhe eklenen 5 inci paragrafa göre; bir devlet kendi mukimi olan bir şirketin karlarını 9/1. madde çerçevesinde vergilendirirse ve diğer devlet bu şirketin bağlı teşebbüsünün karları üzerinde bir düzeltme yapmazsa, aynı karlar, aynı zamanda iki ayrı devlette vergilendirilecek ve bu durum ekonomik çifte vergilendirmeye neden olacağı için, diğer devlet bu durumu ortadan kaldırmak amacıyla, ilk devlette vergilendirilen kara karşılık gelecek tutara kadar uygun bir düzeltme yapabilecektir²¹⁷⁷.

²¹⁷³ Almudi, 576.

²¹⁷⁴ OECD Model Anlaşma ve Şerhi, ekonomik çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin hükümler de içermektedir. Ancak bu hükümler genellikle Model'in 9 uncu maddesinde yer almakta, bu hüküm anlaşmanın 10 ve 11 inci maddelerinin uygulamasını da etkilemektedir(bkz., OECD-MC, Art. 9/2, para 5; OECD-MC, Art. 10, para 40-42; OECD-MC, Art. 11, para 1). OECD Model Anlaşma'da ekonomik çifte vergilendirmenin önlenmesi için önerilen yöntem, karşılıklı anlaşma usulüdür(m.25).

²¹⁷⁵ Sandler, s. 103-104.

²¹⁷⁶ Sandler, s. 103-104.

²¹⁷⁷ OECD-MC, Art. 9/2, para 5; Transfer Fiyatlandırmasına ilişkin detaylı bilgi için Bkz., Yaltı, *Transfer*; Tucaç Kapusuzoğlu, **Vergisel Yönden Transfer Fiyatlandırması**, İstanbul: Oluş Yayıncılık, 2003; Mehmet Aktaş,

Görüldüğü üzere, hem 7. maddede, hem de 9. maddede; bir teşebbüsün elde ettiği karların, ilgili şirket nezdinde vergilendirilmesinden çok, "*bir teşebbüsün karlarının*" vergilendirilmesinden söz edilmekte ve ekonomik çifte vergilendirmenin önlenmesi üzerinde önemle durmaktadır.

Sonuç olarak, KEYK düzenlemesi kapsamında gerçekleştirilen tarhiyatlar, vergi anlaşmalarının 7. maddesini ihlal etmektedir²¹⁷⁸. Her ne kadar KEYK düzenlemesinin uygulanması, şube kazançlarının vergilendirilmesine benzer mali etkiler/sonuçlar yaratsa da, KEYK bir işyeri/şube olarak kabul edilemez, çünkü ayrı hukuki bir bağımsız varlıktır.

Dolayısıyla bu görüşe göre, bir yabancı kurumun kazancını payları oranında ortaklara atfederek vergilendirme temeline dayanan KEYK düzenlemesi Model Anlaşmanın 7. maddesi ile uyumlu değildir, yani vergi anlaşmasının var olduğu durumlarda, KEYK düzenlemesinin uygulanması mümkün değildir²¹⁷⁹.

b. KEYK Düzenlemeleri ile VA, 10 Arası Uyum

KEYK düzenlemeleri ile OECD Modelinin 10. maddesi arasında uyum bulunup bulunmadığı konusunda birbirinden tamamen farklı iki görüş bulunmakta olup, konunun hem KEYK düzenlemesi kapsamında yabancı kurumun ortaklarına atfedilen fiktif kar paylarının kar payı olarak kabul edilip edilmeyeceği, hem de söz konusu kar paylarının 10/5 madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği açısından incelenmesi gerekmektedir.

KEYK'in ilgili dönem kazancının vergilendirilmesinde kurum yönteminin benimsendiği sistemlerde, kazancın "*fiktif kar payı dağıtım yöntemi (fictive distribution approach)*" olarak adlandırılan yöntem uygun olarak mukim ortaklara dağıtılmış olduğu varsayımı altında atfedilmesi durumunda, söz konusu kazanç "*kar payı/temettü*" olarak değerlendirilmekte ve buna göre vergilendirilmektedir²¹⁸⁰. Aynı şekilde, KEYK kazançlarının vergilendirilmesinde kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin benimsendiği ve

Uluslararası Transfer Fiyatlandırması ve Türk Mevzuatında Uygulama Olanakları, İstanbul: Yaklaşım Yayıncılık, 2004.

²¹⁷⁸ Uustalu, s. 182.

²¹⁷⁹ Bu durumda ekonomik çifte vergilendirme sorunu ortaya çıkmakta olup, vergi anlaşmaları uygulanmasa bir ortaya çıkan fiili çifte vergilendirme sorununun iç hukukta mahsup yöntemi ile çözümlenmesi gerekir.

²¹⁸⁰ Bkz., § 6 Bölüm, II/1-b/aa kısım.

kurum tarafından elde edilen gelirin niteliği değişmeksizin ortaklara atfedildiği sistemlerde de, kurum tarafından elde edilen gelir kar payı ise, vergilendirilecek gelir de "kar payı/temettü" olarak tanımlanmaktadır²¹⁸¹. Dolayısıyla her iki yöneme göre de atfedilen gelir kar payı olarak vergilendirildiğinden, ortaya çıkan uluslararası hukuki çifte vergilendirmenin, OECD Modelinin temettülere ilişkin 10 uncu maddesi temelinde önlenmesinin mümkün olup olmadığı ve bu uygulamanın vergi anlaşmaları ile uyumlu olup olmadığı konusu tartışmalı bir konudur.

Kâr paylarının vergilendirilmesinde çifte vergilendirmenin önlenmesi hükümlerini içeren OECD Modelinin 10. maddesinin 1 numaralı fıkrasında, bir Akit Devlette mukim bir şirket tarafından, diğer Akit Devlet mukimine ödenen (paid) kar paylarının bu diğer Akit Devlet tarafından vergilendirilebileceği hükmü yer almaktadır. Modelin 10/2. maddesinde de, kâr paylarının her iki devlet tarafından da vergilendirilmesi halinde, kaynak ülke tarafından sınırlı vergi oranı uygulanması öngörülmektedir²¹⁸².

OECD Modelinin 10/3. maddesinde ise kar payı tanımlanmış olup, fıkrada kar payı/temettü teriminin; *"hisse senetlerinden, intifa senetlerinden veya intifa haklarından, kurucu hisse senetlerinden veya alacak niteliğinde olmayıp kazançta katılmayı sağlayan diğer haklardan elde edilen gelirleri, bunun yanı sıra dağıtımı yapan şirketin mukim olduğu Devletin mevzuatına göre, vergileme yönünden hisse senetlerinden elde edilen gelirle aynı muameleyi gören diğer şirket haklarından elde edilen gelirler ile yatırım fonu ve yatırım ortaklığından elde edilen gelirleri"* ifade ettiği belirtilmektedir.

Buna göre, kar payları maddede yer alan tanım kapsamına göre belirlenmekte, ancak bu tanımın yetersiz kalması halinde, tanımlama için kar payını elde eden kişinin mukim olduğu Devletin iç hukukuna başvurulabilmektedir.

OECD Modelinin 10/5. maddesine ise yabancı ülkelerde mukim kurumlardan elde edilen kar payları ile bu kurumların dağıtılmamış kar paylarının vergilendirilmesine ilişkin kısıtlayıcı bir düzenleme yer almaktadır. Maddede; "Bir Akit Devlette mukim şirketin, diğer Akit Devletten kazanç veya gelir elde ettiğinde, bu şirket tarafından

²¹⁸¹ Bkz., § 10 Bölüm, III/2-a kısım.

²¹⁸² OECD-MC, Art. 10, para 9.

yapılan kar payı dağıtımları; kar payı dağıtımının bu diğer Akit Devlet mukimine yapılmış olması veya temettülerin elde edilmesi ile bu diğer Akit Devletteki bir işyeri veya sabit yer arasında etkin bir ilişkinin bulunması durumu hariç olmak üzere, bu diğer devlet tarafından vergilendirilemez, şirketin karları tamamen veya kısmen kendi ülkesinden elde edilmiş olsa dahi, şirketin dağıtılmamış kazançları üzerinden bir dağıtılmamış kazanç vergisi alınamaz” hükmü yer almaktadır.

Modelin 10/4. maddesine göre de, kar paylarının gerçek lehdarının, diğer Akit Devletten elde ettiği kazanç veya iratları, bu diğer Akit Devletteki bir işyeri veya sabit yer vasıtasıyla elde etmesi veya kar payları ile bu işyeri arasında etkin bir ilişkinin bulunması durumunda, bu olaya Model Anlaşmanın 10. maddesi yerine, 7. maddesi hükümlerinin uygulanması gerekmektedir.

OECD Model Şerhinin bu düzenlemeye ilişkin açıklamalarında; 10. maddenin, bir Akit Devlette mukim şirketin, diğer Akit Devlet mukimine yapmış olduğu sınırötesi kar payı dağıtımlarına ilişkin olduğu, Model Anlaşmanın 7. maddesi hükmü kapsamında her devletin kendi egemenlik alanı içerisinde elde edilen kazançları vergilendirme hakkı olduğu, ancak söz konusu şirketler tarafından dağıtılmış olan kar paylarını elde eden şirket ortaklarının, bu diğer Akit Devlet mukimi olmadıkları sürece hiçbir şekilde ve oranda vergiye tabi tutulmamaları gerektiği²¹⁸³, maddenin 5 numaralı bendinin kar paylarının sınırötesi vergilendirilme olanağını ortadan kaldırdığı²¹⁸⁴ ve aynı zamanda mukim olmayan şirketlerin dağıtılmamış karlarının özel bir vergilendirmeye tabi tutulamayacağı²¹⁸⁵ ifade edilmektedir.

Yine aynı bölümde; mükellefin mukim olduğu devletin, yürürlükte olan vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin mevzuata uygun olarak, dağıtılmamış karların vergilendirilmesinde, uygulamanın 10. maddenin 5 numaralı fıkrasına aykırılık teşkil edip etmediği konusunun tartışmalı olduğu, ancak düzenlemenin kaynak ülkedeki vergilendirmeyi tanımladığı, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin mevzuat kapsamında ikametgâh ülkesinde yapılacak vergilendirmelere ilişkin olmadığı, ayrıca

²¹⁸³ OECD-MC, Art. 10, para 33.

²¹⁸⁴ OECD-MC, Art. 10, para 34.

²¹⁸⁵ OECD-MC, Art. 10, para 36.

sadece yabancı kurum nezdindeki vergilendirmeleri ilgilendirdiği, şirket ortakları nezdindeki vergilendirmeleri kapsamadığı belirtilmektedir²¹⁸⁶.

Ayrıca aynı bölümde; vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelerin uygulanması durumunda, şirketin ortaklarına atfedilecek gelirin niteliği konusunda bazı sorunların yaşanabileceği, atfedilecek gelirin (ticari kazanç, faiz, gayrimaddi hak bedeli), anlaşmanın ilgili hükümleri kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, fiktif kar payı olarak atfedilmesi durumunda ise söz konusu kazançların Model Anlaşmanın 10. maddesi kapsamında kar payı olarak mı, yoksa 21. maddesi kapsamında "*diğer kazanç*" olarak mı değerlendirileceği konusunda net bir hüküm bulunmadığı, hatta kar payı olarak değerlendirilmesi halinde, ulusal mevzuatlarda yer alan istisnalar (iştirak kazançları istisnası vb.) nedeniyle Model Anlaşmanın uygulamasında sorunlar oluşacağı ifade edilmekte²¹⁸⁷ ve kar paylarının vergilendirilmesinde ortaya çıkacak uluslararası çifte vergilendirmenin genel hükümler çerçevesinde önlenmesi gerektiği belirtilmektedir²¹⁸⁸.

Diğer yandan, OECD Model Anlaşmanın 10. maddesinde; şirket ortakları ile şirketlerin pozisyonlarının farklı olduğu, ortağı oldukları şirketlerin karlarının kendilerine ait olmadığı ve bu nedenle şirket karlarının ortaklara atfedilemeyeceği, şirket ortaklarının bu karlar üzerinden sadece şirket tarafından dağıtılması halinde vergilendirilebileceği belirtilmekte, ancak aynı maddede yer alan parantez içi hükmünde ise "*ilgili ülkelerin iç hukuklarında bu duruma ilişkin özel bir düzenlemenin yer alması durumu hariç olmak üzere*" ifadesi yer almaktadır²¹⁸⁹.

Ayrıca OECD Model Anlaşmanın 7/7. maddesinde; Anlaşmanın yetki paylaşımına ilişkin diğer maddelerinin uygulanabilir olması durumunda, OECD Modelinin 7. maddesinin uygulanmayacağı belirtilmektedir. Bunun anlamı, herhangi bir olayda OECD Modelinin 10. maddesi uygulanabilmekte ise, bu olayda OECD Modelinin 7. maddesi yerine 10. maddesinin uygulanması gerekmekte olduğudur.

²¹⁸⁶ OECD-MC, Art. 10, para 37.

²¹⁸⁷ OECD-MC, Art. 10, para 38.

²¹⁸⁸ OECD-MC, Art. 10, para 39.

²¹⁸⁹ OECD-MC, Art. 10, para 3.

aa. VA, 10/1 Açısından

KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmalarının 10/1. maddesi ile uyumu, yani KEYK düzenlemesi kapsamında yabancı kurumun ortaklarına atfedilen fiktif kar paylarının kar payı olarak kabul edilmeyeceği ve KEYK düzenlemelerinin uygulanması sonucu ortaya çıkan çifte vergilendirmenin vergi anlaşmalarının 10. maddesi çerçevesinde çözülmesinin mümkün olmadığına ilişkin olumlu ve olumsuz görüşler aşağıda incelenmektedir.

aaa. Uyumsuzluk Bulunmadığına İlişkin Görüşler

Model Anlaşmanın 10. maddesi, kar paylarına ilişkin özgün bir tanım yapmakta olup, temel olarak kar payı, ortakların şirketteki hisseleri üzerinden elde ettikleri gelirdir²¹⁹⁰. Ancak maddede yer alan tanım oldukça sınırlayıcı ve belirsizdir²¹⁹¹, çünkü "*hisseden elde edilen gelir*" tanımlanmamıştır²¹⁹². Ortaklara atfedilen KEYK kazancının, hissedenden elde edilen gelir veya sermayeye iştirak sonucu elde edilen bir gelir olduğu konusunda bir şüphe bulunmamakla birlikte, gerçekte ekonomik bir fayda sağlamayan bir değer olması nedeniyle fiktif bir gelirin tam anlamıyla bir gelir sayılıp sayılmayacağı hususu tartışmalıdır²¹⁹³. Maddede yapılan tanım kapsamında değerlendirildiğinde, KEYK ortaklarının KEYK'den elde ettikleri kazançlar hissedenden elde edilen gelirler ayını düzenlemeye tabi tutulan "*diğer şirket haklarından elde edilen gelir*" olarak kabul edilmesi mümkün değildir, dolayısıyla kar payı olarak kabul edilemez, çünkü atfedilen KEYK kazancı, (i) ortakların efektif kazancı değildir, (ii) bir varsayımdan doğan yasal bir zorunluluk olduğundan, "*şirket hakları*"nın uygulanmasından doğan hukuki (de jure) bir sonuç değildir, (iii) ortakların mukim olduğu ülke tarafından değil, KEYK'in mukim olduğu kaynak ülke tarafından²¹⁹⁴ tanımlanabilecektir²¹⁹⁵.

KEYK kazancının hissedarlara atfedilmesinde, gerçek bir "*ödeme (paid)/kar dağıtım*" bulunmamakta, sadece ödemenin var olduğu kabul edilmekte ve varsayıma dayalı bir vergileme yapılmaktadır. Şerh'te; "*ödenen (paid)*" teriminin geniş bir şekilde

²¹⁹⁰ Haslinger, s. 89.

²¹⁹¹ Borges, s. 551.

²¹⁹² Kabbaj ve Bletiere, s. 239; Greenleaf, s. 70.

²¹⁹³ Helminen, *Finland*, s. 209.

²¹⁹⁴ Liszicza, s. 316.

²¹⁹⁵ Borges, s. 551; Yazarın kişisel görüşü, bir kazancın kar payı olarak kabul edilmesi için gerçek bir nakit akışının gerekmediği yönündedir, Borges, s. 551.

yorumlanması gerektiği belirtilmekte²¹⁹⁶, ancak gerçekte ortakların tasarrufuna bırakılmış bir fon bulunmadığı halde, fiktif kar paylarının nasıl ödenmiş sayılacağı sorusuna yanıt vermemektedir²¹⁹⁷. Ayrıca "ödenen" terimi fiktif kar paylarını kapsayacak şekilde esnetilmesi mümkün değildir²¹⁹⁸. Dolayısıyla, bir kazancın vergilendirilmesi sonucu ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesinde, Model Anlaşmanın 10 maddesinin uygulanabilmesi için, gerçek/fiili kar dağıtımı bulunması gerekmektedir²¹⁹⁹. KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen kazançların gerçek/fiili kar dağıtımı sonucu elde edilmesi söz konusu olmadığından, Model Anlaşmaya göre, "ödeme (paid)/kar dağıtımı" teriminin kapsamına dâhil edilmesi mümkün bulunmamaktadır²²⁰⁰.

Model Anlaşmanın 10/1. maddesinde, "...diğer Akit Devlet mukimine **ödenen kar payları**"nın bu diğer devlette vergilendirilebileceği ifade edildiğinden ve fiktif kar paylarının kar payı tanımı içerisinde değerlendirilmesi mümkün olmadığından, KEYK düzenlemesi kapsamında yapılacak vergilendirme sonucu oluşacak çifte vergilendirmenin, vergi anlaşmalarının 10. maddesi kapsamında önlenmesi mümkün değildir.

Kâr payı olarak tanımlanması mümkün olmayan bu kazanç ancak "diğer gelirler"ın vergilendirilmesinde bağlama kurallarının belirlendiği 21. madde kapsamında değerlendirilebilir. Nitekim, fiktif kar payı dağıtımlarının, Model Anlaşmanın 10. maddesi kapsamında mı, 21. maddesi kapsamında mı vergilendirileceği konusunda açık bir hüküm bulunmadığı Şerhin 10 maddeye ilişkin açıklamaların 38 numaralı paragrafında da belirtilmektedir²²⁰¹.

Diğer taraftan, ne Model Anlaşmada, ne de Şerhte açık ve net bir şekilde tanımlanmayan "kar payı" ve "ödenen" teriminin kapsamının Model Anlaşmanın iç hukuka gönderme yapan 3/2 maddesi kapsamında düzenlemeyi uygulayacak ülkenin iç

²¹⁹⁶ OECD-MC, Art. 10, para 7.

²¹⁹⁷ Helminen, *Finland*, s. 209.

²¹⁹⁸ Borges, s. 552.

²¹⁹⁹ Liszicza, s. 316; Matsos, s. 296.

²²⁰⁰ Peters, s. 454; Helminen, *Finland*, s. 209; Söz konusu kazançlar, Avustralya iç hukukunda yapılan kar payı tanımlamasına uygun olmadığından, Avusturalya mukimi ortaklara atfedilen KEYK kazançlarına vergi anlaşmalarının 10. maddesinin uygulanması mümkün değildir, Greenleaf, s. 70.

²²⁰¹ Gald, s. 516 ve Helminen, *Finland*, s. 208; 21. Madde uygulaması için bkz., Bkz., § 12 Bölüm II/3-d kısım.

hukukuna göre yorumlanarak belirlenmesi gerektiği görüşleri de ileri sürülmüştür²²⁰². Nitekim 10/3. maddede de iç hukuka gönderme yapan bir hüküm yer almaktadır.

Dolayısıyla OECD Modeli terimlerin, Model Anlaşmada net bir şekilde tanımlanmamış veya kapsamlarının net bir şekilde belirlenmemiş olması halinde vergi anlaşmaları, bu konudaki yorumu vergi anlaşmasını uygulayacak Akit Devletlerin iç hukukuna bırakmaktadır²²⁰³. Buna göre Model Anlaşmada kar payının açık bir şekilde tanımlanmadığının kabul edilmesi halinde, söz konusu gelirin kar payı olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı, KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkenin iç hukukuna göre belirlenecektir, çünkü KEYK ortaklarının mukim olduğu ülke, yabancı ülkeden elde edilmiş bir gelirin varlığını kabul etmesi halinde, bu geliri vergi anlaşmaları açısından da tanımlaması gerekir²²⁰⁴. Helminen'e göre; *"KEYK ortaklarına atfedilen fiktif kar payları, ancak ortakların mukim olduğu ülke hukukuna göre kar payı olarak kabul edilmesi halinde bir şirket tarafından dağıtılmış kar payı olarak değerlendirilebilir. Bu yorum, sadece Akit Devletler arasında var olan vergi anlaşmaları ile uyumlu bir yorum olarak değil, Model Anlaşmanın 3/2 maddesi ve VAHS'nin 31. maddesinde yer alan genel yorum kuralı ile de uyumlu görülmektedir."*

Buna karşılık, değerlendirmenin, anlaşmanın 3/2. maddesi çerçevesinde yapılmaması gerektiğini belirten görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, Model Anlaşmanın *"Giriş Bölümü"*nde yer alan tanımlamalara ilişkin açıklamada; bazı terimlerin *"Anlaşmanın birden fazla maddesinde kullanıldığı"*, fakat *"kar payı gibi diğer terimlerin, bu konulara ilişkin maddelerde tanımlandığı"* ifade edildiğinden²²⁰⁵, kar paylarının, 10. maddede yer alan kriterlere uygun olarak tanımlanması ve Model Anlaşmanın 3/2. maddesi çerçevesinde ayrıca yorumlanmaması gerekir²²⁰⁶.

Sonuç olarak, KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen kazancın, kar payını elde eden kişinin mukim olduğu ülke iç hukukunda payı olarak kabul edilmesi durumu hariç olmak üzere, KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen fiktif kar paylarının, kar payı olarak tanımlanarak OECD Model Anlaşmanın 10. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve bu düzenlemeye göre yapılacak vergilendirme sonucu

²²⁰² Peters, s. 454; Helminen, *Finland*, s. 209.

²²⁰³ Helminen, *Finland*, s. 209; Bkz., § 12 Bölüm, II/2-c kısım.

²²⁰⁴ Helminen, *Finland*, s. 209.

²²⁰⁵ Kabbaj ve Bletiere, s. 239.

²²⁰⁶ Kabbaj ve Bletiere, s. 239.

oluşacak çifte vergilendirmenin, bu madde kapsamında önlenmesi mümkün bulunmamaktadır.

Dolayısıyla OECD Model Anlaşmanın 10. maddesi KEYK düzenlemesinin uygulanmasını engelleyemez²²⁰⁷, vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemeleri birbiri ile uyumlu düzenlemelerdir.

bbb. Uyumsuzluk Bulunduğuna İlişkin Görüşler

Yukarıda açıklandığı üzere, KEYK düzenlemesinin Model Anlaşmanın 10. maddesiyle uyumlu olduğunun en önemli dayanaklarından birisini, ortaklara atfedilen gelirlerin kar payı olarak tanımlanamayacağı değerlendirmesi oluşturmaktadır. KEYK ortaklarına atfedilen kar paylarının 10. madde anlamında "*temettü*" olarak değerlendirilemeyeceği konusundaki görüşün karşı argümanları şöyledir: Model Anlaşmanın 10/3. maddesinde, kar paylarına ilişkin özgün bir tanım yapılmakta olup, öncelikle kar payı, ortakların şirketteki hisseleri üzerinden elde ettikleri gelirdir²²⁰⁸. Ancak maddede yer alan tanım oldukça sınırlayıcı ve belirsizdir²²⁰⁹. Çünkü "*hisse üzerinden elde edilen gelir*" tanımlanmamıştır²²¹⁰. Kapsamı çok geniştir ve iç hukuklardaki düzenlemeleri ya da tanımlamaları da kapsayacak tam ve kesin bir tanım değildir. Ortaklar açısından bakıldığında kar payı, ortakların bir şirkete ortak olmasını sağlayan sermayeden elde edilen gelirdir²²¹¹. Ana şirkete veya ortaklara atfedilen gelirin kar payı olarak sınıflandırılabilmesi için, "*hisseden elde edilen gelir*" özelliğini taşıması gerekmekte olup, bir yavru şirketten elde edilen gelir de yalnızca bu şirketin sermayesine iştirak sonucu elde edilir ki bu da "*diğer şirket hakları*" olarak da sınıflandırılabilir²²¹². Ortaklara atfedilen KEYK kazançlarının kar payı olarak değerlendirilebilmesi ve Model Anlaşmanın 10 maddesinin uygulanabilmesi için, KEYK'in ayrı varlık yaklaşımı altında değerlendirilebilen bir kurum veya vergisel açıdan kurum olarak kabul edilebilen bir yapıda olması, hissedarların yabancı kurumda hissedar olması, yani hisselerinin bulunması, elde edilen gelirlerin, "*bir şirketten elde edilen gelir*" tanımına uygun olması ve söz konusu kazancın, bir şirket tarafından yapılan kar

²²⁰⁷ Bernatonis, s. 405.

²²⁰⁸ Glad, s. 515; Haslinger, s. 89.

²²⁰⁹ Kabbaj ve Bletiere, s. 239.

²²¹⁰ Kabbaj ve Bletiere, s. 239.

²²¹¹ Glad, s. 515.

²²¹² Uustalu, s. 184.

dağıtımını sonucu elde edilen gelir ile aynı vergisel düzenlemelere tabi tutulması gerekmektedir²²¹³.

Şerh'te; "ödenen (*paid*)" teriminin geniş bir şekilde yorumlanması gerektiği, çünkü ödeme teriminin kapsamının; bir sözleşme veya teamül gereği, şirket fonlarının ortakların tasarrufuna bırakılması zorunluluğunun yerine getirilmesi anlamını taşıdığı ifade edilmektedir²²¹⁴. Kar paylarına ilişkin madde, ne gerçek bir kar payı dağıtımını, ne de bir nakit akışı gerekliliğini içermemektedir²²¹⁵. Gerçek bir kar dağıtımının olmaması ve ulusal KEYK düzenlemelerinin, KEYK kazancının ortaklara varsayımsal kar payı (deemed dividend) veya diğer bir şekilde dağıtıldığını varsayması, söz konusu kazancın vergi anlaşmalarında yer alan kar payı tanımının kapsamına girmekte olduğu gerçeğini engelleyemez²²¹⁶. Dolayısıyla KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen gelirlerin, madde kapsamında değerlendirilebilmesi için, ortaklara para veya para ile ifade edilebilen değerlere tasarruf edebiliyor olması yeterlidir²²¹⁷, gerçek bir nakit akışı gerekmemektedir²²¹⁸. Model Anlaşma Şerhinde, fiktif kar paylarının 10. madde kapsamında mı, yoksa 21. madde kapsamında mı vergilendirileceği konusuna bir açıklık getirilmemiş olduğundan²²¹⁹, bu boşluk nedeniyle de fiktif kar payı dağıtımları kar payı olarak değerlendirilebilmekte ve ortaya çıkan çifte vergilendirmenin de 10. madde kapsamında önlenmesine izin verilmektedir²²²⁰. Zira Model Anlaşmanın 10. maddesine ilişkin açıklamaların yer aldığı Şerh'in 3 paragrafında; "*bazı ülkelerin dağıtılmamış karları vergilendirilmesine yönelik özel düzenlemelerine*" ilişkin hükümler içermektedir ki, bu da ödemelerin nakit akışı temeline dayandırılmadığı sonucuna ulaşılmasına neden olmaktadır²²²¹.

Maddedeki tanımın yeterli olduğu ve Model Anlaşmanın "*Giriş Bölümü*"nde yer alan tanımlamalara ilişkin açıklamada; bazı terimlerin "*Anlaşmanın birden fazla maddesinde kullanıldığı*", fakat "*kar payı gibi diğer terimlerin, bu konulara ilişkin maddelerde tanımlandığı*"nın ifade edildiği, dolayısıyla kar paylarının 10. maddede yer

²²¹³ Haslinger, s. 90.

²²¹⁴ OECD-MC Commentary, Art. 10, para 7.

²²¹⁵ Uustalu, s. 184.

²²¹⁶ Haslinger, s. 90.

²²¹⁷ Uustalu, s. 184.

²²¹⁸ Borges, s. 551.

²²¹⁹ OECD-MC Commentary, Art. 10, para 37.

²²²⁰ Helminen, *Finland*, s. 208; 1987 OECD Raporuna göre, OECD üye ülkelerin çoğunda, KEYK düzenlemesi, gelirin ortaklara atfedilmesi yöntemi olarak fiktif kar payı yöntemini tercih etmekte ve düzenlemeler vergi anlaşmaları ile uyumluluk göstermektedir, Helminen, *Finland*, s. 208.

²²²¹ Glad, s. 516.

alan kriterlere uygun olarak tanımlanması ve Model Anlaşmanın 3/2. maddesine başvurulma gereğinin bulunmadığı, bu çerçevesinde ayrıca yorumlanmaması gerektiği yönündeki görüşler bu şekilde olmakla birlikte²²²², ne Model Anlaşmada, ne de Şerhte açık bir şekilde tanımlanmayan "kar payı" ve "ödenen" teriminin kapsamının Model Anlaşmanın iç hukuka gönderme yapan 10/3 maddesi kapsamında, KEYK düzenlemesini uygulayacak ülkelerin iç hukuklarına göre yorumlanarak belirlenmesi gerektiği görüşleri de ileri sürülmüştür²²²³.

Helminen'e göre; "KEYK ortaklarına atfedilen fiktif kar payları, ancak ortakların mukim olduğu ülke hukukuna göre kar payı olarak kabul edilmesi halinde bir şirket tarafından dağıtılmış kar payı olarak değerlendirilebilir. Bu yorum, sadece Akit Devletler arasında var olan vergi anlaşmaları ile uyumlu bir yorum olarak değil, Model Anlaşmanın 3/2 maddesi ve VAHS'nin 31. maddesinde yer alan genel yorum kuralı ile de uyumlu görülmektedir." Başka bir ifadeyle Akit Devletler arasında imzalanmış bulunan vergi anlaşmalarında farklı bir tanımlama yapılmadığı sürece, kar payı "şirket hisselerinden elde edilen gelir"dir²²²⁴. Ortaklara atfedilen gelirin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerekir. Bu koşullar dikkate alındığında, ortaklara atfedilen KEYK kazancının, hisseden elde edilen veya sermayeye iştirak sonucu elde edilen bir gelir olduğu konusunda bir şüphe bulunmamaktadır²²²⁵. Çünkü ortaklara atfedilen kazanç, yabancı kurumun kazancında bir azalma yaratmamaktadır²²²⁶. Model Anlaşmanın 10/3 maddesinde yer alan otonom tanım da, fiktif kar paylarının bu madde kapsamında olduğu sonucuna ulaştırmakta olup, ortaklara atfedilen KEYK gelirlerine bu maddenin uygulanması için yeterlidir²²²⁷. 10. maddede geçen "ödenen" terimi için de benzer tartışmaların varlığı tespit edilmektedir. Bu terimin de Model Anlaşmanın 3/2 maddesi kapsamında yorumlanarak, başka bir düzenleme bulunmadığı sürece, vergi anlaşmasını uygulayacak ülkenin iç hukukuna göre tanımlanması gerektiği ifade edilmektedir²²²⁸.

Lang, KEYK düzenlemelerinin uygulanması sonucu ortaya çıkan çifte vergilendirmenin, 10. madde kapsamında önlenmesi görüşünün, diğer maddelere göre daha güçlü argümanlarla desteklenmekte olduğunu, çünkü 10. maddenin vergilendirme

²²²² Borges, s. 551; Kabbaj ve Bletiere, s. 239.

²²²³ Peters, s. 454; Helminen, *Finland*, s. 209.

²²²⁴ Kabbaj ve Bletiere, s. 239.

²²²⁵ Helminen, *Finland*, s. 209; Uustalu, s. 184.

²²²⁶ Uustalu, s. 184; Haslinger, s. 89; Rix, s. 157.

²²²⁷ Rust, s. 266.

²²²⁸ Helminen, *Finland*, s. 209.

yetkisini ikametgâh ülkesine tahsis etmesi nedeniyle KEYK düzenlemeleri açısından ülkelerin pozisyonlarını güçlendirdiğini belirtmektedir²²²⁹.

Buna göre KEYK düzenlemeleri kapsamında ortaklara atfedilen fiktif kar paylarının, Model Anlaşmanın 10. maddesindeki kar payı tanımına uygun olması nedeniyle vergilendirme yetkisi ortakların mukim olduğu ülkededir. Ancak söz konusu kazançların vergilendirilmesi sonucu ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesinde, KEYK'in mukim olduğu ülke ile ortaklarının mukim olduğu ülke arasında imzalanan vergi anlaşmasının çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin maddesine (Model Anlaşmanın 23. maddesi) başvurulması gerekir. Bu maddede yabancı ülkelere elde edilen kar paylarının vergiden istisna edildiğine ilişkin bir hükmün yer alması halinde, KEYK düzenlemesi kapsamında yapılan vergilendirmeler bir hüküm ifade etmemekte ve vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemesi arasında uyumsuzluk ortaya çıkmaktadır.

bb. VA, 10/5 Açısından

KEYK düzenlemeleri ile vergi anlaşmaları arasındaki uyum bulunup bulunmadığı konusundaki diğer bir tartışma Model Anlaşmanın 10/5. maddesi kapsamında yapılmaktadır.

Yukarıdaki bölümde belirtildiği üzere, bu maddede, bir Akit Devlette mukim şirketin, diğer Akit Devletten kazanç veya gelir elde ettiğinde, bu şirket tarafından yapılan kar payı dağıtımlarının; kar payı dağıtımının bu diğer Akit Devlet mukimine yapılmış olması veya temettülerin elde edilmesi ile bu diğer Akit Devletteki bir işyeri veya sabit yer arasında etkin bir ilişkinin bulunması durumu hariç olmak üzere, bu diğer devlet tarafından vergilendirilememesi, şirketin karları tamamen veya kısmen kendi ülkesinden elde edilmiş olsa dahi, şirketin dağıtılmamış kazançları üzerinden bir dağıtılmamış kazanç vergisi alınmaması gerektiği ifade edilmektedir²²³⁰. Maddeye ilişkin açıklamaların yer aldığı Şerh'in 3. paragrafında; şirket ortaklarının tüccar olmaması nedeniyle şirket karlarının ortaklara ait olmadığı, bu nedenle de şirket karlarının ortaklara atfedilemeyeceği belirtilmektedir²²³¹. Ortaklara atfedilen kazanç, yabancı kurumun kazancında bir azalma yaratmadığı için, söz konusu kazancın vergilendirilmesi,

²²²⁹ Lang, *CFC Regulations*, s. 56.

²²³⁰ OECD-MC, Art. 10, para 5.

²²³¹ OECD-MC Commentary, Art. 10, para 3.

yabancı kurumun vergilendirildiği anlamına gelmemektedir²²³². Dolayısıyla Model Anlaşmanın 10/5. maddesi sadece kaynak ülkenin (ortakların mukim olduğu diğer ülke) vergilendirmesini engellemekte, yani bir ülkede mukim bir kurumun kazancının bir kısmı veya tamamı kaynak ülkede elde edilmiş olsa dahi, kaynak ülkenin, bu kurumun dağıtılmamış karlarını vergilendirmesini engellemektedir²²³³. Gerçekten de Model Anlaşmanın 10/5. maddesi, yabancı bir kurumun dağıtılmamış karları üzerinden özel bir vergileme yapılmasını engellemektedir²²³⁴. Dolayısıyla madde, yabancı kurumların ortaklarının vergilendirilmesini değil, yabancı kurumların vergilendirilmesini sınırlandırmakta²²³⁵ olup, bu durum KEYK kazançları için de geçerlidir²²³⁶. Başka bir ifadeyle, Şerhte yer alan bu ifadenin KEYK kazançlarının vergilendirilmesi ile bir ilgisi bulunmamakta olup, kaynakta vergilendirmeye ilişkin hükümler içermekte, ikametgâh ülkesinde KEYK düzenlemesi kapsamındaki vergilendirmeleri kapsamamaktadır²²³⁷.

Rust'un konuya ilişkin görüşleri şöyledir²²³⁸:

*"Sistematik olarak, Model Anlaşmanın 7. maddesi şirketlerin vergilendirilmesini düzenlerken, 10. maddesinin tamamen, kar payı **elde eden** ortakların vergilendirilmesini düzenlediği yönünde görüşler bulunmaktadır. Eğer bu görüşler doğru olsa idi, 10/5. maddenin yabancı kurumların dağıtılmamış karlarının ortaklar elinde vergilendirilmesini sınırlandırması gerekirdi. Oysaki genel kabul gören görüşe göre, sadece, 10. maddenin 5 numaralı fıkrası, yabancı kurumları dağıtılmamış karları üzerinden "özel bir vergilemeye" tabi tutulmasını engellemektedir. 10/5. maddede, ortakların mukim olduğu ülkenin, yabancı kurumun dağıtılmamış karları üzerinden **kurumun ortaklarını** vergilendirip vergilendirmeyeceğine ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Model Şerhi de bu görüşü desteklemekte ve 10/5. maddenin sadece şirketlerin vergilendirmesine ilişkin olduğuna yönelik açıklamalar içermektedir. Görüş yeterince açık ve ikna edicidir. Sistematik yaklaşım, kabul edilemez*

²²³² Uustalu, s. 184; Haslinger, s. 89; Rix, s. 157.

²²³³ Glad, s. 516; Sandler, s. 103; Haslinger, s. 90.

²²³⁴ Almudi, s. 577.

²²³⁵ OECD-MC, Art. 10, para 37; Glad, s. 516; Haslinger, s. 90; Uustalu, s. 184; Rust, s. 268; Liszicza, s. 316.

²²³⁶ Sandler, s. 103; Haslinger, s. 90.

²²³⁷ Sandler, s. 103; Haslinger, s. 90 Glad, s. 516; Uustalu, s. 184; Rust, s. 268; Liszicza, s. 316; Peters, s. 454; Ullah, s. 634; Rix, s. 157.

²²³⁸ Rust, s. 268.

sonuçlara neden olmaktadır. Çünkü madde "bir Akit Devletin mukimi bir şirket, diğer bir Akit Devletten gelir elde ederse..." şeklinde başlamaktadır ve bu yaklaşım çerçevesinde yorumlandığında, maddenin yabancı kurumun sadece üçüncü bir ülkeden gelir elde ettiğinde uygulanabilir olması, yalnızca mukim olduğu ülkeden gelir elde ettiğinde, diğer bir ülkeden gelir elde etmediğinde uygulanamaması gerekir. KEYK düzenlemesi açısından düşünüldüğünde, yabancı kurumun ortaklarının mukim olduğu ülkeden gelir elde ettiğinde maddenin uygulanmasına izin verilmesi, buna karşın ortakların mukim olduğu ülkeden gelir elde etmediğinde izin verilmemesi, bir anlam ifade etmemektedir. Dolayısıyla madde hükmü yabancı kurumun sadece kendi ülkesinden veya üçüncü ülkelerden gelir elde ettiğinde 10. madde uygulamasını engellemekte, dağıtılmamış karların ortaklar elinde vergilendirilmesini düzenlememektedir."

Buna ilaveten Şerhte, ortaklar açısından, ortağı buldukları kurumun kazançlarının kendilerine ait olmadığı, ortakların sadece dağıtılmış karlar üzerinden vergilendirilebileceğine ilişkin açıklamalara bir istisna da getirilmiştir. Buna göre, Şerh'te, ilgili ülkelerin iç hukuklarında, yabancı kurumların dağıtılmamış karlarının vergilendirilmesine ilişkin özel bir düzenlemenin yer alması durumunda, bu durum bir istisna olarak gösterilmiştir²²³⁹. Dolayısıyla Şerh, ilgili ülkelerin ulusal mevzuatlarını bir istisna olarak değerlendirmektedir²²⁴⁰. Model Anlaşmanın 10. maddesi her ne kadar KEYK düzenlemeleri için özel olarak ihdas edilmemiş²²⁴¹ ise de KEYK düzenlemelerini de kapsayacak kadar geniş kapsamlı bir düzenlemedir²²⁴².

"Ödenen" teriminin, nakit akışına bağlı olarak yorumlanması durumunda, KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen fiktif kar paylarının, madde kapsamındaki kar payı tanımına uygun olmaması nedeniyle, kar payı olarak kabul edilmesi mümkün bulunmamakta, dolayısıyla maddenin "dağıtılmış" kar paylarına ilişkin

²²³⁹ OECD-MC, Art. 10, para 3, parantez içi hüküm.

²²⁴⁰ Glad, s. 515.

²²⁴¹ Glad, s. 515.

²²⁴² Sandler, s. 100.

hükümlerinin KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen fiktif kar paylarına uygulanması mümkün olmamaktadır²²⁴³.

Sonuç olarak, maddenin dağıtılan kar paylarına ilişkin hükmü, yabancı kurumun ortaklarının vergilendirilmesine ilişkindir. KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen kazançların fiktif kar payı olarak kabul edildiği sistemlerde, vergi mükellefi yabancı kurumun ortaklarıdır. Dolayısıyla, bu yöntemin benimsendiği sistemlerde, yabancı kurumun kendisi değil, ortakları vergilendirilmektedir. KEYK düzenlemesi bir anlamda Akit Devletlerin anlaşmalarının kötüye kullanılmasını dikkate alarak, bir mükellefi diğer bir mükellefle ikame etmekte ve KEYK gelirini mukim ortaklara atfetmektedir²²⁴⁴. Bu durumda, KEYK düzenlemesi kapsamında gerçekleştirilen vergilendirmeler, yabancı kurumun dağıtılmamış kazançlarına değil, yabancı kurumun ortaklarının kazançlarına ilişkin vergilendirmelerdir. Dolayısıyla, ortaklar tarafından elde edilen kazancın niteliğinin, 10/5. madde uygulaması açısından bir önemi bulunmamaktadır.

Model Anlaşmanın 10/5. maddesinin dağıtılmamış kar paylarına ilişkin hükmü de bir kısıtlama hükmüdür. Buna göre, yabancı kurumun ortaklarının mukim olduğu ülkenin, yabancı kurumun dağıtılmamış kazançlarını vergileme yetkisi bulunmamaktadır. Ortakların mukim olduğu ülke, yabancı kurumun kazancının tamamının veya bir kısmının kendi ülkesinden elde edildiğini ileri sürerek dahi, yabancı kurumun dağıtılmamış kazançları üzerinde vergilendirme yetkisi kullanması mümkün değildir. Ortakların mukim olduğu ülkenin, bu iddiasını yabancı kurumun diğer ülkelerden elde ettiği kazançlara ilişkin olarak ileri süremeyeceği de tabiidir. Dolayısıyla madde, KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen gelirlerin vergilendirilmesinde, ortakların mukim olduğu ülkenin vergilendirme yetkisini kısıtlamamaktadır. Buna göre OECD Model Anlaşmanın 10/5. maddesi KEYK düzenlemesinin uygulanmasını engelleyemez, ortaya çıkan çifte vergilendirmenin, vergi anlaşmalarının 10. maddesi kapsamında önlenmesi mümkündür ve dolayısıyla vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemeleri birbiri ile uyumlu düzenlemelerdir.

²²⁴³ Bkz., § 12 Bölüm, II/3-b/aa kısım.

²²⁴⁴ Almudi, s. 577.

c. KEYK Düzenlemeleri ile VA, 11, 12 ve 13 Arası Uyum

Kazanç/gelir ayrıştırması yönteminin benimsendiği KEYK düzenlemeleri gereğince, KEYK tarafından elde edilen pasif karakterli kazançlar karakteri değişmeksizin ortaklara atfedilmektedir²²⁴⁵. KEYK düzenlemesinin ihdas edildiği ülkeler arasında pasif karakterli gelir tanımlamasında farklılık bulunmakta ise de yöntem, yüksek hareket kabiliyetine sahip faiz, kar payı, gayrimaddi hak bedelleri ve değer artış kazançları gibi pasif karakterli gelirler ile üs şirket gelirlerinin²²⁴⁶ vergilendirilmesini hedeflemektedir. Kar payları²²⁴⁷ ve üs şirket gelirlerinin²²⁴⁸, vergi anlaşmaları ile uyumu yukarıdaki bölümlerde incelenmiştir.

Model Anlaşmanın 11. maddesi faiz gelirlerinde, 12. maddesi gayrimaddi hak bedellerinde, 13. maddesi ise değer artış kazançlarında uluslararası hukuki çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin bağlama kurallarını içermektedir. Model Anlaşmaya göre, bir Akit Devlette doğan ve diğer Akit Devlet mukimine ödenen faiz gelirleri²²⁴⁹ ile gayrimaddi hak bedelleri yalnızca bu diğer devlette, yani ikametgâh devletinde²²⁵⁰ vergilendirilebilir²²⁵¹. KEYK kazançlarının Model anlaşmanın 13. maddesi kapsamında değerlendirilmesi halinde dâhil edilebileceği fıkra olan 4 numaralı fıkrasına göre de vergilendirme yetkisi, değer artış kazancını elde edenin mukim olduğu devlet²²⁵² tarafından kullanılabilir. Dolayısıyla faiz, gayrimaddi hak bedelleri ve değer artış kazançlarında²²⁵³ vergilendirme yetkisi, kazancı elde edenin mukim olduğu ülkeye, yani ikametgâh devletine tanınmıştır. Diğer taraftan, faiz gelirlerinin vergilendirme yetkisinin iki Akit Devlet arasında paylaşılması da mümkündür²²⁵⁴. Bu duruma ilişkin olarak Model Anlaşmada, aynen kar paylarında olduğu gibi bir sınırlama hükmü yer almakta olup, her iki devlet tarafından da vergilendirilmesi halinde, kaynak ülke tarafından sınırlı vergi oranı uygulanması öngörülmektedir²²⁵⁵.

²²⁴⁵ Bkz., § 10 Bölüm, I/1-a kısım.

²²⁴⁶ Bkz., § 7 Bölüm, II/2-a/cc kısım.

²²⁴⁷ Bkz., § 12 Bölüm, II/3-b kısım.

²²⁴⁸ Bkz., § 12 Bölüm, II/3-a kısım.

²²⁴⁹ OECD-MC, Art. 11, para 1.

²²⁵⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 242.

²²⁵¹ OECD-MC, Art. 12, para 1.

²²⁵² OECD-MC, Art. 13, para 1-5; Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 219.

²²⁵³ OECD-MC, Art. 13/4.

²²⁵⁴ OECD-MC, Art. 11/2.

²²⁵⁵ OECD-MC, Art. 11, para 2; Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 235; KEYK tarafından yurt dışından elde edilen faiz geliri, KEYK'in ortaklarının mukim olduğu ülkeden elde edilmiş ise, bu gelire KEYK düzenlemesine göre uygulanan normal oranda vergi yerine, anlaşmada öngörülen düşük oranın uygulanması gerektiği konusu tartışmalıdır, Sandler, s. 107.

Kazanç/gelir ayrıştırması yöntemini tercih eden KEYK düzenlemeleri KEYK'in hukuki varlığını sorgulamadığından, yabancı kurum, diğer ülkelerden elde edilen gayrimaddi hak bedeli ve değer artış kazançlarını elde eden taraftır ve bu kazançlar, Model Anlaşmanın yukarıda belirtilen maddelerine paralel şekilde imzalanmış bulunan vergi anlaşmaları kapsamında, gelirin elde edildiği ülkede vergiden müstesnadır²²⁵⁶. Dolayısıyla KEYK tarafından, yabancı kurumun ortaklarının mukim olduğu ülkeden elde edilen söz konusu kazançların, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilip vergilendirilmeyecekleri ve bu sınıflandırmaya uygun KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmaları ile uyumlu olup olmadığı konusu da tartışmalıdır.

Benzer şekilde, Akit Devletler arasında düzenlenen vergi anlaşmalarında, faiz kazançlarına ilişkin olarak kaynak ülkede istisna öngören özel düzenlemeler bulunması durumunda, bu gelirler de kaynak ülkede vergiden müstesnadır ve dolayısıyla, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilip vergilendirilmeyeceği ve bu sınıflandırmaya uygun KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmaları ile uyumlu olup olmadığı konusu da tartışmalıdır²²⁵⁷.

d. KEYK Düzenlemeleri ile VA, 21 Arası Uyum

Model Anlaşmanın 21. maddesi "*Diğer Gelirler*" başlığını taşımakta olup, Anlaşmanın diğer maddelerinde yer alan kazanç türlerinden herhangi birisinin kapsamına girmeyen gelirlerde çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin bağlama kuralları, bu maddede belirlenmektedir (md.21/1). Madde diğer gelirlerde vergilendirme yetkisinin kullanımını, geliri elde edenin mukim olduğu devlete, yani ikametgâh devletine bırakmaktadır²²⁵⁸. Bu durumda Model Anlaşmanın 21. maddesi, KEYK ortaklarına atfedilecek gelirlerin, Model Anlaşmanın 10 ve 7 maddeleri kapsamında değerlendirilememesi durumunda uygulanacak olan ve uygulama alanı sınırlı²²⁵⁹ bir torba ("*catch up*"²²⁶⁰) maddedir²²⁶¹. Model Anlaşmanın 21. maddesi, ulusal düzenlemelerde sadece sınıflandırması yapılmamış gelirleri değil, kaynağı belirtilmemiş

²²⁵⁶ Sandler, s. 107.

²²⁵⁷ Sandler, s. 107.

²²⁵⁸ BM Modelinde, diğer gelirlere ilişkin vergilendirme yetkisi iki devlet arasında paylaştırılmıştır; Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 252.

²²⁵⁹ Haslinger, s. 90; Uustalu, s. 184; Borges, s. 553.

²²⁶⁰ Uustalu, s. 184.

²²⁶¹ Haslinger, s.90; Greenleaf, s. 21; Rix, s. 158; Uustalu, s. 184; Bernatonis, s. 405; Jackson ve Smith, s. 485; Kabbaj ve Bletiere, s. 223.

gelirleri de kapsadığından, ortaklara atfedilecek KEYK kazançlarının, düzenleme kapsamında karakterlerinin belirlenmemiş olduğu sistemlerde, vergi anlaşmalarının uygulanması gerektiği durumlarda "*diğer gelir*" olarak sınıflandırılarak bu madde kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir²²⁶².

Kurum perdesinin kaldırılması yönteminin benimsendiği KEYK düzenlemeleri kapsamında ortaklara gelir atfedilirken yabancı kurumun hukuki varlığı göz ardı edildiğinden, yabancı kurumun kazancı doğrudan ortaklara atfedilmektedir. Model Anlaşmanın 7. maddesinin, yabancı bir kurumun karlarının vergilendirilmesini kesinlikle yasakladığı, bu nedenle ortaklar tarafından elde edilen gelirin bu madde kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı gerekçesiyle, söz konusu kazançlar için Model Anlaşmanın 21. maddesinin uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir²²⁶³.

Model Anlaşmanın 10. maddesine ilişkin olarak Şerh'te yer alan açıklamalarda ise KEYK düzenlemeleri veya benzeri vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelere göre ortaklara atfedilen gelirlerin, fiktif kar payı olarak sınıflandırılması halinde, Model Anlaşmanın 10. maddesi kapsamında "*kar payı*" olarak mı, yoksa 21 maddesi kapsamında "*diğer gelir*" olarak mı değerlendirileceği konusunun açık olmadığı ifadesi yer almaktadır²²⁶⁴.

Ortaklara atfedilecek KEYK kazançlarının, kesinlikle diğer maddelerin kapsamına girmediği, bu nedenle de 21. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği²²⁶⁵ görüşünün yanı sıra, diğer maddelerin kapsamına girmemesi durumunda, özel yapıda bir gelir olan KEYK gelirlerinin hiçbir şekilde 21. madde kapsamında da değerlendirilemeyeceği²²⁶⁶ yönünde görüşler de bulunmaktadır. Model anlaşma, elde edilen gelirin sınıflandırılması, gelirin elde edilme zamanı ve mükellefi gibi konulardaki belirlemelerin, mevzuatı uygulayacak ülke hukukuna göre tespit edilmesine imkân

²²⁶² Glad, s. 516; Norveç KEYK düzenlemesi, ortaklara atfedilen KEYK gelirlerini net olarak sınıflandırmadığından, vergi anlaşması uygulaması gerektiği durumlarda, "*diğer gelir*" olarak Model Anlaşmanın 21 maddesi kapsamında değerlendirilmektedir, Glad, s. 526; Yeni Zelanda KEYK düzenlemesi kapsamında da ortaklara atfedilen KEYK kazançları kar payı olarak sınıflandırılmadığı ve diğer gelirler kapsamına da girmediği için, bu madde kapsamında değerlendirilmektedir, Jackson ve Smith, s. 485.

²²⁶³ Helminen, *Finland*, s. 210.

²²⁶⁴ OECD-MC Art. 10, para 38.

²²⁶⁵ Greenleaf, s. 71; Rix, s. 71; Kabbaj ve Bletiere, s. 223.

²²⁶⁶ Peters, s. 455; Liszicza'ya göre; Model Anlaşmanın 21 maddesi, ekonomik çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin bir düzenlemedir. Bu nedenle, diğer maddelerin kapsamına girmeyen KEYK kazançlarının, ortakların mukim olduğu ülkede vergilendirilmesini kesinlikle engellemektedir, Liszicza, s. 317.

sağlamaktadır²²⁶⁷. Dolayısıyla, KEYK düzenlemesi kapsamında, ortaklara atfedilecek kazancın niteliği ile ilgili bir belirleme bulunmakta ise, söz konusu kazançların, vergi anlaşmalarının ilgili maddesi kapsamında değerlendirilmesi gerekir.

KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen kazançların, Model Anlaşmanın 21. maddesi kapsamında değerlendirildiği durumlarda, vergilendirme yetkisinin ikametgâh devletine verilmiş olması nedeniyle, KEYK düzenlemesinin bu madde çerçevesinde vergi anlaşmaları ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

4. KEYK Düzenlemeleri Kapsamında Ulusal Yargı İçtihatları

KEYK düzenlemeleri ile vergi anlaşmaları arasındaki ilişki hakkında Finlandiya Yüksek İdare Mahkemesi (The Finnish Supreme Administrative Court KHO), Fransa Danıştay (Conseil d'Etat) ve İngiltere Temyiz Mahkemesi (Court of Appeal) tarafından verilmiş kararlar bulunmaktadır. Tüm kararlarda KEYK düzenlemeleri ile OECD Modeline uygun olarak düzenlenmiş bulunan vergi anlaşmaları arasındaki uyum veya uyumsuzluk incelenmiştir.

İngiltere Temyiz Mahkemesi Bricom Holdings Ltd vs. Inland Revenue²²⁶⁸ davasında; İngiltere KEYK düzenlemesi ile İngiltere-Hollanda arasında imzalanan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının faizlere ilişkin maddesi arasında bir uyumsuzluk bulunmadığı yönünde karar vermiştir²²⁶⁹. Fransa Danıştay ise 28 Haziran 2002 tarihinde, Schneider Electric davasında²²⁷⁰, Fransa KEYK düzenlemesi uygulamasının (Art. 209 B), Fransa ile İsviçre arasında imzalanan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının ticari kazançlara ilişkin 7/1. maddesine aykırılık oluşturduğu yönünde karar vermiştir²²⁷¹.

Finlandiya Yüksek İdare Mahkemesi (The Finnish Supreme Administrative Court KHO), 20 Mart 2002 tarihinde²²⁷², KEYK düzenlemesine ilişkin uygulamaların,

²²⁶⁷ Helminen, *Finland*, s. 211.

²²⁶⁸ Special Commissioners and Court of Appeal (1997) 70 T.C. 272 (Ullah, s. 625; Sandler, s. 202–212).

²²⁶⁹ Arnold, *Tax Treaties*, s. 253.

²²⁷⁰ Société Schneider Electric Case, IBLJ no 8, 2002, p.911; Kabbaj ve Bletière, s. 223; Sandler, s. 213.

²²⁷¹ Kabbaj ve Bletière, s. 223; Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Lang, *CFC Regulations*, s. 51; Sandler, s. 213–214.

²²⁷² KHO 596/2002 (yearbook number 26) (Helminen, *Finland*, s. 204).

Finlandiya ile Belçika arasında imzalanan vergi anlaşması hükümleri ile uyumlu olduğuna karar vermiştir²²⁷³.

a. Uyumsuzluk Bulunmadığı

aa. İngiltere Temyiz Mahkemesi

Bu dava, Bricom Holdings Ltd. şirketi (Bricom) tarafından İngiltere Gelir İdaresi'ne karşı açılmıştır. İngiltere'de mukim bir şirket olan Bricom Holdings Ltd., Hollanda'da mukim Spinneys International BV şirketinin (Spinneys) % 100 hissesine sahiptir²²⁷⁴. Bricom şirketinin grup şirketlerinden birisi Spinneys'e borçlanarak faiz ödemesinde bulunmuştur. Bu faiz, Spineys şirketinin gelirlerinin önemli bir bölümünü oluşturacak büyüklüktedir²²⁷⁵. 1994 yılında İngiltere Gelir İdaresi, Bricom şirketinin bütün grup şirketlerini, Spinneys şirketinin 1991, 1992 ve 1993 hesap dönemi itibariyle incelemeye almıştır. İnceleme sonucunda, şirketin tek hissedarı olması sebebiyle, Spinney şirketinin atfedilebilir tüm kazancı (chargeable profits) ve indirilebilir vergileri, KEYK düzenlemesi kapsamında, Bricom şirketine atfedilerek (3 yıl için yaklaşık 14 milyon £) vergilendirilmiştir. Tarhiyat Bricom şirketi tarafından, tarhiyatın İngiltere ile Hollanda arasında imzalanan vergi anlaşmasının 11.md kapsamında, İngiltere'de vergilendirilemeyecek kazancı içermesi nedeniyle dava konusu yapılmıştır²²⁷⁶.

Bricom şirketi dava dilekçesinde; Spinneys şirketinin "*kontrol edilen yabancı kurum*" olduğu konusunda bir itirazda bulunmamış, ancak KEYK düzenlemesi kapsamında yapılan tarhiyatın, tarhiyat konusu faizlerin İngiltere kaynaklı olması nedeniyle, İngiltere ile Hollanda arasında imzalanan vergi anlaşmasının 11. maddesi kapsamında İngiltere'de vergiden müstesna olduğunu, dolayısıyla tarhiyatın hukuka aykırı olduğunu iddia etmiştir²²⁷⁷.

KEYK düzenlemesi kapsamında yapılan tarhiyat hem Vergi İtiraz Komisyonu'nda, hem de Temyiz Mahkemesi'nde incelenmiş ve tarhiyat, düzenlemenin

²²⁷³ Helminen, *Finland*, s. 204; Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Lang, *CFC Regulations*, s. 51; Fontana, *I*, s. 262.

²²⁷⁴ Detaylı bilgi için bkz.; HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/intm167460.htm> (21.01.2010), Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Graziani, s. 13; Sandler, s. 202; Ullah, 626-631; Fontana, *I*, s. 262; Andersson, s. 21; David Goy, "Double Tax Treaties and Section 739 and 740 ICTA 1988", *Gray's Inn Tax Chambers*, http://www.taxbar.com/documents/Double_Tax_Treaties_DGY_000.pdf (21.01.2010).

²²⁷⁵ Sandler, s. 202.

²²⁷⁶ Sandler, s. 202.

²²⁷⁷ Graziani, s. 13;

lafzına uygun olarak teknik bir çerçevede, iki temelde karara bağlanmış ve mükellefin talebi reddedilmiştir;

- a) Tarhiyat işlemi bakımından, İngiltere ile Hollanda arasında imzalanan vergi anlaşmasının 11. maddesi bir istisna sağlayamaz, çünkü tarhiyat, KEYK tarafından elde edilen özel bir gelir türü, yani gerçek/fiili faiz gelirleri üzerinden değil, tamamen itibari veya varsayımsal bir tutar üzerinden yapılmakta olup, KEYK tarafından elde edilen faiz, bu tutarın, yani atfedilecek KEYK kazancının hesaplanmasında kullanılan bir ölçüdür ve tarhiyat sonrasında gelir orijinal karakterini kaybetmektedir, dolayısıyla İngiltere’de mukim şirkete atfedilen tutarın "faiz" olarak kabul edilmesi mümkün değildir²²⁷⁸.
- b) Tarh edilen verginin, kurumlar vergisi veya benzeri bir vergi olmaması, sui generis yapıda bir vergi olması nedeniyle, İngiltere ile Hollanda arasında imzalanan vergi anlaşmasıyla sağlanan avantajlardan yararlanması mümkün değildir²²⁷⁹.

Bu nedenlerle İngiliz Temyiz Mahkemesi, İngiltere KEYK düzenlemesi ile İngiltere ile Hollanda arasında imzalanan vergi anlaşmasının 11. maddesi arasında bir çelişki olmadığına, söz konusu vergi anlaşmasının söz konusu davada uygulanamayacağına karar vermiştir²²⁸⁰.

Mahkeme tarafından verilen karar, KEYK düzenlemesi kapsamında İngiltere’de mukim Bricom Şirketi adına tarh edilen verginin, kurumlar vergisinden farklı bir vergi olmadığı, bu nedenle de vergi anlaşmasının uygulanabileceği²²⁸¹, vergilendirilen tutarın, Karar’da belirtildiği gibi itibari veya varsayımsal bir tutar olmadığı, gerçekte KEYK’in kendi kazancı olduğu ve tarh edilen verginin de kurumlar vergisi olarak kabul edilmese bile kurumlar vergisi benzeri bir vergi olduğu, dolayısıyla bu açıdan da vergi anlaşmasının uygulanabileceği²²⁸² gerekçeleri ile eleştirilmiştir.

²²⁷⁸ Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Sandler, s. 202; Graziani, s. 13; Fontana, *I*, s. 262.

²²⁷⁹ Sandler, s. 203.

²²⁸⁰ Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Fontana, *I*, s. 262..

²²⁸¹ P. Baker, Graziani, s. 13, dpnt. 27; Sandler, s. 212.

²²⁸² Sandler, s. 212.

bb. Finlandiya Yüksek İdare Mahkemesi

Re A. Oyj Abp, Belçika'da koordinasyon merkezi olarak faaliyet gösteren bir şirketin tüm hisselerine sahip olan, Finlandiya'da mukim bir şirkettir²²⁸³. Re A. Oyj Abp, söz konusu yavru şirkete kazanç aktarmakta ve bu şirket, Belçika'da koordinasyon merkezlerine tanınan avantajlı vergi rejiminden faydalanmaktadır²²⁸⁴. Bu nedenle Finlandiya Vergi İdaresi, Re A. Oyj Abp şirketi adına, Belçika'da mukim yavru şirket tarafından elde edilen pasif karakterli gelirler üzerinden KEYK düzenlemesi kapsamında tarhiyat yapmıştır. Tarhiyat mükellef tarafından dava konusu yapılmış ve Yüksek İdare Mahkemesi (The Finnish Supreme Administrative Court KHO), 20 Mart 2002 tarihinde²²⁸⁵, KEYK düzenlemesine ilişkin uygulamaların, Finlandiya ile Belçika arasında imzalanan vergi anlaşması hükümleri ile uyumlu olduğuna karar vermiştir²²⁸⁶. Mahkeme kararının dayanakları, vergi anlaşmalarının hedef ve amaçları ve OECD'nin konuya ilişkin görüşleri gibi²²⁸⁷, çok sık rastlanılmayan gerekçelerdir²²⁸⁸.

Mahkeme, KEYK düzenlemesinin OECD tarafından önerilmesi, OECD üye ülkelerin birçoğu tarafından benimsenmesi, düzenlemenin sadece pasif karakterli gelirler ve düşük oranlı vergilendirilen gelirlere uygulanması ve ayrıca Finlandiya ile Belçika arasında imzalanan vergi anlaşması hükümlerinin ekonomik çifte vergilendirmeyi kapsamaması nedeniyle Finlandiya KEYK düzenlemesinin Finlandiya ile Belçika arasında imzalanan vergi anlaşması hükümleri ile uyumlu olduğuna karar vermiştir²²⁸⁹. Ayrıca Karar'da, vergi anlaşmalarının sadece çifte vergilendirmenin önlenmesi amacını değil, aynı zamanda vergiden kaçınmanın önlenmesi amacını da taşıdığı²²⁹⁰, OECD Model Anlaşmasına uygun olarak akdedilen vergi anlaşmalarının, doğal olarak KEYK düzenlemesine izin veren bir yapıda olduğu, dolayısıyla anlaşmada aksine hüküm bulunmadıkça, KEYK düzenlemelerinin uygulanması gerektiği²²⁹¹ ifade edilmiştir.

²²⁸³ Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Lang, *CFC Regulations*, s. 51.

²²⁸⁴ Lang, *CFC Regulations*, s. 51; Andersson, s. 22.

²²⁸⁵ KHO 596/2002 (yearbook number 26)(Helminen, *Finland*, s. 204).

²²⁸⁶ Helminen, *Finland*, s. 204; Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Lang, *CFC Regulations*, s. 51; Fontana, *I*, s. 262.

²²⁸⁷ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 51.

²²⁸⁸ Fontana, *I*, s. 262; Detaylı bilgi için bkz., Helminen, *Finland*, s. 205.

²²⁸⁹ Fontana, *I*, s. 262; Arnold, *Tax Treaties*, s. 253.

²²⁹⁰ Lang, *CFC Regulations*, s. 206; Andersson, s. 21.

²²⁹¹ Arnold, *Tax Treaties*, s. 254.

b. Uyumsuzluk Bulunduğu: Fransa Danıştayı

Re Société Schneider Electric SA (Schneider SA), İsviçre’de mukim, asıl kazancı yatırım kazancı olan Paramer şirketinin tüm hisselerine sahip Fransa’da mukim bir şirkettir²²⁹². Paramer, şirket karları üzerinden İsviçre’de 1981 yılında % 0,02, 1992 yılında % 22 oranında vergi ödemiş, bunun üzerine²²⁹³ Schneider SA aynı gelirler üzerinden, CGI 209 B maddesine göre Fransa’da KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmiştir²²⁹⁴.

Schneider SA, söz konusu tarhiyata karşı iki iddia ileri sürerek davanın kabulünü talep etmiştir²²⁹⁵:

- a) Paramer şirketi, İsviçre’de mukim bir yavru şirkettir ve bu nedenle Fransa’da vergiye tabi tutulamaz, dolayısıyla CGI 209 B maddesi uygulanamaz,
- b) CGI 209 B maddesinin uygulanması, 1966 yılında İsviçre ile Fransa arasında imzalanan vergi anlaşmasının, transfer fiyatlandırmasına ilişkin 9. maddesine aykırıdır.

Vergi idaresi, bu iddialar karşısında, söz konusu tarhiyatın Paramer şirketi adına yapılmadığını, bu vergilendirmenin İsviçre şirketine ilişkin bir vergilendirme olmadığını, Fransa’nın vergilendirme yetkisi çerçevesinde, Schneider SA şirketinin kazancının hesaplanması amacıyla Paramer şirketi hesaplarının dikkate alındığını, dolayısıyla bir hukuki çifte vergilendirme olmadığını, ekonomik çifte vergilendirmenin bulunduğunu²²⁹⁶, CGI 209 B maddesinin Fransa ile İsviçre arasında imzalanmış olan vergi anlaşmasının lafzı ile uyumlu olmasa bile, bunun KEYK düzenlemesi uygulamasını engelleyemeyeceğini²²⁹⁷ ileri sürmüştür.

Danıştay 28 Haziran 2002 tarihinde vermiş olduğu kararda, Schneider SA şirketinin, İsviçre’de mukim yavru şirketine kazanç aktardığı tespitini yapmıştır²²⁹⁸.

²²⁹² Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Sandler, s. 213.

²²⁹³ Sandler, s. 213.

²²⁹⁴ Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Sandler, s. 213;

²²⁹⁵ Sandler, s. 213.

²²⁹⁶ Klaus Vogel, "Tax Treaty News", **Bulletin for International Fiscal Documentation**, (July 2002), s. 287.

²²⁹⁷ Kabbaj ve Bletière, s. 242.

²²⁹⁸ Andersson, s. 22.

Mahkeme Schneider SA şirketinin birinci iddiasının doğru olduğuna, fakat bunun dava ile ilişkisinin bulunmadığına karar vermiştir²²⁹⁹. Mahkeme, Paramer şirketinin avantajlı vergi rejiminden yararlanması ve yabancı bir finansman yatırımından öte herhangi bir ticari veya sınaî faaliyette bulunmaması nedeniyle KEYK düzenlemesinin uygulanması için tüm şartların oluştuğu tespitini yaparak, CGI 209 B maddesinin Fransa ile İsviçre arasında imzalanmış olan vergi anlaşması ile uyumlu olmadığına²³⁰⁰, yavru şirketin, Fransa ile arasında vergi anlaşması imzalanmış bir ülkede mukim olması durumunda, tüm şartlar mevcut olsa bile KEYK düzenlemesinin uygulanamayacağına²³⁰¹ karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, Fransa ile İsviçre arasında imzalanmış olan vergi anlaşmasının amaçlarından birisinin vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığının önlenmesi olsa bile tek başına bu amacın, KEYK düzenlemesi ile vergi anlaşması arasındaki uyumsuzluğu ortadan kaldırmaya yetmeyeceğine karar vermiştir²³⁰².

Mahkeme'ye göre, Fransa KEYK düzenlemesi, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin bir düzenlemedir ve Fransa'da mukim şirketlerin karlarını dolaylı olarak yabancı ülkelerde mukim yavru şirketlere aktarılmasını önlemek üzere hazırlanmış olup, karların yabancı yavru şirketlere dolaylı olarak aktarılması da KEYK düzenlemesinden çok transfer fiyatlandırması ile ilişkilidir²³⁰³. Mahkeme tarafından verilen Karar'ın dayanağı, KEYK düzenlemesi kapsamında yavru şirket tarafından elde edilen kazancın dağıtılmaması ve karakterinin ticari kazanç olması nedeniyle, İsviçre'de mukim yavru şirketin, Fransa'da şubesi olmaması durumunda, 7. maddeye göre söz konusu kazancın Fransa'da vergiden müstesna olması²³⁰⁴, dolayısıyla Fransa'nın söz konusu geliri vergilendirme yetkisinin bulunmamasıdır²³⁰⁵. Bunun üzerine, Fransa, 1 Ocak 2006 tarihinden itibaren KEYK düzenlemesi kapsamında atfedilecek geliri, vergi anlaşmaları bağlamında dağıtılmış gelir/kar payı olarak sınıflandırmak üzere vergi kanunlarında gerekli düzenlemeyi yapmış ve söz konusu gelire vergi anlaşmalarının ticari kazançlara ilişkin maddesinin uygulanması olasılığını ortadan kaldırmış, dolayısıyla

²²⁹⁹ Sandler, s. 213.

²³⁰⁰ Kabbaj ve Bletière, s. 242; Sandler, s. 213–214; Arnold, *Tax Treaties*, s. 253; Lang, *CFC Regulations*, s. 51; Fontana, *I*, s. 262; Gouthière, 2006, s. 515; Gouthière, 2008, s. 54.

²³⁰¹ Gouthière, 2006, s. 515.

²³⁰² Fontana, *I*, s. 262.

²³⁰³ Sandler, s. 213.

²³⁰⁴ Andersson, s. 22.

²³⁰⁵ Gouthière, 2006, s. 515; Gouthière, 2008, s. 54.

da Mahkeme Kararı'nda belirtilen uyumsuzluğun önlenmesi açısından, zor ve uzun bir süreç olan vergi anlaşmalarında değişiklik yapma gereği kalmamıştır²³⁰⁶.

5. Türkiye Uygulaması

a. İç Hukuk Düzenlemeleri ve Vergi Anlaşmaları İlişkisi

Genel olarak uluslararası hukukun ve özede de uluslararası anlaşmaların, bir devletin iç hukukunda etki doğurması, ulusal anayasa hukukunun yönetimi altındadır²³⁰⁷. Türkiye'de çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları, vergilendirme yetkisini sınırlandırması nedeniyle vergi yasalarında değişiklik yaptığı ve buna bağlı olarak bir yükümlülüğün kaldırılması niteliğini taşıdığı²³⁰⁸, başka bir ifadeyle devlet maliyesi yönünden bir yüklenme getirdiği için, Anayasanın verginin yasallığını düzenleyen 73. maddesi ve uluslararası anlaşmaların kaynağını oluşturan 90. maddesi²³⁰⁹ birlikte göz önüne alındığında, onaylanmalarının yasa ile uygun bulunmasına²³¹⁰ bağlı olduğu sonucu ortaya çıkmaktadır²³¹¹.

Uluslararası anlaşmalar²³¹², ilke olarak onaylanmasını uygun bulan yasa gereğince Bakanlar Kurulu tarafından onaylandıktan sonra Resmi Gazete'de Bakanlar Kurulu'nun onaylama Kararnamesine ekli olarak anlaşmanın Türkçe metni ile anlaşmada muteber olduğu belirtilen dil veya dillerden biri ile yazılmış metni

²³⁰⁶ Gouthière, 2006, s. 515; Gouthière, 2008, s. 55.

²³⁰⁷ Yaltı, *Gümrük Birliği*, s. 29.

²³⁰⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 75; dn. 112.

²³⁰⁹ 1982 Anayasası Md. 90- Türkiye Cumhuriyeti adına yabancı devletlerle ve milletlerarası kuruluşlarla yapılacak anlaşmaların onaylanması, Türkiye Büyük Millet Meclisinin onaylamayı bir kanunla uygun bulmasına bağlıdır.

Ekonomik, ticarî veya teknik ilişkileri düzenleyen ve süresi bir yılı aşmayan anlaşmalar, Devlet Maliyesi bakımından bir yüklenme getirmemek, kişi hallerine ve Türklerin yabancı memleketlerdeki mülkiyet haklarına dokunmamak şartıyla, yayımlanma ile yürürlüğe konabilir. Bu takdirde bu anlaşmalar, yayımlarından başlayarak iki ay içinde Türkiye Büyük Millet Meclisinin bilgisine sunulur.

Milletlerarası bir anlaşmaya dayanan uygulama anlaşmaları ile kanunun verdiği yetkiye dayanılarak yapılan ekonomik, ticarî, teknik veya idarî anlaşmaların Türkiye Büyük Millet Meclisince uygun bulunması zorunluğuy yoktur; ancak, bu fıkraya göre yapılan ekonomik, ticarî veya özel kişilerin haklarını ilgilendiren anlaşmalar, yayımlanmadan yürürlüğe konulamaz.

Türk kanunlarına değişiklik getiren her türlü anlaşmaların yapılmasında birinci fıkra hükmü uygulanır.

Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası anlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. (Ek cümle: 7.5.2004-5170/7 md.)Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çikabilecek uyumsuzluklarda milletlerarası anlaşma hükümleri esas alınır.

²³¹⁰ Mevcut sistemimizde bağlayıcılık kazanma usulü bakımından anlaşmalar iki kategoriye ayrılmıştır. Prensip olarak anlaşmalar Cumhurbaşkanlığı tarafından onaylanmadan önce TBMM'de bir uygun bulma yasası kabul edilmelidir, Pazarıcı, *Uluslararası*, s. 72; Sur, s. 36.

²³¹¹ Öncel, Kumrulu ve Çağan, s. 61.

²³¹² Ülkemizde uluslararası düzenlemelerin kaynağını öncelikle 1982 Anayasasının 90 ve 104 üncü maddeleri ile 31 Mayıs 1963 tarih ve 244 sayılı "Milletlerarası Anlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Anlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun" ve 5 Mayıs 1969 tarih ve 1173 sayılı "Milletlerarası Münasebetlerin Yürütülmesi ve Koordinasyonu Hakkında Kanun" oluşturmaktadır,

yayımlandıktan sonra²³¹³ onay belgelerinin teatisi ile yürürlüğe girmekte²³¹⁴ ve bu suretle anayasal usul tamamlanmaktadır²³¹⁵. Çifte vergilendirme anlaşmalarının yapılışı ve yürürlüğe giriş usulü, diğer uluslararası anlaşma türlerine göre bir fark göstermemektedir²³¹⁶.

1982 Anayasasının uluslararası anlaşmalarla ilgili 90. maddesinde; "*Usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir...*" hükmü yer almaktadır.

Buna göre yukarıda belirtilen usule göre onaylanarak yürürlüğe giren uluslararası vergi anlaşmaları kanun hükmündedir, yani iç hukuk bakımından bağlayıcılık kazanır. Dolayısıyla tekçi (monist) sistemler arasında yer alan ülkemizde²³¹⁷, yasa gücünü haiz olan vergi anlaşmaları, tüm ulusal merci ve kişileri bağlar.

Uluslararası anlaşmaların kurallar kademelenmesindeki yeri ve değeri de uzun yıllar Türk hukuk öğretisinin ve içtihat hukukunun en tartışmalı konularından birini oluşturmuş ve bu hararetli tartışma konusunun, "*uluslararası anlaşmaların yasaların üstünde yer aldığı*", "*yasalarla eşit seviyede bulunduğu*", "*insan haklarına ilişkin sözleşmelerin ayrılması gerektiği ve bunların anayasa üzerinde yer aldığı*" şeklinde sınıflandırılabilir görüşler etrafında şekillenmiştir²³¹⁸.

Özellikle Anayasanın 90. maddesine 2004 yılında ilave edilen; "*...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır.*" hükmü sonrasında öğretilerde görüşlerin, Türk hukuk düzeninde, insan haklarına ilişkin anlaşmalar dışındaki anlaşmalarla

²³¹³ Anayasanın 104, 244 Sayılı Yasanın 3/1–2 maddeleri.

²³¹⁴ Pazarıcı, *Uluslararası*, s. 72–76; Sur, s. 4–41.

²³¹⁵ Bkz., 2 No.lu Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşmaları Genel Tebliği, 14.03.1998 tarih ve 23286 sayılı Resmî Gazete.

²³¹⁶ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 74.

²³¹⁷ Sur, s. 51; Ne hukukumuzda ne de diğer hukuklarda tam bir monizmden söz edilebilir; zir bir uluslararası yargı organı bir iç hukuk kuralını veya işlemini iptale yetkili değildir, bir aykırılık saptandığında ulusal organlar ihlali gidermeye yönelik önlemleri kendileri alacaktır(Sur, s. 54).

²³¹⁸ Yaltı, *Vergi Yükümlüsü*, s. 15; Yaltı, *Zaman/Değer Kayıpları*, s. 33.

yasaların eşdeğer kabul edildiği ve birinin ötekine üstünlüğü olmadığı yönünde yoğunlaştığı görülmektedir²³¹⁹.

Türk hukuk düzeninde anlaşmalarla yasaların eşdeğer olduğu, yani birinin ötekine üstünlüğü olmadığı kabul edildiğinden, uluslararası anlaşmalar ile kendilerinden önce veya sonra yürürlüğe giren yasalar arasında ortaya çıkan çatışma, diğer tüm yasalar arasındaki oluşan çatışmanın çözüldüğü şekilde, yani sonraki hukuk kuralı ya da özel hüküm-genel hüküm ilkeleri çerçevesinde çözülmektedir²³²⁰. Dolayısıyla sınır ötesi işlemleri özel olarak düzenleyen vergi anlaşmaları, özel hüküm olarak değerlendirilir ve kendisinden önce veya sonra çıkarılan yasaları bertaraf eder²³²¹.

Bu çerçevede değerlendirdiğimizde, Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne uygun şekilde yürürlüğe giren vergi anlaşmaları, KVK'nın 7. maddesi ile GVK'nın 75/2. maddesinde hükme bağlanan KEYK düzenlemelerinin üstünde yer alan metinlerdir. Dolayısıyla KEYK düzenlemesi kapsamında yapılacak tarhiyatların, prensip olarak vergi anlaşmaları hükümlerinden etkilenmesi gerekir. Bu yorum VAHS'nin 31/1. maddesine de uygundur.

Kurumlar Vergisi ve Gelir Vergisi Kanunlarının ilgili hükümleri incelendiğinde, KEYK düzenlemesinin Türkiye'nin akdetmiş olduğu vergi anlaşmaları ile ilişkisine ilişkin bir hüküm içermediği görülmektedir. Bununla birlikte, 1 Seri No.lu KV Genel Tebliğinin "7.6" bölümünde; yürürlükte bulunan çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmalarının, Türkiye'nin KVK'nın 7. maddesinde yer alan "*Kontrol edilen yabancı kurum kazancı*" hükümlerine göre kendi mukimlerini vergilendirme hakkını sınırlandırmadığı, diğer bir anlatımla, diğer devlet mukimi bir kurum tarafından Türkiye'de mukim bir kuruma kâr payı dağıtılsın ya da dağıtılmasın KVK'nın "*Kontrol edilen yabancı kurum kazancı*" hükümlerinin uygulanacağı belirtilmektedir. Buna göre Gelir İdaresi'nin görüşü, KEYK düzenlemesinin vergi anlaşmalarından etkilenmeyeceği, başka bir ifadeyle KEYK düzenlemesi kapsamında yapılan tarhiyatlar nedeniyle ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesi için çifte vergilendirme anlaşmalarına başvurulamayacağı

²³¹⁹ Pazarcı, *Uluslararası*, s. 28; Sur, s. 52–53; Yaltı, *Vergi Yükümlüsünün Hakları*, s. 15; Yaltı, *Zaman/Değer Kayıpları*, s. 33.

²³²⁰ Bkz., § 12 Bölüm, II/5 kısım.

²³²¹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 78–79; Vergi anlaşmalarının akdinden sonraki vergi yasalarında, anlaşmanın aşılması açıkça belirtildiği takdirde, özel hüküm nitelikleriyle bunların anlaşmalara üstünlüğü kabul edilmektedir, Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 79.

yönündedir. Ancak, bu yoruma uygun bir uygulama, yukarıda belirtilen nedenlerle uluslararası hukuk ilkelerinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır.

Özel²³²², Küçük²³²³, Ufuk²³²⁴ ve Uyanık²³²⁵, Türkiye uygulaması açısından çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının olup olmasının KEYK düzenlemesini etkilemeyeceği görüşündedir. Özel'e göre; KEYK düzenlemesinin temel amacı, düşük oranlı dış ülke vergilendirmelerinin ülke içi kazançların vergi oranı düzeyine çıkarılabilmesi için ek bir vergilendirmeye tabi tutulması suretiyle ülke içi kazançlarla ülke dışı kazançları ülke içinde eşitlemektir ve çifte vergilendirme anlaşmaları bu amacın gerçekleştirilmesine engel değildir²³²⁶.

Erdem²³²⁷ ve Eyüpgiller²³²⁸ ise KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmaları hükümlerinden etkileneceği görüşünü savunmaktadır. Erdem'e göre; uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesi de göz önüne alındığında, her iki ülke tarafından karşılıklı anlaşma yoluyla oluşturulan bir hükme aykırı bir normun anlaşma devletlerinden birinin tek taraflı iradesi ile askıya alınması her zaman mümkün olmakla birlikte, anlaşmanın uygulanma sürecinde buna aykırı bir düzenlemenin yapılması durumunda, anlaşma hükümlerinin uygulanması gerekir²³²⁹.

Görüldüğü üzere bu konuda, diğer ülkelerde olduğu gibi Türkiye'de de farklı görüşler bulunmaktadır. Ancak, KEYK düzenlemesi kapsamında yapılacak tarhiyatlarda, ilgili ülke ile imzalanmış olan çifte vergilendirme anlaşmalarının ilgili hükümlerinin uygulanmaması, sadece uluslararası hukukun genel kurallarını ve anlaşmalar hukuku ilkelerini ihlal etme sonucunu doğurmakla kalmayacak, aynı zamanda fiili kar dağıtımının yapılmadığı durumlarda (her ne kadar çifte vergilendirme sorununun önlenmesinde mahsup yöntemi benimsenmiş olsa da) çifte vergilendirme sorununa da neden olacaktır. Bu nedenle, KEYK düzenlemesi kapsamında Türkiye'de mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklara atfedilen gelirlerin vergilendirilmesi sonucu ortaya çıkan

²³²² Salih Özel, "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancının Vergilendirilmesi", **Yaklaşım**, Yıl. 16, Sayı. 186 (Haziran 2008), s. 22.

²³²³ Sema Küçük, "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Tam Mükellef Ortakları Nezdinde Yapılacak Vergileme", **Yaklaşım**, Yıl. 15, Sayı. 177 (Eylül 2007), s. 108.

²³²⁴ Mehmet Tahir Ufuk, "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı", **Yaklaşım**, Yıl. 15, Sayı. 172 (Nisan 2007), s. 86.

²³²⁵ Uyanık, s. 333.

²³²⁶ Özel, s. 22.

²³²⁷ Tahir Erdem, s. 162.

²³²⁸ Eyüpgiller, *CFC*, s. 41.

²³²⁹ Tahir Erdem, s. 162.

uluslararası çifte vergilendirmenin, ilgili ülke ile imzalanmış bulunan çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşmaları çerçevesinde önlenmesi gerekir²³³⁰.

KEYK düzenlemelerinin, vergi anlaşmaları hükümlerinden etkilenmemesi için, düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra akdedilecek vergi anlaşmalarına, bu yönde özel hükümler ilave edilmesi, düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce imzalanmış bulunan ve bu konuda özel hüküm içermeyen vergi anlaşmalarından etkilenmemesinin sağlanabilmesi için ise, çifte vergilendirme anlaşmasına taraf olan ülkeler arasında bu konuyu düzenleyen protokoller imzalanması gerekmektedir.

b. KEYK Düzenlemesi ile Vergi Anlaşmaları Uyumu

KEYK düzenlemesi kapsamına giren yabancı kurumların dağıtılmamış kazançlarının Türkiye’de mukim gerçek kişi ve kurumlara atfedilerek vergilendirilmesi sonucunda ortaya çıkan çifte vergilendirmenin, vergi anlaşmalarının hangi maddesi kapsamında önleneceğinin belirlenebilmesi için öncelikle ortaklar tarafından elde edildiği varsayılan gelirin niteliğinin belirlenmesi gerekmektedir.

Türk hukukunda KEYK düzenlemelerinin esasları, kurumlar ve gerçek kişiler açısından iki ayrı Kanun kapsamında ve farklı esaslara göre düzenlenmektedir. GVK ve KVK’da yer alan hükümlere göre, KEYK’in ortaklarının vergilendirilmesinde sistemimiz; tüzel kişi ortaklar için kurum perdesinin kaldırılması yöntemini, gerçek kişi ortaklar için ise fiktif kar payı dağıtımını yöntemini benimsemektedir²³³¹.

aa. Kurumlar Vergisi Mükellefleri Açısından

KVK md. 7’de, KEYK düzenlemesi kapsamında yabancı kurumun kurumlar vergisi mükellefi ortaklarına **atfedilen** kazancın niteliğine ilişkin bir belirleme yer almamakla birlikte, Türkiye’de mukim kurumlar tarafından yurt dışından elde edilmiş kazanç olarak kurumlar vergisi beyannamesine dâhil edilerek, özel yapıda bir ticari kazanç olarak vergilendirilmesinin benimsendiği anlaşılmaktadır²³³².

²³³⁰ KVK ve GVK açısından detaylı inceleme için, Bkz., § 12 Bölüm, II/5-b kısım.

²³³¹ Bkz., § 6 Bölüm, II/2 kısım ve § 10 Bölüm, III/2 kısım.

²³³² Bkz., § 6 Bölüm, II/2 kısım ve § 10 Bölüm, III/2-b kısım.

KVK'da KEYK olarak tanımlanan yabancı kurumun hukuki varlığı göz ardı edilmemekte²³³³, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilen kazanç, yabancı kurumun kazancı olarak vergilendirilmemekte, yabancı kurum mükellef sıfatıyla da vergiye tabi tutulmamaktadır. Verginin mükellefi yabancı kurumda ortak olan mukim gerçek ve tüzel kişiler, verginin matrahı da yabancı kurumun kazancı temel alınarak ortakların payları oranında hesaplanan tutarlardır. Ortaklar adına tarh edilen vergi, yabancı kurumun kazancını azaltmamaktadır. Dolayısıyla bağlı şirketlerin, tamamen ana şirketin kontrolü altında faaliyet gösterse dahi işyeri olarak kabul edilmeyeceğine ilişkin OECD Modelinin temel prensibi de ihlal edilmemiş olmakta²³³⁴ ve çalışmamızın KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen kazancın ticari kazanç olarak tanımlandığı düzenlemeler ile vergi anlaşmaları arasındaki uyumunun incelendiği bölümde²³³⁵ detaylı olarak açıklanan diğer şartlar da sağlanmış bulunmaktadır. Buna göre, vergi anlaşmasının 7. maddesinin Türkiye'ye vergilendirme yetkisini kullanma hakkı vermediği söylenemeyecektir. Dolayısıyla, ticari kazançlar açısından incelendiğinde, KVK md. 7'de yer alan KEYK düzenlemesinin kurumlar vergisi mükelleflerinin vergilendirilmesine yönelik hükümleri ile vergi anlaşmalarının uyumlu olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Bununla birlikte, KEYK düzenlemeleri ile vergi anlaşmalarının uyumunun, çifte vergilendirmenin önlenmesi açısından incelenmesi gerekir. Vergi anlaşmaları açısından incelendiğinde KVK'nın 7. maddesi kapsamında mukim kurumlar vergisi mükellefi ortaklara atfedilecek kazancın, aşağıdaki nedenle kar payı/temettü olarak nitelendirilmesi ve ortaya çıkan çifte vergilendirmenin de, vergi anlaşmalarının 10. maddesi çerçevesinde önlenmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır:

- a) KVK'da KEYK düzenlemesi kapsamına giren iştiraklerin hukuki varlıklarının göz ardı edilmemesi ve kanunda ortaklara atfedilen gelirin niteliği hakkında bir belirleme de yapılmamış olması nedeniyle, söz konusu gelirlerin niteliğinin ulusal düzenlemeden bağımsız olarak, vergi anlaşmaları açısından belirlenmesi gerekir. Bu açıdan en mantıklı

²³³³ Bkz., § 6 Bölüm, II/2 kısım ve § 10 Bölüm, III/2-b kısım.

²³³⁴ OECD-MC, Art. 5; Bkz., § 12 Bölüm, II/3-a kısım

²³³⁵ Bkz., § 12 Bölüm, II/3-a/aa kısım.

yöntem, ortaklara atfedilen gelirlerin sahip olduğu niteliğin, yani kar payı niteliğinin devam ettirilmesidir²³³⁶.

- b) Taraf olduğumuz anlaşmalarda yer alan temettü tanımı genel olarak OECD ve BM Model Anlaşmalarındaki tanıma²³³⁷, anlaşmaların temettü başlığı altında incelediği gelirler de iç hukukumuzda 75. maddede yer alan menkul sermaye iradı tanımına²³³⁸, dolayısıyla kar payı tanımına uygundur²³³⁹. Dolayısıyla atfedilen fiktif gelirlerin, vergi anlaşmalarında yer alan kar payı tanımı kapsamına girmediği ileri sürülse dahi, Model Anlaşmanın 3/2. maddesindeki gönderme hükmü kapsamında incelendiğinde de iç hukukumuzda yer alan tanımlamaya uygundur.
- c) KEYK düzenlemelerinin temel gerekçesini, yurt dışında kurulan şirketler tarafından elde edilen kazancın, vergilendirilmemesi amacıyla dağıtılmaması oluşturmaktadır. Bu nedenle dağıtılabılır hale geldiği halde hukuken dağıtılmayan fonların, fiilen kontrol eden ortakların tasarrufunda olduğunun kabulü gerekir. Bu nedenle, Model Anlaşmanın 10. maddesinde yapılan "*ödenen/dağıtılan kar payı*" tanımının geniş açıdan değerlendirilmesi ve fiktif kar payı dağıtımlarının da bu tanım kapsamına dahil edilmesi gerekir²³⁴⁰.
- d) KVK'nın 7. maddesi kapsamında kurumlar vergisi mükelleflerine atfedilen gelirler ile vergi anlaşmalarının 10/5. maddesinde yer alan düzenleme arasında bir ilişki mevcut değildir; dolayısıyla olaya 10/5. madde uygulanmaz²³⁴¹.

²³³⁶ Sandler, s. 95.

²³³⁷ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 225.

²³³⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 225.

²³³⁹ KEYK'lerden elde edilen gelirlerin; hisse senedinden elde edilen gelir, şirketlere iştiraktan elde edilen gelir, hissedenden elde edilen gelir, kara katılımdan elde edilen gelir veya hisse senetlerinden elde edilen gelir tanımlamalarına uygundur.

²³⁴⁰ OECD Modelinde, "*bir Akit Devlette mukim bir şirket tarafından, diğer Akit Devlet mukimine ödenen (paid) kar payları*"nın bu diğer Akit Devlet tarafından vergilendirilebileceği (md. 10/1) belirtilmekte olduğundan, maddede yer alan "*ödenen*" teriminin kapsamı ile ilgili tartışmaların yapılması mümkündür. Ancak, vergi anlaşmalarının temel amaçlarından birisinin vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığının önlenmesi olduğu ve OECD Model Anlaşma'nın KEYK düzenlemelerinin vergi anlaşmaları ile uyumlu olduğu görüşünü desteklediği de göz önünde bulundurulduğunda, bu terimin geniş kapsamlı olarak yorumlanması ve KEYK düzenlemesi kapsamında hissedarlara atfedilen gelirlerin, diğer şartların sağlanması durumunda, ödenmiş olması şartı aranmaksızın vergi anlaşmalarının 10. maddesi kapsamında değerlendirilmesi ve çifte vergilendirmenin de bu madde kapsamında önlenmesi gerekir, Bkz., § 12 Bölüm, II/3-b/bb kısım.

²³⁴¹ Bkz., § 12 Bölüm, II/3-b/bb kısım.

- e) Çalışmamızın KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen kazancın kar payı olarak tanımlandığı düzenlemeler ile vergi anlaşmaları arasındaki uyumunun incelendiği bölümde detaylı olarak açıklanan şartlar sağlanmaktadır.

Bu durumda, KEYK düzenlemesi kapsamında kurumlar vergisi mükelleflerine atfedilen gelirin niteliğinin, ödeme koşulu aranmaksızın vergi anlaşmaları açısından kar payı olarak kabul edilmesi gerekir²³⁴². Model Anlaşmanın 10. maddesi vergilendirme yetkisini ikametgâh devletine bırakmış olduğundan yapılacak vergilendirmeler sonucu oluşacak çifte vergilendirmenin vergi anlaşmalarının 10. maddesi kapsamında önlenmesi gerekir. Bu açıdan KEYK düzenlemesi ile vergi anlaşmaları arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

Ayrıca, yabancı kurumların dağıtılmamış karlarına ilişkin bir kısıtlama hükmü olan Model Anlaşmanın 10/5. maddesi, KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen gelirlerin vergilendirilmesinde, ortakların mukim olduğu ülkenin vergilendirme yetkisini kısıtlamadığından, KEYK düzenlemesinin uygulanmasını engellememektedir. KEYK düzenlemesi kapsamında kurumlar vergisi mükelleflerine atfedilen gelire ilişkin vergilendirme, yabancı kurumun dağıtılmamış kazançlarına ilişkin değil, yabancı kurumun ortaklarının kazançlarına ilişkin vergilendirmelerdir. Buna göre, OECD Model Anlaşmasının 10/5. maddesi, KEYK düzenlemeleri kapsamında gerçekleştirilen vergilendirmeleri engellememektedir. Dolayısıyla, bu açıdan da vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemesi birbiri ile uyumlu düzenlemelerdir.

Diğer yandan, KVK'nın 33/2. maddesi; *"Kanunun 7 nci maddesinin uygulandığı hallerde, yurt dışındaki iştirakin ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergiler, kontrol edilen yabancı şirketin Türkiye'de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilebilir."* hükmünü içermektedir. KEYK kazançlarının ortaklar elinde vergilendirilmesi sonucu ortaya çıkan çifte vergilendirmenin bu madde kapsamında önlenmesi de mümkündür. Ancak KEYK'in mukim olduğu ülke ile Türkiye arasında imzalanmış bulunan vergi anlaşmalardaki çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin hükümlerin, 10. madde kapsamına giren temettülerin vergiden istisna edileceğine yönelik hüküm içermesi durumunda, KVK'nın

²³⁴² Aynı yönde, Bkz., Eyüpgiller, CFC, s. 41.

33/2. maddesi çifte vergilendirmenin önlenmesinde yetersiz kalacaktır. Bu durumda, KEYK düzenlemesi kapsamında Türkiye’de mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklara atfedilen gelirlerin vergilendirilmesi sonucu ortaya çıkan uluslararası çifte vergilendirmenin, varsa, KEYK’in mukim olduğu ülke ile Türkiye arasında imzalanmış bulunan vergi anlaşmalarının ilgili hükümleri (23. maddesi) çerçevesinde önlenmesi gerekir; ki bu da anlaşmada çifte vergilendirmeyi önleme yöntemi olarak istisna yönteminin benimsendiği anlaşmalar bakımından önemli sonuçlar doğurmaktadır²³⁴³. Yabancı kurumun kazancın fiilen dağıtılması halinde Anlaşmalarda yer alan "*Temettülerin Vergilendirilmesi*" ve "*Çifte Vergilemenin Önlenmesi*" ile ilgili hükümlerin uygulanacağına ilişkin bir tereddüt bulunmamaktadır.

Buna karşılık, konuya ilişkin olarak yayımlanan KV Tebliği’nde, KEYK düzenlemesi kapsamında ortaklara atfedilen kazançlara vergi anlaşması hükümlerinin uygulanamayacağı, **sadece** Türkiye’de KEYK kazancı olarak vergiye tabi tutulmuş olan kazancın, kâr payı olarak Türkiye’de mukim bir kuruma **fiilen dağıtıldığı** durumlarda, Anlaşmalarda yer alan "*Temettüler*’in vergilendirilmesi ve "*Çifte vergilemenin önlenmesi*" ile ilgili hükümlerin normal şekilde uygulanacağı ifade edilmektedir. Ancak yukarıdaki bölümde²³⁴⁴ belirtilen gerekçeler çerçevesinde, mükelleflerin vergi anlaşmalarındaki lehte hükümlerden KEYK kazancının atfedilmesi aşamasında da yararlanması gerekir.

Şöyle ki, KEYK düzenlemesi kapsamında hem gelir, hem de kurumlar vergisi mükelleflerine atfedilecek kazanç, kar payı olarak nitelendirildiği için, ortaya çıkan çifte vergilendirmenin de vergi anlaşmalarının temettülere ilişkin 10. maddesi çerçevesinde önlenmesi gerekir. Ancak, ilgili vergi anlaşmasında kar paylarının özel vergilemeye tabi tutulmuş olduğu ülkelerdeki (örneğin Belçika, Hollanda anlaşmaları) iştiraklerden kar payı elde edilmesi halinde, kar payını dağıtan iştirak, KEYK özelliği taşıya bile, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi mümkün olmayacaktır²³⁴⁵. Nitekim Tebliğ’de; ilgili vergi anlaşması hükümlerinin, yabancı kurum tarafından dağıtılan kâr payının Türkiye’de istisna edilmesini öngörmesi halinde, kâr payının dağıtıldığı dönemde daha önce KEYK kazancı hükümleri çerçevesinde vergilendirilen kazanç üzerinden hesaplanıp

²³⁴³ Bkz., § 12 Bölüm, II/5-a kısım.

²³⁴⁴ Bkz., § 12 Bölüm, II/5-a kısım.

²³⁴⁵ Eyüpgiller, *CFC*, s. 41.

ödenen kurumlar vergisinden, dağıtılan kâr payı tutarına isabet eden kısmın iade edilebileceği ifade edilmektedir. Buna göre, vergi anlaşmasında istisna yönteminin benimsendiği durumlarda da, şartların mevcudiyeti halinde mükellefler atfedilen KEYK kazancı üzerinden vergilendirileceklerdir. Prensip olarak, uluslararası anlaşmalarla belirlenmiş kurallar çerçevesinde, bir gelirin fiilen elde edildiği tarihte vergiden müstesna tutulması söz konusu ise, KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesinin de mümkün olmaması/vergiden müstesna tutulması gerekir. KEYK düzenlemesi kapsamında kar payı olarak vergilendirilen bir kazancın, fiilen dağıtıldığı durumda, istisna yönteminin benimsendiği vergi anlaşmalarının çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin hükümleri çerçevesinde iade edileceği açık olduğuna göre, aynı kazancın KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi anında mükelleflerin söz konusu vergi anlaşması hükümlerinden yararlandırılmamasının haklı ve mantıklı bir gerekçesi bulunmamaktadır²³⁴⁶. Kaldı ki, vergi anlaşmasında istisna yönteminin benimsendiği durumlarda, yabancı kurumun kazancının, KV beyannamesi verilmeden önce dağıtılması halinde, KEYK kapsamında vergilendirme tamamen gereksiz hale gelmektedir. Ayrıca, kazancın dağıtılmasından sonra vergi anlaşmalarına göre iade edilmesi gereken bir verginin, kazancın dağıtılmamış olması gerekçesiyle tarh edilmesi anlamlı değildir. Çünkü böyle bir durumda, mükellefin söz konusu yatırımı vergiden kaçınma amacı ile gerçekleştirmiş olduğu söylenemez²³⁴⁷. Dolayısıyla, Tebliğ'de yer alan ancak kanuni ve hukuki olmayan bir şekilde uygulamaya yön veren bu yorumun değiştirilmesi gerekir.

Sonuç olarak vergi anlaşmalarında yabancı ülkelerden elde edilen kar paylarının vergiden istisna edildiğine ilişkin bir hükmün yer alması halinde, KEYK düzenlemesi kapsamında yapılan vergilendirmelerin vergi anlaşmalarına aykırı olduğu söylenebilir.

²³⁴⁶ Bkz., § 12 Bölüm, II/5-a kısım; Bu noktada, bu tür bir yaklaşımın kabul edilmesinin KEYK düzenlemesinin amaçlarına uygun olmadığı ifade edilebilir. Ancak vergi anlaşmalarının ulusal hukuka göre, özel kanun olmalarından kaynaklanan üstünlüğünün bulunduğu ülkelerde karşılaşılan bu sorunun çözümü, vergi anlaşmalarına özel hükümler ilave edilmesidir.

²³⁴⁷ Ödenen vergilerin mahsubuna ilişkin düzenlemeler için, Bkz., § 12 Bölüm, II/5-a kısım.

bb. Gelir Vergisi Mükellefleri Açısından

KVK ve GVK'da yer alan hükümlere göre GVK'nın 75/2. maddesinde KEYK düzenlemesi kapsamında yabancı kurumun ortaklarına atfedilecek kurum kazancı kar payı olarak tanımlanmıştır.

Ülkemizde 5520 sayılı KVK md. 7'de yer alan esaslar doğrultusunda gerçek kişilerin de düzenleme kapsamında vergilendirileceğini hükme bağlayan GVK'nın 75/2. maddesine göre; gerçek kişi ortakların KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesinde fiktif kar payı dağıtımı yöntemi benimsemektedir. Maddede, Türkiye'de mukim gerçek kişilerin yurtdışı iştiraklerinin karları, maddede belirtilen şartların da gerçekleşmesi durumunda, gerçek kişiler tarafından yurt dışından elde edilmiş kar payı olarak vergilendirileceği²³⁴⁸ hükme bağlanmış, dolayısıyla gelirin niteliği açık bir şekilde tanımlanmıştır.

Taraf olduğumuz anlaşmalarda yer alan temettü tanımı genel olarak OECD ve BM Model Anlaşmalarındaki tanıma²³⁴⁹, anlaşmaların temettü başlığı altında incelediği gelirler de iç hukukumuzda GVK'nın 75. maddesinde yer alan menkul sermaye iradı tanımına²³⁵⁰, dolayısıyla kar payı tanımına uygundur. Dolayısıyla atfedilen fiktif gelirlerin, vergi anlaşmalarında yer alan kar payı tanımı kapsamına girmediği ileri sürülse dahi, Model Anlaşmanın 3/2. maddesindeki gönderme hükmü kapsamında incelendiğinde de iç hukukumuzda yer alan tanımlamaya uygundur.

Buna göre, KEYK düzenlemesi kapsamında gelir vergisi mükelleflerine atfedilen gelirlerin vergi anlaşmaları karşısındaki durumu ile KEYK düzenlemesi kapsamında kurumlar vergisi mükelleflerine atfedilen gelirlerin vergi anlaşmaları karşısındaki durumu birbiri ile aynıdır. Dolayısıyla yukarıda açıklanan gerekçeler ve ulaşılan sonuçlar, gelir vergisi mükellefleri için de geçerlidir.

²³⁴⁸ Bkz., § 6 Bölüm, II/2 kısım ve § 10 Bölüm, III/2-a kısım.

²³⁴⁹ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 225.

²³⁵⁰ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 225.

§ 13. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU BAKIMINDAN KEYK KAZANÇLARI

I- AB HUKUKUNA GENEL BAKIŞ

AB Avrupa devleti kimliğine sahip ülkeler arasında bütünleşmeyi sağlamak, Avrupa halkları açısından, kesintisiz ve daha sıkı bir birlik yaratmayı amaçlayan süreçte, yeni bir aşamayı oluşturmak işlevinin yanında, tek parayı da içerecek şekilde ekonomik ve parasal birliğin kurulması yoluyla dengeli ve sürekli bir sosyo-ekonomik kalkınmanın gerçekleştirilmesi gibi bazı özel hedeflere yönelmiştir²³⁵¹.

ABnin İşleyişi Hakkında Anlaşma²³⁵², sadece AB üye ülkeleri arasındaki kişi, emek, hizmet, mal ve sermaye hareketlerinin tüm kısıtlamalardan arındırılmasını hedeflemekte, AB ülkeleri ile üçüncü ülkeler arasındaki ilişkilere de uzanmakta, dolayısıyla anlaşma ile garanti altına alınan özgürlüklerin kapsamı, AB sınırlarını yani iç pazarı aşmaktadır²³⁵³. AB Anlaşmasında, iç pazar; içinde malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin serbest dolaşımının AB Anlaşması hükümleri uyarınca güvence altına alındığı ve iç sınırların bulunmadığı bir alan olarak tanımlanmış, dört serbestîye işaret edilmiştir²³⁵⁴. Bu dört serbestî; malların, kişilerin, emeğin ve sermayenin serbest dolaşımıdır. Serbestiler açısından "*iç sınır*" ile sadece fiziki nitelik taşıyan ya da gümrüğe ait olanlar değil, mevzuatın öngördüğü (koyduğu) bütün sınırlamalar, engeller ve kısıtlamalar kastedilmiştir²³⁵⁵.

AB hukuku uluslarüstü bir hukuktur²³⁵⁶. Başka bir ifadeyle, AB Anlaşmasınının 288. Maddesine göre AB hukukunun, kendisiyle çatışan ulusal hukuklara göre önceliği bulunmaktadır²³⁵⁷. AB hukuku dogmatiktir, fakat aynı zamanda da kararlar hukuku (case law) özellikleri gösterir²³⁵⁸. Nitekim AAD kararlarında sürekli olarak, üye ülkelerin

²³⁵¹ Gülören Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku*, Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., Mayıs 2000, s. 41; Bu özel hedefler, Ortak Dış ve Güvenlik Politikası'nın (ODGP) oluşturulması ve takibi, AB vatandaşlığının sağlanması, adalet ve iç işlerinde sıkı işbirliğinin gerçekleştirilmesidir, Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 41.

²³⁵² Roma Anlaşması, 25 Mart 1957'de Roma'da imza altına alınmış ve 01.01.1958'de yürürlüğe girmiştir. En son 13 Aralık 2007 tarihinde imzalanan Lizbon Anlaşması ile yapılan değişiklikleri de içeren Konsolide Anlaşma metni (C-115, Vol. 51), 09 Mayıs 2008 tarihli AB Resmi Gazetesi'nde yayınlanmıştır. Bu çalışmada şu anda yürürlükte olan AB Anlaşması madde numaraları esas alınmaktadır. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2008:115:0047:0199:EN:PDF> (15.03.2010)

²³⁵³ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 304.

²³⁵⁴ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 304.

²³⁵⁵ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 304.

²³⁵⁶ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 66; Yaltı, *Gümrük Birliği*, s.65.

²³⁵⁷ Yaltı, *Gümrük Birliği*, s.66; Frenckell, s.116.

²³⁵⁸ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 66.

vergileendirme yetkilerini AB hukuku ile uyum içinde kullanmaları²³⁵⁹, hatta iki üye ülke arasında vergi anlaşması bulunduğu durumlarda dahi, AB düzenlemelerine uymaları gerektiğini vurgulamaktadır²³⁶⁰.

1. AB Hukukunun Kaynakları

a. Genel

AB hukukunun kaynakları, doktrinde kullanılan bir deyimle, (1) birincil hukuk diye anılan, kuruluş anlaşmaları, (2) ikincil hukuk olarak adlandırılan, Topluluk tarafından konulan kurallar (Topluluğun hukuki tasarrufları), (3) AAD tarafından tanınan hukukun genel ilkeleri, (4) AAD kararları, (5) teamüller, (6) üye olmayan ülkelerle yapılan uluslararası anlaşmalar ve (7) doktrindir²³⁶¹.

Birincil hukuk, kurucu anlaşmalardan oluşur²³⁶² ve kişilerin temel haklarına ilişkin kurallar da kurucu anlaşmalarda yer almaktadır²³⁶³. Esasen birincil hukukun diğer kaynaklara üstünlüğü olduğu konusunda Birlik Anlaşmalarının hiçbirisinde açık bir hüküm bulunmamaktadır²³⁶⁴. Birincil hukuk, üye ülkelere olduğu gibi, üye ülkelerin uyrukluğunu taşıyanlara ve üye ülkelerde ikamet edenlere de, tatbiki için herhangi bir işleme gerek duyulmaksızın doğrudan uygulanır²³⁶⁵. Birincil hukuk düzenlemeleri arasında yer alan "*Temel Özgürlükler*" aşağıdaki bölümde detaylı olarak incelenmektedir.

İkincil hukuk, AB organları tarafından konulan hukuku ifade eder ve hukuki tasarruflar olarak adlandırılırlar²³⁶⁶. Birlik organlarının, yarı-bağımsız kapasiteleri ile yaptıkları ve hiyerarşik olarak Anlaşma hükümlerinden sonra gelen hukuktur²³⁶⁷.

²³⁵⁹ ECJ 14 February 1995, Case C-279/93 Schumacker, para. 21; ECJ 11 August 1995, Case C-80/94 Wielockx, para. 16; ECJ 27 June 1996, Case C-107/94 Asscher, para. 36; ECJ 15 May 1997, Case 250/95, Futura and Singer, para. 19 (Noguera ve Steichen, s. 428).

²³⁶⁰ ECJ 21 September 1999, Case C-307/97, Saint Gobain(Frenckell, s. 116).

²³⁶¹ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 67.

²³⁶² Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 68; Avrupa Topluluklarını ve Birliğini kuran anlaşmalar, planlar, ekler, protokoller, mektuplar ve bunları değiştiren veya bunlara eklemeler yapan anlaşmaları kapsamaktadır ve AB Anayasası olarak da anılır, Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 68.

²³⁶³ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 304.

²³⁶⁴ Ümit Kocasakal, **Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları**, İstanbul: Vedat Kitapçılık Basım Yayım Dağıtım Ltd.Şti., 2004, s. 65.

²³⁶⁵ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 68.

²³⁶⁶ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 69.

²³⁶⁷ Enver Bozkurt, Mehmet Özcan ve Arif Köktaş, **Avrupa Birliği Hukuku**, Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, Mart, 2001, s. 116.

Tüzükler, yönergeler, (bireysel) kararlar ile tavsiye ve görüşler, topluluk hukukunun ikincil kaynaklarını oluşturmaktadır²³⁶⁸.

Aşağıda ikincil kaynaklar arasında yer alan ve vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığının önlenmesi için gerekli olan ulusal düzenlemeler veya Anlaşma temeline dayanan düzenlemelerin uygulanmasını yasaklayan Ana Şirket-Bağlı Şirket Direktifi ile haksız vergi rekabeti uygulamaları açısından önemli olan Haksız Vergi Rekabeti Raporu kısaca incelenmektedir.

b. Özel

aa. Ana Şirket-Bağlı Şirket Direktifi

Ana Şirket-Bağlı Şirket Direktifi²³⁶⁹, üye ülkeler arasında gerçekleşen yatırımların vergilendirilmesinde, ana şirket ve bağlı şirket arasında gerçekleşen kar payı dağıtımları ve diğer kar dağıtımlarının vergiden (stopaj) müstesna tutulması ve ana şirket nezdinde ekonomik çifte vergilendirmenin önlenmesini amaçlamaktadır²³⁷⁰. Ayrıca bir taraftan, grup içi kar dağıtımlarında kaynakta vergilemeyi de yasaklarken (md. 5/1), diğer taraftan, ana şirketin mukim olduğu ülkeye, ticari ilişki içerisinde olduğu yavru şirket tarafından dağıtılan kar paylarını vergiden müstesna tutma veya yavru şirket tarafından ödenen vergilerin mahsubuna izin verme arasında seçim yapma olanağı (md.2) tanımaktadır²³⁷¹.

Direktifin 2. maddesindeki hükme göre Direktif, vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığının önlenmesi için gerekli olan ulusal düzenlemeler veya Anlaşma temeline dayanan düzenlemelerin uygulanmasını yasaklamamaktadır. Direktif tarafından sağlanan avantajlar, Direktif alışverişi yoluyla vergiden kaçınma durumlarını kapsamamakta, ulusal vergi düzenlemeleri de, bu amaçtan başka bir amaç taşımayan şirket kuruluşlarını önlemeyi hedeflemesi durumunda, Direktif ile çelişkili kabul edilmemekte ve dolayısıyla mükellefin amacının sadece Direktif avantajlarından yararlanmak olması ve şirkete atfedilecek bir amacın olmaması halinde, bu

²³⁶⁸ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 69.

²³⁶⁹ Directive, 90/435/EEC ve Directive 2003/123; Bkz., § 2 Bölüm, 2 kısım.

²³⁷⁰ Maliye Bakanlığı, http://www.maliye-abdid.gov.tr/html/ab_turkiye/uyum/kurumlar.htm (01.03.2010); Renata Fontana, "The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union-Part 2", **European Taxation**, Vol. 46, No. 7 (July 2006), s. 329. (II); Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 49; Helminen, *Finland*, s. 216; Saraçoğlu, s. 64.

²³⁷¹ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 49.

avantajlardan yararlandırılmayabilmektedir²³⁷². Direktif, vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığına yönelik düzenlemelerin uygulanmasını desteklemekte ise de, bu önlemlerin genel kapsamlı olmaması ve yurtiçi ve yurtdışı yatırımlardan elde edilen gelirler arasında ayırım yapılmaması, düzenlemenin AB hukuku ile uyumlu olması, yani hiçbir şekilde keyfi ayrımcılığa neden olmaması veya Birlik pazarına zarar verecek yapıda olmaması gerekmektedir²³⁷³.

Dolayısıyla KEYK düzenlemesinin AB Anlaşması ile uyumlu olduğu düşünülse bile, Direktif, üye ülkelerin KEYK kazançlarını vergilendirmesini engelleyebilir²³⁷⁴.

77/799/EEC²³⁷⁵ sayılı Direktif, Topluluk içerisinde dolaysız vergiler alanında bilgi değişimine ilişkin esasların yer aldığı Direktiftir. Direktif, üye ülkelerde şirketlere ilişkin nakit hareketleri ve diğer tüm bilgilerin ilgili ülkeler arasında belirlenen çerçevede değişimini öngörmektedir. KEYK düzenlemelerinin amacının vergi ertelemesinin önlenmesi olduğu ve mükellefler üzerinde ispat yükü ve belge düzeni gibi diğer idari yüklerin de oluşmasına neden olduğu göz önünde bulundurulduğunda, söz konusu işbirliği ve bilgi değişimi direktiflerinin üye ülkelere gerekli tüm bilgileri sağlama yönünde tam verimlilikle çalışması halinde, KEYK düzenlemesi gibi katı önlemlere ihtiyaç olup olmadığı tartışılabilir²³⁷⁶.

bb. Haksız Vergi Rekabeti ve Eylem Kodu (Code of Conduct)

1 Aralık 1997 tarihinde Konsey tarafından kabul edilen konuyla ilgili Karar'ın temel amacı, AB'nin karşı karşıya kaldığı kaybın ortadan kaldırılması ve haksız vergi rekabetinin önlemesidir²³⁷⁷. Karar siyasi güce sahip olsa da kanuni bağlayıcılığı bulunmamakta, sadece üye ülkelerden haksız vergi uygulamaları konusunda öngörülmüş olan sürece uymaları istenmektedir²³⁷⁸. Karar, haksız vergi rekabetinin tanımlanması ve şirket vergilemesine ilişkin düzenlemelerde, ticari faaliyetin (business

²³⁷² Helminen, *Finland*, s. 217.

²³⁷³ Peters, s. 457.

²³⁷⁴ Helminen, *Finland*, s. 216.

²³⁷⁵ Council Directive 77/799/EEC of 19 December 1977 concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31977L0799:EN:HTML> (21.03.2010).

²³⁷⁶ Uustalu, s. 189.

²³⁷⁷ European Commission, The Code of Conduct for Business Taxation, 06.01.1998 tarihli AB Resmi Gazetesi (Official Journal of the European Communities)'nde yayınlanmıştır.

²³⁷⁸ European Commission Taxation and Customs Union, http://ec.europa.eu/taxation_customs/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm (01.12.2007); Ambrosiano ve Caroppo, s. 690.

activity) yerini önemli düzeyde etkileyen ya da etkileme olasılığı olan kuralları kapsamı açısından²³⁷⁹, çok uluslu şirketlerin vergiden kaçınma veya vergi erteleme olanağı sağlayan girişimlerinin vurgulanması anlamında önemlidir²³⁸⁰.

2. Temel Özgürlükler

Temel özgürlüklere ilişkin düzenlemeler AB Anlaşmasında yer alan birincil hukuk düzenlemeleridir ve AB'ye üye ülkelerin ulusal hukuk düzenlemeleri üzerinde doğrudan etkisi bulunmaktadır²³⁸¹. Başka bir ifadeyle, temel özgürlüklerin koruma altına alınabilmesi için, AB Anlaşmasının uygulanması gereklidir²³⁸². AB Anlaşması, temel özgürlüklerin uygulanmasının önündeki tüm engellemelerin ve kısıtlamaların kaldırılması temeline dayanır. Ayrımcılık da bu kısıtlamaların bir dayanağıdır ve AB Anlaşması ayrımcılık temeline dayanan tüm kısıtlamaları da yasaklamaktadır.

KEYK düzenlemeleriyle doğrudan ilişkisi olan temel özgürlükler, sermayenin serbest dolaşımı ile yerleşme serbestisidir. KEYK düzenlemelerinin AB hukuku ile uyumuna ilişkin analizde, düzenlemenin dört temel özgürlükten, sermayenin serbest dolaşımı ile kuruluş serbestisi karşısında ayrımcı bir kısıtlama oluşturup oluşturmadığı incelenmek durumundadır.

a. Yerleşme Serbestisi

Yerleşme serbestisi²³⁸³, AB Anlaşması'nın 49 ila 54 maddeleriyle garanti altına alınmıştır²³⁸⁴. Serbesti, bir üye ülke vatandaşının, bir diğer üye ülke egemenlik alanı içerisinde doğrudan ticari girişimde bulunmasının önündeki tüm kısıtlamaların yanı sıra, bir üye ülke vatandaşının, diğer bir üye ülkede acente, şube veya yavru şirketler vasıtasıyla girişimde bulunmasının önündeki tüm kısıtlamaları da yasaklamaktadır²³⁸⁵. AAD tarafından da karara bağlandığı üzere²³⁸⁶, şirketler ve kurumlar²³⁸⁷ da bu yasak

²³⁷⁹ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 53.

²³⁸⁰ Bkz., § 2 Bölüm, II/2 kısım.

²³⁸¹ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 68; Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 75.

²³⁸² Aigner, Scheuerle ve Stefaner, 38.

²³⁸³ İngilizcede "*right of establishment*" olarak ifade edilmektedir.

²³⁸⁴ Yerleşme "*establishment*" terimi, AAD tarafından Gebhard Kararı ve Factortame II Kararında açık bir şekilde tanımlanmış olup, bir üye ülke vatandaşının yerleşmesi için dört şartın birlikte sağlanması gerekmektedir; a) bir ekonomik faaliyet amacının olması, b) sabit bir işyeri olması, c) işin belirsiz süreli olması, d) bir başka üye ülkede olması, (ECJ 30 November 1995, Case C-55/94 Gebhard; ECJ 25 July 1991, Case C-221/89 Factortame II), (Weber, *Tax Avoidance*, s. 31; Hoefnagel, s.14).

²³⁸⁵ EU Treaty, Art. 49/1.

²³⁸⁶ ECJ 16.07.1998, Case C-264/96, ICI, para. 21.

²³⁸⁷ EU Treaty, Art. 54 /2.

kapsamındadır. Bu hak, bir üye ülke hukukuna göre kurulan ve hukuki, idari veya iş merkezi Birlik içerisinde bulunan şirketleri kapsamaktadır²³⁸⁸.

Bu hak sırasıyla "temel yerleşme serbestisi (primary establishment)" ve "tali yerleşme serbestisi (secondary establishment)" olarak adlandırılmaktadır²³⁸⁹. Dolayısıyla yerleşme serbestisi, kişilere ve kurumlara, diğer bir üye ülkede, yavru şirketler (ikincil kurumlar) aracılığıyla olduğu kadar, şubeler ve ajanslar (birincil kurumlar) aracılığıyla da ekonomik faaliyetleri sürdürme hakkı sağlar²³⁹⁰. Ayrıca mükelleflerin bu kuruluşlarda kontrolünün bulunması veya kuruluşların yönetimleri altında olması gerekmektedir²³⁹¹.

Yerleşme serbestisi, yurtiçi ve yurt dışı yatırımlar arasında farklı vergi düzenlemesi yapılması durumunda kısıtlanmış olur²³⁹². Üye ülkeler dolaysız vergilere ilişkin bağlama noktalarını, önceliklerini ve usul hükümlerini belirleme yetkisine ve serbestisine sahip olsalar da, bu düzenlemeleri yaparken AB hukukunu göz ardı edemezler²³⁹³. Buna göre, KEYK düzenlemelerinin, kişi veya kurumları yabancı bir ülkede bir şube veya şirket vasıtasıyla faaliyette bulunma hakkını kısıtlayıcı nitelik taşıması, yurtiçi yatırımlarla yurt dışı yatırımlar üzerinde farklı vergi yükü yaratmaması ve dolayısıyla bu hakkı garanti altına alan AB Anlaşmasına aykırı hükümler içermemesi gerekir.

b. Sermayenin Serbest Dolaşımı

Sermayenin serbest dolaşımı²³⁹⁴, AB Anlaşması'nın 63 ila 66 maddeleriyle garanti altına alınmıştır. Serbesti, üye ülke vatandaşlarının yabancı ülkelerde yatırım yapmasının, yani üye ülkeler arasında veya üye ülkeler ile üçüncü ülkeler arasındaki sermaye hareketlerinin önündeki tüm kısıtlamaların kaldırılmasını garanti altına almaktadır²³⁹⁵. Sermayenin serbest dolaşımı, temel serbestiler arasında, üye ülkelerin

²³⁸⁸ EU Treaty, Art. 49/2.

²³⁸⁹ Mattias Dahlberg, **Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and Free Movement of Capital**, The Netherlands: Ecotax Kluwer Law International, 2005, (*Direct Taxation*), s. 77; Sandler, s. 180; Weber, *Tax Avoidance*, s. 26;

²³⁹⁰ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 344; Sandler, s. 182; Uustalu, s. 186; Lang, *CFC Legislation*, s. 375.

²³⁹¹ Lang, *CFC Legislation*, s. 375.

²³⁹² Rust, s.273.

²³⁹³ a) Dennis Weber, "In search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC", **Intertax International Tax Review**, Vol. 34, Issue 12 (2006), s. 586. (*Freedom of Movement*)

b) Roman Seer, "The Jurisprudence of the European Court of Justice: Limitation of the Legal Consequences?", **European Taxation**, Number 10 (October 2006), s. 470.

²³⁹⁴ İngilizcede "free movement of capital" olarak ifade edilmektedir.

²³⁹⁵ EC Treaty, Art. 56/1 ve 2.

üçüncü ülkelerle olan ilişkilerine de uygulanabilecek tek serbestidir²³⁹⁶. Ayrıca, yerleşme serbestisinin aksine, bu serbesti, şirketlerin azınlık hissedarlarını da kapsamaktadır²³⁹⁷. Bu açıdan sermayenin serbest dolaşımı, yerleşme serbestisini tamamlayan bir temel özgürlüktür.

Sermayenin serbest dolaşımı üye ülkelere, aynı durumda olmayan mükellefler ve yatırım yapılan yere göre farklı düzenlemeler yapılması hakkını sağlamakta ise de bu düzenlemelerin keyfi ayrımcılık ya da zımni kısıtlama oluşturmaması gerekmektedir²³⁹⁸. Diğer bir üye ülkede yapılan yatırımlara uygulanan bir düzenleme ile yurtiçi yatırımlara uygulanan düzenlemelerin birbirinden farklı olmaması, ayrımcı nitelik taşımaması gerekmektedir²³⁹⁹.

Bir olaya yerleşme serbestisinin mi yoksa sermayenin serbest dolaşımı serbestisinin mi uygulanacağına karar vermede kullanılacak kriter açık olmadığından, AAD bazen gerçekleşen olayları, bazen da ulusal düzenlemenin kendisini esas alarak karar vermektedir. Baars Davasında, bir başka kurumda sermaye iştirakinin söz konusu olduğu durumlarda, ortak, bu sermaye iştirakine bağlı olarak, şirketin faaliyetleri hakkındaki kararlara etkide bulunma gücüne sahip ise, yerleşme serbestisinin uygulanabileceğine karar vermiştir²⁴⁰⁰.

3. Temel Özgürlüklerin Kullanımının Engellenmesi Önündeki Yasaklar

AB Anlaşması, iç pazarda, üye ülkeler arasındaki malların, kişilerin, hizmetlerin ve sermayenin önündeki tüm engellemelerin, yasakların ve kısıtlamaların kaldırılması temeline dayanmaktadır²⁴⁰¹. Temel özgürlüklerin uygulanabilmesi için bir sınırötesi hareketin olması gerekmektedir²⁴⁰². AB Anlaşması, üye ülkelerin şirketler dâhil olmak üzere kendi vatandaşlarının, diğer üye ülkelerde yatırım yapmalarını kısıtlayıcı önlemler uygulamasını yasaklar²⁴⁰³. Dolayısıyla üye ülkeler arasındaki kişi, emek, hizmet, mal ve

²³⁹⁶ 1 Temmuz 1990 tarihinde 88/361 sayılı AB Direktifi ile yürürlüğe girmiştir, Heidenberg, s.25.

²³⁹⁷ Lang *CFC Legislation*, s. 375.

²³⁹⁸ Marjaana Helminen, "Is There a Future for CFC-regimes in the EU?", *Intertax International Tax Review*, Vol. 33, Issue 3 (2005), s. 120; Lang, *CFC Legislation*, s. 375.

²³⁹⁹ Lang, *CFC Legislation*, s. 375.

²⁴⁰⁰ ECJ 13 April 2000, Case C-251/98, Baars, para. 20 (Weber, *Tax Avoidance*, s. 55; Peters, s. 457).

²⁴⁰¹ EC Treaty, Art. 37.

²⁴⁰² Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 70.

²⁴⁰³ Thömmes, s. 188.

sermaye hareketleri ile üye ülkelerin üçüncü ülkelerle olan ilişkilerini düzenleyen her türlü düzenlemenin bazı kurallara uygun olması ve temel serbestîlerin kullanımını engellememesi gerekmektedir. Bu kurallardan bazıları birincil hukuk düzenlemeleri ile getirilmiş, bazıları ise ikincil hukuk düzenlemeleri ve hukukun genel ilkeleri ile oluşturulmuştur. Aşağıda bu kurallar, üç başlık halinde incelenmektedir.

a. Temel Serbestîlerde Ayrımcılık Yasağı

Hukukun genel ilkelerinin bazılarında kurucu anlaşmalarda yer verilmiştir; eşit işlem ilkesinin özel bir örneğini oluşturan ayrımcılık yasağı da bu ilkelerden birisidir²⁴⁰⁴. Maastricht Anlaşması ile birincil hukuka girmişse de, AAD çok önceleri bu ilkeyi Birliğin temel hukuk prensiplerinden biri olarak yerleştirmiştir²⁴⁰⁵.

"Ayrımcılık", teknik olarak ev sahibi ülkenin kendi vatandaşı olmayanlara vatandaşlık temelinde doğrudan ayrımcılık yapması veya kendi ülkesinde mukim olmayanlara vatandaşlık temelinde olmayan ancak aynı sonucu doğuran dolaylı ayrımcılık içeren engeller uygulaması durumunu ifade etmektedir²⁴⁰⁶. Dolayısıyla ayrımcı düzenlemeler, yurt içi pazara girişi engelleyen düzenlemelerdir²⁴⁰⁷. Ayrım yapmama, vergilendirme alanında, bir devletin vergi muameleleri bakımından mukim ve mukim olmayanlar ile yurt içi gelirler ve yurt dışı gelirler arasında ayrım yapmaması şeklinde ortaya çıkmakta; yabancılara yönelik vergisel işlemlerin mukimlere yönelik vergisel işlemlerden daha az lehte olmamasını ifade etmektedir²⁴⁰⁸.

AB Anlaşmasının 18. maddesi ayrımcılığı vatandaşlık/uyruklu temeline yasaklamaktadır. Buna göre, "*Anlaşma hükümlerinin uygulanması kapsamında, özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, vatandaşlık temelinde her türlü ayrımcı uygulama yasaktır. Avrupa Parlamentosu ve Konsey, genel hukuki usule uygun olarak bu tür ayrımcılığın yasaklanmasına ilişkin hükümler oluşturabilir.*" AAD birçok kararında, ayrımcılığı "*karşılaştırılabilir durumlara farklı kuralların, farklı durumlara aynı kuralların uygulanması, ayrımcılığı doğurur*" şeklinde tanımlamış olup²⁴⁰⁹, ayrımcılık yasağının,

²⁴⁰⁴ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 74; Tarım pazarlarının ortak örgütlenmesine dair 34/3 ve kadın ve erkek eşit ücret hakkındaki 141 maddeler bu konuda diğer örneklerdir, Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 74.

²⁴⁰⁵ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 101.

²⁴⁰⁶ Fontana II, s. 322.

²⁴⁰⁷ Fontana II, s. 322.

²⁴⁰⁸ Yaltı, *Vergi Anlaşmaları*, s. 275.

²⁴⁰⁹ ECJ 11 August 1995, Case C-80/94, Wielockx, para. 17; ECJ 13 April 2000, Case C-279/93, Schumacker, para. 30 (Weber, *Tax Avoidance*, s.9).

diğer AB Anlaşması hükümlerinin uygulanabildiği durumlarda uygulanamayacağını, başka bir ifadeyle dolaşım serbestisine ilişkin hükümlerin, ayrımcılık yasağına göre önceliği bulunduğu karar²⁴¹⁰ vermiştir²⁴¹¹. Ayrımcılık, doğrudan ve dolaylı ayrımcılık, ters ayrımcılık ya da yatay ayrımcılık şeklinde görülebilir²⁴¹². Bir üye ülke düzenlemesinin vatandaşlık ya da benzer kriterler temelinde ayrımcılık unsurları taşıması halinde bu tür ayrımcılık doğrudan ayrımcılık (overt discrimination) olarak adlandırılmaktadır²⁴¹³. Bir üye ülke ulusal düzenlemesinin doğrudan vatandaşlık temelinde ayrımcı düzenleme özelliği taşımasa da, aynı sonucu doğuracak şekilde, diğer üye ülke vatandaşlarına/mukimlerine, kendi vatandaşlarına/mukimlerine sağladığı avantajları sağlamıyor olması durumu ise, dolaylı ayrımcılık (covert discrimination) olarak adlandırılmaktadır²⁴¹⁴. AB içtihatları, bir üye ülke tarafından, sadece vatandaş olmayanlara yönelik olarak yapılan ayrımcılığın değil, diğer üye ülkeler ile ticari ilişki içerisinde olan kendi mukimlerine yönelik olarak yapılan ayrımcılığın da AB hukuku ile uyumlu olmadığını ortaya koymaktadır²⁴¹⁵. Birçok üye ülke vergi hukuku, vatandaşlar ve vatandaş olmayanlar arasındaki farklı uygulamalardan çok, mukimler ve mukim olmayanlar/yabancılar arasında farklı vergi uygulamaları içermektedir²⁴¹⁶. Dolayısıyla vergilendirme alanında, esasen vatandaşlık temeline oturmayan ve mali ikametgâh kriterine bağlı olarak oluşturulan²⁴¹⁷, doğrudan ayrımcılıktan çok dolaylı ayrımcılık söz konusudur²⁴¹⁸. AAD, dolaysız vergiler konusunda uyumlaştırma sağlanmamış olması nedeniyle, üye ülkeler vergilendirme yetkilerini serbestçe kullanabilecek olsalar da, bu

²⁴¹⁰ ECJ 20 October 1993, Case C-92/92, Collins (Weber, *Tax Avoidance*, s.9).

²⁴¹¹ Weber, *Tax Avoidance*, s.9.

²⁴¹² Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 69; Ters ayrımcılık (reverse discrimination), bir ülkenin kendi vatandaşlarına, yabancılar veya mukim olmayanlara uyguladığından daha ağır vergileme uygulamasıdır, yatay ayrımcılık (horizontal discrimination) sorunu ise, üye ülkeler arasında imzalanan ikili vergi anlaşmalarından kaynaklanır. Örneğin A ve B ülkeleri, bir vergi anlaşmasının taraflarını oluşturmaktadır. AB vatandaşı (X), AB üyesi (C) ülkesinde mukimdir ve (B) ülkesinde ticari faaliyet sürdürmektedir. (C) ülkesi ile (B) ülkesi arasında vergi anlaşması yoktur. Bu durumda (X), AB Anlaşmasında yer alan ayrımcılık yasağı (non-discrimination) temelinde (A) ve (B) ülkeleri arasındaki vergi anlaşması hükümlerinden yararlanması mümkün müdür? Çünkü (C) ülkesinin vatandaşı olan (X), (A) ve (B) ülkeleri mukimleri ile karşılaştırıldığında, ayrımcı muamele ile karşı karşıya kaldığı söylenebilir. Çünkü (A) ve (B) ülkelerinde mukim olanlar, bu ülkeler arasında imzalanmış bulunan vergi anlaşması hükümlerinden yararlanmaktadırlar. Dolayısıyla, (A) ve (B) ülkelerinde ticari faaliyet gösteren (C) ülkesi mukimleri ile (A) ve (B) ülkelerinde ticari faaliyet gösteren mukimler arasında vergisel açıdan bir yatay ayrımcılık ortaya çıkmaktadır, Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 69.

²⁴¹³ Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 67; Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 83; Weber, *Tax Avoidance*, s. 86; Fontana, *II*, s. 322; Westerlund, s. 39; Fontana, "ayrımcılık"ın ikametgâh veya vatandaşlık temelinde ulusal pazara iştirakin engellenmesini ifade ederken, "kısıtlama"nın yabancı pazara (foreign market) girişin engellenmesini ifade ettiğini savunmaktadır, Fontana, *II*, s. 322; Yaltı bu tür ayrımcılık için "açık ayrımcılık" terimini kullanmaktadır, Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 82.

²⁴¹⁴ Weber, *Tax Avoidance*, s. 68; Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 83; Fontana, *II*, s. 322; Westerlund, s. 39; Yaltı bu tür ayrımcılık için "gizli ayrımcılık" terimini kullanmaktadır, Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 82; Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 67.

²⁴¹⁵ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 82; Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 41; ECJ 17 September 1988, Case 81/87, Daily Mail; ECJ 18 April 1998, Case C-118/96, Safir; ECJ 16 July 1998, Case C-264/96, ICI; ECJ 16 October 1999, Case C-294/97, Eurowings; ECJ 28 October 1999, Case C-55/98, Vestergaard; ECJ 13 April 2000, Case C-251/98, Baars; ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen.

²⁴¹⁶ Sandler, s. 175.

²⁴¹⁷ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 82.

²⁴¹⁸ Rix, s. 164.

yetkilerini kullanırlarken, AB hukukuna uygun davranmaları gerektiğini belirtmektedir²⁴¹⁹. Bunun anlamı, üye ülkelerin vatandaşlık temelinde doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapmaktan kaçınması gerektiğidir²⁴²⁰.

Diğer yandan, AB Anlaşmasının sermayenin serbest dolaşımını düzenleyen 63/1 maddesi, üye ülkelerin, ikametgâhları veya yatırımları farklı ülkelerde olan mükellefler arasında farklı uygulama içeren vergi kanunlarını uygulama hakkını haiz oldukları hükmünü içermektedir²⁴²¹. Bu hükmün, sermayenin serbest dolaşımının önündeki en büyük engel olduğu yönündeki tartışmalar doğru değildir. Çünkü AAD, vergi idaresinin, farklı durum yaratan uygulama veya kısıtlamaların, meşru bir amaca ulaşmada gerekli ve uygun bir düzenleme olduğunu ispat etmesi durumunda, söz konusu düzenlemelerin AB hukuku ile çatışma yaratmayacağına karar vermiştir²⁴²². Başka bir ifadeyle, farklı düzenlemeler, makul dayanaktan/haklı nedenden mahrum olması durumunda ayrımcılık olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla durumların karşılaştırılabilir olduğunun tespiti halinde dahi, bu farklılaştırma objektif olarak haklı bir nedene dayanıyorsa, kural, ayrımcılık yasağını ihlal eden bir kural olarak değerlendirilmemektedir²⁴²³. Başka bir ifadeyle "*farklılık yaratan her uygulama*" ayrımcılık içermemekte²⁴²⁴, AB Anlaşmasının 65/3 maddesinde hüküm altına alındığı üzere, sadece keyfi ayrımcılık (arbitrary discrimination) içeren veya zımni bir kısıtlama özelliği taşıyan düzenlemeler, ayrımcı düzenleme olarak kabul edilmektedir. "*Objektif farklılıklara dayandırılan bir ayırım olmadıkça, benzer durumlar, farklı değerlendirilmemelidir*", şeklinde ifade edilebilen keyfi ayrımcılık, benzer fiili durumlara uygulandığında ayrımcılık oluşturmayan bir kriterin farklı uygulamasından kaynaklanmakta ve bu açıdan doğrudan ve dolaylı ayrımcılıktan farklılaşmaktadır²⁴²⁵. AAD'nın, diğer davalarda olduğu gibi, dolaysız vergilere ilişkin davalarda da bir "*keyfi ayrımcılık testi*" uyguladığı ve literatürde bu tür ayrımcılığın, "*maddi ayrımcılık (substantive discrimination)*" karşıtı olarak, "*şekli ayrımcılık (formal discrimination)*" olarak da adlandırıldığı görülmektedir²⁴²⁶.

²⁴¹⁹ Meussen, 2007, s. 18; Steichen, s. 429; Rix, s. 164.

²⁴²⁰ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 360; Rix, s. 164.

²⁴²¹ Hoefnagel, s. 14.

²⁴²² ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen, (Bernatonis, s. 407).

²⁴²³ Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 83.

²⁴²⁴ Sandler, s. 175, 187.

²⁴²⁵ Weber, *Tax Avoidance*, s. 87.

²⁴²⁶ Weber, *Tax Avoidance*, s. 87; s. 106.

Yerleşme serbestisine ilişkin doğrudan ayrımcılık konusunda AAD, Royal Bank of Scotland davasında²⁴²⁷; "*Yerleşik hale gelmiş içtihat hukukuna göre, sadece AB Anlaşmasınının 46. [Güncel Anlaşma md. 52/1] maddesindeki gibi açık bir zıt hukuki düzenleme, bu tür bir ayrımcılığı AB Anlaşmasına uyumlu hale getirebilir.*" şeklinde karar vermiştir²⁴²⁸. Dolayısıyla doğrudan ayrımcılık içeren düzenlemelerin, sadece bu maddede yer alan gerekçelere dayandırılması mümkündür; ancak düzenleme bu maddeye dayandırılrsa bile ölçülülük testinin şartlarını karşılaması gerekmektedir²⁴²⁹.

Buna göre, doğrudan ayrımcılık içeren ulusal düzenlemeler, sadece AB Anlaşmasınının 52/1. maddesine dayandırılması halinde, AB Anlaşmasını ihlal etmediği sonucuna ulaşılması mümkün olabilecektir.

b. Temel Serbestilerde Kısıtlama Yasağı

AB Anlaşmasında, temel özgürlüklere ilişkin olarak yasaklanmış bir başka önlem de ayrımcı olmayan (non-discriminatory restrictions) kısıtlamalardır²⁴³⁰. Bir ulusal düzenleme ayrımcı nitelik taşımaksızın dolaşım serbestisini daha az cazip hale getiren hükümler içermekte ise kısıtlayıcı düzenleme olarak adlandırılabilir²⁴³¹. Kısıtlama terimi, ev sahibi ülkenin kendi mukimlerinin veya vatandaşlarının diğer bir üye ülkenin pazarına girişinin önüne engel koyması durumunu ifade eden bir terimdir²⁴³². AB Anlaşması ve AB içtihat hukuku bazı durumlarda, temel özgürlükler arasında yer alan dolaşım serbestisini kısıtlayan ulusal düzenlemelerin uygulanmasına (istisna) izin vermektedir. AB Anlaşması ile garanti altına alınan temel özgürlüklerin istisnaları, Anlaşma ile sağlanan istisnalar (yazılı dayanaklar), genel kamu yararına dayalı haklı nedenler ("*Rule of Reason*", yazılı olmayan dayanaklar) ve AB hukukunun genel kuralları olarak sınıflandırılabilir²⁴³³. Buna göre, AB Anlaşması ile garanti altına alınan

²⁴²⁷ ECJ, Case C-311/97, (Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 78.).

²⁴²⁸ Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 78.

²⁴²⁹ Andersson ve Vrana, s.9; Bu maddelerde yazılı olarak belirtilen haklı nedenlere dayandırılan ulusal düzenlemelerin ayrıca haklı neden "*Rule of Reason*" testinin şartlarını da sağlaması gerekmektedir, Andersson ve Vrana, s. 10. Bu teste ilişkin bilgiler aşağıdaki bölümde yer almaktadır.

²⁴³⁰ Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 67; AAD tarafından son yıllarda bu terim yerine "*barrier*" veya "*hindrance*" terimi de kullanılmakta ise de bu terimler, vatandaşlık veya benzeri bir kriterine dayalı ayrımcılık taşımayan önlemleri ifade etmede yetersiz kalmaktadır, Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 67.

²⁴³¹ Weber, ayrımcı nitelik taşıyan önlemlere ilişkin yasak ile ayrımcı nitelik taşımayan düzenlemelere ilişkin yasağı, kısıtlama yasağı olarak adlandırmaktadır, Weber, *Tax Avoidance*, s. 87; s. 106, Fontana, ayrımcı olmayan düzenlemeleri kısıtlama terimi ile ifade etmiştir, Fontana, *II*, s. 322, kısıtlama terimi çalışmamızda da ayrımcı olmayan düzenlemelere karşılık olarak kullanılmıştır.

²⁴³² Fontana, *II*, s. 322.

²⁴³³ Weber, *Tax Avoidance*, s. 161.

temel özgürlükleri kısıtlayıcı ulusal düzenlemeler, AB Anlaşması hükümleri ve AAD tarafından geliştirilen prensip ve gerekçelere dayandırılabilir²⁴³⁴.

Aşağıdaki bölümde, AB Anlaşması ile sağlanan temel özgürlükleri kısıtlayıcı nitelik taşıyan ulusal düzenlemeleri, AB hukuku karşısında haklı kılan dayanaklar incelenmektedir.

aa. AB Anlaşması: Yazılı Dayanaklar

AB Anlaşması, temel özgürlüklerin kısıtlanma yasağına ilişkin birçok istisna (overriding reasons) içermekte ise de²⁴³⁵, burada sadece, Anlaşmanın KEYK düzenlemelerinin kısıtlama yaratma olasılığı olduğu ileri sürülen, sermayenin serbest dolaşımı ve yerleşme serbestisi maddeleri çerçevesinde inceleme yapılacaktır.

AB Anlaşmasının, sermayenin serbest dolaşımının garanti altına alındığı bölümde yer alan 65/1 (b) maddesinde; üye ülkelerin, özellikle vergilendirme alanında ulusal hukuk ve düzenlemelerin kötüye kullanımının önlenmesine ilişkin olarak kamu politikası ve kamu güvenliği gerekçelerine dayandırılmak suretiyle gerekli/zorunlu önlemleri almaya yetkili olduğu hükmü yer almakta olup, bu madde vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemeleri de kapsamına almaktadır²⁴³⁶.

Yine AB Anlaşmasının 52/1. maddesi, yerleşme serbestisini kısıtlayıcı nitelikteki ulusal düzenlemelerin, kamu politikası, kamu güvenliği ve kamu sağlığı gerekçelerine dayandırılabilirliği hükmünü içermektedir²⁴³⁷. Ancak AAD, yerleşme serbestisini kısıtlayıcı özellik taşıyan, kurumlar vergisine ilişkin ulusal düzenlemelerin, bu maddede yer alan gerekçelere dayandırılmasını onaylamaktan kaçınmaktadır²⁴³⁸.

bb. İçtihat Hukuku: Yazılı Olmayan Dayanaklar

Esas olarak Birlik hukukuna saygılı olunmasını güvence altına almak üzere kurulan AAD kararları; uyulması zorunlu, tüm Birlik açısından bağlayıcı özelliği olan

²⁴³⁴ Vanistendael, s. 414; Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 70.

²⁴³⁵ Weber, *Tax Avoidance*, s. 162; Malların serbest dolaşımına ilişkin 30. maddede, kişilerin serbest dolaşımına ilişkin 39 (3) maddede, emeğin serbest dolaşımına ilişkin 45 ve 46. maddelerde istisnalar yer almaktadır, Weber, *Tax Avoidance*, s. 162.

²⁴³⁶ Weber, *Tax Avoidance*, s. 162.

²⁴³⁷ EC Treaty, Art. 52 (1).

²⁴³⁸ Andersson ve Vrana, s. 9.

kaynaklar arasında yer almaktadır²⁴³⁹. AB içerisinde tam harmonizasyonun bulunmadığı bir ortamda, bir üye ülkenin vergilendirme alanında yer alan bir ulusal düzenlemenin, AB Anlaşması ile garanti altına alınan temel serbestîlerden birini ihlal etmesi, çelişmesi veya bunlardan sapma göstermesi durumunda, bu düzenleme AAD tarafından otomatik olarak temel özgürlüklerin ihlali olarak değerlendirilmemektedir²⁴⁴⁰. AAD, bu değerlendirmeyi yaparken, AB Anlaşmasında yer alan birçok istisnanın yanı sıra genel kamu yararı gerekçesine dayandırılan sebepleri de haklı neden/makul sebep olarak kabul etmektedir²⁴⁴¹. Buna göre sadece AB Anlaşması'nda yer alan istisnalara dayandırılmayan ayrımcılık içermeyen kısıtlayıcı ulusal düzenlemeler, AAD tarafından Casis de Dijon davasında²⁴⁴² geliştirilen ve "*Rule of Reason*" olarak adlandırılan bu kamu yararı gerekçesi içeren haklı nedenlere dayandırılabilir²⁴⁴³. Bu doktrin, AAD tarafından incelenen, dolaysız vergilere ilişkin bütün davalarda dikkate alınmıştır²⁴⁴⁴. Bu kapsamda AAD, Anlaşma ile garanti altına alınan temel özgürlüklerin dört şartla kısıtlanabileceğine veya daha az lehte olmasına izin verilebileceğine karar vermiş ve "*Gebhard Test*" olarak anılan²⁴⁴⁵ bir test geliştirmiştir²⁴⁴⁶;

- a) Düzenleme ayrımcı olacak şekilde uygulanmamalıdır,
- b) Genel menfaatlerin korunması için zorunlu bir düzenleme olmalıdır,
- c) Hedeflenen amaca ulaşmayı sağlamaya yönelik, uygun bir düzenleme olmalıdır,
- d) Hedeflenen amaca ulaşmak için gerekli olandan fazlasını içermemelidir (ölçülülük).

Ayrımcılık içeren ulusal düzenlemelerin aksine, ayrımcı nitelik taşımayan ulusal düzenlemeler/kısıtlamalar genel kamu yararı gerekçesine dayandırılan haklı nedene

²⁴³⁹ Nurettin Bilici, **Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri**, İkinci Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ağustos 2005, s. 148.

²⁴⁴⁰ Favi, s. 379.

²⁴⁴¹ Weber, *Tax Avoidance*, s. 162.

²⁴⁴² EJC, Case C-120/79, (Favi, s. 380).

²⁴⁴³ Weber "*haklı neden (Rule of Reason)*" terimi yerine, "*mücbir/zorlayıcı sebep (compelling reasons)*" terimini kullanmaktadır, Weber, *Tax Avoidance*, s. 162; Favi, "*kamu yararının gerektirdiği zorunlu nedenler (mandatory requirements of public interest)*" terimini kullanmaktadır, Favi, s. 380.

²⁴⁴⁴ Dahlberg, *Direct Taxation*, s. 70.

²⁴⁴⁵ Dahlberg, *CFC*, s. 599; Andersson ve Vrana, s. 9.

²⁴⁴⁶ Weber, *Tax Avoidance*, s. 96; Dahlberg, *CFC*, s. 599; ECJ 30 November 1995, Case C-55/94, Gebhard, para 6; ECJ 09 March 1999, Case C-212/97, Centros, para. 34.

dayandırılabilir²⁴⁴⁷. Dolayısıyla doğrudan vatandaşlık temelinde ayrımcılık içeren ulusal düzenlemeler, yazılı olmayan "*haklı neden*"e dayandırılmayacaktır²⁴⁴⁸.

AAD tarafından kabul edilen haklı nedenlerin başlıcaları; vergi sisteminin tutarlılığı²⁴⁴⁹ ve vergiden kaçınma ve vergi kaçakçılığı²⁴⁵⁰ olmakla birlikte, KEYK düzenlemelerinin de dayanağı olarak kabul edilebilecek haklı nedenlerin altı başlık altında incelenmesi mümkündür. Bu nedenler, KEYK düzenlemeleri ile bağlantılı olarak aşağıda detaylı olarak incelenmektedir.

cc. Ölçülülük İlkesi

AAD, kendisine tanınan yargılama yetkisi sınırları içinde, Birlik hukukunu yorumlarken, hukukun genel ilkelerini de göz önünde bulundurur²⁴⁵¹. AAD tarafından geliştirilmiş olan ölçülülük ilkesi, Birlik hukukunun genel ilkesidir²⁴⁵² ve AB Anlaşmasının eski 5. maddesiyle de teminat altına alınmıştır²⁴⁵³. AB Anlaşmasının değişik maddelerinde Birlik tasarrufları üzerinde sınırlayıcı bir faktör olarak açıkça ifade edilmiştir²⁴⁵⁴ ve ölçülülük denetiminde değişik unsurları değerlendirme ölçütü olarak²⁴⁵⁵ kullanılmaktadır. "*Ölçülülük ilkesi*"nin temel anlamı, bir önlemin, amacını gerçekleştirmek için gerekli olanın ötesine geçmemesidir²⁴⁵⁶. İlkeye göre, Birlik tasarrufları, Anlaşmanın amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan ölçünün ötesinde düzenlemeler öngöremezler²⁴⁵⁷. Başka bir ifadeyle, Topluluk tasarrufları yersiz müdahalelerde (üye ülkelerin takdir alanının ve hareket kabiliyetini daraltan)

²⁴⁴⁷ Weber, *Tax Avoidance*, s. 163; AAD kararlarında, herhangi bir alanda tam harmonizasyon olması halinde, mücbir sebep gerekçesinin kullanılamayacağını, dolayısıyla bu gerekçenin kullanılma alanının, harmonizasyonun derecesine bağlı olduğunu belirtmektedir, ECJ, 31 March 1993, Case C-19/92, Kraus, para. 34, Weber, *Tax Avoidance*, s. 163; Helminen, *Future for CFC*, s. 120.

²⁴⁴⁸ Weber, *Tax Avoidance*, s. 163; Helminen, *Future for CFC*, s. 120.

²⁴⁴⁹ Weber, *Tax Avoidance*, s. 163.

²⁴⁵⁰ Vanistendael, s. 414.

²⁴⁵¹ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 74; Topluluk hukukunun genel ilkeleri; (1) Eşitlik, (2) Yasal Kesinlik ve Hükümlerin Geriye Etkili Olmaması, (3) Hukuki Güvenlik, (4) Temel İnsan Hakları ve (5) Ölçülülük'tür, Bozkurt, Özcan ve Köktaş, s. 123-125; Hukuki güvenlik ilkesi, ceza hükümlerinin geriye etkili olmaması, müstesna haklar, beklenen haklar, mesleki sırrı saklama imtiyazı, tabii hakim ve usulüne göre işlem gibi alt ilkeleri de içerir, ayrıca dürüstlük, eşit işlem ve özen göstermeye ilişkin kurallar, genel hukuk ilkeleridir, Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 74.

²⁴⁵² Liszicza, s. 321; Bunun anlamı, ne birincil hukuk, ne de ikincil hukuk olmaması, AAD tarafından Birlik hukukunun tamamlayıcı kaynağı olarak geliştirilmiş olmasıdır. Üye ülkelerin hepsinin ulusal hukuk sisteminde yer almadığı için de ulusal mahkemeler nezdinde meşruluğu tartışmalıdır, Liszicza, s. 321.

²⁴⁵³ Bu ilke, Alman hukukundan alınmıştır, Aron Mifsud-Bonnici, "The role of the Court of Justice in the development of the General Principles of Community Law", 1996, <http://www.mifsudbonnici.com/lexnet/articles/artgenprinc.html> (01.03.2010).

²⁴⁵⁴ Bozkurt, Özcan ve Köktaş, s. 124.

²⁴⁵⁵ Metin, s. 88.

²⁴⁵⁶ Liszicza, s. 321.

²⁴⁵⁷ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 101.

bulunamazlar²⁴⁵⁸. AAD'ye göre, demokratik bir toplumda özgürlüklerin sınırlandırılmasının hukuka uygun olabilmesi için sınırlama ve izlenen amaç arasında ölçülü bir oranın bulunması gerekir²⁴⁵⁹. Ölçülülük ilkesi, haklı neden testinin (Rule of Reason test) bir parçası olarak kabul edilmektedir²⁴⁶⁰. AAD tarafından düzenli olarak her davada kullanılsa da²⁴⁶¹, birçok kararda yer verilen²⁴⁶² ve genel ilke olarak kabul görmüş olan bu ilke, iki temel bileşene sahiptir²⁴⁶³;

- c) Alınan önlem, hedeflenen amaca ulaşmayı garanti altına almaya uygun olmalıdır,
- d) Hedeflenen amaca ulaşmada, temel özgürlükleri gerekenden daha fazla sınırlandırmamalıdır.

AAD'ye göre, temel özgürlüklerin uygulanmasını kısıtlamaya veya daha az lehte olmasına neden olabilecek, (yani kısıtlayıcı veya dolaylı ayrımcı nitelik taşıyan) ulusal düzenlemelerin mutlaka ölçülülük testini geçmesi gerekmektedir²⁴⁶⁴.

Sonuç olarak ölçülülük ilkesi Birliğe, gerçekleştireceği tüm tasarruflarda üye ülkelerin takdir alanına ve hareket kabiliyetine en az müdahale edici yöntemi seçerek, ulaşmak istediği amaca ulaşmasını sağlayan en alt yoğunlukta düzenlemeler yapması zorunluluğunu getirir²⁴⁶⁵.

II- AB HUKUKUNA ÖZEL BAKIŞ

1. KEYK Düzenlemelerinin Temel Serbestilerle İlişkilendirilmesi

KEYK düzenlemelerine AB Anlaşması hükümlerinin uygulanıp uygulanamayacağına ilişkin farklı görüşlerin mevcudiyetinin yanı sıra esas tartışma, AB Anlaşmasının uygulanması durumunda, hangi maddelerin uygulanması gerektiğine

²⁴⁵⁸ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 101.

²⁴⁵⁹ Metin, s. 88.

²⁴⁶⁰ Favi, s. 382.

²⁴⁶¹ Weber, *Tax Avoidance*, s. 209.

²⁴⁶² ECJ 15 May 1997, Case 250/95, Futura and Singer; ECJ 16 July 1998, Case 264/96, ICI; ECJ 21 November 2002, Case 436/00, X,Y (Frenckell, s. 118)

²⁴⁶³ Frenckell, s. 118; AAD, ölçülülük ilkesine ilk kez 1968 yılında, Comission v. Italy davasında (ECJ, Case C-7/68) yer vermiş olup, daha sonra, Denkavit (ECJ, Case C-266/84) ve Garage Molenheide (ECJ, Case C-286/94) davası gibi birçok davada kullanılmıştır, Frenckell, s. 118.

²⁴⁶⁴ ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen; ECJ 09 March 1999, Case C-212/97, Centros, (Frenckell, s. 118).

²⁴⁶⁵ Tekinalp, *Tekinalp/Tekinalp*, s. 102.

ilişkindir²⁴⁶⁶. KEYK düzenlemesi, sınır ötesi/ülkeler arası işleme uygulanması nedeniyle temel özgürlüklerin kapsamına girmektedir. Ayrıca, KEYK düzenlemeleri, ulusal hukuk ile getirilen şartlara bağlı olarak KEYK'lerin mukim ortağına uygulanmakta, bu prensip de düzenlemelerin yerleşme serbestisi kapsamına girmesine neden olmaktadır²⁴⁶⁷. KEYK'lere ilişkin yerleşme serbestisi, tali yerleşme serbestisidir. KEYK düzenlemeleri mukim mükelleflerin diğer üye ülkelerde mukim olan ve kontrol ve yönetimleri altında bulunan yavru şirketlerin kazançlarını mukim ortaklar elinde vergilendirmesi nedeniyle yerleşme serbestisini, diğer üye ülkelere ve üçüncü ülkelere sermaye ve para transferi yapma özgürlüklerini kısıtlaması nedeniyle de sermayenin serbest dolaşımını, ihlal etmektedir²⁴⁶⁸.

KEYK düzenlemesi, yabancı bir pazara girişi engelleyen bir düzenleme olması nedeniyle "*kısıtlama*" olarak kabul edilmelidir²⁴⁶⁹. Üye ülkeler mukim şirketlerin diğer ülkelerde yatırım yapmasını kısıtlayıcı ve yurtiçinde yapılan yatırımlardan daha az avantajlı hale getiren düzenlemeler yapamazlar²⁴⁷⁰. Yazında, KEYK düzenlemesinin "*ayrımcılık*" niteliği²⁴⁷¹ ya da "*kısıtlama*" niteliği taşıdığı konusunda farklı görüşler yer almaktadır. Ancak, KEYK düzenlemelerinin doğrudan ayrımcılık niteliği taşımaması nedeniyle, bu tür bir ayırım, AB Anlaşmasının ihlali ve haklı neden uygulaması açısından önemli bir fark oluşturmamaktadır.

Temel serbestilerde ayırım yasakları değerlendirilirken, karşılaştırılabilir koşullar altındaki kişilere yönelik farklı muamelenin haklı bir nedene dayanıp dayanmadığı değerlendirilir, haklı neden, farklı uygulamaları ayırım yasağı kapsamından çıkarır²⁴⁷². Bu durumda düzenlemenin AB hukukunu ihlal edip etmediğinin incelenmesi için öncelikle KEYK düzenlemesinin keyfi ayrımcılık veya zımni kısıtlama içeren bir yapıda olup olmadığının, ardından da AB Anlaşmasında yazılı istisnalara ve yazılı olmayan kamu yararı eksenli haklı nedene dayandırılmasının mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir.

²⁴⁶⁶ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 40.

²⁴⁶⁷ Lang, *CFC Legislation*, s. 374-375.

²⁴⁶⁸ Helminen, *Future for CFC*, s. 120.

²⁴⁶⁹ Dahlberg, *CFC*, s. 598; Fontana, *II*, s. 322.

²⁴⁷⁰ Thömmes, s. 188.

²⁴⁷¹ Ullah, s. 636; Borges, KEYK düzenlemesinin, yurt dışı kurumlar ile mukim kurumlar arasında farklı vergisel durum yaratması nedeniyle ayrımcı düzenleme olduğu görüşündedir, Borges, s. 556

²⁴⁷² Yaltı, Avrupa Birliği, s. 97.

KEYK düzenlemesi, sermayenin serbest dolaşımı önünde bir engel oluştursa da, aynı ülkede yapılan yatırımlar açısından aynı durumda olanlar arasında ayrımcı bir düzenleme yaratmamaktadır²⁴⁷³. Sandler, bir KEYK düzenlemesinin, AB Anlaşması ile garanti altına alınan sermayenin serbest dolaşımı serbestîsi karşısında ayrımcı nitelik taşıyabileceğini, çünkü düzenleme kapsamında, bazı üye ülkelerde yapılan yatırımlardan elde edilen gelirler KEYK'in mukim ortaklarına atfedilmezken, diğer üye ülkelerde yapılan yatırımlardan elde edilen gelirler KEYK'in mukim ortaklarına atfedilmekte olduğunu ve dolayısıyla diğer üye ülkelerde sermaye yatırımı yapılmasının önüne kısıtlayıcı bir engel getirildiğini savunmaktadır²⁴⁷⁴. AAD yabancı ülkelere elde edilen kar paylarının vergilendirilmesine ilişkin bir kararında²⁴⁷⁵, sermayenin serbest dolaşımı kapsamında, düzenlemenin hiçbir durumda keyfi ayrımcılık veya zımni kısıtlama niteliği taşımadığı belirtilmiştir²⁴⁷⁶.

KEYK düzenlemesi yerleşme serbestîsini de kısıtlar nitelikte bir düzenlemedir²⁴⁷⁷. Çünkü birçok düzenleme, KEYK ortaklarına ilave vergi yükü ve uyum maliyeti getirmekte, dolayısıyla yabancı pazara girişin önünde engel oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle, KEYK'lerin ortaklarının mukim olduğu ülkede ikinci bir muhasebe ve belge düzenine sahip olması zorunluluğu²⁴⁷⁸, bölgesel yaklaşımın benimsendiği sistemlerde efektif vergi yükünün hesaplanmasında ve küresel yaklaşımda kazancın bileşiminin tespitinde karşılaşılan zorluklar ile mukim ortaklara kaydırılan ispat yükü gibi kısıtlayıcı düzenlemeler, KEYK düzenlemelerinin uyum maliyetine örnek oluşturacak özellikleridir²⁴⁷⁹. Sonradan dağıtılmış olsa ve tüm vergi mahsupları ve indirimleri yapılmış olsa bile, henüz dağıtılmamış bir kar payı üzerinden önceden vergilendirilmesi nedeniyle ortaklar (paranın zaman değeri) gelir kaybı ile karşı karşıya kalmakta, başka bir ifadeyle geçici de olsa yabancı kurumun dağıtılmamış kazancı üzerinden bir vergilemeye tabi tutulması, ortakların ilave vergi yükü ile karşı karşıya kalmaları

²⁴⁷³ Favi, s. 377; Almudi, s. 579.

²⁴⁷⁴ Sandler, s. 179; Sandler, KEYK düzenlemesinin, bir üye ülkenin, kendi mukimlerini bir başka üye ülkedeki yavru şirket karları üzerinden vergilendirirken, bir diğer üye ülkede mukim yavru şirketlerin karları üzerinden vergilendirmemesi nedeniyle, yabancı yatırımları daha az cazip hale getirmekte olduğunu ve bu nedenle sermayenin serbest dolaşımını kısıtlayıcı özellik taşıdığını savunmaktadır, Sandler, s. 178 ve 187; Thömmes, s. 188.

²⁴⁷⁵ ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen, paras. 43-44.

²⁴⁷⁶ Favi, s. 378.

²⁴⁷⁷ Favi, s. 375.

²⁴⁷⁸ AAD, bir şube ile ilgili Futura and Singer kararında, bu tür zorunlulukların AB hukukuna aykırı olduğuna karar vermiştir. Şubelerle ilgili bu çifte yük bir aykırılık oluşturmakta ise, bağımsız hukuki şirket yapısındaki KEYK'lere yönelik bu tür bir yük, daha açık bir aykırılık oluşturmaktadır(ECJ 15 May 1997, Case C-250/95, Futura and Singer)(Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 43; Frenckell, s. 121).

²⁴⁷⁹ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 42.

sonucunu doğurmakta ve yabancı yatırımları kısıtlayıcı bir durum oluşturmaktadır²⁴⁸⁰. Sandler, KEYK düzenlemesinin mukim olmayanlar ile mukim olanlar arasında farklı bir vergileme yaratması ve belki mukim mükelleflere, mukim olmayan mükelleflere sağlanmayan bazı özel ve genel indirimler sağlanması yoluyla farklı vergi yükü yaratması nedenleriyle, yerleşme serbestisi karşısında dolaylı (covert) ayrımcılık niteliği taşıyan bir kısıtlama olduğunu ifade etmektedir²⁴⁸¹.

Temel özgürlüklerin kullanılmasının önündeki bir başka kısıtlama da azınlık ortaklarının da KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesidir. Tüm hissedarların yabancı kurumun kar payı dağıtım kararı üzerinde etkili olması söz konusu olsa bile, kar dağıtımının gerçekleştirilmesi, yatırımın verimliliğini azaltan bir durum yaratabilir²⁴⁸².

KEYK düzenlemelerinin bu özellikleri, diğer bir üye ülke ile bağlantısı olan mukimlere uygulanan bir dolaylı ayrımcılığın ya da bir kısıtlamanın var olduğunun göstergeleridir²⁴⁸³. Zira vergilendirme alanında ortaya çıkan ayrımcılık, vatandaşlık temeline dayalı bir ayrımcılık olmadığından, KEYK düzenlemelerinin doğrudan ayrımcılık içeren düzenlemeler olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Kısıtlayıcı nitelikte ve dolaylı ayrımcılık içeren düzenlemelerin ise, sadece AB Anlaşmasında yer alan hükümlere (istisnalara) ve AAD tarafından geliştirilen "haklı neden" doktrinine dayandırılması halinde AB Anlaşması ile uyumlu bir düzenleme olarak kabul edilmesi mümkündür. Buna göre, doğrudan keyfi ayrımcılık niteliğini taşımayan, dolaylı

²⁴⁸⁰ Fontana, *II*, s. 323; Kurum perdesinin kaldırılması yönteminin benimsendiği KEYK düzenlemeleri kapsamında yapılan vergilendirmelerde, çifte vergilendirme anlaşmalarının, herhangi bir mahsuba izin vermemesi durumunda mukim ortakların geçici veya daimi ekonomik çifte vergilendirme ile karşı karşıya kalmaları, yabancı kurumun ilgili dönem hesaplarının zararlar sonuçlanması ya da çeşitli nedenlerle fiili kar dağıtımının yapılmayacak olması durumunda, ortakların KEYK düzenlemesi kapsamında fuzulen vergi ödemeleri sonucunu doğurması ve fiktif kar payı yönteminin benimsendiği sistemlerde, KEYK'in mukim olduğu ülkenin, fiili kar payı dağıtımı yapılmaya kadar vergi (gelir (Stopaj) vergisi) tahakkuk ettirmemesi nedeniyle, iki ülke arasında gerçekleşen vergilemede zaman uyumsuzluğundan kaynaklanan mahsup imkânsızlıklarının ortaya çıkması nedenleriyle KEYK düzenlemeleri kısıtlayıcı nitelikte düzenlemeler olarak kabul edilebilir, Fontana, *II*, s. 323; Fiktif kar payı dağıtımı uygulaması ile sadece mukim ortakların kazanç kaybına uğramasına neden olunmakta, bazı durumlarda ortaklar kazanç kaybına uğramasalar da, bazı düzenlemelerin sadece fiili kar payı dağıtımlarında ödenen vergilerin mahsubuna izin verilmesi veya KEYK'in mukim olduğu ülkede ödenecek vergilerin, fiili kar payı dağıtımından önce tahakkuk ettirilmemesi nedeniyle hukuki veya ekonomik çifte vergilendirmeye maruz kalmalarına neden olmaktadır, Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 42.

²⁴⁸¹ Sandler, s. 186; Aynı şekilde, bölgesel yaklaşımın benimsendiği bir KEYK düzenlemesi, bir üye ülkede mukim bir şirketi, bazı üye ülkelerdeki yavru şirketlerin dağıtılmamış karları üzerinden vergilendirirken, bazı üye ülkelerdeki yavru şirket karları üzerinden vergilendirmemesi nedeniyle de, AB Anlaşması ile garanti altına alınan yerleşme serbestisi karşısında dolaylı (covert) ayrımcılık niteliği taşıyan bir kısıtlamadır²⁴⁸¹. Küresel yaklaşımın benimsendiği ve KEYK'in mukim olduğu ülke ve elde ettiği gelirlerin tümünü hiçbir istisna uygulamaksızın vergilendiren bir KEYK düzenlemesi, (Yeni Zelanda örneğinde olduğu gibi) de AB Anlaşmasını hem sermayenin serbest dolaşımı, hem de yerleşme serbestisi kapsamında ihlal eden bir kısıtlama olarak kabul edilebilir, çünkü mukimlerin ülke dışında yatırım yapmasını engellemektedir. Bu özellikteki bir düzenleme ayrımcı bir nitelik taşımasa da "haklı neden"e dayandırılmaz, çünkü ölçülülük testini geçemez, Sandler, s. 182 ve 190; Borges, s. 556.

²⁴⁸² Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 42.

²⁴⁸³ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 40–42.

ayrımcılık/kısıtlama niteliği taşıyan ve dolayısıyla yerleşme serbestisi ve sermayenin serbest dolaşımı önünde bir engel oluşturan KEYK düzenlemelerinin yukarıda belirtilen özelliklerinin, AB Anlaşması ile uyumlu olup olmadığının, AB Anlaşmasında yer alan (istisna) hükümlere ve AAD tarafından geliştirilen "*haklı neden*" doktrini ve "*ölçülülük ilkesi*" çerçevesinde incelenmesi mümkün ve gereklidir.

Ölçülülük açısından incelendiğinde, KEYK düzenlemeleri sadece vergi kanunlarını dolanma amacını taşıyan tamamen yapay girişimleri hedeflese de kapsamı gereğinden geniş belirlenmiş ise, bu da ölçülülük ilkesinin ve AB Anlaşmasını ihlali anlamını taşır²⁴⁸⁴. Bu nedenle KEYK düzenlemesinin uygulanmadan önce olay bazında ayrı ayrı ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığı incelenmeli ve sadece kötüye kullanmanın önlenmesi anlamında ölçülülük ilkesine uygunluğu değil, farklı anlamlardaki kötüye kullanmaların önlenmesinde ölçülülüğe uygunluğu test edilmelidir²⁴⁸⁵.

Diğer taraftan, KEYK düzenlemeleri kapsamına giren AB üye ülkeleri ile üçüncü ülkeler arasındaki sermaye hareketleri açısından incelendiğinde, düzenlemelerin AB Anlaşmasını ihlal etmesi konusunda bazı belirsizlikler ortaya çıkmaktadır. AB Anlaşmasının sermayenin serbest dolaşımına ilişkin md. 63'ün lafzı, hem üye ülkeler, hem de üye ülkelerle üçüncü ülkeler arasındaki sermaye ve nakit hareketlerini içerse de, AB Anlaşması ve bilgi değişimine ilişkin Direktifin üçüncü ülkeler üzerinde bağlayıcı bir nitelik taşımaması nedeniyle, üçüncü ülkelerde kurulan şirketlere uygulanan KEYK düzenlemelerinin, AB anlaşmasını ihlal edip etmediği konusunda her iki yönde de yorum yapılabilir²⁴⁸⁶.

AAD, bir düzenlemenin kötüye kullanma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin belirlemeyi, ulusal mahkemelere bırakmış olduğundan, bu konuda kararın AB hukukunun özel düzenlemelerini dikkate alarak ulusal mahkemeler tarafından verilmesi gerekmektedir²⁴⁸⁷.

²⁴⁸⁴ Ullah, s. 638; Frenckell, s. 121; Dado ve Sedmihradsky, s. 136; Borges, KEYK düzenlemelerinin haklı bir nedene dayandırılmasının mümkün olmaması nedeniyle ölçülülük ilkesine uygunluğunun tartışılmasına gerek olmadığı görüşündedir, Borges, s. 557.

²⁴⁸⁵ Favi, s. 388.

²⁴⁸⁶ Helminen, *Future for CFC*, s. 122.

²⁴⁸⁷ Weber, *Tax Avoidance*, s. 176.

2. AAD'nin Genel İctihatlarındaki Haklı Nedenlerin KEYK Düzenlemelerine Uygulanması

Dolaysız vergilere ilişkin AAD yargı kararları incelendiğinde, haklı neden olarak ileri sürülen birçok gerekçenin, AAD önüne gelen davalarda incelendiği, ancak bunların çok azının haklı neden olarak kabul edildiği tespit edilmektedir. Vergi sisteminin tutarlılığı, egemenlik ilkesi ve mali denetimin verimliliği, haksız vergi rekabeti, vergi gelirlerinde azalma veya vergi oranlarının düşüklüğü, sermaye ihracatı tarafsızlığı, vergiden kaçınma ve kötüye kullanma, bu nedenlerin başlıcalarını oluşturmaktadır.

AB Anlaşması ile garanti altına alınan temel özgürlükleri kısıtlayıcı, doğrudan ayrımcı nitelik taşımayan ulusal düzenlemeler genel kamu yararı gerekçesine dayandırılan mücbir sebeplere, yani "*haklı neden*"e dayandırılabilir²⁴⁸⁸ ve KEYK düzenlemeleri de doğrudan ayrımcı nitelik taşımayan, kısıtlayıcı nitelikteki düzenlemeler olduğundan, AAD tarafından geliştirilen haklı nedenlere dayandırılarak, düzenlemenin haklılığı savunulabilir. AAD tarafından karara bağlanan KEYK düzenlemelerine ilişkin davalar da dâhil olmak üzere dolaysız vergilere ilişkin davalar dikkate alındığında, sadece ulusal vergi hukukunu dolanmayı amaçlayan tamamen yapay girişimlerin²⁴⁸⁹ yerleşme serbestinin kötüye kullanılması olarak tanımlandığını ve sadece bu durumun önlenmesini hedefleyen düzenlemelerin, AB hukukunu ihlal etmeksizin uygulanabileceğine karar verdiği tespit edilmektedir. Ancak bu düzenlemelerin; ayrımcılığa yol açacak şekilde uygulanmaması, kamu yararı amacının gerçekleştirme bakımından zorunlu olması, hedeflenen amacın sağlanmasına uygun olması ve bu hedefi aşan özellikte olmaması şartlarını taşıması gerekmektedir.

Aşağıda, AAD kararları çerçevesinde dolaysız vergilere ilişkin olarak KEYK düzenlemeleri hakkındaki içtihatlardan daha önce verilen kararlarda yer alan ve KEYK düzenlemelerine de uygulanması mümkün olan haklı nedenler incelenmektedir.

²⁴⁸⁸ Bkz., § 13 Bölüm, I/3-b kısım.

²⁴⁸⁹ ECJ 16 July 1998, Case C-264/96, ICI, para. 20.

a. Mali Sistemin Tutarlılığı/Bütünleyici Yöntem

Temel özgürlüklere ilişkin ayrımcılık veya diğer kısıtlamalar, kamu yararı gerekçesine dayandırılabilir²⁴⁹⁰. Üye ülkeler vergi politikalarını belirlerken kullandıkları prensipleri, vergilendirme yetkileri çerçevesinde belirleme yetkisini haizdir²⁴⁹¹. Buna bağlı olarak, ulusal vergi sistemlerinin tutarlılığının sağlanması için gerekli olan vergi kanunları, farklı gerekçelerle dayandırılarak yürürlüğe konabilir²⁴⁹². Bu gerekçelerden birisi de ulusal vergi sistemlerinin tutarlılığının korunmasıdır²⁴⁹³. "*Mali sistemin tutarlılığı*", vergi matrahından indirilebilir tutarlarla, bu tutarlara ilişkin gelirlerin vergilendirilebilirliği arasında doğrudan bir bağlantı olması²⁴⁹⁴ şeklinde tanımlanmaktadır²⁴⁹⁵. AAD, Bachmann²⁴⁹⁶ kararında, "*vergi sisteminin tutarlılığının korunması gerekliliğini*", genel kamu yararına dayandırılan bir haklı neden olarak kabul etmiştir²⁴⁹⁷. Buradaki haklı neden, vergi sisteminin bütünlüğü üzerine kuruludur ve ilgili kuralın diğer kurallarla olan bağlantısı, kurallar arasında korelasyon bulunup bulunmadığı değerlendirilmiştir²⁴⁹⁸. Verkooijen kararında ise mali sistemin tutarlılığını genel ifadelerle; "yasa ile vergi avantajı sağlama ve bu avantajı yasa ile ortadan kaldırma (the grant of a tax advantage and the offsetting of that tax advantage by fiscal levy)" olarak tanımlamıştır²⁴⁹⁹.

Mükellefler vergi sisteminde yer alan ve kendileri için avantaj sağlayabilecek bazı düzenlemelerden faydalanmaları nedeniyle, bu avantajlar ile dengelenebilecek

²⁴⁹⁰ Westerlund, s. 45.

²⁴⁹¹ Sandler, s. 189.

²⁴⁹² Andersson ve Vrana, s. 10.

²⁴⁹³ Yalti, "*mali sistemin tutarlılığı*" terimi yerine "*mali birlik*" terimini kullanmaktadır, Yalti, *Avrupa Birliği*, s. 97.

²⁴⁹⁴ ECJ 14 November 1995, Case C-484/93, Svensson/ Gustavsson, para. 26 (Favi, s. 380).

²⁴⁹⁵ Favi, s. 380; Favi, tutarlılığı; avantajlı ve avantajlı olmayan düzenlemeler arasındaki doğrudan bağlantı olarak tanımlamaktadır, Glad, s. 524.

²⁴⁹⁶ ECJ, 28 January 1992, Case C-204/90, Bachmann, para. 24.

²⁴⁹⁷ Bachmann davası, gelir vergisine ilişkin bir dava olmakla birlikte, genel çerçevesi itibarıyla kurumlar vergisine ilişkin davalara da uygulanabilecek özelliğindedir. Hanns-Martin Bachmann, bir Alman vatandaşıdır ve Belçika'da yaşamakta ve çalışmaktadır. Belçika vergi idaresi, mükellefin Belçika'ya yerleşmeden önce imzalamış olduğu hastalık ve sakatlık sigortası ve hayat sigortası üzerinden Almanya'da ödenen primlerin, mükellefin toplam gelir vergisi üzerinden mahsubuna izin vermemiştir. Oysaki Belçika vergi kanunlarına göre, Belçika'da mukim sigorta şirketlerine veya Belçika'da işyeri bulunan yabancı sigorta şirketlerine ödenen benzer primlerin mahsubuna izin verilmektedir. Bachman, uygulamanın, kişilerin serbest dolaşımı ve hizmetlerin serbest dolaşımı serbestlerine uygun olup olmadığının belirlenmesi için AAD'na başvurmuştur. AAD, ayrımcı nitelik taşımayan düzenlemenin/önlemin genellikle diğer üye ülkelerin vatandaşlarını etkilediğini ve işyeri şartının da hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtladığına, ancak bu kısıtlamanın, vergi sisteminin tutarlılığı açısından zorunlu bir önlem olduğuna karar vermiştir, ECJ, 28 January 1992, Case C-204/90, Bachmann, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61990J0204:EN:HTML> (21.03.2010); Rust, s. 274; Weber, *Tax Avoidance*, s. 236; Glad, s. 524; Westerlund, s. 45; Andersson ve Vrana, s. 10; Sullivan, s. 49; Frenckell, s. 118.

²⁴⁹⁸ Yalti, *Avrupa Birliği*, s. 97.

²⁴⁹⁹ ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen, para. 57 (Helminen, s.216).

dezavantaj oluşturan bazı düzenlemelere de katlanmak zorundadırlar²⁵⁰⁰. AAD, benzer şekilde birçok davada²⁵⁰¹; bir üye ülke tarafından sağlanan vergisel avantajların, bir diğer ülke tarafından kısıtlama uygulanmak suretiyle ortadan kaldırılamayacağına²⁵⁰², çünkü bu tür dengeleyici bir vergi aracının Birlik tek pazarına ve kurumlarına zarar verdiğine²⁵⁰³ karar vermiştir²⁵⁰⁴. Bununla birlikte, bir mükellef nezdinde oluşan avantajın, bir başka mükellef nezdinde telafi edilmesi mümkün olmayacağından, bu avantaj ve dezavantajların aynı mükellefte birleşmesi²⁵⁰⁵ ya da mükellefler arasında doğrudan bir bağlantı olması²⁵⁰⁶ gerekmektedir²⁵⁰⁷.

²⁵⁰⁰ Rust, s.274.

²⁵⁰¹ ECJ 28 January 1986, Case C-270/83, Avoir Fiscal, para. 21; ECJ 16 October 1999, Case C-294/97, Eurowings, paras. 44-45; ECJ 27 June 1996, Case C-107/94, Asscher, para. 32 (Fontana, *II*, s. 325; Peters, s. 458).

²⁵⁰² a) Haslinger, Eurowings davasındaki olayın iki ilişkisiz taraf arasında olduğunu, oysaki KEYK düzenlemeleri açısından, şirket ve hissedarlarının ayrı ve ilişkisiz kişi olarak kabul edilemeyeceğini, bu nedenle de bu gerekçenin, AAD tarafından KEYK'lere ilişkin olarak kabul edilebileceğini savunmaktadır, Haslinger, s. 93.

b) KEYK'in mukim olduğu ülkede uygulanan düşük vergileme nedeniyle, yabancı kaynaklı gelir ile yurtiçi kaynaklı gelir üzerindeki vergi yükünü eşitlemek gibi bir gerekçenin AAD tarafından kabul edilmesinin, yatırımı yapıldığı ülkedeki düşük vergilemenin, mukim olunan ülkedeki yatırımcıya kısıtlayıcı muamele yapılmasına izin verilmesi anlamına geleceğini, bu nedenle bu gerekçenin haklı neden olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır, Uustalu, s. 188.

²⁵⁰³ ECJ 16 October 1999, Case C-294/97, Eurowings (Fontana, *II*, s. 325; Peters, s. 458).

²⁵⁰⁴ Fontana, *II*, s. 325; Peters, s. 458.

²⁵⁰⁵ a) Svensson/ Gustavsson Davası: Peter Svensson ve Lena Gustavsson, Lüksemburg vatandaşı bir çifttir. Lüksemburg'da mukim olmayan bir bankadan kullanmış olduğu kredinin yapılandırılması için Lüksemburg'dan faiz desteği yapılmasını talep etmiş, ancak kredi kullanılan bankanın bir başka üye ülkede mukim olması nedeniyle talepleri reddedilmiştir. AAD, bu önleyici düzenlemenin sermayenin serbest dolaşımı ve hizmetlerin serbest dolaşımını kısıtlayıcı bir düzenleme olduğuna, ancak Bachmann kararının aksine, kredi kullananlara tanınan faiz desteğinin tarafları ile kredi kuruluşunun kazancı üzerindeki vergi arasında doğrudan bir bağ bulunmaması nedeniyle, Lüksemburg'un mali sistemin tutarlılığı dayanağını haklı bir neden olarak kabul etmemiştir, ECJ 14 November 1995, Case C-484/93, Svensson/Gustavsson, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993J0484:EN:HTML> (21.03.2009), Weber, *Tax Avoidance*, s. 241; Westerlund, s. 46;

b) Eurowings Davası: Eurowings Luftverkehrs AG, Almanya ve Avrupa'da tarifeli ve charter uçuş yapan Almanya'da mukim bir şirkettir. 1993 yılında İrlanda'da mukim bir şirketten, İrlanda vergi sisteminde mevcut vergi avantajı nedeniyle finansal kiralama yoluyla bir uçak satın almıştır. Alman vergi sisteminde, finansal kiralama giderlerinin mahsubuna ilişkin bir düzenleme yer almakta, ancak bu imkândan sadece Almanya'da mukim şirketlerden yapılan finansal kiralamalar yararlanmaktadır. Dolayısıyla yabancı ülkelerden kiralanan varlıklar, mükelleflerin toplam vergi matrahına dâhil edilmektedir. AAD, düzenlemenin sermayenin serbest dolaşımını kısıtlayıcı bir düzenleme olduğuna karar vermiştir. Almanya önlemin, yurt dışında mukim olması nedeniyle Almanya'da vergilendirilmeyen finansal kiralama giderlerinin vergilendirilmesini amaçladığını savunmuştur. AAD, iki farklı vergi ve iki farklı mükellef arasında doğrudan bir bağlantının olmadığına karar vermiştir, ECJ 16 October 1999, Case C-294/97, Eurowings, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61997J0294:EN:HTML> (21.03.2009), Fontana, *II*, s. 324; Westerlund, s. 47; Haslinger, s. 93.

c) Baars Davası: Hollanda vergi sisteminde, Servet Vergisine ilişkin bir istisna hükmü yer almaktadır. Belirli hisse senedi gelirlerine istisnanın uygulanması için gereken şart, mükellefin Hollanda'da mukim bir şirketin hisse senedine sahip olmasıdır. Hollanda'da mukim Baars, İrlanda'da mukim bir şirketin hisse senedine sahiptir ve bu şirketten elde edilen gelirlere söz konusu istisna uygulanmadığı için, düzenlemenin vatandaşlık temelinde ayrımcı bir düzenleme olduğunu düşünmektedir. AAD, düzenlemeyi ayrımcı bir düzenleme olarak kabul etmiş ve yerleşme serbestisini kısıtlayıcı bir düzenleme olduğuna karar vermiştir. Hollanda düzenlemenin vergi sisteminin tutarlılığı için zorunlu bir düzenleme olduğunu, çünkü istisnanın mükerrer vergilendirmeyi önlemeyi amaçladığını, mükellefin şirket bünyesinde yapmış olduğu yatırım sonucu elde edilen gelirin şirket bünyesinde vergilendirilmesi nedeniyle, ikinci bir kez mükellef nezdinde vergilendirilmemesini amaçladığını, oysaki yurt dışında mukim bir şirketin kazançları Hollanda'da vergilendirilmediğinden, yabancı şirketlerden elde edilen kazançların Hollanda'da ikinci kez vergilendirilmesinin söz konusu olmadığı, bu nedenle de ilgili istisna hükmünün uygulanmasına gerek olmadığı savunmuştur. AAD, iki farklı vergi ve iki farklı mükellef arasında doğrudan bir bağlantının olmadığına karar vermiştir, ECJ 13 April 2000, Case C-251/98, Baars, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0251:EN:HTML> (21.03.2009), Weber, *Tax Avoidance*, s. 242.

d) Verkooijen Davası: Hollanda vergi sisteminde kar paylarına ilişkin bir istisna yer almaktadır. Ancak istisna hükmünün uygulanabilmesi için kar payının Hollanda'da mukim bir şirketten elde edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla yurt dışında mukim bir şirketten elde edilen kar paylarına istisna hükmünün uygulanması mümkün değildir. AAD, bu

AAD, mukim ve mukim olmayan ortakların farklı vergisel durumlarının karşılaştırılabilir durum olarak kabul edilemeyeceğini, çünkü mukim şirketler ulusal kanunlara göre vergilendirilirken, yabancı kurumların vergilendirilmediğini, başka bir ifadeyle, mukim şirketlere tanınan istisnanın, yabancı şirketlere tanınmadığını, bu durumun ise yerleşme serbestisini kısıtladığını²⁵⁰⁸ ifade ederek, bu gerekçenin haklı neden olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir²⁵⁰⁹. Ayrıca AAD, şirket ve ortaklarının farklı vergilere tabi tutulan ayrı mükellefler olduklarını²⁵¹⁰ ve şirketlerin vergilendirilmesi ile ortaklarının vergilendirilmesi arasında doğrudan bir bağlantı olmadığını²⁵¹¹ karar vermiştir. Bu durumda, mukim ortaklar ile yabancı kurumların birbiriyle ilişkisiz kişiler olduğu kabul edildiği sürece, bir ülkenin vergi sisteminin tutarlılığının korunması, temel özgürlüklerin kısıtlanmasına dayanak oluşturamaz²⁵¹².

Sadece Bachmann davasında²⁵¹³ haklı neden olarak kabul edilen bu dayanak²⁵¹⁴, ICI ve Schumacher davalarında haklı neden olarak kabul edilmemiş, Wielockx²⁵¹⁵ davasında; vergi sisteminin tutarlılığının ulusal vergi sistemi düzeyinde

önlemin sermayenin serbest dolaşımını kısıtlayıcı nitelik taşıdığına karar vermiştir. Hollanda vergi idaresi, düzenlemenin vergi sisteminin tutarlılığı için zorunlu bir düzenleme olduğunu, istisnanın mükerrer vergilendirmeyi önlemeyi amaçladığını, çünkü kurumlar vergisinin şirketlerin kazançlarını, gelir vergisinin gerçek kişilerin bu şirketlerden elde edilen kar paylarını vergilendirdiğini ileri sürerek, istisna hükmünün sadece Hollanda'da mukim şirketlerden elde edilen kar payları ile sınırlandırılması gerektiğini, çünkü Hollanda'da mukim olmayan şirketlerin, Hollanda'da vergilendirilmesi söz konusu olmadığından, çifte vergilendirmenin sadece Hollanda'da mukim şirketlerden elde edilen kar paylarının vergilendirilmesinde ortaya çıktığını savunmuştur. AAD, iki farklı vergi ve iki farklı mükellef arasında doğrudan bir bağlantının olmadığını karar vermiştir, ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61998J0035:EN:HTML> (21.03.2009), Weber, *Tax Avoidance*, s. 242.

²⁵⁰⁶ Glad, s. 524.

²⁵⁰⁷ Rust, s. 274.

²⁵⁰⁸ Sullivan, s. 51.

²⁵⁰⁹ Hoefnagel, s.16; ECJ 13 April 2000, Case C-251/98, Baars, ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen (Hoefnagel, s.16).

²⁵¹⁰ ECJ 13 April 2000, Case C-251/98, Baars; ECJ 16 October 1999, Case C-294/97, Eurowings (Hoefnagel, s.16).

²⁵¹¹ ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen (Lang, *CFC Legislation*, s. 376).

²⁵¹² Lang, *CFC Legislation*, s. 376; Helminen, *Future for CFC*, s. 121; Helminen, *Finland*, s. 216; Fontana, AAD'nın Baars ve Verkooijen davalarında, AB hukuku açısından prensip olarak şirket ve ortaklarının vergilendirilmesinin birbirinden farklı değerlendirilmesi gerektiğine dair vermiş olduğu kararların yanlış olduğunu, bu durumun sadece Eurowings ve Svensson/ Gustavsson davalarında olduğu gibi tamamen ayrı, ilişkisiz ekonomik özneler söz konusu olduğunda geçerli olabileceğini belirtmektedir, Fontana, *II*, s. 324, Dpnt. 121.

²⁵¹³ AAD, Commission v Belgium davasında da, vergi sisteminin tutarlılığı gerekçesinin haklı neden olarak kabul edilebileceğine karar vermiş olup, bu dava kişilerin serbest dolaşım hakkının kısıtlayıcı özellik taşıyıp taşımadığına ilişkindir, ECJ 28 January 1992, Case C-300/90, Commission v Belgium, para. 21.

²⁵¹⁴ Vanistendael, s. 414; Westerlund, s. 46; Vanistendael, Bachmann davasından sonra bu gerekçenin haklı neden olarak kullanılmamasının nedenini, bu davaya kadar AAD'nın vergi sisteminin tutarlılığı konusunda, yasaların lafzına birebir uygun ve oldukça dar bir bakış açısına sahip olmasına dayandırmaktadır, Vanistendael, s. 414.

²⁵¹⁵ Wielocks Davası: G.H.E.J. Wielockx, Hollanda'da fizyoterapist olarak serbest meslek faaliyeti icra eden ve tüm gelirini bu faaliyetten elde eden, Belçika'da mukim bir mükelleftir. Ödemiş olduğu emeklilik primlerini, vergi matrahından indirmek istemekte, ancak Hollanda'da mukim olmadığından bu talebi reddedilmiştir. AAD, Hollanda mukimlerinde ödenen emeklilik primlerinin vergi matrahlarından indirimine imkân sağlanması nedeniyle, bu önlemin, vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık taşıyan bir düzenleme olduğuna karar vermiştir. Hollanda, bu önlemin vergi sisteminin tutarlılığının sağlanması için zorunlu bir önlem olduğunu savunmuştur. Hollanda, bu primlerin vergi matrahından indirimine izin verilmesi halinde vergi sisteminin tutarlılığını yitireceğini, çünkü Hollanda'da mukim olmayanlar, emeklilik primlerinin geri ödenmesi esnasında, bu ödeme üzerinden ödenecek vergiden kaçınabilmektedir. Bu olayda, Hollanda ile Belçika arasında OECD Model Anlaşmasına uygun olarak imzalanan çifte vergilendirmenin önlenmesine ilişkin vergi

değil, ikili vergi anlaşmaları düzeyinde temin edilmesi gerektiği gerekçesiyle reddedilmiş²⁵¹⁶, Re French Tax Credits davasında ise, vatandaşların AB Anlaşmasınının 43 maddesiyle sağlanan temel özgürlüklerden, ikili vergi anlaşmalarında yer alan özel hükümlerden bağımsız olarak, sınırsız bir şekilde yararlanmaları gerektiğine karar verilmiştir²⁵¹⁷. AAD, yakın tarihli kararlarında²⁵¹⁸ bu dayanağın kapsamını genişletmiş ve iki farklı mükellef, iki farklı vergi ve hatta iki farklı vergi sistemi arasında ekonomik saiklere bağlı, vergisel avantaj ve vergi yükü açısından yakın bir ilişkinin olduğuna karar vermiştir²⁵¹⁹, çünkü mükellefler diğer üye ülkede vergilendirilmektedir²⁵²⁰. Manninen davasından sonra çokça tartışılan bu dayanak, Marks&Spencer davasında da dayanaklardan biri olarak ileri sürülmüş, ancak AAD kararında bu dayanaktan hiç söz edilmemiştir²⁵²¹.

KEYK düzenlemesi, bu şartları sağlamamaktadır²⁵²². Vatandaşlık temelinde dolaylı ayrımcılık ya da kısıtlama içerdiği kabul edilen KEYK düzenlemelerinin, ana şirket ve yavru şirket ya da kurum ve ortakları arasında sınır aşırı sermaye hareketleri üzerinden elde edilen gelirlerin vergilendirilmesine ilişkin bir düzenleme olması ve AAD'nın iki ayrı şirket veya şirket ve ortakları arasında doğrudan bir bağlantının bulunduğunu kabul etmemesi, bir üye ülke tarafından sağlanan avantajın, diğer bir üye ülke tarafından ortadan kaldırılamayacağı nedenleriyle, KEYK düzenlemelerinin "*vergi sisteminin tutarlılığının korunması*" gerekçesine dayandırılmasının haklı bir neden olarak kabul edilmesi mümkün görülmemiştir. Nitekim, AAD'nin KEYK düzenlemelerine ilişkin davada verdiği kararda bu mahiyette bir haklı neden değerlendirmesi yapılmamıştır²⁵²³.

anlaşmasına göre, emeklilik primleri sadece mukim olunan ülke tarafından vergilendirilebilmektedir. AAD, Hollanda ile Belçika arasında imzalanan vergi anlaşmasında emeklilik ikramiyelerinin vergilendirilmesine ilişkin özel bir düzenleme olması nedeniyle, Hollanda'nın vergi sisteminin tutarlılığı dayanağını reddetmiştir. Gerçekte, vergi anlaşması ile düzenlenen karşılıklı Hollanda ile Belçika arasındaki ilişki ile ilgili olduğuna, Hollanda vergi sisteminin tutarlılığı ile ilgili olmadığına ve Hollanda vergi sisteminde vergilendirme ile vergi indirim arasında bir bağlantı olmadığına karar vermiştir, ECJ 11 August 1995, Case C-80/94, Wielocks, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61994J0080:EN:HTML> (21.03.2009), Weber, *Tax Avoidance*, s. 238-239; Sandler, s. 188-189; Westerlund, s. 46; Liszicza, s. 320; Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 97.

²⁵¹⁶ Lang, "Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction?", **European Taxation**, Vol. 46, Number 9 (September 2006), s. 424. (Direct Taxation)

²⁵¹⁷ Sandler, s. 188; Liszicza, s. 320.

²⁵¹⁸ ECJ 15 July 2004, Case C-315/02, Anneliese Lenz; ECJ 07 September 2004, Case C-319/02, Manninen; ECJ 07 April 2005, Case C- 446/03, Marks&Spencer, paras. 65-81; ECJ 08 September 2005, Case C- 512/03, Blanckaert, paras. 45 ve 49; ECJ 12 July 2005, Case C- 403/03, Schempp, paras. 36 ve 47 (Lang, *Direct Taxation*, s. 421; Yaltı, *Avrupa Birliği*, s. 97).

²⁵¹⁹ Lang, *Direct Taxation*, s. 421.

²⁵²⁰ ECJ 07 September 2004, Case C-319/02, Manninen, paras. 46-48 (Vanistendael, s. 414).

²⁵²¹ Vanistendael, s. 415.

²⁵²² Lang, *CFC Legislation*, s. 377.

²⁵²³ Bkz., § 13 Bölüm, II/3 kısım.

b. Vergi Erozyonu/Vergi Gelirlerinde Azalma

AB'nin ortak pazar mantığı içerisinde kurulmuş bir Birlik olması nedeniyle, Birlik içerisindeki sermaye hareketlerinin, üye ülkelerce vergi gelirlerinde azalma yaratması gerekçesiyle kısıtlanması, Birlik hukukuna uygun bir bakış açısı sayılamaz²⁵²⁴. Çünkü AB Anlaşmasının amaçları doğrultusunda, mükelleflerin diğer üye ülkelerde yatırım yapmaları, kendi ülkelerinde yatırım yapmaları kadar "normal" ve arzu edilen bir sonuçtur²⁵²⁵. Kişiler, kendilerine tanınan temel özgürlüklere dayanarak, Birlik içerisinde istedikleri ülkede yatırım yapabilirler ve yatırımcıların mukim oldukları ülkeler, "vergi gelirlerindeki azalma" gerekçesine dayanarak yabancı yatırımları kısıtlayamaz, çünkü herhangi bir üye ülke gelirlerinde gözlemlenen azalma, bölgesel bir sonuçtur²⁵²⁶. AAD farklı davalarda²⁵²⁷, vergi gelirlerindeki azalma tehlikesinin eşit olmayan muamelelerin dayanağı olamayacağına²⁵²⁸, temel özgürlüklerin ihlali için yeterli, ölçülü²⁵²⁹ ve geçerli bir dayanak olarak kabul edilemeyeceğine karar vermiştir²⁵³⁰. Hatta Danner davasında AAD, vergi gelirlerindeki azalmanın, AB Anlaşmasının 52. maddesinde yer alan istisnalardan biri (öncelikli neden) olarak kabul edilemeyeceği²⁵³¹ gibi, haklı neden olarak da kabul edilmesinin mümkün olmadığına karar vermiştir²⁵³². Çünkü üye ülkeler, vergilendirme yetkilerine ilişkin bağlama noktalarını belirlemek suretiyle yetkinin tek taraflı veya vergi anlaşmaları yoluyla ülkeler arasında paylaşımına karar vermekte²⁵³³, vergi oranlarını tespit etmekte²⁵³⁴, aynı şekilde, mükellefler de ticari kuruluşlarını veya yatırımlarını, kendilerine en fazla avantaj sağlayacak vergi oranlarını sunan üye ülkeye yönlendirmekte²⁵³⁵ özgürdür²⁵³⁶. Bu gerekçeye dayanan bir uygulama, düşük vergi oranı uygulayan ülkelerde kurulan şirketlerin ortaklarını, bu ülkelerde sağlanan düşük vergileme avantajından dolayı mukim oldukları ülkede cezalandırmaktadır²⁵³⁷. Dolayısıyla, bütçe gerekçesine bağlı bir dayanağın haklı neden olarak kabul edilmesi

²⁵²⁴ Thömmes, s. 189; Bernatonis, s. 408.

²⁵²⁵ Thömmes, s. 189.

²⁵²⁶ Rust, s. 273.

²⁵²⁷ ECJ 06 June 2000, Case C-35/98, Verkooijen; ECJ 16 July 1998, Case C- 264/96, ICI; ECJ 21 September 1999, Case C 307/97, Saint-Gobain; ECJ 07 April 2005, Case C- 446/03, Marks&Spencer, para. 44 (Helminen, *Future for CFC*, s. 121; Uustalu, s. 215)

²⁵²⁸ ECJ 16 July 1998, Case C- 264/96, ICI(Helminen, *Future for CFC*, s. 121; Uustalu, s. 215)

²⁵²⁹ Almudi, s. 580; Haslinger, s. 93; Glad, 523; Peters, s. 460.

²⁵³⁰ Vanistendael, s. 415; Liszicza, s. 320; Fontana, *II*, s. 325.

²⁵³¹ ECJ 03 October 2002, Case C-136/00, Danner, para. 56 (Uustalu, s. 187; Ullah, s. 637).

²⁵³² ECJ 07 April 2005, Case C- 446/03, Marks&Spencer, para. 44 (Rix, s. 168; Vanistendael, s. 415).

²⁵³³ Weber, *Freedom of Movement*, s. 586.

²⁵³⁴ ECJ 12 May 1998, Case C- 336/96, Gilly, para.24; ECJ 07 April 2005, Case C- 446/03, Marks&Spencer, para. 46.

²⁵³⁵ ECJ 21 February 2006, Case C- 255/02, Halifax, para.73.

²⁵³⁶ Helminen, *Future for CFC*, s. 121.

²⁵³⁷ Rust, s. 274.

mümkün değildir²⁵³⁸. AAD, Eurowings davasında²⁵³⁹, diğer bir üye ülkedeki düşük vergilendirmenin, bir üye ülke için, AB Anlaşması güvencesi altındaki temel özgürlüklere kısıtlama uygulanması için geçerli neden olmadığına²⁵⁴⁰ ve hizmet sağlayıcılarının kuruluş yerine bağlı olarak oluşturulan farklı durumların, finansal kurumun kurulduğu üye ülkede düşük vergilendirme olması gerekçesine dayandırılmayacağına karar vermiş olup, bu karar, yabancı bir kurumun düşük vergiye tabi tutulduğu durumlarda, bu avantajın yabancı kurumun yurt içi vergilemeye tabi tutularak tazmin edilemeyeceği şeklinde ifade edilebilir²⁵⁴¹.

KEYK düzenlemelerine, asıl amacı vergisel olan, yani asıl nedeni vergiden kaçınma olan kurumlar tarafından, çoğunlukla düşük vergili ülkelerde kurulan şirketlerin dağıtılmayan karlarının vergilendirilmesine yönelik olarak ihtiyaç duyulmaktadır. Bu açıdan, KEYK mevzuatı, düşük vergili veya vergisiz ülkelerin yetkilerini kötüye kullanarak ihdas ettikleri vergi rejimlerinin haksız ve zararlı etkilerini bertaraf etmeye ve ülke vergi gelirlerindeki azalmayı önlemeye çalışan bir müessese olarak nitelendirilmektedir. Bu özelliğinden dolayı KEYK düzenlemelerinin AB hukuku içerisinde sadece vergi gelirlerinin azalmasının önlenmesi gerekçesine dayandırılmasının, haklı neden olarak kabul edilmesinin mümkün olamayacağı anlaşılmaktadır²⁵⁴².

c. Sermaye İhracatı Tarafsızlığı (CEN)

Sermaye ihracatı tarafsızlığı ilkesi, yurtiçi ve yurtdışı yatırımlar üzerindeki vergi yükünün aynı olmasını²⁵⁴³ ve şirketler ve ortakları üzerindeki vergi yükünün tamamını dikkate almayı gerektirmektedir. Ancak AAD vermiş olduğu kararlarda her zaman toplam vergi yükünü dikkate alma düşüncesini reddetmiş ve şirket üzerindeki vergi yükünü dikkate almaksızın, sadece mükellefin vergilendirilmesi üzerine odaklanmıştır²⁵⁴⁴. AAD²⁵⁴⁵, sermaye ihracatı tarafsızlığı ilkesinin mantığını oluşturan mahsup yönteminin AB hukukuna aykırı olmadığına karar vermiş, diğer taraftan, sermaye tarafsızlığı ilkesinin mükelleflerin en elverişli vergisel yapıyı seçmelerini ve

²⁵³⁸ Seer, s. 476.

²⁵³⁹ ECJ 16 October 1999, Case C-294/97, Eurowings (Glad, s. 523; Dahlberg, *CFC*, s. 600).

²⁵⁴⁰ Glad, s. 523; Dahlberg, *CFC*, s. 600.

²⁵⁴¹ Thömmes, s. 188; Helminen, *Future for CFC*, s. 121; Hoefnagel, s.16.

²⁵⁴² Helminen, *Future for CFC*, s. 121.

²⁵⁴³ Helminen, *Future for CFC*, s. 121.

²⁵⁴⁴ Rust, s. 275.

²⁵⁴⁵ ECJ 12 May 1998, Case C-336/96, Gilly, para. 54 (Peters, s. 460; Glad, s. 523).

farklı vergi sistemlerinden yararlanmalarını engellediğini²⁵⁴⁶ ifade etmiştir²⁵⁴⁷. Eğer bir ülke sermaye tarafsızlığı ilkesini hedefleyen bir vergi sistemine sahip ise, yabancı iştirakler ve işyerleri arasında ayırım yapmamalı, her ikisine de aynı kuralları uygulamalıdır²⁵⁴⁸.

KEYK düzenlemesi sermaye tarafsızlığı ilkesine uygun bir düzenlemedir ve en önemli özelliği, sadece yabancı yatırımlara uygulanmasıdır, yurtiçi yatırımlara uygulanmaması KEYK düzenlemesine dolaylı ayrımcılık niteliği yükler, ayrıca sermaye tarafsızlığı ilkesini hedefleyen KEYK düzenlemesini de hileli bir önleme dönüştürür²⁵⁴⁹. Dolayısıyla, KEYK düzenlemelerinin, sermaye tarafsızlığının gerçekleştirilmesi gerekçesine dayandırılması mümkün görünmemektedir²⁵⁵⁰.

d. Egemenlik İlkesi ve Mali Denetimin Etkinliği

AAD'na göre uluslararası vergi hukuku tarafından yaratılmış olan egemenlik ilkesi, AB hukuku tarafından da "*tanınmış*" bir ilkedir²⁵⁵¹. AB içerisinde dolaysız vergiler alanında tam uyumlaştırma bulunmaması nedeniyle tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirme, AB hukukuna uygun bir düzenleme olup²⁵⁵², bir dayanak olarak kabul edilebilecektir²⁵⁵³. Egemenlik ilkesine göre üye ülkeler şirketleri elde ettikleri kazançlar üzerinden vergilendirme yetkisine sahiptir, ancak bu yetki, vergilendirilecek şirket ile söz konusu ülke arasında yeterli bir ekonomik bağ bulunması halinde kullanılabilir²⁵⁵⁴. AAD bugüne dek birçok davada bu prensibi tartışmış ve incelemiş olsa da, anlamı çok açıktır²⁵⁵⁵.

AAD, egemenlik ilkesinin bir haklı neden olarak kabul edildiği Futura²⁵⁵⁶ davasında, tüm gelirlerin ulusal düzenleme kapsamında vergilendirilmesini ve vergi matrahının sadece yurtiçi kaynaklardan elde edilen gelirlerle sınırlı tutulamayacağını,

²⁵⁴⁶ ECJ 16 October 1999, Case C-294/97, Eurowings (Peters, s. 460; Glad, s. 523).

²⁵⁴⁷ Peters, s. 460; Glad, s. 523; Peters, bu kararın, önlemin haklı neden olarak kabul edilebileceği şeklinde yorumlanamayacağını ve AAD'nın konuya açıklık getirmesi gerektiğini savunmaktadır, Peters, s. 460.

²⁵⁴⁸ Haslinger, s. 94.

²⁵⁴⁹ Peters, s. 460.

²⁵⁵⁰ Helminen, *Future for CFC*, s. 122.

²⁵⁵¹ ECJ 15 May 1997, Case 250/95, Futura and Singer; ECJ 07 April 2005, Case C- 446/03, Marks&Spencer (Michael Lang, "The Marks & Spencer Case-The Open Issues Following the ECJ's Final Word", **European Taxation**, Vol. 46, Number 2 (February 2006), s. 59)

²⁵⁵² Lang, *CFC Legislation*, s. 377.

²⁵⁵³ Liszicza, s. 319.

²⁵⁵⁴ Andersson ve Vrana, s. 11; Dpnt. 66.

²⁵⁵⁵ Lang, *Marks & Spencer*, s. 59.

²⁵⁵⁶ ECJ 15 May 1997, Case 250/95, Futura and Singer, paras. 20 ve 18.

sadece elde edilen gelirlerle mahsup edilecek zarar arasında ekonomik bir bağın bulunması şartıyla kabul etmiş, Marks&Spencer davasında da²⁵⁵⁷, egemenlik ilkesini, yabancı şirketler tarafından uğranılan zararların mükerrer mahsubu tehlikesi karşısında haklı neden olarak kabul etmiştir²⁵⁵⁸. Tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirme, temel vergilendirme ilkelerinden biri olarak kabul görmekte ise de, AAD tarafından kabul edilecek bir ilke olarak görünmemektedir²⁵⁵⁹.

Futura davasında²⁵⁶⁰ mali denetimin etkinliği, yerleşme serbestisini kısıtlayıcı nitelik taşıyan düzenlemelere karşı genel menfaatlere dayanan haklı neden olarak kabul edilmiş²⁵⁶¹, mali denetimin etkinliği dayanağı ise AAD tarafından²⁵⁶² her zaman reddedilmiştir²⁵⁶³.

KEYK düzenlemeleri tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirmenin basit bir uygulaması olarak görülebilir, çünkü uygulanmaması halinde, mukim şirketler kazançlarını başka ülkelere transfer etmektedirler²⁵⁶⁴. Eğer bir ülke, mükelleflerini tüm dünya gelirleri üzerinden vergilendirme yöntemini tercih etmişse, vergi idaresi KEYK'lerin ortaklarını doğrudan vergilendirmeye yetkilidir ve sistemin korunması için, diğer üye ülkelerde kurulan yavru şirketlerin mukim ortaklarının, kurum perdesinin kaldırılması yöntemi altında, kazancın aktif veya pasif olmasından veya uygulanan vergi oranından bağımsız olarak vergilendirilmesi gerekmektedir²⁵⁶⁵. Ancak yavru şirketin gerçek bir ticari faaliyet gerçekleştirmek için kurulmuş olması halinde, bu gerekçe de geçerliliğini yitirecektir²⁵⁶⁶.

e. Haksız Vergi Rekabetinin Önlenmesi

KEYK düzenlemelerinin düşük vergileme veya vergi gelirlerinin azalması gerekçesine dayandırılması mümkün görülmesi de, temel olarak avantajlı vergi

²⁵⁵⁷ ECJ 07 April 2005, Case C- 446/03, Marks&Spencer, paras. 48–49 ve 55.

²⁵⁵⁸ Andersson ve Vrana, s. 11; Söz konusu davada yabancı grup şirketleri tarafından uğranılan zararların iki şartla ana şirketler nezdinde mahsubuna izin verilmiş olup bunlar; yabancı kurumun uğramış olduğu zararları cari dönemde mahsup imkânının tamamını kullanmış olması ve gelecek dönemde de bu zararları mahsup imkânının olmamasıdır, ECJ 07 April 2005, Case C- 446/03, Marks&Spencer, (Andersson ve Vrana, s. 11).

²⁵⁵⁹ Haslinger, s. 94, Dpnt. 100.

²⁵⁶⁰ ECJ 15 May 1997, Case 250/95, Futura and Singer, para. 31.

²⁵⁶¹ Andersson ve Vrana, s. 12; Ancak bu davada düzenleme ölçülülük testinin gereklerini karşılamamıştır, Andersson ve Vrana, s. 12.

²⁵⁶² ECJ 28 October 1999, Case C–55/98, Vestergaard, para. 26.

²⁵⁶³ Kabbaj ve Bletière, s. 250.

²⁵⁶⁴ Ullah, s. 637.

²⁵⁶⁵ Lang, *CFC Legislation*, s. 377.

²⁵⁶⁶ Lang, *CFC Legislation*, s. 378.

rejimlerinde faaliyette bulunan şirketleri kapsamına alan KEYK düzenlemeleri, Eylem Kodu (Code of Conduct) ile haksız vergi rekabeti gerekçesine dayandırılabilir. Ancak Eylem Kodu, üye ülkeler arasında uygulanması zorunlu bir düzenleme olmaması ve KEYK düzenlemesinin haksız vergi rekabetinden öte Avrupa Komisyonu tarafından da onaylanan devlet yardımlarının uygulandığı avantajlı vergi rejimlerini de kapsama olasılığı bulunduğundan, bu gerekçenin de AAD tarafından kabul edilmesi mümkün görünmemektedir²⁵⁶⁷.

f. Kötüye Kullanma ve Vergiden Kaçınmanın Önlenmesi

AAD'nın yakın tarihli kararlarında²⁵⁶⁸, vergiden kaçınmanın önlenmesi gerekçesi de özgürlüklerin kısıtlanması karşısında önemli bir haklı neden olarak yer almaktadır²⁵⁶⁹. AAD kararlarında²⁵⁷⁰, üye ülkelerin AB Anlaşmasının kötüye kullanımı ve vergi kaçakçılığı ile mücadele etmeye yetkili olduklarını ifade etmiştir²⁵⁷¹. Kötüye kullanma belli kısıtlamalarla önlenabilir ve dolayısıyla kötüye kullanma ve vergiden kaçınma durumlarında AB ile garanti altına alınan temel özgürlüklerin kullanımı mümkün değildir²⁵⁷². Dolayısıyla üye ülkelerin vatandaşlarının Birlik hukukunu kötüye kullanmamaları gerekmektedir²⁵⁷³.

AAD, ulusal ve Birlik hukukunun kötüye kullanmamaya ilişkin ilkelerinin uygulanmasında, durumun kötüye kullanma olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğine ilişkin belirlemeyi, ulusal mahkemelere bırakmakta ve ulusal mahkemelerin görevini üstlenmemektedir²⁵⁷⁴. Ancak ulusal mahkemeler, vergiden kaçınmanın olup olmadığının belirlenmesinde ve bu belirlemede kullanılacak enstrümanlar konusunda AB hukukunun özel düzenlemelerini dikkate almak, yani vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelerin, Birlik düzenlemelerinin üye ülkeler üzerindeki tam etkisine ve standart bir şekilde uygulanmasına zarar

²⁵⁶⁷ Helminen, *Future for CFC*, s. 121.

²⁵⁶⁸ ECJ 16 July 1998, Case C- 264/96, ICI, para. 26; ECJ 03 October 2002, Case C- 136/00, Danner, para. 44.

²⁵⁶⁹ Lang, *Direct Taxation*, s. 427; Weber, AAD'nın vergiden kaçınmanın önlenmesi gerekçesinin gerçek bir haklı neden mi, yoksa AB Anlaşmasının uygulanmasında bir farklı istisna (seperate exception) mu olduğu konusunda net olmadığını, ilk kez 1974 yılında Van Bisbergen davasında (Case 33/74) vergiden kaçınma istisnası olarak ifade ettiğini belirtmektedir, Weber, *Tax Avoidance*, s. 164.

²⁵⁷⁰ ECJ 14 February 1995, Case C-279/93 Schumacker, para. 21; ECJ 11 August 1995, Case C-80/94 Wielockx, para. 16; ECJ 27 June 1996, Case C-107/94 Asscher, para. 36; ECJ 15 May 1997, Case 250/95, Futura and Singer, para. 19.

²⁵⁷¹ Almudi, 579; Rust, s. 274.

²⁵⁷² Rust, s. 274.

²⁵⁷³ ECJ 09 March 1999, Case C-212/97, Centros, para. 24; ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 35.

²⁵⁷⁴ Weber, *Tax Avoidance*, s. 176.

vermemesine, AB hukukunun genel kapsamına zarar vermemesine ve hedeflediği amaçları tehlikeye atmamasına, keyfi/sübjektif nitelik/ayırmıcılık taşımamasına dikkat etmesi gerekmektedir²⁵⁷⁵. Nitekim AAD kararlarında, üye ülkelerin, vatandaşlarının, Anlaşma ile garanti altına alınan haklardan yararlanırken ulusal hukuku dolanma veya Birlik hukuku avantajlarından haksız bir şekilde yararlanma girişimlerini önlemeye yönelik önlemler almaya yetkili olduğunu²⁵⁷⁶, ancak bu yetkinin sınırlı ve kontrollü bir şekilde kullanılması gerektiğini²⁵⁷⁷, amacını aşan, kapsamlı vergiden kaçınmanın önlenmesi düzenlemelerinin kabul edilemeyeceğini²⁵⁷⁸ ifade etmektedir.

AAD, yararlanılabilecek haklara ilişkin düzenlemelerin amacına aykırı olan, vergisel avantaj sağlanma ile sonuçlanan ve işlemlerin taraflar arasındaki hukuki ve ekonomik ilişkinin tamamen yapay olan doğasından, girişimin amacının sadece vergi avantajı sağlama olduğunun anlaşıldığı girişimleri kötüye kullanma olarak tanımlamış²⁵⁷⁹ ve vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemeleri; *"ulusal vergi kanunlarını dolanmayı amaçlayan tamamen yapay girişimlerin vergi avantajlarından korunmasını hedefleyen düzenlemeler"* olarak tanımlamıştır²⁵⁸⁰. Bu Karar ile AAD, vergiden kaçınma ile vergisel avantajlardan yararlanma arasındaki farklılığı ortaya koymuştur²⁵⁸¹. Buna göre, vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelerin üye ülkeleri, sadece vergi avantajı sağlamayı hedefleyen²⁵⁸² ve vergi kanunlarını dolanma amacıyla kurulan tamamen yapay girişimlerden (posta kutusu şirketler gibi)²⁵⁸³ korumayı hedeflemesi gibi bir özel amaç taşınması²⁵⁸⁴ gerekmektedir²⁵⁸⁵. Kararda, tamamen yapay girişimlerin

²⁵⁷⁵ Weber, *Tax Avoidance*, s. 176.

²⁵⁷⁶ ECJ 09 March 1999, Case C-212/97, Centros (Almudi, s. 579).

²⁵⁷⁷ ECJ 16 July 1998, Case C-264/96, ICI, para. 26; ECJ 17 July 1997, Case C-28/95, Leur-Bloem, para. 41.

²⁵⁷⁸ ECJ 16 July 1998, Case C-264/96, ICI, para. 26; ECJ 17 July 1997, Case C-28/95, Leur-Bloem, para. 41 (Uustalu, s. 188).

²⁵⁷⁹ ECJ 21 February 2006, Case C-255/02, Halifax and others, paras. 74, 75, 81.

²⁵⁸⁰ ECJ 16 July 1998, Case C-264/96, ICI, para. 26.

²⁵⁸¹ Haslinger, s. 93; Ullah, s. 637.

²⁵⁸² Tom O'Shea, "The UK's CFC Rules and freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries-tax avoidance or tax mitigation?", **EC Tax Review**, (2007/1), s. 21; AAD aynı şekilde Halifax davasında da vergiden kaçınma ve vergi planlaması arasındaki farkı ortaya koymuştur, O'Shea, s. 22.

²⁵⁸³ Haslinger, s. 93; Ullah, s. 637.

²⁵⁸⁴ Hoefnagel, s.17.

²⁵⁸⁵ ECJ 16 July 1998, Case C-264/96, ICI, para. 27-27; ECJ 12 December 2002, Case C-324/00, Lankhorst-Hohorst, para. 36-37; ECJ 02 May 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 87-88; Lankhorst-Hohorst davası, Almanya'da yürürlükte bulunan örtülü sermaye düzenlemesine ilişkin bir davadır. Lankhorst-Hohorst, 2.000.000 DEM sermayeli Almanya'da mukim, yat donanımları, su sporları malzemeleri ve yedek parçaları ve giysileri satan bir şirkettir. Lankhorst-Hohorst'un tek hissedarı olduğu Lankhorst-Hohorst BV Hollanda'da mukim bir şirkettir ve Lankhorst-Hohorst'a 1996 yılında 3.000.000 DEM tutarında, % 4,5 faizli ve 10 yıl vadeli bir kredi tahsis etmiştir. Alman örtülü sermaye düzenlemesine göre, özsermayenin üç katını aşmayan tutardaki borçlanmalara ilişkin faizlerin (borç/özsermaye oranı) indirim olarak dikkate alınmasına izin vermekte, ancak düzenlemenin Almanya'da mukim olmayanlardan alınan kredilerle, Almanya'da vergiden muaf olanlardan alınan krediler için uygulanmaktadır. Bu da düzenlemeye, kuruluş serbestisini kısıtlayıcı ayrımcı bir nitelik yüklemektedir. AAD, bu önlemin, Alman vergi kanunlarını dolanmayı hedefleyen, tamamen yapay girişimleri vergisel avantajlardan korunmaya yönelik özel bir amaç taşımadığını, hangi nedenle olursa

tespitinde; "yavru şirketin faaliyetini devam ettirmeye yetecek nitelikte ve sayıda personel, donanım ve gayrimenkulün olup olmadığı"²⁵⁸⁶, kararların ana şirket bünyesinde mi, yavru şirket bünyesinde mi alındığı ve sağlanan hizmetlerin ekonomik değer taşıyıp taşımadığı kriterlerinin dikkate alınması gerektiği" ifade edilmiştir²⁵⁸⁷.

AAD, vergiden kaçınmanın önlenmesi gerekçesine dayandırılan AB temel haklarını kısıtlayıcı nitelik taşıyan düzenlemeleri, yurt dışında kurulan yavru şirketlerin, mukim mükelleflerin vergi yüklerini azaltıp azaltmadığı kriteri kullanarak incelemekte, yavru şirkete transfer edilen yatırımın, bu ülkede vergilendirilmesi durumunda, inceleme konusu düzenlemeyi, vergiden kaçınmanın önlenmesi gerekçesine değil, haklı neden olarak kabul edilmeyen vergi gelirlerinin azalması²⁵⁸⁸ gerekçesine dayandırmaktadır²⁵⁸⁹. Başka bir ifadeyle, iyi niyetli sınır ötesi yatırımlara uygulanan ve ayrımcılık içermeyen vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin düzenlemeler, AB Anlaşmasını ihlal etmektedir ve bu gibi durumlarda, vergiden kaçınma gerekçesi yetersiz bir gerekçedir²⁵⁹⁰. Bir şirketin diğer bir üye ülkede vergi sisteminin avantajlarından yararlanmak üzere bir işyeri açması, tek başına kötüye kullanma olarak tanımlanamayacaktır²⁵⁹¹, çünkü bu gibi durumlarda "vergiden kaçınma" iddiası basitçe ifade edilecek olursa, mükelleflerin, henüz farklı vergi oranları uygulayan üye ülkelerin sağladığı vergi avantajlarından sağlanabilecek faydayı maksimize etme çabalarının bir sonucudur²⁵⁹².

AB içtihat hukuku, ayrımcılığın kötüye kullanma ile mücadele gerekçesine dayandırılabilirliğini kabul etmekle birlikte, kötüye kullanmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelerin, AB Anlaşması'nı ihlal ettiği yönünde kararlara²⁵⁹³ da sıklıkla

olsun merkezi Almanya dışında olan tüm ana şirketlere her durumda uygulanabilecek bir düzenleme olduğunu, bu nedenle de durumun tek başına vergiden kaçınma olarak tanımlanamayacağını, çünkü herhangi bir vergisel avantaj sağlanmadığını, kurumun merkezinin bulunduğu ülkede de vergiye tabi tutulduğunu belirterek, düzenlemenin vergiden kaçınmanın önlenmesi gerekçesini haklı neden olarak kabul etmemiş ve yerel mahkemenin de kötüye kullanmanın varlığını onaylamadığını belirtmiştir, ECJ 16 July 1998, Case C-264/96, ICI, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62000J0324:EN:HTML> (21.03.2009).

²⁵⁸⁵ Alex Lyden-Horn, "Cadbury Schweppes: A Critical Look at the Future and Futurity of U.K. Controlled Foreign Company Legislation", **Temple International & Comparative Law Journal**, Vol. 22, Number 1 (Spring 2008), s. 205; Rix, s. 168; Almudi, 580; Dahlberg, *CFC*, s. 600; Haslinger, s. 93; Ullah, s. 637; Frenckell, s. 120.

²⁵⁸⁶ ECJ 02 May 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 112.

²⁵⁸⁷ Lang, *Direct Taxation*, s. 429.

²⁵⁸⁸ ECJ 12 December 2002, Case C-324/00, Lankhorst-Hohorst, para. 36-37.

²⁵⁸⁹ Kabbaj ve Bletière, s. 251.

²⁵⁹⁰ Vanistendael, s. 414.

²⁵⁹¹ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 37.

²⁵⁹² Graziani, s. 15.

²⁵⁹³ ECJ 16 July 1998, Case C-264/96, ICI, para. 26.

rastlanmakta olup, bunun nedeni, kötüye kullanmanın önlenmesine ilişkin düzenlemelerin AAD'nin ölçülülük testini geçememesidir²⁵⁹⁴.

Dolayısıyla vergiden kaçınma ile mücadelenin ölçülülük ilkesi çerçevesinde sürdürülmesi²⁵⁹⁵, ölçülülük ilkesi ile uyumlu bir şekilde hedeflenen amacının ötesine geçmemesi²⁵⁹⁶, her bir düzenlemenin ayrı ayrı²⁵⁹⁷ titiz bir hukuki bakış açısıyla incelenmesi²⁵⁹⁸ ve sadece tamamen yapay, hiçbir ekonomik amaç taşımayan girişimleri hedeflemesi²⁵⁹⁹ ve standart bir düzenleme olmaması²⁶⁰⁰, ayrıca vergiden kaçınmanın belirlenmesinde kullanılan objektif ve sübjektif testin gerekliliklerini²⁶⁰¹ taşıması²⁶⁰² gerekmektedir. Çünkü AAD, kararlarını verirken düzenlemeleri sadece her bir vergi sistemi açısından bağımsız olarak incelememekte, aynı zamanda hem ikametgâh ülkesi hem de kaynak ülke vergi sistemleri arasındaki etkileşimi de incelemektedir²⁶⁰³.

KEYK düzenlemelerinin en önemli amaçlarından birisi vergiden kaçınmanın önlenmesidir. KEYK düzenlemesi, yurt içi ve yurt dışı yatırımlar arasındaki vergi farklılıklarının ortadan kaldırılması için geliştirilmiş bir düzenlemedir²⁶⁰⁴. Yerleşme serbestine ilişkin bir özgürlüğü ya da hakkı kullanmak suretiyle diğer bir üye ülkede faaliyette bulunan bir ortak, yabancı kurumun henüz dağıtılmamış karları üzerinden vergilendirilmekte, buna karşın yurt içinde mukim bir kuruma iştirak eden bir ortak düzenleme kapsamında yer almamaktadır. AAD bir kararında²⁶⁰⁵, bir mükellefin kaynak ülkede ikamet etmeye devam etmesi halinde elde edilmediği sürece vergilendirilmeyecek bir gelirin, mükellefin ikametgâhını yabancı bir ülkeye taşıması

²⁵⁹⁴ Aigner, Scheuerle ve Stefaner, s. 44.

²⁵⁹⁵ Haslinger, s. 93; Ullah, s. 637; Uustalu, s. 188.

²⁵⁹⁶ Helminen, *Future for CFC*, s. 121; Almudi, s. 579; Andersson ve Vrana, s. 12; ECJ 09 March 1999, Case C-212/97, Centros, para. 27; ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 57.

²⁵⁹⁷ Fontana, *II*, s. 325.

²⁵⁹⁸ Uustalu, s. 188.

²⁵⁹⁹ Thömmes, s. 189; Lang, *CFC Legislation*, s. 379.

²⁶⁰⁰ Rust, s. 274; Lang, *Direct Taxation*, s. 429.

²⁶⁰¹ Bkz., § 6 Bölüm, I/3-a kısım.

²⁶⁰² Weber, *Tax Avoidance*, s. 182.

²⁶⁰³ Vanistendael, s. 414.

²⁶⁰⁴ Lang, *CFC Legislation*, s. 376.

²⁶⁰⁵ ECJ 11 March 2004, Case C-9/02, Lasteyrie du Saillant, para. 46; Lasteyrie du Saillant, Fransa'da mukim ve Fransa'da mukim bir şirketin doğrudan veya dolaylı, aile fertleri ile birlikte % 25'ten fazla hisse senetlerine sahip olan mükelleftir. 12 Eylül 1998 tarihinde yerleşmek amacıyla Belçika'ya gitmiştir. Hisse senetleri mükellefin Fransa'dan ayrılmadan önceki beş yıl içerisinde elde edilmiştir ve elden çıkarma değeri, satın alma değerinin üzerindedir. Fransa'da yürürlükte olan düzenlemeye göre, mükellefin ikametgâhını Fransa'dan başka bir ülkeye taşıması halinde, elinde bulundurduğu hisse senetlerinin satış ve satın alma değeri arasındaki fark üzerinden henüz elde edilmemiş olan kazanç vergilendirilmektedir. Mükellef bu düzenlemenin vergisel açıdan yerleşme serbestisine olmak üzere AB hukukuna aykırı olduğunu savunarak dava açmıştır. AAD, düzenlemenin ölçülülük ilkesine uygun olmaması ve sadece tamamen yapay girişimleri hedefleyen bir düzenleme olmaması nedeniyle, AB hukukunu ihlal ettiğine karar vermiştir, ECJ, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62002J0009:EN:HTML> (21.03.2010).

nedeniyle henüz elde edilmeden vergilendirilmesinin yerleşme serbestisini kısıtladığına karar vermiştir²⁶⁰⁶.

KEYK düzenlemesi, diğer üye ülkelerde kurulan yavru şirketler vasıtasıyla yapılan sermaye yatırımlarının vergilendirilmesinde, yurt içinde yapılan benzer yatırımlardan elde edilen gelirlerin vergilendirilmesi ile diğer bir üye ülkede yapılan yatırımların vergilendirilmesine ilişkin farklı hükümler içermekte ve bu açıdan, AB yerleşme serbestisini kısıtlayıcı özellik taşımaktadır. KEYK düzenlemesi sadece vergi kanunlarını dolanmak için kurulan ve hiçbir ekonomik öz ve ticari amaç taşımayan tamamen yapay girişimleri vergi avantajlarından korumayı hedefleyen, ölçülülük ilkesine uygun hükümler içermemesi ve genel kapsamlı bir düzenleme olma özelliğini taşıması durumunda, düzenlemenin dayandırıldığı vergiden kaçınma gerekçesinin, haklı neden olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

3. AAD'nin KEYK Düzenlemelerine İlişkin Özel İçtihatları

Yukarıdaki bölümde AAD tarafından incelenen, KEYK düzenlemelerine ilişkin davalar dışındaki dolaysız vergilere ilişkin davalar ve bu davalarda ileri sürülen haklı nedenler ayrıntılı olarak incelenmiştir. Aşağıdaki bölümde ise KEYK düzenlemeleriyle ilgili olarak AAD'na gönderilen ve üçü karara bağlanan dört davanın ayrıntıları incelenmektedir.

a. Cadbury Schweppes

Cadbury Schweppes plc (Cadbury Schweppes), İngiltere'de, diğer AB üyesi ülkelerde ve üçüncü ülkelerde yavru şirketleri olan, İngiltere'de kurulmuş ve İngiltere'de mukim olan bir grup şirkettir. İrlanda'nın başkenti Dublin'de, Uluslararası Finansal Hizmetler Merkezi'nde (IFSC), dolaylı olarak % 100 hissesine sahip olduğu iki yavru şirketi bulunmaktadır. Bu yavru şirketler esas olarak grubun dünyadaki tüm şirketlerinin finansman gereksinimlerini karşılamak üzere kurulmuştur. İngiltere'de mukim olması durumunda % 30 oranında vergilendirilecek olan bu yavru şirketler,

²⁶⁰⁶ Andersson ve Vrana, s. 20.

IFSC’de bulunmaları nedeniyle İrlanda tarafından % 10 oranında özel bir vergilemeye tabi tutulmaktadır²⁶⁰⁷.

İngiltere Temyiz Mahkemesi’ne göre, İrlanda’da kurulan iki yavru şirketten birisinin (CSTS) İrlanda’da kurulmuş olmasının dört nedeni bulunmaktadır²⁶⁰⁸:

- 1) Jersey şirketi yapısının değiştirilmesi²⁶⁰⁹,
- 2) Kanada’da mukim imtiyazlı hissedarların vergisel problemlerinin çözülmesi,
- 3) İngiltere vergi idaresinin denizaşırı borçlanmalara ilişkin getirmiş olduğu zorunluluklarından kaçılması,
- 4) Ana şirket-Bağlı Şirket Direktifi kapsamında, grup şirketleri arasındaki kar payı dağıtımlarındaki stopaj vergisi oranının düşürülmesi.

Temyiz Mahkemesi ayrıca, bu amaçların söz konusu yavru şirketin İngiltere’de kurulmuş olması halinde de gerçekleşebileceğini ifade etmiştir.

Diğer yavru şirket (CSTI) ise birinci yavru şirketin (CSTS) İngiltere tarafından KEYK düzenlemesine tabi tutulması halinde, birinci şirketi kambiyo mevzuatı uygulamalarından kurtarmak üzere bu şirketin (CSTS) yavru şirketi olarak kurulmuştur²⁶¹⁰.

Temyiz Mahkemesi’ne göre Cadbury Schweppes şirketi tarafından, İrlanda’da mukim bu iki yavru şirket (CSTS ve CSTI), sadece grup şirketleri arasında gerçekleştirilen borçlanmalar ve diğer finansal faaliyetlerden elde edilen gelirlerin İngiltere’de vergilendirilmemesi ve İrlanda’daki avantajlı vergi uygulamalarından yararlanmak üzere kurulmuştur²⁶¹¹.

İngiltere vergi kanunlarına göre, yabancı ülkelerde kurulan şirketler tarafından elde edilen gelirler, İngiltere’ye transfer edilmediği sürece vergilendirilmemektedir. Ancak KEYK düzenlemesinin uygulanması halinde, söz konusu yavru şirket tarafından

²⁶⁰⁷ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, paras. 13-14.

²⁶⁰⁸ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 16.

²⁶⁰⁹ Vergisel avantaj sağlayan bir şirket türü.

²⁶¹⁰ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 17.

²⁶¹¹ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 15.

elde edilen gelirler, İngiltere'deki ana şirkete atfedilmekte ve yabancı ülkede ödenen vergiler mahsup edilmek suretiyle vergilendirilmektedir.

KEYK düzenlemesinin uygulandığı tarihte, düzenlemenin uygulanabilmesi için yabancı kurumun, Kanunda yer alan istisnalara ilişkin şartları taşımaması gerekmekte ve ana şirketin en az % 50 oranında iştirakinin bulunması, yabancı kurum tarafından ödenen verginin de İngiltere'de ödenen verginin 3/4 ünden az olması gerekmektedir. Cadbury Schweppes, İrlanda'da mukim şirketlerin % 100 hissesine sahiptir, bu yavru şirketler kar paylarını, doğduğu tarihten itibaren 18 ay içinde en az % 90'ını İngiltere'deki ana şirkete transfer etmemişlerdir (acceptable distribution policy), yavru şirketlerin faaliyetleri ticari faaliyetler vb. gibi düzenlemenin uygulanmayacağı faaliyetler kapsamına girmemektedir, şirketler en az % 35 oranında halka açık değildir, düzenleme kapsamında vergilendirilecek kazanç 50.000 GBP nin üzerindedir ve düzenleme kapsamında önemli bir yer tutan "*iyi niyet testi*"nin şartlarını taşımamaktadır. Dolayısıyla Temyiz Mahkemesi'ne göre, "*iyi niyet testi*" uygulandığında, yavru şirketlerin kuruluş amacının esas olarak İngiltere'de ödenmesi gereken verginin azaltılması suretiyle avantaj sağlamak olduğu anlaşıldığından ve diğer hiçbir istisna hükmü de uygulanmadığından, ilgili yılda CSTS'nin hesaplarının zararla kapanması nedeniyle sadece CSTI'nin 1996 mali yılına ilişkin kazançlarına KEYK düzenlemesinin uygulanması gerekmektedir²⁶¹².

AAD ön karar yoluyla önüne gelen bu davada;

- a) İngiltere KEYK düzenlemesinin AB'nin yerleşme serbestisi çerçevesinde incelenmesi gerektiğine, çünkü İngiltere'de mukim ana şirketin yabancı kurumların kararları üzerinde kesin bir etkisinin bulunduğu²⁶¹³,
- b) Cadbury Schweppes'in, ulusal vergi kanunlarını dolanmak amacı dışında, İrlanda'daki avantajlı vergi rejiminden yararlanmak istemesinin tek başına kötüye kullanma olarak kabul edilemeyeceğine²⁶¹⁴, bu amaçla bu

²⁶¹² ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 20.

²⁶¹³ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, paras. 31-32.

²⁶¹⁴ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 38.

ülkede yavru şirket kurmasının da özgürlüklerin kötüye kullanımı olarak kabul edilemeyeceğine²⁶¹⁵,

- c) Cadbury Schweppes'in, İngiltere'de bir yavru şirket kurması veya KEYK düzenlemesinin uygulanma şartlarının oluşmadığı bir ülkede bir yavru şirket kurmuş olması halinde, bu yabancı kurumun dağıtılmamış karlarının Cadbury Schweppes'in ilgili dönem vergi matrahına dâhil edilemeyecek olması, Cadbury Schweppes'in, başka bir tüzel kişinin vergi matrahı üzerinden vergilendirilmesi sonucunu doğuracağı, vergi dezavantajı yaratan bu farklı uygulamanın da kuruluş serbestisini kısıtlayıcı nitelik taşıdığına²⁶¹⁶,
- d) Bir üye ülke tarafından sağlanan düşük vergi avantajının, bir diğer üye ülke tarafından telafi edici bir düzenleme ile ortadan kaldırılamayacağına, vergi gelirlerindeki azalma gerekçesinin, Anlaşma ile sağlanan özgürlüklerin kısıtlanması karşısında, AB Anlaşmasının 52/1 maddesinde sayılan dayanaklardan biri olmadığı gibi, haklı neden olarak da kabul edilmediğine²⁶¹⁷, bu nedenle de İngiltere KEYK düzenlemesine karşı vergiden kaçınmanın önlenmesi gerekçesinin belirli koşullar altında haklı neden olarak ileri sürülebileceğine²⁶¹⁸,
- e) Yerleşme serbestisini kısıtlayan bu düzenlemenin vergiden kaçınmanın önlenmesi gerekçesine dayandırılabilmesi için, sadece hiçbir ekonomik yönü olmayan, vergiden kaçınma amacını taşıyan, tamamen yapay girişimleri hedeflemesi gerektiğine²⁶¹⁹ ve İngiltere KEYK düzenlemesinin bu amacı gerçekleştirmeye uygun olduğuna²⁶²⁰,
- f) KEYK düzenlemesinin içerdiği hiçbir istisna uygulanabilir olmasa ve yavru şirketler sadece vergi avantajından yararlanma amacıyla İrlanda'da kurulmuş olsa da, bu tespitlerin tek başına yabancı kurumların İngiltere'de vergilendirilmekten kaçan tamamen yapay girişimlerin

²⁶¹⁵ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 37.

²⁶¹⁶ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, paras. 43-46.

²⁶¹⁷ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 49.

²⁶¹⁸ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 51.

²⁶¹⁹ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 55.

²⁶²⁰ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 59.

varlığını ortaya koymaya yeterli olmadığına ve dolayısıyla düzenlemenin amacına ulaşmak için gerekli olanın ötesine geçen, ölçülü olmayan bir düzenleme olduğuna²⁶²¹,

- g) Yavru şirketlerin tamamen yapay girişim olduğunun tespitine yönelik olarak kullanılan objektif ve sübjektif testin gereklerinin sağlanamadığına, bu nedenle de ana şirkete, yavru şirketin fiziki varlıklara sahip gerçek bir şirket olduğunu ve gerçek ticari faaliyet sürdürdüğünü ispat hakkı verilmesi gerektiğine²⁶²²,
- h) Düzenlemede yer alan ve İngiltere Gelir İdaresi tarafından uygulanan "*iyi niyet testi*"nin²⁶²³, tamamen yapay girişimleri kısıtlamaya ve düzenleme kapsamındaki vergileme için gerekli tanımları yapmaya yeterli olup olmadığına veya tam tersi, testin dayanağı olan kriterin, düzenlemede yer alan istisnalardan hiçbirisinin uygulanmadığı ve KEYK'in kurulmasının en önemli nedeninin İngiltere'deki vergilemeden kaçınma olduğu durumlarda, bu yapıda bir girişimin varlığına ilişkin objektif delillerin olmadığı ortamda, mukim ana şirketin düzenleme kapsamına girdiği anlamına gelip gelmediği konusunun, ulusal mahkemeler tarafından belirlenmesi gerektiğine²⁶²⁴,
- i) AB Anlaşmasının 43 ila 48. maddeleri (Güncel Anlaşmanın 48 ila 55. maddeleri), bir üye ülkede uygulanan vergi oranları, diğer bir üye ülkede, daha yüksek olsa da, diğer üye ülkede elde edilen gelirlerin, birinci ülkede normal olarak ödenmesi gereken vergiden kaçınma amacıyla kurulan tamamen yapay bir girişim kapsamında elde edilmediği sürece, diğer bir üye ülkede kurulan KEYK'in karlarının, birinci üye ülkede mukim bir şirketin matrahına dâhil edilmesini engelleyeceğine, dolayısıyla, böyle bir vergisel önlemin, KEYK'in kuruluşundaki vergisel nedenlerin varlığına rağmen, diğer üye ülkede gerçek ticari faaliyet sürdürmek amacıyla kurulduğunun, üçüncü kişiler tarafından da

²⁶²¹ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 63.

²⁶²² ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, paras. 69-70.

²⁶²³ Bkz., § 10 Bölüm, I/3-c/ee kısım.

²⁶²⁴ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 72.

öngörülebilir objektif faktörlerle ispatlandığı durumlarda uygulanmaması gerektiğine²⁶²⁵,

karar vermiştir.

b. Colombus Container Services BVBA

Columbus Container Services BVBA & Co.(Columbus), kayıtlı merkezi Belçika Antwerp'te olan ve Belçika hukukuna göre sınırlı sorumlu bir ortaklık/şirket olan ve koordinasyon merkezi olarak faaliyet gösteren bir şirkettir²⁶²⁶. Columbus şirketinin hisselerinin %80'i, % 10'ar hisse ile Almanya'da mukim bir ailenin sekiz ferdine, kalan %20'i ise yine aynı ailenin sahip olduğu bir şirkete aittir ve genel kurulda hisselerin tamamı bir kişi tarafından temsil edilmektedir²⁶²⁷. Columbus, uluslararası öneme sahip bir grubun üyesidir ve finansal işlemlerin ve hesapları merkezileştirme, yavru şirketlere ve şubelere likidite sağlama, otomasyon, reklâm ve pazarlama faaliyetinde bulunmakta, dolayısıyla pasif karakterli gelir elde etmektedir²⁶²⁸. Belçika'da Columbus şirketi, koordinasyon merkezlerine uygulanan oranda yani % 30'un altında vergilendirilmiştir²⁶²⁹. Almanya kanunlarına göre Columbus şirketi bir ortaklık, yani şeffaf bir kurumdur²⁶³⁰. Almanya'da mükellefler tam mükellefiyet esasına göre vergilendirilmekte ve ister Almanya'da, isterse yabancı ülkelerden elde edilen ticari kazançlar ve sermaye kazançları Almanya'da vergiye tabi tutulmaktadır²⁶³¹. Almanya ile Belçika arasında akdedilen çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması gereğince, Belçika'daki sınırlı sorumlu ortaklıklar da dâhil olmak üzere işyerlerinden elde edilen kazançlar, işyerine atfedilebilen tutarla sınırlı olmak üzere Belçika'da vergilendirilmekte, söz konusu ortaklıkların Belçika'da tüzel kişilik olarak kabul edilmesi nedeniyle de ortaklara dağıtılan kazançlar kar payı olarak kabul edilmektedir²⁶³². Yine aynı anlaşma gereğince, Almanya'da mukim kişiler tarafından Belçika'da mukim işyerlerinden elde edilen kazançlar, çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla Almanya'da vergiden

²⁶²⁵ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 75.

²⁶²⁶ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 13; <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en> (21.03.2010).

²⁶²⁷ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 14.

²⁶²⁸ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., paras. 15-16.

²⁶²⁹ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 17.

²⁶³⁰ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 18.

²⁶³¹ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 3.

²⁶³² ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 7.

müstesna tutulmaktadır²⁶³³. Ancak Columbus şirketinin 1996 yılında, Belçika'da gerçekleştirmiş olduğu faaliyetten elde edilen kazancın pasif karakterli kazanç olarak kabul edilmesi ve bu kazancın Belçika'da % 30'dan az oranda vergilendirilmesi nedeniyle, söz konusu kazanç, Almanya KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilen bir kazanç olarak kabul edilmiş ve Almanya'da mukim hissedarlar düzenleme kapsamında hisseleri oranında vergilendirilerek, bu kazanç üzerinden Belçika'da ödenen vergilerin mahsubuna izin verilmiş, dolayısıyla söz konusu kazanç, çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması kapsamında vergiden müstesna tutulmamıştır²⁶³⁴.

Columbus, söz konusu uygulamanın, AB Anlaşması ile garanti altına alınan yerleşme serbestisini ihlal ettiği ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmasının uygulanmamasının bir dayanağının bulunmadığı iddiasıyla dava açmış ve Finanzgericht Münster Mahkemesi davayı sermayenin serbest dolaşımı açısından da incelenmek üzere AAD'na götürmüştür²⁶³⁵.

AAD kararında, ulusal bir düzenleme ile vergi anlaşması arasındaki ilişkinin, Birlik hukuku kapsamına girmemesi nedeniyle incelenmeyeceğine²⁶³⁶, bu nedenle vergi anlaşması hükümlerinden bağımsız olmak kaydıyla²⁶³⁷, Columbus ve Almanya'da mukim ortaklıkların mali durumları arasındaki karşılaştırılabilir durum dikkate alındığında eşitlik ilkesi gereğince, Almanya vergi uygulamasının ayrımcı hükümler içermediğine²⁶³⁸, kararda sözü edilen mali özerkliğin (fiscal autonomy), yurt dışında yatırım yapan ortaklıklar ile yurt içi işletmeler tarafından tercih edilen farklı şirket türleri için farklı vergileme düzeyi ve şartları belirleme özgürlüğü anlamına geldiği²⁶³⁹, yurt dışında yatırım yapan ortaklıklar ile Almanya'da yatırım yapan ortaklıklar karşılaştırıldığında, Columbus gibi yurt dışında yatırım yapan ortaklıkların herhangi bir vergisel dezavantaj ile karşı karşıya kalmadıkları²⁶⁴⁰ ve bu nedenle söz konusu düzenlemenin yerleşme serbestisini kısıtlayıcı hüküm olarak kabul edilemeyeceğine²⁶⁴¹, aynı yorumun, söz konusu düzenlemenin ayrımcı hükümler içermemesi nedeniyle sermayenin serbest dolaşımı için de geçerli olduğuna ve düzenlemenin sermayenin serbest dolaşımını

²⁶³³ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 8.

²⁶³⁴ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., paras. 9-10-11-12.

²⁶³⁵ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 21.

²⁶³⁶ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 47.

²⁶³⁷ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., paras. 35-57.

²⁶³⁸ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 53.

²⁶³⁹ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 53.

²⁶⁴⁰ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 40.

²⁶⁴¹ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 54.

engellemediğine²⁶⁴², yabancı yatırımların yurtiçi yatırımlardan daha olumsuz değerlendirilmediği sürece, AB Anlaşmasını ihlal etmeyeceğine²⁶⁴³, karar verilmiştir.

c. Vodafone 2

Vodafone 2²⁶⁴⁴, Lüksemburg'da kurulu VIL şirketinin % 100 hissesine sahip olan, İngiltere'de mukim bir şirkettir. VIL şirketi Vodafone Group'un Avrupa'da faaliyette bulunan birçok şirketinin hissesine sahiptir. 2002 yılında İngiltere Gelir İdaresi, VIL şirketinin KEYK olduğu varsayımı altında, ilgili yıl tüm gelirlerinin Vodafone 2 şirketine atfedilerek vergilendirilmesi gerektiği düşüncesiyle, VIL şirketinin 31.03.2001 tarihinde sona eren vergilendirme dönemi vergi beyannamesi ile ilgili olarak detaylı bilgi istemiştir. Vodafone 2 şirketi, İngiltere KEYK düzenlemesinin AB hukukunu ihlal ettiği ve bu nedenle kendilerinin Lüksemburg'da şirket kurma özgürlüklerini kısıtladığı iddiasıyla, İngiltere Gelir İdaresinin istemiş olduğu bilgiyi vermeyi reddetmiştir. Aynı zamanda Vodafone 2 dosyanın kapanması talebiyle İngiltere Temyiz Mahkemesine başvurmuştur. Olay, 2000 yılında Cadbury Schweppes şirketi tarafından İngiltere Temyiz Mahkemesine açılan temyiz davası ve AAD tarafından da görüşülen konu ile benzer soruları içermektedir.²⁶⁴⁵

Eylül 2006'da AAD, Cadbury Schweppes davası ile ilgili olarak, KEYK düzenlemelerinin sadece tamamen yapay düzenlemelerin önlenmesi amacına yönelik olması halinde AB hukukunu ihlal etmeyeceğine ve İngiltere KEYK düzenlemesi kapsamında yer alan "iyi niyet testi"nin, tamamen yapay düzenlemelerin önlenmesi amacına yönelik olup olmadığı konusunun, İngiltere mahkemeleri tarafından karara bağlanması gerektiğine karar vermiştir²⁶⁴⁶. Bunun üzerine, AAD Kayıt Birimi tarafından söz konusu karar, 30.09.2006 tarihli bir yazı ile İngiltere Temyiz Mahkemesine bildirilerek, Vodafone 2 davasını sürdürmek isteyip istemediklerinin bildirilmesi istenilmiştir. 21.07.2008 tarihinde AAD Kayıtlarına giren 17.07.2008 tarihli yazı ile

²⁶⁴² ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 56.

²⁶⁴³ ECJ 06 December 2007, Case C-298/05, Columbus Container Services BVBA & Co., para. 63.

²⁶⁴⁴ ECJ, 20.08.2009 Case C-203/05, Vodafone 2. <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=en> (21.03.2010).

²⁶⁴⁵ EU Tax News, PriceWaterhouseCoopers, EU Direct Tax Group Part of the International Tax Services Network, July-August 2008, Issue 2008-nr. 005, <http://www.pwc.com/gx/en/eu-tax-news/index.jhtml#20> (11.09.2009)

²⁶⁴⁶ ECJ 12 September 2006, Case C-196/04, Cadbury Schweppes plc, para. 72.

Temyiz Mahkemesi tarafından, davanın sürdürülmek istenmediğinin bildirilmesi üzerine başvuru AAD kararı ile kayıtlardan çıkarılmıştır²⁶⁴⁷.

d. The Test Claimants in the CFC and Divident Group Litigation

The Test Claimants in the CFC and Divident Group Litigation davasına ilişkin olarak²⁶⁴⁸ AAD tarafından henüz bir karar verilmemiştir. Bu davanın Cadbury Schweppes davası ile önemli benzerlikleri bulunmakta ise de, KEYK düzenlemesinin AB hukuku ile uyumu konusunda birçok farklı soruyu da içermektedir. Bu davanın Cadbury Schweppes davasından en önemli farkı, AB Anlaşması ile garanti altına alınan yerleşme serbestisi ve sermayenin serbest dolaşımına ilişkin serbestilerin AB üye ülkeleri dışında da koruma sağlayıp sağlamayacağına ilişkin bir inceleme talebinin yapılmış olmasıdır²⁶⁴⁹.

4. KEYK Düzenlemelerine İlişkin AAD İçtihatlarının Ulusal Düzenlemeler Üzerindeki Etkisi

Cadbury Schweppes kararı, KEYK düzenlemeleri üzerindeki etkisi açısından çok önemlidir, çünkü vergiden kaçınma ile vergi planlaması arasında net bir çizgi çizmiş ve vergi planlamasının AAD tarafından kabul edilebileceği açıkça ortaya konmuştur²⁶⁵⁰. Karar, sadece İngiltere KEYK düzenlemesi üzerinde değil, AB ülkelerinde kurulan şirketleri kapsamına alan diğer üye ülke KEYK düzenlemelerinin AB hukuku ile uyumlu olup olmadığının belirlenmesi üzerinde de büyük etki yaratmıştır²⁶⁵¹.

Karara göre, İngiltere KEYK düzenlemesi, gerçek ekonomik faaliyetlere uygulandığı takdirde, kuruluş serbestisini kısıtlayan dayanaksız bir düzenlemedir²⁶⁵². Karar, düzenlemenin AB temel serbestilerinden yerleşme serbestisi kapsamı içerisinde değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmesi açısından önemlidir, çünkü bu, mukim/ana şirketlerin yavru şirketler/KEYK kararları üzerinde doğrudan ve güçlü bir etkisinin bulunmasını, faaliyetleri üzerinde belirleyici olma gücünün bulunmasını

²⁶⁴⁷ ECJ, 20.08.2009, Case C-203/05, Vodafone 2, para. 3.

²⁶⁴⁸ Case C-201/05, The Test Claimants in the CFC and Divident Group Litigation v Commissioners of Inland Revenue, Official Journal C 182, 23.07.2005, pp.27-28, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:182:0027:0027:EN:PDF> (21.03.2010).

²⁶⁴⁹ Andersson ve Vrana, s. 35.

²⁶⁵⁰ O'Shea, 21.

²⁶⁵¹ Onno Rainer, Jan Roels ve diğerleri, "ECJ Restricts Scope of CFC Legislation", **Intertax International Tax Review**, Vol. 34, Issue 12 (December 2006), s. 636.

²⁶⁵² Lyden-Horn, s. 211.

gerektirmektedir²⁶⁵³. Karar, evvelce verilen kararlarla da uyumlu olarak vergi avantajı sağlamanın, AAD tarafından kabul edilebilir olduğunu ifade etmekte ve böylece vergi avantajı sağlama ve vergiden kaçınma arasındaki açık ayrımı ortaya koymakta, "yerleşme" terimine yeni bir kapsam kazandırmakta ve dolaysız vergiler alanında üye ülkelerin vergi oranlarını belirleme konusundaki yetkilerinin, bu oran "sıfır" olsa bile devam ettiğini ortaya koymakta ve belki de en önemlisi, "yerleşme serbestisinin kötüye kullanılması"nın kapsamının netleştirilmesi ve Birlik içerisinde "gerçek faaliyetin/kuruluş"un taşınması gereken şartlar konusunda rehber olmaktadır²⁶⁵⁴.

AAD, tamamen yapay düzenlemeler konusunda ortaya koymuş olduğu bu kararlar, KEYK düzenlemelerinin uygulanabilir olmasını oldukça sınırlandırmakta ve tüm AB üye ülkelerini, KEYK düzenlemelerinin AB hukuku ile uyumlu olup olmadığı ve ölçülülük ilkesine uygun olup olmadığını inceleme yönünde bir sorumluluk yüklemektedir²⁶⁵⁵. Ayrıca kötüye kullanma kriterinin genel olmaması ve otomatik olarak uygulanmaması, tamamen yapay düzenlemeleri hedefleyip hedeflemediğinin her olay için ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir²⁶⁵⁶.

Karar tarihinden sonra başta İngiltere olmak üzere Almanya da dâhil birçok ülkenin KEYK düzenlemesinin değiştirilmesi konusunda harekete geçtiği görülmektedir. Değişiklik içeren düzenlemeler esas olarak, İngiltere ve Almanya'da olduğu gibi, yabancı ülkelerde kurulan şirketlerin gerçek ticari faaliyetle uğraşıp uğraşmadığının belirlenmesi, başka bir ifadeyle vergiden kaçınma amacını taşıyan tamamen yapay bir girişim olup olmadığının belirlenmesi²⁶⁵⁷ ve İngiltere²⁶⁵⁸, Fransa²⁶⁵⁹, Almanya²⁶⁶⁰,

²⁶⁵³ Szudockzky, s. 41.

²⁶⁵⁴ O'Shea, s. 21.

²⁶⁵⁵ Meussen, 2007, s. 18.

²⁶⁵⁶ Vinther ve Werlauff, s. 386.

²⁶⁵⁷ Andersson ve Vrana, s. 33.

²⁶⁵⁸ Lyden-Horn, s. 205.

²⁶⁵⁹ Gershuny ve diğerleri, s. 5; Andersson ve Vrana, s. 33; Fransa KEYK düzenlemesi üzerinde 2005 yılında önemli değişiklikler gerçekleştirmiş olup, Cadbury Schweppes kararından sonra sadece küçük değişiklikler yapmıştır. Buna göre Fransız ana şirketin, düzenleme kapsamında değerlendirilmemesi için, bir başka ülkede donanım, ekipman ve personel ile fiziki olarak var olduğunu ispatlaması gerekmektedir, Suzanne Lauritzen Jourdan, "Substance Requirements in Anti-Tax-Avoidance Legislation- The End of Tax Planning with Holding Companies?", **Private**, (3/2009), s. 39; Eric Robert, "France", *IBFD-Corporate Taxation-Country Surveys- Anti avoidance*, para 7, (Last Reviewed:19 May 2010), International Bureau of Fiscal Documentation Veri Tabanı (21.05.2010).

²⁶⁶⁰ Belli şartları taşınması şartıyla KEYK düzenlemesi uygulanmamaktadır, Thomas Brink "German CFC Taxation after the Cadbury Schweppes Decision", *EU Tax News*, January-February 2007, Issue: 2007, nr. 002, s. 11, http://www.pwc.com/en_GX/gx/eu-tax-news/pdf/pwc_eudtg_newsletter2007-nr-002.pdf (21.03.2010); Andreas Perdelwitz, "Germany", *IBFD-Corporate Taxation-Country Surveys- Anti Avoidance*, para 7, (Last Reviewed: 29 May 2010), International Bureau of Fiscal Documentation Veri Tabanı (21.05.2010).

İspanya²⁶⁶¹ ve Macaristan'da²⁶⁶² olduğu gibi özellikle AB (AB üye ülkeleri ile İzlanda ve Norveç ile birlikte EEA) içinde gerçekleşen ve gerçek ekonomik faaliyetlere yönelen gerçek ticari faaliyetlerin KEYK düzenlemesinin kapsamı dışına çıkarılması noktalarında yoğunlaşmaktadır. Almanya Maliye Bakanlığı, Cadbury Schweppes kararından sonra, "gerçek ticari faaliyet" tanımlayan ve yaratılan katma değeri de içerecek şekilde tüm koşullarının kümülatif olarak listelendiği bir Tebliğ yayınlamıştır²⁶⁶³. İspanya, 2009 yılından itibaren AB ülkelerinde mukim şirketleri yeniden KEYK düzenlemesi kapsamına almış, uygulamanın yapılmaması için KEYK'ı kontrol eden ortakların, KEYK'lerin gerçek ekonomik faaliyetlerle uğraşmak amacıyla kurulduğunu ve gerçek ekonomik bir faaliyetin sürdürülmekte olduğunu ispat etmesi gerekliliği getirilmiştir²⁶⁶⁴.

İngiltere KEYK düzenlemesinde; birisi halka açık olan kurumlara ilişkin istisnanın kaldırılması, diğeri ise istisna faaliyetlere ilişkin testte değişiklik yapılması olmak üzere iki değişiklik yapılmıştır²⁶⁶⁵. KEYK düzenlemesinin içerdiği "İstisna Faaliyetler"e ilişkin düzenleme aynen korunmuş ve AB üye ülkeleri ile İzlanda ve Norveç'i kapsayan EEA ülkelerine uygulanmak ve 06.12.2006 tarihinden sonraki hesap dönemlerini kapsamak üzere "fili yönetim (effectively managed)" şartı ilave edilmiştir. Buna göre, AB ve EEA ülkelerinde, KEYK'in ticari faaliyetinin tümü ya da önemli bir bölümünün sorumluluğunu üstlenecek yeterliğe ve yeteneğe sahip personelin görev aldığı şirketler, "fili yönetilen" kurumlar olarak kabul edilerek KEYK düzenlemesi kapsamı dışında bırakılmaktadır²⁶⁶⁶.

İngiltere'de hükümet tarafından, KEYK düzenlemesine ilişkin olarak Ocak 2010'de ilan edilen bir reform tasarısıyla;

²⁶⁶¹ Jourdan, s. 39.

²⁶⁶² Macaristan KEYK düzenlemesi, 01.01.2010 tarihinden geçerli olmak üzere değiştirilmiş olup, KEYK tanımlamasında yapılan değişiklik, bu değişikliklerin en önemlisidir. Değişikliğe göre, yabancı bir ülkede mukim kurumun hisselerinin Macaristan'da mukim bir kişiye ait olması veya şirketin gelirlerinin önemli bir kısmının Macaristan kaynaklı olması ve her iki durumda da şirket kazancına % 12,66 oranından daha düşük bir efektif vergi oranı uygulanması durumunda, söz konusu kurum KEYK düzenlemesi kapsamına girmektedir. Bu şirketlerin düzenleme kapsamında değerlendirilmemesi için, şirketin AB veya OECD üye ülkelerinden birinde veya Macaristan ile vergi anlaşması imzalamış ülkelerden birinde mukim olması ve gerçek ticari faaliyetle uğraşması gerekmektedir, Gabriella Erdős, "Main tax legislative amendments from 1 January 2010" *EU Tax News*, November-December 2009, Issue 2010, nr. 001, http://www.pwc.com/en_GX/gx/eu-tax-news/pdf/pwc-eudtg-newsletter-2010-001.pdf (21.03.2010).

²⁶⁶³ Christine Kamphaus ve Lars-Volkmar Weihmann, "Controlled Foreign Company Rules Still in Conflict with Community Law", *International Tax Review*, (May 2010), <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=25610&SID=725700&TYPE=20> (11.05.2010).

²⁶⁶⁴ Josep Serrano, "Changes in CFC Legislation", *International Tax Review*, June 2009, <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=25409&SID=720487&TYPE=20> (21.05.2010).

²⁶⁶⁵ Gershuny ve diğerleri, s. 3.

²⁶⁶⁶ HMRC, <http://www.hmrc.gov.uk/manuals/intmanual/INTM205040.htm> (21.03.2010); Jourdan, s. 39.

- Kanuni vergi oranları ve vergi matrahları İngiltere vergi düzenlemeleri ile benzerlik gösteren ülkelerde bulunan bazı kurumların düzenleme dışında bırakılıp bırakılmayacağı ve bu yöntemin benimsenmesi halinde, düşük vergi testi ile beyaz listelerin yürürlükten kaldırılıp kaldırılamayacağı,
- Grup içi faaliyetlerin vergilendirilmesi İngiltere vergi gelirlerinin azalması riskine neden olmadığından, bu faaliyetlerden elde edilen gelirlerin düzenleme kapsamı dışında bırakılıp bırakılmayacağı,
- Sigorta grup şirketlerinin yurt dışında bulunan reasürans işi ile uğraşan (yavru) şirketleri ile grup şirketlerin yurt dışında bulunan gayrimenkul (yavru) şirketlerinin, karların yapay bir şekilde İngiltere dışına aktarılmasına neden olmaması nedeniyle, bunlara benzer bazı faaliyetlerin spesifik olarak kapsam dışında bırakılıp bırakılmayacağı,
- Düzenleme kapsamında vergiden müstesna tutarın (de minimis exemption £ 50.000) artırılıp artırılmayacağı,
- İyi niyet testine ilave olarak, bu testte çok küçük nedenlerle başarısız olan faaliyetleri müstesna tutmak veya bir kısmını müstesna tutmak amacıyla ilave iki test daha ve diğer istisnalar kapsamında değerlendirilemeyen durumlar için yeni bir "iyi niyet testi" uygulanıp uygulanamayacağı,
- "Treasury operation companies"²⁶⁶⁷ özelliği taşıyan şirketlerin istisna kapsamına dâhil olup olamayacağı ve borç-özsermaye dengesi belirlenen kriterlere uygun olacak finans şirketlerinin düzenleme kapsamı dışına çıkarılıp çıkarılmayacağı ile bu yöntemin, rekabeti genel olarak destekleyecek şekilde parasal varlıkların yönetiminde basitlik ve uygulanabilirliğe engel oluşturup oluşturmayacağı,
- Ticari faaliyette bulunan KEYK'ler tarafından tali veya rastlantısal olarak elde edilmiş ticari kazanç sayılmayan kazançlar için bir esneklik ve koruma dengesi sağlanıp sağlanmayacağı veya sayısal bir önlemin dikkate alınıp alınamayacağı,

²⁶⁶⁷ Bir menkul kıymet şirketi.

- Yurt dışında kurulan ve fikri haklara ilişkin olarak faaliyette bulunan birçok şirketin, sahip oldukları hakların değerini korumak ve artırmak amacına yönelik fiili ve gerçek bir faaliyet sürdürmesi nedeniyle, fikri mülkiyet hakkı yönetiminin bir yatırımdan çok bir ticari faaliyet olduğu kabul edilerek, yeterli koşullara sahip söz konusu şirketlerin düzenleme kapsamı dışında tutulup tutulamayacağı,

ve bunlara ilişkin detay düzenlemeler tartışmaya açılmıştır²⁶⁶⁸.

III- AB HUKUKU VE TÜRKİYE KEYK DÜZENLEMESİ

Türkiye henüz bir AB ülkesi olmasa da, aday bir ülkedir ve vergisel düzenlemelerin AB müktesebatının genel ilke ve kurallarına uygun hale getirilmesi, hem uluslararası rekabette, hem de vergilendirmede adaletin sağlanması açısından faydalı olacaktır. AB düzenlemeleri ve AAD kararları dikkate alındığında, ülkemiz KEYK düzenlemesinde de üye ülke düzenlemeleri gibi bazı değişiklikler yapılması gerekmektedir. Şöyle ki;

- a) Yeni bir düzenleme gerektiren en önemli nokta, yabancı kurumun kazancının ortaklara atfedilmesi yöntemidir. Ülkemiz KEYK düzenlemesi, kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, yabancı kurumun kazancının tümünün, herhangi bir istisna uygulamaksızın payları oranında Türkiye’de mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklara atfedilmesi hükmünü içermektedir. Oysa KEYK’in tanımlanmasında kullanılan aktif ve pasif karakterli gelirlerin bileşimine ilişkin oran ne olursa olsun, ticari ve sınaî faaliyetlerden elde edilen gelirlerin atfedilecek kazancın içerisinde yer almaması gerekir.
- b) KEYK’in tanımlanmasında kullanılacak kriterler objektif bir şekilde belirlenmeli ve bu kriterler, mükellefin yabancı bir ülkede şirket kurmak suretiyle faaliyette bulunma amacını/niyetini, girişimin yapay bir girişim olup olmadığını tespit edebilecek niteliğe sahip olmalıdır.

²⁶⁶⁸ HMRC, Proposals for Controlled Foreign Companies (CFC) Reform: Discussion Document January 2010, http://www.hm-treasury.gov.uk/d/cfc_discussiondoc_260110.pdf (21.04.2010).

- c) Vergiden kaçınma amacını taşımayan ve yapay bir girişim olma özelliği bulunmayan, ancak genellikle pasif karakterli gelir elde eden bazı şirketlerin ve holding şirketlerin iyiniyetli girişimleri korunmalıdır.
- d) AB'ye üye ülkelerde faaliyet gösteren ve gerçek ticari ve sınıî faaliyetlerle uğraşan şirketler düzenleme kapsamından çıkarılmalıdır

SONUÇ

Bu çalışma çerçevesinde, uluslararası alanda vergiden kaçınma girişimlerinin önlenmesine yönelik olarak uygulanan "*Kontrol Edilen Yabancı Kurum*" düzenlemelerinin, ulusal hukuk açısından Anayasal ve yasal temelleri ile uluslararası hukuk ilkeleri ve vergi anlaşmaları açısından konumu incelenmiştir.

Çalışmada, ülkemizde 01.01.2007 tarihinden itibaren yürürlüğe giren ve henüz değerlendirme yapmaya yetecek kadar uygulama sonucu alınamayan KEYK düzenlemesinin çerçevesi ve dayanakları kavranmaya çalışılmıştır. Bu amaçla, konu, bu düzenleme ile ilgili olarak ulaşılan az sayıdaki ulusal çalışma, uluslararası kuruluşların çalışmaları ve düzenlemeyi ihdas etmiş ülkelerin elde ettikleri uygulama sonuçları ile desteklenmek suretiyle incelenmiştir. İnceleme sonucunda, hem vergi idareleri, hem de mükellefler açısından adil ve uyum maliyeti en düşük düzeyde bir düzenleme için öneriler oluşturulmaya çalışılmıştır.

Çalışmada ele alınan her konu, sorunları ve çözüm önerileri ile ilgili bölümlerde detaylarıyla değerlendirilmiş olup, bu sonuçlar aşağıda kısaca belirtilmektedir.

Küreselleşme sonrasında, sermayenin ülkeler arasındaki dolaşımının kolaylaşması, ikamet ülkesinde ödenmesi gereken vergiden kaçınma veya vergi erteleme olanaklarının da artmasına neden olmuştur. Çok uluslu şirketlerin düşük vergili veya vergisiz yabancı bir ülkede kurdukları şirketler kanalıyla, vergi matrahının bu ülkede üslendirilmesi-biriktirilmesi ve böylece şirket merkezinin mukimi olduğu ülkede vergiden kaçınılması veya verginin ertelenmesi eskiden beri, bir dizi önlemlerle engellenmeye çalışılan bir olgu olmuştur. KEYK düzenlemesi de hem vergi cennetleri hem de avantajlı vergi rejimine sahip ülkeler tarafından sağlanan vergi ortamı vasıtasıyla vergi erteleme veya vergiden kaçınma girişimlerinin önlenmesine yönelik önlemler arasında yer almaktadır.

Kontrol edilen yabancı kurumlar, kuruluş amacına bağlı olarak, şirket kontrolünü elinde tutan ortaklarına, mukimi buldukları ülke vergi sistemi vasıtasıyla, bu kurumdan elde edilen gelirler üzerinden ödenmesi gereken verginin ertelenmesine veya vergiden kaçınmaya olanak sağlayan, yabancı ülkelerde kurulu kurum veya kuruluşlardır. KEYK rejimini ihdas eden ve vergi sistemlerinin bir parçası olarak uygulayan ülkeler, "*kontrol edilen yabancı*

kurum” un tanımlanması ve ortaklarına gelir atfedilmesi yöntemleri açısından farklı düzenlemeler benimsemektedirler. Ancak bu düzenlemelerin ortak noktası, düşük vergili veya vergisiz bir ülkede yerleşik olan KEYK’in ortaklarının, KEYK bünyesinde tutulan ve dağıtılmayan kazançlar üzerinden, dağıtılmamasına rağmen, ortakların mukim olduğu ülkede vergilendirilmeleridir.

Devletin vergisel egemenliğine dayanarak oluşturulan bu düzenlemenin, ülkenin vergilendirme yetkisinin sınırları içinde olduğundan söz edilebilmektedir. Çünkü vergilendirme yetkisi, egemenlikten kaynaklanan ve uluslararası hukuka dayanan ve aynı zamanda uluslararası hukukla da sınırlı olan bir yetkidir. Dolayısıyla vergilendirme yetkisi, sadece devletin egemenlik alanı içinde uygulanabilmektedir ve uluslararası hukuk tarafından egemenliğin sınırlandırıldığı ölçüde sınırlandırılmaktadır ki bu sınırlandırma, anlaşmalar, genel hukuk ilkeleri ve teamül kuralları çerçevesinde gerçekleşmektedir. Vergisel egemenliğin uluslararası hukuk düzenini ihlal edecek şekilde kullanılması, yetkinin kötüye kullanılması sonucunu doğurmaktadır.

Devletlerin yetkilerini kötüye kullanması, haksız vergi rekabetine neden olmaktadır. Kontrol edilen yabancı kurumlara, asıl amacı vergiden kaçınma olan kurumlar tarafından, çoğunlukla düşük vergili ülkelerde kurulan şirketlerin dağıtılmayan karlarının vergilendirilmesine yönelik olarak ihtiyaç duyulmaktadır. Bu açıdan, KEYK mevzuatı, düşük vergili veya vergisiz ülkelerin yetkilerini kötüye kullanarak ihdas ettikleri vergi rejimlerinin haksız ve zararlı etkilerini bertaraf etmeye çalışan bir müessesedir. Dünyada haksız rekabetle mücadele aracı olarak kullanılan ve mükelleflere sağladığı vergiden kaçınma veya vergi erteleme imkânının ortadan kaldırılabilmesi için ihdas edilen KEYK düzenlemesi ile ülkeler vergilendirme yetkilerini farklı biçimlerde kullanmaktadırlar. Zaman içerisinde bu amaçla kullanılan bazı varsayımsal yöntemler (ikametgâh bağlama noktası kullanılması gibi) ile genel (özün biçime önceliği ilkesi gibi) vergiden kaçınmayı önleme tedbirlerinin, uygulama zorlukları ve bundan kaynaklanan yetersizlikler nedeniyle kısmen veya tamamen kullanımından vazgeçilmiş ya da bu yöntemlerin bir kombinasyonu uygulanmaya başlanmıştır. Bu değişimin en önemli etkenlerinden birisi, uluslararası bir örgüt olan OECD tarafından yapılan kapsamlı çalışmalar sonrasında hazırlanmış olan raporlardır. Bu Raporlarda, kontrol edilen yabancı kurum mevzuatının hem OECD’ye üye ülkeler, hem de üye olmayan ülkeler tarafından kullanılmasını önerilmekte, hatta eş zamanlı olarak kullanımının haksız vergi rekabetinin

önlenmesi anlamında ortaya çıkaracağı olumlu sonuçları attırma olasılığının bulunduğu ifade edilmektedir.

Elbette, vergi mükelleflerinin düşük vergili veya tercihli vergi rejimlerinde yatırım yaparak vergi planlamasına yönelmeleri tek başına kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi uygulanmasına dayanak gösterilemez. Mükelleflerin vergiden kaçınma gerekçesine dayanarak işlem yapması koşulu, KEYK ve benzeri düzenlemelerde mutlaka aranması gereken bir koşuldur. Fakat bu konu, mükelleflerin söz konusu kurumları kötüye kullanma iradelerine yönelik bir konudur ve asıl olan, KEYK'in yerleşik olduğu ülkenin yetki kullanımının zararlı sonuçlarının bertaraf edilmesi anlamında, bu türden mevzuatların ihdasının meşru olduğudur. Kontrol edilen yabancı kurum düzenlemeleri vergilendirme alanında kötüye kullanmaları ortadan kaldırma amacıyla ihdas edilen düzenlemeler olduğundan, kötüye kullanmanın var olduğu bir ortamda, gerçekleşen olay yerine vergiyi dolanma amacı olmasaydı nasıl bir işlem yapılacak idi ise, onun yapıldığı varsayımıyla vergilendirme yapılmasını sağlamaktadır.

Bu çalışmada, KEYK düzenlemesinin Anayasal düzendeki meşruluğu da incelenmiştir. Düzenlemenin eşitlik ilkesine uygun ya da eşitlik ilkesini gerçekleştiren bir düzenleme olup olmadığı, düzenleme kapsamında vergilendirilmesi öngörülen tam mükellef ortakların, ülke içinde kurulu bulunan kurumlara ortak olan mükelleflerle ve/veya düşük vergili veya vergisiz uygulamalar yapmayan yabancı bir ülkede kurulmuş şirketlere ortak olan mükelleflerle aynı/eşit durumda olup olmadığı, başka bir ifadeyle mali güç açısından hukuken karşılaştırılabilir durumda olup olmadıklarının değerlendirilebilmesi, karşılaştırmaya esas alınacak sınıflandırmaya bağlı olarak ve sonucuna göre tespit edilebilir.

Kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi ile vergilendirilmesi öngörülen ortakların, düşük vergili yabancı ülkelerde yatırım yapan tam mükellef gerçek ve tüzel kişiler olması nedeniyle, sınıflandırmanın yurt dışında yatırım yapan gerçek ve tüzel kişiler ile yurt içinde yatırım yapan gerçek ve tüzel kişiler arasında yapılması gerekmekte olup, mali güç göstergesi, elde edilen gelir olacaktır. Bu sınıflandırma, düşük vergili veya yüksek vergili ülkelerde yapılan yatırımlardan elde edilen gelirler ile yurt içinde yapılan yatırımlardan elde edilen gelirler ya da yurt dışından elde edilen aktif karakterli gelirler veya pasif karakterli gelirler ile yurt içinden elde edilen gelirler arasında da yapılabilir. Sınıflandırmalar mali güç göstergesi temelinde karşılaştırmaya tabi tutulabileceği gibi, yurt dışında kontrol edilen yabancı kurumda düşük oranda kontrol unsuruna sahip olan tam mükellef ortaklar ile yüksek

oranda kontrol unsuruna sahip olan tam mükellef ortaklar ve tam mükellef gerçek kişiler ile tam mükellef tüzel kişiler temelinde de karşılaştırmaya tabi tutulabilecektir.

KEYK düzenlemesi, vergilendirme alanında kötüye kullanmanın ve mükelleflerce düşük vergili ülkelerde gerçekleştiren yatırımlar üzerindeki vergi yükü ile yurt içinde yatırım yapan mükelleflerin yatırımları üzerindeki vergi yükü farklılıkların ortadan kaldırılması amacını taşımaktadır. Mükelleflerce KEYK'lere yapılan yatırımlardan elde edilen (düzenleme kapsamında atfedilen) gelir, aslında ortakların/mükelleflerin mali güçlerini, dolayısıyla vergi ödeme gücünü artıran, ekonomik olarak ortakların tasarrufunda olan, özel yapıda bir gelirdir. Elde edilen gelirin, vergi yasaları karşısındaki niteliğinin bu tartışma açısından bir önemi bulunmamaktadır. Vergilendirmede eşitlik ilkesinin mali güç göstergesi temelinde ölçülme gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, ülkemiz kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi, vergi tahakkuk ve tahsilâtının mali güce bağlı olarak gerçekleştirilmesini sağlaması nedeniyle, her iki mükellef grubu açısından, yani yurt dışında düşük vergili ülkede yatırım yapan tam mükellefler ve yurt içinde yatırım yapan tam mükellefler açısından eşitlik ilkesine uygun bir düzenlemedir.

Türkiye'de mukim tam mükellef gerçek kişi ve kurumların tamamı, kontrol araçlarına sahiplik oranlarına, aralarında ilişki veya en azından bir işbirliği olup olmadığına bakılmaksızın, yabancı kurumdaki kar payları üzerinden kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulmaktadır. Vergilendirmede eşitlik ilkesinin mali güç kriteri temelinde ölçülme gerekliliği göz önünde bulundurulduğunda, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesinin, vergi tahakkuk ve tahsilâtının mali güce bağlı olarak gerçekleştirilmesini sağlaması nedeniyle ülkemiz kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi, yabancı kurumda hissedar olan gerçek ve tüzel kişiler arasında ayırım yapılmaması açısından eşitlik ilkesine uygun bir düzenlemedir. Düzenleme, gelirlerinin önemli bir bölümü pasif karakterli gelirlerin oluşturduğu yabancı kurumlarla, geliri aktif karakterli gelirlerden oluşan yabancı kurumlar arasında ayırım yapmakta ve bunların karşılaştırılabilir durumda olmadıklarını kabul etmektedir. Bunun nedeni, ülkeler arasında dolanım hızı çok yüksek olan pasif karakterli gelirlerin düşük vergili ülkelere kaydırılmasının ardında yatan amacın, aktif karakterli kazanç elde edilen yatırımlardaki gibi diğer ekonomik faktörlerin yanı sıra yatırım yapılan ülkenin vergi sisteminin avantajlarından yararlanmak değil, sadece yatırım yapılan ülkenin vergi sisteminin avantajlarından yararlanmak, dolayısıyla yatırımın amacının vergiden kaçınma olmasıdır. Bu çerçevede, ülkemiz kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesinin, sadece

kazancının içerisindeki pasif karakterli gelirlerin belli bir oranı aşan yabancı kurumları düzenleme kapsamına alması nedeniyle, bu açıdan eşitlik ilkesine uygun bir düzenleme niteliğindedir. Nitekim KVK'nın gerekçesinde; KEYK düzenlemesinin yer aldığı 7 nci maddesinin *"ticari ve sınaî mahiyette olmayan, yatırımlarını yurt dışında düşük vergi oranlı ülkelere yönlendiren mükellefler ile Türkiye'de yatırım yapan mükellefler arasındaki vergi eşitsizliğinin giderilmesi"* gerekçesiyle ihdas edildiği belirtilmiştir. Ancak, kontrol edilen yabancı kurumda kontrol araçlarına yüksek oranda sahip olan ve fiilen yabancı kurumu kontrol eden mukim mükellefler ile düşük oranda sahip olan ve kontrol etme olasılığı bulunmayan mükelleflerin durumlarının mali güç göstergesi temelinde eşit olduğu kabul edilemez. Çünkü KEYK'i yüksek oranda kontrol unsuruna sahip olmak suretiyle fiilen kontrol eden tam mükellef ortakların yabancı kurumda sahip olduğu gücün, yönetim kararları üzerinde olduğu kadar kar dağıtım politikasında etkili olması kuvvetle muhtemeldir. Bu nedenle, yabancı kurumu ayrı ayrı/birbirinden bağımsız olarak kontrol etmesi mümkün olmayan düşük oranda hisse sahibi olan mukim mükelleflerin, aralarında ilişki/işbirliği olup olmadığı ve birlikte hareket edip etmediğinin belirlenmesi ve vergiye tabi tutulacak mükelleflerin buna göre tespit edilmesi de, vergilendirmede eşitlik ilkesinin bir gereği olarak karsımıza çıkmaktadır.

Kontrol edilen yabancı kurum düzenlemelerinin, kanun koyma gücüne sahip olan organın vergilendirme yetkisini kullanması sonucu yasa ile ihdas edilmesi ve yasadaki düzenlemenin konusu, matrahı, oranı, indirim, istisna ve muafiyetleri, tarh ve tahakkuku gibi kurucu öğelerinin yer alması, başka bir ifadeyle çerçevesinin yasa ile belirlenmiş olması ve keyfi ve takdir uygulamayı önleyecek ilkelerin yasadaki yer alması şartıyla, düzenlemenin yasallık ilkesine uygun olduğundan söz etmek mümkün olabilecektir. Ülkemiz KEYK düzenlemesi incelendiğinde, kurucu unsurların yasa ile belirlenmiş olduğu ve yasama yetkisinin, kanun koyma gücüne sahip olan organ tarafından kullanıldığı ve bir yasadaki yer alması gereken kurucu unsurlara sahip olduğu tespit edildiğinden, düzenleme Anayasa'nın 73/3. maddesi hükmüne, dolayısıyla verginin yasallığı ilkesine uygun bir düzenlemedir.

Diğer yandan, KEYK düzenlemesi, kötüye kullanmanın ve mükelleflerce düşük vergili ülkelerde gerçekleştiren yatırımlar açısından *"gerçek"* mali gücün yakalanmasını amaçlayan bir düzenlemedir. Mükelleflerce kontrol edilen yabancı kurumlara kaydırılan yatırımlardan elde edilen (düzenleme kapsamında atfedilen) gelir, ekonomik olarak ortakların tasarrufunda olan, özel yapıda bir kar payı niteliğinde olması nedeniyle aslında ortakların/mükelleflerin mali

güçlerini, dolayısıyla vergi ödeme gücünü artıran bir gelirdir. Bu nedenle bu türden gelirleri yurt dışındaki şirket bünyesinde tutmakla, ödenmesi gereken vergi yükünün azaltılması hedeflendiğinden, KEYK rejimi bu türden gelirler için olması gereken vergi yükünü gerçekleştirmektedir. KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesi hedeflenen gelirin, düşük vergili ülkelerde ve asıl olarak vergisel amaçlarla yapılan yatırımlardan elde edilen ve mukim olunan ülkeye transfer edilmeyen pasif karakterli gelirleri, vergiden kaçınma veya vergi erteleme sağlamak üzere mukim olunan ülkeye transfer etmeyen mükellefleri hedeflediği dikkate alındığında, vergilendirmenin ortakların/mükelleflerin, ekonomik ve kişisel durumlarına, yani artan ödeme güçlerine göre yapılması nedeniyle düzenleme, Anayasa'nın mali güce göre vergilendirme ilkesine de uygun bir düzenlemedir.

Vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin olan ve vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin diğer kuralları da destekleyen KEYK düzenlemesi, Birleşmiş Milletler ve OECD gibi uluslararası kurumların da önerileri ile birçok ülke tarafından benimsenmekte ve ülkeler, söz konusu mevzuatı, vergi cennetleri veya avantajlı vergi rejimleri kullanılarak uluslararası vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin özel bir düzenleme olarak vergi hukuklarına dâhil etmektedir. Bu anlamda, KVK'nın 7. maddesinde hükme bağlanan KEYK mevzuatı özel suiistimal önleyici bir düzenlemedir.

Vergi sistemimizde, yabancı ülkelerde şirket kurmak veya mevcut şirketlerde kontrolü elinde bulunduracak şekilde hisse sahibi olmak suretiyle elde edilen gelirlerin vergilendirilmesinde kar payı dağıtımına bağlı vergilendirme esası benimsenmiştir. Bu da, belli şartların gerçekleşmesi koşuluyla, vergi kanunlarının kötüye kullanılması veya kanuna karşı hile yoluyla vergiden kaçınma amacıyla şirket kurulmasına uygun ortam oluşturmaktadır.

Bu noktadan hareket edildiğinde, mükelleflerin yabancı kurumlardan gelir elde etmesi girişimlerinin ardındaki gerçek amacın ekonomik olmaması, yani yabancı ülkelerde yatırım yapılması amacının tamamen ticari kar elde etme olmaması durumunda, söz konusu girişimlerin tamamen yapay, vergiden kaçınma amaçlı girişimler olarak, başka bir ifadeyle "*peçeleme*" olarak kabul edilmesi söz konusu olacaktır. Bu tür işlemlerin, taraflarca amaçlanan tek işlem olması, başka bir ifadeyle gizlenen ve görünürde olmak üzere iki ayrı işlem bulunmaması, ortaya konan irade ile ortaya konmak istenen irade arasında fark bulunmaması, sadece vergiyi dolanmak amacıyla yapılması, sadece özel hukuk açısından geçerli olması ve sadece vergi idaresi tarafından ve vergi hukukundaki zamanaşımı süreleri

içerisinde ileri sürülmesi halinde sonuç alınabilmesi nedenleriyle muvazaa olarak kabul edilmesi mümkün bulunmamaktadır.

Tam mükellef gerçek ve tüzel kişiler tarafından düşük vergili ülkelerde yapılan yatırımların;

- Bilinçli olarak, gelirleri vergi dışı bırakma iradesiyle yapılması,
- Ortaklar tarafından yabancı ülkelere elde edilecek gelirlerin kar dağıtım yapılmadığı sürece vergilendirilmeyeceği yönündeki yasa hükmünden faydalanmak üzere, yani vergi yasasını dolanma amacıyla yapılması,
- Vergi yasasının, yabancı ülkelere elde edilecek gelirlerin kar dağıtım yapılmadığı sürece vergilendirilmemesi yönünde sağladığı olanağın kötüye kullanılması,
- Ortaya konan irade ile ortaya konmak istenen irade arasında fark bulunmaması,
- Açık ve net olarak vergiyi doğuran olayın sonuçlarının gizlenmesinin amaçlanması,
- Kar dağıtım yapması veya yapmaması, özel hukuk açısından doğal ve olağan bir sonuç olarak kabul edilse dahi, belli şartların (yatırımın belli bir tutarı aşması, yabancı kurumun kontrol edilmesi, yabancı kurumun gelirleri içerisinde pasif karakterli gelirlerin belli bir oranı aşması gibi) varlığı halinde kar dağıtım yapılmamasının, vergi hukuku açısından olağan kabul edilmemesi,

nedenleriyle peçeleme olarak kabul edilmesi gerekmektedir.

Bu türden bir peçeleme işleminin varlığının tespiti halinde, özel bir yasal düzenleme olması nedeniyle KEYK düzenlemesi kapsamında işlem yapılması ve vergi hukukunda genel bir düzenleme olan VUK'un 3. maddesi kapsamında işlem yapılmaması gerekmektedir. KVK'nın 7. maddesi, yatırımın belli bir tutarı aşması, yabancı kurumun kontrol edilmesi, yabancı kurumun gelirleri içerisinde pasif karakterli gelirlerin belli bir oranı aşması gibi şartların varlığı halinde, yurt dışındaki şirket kuruluşu ve faaliyetinin "peçeleme" kastıyla

yapıldığı karinesini getirmektedir. Kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesine dayanılarak vergi idaresi tarafından yapılacak tarhiyatlarda, söz konusu eylem veya işlemlerin, mevcut yasa çerçevesinde değerlendirilmesinin mümkün olmadığını ispat külfeti mükellefe geçmekte ve idare açısından uygulama daha kolay ve verimli hale gelmektedir.

Gerçek ve tüzel kişilerin yurt dışında yatırım yapma iradeleri, vergisel anlamda, ancak vergiden kaçınma amacının bulunması halinde, vergi yasaları sınırlandırılabileninden, objektif unsurlara dayalı olarak ortaya çıkarılan sonuçlar, sübjektif açıdan her zaman gerçeği yansıtmayabilir. Kontrol edilen yabancı kurumların vergilendirilmesinin sübjektif unsuru vergiden kaçınma niyet ve iradesidir. Dolayısıyla düzenleme ancak, mukim mükelleflerin yabancı kurumu vergiden kaçınma amacıyla bilerek kullandıkları hallerde uygulanabilir.

Bir fiilin vergiden kaçınma olarak değerlendirilip değerlendirilmediğinin tespit edilmesi için işlemin özünün, ekonomik yönünün incelenmesi gerekir. Yabancı ülkelerde gerçekleştirilen yatırımlarda veya işlemlerde kar elde etme güdüsü, yani bir ekonomik öz olması, faaliyetin gerçek olması ya da yapay olmamasının en önemli göstergelerinden birisidir. Bu nedenle, kontrol edilen yabancı kurum düzenlemelerinin, sadece düşük vergilemeye tabi tutulan kurumları vergilendirme amacını değil, kanunu dolanma sonucunu doğuran, vergiden kaçınma amacıyla düşük vergili ülkelerde kurulan "yapay" girişimleri/kurumları vergilendirme amacını taşıması gerekmektedir.

Üçüncü ve dördüncü bölümlerde KEYK düzenlemeleri objektif unsurlar açısından detaylı olarak incelenmiştir. İnceleme sonucunda özellikle bir yabancı kurumun KEYK olarak tanımlanmasında kullanılan kriterlerinin ve kurum tanımının açık olarak belirlenmesi gerektiği, kontrolün belirlenmesinde fiili kontrol unsurlarına da yer verilmesi gerektiği, özellikle birlikte kontrolün bulunduğu durumlar da göz önünde bulundurarak ilişkili kişilerin yasada tanımlanması gerektiği, kontrolün belirlenmesinde tespit tarihi ile vergiyi doğuran olayın gerçekleşme tarihinin yasada açık olarak belirlenmesi gerektiği, aktif ve pasif gelirlerin açık bir şekilde tanımlanması ve KEYK'in tanımlanmasında aktif ve pasif gelir bileşiminin ve dengesi ile vergi yükünün tespitinde kullanılacak kriterlerin hassasiyetle belirlenmesi gerektiği, KEYK ile ekonomik ilişki içinde bulunan ortakların tamamının vergilendirilmesi gerektiği, ancak vergiden kaçınma amacı olmayan küçük ortakların korunmasına özen gösterilmesi gerektiği, aktif karakterli gelirlerin vergilendirmede dikkate alınmaması gerektiği, ortaklar elinde vergilendirilecek gelirin karakterinin yasada tanımlanması gerektiği, vergi ve

zarar mahsubuna ilişkin adil bir yöntem belirlenmesi gerektiği, beyan, belgelendirme ve muhasebe sistemine ilişkin düzenlemelerin çerçevesinin mükellefe en düşük uyum maliyeti getirecek şekilde belirlenmesi gerektiği ve en önemlisi, vergiden kaçınma amacını taşımayan yabancı yatırımların korunması ve düzenleme kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği sonuçlarına ulaşılmıştır.

KEYK düzenlemesi kapsamında gerçekleştirilen vergilendirmelerde/tarhiyatlarda, mükellefler uluslararası hukuki çifte vergilendirme sorunu ile karşı karşıya kalmaktadır. Bu durumun, ortakların mukim olduğu ülkenin vergi kanunlarında yer alan, yabancı ülkelerde ödenen vergilerin mahsubuna ilişkin düzenlemeler çerçevesinde ve yabancı kurumun mukim olduğu ülke ile ortakların mukim olduğu ülke arasında imzalanmış bulunan çifte vergilendirme anlaşmaları vasıtasıyla önlenip önlenemeyeceği de ayrıca değerlendirilmesi gereken bir konudur.

Çalışmamızda, vergi anlaşmalarının ulusal hukuk düzenindeki yeri ile KEYK düzenlemelerinin uygulanması sonucu ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesinde uluslararası vergi anlaşmaları ile KEYK düzenlemeleri arasındaki etkileşim detaylı olarak incelenmiştir.

Uluslararası vergi anlaşmaları usulüne göre onaylanarak yürürlüğe girmesini takiben kanun hükmündedir, yani iç hukuk bakımından bağlayıcılık kazanır. Dolayısıyla tekçi (monist) sistemler arasında yer alan ülkemizde, yasa gücünü haiz olan vergi anlaşmaları, tüm ulusal merci ve kişileri bağlar. Türk hukuk düzeninde temel hak ve hürriyetlere ilişkin anlaşmalar dışındaki anlaşmalarla yasaların eşdeğer olduğu, yani birinin ötekine üstünlüğü olmadığı kabul edildiğinden, uluslararası anlaşmalar ile kendilerinden önce veya sonra yürürlüğe giren yasalar arasında ortaya çıkan çatışma, diğer tüm yasalar arasındaki oluşan çatışmanın çözüldüğü şekilde, yani önceki-sonraki hukuk kuralı ya da özel hüküm-genel hüküm kuralı çerçevesinde çözülmektedir. Sınır ötesi işlemleri özel olarak düzenleyen vergi anlaşmaları, özel hüküm olarak kendisinden önce veya sonra çıkarılan yasaları bertaraf eder.

Bu çerçevede değerlendirdiğimizde, Türkiye'nin taraf olduğu ve usulüne uygun şekilde yürürlüğe giren vergi anlaşmaları, KVK'nın 7. maddesi ile GVK'nın 75/2. maddesinde hükme bağlanan KEYK düzenlemelerinin üstünde yer alan metinlerdir. Dolayısıyla KEYK düzenlemesi kapsamında yapılacak tarhiyatların, prensip olarak vergi anlaşmaları

hükümlerinden etkilenmesi gerekir. Bu yorum VAHS'nin 31/1 nci maddesine de uygundur. Dolayısıyla, KEYK düzenlemesi kapsamında Türkiye'de mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklara atfedilen gelirlerin vergilendirilmesi sonucu ortaya çıkan uluslararası çifte vergilendirmenin, ilgili ülke ile imzalanmış bulunan çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşmaları çerçevesinde önlenmesi gerekir. KEYK düzenlemesi kapsamında yapılacak tarhiyatlarda, ilgili ülke ile imzalanmış olan çifte vergilendirme anlaşmalarının ilgili hükümlerinin uygulanmaması, sadece uluslararası hukukun genel kurallarını ve anlaşmalar hukuku ilkelerini ihlal etme sonucunu doğurmakla kalmayacak, aynı zamanda fiili kar dağıtımının yapılmadığı durumlarda (her ne kadar çifte vergilendirme sorununun önlenmesinde mahsup yöntemi benimsenmiş olsa da) çifte vergilendirme sorununa da neden olacaktır.

KEYK düzenlemelerinin, vergi anlaşmaları hükümlerinden etkilenmemesi için yapılması gereken, düzenlemenin yürürlüğe girdiği tarihten sonra akdedilecek vergi anlaşmalarına, bu yönde özel hükümler ilave edilmesi, düzenlemenin yürürlüğe girmesinden önce imzalanmış bulunan ve bu konuda özel hüküm içermeyen vergi anlaşmalarından etkilenmemesinin sağlanabilmesi için ise, çifte vergilendirme anlaşmasına taraf olan ülkeler arasında bu konuyu düzenleyen protokoller imzalanmasıdır. Bu konuda yapılabilecek bir diğer düzenleme ise, vergi anlaşması imzalanmış olan ülkelerin KEYK düzenlemesi kapsamından çıkarılmasıdır.

KEYK düzenlemesi kapsamına giren yabancı kurumların dağıtılmamış kazançlarının Türkiye'de mukim gerçek kişi ve kurumlara atfedilerek vergilendirilmesi sonucunda ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesinde, ortaklar tarafından elde edildiği varsayılan gelirin niteliği de bir diğer önemli faktördür.

Türk hukukunda KEYK düzenlemelerinin esasları, kurumlar ve gerçek kişiler açısından iki ayrı kanun kapsamında ve farklı esaslara göre düzenlenmektedir. GVK ve KVK'da yer alan hükümlere göre, KEYK'in ortaklarının vergilendirilmesinde sistemimiz; tüzel kişi ortaklar için kurum perdesinin kaldırılması yöntemini, gerçek kişi ortaklar için ise fiktif kar payı dağıtımı yöntemini benimsemektedir.

KVK'nın 7. maddesinde, KEYK düzenlemesi kapsamında yabancı kurumun kurumlar vergisi mükellefi ortaklarına atfedilen kazancın niteliğine ilişkin bir belirleme yer almamakla birlikte, Türkiye'de mukim tüzel kişiler tarafından yurt dışında elde edilmiş ticari kazanç gibi

kabul edilmek ve kurumlar vergisi beyannamesine dâhil edilmek suretiyle vergilendirilmesinin benimsendiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte, vergi anlaşmaları açısından incelendiğinde, KVK'nın 7. maddesi kapsamında yabancı kurumun mukim kurumlar vergisi mükellefi ortaklara atfedilecek kazancın, kar payı/ temettü olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır.

GVK'nın 75/2. maddesine göre gerçek kişiler de, KVK'nın 7. maddesinde yer alan esaslar doğrultusunda düzenleme kapsamında vergilendirilmekte olup, gerçek kişi ortakların KEYK düzenlemesi kapsamında vergilendirilmesinde "*fiktif kar payı dağıtım yöntemi*" benimsenmektedir. Maddede, Türkiye'de mukim gerçek kişilerin yurtdışı iştiraklerinin karlarının, maddede belirtilen şartların da gerçekleşmesi durumunda, gerçek kişiler tarafından yurt dışından elde edilmiş kar payı olarak vergilendirileceği hükme bağlandığından, gelirin niteliği de açık bir şekilde tanımlanmış olmaktadır.

Taraf olduğumuz anlaşmalarda yer alan temettü tanımı genel olarak OECD ve BM Model Anlaşmalarındaki tanıma, anlaşmaların temettü başlığı altında incelediği gelirler de iç hukukumuzda GVK'nın 75. maddesinde yer alan menkul sermaye iradı tanımına, dolayısıyla kar payı tanımına uygundur. Dolayısıyla, KEYK düzenlemesinin gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin vergilendirilmesine yönelik hükümleri ile vergi anlaşmalarının uyumlu olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla hem gelir, hem de kurumlar vergisi mükelleflerine KEYK düzenlemesi kapsamında atfedilecek kazancın vergilendirilmesinde, vergi anlaşmalarının temettülere ilişkin 10. maddesinin ve ilgili anlaşmada, genellikle 23.maddede yer alan çifte vergilendirmenin önlenmesi hükmünün uygulanması gerekir.

Çalışmamızda, Türkiye henüz bir AB ülkesi olmasa da aday bir ülke statüsünde olması nedeniyle, KEYK düzenlemesi kapsamında gerçekleştirilen vergilendirmeler, AB hukuku çerçevesinde de değerlendirilmiştir. AB hukukuna göre, doğrudan ve keyfi ayrımcılık özelliği taşıyan düzenlemeler ile zımni kısıtlama içeren düzenlemeler, AB hukukuna ve Birlik mantığına aykırı olması nedeniyle yasaklanmıştır. Ancak, ayrımcılık özelliği taşısa da vatandaşlık temeline dayanan, keyfi nitelikte bir ayrımcılık özelliği taşımayan düzenlemeler ile zımni kısıtlamaların, kamu yararı gerekçesine dayandırılması halinde uygulanmalarında bir sakınca görülmemektedir.

KEYK düzenlemesi, diğer üye ülkelerde kurulan yavru şirketler vasıtasıyla yapılan sermaye yatırımlarının vergilendirilmesinde, yurt içinde yapılan benzer yatırımlardan elde

edilen gelirlerin vergilendirilmesi ile diğer bir üye ülkede yapılan yatırımların vergilendirilmesine ilişkin farklı hükümler içermekte ve bu açıdan, AB yerleşme serbestisini ve sermayenin serbest dolaşımını kısıtlayıcı özellik taşımaktadır. KEYK düzenlemesinin, sadece vergi kanunlarını dolanmak için kurulan ve hiçbir ekonomik öz ve ticari amaç taşımayan tamamen yapay girişimleri vergi avantajlarının kapsamından çıkarmayı hedefleyen ve ölçülülük ilkesine uygun hükümler içermemesi ve genel kapsamlı bir düzenleme olma özelliğini taşıması durumunda, düzenlemenin dayandırıldığı vergiden kaçınma gerekçesinin, haklı neden olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır.

Dolayısıyla, doğrudan keyfi ayrımcılık niteliğini taşımayan, dolaylı ayrımcılık/kısıtlama niteliği taşıyan ve dolayısıyla yerleşme serbestisi ve sermayenin serbest dolaşımı önünde bir engel oluşturan KEYK düzenlemelerinin yukarıda belirtilen özelliklerinin, AB Anlaşması ile uyumlu olup olmadığının, AB Anlaşmasında yer alan (istisna) hükümlere ve AAD tarafından geliştirilen "*haklı neden*" doktrini ve "*ölçülülük ilkesi*"ne de uygun olması gereklidir.

KEYK düzenlemelerine ilişkin olarak AAD'de incelenen dört davadan üçü karara bağlanmış olup, bu kararlarda KEYK düzenlemelerinin geleceğine yönelik önemli belirlemeler yer almaktadır. Bu kararlar arasında Cadbury Schweppes kararı, KEYK düzenlemeleri üzerindeki etkisi açısından çok önemlidir, çünkü vergiden kaçınma ile vergi planlaması arasında net bir çizgi çizmiş ve vergi planlamasının AAD tarafından kabul edilebileceğini açıkça ortaya konmuştur. Karar, tüm AB üye ülke KEYK düzenlemelerinin AB hukuku ile uyumlu olup olmadığının belirlenmesi üzerinde de büyük etki yaratmaktadır. Nitekim karar tarihinden sonra başta İngiltere olmak üzere Almanya da dâhil birçok ülkenin KEYK düzenlemesinin değiştirilmesi ve Karar'da belirtilen önerilere ve dolayısıyla AB hukukuna uygunluğunun sağlanması konusunda harekete geçtiği görülmektedir.

Türkiye henüz bir AB ülkesi olmasa da, aday bir ülkedir ve vergisel düzenlemelerin AB müktesebatının genel ilke ve kurallarına uygun hale getirilmesi, sadece AB müktesebatı uyum çalışmaları kapsamında değil, hem uluslararası rekabette, hem de vergilendirmede adaletin sağlanması açısından faydalı olacaktır. AB düzenlemeleri ve AAD kararları dikkate alındığında, ülkemiz KEYK düzenlemesinde de üye ülke düzenlemeleri gibi bazı değişiklikler yapılması gerekmektedir.

Farklı vergi sistemine sahip ülkeler tarafından ihdas edilen kontrol edilen yabancı kurum düzenlemelerinin incelenmesi sonucunda, düzenlemenin içerdiği unsurlar açısından benzerlikler olduğu kadar farklılıklar da olduğu ve tarihsel süreç içerisinde uygulamadan ya da içtihat hukukundan kaynaklanan zorunluluklar nedeniyle bu unsurlarda daha verimli ve adil uygulanmasını sağlamak üzere değişiklikler/iyileştirmeler yapıldığı tespit edilmiştir. Değişiklik gereği duyulan bu uygulamalardan bazılarının ülkemiz KEYK düzenlemesinde de var olduğu, buna karşılık daha adil bir uygulama için gereksinim duyulan bazı düzenlemelerin ise bulunmadığı tespit edilmiş ve bir madde önerisi hazırlanmıştır. Düzenleme, unsurları itibariyle birçok yöntemi içerisinde barındırmakta ve her bir yöntem de kendi içerisinde olumlu ve olumsuz detaylar içermektedir. Seçilen hiçbir yöntem, ortaya çıkması muhtemel sorunları tam olarak önleyemez. Bu nedenle öneride benimsenen yöntemler, uluslararası rekabette adaleti ve ulusal vergilemede eşitliği sağlama amacına en yakın yöntemlerdir.

Çalışmada varılan sonuçlar etrafında, ülkemiz KEYK düzenlemesinin aşağıdaki şekilde değiştirilmesi önerilmektedir.

“Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı

Madde(1) Türkiye’de yerleşik beş veya daha az sayıda tam mükellef gerçek kişi ve kurumun doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte, sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının, en az % 50’sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, aşağıdaki şartların birlikte gerçekleşmesi halinde, yurt dışından elde edilen iştirak kazancı olarak kurumlar vergisine tabi tutulur.

a) İştirakin toplam gayrisafi hâsılâtının % 51 veya fazlasının faiz, kar payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış hâsılâtı gibi pasif karakterli gelirlerden oluşması.

b) İştirakin ticari bilânço karının % 10’dan az oranda gelir veya kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması.

c) İştirakin ilgili dönemdeki toplam gayrisafi hâsılâtının 100.000 TL karşılığı yabancı paradan fazla olması.

(2) Kontrol oranı olarak, ilgili hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte sahip olunan en yüksek oran dikkate alınır.

(3) Birinci fıkrada yer alan toplam vergi yükü, iştirakin faaliyette bulunduğu ülkede ilgili dönem kazancı üzerinden tahakkuk eden gelir veya kurumlar vergisi benzeri toplam verginin, iştirakin ticari bilânço karına oranlanması suretiyle tespit edilir. İlgili dönem ticari karına dâhil edilmiş olup iştirakin diğer ülkelerden elde etmiş olduğu kazançlar üzerinden ödenmiş bulunan gelir veya kurumlar vergisi benzeri vergiler de vergi yükünün hesabında dikkate alınır.

(4) Birinci fıkradaki şartların gerçekleşmesi durumunda, iştirakin elde etmiş olduğu karlar, iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren hesap dönemi itibariyle Türkiye’de yerleşik kurumların verecekleri yıllık kurumlar vergisi beyannamesine bu tarih itibariyle mevcut hisseleri oranında dâhil edilir. Mükellefler tarafından kurumlar vergisi beyannamesinin verilme süresinin sonuna kadar yabancı kurum tarafından dağıtılmış olan kazançlar hakkında bu madde hükümleri uygulanmaz. Yabancı kurumun aktif karakterli gelirleri bu madde kapsamında matraha dâhil edilmez.

(5) Her bir gerçek kişi veya kurumun yurt dışı iştirakte, ilişkili kişilerle birlikte % 5’den az pay sahibi olması halinde, bu paylar, % 50 kontrol şartının oluşup oluşmadığının tespitinde ve vergilendirmede dikkate alınmaz.

(6) İlişkili kişi bu Kanunun 13 üncü maddesi hükmüne göre belirlenir.

(7) İştirakin mukim olduğu ülke hukukuna göre ayrı tüzel kişiliği ve sınırlı sorumluluğu bulunan, ortakları veya katılımcıları bulunan diğer kuruluşlar da kurum olarak değerlendirilir.

(8) İştirakin ticari bilânço karı içinde yer alan kar payı gelirlerinin % 75 ve fazlasının aktif ticari faaliyetle uğraşan iştiraklerden elde edilmiş kar paylarından oluşması halinde bu gelirler pasif karakterli gelir olarak dikkate alınmaz.

(9) Bu maddeye göre Türkiye'de vergilendirilmiş kazancın iştirak tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kar paylarının daha önce matraha dâhil edilmemiş kısmı vergiye tabi tutulur.

(10) Bu madde uygulamasına ilişkin usuller Maliye Bakanlığınca belirlenir."

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akkaya, Mustafa. **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.
- Aktaş, Mehmet. **Uluslararası Transfer Fiyatlandırması ve Türk Mevzuatında Uygulama Olanakları**. İstanbul: Yaklaşım Yayıncılık, 2004.
- Akyol, Şener. **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**. 2. Bası. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.
- Algan, Bülent. **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**. Ankara: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Haziran 2007.
- Ansay, Tuğrul. **Anonim Şirketler Hukuku**. 6. Bası, Ankara: 1982.
- Arnold, Brian J.. **The Taxation of Controlled Foreign Corporations: An International Comparison**. Canada: Canadian Tax Foundation, 1986. (CFC)
- Ateş, Leyla. **Vergilendirmede Eşitlik**. İstanbul: Derin Yayınları, 2006. (Eşitlik)
- Beriş, Hamit Erhan. **Küreselleşme Çağında Egemenlik Ulusal Egemenliğin Yeni Sınırları**. Ankara: Lotus Yayınevi, 2006.
- Bıyık, Recep ve Aydın Kıratlı. **Vergi Teşvikleri ve Korumaları**. 3. Baskı. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, Temmuz 2006.
- Bilici, Nurettin. **Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri**. 2. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık Sanayi ve Ticaret A.Ş., Ağustos 2005.
- Bozer, Ali. **Borçlar Hukuku**. Ankara: Dayınlarlı Hukuk Yayınları Ltd. Şti., 2002.
- Bozkurt, Enver, Mehmet Özcan ve Arif Köktaş. **Avrupa Birliği Hukuku**. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım, Mart 2001.
- Çağan, Nami. **Vergilendirme Yetkisi**. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1982.
- Çelik, Edip. **Milletlerarası Hukuk**. İstanbul: Fakülteler Matbaası, C. 1, 2. Baskı. 1969.
- Çelikel, Aysel ve Ergin Nomer. **Devletler Hususi Hukuku**. 3. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., Ekim 1986.
- Dahlberg, Mattias. **Direct Taxation in Relation to the Freedom of Establishment and Free Movement of Capital**. The Netherlands: Ecotax Kluwer Law International, 2005. (Direct Taxation)
- Dahlberg, Mattias, Charles Gustafson ve Bertil Wiman. "CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law", Ecotax Kluwer Law

International, The Netherlands, Wintercourse 2001–2002,
<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> (21.03.2008). (CFC)

Damrosch, Lori Fisler, Louis Henkin, Sean D. Murphy, Hans Smith. **International Law**. 4th ed., St. Paul: West Group, 2001.

Demirkan, Uçar. **İngilizce ve Fransızca Karşılıklarıyla Vergicilik Terimleri Sözlüğü**. Ankara: Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 1993/331, 1993.

Dil Derneği. **Türkçe Sözlük**. 2. Baskı. Ankara: Dil Derneği Yayınları: 9, Ağustos 2005.

Ekmekçi, Esra. **Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler**. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, No: 167, 2003.

Erdoğan, Mustafa. **Anayasa Hukuku**. 4. Baskı. Ankara: Orion Yayınevi, Mart 2007.

Ergülen, Güneri ve Hayrettin Erdem. **Vergi Kanunlarındaki Vergi Avantajları**. Ankara: Yaklaşım Yayıncılık, 2000.

Eyüpgiller, S. Saygın. **Uluslararası Zarar Verici Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri**. Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2002. (Vergi Cenneti)

Gerek, Şehnaz ve Ali Rıza Aydın. **Anayasa Yargısı ve Vergi Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., 2005.

Gören, Zafer. **Anayasa Hukuku**. Ankara: Seçkin Yayıncılık, Nisan 2006.

Gözler, Kemal. **Anayasa Hukuku Dersleri**. 4. Baskı, Bursa: Ekin Kitabevi Yayınları, Şubat 2007.

Gözübüyük, Şeref. **Anayasa Hukuku**. 15. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, Ağustos 2007. (Anayasa Hukuku)

Gözübüyük, Şeref. **Hukuka Giriş ve Hukukun Genel Kavramları**. 4. Bası. Ankara: S Yayınları, 1983. (Hukuka Giriş)

Gündüz, Aslan. **Milletlerarası Hukuk**. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2000.

Güneş, Gülsen. **Verginin Yasallığı İlkesi**. İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım San. Ve Tic. Ltd. Şti., 1989.

Hakyemez, Yusuf Şevki. **Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı**. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.

IBFD. **International Tax Glossary**. 3 rd edition. Amsterdam: International Bureau Of Fiscal Documentation, 1996. (Glossary)

İmre, Zahit. **Medeni Hukuka Giriş**. Yenilenmiş Üçüncü Bası. İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1980.

Kaboğlu, İbrahim Ö.. **Anayasa Hukuku Dersleri**. 3. Baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık San. Ve Tic. Ltd. Şti., Kasım 2006. (Anayasa)

- Kaboğlu, İbrahim Ö.. **Özgürlükler Hukuku**. 6. Baskı, İmge Kitabevi, Kasım 2002.
(Özgürlük)
- Kapusuzoğlu, Tucaı. **Vergisel Yönden Transfer Fiyatlandırması**. İstanbul: Oluş
Yayıncılık, 2003.
- Karahan, Sami. **Anonim Ortaklıklarda İmtiyazlı Paylar ve İmtiyazların Korunması**.
İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, No: 98, 1991.
- Karakoç, Yusuf. **Genel Vergi Hukuku**. 4. Baskı. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2007.
- Kaneti, Selim. **Vergi Hukuku**. 2. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1989.(Vergi Hukuku)
- Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 4. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi,
2004.
- Kızılot, Şükrü, Doğan Şenyüz, Metin Taş, Recai Dönmez. **Vergi Hukuku**. İstanbul: Yaklaşım
Yayınları, 2006.
- Kocasakal, Ümit. **Avrupa Birliği Ceza Hukukunun Esasları**. İstanbul: Vedat Kitapçılık
Basım Yayım Dağıtım Ltd.Şti., 2004.
- Köprülü, Bülent. **Medeni Hukuk**. Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2. Bası. İstanbul: İstanbul
Üniversitesi Yayın No: 3253, Hukuk Fakültesi Yayın No: 686, Acar Matbaacılık
Tesisleri, 1984.
- Lang, Michael, Hans-Jörgen Aigner, Ulrich Scheuerle ve Marcus Stefaner (Ed.). **CFC
Legislation, Tax Treaties and EC Law**. The Netharlands: Kluwer Law
International, 2004.
- Martha, Silvestre J. Rutsel. **The Jurisdiction to Tax in International Law**. England:
Devender, 1989.
- Müller, Johann. "*The Netherlands in International Tax Planning*". 2005. Amsterdam:
International Bureau of Fiscal Documentation Veri Tabanı (21.05.2010).
- Nomer, Ergin ve Cemal Şanlı. **Devletler Hususi Hukuku**. 14. Bası. İstanbul: Beta Basım
Yayımlar Dağıtım AŞ., 2006.
- OECD. **Controlled Foreign Company Legislation**. 2. Edition. Paris: OECD Publications,
2000. (CFC)
- OECD. **Model Tax Convention on Income and on Capital**. Condensed Version, July
2008. (OECD-MC)
- OECD. **Double Taxation Conventions and the Use of Base Companies Report**. April
2000. (2000a)
- OECD. **Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies Report**.
Paris. April 2000. (2000b)
- Oğuzman, Kemal ve M. Turgut Öz. **Borçlar Hukuku**. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2005.

- Oğuzman, M. Kemal ve Nami Barlas. **Medeni Hukuk**. 14. Bası. İstanbul: Arıkan Basım Yayım Dağıtım Ltd. Şti., Kasım 2007.
- Önal, Buket Sayın. **Limited Şirketlerde Ortakların Sorumluluğu**. Ankara: Adalet Yayınevi, 2003.
- Öncel, Mualla. **Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**. Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Yayın No: 131, 1978.
- Öncel, Mualla, Ahmet Kumrulu ve Nami Çağan. **Vergi Hukuku**. 13. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi, 2005.
- Önen, Turgut. **Borçlar Hukuku**. Ankara: Siyasal Kitabevi, Ekim 1996.
- Öz, Semih. **Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri**. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2005. (Vergi Cennetleri)
- Özbalcı, Yılmaz. **Gelir Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları**. Ankara: Oluş Yayıncılık, 2002.
- Özgen, Mehmet. **Vergi Terimleri Sözlüğü**. Ankara: Maliye Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı Yayınları, Yayın No: 1997/343, 1997.
- Pazarıcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk**. 5. Bası. Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2007. (Uluslararası)
- Pazarıcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri**. 9. Baskı. I. Kitap, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2001. (Hukuk Dersleri I)
- Pazarıcı, Hüseyin. **Uluslararası Hukuk Dersleri**. 8. Baskı. II. Kitap, Ankara: Turhan Kitabevi Yayınları, 2005. (Hukuk Dersleri II)
- Poroy, Reha, Ünal Tekinalp ve Ersin Çamoğlu. **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**. 9. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., 2003.
- Pulaşlı, Hasan. **Şirketler Hukuku**. 4. Bası, Adana: Karahan Yayınları, 2003,
- Püsküllüoğlu, Ali. **Türkçe Sözlük**. 2. Baskı. İstanbul: Doğan Kitap A.Ş., Ekim 1999.
- Reisoğlu, Safa. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**. 17. Basım. İstanbul: Beta Basım A.Ş., Mart 2005.
- Saban, Nihal. **Vergi Hukuku**. 2. Baskı. İstanbul: Der Yayınları, 2003. (Vergi Hukuku)
- Sandler, Daniel. **Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation**. The Netherlands: Kluwer Law International, 1998.
- Saraç, Özgür. **Küresel Vergi Rekabeti ve Ulusal Vergi Politikaları**. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006.
- Saraçoğlu, Fatih. **Avrupa Birliği'nde Vergi Uyumlaştırma Süreci ve Türkiye**. Ankara: Maliye ve Hukuk Yayınları, 2006.

- Saygılıoğlu, Nevzat. **Vergi Hukukunda Yorum**. Ankara: Maliye ve Gmrk Bakanlığı Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 1987/288, 1987.
- Sevi, Ali Murat. **Anonim Ortaklıkta Payın Devri**. Ankara: Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.ř., 2004.
- Steel, Miranda (Ed.). **Oxford Wordpower Dictionary for Learners of English**. London: Oxford University Pres, Fourth Impression, 2000.
- Suer, M. Ziya. **Avrupa Birliği'nde Vergi Uyumlaştırması ve Türk Vergi Sistemi zerine Etkileri**. Ankara: Maliye Hesap Uzmanları Vakfı, 1999.
- Sur, Melda. **Uluslararası Hukukun Esasları**. İstanbul: Beta Basım A.ř., 2006.
- Süzek, Sarper. **İş Akdini Fesih Hakkının Kötüye Kullanılması**. Ankara: Kazancı Yayınları, Bilimsel Dizi: 3, 1976.
- şanver, Salih. **İşletme Vergiciliği ve Türk Vergi Sistemi**. İstanbul: İstanbul İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayını, No:42-991968.
- şenyüz, Doğan. **Türk Vergi Sistemi**. 13. Baskı. Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2007.(Vergi Sistemi)
- Tankuter, Korkut (Ed.). **İnsan Hakları**. İstanbul: YKY Yayınları, 2000.
- Tanör, Bülent ve Necmi Yüzbaşıoğlu. **Türk Anayasa Hukuku**. 7. Bası. İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř., Ekim 2005.
- Tekil, Fahiman. **şirketler Hukuku**. İstanbul: Otağ Matbaacılık Koll. şti., 1981.
- Tekinalp, Glren. **AB Hukuku**. Güncelleştirilmiş 2. Bası, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.ř., Mayıs 2000. (Tekialp/Tekinalp)
- Teoman, Ömer. **Anonim Ortaklıkta Pay Sahibinin Oy Hakkından Yoksunluğu**. Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayın No: 144, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1983. (Oy Hakkı)
- Teoman, Ömer. **Anonim Ortaklıklarda İntifa Senetleri**. İstanbul: Üniversite Kitabevi, 1978. (İntifa)
- Thuronyi, Victor. **Comparative Tax Law**. The Nethetlands: Kluwer Law International, 2003.
- Türk Dil Kurumu. **Türkçe Sözlük**. 9. Baskı. Ankara: TTK Basımevi, TDK Yayınları:549 Sözlük Bilim ve Uygulama Kolu Yayınları, Türkçe Sözlükler Dizisi:1, 1998.
- Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu. **Uluslararası Finansal Raporlama Standartları (IFRS/IAS) ile Uyumlu Türkiye Muhasebe Standartları**. Ankara, 2007.
- Uluatam, zhan. **Kamu Maliyesi**. 2. Baskı. Ankara: S Yayınları, 1983.
- Uludağ, Ramazan. **Avrupa Topluluğu ve Türk Vergi Sisteminin Topluluk Modeline Uyum**. Ankara: APK Kurulu Yayını No:1998/302, 1998.

- Umar, Bilge ve Ejder Yılmaz. **İsbat Yüğü.** Yeniden Yazılmış-Genişletilmiş 2 nci Bası. İstanbul: Kazancı Hukuk Yayınları, 1980.
- Uyanık, Namık Kemal. Örtülü Sermaye Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı Çifte **Vergilendirmenin Önlenmesi Düzenlemeleri.** Ankara: TÜRMOB Yayınları, Yayın No: 32.
- Ünsal, Şeref. **Uluslararası Hukuk.** Ankara: Yetkin Yayınları, 2005.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. **Medeni Hukuk.** 2. Bası. İstanbul: Doğan Kardeş Matbaası, 1956. (Medeni Hukuk)
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. **Türk Medeni Hukuku.** Üçüncü Bası. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 991, Hukuk Fakültesi No: 204, Nurgök Matbaası, 1963. (Türk Medeni Hukuku)
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet ve Refet Özdemir. **Türk Borçlar Kanunu Şerhi 1-2.** Ankara: Yargıtay Yayınları, 1987.
- Weber, Dennis. **Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms.** Vol. 11. The Netherlands: Kluwer Law International, 2005. (Tax Avoidance)
- Yaltı, Billur. **Uluslararası Vergi Anlaşmaları.** İstanbul: Beta Basım Yayım, 1995. (Vergi Anlaşmaları)
- Yaltı, Billur. **Gümrük Birliğinin Hukuki Yapısı.** İstanbul: İstanbul Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler Odası Yayınları, Yayın No: 18. 1997. (Gümrük Birliği)
- Yaltı, Billur. **Avrupa Birliği'nde Dolaysız Vergiler.** İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım AŞ., Kasım 2002. (Avrupa Birliği)
- Yaltı, Billur. **Elektronik Ticarete Vergilendirme.** İstanbul: Der Yayınları, 2003. (Elektronik)
- Yaltı, Billur. **Vergi Yükümlüsünün Hakları.** İstanbul: Beta Basım A.Ş., Eylül 2006. (Vergi Yükümlüsü)
- Yaltı, Billur ve Selçuk Özgenç. **Vergi Hukuku Pratik Çalışma El Kitabı.** 2. Bası. Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul: Ekim 2007. (Vergi Hukuku)
- Yasaman, Hamdi. **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku.** İstanbul, 1992,
- Yokuş, Sevtap. **Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı.** Ankara: Yetkin Yayınları, 2002.
- Yüksel, Metin. **Ölçülük İlkesi - Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi.** Ankara: Seçkin Yayıncılık San. Ve Tic. A.Ş., 2002.

Raporlar

- ABD Office of Tax Policy Department of the Treasury. The Defferal of Income Earned Through U.S. Controlled Foreign Corporations: A Policy Study. 2000. <http://www.treas.gov/offices/tax-policy/library/subpartf.pdf> (21.05.2010).
- AB Other EU Work Related to Harmful Tax Practices. 2004. http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm#other_work (21.05.2010).
- AB European Commision. The Code of Conduct for Business Taxation. 1996. http://ec.europa.eu/taxation_customs/taxation/company_tax/harmful_tax_practices/index_en.htm#code_conduct (21.05.2010).
- OECD. Harmful Tax Competition An Emerging Global Issue. 1998. <http://www.oecd.org/dataoecd/33/0/1904176.pdf> (21.05.2010). (1998)
- OECD. Benchmark Definition of Foreign Direct investment. Third Edition, 1999. <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf> (21.05.2010). (1999)
- OECD. Tax Systems in European Union Countries. Economics Department Working Papers No. 301, 29 Temmuz 2001. <http://www.oecd.org/dataoecd/4/7/1897173.pdf> (21.05.2010).
- OECD. Project on Harmful Tax Practices: The 2004 Report. 2004. <http://www.oecd.org/dataoecd/60/33/30901115.pdf> (21.05.2010). (2004)
- OECD, "Global Forum on Taxation: Towards a Global Level Playing Field", 2004, http://www.oecd.org/document/0/0,3343,en_2649_34897_16643264_1_1_1_1,00.html (10.01.2008);
- OECD, "Tax Co-operation: Towards a Level Playing Field, 2006 Assessment by the Global Forum on Taxation", 29 May 2006, http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_34897_39473821_1_1_1_1,00.html (10.01.2008).
- OECD. Project on Harmful Tax Practices: The 2006 Update on Progress in Member Countries. 2006. <http://www.oecd.org/dataoecd/1/17/37446434.pdf> (21.05.2010). (2006)
- OECD, "Progress Towards a Level Playing Field: Outcomes of the OECD Global Forum on Taxation", 12 October 2007, <http://www.oecd.org/dataoecd/28/55/35670025.pdf> (10.01.2008).
- OECD. Glossary of Tax Terms. http://www.oecd.org/document/29/0,2340,en_2649_201185_33933853_1_1_1_1,00.html#D (09.12.2006). (Glossary)
- Öz, Semih. "Kurumlar Vergisi Kanunu'na Göre Türkiye'de Kontrol Edilen Kurum Uygulaması", **TÜRMOB Sirküler Rapor Serisi**. Seri No: 2006-10, TÜRMOB Yayınları-209, Ankara, 2006. (KEYK)
- Tanzi, Vito. "Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems", **Working Paper of the International Monetary Fund**. 1996/141, 1996.

Sürelî Yayınlar

- Aliefendioğlu, Yılmaz. "Vergilendirme Yetkisi ve 1980 sonrası Türk Vergi Politikası". **Vergi Dünyası**. Sayı. 33, Mayıs 1984, ss. 3–24.
- Almudi, Cid José Manuel. "National Report Spain". Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 559–580.
- Ambrosanio, Maria Flavia ve Serena Caroppo. "Eliminating Harmful Tax Practices in Tax Havens: Defensive Measures by Major EU Countries and Tax Haven Reforms". **Canadian Tax Journal**. Vol. 53, Issue 3, 1 July 2005, ss. 685–719.
- Arnold, Brian J.. "Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model". **Bulletin-Tax Treaty Monitor**. Vol. 58, Issue 6, June 2004, ss. 244–260. (Tax Treaties)
- Ateş, Leyla. "Vergi Anlaşmalarının Yorumunda OECD Şerhlerinin Rolü". **Vergi Dünyası**. Sayı. 332, Nisan 2009, ss. 171–178. (OECD)
- Avi-Yonah, Reuven S.. "International Tax as International Law". **Tax Law Review**. Vol. 57, 2004, ss. 483–497. (International)
- Balcı, Beyazıt. "Yeni Bir Vergi Güvenlik Müessesesi Olarak Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar Düzenlemesi". **Yaklaşım**. Sayı.178, Ekim 2007, ss. 138–146. (Güvenlik)
- Balcı, Beyazıt. "Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar (CFC) Müessesesiyle KVK'daki Diğer Önlemler Arasındaki İlişkiler". **Yaklaşım**. Sayı. 179, Kasım 2007, ss. 119–127. (KEYK)
- Başaran, Funda. "Avrupa Birliği İşletme Vergilemesi Temel Kurallarına Uyum". **Vergi Sorunları**. Sayı. 156, Eylül 2001, ss. 127- 136.
- Brinker Jr, Thomas M. and W. Richard Sherman. "Comparing the U.S. and U.K. CFC Rules". **Journal of International Taxation**". Vol.14, May 2003, ss. 18–23.
- Borges, Ricardo. "National Report Portugal", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 527–558.
- Bruggen, Edwin van der. "State Responsibility under Customary International Law in Matters of Taxation and Tax Competition". **Intertax International Tax Review**. Vol:29, Issue. 4, 2001, ss. 115–138.
- Busetto, Domenico ve Antonio Russo. "Final Controlled Foreign Companies Legislation Enacted". **European Taxation**. Issue 41, January 2001, ss. 32–37.
- Cangir, Niyazi. "Vergide Rekabet ya da Vergi Politikasının Değişen İşlevi I". **Yaklaşım**. Sayı. 91, Temmuz 2000, ss. 104–112.
- Dietz, Henrik ve Dan Buxom. "New Less Restrictive CFC Legislation". **European Taxation**. Vol. 42, No. 12, December 2002, ss. 515–522.

- Edgar, Tim. "Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage". **Canadian Tax Journal**. Vol. 51, No.3, 2003, ss. 1079–1159.
- Erdem, Ahmet Ersin. "Uluslararası Çifte Vergilemenin Tanımı ve Türk Vergi Mevzuatında Bunun Önlenmesine Yönelik Düzenlemeler". **Vergi Dünyası**. Yıl: 18, Sayı. 210, Şubat 1999, ss. 156–167.
- Erdem, Tahir. "Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) Rejimi". **Mali Pusula**. Yıl: 2, Sayı. 27, Mart 2007, ss. 135–163.
- Erkuş, Hakan ve Leyla Ateş. "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Düzenlemesi ve 5520 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemenin İrdelenmesi". **Vergi Dünyası**. Sayı. 310, Haziran 2007, ss. 113–129.
- Eyüpgiller, S.Saygın. "Dünyada ve Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları". **Yaklaşım**. Sayı. 168, Aralık 1998, ss. 37–41. (CFC)
- Ferhatoğlu, Emrah. "Avrupa Birliği’nde Zarar Verici Vergi Rekabetine Karşı Yürütülen Çalışmalar". **Yaklaşım**. Sayı. 162, Haziran 2006, ss. 190–197.
- Förster, Guido ve Dirk Schmidtman. "CFC Legislation in Germany". **International Tax Review**. Volume 32, Issue 10, 2004, ss. 476–486.
- Fontana, Renata. "The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union-Part 1". **European Taxation**. Vol. 46, No. 7, June 2006, ss. 259–267. (I)
- Fontana, Renata. "The Uncertain Future of CFC Regimes in the Member States of the European Union-Part 2". **European Taxation**. Vol. 46, No. 7, July 2006, ss. 317–324. (II)
- Genschel, Philipp. "Globalization and the Transformation of the Tax State". **European Review**. Vol.13, No.1, January 2005, ss. 53–71.
- Gershuny, Philip ve diğerleri. "Impact of Cadbury Schweppes on CFC Legislation". **BNAI Tax Planning International Review**. Vol. 34, No. 1, January 2007, ss. 1–8.
- Gouthière, Bruno. "French Anti-Abuse International Tax Legislation: Recent Developments". **European Taxation**. Vol. 46, No. 11, November 2006, ss. 514–521. (2006)
- Gouthière, Bruno. "Overview of French CFC Legislation". **European Taxation**. Vol. 48, No. 2, February 2008, ss. 50–57. (2008)
- Gümüş, Erhan. "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi". **Vergi Dünyası**. Sayı. 304, Aralık 2006, ss. 206–210.
- Günay, Özge. "OECD Yaklaşımı Çerçevesinde Vergi Kaçırma ve Vergiden Kaçınma". **Vergi Dünyası**. Sayı. 312, Ağustos 2007, ss. 86–90.
- Gündoğdu, Burhan. "Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) Kazancı". **Yaklaşım**. Sayı: 174, Yıl: 15, Haziran 2007, ss. 115–122.

- Güngör, Feridun. Uluslararası Hukuksal Çifte Vergilendirmenin Önlenmesi ve Türkiye Uygulaması. **Vergi Dünyası**. Sayı. 190, Haziran 1997, ss. 33–52.
- Halkyard, Andrew. "Common Law and Tax Avoidance: Back to the Future?". **Revenue Law Journal**. Vol. 14, 2004, ss. 19–31.
- Heper, Fethi ve Şennur Hoşyumruk. "Vergi Cennetleri ile İlgili Çalışmalarda Son Durum-I". **Yaklaşım Dergisi**. Sayı. 116, Ağustos 2002, ss. 38–43.
- Helminen, Marjaana. "Is There a Future for CFC-regimes in the EU?", **Intertax International Tax Review**. Vol. 33, Issue 3, 2005, ss. 117–123. (Future for CFC)
- Jourdan, Suzanne Lauritzen ve Katarina Lif Burren. "CFC Legislation in an International Tax Perspective". **Private**. April 2005, ss. 28–30.
- Jourdan, Suzanne Lauritzen. "Substance Requirements in Anti-Tax-Avoidance Legislation-The End of Tax Planning with Holding Companies?". **Private**. 3/2009, ss. 38–39.
- Kamphaus, Christine ve Lars-Volkmar Weihmann. "Controlled Foreign Company Rules Still in Conflict with Community Law", *International Tax Review*. May 2010, <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=25610&SID=725700&TYPE=20> (11.05.2010).
- Kaneti, Selim. "Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım İlkesi". **Vergi Dünyası**. Sayı. 131, Temmuz 1992, ss. 39–54. (Ekonomik Yaklaşım)
- Karaca, Yüksel. "Zararlı Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri: OECD Bünyesindeki Çalışmalar Ne Aşamada?". **Vergi Dünyası**. Sayı. 238, Haziran 2001, ss. 90–99.
- Karadeniz, Salim. "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi". **Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog**. Sayı: 220, Ağustos 2006, ss. 17–22.
- Keinan, Yoraam. "Rethinking the Role of The Judicial Step Transaction Principle and a Proposal for Codification". **Akron Tax Journal**. Vol. 22, Issue. 45, 2007, ss. 45–100.
- Kıldış, Yusuf. "Türk Vergi Sisteminde Vergiden Kaçınma". **Vergi Dünyası**. Sayı. 309, Mayıs 2007, ss. 443–530.
- Kirsch, Michael S.. "Taxing Citizens in a Global Economy". **New York University Law Review**. Vol. 3, May 2007, ss. 443–482.
- Koyuncu, Mesut. "5520 Sayılı Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu ile Getirilen Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı Ne Demektir?". **Mali Çözüm**. Sayı: 76, Haziran-Temmuz 2006, ss. 115–120.
- Küçük, Sema. "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Tam Mükellef Ortakları Nezdinde Yapılacak Vergileme". **Yaklaşım**. Yıl: 15, Sayı. 177, Eylül 2007, ss. 104–108.
- Lang, Michael. "CFC Legislation and Community Law". **European Taxation**. September 2002, ss. 374–379. (CFC Legislation)

- Lang, Michael. "CFC Regulations and Double Taxation Treaties". **Bulletin for International Fiscal Documentation**, Vol. 57, No. 2, February 2003, ss. 51–58. (CFC Regulations)
- Lang, Michael. "The Marks & Spencer Case-The Open Issues Following the ECJ's Final Word". **European Taxation**. Vol. 46, Number 2, February 2006, ss. 54–67. (Marks&Spencer)
- Lang, Michael. "Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction?". **European Taxation**. Vol. 46, Number 9, September 2006, ss. 421–430. (Direct Taxation)
- Li, Jinyan. "Global Profit Split: An Evolutionary Approach to International Income Allocation". **Canadian Tax Journal**. Vol: 50, Issue: 3, January 2002, ss. 823–883. (2002)
- Li, Jinyan. "Tax Sovereignty and International Tax Reform: The Author's Response". **Canadian Tax Journal**. Volume. 2, Issue. 1, 1 January 2004, ss. 141–148. (2004)
- Li, Jinyan. "Economic Substance": Drawing the Line Between Legitimate Tax Minimization and Abusive Tax Avoidance". **Canadian Tax Journal**. Volume. 54, Issue. 1, 1 January 2006, ss. 23–56. (2006)
- Lokken, Lawrence. "Territorial Taxation: Why Some U.S. Multinationals May Be Less Than Enthusiastic About the Idea (and Some Ideas They Really Dislike)". **SMU Law Review**. Vol. 59, No. 2, 2006, ss. 751–772. (2006)
- Lokken, Lawrence. "Whatever Happened to Subpart F? U.S. CFC Legislation After The Check-The-Box Regulations". **Florida Tax Review**. Vol. 7, 2005, ss. 186–211. (2005)
- Lyden-Horn, Alex. "Cadbury Schweppes: A Critical Look at the Future and Futurity of U.K. Controlled Foreign Company Legislation". **Temple International & Comparative Law Journal**. Volume 22, Number 1, Spring 2008, ss. 191–212.
- Matsos, Georgios. "National Report Greece", Michael Lang ve diğerleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 281–302.
- McLure, Jr. Charles E.. "Globalization, Tax Rules and National Tax Sovereignty". **Bulletin for International Fiscal Documentation**. Vol. 55, No. 8, August 2001, ss. 328–341.
- Merks, Paulus. "Tax Evasion, Tax Avoidance and Tax Planning". **Intertax**. Volume. 34, Issue. 5, 2006, ss. 272–281.
- Meussen, Gerard T.K.. "Cadbury Schweppes: The ECJ Significantly Limits the Application of CFC Rules in the Member States". **European Taxation**. Volume 47, No. 1, January 2007, ss. 13–18.
- Ocasal, Christopher ve Greg Lubkin. "New Tipra CFC Look-Through Rule: Time to Begin Tailored Tax Planning-One Size Does Not Fit All". **Journal of International Taxation**. Vol. 17, September 2006, ss. 10–18.
- Odabaş, Hakkı ve Fatih Savaşan. "Avrupa Birliği'nde Vergi Uyumu Çalışmaları ve Türkiye", *E-Yaklaşım Dergisi*. Haziran 2004, Sayı. 11. http://www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/read_frame.asp?file_name=2004064543.htm (14.04.2007).

- O'Shea, Tom. "The UK's CFC Rules and freedom of establishment: Cadbury Schweppes plc and its IFSC subsidiaries-tax avoidance or tax mitigation?". **EC Tax Review**. 2007/1, ss. 13–24.
- Owens, Jeffrey. "International Taxation: Meeting The Challenges-The Role of the OECD". **European Taxation**. Vol. 46, Issue No. 12, December 2006, ss. 555–558. (International)
- Öner, M.Yavuz. "Zararlı (Haksız) Vergi Rekabeti", *E-Yaklaşım Dergisi*. Haziran 2004, Sayı. 11. www.yaklasim.com/mevzuat/dergi/makaleler/2004064594.htm (14.04.2007).
- Öz, Semih. "Vergi Cennetleri Konusunda Yapılan Uluslararası Çalışmalar". **Yaklaşım**. Sayı. 139, Temmuz 2004, ss. 41–47. (Uluslararası)
- Öz, Semih. "Yeni Kurumlar Vergisi Kanunu'nun Vergi Cennetleri ile Mücadele Düzenlemeleri". **Mali Pusula**. Yıl: 2, Sayı. 20, Ağustos 2006, ss. 19–32. (Kurumlar Vergisi)
- Öz, Semih. "Vergi Cennetleriyle Mücadele Aracı Olarak "Yurt Dışı Kontrollü İşletme" Düzenlemeleri". **Mali Pusula**. Sayı. 2, Şubat 2005, ss. 28–35. (Mücadele Aracı)
- Özel, Salih. "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancının Vergilendirilmesi". **Yaklaşım**. Yıl: 16, Sayı. 186, Haziran 2008, ss. 19–22.
- Perrou, Katerina. "The Judicial Application of Anti-Avoidance Doctrines in Greece and its Impact on International Tax Law". **International Tax Review**. Volume. 34, Issue 2, 01 February 2006, ss. 101–111.
- Pouletty, Mathieu ve Neil Smith. "The Territoriality Principle as Applied in Denmark, France and Jong Kong". **BNAI Tax Planning International Review**. Vol. 32, December 2005, ss. 12–20.
- Rainer, Anno ve Otmar Thömmes. "Are German CFC Rules Compatible with EU Freedoms?". **International Tax Review**. Vol. 33, Issue 11, November 2005, ss. 554–555.
- Rainer, Onno ve diğerleri. ECJ Restricts Scope of CFC Legislation. **Intertax International Tax Review**. Vol. 34, Issue 12, December 2006, ss. 638–638.
- Reid, Elspeth. "The Doctrine of Abuse of Rights: Perspective from a Mixed Jurisdiction". **Electronic Journal of Comparative Law**. Vol. 8, No. 3, October 2004, ss. 1–15.
- Rosembuj, Tulio. "Harmful Tax Competition". **Intertax International Tax Review**. Vol. 27, No. 10, October 1999, ss. 316–334.
- Russo, Raffaele ve Eduardo Pedrazzini, "The Only Way Out is the Way Through: Taxation of Partnerships in Italy". **European Taxation**. Vol. 45, No. 4, April 2005, ss. 138–147.
- Saban, Nihal. "Vergi Usul Kanununda Yer Alan Karinelerde Aksini İspat". **Danıştay Dergisi**. Yıl 22, Sayı. 82–83, 1992, ss. 5–11. (İspat)
- Schön, Wolfgang. "Tax Competition in Europe-The National Perspective". **European Taxation**. Vol. 42, Issue 12, December 2002, ss. 490–500. (2002)

- Schön, Wolfgang. "Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law Compared". **Common Market Law Review**. Vol. 42, 2005, ss. 331–365. (2005)
- Seer, Roman. "The Jurisprudence of the European Court of Justice: Limitation of the Legal Consequences?". **European Taxation**. Number 10, October 2006, ss. 470–476.
- Serrano, Josep. "Changes in CFC Legislation", *Intertax International Tax Review*. June 2009, <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=25409&SID=720487&TYPE=20> (21.05.2010).
- Silvestri, Andrea. "Italian CFC Rules and Subpart F Compared". **Journal of International Taxation**. Vol. 12, Part. 12, December 2001, ss. 12–20.
- Smith, Herbert. "UK's Pre-Budget Report", *International Tax Review*. December 2008-January 2009, <http://www.internationaltaxreview.com/?ISS=25227&PUBID=35&Page=10&SID=715735&TYPE=20> (20.01.2010).
- Smith, Herbert. "Courts Clarify the CFC Motive Test Exemption", *International Tax Review*. May, 2003, <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=10&PUBID=35&ISS=12610&SID=469740&SM=&SearchStr=%22motive%20exemption%22> (20.01.2010).
- Spencer, David ve J.C. Sharman. "OECD Proposals on Harmful Tax Practices: A Status Report (Part I)". **Journal of International Taxation**. Vol. 17, October 2006, ss. 24–42.
- Snel, Freek P.J. ve Cristian Lucas Mas. "The Classification of Partnerships for Tax Purposes: A Comparative Analysis". **European Taxation**. Vol. 43, No. 10, October 2003, ss. 367–377.
- Szudoczky, Rita. "EC Update". **European Taxation**. Vol. 46, No. 11, November 2006, ss. EC–41- EC 44.
- Şenyüz, Doğan. "Peçeleme ve Muvazaanın Niteliği ve Arasındaki Farklar". **Yaklaşım**. Sayı. 185, Mayıs 2008, ss. 26–27. (Peçeleme)
- Şenyüz, Doğan. "Kontrol Edilen Yabancı İştiraklerin Kazancının Türk Kurumlar Vergisi Karşısındaki Konumu". **Yaklaşım**. Sayı. 167, Yıl: 14, Kasım 2006, ss. 24–30. (KEYK)
- Tekin, Cem. "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesinde Ortaya Çıkması Muhtemel Sorunlar". **Vergi Sorunları**. Sayı: 217, Ekim 2006, ss. 49–57.
- Thömmes, Otmar. "CFC Legislation and EC Law". **Intertax**. Volume 31, Issue. 5, 2003, ss. 188–189.
- Tuncer, Selahattin. "Vergi Kanunlarımızda İkametgâh Kavramı". **Vergi Dünyası**. Sayı. 105, Mayıs 1990, ss. 5–12.
- Tuncer, Selahattin. "İşletme Vergiciliğinden Vergi Planlamasına". **Yaklaşım**. Sayı. 181, Ocak 2008, ss. 9–15.

- Türk, Yakup. "1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı Müessesesinin Amacına Uygun Mudur?". **Vergi Dünyası**. Sayı. 335, Temmuz 2009, ss. 150–154.
- Ufuk, Mehmet Tahir. "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı". **Yaklaşım**. Yıl. 15, Sayı. 172, Nisan 2007, ss. 150–154.
- Vanistendael, Frans. "The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market". **European Taxation**. No. 15, September 2006, ss. 413–420.
- Vogel, Klaus. "Tax Treaty News". **Bulletin for International Fiscal Documentation**. July 2002, ss. 286–287.
- Vinther, Nikolaj and Erik Werlauff. "Tax Motives are Legal Motives-The Borderline between the Use and Abuse of the Freedom of Establishment with Reference to the Cadbury Schweppes Case". **European Taxation**. Vol. 46, Numb. 8, August 2008, ss. 383–386.
- Weber, Dennis. "In search of a (New) Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC". **Intertax International Tax Review**. Vol. 34, Issue 12, 2006, ss. 586–616. (Freedom of Movement)
- Weis, Néilo and Philippe Jeffrey. "Decision on Brazilian CFC Rules", *International Tax Review*. May 2010.
<http://www.internationaltaxreview.com/default.asp?Page=10&PUB=35&ISS=25610&SID=725693&ReturnPage=16> (11.05.2010).
- Westerlund, Maria. "Swedish CFC Legislation", **Ecotax Kluwer Law International**. Wintercourse 2001–2002, The Netherlands,
<http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> (21.03.2008).
- Whitehead, Simon. "What's Your Motive?", *Taxation*. 21 September 2006, ss. 682–684.
http://www.dorsey.com/files/Publication/eadb1a55-31cc-406a-a73c-25db5ed6bb01/Presentation/PublicationAttachment/e4391d50-193f-45f9-935a-9269f3083d5b/Taxation_092106.pdf (21.03.2010).
- Wilson, John Douglas. "Theories of Tax Competition". **National Tax Journal**. Vol. 52, No. 2, June 1999, ss. 269–304.
- Wilson, John Douglas ve David E. Wildasin. "Capital Tax Competition: Bane or Boon?". **Journal of Public Economics**. Vol. 88, Issue 6, June 2004, ss. 1065–1091.
- Yaltı, Billur. "2000'li Yılların Vergisel Mozaïği: Günümüz Vergilerinden Geleceğin Olasılıklarına I". **Yaklaşım**. Sayı. 92, Ağustos 2000, ss. 45–54. (2000'li Yıllar)
- Yaltı, Billur. "Transfer Fiyatlandırmasında Vergi Anlaşması Uygulaması". **Vergi Sorunları**. Sayı. 222, Mart 2007, ss. 7–26. (Transfer)
- Yaltı, Billur. "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Yargıçları - Türk Vergi Yargıçları: Mülkiyet Hakkı İhlali Okumalarından Bir Örnek: Vergi İadelerinde Zaman/Değer Kayıpları". **Vergi Dünyası**. Sayı. 310, Haziran 2007, ss. 21–40. (Zaman/Değer Kayıpları)

Yang, Connie Guang-Hwa. "*Taiwan's Control of the Tax Sheltering Use of Tax Haven Base Companies: Substance Over Form Rule or Subpart F_Type Legislation?*". **Columbia Journal of Transnational Law Association**. Vol. 31, No. 1, 1993, ss. 231–262.

Tezler

- Andersson, Sara. "CFC Rules and Double Tax Treaties", **Master Thesis**. Jönköping University Jönköping International Business School, 2006, www.essays.se/essay/a9d7da5f51/, (11.09.2008).
- Andersson, Johanna and Amela Vrana. "Article 43 EC-A Freedom with Limitations? What Constitutes a "Wholly Artificial Arrangements"?", **Master Thesis**. Jönköping University Jönköping International Business School, May 2007, <http://hj.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2:4555>, (11.02.2009).
- Budak, Tamer. "Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç", **Yayımlanmamış Doktora Tezi**. Marmara Üniversitesi SBE, 2006.
- Nizamiev, Alfred. "The Main Characterstics of State's Jurisdiction to Tax in International Dimension", **LLM Theses**. Athens Georgia University Law School, 2003. http://digitalcommons.law.uga.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1036&context=stu_llm, (02.10.2008).
- Sonsuzoğlu, Elif. "Ödeme Gücüne Göre Vergileme İlkesi", **Yayımlanmamış Doktora Tezi**. İstanbul Üniversitesi SBE, 1997.

Diğer Kaynaklar

- Aigner, Hans-Jürgen, Ulrich Scheuerle and Marcus Stefaner. "General report", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 15–52.
- Avi-Yonah, Reuven S.. "Deemed Dividend Problem", *Working Paper Series*. 2004, SSRN Veri Tabanı (21.03.2007). (Deemed)
- Baralt, Bianca A. Landrón. "Controlled Foreign Corporations", **Ecotax Kluwer Law International**. Wintercourse 2001–2002, The Netherlands, <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> (21.03.2008).
- Brink, Thomas. "German CFC Taxation after the Cadbury Schweppes Decision", *EU Tax News*. January-February 2007, Issue. 2007, nr. 002, ss. 11–11. http://www.pwc.com/en_GX/gx/eu-tax-news/pdf/pwc_eudtg_newsletter2007-nr-002.pdf (21.03.2010).
- Bater, Paul. "United Kingdom", *Taxation of Companies in Europe, Guide to European Taxation*. Vol. 2, last supplement 23 October 2006. International Bureau of Fiscal Documentation Veri Tabanı (21.05.2010).
- Bernatonis, Julius. "National Report Lithuania", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 391–408.
- Catteral, T. Arthur. "Investment by Foreign Trusts in Foreign Entities", Duncan E. Osborne and Elizabeth Morgan Schurig (Ed.), *Domestic and International Law and Tactics* içinde, Updated February 2007, sec. 24:12, Westlaw Veri Tabanı (16.03.2007).
- Cottani, Gianmarco and Harry Tonino. "CFC Legislation in Italy", **Ecotax Kluwer Law International**. Wintercourse 2001–2002, The Netherlands, <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> (21.03.2008).
- Dado, Jaroslav and Milan Sedmihradski. "National Report Czech Republic", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 125–138.
- Dahlberg, Mattias. "National Report Sweden", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 581–604.
- Dahlberg, Mattias Charles Gustafson and Bertil Wiman. **CFC Legislation: An Analysis of its Structure and Compatibility with Treaty Law and EC Law**. **Ecotax Kluwer Law International**. Wintercourse 2001–2002, The Netherlands, <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> (21.03.2008).
- Dharmapala, Dhammika ve James R. Hines Jr.. "Which Countries Become Tax Havens?", *Working Paper Series*. Updated 17 July 2009, May 2009. SSRN Veri Tabanı (02.04.2010).

- Erdős, Gabriella. "Main Tax Legislative Amendments from 1 January 2010", *EU Tax News*. November-December 2009, Issue 2010, nr. 001, ss. 13–14. http://www.pwc.com/en_GX/gx/eu-tax-news/pdf/pwc-eudtg-newsletter-2010-001.pdf (21.03.2010).
- Favi, Linda. "National Report Italy", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 349–390.
- Frenckell, Eric von. "National Report Belgium", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 97–123.
- Glad, Brigitta. "National Report Norway", Michael Lang ve diğerleri (Ed.), **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 489–525.
- Goy, David. "Double Tax Treaties and Section 739 and 740 ICTA 1988", *Gray's Inn Tax Chambers*. http://www.taxbar.com/documents/Double_Tax_Treaties_DGY_000.pdf, (21.01.2010).
- Graham, John R. and Alan L. Tucker. "Tax Shelters and Corporate Debt Policy", *Working Paper Series*. Updated 17 August 2005. ss. 1–34. SSRN Veri Tabanı (15.01.2008).
- Graziani, Marco. "The UK Legislation on Controlled Foreign Companies", **Ecotax Kluwer Law International**. Wintercourse 2001–2002, The Netherlands, <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> (21.03.2008).
- Greenleaf, Linda. "National Report Australia", Michael Lang ve diğerleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 53–71.
- Haslinger, Katharina. "National Report Austria", Michael Lang ve diğerleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 73–95.
- Helminen, Marjaana. "National Report Finland", Michael Lang ve diğerleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 191–219. (Finland)
- Hoefnagel, Job. "A Dutch Overview", **Ecotax Kluwer Law International**. Wintercourse 2001–2002, The Netherlands, <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> (21.03.2008).
- Jackson, Andrew B. and Andrew M. C. Smith. "National Report New Zealand", Michael Lang ve diğerleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 463–487.
- "Japan 2007 Tax Reform", *Japan Tax Bulletin*. No. 9, January 2007. http://www.gtjapan.com/pdf/newsletter/bulletin/bulletin_200701.pdf (21.05.2010).

- Kabbaj, Hicham ve Emmanuel Raingeard de la Bletière. "National Report France", Michael Lang ve diğerleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 221–254.
- KPMG, "Norway Taxation of Cross-Border Mergers & Acquisitions", 2008 Edition. http://www.kpmg.com/Global/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Tax-MA/MA_Norway_2008.pdf (21.05.2010).
- Laaksonen, Jarno ve Heidi Katajainen. "Ministry of Finans Issues Regulation Introducing a Binding Balck List for Finnish CFC Purposes", *EU Tax News*. July-August 2009, Issue 2009, nr. 005, ss. 11–12. http://www.pwc.com/nl_NL/gx/eu-tax-news/pdf/PwC-EUDTG-Newsletter2009-nr005.pdf (21.03.2010).
- Liszicza, Bláint. "National Report Hungary", Michael Lang ve diğerleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 303–322.
- Mason, Anthony. "ITA Act 1936 An Insoluble Problem?", 23 August 2006. Australian National University, Faculty of Law. http://law.anu.edu.au/News/webdocuments/ANU_PtIVA_Tax.doc (21.05.2010)
- McCarroll, John. "VAT and Fraus Legis Doctrine", *The Chartered Institute of Taxation Tax Advisers*. 23 June 2001, <http://www.tax.org.uk/showarticle.pl?id=381&n=379> (21.05.2010).
- Mifsud-Bonnici, Aron. "The role of the Court of Justice in the development of the General Principles of Community Law", 1996, <http://www.mifsudbonnici.com/lexnet/articles/artgenprinc.html> (21.05.2010).
- Mitchell, Daniel J.. "Lowering Marginal Tax Rates:The key to Pro-Growth Tax Relief", *Heritage Foundation Backgrounder*. 22 May 2001, No. 1443, <http://www.heritage.org/Research/Reports/2001/07/A-Tax-Competition-Primer> (21.05.2010). (2001)
- Mitchell, Daniel J.. "A Tax Competition Primer: Why Tax Harmonization and Information Exchange Undermine America's Competitive Advantage in the Global Economy", *Heritage Foundation Backgrounder*. 19 June 2000, www.heritage.org/Research/Taxes/BG1460.CFM (21.05.2010). (2000)
- Nouguera, Lionel and Alain Steichen. "National Report Luxembourg", Michael Lang ve diğerleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 409–431.
- Osborn, Duncan E. ve Elizabeth M. Schuring. "Domestic and International Law and Tactics", 2007, Westlaw Veri Tabanı (14.04.2007).
- Owens, Jeffrey. **"Curbing Harmful Tax Practices"**. <http://www1.oecd.org/publications/observer/215/e-owens.htm> (16.04.2007). (Harmful)
- Perdelwitz, Andreas. "Germany", *IBFD-Corporate Taxation-Country Surveys- Anti Avoidance*. Last Reviewed: 29 May 2010. International Bureau of Fiscal Documentation Veri Tabanı (21.05.2010).

- Peters, Martine J.. "National Report The Netherlands", Michael Lang ve diğ erleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 433–461.
- Rix, Jacob. "National Report Denmark", Michael Lang ve diğ erleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 139–171.
- Robert, Eric. "France", *IBFD-Corporate Taxation-Country Surveys- Anti Avoidance*. Last Reviewed:19 May 2010. International Bureau of Fiscal Documentation Veri Tabanı (21.05.2010).
- Rust, Alexander. "National Report Germany", Michael Lang ve diğ erleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 255–279.
- Shalhav, Sarig. "National Report Israel", Michael Lang ve diğ erleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 323–348.
- Sullivan, Matthew. "Controlled Foreign Corporation Legislation in the United States", **Ecotax Kluwer Law International**. Wintercourse 2001–2002, The Netherlands, <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> (21.03.2008).
- "UK Government Announces Exemptions on Foreign Profit". *International Tax Review*. 24 November 2008. <http://www.internationaltaxreview.com/?Page=9&PUBID=210&ISS=25166&SID=714761&SM=&SearchStr=UK%20CFC> (20.01.2009).
- Ullah, Monuhar. "National Report United Kingdom", Michael Lang ve diğ erleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 605–638.
- Uustalu, Erki. "National Report Estonia", Michael Lang ve diğ erleri (Ed.). **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law** içinde. Vol. 8, The Netherlands: Kluwer Law International, 2004, ss. 173–189.
- Wuebbelsmann, Stephan ve Eike Berend Post. "German CFC Legislation", **Ecotax Kluwer Law International**. Wintercourse 2001–2002, The Netherlands, <http://a257.g.akamaitech.net/7/257/2422/01jan20071800/edocket.access.gpo.gov/2007/pdf/07-5302.pdf> (21.03.2008).
- Yaltı, Billur. "Vergi Adaleti Kavramında Soyuttan Somuta: Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarını Eş itlik, Özgürlük ve Sosyal Devlet Kavramları ile okumak", **XIII. Türkiye Maliye Sempozyumu "Anayasal Mali Düzen"** içinde, 14–16 Mayıs 1998, İstanbul: MÜMAUM Yayın No: 12, 2000, ss. 81–101. (Vergi Adaleti)
- Yaltı, Billur. "Vergi Hukukunda Sorumluluğ un Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Ç erçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35", Ertuğ rül Akç aoğ lu ve İnci Solak Akman (Ed.). **Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağ an C.1.** içinde. Ankara: Ankara Üniversitesi Yayınları No. 243, 2009, ss. 507–536.

Yararlanılan İnternet Siteleri

ABD

Gelir İdaresi (IRS), www.irs.gov

Internal Revenue Code, www.law.cornell.edu

United States House of Representatives,
http://uscode.house.gov/classification/tbl108pl_2nd.htm

European Union

AB AAD Kararları, <http://curia.europa.eu>

AB AAD Kararları, <http://eur-lex.europa.eu>

AB European Commision. <http://ec.europa.eu>

AB European Commision, Taxation and Customs Union,
http://ec.europa.eu/taxation_customs

Diğerleri

Anayasa Mahkemesi, www.anayasa.gov.tr,

Cornell Univertyity Law School, www.law.cornell.edu

Fransa Gelir İdaresi, www.impots.gouv.fr/portal

Gelir İdaresi Başkanlığı, <http://www.gib.gov.tr>

İngiltere Gelir İdaresi (HMRevenue&Customs), <http://www.hmrc.gov.uk>

OECD. <http://www.oecd.org>

PriceWaterhouseCoopers, <http://www.pwc.com/gx/en/eu-tax-news/index.jhtml#20>

Sermaye Piyasası Kurulu www.spk.gov.tr

T.C. Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı <http://www.hazine.gov.tr>

T.C. Maliye Bakanlığı Başhukuk Müşavirliği ve Muhakemat Genel Müdürlüğü,
<http://www.bahum.gov.tr>

Türk Dil Kurumu, www.tdk.gov.tr

Türkiye Muhasebe Standartları Kurulu, <http://www.tmsk.org.tr/>