

T.C. MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMLARIN VERGİLENDİRİLMESİ

Doktora Tezi

GÜLŞEN GEDİK

İstanbul, 2012

T.C. MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI

KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMLARIN VERGİLENDİRİLMESİ

Doktora Tezi

GÜLŞEN GEDİK

Danışman: PROF. DR. NİHAL SABAN

İstanbul, 2012

MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ

TEZ ONAY BELGESİ

HUKUK Anabilim Dalı KAMU HUKUKU Bilim Dalı DOKTORA öğrencisi
GÜLŞEN GEDİK'nın KONTROL EDİLEN YABANCI KURUMLARIN
VERGİLENDİRİLMESİ adlı tez çalışması, Enstitümüz Yönetim Kurulunun 11.07.2012 tarih ve
2012-18/10 sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından oy birliği / ~~oy çokluğu~~ ile Doktora Tezi
olarak kabul edilmiştir.

Tez Savunma Tarihi 28 / 12 / 2012

Öğretim Üyesi Adı Soyadı

İmzası

1. Tez Danışmanı	Prof. Dr. NİHAL SABAN	
2. Jüri Üyesi	Prof. Dr. BİLLUR YALTI	
3. Jüri Üyesi	Prof. Dr. BİHTERİN DİNÇKOL	
4. Jüri Üyesi	Prof. Dr. SELAMİ KURAN	
5. Jüri Üyesi	Prof. Dr. ESRA EKMEKÇİ ÇALICIOĞLU	

GENEL BİLGİLER

İsim ve Soyadı: GÜLŞEN GEDİK

Anabilim Dalı: KAMU HUKUKU

Tez Danışmanı: PROF.DR.NİHAL SABAN

Tez Türü ve Tarihi: DOKTORA, 28.12.2012

Anahtar Kelimeler: Kontrol edilen yabancı kurum, Amerika Birleşik Devletlerinde Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar, Vergi, vergi cennetleri, vergi rekabeti, zararlı vergi rekabeti ile mücadele.

ÖZET

Bir ülkedeki yerleşik kişiler tarafından vergi cennetlerinin kullanımının artması, devletlerin bu gelirler üzerine vergi koymalarını zorunlu kılmıştır ve pekçok ülke kontrol edilen yabancı kurum kazançları (KEYK) ile ilgili düzenlemeleri yürürlüğe koymuştur.

KEYK düzenlemelerine göre kontrol edilen yabancı kurumun bir ülkede yerleşik hissedarları söz konusu kurumun hissesi ile orantılı olarak gelirlerinden dolayı vergiye tabidirler.

KEYK düzenlemelerini ilk yürürlüğe koyan ülke olan ABD vergi mevzuatına göre, kontrol edilen yabancı kurum, ABD hissedarları tarafından kontrol edilen yabancı şirketlerdir. “Kontrol” kelimesinin anlamı ise, ABD hissedarlarının oy kullanma hakkı veya hissesinin %50’den fazlasına sahip olması demektir. Bu kapsamda, ABD hissedarı, yabancı şirketin hissesinin veya tüm hisse gruplarında oy kullanma hakkının en az %10’una sahip olan veya sahip olduğu kabul edilen ABD kişisidir ve yasada kontrol edilen yabancı kurumlara iştirak, gelirler ve vergilendirmeye dair ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

Türk vergi mevzuatına 5520 Sayılı KVK ile getirilen “kontrol edilen yabancı kurum kazançları” başlıklı 7.maddesine göre, tam mükellefiyete tabi kişi ve kurumların, KVK’nın 7.maddesinde belirtilen şartlar dahilinde iştirak etmiş bulundukları yabancı kurumların, ilgili yıldaki kurum kazançlarının dağıtılıp dağıtılmadığına bakılmaksızın iştirak eden tam mükellefiyete tabi kurumların hissesine isabet eden tutar, o hesap dönemi içinde elde edilmiş kazanç sayılır ve tam mükellefiyete tabi kurumun Türkiye’deki vergi matrahına ilave edilerek kurumlar vergisine tabi tutulur.

ABSTRACT

The extensive and growing use of tax haven entities by residents make it necessary for states to ensure their domestic amount of levied taxes therefore many states have decided to control foreign corporation rules.

Under CFC legislation residents shareholders of CFC are subject to tax on their pro rata share of the income of the CFC.

United States is the first state to enact CFC rules and according to US tax law controlled foreign corporation is the foreign corporation which is controlled by US shareholders. "Control" means US shareholders have more than fifty percent of voting power or value. In this extent US shareholders are who directly or constructively at least ten percent of voting power or value and the Code involves elaborated sharing, income and taxation.

According to Turkey Corporation Tax Article 7, if individual and corporation taxpayers participated in foreign Corporation, even if the corporation doesn't pay dividend, the pro rata share of taxpayers recognized income that gained in fiscal year and added tax base.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	viii
-------------------	------

1. GİRİŞ

I. Kavram ve Terim	1
1. Kavram	1
a) Amerikan Hukuku	4
b) Türk Hukuku	4
2. Terim	6
II. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Yakın Kavramlardan Ayırt Edilmesi	6
1. Yurtdışı İştirak Kazançları İstisnasından Ayırt Edilmesi	6
2. Örtülü Sermayeden Ayırt Edilmesi	9
3. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımından Ayırt Edilmesi	12
III. Konunun Sınırlandırılması ve Plan	17

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHÇE VE ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

2. TARİHÇE

I. Amerika Birleşik Devletleri	20
II. İngiltere	22
III. Fransa	22
IV. Almanya	23
V. Türkiye	23

3. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

I. Amerikan Hukuku	25
II. Avrupa Birliği Hukuku	27
1. Avrupa Birliği	27
2. Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerin Ulusal Mevzuatları	29
a) İngiliz Hukuku	29
b) Fransız Hukuku	30
c) Alman Hukuku	32
III. Türk Hukuku	33

İKİNCİ BÖLÜM

4. AMERİKAN VE TÜRK HUKUKUNDA KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARININ VERGİLENDİRİLMESİNİN TEMELLENDİRİLMESİ

I. Vergilendirme Yetkisi	36
1. Egemenliğin Vergilendirme Alanındaki Görünümü: Mali Egemenlik	36
a) Mali Egemenlik	36

aa) Amerikan Hukuku	39
bb) Türk Hukuku	42
b) Mali Egemenliğin Hukuksal Görünümü: Vergilendirme Yetkisi	43
aa) Amerikan Anayasası	43
bb) Türk Anayasası	50
2. Vergilendirme Yetkisinin İç Hukuk Görünümü: Anayasal Vergilendirme İlkeleri	52
a) Amerikan Anayasası	52
aa) Temsilsiz Vergi Olmaz İlkesi	52
bb) Aynılık İlkesi	54
b) Türk Anayasası	55
aa) Yasallık İlkesi	55
bb) Vergide Eşitlik (Mali Güç) İlkesi	58
3. Vergilendirme Yetkisinin Uluslararası Görünümü: Sınırlandırmalar	61
II. Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü	61
1. Amerikan Anayasası	61
2. Türk Anayasası	63
III. Yetki ve Özgürlüğün Sınır Çizgisi: Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı	65
1. Amerikan Hukuku	65
2. Türk Hukuku	66

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM: STATÜ

5. AMERİKAN HUKUKU

I. Kurum	69
1. Yerel Kurum	69
2. Yabancı Kurum	71
II. Kontrol Edilen Yabancı Kurum	73
1. IRC 957 (a)	73
2. Reg. §1.957-1	75
III. Kontrol Testleri	75
1. Nesnel Ölçütler	75
a) Kontrol Eden Kişi	75
aa) Amerikalı Hissedar	75
aaa) IRC 951 (b)	76
bbb) Amerikalı Kişi	77
aaaa) IRC 957 (c)	77
bbbb) IRC 7701 (a) (1)	78
cccc) IRC 7701 (a) (30)	79
aaaaa) Amerikan Vatandaşı	80
aaaaaa) IRC 7701 (a) (50) (A)	80
bbbbbb) Reg. § 1.1-1 (b)-(c)	80
bbbbbb) Amerika Birleşik Devletleri'nde Yerleşik Olanlar:	
IRC 7701 (b)	81
ccccc) Yerel Ortaklık	83
aaaaaa) IRC 7701 (a) (4)- (5)	83
bbbbbb) Reg. § 301. 7701-2 (a)	83

dddd) Yerel Kurum: IRC 7701 (a)(3)- (4)	85
eeee) Malvarlığı Yönetimi	86
aaaaa) IRC 7701 (a) (30)	86
bbbbbb) Reg. § 301.7701-4	87
fffff) Miras Yönetimi	87
aaaaa) IRC 7701 (a) (31) (A)	88
bbbbbb) IRC 7701 (a) (30) (D)	88
bb) Amerikalı Hissedarın Pay Oranı	88
aaa) IRC 958 (a)-(b)	88
bbb) Reg. § 1.957-1 (b) (2)	90
ccc) Örnek Kurgu	90
b) Kontrol Oranı	91
aa) Kural: Yüzde Elliden Fazlaya Sahip Olma	91
aaa) IRC 957	91
bbb) Örnek Kurgu	92
bb) Fiili Durum: Gerçek Anlamda Kontrol Sahibi Olma	92
aaa) IRC 957	92
bbb) Reg. § 1.957-1 (b)	93
ccc) Örnek Kurgular	94
c) Kontrol Ölçütleri	96
aa) Oy Kullanma Hakkı	96
bb) Hisse Değeri	97
d) Kontrol Zamanı	97
2. Öznel Ölçüt: Kontrol Edilen Yabancı Kurumdan Kaçınma	98
IV. Nitelendirme	99
1. Garlock Inc. v. Commissioner of Internal Revenue	101
2. Kraus v. Commissioner of Internal Revenue	101
3. Koehring Company, a Wisconsin Corporation, Plaintiff-Appellant, v. ABD of America, Defendant-Appellee	103
4. C.C.A, Inc. v. Commissioner 64 TC 137 (1975)	104

6. TÜRK HUKUKU

I. Kurum	105
1. Türkiye’de Yerleşik Kurum	105
2. Yabancı Kurum	107
II. Kontrol Edilen Yabancı Kurum	109
1. KVK 7	109
2. Genel Tebliğ 7	109
III. Kontrol Testleri	112
1. Nesnel Ölçütler	112
a) Kontrol Eden Kişi	112
aa) KVK 7 (1)	112
aaa) Tam Mükellef Gerçek Kişi	112
bbb) Tam Mükellef Kurum	113
bb) Genel Tebliğ 7	115
b) Kontrol Oranı	115
aa) KVK 7 (1)	115
bb) Genel Tebliğ 7	115

c) Kontrol Ölçütleri	116
aa) KVK 7 (1)	116
aaa) Sermaye.....	116
bbb) Kar Payı	117
ccc) Oy Kullanma Hakkı	118
bb) Genel Tebliğ 7.1	118
d) Kontrol Zamanı	119
aa) KVK 7 (3)	119
bb) Genel Tebliğ 7.3	120
2. Öznel Ölçüt: Kontrol Edilen Yabancı Kurumdan Kaçınma	121
IV. Nitelendirme	121

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

STATÜNÜN İŞTİRAKLER VASITASIYLA KONTROLÜ

7. AMERİKAN HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Statüsünün Belirlenmesinde İştirak	125
1. IRC 958 ve IRC 318	125
2. Reg. § 1.958-1	126
II. Kontrol Testi: Amerikalı Hissedar Olup Olmadığının Belirlenmesi	127
1. Ülke İçindeki Kişi	127
a) Zımni İştirak	127
aa) IRC 958 (b)	127
bb) Reg. § 1.958-2 (a)	129
b) İsnad Kuralları	131
aa) Aile Üyelerinden	131
aaa) IRC 318	131
bbb) Reg. § 1.958-2 (b)	131
ccc) Örnek Kurgular	132
bb) Ortaklık, Miras Yönetimleri, Malvarlığı Yönetimleri ve Kurumlardan	134
aaa) Ortaklık ve Miras Yönetiminden	135
aaaa) IRC 318 (a) (2) (A)	135
bbbb) Reg. § 1.958-2 (c)	135
cccc) Örnek Kurgu	135
bbb) Malvarlığı Yönetiminden	137
aaaa) IRC 318 (a) (2)(B)	137
bbbb) Reg. § 1.958-2 (c) (ii)	138
cc) Kurumlardan	139
aaa) IRC 318 (a) (2) (C)	139
bbb) Reg. § 1.958-2 (c) (iii)	139
ccc) Örnek Kurgular	139
dd) Ortaklık, Miras Yönetimleri, Malvarlığı Yönetimleri ve Kurumlara ...	141
aaa) Ortaklıklar ve Miras Yönetimlerine	141
aaaa) IRC 318(a) (3) (A)	141
bbbb) Reg. § 1.958-2 (d)	142
bbb) Malvarlığı Yönetimine	142
aaaa) IRC 318(a) (3) (B)	142

bbbb) Reg. § 1.958-2 (d) (ii)	143
ccc) Örnek Kurgu	143
ddd) Kurumlara	144
2. Yabancı Tüzel Kişiler	150
a) Doğrudan İştirak: IRC 958 (a) (1)	150
b) Dolaylı İştirak	151
aa) IRC 958 (a) (2)	151
bb) Reg. §1.958-1	152
cc) Örnek Kurgular	153

8. TÜRK HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Statüsünün Belirlenmesinde İştirak	156
1. KVK 7	156
2. Genel Tebliğ 7	156
II. Kontrol Testi: Hissedarların Belirlenmesi	157
1. Doğrudan İştirak	157
2. Dolaylı İştirak	157
a) Örnek Kurgu 1	159
b) Örnek Kurgu 2	160
3. Ayrı Ayrı İştirak	161
4. Birlikte İştirak	162

BEŞİNCİ BÖLÜM KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARI

9. AMERİKAN HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları	165
II. Subpart F Gelirleri	166
1. Sigorta Geliri	171
a) IRC 953	171
b) Örnek Kurgu	176
2. Yabancı Üs Şirket Geliri	177
a) IRC 954	177
c) Reg. §1.954-1	178
aa) Pasif Gelir	179
aaa) IRC 542 ve IRC 954 (c)	179
bbb) Reg. §1.954-2	185
ccc) Örnek Kurgular	188
bb) Yabancı Üs Şirket Satış Geliri	189
aaa) IRC 954 (d)	189
bbb) Reg. §1.954-3	192
ccc) Örnek Kurgular	193
ddd) Yargı	195
cc) Yabancı Üs Şirket Hizmet Geliri	198
aaa) IRC 954 (e)	198
bbb) Reg. §1.954-4	199
ccc) Örnek Kurgular	201
dd) Yabancı Üs Şirket Petrol Bağlantılı Geliri	202

aaa) IRC 954 (g)	202
bbb) Reg. §1.954-8	204
3. Uluslararası Boykot Geliri	205
4. ABD Menkul ve Gayrimenkul Sermaye Yatırım Kazançları	206
5. Yasal Olmayan Ödemeler	207

10.TÜRK HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları	209
II. Yurt Dışı İştirakin KVK Uygulamasında Kontrol Edilen Yabancı Kurum Olarak Kabul Edilme Ölçütleri	209
1. Yabancı Kurumun Vergi Yükü	209
a) KVK 7 (1) (b)	209
b) Genel Tebliğ 7.2.2	210
2. Yabancı Kurumun Toplam Hasılatı	212
a) KVK 7 (1) (c)	212
b) Genel Tebliğ 7.2.3	212
3. Yabancı Kurumun Gelirleri	213
a) KVK (7) (a)	213
aa) Aktif Gelirler	214
bb) Pasif Gelirler	216
aaa) Faiz	218
bbb) Kar Payı	218
ccc) Kira	219
ddd) Lisans Ücreti	220
eee) Menkul Kıymet Satış Geliri	221
b) Genel Tebliğ 7.2.1	222

ALTINCI BÖLÜM KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARININ VERGİLENDİRİLMESİ

11.AMERİKAN HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi	225
1. Vergilendirme Yöntemleri	225
a) Kurum Kazancı Olarak	225
b) Hissedarın Geliri Olarak	225
c) Vergilerin Beyan Edilmesi	230
2. Vergilendirmede İstisnalar	234
a) IRC 954 (b)	234
b) Reg. §1.954-1 (a) (3)	236
aa) ABD Geliri İstisnası	238
bb) Küçük Miktar İstisnası	238
cc) Yüksek Oranlı Vergiye Tabi Olan Gelir İstisnası	239
aaa) IRC 954 (b) (4)	239
bbb) IRC 954 (b) (3)	240
ccc) Örnek Kurgu	240
II. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşması	241
III. Vergilendirmede Bilgi Değişim Andlaşmalarının Önemi	247

12. TÜRK HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi	249
1. Vergilendirme Yöntemleri	249
a) Kurum Kazancı Olarak	249
aa) KVK 8	249
bb) Genel Tebliğ 7.3	253
cc) Örnek Kurgular	256
b) Hissedarın Geliri Olarak	258
c) Vergilerin Beyan Edilmesi	260
2. Vergilendirmede Mahsup	261
a) KVK 33	261
b) Genel Tebliğ 7.4	262
c) Örnek Kurgular	263
II. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşması	264
III. Vergilendirmede Bilgi Değişim Andlaşmalarının Önemi	267

13. SONUÇ

271

KAYNAKÇA

280

KISALTMALAR

ABAD	: Avrupa Birliği Adalet Divanı
AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
AFTR	: American Federal Tax Report
AstG	: Aussenteuergesetz
BDA	: Bilgi Değişim Anlaşması
Bkz	: Bakınız
BVI	: British Virgin Islands
C	: Cilt
CEN	: Capital Export Neutrity
CFC	: Controlled Foreign Corporations
CGI	: Code General des Impots
Comm	: Commissioner
ÇVÖA	: Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşması
D	: Daire
DC	: District of Columbia
E	: Esas
E&P	: Earnings and Profits
ECOFIN	: Economic and Financial Affairs Council
FBC	: Foreign base company
FBCI	: Foreign base company income
FIRPTA	: Foreign Investment in Real Property Tax Act
FPHC	: Foreign personal holding company

FPHCI	: Foreign personal holding company income
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FTC	: France Tax Code
GAAR	: Generally Anti Avoidance Rule
GVK	: Gelir Vergisi Kanunu
ICTA	: Income and Corporations Tax Act
İHAM	: İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
Inc	: Incorporated
IRC	: Internal Revenue Code
IRM	: Internal Revenue Manuel
IRS	: Internal Revenue Service
J	: Journal
K	: Karar
KEYK	: Kontrol edilen yabancı kurum
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
KVK	: Kurumlar Vergisi Kanunu
L	: Law
OECD	: Organisation For Economic Co-Operation and Development
Pub.L	: Public Law
PFIC	: Passive Foreign Investment Company
REMIC	: Real Estate Mortgage Investment Conduit
RG	: Resmi Gazete
Reg	: Regulations
Rev	: Review
RPPII	: Related person insurance income

s.	: Sayfa
SPK	: Sermaye Piyasası Kanunu
Stat	: Statutes
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TIEA	: Tax Information Exchange Agreement
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
UK	: United Kingdom
UN	: United Nations
US	: United States
USA	: United States of America
v.	: Versus
Va.	: Virginia Association
Vol	: Volume
VUK	: Vergi Usul Kanunu
Y	: Yıl
YİK	: Yurtdışı iştirak kazancı

1.GİRİŞ

I. Kavram ve Terim

1. Kavram

Son yıllarda uluslararası işletmelerin sayısı, teknolojik gelişmeler ve iletişim araçlarının artışı, ticaret ve yatırımların önemli ölçüde uluslararası alana kaymasına neden olmuş, buna bağlı olarak da uluslararası işletmeler, firmaları aracılığıyla teknoloji, üretim ve pazarlamalarını yurt dışında gerçekleştirmeye başlamışlardır¹ ve bugün artık ne sermaye ve teknoloji ne de insan gücünün tek bir devlete bağlılığından söz edilebilmektedir².

Küreselleşme sürecinde, vergi sistemlerinin önüne çıkan ve kısa ya da uzun vadede çözümlenmesi gereken birçok sorun, yalnızca ulusal olmayıp, çok daha geniş bir kapsamda sosyo-ekonomik sürdürülebilirliği, sosyal adaleti, demokrasileri ve hatta doğal dengeleri tehdit eden sorunlardır³ ve bu sorunlardan biri olan zararlı vergi rekabeti de, “devletlerin, bir ülkeden başka ülkeye yatırımların kaydırılmasını teşvik etmek amacıyla, ayrıcalıklı, özel ya da istisnalar içeren vergi sistemleri uygulaması ve sadece finansal kaynakların gerçeğe aykırı dağıtımını değil aynı zamanda devletin vergi uygulamasından da kaçınılmasını sağlaması” olarak tanımlanmaktadır⁴.

¹ Sandler Daniel, **Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation**, Second Edition, The Chartered Institute of Taxation, KLUWER LAW International, Boston, 1998, s. 1

² Yaltı Soydan Billur, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, Beta Yayınevi, 1.Baskı, İstanbul, Temmuz 1995, s. 1: “Yabancı sermayeli şirketlerin kuruluşu, holdinglerin bünyelerindeki şirketleri dünyanın dört bir yanına yayması, şirketlerin yabancı ülkelerde şube oluşturmaları, alacaklısı ve borçlusu farklı ülkelerde bulunan kredi ilişkilerinin yoğunlaşması sermayenin sınır ötesi hareketlerinin ortaya çıkardığı tablonun vazgeçilmez unsurları olmuş, teknoloji de artık sınır ötesi harekete katılan bir mal niteliğine bürünmüş, çalışma hayatına atılan insanların birden fazla devlete bağlılığı artmıştır”; Russo Raffaele, **Fundamentals of International Tax Planning**, IBFD Publications, 2007, s. 1; Lodin Sven-Olof, What Ought To Be Taxed and What Can Be Taxed: A New International Dilemma, 2000 International Bureau of Fiscal Documentation, **Bulletin**, May 2000, s. 213: “Ancak dünya çapındaki ekonomik işlemlerin artışına neden olan bu gelişme, sadece imkanlar değil, bazı problemleri de beraberinde getirmiştir”.

³ Ekmekçi Esra, **Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler**, Kazancı Hukuk Yayınları No: 167, İstanbul 2003, s.8.

⁴ Rosembuj Tulio, “*Harmful Tax Competition*”, **International Tax Review**, INTERTAX, Volume 27, October 1999, 10, s. 319; Balcı A.Bayazıt, “*Yeni Bir Vergi Müessesesi Olarak Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar Düzenlemesi*”, **Yaklaşım**, Yıl: 15, Sayı: 178, Ekim 2007, s. 139: “Mükellefler açısından ise bu gelişmeler, özellikle bazı gelir kaynaklarının alışkanlık kazanması, belli hizmetlerin nereden yapılacağı

Kontrol edilen yabancı kurum kazançları (KEYK) düzenlemeleri de, tüm gelişmiş dünya ülkelerinde, özellikle vergi cennetlerinde⁵ ya da imtiyazlı vergi rejimi uygulayan ülkelerdeki yabancı kurumların, mükellefin ikamet ettiği ülkedeki vergiden kaçınması⁶ veya verginin ertelenmesi⁷ amacıyla kullanılmasının engellenmesi amacıyla⁸ sözkonusu zararlı vergi rekabeti uygulamalarını önlemeye çalışan bir vergi güvenlik müessesesi olarak getirilmiştir.

Kontrol edilen yabancı kurum; farklı bir devletin vergi mükellefine ait ya da bunlar tarafından kontrol edilen kurumları⁹; kontrol edilen yabancı kurum kazancı; bağlı şirket karının, dağıtılmamış olsa da ortakların mukim olduğu ülkede, sanki ortaklara dağıtılmış gibi vergilendirilmesini¹⁰; kontrol edilen yabancı kurum kazançlarının

konusunda ortaya çıkan esneklik olanağı doğması, bağlantılı işletmeler eliyle yapılan işlemlerin artışı, yeni finansal müesseseler ortaya çıkması ve ülkelerin uygulayabileceği kontrol önlemlerinin giderek ortadan kalkması veya etkinliğini yitirmesi sonucunda vergiden kaçınma ve vergi kaçırma konusunda yeni olanaklar sunmuştur”.

⁵ Öz N.Semih, **Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Mart 2005, s. 123: “Vergi hukuku alanında, zararlı vergi rekabeti uygulayan ülkeler, “vergi cennetleri” olarak adlandırılmaktadır”; Zielke Rainer, “*International Tax Planning with Tax Havens-Objectives and Strategies in a Multinational Group of Affiliated Corporations*”, IBFD, **Bulletin For International Taxation**, February 2011, s. 80: “Vergi cennetleri, mükelleflere vergi kaçırma fırsatı veren yerler olarak bilinmektedir”; Spitz Barry, **International Tax Planning**, London Butterworths, 1972, s. 82: “Vergi cennetlerinin temel fonksiyonu hiç şüphesiz mevcut ve gelecekteki vergilendirme ve gelir kontrolünden kaçınmayı sağlamasıdır”.

⁶ Çubukçu Dilek Özkök, Pınar Abuzer, “*Vergilendirme Süreçlerinde Vergi Kaçakçılığının Önlenmesi: Uluslararası Deneyimlerden Seçmeler*”, **Prof.Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Cilt I, Ankara 2009, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.474: “Vergiden kaçınma, vergi mükelleflerinin, vergi kanunlarının öngörmediği vergi avantajları ve vergi kanunlarındaki boşluklardan faydalanarak ancak kanunlara aykırı düşmeksizin vergi borcunun azaltılmasıdır”.

⁷ Erkuş Hakan, Ateş Leyla, “*Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar ve 5520 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemenin İrdelenmesi*”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 310, Haziran 2007, s. 115: “Vergi ertelemesi, mükellefler tarafından elde edilen ya da tahakkuk eden gelirler üzerinden ödenmesi gereken verginin ödenmesinin geciktirilmesidir”.

⁸ Gordon Debbie Ann, “*Controlled Foreign Corporation Rules-A Proposal for the Caribbean*”, **Intertax**, Volume 32, Issue 1, s. 27.

⁹ Erkuş, Ateş, s. 114.

¹⁰ Öz Semih, **Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Uygulaması**, TÜRMOB Yayınları- 299, Sirküler Rapor Serisi, Seri No: 2006-10, Ankara 2006, s. 7; Erdem Tahir, “*Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) Rejimi*”, **Mali Pusula**, Yıl:3, Sayı: 27, Mart 2007, s. 136. “Böylelikle, yurtdışındaki kurumlardan elde edilen kazançlar ile yurt içindeki kazançların vergi yükleri yaklaşık seviyeye ettirilmiş olur ki, sonuçta özellikle ülkeler arasında “vergi eşitsizliği ve vergi tarafsızlığı” belirli ölçüler içinde sağlanmış olur”; Şenyüz Doğan, “*Kontrol Edilen Yabancı İştiraklerin Kazancının Türk Kurumlar Vergisi Karşısındaki Konumu*” , **Yaklaşım**, Yıl: 14, Sayı: 167, Kasım 2006, s. 24.

vergilendirilmesi ise; eğer gelir, kontrol edilen yabancı kurum tarafından elde edilmiş ise, dağıtılmayan kazançlarının vergiye tabi tutulmasını¹¹ ifade etmektedir.

KEYK kuralları, ikamet ülkesindeki¹² hissedarların kişisel veya toplu olarak önemli nüfuzu veya kontrolü altında bulunan yabancı şirketlere uygulanır¹³. Kontrol, hissedarın sermayesi veya oy hakkına veya kazanç ya da tasfiye halinde aktiflerindeki haklarına bakılarak tespit edilir. Çoğu KEYK düzenlemeleri, hem doğrudan hem de dolaylı kontrol ve ilişkili kişiler ve kurumlar aracılığıyla zımni hissedarlığı da düzenlemektedir¹⁴.

Bir kurumun ikamet ülkesindeki ortaklar tarafından KEYK olarak nitelendirilmesinde, kontrol şartının (kontrol testi), çeşitli ölçütleri vardır. “Örneğin:

- a) %50’den fazla sermaye veya oy hakkı (kontrol)
- b) En az %50 (önemli nüfuz)
- c) %50’den daha az; ama bir ikamet ülkesindeki ortağın önemli nüfuzu (nüfuz)”¹⁵.

KEYK düzenlemelerinde, temel olarak iki modelle karşılaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, belirli gelir unsurlarının vergiye tabi tutulması anlamına gelen işlem yaklaşımı, bir diğer ise, belirli mükelleflerin veya belirli ülkelerden elde edilen kazançların vergilendirilmesi mükellef (entity) veya yasama bölgesi (jurisdiction) yaklaşımıdır¹⁶.

¹¹ Ault Hugh J., Arnold Brian J., **Comparative Income Taxation A Structural Analysis**, Second Edition, Aspen Publishers, 2004, s. 381.

¹² Yaltı Soydan, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, s. 19; Akçaoğlu Ertuğrul, **Ulusal ve Uluslararası Perspektiften Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi**, Mali Akademi, Akademi Serisi Yayın No: 1, Ocak 2012, s. 42: “Bir kişi, bir ülke ile yakın kişisel veya ekonomik bağlara sahipse o ülkede ikamet ediyor addolunur. Bir kişinin birden fazla ülke ile yakın kişisel ve ekonomik ilişkilerinin olması da mümkün olduğuna göre, o kişinin birden fazla ülkede yerleşik olması ve dolayısıyla birden fazla ülkede ikametgah esaslı vergilendirmeye tabi tutulması da mümkündür”.

¹³ Balcı, KEYK Düzenlemesi, 142: “KEYK rejimi, yurtdışındaki sermaye şirketinin, ortaklarından ayrı bir vergi mükellefi olarak görülmesi sorununu çözmeye yönelik bir düzenleme olup, sermaye şirketleri, ayrı bir tüzel kişilik olarak, ortaklarının yerleşik olduğu ülkede değil, kendisinin yerleşik olduğu ülkede tam mükellef sayılacak, başka bir deyişle ortaklar ve sermaye şirketleri farklı ülkelerde tam mükellef konumunda bulunabileceklerdir”.

¹⁴ Rohatgi Roy, **Basic International Taxation**, Second Edition, Volume: II, Practise, Taxmann, 2007, s.185; Ault, Arnold, s. 380-389.

¹⁵ Rohatgi, s. 185.

¹⁶ Eyüpgiller S. Saygın, “Dünya’da ve Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları”, **Yaklaşım**, Yıl: 14, Sayı: 168, Aralık 2006, s. 38.

İşlem yaklaşımında efektif vergi oranı¹⁷ düşük olsa dahi, aktif gelirlerin¹⁸ vergilendirilmesi sözkonusu değilken, mükellef/ yasama bölgesi yaklaşımında belirli nitelikteki mükelleflerin ya da “kara listeye” alınmış yasama bölgelerindeki iştiraklerin tüm kazançlarının (aktif olup olmadığına bakılmaksızın) ana kurumun bulunduğu ülkede vergiye tabi tutulması sözkonusudur. Örneğin, Fransa, Almanya, İspanya gibi AB üyesi ülkeler, KEYK’ın sadece pasif gelirlerini vergiye tabi tutarken, İtalya, İsveç, Finlandiya tüm gelir unsurlarını vergi matrahına ilave etmektedir¹⁹.

a) Amerikan Hukuku

Amerika Birleşik Devletleri (ABD), İç Gelir Yasası (Internal Revenue Code -IRC) 957.maddesinde ise, kontrol edilen yabancı kurum kavramı, “Amerikalı hissedarlar tarafından, doğrudan, dolaylı veya zımni olarak oy kullanma hakkının veya hisse değerlerinin yüzde 50’den fazlasına sahip olunan yabancı kurumları” ifade eder. IRC 951-960. maddelerde ayrıntılı bir biçimde, kontrol edilen yabancı kurumların belirli nitelikteki gelirlerinin tümünün, Amerikalı hissedarlar tarafından hisseleri ile orantılı miktarda elde edilmiş sayılacağına dair düzenlemelere yer verilmiştir²⁰.

b) Türk Hukuku

Türk vergi mevzuatında KEYK, tam mükellefiyete tabi kurumların aslında Türkiye’de değerlendirmeleri gereken kaynaklarını ticari, sınai, zırai ve mesleki mahiyette olmayan yatırımlarla sırf vergi avantajı dolayısıyla “vergi cenneti” olarak adlandırılan ülkelere kaydırmalarının önlenmesi amacıyla getirilmiş bir düzenleme²¹ olup, Kurumlar

¹⁷ Akgül Yılmaz Gülay, **Kamu Maliyesi**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s. 131: “Efektif/fiili vergi oranı, mükellefin gerçekte karşı karşıya kaldığı orandır ve kanuni orana eşit olabileceği gibi bazen kanuni oranın altında ya da üstünde olabilir”. Konu ile ilgili açıklamalar için bkz. Beşinci Bölüm:10, II, 1,a.

¹⁸ KVK 7.madde düzenlemesine göre, “*belirli bir sermayenin yanı sıra emek ve organizasyon ihtiyacı da gerektiren ticari, zırai ve serbest meslek kazançları*” aktif gelir olarak belirtilmiş olup, konu ile ilgili ayrıntılı açıklamalara Beşinci Bölüm: II, 3,a’da yer verilmiştir.

¹⁹ Eyüpgiller, s. 38.

²⁰ Avi-Yonah Reuven S., Ring Diane M., Brauner Yariv, **U.S. International Taxation**, Foundation Press, 2011, Thomson Reuters, s. 283.

²¹ **Kurumlar Vergisi Kanunu, Yorum ve Açıklamaları**, Oluş Yayıncılık, Nisan 2007, s. 242. 5520 Sayılı KVK Genel Gerekeşi şöyledir: “*Madde 7: Bu Kanunla vergi sistemimize getirilen yeni uygulamalardan birisi "kontrol edilen yabancı kurum"dur. Bazı ülkeler, diğer ülkeler aleyhine fon ve yatırımları çekmek için vergi erteleme olanağı getiren, zararlı vergi rekabetine yol açan uygulamalara yer vermektedirler. Vergi sistemimizde vergi kayıp ve kaçığına yol açan ve vergiden kaçınmada kullanılabilen, bu yerlerdeki iştiraklere ilişkin işlemlerin düzenlenmesi amacıyla kontrol edilen yabancı kurum uygulaması vergi mevzuatımız*

Vergisi Kanunu'nun (KVK)²² 7.maddesinde, tam mükellefiyete tabii kurumların kontrollerinde bulunan yabancı kurum kazançlarının, dağıtılsın veya dağıtılmasın, Türkiye'de kurumlar vergisine tabi tutulacağı hükmüne yer verilmiştir.

KVK 7 (1) maddesinde yer alan düzenlemeye göre, “kontrol edilen yabancı kurum” kavramı;

- Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların
- Doğrudan veya dolaylı
- Ayrı ayrı veya birlikte
- Sermayesinin, kar payının veya oy kullanma hakkının
- En az %50'sine sahip olmak suretiyle
- Kontrol ettikleri yurtdışı iştirakler olarak tanımlanmaktadır.

KVK'nın 7.maddesi, yurtdışındaki bir iştirakin kontrol edilen yabancı kurum niteliğini almış sayılmasını; sahip olunan sermaye, kar payı veya oy hakkındaki orana bağlanmıştır. Söz konusu hükme göre bunun için; tam mükellefiyete tabi kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı veya birlikte sermayesinin, kar payının ya da oy hakkının en az %50'sine sahip olmaları gerekmekte olup, bunlardan sadece birinde %50'lik oranın aşılması yeterlidir.

kapsamına alınmış bulunmaktadır. Bu madde ile, uluslararası vergi uygulamalarındaki gelişmelere paralel olarak, ticari ve sınai mahiyette olmayan, yatırımlarını yurt dışında düşük vergi oranlı ülkelere yönlendiren mükellefler ile Türkiye'de yatırım yapan mükellefler arasındaki vergi eşitsizliğinin giderilmesi amaçlanmaktadır.

Vergi mevzuatımızda kurumlar vergisi yönünden iştirak yoluyla yapılan yatırımlardan elde edilen gelirler, iştirakin kâr dağıtımına bağlı olarak vergilendirilmektedir. Öte yandan avantajlı vergi uygulamaları olan ülkelerde, genellikle kâr dağıtımına zorunluluğu olmadığı ve bu durumun vergi planlaması ve vergi erteleme için elverişli ortam hazırladığı bilinmektedir. Kurumların Türkiye'de yerleşik kurumlardan elde ettikleri iştirak kazançları kurumlar vergisinden müstesna olmakla birlikte, yurt dışındaki kurumlardan elde edilen iştirak kazançları için bu olanak, belli koşulların sağlanması halinde uygulanmaktadır. Bu maddede ise, belli şartlar altında yurt dışı iştiraklere yatırım yapan mükelleflerin yurt dışı iştirak kârları, fiilen dağıtılmasa bile vergi uygulamaları açısından dağıtılmış kabul edilerek, bu iştiraklerin kazançlarının Türkiye'de kurumlar vergisine tabi tutulması öngörülmektedir”

(http://www.gib.gov.tr/fileadmin/user_upload/Gerekciler/5520_Sayili_Kanun.pdf (2.12.2012).

²² 5520 Sayılı KVK (RG: 21.6.2006, 26205).

2. Terim

Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) terimi, İngilizce “Controlled Foreign Corporation (CFC)”²³, Fransızca “Sociétés étrangères dominées”²⁴, Almanca “Von auslandischen Gesellschaftern beherrschte Gesellschaften”²⁵, terimlerine karşılık gelmekte olup, konu ile ilgili yasal düzenlemelerde ve bilimsel eserlerde bu kavramlar kullanılmıştır²⁶.

Bu çalışmada ise, ABD ve Türk vergi mevzuatları açısından atıf yapılan kaynaklarda Türk hukukunda “KEYK”, ABD hukukunda “CFC” kısaltmaları kullanılmış olmasına rağmen, metinde bir bütünlük sağlanması amacıyla sadece “KEYK” terimi kullanılacaktır.

II. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Yakın Kavramlardan Ayırt Edilmesi

1. Yurtdışı İştirak Kazançları İstisnasından Ayırt Edilmesi

Bir gerçek veya tüzel kişinin, diğer bir kurumun sermayesine katılmak suretiyle elde ettiği kazanç olarak tanımlanan²⁷ yurtdışı iştirak kazancı (YİK), KVK 5 inci madde düzenlenmiş olup²⁸, iştirakin Türk Ticaret Kanunu (TTK)²⁹ hükümlerine göre kar dağıtımını yapmasına bağlı olarak vergilendirilmektedir³⁰.

²³ **West’s Tax Law Dictionary**, 1992 Edition, Robert Sellers Smith, West Publishing Co., s. 111.

²⁴ **IBFD International Tax Glossary**, 5th Edition, 2005, s. 495.

²⁵ IBFD International Tax Glossary, 495.

²⁶ Bkz. Birinci Bölüm: “Tarihçe ve Çeşitli Hukuk Sistemlerine Toplu Bakış”.

²⁷ Erkuş, Ateş, s. 120.

²⁸ KVK’nın “İstisnalar” başlıklı 5.maddesinde “Aşağıda belirtilen kazançlar, kurumlar vergisinden müstesnadır” denilerek, “b” bendinde şu düzenlemeye yer verilmiştir: “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; 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 dahil 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

İştirak kazançları, kurumların sermayeye iştirakleri nedeniyle elde ettikleri kar payları olup, esas itibariyle kazancın elde edildiği kurumda kurumlar vergisine tabi tutulduğundan, mükerrer vergilendirmenin önüne geçilmesi amacıyla kazancın kar dağıtımı yoluyla diğer kurumlara intikalinde istisnalar kapsamına alınmış³¹, böylece hem vergi yükünün dağılımında eşitsizlik hem de çifte vergilendirmenin³² iktisadi kararlarda etkinliği azaltan sonuçları önlenmiştir³³. Bu kapsamda, tam mükellefiyeti haiz kurumların yurtdışında bulunan işyerleri veya daimi temsilcileri vasıtasıyla elde etmiş oldukları kazançları, belli şartların mevcut olması kaydıyla, kurumlar vergisinden istisna tutulmuştur³⁴.

Kurumların yurtdışı iştiraklerinin Türkiye'ye getirdikleri kazançlarının istisna olmasına paralel olarak ayrıca yurtdışında bulunan iş yerleri veya daimi temsilcileri aracılığıyla elde ettikleri ve KVK'da belirtilmiş şartları taşıyan kurum kazançlarının da vergiden istisna³⁵ olacağına dair KVK 5. madde "g" bendinde düzenleme yapılmıştır³⁶.

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 ve ile tahakkuk eden gelir ve kurumlar vergisi toplamına oranlanması suretiyle tespit edilir".

²⁹ 6102 Sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu (RG: 14.02.2011, 27846).

³⁰ TTK'nın "Ortakların Hak ve Borçları" başlıklı Üçüncü Bölümü'nde 608-615 maddelerinde düzenlenmiştir.

³¹ Duman Aysel, "İlişkili Kişilerle Yapılan Ödünç Para İşlemlerinin Örtülü Sermaye ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi ve Örnek Üzerinden İrdelenmesi", **Vergi Sorunları**, Sayı: 238, Temmuz 2008, s. 155.

³² Spitz, s. 24: "Uluslar arası çifte vergilendirme, aynı zamanda, aynı esas ve oranda vergi uygulayan iki veya daha fazla ülkenin vergilendirme yetkisi olan yerde, bir kişinin, tek bir yerde vergiye tabi olmasından daha fazla vergi yüküne maruz kaldığı durumda ortaya çıkar".

³³ Ateş Leyla, **Vergilendirmede Eşitlik**, Derin Yayınları, Yayın No: 84, İstanbul 2006, s. 142.

³⁴ Tekin Cem, "Kurumların Yurt Dışında Elde Etmiş Oldukları Kazançlara İlişkin İstisnalar", **Vergi Sorunları**, Sayı: 237, Haziran 2008, s. 108.

³⁵ Öz, KEYK Uygulaması, s. 53.

³⁶ KVK 5. madde "g" bendi: "Kurumların yurt dışında bulunan iş yerleri veya daimi temsilcileri aracılığıyla elde ettikleri aşağıdaki şartları taşıyan kurum kazançları; 1) Bu kazançların, doğduğu ülke vergi kanunları uyarınca en az % 15 oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması, 2) Kazançların elde edildiği hesap dönemine ilişkin yıllık kurumlar vergisi beyannamesinin verilmesi gereken tarihe kadar Türkiye'ye transfer edilmiş olması, 3) Ana faaliyet konusu, finansal kiralama dahil finansman temini, sigorta hizmetlerinin sunulması veya menkul kıymet yatırımı olan kurumlarda, bu kazançların doğduğu ülke vergi kanunları uyarınca en az Türkiye'de uygulanan kurumlar vergisi oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri

YİK istisnasından yararlanılabilmesi için, kanunda sayılan koşulların birlikte gerçekleştirilmesi şarttır. Bu anlamda, koşullardan herhangi birinin olmadığı durumda, diğer bütün koşullar sağlansa bile elde edilen kazanç, istisnadan yararlanamayacaktır³⁷.

KVK 5 ve 7.madde düzenlemelerini birlikte değerlendirdiğimizde, aşağıdaki hususları tespit etmekteyiz:

- Her iki düzenleme de, %10'dan daha az oranda katılım gerektiren portföy yatırımlarını kapsamamaktadır.

- KEYK düzenlemeleri hem gerçek kişi hem de KVK mükellefleri için geçerli iken, YİK sadece kurumlar vergisi mükellefleri için geçerlidir.

- YİK'de ödenmiş sermayesinin en az %10'una sahip olması, KEYK'de ise doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı veya birlikte sermayesinin, kar payının veya oy kullanma hakkının en az %50'sine sahip olunması gerekmektedir.

- KEYK düzenlemelerinin uygulanabilmesi için iştirakin toplam gayrisafi hasılatının %25 veya fazlasının pasif nitelikli gelirlerden oluşması gerekmektedir.

- YİK'de iştirak payının kesintisiz olarak en az bir yıl süreyle elde tutulması gerekirken, KEYK'de yılın herhangi bir döneminde bu orana sahip olunması yeterlidir.

- YİK'de faaliyette bulunulan ülke kanunları uyarınca en az %15 oranında gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü sözkonusu iken KEYK rejiminde bu oran yurtdışındaki iştirakin ticari bilanço karı üzerinden gelir ve kurumlar vergisi benzeri %10'dan daha az oranda toplam vergi yükü taşınması gerekmektedir. Vergi yükü tespit yöntemleri ise, ilke olarak her iki durumda da aynıdır.

toplam vergi yükü taşınması. Bu bent uyarınca toplam vergi yükü, birinci fıkranın (b) bendindeki tanıma göre tespit edilir”.

³⁷ Ufuk Mehmet Tahir, “Yurtdışı İştirak Kazançları İstisnasının Uygulama İlkeleri”, **Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog**, Nisan 2010, Sayı: 264, s. 10; “ Bunun tek istisnası, yurtdışındaki inşaat işlerinin yapılabilmesi için ilgili ülke mevzuatına göre ayrı bir şirket kurulmasının zorunlu olduğu durumdur. Yurtdışındaki inşaat, onarım, montaj işleri ve teknik hizmetlerin yapılabilmesi için ilgili ülke mevzuatına göre ayrı bir şirket kurulması zorunlu ise sözkonusu şirkete iştirak edilmesinden elde edilen kazançlara, herhangi bir şart aranmaksızın istisna uygulanacaktır”.

- KEYK rejimin uygulanması için toplam gayrisafi hasılatının 100.000 TL karşılığı yabancı parayı geçmesi gerekirken, YİK rejiminde böyle bir alt limit bulunmamaktadır³⁸.

KVK 7.maddenin uygulanmasında, yurtdışındaki iştirakin ödemiş olduğu gelir üzerinden alınan vergiler, Türkiye’de hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilebilecektir. Böylece yurtdışı iştirakin kazancı üzerinden çifte vergileme yapılması önlenmiş olacaktır. Yurtdışında kurulu iştirakin elde ettiği gelirleri üzerinden ileride kar payı dağıtımında bulunması halinde ise, elde edilen kar paylarının daha önce Türkiye’de bu madde kapsamında vergilenmiş kısmı üzerinden tekrar kurumlar vergisi hesaplanmayacaktır³⁹.

2. Örtülü Sermayeden Ayırt Edilmesi

KVK’da düzenlenen vergi güvenlik önlemlerinden⁴⁰ birisi, “örtülü sermaye” düzenlemesidir.

Bir şirketin amaçlarını gerçekleştirmek için muhtaç olduğu sermayenin tümünü öz kaynaklarından sağlaması zorunlu değildir; gerekiyorsa borçlanma yoluyla yabancı sermayeye de başvurabilir ve kredi üçüncü kişilerden ya da ortaklardan da alınabilir; ancak ortaklardan alındığında kötüye kullanılma ihtimali vardır⁴¹. Ortak ve sahiplerden (veya kanunda belirtilen ilişkiler içinde bulunulan diğer gerçek ve tüzel kişilerden) alınan borç,

³⁸ Öz, KEYK Uygulaması, s. 53, 54.

³⁹ Gümüş Erhan, Bilge Semih, “5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nda Yer Alan Vergi Güvenlik Önlemleri ve Gereklilikleri”, **Vergi Sorunları**, Sayı: 219, Aralık 2006, s.124.

⁴⁰ Akman İnci Solak, “*Vergi Güvenlik Önlemlerinin Teorik Çerçevesi*”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Cilt-II, Ankara 2009, s. 1149: “Özellikle beyan esasına dayalı vergilerde sistemin iyi işlemesi, vergisel ödevlerin doğru biçimde yerine getirilmesinin sağlanması için gerekli olan kontrol mekanizmalarına vergi güvenlik önlemleri denilmekte olup, bu mekanizmalar, özü itibarıyla vergilendirme bakımından önem taşıyan verilerin doğru ve gerçek bir biçimde bildirilmesini sağlamaya yöneliktir”; Sarı Hamit, “*Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtımı Müesseselerinin Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile Bağlamında Değerlendirilmesi*”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 293, Ocak 2006, s.125: “Vergiye tabi gelirlerin kavranması noktasında doğabilecek hukuki boşlukları doldurmak amacıyla ihdas edilen ve vergiye tabi gelir unsurlarının safi tutarları üzerinden vergilendirilmesini garanti altına alan bu düzenlemelere, vergi güvenlik müesseseleri ismi verilmektedir”.

⁴¹ Öncel Mualla, **Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No: 131, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s. 173.

örtülü yoldan konmuş bir sermaye karakteri kazandığı anda, bu borçlanma karşılığında, ödenen faizler kar dağıtımı hükmünde sayılır ve matrahtan indirilemez⁴².

Örtülü sermaye müessesinin amacı; ilişkili kişilerce bir kuruma sermaye olarak yatırılan tutarların, borç olarak gösterilmesi suretiyle, faiz adı altında elde edilecek gelirlerin işletmeler tarafından da gider yazılmasının yol açacağı vergi ziyaının önüne geçilmesidir⁴³ ve KVK 11.maddesinin (b) bendinde; “*Örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faiz, kur farkları ve benzeri giderlerin*” kurum kazancının tespitinde indirime tabi tutulamayacağı hükme bağlanmıştır.

Ortağın yüksek faizle şirkete verdiği fonların aynı zamanda örtülü sermaye sayılabilmesi için KVK’da belirtilen koşulların bir arada gerçekleşmiş olması şarttır⁴⁴.

⁴² **Kurumlar Vergisi Kanunu**, Oluş Yayıncılık, s.325; Bu aynı zamanda, öz sermaye üzerinden ödenecek faizlerin matrahtan indirilemeyeceği kuralının da, normal gerek ve sonucudur.

⁴³ Balcı, A.Bayazıt, “*Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar (CFC) Müessesesiyle KVK’daki Diğer Önlemler Arasındaki İlişkiler*”, **Yaklaşım**, Yıl: 15, Sayı: 179, Kasım 2007, s. 123: “Kurumlara sermaye olarak yapılacak yatırımlar karşılığında alınan tutarlar temettü geliri olup; faizden farklı olarak ödemeyi yapan kurum tarafından gider yazılamamaktadır. Bu nedenle mükelleflerin yaptıkları temettü ödemelerini faiz olarak göstermeleri haksız bir şekilde az vergi ödemelerine yol açmaktadır”.

⁴⁴ 5422 sayılı KVK’da örtülü sermaye üzerinden hesaplanan veya ödenen faizlerin kurum kazancının tespitinde dikkate alınmayacağı belirtilmiş ve 16.maddede yeni KVK düzenlemesinden çok daha dar kapsamlı bir örtülü sermaye tanımına yer verilmiştir.

a)5422 Sayılı KVK 15/1/2. bent: “*Örtülü sermaye üzerinden ödenen veya hesaplanan faizler*”.

b) 5422 Sayılı KVK 16: “*Kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket münasebeti veya devamlı ve sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden yaptıkları istikrazlar, teşebbüste devamlı olarak kullanılır ve bu istikrazlarla kurumun öz sermayesi arasındaki nispet, emsali kurumlarınkine nazaran bariz bir fazlalık gösterirse mezkur istikrazlar örtülü sermaye sayılır*”.

c) Danıştay 4.D., 29.3.2005, E: 2004/2153, K: 2005/494: “...işletmede kullanılan her borç örtülü sermaye niteliğinde değildir. Kanun’un 16 ncı maddesine göre işletmede kullanılan bir borcun örtülü sermaye sayılabilmesi için gerekli koşullar belirtilmiştir. Örtülü sermayenin varlığı konusunda aranan ilk koşul, kurumların aralarında vasıtalı, vasıtasız bir şirket ilişkisi veya sıkı bir iktisadi münasebet bulunan gerçek ve tüzel kişilerden borç alınmasıdır. Bu koşul ile ortakların doğrudan veya ortak oldukları bir başka şirket münasebeti ile kuruma borç (örtülü sermaye) vermeleri, ya da aralarında çok sıkı bir iktisadi münasebet nedeniyle yeterince güven bağı oluşan gerçek veya tüzel kişilerin yine kuruma aslında örtülü sermaye niteliğinde olan borç vermeleri hali kastedilmektedir. Kanunun aradığı ikinci koşul ise, kurumun sözü edilen gerçek ve tüzel kişilerden yaptığı borçlanmanın teşebbüste devamlılık arz etmiştir. Örtülü sermayenin varlığının kabul edilmesi için gerekli üçüncü koşul ise, kurumun öz sermayesi ile borçlanma miktarı arasındaki nispetin emsali kurumlardakine nazaran bariz bir farklılık göstermesidir...gerek yukarıda belirtilen hususlar, gerekse Vergi Usul Kanunun 3 üncü maddesi hükmü karşısında, davacının, aralarında sıkı bir ortaklık ilişkisi bulunan bankalardan aldığı kredilerin örtülü sermaye niteliği taşıdığı kabulü gerekmektedir...Dolayısıyla, aslında gizli ortak olan şahıs veya kurumların koyduğu sermayenin borç sayılmasının önlenmesi ve öz sermaye üzerinden faiz yürütülmesinin engellenmesi amaçlanmıştır. Davacı Şirketin banka kredisi aldığı kurumların ortaklık yapıları incelendiğinde, aralarında vasıtasız ortaklık ilişkisi bulunduğu görülmüş olup, şirket ile yüksek tutarda borç aldığı ve vasıtasız ilişkisinin olduğu bankaların yönetim kadrolarının aynı kişilerden oluştuğu anlaşılmıştır... Davacı şirketin 1998 yılında kullanmış olduğu kredilerden süresi dolan borçların yenilenmek yada vadelerinin uzatılması suretiyle 1996-2000 yıllarını kapsayacak şekilde teşebbüste devamlı olarak kullanılır hale getirildiği görülmektedir... Davacı Şirketin

Esasında, bir ortağın şirketine verdiği krediye emsallerine oranla yüksek faiz ödemesi örtülü sermayenin varlığı için zorunlu değildir; yasadaki koşullar gerçekleşmiş ise normal faizle alınan kredi de örtülü sermaye sayılır⁴⁵.

KVK 11.maddesine göre “kabul edilmeyen indirimlerden” birisi olan, örtülü sermaye, temelde ticaret hukuku ile ilgili bir müessese olup, KVK 12.maddesinde tanımlanmıştır⁴⁶ ve bu tanıma göre tüm şartların birlikte gerçekleşmesi halinde örtülü sermayeden söz edilebilecektir⁴⁷.

toplam borcunun öz sermayesinin 4.77 katı, ortağı olduğu bankalara olan borcunun ise öz sermayesinin 3.44 katı olduğu dosyadaki belgelerden anlaşılmaktadır. İnceleme elemanınca Factoring hizmeti veren diğer bazı mükellefler nezdinde yapılan emsal araştırmalarında, davacı şirketin borç-öz sermaye oranının 4.77 olmasına karşın, bu şirketlerde borç-öz sermaye oranlarının % 23- %33 - % 10-1,51-1,13-2,31 olması karşısında, şirketin öz sermayesi ile borçlandığı miktar arasında ekonomik ve ticari icaplara uygun olmayan oranda bariz bir fazlalık olduğu görülmektedir... Bu durumda sözü edilen krediler için ödenen kur farkı ve faizin gider olarak kurum kazancından indirilemeyeceği gerekçesiyle yapılan tarhiyatta yasaya aykırılık bulunmamaktadır. Açıklanan nedenlerle davalı İdare temyiz isteminin kabulüyle İstanbul 3. Vergi Mahkemesinin 28.1.2003 günlü ve E:2002/1243, K:2003/66 sayılı kararının re'sen tarhiyata ilişkin kısmının bozulmasına oyçokluğuyla, davacının karar düzeltme isteminin ise reddine oybirliğiyle 29.3.2005 gününde karar verildi”. (<http://www.danistay.gov.tr/>) (4.12.2012).

⁴⁵ Öncel, s. 173: “Bu nedenle şirket ile ortağı arasındaki borç ilişkisinde kredi karşılığında ortağa ödenen faizin emsallere oranla yüksek olması örtülü kazanç için yeterli olduğu halde, kredinin örtülü sermaye sayılabilmesi için diğer koşulların da buna eklenmesi zorunludur. Bu ikisi arasında hukuki sonuçları açısından fark vardır. Kredinin faizi emsallerine oranla yüksek görülmüşse, faizin sadece normalin üzerinde kalan kısmı örtülü ödeme sayılarak matraha katılır. Normal sınırlar içinde bulunan faizler ise matrahtan indirilmiş giderler olarak kalır ve buna dokunulmaz. Oysa ortaklardan borçlanılan paranın örtülü sermaye olduğuna karar verilmişse, faiz adı altında ödenen paraların tümü kar payı, yani temettü niteliği kazanacağından tamamı örtülü ödeme sayılır ve vergiye tabi kazanç olarak tümünün matraha katılması gerekir”.

⁴⁶ KVK 12.madde: “(1) Kurumların, ortaklarından veya ortaklarla ilişkili olan kişilerden doğrudan veya dolaylı olarak temin ederek işletmede kullandıkları borçların, hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte kurumun öz sermayesinin üç katını aşan kısmı, ilgili hesap dönemi için örtülü sermaye sayılır. (2) Yukarıda belirtilen karşılaştırma sırasında, sadece ilişkili şirketlere finansman temin eden kredi şirketlerinden yapılan borçlanmalar hariç olmak üzere, ana faaliyet konusuna uygun olarak faaliyette bulunan ve ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan banka veya benzeri kredi kurumlarından yapılan borçlanmalar % 50 oranında dikkate alınır. (3) Bu maddenin uygulanmasında; a) Ortakla ilişkili kişi, ortağın doğrudan veya dolaylı olarak en az % 10 oranında ortağı olduğu veya en az bu oranda oy veya kâr payı hakkına sahip olduğu bir kurumu ya da doğrudan veya dolaylı olarak, ortağın veya ortakla ilişkili bu kurumun sermayesinin, oy veya kâr payı hakkına sahip hisselerinin en az % 10'unu elinde bulunduran bir gerçek kişi veya kurumu, b) Öz sermaye, kurumun Vergi Usul Kanunu uyarınca tespit edilmiş hesap dönemi başındaki öz sermayesini, ifade eder. (4) Kurumların İstanbul Menkul Kıymetler Borsasında işlem gören hisselerinin edinilmesi durumunda, söz konusu hisse nedeniyle ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılanlardan temin edilen borçlanmalarda en az % 10 ortaklık payı aranır. (5) Yukarıda belirtilen oranlar, borç veren ortaklar ve ortakların ilişkide bulunduğu kişiler için topluca dikkate alınır. (6) Aşağıda sayılan borçlanmalar örtülü sermaye sayılmaz: a) Kurumların ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin sağladığı gayrinakdi teminatlar karşılığında üçüncü kişilerden yapılan borçlanmalar. b) Kurumların iştiraklerinin, ortaklarının veya ortaklarla ilişkili kişilerin, banka ve finans kurumlarından ya da sermaye piyasalarından temin ederek aynı şartlarla kısmen veya tamamen kullandığı borçlanmalar. c) 5411 sayılı Bankacılık Kanununa göre faaliyette bulunan bankalar tarafından yapılan borçlanmalar. ç) 3226 sayılı Finansal Kiralama Kanunu kapsamında faaliyet gösteren finansal kiralama şirketleri, 90 sayılı Ödünç Para Verme İşleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname kapsamında

Örtülü sermaye müessesesi ile KEYK bağlantısına baktığımızda, kontrol edilen yabancı kurumların “yurtdışında oluşan kazancın, geçici veya süresiz olarak vergilendirilmeksizin veya düşük bir vergi yüküyle yurtdışında tutulmasını” amaçladığı söylenebilir.

Burada birinci aşama, yurtdışında kazancın oluşturulması, ikinci aşama ise, koşullara göre bazen bu kazancın ülkeye vergisiz olarak transfer edilebilmesidir⁴⁸. Örtülü sermaye ise, bir güvenlik müessesesi olarak asıl işlerliğini, gerçek kişi- şirket ilişkilerinde ve dar mükellefiyette kazanır. Gerçek kişi- şirket ilişkisinde, kurumlar vergisine tabi olmadan dağıtılan kurum kazancı kavranır. Dar mükellefiyette ise, ülke içinde elde edilen kazancın, vergisiz olarak ülke dışına çıkarılması önlenir⁴⁹.

3. Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımından Ayırt Edilmesi

Kurum kazancı, ilke olarak kurumlar vergisine tabi tutulur ve kurumlar vergisi ödendikten sonra kalan tutarı dağıtılır. Açık kar dağıtımı olarak isimlendirilen bu dağıtım, kurumun cari dönemde kar elde etmiş olması veya geçmiş dönemlerden gelen birikmiş karlarının bulunması şartına bağlıdır. Ancak kurum kazancı bazen açık olarak dağıtılmayıp, dolaylı yollardan ortaklara aktarıldığından⁵⁰ bir başka deyişle örtülü olarak ortaklara dağıtıldığından söz edilir.

Örtülü kazanç dağıtımı, bir sermaye şirketinde kazancı küçük göstermek amacıyla, kar-zarar hesabını meydana getiren kalemlerin gerçeğe aykırı büyüklüklerde gösterilerek,

faaliyet gösteren finansman ve faktoring şirketleri ile ipotek finansman kuruluşlarının bu faaliyetleriyle ilgili olarak ortak veya ortakla ilişkili kişi sayılan bankalardan yaptıkları borçlanmalar. (7) Örtülü sermaye üzerinden kur farkı hariç, faiz ve benzeri ödemeler veya hesaplanan tutarlar, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulanmasında, gerek borç alan gerekse borç veren nezdinde, örtülü sermaye şartlarının gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, tam mükellef kurumlar nezdinde yapılacak düzeltmede örtülü sermayeye ilişkin kur farklarını da kapsayacak şekilde, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü sermaye kullanan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır”.

⁴⁷ Eski KVK hükmü ile ilgili uyuşmazlıklarda Danıştay’ın verdiği kararlarda da bu husus gözetilmiştir; ancak yeni KVK kapsamında “örtülü sermaye” ile ilgili Danıştay’ın herhangi bir kararına rastlanmamıştır.

⁴⁸ Balcı, CFC Müessesesi, s.123.

⁴⁹ Kurumlar Vergisi Kanunu, Oluş Yayıncılık, s. 354.

⁵⁰ Kurumlar Vergisi Kanunu, Oluş Yayıncılık, s. 363.

kurum bünyesinde kalması gereken bir kazancın kurumla ilgili gerçek veya tüzel kişilere aktarılması anlamını taşımaktadır⁵¹.

Cari veya geçmiş dönemlerde oluşmuş bir kazanç unsuru olmadan da kuruma ait servet unsurlarının normal şekilde sermaye azaltılması dışında ortak veya sahiplere aktarılması, örtülü kazanç dağıtımı sayılır⁵².

Örtülü olarak dağıtılan kazançların kurum kazancının tespitinde indirim tabi tutulamayacağına dair düzenleme, KVK'nın 11.maddesinin (c) bendinde, örtülü kazanç dağıtımının transfer fiyatlandırması yoluyla yapılması şartına bağlanmış⁵³ ve KVK'nın transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı başlığını taşıyan 13 (1) maddesinde, kurumlar⁵⁴, ilişkili kişilerle⁵⁵ emsallere uygunluk ilkesine⁵⁶ aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunduğu⁵⁷, kazancın

⁵¹ Öncel, s. 1.

⁵² Kurumlar Vergisi Kanunu, Oluş Yayıncılık s. 363.

⁵³ Duman Aysel, **5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda Vergi Güvenlik Müesseseleri**, Sirküler Rapor, Sayı: 2008- 7, Temmuz 2008, TÜRMOB Yayınları- 340, s. 82.

⁵⁴ “1) Kurumlar, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa, kazanç tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılır. Alım, satım, imalat ve inşaat işlemleri, kiralama ve kiraya verme işlemleri, ödünç para alınması ve verilmesi, ikramiye, ücret ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler her hal ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir.

⁵⁵ (2) İlişkili kişi; kurumların kendi ortakları, kurumların veya ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek kişi veya kurum ile idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunduğu ya da nüfuzu altında bulundurduğu gerçek kişi veya kurumları ifade eder. Ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoy ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımları da ilişkili kişi sayılır. 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 işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır.

⁵⁶ (3) Emsallere uygunluk ilkesi, ilişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanan fiyat veya bedelin, aralarında böyle bir ilişkinin bulunmaması durumunda oluşacak fiyat veya bedele uygun olmasını ifade eder. Emsallere uygunluk ilkesi doğrultusunda tespit edilen fiyat veya bedellere ilişkin hesaplamalara ait kayıt, cetvel ve belgelerin ispat edici kâğıtlar olarak saklanması zorunludur.

⁵⁷ (4) Kurumlar, ilişkili kişilerle yaptığı işlemlerde uygulayacağı fiyat veya bedelleri, aşağıdaki yöntemlerden işlemin mahiyetine en uygun olanını kullanarak tespit eder: a) Karşılaştırılabilir fiyat yöntemi: Bir mükellefin uygulayacağı emsallere uygun satış fiyatının, karşılaştırılabilir mal veya hizmet alım ya da satımında bulunan ve aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilerin birbirleriyle yaptıkları işlemlerde uygulayacağı piyasa fiyatı ile karşılaştırılarak tespit edilmesini ifade eder. b) Maliyet artı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, ilgili mal veya hizmet maliyetlerinin makul bir brüt kâr oranı kadar artırılması suretiyle hesaplanmasını ifade eder. c) Yeniden satış fiyatı yöntemi: Emsallere uygun fiyatın, işlem konusu mal veya hizmetlerin aralarında herhangi bir şekilde ilişki bulunmayan gerçek veya tüzel kişilere yeniden satılması halinde uygulanacak fiyattan, makul bir brüt satış kârı düşülerek hesaplanmasını ifade eder. ç) Emsallere uygun fiyata yukarıdaki yöntemlerden herhangi birisi ile ulaşma olanağı yoksa mükellef, işlemlerin mahiyetine uygun olarak kendi belirleyeceği diğer yöntemleri kullanabilir. (5) İlişkili kişilerle yapılan mal veya hizmet alım ya da satımında uygulanacak fiyat veya bedelin tespitine ilişkin yöntemler, mükellefin talebi

tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılmış sayılacağı düzenlenmiştir⁵⁸.

KVK 13.maddenin kenar başlığı “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımıdır”; ancak madde metnindeki düzenlemenin “ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit ettikleri bedel veya fiyat üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunursa kazanç örtülü olarak dağıtılmış sayılır” şeklinde olması, düzenlemede “örtülü kazanç dağıtımı” karinesine yer verildiğini göstermektedir ve eski KVK⁵⁹ 17.maddesinden⁶⁰ farklı bir nitelik taşımamaktadır⁶¹.

üzerine Maliye Bakanlığı ile anlaşarak belirlenebilir. Bu şekilde belirlenen yöntem, üç yılı aşmamak üzere anlaşmada tespit edilen süre ve şartlar dahilinde kesinlik taşır.

⁵⁸ (6) Tamamen veya kısmen transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü olarak dağıtılan kazanç, Gelir ve Kurumlar Vergisi kanunlarının uygulamasında, bu maddedeki şartların gerçekleştiği hesap döneminin son günü itibarıyla dağıtılmış kâr payı veya dar mükellefler için ana merkeze aktarılan tutar sayılır. Daha önce yapılan vergilendirme işlemleri, taraf olan mükellefler nezdinde buna göre düzeltilir. Şu kadar ki, bu düzeltmenin yapılması için örtülü kazanç dağıtan kurum adına tarh edilen vergilerin kesinleşmiş ve ödenmiş olması şarttır. (7) Tam mükellef kurumlar ile yabancı kurumların Türkiye’deki işyeri veya daimi temsilcilerinin aralarında ilişkili kişi kapsamında gerçekleştirdikleri yurt içindeki işlemler nedeniyle kazancın örtülü olarak dağıtıldığına kabulü Hazine zararının doğması şartına bağlıdır. Hazine zararından kasıt, emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen fiyat ve bedeller nedeniyle kurum ve ilişkili kişiler adına tahakkuk ettirilmesi gereken her türlü vergi toplamının eksik veya geç tahakkuk ettirilmesidir. (8) Transfer fiyatlandırması ile ilgili usuller Bakanlar Kurulunca belirlenir”.

⁵⁹ a) 5422 Sayılı KVK (RG: 10.6.1949, 7229).

b) Danıştay 4.D., 17.2.2005, E: 2004/1777, K: 2005/238: “...Davacı şirketin ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu şirketlere sermaye artırımından çok önce nakit kaynaklarını kullandırmaya başlaması, söz konusu şirketlere sermaye taahhüdünden daha fazla miktarda kaynak aktarması, sermaye artırımı yapıldıktan sonra da kaynak aktarmaya devam etmesi ve ilgili dönemde sadece davacı şirketin kar beyanında bulunması dikkate alındığında, yasal olarak geçerli bir neden olmaksızın kendi kazancını azaltacak ve vergi kaybına yol açacak şekilde ortaklık ilişkisi içinde bulunduğu şirketlere faiz geliri elde edebileceği ya da finansman giderlerine katlanarak elde ettiği kaynaklarını karşılıksız kullandırması ve bunun sonucunda bu şirketlere menfaat sağlanması nedeniyle örtülü kazanç dağıtımına ilişkin koşulların gerçekleştiği ve davacı şirket kazancının tamamen yada kısmen örtülü olarak dağıtıldığı sonucu ulaşıldığında re’sen tarhiyat yapılması yasal olup, aksi yöndeki mahkeme kararında isabet görülmemiştir”. (<http://www.danistay.gov.tr/>) (5.12.2012).

c) Örtülü kazanç ile ilgili eski KVK’ya göre çok daha ayrıntılı düzenlemelere yer veren yeni KVK’daki hüküm kapsamında Danıştay tarafından verilen herhangi bir karara rastlanmamıştır

⁶⁰ 5422 Sayılı KVK 17: “Aşağıdaki hallerde, kazanç tamamen veya kısmen örtülü olarak dağıtılmış sayılır:

1. Şirket kendi ortakları, ortaklarının ilgili bulunduğu gerçek ve tüzel kişiler, idaresi, murakabesi veya sermayesi bakımlarından vasıtalı vasıtasız olarak bağlı bulunduğu veya nüfuzu altında bulundurduğu gerçek ve tüzel kişiler ile olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük fiyat veya bedeller üzerinden yahut bedelsiz olarak alım, satım, imalat, inşaat muamelelerinde ve hizmet ilişkilerinde bulunursa; 2. Şirket, 1 numaralı fıkra yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük bedeller üzerinden kiralama veya kiraya verme muamelelerinde bulunursa; 3. Şirket, 1 numaralı fıkra yazılı kimselerle olan münasebetlerinde emsaline göre göze çaracak derecede yüksek veya düşük faiz ve komisyonlarla ödünç para alır veya verir; 4. Şirket, ortaklarından veya bunların eşleri ile usul ve furuundan ve 3’üncü dereceye kadar (dahil) kan ve sıhri hısımlarından şirketin idare meclisi başkan veya üyesi, müdürü veya yüksek memuru durumunda bulunanlara emsaline göre göze çaracak derecede yüksek aylık, ikramiye, ücret verir veya benzeri ödemelerde bulunursa”.

KVK’da transfer fiyatlandırması, malların, hizmetlerin ya da gayri maddi hakların ilişkili kişiler arasında el değiştirmesinde uygulanan fiyatlar olarak tanımlanırken⁶², transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı, bir sermaye şirketine ait vergilendirilmemiş gelirin, kardan pay verme ya da sermayenin geri ödenmesi durumları dışında, ortaklara ya da onların yakınlarına aktararak kurumlar vergisi matrahından kaçırılmasıdır⁶³.

KVK 13 (2) fıkrasında; “*Kazancın elde edildiği ülke vergi sisteminin, Türk vergi sisteminin yarattığı vergilendirme kapasitesi ile aynı düzeyde bir vergilendirme imkanı sağlayıp sağlamadığı ve bilgi değişimi hususunun göz önünde bulundurulması suretiyle Bakanlar Kurulunca ilan edilen ülkelerde veya bölgelerde bulunan kişilerle yapılmış tüm işlemler, ilişkili kişilerle yapılmış sayılır*” denilerek uluslar arası literatürde “vergi cenneti” olarak ifade edilen ülkelerde veya gölgelerde bulunan kişilerle yapılan tüm işlemler, bu kişilerle kurum arasında yukarıda belirtilen türden bir ilişki olup olmadığına bakılmaksızın ilişkili kişilerle yapılmış işlemler olarak değerlendirilmektedir⁶⁴.

KVK ile getirilen transfer fiyatlandırması düzenlemesi⁶⁵ kurumlar bazında bir belirlemeye gitmiş olması nedeniyle, konuyla ilgili olarak gelir vergisi mükellefleri açısından gerekli olan düzenleme ise GVK’da yapılmıştır⁶⁶.

⁶¹ Yaltı Billur, “*Transfer Fiyatlandırmasında “Gizli Emsal”, Vergi Sorunları*, Ağustos 2009, Sayı: 251, s. 16.

⁶² Duran Metin, “*Transfer Fiyatlandırması*”, *Vergi Sorunları*, Sayı: 236, Mayıs 2008, s. 10.

⁶³ Erkuş, Ateş, s. 120; Ateş Leyla, **Transfer Fiyatlandırması ve Vergilendirme**, Turhan Kitabevi, Ankara, Ekim 2011, s.1: “Transfer fiyatlandırması, işletmelerin bağlı işletmelerle yaptıkları maddi ve gayri maddi mal veya hizmet transferinin, kiralamaların ve ödünçlerin fiyatlandırılmasını ifade etmekte olup aralarında değişik açılardan bağ bulunan şirketler arasında mal ve hizmet alışverişlerinin nasıl olması gerektiği yönünde temel prensipleri ortaya koyan olumlu bir kavramdır”.

⁶⁴ Kızıltepe Fatih, **Örtülü Kazanç Dağıtımı (Transfer Fiyatlandırması) Vergisel Boyutu ve Avrupa Birliği Ülkeleri Uygulamaları**, Yeterlilik Etüdü, İstanbul, Ağustos 2007, s. 131.

⁶⁵ 1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği (RG: 03.04.2007, 26482); 1 Seri No’lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ (RG: 18.11.2007, 26704); 2 Seri No’lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ (RG: 22.04.2008, 26855).

⁶⁶ a) 5615 Sayılı Kanun’un 3.maddesi ile yapılmış 41.maddesine 5 No’lu yeni bir bent eklenmiştir (RG: 04.04.2007, 26483).

b) “GVK 41: *Aşağıda yazılı ödemelerin gider olarak indirilmesi kabul olunmaz. 5) Bu fıkranın 1 ilâ 4 numaralı bentlerinde yazılı olan işlemler hariç olmak üzere, teşebbüs sahibinin, ilişkili kişilerle emsallere uygunluk ilkesine aykırı olarak tespit edilen bedel veya fiyatlar üzerinden mal veya hizmet alım ya da satımında bulunması halinde, emsallere uygun bedel veya fiyatlar ile teşebbüs sahibince uygulanmış bedel veya fiyat arasındaki işletme aleyhine oluşan farklar işletmeden çekilmiş sayılır. Teşebbüs sahibinin eşi, üstsoy ve altsoy, üçüncü derece dahil yansoy ve kayın hısımları ile doğrudan veya dolaylı ortağı bulunduğu şirketler, bu şirketlerin ortakları, bu şirketlerin idaresi, denetimi veya sermayesi bakımından kontrolü altında*

KEYK rejimi ile transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesini karşılaştırdığımızda, aralarında önemli bir yaklaşım farkı bulunduğunu görmekteyiz.

Transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımı müessesesinde birbirleriyle ilişki içinde taraflar arasında yapılan işlemlerin birbirleriyle ilişkili olmayan kişiler arasındaki ticari işlemlerle aynı konuma getirilmesi amaçlanmakta ve hem yurt içi hem yurt dışındaki girişimleri kapsamaktadır. Buna karşılık KEYK rejimi, birbirleriyle ilişkili taraflar arasındaki işlemleri göz ardı ederek doğrudan doğruya nihai kazancın dağıtımı üzerinde odaklanmakta⁶⁷ ve sadece yurt dışı kazançlara odaklanmaktadır.

Ayrıca transfer fiyatlandırması, mutlaka ilişkili taraflar arasında bir ticari işlemin yapılmasını gerektirirken; KEYK düzenlemeleri, ilişkili taraflar arasında herhangi bir ticari işlem yapılmamış olsa bile uygulanabilecektir⁶⁸.

bulunan diğer şirketler ilişkili kişi sayılır. Bu bent uygulamasında, imalat ve inşaat, kiralama ve kiraya verme, ödünç para alınması veya verilmesi, ücret, ikramiye ve benzeri ödemeleri gerektiren işlemler, her hâl ve şartta mal veya hizmet alım ya da satımı olarak değerlendirilir. İşletmeden çekilmiş sayılan farklar, ilişkili kişi tarafından beyan edilmiş gelir veya kurumlar vergisi matrahının hesabında dikkate alınmış ise ilişkili kişinin vergilendirme işlemleri buna göre düzeltilir. İlişkili kişiler ve bu kişilerle yapılan işlemler hakkında bu maddede yer almayan hususlar bakımından, 5520 sayılı Kurumlar Vergisi Kanununun 13 üncü maddesi hükmü uygulanır”.

⁶⁷ Balcı, CFC Müessesesi, s.120.

⁶⁸ Balcı, CFC Müessesesi, s. 121

III. Konunun Sınırlandırılması ve Plan

Bu çalışma karşılaştırmalı olarak Amerika Birleşik Devletleri ve Türkiye vergi mevzuatlarındaki kontrol edilen yabancı kurum hükümlerinin ayrıntılı bir biçimde incelenmesinden oluşmaktadır.

Giriş (1) Bölümü’nde kontrol edilen yabancı kurum kavramı açıklanmış ve farklı ülkelerde hangi terimlerin kullanıldığı belirtilerek, kavramın içeriğinin daha net anlaşılabilmesi amacıyla yakın kavramlardan ayırt edilmesine dair bilgilere yer verilmiştir.

Birinci Bölüm’de “Tarihçe ve Çeşitli Hukuk Sistemlerine Bakış” başlığı altında, Tarihçe (2)’de, ABD ve Türkiye ile birlikte, İngiltere, Fransa ve Almanya KEYK mevzuatı hükümlerinin tarihçesi özetlenmiş ve Çeşitli Hukuk Sistemlerine Toplu Bakış (3)’de de sözkonusu ülke mevzuatlarındaki düzenlemeler sadece genel hatları ile verilmiş ve tarihsel süreç içerisindeki değişiklikler ve düzenlemelerin detayları incelenmemiştir.

İkinci Bölüm’de “Amerikan ve Türk Hukukunda Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesinin Temellendirilmesi (4)” başlığı altında, kontrol edilen yabancı kurumların vergilendirilmesinin hukuki dayanağı irdelenerek, devletlerin KEYK düzenlemeleri ihdas etmesinin temelini oluşturan Anayasal hükümler ve Türk ve ABD hukuk sistemlerinde devletin vergilendirme yetkisi ile sözkonusu yetkinin sınırları ele alınmış ve KEYK düzenlemeleri, çalışma özgürlüğü ile hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilmiştir.

Üçüncü Bölüm’de “Kontrol Edilen Yabancı Kurum: Statü” başlığı altında Amerikan Hukuku (5) başlığında, ABD’de kontrol edilen yabancı kurum statüsünün; Türk Hukuku (6) başlığında da Türkiye’de kontrol edilen yabancı kurum statüsünün hangi durumlarda meydana geldiği, yasal hükümler ve örnekler çerçevesinde incelenmiştir.

Dördüncü Bölüm’de “ Statünün İştirakler Vasisıyla Kontrolü” başlığı altında, Amerikan Hukuku (7) başlığında, ABD’de bir kurumun kontrol edilen yabancı kurum statüsünün belirlenmesinde yasal düzenlemeler ve örnekler verilmek suretiyle, iştiraklerin nasıl değerlendirileceği, Türk Hukuku (8) başlığında da Türk vergi mevzuatında yasal

düzenleme ve örnekler ile kontrol edilen yabancı kurum statüsünün belirlenmesinde iştirak konusu değerlendirilmiştir.

Beşinci Bölüm’de “Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları” başlığı altında Amerikan Hukuku (9) başlığında, ABD’de kontrol edilen yabancı kurum kazançları yasal mevzuat ve örneklerle açıklanmış ve Türk Hukuku (10) başlığı altında da Türk hukukunda kontrol edilen yabancı kurum kazançlarının nitelikleri incelenmiştir.

Altıncı Bölüm’de “Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi” başlığı altında, Amerikan Hukuku (11) başlığında, ABD’de kontrol edilen yabancı kurum kazançlarının hangi usul ve esaslara göre vergilendirileceği tespit edilerek, çifte vergilendirmeyi önleme andlaşması ve bilgi değişimi andlaşmaları kapsamında sözkonusu düzenlemeler ele alınmıştır. Türk Hukuku (12) başlığında da Türk vergi mevzuatına göre kontrol edilen yabancı kurum kazançlarının nasıl vergilendirileceği ele alınarak, bu düzenlemeler çerçevesinde çifte vergilendirmeyi önleme andlaşması ve bilgi değişimi andlaşmalarına yer verilmiştir.

Sonuç (13) Bölümü’nde ise, Türk ve ABD vergi mevzuatlarındaki kontrol edilen yabancı kurum düzenlemelerinin karşılaştırması yapılarak, Türk vergi hukuku bakımından önerilere yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TARİHÇE VE ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

2. TARİHÇE

I. Amerika Birleşik Devletleri

Amerika Birleşik Devletleri (ABD), kontrol edilen yabancı kurum kazançları düzenlemesini yasalaştıran ilk ülkedir⁶⁹. 1937 yılında Foreign Personal Holding Company (FPHC) hükümleri⁷⁰ ile en fazla beş ABD mukimi veya vatandaşı tarafından, faiz, gayrimaddi hak bedeli ve kira geliri gibi pasif gelirleri⁷¹ olan yabancı kurumların, sözkonusu gelirlerinin, ABD’de yerleşik veya ABD vatandaşı ortakları üzerinde, hisseleri oranında elde edilen kar payı olarak vergilendirilmesi öngörülmüştür⁷².

Ancak daha sonra 1962’de KEYK ile ilgili düzenlemeler, “Subpart F” bölümü olarak⁷³ ihdas edilmiş ve 1962 yılında, Kennedy yönetimindeki ABD, yerel şirket mükelleflerinin gelirlerini kontrol edilen yabancı şirketlere aktararak vergi kaçırmalarını engellemeyi düzenleyen hükümleri ilk yürürlüğe koyan ülke olmuştur⁷⁴.

⁶⁹ Sandler, s. 24.

⁷⁰ Gordon, s. 38, dipnot: 104: “1937’de yürürlüğe konulan FPHC hükümleri, yabancı kurumun Amerikalı hissedarlarının, sözkonusu kurumun dağıtılmamış kazançlarını gelirlerine dahil etmeleri gerekliliğini Yasa’da düzenleyen ilk kurallardır. FPHC hükümleri, öncelikle Amerikalı gerçek kişilerin yabancı kurumlarda hesaplanmış gelirlerine yönelik idi ve bu kurallar gerçek kişi hissedarların ABD grup şirketlerinin yokluğunda uygulanmıyordu. Subpart F, Yasa’da KEYK kavramını tanımlamış ve yabancı kurumların gelirleri üzerinden vergi ödeyecek kişi çeşitlerini genişletmiştir”. FPHC kavramı ile ilgili açıklamalar için bkz. Beşinci Bölüm, 9, II, 2, a.

⁷¹ Pasif gelir, “faaliyetle orantılı olmayan şekilde yetersiz emek veya sermayeye koşullarında sürdürülen ve belirli organizasyona dayanmayan ticari, zirai veya mesleki faaliyetlerden elde edilen kazançlar” olarak tanımlanmakta olup, ayrıntılı bilgi için bkz. Beşinci Bölüm, 10, II, 3, a.

⁷² Sağlam Meltem, **Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2012, s.42: “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 önlemesidir. Çünkü ABD vergi sisteminde şirketler, kuruluş yeri bağlama noktası; gerçek kişiler ise vatandaşlık ve ikametgah bağlama noktası esas alınmak suretiyle vergilendirilmektedir. Bu nedenle yürürlüğe konulan FPHC düzenlemesi, KEYK’in ilk dar kapsamlı örneği olup, IRC 551- 558 düzenlemesi, 23.12.2004 tarihli Public Law 108-199, 108-49 Sayılı Kanun’un 108-357 sayılı bölümü ile yürürlükten kaldırılmıştır”.

⁷³ Isenbergh Joseph, **International Taxation, US Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income**, Volume I, Little, Brown and Company, Third Printing, 1990, s. 21.

⁷⁴ Lehuède Hector J., **Do CFC Regulations Acclimatize in Latin America?: A Case Study of Mexico, Argentina, Venezuela, And Brazil**, A Thesis Submitted To The Stanford Program In International Legal Studies At The Stanford Law School, Stanford University In Partial Fulfillment Of The Requirements For The Degree Of Master In The Science Of Law, May 2003, s. 12.

1962 düzenlemesi, ABD Başkanı J. Kennedy'nin Amerikalı mükellefler tarafından kontrol edilen yabancı şirketlerin kazançlarının vergi ertelemesine⁷⁵ tabi tutulmasını ortadan kaldırmak amacıyla 1961'deki yasa teklifine ilişkin uzlaşma sonucu yürürlüğe girmiştir. İlk uzlaşma metni büyük ölçüde değişmemiş olmakla birlikte, 1962'de yürürlüğe giren bu yasal hükümden sonra pek çok önemli değişiklikler yapılmış⁷⁶ ve sonuçta ABD'de federal vergilendirmenin tüm alanlarında değişikliğe neden olmuştur⁷⁷.

KEYK düzenlemeleri, ABD'de yürürlüğe konulduğunda, sözkonusu kurallar, uluslararası rekabet ortamındaki çoğu çok uluslu şirketlerin karşı çıkmasıyla karşılaştı. Bununla birlikte bu durum, sözkonusu kuralların yıllar içerisinde mevzuatta yerleşmesine ve ABD vergi hukukunun en karmaşık ve karışık alanını oluşturmasını engellemiştir⁷⁸.

1962'den itibaren 40 yıl boyunca, ABD, KEYK kuralları ile ilgili 20'den fazla ülkenin benzer hükümleri yürürlüğe koymasında model oluşturmıştır⁷⁹.

2001 yılı itibariyle kronolojik olarak KEYK kurallarını yürürlüğe koyan ülkeler şöyledir: ABD, 1962; Kanada, 1972; Almanya 1972; Japonya, 1978; Fransa 1980; İngiltere 1984; Yeni Zelanda, 1988; Avustralya, 1990; İsviçre, 1990; Norveç, 1992; Danimarka 1995; Finlandiya, 1995; Endonezya, 1995; Portekiz, 1995; İspanya, 1995; Macaristan, 1997; Meksika, 1997; Güney Afrika, 1997; Güney Kore, 1997; Arjantin, 1999; İsrail, 2000; İtalya, 2000; Estonya, 2000; Venezuela, 2000; Brezilya, 2001⁸⁰.

⁷⁵ Erkuş, Ateş, s. 115: “Yurt dışında bulunan kurumların elde ettiği kazançlar, iştirak sahibinin kendi ülkesinde doğrudan vergiye tabi tutulmamaktadır. Bu nedenle, yurt dışındaki kurumlardan elde edilen kazançların vergilendirilmesi temettü olarak dağıtılıp ülkeye getirilinceye kadar ertelenmektedir. Vergi erteleme nedeniyle “paranın zaman değeri” avantajından faydalanılırken, yurt içindeki tam mükellefler, kurumlar vergisini zamanında ödemektedirler”.

⁷⁶ **Controlled Foreign Company Legislation**, Organization For Economic Co-Operation And Development, OECD 1996, s. 21-22. 1962-2005 yılları arasında Subpart F hükümleri ile ilgili yapılan tüm değişikliklerin listesi ve açıklamaları için bkz. Hufbauer Gary Clyde, Assa Ariel, **US Taxation of Foreign Income**, Peterson Institute For International Economics, Washington DC, October 2007, s. 197-203.

⁷⁷ Rado Alan, **ABD Taxation Of Foreign Investment The New Approach, Publications of the International Bureau Of Fiscal Documentation**, No.18, Amsterdam 1963, s.25. 1961 Yasa teklifi ve Kongre'deki görüşmelerin ayrıntıları için bkz, Rado s.23-25.

⁷⁸ Gordon, s. 38; Hufbauer, s. 51.

⁷⁹ Lehuède, s. 12.

⁸⁰ Lehuède, s.12, dipnot: 40.

II. İngiltere

KEYK kuralları, 1984 yılında, Finans Kanunu'nun (Finance Act) bir bölümü olarak yasalaştırılmıştır. İngiltere hukuk düzeni, yargı alanı (jurisdiction) esasına dayanır, yani kurumun yönetim ve kontrol merkezinin veya kuruluş yerinin İngiltere'de olmasına göre belirlenir ve önemli muafiyetler tanınmış olan yerlerde kurulmuş olan kontrol edilen yabancı şirketlerin tüm gelirleri için uygulanır⁸¹.

Günümüzde, İngiltere'deki KEYK düzenlemeleri ise, 1988 Income and Corporation Taxes Act'ın (ICTA), 4.bölümünde, 747-756.maddeleri arasında yer almaktadır⁸². Söz konusu düzenlemelere göre, “eğer herhangi bir hesap döneminde bir kurum Birleşik Krallık (United Kingdom (UK)) dışında yerleşik ise, Birleşik Krallık'ta yerleşik kişiler tarafından kontrol ediliyor ise ve bu kurum yerleşik olduğu ülkede düşük oranlı vergilendirmeye tabi ise kontrol edilen yabancı kurum kazançları kuralları uygulanacaktır”⁸³.

III. Fransa

1968 yılında yürürlüğe giren kambiyo kontrolleri ile vergi cennetlerinin kötüye kullanımına yönelik düzenlemelerin yetersiz kalması üzerine ilave özel düzenlemeler yapılması zorunluluğu doğmuş⁸⁴ ve bu kapsamda 1980 tarihinde Fransa Genel Vergi Kanunu'nun (Code General des Impôts-CGI) 209B maddesi ile KEYK düzenlemelerine yer verilmiştir⁸⁵.

Fransız tüzel kişileri tarafından kontrol edilen şirketlerin gelirlerinin “imtiyazlı vergi sisteminden kaynaklanan kazançlar” olarak ödenecek vergi miktarına dahil edilmesi

⁸¹ Controlled Foreign Company Legislation, s. 24.

⁸² <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/1/part/XVII/chapter/IV/enacted> (03.11.2010).

⁸³ Tiley John, **Revenue Law**, Fifth Edition 2005, Hart Publishing, s. 1139.

⁸⁴ Sağlam, s.61.

⁸⁵ <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006069577> (03.11.2010).

kabul edilmiş⁸⁶ ve 1980 tarihinden itibaren KEYK rejiminin unsurlarının belirlenmesinde farklı dönemlerde değişiklikler yapılmıştır⁸⁷.

IV. Almanya

Almanya’da vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin genel ve özel kanuni düzenlemelerin sorunu çözmede etkili olamaması üzerine kanun koyucu 1972 tarihinde, büyük ölçüde Amerika’daki “Subpart F” düzenlemesinden esinlenerek yasa hazırlamıştır.

“Hinzurechnung Besteuerung” başlıklı bir kanun ile yabancı kaynaklı gelirlerin vergilendirilmesine ilişkin ilk KEYK düzenlemesini yapmış olup, bu kanun daha sonra “Aussensteuergesetz (AstG) isimli kanunla birleştirilmiştir ve düzenlemeler, AstG 7-14.maddeleri arasında yer almaktadır⁸⁸.

Söz konusu hükümlere göre, Almanya’da bir kurumun, KEYK olabilmesi için;

- Alman ortak, yabancı kurumda hakim güce sahip olmalı
- Yabancı kurum düşük vergili bölgede kurulmalı ve
- Yabancı kurum sadece pasif nitelikli gelir elde etmelidir⁸⁹.

V. Türkiye

Uluslararası alanda yaşanan gelişmeler ve KEYK mevzuatının birçok ülke tarafından hızla benimsenmesi ve uluslararası kuruluşların da düzenlemeyi vergisel amaçlı sermaye hareketlerinin zararlı etkilerinden ve haksız vergi rekabetinden korunmak amacıyla önermesi, Türkiye’nin de konuyla ilgili çalışma yapmasını zorunlu hale getirmiştir⁹⁰.

⁸⁶ Lang Michael, Aigner Hans-Jürgen, Scheuerle Ulrich, Stefaber Markus, **CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law**, EUCOTAX Series on European Taxation, Volume: 8, Kluwer Law International, s. 223.

⁸⁷ Ak Mehlika Sultan, “*Avrupa Birliği Ülkelerinde Kontrol Edilen Yabancı Kurum Rejimi Uygulaması*”, **Vergi Dünyası**, Ağustos 2010, Yıl: 29, Sayı: 348, s. 47. Fransız mevzuatındaki son yasal değişiklikler için Sağlam s. 63- 64.

⁸⁸ Sağlam, s. 55.

⁸⁹ Ak M. Sultan, s. 44.

⁹⁰ a) Sağlam s. 26.

5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu'nun 7.maddesi ile kontrol edilen yabancı kurum düzenlemesi uygulamaya konulmuş⁹¹ olup, belli şartlar altında yurtdışı iştiraklere yatırım yapan mükelleflere bu iştiraklerinden fiilen kar payı dağıtılmasa bile vergi uygulamaları açısından kar payı dağıtılmış olduğu kabul edilerek, bu suretle bu iştiraklerin kazançlarının Türkiye'de kurumlar vergisine tabi tutulması sağlanmış⁹² ve 1 Seri No'lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği⁹³ ile de KEYK uygulaması ile ilgili ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

b) KVK 7.madde düzenlemesinin gerekçesi, 8.2.2006 tarihinde Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM)'ne gönderilen kanun tasarısında şöyle belirtilmiştir: *"Madde 7- Bu Kanunla vergi sistemimize getirilen yeni uygulamalardan birisi "kontrol edilen yabancı kurum"dur. Bazı ülkeler, diğer ülkeler aleyhine fon ve yatırımları çekmek için vergi erteleme olanağı getiren, zararlı vergi rekabetine yol açan uygulamalara yer vermektedirler. Vergi sistemimizde vergi kayıp ve kaçığına yol açan ve vergiden kaçınmada kullanılabilen, bu yerlerdeki iştiraklere ilişkin işlemlerin düzenlenmesi amacıyla kontrol edilen yabancı kurum uygulaması vergi mevzuatımız kapsamına alınmış bulunmaktadır. Bu madde ile, uluslararası vergi uygulamalarındaki gelişmelere paralel olarak, ticari ve sınai mahiyette olmayan, yatırımlarını yurt dışında düşük vergi oranlı ülkelere yönlendiren mükellefler ile Türkiye'de yatırım yapan mükellefler arasındaki vergi eşitsizliğinin giderilmesi amaçlanmaktadır. (http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-1170.pdf (29.8.2010)).*

⁹¹ Özmen Mehmet Akif, **Gelir ve Kurumlar Vergisi Mevzuatında Vergi Güvenlik Müesseseleri**, Yaklaşım Yayıncılık, Ocak 2008, Ankara, s. 37.

⁹² Özmen, s. 37.

⁹³ RG: 3.4.2007, 26482.

3. ÇEŞİTLİ HUKUK SİSTEMLERİNE TOPLU BAKIŞ

I. Amerikan Hukuku

ABD’de yürürlükte olan kontrol edilen yabancı kurum düzenlemelerine ilişkin hükümler, ABD Kanunu’nun (US Code) “26.Başlık (Title 26)” başlığı altında yer alan İç Gelir Yasası (Internal Revenue Code-IRC)’da, A Anabaşlığı (Subtitle A), 1 numaralı Bölümü’nün (Chapter 1), N Altbölümü (Subchapter N), III numaralı kısmı (Part III), F Altbölümü’nde (Subpart F) “Subpart F- Controlled Foreign Corporations” başlığı altında, 951- 965. maddeleri arasında düzenlenmiştir⁹⁴.

IRC 951.maddede, ABD ortakları tarafından elde edilmiş sayılacak gelirin tutarı belirtilmiş, 952, 953, 954. maddelerde Subpart F gelirlerinin tanımı yapılmış⁹⁵ ve 957.maddede de KEYK tanımına yer verilerek, diğer maddelerde de konu ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almıştır.

ABD’de şirketlerin yabancı kurumlardan elde ettiği gelirler, yabancı kurum tarafından kar payı olarak dağıtılincaya kadar veya bu kurum hisseleri elden çıkartılincaya kadar vergilendirilmemektedir⁹⁶. Bir başka ifadeyle, ABD, kurumlara, yabancı kaynaklı gelirlerin ABD’ne getiriline kadar ertelenmesine izin veren dünya çapındaki yaygın şekli kabul etmiştir⁹⁷.

⁹⁴http://www.law.cornell.edu/uscode/html/uscode26/usc_sup_01_26_10_A_20_1_30_N_40_III_50_F.html (07.11.2010).

⁹⁵ Jacobs Vernon K., Duke J.Richard, **Controlled Foreign Corporation Tax Guide**, Third Edition, Offshore Pres Inc., s. 7.

⁹⁶ <http://www.irs.gov/pub/irs-soi/historycfcftc.pdf> (07.11.2010); Aydın Selda, “ABD Vergi Sisteminde Kurum Kazancının Tespitinde Yapılan İndirimler”, **Yaklaşım**, Yıl: 5, Sayı: 50, Şubat 1997, s.116: “ABD vergi sisteminde, kurumlara özgü olan tek indirim kalemi “elde edilen kar payları” indirimidir. Söz konusu indirimin amacı, kar payları kazancında meydana gelen çifte vergilemeyi ortadan kaldırmaktır. Bu indirim olmaksızın kar payı elde eden kurumlar öncelikle bu gelir üzerinden vergiye tabi olmaktadır. Daha sonra kar payı elde eden kurum, bu kar payını kendi hissedarlarına dağıttığı zaman, tekrar bir vergileme yapılmaktadır. Elde edilen kar payları indirimi, bu haksız uygulamayı düzeltmek amacı ile düzenlenmiştir”.

⁹⁷ Chorvat Elizabeth, “*You Can’t Take It With You: Behavioral Finance and Corporate Expatriations*”, 2003 The Regents of the University of California, **U.C. Davis Law Review**, December 2003, 37 U.C. Davis L.Rev. 453, s.4.

Kongre bu eksiklikleri gidermek ve ABD'nin yatırımlarının dışarıya çıkartılmasını önlemek için KEYK hükümlerini yürürlüğe koymuştur⁹⁸.

KEYK hükümleri olarak bilinen kurallar özellikle belirli şartlar altında vergi matrahının yasaya aykırı olarak eksik hesaplandığı kabul edilen yerlerde vergi ertelemesine tabi tutulmasına sınır getirmektedir⁹⁹.

IRC 957 (a) maddesine göre KEYK; yabancı bir kurumun, ABD hissedarları tarafından, vergilendirme yılının herhangi bir gününde, doğrudan, dolaylı veya zımni olarak, oy kullanma hakkının veya hissesinin %50'den fazlasına sahip olunan yabancı kurumlardır.

Amerikalı hissedarlar, IRC 951 (b) maddesinde; “herhangi bir Amerikalı kişinin (US Person) doğrudan, dolaylı veya zımni olarak şirketin oy kullanma hakkının en az %10'una sahip olan kişiler”; Amerikalı kişiler ise IRC7701 (a) (30) maddesinde; “ABD vatandaşları veya yerleşik olanlar, ortaklıklar, şirketler veya malvarlığı yönetimi (trust) veya miras yönetimi (estate)” olarak belirtilmiştir.

ABD hissedarı kavramı, IRC 958.madde kapsamında şirketin oy kullanma hakkının %10 veya daha fazlasına sahip olan ya da olduğu kabul edilen ABD kişisidir. Bu tanım Subpart F'nin anlaşılması bakımından çok önemlidir çünkü sadece KEYK'den gelir elde edeceği kabul edilen ABD hissedarı değildir, aynı zamanda yabancı şirket en az bir ABD hissedarına sahip olmadan KEYK olarak kabul edilemeyecektir.

IRC'un KEYK hükümlerine bakıldığında, yabancı bir kurumun KEYK olarak nitelendirilebilmesi için gerekli olan %50'den fazlasına sahip olma kuralı ile ABD hissedarı olarak tanımlanan kişilerin sözkonusu yabancı şirkette en az %10 oy hakkına sahip olmalarının ayrı ayrı değerlendirmeye tabi tutulduğu ve %10'dan daha az hisseye sahip olanların gelirlerinin KEYK kapsamında vergilendirilmeyeceği görülmektedir.

⁹⁸ Postlewaite Philip F., Donaldson Samuel A., **International Taxation, Corporate and Individual**, Fourth Edition, Volume 1, Chapters 1-12, Carolina Academic Press, 2003, s. 248.

⁹⁹ Lehoude, s. 12.

ABD hissedarlarının doğrudan, dolaylı veya zımni olarak şirketin ancak %10'dan fazla oy kullanma hakkına sahip olmaları halinde sözkonusu yabancı kurumun gelirleri üzerinden vergilendirilebileceklerdir.

Sadece yabancı şirketin oy kullanma hakkının %10'dan fazlasına sahip ABD'li hissedarlarına uygulanacak, doğrudan şirkete uygulanmayacak olan Subpart F gelirleri, IRC 952.maddesinde, ABD risklerinin sigortalanmasından kaynaklanan gelirler ve yurtdışındaki yabancı üs şirket gelirleri kategorisinde yer alan gelirler olarak belirtilmiş ve IRC 953 ve IRC 954. maddesinde sözkonusu gelirlerin tanımları yapılarak, ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

II. Avrupa Birliği Hukuku

1. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği'nde (AB) KEYK düzenlemelerinin yürürlüğe konulması ile ilgili doğrudan bir öneriye rastlanmamakla¹⁰⁰ birlikte, AB üyesi ülkelerin vergi sistemlerindeki farklılıktan kaynaklanan vergi avantajları ile birlikte sermayenin serbest dolaşımı, haksız vergi rekabeti ve vergiden kaçınmanın önlenmesine ilişkin girişimlere başlanması zorunluluğu doğmuştur. Bu kapsamda getirilen en önemli düzenleme ise, “Şirketlerin Vergilendirilmesinde Eylem Kodu (The Code of Conduct for Business Taxation)¹⁰¹” olarak ifade edilen¹⁰² hükümlerdir.

Sözkonusu hükümler, AB Ekonomi ve Maliye Bakanları Konseyi (Economic and Financial Affairs Council- ECOFIN) tarafından 1997 yılında yapılan bir siyasi andlaşma olarak kabul edilmekte olup¹⁰³, şirket vergilerinde ticari faaliyetin yerini önemli düzeyde etkileyen ya da etkileme olasılığı olan kuralları kapsar¹⁰⁴. Bu Eylem Kodu ile, hangi uygulamaların zarar verici olduğuna karar verilmemiş olsa da, yeni zarar verici

¹⁰⁰ Sağlam, s. 53; Ak M. Sultan, s.42: “KEYK rejimi ile ilgili olarak AB sözleşmesinde herhangi bir hüküm bulunmamaktadır”.

¹⁰¹ Bilici Nurettin, **Avrupa Birliği ve Türkiye**, Seçkin Yayınları, Ankara 2012, s.198, dipnot 223: “Bu Karar, AT Resmi Gazetesi'nin C 2/1 (6.1.1998) tarihli sayısında yer almıştır.

¹⁰² Yaltı Soydan, **Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler**, Beta Yayınevi, 1. Baskı, Kasım 2002, İstanbul, s. 39. Sözkonusu terim için Öz, Uluslararası Vergi Rekabeti, s.117'de “İş Davranış Kuralları”, Ekmekçi, Küreselleşme, s. 16'da “Vergilendirme İçin İş Davranış Kuralları” ifadesini kullanmıştır.

¹⁰³ Öz, Uluslararası Vergi Rekabeti, s.117.

¹⁰⁴ Yaltı Soydan, Avrupa Birliği, s. 53.

uygulamaların getirilmemesi ve mevcutların gözden geçirilerek zarar verici bulunanların değiştirilmesi ya da sona erdirilmesi istenmiş¹⁰⁵; ancak KEYK düzenlemeleri ile ilgili herhangi bir ifadeye yer verilmemiştir¹⁰⁶.

Eylem Kodu ile üye devletlerin birbirlerini Kod'un kapsamına girebilecek mevcut bir vergi düzenlemesinden veya düzenleme önerisinden haberdar etmesi, bu türden kuralları değerlendirmek üzere bir Grup kurulması ve grubun kararları doğrultusunda Konsey'e haber verilmesi hükme bağlanmış¹⁰⁷ ve bu amaçla kurulan "Primarolo Grubu" 29.11.199'da bir rapor hazırlamıştır¹⁰⁸. Rapor'un KEYK düzenlemeleri açısından önemi, holding şirketler (holding companies) kategorisinde KEYK kavramına yer verilmiş olmasıdır¹⁰⁹.

AB hukuku bakımından, KEYK ile ilgili doğrudan bir düzenleme olmamakla birlikte, 2006 yılına kadar Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) da KEYK düzenlemelerini analiz etmemiştir¹¹⁰. KEYK kurallarının AB'nin temel serbestilerinden "yerleşme ve sermayenin serbest dolaşımına" dair kurallara aykırı olup olmadığı" konusunda ortaya çıkan uyuşmazlık ile ilgili Cadbury Schweppes davasında¹¹¹, AAD; "KEYK düzenlemelerinin sadece tamamen yapay, vergisel amaçlı girişimler için uygulanabileceği, durumun objektif kriterlere dayalı deliller ile tespit edilmiş olması zorunluluğunu içermediği hallerde, düzenlemenin, Topluluk hukukuna aykırılık oluşturacağına" hükmetmiştir ve bu karar sonrası AB ülkeleri KEYK mevzuatlarında önemli değişiklikler yapmaya başlamışlardır¹¹².

¹⁰⁵ Öz, Uluslararası Vergi Rekabeti, s.117.

¹⁰⁶ Sağlam, s. 55.

¹⁰⁷ Yaltı Soydan, Avrupa Birliği, s. 54, 55.

¹⁰⁸ Radeelli Claudio M., "The Code of Conduct Against Harmful Tax Competition: Open Method of Coordination In Disguise?", <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/Other/radaelli.pdf> (2.12.2012)

¹⁰⁹ Sağlam, s. 55.

¹¹⁰ Ak M.Sultan, s. 42.

¹¹¹ Cadbury Schweppes plc & Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue, Case C- 196/04, 12.9.2006.

¹¹² Sağlam, s.57; Ak M.Sultan, s. 42: "Söz konusu dava ile AAD, KEYK mevzuatını AB hukuku açısından net kurallara bağlamış, bir şirketin başka bir ülkede iştirak kurmasının vergi kaçırdığı yolunda tek başına bir karine oluşturamayacağını, vergisel amaçlarla kurulmuş olsa bile objektif etkenler dikkate alındığında bulunduğu ülkede gerçek bir fiziki varlığı, faaliyeti ile uyumlu seviyede personeli, donanımı, sermayesi ve ekonomik değeri olan gerçek bir faaliyeti bulunan bir şirketin varlığının hakkın kötüye kullanılması anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir".

2. Avrupa Birliği Üyesi Ülkelerin Ulusal Mevzuatları

a) İngiliz Hukuku

İngiltere’de KEYK düzenlemelerinin yer aldığı 1988 Taxes Act 747.maddesinde, şirketin hesap dönemi içinde herhangi bir zamanda İngiltere’de yerleşik olmayan ve İngiltere’de yerleşik kişiler tarafından kontrol edilen şirketlerinin, düşük vergi uygulayan ülkelerde kurulmuş ise bu bölümdeki kuralların uygulanacağı düzenlenmiştir¹¹³.

KEYK kuralları sadece eğer bir kontrol edilen yabancı kurum, İngiltere’de yerleşik kişiler (sadece şirketler değil) tarafından kontrol ediliyorsa uygulanabilir¹¹⁴.

Kontrol ise, genel olarak yabancı şirketin %50’den daha fazla hissesine veya oy kullanma hakkına sahip olmayı belirtir¹¹⁵. İngiltere yasal düzenlemesi ayrıca kontrole ilişkin daha ayrıntılı düzenlemelere de yer verir ve bu yasal düzenlemeler, kontrolün herhangi bir biçimini veya şirket işlerindeki yetkiyi içerdiği gibi aynı zamanda fiili ekonomik kontrol, doğrudan veya hisseler aracılığıyla dolaylı oy kullanma hakkı veya resmi olarak şirkette söz sahibi olmayı içerir. Kısaca şirket işlerinin İngiltere vatandaşı veya vatandaşlarınca isteklerine uygun olarak yürütölmesi anlamına gelmektedir¹¹⁶.

Bir kontrol edilen yabancı kurum hissedarı olarak atfedilebilmek için ortağın şirketteki ortaklığının %50’den fazla olması gerekliliğine dair bu oran, uluslararası ortaklıklarda (joint venture) %40 olabilir¹¹⁷.

İngiltere’de KEYK uygulamalarında, vergiye tabi gelirin tespitinde, bölgesel yaklaşım ilkesi benimsenmiştir. Eğer bir şirket, yerleşik olduğu ülkede, düşük vergiye tabi değilse, sözkonusu şirket KEYK deęildir¹¹⁸.

¹¹³ Lang, s. 611.

¹¹⁴ Tiley, s.1140.

¹¹⁵ Rohatgi, s. 201.

¹¹⁶ Rohatgi, s.202.

¹¹⁷ Ak M. Sultan, s. 43; “Uluslar arası ortaklık şeklindeki yapılarda: - İki kişi bir şirketi kontrol ediyorsa (ki bunlar birisi İngiltere’de yerleşik, diğer ise İngiltere’de yerleşik değildir) -İngiltere’de yerleşik ortak, kontrol edilen şirketin gücünü, hakkını ya da hisselerinin en az %40’ını temsil eden hissesine, hakkına ya da gücüne sahip olmalı, - İngiltere’de yerleşik olmayan ortak ise, sözkonusu şirketin hissesinin, gücünün ya da hakkının %55’inden fazla olmamak kaydıyla en az %40’ını temsil eden hissesine gücüne ya da hakkına sahip olmalıdır”.

KEYK'in temel tanımında, İngiltere'deki mevzuatın “şirketlere” uygulanacağı esası yer almaktadır ve KEYK ile bağlantılı olarak şirket tanımında, Taxes Act 832.maddesindeki hüküm esas alınır. Buna göre şirket, “herhangi bir tüzel kişi veya tüzel kişiliği olmayan kuruluş olup, ortakları, yerel yetkili veya yerel yetkili birlikleri kapsamaz”¹¹⁹. Ancak 2008 bütçesinde yer alan bir hüküm ile bu düzenleme, 12.3.2008 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere İngiltere’de yerleşik kişilerin yurt dışında kurulu ortaklıklar ve vakıflarda en az %50 oranında gelir ve haklarının da kontrol tanımı kapsamına alınacak şekilde genişletilmiştir¹²⁰.

İngiltere’de KEYK düzenlemesi kapsamında değerlendirilecek kazancın belirlenmesinde ise çok fazla sayıda istisna vardır¹²¹. Bunlar; en az hisse sahipliği (en az kazanç istisnası- the de minimis exception), gerçek sınai ve ticari faaliyet istisnası (exempt activities), istisna tutulan ülkeler (excluded countries), İngiltere ile sınırlı bağlantılı ticaret şirketleri (trading companies with a limited UK connection), geçici muafiyettir (temporarily exempt)¹²².

KEYK hükümleri ile ilgili İngiltere’de 2012 yılında yapılmış olan değişiklikler, 1.1.2013 tarihinde yürürlüğe girecek olup¹²³, sözkonusu değişiklikler çoğunlukla İngiltere’den kazançları kaçırmaya yönelik faaliyetlere odaklanmıştır ve KEYK kazançları ile muafiyetlerine dair ayrıntılı açıklamalar içermektedir¹²⁴.

b) Fransız Hukuku

Fransa’da KEYK düzenlemesinin, yabancı şubelere veya sürekli olarak kurulmuş Fransız şirketlerin işletmelerine ve Fransız şirketlerin doğrudan veya dolaylı sermayesinin,

¹¹⁸ Ak M.Sultan, s. 43; “Bir ülkenin düşük vergi oranlı ülke olması için bir vergileme döneminde elde edilen kar üzerinden yurtdışındaki kanunlara göre ödenen verginin, sözkonusu kar üzerinden İngiltere kanunlarına göre tekabül eden verginin %75’inden daha az olması gerekmektedir. Burada nominal vergi oranları değil, İngiltere’deki esasa göre hesaplanmış karlar üzerindeki efektif vergi oranı karşılaştırılmaktadır. İngiltere’de vergi oranı %30 olduğundan yurtdışındaki vergi oranı %22.5’den az ise sözkonusu ülke düşük vergi oranı uygulayan bölge olmaktadır”.

¹¹⁹ Lang, s. 615.

¹²⁰ Sağlam, s. 51.

¹²¹ Tiley, s. 1140.

¹²² http://www.deloitte.com/assets/DcomGlobal/Local%20Assets/Documents/Tax/Taxation%20and%20Investment%20Guides/matrices/dttl_tax_cfc_regimes_essentials.pdf (3.12.2012).

¹²³ <http://www.hmrc.gov.uk/drafts/cfc-rules.pdf> (3.12.2012).

¹²⁴ <http://www.kpmg.com/UK/en/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/PDF/Tax/cfc-summary-sept-2012.pdf> (3.12.2012).

mali haklarının veya oy hakkının en az %50'sine sahip olan yabancı ortaklarına uygulanacağı¹²⁵ hükmü, 1992 ve 2006 değişiklikleri sonrası kanuni kişiliklerine bakılmaksızın tüm yabancı kurumları kapsayacak şekilde genişletilmiştir¹²⁶.

Yapılan değişiklikler sonrası, France Tax Code (FTC) 209B maddesine göre; “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, sözkonusu teşebbüs, şirket veya kurumun karlarının tamamının, Fransa’da kurumlar vergisine tabi kurumun kazancına, sahip olduğu hisse veya haklar oranında dahil edileceği hükmü yer almakta ve burada KEYK’den elde edilen kazançların niteliğine bağlı bir belirleme bulunmamakta ve düzenleme, KEYK’in Fransa’da tam mükellefiyete tabi gerçek kişi ortakları hakkında uygulanmamaktadır”¹²⁷.

Ortak, bulunduğu ülkede “avantajlı vergi rejiminden yararlanan” yapıdaki bir kurumun mali haklarının ya da oy kullanma hakkının %50’den fazlasına doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olmalıdır¹²⁸.

Bir kurumun KEYK mevzuatı kapsamına girmesi için “avantajlı vergi rejiminden” yararlanması gerekmekte olup, avantajlı vergi rejimi, “aynı şartlarda Fransa’da ödenmesi gereken vergiden %50 daha az bir efektif vergiye tabi olunmasını” ifade etmektedir¹²⁹ ve KEYK kabul edilen sözkonusu şirket, kurum kazancından dolayı Fransa’da kurumlar vergisine tabi olur.

Fransa, dağıtılsın veya dağıtılmasın, gelirlerin oransal olarak hissesi ve kontrol edilen yabancı kuruluşun tüm vergilendirme yılı içindeki kazancını vergilemeye tabi tutar.

¹²⁵ Rohatgi, s. 193.

¹²⁶ Ak, s. 47.

¹²⁷ Sağlam, s.65.

¹²⁸ Ak M. Sultan, s. 47: “Diğer taraftan yabancı kurumun %50’den fazlasını Fransız şirketler ya da Fransız firma tarafından kontrol edilen birim tarafından sözleşmede temsil ediyorsa, her kurum için bu oran %5’e kadar indirilir”.

¹²⁹ Ak M. Sultan, s. 47: “Ancak her mali yılda bu değerlendirme yapılmaktadır. Dolayısıyla bir yıl KEYK olan bir şirket izleyen yıl olmayabilir”.

Bu hisse, yılsonunda veya yılın yarısından fazla bir sürede hangi oran yüksek ise, doğrudan elde edilmiş karın bu oranına dayanır¹³⁰.

Fransa’da mevzuatta yapılan son değişiklikler ile KEYK’den elde edilen gelirlerin ayrı vergilendirilmesi sistemi değiştirilmiş 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 imkan sağlanmıştır. Ancak yabancı kurumlardan kaynaklanan zararların, Fransa’da kurumlar vergisine tabi kurumun hesaplarına dahil edilmesi mümkün bulunmamaktadır”¹³¹.

c) Alman Hukuku

AstG 8.madde hükmüne göre Almanya’da bir kurumun, KEYK olabilmesi için;

- Alman ortak, yabancı kurumda hakim güce sahip olmalı
- Yabancı kurum düşük vergili bölgede kurulmalı ve
- Yabancı kurum sadece pasif nitelikli gelir elde etmelidir¹³².

Yabancı bir kurumun KEYK olarak kabul edilebilmesi için, Alman ortağın kurumun %50’sini tek başına ya da diğer Alman vatandaşları ile birlikte kontrol etmesi gerekmektedir. Ortaklık hisselerinin paylaşılan Alman vatandaşlarının herhangi bir şekilde bir bağlantılarının olması gerekmediği gibi her birinin diğerlerinin varlığından haberdar olması da gerekmemektedir¹³³.

KEYK, hesap yılının sonunda, Alman yerleşik hissedarların %50’den fazla oy hakkına veya kar dağıtım hakkına sahip olduğu, dolaylı ve zımni hissedarlık kurallarının geçerli olduğu düzenlemelerdir. Düşük vergili bölge ise, %30’dan daha az pasif gelir

¹³⁰ Rohatgi, s. 193.

¹³¹ Sağlam, s. 65.

¹³² Ak M. Sultan, s. 44.

¹³³ Ak M. Sultan, s. 45.

vergesi uygulanan yerler¹³⁴ olup, KEYK'in sadece pasif gelirleri ve ana şirketin belirli gelirleri vergilendirilir¹³⁵.

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 esaslara göre vergilendirilirken, geliri pasif karakterli sermaye yatırım gelirlerinden oluşanlar, genişletilmiş KEYK düzenlemesine ilişkin esaslar dahilinde vergilendirilmektedir¹³⁶.

KEYK düzenlemesinin uygulanmasından sonra gerçekleştirilen gerçek kar payı dağıtımları ise vergiden müstesnadır¹³⁷.

III. Türk Hukuku

KVK'nın "Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı" başlıklı, 7.maddesine göre;

“(1) 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:

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 taşıması.

¹³⁴ Controlled Foreign Company Legislation, , s. 129

¹³⁵ Controlled Foreign Company Legislation, , s. 130.

¹³⁶ Sağlam, s.59.

¹³⁷ Sağlam, s.60: “Almanya’da belirtilmesi gereken bir özellik de vergi sistemi içerisinde yer alan genel vergide kaçınmayı önleme düzenlemelerinin KEYK düzenlemesine göre önceliği bulunması, yani vergiden kaçınma saiki olmasa bile KEYK düzenlemesinin uygulanması gerekliliğidir”.

c) Yurt dışında kurulu iştirakin ilgili yıldaki toplam gayrisafî hasılatının 100.000 YTL karşılığı yabancı parayı geçmesi.

(2) Birinci fıkrada yer alan toplam vergi yükü, Kanunun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki tanıma göre tespit edilir.

(3) Kontrol oranı olarak, ilgili hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte sahip olunan en yüksek oran dikkate alınır.

(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.

(5) Bu maddeye göre Türkiye’de vergilenmiş kazancın yurt dışındaki kurum tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilenmemiş kısmı kurumlar vergisine tâbi tutulur”.

GVK 75/2’ye eklenen hüküm ile¹³⁸, 1.1.2007’den itibaren geçerli olmak üzere, KVK 7.maddedeki şartların birlikte gerçekleşmesine bağlı olarak, Türkiye’de yerleşik gerçek kişilerin de KEYK kapsamında vergilendirilmesi sağlanmıştır. Buna göre;

“Türkiye’de yerleşik kişilerin doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı veya birlikte sermayesinin, kar payının veya oy kullanma hakkının en az %50’sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurtdışı iştiraklerin kazançları dağıtılsın veya dağıtılmasın, iştirakin hesap döneminin kapandığı ayı içeren yıl itibarıyla dağıtılan kar payı sayılır. Türkiye’de vergilendirilmiş kazancın iştirak tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kar paylarının vergilendirilmiş kısmı bu tutardan indirilir”.

¹³⁸ 5615 Sayılı Yasa (RG: 4.4.2007, 26483).

İKİNCİ BÖLÜM

4. AMERİKAN VE TÜRK HUKUKUNDA KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARININ VERGİLENDİRİLMESİNİN TEMELLENDİRİLMESİ

I. Vergilendirme Yetkisi

1. Egemenliğin Vergilendirme Alanındaki Görünümü: Mali Egemenlik

a) Mali Egemenlik

Varlık koşulları olarak kurucu üç öge; ülke (yeryüzü parçası), nüfus (insan topluluğu) ve egemen bir otorite tanımlanan devlet¹³⁹, alansal olarak sadece kendi ülkesi üzerinde hareket edebilir; başka bir devletin ülkesinde yetkilerini kullanamaz¹⁴⁰.

Devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayanarak vergi alma konusunda sahip olduğu hukuki ve fiili gücü olarak tanımlanan vergilendirme yetkisi de, devletin mali alanda sürdürdüğü egemenliğin içerdiği yetkilerin en önemlilerinden biridir¹⁴¹.

Her devletin, ülkesi üzerindeki egemenliğinden kaynaklanan vergilendirme yetkisinin kapsamını özgürce belirlemesi ve bu yetkisini kendi egemenlik alanı içinde bağımsız bir şekilde kullanabilmesi¹⁴² ile birlikte, devlet egemenliğinin içeriği ve devletin ulusal yasalarının ne ve kim üzerinde ve nerede uygulanacağı hususları, uluslararası hukuk kurallarınca belirlenir.

¹³⁹ Kaboğlu İbrahim Ö., **Anayasa Hukuku Dersleri**, Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Legal Yayınevi, Ekim 2005, s. 53; Teziç Erdoğan, **Anayasa Hukuku**, Beta Yayınevi, 3.Baskı, İstanbul 1996, s. 111-119; Özbudun Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993, s. 60-62.

¹⁴⁰ Kaboğlu, **Anayasa Hukuku**, s. 59.

¹⁴¹ Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, **Vergi Hukuku**, Turhan Kitabevi, 21. Bası, Ankara, Temmuz 2012, s. 33; Yaltı Soydan, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, s. 14: “Devletin ülkesi üzerindeki egemenliğinin mali alandaki görünümü olan vergilendirme yetkisi, bir devletin egemenliğine dayalı olarak, uluslararası hukuk çerçevesinde sahip olduğu yetkilerden biridir. Dolayısıyla, vergilendirme yetkisinin egemenliğin bir türü olmadığını veya bu kavramların birbirine denk düşmediklerini söylemek yanlış olmayacaktır. Vergilendirme yetkisi, egemenlik ile aynı zaman ve yerde var olan, egemenliği doğal olarak takip eden; fakat aynı zamanda egemenlikle sınırlı olan bir yetkidir. Egemenlik olmaksızın vergilendirme yetkisi olamayacağı gibi, sadece bir “egemen” yani bir devlet vergilendirme yetkisini kullanabilir”; Çağan Nami, **Vergilendirme Yetkisi**, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1982, s. 2,3: “Devlet egemenliğinin kapsadığı yetkilerin en önemlileri; yasama, yürütme ve yargı olup, “mali egemenlik” de egemenlik kavramının mali alandaki görüntüsüdür. Çeşitli yetkilerden oluşan mali egemenlik, devlet egemenliğinin varlık koşulu olmasının yanı sıra, onun sürekliliğini sağlar ve yürütür. Mali egemenliğin iç hukuk bakımından anlamı, devletin ülke sınırları içinde vergilendirme, harcama, bütçe yapma, borçlanma, kamu mallarını yönetme yetkilerine sahip olması; uluslararası alanda ise devletin diğer devletlere karşı bağımsız ulusal mali politika saptama ve izleme yetkisi olup, devlet egemenliğinin tabi olduğu sınırlarla bağlıdır”.

¹⁴² Yaltı Soydan, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, s.1.

Başka bir deyişle, uluslararası hukuk, devletin yetkilerini düzenleyip sınırlarken¹⁴³ birçok konuda da devlete, ülkesi dışında da bazı yetkileri kullanma hakkı tanır¹⁴⁴.

Nitelikleri mutlak, bölünmez, sınırsız ve tek olarak görülen egemenlik anlayışının, uluslararası sözleşmeler ve uluslar üstü kuruluşlar¹⁴⁵ ile değişmesine bağlı olarak, meşruiyetini ve kaynağını egemenlikten alan vergilendirme yetkisinin de uluslararası hukuk tarafından sınırlandırılacağı¹⁴⁶ kabul edilmelidir.

Bir devletin vergilendirme yetkisinin sınırlarını gösteren uluslararası hukuk kuralları ortaya konduğunda, iki temel ilke ile bir düzenleme getirildiği görülmektedir¹⁴⁷: Ülkesel egemenlik ve kişisel egemenlik¹⁴⁸.

¹⁴³ Yaltı Soydan Billur, “*Avrupa Topluluğu Hukuku Bakımından Katma Değer Vergisinde İfa Yeri*”, **Prof.Dr. Adnan Tezel’e Armağan**, Marmara Üniversitesi Yayın No: 600, Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 13, İstanbul 2000, s. 465; Rado, s. 11: “Devletin kendi ülkesindeki vergilendirme yetkisini sınırlayan bir uluslararası yasa var mıdır?” sorusunun cevabı olarak; devletin vergi koyma yetkisinin kendi ülkesi ile sınırlı olduğu görüşünü savunanlar olmasına rağmen, hakim görüş, bir devletin vergi koyma yetkisinin yalnızca politik bir karar olduğudur. Bu karar, bir devletin kendi ülke sınırlarının ötesinde vergi yetkisini nereye kadar kullanabileceğinin belirlenmesine dayanır. Dolayısıyla bir devletin vergilendirme yetkisinin sınırları aslında kendi koyduğu sınırdır”.

¹⁴⁴ Pazarıcı Hüseyin, **Uluslararası Hukuk**, Turhan Kitabevi, 11.Bası, Ankara 2012, s. 162.

¹⁴⁵ Koçak Mustafa, **Batı’da ve Türkiye’de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik**, Seçkin Yayınları, Ankara 2006, s. 143; Martha Rutsel Silvestre J., **The Jurisdiction to Tax in International Law**, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, Series on International Taxation, No:9, 1989, s. 11: “Bir devletin mali egemenliğinin asıl kaynağı mutlaka uluslar arası hukuktur ve devletin vergilendirme yetkisi iç hukuktan çok uluslar arası hukukun problemidir”.

¹⁴⁶ Yaltı Soydan, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, s. 16.

¹⁴⁷ Yaltı Soydan, **Uluslararası Vergi Anlaşmaları**, s. 16.

¹⁴⁸ Öncel, Kumrulu, Çağan, s.57’de “ülkesel egemenlik ilkesi” yerine “mülkilik ilkesi” kavramı; Şirin Ertunç Z., **Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Vergilendirilme Rejimi**, Vedat Kitapçılık, 1.Bası, İstanbul, Haziran 2006, s. 90’da da “yerellik ilkesi” kavramı kullanılmıştır. Ayrıca uluslararası hukuk kuralları çerçevesinde bu ayrıma, Ekmekçi Esra, **Kurumlar Vergisinde Dar Yüklümlülük**, Kazancı Hukuk Yayınları, No: 132, İstanbul 1994, s.27’de; “yerellik ve kişisellik ilkesi” kavramlarına; Akçaoğlu Ertuğrul, **Elektronik Ticaret**, s.35-41’de “Vergilendirme yetkisinin meşruluğunu açıklayan görüşler başlığı altında; “ülkesel egemenlik (mülkilik) teorisi, siyasi bağıllık doktrini, takas teorisi, ödeme gücü ilkesi, ekonomik bağıllık doktrini” kavramlarına yer verilmiştir. Tuncer Selahattin, **Çifte Vergileme ve Milletlerarası Vergi Anlaşmaları**, Sevinç Matbaası, Ankara 1974, s. 14’de ise şu değerlendirme yer almaktadır: “Çifte vergileme ile ilgili araştırmalarda, milletlerarası çifte vergilemenin nedenleri “kişisel vergi mükellefiyeti” ve “kişisel olmayan vergi mükellefiyeti” ile açıklanmak istenmiştir. Kişisel vergi mükellefiyeti, vergi mükellefinin vatandaşlık, ikametgah ve oturma yeri gibi kişisel durumuna dayandırılmıştır. Kişisel olmayan vergi mükellefiyetinde ise, bir devletin kendi sınırları içinde kazanılan veya elde edilen gelir üzerinde, bu geliri elde eden kişinin, kişisel durumuna bakılmaksızın vergilendirilmesi söz konusudur”; Karakoç Yusuf, **Genel Vergi Hukuku**, Yetkin Yayınları, 4.Bası, 2007, s. 120’de, “Çifte Vergilendirmenin Sınırlandırılması” başlığı altında egemenlik alanı (mülkilik) ilkesi ve şahsılık (uyrukluk- ikametgah) ilkesi kavramlarını; Erginay Akif, **Vergi Hukuku**, Savaş Yayınları, 15.Baskı, Ankara 1995, s. 49’da; “Yer Bakımından Uygulanma” başlığı altında “kanunların mülkiliği” ve “kanunların şahsiliği” kavramlarını kullanmıştır”.

Ülkesel egemenlik, bir devletin ülkesindeki tüm kişiler ve sınırları içindeki tüm kaynaklar üzerinde yetkisini kullanmasını içerir¹⁴⁹ ve aksine bir uluslararası hukuk kuralı bulunmadıkça devlet, egemenliğini ülkesi dışında kullanamaz¹⁵⁰. Söz konusu ilke, devletin vergilendirme yetkisinin ülke sınırları içinde geçerli olmasının bir sonucudur¹⁵¹ ve buna bağlı olarak bir devletin vergi kanunları ancak o devletin egemenlik alanı içinde geçerlidir. Bu anlamda da bir ülkenin mali sınırları, gümrük sınırlarına eşittir¹⁵².

Bir devletin kişisel egemenliği ise, kişiler (gerçek veya tüzel kişi) üzerindeki egemenliğidir ve devlet bu kişileri, nerede bulunurlarsa bulunsunlar, kendi hukuk kurallarının kapsamına alarak yönetmek ya da yasal hükümleri uygulama hakkı vardır¹⁵³.

Genel olarak vergi yasalarının uygulanabilir nitelikte olması için vergi yükümlüsü, vergilendiren devletin etki alanı içinde bulunmalı; devlet ile vergi yükümlüsü arasında asgari ve yeterli bir ilişki ya da bağıllık bulunmalıdır¹⁵⁴.

Bu asgari ve yeterli ilişki veya bağıllık, vergi yükümlüsü ile vergilendiren devlet arasında “uyrukluk veya ikametgah” gibi kişisel ilişkinin varlığı şeklinde de olduğunda¹⁵⁵ şahsılık ilkesinden söz etmiş oluruz. Bir başka ifadeyle, vergi yasalarının meşruluğu, vergi konuları ve vergi yükümlülerinin, ülkesel veya kişisel egemenlik içinde bulunmasına bağlıdır¹⁵⁶ ve bu kapsamda vergilendirme yetkisinin meşruiyeti de kaynak, ikametgah ve uyrukluk ilkeleri ile açıklanmaktadır¹⁵⁷.

¹⁴⁹ Martha, s. 45.

¹⁵⁰ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 16; Akçaoğlu Ertuğrul, Elektronik Ticaret, s. 35.

¹⁵¹ Şirin, s. 90- 91.

¹⁵² Çağan, s. 212; Şakar Ayşe Yiğit, **Vergi Hukukunda Serbest Bölgeler**, Yaklaşım Yayıncılık, 2008, s.315: “Devletler kendi egemenlik alanları içinde vergilendirme yetkisine sahip olup, bu yetkiyi kendi gümrük sınırları içinde diledikleri gibi kullanabilirler”.

¹⁵³ Martha, s. 44.

¹⁵⁴ Çağan, s.213.

¹⁵⁵ Ekmekçi, Dar Yükümlülük, s. 2. Yazar, söz konusu eserinde, “vergi yasalarının uygulanmasında yerellik ilkesi ve kişisellik ilkesi başlıkları altında ikili bir ayrım yaparak; “uyrukluk ve ikametgah” ilkelerini, kişisellik ilkesi başlığı altında alt başlıklar olarak incelemiştir.

¹⁵⁶ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s.17.

¹⁵⁷ Yaltı Billur, **Elektronik Ticarette Vergilendirme**, Der Yayınları, Yayın No: 357, İstanbul 2003, s. 83: “Devletin vergilendirme yetkisinin sınırlarını çizen ve kendi vergi kanunlarının uygulama alanını gösteren kurallar, bağlama kuralı olarak adlandırılır. Bu türden düzenlemeler içeren ulusal yasa, tamamen bir maddi hukuk kuralı olmasına karşılık, nitelik itibarıyla kanunlar ihtilafı kuralıdır; çünkü hukuki sonuçları itibarıyla o devletin vergilendirme yetkisinin uygulama alanını belirler, diğer devletlerin vergilendirme yetkilerine

Kaynak ilkesi, bir devletin egemenlik sınırları içerisinde elde edilen gelirin vergilendirilmesidir¹⁵⁸. Vergilendirmeye temel olan husus, gelirin doğduğu veya malların bulunduğu yerdir ve kaynak ilkesi, bir devletin, vergi yasalarını, ülkesinde bulunan yerli ya da yabancı herkese ve bütün hukuksal işlemlere uygulaması anlamına gelip, kaynağını “kişisel olmayan anlamda ülkesel egemenlikten” alır¹⁵⁹.

İkametgah ilkesi, bir ülkede ikamet eden kişilerin ve vatandaşların dünya çapındaki gelirlerinin vergilendirilmesidir¹⁶⁰. Vergilendirmeye temel olan hususun ikametgahın bulunduğu yer olması, ülkeselliğin genişleyerek kişisel kazanması anlamına gelir ve devlet, ülkesel egemenliği altındaki kişilerin dünya çapındaki gelirlerini vergilendirerek, yükümlünün mali gücünü bütünüyle yakalaması halinde, ülkesel sınırlarını aşarak, sınır ötesindeki vergi konularına uzanmış olur. Bu durumda, vergilendirme yetkisini kullanan devlet ile ülkesel bağ içinde olan vergi konusu değil, vergi yükümlüsüdür¹⁶¹.

Uyrukluk ilkesine göre ise vergilendirme, vergilendirme yetkisini kullanan devletin “kişisel egemenliği” altındaki vatandaşlarının dünya çapındaki gelir ve servetlerini vergilendirmesi olup, uyrukluk, bir devlet ile uyruğu arasındaki siyasi bağı ifade eder¹⁶².

aa) Amerikan Hukuku

ABD vergi mevzuatına baktığımızda ise, gerçek kişilerin ABD gelir vergisine tabi tutulmasında kural, tüm gerçek kişilerin dünya çapındaki gelirlerinin vergiye tabi tutulmasıdır. Bununla birlikte, dünya çapındaki vergilendirme yetkisi, sadece ABD vatandaşı ya da ABD’de ikamet eden kişileri kapsayacak anlamda kullanılmıştır. Bu

nazaran ayırıcı, sınır çizici bir mahiyet taşır ve devlet, vergilendirme yetkisinin kişi ve konuya bağlanmasını sağlayacak çeşitli hukuki kriterleri, bağlama noktalarını serbestçe seçer ve tanımlar”.

¹⁵⁸ Sandler Daniel, s. 3.

¹⁵⁹ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s.17; Blomstrand Maria, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967> (09.10.2012); Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 57: “Vergi yasalarına ülkesel egemenlik ilkesinin (yerellik, mülkîlik) hakim olması, vergilendirmede kaynak ilkesinin uygulanması anlamını taşır. Bu ilkeye göre, bir devletin ülkesinde bulunan vergi konuları ve vergiyi doğurucu olaylar o devletin vergilendirme yetkisine tabi olup, bu ilke tek başına kabul edildiğinde, yükümlünün uyruklığı ya da ikametgahının bulunduğu yer önemli değildir”.

¹⁶⁰ Sandler, s. 3.

¹⁶¹ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s.19.

¹⁶² Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 20.

mükellefler için ABD'nin vergilendirme yetkisi, bunlarla şahsi ilişkileri ya da ABD ile bağlantı durumlarına bağlı olup, gelirlerinin coğrafi kaynağı önem taşımamaktadır¹⁶³.

ABD vergi sistemine göre, vergilendirme yetkisinin kullanılmasında, kişiye bağlı olanların temeli; ABD vatandaşları, yerleşik yabancılar ve yerel kurumlar iken, gelir kaynağının temeli; yerleşik olmayan yabancılar ve yabancı kurumlardır¹⁶⁴.

1913 Gelir Yasası'nın (Revenue Act) kabul edilmesi ile ABD'de bugüne kadar sadece yerel vergi yasaları değil, aynı zamanda diğer ülkelerle, nerede ikamet ederlerse etsinler ABD vatandaşlarının, ABD'de ikamet eden yabancıların ve nerede faaliyette bulunurlarsa bulunsunlar yerel kurumların kaynağına bağlı olmaksızın tüm gelirlerinin vergilendirilmesine dair sözleşmeler yapılmıştır¹⁶⁵.

Vergilendirme yetkisini kullanma noktasında ABD, kendi vatandaşlarının, bir başka ülkede daimi olarak oturuyor olsalar bile, yabancı kaynaklı gelirlerini vergilendirme hakkı olduğunu iddia etmektedir. Vatandaşların ikamet ettikleri yer ile bağlantılı olmaksızın hükümetten fayda elde ettikleri düşüncesine dayanan¹⁶⁶ bu iddia, vergilendirme ilkelerinden “uyrukluk” ilkesine karşılık gelmektedir. Uyrukluk ilkesi, vergilendirme yetkisini kullanan devletin “kişisel egemenliği” altındaki vatandaşlarının dünya çapındaki

¹⁶³ McDaniel Paul R., Ault Hugh J., Repetti James R, **Introduction to United States International Taxation**, Fifth Edition, Aspen Publishers, 2005, s. 35: “Ortaklıklar, malvarlığı yönetimleri, miras yönetimleri, yani genel anlamda vergilendirilmeleri gerçek kişiler ile benzer olanlar ABD'nin dünya çapındaki gelirleri vergilendirme yetkisine konu olurlar, eğer “yerel tüzel kişilikler” ise, yani ABD ile önemli bir bağlantıları var ise”.

¹⁶⁴ Meldman Robert E., Schadewald Michael S., Missey Robert J., **A Practical Guide To U.S. Taxation of International Transactions**, Fourth Edition, CCH Incorporated Chicago, 2003, s. 1.; Easson Alex, **Tax Incentives For Foreign Direct Investment**, KLUWER Law International, 2004, s.35: “Genel olarak ülkeler mükellefin ikametgahı ve gelirin kaynağı dolayısı ile vergilendirme hakkı olduğunu iddia etmektedirler ve kural olarak, bir ülkede ikamet eden kişiler dünya çapındaki gelirleri üzerinden vergilendirilirken, ikametgahı olmayanlar ise ülke içerisinde elde ettikleri kazançta göre vergilendirilirler”; Rado, Alan, s. 11: “Çoğu ülke, yabancı gelirleri, büyük bir kısmı geliri elde eden kişi veya vatandaşlık esasına dayalı olan yerel gelirler gibi vergiye tabi tutarken, ABD'de, hem kişi hem de gelirin kaynağına dayalı faktörler, gelir vergisinde göz önüne alınır ve yerleşik olma esasına ek olarak vatandaşlık ya da tabiiyet testi de uygulanır”.

¹⁶⁵ Rado, s.12: “Bu sayılan mükelleflerin tamamı, dünya çapında elde ettikleri gelirlerden dolayı vergiye tabi olup, vergi yükümlülükleri sınırlanmamıştır. Buna karşılık, yerleşik olmayan yabancılar, yani yabancı bir ülke tabiiyetinde olup, ABD'de ikamet etmeyenler ve yabancı kurumlar sadece ABD kaynaklı elde ettikleri gelirlerden dolayı vergilendirilirler ve vergi yükümlülükleri sınırlıdır. ABD'deki gelirlerden başka vergiye tabi değildirler”.

¹⁶⁶ <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967> (09.10.2012).

gelir ve servetlerinin vergilendirilmesi olup, bugün ABD’de kaynak ve ikametgah ilkeleri ile beraber uygulanmaktadır¹⁶⁷.

ABD vatandaşlarının dünya çapındaki gelirlerinin vergilendirilmesinin anayasal temeli ile ilgili açıklamaların yer aldığı en önemli dava, Cook v. Tait¹⁶⁸ olup, söz konusu davanın özeti şöyledir:

“Davacı Amerika Birleşik Devletleri’nin tabii vatandaşıdır (doğum yolu ile vatandaşlığa sahip olmuştur) ve ikametgahını Meksika’ya taşıdığı anda Meksika vatandaşı olmuştur. Dava konusu, IRS tarafından davacının gelirlerinin ABD vergi yasaları gereğince beyan edilmesinin talep edilmiş olmasıdır. Davacı bu talebi şu çekince ile kabul etmiştir: “Gelir, Meksika’daki malvarlığı nedeniyle elde edilmiştir.

Dava konusu uyuşmazlık, Kongre’nin doğuştan ABD vatandaşı olan ve daimi ikamet ettiği Meksika’da gelir elde eden kişi için vergi koyma yetkisinin olup olmadığıdır.

Davacı, bu yetkiye sadece ABD Anayasası’na göre sahip olduğu haklar dolayısıyla değil, aynı zamanda uluslararası hukuka göre ve pek çok davada verilen kararlar dolayısıyla da itiraz etmektedir.

Davada, bir vatandaşın ABD sınırları dışarısında bulunan malvarlığının ABD’den hiçbir menfaat sağlamadığı iddiası kabul edilmemiş ve şöyle karar verilmiştir: “Bu iddia, “Amerika Birleşik Devletleri’nin bir devlet olarak bağımsızlık yetkisinin anlamı ve kapsamı ile kendi vatandaşları ile vatandaşlarının devlet ile olan ilişkisinin yanlış anlaşılması” ile ilgili düşünce karışıklığından ileri gelmiştir. Bu yetkinin anlam ve kapsamı, devletin vatandaşına ve vatandaşının nerede bulunursa bulunsun malvarlığı için tabii olarak bir menfaat sağlamasına dayanır. Bir başka anlatımla, bu kural, devletin doğum yoluyla ABD vatandaşlığını kazanan vatandaşlarına ve nerede bulunursa bulunsun onların mallarına avantaj sağladığını ve dolayısıyla yetkinin, bu menfaat sağlamanın tamamlanması olduğunu ifade eder. Başka bir biçimde, vergilendirme yetkisinin temeli, tüm durumlarda, ABD içinde ya da dışında, bir malvarlığının durumuna bağlı olarak ve yine vatandaşın

¹⁶⁷Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 20.

¹⁶⁸Supreme Court of USA, 1924, 265 U.S. 47, 44 S.Ct.444,68 1.Ed.895: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=265&invol=47> (09.10.2012).

ABD içinde ya da dışında olsun ikametgahı esasına bağlı olarak değerlendirilmemiştir, değerlendirilemez; ancak ABD'ne vatandaşlık bağı ile bağlı olmasına ve kişinin de bir vatandaş olarak devlet ile ilişkisine bağlı olarak değerlendirilir. Sonuç olarak yabancı bir ülkede ikamet eden ve doğuştan vatandaş olan bir kişi, yabancı bir ülkede elde ettiği malvarlığı dolayısıyla kazancından dolayı devlet tarafından vergilendirilmesi yasaldir, devletin vergilendirme yetkisi vardır”¹⁶⁹.

bb) Türk Hukuku

İlke olarak Türk vergi yasaları, Türkiye Cumhuriyeti'nin egemenlik alanı içinde uygulandığından ve vergilendirme yetkisi de, devletin ülkesi üzerindeki egemenliğine dayandığından ve onun mali alandaki görünümünü oluşturduğundan vergilendirmede “kaynak ilkesinin” uygulanmasına yol açar¹⁷⁰.

GVK 3.maddesinde¹⁷¹ ise, gerçek kişilerin ve kurumların, tam yükümlü olmalarını, yani hem yurt içinde hem de yurtdışında elde ettikleri gelirler üzerinden vergilendirilmesinde, Türkiye’de yerleşmiş olma (ikametgah) esasını ve belli koşullar altında da uyrukluksu esasını benimsemiştir. KVK 3.maddesinde¹⁷² ise, kurumların kanuni veya iş merkezi Türkiye’de bulunanlar için hem yurt içi hem yurt dışı gelirlerin vergilendirilmesinde ikametgah esası, dar mükellefler için ise, kaynak esası kabul edilmiştir.

Bir devletin KEYK düzenlemelerini yürürlüğe koyması ise, “kendi ülkesinde sahip olduğu egemenlik sınırları kapsamında vergilendirme yetkisini kullanmasıdır” ve bu yetki

¹⁶⁹ Thompson Samuel C., **U.S. International Tax Planning and Policy**, Carolina Academic Press, 2007, s. 13,14.

¹⁷⁰ Kaneti Selim, **Vergi Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayın: 3434, Hukuk Fakültesi Yayın: 698, İstanbul 1986/1987, s.36.

¹⁷¹ GVK 3.madde: “Aşağıda yazılı gerçek kişiler Türkiye içinde ve dışında elde ettikleri kazanç ve iratların tamamı üzerinden vergilendirilirler: 1. Türkiye’de yerleşmiş olanlar; 2. Resmi daire ve müesseselere veya merkezi Türkiye’de bulunan teşekkül ve teşebbüslere bağlı olup adı geçen daire, müessese, teşekkül ve teşebbüslerin işleri dolayısıyla yabancı memleketlerde oturan Türk vatandaşları (Bu gibilerden, bulundukları memleketlerde elde ettikleri kazanç ve iratları dolayısıyla Gelir Vergisi’ne veya benzeri bir vergiye tabi tutulmuş bulunanlar, mezkur kazanç ve iratları üzerinden ayrıca vergilendirilmezler.)”

¹⁷² KVK 3.madde: “(1) Tam mükellefiyet: Kanunun 1 inci maddesinde sayılı kurumlardan kanunî veya iş merkezi Türkiye’de bulunanlar, gerek Türkiye içinde gerekse Türkiye dışında elde ettikleri kazançların tamamı üzerinden vergilendirilirler.(2) Dar mükellefiyet: Kanunun 1 inci maddesinde sayılı kurumlardan kanunî ve iş merkezlerinin her ikisi de Türkiye’de bulunmayanlar, sadece Türkiye’de elde ettikleri kazançları üzerinden vergilendirilirler”.

kullanımı da yasama yoluyla gerçekleştirilmekte; yurt dışındaki kişi ve kurumlar değil, kendi ülkesinde ikamet eden ve gelir elde eden kişi ve kurumlar vergiye tabi tutulmaktadır.

b) Mali Egemenliğin Hukuksal Görünümü: Vergilendirme Yetkisi

aa) Amerikan Anayasası

1787 tarihli ABD Anayasası¹⁷³, diğer yasaların olduğu gibi, vergi yasasının da kaynağıdır. ABD’de federal devlet (federal government), eyalet (state) ve bölge yönetimi (local government) tarafından tahsil edilen vergiler, vergilerin salınması ve oranları ile ilgili hükümler, değişen şartlara göre zaman içerisinde pek çok değişikliğe uğramıştır. Söz konusu değişikliklerin bazıları, savaş veya 16.Anayasa Değişikliği (1913) gibi özel tarihi olaylara bağlı biçimde yapılmışken, bazıları ise daha çok toplumdaki gelişmelere paralel olarak aşamalı bir biçimde gerçekleşmiştir¹⁷⁴.

ABD Anayasası’nın vergi ile ilgili hükümleri şunlardır:

- “*Madde I, Bent 2, cümle 3: Temsilciler Meclisi üyeleri ve dolaysız vergiler, Federal Devleti de içerecek anlamda bağımsız eyaletler arasında belirli bir süre için hizmet etmekle yükümlü özgür kişilerin tamamı eklenmek suretiyle belirlenen sayıya göre ve paylaştırılmalıdır ancak yerliler (Indians) bundan istisnadır ve bu sayı nüfusun beşte üçüdür*”¹⁷⁵.

¹⁷³ Mumcu Ahmet, Kuzeci Elif, **İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri**, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara 2011, Turhan Kitabevi, s. 61: “1787 yılında ilan edilen Anayasa, dünyanın ilk modern yazılı anayasasıdır ve dünyada ilk kez federal bir devlet yapısı kurmuş, bugüne kadar da yürürlükte kalmış, en uzun ömürlü anayasadır. ABD Anayasası incelendiğinde şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır: Uygulamadaki aksaklıklara rağmen ABD’nin anayasal kökeninde yüksek insanlık ülküsü vardır. Sofistlerden beri gelen, en son olarak da Rousseau’da en açık biçimini alan “insanın doğuştan gelen özgürlüklere sahip ve birbirlerine eşit oldukları” ilkesi, doğal hukuktan pozitif hukuka geçmiş, böylece “uygulanabilir” olmuştur. ABD’nin anayasal sisteminde kuramsal açıdan birbirine zıt gözüke de hem Rousseau’nun “halk egemenliği” ilkesi, hem de Montesquieu’nun “güçler ayrımı” ilkesi temeldir”.

¹⁷⁴ Gedik Gülşen, “*Amerikan Hukukunda Vergilendirme Yetkisi*”, **Prof.Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.1015; Öz Ersan, Akdemir Tekin, “*ABD Vergi Sistemi*”, **Vergi Sorunları**, Eylül 200 Sayı: 168, s. 102: “Vergiler, ABD ekonomisinde kriz dönemlerinde önemli bir istikrar sağlama aracı olarak kullanılmış ve bu amaçla vergi oranları ve tarifesinde çeşitli dönemlerde önemli değişiklikler yapılmıştır”.

¹⁷⁵ Article I, Section 2, (3): “*Representatives and direct Taxes shall be apportioned among the several States which may be included within this Union, according to their respective Numbers, which shall be determined by adding to the whole Number of free Persons, including those bound to Service for a Term of Years, and excluding Indians not taxed, three fifths of all other Persons.*”;

- “Madde I, Bent 7, cümle 1: Gelir arttıran tüm Yasa Tasarıları Temsilciler Meclisi kaynaklı olmalıdır; ancak Senato teklif getirebilir ya da diğer Yasa Tasarılarında olduğu gibi yasa değişikliklerini kabul edebilir”¹⁷⁶.

- “Madde I, Bent 8, cümle 1: Kongre Amerika Birleşik Devletleri’nin genel savunma ve genel refahını sağlamak ve borçlarını ödemek için vergiler, harçlar, resimler ve dolaylı vergiler (excise)¹⁷⁷ koymak ve toplamak yetkisini haizdir; ancak harç, resim ve dolaylı vergilerin tamamı tüm Amerika Birleşik Devletleri’nde aynı olmalıdır”¹⁷⁸.

- “Madde I, Bent 9, cümle 4 ve 5: Hiçbir baş vergisi (capitation) veya diğer dolaysız vergi, tahsiline yönelik nüfus sayımı ya da liste ile orantılı olmadıkça konulamaz.

Hiçbir vergi ya da harç yasa maddesi ile herhangi bir eyalet hariç tutularak konulamaz”¹⁷⁹.

- “Madde I, Bent 10, cümle 2: Hiçbir eyalet Kongre’nin onayı olmaksızın ithalat ya da ihracat üzerinde hiçbir harç ya da resim koyamaz, şu kadar ki kendi yasalarındaki kontrollerin yapılması için kesinlikle gerekli olanlar hariç: ve ithalat ya da ihracat üzerinde herhangi bir eyalet tarafından konulan tüm resim ve harçların net sonuçları Amerika Birleşik Devletleri Hazinesi için kullanılmalıdır ve tüm yasalar Kongre’nin değiştirme ve kontrolüne tabi olmalıdır”¹⁸⁰.

http://www.usconstitution.net/xconst_Am14.html (15.10.2012): Ancak; Söz konusu düzenlemede yer alan “Temsilciler Meclisi üyelerin seçimi ile ilgili düzenleme, 1868 tarihli 14.Anayasa Değişikliği; dolaysız vergilerle ilgili hüküm ise, 1913 tarihli 16.Anayasa Değişikliği ile değiştirilmiştir”.

¹⁷⁶ Article I, Section 7,(1): “All bills for raising Revenue shall originate in the House of Representatives; but the Senate may propose or concur with Amendments as on other Bills”.

¹⁷⁷ Holcombe Randall G., “Excise Taxation And Interest Group Politics, Politics, Taxations, And The Rule Of Law”, **The Power to Tax in Constitutional Perspective**, Kluwer Academic Publishers, Edited by: Donald P. Racheter, Richard E.Wagner, 2002, s. 123: “Dolaylı vergiler, ABD vergi gelirleri kaynağı olarak küçük olarak gösterilir ama önemsiz değildir”.

¹⁷⁸ Article I, Section 8, (1): “The Congress shall have Power To lay and collect Taxes, Duties, Imposts and Excises, to pay the Debts and provide for the common Defence and general Welfare of the ABD; but all Duties, Imposts and Excises shall be uniform throughout the ABD”.

¹⁷⁹ Article I, Section 9, (4,5): “(No capitation, or other direct, Tax shall be laid, unless in Proportion to the Census or Enumeration herein before directed to be taken. Tax or Duty shall be laid on Articles exported from any State”.

¹⁸⁰ Article I, Section 10, (2): “No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports, except what may be absolutely necessary for executing it's inspection Laws: and the net Produce of all Duties and Imposts, laid by any State on Imports or Exports, shall be for the Use of the Treasury of the ABD; and all such Laws shall be subject to the revision and control of the Congress”.

ABD’de vergilerin büyük bir kısmını oluşturan federal gelir vergisi¹⁸¹, kurumlar ve gerçek kişilerin vergilendirilebilir gelirleri üzerinden alınır¹⁸².

ABD’de eyaletlerin tamamı¹⁸³ da vergi koyma yetkisine sahip olup, eyalet ve şehirleri temsil yetkisine sahip delege seçebilirler¹⁸⁴. Vergilendirme yetkileri de, kendi sınırları içerisindeki tüm kişi, mal ve işyerlerini kapsamakta¹⁸⁵ olup, vergilendirme yetkilerini tıpkı federal devlet gibi yasama organları vasıtasıyla kullanırlar ve her bir eyaletin anayasasında vergilendirme yetkisinin kapsamı ve sınırlarına dair özel düzenlemeler vardır¹⁸⁶. Eyaletler, tüketim vergileri ve gelir vergisi toplamakla¹⁸⁷ birlikte gelir vergisi, esas olarak federal hükümet tarafından toplanmakta ve eyaletlerin toplam gelir vergisi tutarı da federal hükümetin topladığı tutara göre oldukça düşük kalmaktadır¹⁸⁸.

Yerel yönetimler de, genel anlamda, perakende satış aşamasında satış vergileri koyarlar¹⁸⁹. Bazı eyaletler ise, yemek ve ilaç gibi gerekli olan bazı ürünlerde vergi muafiyeti uygulayabilir¹⁹⁰. Örneğin Pennsylvania eyaletinde giyim ürünleri satış vergisinden istisna tutulmuştur¹⁹¹.

¹⁸¹ <http://www.usgovernmentrevenue.com/numbers> (30.9.2012): “2012 yılı için federal gelir vergisi miktarı: 1.401, 5 \$ milyon iken, eyaletlerde bu rakam toplam 341.8 \$ milyondur”; **A Guide To ABD Taxation of Foreign Corporations And Individuals**, Arthur Young International, 1976, s. 2.

¹⁸² **A Guide To ABD Taxation Of Foreign Corporations And Individuals**, s. 1; <http://www.census.gov/govs/statetax/> (02.09.2012).

¹⁸³ <http://www.whitehouse.gov/our-government/state-and-local-government> (09.10.2012): “ABD’de 50 eyalet bulunmaktadır”.

¹⁸⁴ Gedik, Amerikan Hukukunda Vergilendirme Yetkisi, s. 1029; <http://www.whitehouse.gov/our-government/state-and-local-government> (30.09.2012).

¹⁸⁵ Kaye Tracy A., Mazza Stephen W., “*United States-National Report: Constitutional limitations On The Legislative Power To Tax In The United States*”, **Michigan State Journal of International Law**, Volume 15, 2007, Issue 2, 17th Congress of The International Academy of Comparative Law Tax Law Session, Utrecht, The Netherlands, July 16-22, 2006, Michigan State University College of Law, s.484.

¹⁸⁶ Çağa, s.62. Ayrıca eyaletlerin anayasalarındaki düzenlemeler için bkz. <http://www.constitution.org/cons/usstcons.htm> (09.10.2012).

¹⁸⁷ <http://www.taxpolicycenter.org/briefing-book/background/numbers/revenue.cfm> (02.09.2012), Arıkan Ahmet Naci, “*Amerika Birleşik Devletlerinde Gelir Üzerinden Alınan Vergiler (I)*”, **Vergi Dünyası**, Sayı:341, Ocak 2010, s. 14.

¹⁸⁸ <http://www.census.gov/govs/statetax/> (02.09.2012), Gönül Hasan Halil, “*ABD Uygulamasında Gelir Vergisinin Doğuşu ve Gelirin Tanımı*”, **Yaklaşım**, Yıl:15, Şubat 2007, Sayı: 170, s. 94; Her bir eyalet tarafından tahsil edilecek vergilerin tam listeleri için bkz; <http://www.town-usa.com/statetax/statetaxlist.html> (09.10.2012).

¹⁸⁹ Yerel yönetimlerin vergilendirme yetkileri ile ilgili bkz. <http://icma.org/en/icma/home> (09.10.2012).

¹⁹⁰ Kaye, Mazza, s.500.

¹⁹¹ Gedik, Amerikan Hukukunda Vergilendirme Yetkisi, s.1018, dipnot:14. Ayrıca bkz. http://www.portal.state.pa.us/portal/server.pt/community/sales%2C_use_hotel_occupancy_tax/14487 (29.9.2012); Arıkan, s.14: “Alaska, Florida, Nevada, Güney Dakota, Texas, Washington ve Wyoming

Kongre kaynaklı Federal Vergisi Kanunları, ABD Anayasası'nın izin verdiği limitler çerçevesinde yasalaştırılır¹⁹². Anayasa'nın 1.maddesinin 8.bendinde, Kongre'ye "vergi koyma ve toplama" yetkisi verilmiştir. 2.bentte, "eyaletler arasında paylaştırılan dolaysız vergiler" ve 9. bentte "eyaletin dolaysız vergilerinin nüfus nispetinde olmadığı sürece koyulmayacağı" hükmü yer almaktadır. Bu hükümlerden hareketle Yüksek Temyiz Mahkemesi (Supreme Court), 1894'de konulan eski Federal Gelir Vergisi Kanunu'nun geçersiz sayılmasına karar vermiş¹⁹³ ve daha sonra, 16.Anayasa Değişikliği'nde gelir vergileri için "paylaştırma gerekliliği" kaldırılmıştır¹⁹⁴. Çok kısa bir süre sonra Kongre, 1913 tarihli Gelir Vergisi Kanunu'nu kabul etmiştir¹⁹⁵.

Amerikan Hukuku'nda, ABD Anayasası'nın madde I. 8.bent hükmüne göre, Kongre'ye verilmiş olan vergilendirme yetkisinin iki açıdan sınırlandırıldığı görülmektedir:

1) Vergiler, devletin borçlarını ödemek ve genel refah ve genel savunmasının sağlanması amacıyla toplanmalıdır.

2) Toplanan tüm resim, harç ve vergiler, tüm ABD'de aynı olmalıdır.

ABD Anayasası 10.Anayasa Değişikliği maddesi şöyledir: "*Anayasa tarafından Amerika Birleşik Devletleri'ne verilmemiş ve eyaletler için yasaklanmamış yetkiler, sırasıyla eyaletlere veya kişilere verilmiştir*"¹⁹⁶.

eyaletleri gelir vergisi tahsil etmemektedir. New Hampshire ve Tennessee gelirin tamamı yerine kar ve faiz gelirinden vergi almaktadır".

¹⁹² Kaye, Mazza, s.485.

¹⁹³ Larson Joni, Sheaffer Dan, **Federal Tax Research**, Carolina Academic Press, 2007, s. 11: "Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co., Yüksek Temyiz Mahkemesi, vergi yasasının anayasaya aykırı olduğuna karar verdi; çünkü dolaysız vergi, eyaletlerin nüfusuna göre paylaştırılmamıştı".

¹⁹⁴ Çağan, s. 60: "Böylece Kongre'nin çeşitli federe devletlerin nüfus sayımı sonuçlarını göz önüne almadan ve hangi kaynaktan doğarsa doğsun vergi koyma yetkisi olduğu kabul edildi. Bundan sonra gerçek ve tüzel kişilerin kazanç ve iratları üzerinden alınan gelir vergisi, federal devletin temel gelir kaynağı oldu".

¹⁹⁵ Kaye, Mazza, s.485: "Federal Gelir Vergisi, "anayasal limitler denizinde yüzmesine rağmen", 1913'den beri bu anayasal sınırlamalar, Federal Gelir Vergisi uygulamasında nadiren ciddi sorunlar yaratmıştır". Bittker Boris I., "Constitutional Limits On The Taxing Power Of The Federal Government", **41 Tax Law** 3, 1987-1988, s.3: "Federal gelir vergisi, hiçbir zaman, iki yüzyıllık anayasa tarinin en önemli bölümlerinden birisi olmamıştır. Hukuk fakültesi derslerinde bile öğretim üyesi, bir defa Eisner v. Macomber (252 U.S. 189 (1920) davasını anlattıktan sonra genellikle federal gelir vergisi esaslarının "temeli" Anayasa'dan ayrılır ve ders, 16.Anayasa Değişikliği kapsamında anlatılır".

¹⁹⁶ Amendment 10: "The powers not delegated to the ABD by the Constitution, nor prohibited by it to the States, are reserved to the States respectively, or to the people".

Eyaletlerin, vergilendirme yetkileri kendi coğrafi sınırları içerisinde geçerli olup¹⁹⁷, Anayasa ile bu yetkiye getirilen sınırlamalar şunlardır:

1) “Madde I, Bent 10 gereğince, Kongre’nin izni olmaksızın, denetleme ile ilgili kanunların uygulanması için gerekli olanların dışında ithalat ve ihracat üzerine vergi koyamazlar.

2) Kongre’nin izni olmaksızın limanlarına giren, terk eden veya sularında seyreden gemilerden tonaj vergisi alamazlar.

3) Uluslararası andlaşma yaparak vergilendirme yetkilerini sınırlandıramazlar”¹⁹⁸.

Eyaletler arası ticarete vergilendirme yapılabilmesi için de vergi mükellefinin ilgili eyaletle ticaret bağının olması gerekir ve ayrıca o eyalette vergi yükünün hesaplanması gerekir¹⁹⁹.

Burada değinilmesi gereken bir başka önemli bir husus ise, 5. ve 16.Anayasa Değişikliği ile getirilen düzenlemelerdir ve bu hükümler, mülkiyet hakkına müdahale ve bu

¹⁹⁷ Canatan Bilal, **Yerellik İlkesi**, Ankara 2001, s. 46: “ ABD Anayasası sadece federal devletle eyaletlerden oluşan iki düzeyli bir federalizme yer vermekte, birincil yerel yönetimlere (belediyelere) siyasal kimlik tanımamaktadır”.

¹⁹⁸ Article I, Section 10: “No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder, ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility. No State shall, without the Consent of the Congress, lay any Imposts or Duties on Imports or Exports, except what may be absolutely necessary for executing it'sinspection Laws: and the net Produce of all Duties and Imposts, laid by any State on Imports or Exports, shall be for the Use of the Treasury of the ABD; and all such Laws shall be subject to the Revision and Controul of the Congress. No State shall, without the Consent of Congress, lay any duty of Tonnage, keep Troops, or Ships of War in time of Peace, enter into any Agreement or Compact with another State, or with a foreign Power, or engage in War, unless actually invaded, or in such imminent Danger as will not admit of delay”.

¹⁹⁹ Saban Nihal, “Yeni Yüzyılın Eşiğinde Yeniden Sorgulanan Adalet: Özü Eşitlik Vergi Adaleti: Özü Vergide Eşitlik”, **XII. Türkiye Maliye Sempozyumu** “Anayasal Mali Düzen”, 14-16 Mayıs 1998, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 12, İstanbul 2000, s. 74: “Supreme Court Complete Auto Transit Inc. V. Brady davasında, eyalet vergilendirmesindeki iş yapma muafiyetini birden fazla eyalette yapılması durumunda Anayasa’ya aykırı bulur ve Ticaret Hükümlerinin imtiyazının şu hallerde ileri sürülemeyeceğini ortaya koyar; 1) Yapılan iş vergilendirilecek eyaletle maddi bağlantılı, 2) adil orantılı, 3) eyaletler arası ticaret karşısında ayrımcı değil ve 4) hizmetin temin edildiği eyaletle açık bağlantı”.

müdahalede uyulması gereken sınırları göstermekte olup²⁰⁰, sözkonusu düzenlemeler şöyledir:

- 5. Anayasa Değişikliği (1791): “Hiç kimse, Büyük Jüri’nin raporu ya da iddianamesi olmaksızın kazancı ya da ağır bir suç hakkında cevap vermeye zorlanamaz, şu kadar ki, savaş zamanı ya da kamunun tehlikede olduğu zamanda resmi görevli olarak bulundukları kara veya deniz kuvvetlerinden ya da askeri birlikten kaçma durumları bundan istisnadır, ayrıca hiç kimsenin aynı suç için iki defa hayatı ya da organları tehlikeye giremez, hiç kimse herhangi bir ceza davasında kendisi aleyhine tanıklık yapmaya zorlanamaz, yasal usullere uyulmaksızın yaşama, özgürlük ya da mülkiyet hakkından

²⁰⁰ Yüksel Metin, **Ölçülülük İlkesi**, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 185: “Yüksek Temyiz Mahkemesi, bir temel hakka müdahale edildiğini saptadıktan sonra ilk olarak, devletin bu müdahale ile ulaşmak istediği amacının sadece “meşru” olmasını değil, zorunlu olmasını da aramaktadır. İkinci aşamada amaç ile kullanılan araçların (alınan tedbirlerin) arasındaki ilişkinin çok yakın, akla uygun olmasını aramaktadır. Buna göre sınırlamanın amacı tespit edildikten sonra bu amaca daha az şiddetli ve kayıtlayıcı bir sınırlama ile ulaşıp ulaşılamayacağı veya sınırlamanın şiddetine ve derecesine itiraz etmeksizin kapsamının, ulaşılmak istenen amacı aşan bir şekilde olup olmadığı araştırılmaktadır” ; Gedik, Amerikan Hukukunda Vergilendirme Yetkisi, s. 1021: “ABD Anayasası’nı incelediğimiz zaman, mükelleflerin, vergi hukuku alanında ileri sürebilecekleri “anayasaya aykırılık iddialarının”; hiç kimsenin yasal usullere uyulmadan yaşam hakkı, özgürlüğü ve malvarlığı hakkının elinden alınamayacağına dair “uygun hukuki usul kuralı (due process), eşit koruma (equal protection), imtiyazlar ve muafiyetler kuralı (privileges and immunities clause), ticaret kuralı (commerce clause) ve vergilendirmede aynılık kuralı (uniformity clause) hükümlerine dayandığı görülmektedir”; Kaye, Mazza, s. 489: “Vergi Kanunu’na ait Anayasa’ya aykırılık iddiaları, az kullanılmasına rağmen kesinlikle hiç kullanılmamış olduğu söylenemez. Mahkemeler, benzer durumdaki vergi mükellefleri arasında eşitsizlik yaratıldığında, vergi hukuku hükümlerini her mükellefe eşit olarak uygulamak eğilimindedirler. Aslında, kısmen, mahkemenin vergi sorunlarını ele alış tarzı, mülkiyet hakkının, temel kişisel hak ve özgürlüklerden daha az anayasal korumaya tabi olan haklar olarak görülmesidir ve mahkemeler, vergi sorunlarının çözülmesini, gönüllü olarak yasama organına bırakmaktadırlar. Mükellefler, anayasaya aykırılık iddiasında bulundukları zaman, bu iddialar, daha ayrıntılı bir inceleme ile din özgürlüğü ve ifade özgürlüğü gibi müspet haklarla değerlendirmeye alınır. İçtihatlar da, mahkemenin kararlarını, genel olarak yasama organının kararına kadar ertelediklerini göstermektedir”; Graetz Michael J., Schenk Deborah H., **Federal Income Taxation, Principles and Policies**, Fifth edition, Thomson West, 2005, s.1; Washington D.C.’de İç Gelir İdaresi (Internal Revenue Service (IRS) binasında şu söz yazılıdır: “Vergi medeniyet için ödediğimiz bir bedeldir” “(Taxation is the price we pay for civilization)”. Barış ve huzuru sağlayarak, iyi çalışan hükümetler her zaman takdir edilir ancak bu takdirler bir maliyet taşır, yani aslında vergi, barış ve huzurun sağlanması için alışlagelmiş biçimde yapılan bir ödeme, bir başka tanıma göre ise, devlet tarafından özel sektörden kamu sektörüne kaynakların (çoğunlukla da paranın) transfer edilmesidir”; Çağan, s. 59: “ABD’de yargı organları, yasama organının vergilendirme yetkisini Anayasa’ya uygun olarak kullanıp kullanmadığını denetleyebilirler; ancak bu yetkinin yerinde kullanılıp kullanılmadığını ve getirilen düzenlemelerin adil olup olmadığını inceleyemezler. Vergilendirme yetkisinin mali amaçlar dışında kullanılıp kullanılamayacağı, birçok kez yargı organları önünce uyumsuzluk konusu yapılmış ve Federal Yüksek Mahkeme, genellikle federe devletlerin diğer alanlardaki düzenlemeleri ile çatışmamak koşulu ile vergilendirme yetkisinin mali amaçlar dışında kullanılabileceğine karar vermiştir. Yine Federal Yüksek Mahkeme, Collector v.Day (1871) davasında da, verginin oranının yüksekliliği gerekçe gösterilerek Anayasaya aykırılığın öne sürülemeyeceğini, bunun bir yasama politikası olduğunu belirtmiştir”.

mahrum bırakılamaz, makul bir tazminat ödenmeksizin özel mülkiyet kamu kullanımına açılmaz”²⁰¹.

• “16.Anayasa Değişikliği (1913): Kongre, farklı eyaletler arasında paylaşırma yapmaksızın ve herhangi bir nüfus sayımı ya da liste olmaksızın, kaynağı ne olursa olsun gelirler üzerine vergi koymak ve toplamak yetkisine sahiptir”²⁰².

16.Anayasa Değişikliği, sadece “gelirler²⁰³ üzerindeki vergileri” kapsamakta²⁰⁴ olup, “paylaşırma” esasına yer verilmemiştir. Sözkonusu düzenlemede, gelirin brüt ya da net gelir mi olduğu belirtilmemiş olmasına karşın, Kongre’nin vergi koyma yetkisi

²⁰¹ Amendment V: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”. Altıparmak Kerem, “Due Process of Law” Kavramın Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/297/2707.pdf> (29.9.2012): “Due process: Bu kavram, aslında ilk şeklinde sadece usuli güvenceleri sağlamak amacı ile düzenlenmiş bir kavramdır. Nitekim, Amerikan 5.Anayasası Değişikliği ile getirilen düzenleme, sadece “hiç kimsenin hukuki usule uygun olmaksızın; yaşam, hürriyet ve mülkiyetinden mahrum edilemeyeceğini” düzenlemektedir. Ancak bugünkü anlamı usuli bir güvenceyi fazlasıyla aşmış ve usuli (procedural) yanında gerek federal gerekse federe devletlerin tasarruflarının içeriğini de denetleme imkanı yaratan maddi (substantive) due process mahkeme içtihatlarıyla Amerikan hukukunun bir parçası haline gelmiştir”; Kaye, Mazza, s. 482: “Amerikan hukukunda “Due process (yasal usuller)” kavramı; din özgürlüğü, ifade özgürlüğü ve toplantı yapabilme özgürlüğü ile Federal Hükümet’in kişileri, Temel Haklar Bildirgesi (Bill of Rights) ile garanti altına alınmış olan bireysel özgürlüklerinden mahrum bırakamayacağı kuralını ifade etmekte olup, aynı zamanda yaşam hakkı, özgürlüğü veya malvarlığı hakkı elinden alınmış kişiler ile yargılama aşamasında duruşmaya katılma ve kendisine tebliğ edilmesi gereken hususları öğrenme hakları elinden alınmış kişilerin haklarının korunması için de özel tedbirler alınmasını gerektirir”; Yüksel Metin, s. 185: “Due process esaslarını incelediğimizde, Amerikan Yüksek Temyiz Mahkemesi’nin, İHAS kapsamında İHAM’ın ve AYM’nin temel haklarının sınırlandırılmasının sınırını saptamak için uyguladığı ölçülülük ilkesinin benzeri bir test uygulamaktadır ve kanunların anayasaya uygunluğunu denetlerken, 14.Anayasa Değişikliği’nde yer alan “due process of law” ilkesinden yararlanarak ölçülülük ilkesini uygulamaya koymuş olduğunu görmekteyiz”.

²⁰² Amendment XVI: “The Congress shall have power to lay and collect taxes on incomes, from whatever source derived, without apportionment among the several States, and without regard to any census or enumeration”.

²⁰³ Thuronyi Victor, “The Concept of Income”, 46 Tax Law Review, Fall 1990, s.100: “Gelirin anayasal tanımı “vergide eşitlik” bağlamında değerlendirilir ve gelir, idari etkinlik, ekonomik etkinlik ve teşvik ya da destek karşılıkları gibi vergi politikası ilkelerine uygun olarak tanımlanmalıdır”.

²⁰⁴ Jensen Erik M.

<http://www.taxhistory.org/thp/readings.nsf/cf7c9c870b600b9585256df80075b9dd/736db4705b4ee21d85256f2b00548fa3?OpenDocument> (05.09.2012).

açıcıdır²⁰⁵ ve bu yetki kullanılırken, eyaletlerin nüfusu ile bağlantılı bir paylaştırmaya gidilmesi gerekmeyecektir.

bb) Türk Anayasası

Anayasa'nın "Temel Haklar ve Ödevler" başlıklı İkinci Kısım, "Siyasi Hak ve Ödevler" başlıklı Dördüncü Bölümü'nde yer alan "Vergi Ödevi" başlıklı 73.madde hükmü şöyledir: *"Herkes, kamu giderlerini karşılamak üzere, malî gücüne göre, vergi ödemekle yükümlüdür."*

Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı, maliye politikasının sosyal amacıdır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.

Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflık, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir".

Vergilendirme ile ilgili bir temel haklar okuması yapılmak istendiğinde, bu anayasa ile başlayan bir okuma süreci olacaktır²⁰⁶ ve bu kapsamda yapılacak ilk tespit vergilendirmenin, bireyin mülkiyet hakkına²⁰⁷ devlet müdahalesi olduğunu ve içeriğini de toplum yararının oluşturduğudur²⁰⁸.

²⁰⁵ Robin Jeffrey M., Dickerson Mary Ann, "Tax Treatment of Corporate Losses", **IFA Chahiers** 1998-Vol.83 a., s.845.

²⁰⁶ Saban Nihal, *"Adaletsiz Hak Kurgusu: Güncel Performans Örneği"*, **Prof. Dr. Mualla Öncel'e Armağan**, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 500.

²⁰⁷ a) "Mülkiyet Hakkı" başlıklı Anayasa'nın 35.madde hükmü şöyledir: *"Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz"*.

b) Oğuzman M.Kemal, Seliçi Özer, **Eşya Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997, s. 18: "Mülkiyet hakkı, sahibine sözkonusu mal üzerinde kullanma, semerelerinden faydalanma ve malı tüketme yetkisi veren aynı haktır"; Etkü Mehmet Akif, **Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı**, XII Levha, 1.Baskı, İstanbul, Ekim 2009, s. 21: "İnsan toplumunun ortaya çıkmasından itibaren var olan, toplum yaşamında kimin neye sahip olacağını ve nasıl kullanacağını belirten bir otorite ile desteklenen, bünyesinde yetkileri yanında ödevleri de barındıran, eşya üzerinde kurulması mümkün en geniş kapsamlı aynı haktır"; Gemalmaz Burak H. , **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul 2009, s. 410: "Mülkiyet hakkının hak öznesine verdiği temel yetki "dışlama" yetkisidir"; Dışlama yetkisiyle özne, mülkiyetinden yararlanırken başka kişileri "dışarıda" tutabilir, mülkiyetten yararlanmasına "ötekilerin" karışmasını engelleyebilir ve Mülkiyet hakkının

Verginin dayanağını mülkiyet hakkına müdahale olarak aldığımızda, mülkiyet hakkı, “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümünde düzenlenmiştir ve Anayasa’nın bu bölümünde düzenlenen hakların hukuki düzenine tabidir, yani sınırlamalar 13.madde çerçevesinde yasa ile sınırlamaları da Anayasa’da yer aldığı biçimde yapılacaktır²⁰⁹.

Dolayısıyla, mülkiyet hakkına müdahale eden vergisel kuralın meşruiyeti sadece temeldeki amacın meşruiyeti ile değil, önlemin orantılı olup olmadığı ile ilgili bir konudur. Orantısız müdahaleler hak ihlali sonucunu yaratır²¹⁰.

verdiği yetkiler ve dolayısıyla Devletin yükümlülükleri mutlak nitelikte değildir. Devlet, çeşitli koşullara tabi olarak mülkiyet hakkını sınırlandırabilir”.

²⁰⁸ Yaltı Billur, **Vergi Yükümlüsünün Hakları**, Beta Yayınevi, 1.Bası, İstanbul, Eylül 2006, 43.

²⁰⁹ Saban Nihal, **Vergi Hukuku**, Beta Yayınevi, 5. Baskı, Nisan 2009, s. 21. Anayasa’nın 12.maddesine göre; “Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir”. Temel hak ve özgürlüklerin sınırı ise, 13.maddede şöyle ifade edilmiştir: “Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”. “Anayasa’nın 13.maddesine göre, “temel hak ve özgürlükler, ancak kanunla sınırlanabilir ve bu sınırlama “Anayasanın sözüne ve ruhuna ve ölçülülük ilkesine uygun” olmak zorundadır. Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, **Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 10.Baskı, 2011.s.149: “Anayasanın sözü” ifadesinden, metindeki somut hükümler ve ek güvenceler anlaşılır”; Sağlam Fazıl, **Temel Hakların Sınırlanması ve Özü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 506, S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları: 4, Ankara 1982, s. 21: “Yasa koyucu gerek sosyal gerek siyasal ve gerekse klasik haklar açısından “kişinin temel hak ve hürriyetlerini fert huzuru, sosyal adalet ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasi, iktisadi ve sosyal bütün engelleri kaldırmak, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamak yükümlülüğü altındadır”; Gözler Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Onuncu Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2010, s. 126: “Anayasa’nın ruhu” denen şey ise, nesnel olarak tanımlanabilecek nitelikte değildir. Buna çeşitli ve bazen de çok tartışma götürür anlamlar yüklenebilir”; Özbudun Ergun, s. 80: “Yasama organının sınırlama yaparken kullanacağı bir başka ilke de ölçülülük ilkesi olup, bu ilke, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında başvuru aracı sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını ifade eder”. Yüksel, s.19: “Ölçülülük denetiminin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için sınırlama amacının somut ve belirgin olması gerekir. Sınırlama amacı, çok genel olarak ifade edilmemeli, tam aksine somutlaştırılmalıdır”; Hakyemez Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi”, **Prof.Dr. Hayri Domanic’e 80.Yaş Günü Armağanı**, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2001, s.1319, Yüksel, s.19: “Temelinde hukuki ilişkilerin adaletli, dengeli ve ölçülü bir şekilde düzenlenmesi düşüncesi bulunan ölçülülük ilkesinin alt unsurları, elverişlilik, zorunluluk ve orantılılıktır”; Saban, Vergi Hukuku, s.22: “Anayasa’nın 13.maddesindeki “Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması” hükmü ile birlikte bir okuma yaparsak, söylenmesi gereken temel husus, vergilendirme amacı ile yapılan müdahalenin ölçülü olması zorunluluğudur. Vergilendirme yetkisi, o hakkın kullanılabilirliğinin ortadan kalkması halinde, mülkiyet hakkının özüne müdahale oluşturur”. Yaltı Billur, “Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35”, **Prof. Dr. Mualla Öncel’e Armağan**, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.516: “Anayasa 13.maddesi, bir hakkın maksimum sınırlama alanını, yani daha fazla sınırlamanın mümkün olmadığı noktayı “hakkın özüne dokunmama” ölçütüyle belirler. Hakkın kullanılmasını açıkça yasaklayıcı veya örtülü bir şekilde kullanılmaz hale getiren veya ciddi surette güçleştiren ve amacına ulaşmayı önleyerek etkisini ortadan kaldıran nitelikteki sınırlama, hakkın özüne dokunur”.

²¹⁰ Yaltı Billur, Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı, s.516.

2. Vergilendirme Yetkisinin İç Hukuk Görünümü: Anayasal Vergilendirme İlkeleri

a) Amerikan Anayasası

ABD Anayasası'nda yer alan vergilendirme ilkeleri/Anayasal vergilendirme ilkeleri olarak;

- Vergilerin Kongre merkezli olması/ temsilsiz vergi olmaz (origination) ilkesi ve
- Vergilerin tüm ABD'de aynı olması/ aynılık (uniformity) ilkesini tespit etmekteyiz.

aa) Temsilsiz Vergi Olmaz İlkesi

Anayasa madde I, bent 8 ile Kongre'ye "vergiler, harçlar ve resimler koymak ve toplamak yetkisi" verilmiş²¹¹ olup, buna bağlı olarak, vergilendirmenin meşruiyetinin temeli genellikle "temsilsiz vergi olmaz" ilkesinin karşılığı olarak kabul edilmektedir²¹². Bir başka açıdan bakıldığında ise, ABD Anayasası ile Kongre'ye verilmiş olan "vergi, harç, resim ve dolaylı vergi koymak ve toplamak yetkisi", Kongre'ye çok geniş vergilendirme yetkisi verildiği şeklinde ifade edilmektedir²¹³.

ABD'de bir verginin konulabilmesi için yasanın öncelikle, Kongre'de Temsilciler Meclisi (House of Representatives) ve Senato'dan (Senate) geçmesi gerekmektedir. Temsilciler Meclisi ve Senato, farklı yasa tekliflerini onaylarsa, her iki kurul tek bir kanun taslağı oluşturmak için birlikte görüşme yaparak tek kanun taslağı kabul ve tasdik etmek

²¹¹ Lieuallen Gwendolyn Griffith, **Basic Federal Income Tax**, Emanuel Law Outlines Series, Aspen Publishers, 2005, s. 6.

²¹² Menendez Agustin Jose, **Justifying Taxes, Some Elements for a Genereal Theory of Democratic Tax Law**, Kluwer Academic Publishers, Law and Philosophy Library, Volume 51, 2001, s. 305.

²¹³ Larson, Sheaffer, s.10; Çağan, s.58: "federal devletin vergilendirme yetkisi, "münhasır" bir yetkidir, yani yürütme organına devredilemez. Bu kuralın tarihi ve ekonomik nedenlerden ileri gelen bir istisnası vardır: Başkan, Birleşik Devletler Tarife Komisyonu'nun (US Tariff Commission) önerisi üzerine gümrük vergisi oran ve tarifelerini düzenleme yetkisine sahiptir. Başkan'a bu yetki, 1922 Gümrük Kanunu (Tariff Act) ile hızla değişen ekonomik koşullara uyum sağlayabilmesi amacıyla verilmiştir. Bu kanunun vergilendirme yetkisini Anayasaya aykırı olarak yasama organından yürütme organına devrettiği gerekçesiyle dava açılmış, ancak Federal Yüksek Mahkeme, kanunu Anayasaya aykırı bulmamıştır. 1962 ve 1963 yıllarında Başkan, Kongre'den gelir vergisinde geçici olarak değişiklikler yapma yetkisi istemiş, fakat kendisine bu yetki verilmemiştir".

zorundadırlar. ABD Kongresinde yasa tasarısı görüşmelerinde sözkonusu tasarı, Başkanlığa gönderilmeden önce hem Senato hem de Meclis'te ayrı ayrı kabul edilip onaylanmak zorundadır. Başkan, yasa teklifini onaylarsa teklif, yasalaşarak yürürlüğe girer²¹⁴.

Vergi yasa tasarılarının Temsilciler Meclisi kaynaklı olması gerekliliğine rağmen Senato, istemediği hususları bulduğunda bunları çıkartabilir ve yasa tasarısına alınacak yeni değişiklikleri ekleyebilir²¹⁵. Bu ilke, pratik sonuçlarına bakılmaksızın tüm yönleriyle ele alınarak incelenir. Meclis, Senato'nun "bir vergi yasası ile vergilendirme alanında bir işlem yapmasını engelleyebilir; ancak Senato'nun vergi yasa tasarısı oluşturmaya izin verilmiş olsa bile Meclis'in izni olmaksızın yasalaştıramaz"²¹⁶.

Amerikan Anayasası'nda "temsilsiz vergi olmaz ilkesine"²¹⁷ vergilendirme yetkisi esas alınarak ve vergi yasasının tabi olduğu prosedür vurgulanmak suretiyle bir görünüm kazandırılmıştır. Yani verginin yasa ile alınması gerektiği noktası üzerinde durulmadan vergi koyma ve toplama yetkisinin Kongre'ye ait olduğu, vergi yasalarının Temsilciler Meclisi'nden çıkarılacağı öngörülmektedir²¹⁸ ve esasında bu ilke kişilerin haklarını da korumaktadır²¹⁹.

KEYK düzenlemeleri açısından baktığımızda ise, KEYK yasa tasarısı, Temsilciler Meclisi ve Senato'nun uzlaşması ile 1962'de yasalaşmış ve yürürlüğe girmiştir, dolayısıyla, "temsilsiz vergi olmaz/ origination" ilkesine uygun bir düzenleme yapılmıştır.

²¹⁴Gedik, Amerikan Hukukunda Vergilendirme Yetkisi, s.1017. Ayrıca bkz. <http://thomas.loc.gov/home/lawsmade.toc.html> (29.09.2012). Kaye, Mazza, s. 486: "Vergi Yasaları'nın ihdas edilebilmesi için öncelikle Temsilciler Meclisi'nden geçmesi gerekmektedir. Temsilciler Meclisi'nde, Mali Tedbirler Komitesi'nin, tüm vergi kanunu koyma sürecinde bulunma yetkisi vardır. Senato'da ise bu yetki, Finans Komitesi'ne aittir. Kongre'de, münferit oy hakkına sahip Hükümet Meclisi ve Senato, farklı yasa tekliflerini onaylarsa, her iki kurul tek bir kanun taslağı oluşturmak için birlikte görüşme yaparak tek kanun taslağı kabul ve tasdik etmek zorundadırlar. Bilindiği gibi yasa tasarısı görüşmelerinde, yasa tasarısı, Başkanlığa gönderilmeden önce hem Senato hem de Meclis'te ayrı ayrı kabul edilip onaylanmak zorundadır. Başkan, yasa teklifini onaylarsa teklif yasalaşarak yürürlüğe girer. Kabul edilen çoğu vergi yasaları ABD Kanunları'nın (US Code) 26. bölümünde yer alan İç Gelir Vergisi Kanunu'nun (Internal Revenue Code- IRC) bölümü olarak derlenirler".

²¹⁵ Lieuallen, s. 6.

²¹⁶ Bittker, Eustice, Goldstein, s.6.

²¹⁷ Güneş Gülsen, **Verginin Yasallığı İlkesi**, Alfa Yayınevi, 1.Baskı, Temmuz 1998, s.62'de "origination ilkesini" "yasallık ilkesi" olarak tanımlamıştır.

²¹⁸ Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, s.62.

²¹⁹ TribeLaurence H., **American Constitutional Law**, Volume One, Third Edition, New York Foundation Press, 2000, s. 379.

bb) Aynılık İlkesi

Anayasa'nın 1.madde, 8.bendine göre, vergiler, coğrafi anlamda tüm ABD'de aynı olmalıdır. Bununla birlikte, aynılık ilkesi, gelirin farklı türleri ya da kaynakları arasında farklılık gösteren ya da farklı statüdeki vergi mükelleflerine farklı vergi oranları yükleyen vergi yasası koymayı engellemez (Bu statü coğrafi alandan kaynaklanmadığı sürece)²²⁰.

“Aynılık/ uniformity” ilkesi, “*tüm harçlar, resimler ve dolaylı vergilerin Amerika Birleşik Devletleri'nin her yerinde aynı olması*” gerekliliğini içerir. Bu ilke, mükellefin bölgesi ile bağlı olmaksızın aynı vergi rejiminin uygulanması gerekliliğini ifade eder. Bir başka ifadeyle, Alaska yerleşik kişilerine uygulanan vergi rejimi ile Florida yerleşik kişilerine uygulanan vergi rejimi aynı olmalıdır²²¹.

Bununla birlikte bu “aynı biçimde uygulanma” coğrafi anlamda bir farklılık yaratmadığı sürece farklı statüye sahip mükelleflerin farklı vergi oranları uygulanmak suretiyle vergilendirilmesini ya da farklı tip vergiler veya gelirin kaynakları arasında farklılık yaratan vergi kanunlarının uygulanmasını yasaklamaz²²².

KEYK ile ilgili IRC düzenlemeleri, federal gelir vergisi kapsamında bir düzenlemedir ve farklı eyaletlerde yerleşik kişi ve kurumlar ile ilgili farklı vergi hükümleri getirilmemiştir, yani kontrol edilen yabancı kurumun Amerikalı hissedarı, tüm ABD sınırları içinde aynı vergi oranları çerçevesinde vergi ödemekle yükümlü olacaktır. Dolayısıyla KEYK hükümleri, Anayasa'nın “aynılık ilkesine” uygun bir düzenlemedir.

²²⁰ Lieuallen, s. 6.

²²¹ Larson, Sheaffer, s. 10; Kaye, Mazza, s. 501: “ABD Anayasası'nın vergi ve vergi toplamının “tüm ABD'de aynı biçimde yapılması gerektiğine” dair emredici nitelikteki 1.maddesinin 8.fıkrasındaki “vergide aynılık kuralı”, bazı eşit muamelelerin nasıl uygulanması gerektiği ile ilgili bir kuraldır. Bununla birlikte 1.maddede tanımlanan “aynılık”ı Yüksek Temyiz Mahkemesi, ABD v. Ptasynski, 462 U.S. 74 (1983) davasında; “Kongre'nin takdir yetkisinin sınırı, hangi gelirlerin ne oranda ve nasıl vergilendirileceğine dair düzenlemeleri yapmak” olarak belirtilmiştir.

²²² Lieuallen, s. 6.

b) Türk Anayasası

aa) Yasallık İlkesi

1789 İnsan Hakları Bildirgesi'nde çağdaş anayasalara damgasını vuran ilkelerden biri olan “temsilsiz vergi olmaz” ilkesinin gönderme yaptığı alanlardan birisi, devletin vergilendirme yetkisi ve buna bağlı olarak da devletin vergilendirme yetkisini kullandığı alan, diğeri de vatandaşın devletin karar alma mekanizmalarında temsili ve kendi temsilcilerinin çıkaracağı yasalarla vergi konulabileceğidir²²³.

Anayasa'nın 73.maddesinin 3.fıkrasında yer alan “vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanun ile konulması, değiştirilmesi ya kaldırılması”, vergi hukukunda “yasallık ilkesini” ifade etmekte²²⁴ olup, vergilerin yasallığı ilkesinin anlamı, çağdaş demokratik ülkelerde güçler ayrılığı veya güçler dengesi ilkeleri çerçevesinde, vergilendirme yetkisine yasama organının sahip olmasıdır²²⁵.

Yasallık ilkesinde kural, “vergilerin yasa ile konulması, kaldırılması ve değiştirilmesidir” ve bu husus Anayasa Mahkemesi kararında, “*bir verginin yasa ile konulmuş sayılması için belli başlı öğelerinin açıklanarak, çerçevelerinin kesin çizgilerle belirtilmesi gerektiği*”²²⁶ şeklinde ifade edilmiştir.

²²³ Saban, Vergi Hukuku, s. 47,48.

²²⁴ Kırbas Sadık, **Vergi Hukuku**, 19..Baskı, 2012, Siyasal Kitabevi, s. 23; Bilici Nurettin, **Vergi Hukuku**, 23. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 38; Yasallık ilkesi, Öncel, Kumrulu, Çağan'da “yasal idare ilkesi” terimi ile ifade edilmiştir, s. 39: “Yasal idare ilkesi, idarenin vergilendirme işlemlerini yalnız yasalara uygun ve doğru olarak yerine getirmesini değil, aynı zamanda yürütme organına yetki devrinin anayasal koşulları gerçekleşmişse Bakanlar Kurulunun düzenleyici işlemlerine ve yasaya eşit ve daha üstün kaynaklara (Anayasa, Danıştay İçtihadı Birleştirme Kararı, uluslar arası vergi anlaşmaları) uygun olarak davranmasını da içerir”; Kaneti, s. 36.

²²⁵ Çağan, s. 7: “Vergilerin ancak kanunla alınabileceği birçok devletin anayasasında hükme bağlanmıştır. “Kanunsuz vergi olmaz” kuralının kökeni, “temsilsiz vergi olmaz” ilkesidir. Bu ilkenin özünü de vergi yükümlülerinin yasama organında temsil edildikleri varsayımı vardır. Böylece vergi yükümlüleri, kendi haklarında getirilen vergilere rıza göstermiş sayılırlar. “Temsilsiz vergi olmaz” veya “Rızasız vergi olmaz” ilkeleri, bir ülke yasama organında temsil edilmeyen yabancıların vergilendirilmeyeceği anlamına gelmez. Öte yandan ulusal egemenlik kavramı da, kamu hukuku çerçevesinde karar almaya yetkili organların halk tarafından seçilip, vergilendirme konusunda söz sahibi olması ile biçimlenmiştir”.

²²⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, 31.3.1987, E: 1986/20, K: 1987/9: “*Mahkememizin yerleşmiş içtihatlarında da açıkça belirtildiği üzere, Anayasa Koyucu her çeşit mali yükümlün kanunla konulmasını buyururken, keyfi ve takdiri uygulamaları önlemeyi amaçlamıştır. Kanun koyucunun yalnız konusunu belli ederek bir mali yükümlün ilgililere yükletilmesine olur vermesi, bunun kanunla konulmuş sayılabilmesi için yeter neden olamaz. Mali yükümlerin, matrah ve oranlar, tarh ve tahakkuku, tahsil usulleri, yaptırımları, zamanaşımı, yukarı ve aşağı sınırları gibi çeşitli yönleri vardır. Bir mali yüküm bu yönleri dolayısıyla, yasayla "yeterince*

Yasallık ilkesindeki “vergilerin yasa ile konulması, değiştirilmesi ve kaldırılması” kuralına Anayasa 73/4 maddesi ile bir istisna getirilmiş ve “ *kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi*” Bakanlar Kurulu’na verilmiştir.

Ancak Bakanlar Kurulu’na belirli sınırlar içinde takdir yetkisi verilmesi, onun “keyfi” olarak hareket edebileceği anlamına gelemmez. Bir başka deyişle, “takdir yetkisi keyfi davranma yetkisi” değildir ve mevzuatın açık ve emredici hükümlerini tartışma hakkı da vermez²²⁷. Bakanlar Kurulu yetkisini sadece, vergilerin kurucu temel ana öğelerinden sadece muafiyet, istisna, indirim ve oranlara ilişkin bu yetkisini yasalarda zaten bunlara ilişkin “var olan kuralları değiştirme” suretiyle kullanabilecek²²⁸ olup, 73/4 maddesindeki bu düzenleme, istisnai bir yetki devridir²²⁹.

Vergi hukuku alanında Bakanlar Kurulu’na verilen yetki haricinde, Maliye Bakanlığı ise sadece teknik ve uygulamaya yönelik idari işlemler yapabilmektedir.

Anayasa Mahkemesi de yasallık ilkesi kapsamında vermiş olduğu bir kararında sözkonusu yetkiyi; “...*Bakanlar Kurulu, 73. maddenin dördüncü fıkrasında sayılan konularda, yasanın belirttiği alt ve üst sınırlar içinde değişiklik yapabilecek, ancak bu*

çerçevesizlenmemişse, kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarını, hatta temel haklarını etkileyecek keyfi uygulamalara yol açabilmesi mümkündür. Bu bakımdan mali yükümler belli başlı öğeleri de açıklanarak ve çerçeveleri kesin çizgilerle belirtilerek yasalarla düzenlenmelidir”. ([\(http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=763&content\)](http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=763&content))(10.10.2012).

²²⁷ Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, s. 155; Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 39; Gerçek Adnan, **Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006. s. 100; Çağan, s. 136: “Vergilerin kanuniliği ilkesinin bir sonucu olarak, yürütme organının vergilendirme alanında takdir yetkisi çok sınırlı olup, bu yetki genel ve düzenleyici işlemler ve bireysel subjektif işlemler açısından geçerli olabilir”.

²²⁸ Güneş, Verginin Yasallığı İlkesi, s. 156: “Değiştirme, var olan bir olgu üzerinde sözkonusu olabileceğine göre, var olmayan bir kural için Bakanlar Kurulu değiştirme kılıfı içerisinde yeni bir düzenleme getiremeyecektir ya da var olan bir olguyu ortadan kaldıramayacaktır. Ayrıca Bakanlar Kurulu bu yetkisini yasa da yer alan aşağı ve yukarı sınırlar içinde kullanabileceği için bu yetki, koşullu bir yetkidir”; Gerçek, s. 99- 101.

²²⁹ Saban, Vergi Hukuku, s.51: “Bakanlar Kurulu’na verilen yetki, temsilsiz vergi olmaz ilkesi ile çelişir mi diye düşündüğümüzde kuramsal olarak, yetki devrinin sınırları anayasa tarafından açık bir biçimde çizilmiştir ve Bakanlar Kurulu bu yetki devrini anayasal sınırlar içinde kullanırsa bir çelişki olduğundan söz edilemez, ancak Türkiye pratiği vergi matrahını belirlemeyi gösterdiği için, kuramsal uygunluk eylemli uygunluğu da getirmek zorundadır diyemiyoruz”; Yılmazoğlu Yunus Emre, **Vergilendirme Alanında Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkiler ve Sınırları**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2011, s. 52: “Anayasa hükmünden de anlaşılacağı üzere, sözkonusu yetki sadece Bakanlar Kurulu’na tanınabilecek niteliktedir. Bir başka idari organa bu alanda yetki verilmesi mümkün olmadığı gibi, bu yetkinin Bakanlar Kurulu dışında herhangi bir idari organ tarafından da kullanılması mümkün değildir”.

sınırları aşacak biçimde herhangi bir düzenleme getiremeyecektir” biçiminde ifade etmiştir²³⁰.

Yasallık ilkesi ile ilgili tüm bu bilgiler çerçevesinde KEYK düzenlemeleri ile ilgili şu tespitleri yapabiliriz:

KVK 7. maddesinde yer alan KEYK hükmü, bir “yasa” ile yürürlüğe konulmuş düzenlemedir. KVK 38.madde ile “Bakanlar Kurulu’na” “*kanun hükümlerini yürütme*” görevi verilmiştir. Ancak, KEYK düzenlemeleri kapsamında, kanunun uygulanmasını göstermek ve açıklayıcı bilgilere yer vermek amacı ile, vergi idaresinin en sık kullandığı enstrüman olan “Genel Tebliğ’den” yararlanılmış ve Maliye Bakanlığı tarafından yayınlanan 1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği’nde yasa maddesi ile ilgili ayrıntılı açıklama ve örneklerle yer verilmiştir.

²³⁰ Anayasa Mahkemesi Kararı, 15.7.2004, E: 2003/33, K: 2004/101: “ *Bakanlar Kurulu’na verilen bu yetki, vergi, resim, harç ve benzeri mali yükümlülüklerin kanunla konulup değiştirilebileceği ilkesinin, çerçevesi Anayasa ile belirlenmiş bir istisnasıdır. Anayasa ile Bakanlar Kurulu’na verilen bu yetkinin yürütmenin başka bir organına verilmesi mümkün değildir. Vergi yasalarında sosyal, ekonomik, mali ve kültürel amaçlı kimi muaflik, istisna ve indirimler getirilmesi, yasa koyucunun takdirine bağlı bir konudur. Verginin bir bölümünden (indirim) veya tümünden vazgeçme ya da vergi kapsamındaki kimi konuları (istisna) veya kişileri (muaflik) vergi dışında tutma işlemi de en az vergi koyma ölçüsünde büyük önem taşımaktadır. Vergilendirmede esas kural, vergilerin yasayla konulup, değiştirilmesi veya kaldırılmasıdır. Buna göre, birtakım nedenlerle, kimi kişi veya konuların vergi dışında bırakılması ya da bir kısım vergiden vazgeçilmesi hususlarının da yasalarla belirlenmiş olması gerekmektedir. İndirim, vergi matrahından veya doğrudan vergiden belirli tutarda indirim yapılması suretiyle verginin bir bölümünden vazgeçilmesi veya bir bölümünün geri verilmesi sonucunu doğurmaktadır. Anayasa’nın 73. maddesinin son fıkrası vergide indirimi, yasayla belirlenen yukarı ve aşağı sınırlar içinde Bakanlar Kurulu’na yetki verilebilecek konular arasında gösterecek kadar önemli görmüştür. Dava konusu kuralla, 193 sayılı Gelir Vergisi Kanunu’nun 4842 sayılı Yasa ile değişik mükerrer 121. maddesinde düzenlenen ücretlilerde vergi indirimi müessesesinin uygulanmasında, vergi mahsup ve iadesine tâbi tutulacak mal ve hizmet alımlarını aynı maddenin birinci fıkrasında sayılan, eğitim, sağlık, gıda, giyim ve ikamet edilen konuta ait kira harcamaları ile sınırlı olmaksızın tespit etme yetkisi Maliye Bakanlığı’na verilmiştir. Belirtilen yetkinin kullanılması halinde, ücretlilerin vergilerinden yapılacak indirim tutarı, vergiyi etkileyecek, azaltacak veya çoğaltacaktır. Maliye Bakanlığı’na verilen bu yetki, yasa koyucunun vergilemenin temel öğelerini belirleyerek uygulamaya, tekniğe ve uzmanlığa ilişkin konularda yürütme organına verilebilecek düzenleyici idari işlemlerde bulunma yetkisi olmadığı gibi, yasayla getirilen bir düzenlemeyi açıklayıcı nitelikte verilen bir yetki de değildir. Bu nedenlerle, dava konusu kural, Anayasa’nın 73. maddesinin son fıkrasına aykırıdır. İptali gerekir” (http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1925&content=vergi) (4.12.2012).*

Ancak pek çok maddesinde KVK 7.madde ile aynı hükümler de içeren Genel Tebliğ'in;

“- *Tam mükellef kurumların kurumlar vergisi matrahına dahil edilecek kontrol edilen yabancı kurum kazancı*” başlıklı 7.3. maddesi,

- “*İştirakin yurt dışında ödediği vergilerin mahsubu*” başlıklı 7.4. maddesi,

- “*İştirakin kar paylarını dağıtması durumunda vergileme*” başlıklı 7.5. maddesi,

- “*Kontrol edilen yabancı kurum müessesinin çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları karşısındaki durumu*” başlıklı 7.6. maddesinde, KVK 7.maddede olmayan düzenlemeler yer almaktadır.

Oysa “kurum kazancının tarifi, hesaplanması, mahsup, kurumun dağıttığı kar paylarının vergilendirilmesi ve çifte vergilendirmeyi önleme anlaşması kapsamında hükmün nasıl uygulanması gerektiği” konuları Genel Tebliğ ile değil, Yasa ile düzenlenmesi gereken hususlardır. Çünkü bu hükümler, kanunun uygulanmasındaki teknik ayrıntılar değil, bizzat kanunda hükme bağlanması gereken esaslı unsurlardandır. Dolayısıyla KEYK düzenlemeleri, “şekli anlamda yasa ile düzenlenmiş gözükmeye karşın, maddi anlamda, tüm unsurlarının Yasa’da değil, Tebliğ’de düzenlenmesi karşısında ve bu yönü ile “yasallık ilkesine” aykırıdır.

bb) Vergide Eşitlik (Mali Güç) İlkesi

Anayasa 73.madde 1.fıkrası ile getirilen; “*Herkes kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücüne göre vergi ödemekle yükümlüdür*” düzenlemesinde yer alan “mali güç”²³¹ sadece bir ölçüt olup, bir vergilendirme ilkesi değildir ancak anayasal eşitlik ile

²³¹ Kaneti, s. 32; Öncel, Kumrulu, Çağan, s.53: “Mali güç, vergiyi ödeyebilme gücüdür çeşitli olgulara göre ölçülür. Bu olguların başlıcaları, gelir, varlık, zenginleşme ve harcamadır. Anayasanın 73 üncü maddesi vergilerin mali güce göre konulacağını hükme bağlamakla beraber, mali gücün tanımını yapmamış ve hangi göstergelere göre belirleneceğini öngörmemiştir. Kamu maliyesinde kişilerin mali güçlerinin ana göstergelerinin gelir, servet ve harcama olduğu kabul edilmektedir”; Budak Tamer, **Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç**, XII Levha, 1.Baskı, İstanbul, Kasım 2010, s. 264: “Mali güç kavramı gerek bazı evrensel bildirilerde gerekse bazı modern anayasalarda açık olarak yer almakta olup, kişilerin gelir, servet ve tüketim unsurlarından oluşan “iktidarını” ifade etmektedir”.

birlikte okuyarak bir vergilendirme ilkesi oluşturulmuştur²³². Benzer ve farklı durumların tespiti dolayısıyla eşitsizliğin tespiti için kullanılan “mali güç” kriteri, eşitliğin/ eşitsizliğin ölçüm aracı olup, vergilendirmede adalete yönelik bir unsurdur²³³ ve buna dayalı olarak vergilendirmede eşitlik de, aksini haklı kılan bir neden olmadıkça²³⁴, mali gücü eşit olanların eşit, mali gücü eşit olmayanların ise eşitsizlikleri oranında eşitsiz vergilendirilmesi²³⁵ olarak tanımlanabilir.

Anayasa Mahkemesi de vergilendirme eşitliği şöyle ifade etmiştir; “...Vergilendirmede adalet ve eşitlik; verginin mali güce göre ödenmesi ve herkesin vergi ödemesi ilkesi ile hayata geçer. Vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılımı bu ilkelere dayanılarak sağlanır. Vergide eşitlik ilkesi, malî gücü aynı olanların aynı, malî gücü farklı olanların ise farklı oranlarda vergilendirilmesini gerektirir”²³⁶.

Anayasa 90.maddesi 5.fıkra hükmüne göre de; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı

²³² Saban, Vergi Hukuku, s. 55.

²³³ Budak, s. 12.

²³⁴ Ateş, Vergilendirmede Eşitlik, s. 122: “Anayasa Mahkemesi, haklı nedenin varlığı halinde vergi yasalarıyla eşit durumdakilere eşitsiz veya eşitsiz durumdakilere eşit işlem yapılmasını meşru kabul etmekte, haklı nedeni eşitsizliği meşrulaştırmanın temel gerekçesi olarak sunmaktadır”.

²³⁵ Ateş, Vergilendirmede Eşitlik s. 4; Saban, Vergi Hukuku, s. 56.

²³⁶ Anayasa Mahkemesi Kararı, 23.6.2004, E: 2004/14, K: 2004/84 : “Mali güce göre vergilendirme ise, verginin kişilerin ekonomik ve kişisel durumlarına göre alınmasıdır. Bu ilke, mali gücü fazla olanın, mali gücü az olana oranla daha fazla vergi ödemesi gereğini belirler. Mali gücün tanımı Anayasa’da bulunmamakla birlikte genellikle ödeme gücü anlamında kullanılmaktadır. Kamu maliyesi yönünden ise gelir, servet ve harcamalar mali gücün göstergeleridir. Verginin mali güce göre alınması aynı zamanda vergide eşitlik ilkesinin uygulama aracıdır. Vergide eşitlik ilkesi, yükümlülerin vergi ödeme güçlerinin dikkate alınmasını gerektirir. Anayasa’nın 73 üncü maddesinin ikinci fıkrasında, vergi yükünün adaletli ve dengeli bir biçimde dağılımının sağlanması amaçlanmıştır. Sermaye iratlarının ücretlere göre farklı değerlendirilmesi, en az geçim indirimi, artan oranlı vergilendirme gibi uygulamalar vergi yükünün adalete uygun ve sosyal amaçlı dağıtımının araçlarıdır. Yasa koyucu, Anayasal kurallara uymak koşuluyla gelir, servet ya da harcamanın vergilendirilmesinde konulara, nitelik veya miktarlara göre değişik ölçütler getirebilir. Ancak, bu ölçütlerin de Anayasa’nın 73 üncü maddesinde ifadesini bulan verginin mali güce göre alınması ve genel olması ilkelerine uygun olması gerekir. 5035 sayılı Kanunun 24 üncü maddesi ile değiştirilen 197 sayılı Kanunun 6 ncı maddesinde yer alan (II), (III) ve IV sayılı tarifeler, yukarıda açıklanan nedenlerle Anayasa’nın vergi yükünün adaletli ve dengeli dağılması, herkesin mali gücüne göre vergi ödemesi ve kanun önünde eşitlik ilkelerine, dolayısı ile Anayasa’nın 10 ve 73 üncü maddelerine aykırıdır”. (http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1985&content=vergi) (4.12.2012).

hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır”.

“Temel hak ve özgürlüklere dair milletlerarası sözleşmeler ile yasa hükümlerinin aynı konuda farklı hükümler içermesi, “çatışma” veya “çelişme” olarak ifade edilmekte olup, böylesi bir uyuşmazlık halinde sözleşme hükümlerinin esas alınması gerekecektir”²³⁷.

Bu noktada da İnsan Hakları Sözleşmesi’nde (İHAS) yer alan hükümlerin vergilendirme açısından da önemi vardır ve İHAM bu konuda çeşitli ölçüler oluşturmuştur.²³⁸.

KEYK düzenlemeleri açısından, “vergide eşitliğin mali güç ile okunması ilkesi” kapsamında şu tespit yapılabilir:

Temel göstergeleri, “gelir, servet ve harcama” olarak ölçülen “mali güç” ile, Anayasa 10.maddedeki “kanun önünde eşitlik” ilkesini birlikte okuduğumuzda, vergi hukuku alanında eşitliğin, “mali gücü aynı olanların aynı, farklı olanların farklı vergi ödemesi” olduğunu söyleyebiliriz. KVK 7.maddesi ile getirilen KEYK düzenlemelerinde, vergiyi ödemekle yükümlü olan kişi, “tam mükellef gerçek kişi ve kurumlardır” ve ödeyecekleri vergi de, bunların yurt dışındaki yabancı kurumda sahip oldukları hisseleri oranında olacak; yani “mali gücü/ gelirleri/ kurumdaki hisseleri” aynı olan mükellefler, yabancı kurumun kazancından hisselerine düşen aynı miktarda vergiyi, farklı olanlar ise farklı miktarda vergiyi ödeyeceklerdir. Dolayısıyla yapılan düzenleme “vergide eşitliğin mali güç ile okunması ilkesine” uygundur.

²³⁷ Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 25.

²³⁸ İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin (İHAS) 14.maddesi, ayrımcılık yasağına ilişkindir ve sözkonusu düzenlemeye göre; “*Bu sözleşmede beyan edilen hak ve özgürlüklerin kullanılması cins, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum veya başka bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır*”. “İHAM, 11581/ 85 başvuru No’lu, 23.10.1990 tarihli Darby v. Sweden kararında; “*Sözleşme’nin 14.maddesinin aynı durumda olan kişileri koruduğunu belirtmiştir. Alınan tedbirlerin makul olmaması ve veya meşru amaca uygun olmaması veya meşru amacı gerçekleştirmek için bir tedbir olarak kabul edilmesi halinde, ayrımcılık meydana gelecektir. Bu nedenle İngiliz kökenli Finlandiya vatandaşı olan başvurusunun sürekli ikamet etmediği İsveç’te Kilise vergisine tabi tutulması ayrımcılık yasağına aykırıdır*” kararını vermiştir”. (<http://aihm.anadolu.edu.tr/>)(6.12.2012).

3. Vergilendirme Yetkisinin Uluslararası Görünümü: Sınırlandırmalar

Uluslararası vergi hukuku alanında²³⁹ vergilendirme yetkisini incelediğimizde ise, bir yandan vergileme ilkelerinin seçimi, diğer yandan seçilen ilkenin uygulama ve yorumlamada aldığı şekillerin uluslararası çifte vergilemeye²⁴⁰ neden olduğu görülmektedir ve devletler, çifte vergilemeyi önlemek için kendi vergileme yetkilerinden kısmen veya bütünü ile vazgeçmek suretiyle soruna bir çözüm yolu bulmaktadırlar²⁴¹.

II. Çalışma ve Sözleşme Özgürlüğü

1. Amerikan Anayasası

ABD Anayasası, ekonomik ve sosyal alana ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiş ve bu düzenleme boşluğunun belli ekonomik-sosyal teoriler için operasyonel olma özelliği, Büyük Ekonomik Kriz²⁴² ve New Deal²⁴³’a kadar korunmuştur²⁴⁴.

²³⁹ Holmes Kevin, **International Tax Policy and Double Tax Treaties**, IBFD, 2007, s. 2: “Uluslararası vergi hukuku, sınır ötesi işlemleri vergilendiren farklı ülkelerin yasal hükümlerinin ele alındığı bir alan olarak tanımlanmakta olup, dolaysız vergiler (gelir, veraset ve intikal emlak vergisi) ve dolaylı vergileri (katma değer ya da satış vergileri) kapsar”; Ring Diane, “*International Tax Relations: Theory and Implications*”, 2007, New York University School of Law, **Tax Law Review**, Winter 2007, 60, Tax L.Rev.83, s.4.

²⁴⁰ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 2: “Uluslararası çifte vergilendirme, ayrı devletlerin birbirlerinden bağımsız olarak koydukları vergi kuralları sonucunda, aynı vergi yükümlüsünün aynı vergi konusu üzerinden iki kez vergi yükümlüsü kılınmasıdır”.

²⁴¹ Tuncer Selahattin, s. 19; Çağan, s. 215; Sunay Reyhan, **Tartışılan Egemenlik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s. 145: “Geçmişte ulusal ekonomiler devlet sınırları içinde yer alırken şimdi artık devletler pazarların içine yerleştirilmiş durumdadırlar ve dünya ekonomisinin karşılıklı bağımlılık ilişkileri içinde gittikçe sıkışıp kalan devlet, biçimsel olarak egemenliğini korumakla birlikte, özerkliğini ve aksiyon kabiliyetini yitirmeye başlamıştır. Bu nedenle hükümetler de ulusal ekonomi içindeki vergi kaynaklarından tam olarak istifade edebilme, ekonomik büyümeyi teşvik edici tedbirler alabilme ve dolayısıyla kendi meşruiyetlerinin dayanaklarını güvence altına alabilme kabiliyetlerini kaybetmektedirler”; Semercigil Murat, **Türk Vergi Anlaşmaları Yorum ve Açıklamaları**, Ankara 1992, s.13: “Her devletin kendi egemenlik alanından kaynaklanan gelirler üzerinden vergi alması, çifte vergilendirme probleminin doğmasına yol açmaktadır. Bunun yanı sıra egemenlik hakkını kullanan hemen her devlet kendi ülkesinde kendi ülkesinde ikamet eden gerçek kişilerin ve kurumların tüm dünyada elde ettiği gelirlerin toplanmasını ve bu toplam üzerinden vergi matrahının hesaplanmasını talep ettiğinden yurt dışı faaliyette bulunan tüm vergi mükellefleri, kaynak ve mukim ülke arasında sıkışma tehlikesi içindedir”.

²⁴² Christina D. Romer, “*Great Depression*”, http://elsa.berkeley.edu/~cromer/great_depression.pdf (5.12.2012): “1929’dan 1939’a kadar devam eden dünya çapında bir büyük ekonomik çöküşü ifade etmekte olup, ekonomik kurumlar, makroekonomik politika ve ekonomi teorisinde büyük değişikliklere yol açmıştır”.

²⁴³ Konzelmann Sue., Wilkinson Frank, Fovargue-Davies Mark, Sankey Duncan, “*Governance, regulation and financial market instability: the implications for policy*”, **Cambridge Journal Of Economics**, 20120, 34(5), Business Source Complete, (5.12.2012): “New Deal, ABD Başkanı Roosevelt idaresinde ABD’ni daha önce hiçbir kapitalist ülkede görülmemiş böylesi bir krizden kurtarmak amacıyla yürürlüğe konulan ve 1933-1937 yılları arasında uygulanan kararları ifade etmektedir. Bu süre içerisinde federal yönetim, ekonominin idaresi, para arzı ve fiyat kontrolünde etkin rol oynamıştır”.

ABD Anayasası'nda "çalışma hakkı ve çalışma özgürlüğü" ile ilgili bir düzenleme de yer almamaktadır. O halde KEYK hükümleri açısından bir değerlendirme yapılabilmesi için, "Amerikalı kişi ve/ veya kurumların yurt dışında faaliyette bulunmalarının Anayasal temelinin" tespit edilmesi gerekecektir.

Anayasa Madde 1, Bent 8/3²⁴⁵ ile Kongre'ye, yabancı ülkelerle ve eyaletler arası ticareti düzenleme yetkisi verilmiştir²⁴⁶. Söz konusu hüküm, "ticaret kuralı (commerce clause)" olarak ifade edilmektedir²⁴⁷ ve KEYK hükümleri açısından yurt dışındaki ticari faaliyetlerle ilgili olarak önem taşımaktadır²⁴⁸.

Anayasa'daki "Ticareti düzenleme yetkisi" bir kural ya da metod ile bir belirleme ve düzenleme yapılmasını içerir. Başka bir deyişle, "düzenleme yetkisi", esasında "kural koymak yetkisidir"; ancak yasak koymayı kapsamaz²⁴⁹.

Yabancı bir devletin politikaları ile karşıt yönde olan devlet ya da eyalet, Kongre izni olmaksızın şirketleri, söz konusu ülke sınırları içerisinde imtiyazlı olarak iş yapmaktan alıkoyan yasa çıkaramaz ve vatandaşları ya da ülkesinde yerleşik kurumların, yabancı bir ülkede bağlı ortaklık veya şubeleri bulunan çok uluslu kurumlar aracılığı ile yatırım ya da ticaret yapmasını engelleyemez²⁵⁰.

²⁴⁴ Çağlar Bakır, **Anayasa Bilimi**, İstanbul 1989, s. 112: "Yüksek Temyiz Mahkemesi "Lochner v. New York", 198 US 45 (1905) kararının karşı oyunda Yargıç Holmes, "Anayasa'nın belli bir ekonomik teori ihtiva etmediğini ve farklı görüşleri bünyesinde barındırdığını" not etmiştir ve "Ferguson v. Skrupa", 372 US 726 (1963) kararında da "Due process clause"un belli bir ekonomik ve sosyal felsefe ile sosyal Darwinizm ve "laissez-faire"cilikle bağdaşmayan yasaları Anayasa'ya aykırı bulmada nasıl bir teknik cihaz olarak kullanıldığı tespit edilerek, yasa koyucunun Adam Smith, Herbert Spencer, Lord Keynes veya başkalarını örnek almasının mahkeme açısından bir önemi olmadığı" vurgulanmıştır.

²⁴⁵ Article I, Section 8 (3): "To regulate commerce with foreign nations and among the several states and with the Indian Tribes".

²⁴⁶ Tribe, s. 1151: "Söz konusu yetki Board of Trustees of the University of Illinois v. United States, 289 U.S. 48, 56 (1933) davasında şöyle ifade edilmiştir: "Bu yetkinin en önemli yönü, mutlak ve yetki kullanımının sınırsız olmasıdır".

²⁴⁷ Tribe, s.807.

²⁴⁸ Johnson Calvin H., "The Panda's Thumb: The Modest and Mercantilist Original Meaning of The Commerce Clause", **William & Mary Bill of Rights Journal**, Volume 13, October 2004, Issue 1, http://constitution.org/lrev/cjohnson/pandas_thumb.pdf (5.12.2012).

²⁴⁹ Barnett Randy E., "The Original Meaning of Teh Commerce Clause", University of Chicago Law Review, Winter, 2001– 68, **University Chicago Law Rev.** 101, <http://www.bu.edu/rbarnett/Original.htm> (5.12.2012); Çağlar, s. 250: "1824 tarihli buharlı gemiler savaşına son veren "Gibbons v. Ogden" kararında Yüksek Mahkeme, Anayasa'nın "Ticaret Kuralı'na" getirdiği yorumla Kongre'nin ekonomi üzerinde denetimine imkan sağlamıştır".

²⁵⁰ Tribe, s. 1152

KEYK hükümleri açısından incelendiğinde, Kongre’ye verilmiş olan “ticareti düzenleme yetkisinin”, kişilerin ve kurumların başka bir ülkede ticaret ve/veya yatırım yapmalarını engellemeyeceği” dolayısıyla Amerikalı bir hissedarın yurtdışındaki bir yabancı kurumda oy kullanma hakkı ya da hisse değerine sahip olmasını, yani aslında başka bir ülkede ticari faaliyet yapmasını yasaklayan bir düzenleme olmadığı ve bu anlamda Anayasa’ya aykırı olmadığı tespit edilmektedir.

2. Türk Anayasası

Anayasa’nın “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığını taşıyan Üçüncü Bölümü, IV. Alt başlığında “Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti” başlıklı 48.madde hükmü şöyledir:

“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 ve sözleşme hürriyeti”, negatif statü hakkı niteliğindedir. Bu hakların gerçekleşmesi için devletin olumlu bir şeyler yapmasına gerek yoktur. Bu haklar, devlete müdahale etmeme ödevi yükler²⁵¹.

Ekonomik haklardan biri olan “çalışma özgürlüğü”, kişinin dilediği alanda çalışma serbestliğidir²⁵². Genel olarak, bir kişinin kazanç sağlamak amacıyla faaliyet göstermede

²⁵¹ Gözler, Anayasa Hukuku, s. 114; Algan Bülent, **Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s. 261: “Anayasa, çalışmayı hem negatif bir özgürlük olarak (48.maddede), hem de pozitif bir hak olarak (49.maddede) düzenlemiştir. Buna göre çalışma, bir yanıla devletin saygı göstermesi gereken bir özgürlüktür. Kişiler istemeleri durumunda ve diledikleri alanda çalışma ve sözleşme yapma, çalıştığı işi, işyerini ve işvereni seçme özgürlüğüne sahiptirler”; Tiryaki Refik, **Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa**, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 157: “Çalışma ve sözleşme özgürlüğü, bireysel özgürlük tanınmasına rağmen karşısında bir yükümlü getirmeyen yani bireyin kendi kendine gerçekleştirebileceği fiillerin korunmasını içerecektir. Bu nedenle de birey-devlet ilişkilerinde devletten pozitif değil, negatif edim yani karışmama edimi talep etmektedir”.

²⁵² Tiryaki, s. 155: “Çalışma özgürlüğü, çalışanın çalışıp çalışmama, çalışacaksa da çalışacağı işi, işvereni ve işyerini seçme ve işten ayrılma özgürlüğü ile serbest meslek sahiplerinin özgürlüklerinin de bir güvencesidir ve bu iki esas birbirini tamamlamaktadır. Bu nedenle günümüzde çalışma özgürlüğü, özel hukukun temeli kabul edilen irade özerkliği ilkesinin sözleşme ve özel teşebbüs özgürlüğü ile birlikte üç temel görünümü arasında kabul edilmelidir”.

serbest olması ve bu yönü ile kişi özgürlüklerinin bir sonucu olarak ortaya çıkan²⁵³ çalışma özgürlüğünden faydalanacak kişi, sadece gerçek kişidir çünkü tüzel kişilerin kendilerine ait bir iradeleri yoktur ve özgürlüğün temel kaynağı olan irade özerkliği kapsamında korunacak faaliyetleri yoktur. Tüzel kişilerin faaliyetleri, özel teşebbüs özgürlüğü bağlamında korunacaktır²⁵⁴.

Tüzel kişiler açısından geçerli olan “özel teşebbüsler kurmak serbesttir” kuralı²⁵⁵, herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüklerine sahip olmasının sonucu olup, girişim özgürlüğü olarak ifade edilen²⁵⁶ bu özgürlük, öncelikle kuruluş özgürlüğünü, kişinin tercihine göre teşebbüs kurabilmesini ve dilediği mesleki faaliyete girebilmesini ifade eder. Girişim bir kez kurulduktan veya mesleki faaliyete giriş bir kez güvence altına alındıktan sonra, ilgili gerçek ya da tüzel kişi, bu girişimi serbestçe işletebilmeli veya faaliyeti yürütebilmelidir²⁵⁷.

Özel teşebbüs özgürlüğünün sınırlandırılması rejimi diğer hak ve hürriyetlerden farklıdır. Özel teşebbüslerin “milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini” sağlayacak önlemleri almakla yükümlü olan devlet, “çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için” “girişim özgürlüğünü” yönlendirebilecektir. Devlet yönünden sınır ise, bu özgürlüğü ortadan kaldırmamaktır²⁵⁸.

Özgürlüğün normatif alanını “*özel teşebbüsler kurmak serbesttir*” şeklinde belirleyen Anayasa, ikinci fıkrada “*Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine*

²⁵³ Ökçün Gündüz A., **Yabancıların Türkiye’de Çalışma Hürriyeti**, Doğu Matbaacılık, Ankara 1962, s. 10.

²⁵⁴ Tiryaki, s. 185.

²⁵⁵ Tiryaki, s. 167: “1982 Anayasasının hazırlanması sırasında Danışma Meclisi Anayasa Komisyonu Taslak Metin’in 51.maddesinde ayrı bir özgürlük normu olarak düzenlenen özel teşebbüs özgürlüğünün gerekçesinde “*gerçek kişilere tek tek veya toplu olarak ve tüzel kişilere*” tanındığı ve özgürlüğün devlet tarafından hangi gerekçelerle sınırlandırılabilceğinin belirlendiği açıklanmıştır. Danışma Meclisi’nden aynen kabul edilen metin, Milli Güvenlik Konseyi Anayasa Komisyonu tarafından 48.madde başlığı altında, gerekçe bildirilmeksizin “*çalışma ve sözleşme hürriyeti*” ile birleştirilmiştir.

²⁵⁶ Kaboğlu İbrahim Ö., **Özgürlükler Hukuku**, AFA Yayınları, Birinci Baskı, Aralık 1993, s. 236.

²⁵⁷ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 236.

²⁵⁸ Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, s. 239; Sağlam Fazıl, s. 184: “Yasa koyucu, sınırlama yetkisini hakkın özüne varıncaya kadar dilediğince kullanmakta serbest değildir. “Yasanın genel olması ve hangi hakkı sınırladığını zikretmesi” gibi formel koşulların yanında ölçülülük ilkesiyle bağlıdır”.

*ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır” hükmüyle özgürlüğün tabi olacağı rejimin unsurlarını da vermiştir*²⁵⁹.

Çalışma ve özel teşebbüs kurma özgürlüğü açısından, KEYK düzenlemelerini incelediğimizde, tam mükellef gerçek kişiler bakımından “çalışma özgürlüğü”; tam mükellef kurumlar bakımından da “özel teşebbüs özgürlüğünü” kısıtlayan bir düzenleme olmadığı görülmektedir; çünkü kişiler, uluslararası alanda diledikleri yerde çalışma, iş yeri açma, faaliyette bulunma serbestisine sahiptirler ve bu nedenle KVK 7.maddesi, Anayasa’ya aykırı değildir. KVK 7.maddenin getiriliş amacı, “vergi kaçırmanın önlenmesi ve eğer yurt dışındaki faaliyetler dolayısı ile elde edilen bir gelir var ise bu gelirin de vergi matrahlarına eklenebilmesidir”.

III. Yetki ve Özgürlüğün Sınır Çizgisi: Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Hukuk düzeni, kişilere tanıdığı her bir hakkın kapsamı ile bunların kullanılma şartlarını ve şeklini ilgili hak yönünden özel olarak düzenlemiştir. Ancak hayatın sonsuz ihtimallerinin önceden öngörülmesinin ve bunların en küçük ayrıntılara kadar düzenlenmesinin imkansızlığı karşısında, bütün hakların kullanılmasında dikkate alınacak genel bir sınırlama koyma ihtiyacı doğmuş olup, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı, bu açıdan uyulması gereken genel kurallar olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶⁰.

1. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda hukukun tüm alanları için genel anlamda, “hakkın kötüye kullanılması (abuse of rights)” kavramı bulunmamakta²⁶¹, vergi hukuku alanında “hakkın kötüye kullanılması” yerine, “özün şekle önceliği (substance over form)” kavramı ile

²⁵⁹ Tiryaki, s. 168; Tiryaki, s. 173: “Özel teşebbüs hürriyetini sınırlayıcı özel hükümler, Anayasa’nın 43.maddesinde yer alan “kıyıların korunması”, 47.maddesinde yer alan “devletleştirme”, 168.maddede düzenlenen “tabii servetlerin ve kaynakların aranması ve işletilmesi”, 169.maddede yer alan “ormanların korunması ve geliştirilmesidir”.

²⁶⁰ Dural Mustafa, Sarı Suat, **Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri**, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, Eylül 2012, s. 225.

²⁶¹ Özgenç Selçuk A., **Vergi Anlaşmalarının Kötüye Kullanılması: Anlaşma Alışverişi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2012, s. 206: “Hakkın kötüye kullanılması (Abuse of rights), kanuna karşı hile (abuse of law) Kıta Avrupası hukuk sisteminde iç hukuktaki suiistimali önleyen kuralları ifade etmek için kullanılan doktrinlerdir”.

değerlendirmeler yapılmaktadır²⁶² ve bu ilke, ABD’de İç Gelir İdaresi (Internal Revenue Service-IRS) ve mahkemeler tarafından yükümlülerin vergi kaçırma çabalarını engellemek için sıklıkla başvurduğu ilkelerden birisidir²⁶³ ve bir işlemin özünün biçimsel görünüşüne üstün gelmesi anlamına gelir²⁶⁴.

2. Türk Hukuku

Türk Medeni Kanunu’nun (TMK)²⁶⁵ “Hukuki İlişkilerin Kapsamı” B başlığının I.alt başlığı “Dürüst Davranma” olup, bu alt başlıkta yer alan 2.madde hükmü ise şöyledir:

“Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”.

Yasa’da belirtilen “dürüstlük kuralı”, bir kimseden namuslu, dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade ederken, bir davranışın bu nitelikte olup olmadığı topluma hakim ölçülere, adetlere, hakları sağlayan ilişkilerin amacına göre tayin edilir²⁶⁶ ve bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz, böylece o hak kötüye kullanılmış olur²⁶⁷. TMK 2/1 hükmü ise, herkesin haklarını toplumda geçerli doğruluk, dürüstlük ve iş ilişkilerinin gerektirdiği karşılıklı güven anlayışına uygun olarak kullanmasını emrederken, burada hakkın kötüye kullanımının ölçütü, dürüstlük kurallarıdır²⁶⁸. Bir başka deyişle, bütün hakların kullanılmasında geçerli olan dürüstlük

²⁶² Srinivasa Rao, Nico Derksen, “Worldwide Tax View Substance Over Form: Where is The Limit?”, <http://www.bcasonline.org/articles/artlist.asp> (5.12.2012).

²⁶³ Akçaoğlu Ertuğrul, “ABD Vergi Hukukunda Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2012/2, s.172.

²⁶⁴ WG & L Tax Dictionary, s. 753. Özün Şekle Önceliği ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, 5, IV.

²⁶⁵ RG: 8.12.2001, 24607.

²⁶⁶ Oğuzman M. Kemal, **Medeni Hukuk Dersleri**, Filiz Kitabevi, 7.Bası, İstanbul 1994. s. 137.

²⁶⁷ Oğuzman, s. 138; Dural, Sarı, s. 226: “Dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı arasında sıkı bir ilişki vardır. Birçok durumda dürüstlük kuralına aykırı bir davranışın tespiti, bir hakkın kötüye kullanılması olgusunun da belirlenmesi anlamını taşıyacaktır. Bununla birlikte her iki kuralın da uygulama alanının aynı olduğu söylenemez. Özellikle dürüstlük kuralı, ilerleyen zaman içinde sadece hakların kullanılmasında ve borçların ifasında uyulması gerekecek bir kuralın ötesinde işlevler kazanmış, yorum ve tamamlama kuralı olarak da rol oynamaya başlamıştır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı ise, kanun hükümlerinin münferit olaylardaki uygulamalarının denetimini sağlamakta ve gerektiğine bunları düzeltici bir işlev görmektedir”.

²⁶⁸ Akipek Jale, Akıntürk Turgut, **Türk Medeni Hukuku**, Beta Yayınevi, Ocak 2007, Altıncı Bası., s. 185.

kuralına aykırı davranılırsa, hak kötüye kullanılmış (suistimal edilmiş) olur²⁶⁹. Hakkın açıkça kötüye kullanılması, hakkın kendi sınırları içinde kalmakla birlikte dürüstlük kuralına aykırı biçimde amacına aykırı kullanılmasını ifade eder²⁷⁰ ve bu kavram, hukukun şekilciliğinden doğan sertliği gidermek maksadıyla ortaya çıkmıştır²⁷¹. Çünkü teknik gerekler dolayısıyla belli kalıplara sokulmuş olan hukuk kuralları tarafından kişilere tanınan yetkilerin olduğu gibi kullanılması, diğer kişiler ve toplumlar için çoğu kez katlanılması güç olan sonuçlar doğurabilir²⁷². Bir hakkın kötüye kullanılmış olduğunu kabul etmek için hakkın amacına aykırı olarak kullanılması ve hakkı kullananın bu kullanmada çıkarının olmaması²⁷³ ve hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının, her olayı kendi koşulları içinde değerlendirerek saptanması gerekir²⁷⁴.

²⁶⁹ Oğuzman, s. 136: “Bu açıdan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlıdır”.

²⁷⁰ Helvacı Serap, Erlüle Fulya, **Medeni Hukuk**, Legal Yayınevi, 2.Bası, İstanbul 2010, s.39.

²⁷¹ Dural, Sarı, s. 239: “Hakkın kötüye kullanılması yasağının, bütün hakların kullanılmasına yönelik bir sınırlama getirdiği göz önünde tutulursa, bütün hakların da kötüye kullanıma ihtimali mevcuttur”.

²⁷² Akipek, Akıntürk, s. 177: “Bununla beraber, hakkın kötüye kullanımı kurumunun hukuk bilminde yerleşmesi ve pozitif hukuk düzeni tarafından bütün sonuçlarıyla birlikte kabulü ve uygulanması kolay olmamıştır”.

²⁷³ Akyol Şener, **Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s. 21.

²⁷⁴ Prebble Zoe, Prebble John, “*Comparing The General Anti Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law*”, **IBFD Bulletin For International Taxation**, April 2008, s. 166: “Uluslararası hukukta, vergiden kaçınma, her ülkede bir sorundur ve terminolojik açıdan da tartışmalıdır”; Zimmer Frederick, “*General Report, Form and Substance in Tax Law*”, **IFA Cahiers** 2002, Vol.87a, The Netherlands, 2002, s. 37: “Devletler bu sorunu çözmek için farklı yöntemler uyguladılar: a) Hiçbir yasa ya da yargı kararına dayanmayan genel ölçütler kullanmak, b) Genel kaçınma kuralına (general anti avoidance rule-GAAR) dayalı yasal düzenlemeler yapmak, c)Yargı kararlarına dayalı GAAR uygulamaları”; <http://www.deloitte.com/assets/DcomIndia/Local%20Assets/Documents/Tax%20documents/GAAR%20%20India%20and%20International%20Perspective.pdf> (6.12.2012); Genel kaçınma kuralı (General Anti-Avoidance Rules- GAAR), pek çok ülkede Parlamentolar tarafından yasaya aykırı vergi kaçırma (tax evasion) ile yasal kaçınma (tax avoidance) arasında devam eden tartışmalara yönelik olarak ilan edilmektedir”. Uckmar Victor, “*General Report, Tax Avoidance / Tax Evasion*”, **IFA Cahiers** 1983, Vol. 68a, The Netherlands, 1983, s.27 <http://www.deloitte.com/assets/DcomIndia/Local%20Assets/Documents/Tax%20documents/GAAR%20-%20India%20and%20International%20Perspective.pdf>: “GAAR, hakkın kötüye kullanılması ile benzer niteliklere dayalı yasal düzenlemelerle geliştirilmiştir. Genel kaçınma kuralı (General Anti-Avoidance Rules- GAAR), pek çok ülkede Parlamentolar tarafından yasaya aykırı vergi kaçırma ile yasal kaçınma arasında devam eden tartışmalara yönelik olarak ilan edilmektedir ve eğer bir işlemde vergi kaçırma amacı var ise, söz konusu işlemin dikkate alınmayacağı yönünde ülkelerin yasalarında çeşitli hükümlere yer verilmiştir”; Zimmer Frederick, s. 38: “Söz konusu amaca yönelik GAAR düzenlemeleri yapan ülkeler, Arjantin, Avusturya, Belçika, Kanada, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İtalya, Kore, Lüksemburg, Yeni Zelanda, İspanya ve İsveç’tir; Prebble, Prebble, s.167; Özgenç, Vergi Anlaşmaları, s. 201: “Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri’nde GAAR hükümleri yoktur ancak bu ülkelerde vergiden kaçınmanın önlenmesi konusunda yargı kararları büyük rol oynamaktadır”.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM: STATÜ

5. AMERİKAN HUKUKU

I. Kurum

Amerikan vergi hukukunda KEYK ile ilgili IRC düzenlemesinde “yabancı kurum” kavramından hareketle bir tanım yapılma yoluna gidilmiştir. O halde öncelikle, ABD vergi hukuku sistemi içerisinde “yerel kurum” ve “yabancı kurum” ayrımının belirtilmesi ve daha sonra, “yabancı kurumun” hangi durumlarda KEYK sayılabileceği, bu kapsamda kimler tarafından ve hangi esaslara göre “kontrol” edilebileceği hususlarının açıklanması gerekmektedir.

1. Yerel Kurum

IRC F Alt başlığı, 79. Kısım’ının (Subtitle F, Chapter 79) “Tanımlar (Definitions)” başlıklı 7701 (a) (3) maddesine göre, kurum (Corporation)²⁷⁵ terimi, “iş ortaklıkları (associations)²⁷⁶, anonim şirketler (joint stock companies) ve sigorta şirketlerini (insurance companies) ifade ederken; yerel (domestic) kavramı, 7701 (a) (4)’e göre, “Amerika veya Amerika Birleşik Devletleri’nde herhangi bir eyalet kurallarına kurulmuş ya da organize edilen, şirket ya da ortaklıkları” ifade eder. ABD tanımı da IRC 7701 (a) (9)’da şöyle ifade

²⁷⁵ Lieualle, s.37: “Bir kurum, federal gelir vergisi sisteminde iki farklı vergiye tabi tüzel kişi olarak düzenlenmiştir. a) C Kurumlar: S Kurum olarak vergilendirilmeyen kurumdur. Brüt gelirleri içinde kar payını beyan etmek zounda olan hissedarlarına kar payı öder. Kar payları, işletme gelirlerinden çok yatırım gelirleri olarak gözükmektedir; çünkü hissedarların elindeki hisse işletme faaliyeti ile ilgili değildir. b) S Kurumlar: Küçük işletme kurumları olarak vergilendirmeyi seçen kurumlardır. S Kurum, kurumlar vergisi mükellefi değildir ve hissedarları da kurum gelirlerinden kendilerine düşen hisseyi beyannamelerinde beyan ederler, ortaklıklardaki ortaklar gibi”. Ayrıca S Corporations ve C Corporations hakkında ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. Burke Karen C., **Federal Income Taxation of Corporations and Stockholders In a Nutshell**, Fifth Edition, Thoson West, 2003, s.15-18. Öner Erdoğan, **Amerika Birleşik Devletleri Federal Vergi İdaresi: IRS, Kuruluşu, Görevleri ve Yeniden Yapılanması**, Maliye Bakanlığı Araştırma Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 2005/366, Ankara, Ocak 2005, s.102: “ C kurum, sahiplerinden ayrı, bağımsız hukuki varlıklardır. Borçlarından sahipleri şahsen sorumlu değildir ve ortakların sorumluluğu koydukları sermaye ile sınırlıdır. S Kurum, küçük teşebbüsler için C kurumlardan daha cazip olup, teşebbüs sahipleri sadece koydukları sermaye ile sınırlıdır ve azami ortak sayısı 75’tir. C kurumun kazancı üzerinden iki defa vergi ödenir. İlk olarak şirket hem federal hem eyalet seviyesinde kurumlar vergisi öder. Daha sonra şirket kazancı temettü olarak ortaklara dağıtıldığında, dağıtılan paylar ortakların şahsi gelir vergisi beyannamelerine dahil edilir. S kurumlar, kendisi vergi mükellefi değildir. Şirketin kar ve zarar ortakların şahsi gelir beyannamelerine dahil edilir. Böylece şirketin kazancı üzerinden bir defa vergi ödenmiş olur”.

²⁷⁶ **WG & L Tax Dictionary**, s. 55: “Söz konusu kavram, Hecht v. Malley, 265 US 144 (1924) kararında şöyle tanımlanmıştır: “ Herhangi bir sözleşme (charter) olmaksızın bir araya gelmiş kişiler topluluğu ve tüzel kişilik kazanmış kişiler tarafından bazı ortak teşebbüslerin yapılabilmesi için kullanılan topluluktur”. Bu kelime daha çok “association taxable as a Corporation” teriminin kısaltılmış ifadesi olarak kullanılır”.

edilmiştir: “*ABD terimi, sadece District of Columbia ve eyaletleri içeren coğrafi anlamda kullanılmaktadır*”.

Yerel kurum, ABD veya herhangi bir eyalette ya da buralardaki yasalara göre kurulmuş veya yönetilen kurum²⁷⁷ anlamına gelmektedir.

ABD, yabancı kaynaklı gelirler üzerinde, mükellefin durumu ve mükellefin gelirinin kaynağına göre vergi koymaktadır ve ABD vatandaşları, yerel kurumlar ve yerleşik yabancılar genellikle tüm dünya üzerinden elde ettikleri gelirden dolayı vergiye tabidirler²⁷⁸.

Yerel kurumlar aynı zamanda kontrol edilen yabancı kurumun dağıtılmamış gelirleri ya da belirli “Pasif Yabancı Yatırım Şirketleri (Passive Foreign Investment Company- PFIC)” gelirlerinden dolayı da hissedar olarak vergiye tabi tutulabilir²⁷⁹.

Coğrafi olarak, ABD’nin başkenti District of Columbia (DC) ve/ veya diğer herhangi bir eyaletinde kurulmuş ya da idare edilen bir kurum, “yerel” olarak nitelendirilecek ve KEYK tanımında yer alan, “yüzde 50’den fazlasına sahip olunan yabancı kurum” kapsamında değerlendirilmeyecektir.

KEYK rejimi, yerel bir ana şirketin sadece yabancı bağlı kuruluşlarca kazanılmış belirli gelir türlerini, kendi gelirlerine dahil etmesini gerektirmektedir. Buna bağlı olarak,

²⁷⁷ RIA Federal Tax Handbook, New York, 2009, s. 718.

²⁷⁸ Heller Kenneth Howard, **The Impact of U.S. Income Taxation On The Financing And Earnings Remittance Decisions of U.S.-Based Multinational Firms With Controlled Foreign Corporations**, Arno Press, A New York Times Company, New York, 1980, s.83: “Bir kurum, kurulduğu ülkenin yerleşik olarak kabul edilmektedir ve bir tüzel kişilik olarak bağımsız ve hissedarlardan ayrıdır. Uluslararası kabul edilmiş prensiplere göre, ABD’nin yabancı kurumları dünya çapındaki gelirleri üzerinden vergilendirme yetkisi bulunmamakta, sadece yerleşik kurumları dünya çapındaki gelirinden dolayı vergilendirme yetkisi bulunmaktadır. Yabancı vatandaşlar, yabancı kurumlar ve yerleşik olmayan yabancılar ise US kaynaklı gelirlerinden dolayı vergiye tabidirler”. Fleming, J.Clifton, Peroni Robert J., “*Reinvigorating Tax Expenditure Analysis and Its International Dimension*”, 2008 The Virginia Tax Review Association, **Virginia Tax Review**, Winter 2008, 27 Va. Tax Rev.437, s. 37: “ABD gelir vergisinin genel görünümü ABD kişisi tarafından kazanılmış gelirlerin, tüzel kişilik kazanmamış şube, şahıs şirketi, tüzel kişiler (yani federal gelir vergisinde ortaklık ya da S kurum olarak vergilendirilen ortaklık, sınırlı sorumlu şirket) veya federal gelir vergisi sisteminde C kurum olarak vergilendirilen tüzel kişi olup olmadığına bakılmaksızın, elde ettiği kazançlar üzerinden vergi alınmasıdır”.

²⁷⁹ RIA Federal Tax Handbook, s. 718.

yerel ana şirket, KEYK geliri niteliğinde olmayan yabancı alt kuruluşlarca kazanılmış gelirleri ile bağlantılı olarak vergi erteleme fırsatından yararlanmaya devam edecektir²⁸⁰.

2. Yabancı Kurum

Kontrol edilen yabancı kurum, oy kullanma hakkını haiz tüm hisse gruplarının, toplam oy kullanma gücünün %50'den fazlasına ya da tüm hisse gruplarının toplam değerinin %50'den fazlasına Amerikalı hissedarlar tarafından doğrudan, dolaylı ya da zımni olarak sahip olunan “yabancı bir kurumdur”.

KEYK uygulamaları açısından öncelikle bir kurumun “yabancı” niteliğini taşıması gerekir ve bu tanıma da, IRC 7701 (a) (5) maddesinde yer verildiğini görmekteyiz. Söz konusu hükme göre yabancı kurum, “yerel olmayan şirket ya da ortaklıkları” ifade eder²⁸¹. Yani ABD coğrafi sınırları dışında kurulmuş veya idare edilen kurumlar, yabancı kurum olarak dikkate alınacaktır.

Yabancı kurumların ABD vergisine tabi tutulmasının tarihsel gelişimi, bir kurumun hissedarlara dağıtmış olsun ya da olmasın belirli özellikteki gelirlerinin vergilendirilmesi ile ilgili kurallarla paralellik göstermiştir²⁸².

Yabancı işlemler için bir araç olarak yabancı kurumların en önemli vergi avantajı, genel olarak yabancı kaynaklı gelirlerinin, doğrudan ABD ticaret veya işi ile ilgili olmadığı sürece vergiye konu olmamasıdır²⁸³. Yabancı kurumların Amerikalı sahiplerine, bazı durumlarda, kar payı gelirleri ülkelerine getirilene kadar vergi uygulanmazken, bazı durumlarda gelir elde edilmiş gibi vergi uygulanır²⁸⁴. Bu iki durum arasındaki fark ise, verginin ödeneceği zamandır. Eğer gelirler, ülkeye getirilene kadar vergilendirilmiyorsa, ABD vergileri yıllarca ertelenebilmektedir²⁸⁵. Bir başka deyişle, eğer bir Amerikalı

²⁸⁰ Kirsch Michael S., “*The Congressional Response To Corporate Expatriations: The Tension Between Symbols and Substance In The Taxation of Multinational Corporations*”, 2005 The Virginia Tax Review Association, **Virginia Tax Review**, Winter, 2005, 24 Va.Tax Rev.475, s. 4.

²⁸¹ Tanımlar ile ilgili ayrıntılı açıklamalar ve örnekler için bkz. IRC Regulations, § 301.7701-5.

²⁸² Heller, s.86.

²⁸³ Bischel Jon E., Feinschreiber Robert, **Fundamentals of International Taxation**, Second Edition, 1985, Practising Law Institute New York City s. 83.

²⁸⁴ Bischel, Feinschreiber, s. 83.

²⁸⁵ Bischel, Feinschreiber, s. 83: “Vergilerin ertelenmesi ise, mükellefin hükümete ödeme yapmadan parayı kullanması ve kar sağlamasına imkan verir ve bu nedenle de oldukça yaygın bir biçimde kullanılmaktadır

mükellef, işletmesini yurtdışında, doğrudan şubeler aracılığı ile yönetiyorsa, elde ettiği yurtdışı kazançlarından dolayı tek bir vergi ödeyecek, yurtdışı işletmesini yabancı şirket aracılığı ile yürütürse, normalde yabancı şirket kazançları hissedarlara dağıtılana kadar veya dağıtılmadığı sürece ABD’de vergilendirilmeyecektir²⁸⁶.

ABD’de, çoğu yabancı kurumların hissedarlarının gelirleri ya da almış oldukları karlar vergilendirilmezken, bunun üç istisnası vardır. Birincisi, yabancı kurumların Amerika kaynaklı gelir ve Amerika’daki ticaret ya da işletmesi ile doğrudan bağlantılı gelirlerinin vergilendirilmesidir²⁸⁷. İkincisi, Amerikalı mal sahipleri, yabancı kurumlarından brüt gelir²⁸⁸ olarak aldıkları gerçek kar paylarını bildirmeleridir. Üçüncüsü, Amerikalı hissedarların, “pasif gelirlerden (foreign personal holding company income)”²⁸⁹,

Vergi erteleme kuralları uygulandığında, yabancı bir kurumun Amerikalı sahipleri, gelir, kar payı, faiz, telif hakkı veya hisse senedi üzerinde tasarrufta bulunmak suretiyle bunları ülkeye getirmediği sürece ABD’de vergiye tabi olmazlar. Bu kural, ABD’de yabancı kurumların gelirleri üzerindeki ABD’nin vergilendirme yetki alanının sınırlı olması ve yabancı kurumların vergi planlamasındaki en önemli faktörlerden birisi olması dolayısıyla önemlidir”.

²⁸⁶ Doernberg Richard L, **International Taxation In a Nutshell**, Eighth Edition, Thomson, 2009, s. 328: “O zaman da, kar payı üzerinden yapılan vergi stopajı için hem doğrudan vergi mahsubu olabilir hem de bazı durumlarda şirketin dağıtılmış olanlar hariç, dağıtılan kazançları üzerinden alınan vergiler için dolaylı vergi mahsubu olabilir”. Hufbauer Gary C., Commentary: “*Income Vs. Consumption Taxation: Domestic And International Reforms*”, 2001 Brooklyn Law School, **Brooklyn Journal of International Law**, 26 Brooklyn J. Int’l L. 1555, s.3: “Çok karmaşık biçimdeki yabancı ülkede ödenen verginin mahsup edilmesi ile ilgili vergi ertelemesinin anlamı ABD’in yurtdışındaki faaliyetlerinden dolayı firmalardan çok az vergi toplamasıdır”.

²⁸⁷ Gustafson Charles H., “*Tax Treaties In The Americas: The United States Experience*”, Edited by: Amatucci Andrea, Gonzalez Eusebio, Trzaskalik Christoph, **International Tax Law**, Kluwer Law International, 2006, s. 192: “Yabancı bir mükellef tarafından ABD’ne doğrudan bağlantılı ticaret veya işletme faaliyetlerinden elde edilen gelir, normal ABD gelir vergisine tabi olacaktır. Yabancı mükelleflerin genel olarak ABD kaynaklı gelirleri vergilendirilmesine rağmen, belirli bazı hallerde yabancı kaynaklı gelirler, ABD’ye doğrudan bağlantılı gelir olarak kabul edilebilir. IRC’da ise “ABD ticaret veya işletmesi” ile ilgili bir tanım bulunmamaktadır. Sadece iki kural öngörülmektedir. ABD’deki kişisel hizmetlerin yerine getirilmesi ABD ticaret veya işletmesi ile doğrudan bağlantılı gelir olarak kabul edilir. ABD’deki mal veya hisse brokerleri, bu brokerin yabancı bir temsilci adına işlem yapma konusunda ihtiyari yetkisi olsa bile, ABD ticaret veya işletmesi olarak kabul edilmeyecektir. Diğer tüm hallerde, ABD ticaret veya işletmesinin varlığı, durum ve olayın şartlarına göre değerlendirilecektir”.

²⁸⁸ “IRC 61.maddesine göre brüt gelir, “*hangi kaynaktan elde edilirse edilsin*” tüm gelirlerdir”. IRC 61.maddede “tahdidî olmamak kaydıyla sayılan gelir türleri şunlardır: “*Hizmet için ödenen karşılıklar, ücretler, komisyon, ek ücret ve benzeri çeşitleri kapsar, işletmeden kaynaklanan gelirler, malvarlığındaki işlemlerden elde edilen gelirler, faiz, kira, telif ücreti, kar payı, nafaka ödemeleri, yıllık iratlar, hayat sigortası veya bağış sözleşmesinden elde edilen gelirler, emekli aylıkları, borçların ifasından elde edilen gelir, ortaklığın brüt gelirinden dağıtılan kar payı, vefat dolayısı ile elde edilen gelir ve malvarlığı yönetimi ile tasfiye yönetiminden elde edilen gelirdir*”.

²⁸⁹ “Foreign Personal Holding Company Income” terimi ile ilgili açıklamalar için bkz. Beşinci Bölüm, 9, II, 2, aa.

belirli seçilmiş fonlardan ve kontrol edilen yabancı kurumlardan almış oldukları zımni kar payları için, brüt gelirlerini bildirmeleridir²⁹⁰.

Yabancı kurumların değerlendirilmesinde, ABD vergi sistemi, Amerikalı kişi (US Person)²⁹¹ tarafından hakim bir biçimde sahip olunan ya da kontrol edilen yabancı kurumlar ile Amerikalı kişinin daha az pay sahibi olduğu yabancı kurumlar arasında bir ayırım yapar²⁹².

II. Kontrol Edilen Yabancı Kurum

1. IRC 957 (a)

KEYK hükümleri, Amerikan vergi hukukunda pek çok kaynakta, “Subpart F” hükümleri olarak da adlandırılmaktadır²⁹³. Subpart F hükümlerinin çoğu –fakat tamamı değil- vergi cennetlerindeki²⁹⁴ işlemler ve vergi cenneti olmayan yerlerdeki bazı işlemler için uygulanmakta olup, bu hükümler 1962 yılında vergi kaçakçılığının önlenmesi amacıyla bir araç olarak getirilmiştir ve o tarihten beri de pek çok defa değişime uğramıştır²⁹⁵.

²⁹⁰ Larkins Ernest, **International Applications of U.S. Income Tax Law**, WILEY 2004, s. 241.

²⁹¹ IRC 7701(a)(1), (30).

²⁹² Isenbergh Joseph, **International Taxation**, Volume II; Little & Brown and Company 1990, s.457: “Fiilen Amerikalı hissedarlar tarafından kontrol edilen yabancı şirketler “kontrol edilen yabancı kurum” olarak tanımlanırlar ve tamamıyla yabancı kurumlar veya yerel kurumlardan farklı olarak ayrı bir vergi rejimi altındadırlar”.

²⁹³ Bunun sebebi ise şudur: ABD Yasası’nda (US Code) yasaların isim başlıklarıyla belirlenmiş federal kanunlar yer almaktadır ve bunlardan birisi de vergi ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı, 26.Başlık’taki (Title 26) İç Gelir Yasası’dır (Internal Revenue Code (IRC). IRC’un “Gelir Vergileri” ne ilişkin hükümlerin yer aldığı, “A Altbaşlığı (Subtitle A)’nın 1.Bölümü (Chapter 1) “Genel Vergiler ve Ek Vergileri (Normal Taxes and Surtaxes)” düzenlemektedir. Bu 1.bölümdeki alt başlıktan birisi de “ABD İçinde ya da Dışında Elde Edilen Gelirlere Dayalı Vergilendirme (Tax Based On Income From Sources Within or Without the United States)” başlıklı N Altbaşlığıdır (Subchapter N). N alt başlığındaki düzenlemeler, beş bölümden oluşmakta olup, üçüncü bölüm (Part III) başlığı (ABD Dışında Elde Edilen Gelirlerdir (Income from Sources Without the United States). Bu üçüncü bölümdeki 10 alt başlıktan birisi de F Alt bölümünde (Subpart F) yer alan, “Kontrol edilen Yabancı Kurumlar (Controlled Foreign Corporations)” hükümleri olup, sözkonusu hükümler, IRC’un 951- 965. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

²⁹⁴ Meldman, s. 307: “ ABD yasalarında “vergi cennetleri” tanımı bulunmamakla birlikte, IRS, Internal Revenue Manuel (IRM) 4233, Exhibit 500-8’de “vergi cenneti” ülkelerin listesini açıklamıştır. Buna göre vergi cenneti listesinde yer alan ülkeler şunlardır: Antigua, Austria, Bahamas, Bahrain, Barbados, Belize, Bermuda, British Virgin Islands, Cayman Islands, Cook Islands, Costa Rica, Channels Islands, Gibraltar, Granada, Hong Kong, Ireland, Isle of Man, Liberia, Liechtenstein, Luxemburg, Monaco, Nauru, The Netherlands, The Netherlands Antilles, Vanuatu, Panama, Singapore, St.Kitts, St.Vincent, Switzerland, Turks and Caicos”.

²⁹⁵ Bischel, Feinschreiber, s. 84.

IRC'in "Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar; ABD Kişileri (Controlled Foreign Corporations; United States Persons)" başlıklı 957.maddesinde "kontrol edilen yabancı kurum" ve "Amerikalı kişi" kavramları tanımlanmış olup, sözkonusu madde hükmünde yer alan düzenleme şöyledir:

"IRC 957 (a) : Genel Kural: Bu alt bölümde yer alan "kontrol edilen yabancı kurum" kavramı, herhangi bir yabancı kurumun,

(1) oy kullanma yetkisi veren tüm gruplardaki hissesinin toplam oy kullanma gücü tutarı veya

(2) hisse değeri tutarının yüzde 50'den fazlasına

Amerikalı hissedarlar tarafından, bu kurumun vergilendirme yılı içerisinde herhangi bir gün sahip olunan (IRC 958 (a)'daki anlamı ile) veya IRC 958 (b)'deki iştirak kuralları uygulandığında sahip olduğu kabul edilen kurum anlamına gelmektedir".

Yukarıda belirtilen IRC 957.maddesinin (a) bendinde, kontrol edilen yabancı kurumlar ile ilgili genel bir tanıma; (b) bendinde ise, sigorta için özel bir tanım maddesine yer verilmiştir²⁹⁶. IRC 957 (b)'de yer alan bu düzenlemede, hissedarlık eşiği, şirketin kendi ülkesi dışındaki riskleri sigortalamaktan gelen brüt gelirlerin yüzde 75'den fazlasını kazanan sigorta şirketleri için yüzde 50'den 25'e düşürülmektedir²⁹⁷.

²⁹⁶ IRC 957 (b) maddesinde yer alan bu düzenlemeye göre; "Sadece IRC 953 (a)'da tanımlanan (sigorta gelirleri ile ilgili) gelir hesaplamaları dikkate alındığında, "kontrol edilen yabancı kurum" kavramı, sadece a bendinde belirtilen kurumları değil, aynı zamanda, eğer primlerin brüt miktarı veya reasürans ile ilgili diğer miktar veya IRC 953 (a) (1)'de tanımlandığı gibi sigorta tanzimi ya da gelir sigortası anlaşmaları primlerinin brüt miktarları ya da tüm risklere karşı diğer miktarlar %75'i aşıyor ise, vergilendirme yılı içerisindeki herhangi bir gün, Amerikalı hissedarlar tarafından, tüm hisse gruplarında toplam tutarı %25'den fazla oy kullanma gücüne (veya hisselerin toplam değerinin %25'den fazlasına) sahip olunan (IRC 958 (a)'daki anlama göre) veya IRC 958 (b)'deki iştirak kurallarına göre sahip olduğu kabul edilen kurumları da kapsar".

²⁹⁷ Larkins, s.245, dipnot 5. Ayrıntılı bilgi için bkz. Beşinci Bölüm, 9, II, 1.

2. Reg. §1.957-1

IRC Yönetmeliklerinin (IRC Treasury Regulations- Reg.)²⁹⁸ “kontrol edilen yabancı kurumun tanımı” başlıklı § 1.957-1 hükmünün (a) bendine göre de, kontrol edilen yabancı kurumun anlamı, “*Amerikalı kişiler tarafından, bir yabancı kurumun vergilendirme yılı süresince herhangi bir günde, %50’den fazla (957 (b) veya 953 (c) fıkralarına göre daha az oranda) oy kullanma hakkı olan tüm hisse gruplarındaki toplam oy kullanma gücü tutarına veya kurumun hisse değeri tutarına 958 (a)’daki anlama göre sahip olunan veya 953 (c) hariç, 958 (b) bendine göre sahip olduğu kabul edilen kurumdur*”.

Bu tanımdan hareketle, kontrol edilen yabancı kurumların, Amerikalı hissedarların, vergilendirme yılının herhangi bir gününde, oy kullanma gücü veya hisse değerinin yüzde 50’den fazlasına doğrudan²⁹⁹, dolaylı³⁰⁰ ya da zımni³⁰¹ olarak sahip oldukları yabancı kurumlar olduklarını söyleyebiliriz³⁰².

III. Kontrol Testleri

1. Nesnel Ölçütler

a) Kontrol Eden Kişi

aa) Amerikalı Hissedar

KEYK hükümleri, genel olarak ülkedeki mükellefler tarafından kontrol edilen kurumları ayrıntılı olarak ele almaya odaklanır. Yabancı bir kurumun, belirlenen vergi yılı için, eğer oy kullanma hakkının ya da hisse değerinin yüzde 50’den fazlası, doğrudan, dolaylı ya da zımni olarak, vergilendirme yılının herhangi bir gününde “ABD hissedarları (US shareholders)” tarafından kazanılmış ise kontrol edilen yabancı kurumdur ve KEYK

²⁹⁸ <http://www.irs.gov/taxpros/article/0,,id=98137,00.html> (29.03.2012): “Yönetmelikler ABD Maliye Bakanlığı (Department of Treasury) tarafından yasa maddelerinin açıklanması amacı ile yürürlüğe konulmuştur”.

²⁹⁹ Doğrudan iştirak: IRC 958(a).

³⁰⁰ Dolaylı iştirak: IRC 958 (a).

³⁰¹ Zımni iştirak: IRC 958 (b).

³⁰² Larkins, s. 245.

geliri sadece, sözkonusu kurumun Amerikalı hissedarlarına atfedilir³⁰³. Bu nedenle öncelikle “Amerikalı hissedar” kavramının içeriğinin tespit edilmesi gerekir.

aaa) IRC 951 (b)

Amerikalı hissedar, IRC 951 (b) maddesine göre; “*Yabancı bir kurumun oy kullanma hakkı veren tüm grup hisselerindeki toplam oy kullanma gücünün yüzde 10 veya daha fazlasına sahip olan (958 (a) maddesi anlamında) veya 958 (b) maddesindeki kuralların uygulanması ile sahip olduğu kabul edilen, (957 (c) maddesindeki tanıma göre) ABD kişisidir*”.

Amerikalı hissedarların “Subpart F” gelirleri üzerindeki vergilendirme yetkisi, KEYK kurallarından gelmektedir³⁰⁴. KEYK, Amerikalı hissedarlar tarafından yabancı bir kurumun seçme veya oy kullanma hakkının yüzde 50’den fazlasına sahip olunan kurumdur ve sadece Amerikalı kişiler “Amerikalı hissedar” olabilirler³⁰⁵, KEYK rejimi de sadece sözkonusu yabancı kurumun Amerikalı hissedarlarına uygulanır³⁰⁶.

Yabancı bir kurumun Amerikalı hissedarları tarafından yüzde 50’den fazlasına sahip olunup olunmadığında, sadece yüzde 10’a sahip olan hissedarlar hesaba dahil edilir ve sadece yüzde 10 veya daha fazla payı vergiye tabidir³⁰⁷.

Yüzde 10 veya daha fazla sahipliğin belirlenmesinde ise hem IRC 958 (a) maddesi hem de IRC 958 (b) maddesindeki isnat kuralları³⁰⁸ uygulanacaktır. Bir kurumun hissedarının veya ortaklıktaki bir ortağın, kurum ya da ortaklık tarafından kazanılabilecek herhangi bir hissede hissesi ile orantılı paya sahip olacağı, ancak hissedar veya ortak,

³⁰³ Postlewaite, Donaldson, s.250.

³⁰⁴ Jacobs, Duke, s. 6.

³⁰⁵ Jacobs, Duke, s. 6.

³⁰⁶ Avi-Yonah, Ring, U.S. International Taxation, s. 283.

³⁰⁷ Bischel, Feinschreiber, s.86.

³⁰⁸ Jacobs, Duke, s.6: “İsnat (attribution) sözcüğünün anlamı, bir vergi mükellefi diğer ilgili mükelleflerinin, eş, çocuk veya anne-baba gibi belirli hisselerini kazandığı kabul edilir; çünkü yasa bu kişilerin ortak menfaati olduğunu farzetmektedir. Zımni iştirak (constructive ownership) isnat ile benzerdir ancak genellikle mükellefin bir miktar kontrole veya yararlanma hakkına sahip olduğu tüzel kişilerle ilgili olarak uygulanır”. İsnat kuralları ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Dördüncü Bölüm,7, I ve II.

söz konusu kurum ya da ortaklıkta yüzde 10 veya daha fazla paya sahip ise kabul edilecektir³⁰⁹.

Sonuç itibarıyla, IRC 951 (b) maddesini incelediğimizde, Amerikalı hissedar olmak için, iki temel kıstasa yer verildiğini görmekteyiz:

- a) Amerikalı kişi olma ölçütü
- b) Yabancı bir kurumda en az yüzde 10 hisseye sahip olma ölçütü.

Bu iki koşul birlikte yerine getirildiği takdirde bir kişi, Amerikalı hissedar olarak kabul edilecek ve yabancı kurumun KEYK olup olmadığı ile ilgili değerlendirmelerde göz önünde tutulabilecektir.

bbb) Amerikalı Kişi

Amerikalı hissedar olarak kabul edilmenin ilk şartı, IRC kapsamında belirtilmiş olan Amerikalı kişilerden birisi olabilmektir ve Amerikalı kişi kavramı IRC 957 (c) ve bu hükmün atfı yaptığı IRC 7701 (a)(30) maddesinde tanımlanmıştır.

aaaa) IRC 957 (c)

IRC 957 (c) maddesinde; “*Bu subparttaki “Amerikalı kişi” kavramı IRC 7701 (a) (30)’da belirtilen anlamı taşımaktadır*” hükmüne yer verilerek, IRC 7701 (a) (30) maddesine atıfta bulunulmuş; devamında da bazı kişilerin³¹⁰ bu tanımdan istisna tutulduğu belirtilmiştir.

³⁰⁹ Jacobs, Duke, s. 7.

³¹⁰ IRC 957 (c) bendinde istisnaya dair söz konusu düzenlemeye göre; “(1) Puerto Rico Federal Devleti yasalarına göre kurulmuş şirket ile ilgili olarak, bu terim Puerto Rico’da gerçek anlamda-iyiniyetle (bona fide) ikamet eden bireyleri kapsamaz, eğer bu bireyler tarafından söz konusu şirketlerden vergilendirme yılı süresince kar payı alınmışsa, IRC 933 (1)’deki amaca göre, Puerto Rico kaynaklı elde edilmiş gelir olarak kabul edilir ve(2) Guam, American Samoa veya Kuzey Mariana Adaları yasalarına göre kurulmuş şirket ile ilgili olarak- (A) brüt gelirinin %80 veya daha fazlası, 3 yıllık dönem için, vergilendirme yılının sonunda bu ülkeden kaynaklanmış ise veya bu ülkedeki ticaret veya işletmesine doğrudan bağlı ise ve (B) bu tür dönemlerde (veya bölümlerde) ülkedeki ticaret veya işletmenin aktif bağlantısından kaynaklanan %50 veya daha fazla brüt gelir var ise. Bu terim, gerçek (iyiniyetli-bona fide) olarak Guam, American Samoa veya Kuzey Mariana Adaları’nda ikamet eden bireyleri kapsamaz”.

Subpart F, bu yerlerdeki kurumlar ve bu yerlerdeki yerleşik olanlar için özel hükümler içerir. Buna göre, Amerikalı kişi terimi, şu özelliklere sahip olan Amerikan vatandaşını kapsamaz:

(1) Puerto Rico’da yerleşik; ancak sadece Puerto Rico’da organize olmuş bir kurum ile ilgili ve sadece eğer kar payları Puerto Rico’daki kurumdan kaynaklanıyor ise,

(2) Guam, American Samoa veya Northern Mariana Islands’da yerleşik, ancak sadece bu yerlerden birinin yasalarına göre organize olmuş ise ve sadece kurumun gelirlerinin yüzde 80 veya fazlası bu yerlerden bir veya birkaçından elde edilmiş ve gelirlerinin de en az yüzde 50’si bunlardan birindeki işletmenin idaresinden elde edilmiş ise³¹¹ bu kişiler, Amerikalı kişi kapsamında değerlendirilmeyecektir.

bbbb) IRC 7701 (a) (1)

Tanımlar ile ilgili düzenlemelerin yer aldığı IRC 7701 (a) (1) maddesinde, kişi (person) kavramı, “*gerçek kişiler, malvarlığı yönetimi (trust)*³¹², *miras yönetimi (estate)*³¹³, *ortaklık (partnership)*, *iş ortaklığı (association)*³¹⁴, *şirket (Company)* veya *kurum (Corporation)*³¹⁵” olarak tespit edilmiştir.

³¹¹ Rhoades Rufus Von Thulen, Langer Marshall J., **U.S. International Taxation and Tax Treaties, 2008**, Matthew Bender & Company Inc., Lexis Nexis Copy.s. 7, “Özetle “ABD kişisi” kavramı, ABD egemenliği altındaki yerlerin (Virgin Islands hariç) ve başka Yasa’nın gerektirdiği koşulları karşılayan yerlerdeki yerleşiklerini içermez”.

³¹² Kavram ile ilgili açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, 5, III, 1, a,aa, eeeee.

³¹³ Kavram ile ilgili açıklama için bkz. Üçüncü Bölüm, 5, III, 1, a,aa, fffff.

³¹⁴ Lokken Lawrence, “*Whatever Happened To Subpart F ? U.S. CFC Legislation after teh Check-the-box Regulations*”, 2005 University of Florida, **Florida Tax Review**, 185.s. 194: “Yüksek Temyiz Mahkemesi, *Morrissey v. CIR*, 296 US 344 (1935) davasında, 1935 yılında Yasa’da tanımlanmayan “associations” teriminin kuruma benzeyen herhangi bir oluşumu kapsayacak biçimde yorumlanması gerektiğine karar vermiştir. Maliye Bakanlığı tarafından da IRC Yönetmelikleri’nde bu karar benimsenmiş ve kurumları ortaklıktan ayırt eden dört unsuru şöyle belirlemiştir: Faaliyetlerinde devamlılık, merkezileşmiş yönetim, sınırlı sorumluluk ve kar paylarının serbest transfer edilebilirliği”.

³¹⁵ <http://www.irs.gov/pub/irs-tege/eotopici92.pdf> (12.10.2011). Dell’Anese Luca, **Tax Arbitrage And The Changing Structure Of International Tax Law**, Egea S.p.A., Milano, 2006, s.217-218 : “ABD’de işletme tüzel kişilikleri ulusal düzenlemelere göre kurulmamaktadır, tam tersine sınırlı istisnalar ile birlikte eyalet yasalarına göre oluşturulmaktadır. Bu nedenle federal gelir vergisi sistemi, başlangıcından itibaren, kurumlar, ortaklıklar, malvarlığı yönetimi ve miras yönetimleri için farklı vergi rejimleri içeren tüzel kişi sınıflandırmasını oluşturmuştur. Yürürlükteki Internal Revenue Code’da ortaklıklar, “konsorsiyum, grup, ortak sermaye, joint venture veya diğer bağımsız organizasyonları içermektedir. Yasa, aynı zamanda ortağı, “sözkonusu konsorsiyum, grup, ortak sermaye, joint venture veya bağımsız organizasyonlardaki bir üye” olarak tanımlamaktadır”.

Yani, IRC 7701 (a) (1) maddesinde, “kişi” ile sadece klasik anlamda gerçek kişi değil, tüzel kişiler de kastedilmektedir.

cccc) IRC 7701 (a) (30)

Amerikalı kişi kavramı, IRC 7701 (a) (30) da şöyle tanımlanmıştır:

“ABD Kişisi teriminin anlamı,

(A) ABD vatandaşı veya yerleşikleri,

(B) Yerel Ortaklık

(C) Yerel Şirket

(D) Herhangi bir miras yönetimi (31.bentteki anlamı ile yabancı gayrimenkulden farklı)

(E) Herhangi bir malvarlığı yönetimi eğer,

(i) ABD yetki alanında malvarlığı yönetiminin idaresi üzerinde asıl denetim faaliyetlerini yapabiliyorsa,

(ii) Bir veya daha fazla Amerikalı kişi malvarlığı yönetimin tüm önemli kararlarını kontrol etme yetkisine sahip ise”.

Yasa hükmünde, Amerikalı kişinin, aşağıdaki kategorilerde yer alan, herhangi bir gerçek kişi ya da tüzel kişi olduğunu görmekteyiz:

(1) ABD vatandaşı ya da yerleşik kişi (a citizen or a resident of US)

(2) Yerel Ortaklık (domestic partnership)

(3) Yerel Kurum (domestic Corporation)

(4) Yabancı malvarlığı yönetimi veya miras yönetimi olarak sınıflandırılmamış malvarlığı yönetimi veya miras yönetimi.

Sözkonusu terimler de, yine IRC 7701 (a) maddesinde tek tek tanımlanmıştır.

aaaaa) Amerikan Vatandaşı

aaaaaaa) IRC 7701 (a) (50) (A)

Amerikan vatandaşı (US citizen) ile ilgili IRC’da herhangi bir tanım maddesi yer almaz. Sadece 7701 (a) (50) (A) maddesinde “Amerikan vatandaşlığının sona ermesi” başlığı altında, bir kişinin vatandaşlığının hangi durumlarda sona ereceği ile ilgili düzenleme yer alır³¹⁶. Sözkonusu düzenleme şöyledir:

“IRC 7701 (a) (50) (A): “Bir gerçek kişinin 877A(g)(4) maddesine göre, vatandaşlığının sona erdiği yolundaki değerlendirmenin yapıldığı tarihten önce, US vatandaşı olarak nitelendirmesi sona ermez”.

Vatandaşlıktan çıkarılmada vergi sorumlulukları³¹⁷ ve uygulanmayacak kurallar belirtilmiştir³¹⁸.

bbbbbb) Reg. § 1.1-1 (b)-(c)

IRC Yönetmeliği’nin § 1.1-1 (b) ve (c) maddelerinde “vatandaş” tanımına ilişkin düzenlemeler şöyledir:

³¹⁶ IRC 7701 (a) (50) (A) : “ Bir gerçek kişinin 877A(g)(4) maddesine göre, vatandaşlığının sona erdiği yolundaki değerlendirmenin yapıldığı tarihten önce, ABD vatandaşı olarak nitelendirmesi sona ermez”.

³¹⁷ IRC 877A (g)(4): “Bir vatandaş, ABD vatandaşlığından çıkarılmış olarak kabul edilir, en erken şu zamanlarda, (A)Göç ve Tabiiyet Yasası’nın (8.U.S.C. 1481 (a)(5) 349 (a) maddesinin 5.bendine uygun olarak, ABD Diplomat veya Konsolosluk görevinden önce, ABD tabiiyetinden feragat ettiği tarihte, (B)Bir gerçek kişinin, Göç ve Tabiiyet Yasası (8 USC 1481 (a)(1)-(4) 349 (a) maddesinin (1), (2), (3) veya (4) bentlerindeki, gönüllü olarak vatandaşlıktan çıkarılma hükmünün uygulanması için ABD Dışişleri Bakanlığı’na imzalı bir beyan verdiği tarihte, (C) ABD Dışişleri Bakanlığı’nın kişiye tabiiyetini kaybetme belgesi düzenlediği tarihte veya (D) ABD mahkemesinin vatandaşlığa kabul edilmiş olan bir vatandaşın, vatandaşlığa kabul belgesini iptal ettiği tarihte”.

³¹⁸ 7701 (a)(50) (B) maddesinde ise, “ABD vatandaşı olarak doğmuş ve başka bir ülkenin de vatandaşı olan bir gerçek kişiye (A) bendindeki hükmün uygulanmayacağı” belirtilmiştir.

“ Reg. 1.1-1 (b) Genel olarak, yerleşik oldukları yer neresi olursa olsun, ABD’in tüm vatandaşları ve tüm yerleşik yabancı gerçek kişiler, ABD içinde veya dışında elde edilen gelirlerinden dolayı Yasa ile öngörülen gelir vergisini ödemekle yükümlüdürler.

(c) Vatandaş kimdir. ABD’de doğan veya sonradan vatandaşlığa kabul edilen ve ABD yetki alanına dahil olan herkes, vatandaştır”.

O halde, ABD ülke sınırları içerisinde doğmuş veya sonradan vatandaşlığa kabul edilmiş olan kişi, Amerikan vatandaşı olarak değerlendirilecektir ve yasada belirtilen gerekli “yüzde 10’luk paya da sahip olması” halinde KEYK niteliğindeki bir yabancı kurumun Amerikalı hissedarı olarak kabul edilecektir.

bbbbbb) Amerika Birleşik Devletleri’nde Yerleşik Olanlar: IRC 7701 (b)

IRC 7701 (b) maddesinde “yerleşik yabancı” ve “yerleşik olmayan yabancılar” ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu madde hükmü şöyledir:

“IRC 7701 (b) Yerleşik yabancı ve yerleşik olmayan yabancı tanımı

(1) Genel

Bu maddedeki;

(A) Yerleşik yabancı

Herhangi bir takvim yılı ile ilgili olarak eğer söz konusu kişi (i),(ii) veya (iii) maddelerdeki gereklilikleri karşılıyor ise, bu yabancı gerçek kişi, ABD’de yerleşik olarak değerlendirilir:

(i)Yasalara uygun bir biçimde sürekli yerleşik olarak kabul edilmiş. Bu kişi, ilgili takvim yılının herhangi bir zamanında ABD’de yasal daimi yerleşik kişidir³¹⁹.

(ii) ABD’de gerçek anlamda bulunma testi³²⁰.

(iii) İlk yıl seçimi³²¹.

³¹⁹ IRC 7701 (b) (2)’de ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir.

³²⁰ IRC 7701 (b) (3)’de ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir.

(B) *Yerleşik Olmayan Yabancı*

Eğer bir kişi ABD vatandaşı ya da ABD’de yerleşik değil ise (A) alt bendindeki anlamı ile), yerleşik olmayan yabancıdır”.

Vergi davalarında, bir kişinin ABD vatandaşlığı ile ilgili iddia (yerleşik olmanın aksine) oldukça seyrek³²² olup, genellikle uyuşmazlık, “yabancı bir kişinin ülkede yerleşik olmadığı” iddiasından kaynaklanmaktadır³²³.

Amerikan vergi sistemine göre, vergi yükümlülerini³²⁴ oluşturan, ABD vatandaşları, ABD yerleşik kişileri, ABD kurumları ve diğer vergiye tabi ABD tüzel kişileri ise, genel olarak ABD dışındaki gelirlerinden dolayı da vergiye tabidirler³²⁵.

Yabancı vergi yükümlüleri açısından ise, ABD kaynaklı yatırım geliri (investment income) ile ABD içinde sürdürdüğü ticaret veya işe atfedilebilen bir iş geliri (business income) arasında ayırım yapar³²⁶. Yerleşik olmayan yabancılar, yabancı şirketler ve diğer yabancı tüzel kişiler, ancak ABD ticaret veya ticari faaliyetleri ile doğrudan bağlantılı gelirleri ve ABD kaynaklı belirli pasif nitelikli gelirlerinden dolayı vergiye tabidirler³²⁷.

ABD işletme ya da ticareti ile bağlantılı olan yabancı kurum, ABD’de ticaret ya da işletmesine tam olarak bağlantılı gelirleri var ise vergilendirilecektir³²⁸. Genel olarak yabancı bir kurumun, ABD ile bağlantılı gelir elde etmesi için vergilendirme yılı boyunca

³²¹ IRC 7701 (b) (4)’de ayrıntılı düzenlemeye yer verilmiştir.

³²² Rhoades, Langer, s. 1

³²³ ABD’de yerleşik kişi statüsünün belirlenmesinde ayrıntılı bilgi ve açıklamalar için bkz. <http://www.irs.gov/taxtopics/tc851.html> (17.5.2012).

³²⁴ IRC 7701 (a)(14) : “Mükellef teriminin anlamı, herhangi bir gelir vergisine tabi olan tabi olan kişidir”.

³²⁵ RIA Federal Tax Handbook, s.741.

³²⁶ Yaltı, Elektronik Ticaret, s.98-99: “Yatırım geliri, gayri safi gelir üzerine uygulanan tek oranlı gelir vergisi ile vergilendirilir ve vergi kaynaktan tevkif edilir. İş gelirinde ise, faaliyetin safi gelirinin normal oranlarda vergilendirilmesi söz konusudur. ABD içinde ticaret veya iş yapan (engaged in a trade or business) dar yükümlü bir kişi veya kurumun, sözkonusu ticaret veya işin sürdürülmesi ile doğrudan bağlantılı (effectively connected) geliri tıpkı tam yükümlüler gibi, safi rakamlar üzerinden ve artan oranlı tarife ile vergilendirilir. ABD içinde bir ticaret veya iş ile iştigal etmeyen kişi ve kurumlar ise, ABD kaynaklı “sabit veya değişken yıllık veya dönemsel gelirleri (temettü, gayri maddi hak bedeli, faiz gibi yatırım gelirleri) üzerinden % 30 oranında vergi tevkifatına tabidir”.

³²⁷ RIA Federal Tax Handbook, s. 713. Yaltı, Elektronik Ticaret, s. 99: “Yabancı kişilerin ABD hukukuna göre vergilendirilmesi için; 1) yabancı kişinin statüsü, 2) gelirin kaynağı, yani ABD kaynaklı gelir olup olmadığı, 3) vergi yükümlüsünün ABD içinde bir ticaret veya işle iştigal edip etmediği, 4) gelirin türü, yani yatırım geliri (temettü, faiz, gayri maddi hak bedeli gibi) veya iş geliri olup olmadığı belirlenmek durumundadır”.

³²⁸ IRC 882.madde.

ABD’de ticaret ya da ticari faaliyet ile uğraşması gerekmektedir. Bu hüküm, ABD ile çok küçük ekonomik bağlantıları olan yabancılara, ne kadar kazandıklarına bakılmaksızın vergilendirmeden kurtulma imkanı sağlamaktadır³²⁹.

ccccc) Yerel Ortaklık

aaaaaa) IRC 7701 (a) (4)- (5)

IRC 7701 (a)(4) ve (5) maddelerinde “domestic (yerel) ve foreign (yabancı)” başlığı altında verilen tanımlara göre, “*yerel ortaklık, ABD veya herhangi bir eyaletindeki yasalara göre kurulmuş veya organize olmuş bir ortaklıktır*”.

Dolayısıyla, yabancı bir ülke yasalarına göre kurulmuş olan bir ortaklık, yerleşik yabancı ortaklık olabilir ama KEYK açısından yerel ortaklık değildir³³⁰. Subpart F düzenlemesinde, yerel ortaklık, bir Amerikalı kişidir. Bunun anlamı, ortaklığın ortağının değil, bu ortaklığın, yabancı bir kurumda yeterli sayıda hisseye sahip olması durumunda, Amerikalı hissedar olacağıdır³³¹.

bbbbbb) Reg. § 301. 7701-2 (a)

Ortaklıkların belirlenmesinin genellikle kolay olmasına karşın, ortaklık olarak değerlendirilecek olan “tüzel kişinin (entity)” belirlenmesi her zaman çok kolay değildir³³². Bu nedenle, Maliye Bakanlığı, mükelleflere, belirli durumlarda nasıl bir tüzel kişilik düzenleyeceklerine izin veren, “check the box” rejimini yürürlüğe koymuştur. Buna ilişkin ayrıntılar da Reg. §301.7701-2(a)’da yer almakta olup, mükellef, örneğin, kurum olarak gözüken; ancak kendi başına ayrı bir kurum niteliğinde olmayan bir yabancı tüzel kişilik

³²⁹McIntyre Michael J., “U.S. Taxation Of Foreign Corporations in the Digital Age”, http://faculty.law.wayne.edu/mcintyre/text/mcintyre_articles/Intl/For_Corp_Digital.pdf (18.5.2012):

“Ticari faaliyet ile uğraşmak” gerekliliği US vergi andlaşmalarındaki “permanent establishment” ile benzer bir amaca hizmet etmektedir, “permanent establishment” eşiği vergilendirme için “işletme ile uğraşmak” eşiğinden çok daha yüksek olmasına rağmen.

³³⁰ Rhoades, Langer, s. 5, 6.

³³¹ Rhoades, Langer, s. 6.

³³² Ring Diane, **Cahiers de droit fiscal international, International Fiscal Association**, 2012 Boston Congress, Volume 97b, The debt-equity conundrum, s.771: “ABD, geniş bir global alanda fazla sayıda aktif finansal ve ticari pazarları elinde tutmaktadır. Bu pazarlar eyalet ve federal kapsamlarda düzenlenmektedir. Business entities eyalet yasalarına göre (federal değil) kurulmuştur ve dolayısıyla tüzel kişinin kurulduğu eyalet yasalarına göre yönetilir. Her bir eyalet yasasında tüzel kişiler, vergi yasasındaki kategorilerinden birine göre oluşturulmak durumundadır (örneğin, kurumlar, ortaklıklar)”.

oluşturabilir³³³. Reg. 301.7701-2 (b)(8) maddesinde yer alan “belirli tüzel kişiler (certain foreign entities)” başlıklı düzenleme, “farklı kurumların, bulundukları ülkeye göre hangi formda işletme kurumları olarak değerlendirileceğine dair bir liste vermektedir³³⁴ ve bu kurumlar için “check-box” rejiminin uygulanması mümkün değildir³³⁵.

ABD ortaklığı, ortaklığın tüm ortakları Amerikalı kişiler olmasa da ya da yabancı yatırım yapılan kurumun hisselerinde yüzde ondan çok daha az hisseye sahip olan Amerikalı kişiler olsalar bile, IRC 951 (b) maddesindeki %10 kuralı ve 957.maddesindeki %50’den fazla kuralındaki hesaplamalarla, yabancı bir kurumun Amerikalı hissedarı olarak değerlendirilecektir. Eğer yerel bir ortaklık, yabancı bir yatırım şirketinin yüzde 50’den fazlasına sahip ise, bu yatırım şirketi KEYK olacaktır. Ayrıca yasa hükmündeki terimlerde bir açıklık olmasa da çoğu uygulamacı, eğer yatırım şirketi KEYK olur ise, ortaklıktaki tüm yatırımcılar, IRC 951.maddedeki yüzde 10 oy kullanma hakkının çok altında küçük bir kar

³³³ Rhoades, Langer, s. 6; Dell’Anese, s. 222 ve Lokken, s.194-195.

³³⁴ §301.7701-1 (b)(8) : “Certain foreign entities—(i) In general. Except as provided in paragraphs (b)(8)(ii) and (d) of this section, the following business entities formed in the following jurisdictions: American Samoa, Corporation, Argentina, Sociedad Anonima, Australia, Public Limited Company, Austria, Aktiengesellschaft, Barbados, Limited Company, Belgium, Societe Anonyme, Belize, Public Limited Company, Bolivia, Sociedad Anonima, Brazil, Sociedade Anonima, Bulgaria, Aktsionerno Druzhestvo.Canada, Corporation and Company, Chile, Sociedad Anonima People’s Republic of China, Gufen YouxianGongsi, Republic of China (Taiwan), Ku-fen Yu-hsien Kung-szu, Colombia, Sociedad AnonimaCosta Rica, Sociedad Anonima, Cyprus, Public Limited Company, Czech Republic, Akciova SpolecnostDenmark, Aktieselskab, Ecuador, Sociedad Anonima or Compania Anonima, Egypt, Sharikat Al-Mossahamah, El Salvador, Sociedad Anonima ,Estonia, Aktsiaselts, European Economic Area/European Union, Societas Europaea Finland, Julkinen Osakeyhtio/Publikt Aktiebolag France, Societe Anonyme, Germany, Aktiengesellschaft, Greece, Anonymos Etairia, Guam, Corporation Guatemala, Sociedad Anonima Guyana, Public Limited Company, Honduras, Sociedad Anonima, Hong Kong, Public Limited Company Hungary, Reszvenytarsasag, Iceland, Hlutfelag, India, Public Limited Company, Indonesia, Perseroan TerbukaIreland, Public Limited Company, Israel, Public Limited Company, Italy, Societa per Azioni, Jamaica, Public Limited Company, Japan, Kabushiki Kaisha, Kazakstan, Ashyk Aktsionerlik Kogham, Republic of Korea, Chusik Hoesa, Latvia, Akciju Sabiedriba, Liberia, Corporation Liechtenstein, AktiengesellschaftLithuania, Akcine Bendroves, Luxembourg, Societe Anonyme, Malaysia, Berhad, Malta, Public Limited Company, Mexico, Sociedad Anonima, Morocco, Societe Anonyme, Netherlands, Naamloze Vennootschap New Zealand, Limited Company, Nicaragua, Compania Anonima, Nigeria, Public Limited Company Northern Mariana Islands, Corporation, Norway, Allment Aksjeselskap, Pakistan, Public Limited Company Panama, Sociedad Anonima, Paraguay, Sociedad Anonima, Peru, Sociedad Anonima, Philippines, Stock Corporation, Poland, Spolka Akcyjna, Portugal, Sociedade Anonima, Puerto Rico, Corporation, Romania, Societate pe Actiuni, Russia, Otkrytoye Aktsionernoy Obshchestvo, Saudi Arabia, Sharikat Al-Mossahamah Singapore, Public Limited Company, Slovak Republic, Akciova Spolocnost, Slovenia, Delniska Druzba South Africa, Public Limited Company, Spain, Sociedad Anonima, Surinam, Naamloze Vennootschap Sweden, Publika Aktiebolag, Switzerland, Aktiengesellschaft, Thailand, Borisat Chamkad (Mahachon) Trinidad and Tobago, Limited Company, Tunisia, Societe Anonyme, **Turkey, Anonim Sirket**, Ukraine, Aktsionerne Tovaristvo Vidkritogo Tipu, United Kingdom, Public Limited Company, ABD Virgin Islands, Corporation, Uruguay, Sociedad Anonima, Venezuela, Sociedad Anonima or Compania Anonima”.

³³⁵ Rhoades, Langer, s.29, dipnot: 13.4.

payına sahip olsalar bile, KEYK'nin Subpart F gelirlerinden hisselerine düşen miktarı hesaplarına dahil etmeleri gerektiğini savunmaktadırlar³³⁶.

ddddd) Yerel Kurum: IRC 7701 (a)(3)- (4)

IRC 7701 (a)(3) maddesine göre; “*Kurum terimi, iş ortaklıkları, anonim şirketler ve sigorta şirketlerini kapsamaktadır*”. IRC 7701 (a)(4) maddelerindeki tanıma göre, yerel kurum; “*ABD veya herhangi bir eyaletindeki yasalara göre organize olmuş bir kurumdur*”. Eğer bir kurum yerel değil ise, ABD’de ticaret veya işletme faaliyetinde bulunsa bile Amerikalı kişi değildir; ancak “yerleşik yabancı kurum” olarak kabul edilecektir³³⁷.

“Bu temel kuralın dört istisnası bulunmaktadır:

(a) Eğer bir kurum, komşu bir ülkede kurulmuş ise (yani Kanada veya Meksika), o ülke yasaları holding yapılanmasını gerektirdiği için, ancak holding şirketi olarak adlandırılacaktır ve kurum, yerel bir kurum olarak kabul edilebilir.

(b) Eğer bir kurum, yerel bir kuruma bağlanmış ise (stapled)³³⁸, yabancı kurum, yerel bir kurum gibi değerlendirilecektir.

(c) Bir yabancı kurum, federal gelir vergisinde, “ters işlem (inversion transaction)”³³⁹ faaliyetleri ile uğraşan yabancı kurum ise, yerel kurummuş gibi kabul edilebilir.

(d) Yerel bir kurum olarak değerlendirilmeyi seçen³⁴⁰ ve ayrıca belirli özelliklere sahip, yabancı bir kurum, Gayrimenkul Mülkiyetindeki Yabancı Yatırımın

³³⁶ Blanchard Kimberly S., “Cross-Border Tax Problems of Investment Funds”, 2007, **American Bar Association The Tax Lawyer**, Spring 2007, 60 Tax Law.583, s.23.

³³⁷ Rhoades, Langer, s.6.

³³⁸ “Stapled entity” kavramı, IRC 269B maddesinde tanımlanmış olup, sözkonusu hükme göre; “İki veya daha fazla tüzel kişilerin herhangi bir grubunun, “stapled kar payından oluşan” her bir tüzel kişilikteki yarananma hakkının değeri (in value of beneficial ownership) yüzde 50’den fazla olduğu tüzel kişiliktir”. Entity kavramı, IRC 269B (c)(1) maddesinde; “ Kurum, ortaklık, malvarlığı yönetimi, şirket, miras yönetimi veya işletme veya faaliyetleri devam ettiren bir tür” olarak tanımlanmış olup, bu çalışmada “tüzel kişilik” kavramı tercih edilmiştir. Ayrıca bkz. “business entity” kavramı ile ilgili olarak IRC Yönetmelik § 301.7701-2, 5’de de ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır.

³³⁹ IRC 7874.maddesinde ayrıntılı olarak tanımlanmıştır.

³⁴⁰ IRC 897(i) maddesinde ayrıntılı olarak tanımlanmıştır.

Vergilendirilmesi Yasası'na (Foreign Investment in Real Property Tax Act- FIRPTA) göre belirlenmiş sınırlı hallerde yerel kurum olarak değerlendirilecektir”³⁴¹.

eeeeee) Malvarlığı Yönetimi

aaaaaa) IRC 7701 (a) (30)

IRC’da “Malvarlığı yönetimi (trust)”³⁴² kelimesinin karşılığı olarak herhangi bir tanıma yer verilmemiş³⁴³; IRC 7701 (a)(30) maddesinde, sadece “foreign trust” tanımlanmış olup, Amerikalı kişi sınıflandırmasında, yabancı malvarlığı yönetiminin Amerikalı kişi olarak nitelendirilmeyeceği, “*ABD toprakları içinde malvarlığının idaresinde temel denetim faaliyetinde bulunabilen ve bir veya daha fazla Amerikalı kişinin, bu malvarlığının tüm önemli kararlarında kontrol yetkisine sahip olduğu malvarlığı yönetiminin, Amerikalı kişi olarak nitelendirileceği, bunun dışında kalanların ise, yabancı malvarlığı yönetimi olarak kabul edileceği*” hükmüne bağlanmıştır.

³⁴¹ Rhoades, Langer, s. 6.

³⁴² Bu çalışmada ise “trust” kavramını belirtmek üzere “malvarlığı yönetimi” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

³⁴³ a) Özgenç A.Selçuk, “*Vergi Anlaşmalarında Gerçek Lehdar Kavramı*”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Vergi Hukuku Özel Sayısı, “Hayatın Kıyısında Bir Yerde Vergi Hukuku, Genç Akademisyenler/Yeni Yaklaşımlar”, Y. 2011, C.17, S.3-4, s.149: “Bir mülkiyet hakkını başkası adına kullanmayı ifade eden “trust” kavramı, ABD’de geniş uygulama alanı bulmuştur. Başta Alman Hukuku olmak üzere diğer ülkelerde “inanç sözleşmesi”, “dolaylı temsil” veya “yönetim vekaleti” kavramlarıyla karşılanmaya çalışılmış olmasına rağmen, esasında bu kavramların hiçbirisi özü itibarıyla “trust”ı karşılamamaktadır”. b) **West’s Tax Law Dictionary**, 1992 Edition, Robert Sellers Smith, West Publishing Co., 1992, s. 591: “Trust, bir malvarlığının sahibi (bağış yapan kişi-grantor), malvarlığının idarecisi (yeddi emin-trustee) ve lehdar arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki olup, bu sözleşme kapsamında, yeddi emin, bağış yapan kişi tarafından belirlenen sözleşmedeki koşullara uygun olarak lehdarın faydalanması için malvarlığını idare eder”; Jacobs, Duke, s.179: “Başka bir ifadeyle trust, “tayin edilmiş lehdarların faydalanması için bağış yapan tarafından oluşturulan yasal bir tüzel kişiliktir”; WG & L Tax Dictionary, s. 808: “Malvarlıkları, malvarlığı yönetiminin yeddi eminine, koruma, idare ve diğer kişilere dağıtım için verilir” ve “yasal olarak geçerli ve uygulanabilen, vasiyet ile ya da sağlar arası işlemle kurulan, bir veya birkaç kişinin (yeddi eminler) mülkiyet hakkına, sözkonusu malvarlığını, bir veya daha fazla lehdar için, korumak veya saklamak amacıyla sahip olduğu bir anlaşmadır”. “Reg. 301.7701-4 (b) maddesine göre, malvarlığı yönetimi, şirketler gibi vergiye tabi dernekler olarak sınıflandırılabilir, eğer işletme amaçları var ise”. Malvarlığı yönetiminin, vergilendirilmesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.heritagewealthmgrs.com/wp/Income%20Taxation%20of%20Trusts%20&%20Estates.pdf> (29.03.2012)

bbbbbb) Reg. § 301.7701-4

IRC Reg. § 301.7701-4 maddesinde ise, “genel malvarlığı yönetimi, işletme malvarlığı yönetimi, belirli yatırım malvarlığı yönetimi, tasfiye eden malvarlığı yönetimi ve çevre ıslahı malvarlığı yönetimi olmak üzere beş farklı grupta tanımlamalara ve örneklere yer verilmiştir³⁴⁴.

Vergi cennetlerinin herhangi bir şey için kullanılması, banka hesaplarından daha çok, yoğun bir biçimde kurum ya da malvarlığı yönetimi kullanılmasını gerektirecektir. Bu gerekliliğin basitçe sebebi, kurum ve malvarlığı yönetiminin gerçek kişi hissedarlardan ayrı olarak vergilendirilecek tüzel kişiler olmalarıdır. Özel hükümler olmadığı sürece, hissedarlar ve lehdarlar, kurum ya da malvarlığı yönetimi kazançları üzerinden, kazanç dağıtılmadıkça vergiye tabi olmazlar³⁴⁵.

fffff) Miras Yönetimi

Miras yönetimi (Estate)³⁴⁶, toplam faiz veya bir kişinin gerçek anlamda sahip olduğu hak ve kişisel malvarlığıdır³⁴⁷. Vefat eden bir kişinin brüt malvarlığı, veraset vergisi (estate tax) hesaplamasındaki malvarlıklarını kapsamaktadır³⁴⁸.

Bir başka tanıma göre de miras yönetimi vefat veya iflas sonrasında meydana gelen bir tüzel kişiliktir. Vefat eden kişinin mirası, karma malvarlığı yönetimleri (complex trusts)³⁴⁹ ile aynı yöntemlere göre vergiye tabi tutulur³⁵⁰.

Miras kalan mallardan elde edilen gelir (gayrimenkullerin kiraya verilmesi gibi), miras yönetimi tarafından kazanılmış bir gelirdir ve malvarlığı yönetiminde olduğu gibi

³⁴⁴ Reg. 301.7701-4 ve Reg. 301.7701-7 maddelerinde yerel ve yabancı malvarlığı yönetimi kavramları ile ilgili ayrıntılı açıklamalar yer almaktadır.

³⁴⁵ Wagner Kurt A., Comment: “U.S. Taxation of Foreign Income: The Use Of Tax Havens In A Changing Tax Environment”, 1994 Board of Trustees of Southern Illinois University, **Southern Illinois University Law Journal**, Spring, 1994, 18 S. III.U.L.J.617, s. 3.

³⁴⁶ Bu çalışmada “estate” kavramını belirtmek üzere “miras yönetimi” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

³⁴⁷ West’s Tax Law Dictionary, s. 177: “Bu terim aynı zamanda malvarlığının/mirasın kendisine de gönderme yapmak için kullanılabilmektedir”.

³⁴⁸ West’s Tax Law Dictionary, s. 177.

³⁴⁹ <http://www.heritagewealthmgrs.com/wp/Income%20Taxation%20of%20Trusts%20&%20Estates.pdf>;
http://www.irs.gov/pub/irs-utl/overview_of_fiduciary_income_taxation.pdf (29.03.2012).

³⁵⁰ WG & L Tax Dictionary, s. 233.

burada da miras yönetimi, bağımsız olarak, yasaya uygun biçimde, tıpkı gerçek kişiler gibi, vergi ödeyen tüzel kişilerdir³⁵¹.

aaaaaa) IRC 7701 (a) (31) (A)

Yabancı miras yönetimi, IRC 7701 (a) (31) (A) maddesine göre; “*Gelirini ABD dışındaki kaynaklardan elde eden, doğrudan ABD ticaret veya işletmesi ile bağlantılı olmayan miras yönetimidir*”.

bbbbbb) IRC 7701 (a) (30) (D)

IRC 7701 (a) (30) (D) maddesine göre, “*Amerikalı kişi, yabancı miras yönetimi niteliğinde olmayan herhangi bir miras yönetimi*” olup, KEYK ile ilgili değerlendirmelerde Amerikalı hissedar olarak dikkate alınacaktır.

bb) Amerikalı Hissedarın Pay Oranı

aaa) IRC 958 (a)-(b)

Amerikalı hissedarlar, yabancı bir kurumun, oy kullanma hakkının yüzde 10 veya daha fazlasına doğrudan, dolaylı ya da zımni olarak sahip olan Amerikalı kişilerdir ve yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı üzere bu kişiler, ABD vatandaşları ve ABD’de yerleşik olan kişiler ile yerel ortaklıklar, yerel kurumlar ve yabancı olmayan miras yönetimi ve malvarlığı yönetimini içerir³⁵².

Yüzde 10 veya daha fazla sahiplik kurallarının tespit edilmesinde, hem IRC 958 (a) hem de 958 (b) uygulanacaktır. Bir kez, IRC 958 (a)’ya göre doğrudan iştirak, dolaylı iştirak ve IRC 958 (b)’ye göre zımni iştirakin olduğu belirlendiğinde, bir bütün olarak yabancı bir kurumda oy kullanma hakkı ya da hisse değerinin %50’den fazlasına sahip olan Amerikalı hissedarları var ise, sözkonusu kurum, KEYK olarak nitelendirilecektir³⁵³.

³⁵¹<http://www.heritagewealthmgrs.com/wp/Income%20Taxation%20of%20Trusts%20&%20Estates.pdf> (29.03.2012); <http://www.journalofaccountancy.com/Issues/2010/Oct/20102933.htm> (29.03.2012).

³⁵² Larkins, 245; Bischel, Feinschreiber, s.86.

³⁵³ Jacobs, Duke, s. 6.

Bu tanımlama Subpart F kurallarının anlaşılması bakımından çok önemlidir; çünkü Amerikalı hissedarlar, sadece, KEYK'den zımni kar payı almış olarak değerlendirilecek hissedarlar değildir, aynı zamanda yabancı kurum, en az bir Amerikalı hissedara sahip olmadıkça KEYK olamayacaktır³⁵⁴. Dolayısıyla, 11 eşit hisseye sahip, Amerikalı kişi ile ilişkili olmayan hissedarlardan oluşan bir yabancı kurum, KEYK olmayacaktır; çünkü bu kişilerden hiçbirisi kurumun oy kullanma hakkının yüzde 10'una sahip değildir ve ayrıca bu yabancı kurumun herhangi bir Amerikalı hissedarı bulunmamaktadır (tüm hissedarlar Amerikalı kişi olsa bile). Bir başka anlatımla, KEYK'in oy kullanma hakkının sadece yüzde 8 veya 9'una sahip olan Amerikalı kişi, zımni kar payından³⁵⁵ dolayı sorumlu tutulmayacaktır; çünkü bu kişi Amerikalı hissedar değildir³⁵⁶.

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, yabancı kurumun (doğrudan veya dolaylı) %10 veya daha fazla hissesine sahip olan bu hissedarların, “%50'den fazla” sahiplik (iştirak) testine dahil olacağıdır. Bunun sonucu olarak, eğer yabancı kurumun her biri %5 eşit hisse ile 20 Amerikalı hissedarı var ise, bu kurum KEYK olmayacaktır veya eğer yabancı bir kişi, kurumun %50 veya fazlasına sahip olur ise, bu durumda Amerikalı kişilerin yabancı kurumun “%50'den fazlasına” sahip olabilmeleri ile bir ilgisi yoktur. Eğer bir Amerikalı kişi, yabancı bir kurumun %40'ına sahip ise ve 10 Amerikalı kişinin her biri % 6 hisseye sahip ise, her ne kadar hisselerin %100'ü Amerikalı kişiler tarafından kazanılmış olsa da KEYK sayılmayacaktır. Çünkü bu kişilerden sadece biri “Amerikalı hissedar”dır. Bununla birlikte her mükellefin iştirak oranının isnat ve zımni iştirak kuralları hesabına dahil edilmesi gerekir³⁵⁷.

³⁵⁴ Rhoades, Langer, s. 7.

³⁵⁵ Zımni kar payı ile ilgili açıklamalar için bkz. Altıncı Bölüm, 11, I, 1.

³⁵⁶ Rhoades, Langer, s. 7.

³⁵⁷ a) Jacobs, Duke, s. 7; Postlewaite, Donaldson, s.252.

b) Rhoades, Langer, s.10: “Aşağıdaki tablo, yabancı bir kurumun tedavüle çıkardığı oy kullanma hakkı veren 100 hisse ile oy kullanma hakkı vermeyen 200 hisseyi göstermektedir:

Hissedar	Oy Kullanma Hakkı Veren	Oy Kullanma Hakkı Vermeyen
1	9	111
2	9	51
3	82	38
	100	200

1 ve 2. hissedarların her ikisi de Amerikalı mükellefler, 3.hissedar ise yerleşik olmayan yabancıdır. Amerikalı mükelleflerin tedavüldeki hisse senetlerinin yüzde 60'ına sahip olmalarına rağmen, bu yabancı kurum, rakamlar bazı alındığında, KEYK değildir çünkü hiçbir Amerikalı kişi oy kullanma hakkının yüzde onuna

bbb) Reg.Ş 1. 957-1 (b) (2)

IRC Yönetmelik 1.957-1 (b)(2) maddesi, oy kullanma hakkına sahip olmanın değerlendirilmesini, genel şirketler hukukundan daha geniş olarak ele almaktadır. Başlangıçta, Amerikalı kişinin, bir kurumun oy kullanma hakkına sahip olmanın gerektirdiği yüzde 10'u elinde tutup tutmadığı bir matematiksel problemdir³⁵⁸.

ccc) Örnek Kurgu

“Smythe, Amerikalı kişidir, 2 yönetici seçme hakkı veren A grubu hissenin yüzde 25'ine ve 8 yönetici seçme hakkı veren B grubu hissenin yüzde 5'ine sahiptir, hissedarların oy kullanma hakkının oranı ise, seçme hakkını elinde tuttuğu hisse gruplarındaki yönetici seçme payıdır. A grup hisse iki yönetici seçme hakkı vermektedir, Smythe bu hissenin yüzde 25'ine sahiptir ve hissesi ile orantılı payı, yöneticilerin yarısıdır. Smythe aynı zamanda sekiz yönetici seçme hakkı veren B grubu hissenin yüzde 5'ine sahiptir ve 4/10 yönetici seçme hakkı vardır ($.05 \times 8 = .4$). Smythe, A grubu ve B grubu hisseleri aracılığı ile oy kullanma gücünü birleştirdiği için, on yöneticiden birini bile seçemeyecektir, yabancı kurumun oy kullanma gücünün yüzde 10'una sahip değildir ve sonuç itibarıyla Amerikalı hissedar değildir³⁵⁹.

sahip değildir ve bu nedenle hiçbir “Amerikalı hissedar” değildir. Amerikalı hissedarı olmayan bir yabancı kurum da KEYK olamaz”.

³⁵⁸ Rhoades, Langer, s.7: “Çoğu uygulamacı, yabancı bir kurumun oy kullanma hakkı veren hissesinin tam olarak yüzde 50'sine sahip olan ve cüzi bazı ek hak veya güçleri elinde tutan Amerikalı kişinin, bu ek hakların sonucu olarak, yabancı hissedarlar diğer yüzde 50 orana sahip olsa bile, kurumu kontrol edilen yabancı kuruma dönüştürdüğünü belirtirler. Yönetmelikler de bu noktada oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer vermiştir”.

³⁵⁹ a) Rhoades, Langer, s. 8.

b) Rhoades, Langer, s. 30, dipnot: 31: “Oy kullanma gücünün hesaplanmasını daha açık bir şekilde göstereyim. Bu örnekte, A grubu hisse 15 yöneticinin beşini seçme hakkı vermektedir (yani % 331/3) ve B grubu hisse 15 yöneticinin 10 tanesini (yani % 662/3) seçme hakkı vermektedir. Bu durumda Smythe'in oy kullanma gücü aşağıdaki gibi hesaplanır:

A Grubu--.....	25 % x 8.33 %	
		331/ 3% =
B Grubu--.....	5 % x 3.33 %	
		662/ 3 % =
		11.66 %

Bu örneğe göre Smythe, Amerikalı hissedar olacaktır; çünkü yabancı kurumun hissesinin toplam oy kullanma hakkının yüzde 10'dan fazlasına sahip olacaktır”.

b) Kontrol Oranı

aa) Kural: Yüzde Elliden Fazlaya Sahip Olma

aaa) IRC 957

Bir yabancı kurumun, “kontrol edilen yabancı kurum” niteliğinde olup olmadığının belirlenmesinde, IRC 957.maddedeki tanım gereği, söz konusu kurumun oy kullanma hakkı veya değerinin yüzde 50’den fazlasına Amerikalı hissedarlar tarafından sahip olunduğunun tespit edilmesi gerekir.

Sahiplik (ownership), hisselerin doğrudan (ya da yabancı kuruluşlar vasıtasıyla dolaylı) olarak elde edilmiş olması veya zımni iştirak kuralları ile sahip olunmuş olması esasına göre³⁶⁰; kurum sahipliği ise, genel olarak hissenin oy kullanma hakkına bağlı olarak tanımlanır³⁶¹.

KEYK, oy kullanma hakkı veren tüm hisse gruplarının veya söz konusu kurumun hisse değerinin yüzde 50’den fazlasına Amerikalı hissedarlar tarafından, vergilendirme yılı süresince bir veya daha fazla gün sahip olunan yabancı kurumdur; ancak “yüzde 50’den fazlasına sahip olma” kuralının bir istisnası bulunmaktadır. Eğer yabancı kurum, bir sigorta şirketi ise bu oran, yüzde 25 olacaktır³⁶². Daha açık bir ifade ile kurumun hissedarlarının sigorta gelirlerini göz önünde bulundurduğumuzda, Amerikalı hissedarlar tarafından

³⁶⁰ Bischel, Feinschreiber, s.86.

³⁶¹ Bischel, Feinschreiber, s.86: “Bu kural, IRC’un sahipliği tedavüldeki hisse senetlerinin değeri ile tanımlayan diğer bölümleri ile çelişmektedir. Sahipliğin oy kullanma gücü açısından tanımlanması belki bir ölçüt olarak kullanılmaktadır çünkü bu hissedar yabancı kurumun değerinin belirli bir miktarını kazandığında, bu tanımlama US hissedarlarını vergilendirme için adaletsizdir ancak bu değeri gösteren hisse önemli oy kullanma hakkına güce sahip değildir. Önemli oy kullanma gücü olmaksızın hissedar, idarenin ABD’de vergiye tabi olacak gelirlere neden olacak hareketlerini veya şirketin işlemleri ile hissedarlara pay dağıtılmasını sağlayarak vergi ödenmesini zorunlu kılan hareketlerini engellemekte yeterli derecede etkin kontrol hareketi yapamaz ”.

³⁶² “IRC 957 (b) Sigorta İçin Özel Kural: Sadece IRC 953 (a)’da tanımlanan (sigorta gelirleri ile ilgili) gelir hesaplamaları dikkate alındığında, “kontrol edilen yabancı kurum” kavramı, sadece a bendinde belirtilen kurumları değil, aynı zamanda, eğer primlerin brüt miktarı veya reasürans ile ilgili diğer miktar veya IRC 953 (a) (1)’de tanımlandığı gibi sigorta tanzimi ya da gelir sigortası anlaşmaları primlerinin brüt miktarları ya da tüm risklere karşı diğer miktarlar %75’i aşıyor ise, vergilendirme yılı içerisinde herhangi bir gün, Amerikalı hissedarlar tarafından, tüm hisse gruplarında toplam tutarı %25’den fazla oy kullanma gücüne (veya hisselerin toplam değerinin %25’den fazlasına) sahip olunan (IRC 958 (a)’daki anlama göre) veya IRC 958 (b)’deki iştirak kurallarına göre sahip olunduğu kabul edilen kurumları da kapsar”.

yabancı bir kurumun hisse değeri veya oy kullanma hakkının yüzde 25’inden fazlasına sahip oldukları kurum, KEYK’dir³⁶³.

Bir kurumun KEYK olup olmadığının belirlenirken, değerin hesaplanmasında, sadece Amerikalı hissedarlar tarafından sahip olunan oranlar hesaba katılır³⁶⁴.

bbb) Örnek Kurgu

“Hintli bir kurum olan Nothing Ventured Ltd (NV) kurumunun birbiri ile bağlantısı olmayan hissedarları ve oy kullanma oranları şöyledir: Nothing Gained, Inc. (Yerel kurum) %35, Savindra (Yerleşik olmayan yabancı) %40, Wesley (Amerikan vatandaşı) %12, Butler (Yerleşik yabancı) %7, Clifton (Amerikan vatandaşı) %6.

Savindra’dan başka hepsi Amerikalı kişilerdir. Bununla birlikte, sadece Nothing Gained ve Wesley Amerikalı hissedarlar olarak belirlenen yüzde 10 eşğine ulaşmaktadır. Ancak bu iki hissedarın oy kullanma hakkının toplamı yüzde 47 olduğu için, NV, bu kişiler NV’nin hisse değerinin yüzde 50’den fazlasına sahip olmadığından, KEYK değildir³⁶⁵.

bb) Fiili Durum: Gerçek Anlamda Kontrol Sahibi Olma

aaa) IRC 957

Amerikalı hissedarlar tarafından oy kullanma hakkı veya hisse değerlerinin yüzde 50’den fazlasına sahip olmada “kontrol” kavramı, yabancı bir kurumun “kontrol edilen yabancı kurum teşkil edip etmediği” faktörünün belirlenmesinde rol oynar.

IRC 957 (a) maddesine göre; “*Bu alt bölümde yer alan “kontrol edilen yabancı kurum” kavramı, herhangi bir yabancı kurumun,*

³⁶³ Rhoades, Langer, s. 9: “İlgili kişi sigorta gelirinin” hesaplanmasında da yine eğer, ABD kişileri yabancı sigorta şirketinin değeri ya da oy kullanma hakkının toplamda yüzde 25 veya fazlasına sahip ise, bu yabancı kurum KEYK’dir. (IRC 953 (c)(1)(B), 953 (c)(1)(A))”.

³⁶⁴ Rhoades, Langer, s. 9.

³⁶⁵ Larkins, s. 245.

(1) oy kullanma yetkisi veren tüm gruptaki hissesinin toplam oy kullanma gücü tutarı veya

(2) hisse değeri tutarının yüzde 50'den fazlasına

Amerikalı hissedarlar tarafından, bu kurumun vergilendirme yılı içerisinde herhangi bir gün sahip olunan (IRC 958 (a)'daki anlamı ile) veya IRC 958 (b)'deki iştirak kuralları uygulandığında sahip olunduğu kabul edilen kurum anlamına gelmektedir”.

Ancak kimi zaman hissedarlar, özellikle oy kullanma konusunda sahip oldukları kontrollerini, başka yabancı yatırımcılara devredebilmektedirler. Oy kullanma hakkı devredilen yatırımcılara genellikle, vergilendirmeden kaçınmak için, ödeme şeklinde, sınırlı bir kar payı temin edilmekte; bununla birlikte yatırımcılar, çok dikkatlice seçilmektedir³⁶⁶.

bbb) Reg. § 1.957-1 (b)

IRC 957.madde ile ilgili ayrıntılı düzenlemelerin yer aldığı Reg. § 1.957-1(b)'de, “belirli durumlarda oy kullanma hakkının nominal dağıtımının, kontrolün gerçekliği ile çelişkili olduğu zaman, göz önüne alınmayacağı” hükme bağlanmıştır³⁶⁷.

³⁶⁶ a) <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967>
(3.2.2012): “Ancak halen daha kurum için, kontrol payını kaybetmek için büyük bir risk anlamına gelmektedir. Kurumların oy kullanma kontrollerinin yüzde 50'sini, Subpart F'den kaçınmak için devretmiş olmalarından dolayı, yabancı yatırımcılar, kurumun faaliyetlerini engelleyerek, bir uyuşmazlık durumuna neden olabilirler”.

b) Bischel, Feinschreiber, s. 86: “Yasa hükmünde Amerikalı hissedarın kontrol ettiği yurt dışındaki yabancı kurumda sahip olduğu oy kullanma hakkı ya da hisse senedi ile ilgili “gerçek durumun dikkate alınacağı” konusunda bir düzenleme yapılmamıştır; ancak uygulamada çok sık kullanıldığından ve çok fazla sayıda uyuşmazlık konusu olabileceği gerekçesi ile Yönetmelik'te örnekler gösterilmek suretiyle oldukça ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir”.

³⁶⁷ “Reg. 1.957-1 (b). Amerikalı hissedarlar tarafından kazanılmış toplam oy kullanma gücünün oranı (1)Toplam oy kullanma gücü anlamı – Bu maddenin (a) fıkrasına göre, Amerikalı hissedarların oy kullanma hakkı veren tüm hisse gruplarında gerekli olan toplam oy kullanma gücü oranına sahip olup olmadığının belirlenmesinde, her bir durumdaki şartlar ve olaylar bir bütün olarak gözüne alınır. Her bir durumda, yabancı bir kurumun Amerikalı hissedarlarının gerekli olan toplam oy kullanma gücüne sahip olup olmadıklarında, söz konusu kurumla ilgili olarak şunlar göz önüne alınır-(i) Eğer söz konusu kurumla ilgili genel olarak yerel kurumun yönetim kurulu tarafından sahip olunan kişileri seçme, atama veya yerini değiştirme gücünde çoğunluğa sahip iseler; (ii)Eğer söz konusu güce sahip hissedarlar tarafından herhangi bir kişi ya da kişiler seçilmiş ya da atanmış ise, bu hissedarların tam olarak söz konusu yabancı kurumun yönetim kurulu üyelerinin yarısını seçme gücüne sahip olduğu yerde veya bu kurulda görev dağılımı yapmada eşit oranda bölünmüş seçme gücünde belirleyici oya sahip olduğu ya da ortaya çıkabilecek herhangi bir

ccc) Örnek Kurgular

IRC Reg. § 1.957-1 (b) maddesinde aşağıdaki örneklere yer verilmiştir³⁶⁸:

“Örnek (1) : R yabancı kurumunun tedavüle çıkmış 2 grup hisse senedi var, A grubunda 60 hisse, B grubunda 40 hisse. Her bir gruptaki her bir hisse tüm kararlar için bir oy kullanma yetkisi veriyor. Amerikalı kişi E, A grubundan 51 hisse sahibidir. R kurumu, kontrol edilen yabancı kurumdur”.

“Örnek (3): Amerikalı kişi olan M, Üyesi olduğu R yabancı kurumunun %51 payına sahiptir. Bu kurum, yerel bir kurum olsa idi, şirket olarak vergiye tabi tutulacaktı. Kurumdaki kalan %49 pay, hiçbiri Amerikalı kişi olmayan diğer 7 üye tarafından kazanılmıştır. R kurumunun birlik genelgesinde, şirketle ilgili olarak sadece normalde yerel şirketin yönetim kurulu tarafından kullanılan yetkileri kullanacak bir yönetici belirlenmiştir. Bu yönetici tüm üyelerin oybirliği kararı ile seçilecektir. M’nin kurumun

anlaşmazlık süresince genel olarak yönetim kurulu tarafından kullanılan yetkileri kullandığı yerde veya (iii) Genel olarak yerel kurumun yönetim kurulu tarafından kullanılacak olan yetkiler, sözkonusu yabancı kurum ile ilgili olarak bu hissedarların sahip olduğu seçme, atama veya yer değiştirme hakları ile ilgili seçtikleri kişi tarafından kullanılıyor ise. (2)Şekli Oy Kullanma Gücünün Değişmesi Yabancı bir kurumun Amerikalı hissedarlarının yokluğunda, şekli oy kullanma hakkını değiştiren herhangi bir anlaşma gerçek bir oy kullanma hakkının elde tutulduğu etkiyi göstermeyecektir. Oy kullanma yetkisi veren hissenin sırf sahibi olmak kendi başına bir hissedarın 957.maddeye uygun biçimde oy kullanma yetkisi veren hisseler gibi hisselerle sahip olduğunu göstermez. Örneğin, doğrudan veya dolaylı herhangi bir hissedarın hissesinin oy kullanma hakkı olmayacağına veya sadece belirli biçimde oy kullanacağına ya da toplam oy kullanma hakkının %50’den fazla olmayan hisseye sahip olan hissedarların normalde hissedarların çoğunluğu tarafından sahip olunan oy kullanma yetkisini kullanacağına dair herhangi bir anlaşma var ise, bu durumda esasında oy kullanma hakkına sahip hissedarların değerlendirilmesinde oy kullanma yetkisinin küçük hissedarı dikkate alınmayacaktır ve bu değerlendirme sözkonusu anlaşmanın temelinde yapılacaktır”.

³⁶⁸ **“Örnek (2) :** S yabancı kurumunun tedavüle çıkmış, A grubundan 60 hisse, B grubundan 40 hisse ve C grubundan 200 hisse olmak üzere üç hisse grubu vardır. A grubunun çoğunluk hissedarlarının 10 şirket yöneticisinden 6’sını seçme yetkisi var, B grubu hissedarların çoğunluğunun da 10 yöneticiden 4’ünü seçme yetkileri var. C grubunun seçme yetkisi yoktur. Amerikalı kişi olan D, C grubundaki tüm hisselerin sahibidir. Aynı zamanda A grubundan 31 hisse sahibidir ve hissedar olarak 6 yönetim kurulu üyesi seçebilir. Ne A grubundan kalan hisseler ne de B grubundaki 40 hisse, 958.maddedeki anlamı ile Amerikalı kişi tarafından kazanılmış ya da kazanılmış kabul edilemez. A grubundaki 31 hissenin sahibi olduğundan ötürü D, 6 yönetici seçmek için yeterli oy kullanma gücüne sahiptir, D seçme hakkı veren tüm gruplardaki hisse senetlerinin toplam oy kullanma hakkının %50’den fazlasına sahiptir ve S kurumu kontrol edilen yabancı kurumdur”.

“Örnek (4): Yerel şirket M, bir üye olan S yabancı kurumunun %49 payına sahiptir. Bu kurum, eğer yerel bir şirket olsa idi, şirket olarak vergiye tabi tutulacaktı. S kurumu, Y yabancı ülkesinin hukuk kuralları altında kurulmuştur. S kurumunun kalan %51 payı Amerikalı kişi olmayan kişiler tarafından kazanılmıştır. S kurumunun organizasyon sözleşmesinde Y ülkesinin vatandaşı ve orada ikamet eden, M kurumunun bazı ülkelerdeki yabancı işlemler sorumlusu olarak çalışanı B, veya M şirketinin, başarı sağlayan herhangi birini bu sıfatla yönetici olarak atayabileceği belirlenmiştir. Yönetici, S kurumu ile ilgili olarak, normalde yerel şirketin yönetim kurulunun yetkisinde olan tek bir yetkiye sahiptir. M şirketi B’nin yerini değiştirme ve başarılarından dolayı S kurumuna yönetici olarak atamak takdir yetkisine sahip olduğu için S kurumu, kontrol edilen yabancı kurumdur”.

%51 payını kazanmasından dolayı, sadece yönetici seçme konusunda diğer üyeler ile birlikte seçme yetkisi bulunmasına rağmen, R kurumunun oy kullanma hakkı veren tüm grup hisselerinin toplam %50'den fazla oy kullanma yetkisini kazandığı kabul edilecektir. R kurumu, kontrol edilen yabancı kurumdur”.

IRC Reg. § 1.957-1 (b) maddesinde ayrıca ortaklar arasındaki zımni anlaşma örnekleri³⁶⁹ ve halka açık şirketler ile sigorta şirketlerine³⁷⁰ dair örnekler de yer alır.

³⁶⁹ “**Örnek (5):** Amerikalı kişi olan N, yabancı kurum R’nin sadece hisse senetli sermaye grubunun tedavüle çıkarılmış hisse senetlerinin %50’sine sahiptir. Ayrıca tedavüle çıkarılmış hisse senetlerinin %48’ine yabancı kurum S tarafından sahip olunmuştur. Kalan %2 hisse ise T yabancı ülkesinin vatandaşı ve mukimi ve düzenli olarak N’nin T ülkesindeki işlerinin idaresi ile ilgili danışmanlık yapan P tarafından kazanılır. R kurumunun tüm tedavüle çıkarılmış hisse senetli sermaye hisseleri, hamiline hisse senetleridir. P’ye hisse senedi ihraç edildiği sırada, P yediemin nezdindeki bazı hisseler için hisse senedi ilmi haberlerine N’nin kullanımına izin verir. N, birçok kez P’nin izni ile bazı hisseleri yediemininden alır ve bir defasında hisseleri kredi almak için teminat olarak kullanır. Kar paylarına rağmen, ödeme zamanı geldiğinde, P’ye payları ödenir, N’ye yasal ücret için ödemeleri bazı hisseler üzerinden ödenen kar paylarının miktarından düşürülür. P’nin hisselerini hissedarlar toplantısında seçmesine rağmen, yukarıdaki olaylar, P ile N arasında N’nin aslında daha fazla hisseyi elinde tutacağına dair zımni bir anlaşma olduğunu gösterir. N, P tarafından sahip olunan hisseye bağlı olarak görünüşte oy kullanma hakkını kazandığı kabul edilir ve R kurumu, kontrol edilen yabancı kurumdur”. **“Örnek (6):** M, Amerika’da bütün ürünlerini yabancı tüketiciler için, ilgili kişi olmayan ya da Amerikalı kişi olan N aracılığıyla dağıtan üretici bir firma olup, ürünleri M şirketinden alan ve N’ye satan yabancı S şirketini kurar. S ve M şirketleri aynı yöneticilere sahiptirler. S şirketinin tedavüle çıkarılmış sermaye hisse senedi A grubunda, şirketin feshi için hisseye bağlı olarak oy kullanmak haricinde oy kullanma hakkı vermeyen 100 \$ nominal değerli 10.000 adet hisse ve tamamı oy kullanma hakkı veren nominal değeri olmayan 500 adet B grubu hisseden oluşur. Tedavüle çıkarılmış hisselerin her grubu herhangi bir kar payındaki temettü için hisseye iştirak etme temeline dayanır. A grubu hisselerin, B grubu hisse ile birlikte kar payı temelinde hisse üzerinde tüm diğer malvarlıkları üzerinde, iştirak hakkı gibi nominal itibari değeri kapsamında şirketin feshinde aktif malvarlığı üzerinde rüçhan hakkı vardır. Tüm A grubu hisseler M şirketine sahip olduğu 1 milyon \$ değer karşılığında verilir (M için çıkarılmıştır). B grubunun 300 adet hissesi 3.000 \$ nakit karşılığında N’ye ve 200 hissesi 2.000 \$ nakit karşılığında M şirketine verilir. Hissedarlar kurulunda N asla önemli konularda M şirketinin aksinde bir oy kullanmaz. S şirketinin ortalama yıllık kazancı \$ 200.000’dır, eğer S kontrol edilen yabancı kurum olarak kabul edilecekse tüm bu gelirler subpart F geliri olacaktır. Tüm bu kazançlar hesaplanır. N’nin görünürde S şirketinin B grubundaki 300 adet hisse sahipliği nedeniyle %60 oy kullanma gücüne sahip olmasına rağmen, S şirketi tarafından ödenebilecek kar paylarında sadece yaklaşık % 3 hakkı olacaktır, ayrıca S şirketinin tasfiyesi üzerinde, N, S’nin malvarlığında M şirketinin A grubu 10.000 adet hisselerinin itibari değerlerini veya 1 milyon \$ almasından sonra hak sahibi olur. Sonuç olarak N tarafından sahip olunan oy kullanma gücü esasında S şirketinin kazançlarının belirli bir orana sahip hissesinden daha büyüktür. Ayrıca yukarıdaki olaylar N’nin oy kullanma hakkını bağımsız olarak kullanmadığını ve sermaye değeri anlaşmasının öncelikli amacının S şirketinin kontrol edilen yabancı kurum sınıflandırmasından kaçınmak olduğunu göstermektedir. Bu nedenlerden dolayı, görünüşte B grubuna verilmiş olan oy kullanma gücüne, M şirketi tarafından sahip olunduğu kabul edilecektir ve S şirketi kontrol edilen yabancı kurumdur”.

³⁷⁰ “**Örnek (7):** Bir grup hisse senedi sermayesinin 100 hissesini tedavüle çıkarmaya yetkili olan yabancı kurum A, her biri 1.000 \$ değerinde, 45 hisseyi yerli kurum M’ye, 45 hisseyi yabancı kurum B’ye ve 10 hisseyi yabancı kurum C’ye verir. Bir banka olan C kurumu, A kurumunun işlemlerinin finansmanı için 3 milyon \$ kredi verir. Bu finansal anlaşma görüşmesinde C kurumunun yetkilisi olan D ve M kurumunun yetkilisi olan E, sözlü olarak C kurumunun hisselerinin oy kullanma gücünü M kurumunun direktiflerine göre kullanacağı konusunda anlaşır. Bu sözlü anlaşma dolayısıyla M kurumu, görünüşte C kurumunun sahip olduğu oy kullanma gücünü kazanır ve A kurumu, kontrol edilen yabancı kurumdur”. **“Örnek (8) :** Önceki

c) Kontrol Ölçütleri

aa) Oy Kullanma Hakkı

Hissedarlar, kurumlarla ilgili yasal düzenlemelere göre, yıllık olağan genel kurul toplantıları veya belirli zamanlardaki genel kurul toplantılarına katılma ve hissesi ile bağlantılı oranda oy kullanma hakkına (voting power) sahiptirler. Bu toplantıların hissedarlar açısından, her ne kadar farklı konularda seçim yapabilseler de, temel amacı, şirket yöneticisini seçmektir³⁷¹.

“Hissedarların, oy kullanmaları, yöneticileri seçmelerine ek olarak şirketi etkileyen başka konuları da içermektedir. Bunlardan en önemlileri şunlardır:

- Şirket sözleşmesindeki değişikliği onaylama veya reddetme
- Başka bir şirket ile birleşmeyi onaylama veya reddetme
- Şirketin olağan iş sürecinde bulunmayan tüm önemli ölçüdeki malvarlığının satışını onaylama veya reddetme
- Şirketin isteğe bağlı feshini onaylama veya reddetme

vergilendirme yılında bir yabancı kurum olan JV, genel oy kullanma hakkı veren A grubundan 1000 hisse ve oy kullanma hakkı olmayan imtiyazlı B grubundan 1000 hisseyi tedavüle çıkarmıştır. Yerli kurum DP ve yabancı kurum FP, her ikisi de hem A hem de B grubu hisselerden 500 hisse almış ve JV'nin 10 yönetim kurulu üyelerinden 5'ini seçmiştir. JV'nin, önceki vergilendirme yılının herhangi bir gününde kontrol edilen yabancı kurum olmadığı diğer durum ve şartlar vardı. Mevcut vergilendirme yılının ilk gününde DP, FP'den B grubu hisseden 1 pay satın almıştır. JV, bunu izleyen günde kontrol edilen yabancı kurumdur; çünkü kurumun toplam değerinin %50'den fazlası 951 (b) maddesindeki Amerikalı hissedarı tarafından kazanılmıştır”. “**Örnek (9)** : 8.örnekteki ile aynı durumlarda FP'nin hissesinin halka açık şirket olması hariç, FP'nin bir grup hissesi vardır ve mevcut vergilendirme yılının ilk gününde DP, FP'nin hissesinden, FP'den JV'nin bir grup payını satın almak yerine yabancı menkul kıymet borsasından FP'nin bir pay satın almıştır. JV takip eden günde kontrol edilen yabancı kurum olur; çünkü şirketteki toplam değerinin %50'den fazlası 951(b) maddesindeki Amerikalı hissedarı tarafından kazanılmıştır”. “**Örnek (10)** : Yabancı kurum X, Y ülkesi kanunları altında kurulmuştur. Y ülkesi kanunları altında X karşılıklı sigorta şirketi olarak kabul edilmektedir. X, sigorta ettirenin kurumun yöneticilerini seçme hakkını, tasfiye halinde ödedikleri sigorta primleri ile orantılı olarak malvarlıklarından pay alma hakkı ve sigorta ettirenin ödemiş olduğu sigorta primleri ile orantılı olarak kar alma hakkını içeren sigorta poliçelerini ihraç eder. Sadece sigorta ettirenler yöneticileri seçmede oy kullanma hakkı, tasfiye halindeki malvarlıklarından pay alma ve kar alma hakkını haizdirler. ABD sigorta ettirenleri sigorta primlerinin %25 ile iştirak ederler ve yönetim kurulunu seçme haklarının %25'ine sahiptirler. Bu olaylara dayanarak, US sigorta ettirenleri gerekli olan toplam oy kullanma gücünün ve değerini (malvarlığının) kazanarak Amerikalı hissedarıdır. Sonuç itibarıyla de, X, 953 (c) maddesindeki sigorta gelirleri ile ilgili kişi tanımına göre kontrol edilen yabancı kurumdur”.

³⁷¹ <http://corporations.uslegal.com/shareholder-rights/shareholder-meetings-and-voting-rights/> (22.07.2012).

- Bazı yöneticilerin çıkar çatışmalarının olduğu yerde, şirket işlemlerini onaylama veya reddetme

- Şirketin kuruluş sözleşmesi ya da yönetmeliklerine yeni hükümler eklenmesini onaylama veya reddetme

- Şirketin yönetim ve idaresi hakkında yönetim kurulu başkanına bağlayıcı olmayan önerilerde bulunmak³⁷².

bb) Hisse Değeri

IRC 7701.maddesine göre “*hisse (stock) terimi, kurum, anonim şirket ve sigorta şirketlerindeki hisseleri kapsar*” ve adi veya imtiyazlı ya da oy kullanma hakkı versin ya da vermesin, bir kurumdaki sermaye payını³⁷³ ifade eder.

IRC 957.maddeye göre, yabancı bir kurumun yüzde 50’den fazla toplam hissesine sahip olunması, yasadaki diğer şartların da mevcut olması şartıyla, sözkonusu kurumun KEYK olarak nitelendirilmesi sonucunu doğurur.

d) Kontrol Zamanı

Yabancı bir kurumun KEYK statüsü, mali yılı (fiscal year) süresince çok kısa olabilir, ama eğer bu statü, kurumun mali yılı süresince bir gün bile mevcut ise, kurum KEYK olarak sınıflandırılır³⁷⁴. Bu hesabın bir miktar yanıltıcı olabilmesine karşın, eğer yabancı kurum, vergilendirme yılı boyunca birbiri ardına 30 gün süresince KEYK değil ise, hiçbir Amerikalı hissedar, zımni kar paylarından dolayı vergiye tabi olmayacaktır³⁷⁵.

³⁷² <http://corporations.uslegal.com/shareholder-rights/> (22.07.2012).

³⁷³ WG & L Tax Dictionary, s. 744.

³⁷⁴ Postlewaite, Donaldson, s.252: “KEYK statüsünün sadece eğer Amerikalı hissedarlık eşiği, vergilendirme yılının herhangi bir gününe rastlamış ise meydana geleceğinin belirtilmesi önemlidir. Aslında, kurum yılın büyük bir kısmında KEYK olmayabilir. Yabancı bir hissedarın, hissesinin satış ya da ödenmesi ile hissedarlığın değişmesi, Amerikalı hissedarlar tarafından “vergilendirme yılı süresince herhangi bir günde” zorunlu hissedarlık sonucunu meydana getirebilir. Bununla birlikte, KEYK statüsü, kurum gelirinin Amerikalı hissedarlara isnat edilmesini mümkün kılar. KEYK geliri, sadece eğer yabancı kurum, vergilendirme yılın boyunca kesintisiz olarak 30 gün ya da daha fazla KEYK olarak kalmış ise, bunların hissedarlarına atfedilir”.

³⁷⁵ Rhoades, Langer, s.10.

2. Özel Ölçüt: Kontrol Edilen Yabancı Kurumdan Kaçınma

Yönetmelik'te § 1.957-1(b) maddesi ile ayrıntılı biçimde düzenlenmiş ve yukarıda “Fiili Durum” başlığı altında incelediğimiz, “kontrol sahibi olmada gerçekliğin araştırılacağı” düzenlemesi, esasında, kontrol edilen yabancı kurumun “kontrol testinde” kullanılan özel ölçüttür.

Yasalardan kaçınma amacıyla, kurumlar, “yüzde 50” sahiplik şartının oluşmaması amacıyla, gerçekte sahip oldukları kontrol araçlarını başkalarına devretmek suretiyle KEYK düzenlemelerine tabi olmaktan kaçınabilmektedirler ve bu konuda en çok kullanılan kontrol ölçütü, oy kullanma haklarıdır.

KEYK hükümlerinden kaçınmak amacıyla, bir yöntem olarak, genellikle yabancı kurumlara, oy kullanma hakkı veren imtiyazlı hisse çıkarılması seçilmiştir. Ancak bu imtiyazlı hisseler, hissenin oy kullanma gücü ile karşılaştırıldığında oldukça az değere sahiptir³⁷⁶.

Yönetmelik'te ayrıntılı biçimde düzenlenen özel oy kullanma anlaşmaları³⁷⁷, açık veya örtülü ve birden fazla hisse gruplarının sahipliği kapsamında, gerçek oy kullanma hakkını³⁷⁸ tespit edebilmek için dikkatlice incelenecektir³⁷⁹.

KEYK hükümlerinden kaçınmak için kullanılabilecek bir başka ihtimal, ABD'de yerleşik kişiler ya da vatandaşlar arasında, hissedarların Amerikalı hissedar tanımına girmemesi şeklinde, hissedarlığın dağıtıldığı daha az elverişli planlama tekniklerini

³⁷⁶ Bischel, Feinschreiber, s.87.

³⁷⁷ Moroğlu Erdoğan, **Oy Sözleşmeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Gözden Geçirilmiş 4.Baskı, s. 148: “Oy kullanma taahhüdünü içeren oy sözleşmeleri, ABD ortaklıklar hukukunda 19.yüzyıl ortalarından beri bilinmekte ve “voting agreement” veya “voting pool” şeklinde yaygın olarak kullanılmaktadır”.

³⁷⁸ Postlewaite, Donaldson, s.250, dipnot 33 : “Yönetmelik hükümleri, “kontrolün” bazı “kendisine ait, (*per se*)” kurallarını ortaya koyar. Örneğin, IRC 957.maddedeki oy kullanma hakkının zorunlu ölçüsü, “Amerikalı hissedarların yönetim kurulu üyelerinin (veya benzer biçimde idari organların) çoğunluğunu seçme, atama, yenisi ile değiştirme hakkına sahip olduğu” yerdeki tüm olaylara uygulanır”; Postlewaite, Donaldson, s.251, “Hissedarlar, bu yetkiye sahip olmasalar bile, eğer yönetim kurulu (ya da benzerleri) hissedarların çoğunluğunun oyları ile seçilmek zorunda ise ve Amerikalı kişiler hisselerin çoğunluğuna sahip iseler, kurum yine KEYK olacaktır”; Rhoades, Langer, s. 9: “Bir hissedarın aşağıdaki hakları veren hisse grubuna sahip olması halinde, Amerikalı hissedar olarak değerlendirilmesi kabul edilmektedir: (1) Yönetim kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçme hakkı (2)Yöneticilerin tam olarak yarısını seçme hakkı veren hisse grubunun olduğu yerlerde, eşit oyları bozabilecek bir kişi tayin etmek, (3)Yönetim kurulu üyelerine normalde yedek olma hakkına sahip bir kişi seçmek ya da tayin etmek”; Reg. 1.957-1 c.

³⁷⁹ Postlewaite, Donaldson, s.250, dipnot 33.

kullanılmasıdır (yani, her biri oy kullanma hakkı veren hissenin, yüzden ondan daha azına sahip olmak şeklinde). Sonuç olarak, eğer birbiri ile ilişkili olmayan 11 hissedar, bir kurumun hisselerine eşit olarak sahip ise, o kurum, KEYK olmayacaktır³⁸⁰.

IV. Nitelendirme

IRC Yönetmelik hükümlerinde getirilen hükümler, “kontrol sahibi” olma konusunda sadece nesnel ölçütlerin değil, “fiili durumun da dikkate alınması gerektiğini” ifade etmektedir ve aslında bu düzenleme, ABD vergi hukukunda “özün şekle üstünlüğü-substance-over-form” yaklaşımını yansıtmaktadır.

Özün şekle üstünlüğü ilkesinin ortaya koyduğu temel kural, işlemlerin vergisel sonuçları belirlenirken, bunların –çoğu zaman yükümlülerin tercihlerine göre şekillenen- hukuki görünüşleri yerine ekonomik sonuçları ile değerlendirilmeleri gerektiğidir ve bu ilke dayanağını 16.Anayasa Değişikliği’nde bulur³⁸¹.

ABD Yüksek Temyiz Mahkemesi, Weiss v.Stearn³⁸² kararında ilkeyi şöyle ifade etmiştir: “Vergilendirme ile ilgili sorunlar, tarafların beyan ettikleri amaçlarından çok gerçekten de ne yapıldığına bakılarak belirlenmelidir ve gelir vergisi uygulanırken olayların özüne bakılmalıdır, sadece biçimlerine değil”³⁸³.

“Özün şekle üstünlüğü ilkesi (substance over form) ve iş amacı ilkeleri (business purpose)”³⁸⁴, 2010 yılında kabul edilen “Sağlık Hizmetleri ve Eğitimin Finansmanı Barışı

³⁸⁰ Postlewaite, Donaldson, s.251: “Ayrıca, hisse paylarında, ağırlıklı oy kullanma, toplam oy kullanma, gayri kabil-i rücu vekaletnameler veya özel veto yetkisi veren konular aracılığı ile tekel yaratma teşebbüsleri, hissedarlık ölçüsünün oluşup oluşmadığının belirlenmesinde özel bir öneme sahip olabilir. Ancak bu gibi durumlarda Yönetmelik hükümleri gereği, “kontrol testi” gerçek duruma göre bir değerlendirilecek, yani “özel ölçüt” kullanılarak Amerikalı hissedarlara, KYEK statüsünün getireceği vergisel yükler yüklenecektir”.

³⁸¹ Akçaoğlu, Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi, s. 173; Kozusko Donald D., Vetter Stephen K., “*Respect For “Form” As “Substance” in U.S. Taxation of International Trusts*”, **Vanderbilt Journal of Transnational Law**, Vol: 32, s. 676: “Substance over form” doktrini olmaksızın ABD vergi sisteminin nasıl işlediğini anlamak çok zor olacaktır”.

³⁸² <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/265/242/>: (265 U.S. 242 (1924), (20.11.2012).

³⁸³ Donaldson Bruce J., “*When Substance-Over- Form Argument is Available to The Taxpayer*”, **Marquette Law Review**, Volume:48, Issue: 1, Summer: 1964, Article 4, s. 42.

³⁸⁴ Faber L. Peter, “*Business Purpose and Economic Substance in State Taxation*”, http://www.mwe.com/info/pubs/TaxAnalysts_State.pdf (20.11.2012); Kozusko, Vetter, s. 678; Akçaoğlu, Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi, s. 175: “İş amacı ilkesi, vergi yükümlüsünün bir işleme katılmadaki amacını sorgular ve sadece vergisel yarar elde etme dışında herhangi bir iş amacı da olup olmadığını bulmaya çalışır”.

Yasası (Health Care and Education Affordability Reconciliation Act of 2010)³⁸⁵ ile “ekonomik öz doktrini (economic substance doctrine)” başlığı altında IRC 7701 maddesine (o) fıkrası olarak eklenmiştir.

Söz konusu IRC 7701 (o) madde düzenlemesi şöyledir:

“Ekonomik öz doktrini ile ilgili, bir işlem ancak şu hallerde ekonomik özünün olduğu kabul edilir:

A) İşlem, mükellefin ekonomik durumunu (Federal gelir vergisi etkilerinden ayrı olarak) anlamlı bir biçimde değiştirmelidir ve

B) Mükellefin söz konusu işleme dahil olmak için (Federal gelir vergisi etkilerinden ayrı olarak) temel bir amacı olmalıdır”.

Özün şekle önceliği prensibi, IRC metninin teknik okunması ile erişilen sonuçları aşabilmektedir ve söz konusu prensibin üç sacayağı vardır: Yasa, fiili olay ve yargı³⁸⁶.

Dolayısıyla, IRS ve mahkemeler, “özün şekle üstünlüğü ilkesini” yükümlülerin vergiden kaçınma/ vergi kaçırma amacıyla geliştirdikleri işlemleri analiz edip, yeniden nitelendirmek için sıklıkla kullanılmaktadır. Yükümlüler de aynı ilkeleri taraf oldukları işlemlerin istenmeyen vergisel sonuçlarından kaçınmak için kullanabilirler³⁸⁷.

KEYK uyuşmazlıkları ile ABD mahkemeleri tarafından “özün şekle önceliği” kapsamında nitelendirme tartışması yapılan en önemli davalar ile ilgili özet açıklamalara aşağıda yer verilmiştir:

³⁸⁵ [http://www.govtrack.us/congress/bills/111/hr4872/text: HR 4872 \(11 th\)](http://www.govtrack.us/congress/bills/111/hr4872/text:HR_4872_11th), 25.8.2010. (20.11.2012).

³⁸⁶ Madison Allen D., “*The Tension Between Textualism and Substance Over Form Doctrines in Tax Law*”, **Santa Clara Law Review**, Vol:43, 2003, s. 717.

³⁸⁷ Akçaoğlu, Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi, s. 183: “Vergi idaresi gibi yükümlülerin de özün şekle üstünlüğü ilkesi ve onu tamamlayan diğer ilkelerden yararlanıp yararlanamayacağına ilişkin tartışmalarda, ilkelerin vergilendirme sürecinin her iki tarafı için de geçerli olduğunu ifade etmek için zaman zaman “iki yönlü yol (two way street)” benzetmesi kullanılmaktadır. Ancak bu iki yönlü yol, Estate of Rogers v. Commissioner davasında; “vergi idaresi bakımından yokuş aşağı inen, yükümlü açısından da yokuş yukarı çıkan bir yol” olarak ifade edilmiştir”.

1. Garlock Inc. v. Commissioner of Internal Revenue

Garlock Inc. bir ABD şirketidir ve Aralık 1962 süresince Panamalı Garlock S.A. şirketin hisselerinin yüzde 100'üne sahiptir. 4 Aralık 1963'de şirketin başkanı, yönetim kurulu üyelerine Garlock S.A'da hisse değişimi ile ilgili bir rapor sunar. Bu rapor, IRC'da 1962 yılında getirilen ve KEYK'in 1 Ocak 1963 sonrasındaki kazançlarını vergilendiren (Subpart F gelirleri) hükümleri referans göstererek, kazançlarının kar payları olarak ülkesine getirilip getirilmeyeceğine ilişkindir³⁸⁸.

“Kararda; “Yönetmeliklere göre, eğer gerçek durumu yansıtmayan bir usul var ise, oy kullanma kontrolünün resmi bir biçimde Amerikalı hissedar olmayan kişilere transfer edilerek KEYK olarak belirlenen düzenlemelerden kaçınma teşebbüsleri, etkili olmayacaktır³⁸⁹. Sonuç itibariyle eğer, resmi olmayan ancak kurumu kontrol etmek için gerçek güç, Amerikalı kişide kalmaya devam ediyor ise, söz konusu kişinin, kurumun oy kullanma kontrolünü elinde tuttuğu kabul edilecektir” değerlendirme yapılmıştır³⁹⁰.

2. Kraus v. Commissioner of Internal Revenue

“IRC 957(a) maddesi ile ilgili uyuşmazlığa konu olan olay şöyledir³⁹¹: “Liechtenstein Scientific Periodicals Enterprises, Ltd. şirketinin hisse senetlerinin tamamına Kraus ailesi (Hans B.Kraus, eşi Hanni ve beş çocukları) tarafından

³⁸⁸ <http://www.andrewmitchel.com/charts/garlock.pdf> (20.11.2012); <http://openjurist.org/489/f2d/197/garlock-inc-v-commissioner-of-internal-revenue> (10.12.2012) : “IRC 957 (a) ve 951.maddelere aykırılık iddiaları ile açılmış olan bu davada, 58 T.C.423 Vergi Mahkemesi'nin (Tax Court) davacı hakkında vermiş olduğu karar temyiz edilmiştir. Raporda yer alan ifade şöyledir: “Garlock SA.'nın bundan böyle Vergi Yasası'nda tanımlanan kontrol edilen yabancı kurum niteliğinde olmaması ve vergi sonucundan kaçınmak için sermaye durumunun ve oy kullanma haklarının değiştirilmesi zorunludur”. Rapor Garlock S.A.'ya “elindeki bu hissenin (imtiyazlı hisse) amaçlarımızı bilen ve bizim için yeterli miktarda bir kar payı- yaklaşık % 8 karşılığında kendi hisselerinde oy kullanmaya gönüllü yabancı yatırımcılara verilmesi” için hazırlık yapılması amacıyla gönderilmiştir”; Avi-Yonah, Ring, Brauner, s.284-290: “2.Bölge Adliye Mahkemesi (United States Court of Appeals, Second Circuit) tarafından yapılan temyiz incelemesinde; “bir Panama şirketi olan ve esasında tamamına davacının bağlı ortaklığı tarafından sahip olunan Garlock, S.A.'nin, IRC 957 (a)'daki anlamı ile kontrol edilen yabancı kurum olduğu ve 951.maddeye göre, KEYK'nin Amerikalı hissedarlarının, 952.maddede tanımlandığı gibi, şirketin “subpart F gelirinin”, gelirin hissedarlara dağıtılmış olup olmadığına bakılmaksızın, hissesi ile orantılı payının gelir vergisine dahil edilmesi gerektiği” değerlendirmesi yapılmıştır. Bu davada Garlock S.A.'nın tüm gelirlerinin Subpart F geliri olduğunda ve davacının 951 (b)'deki anlamı ile “ABD hissedarı” olduğunda hiçbir tereddüt bulunmamakta idi. Garlock davası, Amerikalı hissedarların kurum üzerindeki kontrollerini kaldırmaya teşebbüs ettikleri durumda, sermaye yapısının yeniden nitelendirilmesine ilişkin bir davadır”

³⁸⁹ Rhoades, Langer, s. 10; IRC § 1.957-1 (b)(2).

³⁹⁰ Rhoades, Langer, s. 10.

³⁹¹ <http://openjurist.org/490/f2d/898/kraus-v-commissioner-of-internal-revenue> (2.2.2012); Larkin, s., 252.

31.10.1962’de sahip olunmuş ve 9.11.1962’de şirketin ismi Kraus Reprint Ltd. şirketi (KRL) olarak değişmiştir. Şirketin öz sermayesi 100.000 İsviçre Frankı (SFr) ve her biri 1000 SFr değerinde 100 adi hisse senedinden oluşmakta idi. 12.12.1962’de sermayede esaslı değişiklik için olağanüstü genel kurul toplantısı yapılmasına karar verildi.

Genel Kurul toplantısında, KRL’nin esas sermayesi 100.000 SFr’den 200.000 SFr’ye çıkarılmış, herbirinin değeri 100 SFr olan hamiline 1.000 adi hisse senedi ve herbirinin değeri 1.000 SFr olan %8 değerinde kayıtlı 100 imtiyazlı hisse³⁹² çıkarılmıştır. Şirket ana sözleşmesi 10 adi hissenin 1 oy kullanma hakkına ve imtiyazlı hisselerin herbirinin de 1 oy kullanma hakkına sahip olacağı şeklinde değiştirilmiştir. Sonuç itibarıyla, adi hisse ve imtiyazlı hisse sahipleri oy kullanma hakkının yüzde 50’sine sahip duruma gelmişlerdir. Aynı Genel Kurul toplantısında şu kararlar da alınmıştır:

(1) İmtiyazlı hisse “sadece yönetim kurulu üyelerinin izni ile “transfer edilebilir” ve “önemli gerekçelere dayalı olarak” yönetim kurulunca izin verilmeyebilir.

(2) İmtiyazlı hisseler, nominal değeri ve ayrıca ödeme günündeki geçmiş ve mevcut kar payları üzerinden, üç aydan az olmamak şartıyla yapılacak ilandan sonra şirket tarafından geri ödenebilir veya bedeli verilerek geri alınabilir.

Mahkeme³⁹³, mükellefin hiçbir zaman kurumdaki oy kullanma kontrolünü kaybetme niyetinde olmadığı ve imtiyazlı hissedarların kendi hisseleri ile nominal olarak elde ettikleri oy kullanma güçlerini kullanma niyetlerinin olmadığı sonucuna varmıştır.

³⁹²BlomstandMaria,http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967 (2.2.2012): “Burada imtiyazlı hisse (prefence share) ile kastedilen, genellikle oy kullanma hakkı bulunmayan ve eğer şirket tasfiyeye girerse, kar paylarını öncelikle alma ve kendisine öncelikle ödeme yapılan hisseleri ifade etmektedir”.

³⁹³BlomstandMaria,http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967 (2.2.2012): “Kraus ailesindeki mükelleflerin hepsi ABD’de mükelleftir ve hep birlikte oy kullanma hakkı veren hisselerin yüzde 50’sine sahiptirler. Yabancı yatırımcılar ise kalan yüzde 50 hisse ile temsil edilmektedirler. Mükellefler, şirketin KEYK olmadığını çünkü yüzde 50 hissesine yabancıların sahip olduğunu iddia etmişlerdir. Vergi Mahkemesi, KRL’nin yüzde 50 hissesine tamamı ABD hissedarı olan adi hisse senedi hissedarlarınca sahip olduğunu kabul etmiştir. Diğer yüzde 50’ye ise hiçbir ABD hissedarı olmayan imtiyazlı hissedarlar tarafından sahip olunmuştur. Vergi mahkemesi, imtiyazlı oy kullanma hakkı veren hisse senetlerinin, sadece IRC 957.maddedeki hükme uygunluğun sağlanması için kullanılan bir araç olduğunu ve gerçekte KRL’nin KEYK olduğuna hükmetmiştir. Davacı, “oy kullanma hakkı veren tüm hisselerde yüzde 50 hissedarlık sınırının aşılmadığını, IRC 957 (a) maddesini açık ve kesin bir dille gerçek oy kullanma hakkına bakılmaksızın hisse sahipliğinde matematiksel testin uygulanmasını gerektirdiği” iddiasıyla kararı temyiz etmiş ve 2.Bölge Adliye Mahkemesi (United States Court of Appeals, Second Circuit) tarafından temyiz incelemesi yapılmıştır”.

Eğer bir anlaşma gerçekte kurumdaki kontrolü değiştirme anlamında değil ise, büyük ihtimalle bunun amacı, kurumu “kontrol edilen yabancı kurum” olarak etiketlenmesinden kaçınmaktır. Bir kurumun KEYK olup olmadığının belirlenmesinde temel gösterge, çoğunlukla hissedarlar arasındaki ilişkinin bulunmasıdır. Mevcut davada, yeni imtiyazlı hissedarlar, kurumun faaliyetlerinin kontrolünde müdahalede bulunmayacak şekilde seçilmiştir. Herhangi bir muhalif hissedarın hisselerini nominal değer üzerinden geri almasına rağmen bu problemi ortadan kaldıracak, oy kullanmadaki çıkmazdan kurtarmak için, herhangi bir anlaşma bulunmamaktadır. İmtiyazlı hissedarlar bir defa hariç hiçbir toplantıda bulunmamışlardır. 2.Bölge Adliye Mahkemesi, bahsi geçen bu tek bir faktör değil iken, tüm gösterilenlerin ardında hiçbir şüpheye yer bırakmayacak derecede kurumun “kontrol edilen yabancı kurum” olduğunu göstermede kendi başına yeterli olabileceğine karar vermiştir³⁹⁴.

3. Koehring Company, a Wisconsin Corporation, Plaintiff-Appellant, v. ABD of America, Defendant-Appellee

“Koehring şirketinin IRC 957. maddesi anlamında KEYK olup olmadığı ile ilgili davada uyuşmazlık konusu olay³⁹⁵; resmi olmayan anlaşma ile Koehring’in KOS’un fiili

³⁹⁴BlomstandMaria,http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967 (2.2.2012): “Bakanlık Yönetmelikleri, ayrıca, Amerikalı hissedarlarından uzaklaştıran resmi oy kullanma hakkını değiştirmek için yapılan herhangi bir sözleşmenin, eğer gerçekte oy kullanma hakkı elde tutuluyor ise gerçek bir etkiyi sağlamayacağını içerir. Sadece oy kullanma hakkı veren hisse sahipliği kendi başına, hissedarın, sözkonusu oy kullanma hakkına sahip olan hisseyi IRC 957 maddedeki anlamı ile kazanmış olduğu anlamına gelmez”.

³⁹⁵http://openjurist.org/583/f2d/313/koehring-company-v-united-states (2.2.2012): “Koehring, daha sonra adı Koehring Overseas Corporation (KOS) olarak değiştirilen bir Panama şirketine sahip olmuştur. Bu tamamına sahip olunan yeni bağlı ortaklık, Koehring’in ürünlerinin denizasırlı ülkelerde pazarlanmasından sorumlu idi. 1963’de, Subpart F’in yürürlüğe girdiği zamanlarda, Koehring, KOS’daki oy kullanma hakkının İngiliz şirketi Newton Chambers’a transfer edilmesini kararlaştırdı. Bu transfer sonrasında, oy kullanma hakkı veren hisselerin yüzde 45’i Koehring, yüzde 55’i Newton Chambers tarafından temsil ediliyordu. KOS’un yeni yönetim kurulu üyelerinin ikisi Koehring, üçü Newton Chambers tarafından seçilmiş olarak oluşturuldu ve o dönemde, Newton Chambers’in sadece Koehring’in ürünlerini satacağına dair lisans sözleşmesi yapıldı Vergi mahkemesi, Newton Chambers yöneticilerinin hareketlerinin Koehring’in işlem yapma kontrolüne göre daha pasif nitelikte olduğunu, ayrıca kontrol transferi gerçekleştiğinde Newton Chambers’in, büyük ölçüde Koehring tarafından belirlenmiş olan mevcut yönetimin yerine kendisine daha bağlı yöneticiler atamak için hiçbir teşebbüste bulunmadığını tespit etmiştir. Ayrıca hiçbir Newton Chambers yöneticisinin, en az iki Koehring yöneticisinin (KOS’un çalışanları değil) yetkili olmasına rağmen, KOS namına çek keşide etmeye yetkili olmadığını ve KOS’un, 1963 yılındaki yıllık bilançosunda, ayrıca şirketteki Newton Chambers yatırımının çok küçük miktarda yer almakta olduğunu tespit etmiştir” “Yabancı bir kurumun ABD’li hissedarlarının yasal oy kullanma haklarını değiştirmek için yapılan herhangi bir anlaşma eğer gerçekte oy kullanma hakkı devam ediyorsa, bir etki sağlamayacaktır. Oy kullanma hakkı veren hissenin sadece sahibi olmak, tek başına, hissedarın oy kullanma hakkı veren sözkonusu hisseyi 957.maddeye göre kaznadığı

kontrolünü devam ettirmesi ile ilgili olup, temyiz aşamasında 7.Bölge Adliye Mahkemesi (United States of Appeals Seventh Circuits) şu değerlendirmeyi yapmıştır³⁹⁶: IRS, taraflar arasında, Koehring’e KOS’un hareket kontrolünü aşan etkin yönetim izni verilmesi konusunda zımni bir anlaşma olduğunu ileri sürmüştür. Koehring ise yasal sınırın olmadığını ve Newton Chambers’in %55 oy kullanma hakkı veren hisse sahibi olduğunu, daha önceki Garlock ve Koehring davalarındaki gerekçelerin burada kullanılamayacağını iddia etmiştir. Bu davada, resmi olmayan bir anlaşma ile Koehring’in KOS’un mevcut kontrolüne devam edeceğinin kararlaştırılmış olduğu, Koehring’in, KOS’un kazançlarındaki yüzde 100 kar payı ile ilgili işletme kontrolünü tutarak, hesaplanan off-shore kazançları birikiminin vergi erteleme avantajlarından faydalanmaya devam ettiği ve Subpart F’den kaçınma amacı olduğu³⁹⁷ tespit edilmiş ve “gerçek durum” gözönünde tutularak, KEYK hükümlerinin uygulanmasına karar verilmiştir.

4. C.C.A, Inc. v. Commissioner 64 TC 137 (1975)

“Bu davada ise³⁹⁷, benzer bir durum için farklı bir sonuca ulaşılmıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, oy kullanma gücü Amerikalı hissedarlar ile yabancı yatırımcılar arasında yüzde 50 yüzde 50 paylaştırılmıştır. IRS, her ne kadar ispatlanabilir olsa da, eşit oy kullanma gücünün dikkate alınmayacağını; çünkü imtiyazlı hissedarların sözkonusu haklarını hiçbir zaman kullanma amaçları olmadığını, zira bunların sadece kar paylarının düzenlenmesi için sınırlı bir biçimde hisseye sahip olduklarını iddia etmiştir. Mahkeme ise, buna karşın yüzde 50 oy kullanma hakkının, gerçekte de Amerikalı hissedar olmayan kişilere devredilmiş olduğunu ve Subpart F düzenlemesinden kaçınma amacının kendi başına sadece böyle bir işlem yapılarak gerçekleşmeyeceğine karar verdi³⁹⁸.

anlamını vermez. Örneğin eğer açık veya zımni, herhangi bir hissedarın oy kullanmayacağı ya da sadece belirli durumlarda oy kullanacağına dair veya hissedarın toplam oy kullanma hakkının yüzde 50’den fazlasına sahip olmayacağına, oy kullanma hakkının normalde hissedarların çoğunluğu tarafından idare edileceğine dair bir sözleşme var ise, oy kullanma hakkının görünüşteki sahibi gerçekte bu hakkı elinde bulunduran hissedar olarak değerlendirilmeyecektir ve bu nitelendirme sözkonusu anlaşmaya dayanılarak yapılacaktır”; BlomstandMaria,<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967> (2.2.2012).

³⁹⁶ <http://openjurist.org/583/f2d/313/koehring-company-v-united-states> (3.2.2012).

³⁹⁷ BlomstandMaria<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967> (2.2.2012).

³⁹⁸ BlomstandMaria<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967> (2.2.2012): “Daha sonra yürürlüğe konulan 1986 Vergi Reformu Yasası’nda da bu davada olduğu gibi,

6. TÜRK HUKUKU

I. Kurum

KVK'nın “Kontrol edilen yabancı kurum kazancı” başlıklı 7.maddesine göre; *“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, yasada belirtilen şartların gerçekleşmesi durumunda, Türkiye'de kurumlar vergisine tâbidir”.*

Sözkonusu yasa metninin başlığında “yabancı kurum”, metnin içerisinde ise “yurtdışı iştirak” kavramları kullanılmış olmasına karşın, bunlara dair herhangi bir tanım verilmemiştir. Dolayısıyla çalışmamızın bu bölümünde öncelikli olarak “kurum” ile “yabancı kurum” ve “yurt dışı iştirak” kavramlarının içeriğini belirlemeliyiz.

1. Türkiye’de Yerleşik Kurum

KVK 1.maddesine göre; *“(1) Aşağıda sayılan kurumların kazançları, kurumlar vergisine tâbidir:*

yabancı hissedarlara oy kullanma hakkının devredilmesinin kontrol edilen yabancı kurum olarak değerlendirilmekten kaçınmada yeterli olmadığı hükme bağlanmıştır.”.

a) Sermaye şirketleri³⁹⁹.

b) Kooperatifler⁴⁰⁰.

c) İktisadî kamu kuruluşları⁴⁰¹.

ç) Dernek veya vakıflara ait iktisadî işletmeler⁴⁰².

d) İş ortaklıkları⁴⁰³”.

Vergi Usul Kanunu (VUK)⁴⁰⁴ 8.maddesine göre; “Mükellef, vergi kanunlarına göre kendisine vergi borcu terettüb eden gerçek veya tüzel kişidir”.

Buna göre vergi yükümlüsünün kim olduğunu yasa gösterir ve yükümlülüğün konusu da vergi borcudur ve yükümlü bir gerçek ya da tüzel kişidir⁴⁰⁵.

Vergiler bakımından kanun gereğince mükellef sayılmak ise devletin vergilendirme yetkisine bağlı olmak demektir⁴⁰⁶ ve bu çerçevede GVK ve KVK düzenlemelerinde “tam mükellef”, “dar mükellef” ayrımı yapılarak, hükümler konulmuş olduğunu görmekteyiz.

³⁹⁹ KVK 2 (1): “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”.

⁴⁰⁰ KVK 2 (2): “24/4/1969 tarihli ve 1163 sayılı Kooperatifler Kanununa veya özel kanunlarına göre kurulan kooperatifler ile benzer nitelikteki yabancı kooperatifleri ifade eder”.

⁴⁰¹ KVK 2 (3): “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, sınai ve zirai işletmeler iktisadî kamu kuruluşudur”.

⁴⁰² KVK 2 (4): “Dernek veya vakıflara ait veya bağlı olup faaliyetleri devamlı bulunan ve bu maddenin birinci ve ikinci fıkraları dışında kalan ticarî, sınai ve zirai işletmeler ile benzer nitelikteki yabancı işletmeler, dernek veya vakıfların iktisadî işletmeleridir. Bu Kanunun uygulanmasında sendikalar dernek; cemaatler ise vakıf sayılır”.

⁴⁰³ KVK 2(7): “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”.

⁴⁰⁴ RG: 10.01.1961, 10703.

⁴⁰⁵ Kaneti, s.79,80; Karakoç, s. 184-186; Oktar Ateş, **Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi**, 2.Baskı, İstanbul 2006, s.72.

⁴⁰⁶ Erginay, s. 58.

2. Yabancı Kurum

Yabancı kavramı, “kişi bazında, bir devletin ülkesinde bulunup da, o devletin uyrukluğunu iddiaya hakkı olmayan kimse⁴⁰⁷; ülke bazında ise bir başka ülkenin egemenliğine tabi kılınmış kesim” olarak tanımlanabilir⁴⁰⁸. Bir başka ifadeyle “yabancı”, bir ülkede bulunan ve o devletin hukukuna göre vatandaş sayılmayan veya o devletin hukukuna göre yerli şirket statüsünde hak ve fiil ehliyetine sahip bulunmayan tüzel kişilerdir⁴⁰⁹.

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz gibi, KVK’da “yabancı kurum” ile ilgili hiçbir tanıma yer verilmemiş; ancak “yabancı kurum” kavramının geçtiği maddelerde⁴¹⁰ bunların hangi yasal statüye sahip olduğu ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

Mükellefiyet türü açısından ise, 193 Sayılı Gelir Vergisi Kanunu (GVK)⁴¹¹ ve KVK düzenlemeleri, kişi yani vergi yükümlüsü açısından “yabancılık” unsurunu farklı bir tarzda ele almaktadır.

Devletler hukukunda yer alan “yabancılık” kavramının, vergi hukukuna özgü bir görünümünü oluşturduğunu söyleyebileceğimiz “dar yükümlülük” kavramı⁴¹², aynı zamanda bir devlet ülkesi içerisinde bulunan tüm vergi konularının ve vergi doğurucu olayların, o ülke tarafından vergilendirilmesine yönelik bulunan kaynak ilkesinin, gelir ve

⁴⁰⁷ Çelikel Aysel, Öztekin Gelgel Günseli, **Yabancılar Hukuku**, Beta Yayınevi, Ekim 2012, 18.Baskı, İstanbul, s. 17; Çelikel, Öztekin, s. 18: “Bir devletin vatandaşı olan kişi, o devlet topraklarından çıkıp başka bir devletin yargı yetkisine girmekle ülkesine girdiği devlet nazarında “yabancı”, vatandaşlık bağı ile bağlı olduğu devlet açısından “ülke dışındaki vatandaş” statüsüne girer. Diğer bir ülke topraklarına girmekle, kişi, o ülke mülki hakimiyeti altına girmektedir; ama aynı zamanda ülkesinin de kendisi üzerinde hak ve görevleri devam etmektedir”.

⁴⁰⁸ Saban Nihal, **Franchising ve Vergilendirme**, Beta Yayınevi, 1.Baskı, İstanbul 1997, s.61.

⁴⁰⁹ Çelikel Aysel, Erdem B.Bahadır, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Beta Yayınevi, 12.Baskı, Kasım 2012, İstanbul, s. 21; Doğan Vahit, **Milletlerarası Özel Hukuk**, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, Şubat 2010, s. 23: “Klasik anlayışa göre, bir hukuki ilişkinin coğrafi alan itibariyle birden fazla ülke ile irtibatlı olması halinde bu ilişki yabancı unsur/milletlerarası unsur ihtiva edecek ve milletlerarası özel hukuk uygulama alanına dahil olacaktır”; Karakoç İrem, **Hukuk Tarihinde Vatandaşlık Yabancılık Statüsü**, Yetkin Yayınları, İzmir 2012, s. 25: “Her devlette uygulanan hukuk bakımından bir vatandaş-yabancı ayrımı görülmektedir. Bu ayrım, vatandaşın bağlı olduğu devletle olan ilişkisinin sıklığı biçiminde fiili bir duruma dayanabildiği gibi, yabancının insan hak ve özgürlüklerinin korunması için oluşturulacak hukuki korumaların tesisi için de gereklidir”.

⁴¹⁰ KVK 2, 3, 13,19, 15,26, 28, 34.maddeler.

⁴¹¹ RG: 06.01.1961, 10700.

⁴¹² Ekmekçi, Dar Yükümlülük, s.19; Şirin, s. 12.

kurumlar vergisi yasalarındaki görünümünü oluşturmaktadır⁴¹³. Dar yükümlülük ve bu kavramın sonucu olarak ortaya çıkan dar yükümlülük-tam yükümlülük ayrımı, vergiye tabi gelirin yükümlüler ve yer itibariyle kapsamını belirlemek amacıyla yapılmaktadır⁴¹⁴.

KVK 1.maddesinde sayılmış kurumlardan, yasal ve iş merkezlerinden her ikisi de Türkiye içinde bulunmayan kurumlar, dar yükümlü kurumdur⁴¹⁵ ve bu kurumlar;

-Türkiye’de işyeri ve daimi temsilcisi bulunan dar yükümlü kurum

-Türkiye’de işyeri ve daimi temsilcisi bulunmayan dar yükümlü kurum olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴¹⁶.

Kurumların kanuni merkezi, KVK 3/5 maddesinde; “*Vergiye tâbi kurumların kuruluş kanunlarında, tüzüklerinde, ana statülerinde veya sözleşmelerinde gösterilen merkez*”; iş merkezi ise, KVK 3/6 maddesinde; “*İş bakımından işlemlerin fiilen toplandığı ve yönetildiği merkez*” olarak verilmiştir.

Kanuni merkezi ve iş merkezi Türkiye’de bulunmayan dar yükümlü bir kurum, aslında “yabancı” bir kurumdur. Kaldı ki KVK’nın yabancı kurumların vergilendirilmesi ile ilgili özel hükümlere yer verdiği maddelerde de dar yükümlü kurumlar ile bağlantılı açıklamalar yapılmaktadır.

Türkiye’de “iş yeri veya daimi temsilcisi” bulunan dar mükellefler, sözkonusu birimler aracılığıyla sağladıkları kazançlar üzerinden gelir vergisi ödemek durumundadır⁴¹⁷. Burada dikkat edilmesi gereken konu, dar yükümlü kurumların ticari kazançlarının

⁴¹³ Şirin, s.95.

⁴¹⁴ Şirin, s.12.

⁴¹⁵ Ekmekçi, Dar Yükümlülük, s. 19.

⁴¹⁶ Ekmekçi, Dar Yükümlülük, s. 20.

⁴¹⁷ Arıkan Zeynep, **Türk Vergi Hukukunda Mali İkametgah**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Mayıs 2007, s. 188: “Türkiye’de yerleşmiş olmayan bir gerçek kişinin işyeri veya daimi temsilcisi yoksa Türkiye’de yaptığı ticari faaliyetten elde ettiği kazanç ticari nitelik taşımaz. Çünkü ticari faaliyet “devamlılık” özelliğine sahiptir”; Karakoç İrem, s. 38: “Devletin sadece kendisine vatandaşlık bağı ile bağlı olanların değil, ülkedeki yabancıların üzerinde de yetkisini kullanması, ülkesi üzerinde sahip olduğu egemenlik hakkından kaynaklanmaktadır”.

Türkiye’de elde edilmiş sayılması için Türkiye’de işyeri veya daimi temsilcilerinin olmasının şart koşulduğudur⁴¹⁸.

KEYK kapsamında, yabancı kurum ise, Türkiye dışında, yabancı bir ülkede kurulmuş ve yabancı bir ülkede faaliyet gösteren bir kurum olarak tanımlanmakta ve yasa maddesinde belirtilen iştirak edilen kurumun yabancı olması ile bunun yurtdışında kurulu bir iştirak olduğunun kast edildiği belirtilmektedir⁴¹⁹. İştirakin yurt içinde kurulu bulunması halinde yabancılık şartı gerçekleşmiş sayılmaz ve KEYK düzenlemesi kapsamında vergiye tabi tutulmaz.

II. Kontrol Edilen Yabancı Kurum

1. KVK 7

KVK 7 (1) madde düzenlemesi şöyledir: *“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”*.

2. Genel Tebliğ 7

KVK 1 Seri No’lu Genel Tebliğ’in “Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı” başlıklı 7.maddesine göre; *“Kurumlar Vergisi Kanununun 7 nci maddesiyle belli şartlar altında yurt dışı iştiraklere yatırım yapan mükelleflere bu iştiraklerinden fiilen kâr payı dağıtılsa bile vergi uygulamaları açısından kâr payı dağıtılmış olduğu kabul edilmekte ve bu suretle bu iştiraklerin kazançlarının Türkiye’de kurumlar vergisine tabi tutulması sağlanmaktadır*.

Kontrol edilen yabancı kurum kavramı; tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kâr payının veya oy

⁴¹⁸ Yaltı, Elektronik Ticaret, s. 142.

⁴¹⁹ Özel Salih, “Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancının Vergilendirilmesi”, **Yaklaşım**, Yıl: 16, Sayı: 186, Haziran 2008, s.20.

kullanma hakkının en az %50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştirakleri ifade etmektedir”.

Kanun ve Tebliğ düzenlemelerinde görüleceği gibi, kontrol edilen yabancı kurum; Türkiye’de tam mükellef gerçek kişi ve kurumların;

- a) Doğrudan veya dolaylı, ayrı ayrı veya birlikte
- b) Sermaye, kar payı ya da oy kullanma hakkının
- c) Yüzde elliden fazlasına sahip oldukları yurt dışı iştirakleri ifade etmektedir.

Yasal düzenlemelere baktığımızda, sadece bir kurumun KEYK olarak kabul edilebilmesi için “kontrol” şartının nasıl anlaşılması gerektiğine dair unsurları belirttiğini ancak ne Yasa’da ne de Tebliğ’de, bu unsurlara dair hiçbir tanıma yer verilmediğini görürüz⁴²⁰.

KVK 7.madde ve Genel Tebliğ’in 7.madde başlıkları, “Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancı” olmasına rağmen, madde metninde, unsurları belirtilerek kullanılan kavram, “kontrol edilen yabancı kurum” değil, “kontrol edilen yurtdışı iştiraktır” ve bu iki kavram birbirinden farklıdır.

⁴²⁰ Gedik Gülşen, “*Türk Vergi Hukukunda Kontrol Edilen Yabancı Kurumların Vergilendirilmesi*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, “**Hayatın Kıyısında Bir Yerde Vergi Hukuku, Genç Akademisyenler/ Yeni Yaklaşımlar**”, Y.2011, C.17, S.3- 4, s.90. TTK’da ise “kontrol edilen bir kurumu” ifade etmek için kullanılan kavram, “hâkim şirkettir”. TTK 195.maddesine göre; “(1) a) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketinin, doğrudan veya dolaylı olarak; 1. Oy haklarının çoğunluğuna sahipse veya 2. Şirket sözleşmesi uyarınca, yönetim organında karar alabilecek çoğunluğu oluşturan sayıda üyenin seçimini sağlayabilmek hakkını haizse veya 3. Kendi oy hakları yanında, bir sözleşmeye dayanarak, tek başına veya diğer pay sahipleri ya da ortaklarla birlikte, oy haklarının çoğunluğunu oluşturuyorsa, b) Bir ticaret şirketi, diğer bir ticaret şirketini, bir sözleşme gereğince veya başka bir yolla hâkimiyeti altında tutabiliyorsa, birinci şirket hâkim, diğeri bağlı şirkettir. Bu şirketlerden en az birinin merkezi Türkiye’de ise, bu Kanundaki şirketler topluluğuna ilişkin hükümler uygulanır. (2) Birinci fıkrada öngörülen hâller dışında, bir ticaret şirketinin başka bir ticaret şirketinin paylarının çoğunluğuna veya onu yönetebilecek kararları alabilecek miktarda paylarına sahip bulunması, birinci şirketin hâkimiyetinin varlığına karinedir. (3) Bir hâkim şirketin, bir veya birkaç bağlı şirket aracılığıyla bir diğer şirkete hâkim olması, dolaylı hâkimiyettir.(4) Hâkim şirkete doğrudan veya dolaylı olarak bağlı bulunan şirketler, onunla birlikte şirketler topluluğunu oluşturur. Hâkim şirketler ana, bağlı şirketler yavru şirket konumundadır”. Ancak TTK’da yer alan “hâkimiyet” unsuru, “herhangi bir oran belirtilmeksizin, oy kullanma hakkı, Yönetim Kurulu üyelerinin çoğunluğunu seçme hakkı veya başka yollarla hakim olma” şeklinde ifade edilirken, KVK’da ise “kontrol” unsuru, “sermaye, oy kullanma hakkı ve kar payının, yüzde 50’den fazlasına sahip olma” biçiminde ifade edilmiş olduğundan “kontrol edilen kurum” yerine “bağlı şirket” kavramını kullanamayız.

Yasa ve Tebliğ metninde, KEYK rejimiyle ilgili olarak yurtdışı faaliyette bulunan düzenlemeye konu işletme için “iştirak” ifadesi kullanılmıştır. İştirak; katılma, ortak olma veya ortaklık anlamına gelmekte⁴²¹ olup, bir ortaklık ile işletme arasında, sözkonusu ortaklığın yönetimine ve ortaklık politikalarının belirlenmesine katılma anlamında devamlı bir bağ yaratan, doğrudan veya dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisidir⁴²².

Bu noktada, aslında, “kontrol edilen yabancı kurum” ifadesinin karşılığının “çok uluslu bir işletmenin⁴²³ bağlı işletmesi ya da iştiraki” olması gerekecektir. Terminolojik açıdan da, yasa maddesinin başlığında yer alan “kurum” terimi yerine, “bağlı işletme ya da iştirak” terimlerinin kullanılması daha uygun olacaktır. Ancak bu çalışmada, yasa metni içeriğinde kullanılan “iştirak” kelimesi kullanılacak⁴²⁴ olup, kavram “çok uluslu bir işletmenin iştiraki” olarak düşünülecektir.

⁴²¹ Hukuk Sözlüğü, Ejder Yılmaz, Yetkin Yayınları, 4.Baskı, s. 444.

⁴²² http://www.imkb.gov.tr/Glossary/g-m/isedictionary_i.aspx; Ancak, Öz, KEYK Uygulamaları, s. 37, dipnot 50’de ; “iştirak” yerine “bağlı ortaklık” kavramının kullanılması gerektiğini; çünkü Sermaye Piyasasında Konsolide Mali Tablolara İştiraklerin Muhasebeleştirilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Sermaye Piyasası Kurulu Tebliği’nin (RG: 13.11.2001, 24582) 4.maddesi hükmünde “Bağlı ortaklık, ana ortaklığın doğrudan veya diğer bağlı ortaklıkları veya iştirakleri vasıtasıyla sermaye ve yönetim ilişkileri çerçevesinde %50’den fazla oranda hisseye, oy hakkına veya yönetim çoğunluğunu seçme hakkına veya yönetim çoğunluğuna sahip olduğu işletmeler; iştirak, ana ortaklığın yönetimine ve işletme politikalarının belirlenmesine katılma anlamında devamlı bir bağının ve/veya doğrudan veya dolaylı sermaye ve yönetim ilişkisinin bulunduğu ya da sermayesinde yüzde yirmi veya daha fazla, yüzde elliden az oradan paya veya bu oranda yönetime katılma hakkına sahip bulunduğu işletmelerdir” şeklinde düzenlemeye yer verilmiştir ve Yasa’da KEYK rejimi için “ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kar payının ve oy kullanma hakkının en az %50’sine sahip olunması” koşulu getirilmiştir. Ancak Yasa’da, bir kurumun ya da iştirakin, sadece pay sahipliğine bağlı bir ifade kullanılmamış, “pay sahipliği dolayısı ile kontrol edilmesi” esasına yer verilmiştir.

⁴²³ Kabalıoğlu Haluk, **Çok Uluslu İşletmeler Hukuku**, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul 1982, s. 33-35: “Çok uluslu işletme: i) İki veya daha fazla ülkede ticari faaliyetleri olan, ii) Yüksek düzeyde birleşik bir yöntemi gerçekleştirmiş iii) Hukuken birbirinden bağımsız fakat ekonomik yönden birbirine bağlı ve birleşik yönetime tabi ticari ünitelerden oluşan bir işletme olarak tanımlanmaktadır. Çok uluslu işletmeyi çeşitli ülkelerde bulunup birbirleriyle ticari ilişkileri olan bağımsız şirketler topluluğundan ayıran unsur, kontrol bağlarıdır ve ana ortaklığın yabancı ülkelerdeki birimler üzerinde kontrolü genellikle payların çoğunluğunu elde etmekle sağlanmaktadır; Öz, Uluslar arası Vergi Rekabeti, s. 8: “Çok uluslu şirketlerin merkezlerin bulunduğu yer “ana ülke” faaliyette bulundukları diğer ülkeler ise “misafir ülke” olarak tanımlanmakta ve misafir ülkede bağlı işletme/iştirak ya da şube açılmaktadır. Ana işletme genellikle, bağlı işletme/ iştirakin tam ya da değişen oranlarda hisselerine sahiptir ve temettü elde etmektedir “.

⁴²⁴ Gedik, Türk Vergi Hukukunda Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar, s. 91.

III. Kontrol Testleri

1. Nesnel Ölçütler

a) Kontrol Eden Kişi

aa) KVK 7 (1)

KVK 7.maddesi, “...*tam mükellef gerçek kişi ve kurumların...yurtdışı iştiraklerinin kurum kazançları....*” hükmüne yer vermiştir. Yani, KEYK uygulaması sadece yurtdışı iştiraki kontrol eden tam mükellef kurumlar için değil, tam mükellef gerçek kişiler açısından da uygulanacaktır.

aaa) Tam Mükellef Gerçek Kişi

GVK’da vergiye tabi gelirin, yükümlüler ve yer itibariyle kapsamını belirlemek amacıyla tam yükümlülük ve dar yükümlülük olmak üzere ikili bir ayırım yapılmıştır⁴²⁵.

GVK 3.maddesine göre; “*Aşağıda yazılı gerçek kişiler Türkiye içinde ve dışında elde ettikleri kazanç ve iratların tamamı üzerinden vergilendirilirler:*

1. *Türkiye’de yerleşmiş olanlar;*

2. *Resmi daire ve müesseselere veya merkezi Türkiye’de bulunan teşekkül ve teşebbüslere bağlı olup adı geçen daire, müessese, teşekkül ve teşebbüslerin işleri dolayısıyla yabancı memleketlerde oturan Türk vatandaşları (Bu gibilerden, bulundukları memleketlerde elde ettikleri kazanç ve iratları dolayısıyla Gelir Vergisi’ne veya benzeri bir vergiye tabi tutulmuş bulunanlar, mezkur kazanç ve iratları üzerinden ayrıca vergilendirilmezler).*

GVK, tam yükümlülükte, ölçütleri uyruklu ve ikamet olan “vergilendirmede kişiselilik ilkesini” kabul etmiştir.

Bir gerçek kişinin Türkiye’deki kazançlarının vergilendirilebilmesi için Türkiye’de “yerleşmiş olması” ya da resmi daire ve müesseselere ya da merkezi Türkiye’de

⁴²⁵ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 253.

bulunan teşekkül ve teşebbüslere bağlı olup da adı geçen daire, müessese, teşekkül ve teşebbüslerin işleri dolayısıyla yabancı ülkelerde oturan “Türk vatandaşları” olması gerekmektedir⁴²⁶.

Yerleşme kavramı, GVK 4.madesinde şöyle belirtilmiştir: “1. *İkametgahı Türkiye’de bulunanlar (İkametgah, Kanunu Medenin 19’uncu ve müteakip maddelerinde yazılı olan yerlerdir);*

2. *Bir takvim yılı içinde Türkiye’de devamlı olarak altı aydan fazla oturanlar (Geçici ayrılmalar Türkiye’de oturma süresini kesmez)”*.

Vatandaşlık ise, kendisine bağlanan tüm sonuçları ile birlikte, bir devlete aidiyeti ifade eder⁴²⁷ ve bu aidiyet ile kastedilen, kişinin vatandaşı olduğu devleti kuran insan topluluğunun yani milletin bir ferdi, bir parçası olmasıdır⁴²⁸. Kişiyi bir devlete bağlayan hukuki ve siyasi bir bağ olan vatandaşlığın kazanılma ve kaybedilme şartları da her devletin milli yetkisi dahilinde olan bir konudur⁴²⁹. Gelir vergisinin yükümlüsü olan gerçek kişi ise, “hak ve borçlara sahip olabilen varlıklardır”⁴³⁰ ve gerçek kişiler, insanlardır⁴³¹.

bbb) Tam Mükellef Kurum

Kurumlara ilişkin olarak tam mükellefiyet ise, KVK 3.maddesinde şöyle hükme bağlanmıştır: “*Kanunun 1 inci maddesinde sayılı kurumlardan kanunî veya iş merkezi Türkiye’de bulunanlar, gerek Türkiye içinde gerekse Türkiye dışında elde ettikleri kazançların tamamı üzerinden vergilendirilirler”*.

⁴²⁶ Kaneti, s. 320; Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 254; Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan, **Türk Vergi Sistemi Dersleri**, Ekin Yayınevi, 3.Baskı, Bursa 2009, s. 8; Erginay, s. 162.

⁴²⁷ Nomer Ergin, **Devletler Hususi Hukuku**, Beta Yayınları, 19.Baskı, Ekim 2011, İstanbul, s. 112.

⁴²⁸ Erdem B.Bahadır, **Türk Vatandaşlık Hukuku**, Beta Yayınları, 2.Baskı, Ekim 2011, s. 3: “Kişi, bir devletin vatandaşı olmakla vatandaşlığına sahip olmadığı diğer devletler için “yabancı” niteliğine sahip olur”.

⁴²⁹ Çelikel, Erdem, s. 20.

⁴³⁰ Zevkliler Aydın, **Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler**, Ankara 1981, s.3; Zevkliler, s. 4: “Hangi varlıkların kişi sayılacağı, dolayısıyla hangi varlıkların hak ve borçlara sahip olabileceği sorununa gelince, ilk akla gelen varlıklar insanlardır”.

⁴³¹ Dural, Sarı, s.5: “Tüm çağdaş hukuk sistemleri gerçek kişi olarak insanları kabul eder”; Tekinay Selahattin Sulhi, **Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku**, Gözden Geçirilmiş 6.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s.201: “Kişilere tanınan hak sahibi olabilme ehliyeti, “kişilik” deyimini ile ifade edilir”; TMK’nın “Gerçek Kişiler” başlıklı Birinci Kısımında yer alan 28.maddesine göre de, “*Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlle sona erer”*.

KVK 3.maddesindeki düzenleme çerçevesinde, kanuni veya iş merkezlerinden birisi Türkiye’de bulunan kurumlar, tam mükellef kurum olarak gerek yurt içinde gerekse yurt dışında elde ettikleri kazançların tamamı üzerinden vergi ödemekle mükelleftirler. Dar mükellefler ise sadece Türkiye’de elde ettikleri gelir üzerinden Türkiye’de vergilendirilirler; bu kişilerin Türkiye dışında elde ettikleri gelir vergilendirme kapsamı dışında tutulur⁴³².

KVK 3.maddenin (5) bendinde, kanuni merkez; “*Vergiye tâbi kurumların kuruluş kanunlarında, tüzüklerinde, ana statülerinde veya sözleşmelerinde gösterilen merkez*”, (6) bendinde ise, iş merkezi, “*İş bakımından işlemlerin fiilen toplandığı ve yönetildiği merkez*” olarak tanımlanmıştır⁴³³.

Vergi yasalarının uygulanmasında, uyruklu ve ikametgah kavramları, yaşamsal gerçekler karşısında iktisadileşerek “yasal uyruklu” ve “yasal ikametgah” yerine “iktisadi uyruklu” ve “mali ikametgah” şekline bürünmüşlerdir⁴³⁴. Devletin vergi alma hususunda hukuki ve fiili gücü kullanmasına esas teşkil eden bir bağlantı noktası olarak oturan, bulunulan ya da işlerin yürütüldüğü yer de, mali ikametgahdır⁴³⁵.

Kurumların mali ikametgahı, bazen ülke ile hukuksal bağlantıya, bazen de ticari ya da ekonomik bağlantıya göre tespit edilir. Hukuksal açıdan kanuni merkez, kayıtlı merkez, kuruluş yeri gibi ölçüler bu bağlantıyı sağlarken, ticari ya da ekonomik bağlantı yönünden fiili duruma bakılır ve yönetim yeri, ana iş yeri, iş merkezi, merkezi yönetim ve denetim

⁴³² Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 253; Kurumlar Vergisi Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, s.96.

⁴³³ Ancak vergi mevzuatında düzenlenen “kurumun merkezi” ile ilgili hükümler, TTK’dan daha ayrıntılıdır ve TTK’dan farklı olarak “kanuni merkez, iş merkezi” ayrımına yer vererek, bu merkezlerin neresi olacağına dair tanım hükmüne de yer verilmiştir; Ekmekçi, Dar Yükümlülük, s. 11: “Kurumlar esas sözleşme veya tüzük gibi hukuki tasarruflarla doğarlar ve kurumun yasallık kazanmasına sebep olan belgelerde gösterilen veya bu belgenin düzenlendiği yer kurumun yasal merkezidir. Dolayısıyla yasal merkez, kesin bir kavramdır ve genellikle kurumların yasal merkezinin belirlenmesi güçlük yaratmaz. Ancak iş merkezinin belirlenmesi bakımından durum farklılık göstermektedir. İş merkezi olarak belirlenen yer, kurumun genel sevk ve idaresi için gerekli kararların alındığı yerdir ve kurumun yönetiminin yoğunlaştığı yer iş merkezi olarak kabul edilir”.

⁴³⁴ Şirin, s. 91.

⁴³⁵ Arıkan, s.7; Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 124: “Mali ikametgahı oluşturan ölçütler arasında ikametgah, ev gibi yerlerin dışında bir yerde belli bir süre oturma da yer alabilmektedir ve bu nedenle mali ikametgah, özel hukuktaki ikametgahın yanı sıra başka nesnel ölçütleri de içeren bir üst kavram olmaktadır”.

yeri, hissedarların mukim olduğu yer gibi ölçüler mali ikametgahın belirlenmesinde rol oynar⁴³⁶.

bb) Genel Tebliğ 7

Genel Tebliğ 7.maddede de; “*Kontrol edilen yabancı kurum kavramı; tam mükellef gerçek kişi ve kurumların...en az %50’sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştirakleri ifade etmektedir*”.

Sonuç olarak, KEYK uygulamasının sadece yurtdışı iştiraki kontrol eden tam mükellef kurumlar ve tam mükellef gerçek kişiler açısından uygulanacağı söylenebilir.

b) Kontrol Oranı

aa) KVK 7 (1)

KVK 7.maddesinde, “*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...*” ifadesi yer almaktadır.

bb) Genel Tebliğ 7

Genel Tebliğ’de de; “*Kontrol edilen yabancı kurum kavramı; 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 iştirakleri ifade etmektedir*” denilmektedir.

Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların, yurtdışındaki bir iştiraki “kontrol etmesi” sebebi ile Türkiye’de vergiye tabi tutulabilmesi için, sözkonusu iştirakin, “sermayesi, oy kullanma hakkı veya kar payının” ayrı ayrı ya da birlikte, dolaylı veya doğrudan en az %50’sine sahip olması gerekmektedir.

⁴³⁶ Arıkan, s. 8.

c) Kontrol Ölçütleri

aa) KVK 7 (1)

KVK 7.maddesi, “ *Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sermayesinin, kar payının veya oy kullanma hakkının en az %50’sine sahip olması*” hükmüne yer vermiştir.

KEYK düzenlemesinde tam mükellef gerçek kişi ve kurumlar tarafından yabancı iştirakin kontrol edilebilmesi, söz konusu iştirakin sermayesi, kar payı veya oy kullanma hakkına sahip olunması ile ölçülmektedir. Genel Tebliğ’in 7.1./3 düzenlemesinde sermaye, kar payı ve oy kullanma hakkı için “iştirak payı” ifadesi kullanılmıştır ve bunun dışında herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. O halde biz bu kavramların içeriğini, ait oldukları ticaret hukuku çerçevesinde belirlemek durumundayız.

aaa) Sermaye

Sermaye, ortakların şirket emrine vermekle yükümlü olduğu mallar olup, bilançonun pasifindeki itibari rakamın karşısındaki aktiflerdir⁴³⁷. Kelime anlamı itibariyle, anapara anlamına gelen sermaye⁴³⁸, hukuk dilinde, ortağın aktifleri veya malvarlığı anlamına gelmektedir⁴³⁹. Şirket kavramındaki en önemli unsurlardan birisi sermayedir ve genel olarak ticaret hayatında sermayesiz bir işin yapılması düşünülemez⁴⁴⁰.

TTK 127.maddesi nelerin sermaye olarak konulacağını⁴⁴¹ gösterirken, 128.maddede de sermaye hükümleri⁴⁴² ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir.

⁴³⁷ Poroy Reha, Tekinalp Ünal, Çamoğlu Ersin, **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, Yedinci Baskı, İstanbul 1997, s. 29.

⁴³⁸ Hukuk Sözlüğü, s. 798

⁴³⁹ Poroy, Tekinalp, Çamoğlu, s. 24.

⁴⁴⁰ Pulaşlı Hasan, **6102 Sayılı TTK’a Göre Yeni Şirketler Hukuku**, Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 21.

⁴⁴¹ TTK 127/1 madde düzenlemesine göre; “*Kanunda aksine hüküm olmadıkça ticaret şirketlerine sermaye olarak; a) Para, alacak, kıymetli evrak ve sermaye şirketlerine ait paylar, b) Fikrî mülkiyet hakları, c) Taşınır ve her çeşit taşınmaz, d) Taşınır ve taşınmazların faydalanma ve kullanma hakları, e) Kişisel emek f) Ticari itibar, g) Ticari işletmeler, h) Haklı olarak kullanılan devredilebilir elektronik ortamlar, alanlar, adlar ve işaretler gibi değerler, i) Maden ruhsatnameleri ve bunun gibi ekonomik değeri olan diğer haklar j) Devrolunabilen ve nakden değerlendirilebilen her türlü değer konabilir*”.

⁴⁴² TTK 128 (1) : “*Her ortak, usulüne göre düzenlenmiş ve imza edilmiş şirket sözleşmesiyle koymayı taahhüt ettiği sermayeden dolayı şirkete karşı borçludur. (2) Şirket sözleşmesinde veya esas sözleşmede bilirkişi*

KEYK açısından baktığımızda, bir iştirakin KEYK olarak kabul edilebilmesi için gerekli hesaplamalar yapılırken, tam mükellef gerçek kişi ya da kurumun, sermaye olarak koyduğu malların oranını hesaba dahil edilecektir.

bbb) Kar Payı

Kar payı, pay üzerindeki mülkiyetin getirdiği en önemli hak olup⁴⁴³, TTK 507-509. maddeler arasında düzenlenmiştir⁴⁴⁴.

Kar payı, pay sahipleri ile kara katılan diğer kimselere dağıtılmasına karar verilen kardan, bunların her birine düşen payı ifade eden bir terim olup, pay sahibinin gerçek kişi veya tüzel kişi olmasının bir önemi yoktur⁴⁴⁵ ve genel anlamıyla şirket karından ortaklara ve diğer kişilere ödenecek kısmı⁴⁴⁶ ifade etmektedir.

Tam mükellef gerçek kişi ya da kurumun yurt dışındaki bir iştirakin karından alacağı pay oranının yüzde 50'den fazla olması halinde, sözkonusu iştirak (diğer şartların da bulunması halinde) KEYK olarak değerlendirilecektir

tarafından belirlenen değerleriyle yer alan taşınmazlar tapuya şerh verildiği, fikrî mülkiyet hakları ile diğer değerler, varsa özel sicillerine, bu hüküm uyarınca kaydedildikleri ve taşınırılar güvenilir bir kişiye tevdi edildikleri takdirde aynı sermaye kabul olunur. Özel sicile yapılan kayıt iyiniyeti kaldırır. (3) Sermaye olarak taşınmaz mülkiyeti veya taşınmaz üzerinde var olan veya kurulacak olan aynı bir hakkın konulması borcunu içeren şirket sözleşmesi hükümleri, resmî şekil aranmaksızın geçerlidir. (4) Paradan başka ekonomik bir değer veya bir taşınırın sermaye olarak konulmasının borçlanılması hâlinde şirket, tüzel kişilik kazandığı andan itibaren bunlar üzerinde malik sıfatıyla doğrudan tasarruf edebilir. (5) Taşınmaz mülkiyetinin veya diğer aynı bir hakkın sermaye olarak konulması hâlinde, şirketin bunlar üzerinde tasarruf edebilmesi için tapu siciline tescil gereklidir. (6) Mülkiyet ve diğer aynı hakların tapu siciline tescili istemi ile diğer sicillere yapılacak tescillerle ilgili bildirimler, ticaret sicili müdürü tarafından, ilgili sicile resen ve hemen yapılır. Şirketin tek taraflı istemde bulunabilme hakkı saklıdır. (7) Şirket, her ortağın sermaye koyma borcunu yerine getirmesini isteyebileceği ve dava edebileceği gibi, yerine getirmede gecikme sebebiyle uğradığı zararın tazminini de isteyebilir. Tazminat istemi için ihtar şarttır. Şahıs şirketlerinde bu davayı ortaklar da açabilir. (8) Ortaklarca, sermaye olarak konulması taahhüt edilen hakların korunması için, kurucular tarafından ortaklar aleyhine ihtiyati tedbir istenebilir. Tedbir üzerine açılacak davalar için, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda öngörülen süre ancak şirketin tescil ve ilanı tarihinden itibaren işlemeye başlar”.

⁴⁴³ Tekil Fahiman, **Anonim Şirketler Hukuku**, Alkım Kitabevi, İkinci Baskı, İstanbul 1998, s. 382.

⁴⁴⁴ TTK 507.maddesine göre; “Her pay sahibi, kanun ve esas sözleşme hükümlerine göre pay sahiplerine dağıtılması kararlaştırılmış net dönem kârına, payı oranında katılma hakkını haizdir”. 508.maddede yer alan düzenleme ise şöyledir: “(1) Esas sözleşmede aksine bir hüküm yoksa, kâr ve tasfiye payı pay sahibinin sermaye payı için şirkete yaptığı ödemelerle orantılı olarak hesap edilir. (2) Yıllık kâr, yıllık bilançoya göre belirlenir”.

⁴⁴⁵ Karyağdı Nazmi, **Tüm Yönleriyle Kar Dağıtımı**, Kasım 2008, Oluş- Özbalcı Yayıncılık, s. 263.

⁴⁴⁶ Ateşagaoglu Erdem, **Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi**, Legal Yayınevi, İstanbul 2006, s. 72.

ccc) Oy Kullanma Hakkı

Anonim ortaklıkta esas sermaye, pay sahiplerinin şahıslarından bağımsız ortaklık oluşturan ve nama ve hamiline yazılı pay senetlerine bağlanabilen paylara bölünmüştür⁴⁴⁷. Oy hakkı ise⁴⁴⁸, kural olarak kuruluşa veya sermaye artırımına iştirak eden kimselerin, kuruluşa veya sermaye artırımını tamamlanmışsa tescil ile kendiliğinden oluşan payları aslen iktisap etmiş sayılmaları ya da kuruluşun veya sermaye artırımının tescilinden sonra, devir şekline uygun olarak pay sahiplerinden iktisap edilmesi şeklinde olabilir⁴⁴⁹.

Oy hakkının kullanılması, ortaklığın karar mekanizmasına katılmak, anonim ortaklığın işleyişi konusunda görüş beyan etmek ve bu işleyişi etkilemek anlamına geldiğinde, oy kullanma, pay sahiplerinin ortaklıkla ilgili amaçlarını gerçekleştirmelerini sağlayan bir yöntemdir⁴⁵⁰.

bb) Genel Tebliğ 7.1

Genel Tebliğ'in 7.1. maddesinin 1.fıkrasında da ; *“Yurt dışındaki bir kurumun kontrol edilen yabancı kurum sayılabilmesi için bu kurumun sermayesinin, kar payının veya oy kullanma hakkının en az %50’sinin doğrudan veya dolaylı olarak, ayrı ayrı ya da birlikte tam mükellef gerçek kişi ve kurumlara ait olması gerekmektedir”* denilmek suretiyle Yasa’daki hüküm tekrar edilmiştir.

Bir kuruma iştirak eden her kurum, ilgili iştirak üzerinde belirli bir söz hakkına sahip olur; ancak bu, her zaman kontrol etme noktasında olmayabilir. Kazancı Türkiye’de

⁴⁴⁷ Göksoy Y.Can, **Anonim Ortaklıkta Payın Rehni**, Seçkin Yayınları, Ankara 2001, s.34- 42: “Anonim ortaklıklar hukukunda pay kavramı üç değişik anlamı ifade etmektedir. Esas sermayenin bir parçası olarak pay, pay sahipliğinden doğan hak ve borçların bir bütünü olarak pay ve hisse senedi anlamında pay”.

⁴⁴⁸ TTK’nın “Oy Hakkı ve Hesaplanması” başlıklı 618.maddesinde şu düzenleme yer almaktadır: “(1) Ortakların oy hakkı esas sermaye paylarının itibarı değerine göre hesaplanır. Şirket sözleşmesinde daha yüksek bir tutar öngörülmemişse her yirmi beş Türk Lirası bir oy hakkı verir. Ancak, şirket sözleşmesi ile birden fazla paya sahip ortakların oy hakları sınırlandırılabilir. Ortak, en az bir oy hakkını haizdir. Şirket sözleşmesinde açıkça düzenlenmişse yazılı oy da verilebilir. (2) Şirket sözleşmesi oy hakkını, itibarı değerden bağımsız olarak her esas sermaye payına bir oy hakkı düşecek şekilde de belirleyebilir. Bu hâlde en küçük esas sermaye payının itibarı değeri, diğer esas sermaye paylarının itibarı değerleri toplamının onda birinden az olamaz”.

⁴⁴⁹ Dağ Üner, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması**, Beta Yayınları, İstanbul 1996, s.44.

⁴⁵⁰ Okutan Nilsson Gül, **Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri**, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları, s.172.

vergilendirilecek yabancı iştirakin kazancının Türkiye’de vergiye tabi tutulması için Türkiye’deki tam mükellef kurum ile arasında belirli ölçüler içinde bağılılığın varlığı aranmıştır. Kanun’da öngörülen bağılılık düzeyine ulaşılması, yani “kontrol edilmesi” halinde, iştirak edilen kurum, “kontrol edilen kurum” niteliğinde sayılacak, aksi takdirde sayılmayacaktır⁴⁵¹.

KVK 7.maddesinde, bir kurumu kontrol etme ölçüleri olarak “sermaye, kar payı ve oy kullanma hakkı” belirlenmiştir. Tam mükellef gerçek kişi veya kurum, yurtdışındaki iştirakin sermayesi, kar payı veya oy kullanma hakkının en az %50’sine sahip ise, sözkonusu yurtdışı iştirak, kontrol edilen kurum olarak nitelendirilecek; aksi takdirde sadece iştirakin kar dağıtımını yapma durumuna bağlı olarak genel esaslara göre “yurtdışı iştiraki” olarak vergilendirmeye tabi tutulacaktır⁴⁵².

Burada önemli olan husus, KEYK rejimi kapsamında vergilemeye tabi tutulması hedeflenenin, yurtdışındaki iştirak değil, bu kuruma iştirak eden tam mükellef gerçek kişi ya da kurum olması ve bu gerçek kişi ya da kurumun yurtdışı iştirak ile bir kontrol ilişkisinin bulunmasıdır⁴⁵³.

d) Kontrol Zamanı

aa) KVK 7 (3)

KVK 7 (3) maddede; “*Kontrol oranı olarak, ilgili hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte sahip olunan en yüksek oran dikkate alınır*” denilmektedir.

⁴⁵¹ Özmen, s. 45.

⁴⁵² Uysal Ali, Eroğlu Nurettin, **Açıklamalı ve Örnekli Kurumlar Vergisi Kanunu**, 2.Baskı, Ankara 2008, s. 313.

⁴⁵³ Erdem, s. 142; “ Nitekim KEYK uygulamasının getiriliş gayesi dikkate alındığında, tam mükellef kurumların vergiden kaçınma ya da vergi erteleme niyeti ile zararlı vergi rekabeti çerçevesinde vergileme alanı dışına taşıma işlemlerinin önlenmesi gayreti bulunmaktadır. Dolayısıyla, KEYK, temelinde vergiden kaçınma ya da vergi erteleme iradesi ile yapılan işlemlere karşı bir güvenlik unsuru oluşturmayı hedeflemektedir. Bu noktada, düzenlemenin vergiden kaçınma ya da vergi erteleme taşımayan yatırım ve işlemleri olumsuz yönde etkilemesi için belirli objektif şartlara bağlanması gerekmektedir. Bu amaçla, yapılan düzenlemede, KEYK rejiminin gündeme gelmesi için belirli şartların bir arada gerçekleşmesi aranmıştır”.

bb) Genel Tebliğ 7.3

1 Seri No’lu Genel Tebliğ’in 7.3. madde düzenlemesi şöyledir: “Yurt dışı iştirakin kontrol edilen yabancı kurum 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”.

KVK 7 (3) maddesine göre, bir yurt dışı iştirakin kontrol edilen yabancı kurum olup olmadığının tespitinde, kontrol oranı olarak ilgili hesap dönemi içinde herhangi bir tarihte sahip olunan en yüksek oran dikkate alınacaktır. Yurtdışı iştirake ilişkin iştirak payının (sermaye, kar payı ve oy kullanma hakkının) tamamının, yurt dışı iştirakin hesap döneminin kapanmasından önce herhangi bir tarihte muvazaa olmaksızın elden çıkartılmış olması halinde ise, ilgili yurtdışı iştirak hakkında KEYK hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır⁴⁵⁴.

Görüleceği gibi, kontrol oranının dikkate alınacağı hesap dönemi, yurtdışındaki yabancı kurumun bulunduğu ülkenin vergi mevzuatı açısından geçerli olan hesap dönemidir. Hesap dönemi sonunda mevcut olan iştirak oranlarına değil, sözkonusu hesap

⁴⁵⁴ Tebliğ’in 7.3. maddesindeki örnek üzerinden kontrol zamanının nasıl değerlendirileceğini göstermiştir. Buna göre; “Yurt dışındaki (KEYK) Şirketinin 20/5/2007 tarihi itibarıyla ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir:

Ortak	Ortaklık payı
Tam mükellef gerçek kişi (A)	%40
Tam mükellef kurum (B)	%25
Dar mükellef gerçek kişi (C)	%35

Anılan şirket, bulunduğu ülkede 1 Temmuz - 30 Haziran hesap dönemini kullanmaktadır. Şirketin hesap dönemi sonu itibarıyla kurum kazancı 200.000 ABD Doları olup bu kazanç üzerinden bulunduğu ülkede ödemiş olduğu kurumlar vergisi ise 10.000 ABD Dolarıdır. Şirketin gayrisafi hasılatının tamamı pasif nitelikli gelirlerden oluşmaktadır. 30 Haziran 2007 tarihi itibarıyla tam mükellef kurum (B) ’nin aktifinde söz konusu (KEYK) Şirketi hisselerinin %5’i bulunmaktadır. Buna göre, tam mükellef gerçek kişi (A) ’nin elinde bulunan %40’lık ortaklık payı ile tam mükellef kurum (B) ’nin %25’lik ortaklık payı, (KEYK) Şirketinin kontrol edilen yabancı kurum olup olmadığı hususunda birlikte değerlendirilecek olup tam mükellef gerçek kişi (A) ile tam mükellef kurum (B) ’nin (KEYK) Şirketine toplam iştirak oranı 20/5/2007 itibarıyla %65 olduğundan (KEYK) Şirketinin 1/7/2006-30/6/2007 hesap dönemi için kontrol edilen yabancı kurum olarak değerlendirilmesi gerekmektedir“

döneminin herhangi bir gününde %50'den fazla kontrol oranının mevcut olup olmadığına bakılacaktır.

2. Öznel Ölçüt: Kontrol Edilen Yabancı Kurumdan Kaçınma

Yukarıda ayrıntıları ile açıklandığı gibi, tam mükellef gerçek kişi ve kurumların, yurt dışındaki bir iştirakin; “sermaye, kar payı veya oy kullanma hakkının” yüzde 50'den fazlasına sahip olması, Yasa'daki diğer koşulların da gerçekleşmesi halinde, vergiye tabi olma sonucunu doğuracaktır.

Ancak, mükellefler, sahip oldukları kontrol ölçütlerinden “oy kullanma hakkı” ile ilgili yaptıkları “oy sözleşmeleri” ile⁴⁵⁵ KEYK hükümlerinden kaçınabilmektedirler.

KEYK hükümleri kapsamında, yurtdışındaki bir iştirakin yüzde 50'den fazla “oy kullanma hakkına sahip olunması” ile ilgili, şirket sözleşmesindeki hükümlere göre mi yoksa oy sözleşmesi dolayısı ile gerçekte oy kullanma hakkına sahip olan kişiye ulaşılması ile mi hareket edileceği konusunda Türk vergi mevzuatında, IRC ve IRC Yönetmelikleri'ndeki düzenlemelerin aksine bir açıklık bulunmamaktadır.

Ancak burada, VUK “İspat” başlıklı 3/B maddesinde yer alan; “*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*” hükmü gereği, fiili durumun araştırılması gerektiğini ve “fiili durumun”, kontrol edilen yabancı kurumu “kontrol testlerinde” öznel ölçüt olarak dikkate alınacağını söyleyebiliriz.

IV. Nitelendirme

Nitelendirme, maddesel olguların hukuksal anlamı, kapsamı ve içeriğini belirlemeye yöneliktir⁴⁵⁶. Vergi hukukunda “tipiklik” ise somut maddi olayın (küçük

⁴⁵⁵ Moroğlu, s. 6: “Oy sözleşmesi, oy hakkının ortaklık karar organlarında belirli bir yönde kullanılması ya da kullanılmaması veya kullanımında çekimser kalınması taahhüdünü içeren sözleşmeler olup, oy sözleşmelerinin konusu bizzatıhi oy hakkının devir ve temliki değil, bu hakkın belirli bir yönde kullanılması veya kullanılmamasıdır. Oy sözleşmesi ile oy hakkı paydan ve pay sahibinden ayrı olarak başka bir kişiye devredilmeyip pay sahibinde kalmakta ve ortaklık genel kurulunda pay sahibi veya temsilci tarafından sözleşmede taahhüt edilen yönde kullanılmaktadır”; Okutan, s.172: “Aslında oy hakkının kullanılması ile ilgili taahhütleri içeren oy sözleşmeleri, karar alma mekanizmasında etkili olmak veya bir çifte ortaklık söz konusu ise, anonim ortaklıktaki karar alma mekanizmasının adi ortaklık kurallarına göre gerçekleşmesini sağlamak gibi hedeflerin gerçekleştirilebilmesi için kullanılan bir araçtır”.

önerme) soyut hukuk kuralına (büyük önerme) uygun olması⁴⁵⁷ anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, tipiklik, “yasa ile yaşam olayı arasındaki ilişkiyi ifade eden soyut bir ilişki; nitelendirme ise bu ilişkinin somut olarak kurulduğunun tespiti, yani hukukun uygulanmasıdır”⁴⁵⁸.

Türk vergi hukukunda KEYK hükümleri ile ilgili bir nitelendirme yapmak istediğimizde, öncelikle, ABD vergi hukukunda nitelendirme ile ilgili kullandığımız ölçütleri burada da kullanmamız gerekecektir.

KVK 7.maddesi ile getirilen düzenlemeye göre; tam mükellef gerçek kişi ve kurumlar, doğrudan, dolaylı, ayrı ayrı ya da birlikte, sermaye, kar payı veya oy kullanma hakkının yüzde 50’den fazlasına sahip oldukları yurt dışı iştiraklerin kazançlarından dolayı vergiye tabidirler.

Yasa hükmünde bir yurt dışı iştirakin KEYK statüsünde kabul edilebilmesi için getirilen nesnel ölçütler, esasında, bize “yasa olayını” vermektedir. O halde, KEYK düzenlemeleri ile ilgili;

Yasa olayı: KVK 7.maddeye göre; tam mükellef gerçek kişi ve kurumların, yurt dışındaki bir iştirakin sermaye, kar payı ya da oy kullanma hakkının en az yüzde 50’sine sahip olma (kontrol etme) gerekliliği,

Yaşam olayı: Somut olayda tam mükellef gerçek kişi ya da tam mükellef kurumların “yurt dışı iştiraki kontrol etme gerekliliğini” karşılayan “ölçütlerin” saptanmasıdır.

⁴⁵⁶ Kaneti, s. 48; Karakoç, s. 159’da “Ekonomik nitelendirme” kavramını kullanmış ve ekonomik nitelendirmeyi şöyle tanımlamıştır: “Ekonomik nitelendirme, vergiyi doğuran olayın ekonomik nitelik ve işlerliğine göre belirlenmesi ve değerlendirilmesidir; Sözer Ali Nazım, **Hukukta Yöntembilim**, Beta Yayınevi, 2.Baskı, İstanbul, Mart 2011 s. 34:“Somut yaşam olayının, yasanın unsurlarına uyup uymadığının değerlendirilmesi, “çıkarsama, istihraç ya da istidlal olarak adlandırılır”; Aral Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, 6.Baskı., s. 180; Furtun İdris Hakan, **Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 28: “Latince deyim olarak ise “subsumtion” terimi kullanılmaktadır. Çıkarsama, önermelerle gerçekleşir ve burada büyük önerme= norm; küçük önerme= olaydır ve daha sonra sonuç ortaya çıkmaktadır ve sonuç, “olması gerekeni” verir”.

⁴⁵⁷ Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 31: “ Vergi hukukunda soyut bir tip olan vergiyi doğuran olay- yani yasada öngörülen olay, fiil ya da durumlar- somut olarak yaşamda gerçekleşirse tipiklikten söz edilir. Ortaya çıkan sonuç ise vergilendirmedir”.

⁴⁵⁸ Saban, Vergi Hukuku, s. 65.

Bu saptama yapılırken de hem KVK’da belirtilmiş nesnel ölçütler (tam mükellef gerçek kişi ya da tam mükellef kurum olma, yüzde 50’den fazla sermaye, kar payı ya da oy kullanma hakkına sahip olarak kontrol sahibi olma) hem de KEYK hükümlerinden kaçınma amacı ile yapılmış tüm işlemlerin ve/veya davranışların da değerlendirildiği “öznel ölçüt” dikkate alınmalıdır; çünkü VUK 3/B maddesi hükmüne göre; “*Vergilendirmede vergiyi doğuran olay ve bu olaya ilişkin muamelelerin gerçek mahiyeti esastır*” ve “gerçek mahiyet” ancak nesnel ve öznel ölçütlerin bir arada değerlendirilmesi ile ortaya çıkarılacaktır.

Ancak VUK 3/B hükmü, doktrinde bazı yazarlar tarafından “gerçek bir ispat kuralından çok vergi hukukunda ekonomik yaklaşıma ilişkin kural öngördüğü”⁴⁵⁹ şeklinde değerlendirilmiştir.

Ekonomik yaklaşım, vergiyi doğurucu olayların saptanmasında ve vergi yasası hükümlerinin yorumlanmasında hukuki biçimlerin ötesine geçilerek gerçek ekonomik nitelik ve içeriklerin esas alınması anlamını taşır ve vergi hukukuna özgü bir yorum yöntemidir ve gerek maddi olayın saptanmasını gerek hukuk kuralının yorumunu içerdiğinden bir üst kavram olarak kullanılır⁴⁶⁰. Fakat ekonomik yaklaşım ilkesi, vergi hukuku açısından doğru bir ilke değildir; çünkü bu ilkenin söylemek istediği, vergi mükelleflerinin “az vergi ödeme” ya da “hiç ödememesinin” önüne geçmektir⁴⁶¹. Oysa VUK 3/B düzenlemesi, nitelendirme ile ilgili olup⁴⁶², nitelendirme konusunda kullanılacak ilkeyi de, özün biçime önceliği ilkesi belirler⁴⁶³.

⁴⁵⁹ Önce, Kumrulu, Çağan, s. 25; Kaneti, s. 47; Kırbaş, s. 53; Karakoç, s. 158; Oktar, s. 58

⁴⁶⁰ Akkaya Mustafa, **Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım**, Ankara 2002, s.36; Öncel, Kumrulu, Çağan, s. 24-25; Kaneti, s. 46-47; Kırbaş, s. 58: “Ekonomik yaklaşım ilkesinin bir sonucu olarak vergi yasalarının kullandığı kavramlar iktisadi içeriklerine göre anamlandırılacaktır. Ancak vergi yasası, özel hukuk kavramlarına yer verdiğinde, bu kavramların özel hukuktaki anlamlarıyla mı, yoksa değişik bir iktisadi içeriğe göre mi değerlendirilmesi gerektiği araştırılacak, diğer deyişle yorumda “içerik biçime ağır basacaktır”; Kaneti, s. 47.

⁴⁶¹ Saban, Vergi Hukuku, s. 66.

⁴⁶² Kaneti, s. 48: “Nitelendirme konusunda VUK 3/B’de temel bir kurala yer verilmiştir. Ancak bu kural “ispat” başlığı altında yer almakta olup, bu yön isabetli değildir”.

⁴⁶³ Saban, Vergi Hukuku, s. 65: “Şekil kurallarında herhangi bir biçimde kötüye kullanma sözkonusu ise, işlemin gerçek biçimi esas alınacaktır. Başka bir ifade ile, vergiyi doğuran olayın tespitinde, vergi yasalarının amacına uygun yorum yapılacak ve nitelendirme bu yorumun ortaya çıkardığı sonuca göre yapılacaktır”.

Türk vergi hukukunda ise, yasanın yürürlüğe girmesinden bu yana herhangi bir yargı kararı yayınlanmadığı için vergi idaresi ve yargı tarafından bu konuda nasıl bir değerlendirme yapıldığı ya da yapılacağı bilinmemektedir⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ Amerika ve Türk Hukuk sistemini karşılaştıracak olursak; ABD’de IRS ve mahkemeler tarafından mükelleflerin vergiden kaçınma ve/veya vergi kaçırma amacıyla geliştirdikleri işlemleri analiz edip yeniden nitelendirmek için sıklıkla kullanılan özün şekle önceliği ilkesi, aynı zamanda IRC’da yer almakta, IRC 7701 (o) maddesi ve KEYK düzenlemeleri kapsamında ilkenin uygulanma koşulları da IRC Reg. § 1.957-1 (b) gösterilmektedir. Türk vergi hukukunda ise 2006 yılında “vergi güvenlik müessesesi” olarak getirilmiş olan KEYK, “yeni” bir düzenlemedir; ancak sözkonusu hükmün doğru ve etkin bir biçimde uygulanması için vergi idaresine; hükmün amacına uygun yorumlanarak karar verilmesi/ hukukun uygulanması için de vergi yargısına önemli görev düşmektedir. 29.11.2012 tarihi itibari ile Danıştay’da yapılan dosya araştırmaları sonucunda; KEYK ile ilgili herhangi bir uyuşmazlığın Danıştay’a gelmediği bilgisine ulaşılmıştır. Bu noktada, öncelikle vergi idaresinden beklenen, yasa hükmü dolayısı ile “yurt dışı iştirak kazancı nedeniyle vergi ödeyecek yükümlülerin/ yurt dışı iştiraki kontrol eden kişilerin” belirlenmesinde ve “yurt dışındaki bir iştirakin, kontrol edilen yabancı kurum olma şartlarını haiz olup olmadığının” belirlenmesinde sadece KVK’daki nesnel ölçütlerden faydalanarak bir işlem yapması değil; KEYK hükümlerinden kaçınma amacına yönelik, kontrol sahipliğini ve kontrol oranını değiştiren her türlü açık ve zımnî anlaşma, sözleşme, fiili durum” ile “gerçeği” ortaya çıkarmaya çalışmasıdır; Saban, Vergi Hukuku, s.79: “Vergi yargıcı da delilleri değerlendirecek ve vergiyi doğuran olay konusundaki gerçeği, anayasa, kanun ve hukuka uygun olarak oluşan vicdani kanaatine göre bulacaktır. Vicdani kanaat ise gerçek konusunda olacaktır, yani yargıç gerçeği bulduğunda bir olay ispat edilmiş olacaktır”.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

STATÜNÜN İŞTİRAKLER VASITASIYLA KONTROLÜ

7. AMERİKAN HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Statüsünün Belirlenmesinde İştirak

1. IRC 958 ve IRC 318

KEYK statüsünün ve bir kişinin, yasada belirtilen özelliklerde Amerikalı hissedar olup olmadığının belirlenmesinde, doğrudan, dolaylı ve zımni iştirak hükümleri

uygulanacak olup⁴⁶⁵, sözkonusu düzenlemeler, IRC 958 ve 318.maddelerinde⁴⁶⁶ hükme bağlanmış ve Reg. §1.958-1’de de ayrıntılı açıklamalara yer verilmiştir.

IRC 958.maddesi, yabancı bir kurumun hisse sahipliğini belirlemek için iki sistem ortaya koymaktadır: Birincisi, IRC 318.maddedeki zımni sahiplik kurallarının, ülke içindeki bir kişinin Amerikalı hissedar olarak nitelendirilmesi için gerekli olan yüzde on hisseyi elinde bulundurup bulundurmadığının tespit edildiği IRC 958 (b) ile birlikte uygulanmasıdır. Bu zımni iştirak kuralları yalnızca, bir kişinin Amerikalı hissedarı olup olmadığı ve bunu takiben yabancı kurumun KEYK olup olmadığının belirlenmesinde uygulanır⁴⁶⁷.

İkincisi, IRC 958 (a), Amerikalı hissedarının KEYK gelirinin IRC 951 (a)’ya göre vergilendirilmesinde olduğu gibi, bir kişinin Amerikalı hissedar ve bunun sonucu olarak yabancı kurumun KEYK olup olmadığının belirlenmesinde, yabancı tüzel kişiler ile ilgili olarak, hissedarlık isnat kurallarını içerir⁴⁶⁸.

IRC 958 (a) maddesi, doğrudan iştiraki kapsayan hisse sahipliği ile beraber aynı zamanda belirli yabancı tüzel kişilerden, hissesi ile orantılı dağıtım ile elde ettiği dolaylı hisse sahipliğini içerir⁴⁶⁹.

2. Reg. § 1.958-1

“(a) Genel. 958 (a) maddesi, 951’den 964.maddeye kadar olan maddelerde (955 (b) (1) (A) ve (B), 955 (c) (2) (A) (ii)’den farklı olarak (1975 Vergi İndirim Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinden önce) yer alan; kazanılmış hissenin tanımını şöyle ifade etmektedir-

(1) Doğrudan kazanılmış hisse ve

⁴⁶⁵ Larkins, s. 245. Jacobs, Duke, s. 7: “Yabancı bir kurumun sahipliği, mükellefin doğrudan iştiraki ile isnat ve zımni iştirak kurallarından kaynaklanan herhangi bir dolaylı iştirak toplamından ileri gelmektedir”.

⁴⁶⁶ IRC 318.maddesi, I.Bölüm, C Alt Bölümü’nde “ Tanımlar; Hissenin Zımni Sahipliği” başlıklı maddede tanımlanmış olup (Part I, Subpart C-Definitions; Constructive Ownership of Stock), IRC 958 (c) maddesinde düzenlenen zımni iştirak ile ilgili hüküm dolayısı ile atıf yapılmaktadır.

⁴⁶⁷ Postlewaite, Donaldson, s.252.

⁴⁶⁸ Postlewaite, Donaldson, s.252.

⁴⁶⁹ Postlewaite, Donaldson, s.253, dipnot: 46: “Reg. 1.958-1 (c) (2). Orantılı pay, durum ve olaylara dayalı olarak belirlenir”, Postlewaite, Donaldson, s.253, dipnot: 47: “958 (a) (2). Reg. 1.958-1 (b). Dağıtım kuralı sadece yabancı tüzel kişilik tarafından kazanılmış hisseye uygulandığı için, tüzel kişilik, hissedarlık zincirindeki ilk ABD kişisi ile isnadı sona erdirir”.

(2) *Bu maddenin (b) bendinin uygulanması ile kazanılmış hissedir.*

958 (a) maddesindeki hükümler ve bu madde, öncelikle 951 (a) maddesindeki Amerikalı hissedarlara yüklenecek vergi miktarının belirlenmesi için hisse nitelemesinin sınırlı bir çeşidini içermektedir.

(b) *Bu maddenin (a) (2) bendinde yer alan kazanılmış hisse, doğrudan veya dolaylı olarak, yabancı kurum, yabancı ortaklık, yabancı malvarlığı yönetimi (7701 (a) (31)'deki tanıma göre), 671-679.maddelerde belirtildiği gibi veya diğer yabancı malvarlığı yönetimi ya da yabancı miras yönetimi (7701 (a) (31)'deki tanıma göre) tarafından ya da bunlar için, bunların hissedarları, ortakları, bağlıları ya da diğer kişiler tarafından, hisse ya da lehdarları içeren malvarlığı yönetiminin herhangi bir payını kazanmış oldukları kabul edilerek, hisseleri ile orantılı olarak kazanmış oldukları kabul edilir. Sonuç olarak, bu hüküm bir iştirak zinciri yaratmaktadır, ancak kural, sadece yabancı tüzel kişi tarafından kazanılmış hisseye uygulandığı için, bu hükümdeki isnat, iştirak zincirindeki ilk Amerikalı kişi ile yabancı tüzel kişi arasındaki bağı keser”.*

II. Kontrol Testi: Amerikalı Hissedar Olup Olmadığının Belirlenmesi

1. Ülke İçindeki Kişi

a) Zımnî İştirak

aa) IRC 958 (b)

Eğer yabancı bir kurumun hissesi, Amerikalı kişinin kar payının bulunduğu bir kurum, ortaklık, malvarlığı yönetimi veya miras yönetimi tarafından kazanılmış ise veya Amerikalı kişinin yakın aile üyeleri tarafından kazanılmış ise, bu yabancı kurumun hissesi,

Amerikalı kişi tarafından kazanılmış olarak kabul edilecektir, yani hisse sahipliği Amerikalı kişiye isnat edilecektir⁴⁷⁰.

Bir kurumun hissedarı veya bir ortaklığın ortağı, aynı zamanda bu kurum ya da ortaklıkta %10 veya daha fazla kara sahip ise, söz konusu kurum veya ortaklık tarafından kazanılabilecek hisse ile orantılı bir karı olduğu kabul edilir⁴⁷¹.

IRC 958 (b) maddesinde düzenlenmiş olan, zımni hissedarlık kuralları, sadece ülke içindeki kişinin Amerikalı hissedarı olarak göz önüne alınması kapsamında uygulanır⁴⁷².

IRC 958 (b) maddesinde “Zımni İştirak (Constructive Ownership)” şu şekilde tanımlanmıştır:

“951 (b), 954 (d) (3), 956 (c) (2) ve 957.maddeleri, 318 (a) maddesi (hissenin zımni sahipliği ile ilgili), 951 (b)’deki anlamı ile herhangi bir Amerikalı kişi, Amerikalı hissedar olarak, 954 (d) (3) deki anlamına göre bir kişi, ilişkili kişi olarak, yerel bir kurumun hissesi, 956 (c) (2)’e göre kontrol edilen yabancı kurumun Amerikalı hissedarları tarafından kazanılmış olduğu kabul edilerek veya 957.maddeye göre yabancı bir kurumun kontrol edilen yabancı kurum olarak kabul edilmesi sonucunu doğuracak şekilde, geniş kapsamda uygulanmalıdır, şunlar hariç-

(1) 318 (a) maddesinin (1) (A) bendi uygulamasında, yerleşik olmayan yabancı bir kişi (yabancı malvarlığı yönetimi veya yabancı miras yönetimi farklı olarak) tarafından sahip olunan hisse, bir vatandaş veya yerleşik bir yabancı kişi tarafından sahip olunduğu şeklinde kabul edilemez.

(2) 318 (a) (2) maddesinin (A), (B) ve (C) bentlerinin uygulamasında, eğer ortaklık, miras yönetimi ya da malvarlığı yönetimi veya kurum, yabancı bir kurumun oy kullanma hakkı veren tüm gruplarındaki toplam hislerinin doğrudan veya dolaylı olarak

⁴⁷⁰ Rhodaes, Langer, s. 20.

⁴⁷¹ IRC 958 (b) (2), (3) ve IRC 318 (a) (2) (C).

⁴⁷² Postlewaite, Donaldson, s.253, Reg. 1.958-2 (a). Dipnot 52: “Bu kurallar aynı zamanda bir kişinin, IRC 954 (d) (3)’e göre ilgili kişi ve yerel kurumun hissesinin KEYK’in Amerikalı hissedarları tarafından kazanılmış olarak (956 (b)(2) dikkate alınmasında kullanılmaktadır”.

%50'den fazlasına sahip ise, bu oy kullanma hakkı veren tüm hisselerin kazanılmış olduğu şeklinde değerlendirilebilir.

(3) 318 (a) (2) maddesinin (C) bendinin uygulanmasında, “yüzde 10” sözcüğü, (C) bendinde kullanılan “yüzde 50” kelimesinin yerine ikame edilir.

(4) 318 (a) (3) maddesinin (A), (B) ve (C) bentleri, Amerikalı kişinin sahip olduğu hisse, Amerikalı kişi olmayan biri tarafından sahip olunan hisse olarak değerlendirilmesi amacıyla uygulanamaz.

(1) ve (4) bentler 956 (c) (2) maddesindeki yerel kurumun hissesinin Amerikalı hissedarı tarafından kazanılmadığı konusunda uygulanamaz”.

Zımni iştirak kurallarının uygulanması oldukça zordur. Bu kurallar sadece eğer, Amerikalı kişinin Amerikalı hissedar olarak, yabancı kurumun da KEYK olarak veya ilgili kişiler arasında yapılmış olan satın alma veya satış işlemlerinin olduğu durumlarda, bir kişinin “ilişkili kişi” olarak değerlendirilme etkisi sağlıyor ise uygulanır⁴⁷³.

Malvarlığı yönetimi veya miras yönetimi lehdarı açısından ise, malvarlığı yönetimi veya miras yönetiminden dağıtılma ile ilgili olarak yararlanma hakkına dayalı olarak, sözkonusu malvarlığı yönetimi veya miras yönetiminde bir hisse miktarına sahip olduğu kabul edilir⁴⁷⁴.

bb) Reg. § 1.958-2 (a)

IRC Reg. § 1.958-2 (a) maddesinde “zımni hisse sahipliği” başlığı altındaki düzenleme şöyledir:

“(a) Genel. 958 (b) maddesi, 951 (b), 954 (d) (3), 956 (b) (2) ve 957. maddelerini, 958 (b) maddesi ile değişiklik yapılan 318 (a) maddesindeki hükümleri içerir ve bu madde 951 (b) maddesindeki anlamı ile Amerikalı kişiyi Amerikalı hissedar olarak değerlendirme etkisini kapsayan, bir kişiyi ilişkili kişi anlamında 954 (d) (3)'deki anlamı ile değerlendiren, 956 (b) (2) kapsamında yerel kurumun hissesinin kontrol edilen yabancı

⁴⁷³ Rhoades, Langer, s. 21.

⁴⁷⁴ Jacobs, Duke, s. 7.

kurumun Amerikalı hissedarı tarafından kazanılması veya yabancı kurumu 957.maddeye göre kontrol edilen yabancı kurum olarak değerlendirmeye alacağı kapsamında uygulanmalıdır. Bu maddede yer alan hükümler aynı zamanda Kanun'un ve yönetmeliklerin 958 (b)'ye atıf yapan diğer maddelerini de kapsamaktadır”.

Zımni hisse sahipliği %10 oy kullanma gücünün ve Amerikalı hissedarlar tarafından bir bütün olarak %50 iştirake sahip olunduğunun belirlenmesinde hesaba katılır⁴⁷⁵. IRC 958 (a) (2)'de, herhangi bir yabancı tüzel kişi, kurum, ortaklık, malvarlığı yönetimi ve miras yönetimi tarafından kazanılmış olan bir hisse, bunların hissedarları, ortakları veya lehdarları tarafından hisseleri ile orantılı olarak kazanılmış olarak kabul edilir⁴⁷⁶.

İştirak ile ilgili isnat kurallarının IRC 958 (b) maddesinin atfı dolayısıyla “Zımni Hisse Sahipliği (Constructive Ownership of Stock)” başlıklı IRC 318.maddesi ile beraber değerlendirildiğini ve IRC 958 (b) hükmüne baktığımızda da aslında pek çok başka maddeye atıf yapılarak bir düzenleme yapıldığını ve oldukça karmaşık bir sistem oluşturulduğunu görmekteyiz. Ancak zımni iştirak kuralları ile ilgili 958 (b) maddesinin, uygulamalar konusunda esas aldığı madde IRC 318.maddesidir ve bu düzenleme esasında genel hatları itibarıyla;

- Aile isnadı
- Tüzel kişilerden dolayı isnat
- Tüzel kişilere isnat şeklinde sınıflandırabileceğimiz zımni iştirak çeşitlerini içermektedir⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Isenbergh, s. 33.

⁴⁷⁶ Isenbergh, s. 34.

⁴⁷⁷ Isenbergh, s. 34: “IRC 318.madde, Subpart F’ye göre az oranda değiştirilmiş olup, hem aile isnadı hem de tüzel kişiye isnat kurallarını içerir”.

b) İsnad Kuralları

aa) Aile Üyelerinden

aaa) IRC 318

“IRC 318 (a) Genel Kural

Bu maddede yer alan Subchapter hükümlerinin uygulanmasında-

(1) Aile üyeleri

(A) Gerçek kişilerin, doğrudan veya dolaylı sahip oldukları hisseler, şu kişiler tarafından veya onlar adına, hisselerine sahip oldukları şeklinde kabul edilir

(i) Eşi (yasal olarak boşanma kararı veya ayrılık kararı verilmiş ayrı çiftler hariç)

(ii) Çocukları, torunları, anne ve babası.

(B) Evlat edinme hali

(A)(ii) alt bendinin uygulanmasında, bir kişinin yasal olarak evlat edindiği çocuk, bu kişinin kan bağı ile bağlı olduğu çocuğu gibi kabul edilir”.

bbb) Reg. §1.958-2 (b)

“IRC Yönetmelik § 1.958-2 (b) Aile Üyeleri-

(1) Genel. (3) alt bent istisna olmak üzere, bu bentteki gerçek kişinin sahip olduğu hisselerin doğrudan ya da dolaylı olarak kazanıldığı kabul edilir, şu kişiler tarafından ya da şu kişiler için-

(i) Eşi (boşanma ya da yardım nafakası kararına dayanarak resmi olarak ayrı olanlar hariç) ve

(ii) Çocukları, torunları ve anne, babaları.

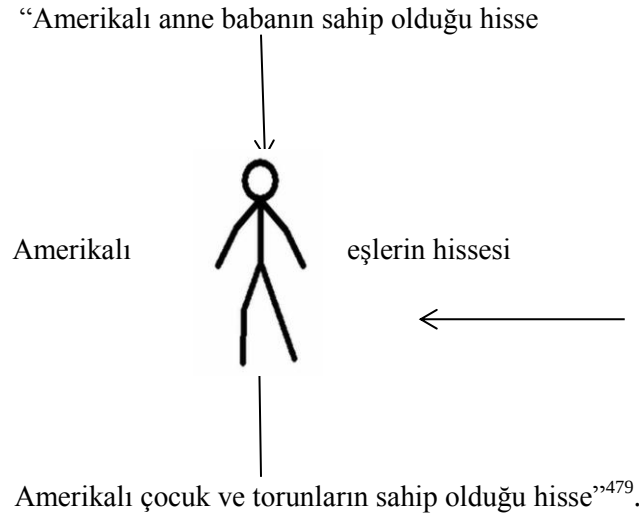
(2) Evlat Edinme Hali. (1) (ii) alt bendinde, yasal olarak kişilerin evlat edinmiş oldukları çocuklar, kan bağı bulunan çocuklar gibi değerlendirmeye tabi tutulur.

(2)Yerleşik olmayan yabancı gerçek kişiler tarafından kazanılmış hisse. Bu bentteki yerleşik olmayan gerçek kişi tarafından kazanılmış hisse (yabancı malvarlığı yönetimi veya yabancı miras yönetimi hariç) Amerikan vatandaşı ya da yerleşik yabancı gerçek kişi tarafından kazanılmış olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte, bu sınırlama, yerel bir kurumun hissesinin, 956 (b)(2) ve § 1.956-2(b)(1)(viii) maddelerindeki Amerikalı hissedar tarafından sahip olunduğu ya da sahip olduğunun farz edildiği belirtilirken uygulanmaz. Bkz. madde 958 (b) (1) ”.

Aile isnat kuralları, anne, baba, eşler, çocuklar ve torunlardan dolayı, doğrudan ya da dolaylı herhangi bir hisse kazanan gerçek kişilere atfedilmektedir. Bununla birlikte, gerçek kişiler, yerleşik olmayan yabancıların sahip oldukları hisseye zımnen sahip olmazlar, yani, Yasa’ya göre aile üyelerinin hisselerinin başkalarına isnat edilmesi için, aile üyeleri Amerikan vatandaşı veya ABD’de yerleşik olmak zorundadırlar⁴⁷⁸.

ccc) Örnek Kurgular

Örnek 1: “Aile isnat kuralını şu şema ile gösterebiliriz:



⁴⁷⁸ Larkins, s. 247: “Yasada belirtilmemiş olduğundan örneğin bir erkek, kayınvalidesinin sahip olduğu hisseyi zımnen kazanmış olarak değerlendirilemez”.

⁴⁷⁹ Larkins, s. 248.

Amerikalı kişinin eşi, çocukları, torunları ve anne babası tarafından kazanılmış olan hisse, Amerikalı kişi tarafından kazanılmış olarak değerlendirilecektir. Bunun iki istisnası vardır: (1) Eğer Amerikalı kişi, yasal olarak eşinden boşanmış ise, isnat uygulanmaz veya (2) eğer akraba yerleşik olmayan yabancı bir gerçek kişi ise, isnat sözkonusu olmayacaktır”⁴⁸⁰.

Örnek 2: “Birleşik Krallık (UK) vatandaşı olan bir süredir ABD’de yerleşik olarak bulunan James Smythe, ABD’de yerleşik olarak bulunduğu sırada, tek bir grup hisseli bir Panama şirketi kurmuştur. Şirketin hissesinin % 30’unu kendi almış, dört erkek kardeşinin her birine % 5’ini, babasına % 21’ini (babası halen Londra’da yaşamaktadır), eşine % 10, oğluna %10 ve gerçekten hisseleri kendi elinde tutan sekreterine yüzde 9’unu satmıştır. Isnat kurallarına göre, Smythe, kendi hisselerine ek olarak, oğlu ve eşinin hisselerine de sahip olarak kabul edilecektir. Erkek kardeşlerinin ve mukim olmayan yabancı babasının hisselerine sahip olduğu ise kabul edilmeyecektir. Dolayısıyla, Panama kurumu KEYK değildir; çünkü Smythe, ne doğrudan ne de dolaylı kurumun oy kullanma hakkı veren hisselerinin yüzde 50’den fazlasına sahip değildir. Ancak eğer, Smythe ve sekreteri, kardeşi veya babası arasında, bunlardan birinin oy kullanma hakkını Smythe’in talimatına göre vereceği konusunda açık veya zımni herhangi bir anlaşma var ise, Smythe bu hisselerin sahibi olarak kabul edilebilir ve bu kurum da KEYK olarak değerlendirilecektir. Hisseler bir defa aile üyelerine isnat edildiğinde, bir kez daha diğer aile üyelerine yeniden isnat olmayacaktır. Yukarıdaki örnekte, eğer Smythe’in babası ABD’de yerleşik olsa idi, Smythe’in kardeşi tarafından kazanılmış olan hisseler annesine ve sonra tekrar Smythe’e isnat edilemeyecekti”⁴⁸¹.

Konu ile ilgili IRC Yönetmeliği’nin § 1.958-2 (g) bendinde ise şu örneklere yer verilmiştir:

“Örnek 5. *Amerikan vatandaşı E yabancı kurum Y’de bir grup hissenin yüzde 15’ine ve Amerikan vatandaşı, E’nin eşi F de sözkonusu hissenin yüzde 5’ine sahiptir. E ve F’nin yerleşik olmayan dört yabancı torunlarının her biri Y kurumunda hissenin %20’sine sahiptir. Bu bölümün (b) (1) bendine göre, E, Y kurumunda F tarafından kazanılmış olan*

⁴⁸⁰ Rhoades, Langer, s. 21.

⁴⁸¹ Rhoades, Langer, s.22.

hisseye sahip olarak değerlendirilir, bununla birlikte, bu bölümün (b) (3) bendine istinaden E, (b) (1) bendine göre, Y kurumunda torunları tarafından kazanılmış herhangi bir hisseye sahip olmuş gibi değerlendirilemeyebilir”.

“Örnek 6. Amerikalı kişi F, yabancı kurum Z’de bir grup hissenin yüzde %10’una sahiptir, Z kurumu yabancı kurum K’da bir grup hissenin yüzde 10’una sahiptir ve K kurumu da yabancı kurum L’de bir grup hissenin %100’üne sahiptir. F’nin eşi olan Amerikalı kişisi G, K kurumunda hissenin yüzde 9’una sahiptir. Bu bölümün (c) (1) (iii) veya §1.958-1 (a) (2) bentlerine göre, F, Z kurumundaki hisse sahipliği nedeniyle, L kurumundaki hissenin yüzde 1’ini (yüzde 100’ün yüzde 10’unun yüzde %10’u) kazanmış olarak değerlendirilir ve bu bölümün (b) (1) bendine göre G, L kurumundaki hissenin sözkonusu yüzde 1’ine sahip olarak kabul edilir. §1.958-1 (a) (2) bendine göre, G, K kurumundaki hisse sahipliği dolayısıyla L kurumundaki hissenin yüzde 9’una (yüzde 100’ün yüzde 9’u) sahip olarak değerlendirilir ve bu maddenin (b) (1) bendine göre F, L kurumundaki hissenin yüzde 9’una sahip olarak kabul edilir. Sonuç olarak, F veya G’nin, L kurumu ile ilgili olarak, Amerikalı hissedarı olup olmadığının belirlenmesinde, F ve G’nin her biri, bu maddenin §1.958-1 (a) (2) ve (b) (1) ile (c) (1) (iii) bentlerindeki hükümler uygulanarak, L kurumundaki hissenin toplam yüzde 10’una sahip olarak değerlendirmeye tabi tutulur”.

bb) Ortaklık, Miras Yönetimleri, Malvarlığı Yönetimleri ve Kurumlardan

Ortaklar, lehdarlar ve S kurum hissedarlarına⁴⁸², ortaklıkları, miras yönetimi ve malvarlığı yönetiminden ve S kurumlarından bu tüzel kişilerden doğrudan veya dolaylı kazandıkları hisse için, hisseleri ile orantılı isnat kuralı uygulanır. Bu tüzel kişiler, yabancı bir kurumun doğrudan veya dolaylı yüzde 50’den fazlasına sahip olduklarında, ortaklar, lehdarlar ve hissedarlarının hissedarlıkları yüzde 100 olarak kabul edilir⁴⁸³.

IRC 318.maddesi ve Yönetmelik’te ortaklık ve miras yönetiminden dolayı ve ortaklık ve miras yönetimi isnat kuralları aynı bentte düzenlenirken; kurumlardan,

⁴⁸² S Kurumlar ile ilgili açıklamalar için bkz. Üçüncü Bölüm, 5, I, 1.

⁴⁸³ Rhoades, Langer, s.22.

malvarlığı yönetiminden, kurumlara ve malvarlığı yönetimine olan isnat hükümleri ayrı ayrı bentlerde düzenlenmiştir.

aaa) Ortaklık ve Miras Yönetiminden

aaaa) IRC 318 (a) (2) (A)

“IRC 318 (a) (2) (A) :

(A) Ortaklıklar ve miras yönetiminden

Ortaklık veya miras yönetimi tarafından doğrudan veya dolaylı olarak kazanılmış olan hisse, bunların ortakları veya lehdarları tarafından payları ile orantılı olarak kazanılmış kabul edilir”.

bbbb) Reg. § 1.958-2 (c)

“§1.958-2 (c) Ortaklıklar, miras yönetimi, malvarlığı yönetimleri ve kurumlardan dolayı isnat. Bu bendin (2) alt bendindeki düzenleme hariç olmak üzere-

(i) Ortaklıklar ve miras yönetiminden. Doğrudan veya dolaylı ortaklık ya da miras yönetimi tarafından ya da bunlar için kazanılmış olan hisse, ortakları ya da yararlanıcıları tarafından oransal biçimde kazanılmış olarak değerlendirilir”.

Ortaklıklar ve miras yönetimi tarafından kazanılmış olan hisseler, bunların ortaklık ya da miras yönetimindeki kar payları ile orantılı olarak, ortaklar veya lehdarlar tarafından kazanılmış olarak kabul edilir. Ortak veya lehdar tarafından kazanılmış hisse de, ortaklık veya miras yönetimi tarafından kazanılmış olarak değerlendirilir⁴⁸⁴.

cccc) Örnek Kurgu

“Örnek 1: Smythe, Precision Partnership, Ltd.’in yüzde 50 ortağıdır. Smythe, bir Fransız Şirketi olan Precision Products Inc.’in hissesinin yüzde 25’ine ve ortaklık da aynı zamanda hissesinin yüzde 25’ine sahiptir. Isnat kurallarına göre, Smythe ortaklık tarafından sahip olunan hisselerin yüzde 12.5’na sahip olarak değerlendirilir (yani Smythe’in

⁴⁸⁴ Rhoades, Langer, s.22.

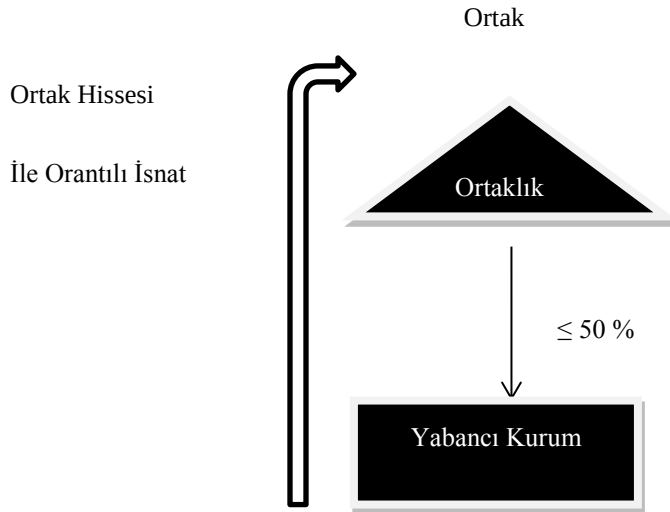
ortaklıktaki yüzde 25 payı ile orantılı hissesi) ve ortaklık Smythe tarafından sahip olunan kurumun yüzde 25 hissesini kazanmış olarak değerlendirilir. Ortaklığın kurum hisselerinin yüzde 50'sine sahip olarak kabul edilmesine rağmen (yani ortaklığın hisseleri ve Smythe'in hisseleri toplamı), sadece gerçekten sahip olunan yüzde 25, diğer ortaklara isnat edilecektir”⁴⁸⁵.

“Lehdar” kelimesi, bu düzenlemede çok açık değildir. Steuben Securities Corp. V Commr, 1 TC 395,399 (1943) davasında, muhtemelen çok sınırlayıcı olarak- lehdarın, miras yönetimi tarafından tutulan hisselerdeki mevcut kar payına doğrudan sahip olan bir kişi olduğu ve kar payını sonraki tarihlerde elde edecek kişi olmadığı belirtilmiştir ⁴⁸⁶.

Miras yönetimi lehdarı, ölen kişinin vasiyetine uygun olarak veya vasiyet bırakmadan ölmesi halindeki yasal düzenlemelere göre malvarlığını almaya hak kazanmış olan *kişidir*. Miras yönetimi lehdarı, miras yönetimi tarafından sahip olunan hisseyi kazanmış olarak değerlendirilir, eğer hissedeki yüzde 5 aktüeryal kar payını elinde tutuyor ise ⁴⁸⁷.

Bunu aşağıdaki şema ile şöyle gösterebiliriz:

Panel A: Alt sıradaki sahipliği yüzde 50’yi geçmemesi⁴⁸⁸



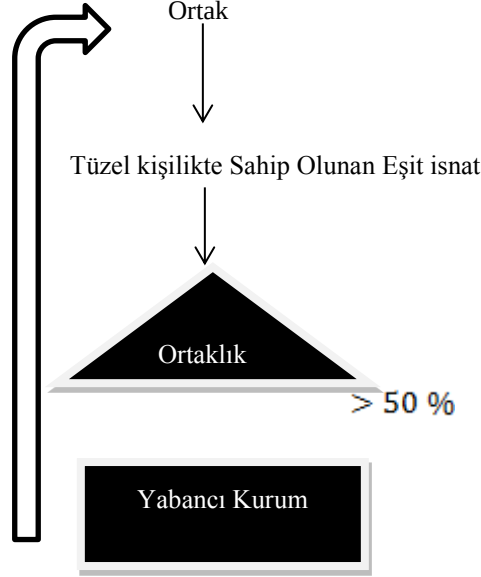
⁴⁸⁵ Rhoades, Langer, s.23.

⁴⁸⁶ Rhoades, Langer, s.23, dipnot: 144.

⁴⁸⁷ Rhoades, Langer, s.23, dipnot: 150: “Reg. §1.1563-3(b)(3)”.

⁴⁸⁸ Larkins, s. 249.

Panel B: Alt sıradaki sahipliğin yüzde 50'yi geçmesi⁴⁸⁹



bbb) Malvarlığı Yönetiminden

aaaa) IRC 318 (a) (2)(B)

Malvarlığı yönetimini dolayısı ile isnat kuralı IRC 318.maddede şöyle ifade edilmiştir:

“IRC 318 (a)(2)(B) Malvarlığı yönetiminden

(i) *Malvarlığı yönetimi tarafından veya malvarlığı yönetimi için (501 (a) maddesine göre vergiden istisna tutulan 401 (a) maddesinde belirtilmiş işçilerin malvarlığı yönetimi (employee’s trust) hariç olmak üzere) doğrudan veya dolaylı olarak kazanılmış olan hisse, lehdarları tarafından, bunların ilgili malvarlığı yönetiminde bulunan aktüeryal kar payı oranına göre kazanılmış olarak kabul edilir.*

(ii) *Subchapter J, Part I, Subpart E’ye göre (bağış yapan kişi ve diğer asıl sahipler olarak kabul edilen kişiler ilgili hüküm) sahip (owner) olduğu kabul edilen kişinin,*

⁴⁸⁹ Larkins, s. 249.

malvarlığı yönetiminin herhangi bir bölümü tarafından veya herhangi bir bölümü için doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu hisse, sözkonusu kişi tarafından kazanılmış olarak kabul edilir”.

bbbb) Reg. §1.958-2 (c) (ii)

Yönetmelik’te yer alan düzenleme ise şöyledir:

(ii) Malvarlığı yönetimlerinden-

a)Lehdarlara (To beneficiaries). Doğrudan veya dolaylı malvarlığı yönetimi tarafından ya da malvarlığı yönetimi için kazanılmış olan hisse (401 (a) maddesinde tanımlanan 501 (a) maddesine göre vergiden muaf tutulan işçi malvarlığı yönetimi hariç) lehdarları tarafından, sözkonusu malvarlığı yönetimindeki lehdarların aktüeryal kar payı ile orantılı olarak kazanmış olarak kabul edilir.

b) Mal sahibine (To owner). Doğrudan veya dolaylı, 671’den 679’a kadar olan maddelerde (bağış yapan kişi ve diğerlerinin önemli sahipler olarak kabul edilmesi ile ilgili) malik olarak kabul edilen kişinin malvarlığı yönetiminin herhangi bir bölümü tarafından veya bölümü için kazanılmış olan hisse, sözkonusu kişi tarafından kazanılmış hisse olarak değerlendirmeye tabi tutulur.

Malvarlığı yönetimi tarafından kazanılmış olan hisse, aktüeryal kar payları ile orantılı olarak lehdarları tarafından kazanılmış olarak kabul edilir. Malvarlığı yönetiminin lehdarları tarafından kazanılmış olan hisse de, malvarlığı yönetimi tarafından kazanılmış olarak kabul edilir⁴⁹⁰. Malvarlığı yönetimi kurallarında lehdar olmak, aktüeryal temele dayalı olarak belirlenir⁴⁹¹.

Malvarlığı yönetimindeki küçük kar payının lehdarı, miras yönetimindeki küçük lehdarın aksine, malvarlığı yönetimi tarafından sahip olunan bir kurumun hisselerini

⁴⁹⁰ Rhoades, Langer, s. 23, dipnot 152: “Eğer lehdarın malvarlığı yönetimindeki kar payı dolaylı olarak değerlendiriliyor ise, lehdardan malvarlığı yönetimine isnat meydana gelmeyecektir. Lehdarın kar payı çok azdır, eğer sözkonusu lehdar yararına trustee tarafından maksimum takdir yetkisini kullanılmasına göre, lehdarın kar paylarının değeri aktüeryal olarak, malvarlığı yönetiminin, malvarlığının değerinin yüzde 5’i veya daha azı ise”.

⁴⁹¹ Rhoades, Langer, s.23.

kazanmış olarak değerlendirilecektir, eğer sadece malvarlığı yönetimi lehdarı hissede en az yüzde 5 aktüeryal kar payına sahip ise⁴⁹².

cc) Kurumlardan

aaa) IRC 318 (a) (2) (C)

“IRC 318 (a)(2)(C) Kurumlardan. Eğer, herhangi bir kişi tarafından veya onun için, doğrudan ya da dolaylı olarak bir kurumdaki hisse değerinin yüzde 50’den fazlasına sahip olunmuş ise, sözkonusu kişinin, ilgili kurumdaki tüm hisselerin değerine dayalı olarak sahip olduğu hisse değerinin payı ile orantılı bir biçimde, kurum tarafından veya kurum adına, doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan hisseleri kazandığı kabul edilir”.

Zımni iştirak kuralları, doğrudan veya dolaylı kurumun yüzde 10’unu elinde tutan hissedarlara, hisseleri ile orantılı olarak isnat edilir. Kurumun hisse değerinin yüzde 10’dan daha azını kazanan hissedarlar, yabancı kurumun herhangi bir bölümünü zımni olarak kazanmış sayılmazlar. Kurumlar, yabancı bir kurumun yüzde 50’den fazlasına doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduklarında, bunların hissedarlarının iştiraki yüzde 100 olarak kabul edilir⁴⁹³.

bbb) Reg. §1.958-2 (c) (iii)

“§ 1.958-2 (c) (iii)

Kurumlardan. Eğer doğrudan veya dolaylı, herhangi bir kişi tarafından veya onun adına, bir kurumdaki hissenin değerinin %10 veya daha fazlasına sahip olunmuş ise, bu kişinin hisseyi, sözkonusu kurum tarafından ya da kurum için, hissenin değeri ile orantılı bir biçimde doğrudan ya da dolaylı kazandığı kabul edilir. Bakınız madde 958 (b) (3)”.

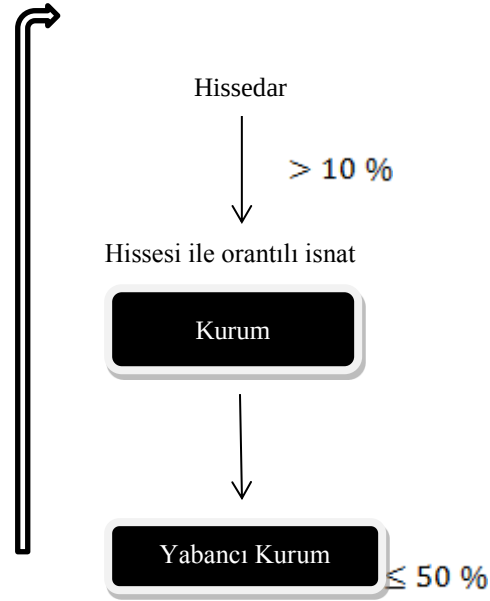
ccc) Örnek Kurgular

Örnek 1: Bunu şu şema ile gösterebiliriz:

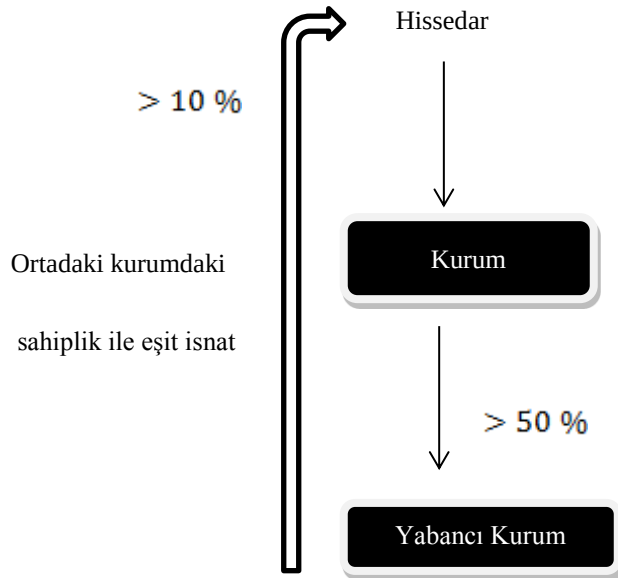
⁴⁹² Rhoades, Langer, s.24.

⁴⁹³ Larkins, s. 248.

“Panel A: Alt sıradaki (lower-tier) sahipliğin yüzde 50’yi geçmemesi⁴⁹⁴



Örnek 2: Panel B: Alt sıradaki sahipliğin yüzde 50’yi geçmesi⁴⁹⁵.



⁴⁹⁴ Larkins, s. 250.

⁴⁹⁵ Larkins, s. 250.

“Eğer herhangi bir kişi, doğrudan veya dolaylı, bir kurumun değerinin (sadece oy kullanma hakkı değil) yüzde 10 veya fazlasına sahip olmuş ise, bu kişi, sözkonusu kurumun sahip olduğu, bir başka yabancı kurumdaki hisseyi, payı ile eşit oranda kazandığı kabul edilir. Eğer bir kişi, doğrudan veya dolaylı, bir kurumun değerinin yüzde 50 veya fazlasına sahip olmuş ise, bu kurum, sözkonusu kişi tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan diğer kurumun hisselerini, kazanmış olarak kabul edilecektir”⁴⁹⁶.

“**Örnek 3:** Amerikalı kişi olan Roe, New York şirketi olan Rhoco Corp. hisselerinin bir grubunun yüzde 60’ına sahiptir. Rhoco, bir UK (Birleşik Krallık) şirketi olan Rhoco S’nin yüzde 75 hissesine sahiptir. Roe, Rhoco S’nin yüzde 45 hissesine sahip olarak kabul edilecektir ($\% 60 \times \% 75 = \% 45$). Ancak eğer, Roe Rhoco hissesini sadece yüzde 9’una sahip olsa idi Rhoco S’nin herhangi bir hissesini kazanmış olarak değerlendirilmeyecekti. Roe aynı zamanda Harco Electric Inc’in yüzde 80’ine sahiptir. Bu durumda, Roe’nun iştiraki her bir kurum için yüzde 50’yi geçtiğinden, Rhoco Corp., Roe’nun hisselerini kazandığı Harco Electric’in hisselerine sahip olarak kabul edilecektir”⁴⁹⁷.

dd) Ortaklık, Miras Yönetimleri, Malvarlığı Yönetimleri ve Kurumlara

aaa) Ortaklıklar ve Miras Yönetimlerine

aaaa) IRC 318(a) (3) (A)

Ortaklıklar ve miras yönetimine isnat ile ilgili IRC düzenlemesine göre;

“*IRC 318 (a)(3)(A)*

Ortak tarafından veya ortak adına ya da miras yönetimi lehdarı tarafından ya da lehdar için doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan hisse, ortaklık veya miras yönetimi tarafından kazanılmış hisse olarak değerlendirilir”.

⁴⁹⁶ Rhoades, Langer, s. 25.

⁴⁹⁷ Rhoades, Langer, s. 25.

bbbb) Reg. § 1.958-2 (d)

“§ 1.958-2 (d) Ortaklıklara, miras yönetimlerine, malvarlığı yönetimlerine ve kurumlara isnat- (1) Genel. Bu bendin (2) alt bendi hariç olmak üzere-

(i) Ortaklıklara ve miras yönetimlerine. Doğrudan veya dolaylı, ortaklığın ortağı ya da miras yönetiminin lehdarı tarafından ya da bunlar için kazanılan hisse, ortaklık ya da miras yönetimi tarafından kazanılmış olarak değerlendirilir”.

bbb) Malvarlığı Yönetimine

aaaa) IRC 318(a) (3) (B)

Malvarlığı yönetimi ile ilgili düzenleme ise şöyledir:

“IRC 318 (a)(3) (B) malvarlığı yönetimine

(i) Bir malvarlığı yönetiminin lehdarı tarafından veya lehdarı adına (501 (a) maddesine göre vergiden istisna tutulan 401 (a) maddesinde belirtilmiş işçilerin tmalvarlığı yönetimi (employee’s trust) hariç olmak üzere) doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan hisse, sözkonusu lehdarın malvarlığı yönetimindeki kar payı, çok az (remote) şarta bağlı kar payı değil ise, malvarlığı yönetimi tarafından kazanılmış olarak kabul edilir. Bu cümledeki lehdarın malvarlığı yönetimindeki kar payı eğer, sözkonusu lehdar yararına, yediemin (trustee) tarafından maksimumum takdir hakkının kullanılmasında, aktüeryal olarak hesaplanmış ilgili kar payının değeri, malvarlığı yönetiminin malvarlığı değerinin yüzde 5’i veya daha azı olarak kabul edilecektir.

(ii) Subchapter J, Part I, Subpart E’ye göre (bağış yapan kişi ve diğer asıl sahipler olarak kabul edilen kişiler ilgili hüküm) malvarlığı yönetiminin herhangi bir bölümüne sahip olarak kabul edilen kişi için veya bu kişi tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak sahip olunan hisse, malvarlığı yönetimi tarafından kazanılmış olarak kabul edilecektir”.

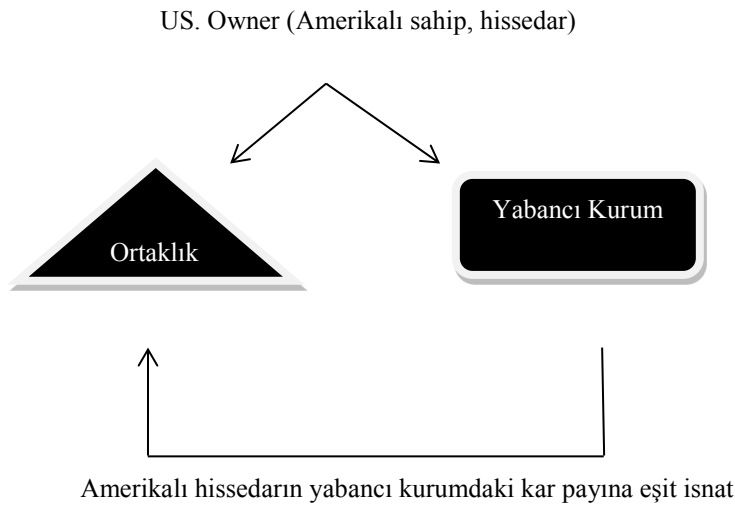
bbbb) Reg. § 1.958-2 (d) (ii)

“§ 1.958-2 (d) (ii) Malvarlığı yönetimine- “(a) Lehdarlarından. Malvarlığı yönetiminin lehdarı tarafından ya da onun için doğrudan ya da dolaylı kazanılmış hisse (401 (a) maddesinde tanımlanan 501 (a) maddesine göre vergiden muaf tutulan işçi malvarlığı hariç) eğer bu lehdarın malvarlığındaki kar payı dolaylı şarta bağlı kar payı değilse, malvarlığı yönetimi tarafından kazanılmış olarak kabul edilir. Bir önceki cümlede, malvarlığı yönetimindeki lehdarın şarta bağlı kar payı dolaylı kabul edilir eğer, yediemin tarafından sözkonusu lehdar lehine en fazla takdir yetkisi kullanımında, aktüeryal olarak hesaplanmış kar payının değeri, malvarlığı mülkiyetindeki yerin değerinin %5’i veya daha azıdır.

(b) Sahibinden. 671’den 678’e kadar olan maddelerdeki malvarlığı yönetiminin herhangi bir bölümüne sahip olduğu kabul edilen kişi tarafından ya da onun için doğrudan ya da dolaylı kazanılmış olan hisse (bağış yapan ve diğerlerinin önemli sahipler olarak kabul edilmesi ile ilgili olarak) malvarlığı yönetimi tarafından kazanılmış olarak kabul edilir”.

ccc) Örnek Kurgu

Bunu aşağıdaki şema ile gösterebiliriz⁴⁹⁸:



⁴⁹⁸ Larkins, s. 251: Şema sadece ortaklık ile ilgili isnat kuralını göstermektedir; ancak bu uygulama diğer tüzel kişiler için de benzerdir”.

ddd) Kurumlara

aaaa) IRC 318 (a)(3) (C)

Bir kişi tarafından sahip olunan hissenin kurumlara isnat edilmesi ile ilgili IRC düzenlemesi şöyledir:

“IRC 318 (a) (3) (C) Kurumlara. Eğer, bir kurumdaki hisse değerinin yüzde 50 veya daha fazlasına, doğrudan ya da dolaylı olarak herhangi bir kişi tarafından veya bir kişi için, sahip olunmuşsa, söz konusu kurum, bu kişi tarafından ya da bu kişi adına sahip olunan hisseleri kazanmış olarak kabul edilecektir”.

bbbb) Reg. ř1.958-2 (d) (iii)

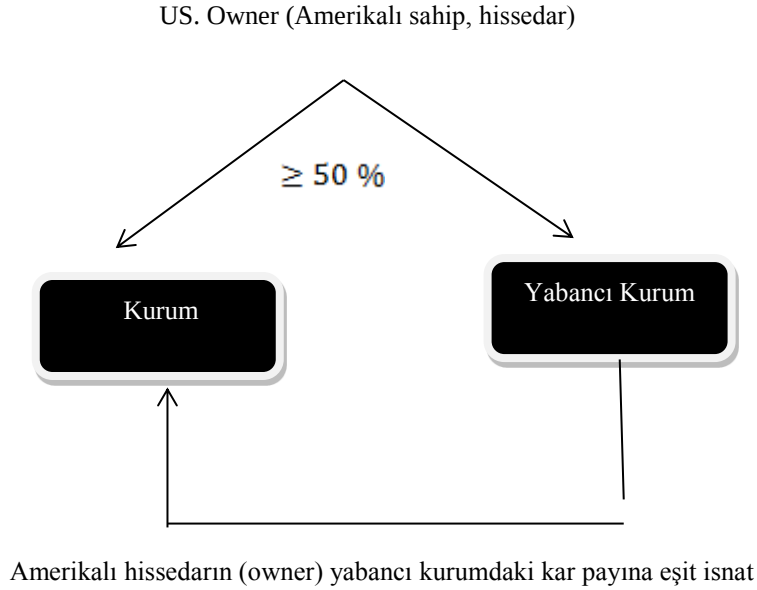
“ř1.958-2 (d) (iii) Kurumlara. Doğrudan veya dolaylı herhangi bir kişi tarafından ya da onun için kurumdaki hisse değerinin %50 veya fazlasına sahip olunmuş ise, söz konusu kurum, bu kişi tarafından ya da onun için doğrudan ya da dolaylı hisseyi kazanmış olarak değerlendirilir. Bu alt bölüm kurumu, kendi hissesini kazanmış olarak değerlendirilmesi bakımından uygulanamaz.

(2) Sınırlama. Bu bendin (1) alt bendi, bir Amerikalı kişinin, Amerikalı kişi olmayan biri tarafından kazanılmış olan hisseyi kazanmış olarak değerlendirilmesinde uygulanamaz. Bu sınırlama, yerel bir kurumun hissesinin, 956 (b)(2) ve ř 1.956-2(b)(1)(viii) maddelerindeki Amerikalı hissedar tarafından sahip olunduğu ya da sahip olunduğunun farz edildiği tanımlanırken uygulanmaz. Bakınız madde 958 (b) (4)”.

ABD vergi mevzuatında, yabancı kurumdaki doğrudan veya dolaylı sahipliği, sahip olanın yüzde 50 hissedar olduğu kurumuna isnat etmektedir⁴⁹⁹.

⁴⁹⁹ Larkins, s. 248.

Bunu aşağıdaki şema ile gösterebiliriz⁵⁰⁰:



IRC 318 maddesi ve IRC Yönetmelik § 1.958-2 maddesi, son derece ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Ancak bazı durumlarda zımni iştirak ile ilgili isnat kurallarının uygulanmasında, birden fazla hüküm ortaya çıkabilir. Örneğin, kurumun oy kullanma gücünün yüzde 50’den fazlasına sahip olan şubeler, şubelerden sahiplere dağıtım kurallarına göre, sözkonusu kurumun oy kullanma yetkisi veren tüm hisselerini kazanmış olarak kabul edilir⁵⁰¹. Ayrıca kurumdan hissedara dağıtım isnadı için yüzde 50 gerekli olan hisse sahipliği eşiği 958.maddeye göre yüzde 10’a düşürülür⁵⁰².

Eğer yabancı bir kişiden Amerikalı kişiye isnat sonucu iştirak olduğu sonucu meydana geliyor ise, kişilerden tüzel kişilere isnat gerektirmez. Örneğin, Amerikan vatandaşı olan A, varsayalım ki yabancı ortaklık F’nin ortağıdır. A, KEYK olan C’nin 100 hissesini doğrudan kazanmıştır. 318 (a)(3)(A)’ya göre, her ne kadar A’nın C’deki hisse sahipliğinden dolayı F’ye vergi tarh ettirilecekse de, 958 (b)(4) bu isnadı gereksiz kılar. Bu

⁵⁰⁰ Larkins, s. 251.

⁵⁰¹ Postlewaite, Donaldson, s.253. Ayrıca bkz. IRC 958 (b)(2), 318 (a) (2)(A), 318 (a)(2)(C).

⁵⁰² Postlewaite, Donaldson, s.253, dipnot: 54: “IRC 958 (b)(3). İsnat için yüzde 50 eşiği, kişiler tarafından kazanılmış hissenin olduğu yerde kuruma isnat edilmesi hallerindeki indirimle benzer değildir. Reg. 1.958-2(d)(1) (iii).

mekanizma, etkin bir biçimde, tüzel kişinin, yabancı yerlerdeki iştirakini yerleştirerek, KEYK statüsünden çıkarılmasına engel olur⁵⁰³.

Zımni iştirak kuralları, bir Amerikalı kişinin, Amerikalı hissedar olup olmadığının ve yabancı bir kurumun KEYK olup olmadığının belirlenmesinde uygulanmaktadır. Bununla beraber, zımni iştirak, Amerikalı hissedarın KEYK rejimi altında zımni hissesinin hesaplanması ile bağlantılı değildir. Dolayısıyla, zımni iştirak kuralları, bu kişilerin hissesi KEYK'nin yüzde 50 eşik hesaplamasına katılmasından dolayı ve yabancı kurumlara KEYK statüsü uygulanmasına neden olduğu için, gerçek kişi veya tüzel kişileri Amerikalı hissedar olarak belirleyebilir⁵⁰⁴.

cccc) Reg. §1.958-2 (f)

“ § 1.958-2 (f) Uygulama Kuralları. Bu bölümde-

(1) Hisse, gerçekten kazanılmış olarak değerlendirilir. – (i) Genel. (ii) alt bölümünde ve (iii) bent hariç olmak üzere, bir kişi tarafından, bu bölümün (b) (c) (d) ve (e) bentlerinin uygulanması ile zımni olarak kazanılmış olan hisse, sözkonusu bentlerin uygulanmasında gerçekte sözkonusu kişi tarafından kazanılmış olarak kabul edilir.

(ii) Aile üyeleri. Bir gerçek kişi tarafından, bu bölümün (maddenin) (b) bendi uygulanarak zımni olarak kazanılmış olan hisse, sözkonusu hissenin bir başka zımni sahipliğini sağlamak için, aynı bölüm (madde) bir kez daha uygulanarak, ilişkili kişi tarafından kazanılmış olarak değerlendirilemez.

(iii) Ortaklıklar, miras yönetimi, malvarlığı yönetimi ve kurumlar. Bu bölümdeki (d) bendi uygulanarak ortaklık, miras yönetimi, malvarlığı yönetimi ya da kurum tarafından zımni olarak kazanılmış olan hisse, sözkonusu hissenin bir başka zımni sahipliğini sağlamak için bu bölümün (c) bendi uygulanarak, bunlar tarafından kazanılmış olarak değerlendirilemez.

⁵⁰³ Postlewaite, Donaldson, s.254.

⁵⁰⁴ Larkins, s. 250.

(iv) Aile kuralının yerine seçim kuralı (option rule). Bu alt bentte, eğer hisse, bu bölümdeki (b) veya (e) bendinde yer alan gerçek kişi tarafından kazanılmış olarak değerlendirilebilirse, (e) bendindeki kişi tarafından kazanılmış olarak kabul edilmelidir.

(2)Farklı isnat kurallarının bağlantısı. §1.958-1 ve bu bölümün birden fazla kurallarındaki herhangi bir tanıma göre veya birden fazla kişi tarafından sahip olunabilecek hisse, sözkonusu hissenin toplam en büyük yüzdesi ile ilgili bir kişiye ya da kişilere atfedilen isnat kurallarına göre kazanılacaktır”.

dddd) Örnek Kurgular

§ 1.958-2 (f) maddesinde yer verilen örnekler şöyledir:

“Örnek 1. (a) Amerikalı kişiler A, B ve yerel kurum M, yabancı kurum R’nin bir grup hissesinin sırası ile %9, %32 ve %10 sahibidirler. A, aynı zamanda M kurumunun bir grup hissesinin %10’una da sahiptir. A’nın R kurumu ile ilgili olarak Amerikalı hissedar olup olmadığının belirlenmesinde, R kurumundaki M kurumunun %10 hissesinin %10’u, A tarafından kazanılmış olarak dikkate alınır. Bakınız bu bölümün (c) (1) (iii) bendi. Sonuç olarak, A, R kurumunun hissesinin %10’una sahiptir (%9 ve /10’un %10’unun toplamı) ve sözkonusu kurum ile ilgili olarak Amerikalı hissedardır. M kurumu ve B, R kurumundaki hissenin sırası ile %10 ve %32’sine sahip olduğundan dolayı sözkonusu kurum ile ilgili olarak Amerikalı hissedarıdır.

(b) R kurumunun KEYK olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin belirlenmesinde, doğrudan M kurumu tarafından ve A tarafından kazanılmış olarak kabul edilen R kurumundaki %1 hisse iki defa hesaba katılamaz. Bundan dolayı, Amerikalı hissedarları tarafından kazanılmış olan R kurumundaki toplam hisse miktarı %51’dir, aşağıda gösterildiği gibi:

R KURUMUNDAKİ HİSSE SAHİPLİĞİ

(yüzde)

A.....	9
B.....	32
M Kurumu.....	10
Toplam.....	51”

“Örnek 2. Amerikalı kişi C, yabancı kurum S’nin bir grup hissenin %60’ına sahip olan yabancı kurum N’nin bir grup hissesinin %10’una sahiptir. §1.958-1 (a) (2) bendine göre C, S kurumunda %6 iştiraki (%60’ın %10’u) olduğu kabul edilir. Bu bölümün (c) (1) (iii) ve (2) bentlerine göre N kurumu S kurumundaki hissenin %100’üne sahip olarak kabul edilir ve C, S kurumundaki sözkonusu %100 hissenin %10’una veya %10’una sahip olarak değerlendirmeye tabi tutulur. Bunun sonucu olarak, C’nin S kurumu ile ilgili olarak, Amerikalı hissedar olup olmadığının belirlenmesinde bu bölümün (c) (1) (iii) ve (2) bentlerindeki isnat kuralları, sözkonusu kurallara göre C, S kurumun hissesinin toplam yüzdesinden daha fazlasına sahip olduğundan dolayı uygulanılır”.

Zımni iştirak kurallarının uygulanması ile ilgili Yönetmeliğin §1.958-2 (g) maddesinde de ayrıntılı örnekler verilerek, konu ile ilgili yapılması gereken tüm hesaplar gösterilmiştir. Son derece karmaşık olan bu kurallara dair Yönetmelik örneklerinin burada gösterilmesi, konunun daha net anlaşılmasını ve somutlaşmasını sağlayacaktır.

“Örnek 1. Amerikalı kişileri A ve B, yabancı kurum M’nin bir grup hissenin sırası ile yüzde 5 ve yüzde 25’ine sahiptirler. M kurumu da yabancı kurum N’nin bir grup hissesinin yüzde 60’ına sahiptir. §1.958 -1 maddesinin (a) (2) bendine göre A ve B, N kurumunun hissesinin sırası ile yüzde 3 (%60’ın %5’i) ve yüzde 15 (%60’ın %25’i)ne sahip olduğu kabul edilir. Bu bölümün (c) (2) bendine göre, M kurumu N kurumundaki hisselerin tamamına sahip gibi değerlendirilir ve bu bölümün (c) (1) (iii) bendine göre B, N kurumundaki hissenin sözkonusu yüzde yüz hissenin yüzde 25’ini ya da N’nin hissesinin

yüzde 25'ini kazanmış olarak değerlendirilir. A, M kurumunun hissesinin yüzde 10'dan daha azına sahip olduğu için, M kurumunca kazanılmış N kurumunun herhangi bir hissesinde, bu bölümün (c) (1) (iii) bendine göre değerlendirmeye tabi tutulmaz. Sonuç olarak §1.958-1 (a) (2) bendindeki isnat kuralları A, sözkonusu kurallar altında N kurumunun hissesinin daha fazla yüzdesine sahip olmasından dolayı uygulanır ve (c) (1) (iii) ve (2) bentleri de sözkonusu kurallar altında B, N kurumunun hissesinin daha fazlasına sahip olmasından dolayı uygulanır”.

“**Örnek 2.** Amerikalı kişi C, yerel kurum P'nin bir grup hissesinin yüzde 60'ına sahiptir, P kurumu yabancı kurum Q'nun bir grup hissesinin yüzde 60'ına sahiptir, Q kurumu da yabancı kurum R'nin bir grup hissesinin yüzde 60'ına sahiptir. §1.958-1 maddesinin (a) (2) bendine göre P kurumu R kurumunun hissesinin yüzde 36'sını (yüzde 60'ın yüzde 60'ı) kazanmış olarak kabul edilir ve C, hissedarlık zinciri ilk Amerikalı kişisinde sona erdiği ve P kurumu da sözkonusu kişi (Amerikalı kişi kastediliyor) olduğu için, R kurumun hiçbir hissesine sahip olmadığı göz önünde bulundurulacaktır. Bu bölümün (c) (2) bendine göre, Q kurumu R kurumunun hissenin yüzde 100'üne sahip olarak kabul edilir ve bu bölümün (c) (1) (iii) bendine göre P kurumu sözkonusu yüzde 100 hissenin yüzde 60'ını kazandığı ya da R kurumunun hissesinin yüzde 60'ını kazandığı kabul edilir. C tarafından kazanıldığı kabul edilen R kurumundaki hisse miktarının belirlenmesinde P kurumunun bu bölümün (c) (2) bendine göre R kurumundaki hissenin yüzde 100'ünü kazandığı kabul edilir, bunun sonucu olarak C, R kurumundaki hissenin yüzde 60'ını kazanmış olarak değerlendirilir. Sonuç olarak, bu bölümün (c) (1) (iii) ve (2) bentlerindeki isnat kuralları, sözkonusu kurallar altında, C ve P kurumları her biri R kurumunun hissesinin daha fazla toplam yüzdesine sahip olmasından dolayı bunlarla ilgili olarak uygulanacaktır”.

Reg. 1.958-2 (g) maddesinde ayrıca, kurumların hisse sahibi olarak değerlendirilmesi ile ilgili § 1.958-2 (d) ve (f) bentlerine atıf yapan örneklere de yer verilmiştir⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ “**Örnek 3.** Amerikalı kişi D, yabancı kurum S'nin bir grup hissesinin yüzde 25'ine sahiptir. D aynı zamanda yerel kurum T'nin bir grup hissesinin yüzde 50'sine sahip olan yerel ortaklık X'in yüzde 40 ortağıdır. Bu bölümün (d) (1) (i) bendine göre, S kurumundaki D tarafından kazanılmış olan yüzde 25 hisse, X

2. Yabancı Tüzel Kişiler

a) Doğrudan İştirak: IRC 958 (a) (1)

Doğrudan iştirak, Amerikalı hissedarın, yabancı bir kurumdaki oy kullanma hakkı veren hisselerinin yüzde elliden fazlasına sahip olmasıdır.

IRC 958 (a) maddesinde yer alan düzenleme şöyledir:

“ (a) Doğrudan ve dolaylı iştirak

(1) Genel Kural: Bu maddedeki sahip olunan hissenin anlamı, (960 (a) (1)den farklı olarak),

(A) Doğrudan kazanılmış hisse ve

(B) (2) bendin uygulanması ile kazanılmış hissedir”.

IRC 958.maddesinde “doğrudan iştirak” ile ilgili herhangi bir açıklama ve/veya tanım yer almamaktadır.

IRC 958 (a)(1) maddesinde yer alan doğrudan iştirak, aslında son derece açık ve basit bir düzenlemedir. Eğer bir Amerikalı vergi mükellefi, yabancı bir kurumun hisselerine sahip olursa, IRS bu hisseleri %10 iştirak testinde hesaba dahil edecektir. Dolayısıyla, örneğin eğer bir yerel malvarlığı yönetimi, yabancı kurumun yüzden 10’dan daha fazla hissesine sahip olursa, malvarlığı yönetimi, IRC 951 (b) maddesine göre “Amerikalı hissedar” olacaktır⁵⁰⁶.

ortaklığı tarafından kazanılmış olarak kabul edilir; çünkü söz konusu hisse bu bölümün (f) (1) (i) bendine göre aslında X ortaklığı tarafından kazanılmış gibi değerlendirilmektedir, dolayısı ile söz konusu hisse bu bölümün (d) (1) (iii) bendine göre T kurumu tarafından kazanılmış olarak kabul edilmektedir. Sonuç itibarıyla bu bölümün (d) (1) ve (f) (1) (i) bentlerine göre, T kurumu S kurumundaki hissenin yüzde 25’ine sahip olarak değerlendirilir”. “**Örnek 4.** Yabancı kurum U, yerel kurum V’de bir grup hissenin yüzde 100’üne ve aynı zamanda yabancı kurum W’de bir grup hissenin yüzde 100’üne sahiptir. Bu bölümün (d) (2) bendine istinaden, V kurumu bu bölümün (d) (1) bendine göre W kurumundaki U kurumunun tek hissedarı tarafından hisseye sahip olmuş gibi değerlendirilemeyebilir”.

⁵⁰⁶Moore M.Read, “Indirect Ownership of CFC and PFIC Shares by U.S. Beneficiaries of Foreign Trusts”, <http://www.mwe.com/info/pubs/jt0208.pdf> (10.05.2012).

b) Dolaylı İştirak

aa) IRC 958 (a) (2)

Dolaylı iştirak, gerçek kişilerden farklı olarak, yabancı tüzel kişi (foreign entity)⁵⁰⁷ tarafından sahip olunan KEYK'in hisseleri ile ilgilidir ve bu hisseler, tüzel kişiliğin hissedarları, ortakları veya lehdarları tarafından hisseleri ile orantılı olarak kazanılmış gibi farz edilir⁵⁰⁸.

Dolaylı iştirak kuralları, tüzel kişiler aracılığı ile iştirak zincirini gösterir ve ABD gerçek kişileri veya yabancı gerçek kişileri kapsamaz. Gerçek kişiler ile ilgili kurallar, zımni iştirak hükümlerinde düzenlenmiştir⁵⁰⁹.

IRC 958.maddesi (a) bendinde, “doğrudan ve dolaylı iştirak” birlikte düzenlenmiş; ancak “dolaylı iştirak” terimi kullanılmaksızın, “...*(2) bendin uygulanması ile sahip olunan hisse*” denilmiştir. Belirtilen (2) bent hükmü şöyledir:

“IRC 958 (a) (2) Yabancı tüzel kişiler aracılığıyla hisse sahipliği

(1) bendin (B) alt bendine göre, yabancı kurum, yabancı ortaklık ya da yabancı malvarlığı yönetimi ya da miras yönetimi tarafından (7701 (a) (31) 'deki anlamlarına göre) doğrudan veya dolaylı kazanılmış hisse, hisse miktarları ile orantılı olarak bunların hissedarları, ortakları ya da lehdarları tarafından kazanılmış olarak kabul edilir. Hisse, bir önceki cümleinin uygulanması ile bir kişi tarafından kazanılmış olarak kabul edilir”.

Dolaylı iştirak kuralları:

- Doğrudan ya da dolaylı olarak

- Yabancı kurum, yabancı ortaklık veya yabancı malvarlığı yönetimi veya yabancı miras yönetimi tarafından sahip olunan bir yabancı kurumun hissesinin

⁵⁰⁷ IRC Reg. 301.7701-5: “Bir tüzel kişi, eğer ABD veya ABD eyaletlerinden birinde veya ABD veya eyalet yasalarına göre kurulmuş ya da organize edilen, herhangi bir tüzel kişilik ise (kurum, iş ortaklıkları, genel ortaklıklar, sınırlı ortaklıklar ve sınırlı sorumlu şirketleri içermekle birlikte bunlarla sınırlı değildir), yerel tüzel kişidir. Buna bağlı olarak hem ABD’de hem de yabancı ülke yetki sınırları dahilinde kurulmuş veya işlerini organize eden bir tüzel kişi, yerel tüzel kişidir. Eğer bir tüzel kişi, yerel değil ise, yabancı tüzel kişidir”.

⁵⁰⁸ Rhoades, Langer, s. 20.

⁵⁰⁹ Rhoades, Langer, s. 21.

- Hissedarlar, ortaklar ya da bu tüzel kişilerin lehdarları tarafından

- Hisseleri ile orantılı biçimde kazanılmış olarak değerlendirilmesini içerir; ancak buradaki isnat, ilk Amerikalı kişide son bulur; çünkü kural sadece yabancı tüzel kişi tarafından sahip olunan hisseye uygulanır⁵¹⁰.

bb) Reg. §1.958-1

Dolaylı iştirak ile ilgili ayrıntılı açıklama ve örneklerin yer aldığı Reg. § 1.958-1 maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“ (a) Genel. 958 (a) maddesi, 951’den 964.maddeye kadar olan maddelerde (955 (b) (1) (A) ve (B), 955 (c) (2) (A) (ii)’den farklı olarak (1975 Vergi İndirim Antlaşması’nın yürürlüğe girmesinden önce) yer alan; kazanılmış hissenin tanımını şöyle ifade etmektedir-

(1) Doğrudan kazanılmış hisse ve

(2) Bu maddenin (b) bendinin uygulanması ile kazanılmış hissedir.

958 (a) maddesindeki hükümler ve bu madde, öncelikle 951 (a) maddesindeki Amerikalı hissedarlarına yüklenecek vergi miktarının belirlenmesi için hisse nitelemesinin sınırlı bir çeşidini içermektedir.

(b) Bu maddenin (a) (2) bendinde yer alan kazanılmış hisse, doğrudan veya dolaylı olarak, yabancı kurum, yabancı ortaklık, yabancı malvarlığı yönetimi (7701 (a) (31)’deki tanıma göre), 671- 679. maddelerde belirtildiği gibi veya diğer yabancı malvarlığı yönetimi ya da yabancı miras yönetimi (7701 (a) (31)’deki tanıma göre) tarafından ya da bunlar için, bunların hissedarları, ortakları, bağışçıları ya da diğer kişiler tarafından, hisse ya da lehdarları içeren malvarlığı yönetiminin herhangi bir payını kazanmış oldukları kabul edilerek, hisseleri ile orantılı olarak kazanmış oldukları kabul edilir. Sonuç olarak, bu hüküm bir iştirak zinciri yaratmaktadır, ancak kural, sadece

⁵¹⁰ Rhoades, Langer, s. 21. Larkins, s. 246: “Hissedarlık zincirinde, dolaylı iştirak, bu zincirdeki ilk ABD kişisi ile bağı keser”.

yabancı tüzel kişi tarafından kazanılmış hisseye uygulandığı için, bu hükümdeki isnat, iştirak zincirindeki ilk Amerikalı kişi ile yabancı tüzel kişi arasındaki bağı keser.

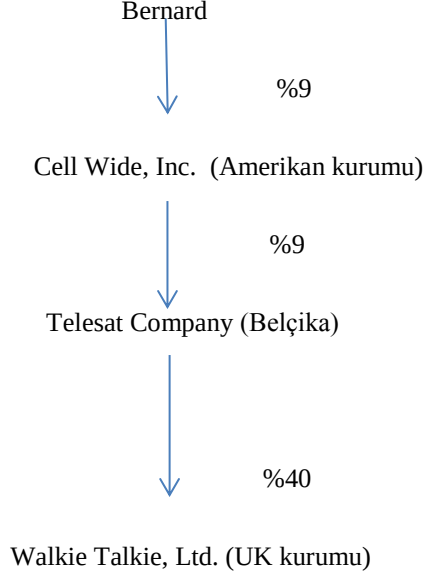
(c) Kuralın uygulanması-

(2)Yabancı kurumdaki, yabancı ortaklıktaki, yabancı malvarlığı yönetimi veya yabancı miras yönetimindeki karın miktarı. Yabancı bir kurum, yabancı ortaklık, yabancı malvarlığı yönetimi ya da yabancı miras yönetimindeki kişinin hissesi ile orantılı kar miktarının belirlenmesi, her bir olayda tüm durum ve şartlara bağlı olarak yapılır. Genel olarak, yabancı bir kurumdaki kişinin hissesi ile orantılı kar miktarının tanımında, 958 (a) maddesi ve bu madde uygulanarak hesaplama yapılır. Böylece, eğer 958 (a) maddesindeki kurallar 951 (a) maddesindeki kazanılmış hisse miktarının belirlenmesinde uygulanıyor ise, bir kişinin yabancı kurumdaki hissesi ile orantılı kar miktarı, genellikle sözkonusu kişinin kurumdaki gelirlerinden elde ettiği kazanç ile birlikte değerlendirilir. Eğer 958 (a)'daki kurallar, 951 (b) ve 957.maddedeki sahip olunan oy kullanma gücünün miktarının belirlenmesinde uygulanıyor ise, kişinin yabancı bir kurumdaki hissesi ile orantılı kar miktarı genellikle kişinin sözkonusu kurumda sahip olduğu oy kullanma gücünün miktarı ile birlikte değerlendirilir. Bununla birlikte Amerikalı kişinin hissesi ile orantılı karına ilişkin hileli azaltmaya dair herhangi bir anlaşma kabul edilmez. Bkz. §1.951-1, 1.957-1”.

cc) Örnek Kurgular

“Örnek 1 :

Walkie Talkie, Ltd. Avrupa cep telefonu servisleri sağlayan bir Birleşik Krallık (United Kingdom-UK) kurumudur. Belçikalı ortağı Telesat Company Walkie Talkie'nin yüzde 40'ına sahiptir. Cell Wide, Inc. Telesat'ın yüzde 90'ına sahip Amerikan kurumudur. Amerikan vatandaşı olan Bernard, Cell Wide'ın yüzde 9'ına sahiptir. Aşağıdaki tablo iştirak durumunu göstermektedir :



Cell Wide, Walkie Talkie'nin yüzde 36'sına dolaylı olarak sahip olduğu için (.9x.4), Amerikalı hissedardır. Bununla beraber, Bernard'ın, dolaylı iştiraki, sadece yabancı tüzel kişilerin varlığı halinde söz konusu olduğundan, Walkie Talkie'nin hissesine dolaylı olarak sahip değildir. (Yani, Amerikalı kurum Bernard'ı UK kurumundan ayırır). Walkie Talkie'nin başka Amerikalı hissedarları olmazsa, Cell Wide'ın, yüzde 50'den fazlasına sahip olmayan sadece bir hissedarı olmasından dolayı, KEYK değildir⁵¹¹.

Yönetmelik § 1.958-1 maddesinde gösterilen örneklerden biri şöyledir:

“Örnek 1. Amerikalı kişiler A ve B, yabancı bir kurum olan M'nin sırası ile %25 ve %50 hissesine sahiptirler. M kurumu da yabancı bir kurum olan N'nin %80 bir grup hissesine, N de yabancı bir kurum P'nin bir grup hissesinde %60 hisseye sahiptir. Bu maddenin (b) bendine göre, M kurumu, P kurumunun % 48 (%60'ın %80'i) hissesine sahip olduğu kabul edilir, söz konusu %48 hisse bu maddenin (b) bendinin tekrar uygulanmasında, gerçekte M tarafından kazanılmış gibi değerlendirilir. Bunun sonucunda A ve B, sırası ile P kurumunda hisselerin %12 (%48'in %25'i) ve %24 (%48'in %50'si)'ne sahip olduğu kabul edilir”.

⁵¹¹ Larkins, s.245, 246.

Ayrıca § 1.958-1 maddesinde yabancı kurum ve yabancı malvarlığı yönetimi ile ilgili örneklere de yer verilmiştir⁵¹²:

⁵¹² “**Örnek 2.** Amerikalı kişi C, yabancı ortaklık X’in %60 hisseli ortağıdır. X Ortaklığı yabancı kurum Q’nun bir grup hissesinin %40’una sahiptir. Q şirketi yabancı ortaklık Y’nin %50 ortağıdır ve Y ortaklığı yabancı kurum R’nin bir grup hissesinde %100 paya sahiptir. Bu maddenin (b) bendi uygulanarak, C’nin R kurumunun hissesinin %12’sine (%100’ün %50’sinin %40’nun %60’ı) sahip olduğu kabul edilir”. “**Örnek 3.** Yabancı malvarlığı yönetimi Z, Amerikalı kişiler D, E ve F yararına kurulmuştur. Malvarlığı yönetimi belgesindeki şartlara göre, gelirlerinin üç eşit hisseye bölünmesi gerekmektedir. Herbir lehdarın gelir payı, malvarlığı yönetiminin yöneticisinin takdir hakkına göre kişiye dağıtılmamış kar ya da dağıtılmış kar olabilir. 1970’de, malvarlığı yönetimi feshedilerek, her bir lehdara hisselerine göre fazladan dağıtılmamış kazanç ve sermayenin üçte biri ödenmiştir. Z’nin sermayesinin %90 hissesi yabancı kurum S’nin bir grup hissesinden oluşmaktadır. Bu maddenin uygulanmasında D,E ve F’nin her birinin S kurumunun hissesinin %30’una sahip olduğu kabul edilir”.

8. TÜRK HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Statüsünün Belirlenmesinde İştirak

1. KVK 7

KVK 7 (1) maddesinde; “*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*” denilmek suretiyle, kontrol ilişkisinin varlığı için üç farklı ölçüt (sermaye, kar payı, oy hakkı) bakımından aranan %50 asgari orana, tek bir kişi ya da kurum tarafından doğrudan sahip olunabileceği gibi, bu orana, aynı kişi ya da kurumun doğrudan ve dolaylı ya da tamamen dolaylı bir ilişkisi ile de sağlanabileceği hüküm altına alınmıştır.

Bu noktada önemli olan, doğrudan veya dolaylı olarak ayrı ayrı ya da birlikte sahip olunan oranlarla yurt dışındaki iştirakin kontrolünün sağlanmasıdır⁵¹³.

2. Genel Tebliğ 7

Genel Tebliğ 7.madde 2. ve 3.bentlerinde yer alan düzenleme şöyledir: “*Kontrol edilen yabancı kurum kavramı; 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 iştirakleri ifade etmektedir.*

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 paylaştırılıp, maddede belirtilen kontrol oranının altında kalınarak kapsam dışına çıkılması engellenmektedir”.

⁵¹³ Erdem, s. 142.

Ne Yasa’da ne de Tebliğ’de “doğrudan veya dolaylı” ve “ayrı ayrı ya da birlikte” iştirak kavramları tanımlanmamış, sadece Tebliğ’de iştirak ile ilgili düzenlemenin amacı belirtilmiş ve iştirak türleri ile ilgili örneklere yer verilmiştir.

II. Kontrol Testi: Hissedarların Belirlenmesi

1. Doğrudan İştirak

Türkiye’de bir gerçek kişi ya da kurum tarafından, yurtdışında bulunan bir yabancı kurumun sermaye, kar payı veya oy kullanma hakkının hepsine birlikte veya sadece bunlardan birine sahip olunmasıdır.

Yurtdışı iştirakle ilgili olarak iştirak payının (sermaye, kar payı ve oy kullanma hakkının) en az %50 olmasına ilişkin yapılacak tespitte dikkate alınacak “gerçek kişiler ile kurumlar” arasında ilişki olup olmaması (ortaklık gibi) önem taşımamaktadır⁵¹⁴.

Örnek: Türkiye’de kurulu (A) A.Ş., (G) ülkesinde kurulu (B) şirketine %65 oranında iştirak etmiştir. Bu durumda, tam mükellef (A) A.Ş., aranan kontrol oranını tek başına taşıdığından, (B) Şirketi, Türkiye’de kontrol edilen yabancı kurum kabul edilecektir (Yasa’daki diğer tüm şartların da gerçekleşmiş olması halinde).

2. Dolaylı İştirak

Dolaylı iştirake ilişkin KVK’da ve Tebliğ’de bir tanım verilmemiştir. Ancak dolaylı iştirak ile ayrı ayrı ya da birlikte ifadelerine neden yer verildiğine dair KVK gerekçesinde; “*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 paylaştırılıp, maddede belirtilen kontrol oranının altında kalınarak kapsam dışına çıkılması engellenmektedir*” şeklinde açıklanmıştır.

Aşağıdaki “Örnek Kurgular” başlığı altında verilecek olan örneklerden de anlaşılacağı üzere; kontrol edilen yabancı kurum tespiti yapılırken dolaylı iştirak ilişkisinin

⁵¹⁴ Duman, Vergi Güvenlik Müesseseleri, s. 164.

birkaç kademeli olması halinde en sondaki dolaylı iştirake kadar, iştirak oranlarının çarpılarak, bulunacak oranın %50 ile kıyaslanacağı ifade edilmektedir.

Burada ilk kurumdan son iştirake kadar iştirak oranlarının çarpılarak ilerlenmesi, ilk kurumun son kurumdan elde edeceği kar payı hissesinin ya da sermayesinin kaçta kaçına dolaylı olarak sahip olduğunun tespit edilmesinde bir problem yoktur⁵¹⁵.

Örneğin (A) kurumunun yurt dışındaki (B) kurumunun sermayesine %70 oranında iştirak ettiğini, (B) kurumunun da bir başka ülkedeki (C) kurumunun sermayesine %70 oranında iştirak ettiği varsayımında, (C) kurumu 100 birim kar dağıttığında (B) kurumu bu kardan 70 birim hisse alacak, (B) kurumu da %70 birim karı dağıtırsa (A) kurumu bu kardan $(70 \times \%70 =) 49$ birim kar alacaktır. Yani (A) kurumunun (C) kurumunun kar payı hakkının veya sermayesinin kaçta kaçına sahip olduğunun tespiti için iştirak oranlarının çarpılması $(0.70 \times 0.70 = 49)$ yeterli olacaktır⁵¹⁶; ancak (C) kurumunun KEYK olarak kabul edilebilmesi ile ilgili bir problem vardır ve bu problemi *Türk*, makalesinde şöyle ifade etmiştir:

“Tebliğ’den anlaşılan bir başka tam mükellef kurum ya da gerçek kişi, (C) kurumunun sermayesine doğrudan veya dolaylı olarak %1 oranında iştirak etmediği takdirde kontrol oranı %49’da kalacağından (C) kurumunun kontrol edilen kurum olarak değerlendirilemeyeceğidir. Ancak bu, kanunun amacına aykırıdır. Çünkü yasada “sermaye, kar payı veya oy kullanma hakkı” olarak belirleme yapılmıştır. (C) kurumunun kontrolünün %70’ine sahip olan (B) kurumunda olduğu ve (B) kurumunun da kontrolünün (A) kurumunda olduğu düşünülürse, (A) kurumunun (C) kurumunu kontrol etmediği nasıl ileri sürülebilecektir”⁵¹⁷?

“(B) kurumunun yönetim kurulu üyelerinin çoğu (A) kurumunca belirlenmiş olup, (C) kurumunun yönetim kurulu üyeleri de (A) kurumunca belirlenmiş (B) kurumu yönetim kurulu üyeleri tarafından seçilecektir. Dolayısıyla, (A) kurumunun, (C) kurumunun

⁵¹⁵ Türk Yakup, “1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Kontrol edilen Yabancı Kurum Kazancı Müessesinin Amacına Uygun Mudur?”, **Vergi Dünyası**, Sayı: 335, Temmuz 2009, s. 151.

⁵¹⁶ Türk, s. 151.

⁵¹⁷ Türk, s. 153.

sermaye veya kar payı olmasa bile oy kullanma hakkının %50'sine sahip olmadığı iddia edilemez”⁵¹⁸.

“Bu nedenle oy kullanma hakkının çoğunluğuna nasıl sahip olunacağını kanunun amacına uygun olarak belirlenmesi için aşağıdaki gibi bir yöntem getirilebilir:

A %55 B %70F %60 G

A kurumundan (F) kurumuna kadar sözkonusu şirketlerin %50'sinden fazlasına Türkiye'deki tam mükellefler ayrı ayrı ya da birlikte sahipse çarpım yapılmaz; (F) kurumunun (G) kurumuna iştirak oranı olarak dikkate alınır. Bu şekilde kontrol edildiği tespit edilen kurumdan, ne kadar kazanç elde edileceğinde ise yine çarpım yöntemi kullanılır. Eğer (A) kurumundan (F) kurumuna kadar söz konusu şirketlerin birinde dahi %50'nin altına düşülürse oy kullanma hakkı bakımından kontrolden bahsedilemez”⁵¹⁹.

Ancak burada yapılması gerekenin, matematiksel hesaplamalardan çok VUK 3/B kapsamında gerçek durumun tespit edilmesi olduğunu ve problemin de, bir “oran hesaplanması” değil, bir “nitelendirme” problemi olduğu tespitini yapıyoruz. Kar payı ya da oy kullanma hakkı ile ilgili ortaklar arasında açık veya zımni bir anlaşma var ise ve “fiili olarak” bir kurumun başka bir kişi tarafından “kontrol” edildiği tespit ediliyor ise, bu durumda sözkonusu “özel ölçüt” kullanılarak KEYK hükümlerinin uygulanması sağlanacaktır, yani esasında bir “nitelendirme” yapılacak ve uygulanacak hukuk bulunacaktır.

a) Örnek Kurgu 1

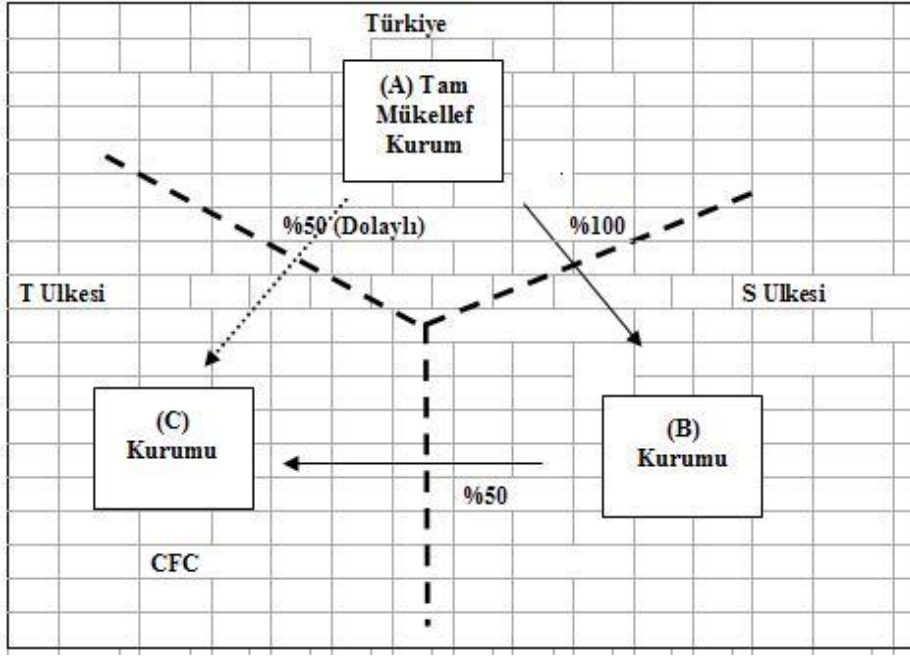
Genel Tebliğ 7.maddede aşağıdaki örneğe yer verilmiştir:

“**Örnek 1:** Türkiye’de tam mükellef olan (A) Kurumu, (S) ülkesinde kurulu (B) Kurumunun sermayesine %100 oranında iştirak etmektedir. (T) ülkesinde kurulu (C) Kurumunun ise %50 hissesi (B) Kurumuna aittir. Bu durumda, (A) Kurumu, (C) Kurumuna dolaylı olarak ($\%100 \times \%50 =$) %50 oranında iştirak ettiğinden (C) Kurumu, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde kontrol edilen yabancı kurum olarak

⁵¹⁸ Türk, s. 153.

⁵¹⁹ Türk, s. 154.

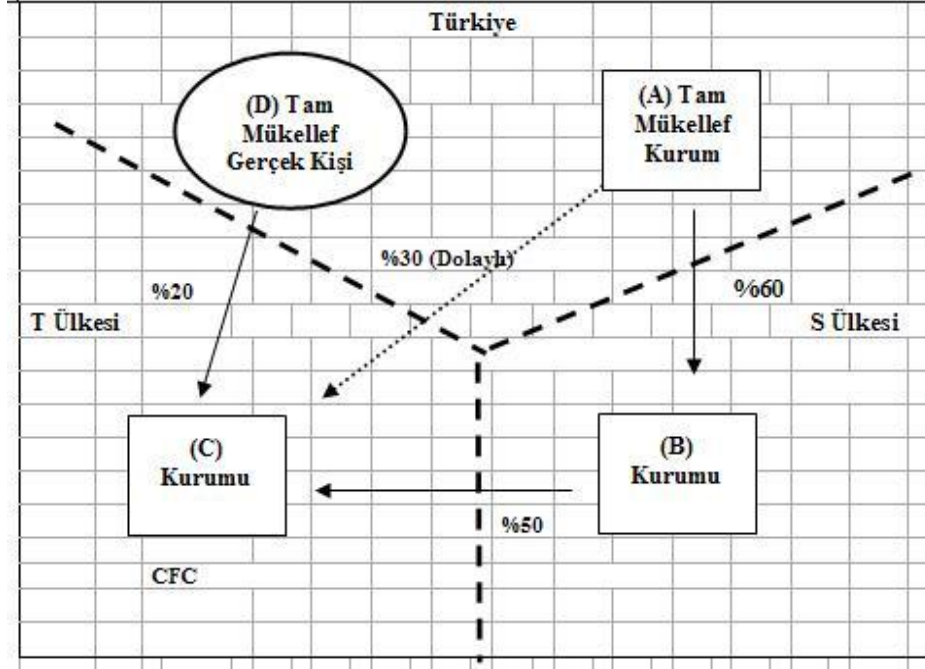
değerlendirilecektir.



b) Örnek Kurgu 2

Genel Tebliğ'in 7. maddesinde verilen bir başka örnek ise şöyledir:

“Örnek 2: Türkiye’de tam mükellef olan (A) Kurumu, (S) ülkesinde kurulu (B) Kurumunun sermayesine %60 oranında iştirak etmektedir. (T) ülkesinde kurulu (C) Kurumunun ise %50 hissesi (B) Kurumuna aittir. (C) Kurumunun %20 hissesi ise yine Türkiye’de tam mükellef olan gerçek kişi (D)’ye aittir. Bu durumda, (A) Kurumu, (C) Kurumuna dolaylı olarak ($\%60 \times \%50$) %30 oranında iştirak etmektedir. Diğer taraftan, gerçek kişi (D)’nin de (C) Kurumuna doğrudan %20 oranında iştirak ettiği dikkate alındığında, (A) Kurumu ve gerçek kişi (D)’nin, (C) Kurumuna toplam iştirak oranı %50 olduğundan (C) Kurumu, diğer şartların da gerçekleşmesi halinde kontrol edilen yabancı kurum olarak değerlendirilecektir.



Diğer taraftan, Türkiye’de tam mükellef olan (A) kurumu ile gerçek kişi(D)’nin ilişkili olup olmamasının kontrol edilen yabancı kurum uygulamasında herhangi bir önemi bulunmamaktadır.

Kontrol edilen yabancı kurum tespiti yapılırken dolaylı iştirak ilişkisinin birkaç kademeli olması halinde, en sondaki dolaylı iştirake kadar ortaklık ilişkileri dikkate alınacaktır”.

3. Ayrı Ayrı İştirak

KVK 7.maddesine göre, kontrol ilişkisini sağlayacak kontrol oranına birden fazla kişi ya da kurum tarafından ayrı ayrı sahip olunabilir⁵²⁰. Örneğin, Türkiye’de tam mükellef gerçek kişiler A ve B’nin, S Ülkesi’nde kurulu bir yabancı kurumun sermayesine %50, %50 iştirak etmesi halinde, A ve B, söz konusu yabancı kurum üzerinde ayrı ayrı kontrol yetkisine sahiptir.

⁵²⁰ Erdem, s. 143.

4. Birlikte İştirak

KVK 7.madde düzenlemesi ile ilgili olarak, en çok tartışılan ifade, “birlikte iştirak” ile ilgilidir. Çünkü burada “yabancı kuruma toplamda %50’den fazla iştirak eden birden fazla gerçek kişi ve kurumlar arasında bir ilişki bulunması şartı aranacak mıdır” sorusu büyük önem taşımaktadır.

Yasa metnine bakıldığında, bir hesap döneminde KEYK rejiminin geçerlilik kazanması için aranan kontrol oranının sağlanması bakımından tam mükellef gerçek kişi ve kurumlar arasında bir bağlantı aranmamaktadır⁵²¹.

Yurt dışındaki iştirakin kontrol edilen şirket konumunda olup olmadığının belirlenmesinde sadece tam mükellef gerçek kişi ve kurumların kâr payı veya oy hakkı birlikte değerlendirilecek ve toplamın yüzde 50’yi aşp aşmadığına bakılacaktır.

Ancak burada tartışmalı olan, tam mükellef gerçek kişi ile kurum arasında bir bağlantının aranmamasıdır. “*Örneğin X Holdingin yurtdışında ve sayılan koşulların da olduğu ve yüzde 40 oranında sahip olduğu bir iştirakinin yüzde 10 oranında hissesinin, bu holdingle uzak-yakın hiçbir ilişkisi bulunmayan Bay (A) tarafından satın alınması, X Holding’i 7. maddeye tabi hale getirecektir. Öte yandan birden fazla kurumun iştiraki ile oluşturulan yabancı şirketler için de bu hesaplama toplam üzerinden yapılacak, kurumların paylarının toplamının dikkate alınabilmesi için aralarında her hangi bir ilişki aranmayacaktır*”⁵²².

İdarenin görüşü de, Türkiye’de tam mükellef gerçek kişi ve kurumların kontrol oranını birlikte sağlaması durumunda bunların kendi arasında ilişkili olup olmamasının kontrol edilen yabancı kurum uygulamasında herhangi bir önemi bulunmadığı yönündedir⁵²³.

⁵²¹ Erdem, s. 144.

⁵²² DoğrusözBumin, http://www.mevzuatbankasi.com/portal/konuk_yazarlar/mevzuat.asp?kategori=35&id=1490 (20.12.2010).

⁵²³ Erdem, s. 144.

Bu durumun istisnası ise, kontrol edilen yabancı kurumun tespiti yapılırken, sadece dolaylı iştirak ilişkisinin birkaç kademeli olması halinde, en sondaki dolaylı iştirake kadar ortaklık ilişkilerinin dikkate alınmasıdır.

Dolayısıyla, KEYK rejiminin uygulamasında, idare, tam mükellef gerçek kişi ve kurumların doğrudan kontrol ilişkilerinin tespitinde bunların birlikte değerlendirilmesi konusunda herhangi bir ilişkinin bulunup bulunmadığını araştırmayacaktır. Ancak, gerçek kişi ve kurumların dolaylı ilişkilerinde, ortaklık oranları dikkate alınarak hesaplama yapılmak suretiyle birkaç kademedan oluşan süreçteki gerçek kontrol ilişkisi oranı esas alınacaktır⁵²⁴.

Bununla birlikte, yurtdışı kuruma birden fazla tam mükellef gerçek kişi ya da kurumun aynı anda ortak olması durumunda, kontrol oranının sağlanması bakımından birden fazla kişi ya da kurum arasında yurtdışındaki iştiraki kontrol iradesini ortaya koyan doğrudan ya da dolaylı bir ilişkinin bulunup bulunmadığı aranmalıdır. Nitekim aksi yönde bir uygulama, KEYK uygulamasının amacı ile uyumlu olmayacaktır. Birden fazla kişi ya da kurumun aynı yurt dışı iştirakin kar payı ya da oy kullanma hakkına belirli oranlarda birlikte sahip olmaları, kontrol ilişkisinin kurulması bakımından tek başına yeterli bir unsur değildir. Dolayısıyla kontrol iradesinin ortaya konması bakımından kişi ya da kurumlar arasında bir ilişkinin varlığı aranmalıdır⁵²⁵.

⁵²⁴ Erdem, s. 145.

⁵²⁵ Erdem, s. 144. DoğrusözBumin, http://www.mevzuatbankasi.com/portal/konuk_yazarlar/mevzuat.asp?kategori=35&id=1490 (20.12.2010): “İleride bu konuda sorun yaşanmaması için, bu maddenin birinci fıkrasının evveliyetle değiştirilmesi ve yeniden tedvin edilmesi gerekmektedir”.

BEŞİNCİ BÖLÜM

KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARI

9. AMERİKAN HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları

Yabancı bir kurum, Amerikalı hissedarlar veya yabancı hissedarlar tarafından sahip olunup olunmadığına göre Amerika’da gelir vergisine tabi tutulabilir. Eğer yabancı bir kurumun ABD kaynaklı, ABD ticaret veya işleri ile doğrudan bağlantılı gelirleri var ise (IRC 861.maddede belirtildiği gibi) veya yabancı bir kurum daimi olarak ABD’de kurulmuş ise, ABD vergilendirmesine tabi olacaktır. Bu yabancı kurum, 1120-F formunu⁵²⁶ doldurarak vergisini beyan edecek ve ABD’de ticaret veya iş gelirlerinden kaynaklanan kurumlar vergisini (corporate income tax) ödeyecektir⁵²⁷.

Eğer yabancı bir kurumun ABD kaynaklı bir geliri yok ise ve daimi olarak ABD’de kurulmamış ise, ABD’nin yabancı kurum üzerinden vergilendirme yetkisi bulunmamakla birlikte, yabancı bir kurumun Amerikalı hissedarları üzerinden vergilendirme yetkisi vardır⁵²⁸ ve bu yetki, Amerikalı hissedarlarının Subpart F gelirinden alınacak vergiye dair KEYK hükümlerinden gelmektedir⁵²⁹.

Subpart F hükümleri, ABD mükelleflerinin, vergi cenneti ülkelerde kurulmuş olan ilişkili yabancı üs şirketi kullanarak, geliri elinde tutmak yerine, şirkette saklamasının önlenmesi amacıyla yürürlüğe konulmuş olup, sözkonusu düzenlemeler ABD mükelleflerinin “kontrol edilen yabancı kurumun” yabancı üs şirket gelirine ait, vergiye tabi hissesinin gelir kapsamına dahil edilmesi gereken durumlarda, vergi ertelemesi avantajlarını ortadan kaldırarak⁵³⁰, fiktif kar payı aracılığı ile, yabancı tüzel kişilikte

⁵²⁶ <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/i1120.pdf> (20.04.2012).

⁵²⁷ Jacobs, Duke, s. 6.

⁵²⁸ Jacobs, Duke, s. 6.

⁵²⁹ Jacobs, Duke, s. 6.

⁵³⁰ BlomstrandMaria<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967> (7.2.2012). <http://openjurist.org/490/f2d/898/kraus-v-commissioner-of-internal-revenue> (20.04.2012): “Kraus v. Commissioner of Internal Revenue, 490 F2d 898 davasında, Subpart F geliri ile ilgili şu tespiti yer verilmiştir: “IRC’un Subpart F hükümleri, ABD mükelleflerinin, vergi cenneti ülkelerinde kurulmuş ilişkili yabancı üs şirketleri kullanarak, ABD’de vergilendirilecek gelirlerini sözkonusu ülkede biriktirmelerinin önlenmesi amacıyla konulmuştur”.

saklanan gelirin, yerleşik kişi hissedarlara dağıtıldığını kabul eder⁵³¹. Bu durum, “kar payı olarak kabul etme kuralı (The deemed dividend rule)” olarak adlandırılmaktadır. Söz konusu kurala göre, Amerikalı hissedar, Subpart F geliri üzerinden, bu gelir yabancı kurumun dağıttığı kar payı gibi vergiye tabi tutulmaktadır⁵³² ve vergilendirme, Amerikalı hissedarların “pro rata share”⁵³³ olarak bilinen, Subpart F hükümlerine göre vergilendirilebilir miktar üzerinden yapılır⁵³⁴.

II. Subpart F Gelirleri

KEYK gelirleri, IRC hükümlerine göre, Subpart F bölümünde yer alan gelirler ile ABD’deki yatırımlar dolayısıyla elde edilen gelirlerden oluşmaktadır. Subpart F geliri ise, yasada belirlenmiş gelir türleri ile kanuna aykırı ödemelerden meydana gelmektedir⁵³⁵ ve IRC 952-954. maddelerde düzenlenmiştir.

Kontrol edilen yabancı kurumların “Subpart F gelirleri” temel olarak, kontrol edilen yabancı kurumun “yabancı üs şirket gelirlerinden” ve olan “sigorta gelirlerinden” oluşur. Subpart F gelirleri, aynı zamanda IRC 999. ve 952 (a)(4) maddelerinde tanımlanmış olan “boykot edilen ülke gelirleri” ile IRC 162 (c) maddesindeki anlama göre, KEYK tarafından ya da KEYK yararına, devlet memuruna doğrudan ya da dolaylı “yasal olmayan rüşvet ya da diğer ödemeler” ve terörizmi destekleyen ülkelerden elde edilen gelirlerden oluşur⁵³⁶.

Subpart F geliri, IRC 952-954 maddelerinde tanımlanmıştır ancak her bir gelir kategorisinin özellikleri oldukça karmaşıktır⁵³⁷. Söz konusu hükümler, esas olarak iki gelir türüne yöneliktir: Pasif yatırım gelirleri ve ilişkili şirketler ile yapılan işlemlerden kaynaklanan gelirler.

⁵³¹BlomstrandMaria<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967> (7.2.2012) : “Subpart F hükümleri, aktif işletme faaliyetleri ile vergi cennetleri faaliyetleri arasında bir ayırım yapar. İlk durumda vergi ertelemesine imkan tanınırken, ikinci durumda US hissedarları vergiye tabi olurlar”.

⁵³²BlomstrandMaria<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967> (7.2.2012).

⁵³³ IRC 951 (2)’de tanımlanmış olup, bu çalışmada 6. Bölüm’de 227. sayfada ayrıntılı biçimde açıklanacaktır.

⁵³⁴BlomstrandMaria<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967> (7.2.2012).

⁵³⁵ Larkins, s. 254.

⁵³⁶ Bittker, Eustice, Goldstein, s. 15.62 [1].

⁵³⁷ Jacobs, Duke, s. 7.

IRC 952-954. maddelerinde düzenlenmiş olan “Subpart F gelir” çeşitleri şunlardır:

- (1) IRC 953.maddede tanımlanmış olan, sigorta geliri (insurance income)
- (2) IRC 954.maddede tanımlanmış olan, yabancı üs şirket geliri (foreign base company income)
- (3) IRC 999.maddede tanımlanmış olan, uluslararası boykota konu olan ülkelerden elde edilen gelir (international boycotts)
- (4) IRC 162 (c) maddesinde tanımlanmış olan, yasal olmayan rüşvet, komisyon ve benzeri ödemeler ile (illegal bribes, kickbacks or other payments)
- (5) IRC 901 (j) maddesinde tanımlanmış olan, ABD’nin diplomatik ilişkilerinin kesilmiş olduğu ülkelerden elde edilen gelir (US has severed diplomatic relations- wayward countries)⁵³⁸.

Subpart F gelir çeşitleri arasında, çoğu yabancı kurumlara uygulanan en geniş kategori, IRC 954.maddesinde hükme bağlanmış olan yabancı üs şirket geliri olup, madde hükmü şöyledir:

- (1) Pasif gelir (Foreign Personal Holding Company Income-FPHCI)IRC 954 (c)
- (2) Yabancı üs şirket satış geliri (Foreign base company sales income- FBCI) IRC 954 (d)
- (3) Yabancı üs şirket hizmet geliri (Foreign base company services income- FBCSI) IRC 954 (e)
- (4) Mülga⁵³⁹

⁵³⁸ Larkins, s.255. Yazar, IRC 901.madde ile ilgili açıklamalarda “wayward countries” terimini kullanmıştır. Biz bu çalışmada sözkonusu terimi, “ABD’nin diplomatik ilişkilerinin bulunmadığı ülkeler” olarak kullanacağız.

⁵³⁹ Pub. L. 108–357, title IV, § 415(a)(1),Oct. 22, 2004, 118 Stat. 1511 ile yürürlükten kaldırılmış olup, yürürlükten kaldırılmadan önce bu bentte “yabancı üs şirket nakliye geliri (shipping income)” yer almakta idi.

(5) Yabancı üs şirket petrol ile ilgili geliri⁵⁴⁰ (Foreign base company oil-related income) IRC 954 (g)”.

KEYK düzenlemeleri ile ilgili en karmaşık bölümü oluşturan Subpart F gelir çeşitlerinin her birine ait özel düzenlemelerde farklı hüküm, muafiyet ve istisnalara yer verilmekle birlikte, ayrıca Subpart F gelirinin tanımlandığı IRC 952. maddesinde de genel nitelikli bazı düzenlemelere yer verilmiştir.

Subpart F geliri, “Subpart F Geliri Tanımı” (Subpart F income defined) başlıklı IRC 952. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“IRC 952 (a) Genel

Bu altbölümdeki “subpart F geliri”nin anlamı, bir kontrol edilen yabancı kurum olması durumunda, şunların toplamıdır-

(1) Sigorta geliri (953. maddede tanımlandığı gibi)

(2) Yabancı üs şirket geliri (954. maddede tanımlandığı gibi)

(3) Aşağıda belirtilenlere eşit gelen miktar-

(A) Söz konusu kurumun gelirleri, şu gelirler hariç-

(i) 951. maddedeki Amerikalı kişinin brüt gelirini içeren yabancı kurumun karları ve kazançlarına atfedilen veya

(ii) (b) bendinde tanımlanan

(B) Uluslararası boykot unsuru (999. maddede tanımlandığı gibi)

(4) kurumun vergilendirme yılı süresince, doğrudan ya da dolaylı resmi görevli, çalışan ya da hükümet dairesine, kurum tarafından ya da kurum adına yapılan herhangi bir yasal olmayan rüşvet, komisyon ödemeleri veya diğer ödemeler (162 (c) maddesindeki anlamı ile) miktarının toplamı ve

⁵⁴⁰ Lokken, s. 194: “Benzin ya da gazın, işlenmesi, nakliyesi ya da dağıtımından elde edilen gelir”.

(5)sözkonusu kuruma 901 (j) maddesinin uygulandığı yabancı ülkedeki zaman dilimi süresince herhangi bir yabancı ülkeden elde edilen geliri.

(b) ABD geliri istisnası.

Kontrol edilen bir yabancı kurum olması halinde, Subpart F geliri, ABD'ye doğrudan bağlı ticaret ya da işletme şirketlerinin, ABD içinden kaynaklanan herhangi bir gelir çeşidini içermez, eğer söz konusu gelir çeşidi, ABD'nin sözleşme yükümlülüğüne göre vergiden istisna değil ise (ya da vergi oranının indirimine konu değil ise). Bir önceki cümleye göre, 921 (d) maddesinin (2) veya (3) paragraflarında tanımlanan gelir ABD kaynaklı olarak değerlendirmeye tabi tutulur. Bu alt bentteki herhangi bir istisna (ya da indirim), 884.madde ile bağlantılı olarak hesaba katılamaz.

(c) Sınırlama

(1)Genel

(A)Subpart F geliri cari kazanç ve kar ile sınırlıdır. (a) alt bendine göre, herhangi bir yılda bir kontrol edilen yabancı kurumun Subpart F geliri, söz konusu kurumun, ilgili yıldaki kazançları ve karlarını aşamaz.

(B)Bazı geçmiş yıl zararları hesaba dahil edilebilir.

(i)Genel

951 (a) (1) (A)(i) maddesi altında herhangi bir Amerikalı hissedarın ilgili vergilendirme yılında brüt gelirini içeren ve belirlenmiş faaliyete (qualified activity) atfedilebilen miktar, söz konusu hissedarın, belirlenmiş (qualified) zararının hissesi ile orantılı miktarından düşülebilir.

(ii)Belirlenmiş zarar (qualified deficit)

Belirlenmiş zarar teriminin anlamı, 31 Aralık 1986'dan sonra ve kontrol edilen yabancı kurumun, kontrol edilen yabancı kurum olduğu zamanda, herhangi bir geçmiş

vergilendirme yılında kontrol edilen yabancı kurumun kazançları ve karlarındaki herhangi bir zarardır; aynı zamanda şu zararları kapsar-

(I)gelirin denkleştirilmesine yol açan faaliyet gibi aynı belirli faaliyet olarak nitelendirilenler ayrıca

(II)bu alt bende göre daha öncekiler hesaba dahil edilmeyecektir.

(iii) Belirlenmiş faaliyet

Bu alt bende göre “belirlenmiş faaliyet” teriminin anlamı, şunları meydana getiren herhangi bir faaliyettir -

(I)Yabancı üs şirket petrol ile ilgili geliri

(II)Yabancı üs şirket satış geliri

(III)Yabancı üs şirket hizmet geliri

(IV)Belirlenmiş sigorta şirketi olduğunda, sigorta geliri ya da pasif gelirler

(VI)Belirlenmiş finansal kuruluş olduğunda pasif geliri

(iv)Pro rata share (orantılı hisse)

Bu bentteki, bir önceki vergilendirme yılındaki herhangi bir zararda hissedarın orantılı hissesi, 951 (a) (2) maddesindeki kurallara benzer kurallar altında tanımlanır.

(v)Belirli sigorta şirketi

Bu alt bentteki “belirli sigorta şirketi” teriminin anlamı, sigorta işletmesinin aktif idaresi ile ilgili önemli ölçüde faaliyetlerde bulunan bir kontrol edilen yabancı kurumdur.

(vi)Belirli finansal işletme

Bu alt bentteki “belirli finansal işletme” teriminin anlamı, vergilendirme yılında ve zararın meydana geldiği bir önceki vergilendirme yılında bankacılık, finans veya benzer

işletmelerin aktif idaresi ile ilgili önemli ölçüde faaliyetlerde bulunan bir kontrol edilen yabancı kurumdur”.

Söz konusu düzenlemedeki en önemli husus, IRC 952 (c) (1) (A) maddesine göre; KEYK’in Subpart F gelirinin, KEYK’in mevcut kazanç ve karlarını (Earnings and Profits (E&P))⁵⁴¹ aşamayacağıdır. Aslında, mevcut E&P, KEYK’in Subpart F gelirinin üst sınırını göstermekte ve Amerikalı hissedarlarına atfedilen zımni kar paylarını sınırlamaktadır⁵⁴².

Bu sınırlamanın hafifletici etkisi bir sonraki yılda geri alınması olabilir. Eğer mevcut kazançlar sınırı, söz konusu yılda Subpart F gelirini azaltıyorsa daha sonraki yıl Subpart F gelirini aşan kazançların fazla kısmı Subpart F geliri olarak kabul edilecektir⁵⁴³.

1. Sigorta Geliri

a) IRC 953

Sigorta geliri, sigorta veya reasürans yapılmasından ya da yıllık gelir sigortası sözleşmesinden kaynaklanan ve risklerin KEYK ülkesi dışında bir yere dağıtılmasından elde edilen gelirdir ve Subpart F gelirinin bir çeşidi olup⁵⁴⁴, ilişkili ya da ilişkili olmayan

⁵⁴¹ Jacobs, Duke, s. 171: “Earnings and Profits: Bu kavram kısaca açıklanması zor bir kavramdır; ancak temel olarak işletmenin, vergilendirilecek geliri ile karşılaştırılan muhasebe gelirini gösterir. E & P, belirli amortismanlar ve diğer düzeltmeler kullanılmaksızın hesaplanır”. **Tax Management**, Foreign Income Portfolios, Foreign Corporation Earnings and Profits, BNA, 2002, s.A-3: “E& P, kısaca şirketin ekonomik kazanç ve zararlarını gösterir”.

⁵⁴² Larkins, s. 257.

⁵⁴³ Postlewaite, Donaldson, s. 280.

⁵⁴⁴ Larkins, s.273: “1962’de Subpart F yasal düzenlemelerinden önce, bazı Amerikan kurumları, dünya çapındaki malvarlıklarını, aktiflerini ve personelinin sigorta etmek için işletme sigortası şirketleri (captive insurance companies: WG & L Tax Dictionary, s.91: “Kendi hissedarlarının risklerini sigortalayan ve genellikle yabancı olan kurumdur. Bu yabancı sigorta şirketlerinin kuruluşundaki amaçlar, kuruma sigorta primi ödeyen hissedarlar için indirim sağlamak ve sigorta şirketinin offshore kazançlarının biriktirildiği yerde vergi muafiyeti sağlamaktır) kurdular ve sigortalayana ödemiş oldukları primleri indirime tabi tuttular. Ayrıca, yabancı risklere ilişkin sigorta olduğunda, off-shore şubeleri, sigorta sözleşmesi yapılması dolayısı ile yabancı kaynaklı gelir elde ettiler ve sonuç itibarıyla ABD vergisinden kaçınılmış oldu. Yani aslında, ABD kurumları yabancı sigorta sözleşmeleri ile yıllarca ABD’deki vergiyi ödemekten kaçındılar”; Larkins, s. 274: “Bu sigorta şirketleri, KEYK statüsünden kurtulmak için, kaynaklarını Bahamalar, Bermuda, Cayman Islands veya benzeri vergi cennetlerinde toplayan ABD çok uluslu şirketlerinin, herhangi bir ABD’li sahibinin oy kullanma hakkının yüzde 10 veya daha fazlasını elinde tuttuğu, birkaç ABD ve yabancı hisse sahiplerinin offshore sigorta şirketleri idi. Eğer Amerikalı hissedarlar, hissenin yüzde 25’ten fazlasını elinde tutmuyor ise, bu sigorta şirketleri KEYK kabul edilmeyecekti. Ancak Kongre, Subpart F gelirinin özel bir çeşidini oluşturarak, 1986’dan sonra, “ilişkili kişi sigorta geliri- related person insurance income (RPII), yabancı kurumların yurtdışı riskleri olarak nitelendirilen ve kendi hissesine sahip olan Amerikalı kişilerinden ve bu hissedarlarla ilgili kişilerden elde edilen sigorta gelirini, eğer gelir elde eden yabancı kurum KEYK ise, Subpart F geliri olarak nitelendirildi. RPII’de, Amerikalı hissedarları, sadece oy kullanma hakkının yüzde

kişilerin sigorta edilmesinden kaynaklanabilir. Risklerin KEYK ülkesi dışında olup olmadığı (ABD de buna dahildir) sigortanın türüne bağlıdır. Gayrimenkul sigortalarında, riskler, sigorta edilen gayrimenkulün bulunduğu yerde mevcuttur. Sorumluluk sigortalarında riskler, faaliyetin meydana geldiği yerde mevcuttur. Sağlık ve hayat sigortalarında riskler, kişilerin ikamet ettikleri yerde mevcuttur⁵⁴⁵. Sigorta geliri (ülke dışına dağıtılan riskler) toplam primlerin yüzde 75’ini aştığı zaman, IRC, KEYK tanımını, Amerikalı hissedarların oy kullanma hakkı ya da hisse değerinden birinin yüzde 25’inden fazlasını elinde tuttuğu yabancı kurumları kapsayacak biçimde genişletir. Eğer Amerikalı hissedarlar oy kullanma hakkı veya hisse değerinin yüzde 25’ten fazla ama yüzde 50’den azına sahip ise, Subpart F geliri sadece yurtdışı risklerden kaynaklanan sigorta gelirinin kapsayacaktır; ancak IRC 957 (b) maddesi gereğince, Subpart F geliri FBC hizmetler gelirini kapsamayacaktır⁵⁴⁶.

Subpart F geliri olarak nitelendirilen sigorta gelirleri ile ilgili IRC 953. maddede ayrıntılı açıklamalara yer verilmiş olup, söz konusu madde hükmü şöyledir:

“IRC 953 Sigorta Geliri (Insurance Income) :

(a) Sigorta geliri

(1) Genel

952 (a) (1) maddesindeki “sigorta geliri” teriminin anlamı, şu özelliklere sahip bir gelirdir-

(A) sigorta ya da gelir sigortası poliçesinin tanzimi (ya da reasüransı) olarak nitelenen ve

10’una sahip olanları değil, yabancı bir kurumda sözkonusu hisse sahibi olan tüm Amerikalı kişileri kapsar. Sonuç olarak, Amerikalı kişilerin hisse değeri veya oy kullanma hakkından herhangi birinin yüzde 25’den fazlasına sahip olduğu yabancı kurumlar, 1986’dan sonraki düzenlemeye göre KEYK’dir ve buna bağlı olarak RPII Subpart F geliri olarak değerlendirilir (IRC 953 (c) (1)).

⁵⁴⁵ IRC Reg. 1.953-2 (e) (g).

⁵⁴⁶ Larkins, s. 273,274.

(B) eğer sözkonusu gelir yerel sigorta şirketinin geliri ise, Subchapter L hükümlerine göre vergilendirmeye tabi olan ((b) alt maddesinde yer alan değişikliklere konu olan.

(2) İstisna

Bu terim, sigorta gelirinden istisna tutulanları kapsamaz ((e) alt maddesinde belirtildiği gibi)

IRC 953.maddede ayrıca “Özel kurallar”⁵⁴⁷ ve “işletme sigortası şirketleri (captive insurance companies)” için özel hükümler⁵⁴⁸ ve sigorta geliri istisnasına⁵⁴⁹ da yer verilmiştir.

⁵⁴⁷ “IRC 953 (b) Özel kurallar (a) alt maddesine göre- (1) L Subchapter’ın aşağıdaki hükümleri uygulanmaz:(A) Az miktartlı hayat sigortası şirketi indirimi (B) 805 (a) (5) maddesi (zarar indirimi işlemleri ile ilgili) (C) 832 (c) (5) maddesi (belirli sermaye zararları) (2) Şu maddelerde belirtilenler- (A) 803 (a) (1) maddesi (primler ve diğer bedellerin brüt miktarı ile ilgili) (B) 805 (a) (2) maddesi (karşılıklardaki net azaltmalar ile ilgili) (C) 805 (a) (2) maddesi (karşılıklardaki net artışlar ile ilgili) ve (D) 832 (b) (4) maddesi (sigorta sözleşmeleri üzerinde kazanılmış primler ile ilgili) sadece (a) (1) alt maddesinde belirtilen herhangi bir reasürans ya da sigorta ya da gelir sigortası tanzimi ile ilgili kapsamda hesaba dahil edilir. (3) herhangi bir sigorta ya da gelir sigortası poliçesi için karşılıklar 954(i) maddesindeki gibi aynı usulde değerlendirilir. (4) Gelir, harcamalar, zararlar ve indirimlerin tüm çeşitleri Bakanlık tarafından yönetmelikler altında tanımlandığı biçimde ayrılabilir ya da dağıtılabilir”.

⁵⁴⁸ “IRC 953 (c) İşletme Sigortası Şirketleri için özel kurallar (1) Genel Sigorta gelirinde sadece ilişkili kişinin hesaba dahil edilmesi- (A) “ABD hissedarı” teriminin anlamı, herhangi bir yabancı kurum ile ilgili, yabancı kurumun herhangi bir hissesine sahip (958 (a) maddesindeki anlamı ile) Amerikalı kişidir (957 (c) maddesindeki tanıma göre). (B) “kontrol edilen yabancı kurum” terimi, “ yüzde 50’den fazla” yerine “yüzde 25 veya daha fazla” şeklinde 957 (a) maddesinde verilen anlamı içerir. (C) 951 (a) (1) (A) (i) maddesinde belirtilen orantılı hisse bu alt maddenin (5) bendi altında değerlendirilir.(1) İlişkili kişi sigorta geliri Bu alt maddedeki “ilişkili kişi sigorta geliri” teriminin anlamı, sigorta ya da reasürans poliçesinde, yabancı kurumdaki Amerikalı hissedar veya söz konusu hissedarla ilgili sigortalı kişi olarak nitelenen (doğrudan ya da dolaylı) kişiye bağlı herhangi bir sigorta geliridir ((a) alt maddesindeki anlamı ile). (3) İstisnalar (A) Sigortalıların ellerinde bulundurmamış oldukları kurumlar (1) bent, herhangi bir yabancı kuruma uygulanmaz, eğer bir kurumun vergilendirme yılının tamamında- (i) söz konusu kurumun toplam oy kullanma hakkı veren tüm hisse gruplarının yüzde 20’den daha azı ve (ii) söz konusu kurumun toplam değerinin yüzde 20’den daha azı, bu kurum ya da ilgili kişiler tarafından verilmiş sigorta veya reasürans poliçesine göre sigortalı olan kişiler tarafından (doğrudan ya da dolaylı) kazanılmış ise (883 (c) (4) maddesindeki prensiplere göre doğrudan ya da dolaylı) (B) Küçük Miktar (De minimis) istisnası (1) bent, bir kurumun vergilendirme yılı için o kuruma uygulanmaz, eğer ilgili kişinin, söz konusu vergilendirme yılında kurumda (a)(1) bendine göre sahip olduğu sigorta geliri (brüt temeline dayalı tanımlanan), kurumun kurulduğu ya da işlerinin yönetildiği ülkenin dışındaki bir ülkeden gelen gelir hükümleri ile bağlantılı olmaksızın, yüzde 20’den az ise (5) Pro rata share (orantılı hisse) tespiti (A) Genel Bu alt bentte tanımlanmış olan orantılı hisse, herhangi bir Amerikalı hissedar için, şunların daha azıdır-(i) 951 (a) maddesinin (2) bendine göre belirlenecek miktar eğer- (I) ilişkili kişi sigorta geliri hesaba dahil edilmişse, (II) vergilendirme yılının son gününde Amerikalı hissedarları tarafından kazanılmış hisse (958 (a) maddesindeki anlamı ile) yabancı kurumdaki tek hisse ise, (III) Amerikalı hissedarları tarafından alınan sadece paylaşımlar (2) bendin (B) alt bendine göre hesaba dahil edilmiş ise ya da (ii) 951 (a) maddesinin (2) bendine göre belirlenecek miktar, eğer vergilendirme yılı için yabancı kurumun kazanç ve karlarının tamamı Subpart F geliri ise. (6) İlişkili Kişi Bu alt maddede- (A) Genel

(B) alt bendindeki tanımlama hariç, “ilişkili kişi” terimi, 954 (d) (3) maddesi ile verilen anlamı taşır. (B) Sorumluluk sigortası poliçelerinin uygulaması Bir kurumun yöneticisi, yetkilisi ya da çalışanı olarak ya da ortaklığın ortağı ya da çalışanı olarak yaptıkların hizmetlerinden meydana gelen sorumluluğa dair herhangi bir sigorta poliçesi olması durumunda, söz konusu hizmetleri yapan kişi ve ilgili hizmetin yapıldığı birim ilişkili kişiler olarak kabul edilir.”

⁵⁴⁹ “IRC 953 (e) Sigorta geliri istisnası Bu maddede-(1) Sigorta geliri istisnası tanımı (A) Genel “Sigorta geliri istisnası” teriminin anlamı, belirli sigorta şirketi tarafından elde edilen şu özelliklere sahip gelirdir- (i) söz konusu şirket ya da bu şirketin belirli sigorta şirketi şubesi tarafından muafiyet sözleşmesinin tanzim edilmesi (ya da reasürans) olarak nitelendirilen ve (ii) söz konusu şirket ya da şube tarafından kendi ülkesinde, o ülkenin vergi kanunlarına göre kazanılmış olarak kabul edilen...(2) Muafiyet sözleşmesi (Exempt Contract) (A) Genel “Muafiyet sözleşmesi” teriminin anlamı, US haricinde bir ülkede, malvarlığı ile bağlantılı, faaliyetlerinden kaynaklanan yükümlülüklerinin olduğu ya da yerleşik kişilerin hayat ya da sağlıklarının, belirli sigorta şirketi ya da belirli sigorta şirketi şubesi tarafından sigorta edilmiş ya da reasüre edilmiş olduğu sigorta ya da gelir sigortası sözleşmesidir. (B) Minimum gerekli ana ülke (home country) geliri (i) Genel Hiçbir belirli sigorta şirketi ya da belirli sigorta şirketi şubesi sözleşmesi, söz konusu şirket veya şube yazılı net primlerin yüzde 30’dan fazlasını, şu özellikleri taşıyan muafiyet sözleşmesinden elde etmedikçe, muafiyet sözleşmesi olarak değerlendirilemez (bu alt bende bağlı olmaksızın belirlenmiştir)-(I) Ana ülkesindeki risklere uygulanabilmeyi kapsayan (II) poliçe sahibi, sigortalı, gelir sigortalısı veya lehdarın ilişkili kişi olmadığı (954 (d) (3) te tanımlanmıştır). (ii) Ana ülke risklerine uygulanma “Ana ülke risklerine uygulanabilme teriminin anlamı, belirli sigorta şirketleri ya da belirli sigorta şirketleri şubesinin, kendi ülkesindeki malvarlığı, oradaki faaliyetinden kaynaklanan yükümlülük ya da oradaki yerleşik kişilerin hayat ya da sağlıkları ile bağlantılı riskleri, durumun icabına göre riskleri kapsayan sözleşmenin tanzim edilmesi ya da reasüre edilmesidir. (C) Sınır ötesi riskler için önemli faaliyet gerekliliği Belirli sigorta şirketi ya da belirli sigorta şirketi şubesi tarafından tanzim edilmiş, kendi ülke risklerine uygulananların ((B) (ii) alt bendinde tanımlandığı gibi) dışında riskleri kapsayan bir sözleşme, muafiyet sözleşmesi olarak değerlendirilemez, söz konusu şirket ya da şube- (i) kendi ülkesindeki sigorta işletmesi ile bağlantılı önemli faaliyetlerin idare edilebildiği durumda (ii) gelirin elde edilmesini sağlamak için gerekli faaliyetlerin tümünün önemli ölçüde kendi ülkesindeki uygulamaları söz konusu sözleşme ile elde edilebildiği durumda. (3) Belirli sigorta şirketi “Belirli sigorta şirketi” teriminin anlamı, şu özelliklere sahip olan bir kontrol edilen yabancı kurumdur- (A) kendi ülkesi tarafından sigorta (veya reasürans) şirketi olarak yönetmeliğe konu olan, yetkili ve izinli veya ilgili sigorta düzenleme kurulu tarafından, kendi ülkesinde, ilişkili kişi dışındaki (954 (d) (3) anlamı ile) kişiler ile, sigorta, reasürans ya da gelir sigortası sözleşmesi yapmak için kurulmuş (B) kontrol edilen yabancı kurum tarafından, sigorta ya da reasürans yapılmasından elde edilen net primlerinin toplamı yüzde 50’den fazlasından oluşan ve her birinin kendi belirlenmiş sigorta şubesi sözleşmeleri- (i) söz konusu kurumun ya şubenin kendi ülkesindeki risklere uygulamayı (2) bentte tanımlandığı gibi) kapsıyor ve (ii) hiçbir poliçe sahibi, sigortalı, gelir sigortalısı ya da lehdarın ilişkili kişi (954 (d) (3) de tanımlandığı gibi) olmamasına bağlı olarak, şube olması durumu hariç olmak üzere, söz konusu primler sadece ilgili primler kapsamında, kendi ülkesindeki bu şube tarafından, ülkenin vergi yasalarına göre kazanılmış olduğu dikkate alınarak hesaba dahil edilebiliyor ise.....(4)Belirli sigorta şirketi şubesi “Belirli sigorta şirketi şubesi” teriminin anlamı, kontrol edilen yabancı kurumun belirli işletme şubesidir (989 (a) maddesindeki anlamı ile), eğer- (A) söz konusu şube, kendi ülkesi için o ülkede ilgili kişi haricinde (954 (d) (3) maddesindeki anlamı ile) kişilere sigorta satmak, reasürans ya da gelir sigortası satmak için, ilgili sigorta düzenleme kurulu tarafından, yetki, izin verilmiş ya da kurulmuş ise ve (B) söz konusu kontrol edilen yabancı kurum, (3) bentte tanımlanmış olan şube, belirli sigorta şirketi şubesi gibi, belirli bir sigorta şirketi ise. (5) Hayat sigortası veya yıllık gelir sigortası sözleşmesi Bu maddede ve 954 maddede, bir sözleşmenin, kontrol edilen yabancı kurum ya da belirli işletme şubesi (989 (a) maddesindeki anlamı ile) tarafından tanzim edilip edilmediği, 72 (s), 101 (f), 817 (h) ve 7702 maddeleri göz önüne alınmaksızın yapılmış olan hayat sigortası sözleşmesi ya da gelir sigortası sözleşmesine göre belirlenir eğer- (A) söz konusu sözleşme şirketin ya da şubenin kendi ülkesi tarafından hayat sigortası ya da gelir sigortası sözleşmesi olarak düzenlenmiş ise ve (B) hiçbir poliçe sahibi, sigortalı, gelir sigortalısı ya da lehdar sözleşmeye göre Amerikalı kişi değilse. (6) Ana ülke (home country) Bu alt bentte, yönetmelikte belirtilenler hariç, (A) Kontrol edilen yabancı kurum “Ana ülke” teriminin anlamı, kontrol edilen yabancı kurum ile ilgili, bu kurumun kurulduğu ya da işlerinin organize edildiği ülkedir. (B) Belirli işletme birimi Ana ülke” teriminin anlamı, belirli işletme şubesi ile ilgili (989 (a) maddesindeki tanıma göre), söz konusu şubenin ana ofisinin kurulduğu ve bu şubenin ilgili sigorta düzenleme kurulu tarafından,

Oldukça ayrıntılı olarak düzenlenmiş olan sigorta geliri ile ilgili IRC 953.maddesini incelediğimizde, sigorta gelirinin, sigorta veya yıllık gelir sigorta sözleşmesi yapılması ya da reasürans yapılması sonucu elde edilen gelirlerin bazı özellikleri olduğu⁵⁵⁰ görülmektedir.

Sigorta gelirinden muafiyet, KEYK'in, bir başka ülkede sigorta şirketi olarak değerlendirilmeye ve vergilendirmeye konu olacak yabancı kaynaklı işletme gelirini kapsayacak şekilde düzenlenmiştir. Teknik olarak, sigorta geliri istisnasının anlamı, “belirli sigorta şirketinin”⁵⁵¹ veya bu şirketin “belirli sigorta şirketi şubesinin (qualifying insurance company branch)” kendisi tarafından, sigorta ya da reasürans sözleşmesi olarak nitelendirilen bir muafiyet sözleşmesi (exempt contract) ile elde ettiği ve söz konusu şirket ya da şubesinin “ana ülkesindeki (home country)” yasalara göre, ilgili ülkede kazanıldığı kabul edilen gelirdir⁵⁵².

Yasa, KEYK statüsü için, ABD hissedarlarına sigorta geliri atfedilmesi ile ilgili olarak daha yumuşak bir “sahiplik” standardı öngörmektedir. KEYK statüsü, bir tüzel kişiliğin hisse ya da oy kullanma gücünün yüzde 25’den fazlasına ABD hissedarları tarafından sahip olunduğu zaman oluşacaktır. Bu düşük sınır sadece, eğer 953 (a)(1) maddesinde sıralanmış sigorta faaliyetlerinden elde edilen brüt primler ya da diğer bedeller,

ilişkili kişi (954 (d) (3)’deki tanıma göre) olmayan kişiler ile sigorta, reasürans ya da gelir sigortası sözleşmesi yapmak için yetki, izin aldığı ya da kurulduğu ülkedir”.

⁵⁵⁰ Postlewaite, Donaldson, s. 260: “(1) Eğer KEYK yerel bir sigorta şirketi ise, IRC 801-848. maddelere (IRC 801-848.maddeler, “Insurance Companies” başlığını taşıyan Subchapter L’de düzenlenmiştir) göre vergiye konu olacak gelirler, 2) “Sigorta geliri istisnasına (exempt insurance income)” dahil olmayan gelirler”.

⁵⁵¹ Postlewaite, Donaldson, s. 261: “Belirli Sigorta şirketi ise, aşağıdaki şartları taşıyan bir KEYK’dir: 1-Kendi ana ülkesinde sigorta şirketi olarak düzenlemelere konu olmak, 2-Kendi ülkesindeki ilişkili olmayan üçüncü kişiler ile sigorta, reasürans ya da yıllık gelir sigortası yapmak için ilgili düzenleme kurulları tarafından yetkilendirilmiş olmak, 3-Toplam net prim gelirlerinin yüzde 50’den fazlasını, ilişkili olmayan kişilerin KEYK’in ana ülkesindeki malvarlığı, sorumlulukları veya sağlık ya da hayatlarına dair risklerin sigorta edilmesinden sağlamış olmak, 4-Eğer KEYK yerel bir kurum ise, sigorta işletmesi ile bağlı olarak Subchapter L hükümlerine göre vergilendirmeye konu olmak. İstisna sözleşmesi ise, genel olarak, ABD dışındaki herhangi bir ülkedeki malvarlığı, faaliyetlerden kaynaklanan sorumluluk veya yerleşik kişilerin sağlık ve hayatlarının sigorta edilmesi ya da yıllık gelir sigortasının yapılması ile ilgilidir. Buna bağlı olarak, örneğin, belirli sigorta şirketi tarafından yerleşik olmayan yabancı bir gerçek kişinin sağlık sigortasının yapılması, belirli sigorta şirketinin, ilgili yıldaki Subpart F geliri çeşidi olarak değerlendirilmeyecek, istisna sigorta gelirini meydana getirecektir”.

⁵⁵² IRC 953 (e)(1)(A).

tüm risklerin sigorta edilmesinden elde edilen brüt primler ya da diğer bedellerin yüzde 75’inden fazla olması halinde uygulanacaktır⁵⁵³.

KEYK’in Subpart F sigorta geliri aynı zamanda, belirli özelliğe sahip ilişkili sigorta şirketleri⁵⁵⁴ tarafından elde edilen sigorta gelirlerini de kapsar. Bu kural olmazsa, ülke içindeki kişiler, KEYK hükümlerine tabi olmak için gerekli olan ABD sahiplik oranını değiştirmek ve bunun sonucunda da yerel vergilendirmeden kaçınmak için yabancı sigorta şirketlerinin bağlantılarını kullanabilirler⁵⁵⁵.

b) Örnek Kurgu

“Örnek 1 :

Bermuda’lı bir şirket olan Casualty & Property Insurance’ın yüzde 73 hissesine yabancı hissedarlar sahiptir. Üç ilişkili olmayan Amerikan kurumlarının her biri de yüzde 9 hissedardır. Bermudalı kurum aşağıdaki kategoride gösterilen gelirleri elde etmiştir:

Bermuda’da olmayan risklerin sigorta edilmesinden sağlanan primler	400,000 \$
Foreign Personal Holding Company Gelir (FPHCI)	200,000 \$
Toplam brüt gelir	600,000 \$

⁵⁵³ Postlewaite, Donaldson, s. 261.

⁵⁵⁴ Postlewaite, Donaldson, s. 262: “İlişkili kişi sigorta geliri” ise burada ilişkili kişinin Subpart F gelirinde yer alan sigorta gelirinde üç istisna bulunmaktadır. Birincisi, “küçük miktarda (de minimis) sahiplik” istisnasıdır. IRC 953 (c) (3) (A)’da belirtilen istisna hükmüne göre, Subpart F hükümleri, vergilendirme yılının tamamında, hisse değeri veya oy kullanma hakkının yüzde 20’den daha azına doğrudan veya dolaylı, söz konusu şirket tarafından sigortalanmış kişiler (ya da ilişkili kişi sigortalılar) tarafından sahip olunmuş ise uygulanmayacaktır. İkinci istisna, IRC 953 (c) (3)(B)’de düzenlenen “küçük miktar (de minimis) brüt gelir” istisnasıdır. Buna göre de, gelirlerinin yüzde 80’den fazlası brüt sigorta gelirinden oluşan yabancı kurumlar, ilişkili kişiler sigorta gelirleri hariç olmak üzere, Subpart F hükümlerine tabi olmayacaktır (IRC 953 (c) (3)(B)). ABD hissedarlarının ya da bu hissedarlar ile bağlantılı kişilerin yabancı bir ülkede sigorta edilmesi hükümlerine göre, elde edildiği kabul edilen bir gelirdir. İlişkili üçüncü kişilerin gelirlerinin Subpart F hükümleri kapsamında olmasının amacı, KEYK statüsü için gerekli ABD sahiplik eşiğinin, burada oy kullanma gücü ya da değerinin yüzde 25’i olarak düşürülmüş olmasıdır. Ayrıca yüzde on sahiplik eşiği de burada artık göz önüne alınmaz ve ABD kişisi tarafından yabancı bir kurumda sahip olduğu herhangi bir hisse, ABD hissedarı statüsünü meydana getirir. “Sonuç olarak potansiyel vergiye tabi hissedarların kapsamı artar. Burada 958 (b) maddesindeki zımni iştirak kuralları uygulanmaz”.

⁵⁵⁵ Postlewaite, Donaldson, s. 261

400,000 \$'lık primlerin 90,000 \$'ı ilişkili kişi sigorta geliridir (related person insurance income-RPII). FPHCI açısından, Casualty & Property KEYK değildir; çünkü hiçbir Amerikalı kişi, en az yüzde 10 oy kullanma hakkına sahip değildir, dolayısıyla, Amerikalı hissedarlar yüzde 50'den fazla hisseye de sahip değildir. RPII olmayan, primlerin 310,000 \$'lık kısmı için, Casualty & Property, aynı gerekçe ile KEYK değildir – hiçbir Amerikalı hissedarı yoktur- KEYK statüsü için sınırın yüzde 25'e düşmesine rağmen. Bu kişilerin toplam hissedarlığı, yüzde 25 eşiğini geçtiği için Bermudalı kurum KEYK ve 90,000 \$ RPII da Subpart F geliri olarak nitelendirilir⁵⁵⁶.

2. Yabancı Üs Şirket Geliri

a) IRC 954

Yabancı üs şirket (foreign base company- FBC) geliri, Subpart F gelir türlerinden en önemlisi olup, yasadaki en geniş düzenlemeye sahip alanı oluşturmaktadır.

IRC 954. maddesinde yer alan düzenleme şöyledir:

“IRC 954: Foreign Base Company Income (Yabancı Üs Şirket Geliri)

(a)Yabancı üs şirket geliri

952 (a) (2) maddesindeki, “yabancı üs şirket geliri” teriminin anlamı herhangi bir vergilendirme yılı için şunların toplamıdır-

(1) Herhangi bir vergilendirme yılı için pasif gelir ((c) alt bendinde tanımlanmış ve (b) (5) alt maddesindeki indirimi kapsayan)

(2) Herhangi bir vergilendirme yılı için yabancı üs şirket satış geliri ((b) (5) alt maddesindeki indirimi kapsayan ve (d) alt maddesinde tanımlanmış olan)

(3) Herhangi bir vergilendirme yılı için yabancı üs şirket hizmet geliri ((b) (5) alt maddesindeki indirimi kapsayan ve (e) alt maddesinde tanımlanmış olan)

⁵⁵⁶ Larkins, s. 275; Larkins, s.274'de konu ile ilgili bir başka örnek ise şöyle açıklanmıştır: “Bermudalı KEYK olan The Health and Wealth Insurance Company, sağlık sigortasından 400,000 \$ brüt gelir elde etmiştir, bu gelirin yüzde 5'i Bermudalı yerleşik kişilerden elde edilmiştir. Şirketin Subpart F geliri, indirimlerin uygulanmasından önce, 380,000 \$ (400,000 \$ x .95) olacaktır”.

(4) Mülga

(5) Herhangi bir vergilendirme yılı için yabancı üs şirket petrol geliri ((b) (5) alt maddesindeki indirimi kapsayan ve (g) alt maddesinde tanımlanmış olan) ”.

Yerel kurumların vergi yükümlülüğünü azaltmak için yabancı vergi cennetlerinin kullanılmasını önlemeye yönelik Subpart F kuralları, yabancı üs şirket gelirlerini kavrayarak yerel bir ana şirketin, genellikle, düşük vergi uygulayan yerlerde, belirli gelir türlerinin ABD’de vergiye tabi olmasından kaçınmak amacıyla, bir yabancı bağlı “üs şirket” kurduğu durumları hedef alır⁵⁵⁷.

IRC 954.maddesinde FBC gelirlerinin, pasif geliri, FBC satış geliri, FBC hizmet geliri ile FBC petrol ile bağlantılı gelirlerden meydana geldiği hükme bağlanmış ve gerek yasa maddesinde gerekse yönetmelik hükümlerinde örnekler gösterilmek suretiyle ile ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulmuştur⁵⁵⁸.

c) Reg. §1.954-1

IRC Yönetmeliği’nin FBC geliri ile ilgili düzenlemeleri 1.954-1.maddesinde yer almakta olup, sözkonusu düzenleme şöyledir:

“ § 1.954-1:

(a) Genel- (1) amaç ve kapsam.

954.madde ve §1.954-1 ve § 1.954-2, kontrol edilen yabancı kurumun yabancı üs şirket gelirini hesaplamaya yönelik hükümler içerir. Yabancı üs şirket geliri, 952.madde hükmüne göre, kontrol edilen yabancı kurumun subpart F geliri içinde yer alır. Subpart F geliri, 951. madde hükmüne göre, kontrol edilen yabancı kurumun Amerikalı hissedarının brüt geliri içinde yer alır ve buradan hareketle Internal Revenue Code’un 1, 11 veya

⁵⁵⁷ Postlewaite, Donaldson, s. 263.

⁵⁵⁸ Larkins, s. 261: “FBC kapsamında yer alan her bir kategori, özellikle, daha az indirim tabi tutulabilen faaliyetlerden meydana gelen brüt gelirleri içerir. Bu kategoriler, Kongre’nin çok uluslu ABD şirketlerinin belirli gelirlerini, vergi avantajı elde edebilmek için düşük vergi uygulayan yerlere aktarabileceği düşüncesini yansıtmaktadır. Örneğin, yabancı üs şirket satış veya hizmet gelirleri ile ilgili olarak, Kongre, imalatın ABD veya nispeten daha yüksek vergi uygulayan bir yerde yapıldığı zaman, mükellefin satış ve servis işlemlerini düşük vergi uygulayan ülkelerde tutmasını engellemek istemiştir”

55.maddelerine konu olur. Bir yabancı kurumun kontrol edilen yabancı kurum olup olmadığına ve Amerikalı hissedarlarının mevcut brüt gelirleri içinde yer alan Subpart F gelirinin değerlendirilmesi, 957.madde hükmü altında yapılır.

(2) Brüt Yabancı Üs Şirket Geliri.

Kontrol edilen yabancı kurumun brüt yabancı üs şirket geliri, brüt gelirin aşağıdaki çeşitlerinden oluşur (952 (b) maddesinin uygulanmasından sonra belirlenir)-

- (i) Pasif gelirler 954 (c) 'deki tanıma göre;
- (ii) Yabancı üs şirket satış geliri, 954 (d) 'deki tanıma göre;
- (iii) Yabancı üs şirket hizmet geliri, 954 (e) 'deki tanıma göre;
- (iv) Yabancı üs şirket nakliyat geliri, 954 (f) 'deki tanıma göre⁵⁵⁹;
- (v) Yabancı üs şirket petrol ile ilgili geliri, 954 (g) 'deki tanıma göre”.

aa) Pasif Gelir

aaa) IRC 542 ve IRC 954 (c)

Pasif gelir (Foreign Personal Holding Company -FPHC) terimi⁵⁶⁰, genel olarak belirli gelir çeşitlerini çok fazla kazanan kurumları ifade etmek için kullanılmakta olup⁵⁶¹, “Personal Holding Company’nin Tanımı (Definition of Personal Holding Company)” başlıklı IRC 542.maddesinde şöyle ifade edilmiştir:

⁵⁵⁹<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/CFR-2012-title26-vol10/pdf/CFR-2012-title26-vol10-sec1-954-1.pdf> (02.07.2012), “Yabancı üs şirket nakliye gelirleri, IRC yasa hükmünden kaldırılmış olmasına rağmen, IRS web sayfasından kontrol edilen son değişikliklerde Yönetmelik’te halen yazılı olduğu görülmektedir. Yönetmelik maddesinin aynen çevirisi yapılmış olduğundan, burada yazılmıştır; ancak mülga hüküm olması nedeniyle bu çalışmada herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir”.

⁵⁶⁰ Bu çalışmada sözkonusu kavramı açıklamak üzere “pasif gelir” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

⁵⁶¹ WG & L Tax Dictionary, s.520. Gustafson, s. 199, 200: “FPHCI hükümleri, ABD yatırımcılarının yabancı kaynaklı gelirlerinin vergilendirilmesi için 1930’ların sonlarına doğru yürürlüğe konulmuş olup, daha sonra 2004 yılında yürürlükten kaldırılmış ve Subpart F hükümleri kapsamında düzenlemeye alınmıştır. Mevcut halde, FPHC hükümlerinin 2004 yılında kaldırılması ile Subpart F hükümleri, yabancı kurumların kullanılarak vergi ertelemesinin önlenmesini sağlamada temel olmuştur”.

“IRC 542: Bu bölümde geçen “foreign personal holding” teriminin anlamı, ((c) bendinde belirtilenler istisna olmak üzere)-eğer-

(1) *Düzeltilmiş olağan brüt gelir koşulu (Adjusted ordinary gross income requirement)*

Bir kurumun, vergilendirme yılındaki düzeltilmiş olağan brüt gelirinin (543 (b) 'de tanımlandığı gibi) en az yüzde 60'ı pasif gelir (foreign personal holding company geliri) ise ve

(2) *Hisse sahipliği koşulu (Stock ownership requirement)*

Vergilendirme yılının son yarısındaki herhangi bir zamanda kurumun tedavüldeki hisse senetleri değerinin yüzde 50'den fazlası, doğrudan veya dolaylı olarak beş kişiden fazla olmayan kişiler tarafından veya kişiler adına kazanılmış ise bu kurum, foreign personal holding company'dir”⁵⁶².

Yasa maddesinde “foreign personal holding company” olarak değerlendirilmeyecek kurumlar ise ayrıca belirlenmiştir⁵⁶³.

Yasa maddesinden de anlaşılacağı gibi, “personal holding company” terimi, Amerikan vergi hukuku sisteminde, birebir Türkçe karşılığı olarak “şahıs holding şirketi” olarak kullanılamayacak bir anlamı ifade etmektedir. Buna göre, söz konusu terim;

- Bir kurumun gelirlerinin en az yüzde 60'ı, kar payları, kiralar, belirli lisans ücretleri, film kiralrı gibi belirli türleri içeren gelirlerden⁵⁶⁴ oluşuyor ise ve

⁵⁶² IRC'un “Corporations Used to Avoid Income Tax On Shareholders” başlıklı Chapter 1, Subchapter G bölümünde Part II'de, “Personal Holding Companies” başlığı altında 541-547.maddeleri arasında ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir.

⁵⁶³ IRC 542 (c) bendinde şöyle belirtilmiştir: “F bölümünde 501.maddede yer alan vergiden muaf kurumlar, 581.maddede tanımlanmış bankalar veya 7701.maddede belirtilen yerel kuruluşlar ile kredi kuruluşları, hayat sigortası şirketleri, kefalet şirketi, yabancı kurum, 542 (c)(6) (A),(B),(C),(D) bentlerindeki şartları haiz kredi ve finans şirketleri, 1958 Küçük Ölçekli Yatırım İşletmeleri Anlaşması (Small Business Investment Act of 1958)'na göre organize edilen ve Küçük Ölçekli İşletme İdaresi (Small Business Administration) tarafından lisans verilmiş olan küçük ölçekli yatırım işletmeleri ile 368 (a)(3)(A) maddesinde belirtilen durumlarda ilgili maddede belirtilen mahkemenin yargılama alanındaki kurumlar”.

⁵⁶⁴ Söz konusu gelirler, “foreign personal holding income” olarak ifade edilen ve IRC 543 ve 954 (c) maddelerinde tanımlanmış olan pasif gelirlerdir.

- Hisselerinin yarısından fazlasına beş kişiden fazla olmayan kişiler sahip olmuş ya da onlar adına sahip olunmuşsa bu kurum, foreign personal holding company'dir⁵⁶⁵.

Subpart F gelir çeşidi olarak IRC 954 (c) bendinde yer alan FPHC geliri ile ilgili hükmü incelemeden önce, yine, “personal holding company income” ve bununla bağlantılı terimlerin açıklandığı IRC 543.maddeye bakmamız gerekmektedir. “Personal Holding Company Income” başlıklı IRC 543.maddede söz konusu gelir şöyle tanımlanmıştır: “*Kar payları, faizler, lisans ücretleri, yıllık iratlar, kiralara, mineral, benzin ve gaz ruhsat ücreti, telif hakkı ücretleri, bir filmin kullanımı ya da haklarının kullanımı ile bağlantılı yapılmış kira ödemeleri, şirketin malvarlığının hissedarlar tarafından kullanımı, kişisel servis anlaşmaları*”⁵⁶⁶.

Söz konusu gelir kategorisi, yasa hükmünde de açıkça görüleceği gibi, pasif gelirleri hedef almaktadır. KEYK hükümleri kapsamında IRC 954 (c) bendinde düzenlenmiş olan gelir, pek çok açıdan IRC 543.maddesindeki pasif gelir kategorilerini yansıtmakla birlikte, gelirler açısından 543.maddeye atıf yapılmadan, yasa maddesinde gelir türlerinin tek tek gösterilmesi yoluna gidilmiştir.

Söz konusu düzenlemeye göre, Subpart F geliri kapsamında dikkate alınacak pasif gelir türleri; kar payları⁵⁶⁷, faizler⁵⁶⁸, lisans ücretleri⁵⁶⁹, kiralara⁵⁷⁰ ve yıllık iratlar⁵⁷¹ gibi

⁵⁶⁵ West's Tax Law Dictionary, 1992 Edition, s. 406. IRC 542.maddede “personal holding company” terimini açıklanmıştır; ancak Subpart F hükümlerinde, “foreign personal holding company” kavramına yer verilmiş ve bu çalışmada referans gösterilen eserlerde, herhangi bir farklı bir kavram kullanılmamıştır. Sadece, Lokken makalesinde, s. 193’de FPHCI için “Pasif gelirler” ifadesinin kullanılması gerektiğini şöyle ifade etmiştir: “Pasif gelirler, yasa hükmünde FPHC olarak ifade edilmekte olup, kar payları, faizler, lisans ücretleri, kiralara, net kazançlardan oluşur”.

⁵⁶⁶ Kavramlar ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. IRC 543. FPHC tanımında atıf yapılan “Olağan brüt gelir (Ordinary gross income)” ile “düzeltilmiş olağan brüt gelir (adjusted ordinary gross income)” terimleri de IRC 542.maddesinde tanımlanmış olup, buna göre “ordinary gross income; *tüm sermaye varlıklarının ve menkul ve gayrimenkul malların satışı veya başka yollarla el değiştirmesinden elde edilen kazanç hariç brüt gelir; “adjusted ordinary gross income ise, ordinary gross income’in kiralara, mineral gazların ruhsat ücretleri ve faizler ile düzeltilmesi” sonucunda görülen brüt gelirdir*”.

⁵⁶⁷ IRC 316.maddesine göre kar payı; “para veya malın, bir kurum tarafından ortaklarına dağıtıldığı bir meblağdır”. Dorfmueller Pia, **Tax Planning for US MNCs with EU Holding Companies**, Kluwer Law International 2003, s. 95: “KEYK’deki hisse dağıtımı üzerinden sağlanan kazancın bir bölümü, Subpart F gelirleri içerisinde, IRC 954 (c)(1)(A)’ya göre, “kar payı” olarak değerlendirilir”; Ring Diane, Cahiers de droit fiscal international, s.776: “Dividend (kar payı) yatırımcının geliri içerisinde yer alır. Kar payının vergilendirilip vergilendirilmeyeceği yatırımcının ülke içindeki statüsüne göre belirlenir”.

klasik gelir ögelerini ve aynı zamanda belirli malların satış veya takas edilmesinden kaynaklanan net kazançları⁵⁷² içerir⁵⁷³.

Subpart F gelirlerinin en önemli kategorisini oluşturan ve IRC 954 (c)'de tanımlanmış olan kar payı, faiz, telif hakkı ve kiralara gibi pasif gelir türlerinden oluşan bu gelirlerin çok geniş istisnaları da bulunmaktadır⁵⁷⁴.

Söz konusu gelir türü ile ilgili IRC 954 (c) düzenlemesi şöyledir:

“IRC 954 (c) (1) Genel

(a) (1) alt maddesindeki “pasif gelir” teriminin anlamı, brüt gelirin şunlardan oluşan bölümüdür:

(A) Kar payları ve benzerleri

Kar payları, faiz, lisans ücretleri, kiralara ve yıllık iratlar.

(B) Belirli mal alım satım işlemleri

⁵⁶⁸ Reg. 1-61-7 maddesine göre, “faiz terimini anlamı, IRC, Yönetmelikler veya ABD yasa hükümlerinde yer alan ve faiz olarak değerlendirilen tüm miktarlardır”. Dorfmueller, s. 95: “Açık veya zımni olarak faiz biçiminde ifade edilmiş olsun ya da olmasın her çeşit, “Promissory notes” (bono: Ünal Oğuz Kürşat, **Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Menkul Kıymetler**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakıf, Hukuk Fakültesi, Yayın No: 226, Ankara 1988, s. 111- 113 : “ABD hukuk doktrininde “note” kavramı, bir kıymetli evrak çeşidi olan “bonolar” (promissory notes) veya “ticari senetler” (commercial papers) anlamlarında kullanılmaktadır. Doktrinde, Federal Menkul Kıymet Kanunu’nda yer alan “note” kavramı ile “bono” (promissory notes)ların ifade edildiği görüşü yaygın olup, gerçekte ise bonolar, şahısların muayyen bir vadede muayyen bir meblağ para ödemeyi taahhüt etmek için kullandıkları senetlerdir”), bonds (senetler) veya mevduat hesapları ve diğer banka hesaplarını kapsamaktadır”.

⁵⁶⁹ Lieuallen, s. 39,40; Reg. § 1.61-8: “Telif hakkı, ticari marka veya patent gibi gayri maddi malların kullanılması için ödenen miktardır. Bu kavram aynı zamanda benzin ve gaz mallarının operatörleri tarafından sahiplerine, benzin ve gaz madenlerinden çıkarılan benzin ve gazın bir bölümü olarak, para veya ayın olarak yapılan ödemeleri de içermektedir”.

⁵⁷⁰ Lieuallen, s. 39; Reg. §1.61-8: “Kira, bir malın kullanımı için kiracı tarafından kiralayana ödenen miktardır”.

⁵⁷¹ Lieuallen, s. 40; Reg. §1.61-10: “Bir mükellef “yıllık gelir sigortası” satın aldığı anda, bir başka kişiden (genellikle sigorta şirketinden), kendisine gelecekte birikmiş paranın ödeneceğine dair teminat olarak, sigorta primi öder (topluca veya taksitle). Yıllık gelir sigortası sözleşmesi, mükellefin parasını hangi yollarla çekebileceğine dair pek çok seçenek içerir: Belirli zamanlarda (aylık veya yıllık olarak) veya topluca alması şeklinde olabilir”.

⁵⁷² IRC 954 (c)(1)(B), § 1.954-2 (e). Postlewaite, Donaldson, s. 264, dipnot: 128: “ Bu kategori, (1) kar payları, lisans ücretleri, kiralara ve yıllık iratları meydana getiren malların, (2) malvarlığı yönetimi, ortaklık veya REMIC faizlerinin, (3) gelir getirmeyen malların satış veya takas edilmesinden kaynaklanan net kazançları içerir”.

⁵⁷³ Postlewaite, Donaldson, s. 263, 264.

⁵⁷⁴ Avi-Yonah, Ring, Brauner, s. 290.

Şu malların satışı ya da takas edilmesinde zararlardan daha fazla kazanç-

(i) *(A) alt bendinde tanımlanmış geliri meydana getiren mal ((2) (A) bendinin uygulanmasından sonra), ilgili vergilendirme yılı için (h) veya (i) alt maddelerinden dolayı foreign personal holding company geliri olarak değerlendirilmezler.*

(ii) *malvarlığı yönetiminde, ortaklıkta ya da REMIC⁵⁷⁵'deki kar payı veya*

(iii) *Herhangi bir gelir meydana getirmeyenler. Kontrol edilen yabancı kurum elindeki herhangi bir malın, 1221 (a) (1) maddesinde tanımlanmıştır, satışı ya da takas edilmesinden kaynaklanan kazançlar ve zararlar, bu bende göre hesaba dahil edilemez.*

(C) Menkul mallar alım satım işlemleri

Herhangi bir menkul mal alım satımından kaynaklanan zarardan daha fazla kazanç. Bu alt bent şu kazanç ya da zararlara uygulanamaz-

(i) *Üretici, imalatçı, tacir veya ticari mal işleyicisinin iyi niyetli olarak herhangi bir işletmenin mutad ve genel olarak diğerleri tarafından yönetildiği yerde, idaresi için makul ve gerekli biçimde, finansal risklerden korunması*

(ii) *Aktif bir işletmenin malların satışından doğan kazanç veya zararları, sadece eğer kontrol edilen yabancı kurumun tüm işletmesi önemli ölçüde üretici, imalatçı, tacir ya da ticari mal işleyicisi kadar aktif ise veya*

(iii) *Yabancı kur kazançları ya da zararları (988 (b) maddesinde tanımlanmıştır) 988. maddedeki herhangi bir işlem olarak nitelenebilir.*

(D) Yabancı kur karları

Yabancı kur kazançlarının yabancı kur zararlarından fazla olması (988 (b) maddesinde tanımlanmıştır) 988. maddedeki herhangi bir işlem olarak nitelenebilir. Bu alt bent kontrol edilen yabancı kurumun işletmesinin ihtiyaçlarına doğrudan bağlı olan herhangi bir işlem olması halinde uygulanamaz.

⁵⁷⁵ Yasa maddesinde kısaltılmış olarak "REMIC" olarak kullanılan kavram, "Real Estate Mortgage Investment Conduit" olup, kavramla ilgili açıklamalar için bkz. WG & L Tax Dictionary, s. 629.

(E) Kar payına eşit gelir

Kar payına eşit herhangi bir gelir, borçlanma için taahhüt ücretlerini (ya da benzer miktarları) de içerir.

(F)Örtülü sermaye anlaşmaları (Income from notional principal contracts). Örtülü sermaye anlaşmalarından kaynaklanan net gelir. Bir önceki alt bentte tanımlanmış olan herhangi bir finansal riskten korunma için kaydedilmiş örtülü sermaye anlaşmalarından kaynaklanan herhangi bir gelir, kazanç, indirim veya zarar ögesi, bu bendin uygulanmasında hesaba dahil edilemez; ancak söz konusu diğer alt bende göre hesaba katılabilir.

(G)Kar payı yerine geçen ödemeler

Yasa maddesinde pasif gelir ile ilgili istisnalar da ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir⁵⁷⁶.

⁵⁷⁶ **“IRC 954 (2)Belirli Miktarlar için İstisna: (A)Aktif işlerden kaynaklanan kiralar ve lisans ücretleri pasif gelirler, ilgili kişi ((d)(3) alt bendindeki tanımı ile) olmayan biri tarafından alınmış ve aktif ticaret ya da işletmeye bağlı olarak doğmamış kiralar ve lisans ücretlerini içermez. (B)Belirli ihracat finansmanı pasif gelirleri, banka işletmesine bağlı olarak ve finansal kar payı ihracatından (904 (d) (2)(G) maddesinde tanımlanmıştır) meydana gelenleri kapsamaz. (C)Satıcılar için muafiyet Yönetmelik’te belirlenenler hariç, (1) (B) bendinde belirlenmiş olan bir malın, sürekli satıcılığını yapan kişi durumunda, vadeli işlem sözleşmeleri, opsiyon sözleşmeleri veya benzer finansal araçlar (örtülü sermaye anlaşmaları ve menkul mallara dair tüm araçları da içerir) foreign personal holding company’nin aşağıdaki gelirlerinin hesaplanmasında hesaba dahil edilmez. (i)Söz konusu satıcının ticaret veya işletmesinin olağan gidişatından kaynaklanan herhangi bir işlemden (finansal riskten koruma işlemlerini de içerir) meydana gelen bir gelir, kazanç, indirim ya da zarar ögesi ((1) bendin (A), (E) veya (G) alt bendinde belirtilenlerden farklı olmak üzere), (ii)Eğer söz konusu satıcı menkul kıymet satıcısı ise (475.maddedeki anlamı ile) söz konusu satıcının ticaret ya da işletmesinin olağan gidişatından kaynaklanan herhangi bir işlemden (finansal riskten korunma işlemleri ya da 956 maddenin (c) (2) (J) tanımı da kapsar) meydana gelen bir kar ya da faiz ya da (1) bendin (E) veya (G) alt bentlerinde tanımlanmış eşdeğer miktar; aynı zamanda eğer işlemlerden kaynaklanan gelir satıcının kurduğu ya da organize ettiği (ya da sınırlı işletme birimi (qualified business unit), durumunda 989 (a) da tanımlandığı gibi) ülkedeki yasalar altında faaliyetleri olarak nitelendirilebiliyor ise, bu birim hem esas ofis ve hem de önemli işletme aktivitelerini sağlıyor ise gelir ülkedeki birime atfedilebilir)- (3)İlgili kişilerden alınan belirli gelirler (A)Genel (B) alt bendindeki tanımlama istisna olmak üzere, “pasif gelir” tanımı şunları içermez- (i) Kontrol edilen yabancı kurumun bir ülkedeki yasalara göre kurulduğu ya da işlerinin organize edildiği ülke ile aynı ülke yasaları altında kurulmuş ya da işlerini yöneten kurum olan ve malvarlığının büyük bir kısmına ticaret ya da işletmesinin bulunduğu aynı ülkede sahip olan, ilgili kişiden (related person) alınan kar payları ve faizler ve (ii) kontrol edilen yabancı kurumun yasalara göre kurulduğu ya da işlerinin organize edildiği ülkedeki kurumdan, ilişkili kişinin kullanımına özgü veya kullanım ayrıcalığı olan malvarlığından alınan kiralar ve lisans ücretleri. Yönetmelik’te düzenlenmiş olan kapsamı, bir veya daha fazla ortaklar ile bir ortak tarafından yapılan ödemeler ortaklıktaki söz konusu kurum ortakları tarafından kendi kar paylarına oranla yapılmış olarak kabul edilir”. (B)Subpart F gelirinden indirilen ögelere uygulamama istisnası : (A) alt bendi herhangi bir faiz, kira, lisans ücreti, ödeyenin Subpart F gelirinden indirilen ya da 952 (c) bendinde yer**

bbb) Reg. §1.954-2

Pasif gelir ile ilgili olarak IRC Yönetmeliği aşağıdaki düzenlemeye yer vermiştir:

“§ 1.954-2

(a) *Pasif gelirin hesaplanması- (1) Pasif gelirin kategorileri. Subpart F ve bu subparttaki yönetmeliklerde, pasif gelir, aşağıdaki gelir kategorilerinden oluşur-*

(i) *Kar payları, faiz, kiralar, lisans ücretleri ve yıllık iratlar, bu maddenin (b) bendinde tanımlandığı gibi;*

(ii) *Bu maddenin (e) bendinde tanımlanan belirli taşınmaz eşya alım satım işlemlerinden kazanılan;*

(iii) *Bu maddenin (f) bendinde tanımlanan menkul malların alım satım işlemlerinden kazanılan;*

(iv) *Bu maddenin (g) bendinde tanımlanan, yabancı kur kazançlarından kazanılan;*

(v) *Bu maddenin (h) bendinde tanımlanan, kar payına eşit gelirden kazanılan”.*

.....

(3) *Elde tutulan malvarlığının kullanım ya da amacındaki değişiklikler- (i) Genel. Bu maddenin (e), (f), (g) ve (h) bentleri altında, malvarlığında kar veya zarara sebebiyet veren alım satım işlemleri foreign personal holding company gelirinin hesaplanmasına dahil edilir, eğer kontrol edilen yabancı kurum, malvarlığına belirli bir kullanım ya da amaç için sahip ise.*

alan ödeyenin ya da diğer kontrol edilen yabancı kurumun Subpart F gelirinden indirilebilen bir zarar oluşturan (ya da arttıran) söz konusu faiz, kira veya lisans ücretini kapsamaması durumunda uygulanamaz. (C) Belirli kar payları istisnası”.

(i) *Özel kurallar- (A) Kötüye kullanmanın önlenmesi kuralı. Eğer*

Malın kullanımı ya da amacındaki değişiklik, foreign personal holding company'nin kazanç ya da zararının hesaplanmasına dahil edilmesinden kaçınma amacına yönelik ise, malvarlığının temlikinden kaynaklanan tüm kar ve zararlar foreign personal holding company geliri olarak kabul edilir.

(B)Finansal riskten korunma işlemleri. Bu maddenin (a)(3)(i) bendi hükümleri, bu maddenin (a)(4)(i) bendinde tanımlanan iyi niyetli finansal riskten korunma işlemlerine uygulanmaz. İşlem, ancak (a)(4)(ii) bendinin gerekleri yerine getirildikçe iyi niyetli finanstan korunma işlemi olarak değerlendirilecektir.

Bu kural bazı istisnaları da içermekte olup, söz konusu istisnalar genellikle doğal olarak veya belgelerindeki durum ve şartlara göre menkul olmayan gelir türlerinden oluşur⁵⁷⁷.

FBC gelir türleri içerisinde mükellefler en çok pasif gelirlerini düşük vergi uygulayan ülkelere kolayca aktarmaktadırlar. Pasif gelirler, faiz (ve faizin muadillerini), kar payı, yıllık irat, kiralara, lisans ücretleri gibi gelirlerden ve menkul mallar, yabancı ülke paraları, hisseler, bonolar ve diğer yatırım araçlarından meydana gelen, yatırıma yöneltilmiş işlemlerden kaynaklanan net kazançtan oluşur. (IRC 954 (c)(1)⁵⁷⁸. Aslında belki de en geniş istisna hükümleri, ilişkili kurumlardan elde edilen belirli nitelikli pasif

⁵⁷⁷ İlişkili Kişi kavramı, IRC 954 (d)(3) maddesindeki tanıma göre; “KEYK’i kontrol eden veya KEYK tarafından kontrol edilen kişi ya da KEYK’i kontrol eden kişiler tarafından kontrol edilen kişidir”; Postlewaite, Donaldson, s. 264: “KEYK’nin ticaret veya işletmesinin doğrudan bağlı olduğu ilişkili kişi olmayan üçüncü kişilerden elde ettikleri kira veya lisans ücreti geliri, FPHCI olarak değerlendirilmeyecektir”. Postlewaite, Donaldson, s. 264: “Kira ve lisans ücretlerinin bunlardan kaynaklanıp kaynaklanmadığı her olaydaki durum ve şartlara göre incelenir. Bununla birlikte eğer KEYK bazı kiralama işlemlerini yaparsa 1- KEYK’nin işlerinin olağan gidişatı içerisinde geliştirilen veya üretilen bir mal, 2- İşletilen ve idare edilen bir gayrimenkul, 3-Ticaret veya işletmesinde kullanılan, kullanılmadığı takdirde boş duracak olan menkul mal ve 4-KEYK’nin pazarlama fonksiyonunun sonucu olarak kiralanmış veya lisans verilmiş mal. KEYK’in banka işletmesi ile doğrudan bağlantısından kaynaklanan belirli ihracata finansmanı kar payları ve buna ek olarak işletmenin olağan işleri ile ilgili faaliyetlerden kaynaklanan gelir ve tacirlerin zararları da da yine FPHCI teşkil etmeyecektir”.

⁵⁷⁸ Larkins, s. 271: “Bununla beraber, KEYK’in aktif işletmesinden kaynaklanan ve ilişkili olmayan kişilerden alınan kiralara ve lisans ücretleri FPHCI meydana getirmez. (IRC 954 (c)(2))”.

gelirler ile ilgili olanlardır⁵⁷⁹. IRC 954 (d)(3) maddesine göre, bu istisna hükmünde ifade edilen ilişkili kurum, KEYK’i kontrol eden veya KEYK tarafından kontrol edilen kurum ya da KEYK’i kontrol eden aynı kişiler tarafından kontrol edilen kurumdur. IRC 954 (c)(3)(A)(i) maddesine göre, ilişkili kurumlardan alınan kar payları ve faizler, eğer bu ilişkili kurum aynı ülkede KEYK olarak bünyesine dahil edilmişse ve söz konusu kurumun ticaret veya işletmesine dahil aktiflerin önemli bir kısmı da o ülkede yer alıyorsa, genellikle Subpart F hükümlerinden istisnadır⁵⁸⁰.

⁵⁷⁹ Postlewaite, Donaldson, s. 265, dipnot 133 : “IRC 954 (c)(3)(A). İlişkili kurumlardan ödemeler, dağıtım ve hisseleri ile orantılı olarak bir veya daha fazla şirket ortaklarına sahip ortaklıklar tarafından yapılan ödemeleri kapsar”.

⁵⁸⁰ Postlewaite, Donaldson, s. 265, dipnot 136: “Bu kural ilişkili kurumun malların kullanıldığı aynı ülke veya KEYK olarak aynı ülkede kurulmuş ya da işlerinin organize ediliyor olmasını gerektirmez”. Postlewaite, Donaldson, s. 265: “Benzer biçimde ilişkili kurumdan elde edilen kira ve lisans ücretleri de eğer söz konusu miktarlar, birleşmenin olduğu KEYK ülkesindeki malın kullanılması ile ilgili ise, istisna kapsamında olacaktır”. IRC 954 (h) bendinde de, FPHC gelirleri ile ilgili “Bankacılık, finans ya da benzer işletmelerin aktif idaresinden kaynaklanan gelirler için” özel bir düzenlemeye yer verilmiş olup, söz konusu hüküm şöyledir: “**(1) Genel (c) (1) alt maddesindeki foreign holding company gelirleri uygun şartlara sahip kontrol edilen yabancı kurum (eligible controlled foreign corporation) belirli (qualified) bankacılık ya da finans gelirlerini kapsamaz. (2) Uygun şartlara sahip kontrol edilen yabancı kurum (eligible) Bu alt maddede- (A) Genel “Uygun şartlara sahip kontrol edilen yabancı kurum” teriminin anlamı, şu özelliğe sahip kontrol edilen yabancı kurumdur- (i) Bankacılık, finans veya benzer işletmelerin önemli ölçüde aktif idaresine bağlı olan (ii) söz konusu işletmelerin önemli faaliyetleri ile ilgili olan (B) Önemli Ölçüde Bağlılık Kontrol edilen yabancı kurum, bankacılık, finans ya da benzer işletmelerin önemli ölçüde aktif idaresine bağlı olarak kabul edilir eğer- (i) Kontrol edilen yabancı kurumun doğrudan, ödünç verme işletmesi ya da finansal işletmelerin, ilgili kişi olmayan müşterileri ile aktif ve düzenli faaliyetlerinin yürütülmesi işlemlerinden kaynaklanan brüt gelirlerinin yüzde 70’den fazla ise (ii) Banka işletmesinin aktif idaresi ile uğraşan ve US’de banka olarak işletme faaliyetinde bulunmak üzere lisans almış olan bir kuruluş (veya Bakanlık tarafından yönetmeliklerde lisans sınırlaması olamayan bir başka kurum) ya da (iii) Menkul değer işletmelerinin aktif idaresi ile uğraşan ve 1934 Menkul Değerler Alım Satım Yasası’nın 15 (a) maddesine göre menkul işletmeler brokeri (borsa aracı) ya da dealeri (borsa ajanı) olarak kayıtlı ya da söz konusu Yasa’nın 15C maddesine göre kamu menkul değerleri aracı ya da ajanı olarak kayıtlı ise (veya yönetmeliklerde Bakanlık tarafından kayıtlı olma sınırlaması olmayan bir başka kurum) (3) Belirli (qualified) bankacılık veya finans gelirleri Bu alt maddede- (A) Genel “belirli bankacılık veya finans gelirleri” teriminin anlamı, uygun şartlara sahip, (eligible) kontrol edilen yabancı kurumun şunlardan oluşan gelirleridir- (i) banka, finans ya da benzer işletmelerin aktif idaresinden şunlar tarafından meydana gelen- (I) Uygun şartlara sahip kontrol edilen yabancı kurum (II) Söz konusu uygun şartlara sahip kontrol edilen yabancı kurumun belirli işletme birimi, (ii) bir veya daha fazla işlemde meydana gelen- (I) US haricinde yerleşen müşteriler ile ve (II) Önemli ölçüde bütün faaliyetleri doğrudan kurum ya da kurumun ana ülkesindeki birim ile bağlantılı ve (iii) söz konusu kurum ya da kurumun ana ülkesindeki⁵⁸⁰ birim tarafından, ilgili kurumun vergi kanunlarına göre kazanılmış olarak değerlendirilen. (A) Bankacılık ve menkul değer işletmesi olmayan işletmelerde sınırlama. Uygun şartlara sahip kontrol edilen yabancı kurumun (ya da söz konusu kurumun belirli işletme birimi), (2) (B) bendinin (ii) veya (ii) maddelerinde tanımlanmayan hiçbir geliri, eğer söz konusu kurumun ya da birimin, doğrudan ödünç verme ya da finans işletmesinin aktif ve düzenli, ilgili kişi olmayan ve söz konusu kurumun ya da birimin ana ülkesinde yerleşik müşteriler ile işlemlerinden meydana gelen brüt gelirleri yüzde 30’dan fazla değil ise belirli bankacılık veya finans geliri olarak değerlendirilemez. (C) Yurtdışı gelirleri için önemli ölçüde faaliyet “belirli bankacılık ve finans gelirleri” terimi, ana ülke haricinde bir ülkede yerleşik uygun şartları taşıyan kontrol edilen yabancı kurum ya da eğer kurum veya birim, ana ülkelerinde bankacılık, finans ya da benzer işletmelere önemli ölçüde bağlı faaliyetlerde bulunmuyorsa, söz konusu kurumun belirli işletme**

Pasif gelirler, FBC satış ve hizmet gelirlerinin aksine, KEYK'in, kendi ülkelerinden kaynaklanan pasif gelir için genel istisna ortaya çıkmaz. Bununla birlikte, IRC 954 (c) (3) maddesinde, coğrafi kaynağa dayanan iki özel istisnaya⁵⁸¹ yer vermektedir.

ccc) Örnek Kurgular

“Örnek 1: Hollandalı KEYK Galactic Holding NV, Avrasya ülkeleri genelindeki şirketlerden aşağıdaki kar paylarını almıştır:

	Hollanda kaynaklı	Diğer Yerler Kaynaklı
Alınan kar payları:		
İlişkili kurumlardan:	10,000 \$	100,000 \$
İlişkili olmayan kurumlardan :	15,000	12,000

Galactic'in Hollanda kaynaklı almış olduğu kar paylarının, 10,000 \$'ı, tamamına sahip olunan, snow-blowing malzemelerini kiralayan ve bunların tüm malları için Hollanda'da faaliyetine devam eden bir bağlı ortaklıktandır. Galactic'in pasif geliri, 127,00

biriminin müşteriler ile bir veya daha fazla işleminden meydana gelen gelirleri içermez. (D) Ayrı olarak meydana getirilen belirlenmeler Bu bentte, uygun şartlara sahip kontrol edilen yabancı kurumun belirli bankacılık ya da finans gelirleri ve söz konusu kurumun her bir belirli işletme birimi geliri, söz konusu kurum ve ilgili birim için ayrı olarak hesaba dahil edilecektir- (i) Uygun şartları haiz kontrol edilen yabancı kurumun olması halinde, sadece gelir, indirim, kazanç ya da zarar öğeleri ve kurumun faaliyetleri tam olarak kurumun belirli herhangi bir işletme birimine tahsis edilemez ya da atfedilemez ve (ii) Belirli işletme birimi olması halinde, sadece gelir, indirim, kazanç ya da zarar öğeleri ve faaliyetleri tam olarak söz konusu birime tahsis edilemez ya da atfedilemez. (4) Kredi veya finans işletmesi Bu alt maddede, “ödünç ya da finans işletmesi” terimin anlamı, şunları yapan bir işletmedir- (A) Ödünç vermek, (B) alacak hesapları, senetleri ya da taksit senetlerini satın almak ya da iskonto etmek, (C) Finansal kiralama işleri (kiralalar ve satın alma, hizmet ve kiralalar ile kiralanan malların elden çıkarılması bu kapsama girer) (D) Akreditif ihraç etmek veya teminat sağlamak (E) İpotek ve kredi kartı servisleri sağlayan ya da (F) (A)'dan (E) 'ye kadar alt bentlerde tanımlanmış olan faaliyetlerle bağlantılı hizmetler sağlamak ya da uygun araçlar yapmak şunlar tarafından yürütülen- (i) kurum (ya da belirli işletme birimi) hizmetler sağlayarak ya da uygun araçlar yaparak (ii) aynı bağlantılı grup üyesi olan (1504 madde tanımlanan; ancak 1504 (b) (3) ile bağlantılı olmayan biçimde) bir başka kurum (ya da kurumun belirli işletme birimi) ”.

⁵⁸¹ Larkins, s. 271: “a) FPHC geliri, KEYK'in kendi ülkesinde kurulu ilişkili kurumdan almış olduğu faiz ve kar payını içermez, eğer ilişkili kurum aynı ülkede, kendi işletmesinin önemli bir bölümünü sağlıyor ise. Bu istisna, eğer KEYK doğrudan işletme faaliyetinde bulunur ise işletmenin yürütülmesinden kaynaklanan gelirin KEYK'in FBC geliri olmadığını kabul eder. b) FPHC geliri, KEYK'in, kendi ülkesindeki malvarlığını kullanarak ilişkili kurumlardan aldığı kira ve lisans ücretlerini kapsamaz”.

\$'a eşittir (100,000 \$ + 15,000 \$ + 12,000 \$). Galactic'in Hollandalı bağlı ortaklığından almış olduğu 10,000 \$ kar payı FPHC geliri olarak değerlendirilmez; çünkü Galactic, bu kar payını ilişkili kurumdan Hollanda'da kurulmuş kendi işletme malları ile almıştır⁵⁸².

bb) Yabancı Üs Şirket Satış Geliri

aaa) IRC 954 (d)

Subpart F gelirlerinin bu kategorisinin temelinde, ABD kurumları tarafından düşük vergi uygulayan ülkelerde yabancı şubelerin kurulması ve malların bu şubeler aracılığıyla üçüncü şirketlere (çoğunlukla yabancı) veya nihai tüketiciye dağıtılması vardır. Örneğin, eğer yerel üretici, mallarını doğrudan yabancı müşterilerine satarsa ABD vergi oranı çerçevesinde bu satıştan elde ettiği gelir, vergiye tabi olacaktır. Düşük vergi uygulayan bir yerde malları X'den satın alarak X'in yabancı müşterilerine satacak olan B şubesi açarak, X sözkonusu kazancının bu bölümünü düşük vergi uygulayan yabancı yerde ve herhangi bir süreye tabi olmadan beyan edebilecektir⁵⁸³.

Subpart F hükümleri bu aşamada, belirli KEYK satış faaliyetlerinin hesaplanarak yerel hissedarlara dağıtıldığını kabul eder⁵⁸⁴.

FBC satış geliri ilişkili kişiden ya da ilişkili kişi yararına menkul malların (personal property) satın alınması, satılması ya da herhangi bir kişiden menkul malların ilişkili kişiye satılmak üzere satın alınmasını içerir ve kar, komisyon, ücretler ve diğer ödeme çeşitlerinden oluşmaktadır⁵⁸⁵.

FBC satış geliri ile ilgili düzenlemeler, IRC 954 (d) maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

⁵⁸² Larkins, s. 271, 272.

⁵⁸³ Postlewaite, Donaldson, s. 266: "Bu mekanizma, işletmelerin, kazançlarını ABD vergilendirmesi kapsamında, yerel kurum ülkesine dönene kadar ertelemesini sağlayarak, sözkonusu kazançlarını, süresiz bir biçimde yabancı satışların yapıldığı ülkede beyan etmesine imkan tanır".

⁵⁸⁴ Postlewaite, Donaldson, s. 266.

⁵⁸⁵ Gordon, s. 38.

“IRC 954 (d)

(1)Genel

(a) (2) alt maddesindeki “yabancı üs şirket satış gelirleri” teriminin anlamı, ilişkili kişiden menkul mal satın alınması ve herhangi bir kişiye satılması ile bağlantılı olarak meydana gelen gelirdir (kar, komisyonlar, ücretler veya bunun dışında bir çeşit olup olmadığına bakılmaksızın) ve bu menkul malın ilişkili kişi yararına herhangi bir kişiye satılması, herhangi bir kişiden satın alınması ve ilişkili kişiye satılması ya da herhangi bir kişiden ilişkili kişi yararına satın alınmasıdır, şunların olduğu yerde-

(A) satın alınan menkul mal (veya ilişkili kişi yararına satılmış mal olması halinde satılmış olan mal), yasalara göre kontrol edilen yabancı kurumun kurulduğu ya da işlerinin organize edildiği ülke dışında çıkartılmış imal edilmiş, üretilmiş, yetiştirilmiş ve

(B) söz konusu ülke dışında kullanım, tüketim veya dağıtmak için satılan veya ilişkili kişi yararına satın alınmış olması durumunda, söz konusu ülke dışında, kullanım, tüketim ya da dağıtmak için satın alınmış olan menkul mal. Bu bentteki menkul mal, ABD’de yetişmiş ticari olarak satılabilir miktardaki tarım ürünlerini kapsamaz.

2)Belirli şube geliri (certain branch income)

Yabancı üs şirket geliri tanımlaması, kontrol edilen yabancı kurumun kurulduğu ülke dışındaki şube veya benzer kuruluşlar aracılığı ile kontrol edilen yabancı kurum tarafından yapılan ve esasında sözkonusu şube veya benzeri kuruluştan kaynaklanan gelir gibi aynı etkiye sahip olan işlemler, Bakanlık tarafından çıkartılan Yönetmeliklerde bu şube ya da benzeri kuruluşların sözkonusu işlemlerin yapılması olarak nitelendirilen gelir, tamamı kontrol edilen yabancı kuruma bağlı tali şirketten kaynaklanan gelir olarak değerlendirilir ve kontrol edilen yabancı kurumun yabancı üs şirket satış gelirini teşkil eder”.

(3)İlişkili kişi tanımı

Bu maddedeki kontrol edilen yabancı kurum ile ilişkili kişi, eğer-

(A) bu kişi kontrol eden ya da kontrol edilen yabancı kurum tarafından kontrol edilen geręek kişi, kurum, ortaklık, malvarlığı yönetimi veya miras yönetimi ise ve

(B) bu kişi kontrol edilen yabancı kurumu kontrol eden aynı kişi ya da kişiler tarafından kontrol edilen geręek kişi, kurum, ortaklık, malvarlığı yönetimi veya miras yönetimi ise. Bir önceki cümledeki kontrolün anlamı, söz konusu kurumun doğrudan ya da dolaylı oy kullanma hakkı veren tüm hisse gruplarının ya da hisse değerlerinin yüzde 50'den fazlasına sahip kurumla ilgilidir. Ortaklık, malvarlığı yönetimi veya miras yönetimi olması durumunda, kontrolün anlamı söz konusu ortaklık, malvarlığı yönetimi veya miras yönetimindeki yararlanma hakkının yüzde 50'den fazlasına doğrudan ya da dolaylı sahip olmaktır. Bu bentteki kurallar 958.maddedeki kurallarla benzer olarak uygulanır.

(4)Belirli kereste ürünleri için özel kural

(a) (2) alt maddesindeki “yabancı şirket satış geliri” terimi şunlarla bağlantılı olarak meydana gelen herhangi bir geliri (kar, komisyonlar, ücretler veya diğer çeşitler olup olmadığına bakılmaksızın) içerir-

(A) 865 (b) maddesinde belirtilen işlenmemiş kereste ürünlerinin satışı ya da

(B) ABD dışında herhangi bir kerestenin öğütülmesi”.

Yasa maddesinin incelenmesi sonucunda FBC satış gelirinin⁵⁸⁶ dört durumda ortaya çıktığı görülmektedir

Yasa maddesinde yer alan “ilişkili kişi” kavramı, IRC 954 (d)(3) hükmünde yer alan düzenlemeye göre, “KEYK hisselerinin yüzde 50'den fazlasına doğrudan veya dolaylı olarak sahip olan tüm tüzel kişiler ve geręek kişileri ve aynı zamanda KEYK tarafından kontrol edilen veya KEYK'dekilerle aynı kişiler tarafından kontrol edilen herhangi bir tüzel kişiyi de kapsar”.

FBC satış geliri açısından bir başka önemli⁵⁸⁷ husus da; bir müşterinin KEYK ülkesinin dışında bir menkul malı kullanmak, tüketmek ya da başka türlü tasarruf etmek

⁵⁸⁶ Postlewaite, Donaldson, s. 266, dipnot: 143: “Burada gelir ile kastedilen sadece kazanç kapsamında yer alan brüt satış geliri değil aynı zamanda komisyon, ücret veya satışla bağlantılı diğer gelir türleridir”.

zorunda olmasıdır⁵⁸⁸ çünkü eğer KEYK ülkesi içinde kullanım için satılırsa, FBC satış geliri meydana gelmeyecektir⁵⁸⁹.

bbb) Reg. §1.954-3

FBC satış geliri ile ilgili Yönetmeliğin 1.954-3 maddesinde şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“§ 1.954-3

“(a) Kapsama dahil gelir- (1) Genel- (i) Genel kurallar. Kontrol edilen yabancı kurumun yabancı üs şirket satış geliri, bu maddenin (a)(2), (a)(3) ve (a)(4) bentlerindeki düzenlemeler hariç olmak üzere, ilişkili kişiden bir malın satın alınması ve herhangi bir kişiye satılması, ilişkili kişi yararına herhangi bir kişiye malın satılması, herhangi bir kişiden malın satın alınması ve ilişkili kişiye satılması veya herhangi bir kişiden ilişkili kişi yararına malın satın alınmasından meydana gelen brüt gelirden (karlar komisyonlar, ücretler veya bunun dışındaki çeşitlerde olup olmadığına bakılmaksızın) oluşur”.

Subpart F, doğrudan bağlı kuruluşların kullanılması aracılığıyla vergi ertelemesine yönelmiş olmasına rağmen, Kongre aynı zamanda KEYK’in şube veya benzer kuruluşları kullanarak aynı sonuçlara ulaşabileceği konuları da düzenlemiştir. Burada bahsi geçen “şube” kavramı, faaliyetlerin yürütüldüğü genel merkezden farklı olmak üzere, herhangi bir

⁵⁸⁷ Bittker, Eustice, Goldstein, s. 15- 157: “FBC satış geliri, özetle, eğer bir mal, KEYK’in kurulduğu ülke dışında kullanılmak için üretilip, satılıyor ise, KEYK’in ilişkili kişiden satın almış olduğu malların satışından ya da ilişkili kişiye satmak için malların alınmasından (örneğin hammadde) elde edilen gelirleri kapsamaktadır. FBC satış ve FBC hizmet gelirleri bir malın imal edildiği, malların kullanıldığı ya da tüketildiği veya hizmetin sunulduğu yere ve benzeri yerlere atıf yapılarak tanımlanmaktadır ancak bu coğrafi referanslar pek çok sorunu da beraberinde getirmektedir”.

⁵⁸⁸ IRC 954 (d)(1) (B).

⁵⁸⁹ Larkins, s. 264: “Ayrıca IRC 954 (1)(d)(A) maddesi gereği, bir malın imalatı, üretimi, yetiştirilmesi veya çıkartılması da KEYK ülkesi dışında meydana gelmelidir. KEYK ülkesinde imal edilirse, FBC satış geliri olmaz. İmalatın KEYK ülkesinde yapıp yapılmadığı (FBC satış gelirlerindeki dört durumdan biri) IRS ve mükelleflerin sıklıkla anlaşmazlığa düştükleri bir sorundur. İmalat (manufacturing) önemli ham madde dönüştürülmesini, önemli değiştirme maliyeti veya büyük montajı içermektedir. Subjektif “bakış (eyeball)” testinde, önemli dönüşüm, parçaların, ham madde veya birleşen bölümlerden yeterince ayırt edilebilir hale gelerek bittiği zaman meydana gelir. Kağıt hamurunun kağıda, çubuk çeliğin vidaya, tuna balığının balık konservesine ve hurda metalin demiryolları için çelik raylara dönüşmesi, önemli dönüşüm testini oluşturur. İmalat, aynı zamanda değiştirme maliyeti (yani doğrudan çalışma ya da genel maliyet masrafı) malların satışının toplam fiyatına eşit veya yüzde 20’sini aştığı zaman ortaya çıkar. Sonuç olarak, birleşen parçaların büyük montajı, endüstri standartlarında imalat özelliği olarak değerlendirileceğine ilişkindir. Bununla beraber, sadece paketleme, yeniden paketleme, etiketleme ve çok küçük montaj, imalat değildir”.

daire, ofis veya işletme birimini içerir ve “önemli ölçüde” şube gibi etkiye sahip olan yerden elde edilen gelir, KEYK’in tamamına sahip olduğu şubesi tarafından elde edilen gelir gibi değerlendirilir⁵⁹⁰.

Özel Şube Kuralları (Special branch rules) şu hallerde uygulanacaktır, eğer:

- KEYK şubeyi, işlemlerin yapıldığı kendi ülkesinin dışında kurarsa,
- KEYK’in ülkesi yabancı şube kazançlarını vergilendirmiyorsa ve
- Şubenin bulunduğu ülke, KEYK ülkesindeki efektif vergi oranının en az yüzde beşinden az ve yüzde 90’ından fazla olmayan vergi oranı uyguluyor ise. Tüm bu üç durumun birlikte gerçekleşmesi halinde, ABD yasaları şubeyi, bağımsız bir KEYK ve bu şubenin gelirlerini de FBC satış gelirleri olarak değerlendirir⁵⁹¹.

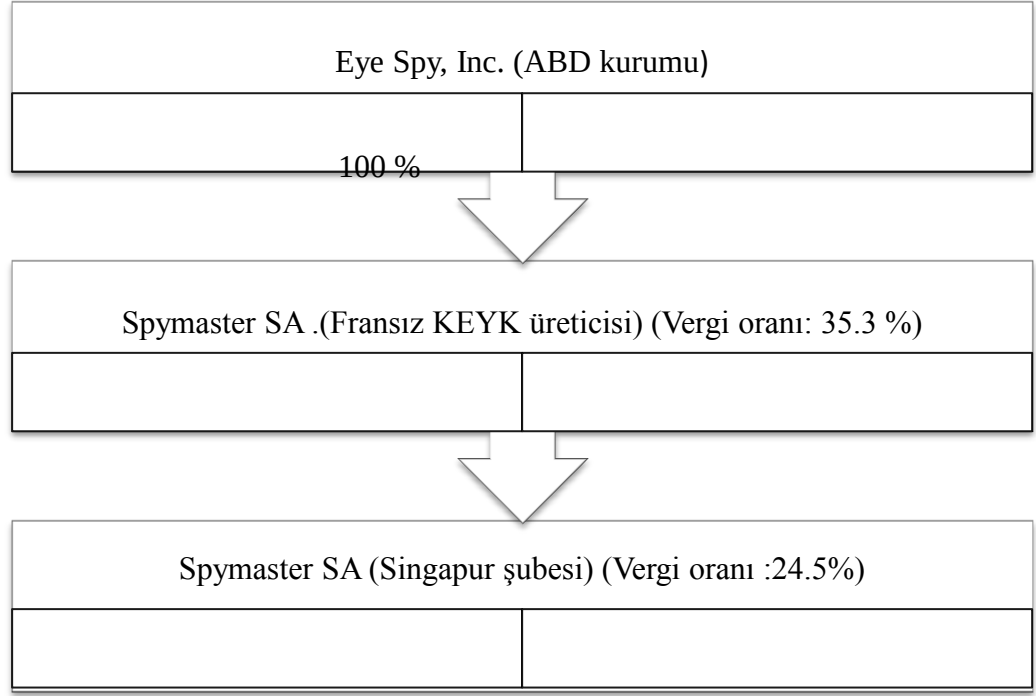
ccc) Örnek Kurgular

Örnek 1: Eye Spy Inc., bir Amerikan kurumudur ve bir Fransız şirketi olan Spymaster SA’nın yüzde 100’üne sahiptir. Spymaster, Fransa’da casusluk malzemeleri üretmekte ve üretimini Singapur’daki satış ofisleri aracılığı ile dağıtımını yapmaktadır. Fransa, Spymaster’in üretim kazançlarını yüzde 35.3 oranında vergilendirmektedir; ancak yabancı şube geliri, Fransa’nın ülke sistemi içerisinde vergilendirilmemektedir. Singapur, Spymaster’in satış gelirleri üzerinde yüzde 24.5 vergi uygulamaktadır⁵⁹².

⁵⁹⁰ Postlewaite, Donaldson, s. 270, 271.

⁵⁹¹ Larkins, s. 267.

⁵⁹² Larkins, s. 266.



Bu örnekte, şube kuralı uygulanır; çünkü Spymaster, ürünlerinin satışını Fransa dışında yapmaktadır. Fransa, kendi ülke sisteminde Singapur şubesine, dağıtım kazançlarını vergiye tabi tutmaz ve Singapur’un yüzde 24.5 oranı ,yüzde 30.3 (35.3-5.0) veya yüzde 31.8 (yüzde 35.3’ün % 90’ı)’i aşmaz. Sonuç olarak, KEYK rejimi, bu şubeyi ayrı bir KEYK ve kazançlarını da FBC satış geliri olarak değerlendirir. Dolayısıyla, Eye Spy (hissedar olarak), ABD ve Singapur vergi oranları arasındaki farklılıktan, şube kazancının ABD vergisini ödeyecektir⁵⁹³.

Reg. § 1.954-3. maddesinde de çeşitli örneklere⁵⁹⁴ yer vermiştir.

⁵⁹³ Larkins, s. 268.

⁵⁹⁴ Reg. § 1.954-3: “Örnek 3: Yabancı ülke X’in yasaları altında tüzel kişilik kazanmış olan, kontrol edilen yabancı kurum C, yerel kurum N’nin şubesinin tamamına sahip olmuştur. Sözleşme ile, N kurumu, ilgili kişi olan C kurumuna, C tarafından yabancı Y ve Z ülkelerinde verilen siparişlerin karşılığı olarak, N kurumunun gemiye yüklenmiş tüm malların brüt satış fiyatının yüzde 6’sına eşit komisyon ödemeyi kabul etmiştir. Söz konusu siparişlerin yerine getirilmesinde, N kurumu ABD’de imal edilmiş ürünleri gemiye yükler. C kurumu malların satılma garantisini vermez. C kurumu tarafından N kurumundan aldığı brüt komisyon, Y ve Z ülkelerinde söz konusu malların satışı ile bağlantılı olarak yabancı ana şirket gelirini teşkil eder”.

ddd) Yargı

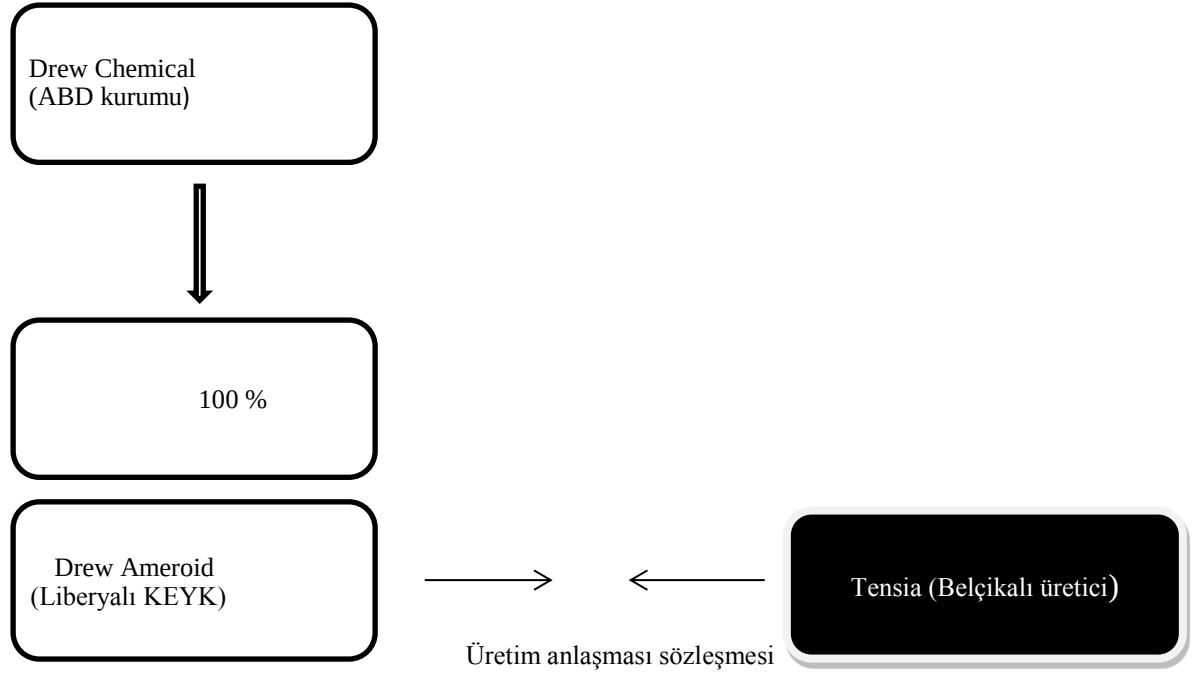
aaaa) Ashland Oil, Inc. v. Comm

FBC satış gelirleri ile ilgili Ashland Oil, Inc. V.Comm, 95 TC 348 (1990)⁵⁹⁵ davasında özel şube kuralları ile ilgili IRC 954 (d) maddesine aykırılık nedeni ile dava açılmıştır. Uyuşmazlık konusu olay kısaca şöyledir: “Bir yerel kurum olan Drew Chemical, Liberya’lı KEYK olan Drew Ameroid’in tüm hisselerine sahiptir. Ameroid, ilişkili kişi olmayan Belçikalı kurum, Tensia ile bir üretim anlaşması akdetmiştir. Bu anlaşmaya göre, Ameroid teknik bilgileri, ticari sırları, know-how ve diğer gayri maddi hakları Tensia’ya, daha sonra Ameroid’in sattığı imalat ürünlerini kullanmak üzere gönderecektir. İmalatın, Liberya dışında yapılmasına ve Ameroid’in ürünleri Liberyalı olmayan tüketicilere satılmasına rağmen, genel Subpart F kuralları altında FBC satış geliri meydana gelmeyecektir; çünkü ne ürünlerin satın alınması ne de satışı, ilişkili kişi ile yapılmamaktadır. Bununla beraber, IRS’in iddiası, şube kurallarının, Tensia’nın “şube veya benzer kuruluş” olması dolayısı ile uygulanacağıdır. Vergi mahkemesi bu iddiayı, genel “şube” tanımının Tensia’ya uymadığını ve bu mesafeli sözleşmenin, Ameroid ve Tensia’yı ilişkili kişiler durumuna getirmediğini belirterek kabul etmemiştir”⁵⁹⁶. “Ayrıca, Ameroid, Tensia’nın üretim geliri hakkına sahip değildir ve dolayısıyla sözkonusu kazançları, kendi Amerikalı hissedarı olan Drew Chemical’a dağıtamayacaktır”⁵⁹⁷.

⁵⁹⁵ Avi-Yonah, Ring, Brauner, s. 327.

⁵⁹⁶ Avi-Yonah, Ring, Brauner s. 327; http://www.andrewmitchel.com/charts/ashland_oil.pdf (2.2.2012).

⁵⁹⁷ Larkins, s. 268. Dava ile ilgili şema: Larkins, s. 268.



bbbb) Brown Group, Inc. v. Commissioner

IRC 954 (d) maddesine aykırılığın ileri sürüldüğü ve yabancı ortaklığın kazançlarının, IRC Subpart F hükümlerine göre ana şirket kazancı olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceğinin tartışıldığı *Brown Group, Inc. V. Commissioner* (77 F.3d 217 (1996))⁵⁹⁸ davasında ise, dava konusu olay şöyledir:

The Brown Group, bağlı grup şirketleri olan bir halka açık şirkettir. The Brown Group, yasal iş merkezi Missouri, St.Lois’dedir ve ABD’de ayakkabı üretip satmaktadır. Bu şirket bünyesinde, tamamına sahip olduğu şubesi, Delaware şehrinde bulunan Brown Group International Inc. (BGII) vardır. BGII, Cayman Adaları’ndaki Brown Cayman Ltd (BCL) bağlı şubesine sahip olmuştur. Bu koşullar altında BGII, BCL’nin Amerikalı hissedarı ve BCL de kontrol edilen yabancı kurumdur.

⁵⁹⁸ <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/77/217/638562/> (3.2.2012).

Daha sonra Brown Group, Brezilya’da bir satın alma acentesi kurarak oradaki alım gücünü güçlendirmeye karar vermiş ve satın alma acentesi olarak, Mr. Ted Presti ve Mr. Delcio Birck’e özellikle Brown Group için Brezilya ayakkabıları satın alması için, cazip teklifler sunarak Brinco P/S (Brinco) sınırlı sorumlu yabancı ortaklığını kurmuştur. Brinco bir ortaklık yapısıdır çünkü Brown Group’un Presti’ye, şirketin mevcut maaş sisteminden daha fazla ödeme yapmasına izin verilmiştir. Aynı zamanda Presti ve Brick de Brinco’daki işlemlerden “girişim payı” almasına izin verilmiş ve Brezilya para birimindeki istikrarsızlıklardan kaçınma imkanı sunulmuştur. Presti, Brinco’nun yönetici ortağıdır, BCL de Brinco’da diğer ortakların %12 payına karşın % 88 kar payına sahiptir.

Sekizinci Bölge Adliye Mahkemesi (Eight Circuit) şu kararı vermiştir: “Bu davada değerlendirilecek olan yabancı üs ana şirket satış gelirleridir. IRC 954 (d) (3) maddesi kapsamında, bir yabancı ortaklık olan Brinco, kontrol edilen yabancı kurumu (bu davada BCL) kontrol etmek zorundadır. Olayda BGII “Amerikalı hissedar” ve BCL de kontrol edilen yabancı kurumdur. IRC 954 (d)(3) maddesine göre, Brinco’nun ya da BGII ve BCL’nin “ilişkili kişi olmadığı” konusunda bir tartışma yoktur. Bununla birlikte Brinco bir kurum değildir ve BGII açısından da “ilişkili kişi” değildir. Çünkü BCL’yi kontrol etmemektedir, aksine BCL tarafından kontrol edilmiştir”⁵⁹⁹.

Yabancı ortaklık KEYK tarafından büyük bir çoğunluğuna sahip olunmuş ve kontrol ediliyor (yüzde 88) olmasına rağmen, mahkeme sözkonusu tüzel kişiliğin, ortaklığın doğal yapısı (nature of partnership) olduğuna dikkat çekmiştir. Sonuç olarak, yabancı ortaklığın geliri, ilişkili kişi yararına kazanılmamıştır ve Subpart F gelirini oluşturmaz. Ortaklığın geliri ortaklık seviyesinde değerlendirildiğinde, ortaklık gelirinin dağıtılan payı, Subpart F gelirini yansıtmayan gelir türünü elinde tutmaya devam eden kontrol eden ortağa atfedilir”⁶⁰⁰.

⁵⁹⁹ <http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/77/217/638562/> (3.2.2012).

⁶⁰⁰ Postlewaite, Donaldson, s. 267.

cc) Yabancı Üs Şirket Hizmet Geliri

aaa) IRC 954 (e)

Bu gelir kategorisi, yabancı üreticilerin düşük vergi uygulayan ülkelere yönelerek kendi menfaatlerine belirli hizmetlerin yapılmasını engelleyici düzenlemeye yer vermektedir. FBC hizmet geliri, KEYK ülkesi dışında faaliyet gösteren ilişkili kişi (related party)⁶⁰¹ için hizmetlerin yerine getirilmesi ile ilgili olarak elde edilen gelirlerdir. Ödemenin nasıl isimlendirildiği önemli olmayıp hedeflenen gelir tazminat, ücret, komisyon veya başka çeşitlerde olabilir. Hizmetler de benzer biçimde geniş anlamda teknik, idari, mühendislik, mimari, mesleki, endüstriyel, ticari veya diğer çeşitleri kapsar⁶⁰². Bu hüküm, bir hizmet şubesinin üreticiden ya da ilişkili kurumun benzer faaliyetlerinden ayrı olduğu yerde ve hizmet geliri için düşük vergi imkanına sahip olduğu başka bir ülkede kurulmuş olduğu yerlerde vergi ertelemesine izin vermemek amacıyla konulmuştur⁶⁰³.

FBC hizmet geliri, IRC 954 (e) maddesinde düzenlenmiş ve Yönetmelik'te de yine ayrıntılı açıklama ve örneklerle yer verilmiştir. Söz konusu yasa hükmü şöyledir:

“IRC 954 (e)

(1) Genel

(a) (3) alt maddesindeki “yabancı üs şirket hizmet geliri” teriminin anlamı, (karpayları, komisyonlar, ücretler veya diğer çeşitler olup olmadığına bakılmaksızın) teknik, idari, mühendislik, mimari, bilimsel, mesleki, sınai, ticari veya benzeri hizmetlerden kaynaklanan gelirdir-şu hizmetler için

⁶⁰¹ IRC 954 (d)(3): “Bu maddedeki kontrol edilen yabancı kurum ile ilişkili kişi, eğer- (A) bu kişi kontrol eden ya da kontrol edilen yabancı kurum tarafından kontrol edilen gerçek kişi, kurum, ortaklık, malvarlığı yönetimi veya miras yönetimi ise ve (B) bu kişi kontrol edilen yabancı kurumu kontrol eden aynı kişi ya da kişiler tarafından kontrol edilen gerçek kişi, kurum, ortaklık, malvarlığı yönetimi veya miras yönetimi ise. Bir önceki cümledeki kontrolün anlamı, söz konusu kurumun doğrudan ya da dolaylı oy kullanma hakkı veren tüm hisse gruplarının ya da hisse değerlerinin yüzde 50’den fazlasına sahip kurumla ilgilidir. Ortaklık, malvarlığı yönetimi, veya miras yönetimi olması durumunda, kontrolün anlamı söz konusu ortaklık, malvarlığı yönetimi veya miras yönetimindeki yararlanma hakkının yüzde 50’den fazlasına doğrudan ya da dolaylı sahip olmaktır. Bu bentteki kurallar 958.maddedeki kurallarla benzer olarak uygulanır”.

⁶⁰² Postlewaite, Donaldson, s. 274.

⁶⁰³ Lainoff Steven R., Bates Stephen, Bowers Chris, “Attributing the Activities of Corporate Agents Under U.S. Tax Law: A Fresh Look From An Old Perspective”, 2003 Georgia Law Review Association, **Georgia Law Review**, Fall, 2003, 38 Ga.L. Rev. 143, s.17- 18.

(A) ilişkili kişi için ya da onun yararına yapılan ((d) (3) alt maddesindeki anlamı ile).

(B) kontrol edilen yabancı kurumun yasalarına göre kurulduğu ya da işlerinin organize edildiği ülke dışında yapılmış

Ayrıca sözkonusu yasa maddesinde istisnalara da yer verilmiştir⁶⁰⁴.

IRC hükmünden de anlaşılacağı gibi, KEYK'in teknik, idari, mühendislik, mimari, bilimsel, mesleki, endüstriyel, ticari veya benzeri hizmetleri yerine getirmesinden kaynaklanan, ücretler, komisyonlar ve ödemeler, ancak belirli şartların⁶⁰⁵ bulunması halinde FBC hizmet geliri olarak kabul edilecektir.

bbb) Reg. §1.954-4

FBC hizmet geliri ile ilgili IRC Yönetmeliği 1.954-4 maddesinde yer alan düzenleme aşağıdaki gibidir:

“ § 1.954-4: (a) Kapsama dahil öğeler. Bu maddenin (d) bendinde belirlenen durum istisna olmak üzere, yabancı üs şirket hizmet gelirinin anlamı, hangi ücret çeşidinden olursa olsun, komisyonlar, ücretler veya diğerleridir, teknik, idari, mühendislik, mimari, bilimsel, mesleki, sınai, ticari veya benzer hizmetlerin yerine getirilmesi ile bağlantılı olarak meydana gelen kontrol edilen yabancı kurumun geliridir, bu hizmetler-

(1) § 1.954-1'in (e) (1) bendinde tanımlanan ilişkili kişi için ya da onun yararına ve

⁶⁰⁴ “IRC 954 (e) (2) İstisna (1) bent doğrudan şunlarla ilgili hizmetlerin yerine getirilmesinden kaynaklanan gelirlere uygulanmaz- (A) kontrol edilen yabancı kurum tarafından imal edilen, üretilen, yetiştirilen ya da değiştirilen menkul malın satış ya da takas edilmesi ve satış ya da takas zamanından önce gerçekleştirilenler ya da (B) Bu malın satışı ya da takas edilmesi girişimi ya da takas edilmesi önerisi, (1) bent aynı zamanda sigorta gelirinden (953 (e) de belirtilen) istisna olan gelirlere uygulanmaz ya da (c) (2) (C) (ii), (h) veya (i) bentlerindeki pasif gelir olarak değerlendirilemez”.

⁶⁰⁵ Larkins, s. 269: Sözkonusu şartlar: a) KEYK, sözkonusu hizmetleri kendi ülkesi dışında yapmalıdır, bu hizmetlerin KEYK ülkesinde yapılarak elde edilen gelir, FBC hizmet geliri değildir. b) KEYK'in bu hizmetleri ilişkili kişi için veya ilişkili kişi yararına yaptığı zaman meydana gelmesidir. Bununla beraber, ilişkili kişi, çok küçük ölçüde KEYK çalışmalarını temin ederse, söz konusu yardım, ilişkili kişi hizmeti sonucunu doğurmayacaktır”.

(2) Kontrol edilen yabancı kurumun yasalarına göre kurulduğu ya da işlerinin organize edildiği ülke dışında yapılmış ise.

(b) İlişkili kişi için ya da onun yararına yerine getirilen hizmetler- (1) Özel durumlar. Bu maddenin (a)(1) bendindeki, “ilişkili kişi için ya da onun yararına yerine getirilen hizmetler” şunların olduğu yerde, (ancak bunlarla sınırlı değildir) kontrol edilen yabancı kurum tarafından yerine getirilen hizmetleri kapsar-

(i) ilişkili kişi tarafından sözkonusu hizmetlerin yerine getirilmesi için; kontrol edilen yabancı kuruma ödenmiş ya da tazmin edilmiş ya da bu hizmetlerin yerine getirilmesi için ilişkili kişiden önemli finansal kazanç sağlanmış,

(ii) İlişkili kişinin yükümlülüklerini yerine getirmek için, yaptığı ya da yapılan kontrol edilen yabancı kurumun yerine getirdiği hizmetler (malvarlığının ilişkili kişi tarafından satılmış olup olmadığına bağlı olmaksızın)

(iii) Kontrol edilen yabancı kurum, ilgili kişi tarafından satılan malvarlığı ile bağlantılı olarak hizmetleri yerine getirir ve sözkonusu hizmetlerin yerine getirilmesi bu satışın bir koşulunu ya da maddi süresini teşkil ettiğinde veya

(iv) İlişkili kişi ya da kişiler tarafından sözkonusu hizmetlerin yerine getirilmesi için önemli derecede yardım sağlandığında”.

Yönetmeliklerde hedeflenen FBC hizmet geliri dört geniş kategoride ele alınmıştır⁶⁰⁶.

⁶⁰⁶ Postlewaite, Donaldson, s. 274: “1-KEYK ile ilişkili kişi tarafından veya onun için parası ödenmiş hizmetler, 2-İlişkili kişinin yerine getirmekle yükümlü olduğu hizmetler,3-İlişkili kişinin malını satması durumunda yerine getirilen hizmetler, 4-İlişkili kişi tarafından “önemli ölçüde yardım (substantial assistance)” verilen hizmetler”.

ccc) Örnek Kurgular

Örnek 1: “Alman KEYK olan Disaster Recovery Services AG, hasarlı bilgisayar sistemlerinden dijital dataları kurtarmaktadır. Genellikle, KEYK, ilişkili kişilerin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek için kurtarma hizmetleri yapmaktadır ve bu durumlarda, ücretler doğrudan kendi ABD şirketinden alınmaktadır. Disaster Recovery kendi \$700,000 hizmet ücretlerini aşağıdaki gibi sınıflandırmıştır:

	Almanya’da yapılması	Başka yerde yapılması
İlişkili kişi hizmetleri :	300,000 \$	200,000 \$
Kendileri için hizmet ücretleri :	150,000	50,000

Disaster Recovery, 200,000 \$ FBC hizmet geliri elde etmiştir. Eğer Subpart F gelirinin oluşması için tüm şartlar meydana gelirse (örneğin yabancı vergi oranı 31.5’in üzerinde ise) ABD aile şirketinin 200,000 \$ brüt gelire sahip olduğu olarak kabul edilecektir”⁶⁰⁷

⁶⁰⁷ Larkins, s.270. Larkins, s. 270’de konu ile ilgili verilen bir başka örnek ise şöyledir: “**Örnek 2:** “Bir Amerikan kurumu olan Rose Construction Şirketi, Nijeryalı KEYK Desert Rose SA’nın hisselerinin tamamına sahiptir. Desert Rose, ilişkili olmayan bir kişi ile Botswana’da bir sulama sistemi yapılması konusunda anlaşmaya varır. Sözleşmeyi yerine getirmek için, KEYK kendi mühendislerini ve danışmanlarını kullanacaktır; ancak kendi ABD ailesinin büro personelinden yardım alacaktır. KEYK, ihtiyaç duyduğu malzemeleri kendi Amerikalı ailesinden mesafeli kiralama ile kiralar ve Rose Construction Şirketi sözleşmeyi kefil olarak imzalar. Desert Rose’un almış olduğu bu ücret, Amerikalı ailesi önemli oranda KEYK’yi asiste etmediği için, FBC hizmet geliri değildir. Büro hizmetleri hükmü, doğrudan Desert Rose’a, sözleşmedeki maddelerin yerine getirilmesinde yardım etmemektedir ve dolayısıyla önemli bir yardım değildir. Malzeme hükmü de, KEYK’nin malzemeleri mesafeli kira ile kiralamış olmasından dolayı önemli bir yardım değildir. Sonuç itibarıyla, çok az ölçüde teminat, önemli ölçüde yardım sayılmayacaktır veya ilgili kişi hizmeti sonucuna yol açmayacaktır”. Gordon, s. 38’de “**Örnek 3**” başlığı altında şu örnek verilmiştir: “Vergiden muaf British Virgin Islands (BVI)’da tüzel kişilik kazanmış ABD bağlı şirketi tarafından Almanya’ya satış yapılması ya da hizmet sunulmasından dolayı elde edilmiş olan kazançlar Subpart F konusunu oluşturacak ve iki sebepten dolayı ABD’de vergiye tabi olacaktır. Birincisi, gelir, ABD ana şirketinin “ilişkili kişisi” için ya da onun yararına elde edilmiştir ve ikincisi satışlardan elde edilen gelir bağlı şirketin tüzel kişilik kazandığı ülke dışından kaynaklanmıştır. Bunun tam tersi olarak, eğer BVI bağlı şirketi gerçekten de Almanya’da satış

dd) Yabancı Üs Şirket Petrol Bağlantılı Geliri

aaa) IRC 954 (g)

KEYK düzenlemeleri kapsamında yabancı üs ana şirketin petrol ile bağlantılı gelirleri konusundaki düzenleme, IRC 954 (g) maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

“IRC 954 (g)

(1)Genel

Bu alt maddede aksi öngörülmediği sürece, “yabancı üs şirket petrol ile ilgili gelirleri” teriminin anlamı yabancı bir ülkedeki kaynaktan meydana gelen gelirden farklı olmak üzere, şunlarla bağlantılı olan yabancı petrol ile ilgili gelirlerdir (907 (c) maddesinin (2) ve (3) bentlerindeki anlamı ile)-

(A) *söz konusu yabancı ülkedeki petrol veya gaz kuyusundan çıkartılmış petrol veya gaz ya da*

(B) *yabancı kurum veya ilgili kişi tarafından söz konusu ülkede deniz aracı ya da hava aracında bu deniz aracı veya hava aracı için benzin olarak kullanım ya da tüketim için satılmış ya da doldurulmuş olan petrol, gaz veya petrol ya da gazın ana maddesi. Söz konusu terim herhangi bir foreign personal holding company gelirini ((c) alt maddesinde tanımlanmış olan) içermez.*

(2) *1.bent günde 1,000 varil veya daha fazla üretim yapan kurumların olduğu yerde uygulanır.*

(A)Genel *“Yabancı üs şirket petrol ile ilgili geliri” terimi, eğer söz konusu kurum vergilendirme yılı için büyük bir petrol üreticisi değil ise, bu yabancı kurumun gelirlerini içermez.*

amacıyla bir mal üretmiş ise (aktif gelir), bu bağlı şirketin kazançları, tüzel kişilik kazandığı ülkede malların, üretilmesi, yetiştirilmesi ya da çıkartılmasından elde edilmiş ise Subpart F konusunu oluşturmayabilir. Bununla birlikte, “üretmek” açık bir biçimde “önemli değişim- substabtial transformation” olarak tanımlanmaktadır. Bu nedenle, küçük faaliyetler söz konusu testin gerekliliğini karşılamayacaktır”.

(B) Büyük petrol üreticisi

(A) alt bendindeki “büyük petrol üreticisi” teriminin anlamı, vergilendirme yılında veya bir önceki vergilendirme yılında ilgili grubun yabancı günlük 1,000 varil ya da bunu aşan ham petrol ve doğalgaz ortalama üretimi olan bir kurumdur.

(C) İlişkili grup

“İlişkili grup” teriminin anlamı yabancı kurum ve sözkonusu kurum ile bağlantılı ilgili kişi olan bir diğer kişiden oluşan gruptur.

(D) Yabancı ham petrol ve doğalgaz üretiminin günlük ortalaması

Bu bentteki, vergilendirme yılında ilgili grubun yabancı ham petrol veya doğalgazın günlük ortalama üretimi (ve varillerdeki doğalgaz dönüşüm küpleri), ABD’deki kuyulardan alınan ham petrol ya da doğal gaz hesaba dahil edilmesi hariç olmak üzere, 613A maddesindeki kurallarla benzer olarak tanımlanabilir”.

“Yabancı petrol ile ilgili gelir” genel olarak, doğrudan veya dolaylı, petrol ve gaz kaynaklarından çıkartılan minerallerin rafine edilmesi ve işlenmesinden kaynaklanan gelirdir⁶⁰⁸.

Bu gelirler, doğrudan işleme, ulaştırma, dağıtma, hizmetlerin yerine getirilmesi ve işletmede kullanılan malların temlik edilmesinden elde edilen gelirleri içerir. Aynı zamanda KEYK’in kar payları, faiz hisseleri ve ortakların yabancı petrol ile ilgili gelir olarak değerlendirilen hisselerini de içermektedir⁶⁰⁹.

İlgili hizmetler ve ilgili işletme mallarının (örneğin petrol kuyusu iskelesi) elden çıkarılmasından kaynaklan yabancı kaynaklı gelir de FBC petrol ile bağlantılı gelirdir⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ Postlewaite, Donaldson, s. 275, dipnot: 209 : “Bu kategori, petrol ve gaz çıkartılmasından kaynaklanan gelirleri içermez”.

⁶⁰⁹ Postlewaite, Donaldson, s. 275.

⁶¹⁰ Larkins, s. 272: “Bununla birlikte aşağıdaki miktarlar, FBC petrol ile bağlantılı gelir değildir: 1- Petrol ve gaz kuyularının ortaya çıktığı yerdeki ülkeden (bu ülkenin deniz tabanını da içerir) kaynaklanan gelir, 2- KEYK veya ilgili kişinin petrol, gaz veya bunlardan herhangi birinin, ana maddesinin aynı ülkede kullanım ya da tüketim için satıldığı ülkeden kaynaklanan gelir ve 3- Hava aracı ya da deniz aracının petrol, gaz veya bunlardan birinin ana maddesinin yakıt olarak yüklendiği yerden kaynaklanan gelir”.

Olası bir vergi cenneti yoluyla kötüye kullanma olmaksızın, IRC 954 maddesi yabancı üs şirket petrol ile ilgili gelirlerinin aynı ülkede çıkartılan petrol veya gazdan kaynaklanan geliri kapsamayacağını hükme bağlamıştır. Benzer biçimde bu terim, yabancı kurum veya ilişkili kişi tarafından, aynı ülke içerisinde kullanım veya tüketim için satılan petrol veya gaz (ya da bunların ham maddelerini) kapsamaz⁶¹¹.

Bu kategoride küçük ölçekli petrol üreticileri için özel bir istisna hükmü bulunmaktadır. Bir kurum büyük ölçekli petrol üreticisi olmadıkça (yani ortalama olarak yabancı kaynaklardan günde en az 1,000 varil) bu petrol faaliyetinden elde edilen gelir, yabancı üs şirket petrol geliri oluşturmayacaktır⁶¹².

Eğer bir gelir, yabancı üs şirket petrol ile ilgili gelir kabul edilmiş ise, yabancı üs şirket satış veya hizmet geliri olarak değerlendirilemez. Ayrıca, yabancı üs şirket petrol ile ilgili gelir, herhangi bir FPHCI da kapsamaz⁶¹³.

bbb) Reg. §1.954-8

FBC gelir çeşitlerinin sonuncusunu oluşturan petrol ile ilgili gelirlere dair Yönetmelik düzenlemesi ise şöyledir:

“IRC Reg. 1.954-8

“(a) Yabancı üs şirket petrol ile ilgili geliri- (1) Genel. 954 (g) maddesindeki, kontrol edilen yabancı kurumun (bu maddenin (b) bendinde belirtilen hariç) yabancı üs şirket petrol ile ilgili gelirleri, 907 (c) (2) ve (3) maddesinde tanımlanmış olan yabancı petrol ile ilgili gelirin aşağıdaki öğelerinden oluşur - yabancı bir ülkedeki kaynaktan elde edilmiş olması hariç-

(i) Söz konusu yabancı ülkede bulunan petrol ya da gaz kuyusundan çıkartılmış petrol ya da gaz veya

⁶¹¹ Postlewaite, Donaldson, s. 275.

⁶¹² Postlewaite, Donaldson, s. 276.

⁶¹³ Postlewaite, Donaldson, s. 276.

(ii) *Kontrol edilen yabancı kurum ya da ilişkili kişi tarafından, sözkonusu ülkede kullanılmak ya da tüketilmek için satılmış veya bu ülkede deniz aracı veya hava aracına hava aracı ya da deniz aracı için yakıt olarak yüklenmiş petrol, gaz veya petrol veya gazın hammaddesi”.*

3. Uluslararası Boykot Geliri

KEYK’in uluslararası boykot edilen ülkeler⁶¹⁴ kapsamında bulunması ya da uluslararası boykot edilen ülkeler (ABD tarafından onay verilenler hariç olmak üzere) ile işbirliği yapması Subpart F gelirini ve buna bağlı olarak Amerikalı hissedarlara dağıtılan zımni kar payını arttırır. IRC 999 (b)(1) maddesine göre; eğer KEYK ya da onun kontrol edilen grubunun herhangi bir üyesi, uluslararası boykota tabi ülkelerinde bulunur ya da bunlarla işbirliği içinde olursa, kontrol edilen yabancı kurum Subpart F gelirlerine bunun da eklenmesi zorunludur⁶¹⁵.

“BRI = (INC – CD – ECI) x Boykot edilen ülkelerle ilgili faaliyetler

Dünya çapındaki faaliyetler

BRI: KEYK’in Subpart F geliri olan boykotla ilgili geliri

INC: Brüt gelir

CD: BRI olarak nitelendirilmeden önce zımni kar payı

ECI: Etkin bir biçimde bağlantılı ABD gelir kaynağı”⁶¹⁶.

IRC 999 (d) maddesine göre, IRS, belirli bir faaliyetin, uluslararası boykot edilen ülkelerde ya da bu ülkelerle işbirliği halinde gerçekleştirildiğine dair kural koyabilir.

⁶¹⁴ http://www.irs.gov/irm/part4/irm_04-061-006.html#d0e79 (13.3.2012): “Boykot edilen ülkeler IRS’in yayınladığı listeye göre şu ülkelerdir: Bahreyn, Irak, Suudi Arabistan, Birleşik Arap Emirlikleri, Yemen, Umman, Katar; Kuveyt; Lübnan; Libya, Suriye”.

⁶¹⁵ Larkins, s. 275.

⁶¹⁶ Larkins, s. 276.

4. ABD Menkul ve Gayrimenkul Sermaye Yatırım Kazançları

KEYK'in hiçbir Subpart F geliri olmadığı zaman bile, Amerikalı hissedarları, KEYK'in ABD'deki menkul ve gayrimenkul sermaye yatırım kazançları (Investment of Earnings in US Property)⁶¹⁷ arttığında, halen zımni kar payı elde etmektedirler. Söz konusu zımni kar payları, KEYK'nin kazanç elde etmesinden değil, yatırım kazançlarından kaynaklanmaktadır. Kazançların mevcudiyeti kay payı dağıtma imkanının bir göstergesidir ve ABD vergi yasası, ABD'deki menkul ve gayrimenkul sermaye yatırım kazançlarını dolaylı olarak kendi ülkesine geri dönen kazançlar olarak değerlendirmektedir⁶¹⁸.

Sadece KEYK'in ABD'deki menkul ve gayrimenkul sermaye yatırım kazançları doğrudan veya dolaylı yatırım kazancı zımni kar paylarına neden olur ve IRC 956 (c) maddesine göre; “31 Aralık 1962'den sonra kazanılmış aşağıdaki öğeleri içerir:

- (A) Menkul mal (tangible property located in the USA)⁶¹⁹
- (B) Yerel kurumun hisse senetleri (stock of a domestic Corporation)
- (C) ABD kişinin senetleri (an obligation of US person)⁶²⁰ veya
- (D) ABD'de şu haklardan birinin kullanılması (any right to use in the USA)-
 - (i) Bir patent veya marka (a patent or copyright)
 - (ii) Bir icat, model veya dizayn (patenti alınmış veya alınmamış olabilir) (an invention, model or design)
 - (iii) Gizli formül veya işlem sırrı (a secret Formula or process) veya

⁶¹⁷ WG& L Tax Dictionary, s. 557: “Genel olarak bir tanım verilmemiştir. Eyalet yasaları çoğunlukla bir öğenin (örneğin irtifak hakkı) tanımına bağlı olarak “property” tanımlarken, bu federal devlette de bir sorundur”. Property tanımı ile ilgili mahkeme kararları ayrıntıları için bkz. WG & L Tax Dictionary, s. 557. Bu çalışmada söz konusu düzenleme kapsamında “gayrimenkul mallar, hisse senedi ve tahvilleri kapsayacak biçimde “ABD'deki menkul ve gayrimenkul sermaye yatırım kazançları” terimi kullanılacaktır.

⁶¹⁸ Larkins, s.277.

⁶¹⁹ WG& L Tax Dictionary, s. 766 : “Tangible property: Dokunulabilen, hissedilebilen veya evrende bir yer kaplayan (örneğin bina ve makine gibi) bir maldır, fikri haklar veya yasal hakların (patent, isim hakkı, franchising gibi) zıddıdır”.

⁶²⁰ Postlewaite, Donaldson, s. 283, dipnot 267 : “Senet, faiz getirsin veya getirmesin, herhangi bir bono, adi senet, borç senedi, ilmühaber, fatura, alacak hesabı, alacak senedi, açık hesap veya diğer borçlanmalardır. (IRC § 1.956-2T (d)(2)”. Ayrıntılar ve örnekler için bkz. § 1.956-2T.

(iv) Kontrol edilen yabancı kurum tarafından ABD’de kullanmak için kazanılmış veya geliştirilmiş bir başka türde benzer haklar”.

IRC 956 (c) (3) maddesine göre, ABD’deki menkul ve gayrimenkul sermaye yatırım kazançları, aynı zamanda, ABD yükümlüsünün ilişkili ABD kişisinden kazanmış olduğu ticari veya işletme alacaklarını da kapsar.

IRC 956 (c) (2) maddesinde ise, konu ile ilgili banka mevduatları, ihracat malı ve sigorta karşılıklarını da içeren pekçok istisna hükmü de yer almakta olup, kapsama dahil kazançlar temel olarak KEYK’in mevcut ve hesaplanmış kazanç ve karlarıdır⁶²¹.

IRC 951 (a)(1)(B) maddesine göre, ABD hissedarları, gelirlerine, belirli ABD mallarındaki KEYK’in yatırım kazançlarındaki artıştan hisselerine düşen miktarı ilave etmek zorundadır. Söz konusu yatırımlar aslında KEYK kazançlarının ABD’ne dolaylı olarak geri dönmesi anlamına geldiği için, Subpart F kapsam dahilindedir⁶²² ve bu yatırımlardaki artışın hesaplanması, malların yıl sonundaki manipülasyonlarının engellenmesi amacıyla, üçer aylık dönemler esas alınmak suretiyle⁶²³ yapılır⁶²⁴. Sadece bir önceki yılın ABD menkul ve gayrimenkul sermaye yatırımını aşan artışlar zımni kar paylarına neden olur⁶²⁵.

5. Yasal Olmayan Ödemeler

IRC 952 (a)(4) maddesine göre; KEYK’in Subpart F gelirleri, yasal olmayan rüşvet, komisyon veya diğer devlet çalışanlarına, memurlarına veya şubelerine doğrudan veya dolaylı olarak ödedikleri miktarları da içerir.

Eğer 1977 Foreign Corrupt Practices Act (Yurtdışı Yolsuzluk Faaliyetleri Yasası), Amerikalı kişilerinin bunları yapmalarını yasaklamış ise, söz konusu ödemeler, yasaya

⁶²¹ Postlewaite, Donaldson, s. 282.

⁶²² Postlewaite, Donaldson, s. 281.

⁶²³ Postlewaite, Donaldson, s. 282: “Bu hükümler, basit bir örnek ile izah edilebilir: Bir KEYK olan C kurumunun ilk yılında 1 Ocak’ta kurulduğunu varsayalım. C’nin 1.yıl için kazanç ve karları 1,000 \$ 2.yılda C, ABD mallarında 100 \$ yatırım yapmıştır (üçer ayda bir 25 \$). D, C’nin tek ABD hissedarı olup 2.yılda gelirinde 100 \$ göstermesi gerekir Eğer C ABD mallarında 3.yılda 200 \$ yatırım yaparsa (üçer ayda bir 50 \$), D’nin 956.madde kapsamında gelirine dahil etmesi gereken miktar 100 \$ olacaktır (200 \$ - 100 \$ daha önceden kapsama dahil edilen gelir = 100 \$)”.

⁶²⁴ Postlewaite, Donaldson, s. 282.

⁶²⁵ Larkins, s. 279.

aykırıdır⁶²⁶. Tüm Subpart F gelir çeşitlerinin aksine, bu konuda IRC, gelir çeşidinden çok, nakit çıkışı veya harcamayı esas alır. Yasal ödeme ve komisyonlar ile kişilere hükümet bağlantısı olmaksızın yapılan yasal olmayan ödemeler⁶²⁷ Subpart F gelirini oluşturmaz⁶²⁸.

⁶²⁶ Larkins, s. 280.

⁶²⁷ Larkins, s. 277: “Örneğin, Commercial Cargo Ltd., bir KEYK’dir. Dubai devlet memuruna, “serbest bölge kuruluşu” müracaat süreci için ve United Arab Emirates, Jebel Ali Free Zone’da ticaret lisansı elde etmek için 20,000 \$ ödemiştir. Eğer Amerikalı kişi bu rüşveti ödemiş ise, Foreign Corrupt Practices Act’a göre yasaya aykırı olacaktır. Dolayısı ile Commercial Cargo’nun 20,000 \$ Subpart F geliri olacaktır”.

⁶²⁸ Larkins, s. 276.

10. TÜRK HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları

Kontrol edilen yabancı bir kurumun aşağıda belirtilen şartların tamamının bir arada olması halinde kazançları, Türkiye'deki tam mükelleflerin gelir ve kurumlar vergisi matrahına ilave edilecektir. Bu şartlar:

- 1- İştirakin yabancı ülkedeki vergi yükünün %10'un altında olması
- 2- İştirakin hasılat tutarının 100.000 TL üzerinde olması ve
- 3- İştirakin kazançlarının en az %25'nin pasif nitelikli gelirlerden oluşmasıdır.

II. Yurt Dışı İştirakin KVK Uygulamasında Kontrol Edilen Yabancı Kurum Olarak Kabul Edilme Ölçütleri

1. Yabancı Kurumun Vergi Yükü

a) KVK 7 (1) (b)

KVK 7 (1) (b) düzenlemesine göre, “yurt dışındaki iştirakin ticari bilanço karı üzerinden %10'dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması” gerekmekte olup, toplam vergi yükü de, KVK 7 (2) fıkrası uyarınca KVK 5/1 (b)'de yer alan düzenlemeye göre tespit edilecektir. KVK 7 (2)'ye göre ; “Birinci fıkrafta yer alan toplam vergi yükü, Kanun'un 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki tanıma göre tespit edilir”.

b) Genel Tebliğ 7.2.2

Genel Tebliği 7.2.2. maddesi şöyledir: “Yurt dışında kurulu iştirakin kurum kazancının %10’dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması gerekmektedir.

Vergi yükü, Kurumlar Vergisi Kanununun 5 inci maddesinin birinci fıkrasının (b) bendindeki tanıma göre tespit edilecektir”.

Vergi yükü, ödenen vergi ve vergi ödeme iktidarının bir fonksiyonudur⁶²⁹. KEYK rejiminde “gelirin özelliği” ilkesinin⁶³⁰ benimsenmiş olması dolayısıyla, yurtdışı iştirakin faaliyette bulunduğu ülkede tabi olduğu vergi yüküyle ilgili düzenlemeler de yer almaktadır. Yasa ile iştirak kazancının Türkiye’de vergilendirilebilmesi için faaliyette bulunulan ülkede, ödenen vergi yükü için bir alt eşik getirilmiş olup, yurtdışındaki iştirakin ticari bilanço karı üzerinden %10’dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri toplam vergi yükü taşıması⁶³¹ gerekmektedir⁶³².

KVK’nın 5 (1) (b) maddesine göre ise “vergi yükü, kanuni veya iş merkezinin bulunduğu ülkede, ilgili dönemde tahakkuk eden ve kar payı dağıtımına kaynak olan kazançlar üzerinden ödenen vergiler dahil olmak üzere toplam gelir ve kurumlar vergisi benzeri verginin, bu dönemde elde edilen toplam dağıtılabılır kurum kazancı ile tahakkuk eden gelir ve kurumlar vergisi toplamına oranlanması” suretiyle tespit edilmektedir.

⁶²⁹ Arsan Üren, **Vergi Yükü Üzerinde Bir İnceleme**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:264, 1968, s.9- 13: “Net vergi yükü, ekonomide toplanan bütün vergilerden, vergi ile finanse edilen giderlerden sağlanan fayda çıktıktan sonra kalan net verginin yükünü ifade ederken, gerçek vergi yükü, verginin bütün etkilerini içine alan daha geniş bir anlam taşır”.

⁶³⁰ Öz, KEYK Uygulaması, s. 18: “Gelirin özelliği rejiminde belirli türde kazancın bağlı işletmelerin kullanılarak yurt içi vergilerden kaçınılmasının önlenmesi amaçlanmış olup, yasal düzenlemelerde KEYK’in ödediği vergilerle ilgili “yasal vergi oranı, efektif ortalama vergi oranı, gerçekten ödenen vergi tutarı” dikkate alınmaktadır”.

⁶³¹ KVK Tasarısı’nda vergi yükü ile ilgili şu açıklamalara yer verilmiştir: “Fıkranın (b) bendinde belirtilen, yurt dışında kurulu iştiraklerin kurum kazançlarının % 10’dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi benzeri gelir üzerinden alınan bir vergi yükü taşıması ifadesi ile nominal vergi oranı değil, efektif vergi yükü karşılaştırmaya esas alınacak; vergi yükü toplam gelir ve kurumlar vergisi benzeri verginin bu dönemde elde edilen toplam dağıtılabılır kurum kazancı ile tahakkuk eden gelir ve kurumlar vergisi toplamına oranlanması suretiyle tespit edilecektir”.

⁶³² Öz, KEYK Uygulaması, s. 41: “Bu oran, hali hazırda Türkiye’de uygulanan kurumlar vergisi oranının %50’sine karşılık gelmektedir”.

“Maddede ifade edilen vergi yükü şu şekilde formüle edilebilir:

Tahakkuk eden gelir /kurumlar vergisi + Kar payı dağıtımı üzerinden ödenen vergi

Dağıtılabilir kurum kazancı + Tahakkuk eden gelir /kurumlar vergisi”⁶³³.

Dağıtılabilir kurum kazancının tespitinde, dönem karından ayrılan karşılıklar ile yedek akçeler, dağıtılabilir karın bir unsuru olarak kabul edilecektir. İlgili ülke mevzuatı uyarınca ayrılması zorunlu olan yedek akçeler de dağıtılabilir kar olarak değerlendirilecektir⁶³⁴.

Genel Tebliğ’de “Yurtdışındaki iştirakin kazancı içinde istisna kazanç unsuru bulunması halinde, kazançta istisna uygulandıktan sonra bulunan matrah üzerinden hesaplanan vergi, vergi yükünün tespitinde dikkate alınacaktır” düzenlemesine yer verilmiş, böylece istisnalar düşüldükten sonra kalan matrah üzerinden hesaplanacak vergi, vergi yükünün tespitinde dikkate alınarak fiili vergi yüküne ulaşılmaya çalışılmıştır⁶³⁵.

⁶³³ Erdal Ömer, “Kurumlar Vergisi Kanunu Uygulamasında Vergi Yükünün Hesaplanması”, **Vergi Sorunları**, Sayı: 238, Temmuz 2008, s. 145.

⁶³⁴ Erdal, s. 145: “Diğer taraftan bulunduğu ülke mevzuatı uyarınca vergiye tabi kazancın tespitinde gider olarak indirimi kabul edilmeyen giderlerin, fiilen yapılmış olup dağıtılması mümkün olmadığından, dağıtılabilir kurum kazancına ilave edilmesi gerekmektedir. Bu durumda kardan ayrılan karşılıklar, dağıtılabilir kazancın içinde değerlendirilecekken kanunen kabul edilmeyen giderlerin dağıtılabilir kara dahil edilmesi söz konusu olamayacaktır”.

⁶³⁵ a) Vergi yükünün hesaplanması ile ilgili, Kanun Tasarısı’nda da şu örneğe yer verilmiştir: “Örneğin, kurumun ticari kazancı 90, vergiye tabi kazancın tespitinde gider olarak kabul edilmeyen tutar da 10 ise vergiye tabi kazanç 100 olacaktır. Bu kazancın yarısı vergiden istisna edilmişse ve ilgili ülkedeki vergi oranı da % 15 ise hesaplanacak kurumlar vergisi tutarı $(100/2 \times 0,15=)$ 7,5 olacaktır. Bu verginin vergi öncesi kâra oranı da $(7,5/90=)$ % 8,33 olacaktır. Bu durumda, her ne kadar ülke mevzuatına göre uygulanan nominal vergi oranı % 15 olsa da efektif vergi yükü % 8,33 olduğu için, iştirak edilen şirketin kontrol edilen yabancı kurum olarak değerlendirilmesi için, kazançları üzerinden maddede belirtilen “% 10’dan az oranda gelir ve kurumlar vergisi veya benzeri gelir üzerinden alınan vergi yükü” taşıması şartı gerçekleşmiş olacaktır”.

b) Erkuş, Ateş, s. 123: “Vergi yükünün hesaplanması ile ilgili bir örnek de şöyledir: “Türkiye’de tam mükellef (X) A.Ş. Avusturya’da kurulu bulunan (Z) Ltd. Şirketi’nin sermayesine, kar payına ve oy kullanma hakkına %50 oranında iştirak etmiştir. Avusturya’da kurumlar vergisi oranı %20’dir. 2006 yılına ilişkin Z’nin verileri aşağıdaki gibidir:

Faaliyetle orantılı aktif işletme faaliyetlerinden kazançlar	: 115.000
Pasif nitelikli kazançlar (%25’den fazla %30)	: 45.000
Toplam gayri safi hasılat	: 150.000
KKEG (+)	: 15.000
Vergi matrahı (=)	: 165.000
Vergiden İstisna kazanç (-)	: 95.000
Kurumlar Vergisi Matrahı (=)	: 70.000
Kurumlar Vergisi (70.000 x %20)	: 14.000
Dağıtılabilir Kazanç (-)	: 56.000

KEYK uygulamasında kontrol edilen yabancı kurumun %10'dan az oranda vergi yükü taşıması gerektiğinden, bu şartın sağlanması için vergi yükünün doğru hesaplanması çok önemlidir. Nitekim istisna kazançlar, geçmiş yıl zararları, tevkif suretiyle ödenen vergiler, karşılıklar ve yedek akçeler gibi önem arz eden konularda vergi yükünün hesabı biraz daha karışık bir hal almaktadır ve söz konusu hesabın yapılmasında binde birlik fark istisnadan yararlanmasına sebebiyet verebileceği gibi KEYK uygulamasına muhatap tutulmaya da neden olabilir⁶³⁶.

2. Yabancı Kurumun Toplam Hasılatı

a) KVK 7 (1) (c)

KVK 7 (1) (c) maddesine göre; “Yurt dışında kurulu iştirakin ilgili yıldaki toplam gayrisafi hasılatının 100.000 YTL karşılığı yabancı parayı geçmesi” gerekmektedir.

b) Genel Tebliğ 7.2.3

Tebliğ'in 7.2.3. maddesinde yer alan düzenleme ise şöyledir: “Yurt dışındaki iştirakin Kurumlar Vergisi Kanununun uygulanmasında “kontrol edilen yabancı kurum” olarak değerlendirilebilmesi için ilgili yıldaki gayrisafi hasılat tutarının 100.000 YTL karşılığı yabancı paranın üzerinde olması gerekmektedir. İlgili yıldaki toplam gayrisafi hasılatı bu tutarın altında kalan iştirakler, diğer tüm koşullar bulunsa dahi kontrol edilen yabancı kurum olarak değerlendirilmeyecektir.

Yurtdışındaki iştirakin hasılatının YTL karşılığının tespitinde, ilgili iştirakin hesap döneminin son gününde geçerli olan T.C. Merkez Bankasınca açıklanan döviz alış kuru esas alınacaktır”.

Efektif vergi yükü (%10'dan az)

: % 9.3

Görüldüğü gibi nominal vergi yükü %20 olmasına rağmen efektif vergi yükü %9 (%10'dan düşük) olduğu için bu kurumun kazancı KEYK olarak değerlendirilecek ve bu kurumdan gelecek iştirak kazançları kurumlar vergisi matrahına eklenecektir”.

⁶³⁶ Erdal, s. 149.

Yasa’da yurtdışı iştirakin KEYK olarak kabul edilebilmesi için asgari bir hasılat tutarı öngörülmüş olup, buna göre, yurt dışındaki iştirakin ilgili yıldaki toplam gayrisafi hasılatının 100.000 TL⁶³⁷ karşılığı yabancı parayı geçmesi gerekmektedir.

Yasa hükmünde öngörülen asgari gayri safi hasılat tutarı⁶³⁸, statik bir yapıdadır, yani bu tutarın yıllar itibariyle yeniden değerlendirilme oranında arttırılacağı ya da Bakanlar Kurulu veya Maliye Bakanlığı tarafından enflasyona bağlı olarak değiştirileceğine dair bir düzenleme bulunmamaktadır⁶³⁹.

3. Yabancı Kurumun Gelirleri

a) KVK (7) (a)

Bir yabancı kurumun KEYK olarak kabul edilebilmesi için KVK 7 (a) madde düzenlemesinde; *“İştirakin toplam gayrisafî hasılatının % 25 veya fazlasının faaliyet ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticarî, ziraî veya*

⁶³⁷ KVK 7.maddesinde, Yasa’nın yürürlüğe girdiği tarihte kullanılan Türk parası cinsinden “Yeni Türk Lirası” ifadesinin kısaltılmışı (YTL) kullanılmıştır. Ancak, 2007/11963 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile “Yeni” ifadesi kaldırılmıştır. (RG: 05.05.2007, 26513). Söz konusu düzenleme, 01.01.2009 tarihinde yürürlüğe girmiş olmasına rağmen, KVK’da herhangi bir değişiklik yapılmadığından, bu çalışmada, kanun maddesinin aynen yazıldığı yerlerde “YTL”, atıf yapılan kaynaklar ile kendi açıklamalarımızın yer aldığı kısımlarda ise “TL” ifadeleri kullanılmıştır.

⁶³⁸ Ak Ahmet, **Vergi Hukukunda İştirakler**, Savaş Yayınevi, Nisan 2009, Ankara, s. 213: “Asgari hasılat tutarı ile ilgili yurt dışındaki her bir iştirakin ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir “Örneğin tam mükellef (A) kurumu, (D) ülkesinde faaliyette bulunan ve tamamı limited veya A.Ş. statüsündeki B1, B2, B3, B4 ve B5 şirketlerinin sermayesinin tamamına sahiptir. Yurt dışında kurulu bu şirketlerin elde ettiği gayrisafi hasılat tutarları, sırasıyla 200.000, 150.000, 90.000, 40.000 ve 10.000 TL karşılığı yabancı para tutarıdır. (D) ülkesindeki bu şirketlerin tamamında kontrol edilen yabancı kurum kazancına ilişkin diğer şartların olduğu varsayılmıştır. Bu durumda B1 ve B2 şirketleri için gayri safi hasılat toplamaları, yasa da belirlenen 100.000 TL karşılığı yabancı parayı aştığı için sadece bu iki şirketin kazancı, Türkiye’de kurumlar vergisine tabi tutulacaktır. Ancak tam mükellef gerçek kişi ve kurumların kontrol ettikleri yurt dışında faaliyet gösteren şirketlerin hasılatlarını bu şirketler arasında aktarmaları suretiyle kontrol edilen yabancı kurum kazancı şartlarını ortadan kaldırmaları da mümkün olabilecektir”; Öz, KEYK Uygulamaları, s. 42: “Burada dikkat edilmesi gereken bir husus da, hasılat tutarının 100.000 TL. olması durumunda yasa hükmünde belirtilen şart gerçekleşmemiş olacaktır. Çünkü 100.000 TL’nin 1 TL bile olsa aşılması gerekir. Yani gayri safi hasılat tutarı, 100.000 TL ise şart oluşmayacak; ancak 100.001 TL ise KEYK kapsamında değerlendirmeye tabi tutulacaktır. Bu özellik, bazı ülke uygulamalarında da yer alan ve küçük ölçekli işletmelerin sistemin dışında kalmalarına neden olan bir uygulamadır. Ancak burada üzerinde durulması gereken bir konu, yurtdışında yerleşik işletmenin hasılat tutarının 100.000 TL’yi geçip geçmediğinin nasıl bilineceği konusudur. Yurtdışında yerleşik işletmenin ana işletme ile bağlantılı işlem yapması durumunda, hasılatının bu kapsamda bilinmesi mümkün olmakla birlikte, üçüncü kişilerle ve özellikle yurtdışında yerleşik üçüncü kişilerle işlem yapılması durumunda, hasılatın gerçek tutarının bilinmesi her durumda mümkün olmayabilecektir”.

⁶³⁹ Ak Ahmet, s.213.

serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kâr payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi pasif nitelikli gelirlerden oluşması” şartı getirilmiştir⁶⁴⁰.

KVK ile getirilen yasal düzenlemeye göre, iştirakin ilgili yıldaki toplam gayri safi hasılatının 100.000 TL karşılığı yabancı parayı geçmesi koşuluyla, “toplam gayri safi hasılatının %25 veya fazlasının faaliyeti ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticari, zirai veya serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kar payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi pasif nitelikte gelirlerden oluşması durumunda kazancının Türkiye’de vergilendirilmesi gerekmektedir⁶⁴¹.

KVK ile getirilen sistemde KEYK, “gelirin özelliği” rejimine bağlanmış olup, gelirin elde edildiği ülkelerle ilgili “beyaz liste” ya da “siyah liste” konusunda bir düzenleme yer almamaktadır⁶⁴².

Yasa maddesinde, sadece “pasif gelir” kavramı kullanılmış; ancak herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. O halde burada da gelirin türü açısından bir değerlendirme yapmak için öncelikle “aktif gelir- pasif gelir” kavramlarının içeriğini tespit etmeliyiz.

aa) Aktif Gelirler

KEYK uygulamasında genel ilke olarak, bir yanda vergi cennetleri yoluyla elde edilen gelirlerin yurtdışında bırakılarak, ikamet ülkesinde vergiden kaçınma önlenmeye çalışılmakta, diğer yanda, vergiden kaçınma amacı taşımayan mükelleflerin de zarar görmemesi hedeflenmektedir. Bu nedenle bu tür düzenlemelerde, gelirin bir bölümünü dağıtan, gerçekten faaliyette bulunan ya da borsalarda işlem gören hisse senetlerine sahip olma gibi özellikleri taşıyan bağlı işletmeler kontrol edilen yabancı kurum rejimi dışında tutulabilmektedir. Ayrıca, kontrol edilen yabancı kurum rejiminde bağlı işletme gelirlerinin

⁶⁴⁰ Şenyüz, Kontrol Edilen Yabancı İştirakler, s. 27: “Bir yabancı iştirakin kontrol edilen kurum niteliğinde olması onun kazancının her şart altında Türkiye’de vergilendirileceği anlamına gelmez. Yabancı iştirak, kontrol edilen nitelikte olsa bile onun belirli nitelikleri taşımayan kazançlarının Türkiye’de vergiye tabi tutulması söz konusu değildir”.

⁶⁴¹ Öz, KEYK Uygulaması, s.39.

⁶⁴² Öz, KEYK Uygulaması, s. 39; Holmes, s. 15: “KEYK düzenlemelerini oluşturmada, bazı ülkeler, şu özellikleri taşıyan ülkelere dair listeler oluşturmaktadırlar: -Vergi yükümlülüğü, ana ülke ile benzer olduğu için, her zaman KEYK kurallarının kapsamı dışında kalan ülkeler (beyaz liste) -Vergi yükümlülüğü her zaman ana ülke ile kıyaslandığında daha düşük olduğu için, her zaman KEYK kuralları kapsamında yer alan ülkeler, vergi cennetleri gibi (siyah liste) ve -Sadece belirli şartlarda KEYK kuralları kapsamında yer alan ülkeler (gri liste)”.

daha sonra gerçekten dağıtılması durumunda mükerrer vergilemeyi önleyici hükümlere de yer verilmektedir⁶⁴³.

Yasal düzenlemede ticari⁶⁴⁴, zirai⁶⁴⁵ veya serbest meslek kazancı⁶⁴⁶, belli bir sermayenin yanı sıra, belli bir emek ve organizasyon ihtiyacı da gerektirdiğinden aktif nitelikli gelir olarak değerlendirilmiş ve bu tip iştirak kazançları kontrol edilen yabancı kurum kazancı kapsamı dışında bırakılmıştır⁶⁴⁷.

Ticari, zirai veya serbest meslek faaliyetinin yürütülmesinin doğasında emek, sermaye ve organizasyon vardır ve buradaki ölçü, işin niteliğine bağlı olarak emek, sermaye ve organizasyonun belirli bir ağırlıkta bulunmasıdır. Bu nedenle söz konusu faaliyetlerde emek, sermaye ve organizasyonun yürütülen faaliyetin ölçeği ile orantılı olması ayrıca aranır⁶⁴⁸.

İşletmenin gerçek malvarlığı, bütün kalemler, özellikle aktifteki kalemler bilanço⁶⁴⁹ günündeki gerçek değeri üzerinden hesap edilerek bulunur⁶⁵⁰.

⁶⁴³ Tahir, s. 136.

⁶⁴⁴ Ticari Kazanç: GVK 37- 52 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁶⁴⁵ Zirai Kazanç: GVK 52- 61 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁶⁴⁶ Serbest Meslek Kazancı: GVK 65- 70 maddeleri arasında düzenlenmiştir.

⁶⁴⁷ Duman, Vergi Güvenlik Müesseseleri, s. 166.

⁶⁴⁸ Şenyüz, Kontrol Edilen Yabancı İştirakler, s. 28.

⁶⁴⁹ Karayalçın Yaşar, **Muhasebe Hukuku**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1988, s. 40: “Ticari işletmelerin dönem sonunda mali durumunun (kar-zarar durumunun) mali tablolarla tespit edilmesidir ve bu işlem hem işletme içindeki ve dışındaki ilgililer hem de vergilendirme açısından şarttır”; Tekinalp Ünal, **Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri**, 2.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s. 61: “Ticari bilanço, ortaklara dağıtılacak kar miktarını ortaya koyar yani olumlu ya da olumsuz sonucu ortaya koyarken; vergi bilançosu kamu yararı sebebiyle emredicidir. Ancak vergi bilançosu, kendisine temel olarak ticari bilanço alır ve bu bilanço üzerinde kendi amacına uygun değişiklikleri yapar”; Erimez Rüştü, **Şirketlerde Kar Dağıtım-Yedek Akçeler ve Vergileme**, Genişletilmiş ve Geliştirilmiş Üçüncü Baskı, Temel Yayınları, İstanbul 1985, s. 87: “Ticaret hukuku kurallarına göre hazırlanan bilançolara ticari bilanço; vergi hukuku kurallarına göre hazırlanan bilançolara da mali bilançolar adı verilmektedir”. Barlass İrfan, **Türk Vergi Hukukunda Değersiz, Şüpheli ve Vazgeçilen Alacaklar**, XII Levha, 1.Baskı, İstanbul, Ekim 2011, s. 9: “Bilanço, ticari ortaklıklarda kamuyu aydınlatma kavramı çerçevesinde bir işletmenin belirli devreler sonunda faaliyetinin, dürüst ve düzenli muhasebe ilkeleri uyarınca değerlendirilip ortaya konduğu belgedir. Bilançonun içeriğinde, ortaklıkta yer alan malvarlığı değerlerinin eksiksiz bir listesi, ortaklığın konusunu gerçekleştirmek için yapmak zorunluluğunda olduğu yatırımların kaynaklarının tespiti, ortaklığın likiditesi, ortaklığın diğer ortaklıklarla arasındaki ilişkiye dair bilgiler yer alır”.

⁶⁵⁰ Karayalçın, s. 41.

bb) Pasif Gelirler

KVK 7.maddenin (a) bendinde yapılan düzenlemeye göre; *“iştirakin toplam gayrisafi hasılatının %25 veya fazlasının faaliyet ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticari, zirai veya serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kar payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi pasif nitelikli gelirlerden oluşması”* gerekir.

Yurtdışında yerleşik iştirakin elde ettiği gelir tutarı, pasif gelir tutarına göre belirlenmemekte, pasif gelir sadece iştirakin KEYK rejimine tabi olup olmamasının bir ölçütü olarak dikkate alınmaktadır.

Yurtdışı iştirakin faaliyeti ile orantılı olmayan sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle ticari, zirai veya serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirler ve aktif ticari faaliyetlerde bulunan iştiraklerinden elde ettiği kar payları da, kontrol edilen yabancı kurumlar açısından pasif nitelikli gelir olarak kabul edilecektir⁶⁵¹.

Faaliyetle orantılı olmayan şekilde yetersiz emek veya sermayeye koşullarında sürdürülen ve belirli organizasyona dayanmayan ticari, zirai veya mesleki faaliyetlerden elde edilen ve pasif nitelikli gelir olarak kabul edilen kazançlar için KVK 7.maddede belirtilen kanuni sınır, pasif nitelikli gelirler / gayrisafi hasılat = %25 veya fazlasıdır⁶⁵².

Burada dikkate alınması gereken bir özellik, esas alınan ölçütün pasif gelirlerin toplam gelirlerin %25’ini oluşturması değil, pasif gelirle bağlantılı hasılatın, toplam hasılatın %25’ini oluşturması gerekliliğidir⁶⁵³.

Pasif gelir ölçütünün sağlanması durumunda, KEYK rejimine tabi olan gelir sadece pasif gelir tutarı değil, işletmenin toplam geliri olacaktır⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ Duman, Vergi Güvenlik Müesseseleri, s. 167.

⁶⁵² Şenyüz, Kontrol Edilen Yabancı İştirakler, s. 28.

⁶⁵³ Öz, KEYK Uygulaması, s. 39.

⁶⁵⁴ a) Öz, KEYK Uygulaması, s.40.

b) Ak Ahmet, s.211: “Konunun daha net anlaşılabilmesi için şu örneği verebiliriz: “Türkiye’de tam mükellefiyet esasına göre vergilendirilen (A) A.Ş. yurt dışındaki (C) A.Ş.’nin sermayesine %60 oranında doğrudan iştirak etmektedir. (C) A.Ş.’nin 2007 takvim yılında 1.000.000 TL tutarındaki hasılatının dağılımı aşağıdaki gibidir:

KEYK'in pasif nitelikli gayri safi hasılatının niteliğinin belirlenmesinde, söz konusu şirketin iştiraklerinden elde edeceği kar paylarının pasif nitelikli vasfı değişmeyeceğinden kontrol edilen yabancı kurumun iştiraklerinin aktif ticari faaliyetle uğraşmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır⁶⁵⁵.

Yasa'da pasif gelir olarak tanımlanan gelirlere sınırlama da getirilmemiş, "...ticari, zirai veya serbest meslek faaliyeti dışındaki faiz, kar payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi..." ifadesi kullanılarak bunlar dışında pasif gelir özelliğine sahip gelirlerinde, KEYK rejimi uygulamasında dikkate alınabileceği belirtilmiştir. Ancak "pasif gelir" Türk vergi sistemi içinde tanımlanmamış ve 7.madde dışında da hiçbir düzenlemede bulunmayan bir kavramdır ve dolayısıyla KEYK uygulaması açısından yurt dışındaki iştirakin gelirleri ile ilgili değerlendirmelerin yapılması oldukça güç gözükmektedir⁶⁵⁶.

Yasa maddesinde yukarıda da belirtildiği gibi, pasif nitelikli gelir türleri, tahdidi olarak belirtilmemiş, " ...faiz, kar payı, kira, lisans ücreti, menkul kıymet satış geliri gibi gelirler..." denmiştir. O halde biz, bu kavramların içeriklerini de yine geldikleri hukuk alanına göre tespit etmek durumundayız.

- Ticari kazanç	600.000 TL.
- Kar payı	200.000 TL.
- Faiz	100.000 TL.
- Menkul kıymet satış geliri	100.000 TL.

Yurt dışındaki kurumun pasif nitelikteki kar payı, faiz ve menkul kıymet satış gelirleri toplamı 400.000 TL.'dir. Pasif nitelikli gelirlerin toplam gayrisafi hasılatı oranı ise $(400.000 / 100.000 =) \%40$ olduğu ve yasada belirlenen $\%25$ oranını aştığı için yukarıda belirtilen örnekte kontrol edilen yabancı kurum için belirtilen şart gerçekleşmiş olacaktır.

"Aynı örnekte (C) A.Ş.'nin hasılat dağılımı aşağıdaki gibi olsaydı:

- Ticari kazanç	800.000 TL.
- Kar payı	100.000 TL.
- Faiz	50.000 TL.
- Menkul kıymet satış geliri	50.000 TL.

Yurt dışındaki kurumun pasif nitelikteki kar payı, faiz ve menkul kıymet satış gelirleri toplamı 200.000 TL., pasif nitelikli gelirlerin toplam gayrisafi hasılatı oranı ise $(200.000 / 1.000.000 =) \%20$ olduğundan, kontrol edilen yabancı kurum için öngörülen şart gerçekleşmemiş olacağından, bu kurumun kontrol edilen yabancı kurum kazancı esasında vergilendirilmesi mümkün olmayacaktır". Budak Atilla, "*Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi*", **Yaklaşım**, Ocak 2007, Sayı:169, s. 91: "Burada pasif nitelikli gelirlerin belirlenmesindeki amaç işletmenin "kontrol edilen yabancı kurum kazancı" rejimine tabi olup olmadığının tespitini yapmaktır. Yani kontrol edilen yabancı kurum kazancı rejimine göre vergilendirilecek gelir sadece pasif gelir tutarı değil, işletmenin toplam geliri olacaktır".

⁶⁵⁵ Erkuş, Ateş, s. 123.

⁶⁵⁶ Budak, s. 91: "Kaldı ki, yurtdışında bulunan bir şirketin gelirlerini ne kadarının pasif nitelikli olduğunu, ne kadarının faaliyeti ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticari, zirai veya serbest meslek faaliyeti çerçevesinde elde edildiğini tespit etmek oldukça güçtür".

aaa) Faiz

Faiz, konusu bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan borçlarda, alacaklının bu paradan mahrum kaldığı süreye ve belirli bir orana bağlı olarak gerçekleşen bir karşılıktır⁶⁵⁷. Nakdi sermayenin getirisi olan faiz, bir kimsenin parasını kullanmaktan vazgeçerek, onu başkasının kullanımına bırakması sonucu elde ettiği irattır⁶⁵⁸.

Kurumların pasif nitelikli gelirleri içerisinde yer alan faiz, bir sözleşmenin ifasında temerrüde düşülmesi halinde, temerrüt tarihine kadar uygulanacak akdi faiz⁶⁵⁹ ile bankacılık işlemlerinde uygulanacak mevduat faizi, reeskont faizi, iskonto faizi, avans faizi, repo faizi gibi faiz çeşitlerinden meydana gelebilir⁶⁶⁰.

bbb) Kar Payı

Gerek eski TTK ve gerek Yeni TTK'da "kar payı" kavramı tanımlanmamış, sadece kar payına dair farklı hükümlerde düzenlemelere yer verilmiştir⁶⁶¹. GVK'da da "kar payı" kavramı tanımlanmamıştır; ancak 75.maddede belirtilen kar payları ile ilgili düzenlemeler, 75/1, 2 ve 3.bentlerde belirtilmiştir⁶⁶².

⁶⁵⁷ Evren Mahmut Tevfik, **Faiz Hukuku**, İstanbul 1987, s. 27.

⁶⁵⁸ Sonsuzoğlu Elif, **Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s.4: "En genel anlamı ile, borç alınan paranın karşılığı olarak tanımlanabilen faiz geliri, vergi sistemlerinde menkul sermaye iradı kategorisinde değerlendirilmekte ve kaynaktan kesintiye uğratarak vergilendirilmektedir"; Tosun Ayşe Nil, *"Uluslararası Alanda Faizlerin Vergilendirilmesi ve Özellikli Bazı Durumlar"*, **Prof.Dr.Mualla Öncel'e Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt -II, Ankara 2009, s. 922 : "Eğer kişi faiz gelirini ikamet ülkesinde elde ediyorsa, kaynaktan ödediği vergiyi ülke içinde içsel yöntemlerle çifte vergilendirmeden kurtarabilir. Ancak, iki ayrı ülke vergilendirme yetkisini kullanıyorsa, kişi elde ettiği faiz geliri nedeniyle her iki ülkede de vergilendirilerek, çifte vergilendirmeye maruz kalabilir".

⁶⁵⁹ Karmış Enver, **Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku**, Cilt: I, 1.Bası, Ankara, Nisan 2007, s. 61.

⁶⁶⁰ Karmış, s. 419-455.

⁶⁶¹ Kar payı ile ilgili düzenlemeler için bkz. 6102 Sayılı TTK m. 227, 509, 523, 608 maddeleri.

⁶⁶² "GVK 75/1: Her nevi hisse senetlerinin kâr payları (kurucu hisse senetleri ve diğer intifa hisse senetlerine verilen kâr payları ve pay sahiplerine hazırlık dönemi için faiz olarak veya başka adlarla yapılan her türlü ödemeler ile Sermaye Piyasası Kanununa göre kurulan yatırım fonları katılma belgelerine ödenen kâr payları ile konut finansmanı fonlarını temsilen ihraç edilen ipotek dayalı menkul kıymetlere ve varlık finansmanı fonlarını temsilen ihraç edilen varlığa dayalı menkul kıymetlere ödenen faiz, kâr payı veya benzeri gelirler dahil) 2. İşbirlik hisselerinden doğan kazançlar (Limited Şirket ortaklarının, iş ortaklıklarının ortakları ve komanditerlerin kâr payları ile kooperatiflerin dağıttıkları kazançlar bu zümreye dahildir. Kooperatiflerin ortakları ile yaptıkları muamelelerden doğan kârların ortaklara, kooperatifle yaptıkları muameleler nispetinde tevzii, kazanç dağıtımı sayılmaz. 3. Kurumların idare Meclisi Başkan ve üyelerine verilen kar payları".

Kar payları, kurum tarafından sağlanan net kardan ortaklara, sahip oldukları hisse oranında ya da sözkonusu kurum sermayesine yaptıkları katkı oranında verilen paylardır⁶⁶³.

ccc) Kira

Bir taşınır veya taşınmaz malın bir bedel karşılığında başka bir kimsenin kullanımına sunulmasına kira⁶⁶⁴, buna ilişkin sözleşmeye ise “kira sözleşmesi” denir⁶⁶⁵. Kiranın konusu, maddi varlığı olan herhangi bir taşınır veya taşınmaz olabileceği gibi misli şeyler de olabilir⁶⁶⁶.

Yeni Türk Borçlar Kanunu (TBK) ⁶⁶⁷ 299.maddesine göre; “*Kira sözleşmesi, kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlendiği sözleşmedir*”.

Kiraya verenin, kiralananı kiracıya kullanması veya kullanma ile birlikte ondan yararlanması için bırakması ve buna karşılık kiracının da kiraya verene kira bedelini ödeme taahhütleri, kira sözleşmesinin⁶⁶⁸ niteliği gereğidir⁶⁶⁹.

⁶⁶³ a) Ateşagaoglu, Menkul Kıymet, s. 73. Ateşagaoglu Erdem, **Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kar Payı Dağıtımı**, XII Levha, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2012, s. 17: “Kar payını elde eden ortak, yatırımı üzerindeki kontrolü ve mülkiyeti kar payını elde ederek kazanır. Ancak kar payı sahibi, elde ettiği bu tutara karşılık yatırmış olduğu para üzerinden elde edilebilecek kazanç oranını şirkete bırakmaktadır. Bu sebeple kar payı sahibi yatırıma konu ettiği varlığın kullanımını şirkete bırakmış kabul edilir. Şirketler yapılan yatırımlar sonucu üzerinde tasarruf yetkisine sahip olduğu sözkonusu tutarı işletmekte ve bunun karşılığında belirli dönemler itibariyle yatırımcı statüsünde olanlara kar payı dağıtmaktadır. Buradaki ortaklık ilişkisini oluşturan yatırımın nakdi bir değer olması gerekmemektedir. Zira konulan aynı sermaye ve hatta gerçek kişilerin harcamakta oldukları emekleri karşılığında kar payı elde edebilmeleri de mümkündür”. b) Bulutoğlu Kenan, **Türk Vergi Sistemi**, Cilt 1, Altıncı Basılış, İstanbul 1978, s.176: “İktisadi bakımdan kar payı ile faiz farklı kavramlardır. Kar payında pay sahibi, ortak işletmenin işlerinin rizikosuna daha geniş ölçüde katılmaktadır; gelir esas itibariyle karların miktarına göre değişir. Buna karşılık ödünçlerde, işin karlılık derecesi ödünç verenin gelirini etkilemez, bu gelir önceden belirtilmiş olan faizdir. İş tasfiye edilirse likit varlık tutarından önce alacaklıların parası ödenir. Ortaklar, borçların ödenmesinden sonra kalan varlığı paylaşırlar. Bununla beraber, ödünç veren de bir miktar rizikoya katlanmaktadır. Ödünç veren, alacaklının ödememe (temerrüt) veya ödeyememe (aciz) rizikosuna katlanmaktadır”.

⁶⁶⁴ Hukuk Sözlüğü, s.507.

⁶⁶⁵ Ruhi Ahmet Cemal, **Kira Hukuku**, I.Cilt, Seçkin Yayınları, Ankara 2011, s.15.

⁶⁶⁶ Tandoğan Haluk, **Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri**, Cilt 1-2, Vedat Kitapçılık, 4.Basım, İstanbul 2008, s.2: “Örneğin erzak çuvallarının, bir gösteride dekor arasında yer alan bir sepet meyvenin kiralananı gibi”.

⁶⁶⁷ 6098 Sayılı Yasa (RG: 04.02.2011, 27836).

⁶⁶⁸ Gümüş Mustafa Alper, **Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011, s. 23: “Kira sözleşmesi, öyle bir borç sözleşmesidir ki, kiralayan bir eşyanın

ddd) Lisans Ücreti

Lisans ücretinin içeriğini tespit etmek için öncelikle “lisans” kavramını incelemek gerekir. Lisans, kelime itibarıyla, yetkili kılmak, izin vermek anlamına gelmekte olup⁶⁷⁰, lisans alanın sahip olduğu yetkilerin toplamını başka bir ifade ile tüm hukuki durumunu ifade etmektedir⁶⁷¹.

Lisans kavramının en yaygın anlamı, sınai ve ticari mülkiyete dahil gayri maddi bir hakkın kullanılması yetkisinin bir lisans sözleşmesi ile elde edilmesidir⁶⁷² ve lisans sözleşmesi, fikir ve sanat eserleri (telif) hukuku alanında bir mali hakkın⁶⁷³ kullanılmasının devrini, bunun şartlarını, hakkın kapsamını, sınırlarını, tarafların hak ve borçlarını gösteren bir sözleşmedir ve yazılı olarak yapılması gerekir⁶⁷⁴.

Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu (FSEK)⁶⁷⁵, mali hakların devri ile kullanma yetkisinin verilmesini birbirinden ayırmaktadır ve kullanma yetkisinin verilmesi FSEK

kullanımını kiracıya bırakmayı, kiracı ise karşılığında kiralayana kira bedeli vermeyi borçlanır”; Şenyüz Doğan, **Borçlar Hukuku**, Ekin Yayınevi, 6.Baskı, Bursa 2012, s. 297: “Mülkiyet hakkının bir parçası olan kullanma hakkının başkasına devredilmesi anlamına gelen kira sözleşmesinde, kira konusu şeyin, kiraya verenin mülkiyetinde olması ve sözleşmenin de yazılı olması gerekmez”. Bir başka kira türü olan ve TBK’da “ürün kirası” başlığı altında düzenlenmiş 357.madde hükmüne göre de ; “Ürün kirası kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlendiği sözleşmedir”. Altaş Hüseyin, **Hasılat ve Şirket Kirası**, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 73: “Ürün (hasılat) kirası, hasılat veren bir mal veya hakkın kullanılmak, semerelerinden yararlanılmak ve işletmek üzere bir bedel karşılığında kiralayan tarafından kiracıya devredilmesinin taahhüt edilmesi, başka bir deyişle kiralayanın hasılat getiren bir malı ya da hakkı, kiracının bu malın semeresinden yararlanmasını da gerektirecek şekilde kiralamaktır”; Tandoğan, s.4: “Bu hali ile genellikle bir işletme kirasıdır ve taşınmazlara konu olur”.

⁶⁶⁹ Yavuz Cevdet, **Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler**, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 2012, s. 181.

⁶⁷⁰ Özsoy Saadet Hande, **Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi**, Turhan Kitabevi, Ocak 2011, Ankara, s. 21.

⁶⁷¹ Özdemir Oktay Saibe, **Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması**, Beta Yayınları, 2002, s. 9.

⁶⁷² Özdemir Oktay, s. 9.

⁶⁷³ Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nda (FSEK) belirtilen mali hak çeşitleri şunlardır: İşleme hakkı (21.madde), çoğaltma hakkı (22.madde), yayma hakkı (23.madde), temsil hakkı (24.madde) ve işaret, ses ve/veya görüntü nakline yarayan araçlarla umuma iletim hakkı (25.madde).

⁶⁷⁴ Tekinalp Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 5.Bası, s. 234; Yüksel Ali Sait, **Patent ve Lisans Sözleşmesi Hukuku**, Marmara Üniversitesi Yayın No: 471, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Yayın No: 384, İstanbul 1988, s. 75; Tüysüz Mustafa, **Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları**, Ankara 2007, s. 70: “Bir başka tanıma göre de lisans sözleşmesinde, lisans veren, kendisine ait herhangi bir gayri maddi malından veya işlevsel açıdan gayri maddi mallara yaklaşan bir fiili tekel durumundan lisans alanı yararlandırma borcu altına girerken, lisans alan da bunun karşılığında –kural olarak– bir lisans bedeli (ücret) ödemeyi taahhüt eder”.

⁶⁷⁵ 5846 Sayılı Yasa (RG: 13.12.1951, 7981).

48.maddede “ruhsat” olarak tanımlanmıştır⁶⁷⁶. Lisans sözleşmesine ilişkin FSEK’da herhangi bir düzenleme olmamasına karşın, 52.maddede⁶⁷⁷, sözleşmenin şekle ve kısmen de içeriğine dair düzenlemeye yer verilmiştir⁶⁷⁸.

Türk hukukunda özel kanunlarınca sınai hak olarak korunan mutlak haklardan, patent⁶⁷⁹, endüstriyel tasarımlar⁶⁸⁰, markalar⁶⁸¹, ticaret adı ve ünvanı⁶⁸² lisans sözleşmesine konu olacak olan haklardır.

eee) Menkul Kıymet Satış Geliri

Menkul kıymetler, para piyasasında işlem görmeyen veya para piyasasına hizmet etmeyen, yatırım aracı olarak kullanılan ve sermaye piyasasının oluşmasını ve işlemlerini sağlayan⁶⁸³ ve kıymetli evrak niteliğini haiz senetlerdir⁶⁸⁴.

⁶⁷⁶ Karahan Sami, Suluk Cahit, Saraç Tahir, Nal Temel, **Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları**, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı, s. 115. FSEK 48.madde: “Eser sahibi veya mirasçısı kendilerine kanunen tanınan mali hakları süre, yer ve muhteva itibarıyla mahdud veya gayrimahdud, karşılıklı veya karşılıksız olarak başkalarına devredebilirler.

Mali hakları sadece kullanma salahiyeti de diğer bir kimseye bırakılabilir (Ruhsat)”.

⁶⁷⁷ FSEK 52.madde: “Mali haklara dair sözleşme ve tasarrufların yazılı olması ve konuları olan hakların ayrı ayrı gösterilmesi şarttır”.

⁶⁷⁸ Tekinalp, Fikri Mülkiyet Hukuku, s.234.

⁶⁷⁹ 551 Sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında KHK (RG: 27.06.1995, 22326).

Güneş Gülsen, **Türk Hukukunda Entellektüel Sınai Haklar ve Vergilendirilmesi**, İstanbul 1997, s. 118: “Patent lisansları ile ilgili burada belirtilmesi gereken bir husus da, teknik ilerlemenin sonucu olarak artık bir buluştan faydalanmayı sağlamak için patentin devri yeterli olmadığıdır. Bu nedenle uygulamada yeni bir buluşu, bir patenti uygulama mevkiine koymak için lazım olan esas ve teferruatın tümünü ifade eden know-how (**Vergi, Muhasebe ve Denetim Terimleri Sözlüğü**, Özcan Bayram, Tanrıkulu Salih, Gelirler Kontrolörleri Derneği, Mayıs 2008, s. 92 : “Know-how: teknik bilgi) ya yalnız başına ya da patentle birlikte devredilmektedir. Know-how’ın devri yalnızca patentin devrinden çok daha yararlı olduğu için uygulamada buna ortalama dört misli bedel ödenmektedir. Nitekim uygulamada en sık karşılaşılan gayri maddi hak kirası, lisans ücreti ya da royalty denilen know-how için yapılan ödemeler olmaktadır ve royalty, patentin kullanımı için patent sahibine ödenen para anlamına gelmektedir”.

⁶⁸⁰ 554 Sayılı Endüstriyel Tasarımların Korunması Hakkında KHK (RG: 27.06.1995, 22326).

⁶⁸¹ 556 Sayılı Markaların Korunması Hakkında KHK (RG: 27.06.1995, 22326).

⁶⁸² Özdemir Oktay, 41: “Ancak bunlar, tek başına lisans sözleşmesi ile kullanım hakkının devri yerine işletme ile birlikte devredilmektedirler”.

⁶⁸³ Yasaman Hamdi, **Menkul Kıymetler Borsası Hukuku**, İstanbul 1992, s.70.

⁶⁸⁴ Tekinalp Ünal, **Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları**, Ekonomik ve Sosyal Yayınlar A.Ş., Yayın No:4, İstanbul 1982, s. 13; Tanör Reha, **Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası**, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği, Yayın No: 8, İlk Baskı, Şubat 2003, s.75: “Gelişen ve küreselleşen finans dünyasında bir taraftan kaynak arayanlar açısından, öteki yandan tasarruflarını klasik bankacılık çerçevesinin dışında değerlendirmek isteyen yatırımcılar yönünden, değişik tokuşun en gelişmiş araçlarla, en uygun biçimde sağlanması hedeflenir. Tanımı yapılmış, piyasaları ve alım satım koşulları belirlenmiş, uluslararası standartlara bağlanmış menkul kıymet cinslerinde, sürekli gelişme halinde olan finansal literatür ve uygulamanın ortaya koyduğu yeniliklerle artışlar kaydedilmektedir. Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki,

Ancak gerek Eski TTK ve gerekse Yeni TTK'da ve vergi kanunlarında menkul kıymet ile ilgili bir tanım yer almamaktadır. Menkul kıymet, Sermaye Piyasası Kanunu (SPK)⁶⁸⁵ 3.maddesine göre; *“Ortaklık veya alacaklılık sağlayan, belli bir meblağı temsil eden, yatırım aracı olarak kullanılan, dönemsel gelir getiren, misli nitelikte, seri halinde çıkarılan, ibareleri aynı olan ve şartları Kurulca belirlenen kıymetli evraktır”*.

Menkul kıymetler olarak nitelendirilebilecek kıymetler, hisse senetleri, katılma belgeleri, kamu ve özel kesim tahvil, senet ve bonoları dışında kalan menkul kıymetler ve diğer menkul kıymetlerdir ki bunların en önemlisi de gayrimenkul sertifikalarıdır⁶⁸⁶.

b) Genel Tebliğ 7.2.1

“Yurt dışı iştirakin ilgili yıldaki toplam gayri safi hasılatının %25 veya fazlasının pasif nitelikli gelirlerden oluşması gerekmektedir.

Pasif nitelikli gelirler; yurt dışı iştirakin faaliyeti ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle yürütülen ticari, zirai veya serbest meslek faaliyetlerinden elde edilen gelirler dışındaki faiz, kâr payı, kira, lisans 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.

Örneğin; yurt dışı iştirakin toplam 100 birim olan gayrisafi hasılatının bileşimi aşağıdaki gibi olsun;

hisse senedi ile tahvil ve bono bunlar arasında en yaygın kullanım alanı bulan menkul kıymetler olarak kendilerini göstermektedir. Menkul kıymet ise, ortaklık haklarının piyasada el değiştirmesini kolaylaştıran hisse senedidir. Hisse senedi ise, bir taşınmaz maldır ve sağladığı hak ve yükümlülükler ile sınırları belirtilen mülkiyet hakkına konu teşkil eder”; Korkmaz Turhan, Ceylan Ali, **Sermaye Piyasası ve Menkul Değer Analizi**, Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, Ekin Kitabevi, 2006, s. 180: “Hisse senedi, işletmelerde sahipliği gösteren bir belgedir. Anonim şirketleri öz sermaye gereksinimlerini hisse senedi ihraç ederek karşılarlar”. Tekinalp, Sermaye Piyasası Hukuku, s. 13: “Menkul kıymetler, kıymetli evrak niteliğine sahip senetlerdir ve kıymetli evrak içinde yer alan dar bir kategoriye oluştururlar. Her menkul kıymet aynı zamanda kıymetli evraktır; ancak her kıymetli evrak menkul kıymet değildir”; Aydın Erkan, **Türk Vergi Sisteminde İktisadi İşletmelere Dahil Kıymetleri Değerleme**, Seçkin Yayınları, Kasım 2002, s. 108: “Bir kıymetli evrakı menkul kıymet haline getiren 2 unsur vardır: Birincisi, menkul kıymetler, misli eşya niteliğini haiz olmalı ve ikincisi de dönemsel ürün veren, devamlı nitelikte sermaye yatırımlarına hizmet etmelidir”.

⁶⁸⁵ RG: 30.07.1981, 17416.

⁶⁸⁶ Aydın, s. 116.

Faaliyeti ile orantılı sermaye, organizasyon ve eleman istihdamı suretiyle elde edilen ticari kazanç..... 30 birim

Kâr payı10 birim

Faiz50 birim

Menkul kıymet alım satım kazancı10 birim

Bu durumda pasif nitelikli gelirlerin (Kâr payı + faiz + menkul kıymet alım satım kazancı) toplam gayrisafi hasılatı oranı (70/100=) %70 olduğundan kontrol edilen yabancı kurum için belirtilen şart sağlanmış olacaktır.

Kontrol edilen yabancı kurumun pasif nitelikli gayrisafi hasılatının niteliğinin belirlenmesinde, söz konusu şirketin iştiraklerinden elde edeceği kâr paylarının pasif nitelikli gelir vasfı değişmeyeceğinden, kontrol edilen yabancı kurumun iştiraklerinin aktif ticari faaliyetle uğraşmasının herhangi bir önemi bulunmamaktadır”⁶⁸⁷.

Genel Tebliğ’in 7.2.1. maddesinde KVK 7.maddedeki husus aynen tekrar edilmiştir. Pasif nitelikli gelire ait bir tanım verilmemiş; ancak “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” denilmek suretiyle bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır.

⁶⁸⁷Şenyüz, Kontrol Edilen Yabancı İştirakler, s. 28: “ Örnekte bir an için ticari hasılatın tutarı 280 birim olduğu kabul edilirse, pasif nitelikli gelirlerin gayrisafi hasılatı oranının (70/350=) %20, bu oranın da kanundaki % 25 sınırını aşmamış olduğu dikkate alındığında kontrol edilen yabancı kurum için kazanç bileşimine ilişkin şart gerçekleşmemiş sayılır. Son durumda, diğer tüm şartlar sağlansa bile kontrol edilen yabancı iştirakin kazancının Türkiye’de vergiye tabi tutulması düşünülemez”.

ALTINCI BÖLÜM

KONTROL EDİLEN YABANCI KURUM KAZANÇLARININ

VERGİLENDİRİLMESİ

11. AMERİKAN HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi

1. Vergilendirme Yöntemleri

a) Kurum Kazancı Olarak

IRC 957 (a) maddesinde “kontrol edilen yabancı kurum”; “ABD hissedarları tarafından⁶⁸⁸, vergilendirme yılının herhangi bir gününde, oy kullanma hakkı veya toplam değerinin, yüzde 50’den fazlasına sahip olunan yabancı kurum” olarak tanımlanmaktadır.

Kontrol edilen yabancı kurumların, yukarıdaki bölümde ayrıntıları ile açıklanan gelirlerinden dolayı yasa, doğrudan yurt dışındaki yabancı şirketlere değil, onların Amerikalı hissedarlarına vergi yükü yüklemektedir⁶⁸⁹.

b) Hissedarın Geliri Olarak

IRC 951. maddesi, ABD hissedarlarının brüt gelirlerine, KEYK’in toplam Subpart F gelirini, hisseleri ile orantılı olarak eklemesini gerektirir. Ancak burada öncelikle, hissedarların ABD’de ödeyecekleri vergi ile ilgili bilgilerin verilmesi gerekecektir.

ABD gelir sisteminin Türk vergi sisteminden farkını belirtmek üzere vurgulanması gereken bir nokta, gelir vergisi açısından değerlendirilmesi gereken hususun herhangi bir gelirin, gelir vergisinin konusuna girip girmediği değil, elde edilen faydanın (kazanç, irat ya da hasılat) “gelir” sayılıp sayılmayacağıdır. Gelir vergisinden istisna edildiği açıkça

⁶⁸⁸ ABD hissedarı IRC 951 (b) maddesine göre, söz konusu yabancı kurumun oy kullanma hakkı veren tüm gruplardaki hisselerinin yüzde 10 veya fazlasına sahip olan Amerikalı kişidir ve yasal düzenlemelere göre Amerikalı kişi, “herhangi bir Amerikalı gerçek kişi veya ABD’de yerleşik kişi, herhangi bir yerel şirket ya da diğer yerel tüzel kişiliktir”. IRC’un KEYK ile ilgili düzenlemelerinde “Amerikalı hissedar” kavramı, hem gerçek kişi hem de kurumları kapsayacak biçimde kullanılmış olduğundan, Türk vergi mevzuatında olduğu gibi, kurum kazancı ile gerçek kişilerin kazançlarının vergilendirilmesi ile ilgili ayrı hükümler içermemekte, her iki gruptaki hissedarlar için “hissedarın geliri bakımından” ortak düzenlemelere yer vermektedir.

⁶⁸⁹ Isenbergh, Vol. II, s. 457.

belirtilenler açısından bir sorun olmamakla birlikte, asıl tartışma “gelirin ne olduğu” noktasındadır⁶⁹⁰.

“Vergilendirilecek gelir” ne olacaktır sorusunun cevabını, IRC vermez. IRC 61.maddesinde sadece “vergilendirilecek gelirin hesaplanması” ile ilgili hüküm vardır; ancak bu “gelirin tanımına” dair bir madde değildir.

IRC 1.maddesine⁶⁹¹ göre her gerçek kişiye vergi yükü yüklenmiştir. Vergilendirilebilir gelir ise IRC 61.maddede “brüt gelir” olarak belirtilmiş olan “ hangi kaynaktan elde edilirse edilsin bütün gelirlerdir”⁶⁹².

Gelir vergisi, vergilendirilecek gelirin- brüt gelirden belirli indirimler yapılmasından sonra elde edilen gelirdir- vergi oranı ile çarpılması ile hesaplanır ve bu miktardan yasada kabul edilmiş indirimler düşülür⁶⁹³.

Brüt gelir, Yasa ve Yüksek Temyiz Mahkemesi (Supreme Court) tarafından “hangi kaynaktan elde edilirse edilsin tüm gelirleri” kapsayacak biçimde tanımlanmıştır⁶⁹⁴.

Dolayısıyla, bir gerçek kişinin geliri sadece ücretler, komisyonlar ve diğer hizmet bedellerini değil, aynı zamanda kar payları, nafaka ödemeleri, ikramiye kazanımlarını, menkul bir malın ya da gayrimenkulün satışından elde edilen bedeli, çalışma bedellerini, menkul ve gayrimenkul sermaye ve benzerlerini içermektedir⁶⁹⁵.

⁶⁹⁰ Gönül, s.95: “Her ne kadar ortada “gayrisafı gelir tanımı bulunmakta ise de, bir “gelir” tanımı bulunmamaktadır”.

⁶⁹¹ IRC 1.maddesinde; “evli kişilerin birlikte ya da ayrı ayrı vergi beyan etmeleri halinde ödeyecekleri vergi oranları, aile reisinin ve evli olmayan çiftlerin tabi olduğu vergi oranları ile miras yönetimi ve malvarlığı yönetimlerinin vergi oranları” belirtilmiştir. Yasa hükmüne göre, sözkonusu yükümlülük, vergilendirilebilir gelire bağlı olarak artan oranda uygulanmakta olup, 2012 yılı için bu oranlar %15-%35 arasındadır. (http://www.usa-federal-state-individual-tax.com/income_tax_rates.asp) (09.10.2012). (<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/subtitle-A/chapter-1/subchapter-A/part-II>) (09.10.2012): “Ayrıca IRC 1-5.maddeleri gerçek kişilerin vergilendirilmesine dair hükümleri; IRC 11 ve 12.maddeleri ise, kurumların vergilendirilmesine dair hükümleri içerir”.

⁶⁹² McDaniel, Ault, Repetti, s.35: “Kaynak” terimi hem gelirin türü hem de gelirin elde edildiği coğrafi alanı içine alacak biçimde kullanılmaktadır”.

⁶⁹³ Graetz, s. 22.

⁶⁹⁴ Ayrıca 16.Anayasa Değişikliği ile getirilen düzenleme de, “Kongre’nin hangi kaynaktan elde edilirse edilsin gelir üzerinden vergi toplama yetkisini” içermektedir.

⁶⁹⁵ Graetz, s. 22.

Mevcut sistemde Kongre, bütün gelirler üzerine vergi koyma yetkisine sahiptir; ancak vergilenmek istenen meblağın, gelir sayılıp sayılmayacağını mahkemeler belirlemektedir⁶⁹⁶.

KEYK hükümleri açısından baktığımızda ise, Amerikalı hissedarların vergiye tabi dağıtılmamış kazançlarının miktarının tanımlanmasında sadece doğrudan veya yabancı kuruluşlar aracılığı ile dolaylı olarak kazanılmış hisseler dikkate alınmakta⁶⁹⁷ ve vergi matrahlarına kazançları ile orantılı miktarda eklenmektedir ve elde edilen bu kazançların IRC anlamında “gelir” olduğu konusunda hiçbir tereddüt yoktur.

Eğer bir yabancı şirket, vergilendirme yılı içerisinde kesintisiz olarak 30 gün veya daha fazla KEYK ise, ilgili yılda KEYK’in Amerikalı hissedarı ve vergilendirme yılının son gününde KEYK’de hisse sahibi olan herkes, yabancı şirketin dağıtılmamış kazancından hissesine düşen miktarı beyan etmek zorunda olup, Amerikalı hissedarın hissesine düşen miktar, IRC 1.951-1 (e) Yönetmelik maddesinde belirtilen, şirketin çeşitli hisselerinden elde ettiği paya göre belirlenir⁶⁹⁸.

Amerikalı hissedarlarının Brüt Gelir Miktarlarının Kapsamı (Amounts Included in Gross Income of US Shareholders) başlıklı IRC 951 maddesinde yer alan düzenleme şöyledir:

“IRC 951

(a) *Miktarların Kapsamı*

(1) *Genel*

⁶⁹⁶ Gönül, s.99.

⁶⁹⁷ Postlewaite, Donaldson, s. 259.

⁶⁹⁸ RIA Federal Tax Handbook, s. 718, Bischel, Feinschreiber, s.86; BlomstrandMariahttp://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=1563967 (7.2.2012): “Amerikalı hissedar ancak, KEYK statüsünün son gününde “kontrol edilen yabancı kurumun” Amerikalı hissedarı ise vergiye tabi tutulur. Bununla birlikte, hissedar, tüm yıllık kazançlarından dolayı vergiye tabi olacaktır. Teoride, hissedarın KEYK statüsünün son gününden önce hisselerini devrederek vergilendirmeden kaçınması mümkündür. Ancak IRC, ileriye dönük hisselerin transferinin vergi avantajlarını engelleyen hükümler içermektedir”.

Eğer bir yabancı kurum herhangi bir vergilendirme yılı süresince kesintisiz bir biçimde 30 gün veya daha fazla kontrol edilen yabancı kurum ise, söz konusu kurumun Amerikalı hissedarı ((b) alt bendindeki tanıma göre) olan ve söz konusu kurumda ilgili yıl içinde son gün hisseye sahip olan (958 (a) maddesindeki anlamı ile) herkes, kendi vergilendirme yılı için kurumun söz konusu vergilendirme yılı içinde ya da ilgili vergilendirme yılından sonra brüt gelirlerine dahil etmek zorundadır.

(A) Toplamı-

(i) Kişinin ilgili yılda kurumun Subpart F gelirinin oransal olarak payına düşen hissesi (his pro rata share) ((2) bentteki tanımlanmıştır).

(ii) Kişinin ilgili yılda kurumun az gelişmiş ülkelerdeki yatırımından çekilen önceden istisna tutulmuş subpart F gelirinin oransal olarak payına düşen hissesi (1975 Vergi İndirim Antlaşması'nın yasalaşmasından önce yürürlükte olan 955 (a) (3) maddesindeki tanıma göre) ve

(iii) Kişinin ilgili yılda kurumun yabancı üs şirket nakliyat işlemlerinden çekilen önceden istisna tutulmuş subpart F gelirinin oransal olarak payına düşen hissesi (955 (a) (3) maddesindeki tanıma göre)

(B) *İlgili yılda söz konusu hissedarla bağlantılı olarak 956.maddede tanımlanmış olan miktar (aynı zamanda 959 (a) (2) maddesindeki brüt gelirden hariç tutmayacak kapsamda).*

(2)Subpart F Gelirinin Oransal Olarak Düşen Hissesi (Pro rata share of subpart f)

Herhangi bir Amerikalı hissedar olması durumunda, (1) (A) (i) bendinde belirtilen “pro rata share” miktarı-

(A) *Söz konusu hissedarın, bu kurumda vergilendirme yılının son gününde sahip olduğu (958(a) maddesindeki anlamı ile) hisse ile ilgili olarak kurumun kontrol edilen yabancı kurum olduğu yerde dağıtılacak olan, hissedarlarına oransal olarak düşen hisselerine göre dağıtmış olduğu miktar*

(B) Söz konusu hisse ile bağlantılı kar payı olarak ilgili yıl boyunca herhangi bir diğer kişi tarafından alınan dağıtımların miktarı, aynı zamanda kurum tarafından dağıtım yapıldığı takdirde alınacak olan kar payının büyüklüğüne göre miktar”.

Amerikalı hissedarın Subpart F gelirinin hissesine düşen oransal payı (pro rata share), hissedarın doğrudan veya dolaylı hissesine bağlı olarak dağıtılacak gelirinin miktarıdır. Eğer kurumun KEYK olduğu vergilendirme yılının son gününde kurum, tüm hissedarlarına hisseleri ile orantılı pay miktarlarını dağıtmış ise, bu miktar, ilgili vergilendirme yılı için, kurumun KEYK olduğu yılın bir bölümü için, kurumun Subpart F geliri ile aynı orandadır ve yıl boyunca dağıtılan belirli kar payları düşülerek tüm yıl için hesaplama yapılır⁶⁹⁹.

Bu isnat kuralı, aşağıdaki örnek ile açıklanabilir:

“Bir yabancı kurum farz edelim;

(1) Vergilendirme yılının son üç ayında KEYK olan,

(2) Söz konusu yılda 1000 \$ gelirinin 800 \$’i Subpart F geliri olan , (3) yıl boyunca kar payı dağıtımını yapmamış, (4) yılsonunda, yılın son üç ayında kurumun hissesinin %75’ine sahip ancak bu süreden önce hiçbir hisseye sahip olmayan bir Amerikalı hissedarı olsun.

Bu durumda Amerikalı hissedarın, hissesi ile orantılı Subpart F geliri şöyle olacaktır:

Öncelikle, Subpart F geliri, yılın son gününde tüm hissedarlara dağıtılmış olarak kabul edilir:

$$\begin{array}{rcl} X^{700} & & 3 \text{ ay} \\ \hline & = & \hline \text{Subpart F geliri (800 \$)} & & 12 \text{ ay} \end{array}$$

⁶⁹⁹ Thompson, s. 402.

⁷⁰⁰ X, dağıtılmış Subpart F gelir miktarına eşit olduğu yerde.

Sonuçta, Subapart F gelirinin dörtte biri veya 200 \$, vergilendirme yılının son gününde kurumun tüm hissedarlarına dağıtılmış olarak kabul edilir.

İkinci olarak, Amerikalı hissedar, son gün hissenin yüzde 75'ine sahip olduğu için dağıtıldığı kabul edilen 200 \$'ın yüzde 75'ini yani 150 \$ almış olarak değerlendirilir. Bu sonuç doğrudur çünkü Amerikalı hissedar, yılın dörtte birinde yüzde 75 hissedar olmuştur ve Subpart F gelirinin dörtte birinin yüzde 75'ini almış olarak değerlendirilir⁷⁰¹.

Burada dikkat edilmesi gereken bir başka husus ise, yurtdışında ödenen vergilerin mahsubu (foreign tax credit)⁷⁰² olup, vergi mahsubu ile ilgili IRC 901, 902 ve 960.maddelerinde düzenleme yapılmıştır.

Dünya çapındaki sistem ile uyumlu olarak, ABD vergi sistemi, yabancı ülkelere ödenmiş belirli gelir vergileri için ve buna bağlı olarak ABD vergi mükelleflerinin yabancı kaynaklı gelirleri üzerindeki çifte vergilendirilme yükünün azaltılması amacıyla, sınırlı vergi mahsubunu kabul etmektedir. Ancak, eğer yabancı vergi miktarı, ABD vergi miktarından az ise ABD yabancı gelir üzerinden ek vergi alacaktır. Buna karşılık, eğer yabancı vergi, ABD vergi miktarını aşıyor ise, bu aşan kısım, ABD'de kazanılmış gelir üzerindeki vergiden indirim tabi tutulmayacaktır⁷⁰³.

c) Vergilerin Beyan Edilmesi

ABD vergi yasalarına göre, yabancı kurumların hissedarları ve yabancı ortaklıkların ortaklarının kazançlarını beyan etmeleri gerekmektedir⁷⁰⁴. Bir Amerikalı

⁷⁰¹ Thompson, s. 402.

⁷⁰² Meldman, Schadevald, Misey, s. 5: "ABD vergi mahsubu sistemi, uluslararası çifte vergilendirmenin engellenmesi için kullanılmaktadır. Dolayısıyla bir ABD kişisi yabancı kaynaklı gelirlerinin yabancı gelir vergisine tabi tutulması halinde verginin mahsup edilmesini talep edebilir. Bu indirim sisteminde, yabancı kaynaklı gelirler, bir defa ABD vergi oranı ya da yabancı vergi oranının en yüksek olanından vergilendirilir"; **Tax Management**, Foreign Income Portfolios, Controlled Foreign Corporations Section 956, BNA 2001, s. A-4: "Bir başka deyişle, ABD, yatırım yapılan ülkedeki vergilerin ABD vergi oranından daha düşük olduğu yabancı kaynaklı gelirler için, bakiye vergiyi vadesinde tahsil etmektedir".

⁷⁰³ Chorvat, s.5

⁷⁰⁴ IRC 6046; Mazza Stephen W., Lederman Leandra, **Tax Controversies : Practice and Procedure**, Third Edition, Lexis Nexis, 2009, s. 79- 90.

kişinin, yabancı bir kurumun kar payında hak sahibi olması ya da yabancı bir kurumu kontrol etmesi durumunda da uluslararası işlemlerin beyan edilmesi gerekmektedir⁷⁰⁵.

ABD vatandaşları ve ABD’de yerleşik yabancıların belli tutarda gelir elde etmeleri halinde beyanda bulunmaları zorunlu olup⁷⁰⁶, beyan mükellefiyeti, gayrisafi gelir olarak kişisel özelliklere, yaşa ve medeni hale göre sınıflandırılmıştır⁷⁰⁷.

KEYK’lerin Amerikalı sahipleri için de beyanname verilmesi zorunluluğu getirilmiştir⁷⁰⁸.

Yabancı bir kurumu, vergilendirme yılında kesintisiz olarak en az 30 gün kontrol eden⁷⁰⁹ bir kişi, IRS’e, sözkonusu yabancı kurum ile ilgili Form 5471 doldurarak, beyanname vermek zorundadır⁷¹⁰ Bu beyannameler genellikle her bir yıl için verilmekte olup, yanlış beyanda bulunanlara 10,000 \$ para cezası kesilir⁷¹¹. Buna benzer beyanda bulunma kuralları, yabancı ortaklıkları kontrol eden ortaklar hakkında da uygulanır⁷¹².

Bu yükümlülük IRC’un “Usul ve Uygulama (Procedure and Administration)” başlıklı Subtitle F bölümünün, “Bilgi ve Beyannameler Vermek (Information and Returns)” başlıklı Chapter 61’de, Subchapter A’da “Beyannameler ve Kayıtlar (Returns and Records)” bölümünde, “Bilgilerin Beyan Edilmesi (Information Returns)” başlıklı Part III’de, “Özel Kurallara Tabi Olan Kişiler İle İlgili Bilgi Vermek (Information Concerning

⁷⁰⁵ Tax Management, s. A-92. Frisch Daniel J., Hartman David G., **Taxation and The Location of U.S. Investment Abroad**, NBER Working Paper Series, Working Paper No: 1241, **National Bureau of Economic Research**, November 1983, s. 8: “Yıllık kurumlar vergisi beyannamesinin bir bölümü olarak, ABD çok uluslu şirketleri, her birinin kontrol edilen yabancı kurumları için beyanname verirler”.

⁷⁰⁶ Yurtdışında yaşayan ABD vatandaşları ya da yerleşik kişileri” ile ilgili vergi düzenlemeleri ve istisnaları için bkz. IRC 911, 912.

⁷⁰⁷ Batirel Ömer Faruk, “*Amerikan Federal Gelir Vergisi (1997)*”, **Vergi Sorunları**, Nisan 1997, Sayı 103, s. 13; Sözkonusu düzenleme için bkz. IRC 1.

⁷⁰⁸ Tax Management, s. A-93.

⁷⁰⁹ IRC 957.maddesine göre, “Kontrol” kelimesinin anlamı, kurum hisselerinin yüzde 50’den fazlasına (toplam oy kullanma hakkı veya değerinin) sahip olmaktır”.

⁷¹⁰ RIA Federal Tax Handbook, s. 761.

⁷¹¹ IRC 6679 maddesi.

⁷¹² RIA Federal Tax Handbook, s. 761: “Bir ortaklığı kontrol eden kişi, ortaklıktaki hissenin doğrudan veya dolaylı yüzde 50’den fazlasına sahip olan kişidir”.

Persons Subject to Special Provisions)” başlıklı Subpart A’da düzenlenmiş olan 6038.maddede ayrıntıları ile düzenlenmiştir⁷¹³.

Eğer bir ABD ticaret veya işletmesi ile bağlantılı ABD kurumu veya yabancı bir kurum, vergilendirme yılı içerisinde herhangi bir zamanda, yabancı bir kişi tarafından kontrol ediliyorsa, sözkonusu kurum IRS’e sürekli olarak, ilgili yıldaki ilişkili kişiler ile olan özel işlemleri hakkında belirli bilgileri, Form 5472 ile vermek zorunda olup, her bir ilişkili kişi için ayrı ayrı form vermek gerekir. Söz konusu yükümlülük, IRC 6038A ve 6038C maddelerinde hükme bağlanmıştır⁷¹⁴.

Yasa’ya göre KEYK’in Amerikalı hissedarları, Maliye Bakanlığı’nın gerekli gördüğü bilgileri beyan etmek zorunda olup, bu konuda Form 5471’in doldurulması ile ilgili yasa hükümleri, “en az bir ABD kişisine sahip olan ve bu kişinin de yabancı kurumun oy kullanma hakkı veya değerinin yüzde 10’una sahip olduğu yabancı kurumlar” ile “herhangi bir hissesi bulunmayan ABD hissedarının olduğu yabancı kurumlar” arasında bir ayırım yapar. Yüzde 10 hisseye sahip olmayan ABD hissedarı bulunan yabancı kurumlara sahip ABD kişileri Form 5471’i doldurmakla yükümlü olmayıp⁷¹⁵, bunlara ait sorumluluklar, IRC 6046 ve Reg. 1.6038. maddelerinde hükme bağlanmıştır.

IRC 6046. maddesini incelediğimizde, kimlerin beyanname vermek zorunda olduğunun şöyle ifade edildiğini görmekteyiz:

“ 1) En az bir yüzde 10 hisseye sahip ABD hissedarı bulunan yabancı bir kurumun görevlisi ve yöneticisi olan kişi ya da yüzde 10 hissedar olduğu zamandaki görevli ya da yönetici olan kişi.

2)İlgili yıl süresince yüzde 10 hissedar olan ABD kişisi

3)Yabancı sigorta şirketi düzenlemesine göre ABD hissedarı olarak değerlendirilen kişi

⁷¹³ <http://www.irs.gov/instructions/i5471/ch01.html> (18.04.2012): Ayrıca Form 5471’in doldurulması ile ilgili bilgiler IRS tarafından da sürekli yayınlanmaktadır.

⁷¹⁴ RIA Federal Tax Handbook, s. 761.

⁷¹⁵ Rhodaes, Langer, s. 16. IRC 6046 (a).

4)Yabancı bir kurumun yüzde 10 hissedarı olarak ABD’de yerleşik yabancı kişi⁷¹⁶.

Form 5471 doldurmakla yükümlü olan kişiler⁷¹⁷ ve Form’un uygulama esasları⁷¹⁸ ve beyanname verme zorunluluğu bulunan ABD kişilerinin beyanname doldurma yükümlülükleri ile ilgili olarak Yasa’da ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir⁷¹⁹.

Kongre, mükelleflerin Maliye Bakanlığı’na, hem denetimleri hem de istatistiksel rapor yayınlarını idare etmek için ihtiyaç duyduğu bilgileri ulaştırması konusunda etkin çalışmalar yapmaktadır. 1997 yılında, Form 5471’in hatalı olarak doldurulup verilmesinin

⁷¹⁶ Rhodaes, Langer, s. 16.

⁷¹⁷ Tax Management, s. A-94. Ayrıca bkz. IRC Reg. 1.6035-1(a)(1). “1.Kategori: Foreign personal holding company’nin görevli veya yönetici olan ABD vatandaşı veya yerleşik kişisi ya da % 10 hissedarı, 2.Kategori: Amerikalı kişinin hissesini (değeri ya da oy kullanma gücünün yüzde 10’unu karşılayan) iktisap etmiş olduğu (bir veya daha fazla işlemde) yabancı kurumun görevli veya yöneticisi olan Amerikan vatandaşı ya da yerleşik kişisi, 3.Kategori: Şu özelliklere sahip Amerikalı kişi: - Toplam %10 sahipliği bulunan; - 953 (c) maddesine göre Amerikalı hissedar olarak kabul edilen; - %10 hisse sahipliği gerekliliğini karşılayarak Amerikalı kişi olanlar, 4.Kategori: Yabancı bir kurumun, yıllık hesap dönemi süresince kesintisiz olarak 30 gün boyunca toplam değeri ya da oy kullanma gücünün %50’den fazlasına sahip olan Amerikalı kişi, 5.Kategori: Kontrol edilen yabancı kurum (ya da işletme sigortası şirketi) yıllık hesap dönemi süresince kesintisiz 30 gün boyunca, sözkonusu kurumda %10 veya daha fazla hissedar olan Amerikalı kişi ve kurumun yıllık hesap döneminin son gününde kontrol edilen yabancı kurumdaki hisselerle sahip olan kişi”; <http://www.unclefed.com/IRS-Forms/2002/i5471.pdf> (30.05.2012).

⁷¹⁸ Tax Management, s. A-94; Jacobs Vernon K., Pasmanik Philip T., “Tips for Preparing the Form 5471 for Controlled Foreign Corporations”, **The Tax Adviser**, February 2009, s.114: “1-Ayrı ayrı formlar ve tüm ilgili çizelgeler her bir yabancı kurum için doldurulmalıdır. 2- Hisse sahipliği, doğrudan ve dolaylı iştirak ile ayrıca zımnî olarak kazanıldığı kabul edilen hisselerle ilgili bilgiler beyan edilmelidir (Çizelge A ve B). 3- ABD Genel Kabul Edilen Hesaplama İlkeleri (Generally Accepted Accounting Principles-GAAP), finansal bilgileri, bilanço, gelir tablosu ve E & P’in detaylı hesaplamasını içermelidir (Çizelge C, F ve H). 4- Ödenmiş veya birikmiş yabancı vergilerin özel detayları (Çizelge E). 5- Özel E & P bilgileri, yabancı kurumun mevcut ve hesaplanmış E & P içermelidir (Çizelge H ve J). 6- Üçüncü kişilerle olan işlemler (Çizelge M). 7- Yabancı kuruma bağlı organizasyon ve yeniden yapılan organizasyon bilgileri (Çizelge O). 8- Foreign Personal Holding Company bilgileri (Çizelge N)”.

⁷¹⁹ Rhodaes, Langer, s. 16,17: “(1) Form 5471, hisse işlemleri kapsamında ABD kişinin sadece yıl boyunca eğer hissedarlıkta herhangi bir değişiklik meydana gelirse bildirimde bulunmasını gerektirir. (2) Bu form sadece KEYK ile ilgili değil, aynı zamanda yabancı kurumların yüzde 10 Amerikalı hissedarları ile de ilgilidir. (3) IRC 1504 (d) maddesinde belirtilen sınır ülke şirketi kurallarına göre belirlenmiş bir kurum, Form 5471’i vermek zorundadır. (4) Bu kurallar şirket olarak vergiye tabi ortaklıkların (association taxable as a corporation) sahiplerine de uygulanır. (5) Yönetmelik hükümleri, birden fazla kişinin aynı kurum ile ilgili olarak beyanname verme yükümlülüğü olduğu zaman ortak beyanname vermesine imkan sağlar. (6) Bir kişi, birden çok kişiler tarafından beyannameyi doldurup vermek konusunda temsilci olarak tayin edilebilir, eğer beyannameyi doldurup verme konusunda kesin bir yetki belgesi var ise. (7) Form 5471, beyanname verenin yıllık gelir vergisi beyannamesi ile birlikte verilmelidir. (8) 3 yıllık normal zamanaşımı süresi, mükellefin Maliye Bakanlığı’na, beyanname gereklî olan bilgiler ile müracaat etmesine kadar işlemeye başlamayacaktır”.

cezası, 1,000 \$’dan 10,000 \$’a yükseltilmiş⁷²⁰ olup, IRC 6679.maddesinde söz konusu suçun cezası halen 10,000 \$’dır.

Yasa aynı zamanda, 6038 ve 6040.maddeler uyarınca, 7205, 7206 ve 7207.maddelerin uygulanarak, kişiler için 25,000 \$, şirketler için 100,000 \$ para cezası ve/veya 5 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir⁷²¹. Ancak hükümetin, beyanname vermek ile ilgili olarak yapılan bir hatanın sadece bilgi vermek ile ilgili olduğunu ispatlaması zordur; çünkü beyanname vermek konusunda söz konusu hatanın “kasıtlı-willful” olduğunu ispatlamak zorundadır⁷²².

2. Vergilendirmede İstisnalar

a) IRC 954 (b)

Amerikalı hissedarların vergiye tabi tutulması için KEYK niteliğindeki yabancı kurumun Subpart F geliri, ABD’deki yatırım gelirleri ve uluslararası boykot edilen ülkelerden elde edilen gelirlerinin tespit edilmesi gerektiği yukarıdaki bölümde açıklanmış idi.

Bu gelirlerden en önemlisi Subpart F bölümünde yer alan yabancı üs şirket gelirleri olup, konuya ilişkin temel düzenlemelerin yer aldığı IRC 954.maddede gelirlerin hesaplanması ile ilgili olarak ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir ve bu bölümde söz konusu gelirin hesaplanması ile ilgili açıklamalara yer verilecektir.

IRC 954.maddesinde, yabancı üs şirketin gelirlerinin miktarı, “düzeltilmiş net yabancı üs şirket geliri (adjusted net foreign base company income)” olarak tanımlanır ve söz konusu miktar, “küçük miktar (de minimis)” ve “tamamen kapsama (full inclusion)”

⁷²⁰ Rhoades, Langer, s. 20; Chen Alan, “Automatic Penalties on Untimely Filed Form 5471”, http://www.dlapiper.com/form5471_penalties/ (30.05.2012).

⁷²¹ <http://www.irs.gov/instructions/i5471/ch01.html> (18.04.2012).

⁷²² Rhoades, Langer, s. 20, dipnot: 127: Yüksek Temyiz Mahkemesi, US v. Murdock, 290 U.S., 389, 13 AFTR 821 (1933) davasında “willful-kasıt” kelimesinin anlamını “ kötü bir amaçla yapılan hareket” olarak tanımlamıştır; Rhoades, Langer, s.20: “Yönetmelik, makul sebep hükümlerinin yeminli ifade ve tüm ilgili olaylar hakkında ifade verilmesi halinde uygulanmasına imkan sağlamaktadır. Bu hüküm, iyi bir sebep sayılabilecek herhangi bir makul olayın kabul edileceğini göstermektedir. Çoğu uygulamacı, eğer beyanname kendi iradesi ile veriliyor ise, geç verilmiş bile olsa, uygulamacıdan olayların açıklandığı açıklama yazısının cezadan kurtulmak için yeterli olacağını düşünmektedir”.

kuralları ile “yüksek oranda vergiye tabi gelir (high-taxed income exception)” istisnasının uygulanmasından sonra ortaya çıkar⁷²³.

“IRC 954 (b)İstisna ve Özel Kurallar

(1)Mülga

(2)Mülga

(3) De minimis, diğer kurallar

(a) alt bendindeki ve 953.maddedeki

(A)De minimis kuralı

Eğer yabancı üs şirket gelirinin ((5) paragrafla ilgili belirleme hariç) ve brüt sigorta gelirinin toplamı, bir vergilendirme yılı için şunlardan daha az ise-

(i)Brüt gelirin yüzde 5’i ya da

(ii) \$ 1,000,000, brüt gelirin hiçbir bölümü vergilendirme yılı için yabancı üs şirketin geliri ya da sigorta geliri olarak değerlendirilemez.

(B)Yabancı üs şirket geliri ve brüt gelirin yüzde %70’den fazla sigorta geliri.

Eğer yabancı üs şirketin geliri ve brüt sigorta gelirinin toplamı ((5) paragrafla ilgili belirleme hariç) vergilendirme yılı için, brüt gelirin yüzde 70’inden fazla ise, vergilendirme yılında tüm brüt gelir, (4) ve (5) kurallara tabi olarak ve yabancı üs şirket geliri ya da sigorta geliri olarak değerlendirilir (hangisi uygun ise).

(C) Brüt sigorta geliri.

a) (B) alt bentlerindeki “brüt sigorta geliri” teriminin anlamı, 953.maddedeki tanıma göre hesaba dahil edilen brüt gelirin bir bölümüdür.

⁷²³ Postlewaite, Donaldson, s. 263. Postlewaite, Donaldson, s. 277: “ Sayısal miktarın belirlenmesinden sonra KEYK’in yabancı üs şirket gelirine sahip olması Subpart F gelirleri kapsamının otomatik olarak uygulanacağı anlamına gelmez. Bir diğer anlatımla, yabancı üs şirket gelirinin aşırı yüksek miktarı KEYK’in brüt gelirlerini ve dolayısıyla Subpart F geliri olarak gelirlerinin tamamını olumsuz olarak etkileyebilir”.

(4)Yüksek oranlı yabancı vergilere konu olan belirli gelirler için istisna

(a) alt maddesi ve 953.maddedeki, yabancı üs şirket geliri ve sigorta geliri, eğer mükellef Bakanlığa, söz konusu gelirin yabancı ülke tarafından uygulanan 11.bölümde belirlenmiş en yüksek vergi oranının yüzde 90'dan daha fazla efektif gelir vergisi oranına tabi olduğunu etkili bir şekilde kanıtlıyor ise, kontrol edilen yabancı kurum tarafından elde edilen herhangi bir gelir çeşidi dahil edilmez. Bir önceki cümle (a) (5) alt maddesinde tanımlanan petrol ile ilgili yabancı üs şirket gelirlerine uygulanmaz”.

b) Reg. §1.954-1 (a) (3)

Gelir miktarının hesaplanması ile ilgili Yönetmelik düzenlemesi ise şöyledir:

“IRC Reg. § 1.954-1 (a) (3) Düzeltilmiş brüt yabancı üs şirket geliri (Adjusted gross foreign base company income)⁷²⁴. Düzeltilmiş yabancı üs şirket geliri teriminin anlamı, kontrol edilen yabancı kurumun bu maddenin (b) bendindeki “küçük miktar” istisnası ve tüm kapsama dahil olanlar ile düzeltilmiş olan brüt yabancı üs şirket geliridir.

(4)Net yabancı üs şirket geliri (Net foreign base company income). Net yabancı üs şirket geliri teriminin anlamı, kontrol edilen yabancı kurumun, düzeltilmiş brüt yabancı üs şirket gelirinin 954 (b) (5) maddesi hükümleri ve bu maddenin (c) bendine göre, söz konusu gelire tam olarak ayrılabilir ya da paylaştırılabilir indirimlerin hesaba dahil edilmesi (vergiler dahil) amacıyla düşülmesidir.

(5)Düzeltilmiş net yabancı üs şirket geliri (Adjusted net foreign base company income). Düzeltilmiş net yabancı üs şirket geliri teriminin anlamı, kontrol edilen yabancı kurumun net yabancı üs şirket gelirinin düşülmesidir, ilk önce 952 (c) maddesine göre, net yabancı üs şirket gelirinin herhangi bir ögesi tarafından subpart F gelirinden istisna tutulması, ikinci olarak da, 954 (b) maddesinin yüksek vergi istisnasına göre herhangi bir ögenin subpart F gelirinden istisna tutulmasıdır. Yabancı üs şirket geliri terimi, İç Gelir

⁷²⁴ Jacobs, Duke, s. 168: “Adjusted Gross Income: Liste halinde sıralanmış veya standart indirimler ile kişisel muafiyetlerden önceki toplam gelirdir”. Bu çalışmada “adjusted” kavramının karşılığı olarak “düzeltilmiş” kelimesi kullanılmıştır.

Yasası veya Yönetmelik'te herhangi bir yerde kullanıldığında, aksine bir düzenleme yok ise, düzeltilmiş net yabancı üs şirket geliri anlamındadır.

.....

“(b) Düzeltilmiş brüt yabancı üs şirket ve düzeltilmiş brüt sigorta geliri hesaplanması- (1) Küçük miktar ve tüm ilave testleri- (i) Küçük miktar testi- (A) Genel. Bu maddenin (b) (1) (i) (c) bendindeki düzenleme hariç olmak üzere, düzeltilmiş brüt yabancı üs şirket geliri ve düzeltilmiş brüt sigorta geliri, sıfıra eşittir, eğer kontrol edilen yabancı kurumun, brüt yabancı üs şirket geliri ve brüt sigorta geliri toplamı, şunlardan daha az ise-

(1) Brüt gelirin yüzde 5'i veya

(2) \$ 1,000,000”.

(ii)Yüzde yetmiş tamamını kapsama testi. 953.madde düzenlemesi hariç olmak üzere, eğer brüt yabancı üs şirket geliri toplamı ve brüt sigorta geliri, vergilendirme yılında, brüt gelirlerin yüzde 70'ini aşmış ise, düzeltilmiş brüt yabancı üs şirket geliri, kontrol edilen yabancı kurumun tüm brüt gelirlerini kapsar, brüt sigorta geliri ve 952 (b) maddesindeki miktardan farklı olarak ve düzeltilmiş brüt sigorta geliri de tüm brüt sigorta gelirlerini kapsar, 952 (b) maddesinden farklı olarak.

“(4) Kötüye Kullanmanın Önlenmesi Kuralı (Anti-abuse rule)- (i) Genel. Bu maddenin (b) (1) (i) bendindeki de minimis testinin uygulanmasında, iki veya daha fazla kontrol edilen yabancı kurumun geliri, eğer ayrı örgütlenme için temel amaç, elde etmek ya da devam etmek ise tek bir kurumun geliri olarak toplanır ve değerlendirilir”.

IRC 954 (b) maddesinin incelenmesinden, gelirin hesaplanmasında; “küçük miktar” ve “yüksek oranlı vergiye tabi gelirlerin” istisna tutulması ile ilgili düzenlemeye ve IRC Reg. § 1.954-1 (a)(3) ile yukarıda verilen diğer bentlerindeki düzenlemelerde ise, gelir miktarından ne anlaşılması gerektiğinin ayrıntılı bir biçimde açıklanarak sözkonusu hükümlerin kötüye kullanımının önlenmesi için getirilmiş olan özel düzenlemelere yer verildiğini görmekteyiz.

IRC’da yer alan Subpart F geliri ile ilgili uygulanacak istisna hükümleri sadece 954.maddede değil, “Subpart F gelirinin tanımı” başlıklı 952.maddede de “ABD geliri istisnası” başlığı altında verilmiştir.

Tüm bu hükümlerin değerlendirilmesi sonucu, Subpart F gelirinin en geniş alanını kaplayan yabancı üs şirket gelirine uygulanacak istisnaları üç ana başlık altında toplayabiliriz⁷²⁵:

- a) ABD geliri istisnası
- b) Küçük Miktar istisnası
- c) Yüksek oranlı vergiye tabi olma istisnası

aa) ABD Geliri İstisnası

IRC 952 (b) maddesine göre, ABD kaynaklı KEYK geliri ile KEYK’in doğrudan yerel ticaret veya işletmeye bağlı elde ettiği gelir, Subpart F gelirinden istisnadır⁷²⁶. Başka bir deyişle, Subpart F geliri, doğrudan ABD ticaret ya da işletmesi ile bağlantılı ABD kaynaklı gelirini kapsamaz⁷²⁷.

bb) Küçük Miktar İstisnası

IRC 954 (b)(3) (A) maddesine göre; eğer brüt “yabancı üs şirket geliri” ve “brüt sigorta geliri”, KEYK’in brüt gelirinin yüzde 5’inden daha az veya 1,000,000 \$’dan daha az ise, “de minimis kuralı”, brüt gelirlerin tamamını yabancı üs şirket (veya sigorta) geliri

⁷²⁵ Subpart F geliri içerisinde yer alan diğer gelir türleri ile yabancı üs şirket gelirlerini oluşturan gelir çeşitlerine ait istisna ve muafiyet hükümlerine, yukarıda ilgili konuların anlatıldığı bölümlerde kısaca yer verilmiş olup, bu çalışmada her bir gelir çeşidine istisna ve muafiyetler ayrıntısı ile belirtilmeyecektir.

⁷²⁶Postlewaite, Donaldson, s. 279. Postlewaite, Donaldson, s.280: “Ayrıca sözkonusu istisna edilen gelir kapsamında değerlendirilen indirimler Subpart F gelirinin toplamının hesaplanmasında kabul edilmeyecektir”. IRC 952 (b) ABD geliri istisnası: “Kontrol edilen bir yabancı kurum olması halinde, Subpart F geliri, ABD’ye doğrudan bağlı ticaret ya da işletme şirketlerinin, ABD içinden kaynaklanan herhangi bir gelir çeşidini içermez, eğer sözkonusu gelir çeşidi ABD’nin sözleşme yükümlülüğüne göre vergiden istisna değilse (ya da vergi oranının indimine konu değilse). Bir önceki cümleye göre, 921 (d) maddesinin (2) veya (3) paragraflarında tanımlanan gelir ABD kaynaklı olarak değerlendirmeye tabi tutulur. Bu alt bentteki herhangi bir istisna (ya da indirim), 884.madde ile bağlantılı olarak hesaba katılamaz”.

⁷²⁷ Larkins, s. 260.

olarak sınıflandırılmaktan koruyacaktır. Örneğin eğer KEYK olan A kurumunun 1.yıl için 4,000,000 \$ brüt geliri ve 100,000 \$ brüt yabancı üs şirket geliri var ise, A'nın düzeltilmiş yabancı üs şirket geliri (adjusted foreign base company income) 1.yıl için 0 olacaktır⁷²⁸.

Gelir “de minimis” miktarının altında ise, Subpart F’den meydana gelen tüm gelirler istisna tutulacaktır. Subpart F geliri, eğer bunların toplamı, 1 milyon \$ ya da toplam brüt gelirin yüzde 5’inden az ise, ne yurtdışındaki risklerin sigorta edilmesinden elde edilen brüt sigorta gelirini, ne de brüt yabancı üs şirket gelirini kapsamaz⁷²⁹.

Bu kural, şirket esas olarak işletme amacıyla mevcut olsa bile çoğu işletmenin tipik olarak, işletme sermayesine bağlanmış faiz geliri gibi bazı FBCI oluşturacağını varsayar. Buna karşın, eğer FBCI ve sigorta geliri KEYK’in brüt gelirinin önemli bir miktarını oluşturur ise bu şirketin ABD vergilendirmesinden kaçınmak için kurulduğu anlaşılabilecektir. Subpart F kuralları da bu tür kötüye kullanma durumlarını düzenlemek amacıyla getirilmiştir⁷³⁰.

cc) Yüksek Oranlı Vergiye Tabi Olan Gelir İstisnası

aaa) IRC 954 (b) (4)

Yabancı üs şirket hükümleri, vergi cennetlerindeki üs şirketler vasıtası ile yerel vergilendirmeden kaçınmanın önlenmesi amacıyla getirilmiş olması yanında, Kongre büyük bir ustalıklarla önemli ölçüde düşük yabancı vergi oranına konu olmayan Subpart F yabancı üs şirket gelirini istisna tutmak için bir seçim hükmü yürürlüğe koymuştur. Eğer “yüksek oranlı vergi geliri” seçimi yapılırsa, “creditable foreign tax⁷³¹” konusu fiili vergi oranı, en fazla kurumlar vergisi oranının yüzde 90’ını aşıyor ise (veya yüzde 35’in (en yüksek kurumlar vergisi oranı) yüzde 90’ı: yüzde 31.5) gelirin herhangi bir ögesi, yabancı

⁷²⁸ Postlewaite, Donaldson, s. 277.

⁷²⁹ Larkins, s. 259.

⁷³⁰ Dorfmueller, s. 102.

⁷³¹ WG & L Tax Dictionary, s. 150: “Creditable foreign tax : “Günlük konuşma dilin de bu terim, “foreign tax credit” kelimesini nitelemek için kullanılır”. WG & L Tax Dictionary, s. 294 : “Foreign tax credit, ABD’in mülkiyet ve idaresi altındaki yerler ve yabancı ülkeler tarafından konulmuş yabancı gelir, savaş kazançları, olağanüstü kar ve gereğine göre alınacak vergilere izin veren bir mahsup olup, 904.maddedeki sınırlandırmaya tabi ABD gelir vergilerinden kaçınmak için kullanılabilir”.

üs şirket geliri oluşturmayacaktır. (IRC 954 (b)(4). Bu düzenlemeye göre yapılan seçim KEYK'in tüm Amerikalı hissedarlarını bağlar⁷³².

bbb) IRC 954 (b) (3)

Yukarıda açıklanan istisna hükümlerinin dışında, IRC 954 (b)(3) bendinde özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

Tamamı ile kapsama alma kuralı (full inclusion rule)⁷³³ olarak adlandırılan bu hükme göre, KEYK'in tüm brüt gelirlerini, eğer brüt sigorta geliri ve yabancı üs şirket geliri (indirimlerden önce) toplam brüt gelirin yüzde 70'ini aşıyor ise, Subpart F geliri olarak değerlendirmeye alınmasını gerektirir⁷³⁴.

Eğer bir yabancı kurumun, brüt yabancı üs şirket gelirinin ve brüt sigorta gelirinin toplamı, KEYK'in brüt gelirinin yüzde 70'ini aşıyor ise, IRC 954 (b)(3)(B) maddesine göre şirketin brüt gelirinin tamamı, ilgili vergilendirme yılı için FBCI/ Subpart F geliri (veya sigorta geliri) olarak değerlendirilecektir⁷³⁵.

ccc) Örnek Kurgu

Örnek 1: “Maggie, Amerikan vatandaşıdır, bir Guatemala şirketi olan Egalitarian Elite SA'daki tüm hisselerine sahiptir. İndirimler öncesi, Egalitarian, Guatemala dışında kurulu bir malvarlığının sigorta edilmesinden 500,000 \$ yabancı üs şirket geliri olarak 300,000 \$ ve 200,000 \$ da diğer gelirlerden elde etmiştir. Egalitarian's Subpart F geliri, brüt sigorta geliri ve yabancı üs şirket geliri toplamı, toplam brüt gelirin yüzde 70'ini aştığı için (800,000 \$ > 700,000 \$), 1 milyona \$'a eşit olacaktır”⁷³⁶.

⁷³²Postlewaite, Donaldson, s. 278; Dorfmueller, s.102: “IRC 954(b)(4), eğer mükellef yabancı bir ülke tarafından konulan fiili vergi oranına tabi ve IRC 11 maddesine göre en yüksek kurumlar vergisi oranının yüzde 90'ından fazla bir gelir belirlemiş ise, bu yüksek yabancı vergilere konu olan FBCI'nın Subpart F geliri içerisinde yer almadığını hükme bağlamış olup, sözkonusu düzenleme “high-tax-kick-out exception” olarak anılmaktadır”. Örneğin bu oran, en yüksek ABD kurumlar vergisi oranının yüzde 35 olarak belirtildiği bir yerde, yüze 31.5'den fazla olmalıdır (90 % x 35 % =31.5 %)”.

⁷³³ Larkins, s. 259.

⁷³⁴ Larkins, s. 259.

⁷³⁵ Dorfmueller, s. 101, Postlewaite, Donaldson, s. 277, 278.

⁷³⁶ Larkins, s. 259.

a)Postlewaite, Donaldson, s. 278 : “Kötüye kullanmanın önlenmesi ile ilgili özel bir düzenleme ise, çok uluslu şirketlerde de minimis ve full inclusion kurallarının uygulanmasına engel olur. Eğer çok uluslu KEYK'in

II. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşması

Devletlerin çeşitli ekonomik, siyasal ve ticari ilişkileri sonucu uluslararası alanda sık sık karşı karşıya gelmeleri, vergilendirme yetkilerinin çakışmasına neden olmakta ve bunun sonucu olarak devletler, uluslararası alanda çifte vergilendirmeyi önlemek için ya tek yanlı olarak vergi kanunlarına koydukları hükümlerle vergilendirme yetkisini sınırlandırmakta; ya da diğer devletlerle çifte vergilendirmeyi önlemek için Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşması⁷³⁷ imzalamaktadırlar⁷³⁸. Bu andlaşmalar “ikili”⁷³⁹ olabileceği gibi “çok taraflı”⁷⁴⁰ da olabilir.

Vergi andlaşmasına taraf olan devletler, karşılıklı olarak vergilendirme yetkilerini sınırlandırır ve bu andlaşmaların temel amacı uluslararası çifte vergilendirmeyi

oluşturulması, elde edilmesi veya sürdürülmesi temel amaçlarından birisi, bu istisna kurallarından birinin uygulanmasından kaçınmak ise bu istisnaların uygulanmasında iki veya daha fazla KEYK’in geliri birleştirilecektir”.

b) Postlewaite, Donaldson, s. 278: “A kurumunun 1.yılda 4,000,000 \$ brüt geliri ve 3,000,000 \$ brüt yabancı üs şirket geliri varsa, A’nın 1.yılda yabancı üs şirket geliri 4,000,000 \$ olarak değerlendirmeye alınacaktır”.

⁷³⁷ Pazarıcı, s.46: “Uluslararası alanda irade uyuşması genel biçimde belirtilmek istendiğinde “andlaşma” terimi kullanılmaktadır. Anayasa 90.maddede de bu terim kullanılmıştır. Ancak kullanılan terimin “andlaşma, antlaşma, anlaşma ya da başka bir biçimde isimlendirilmesinin bağlayıcılık anlamında herhangi bir etkisi yoktur”; Aksar Yusuf, **Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I**, Seçkin Yayınları, Temmuz 2012, s. 114: “1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi’nin madde (2)(1)(a) hükmünde, andlaşmayı tanımlarken; “whatever its particular designation” ifadesi ile anlaşma metninin kendisine mahsus adının hiçbir önemi olmadığına işrate edilmiştir. Uluslararası hukuk uygulamasında, uluslar arası hukuk kişilerinin akdettikleri veya taraf oldukları ve andlaşma olarak nitelendirilebilecek uluslar arası hukuk metinlerinin farklı isimlerde düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Hangi isimle düzenlenmiş olursa olsun, ortak olan temel özellik sözkonusu emtinlerin geçerliliği ve bağlayıcılığının kullanılan isimden etkilenmeyeceğidir”; Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 30: “Uluslararası hukuktaki “andlaşma” terimi konusundaki görüş birliği, vergi hukuku bakımından da geçerli olmalıdır”. Bu çalışmada da uluslararası hukukta kullanılan “andlaşma” teriminin kullanılması tercih edilmiştir.

⁷³⁸ Çağan, s.9-10; Saraçoğlu Fatih, **Avrupa Birliğinde Vergi Uyumlaştırma Süreci ve Türkiye**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Yayın No: 36, Nisan 2006, s.30: “Ülke sınırları içinde geçerli olan vergilendirme yetkisi, uluslar arası alanda ülke çıkarları doğrultusunda ve belirli ilkeler çerçevesinde belirlenmekte; kanunlarla tek taraflı olarak, uluslar arası vergi anlaşmalarıyla da ya da uluslar arası bütünleşmelere katılma yoluyla sınırlandırılmaktadır; Holmes, s. 2: “ Burada herhangi bir belirginlik olmamasına rağmen uluslar arası vergi hukuku, buna uymayı tercih eden ülkeler için geçerlidir”.

⁷³⁹ Russo, s. 11: “İkili vergi anlaşması, devletler arasında vergilendirme haklarını kullanma konusunda işbirliğini sağlamaya yönelik bir anlaşmadır”.

⁷⁴⁰ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s.34-35: “Bugün devletler arasındaki uluslararası çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılması iki taraflı anlaşmalar yoluyla olmaktadır. Devletlerin anlaşmalarına örnek oluşturan Model Anlaşmalar, iki taraflı anlaşmalara dair modellerdir. Çok taraflı anlaşma fikri, teorik açıdan çekici, teknik anlamda da mümkün bir fikirdir. Bununla beraber, bu anlaşmalar uygulamada birçok sorun yaratabilir. Çok taraflı anlaşmalar, iki taraflı anlaşmalarla karşılaştırıldığında daha karmaşık ve bu nedenle de uygulaması ve anlaşılması zor bir anlaşma olacak ve değiştirme, güncelleştirme ve sona erdirmeye bakımından iki taraflı anlaşmalar kadar esneklik taşımayacaktır Böyle bir anlaşma da ancak ekonomik ve hukuksal yakınlığı olan az sayıda ki ülkeler arasında imzalanabilir”.

önlemektir. Bununla beraber bu andlaşmalara çoğu kez, uluslararası vergi kaçakçılığına karşı, vergi idareleri arasında işbirliği yapılmasına ilişkin hükümler de konulur⁷⁴¹.

ABD, 60'dan fazla iki taraflı gelir vergisi andlaşması ile 17 veraset vergisi andlaşmasına imza atmıştır⁷⁴² OECD Model⁷⁴³, önemli bir biçimde ABD'nin mevcut ve ileride yapacağı vergi andlaşması ile ilgili konularda yol gösterici olmaktadır; ancak ABD, andlaşmaların müzakere edilmesi sırasında, büyük ölçüde kendi geleneksel perspektifinden, "US Model'den" hareket edecektir⁷⁴⁴.

US Model andlaşmalarla ilgili olarak iki hususunun belirtilmesi çok önemlidir: Birincisi, andlaşmaların her biri, birbirinden ayrı ve bağımsız bir kaynak niteliğindedir, bu nedenle belirli bir sorun, A Andlaşması'nda çözülebilirken, B Andlaşması'nda bir başka yolla çözülebilir ve fakat aynı sorun C Andlaşması ile çözülmez. İkincisi, Andlaşmalar tek

⁷⁴¹ Çağan, s.9-10.

⁷⁴² Gustafson, s.183. ABD'nin vergi anlaşması akdettiği ülkeler ve anlaşma tarihleri için bkz: <http://www.irs.gov/Businesses/International-Businesses/United-States-Income-Tax-Treaties---A-to-Z> (15.10.2012); Dell'Anese, s 121-140; Infanti Anthony C., "United States", Tax Treaties and Domestic Law, Edited by: Prof. Guglielmo Maisto, IBFD, **EC and International Tax Law Series**, Vol.2, s. 355: " ABD'de sadece federal devlet anlaşma akdedebilir. Yürütme organı, normalde ABD Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile federal devlet adına müzakerelerde bulunur. Vergi anlaşması durumlarında, ABD Maliye Bakanlığı da müzakerelere katılır. Müzakereler sonuç verdiğinde, Başkan, anlaşma metnini görüş ve onay için ABD Senatosu'na gönderir". McDaniel, Ault, Repetti, s. 178: "Tüm diğer ülkelerde olduğu gibi bu anlaşmalar da iki ülkenin, aynı kişi ya da aynı konuya dair vergilendirme yetkisinin olduğu hallerde çifte vergilendirme sorununun nasıl çözüleceği ile ilgilidir"; Streng William P., "US Income Tax Treaties, Trends, Issues & Policies, Recent Developments- Future Prospects", <http://www.law.uh.edu/faculty/wstreng/HoustonInternationalTaxForum.pdf> (20.10.2012); Avi-Yonah **International Tax as International Law**, Cambridge University Press, 2007, s.169: "1996 yılında, Maliye Bakanlığı (Treasury Department) tarafından yayınlanan Model Gelir Vergisi Anlaşması (*Model Income Tax Treaty-US Model-* <http://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hp16801.pdf> (15.10.2012) ABD perspektifinde, gelir vergisi anlaşmasının içeriğinin belirlenmesinde hareket noktasını oluşturmaktadır; McDaniel, Ault, Repetti, s. 177: "Bununla beraber vergi anlaşmaları, Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) Model Convention'un genel hükümlerini taşır".

⁷⁴³ <http://www.oecd.org/general/listofocedmembercountries-ratificationoftheconventionontheoecd.htm> (20.10.2012): "34 gelişmiş üye ülkeden oluşan OECD (*OECD üyesi ülkeler: Avustralya, Avusturya, Belçika, Kanada, Şili, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İzlanda, İsrail, İtalya, Japonya, Kore, Lüksemburg, Meksika, Hollanda, Yeni Zelanda, Norveç, Polonya, Portekiz, İsviçre, Slovak Cumhuriyeti, Slovenya, İspanya, İsveç, Türkiye, Birleşik Krallık ve Amerika Birleşik Devletleri'dir*)". de, kendi gelir vergisi anlaşma modelini geliştirmiş olup, US Model ile karşılaştırıldığında, OECD Model'deki anlaşmaların daha "dinamik" olduğu, yani düzenli bir biçimde açıklama ve analizlerin yayınladığı ve değişikliklerin yapıldığı görülmektedir"; Streng , <http://www.law.uh.edu/faculty/wstreng/HoustonInternationalTaxForum.pdf> (20.10.2012); "OECD, kendi çalışma grupları Technical Advisory Groups (TAGs) vasıtası ile sürekli gelir vergisi anlaşmaları üzerinde çalışır ve periyodik biçimde, kendi model anlaşmasındaki değişiklikleri yayınlar. ABD olası vergi anlaşması değişikliklerinde çalışmayı da kapsayan bir biçimde OECD'nin aktif bir üyesi olmasına rağmen, bu, esasında uluslararası bir uğraşıdır (ve genellikle de Avrupa Ülkeleri'nin baskın olduğu bir çalışmadır)".

⁷⁴⁴ Streng , <http://www.law.uh.edu/faculty/wstreng/HoustonInternationalTaxForum.pdf> (20.10.2012).

tip olmadığından bir andlaşmasının hükümlerinin, bir başka andlaşmadaki olayda emsal olarak kullanılması zordur⁷⁴⁵.

Vergi andlaşmaları ve KEYK düzenlemeleri arasındaki ilişki, yani vergi andlaşmalarının KEYK düzenlemeleri arasındaki etkisi hakkında, uluslararası kuruluşlar, düzenlemeyi ihdas etmiş olan ülkelerin yargı kararları ve doktrinde farklı görüşler yer almaktadır. Buradaki sorun, vergi andlaşmalarının KEYK düzenlemesinin uygulanmasını engelleyip engellemediği ya da KEYK düzenlemesi kapsamında yapılacak vergilendirmelerde, vergi andlaşması hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunudur⁷⁴⁶.

ABD Anayasası'nın madde VI, bent 2 hükmüne göre; “uluslararası andlaşmalar ve yasama organı tarafından çıkartılan kanunlar eşit düzeydedir”⁷⁴⁷. Dolayısıyla, bir andlaşma ile yasa hükmünün çatışması⁷⁴⁸ halinde, sonra yürürlüğe girmiş olan esas alınacaktır. Bunun anlamı ise, esas olarak, ABD, sonradan yürürlüğe girmiş olan yasa dolayısıyla yasa ile çatışan andlaşma hükmünü geçersiz kılabilir⁷⁴⁹.

Andlaşmanın aşılması (treaty override) olarak ifade edilen⁷⁵⁰ bu durum, bir devletin ulusal yasalarının o devlette yürürlükte bulunan bir andlaşmanın veya bütün andlaşmaların hükümlerini aşması, uygulama bakımından ön plana geçmesi⁷⁵¹ olarak

⁷⁴⁵ McDaniel, Ault, Repetti, s. 177.

⁷⁴⁶ Sağlam Meltem, s. 369: “Başka bir ifadeyle, KEYK düzenlemeleri ile vergi anlaşmaları arasında çelişki bulunup bulunmadığı sorundur. 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 kaldırılmasıdır”.

⁷⁴⁷ US Constitution, Article VI, Section 2: “*This Constitution, and the Laws of the ABD which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the ABD, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any Stateto the Contrary notwithstanding*”; Infanti, s. 357.

⁷⁴⁸ Yaltı, Vergi Yükümlüsünün Hakları, s. 22: “Ulusal yasa ile uluslararası anlaşma arasında her zaman kazıistik, deyimisel ve birebir karşılık bulunamayacağına göre, her ikisinin farklı hükümler içermesi, yasa ile anlaşma metninin “çatışması” ya da “çelişmesi” şeklinde anlaşılabilir”.

⁷⁴⁹ Gustafson, s. 186.

⁷⁵⁰ Gustafson, s. 187.

⁷⁵¹ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 82.

tanımlanmaktadır. Ancak elbette bunun yapılması, akit devlete karşı uluslararası hukuktan doğan sorumluluğu da ihlal eder⁷⁵².

Vergilendirme alanında vergi andlaşmalarının aşılması, sonradan çıkarılan ve andlaşma hükümlerinin bertaraf edileceği ifadesini taşıyan ulusal yasalarla sağlanmaktadır. Böylece iç hukuk, andlaşmaların önüne geçmekte ve andlaşmadan doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesi reddedilmektedir⁷⁵³.

ABD’de vergi andlaşmalarının aşımı, 1962 yılında ilk KEYK hükümlerinin yürürlüğe konulması ile başlamıştır⁷⁵⁴. “ABD yerel kurumunun, yabancı bağlı kurumunun, vergi cennetindeki dağıtılmamış gelirlerinin vergilendirilmesi, yabancı bağlı şirketin vergisi kapsamında hesaplanır. Yabancı bağlı şirkete yüklenen dolaysız vergi ise genellikle ABD vergi andlaşmalarını ihlal edecektir; çünkü Amerikan kurumlarının yabancı bağlı şirketleri ABD kaynaklı yatırım geliri elde etmemişlerdir ve ABD sınırları içinde bir işyeri açmak suretiyle faaliyette bulunmamışlardır”⁷⁵⁵.

1962 yılındaki vergi andlaşması aşılması anlamındaki düzenleme ile ABD Kongresi, bir anlamda vergi andlaşmalarını yorumlayan vergi mahkemelerinin yerini almıştır. Ancak düzenleme, mahkemelerin, vergi andlaşmaları kapsamında KEYK hükümlerinin geçerliliği konusunda değerlendirme yapmalarını da bertaraf etmemiştir⁷⁵⁶.

Andlaşmadan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edilmesi yabancı politikada önemli sorunlara yol açacağından, mahkemeler, andlaşmaların, Kongre’nin açık bir niyeti olmadıkça yasa ile mülga edilmiş sayılmasına karar verme konusunda isteksizdirler⁷⁵⁷.

⁷⁵² McDaniel, Ault, Repetti, s. 178; Park William W., Yanos Alexander A., “*Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration*”, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12584292944710/park_treaty_obligations.pdf (15.10.2012): “Anlaşmanın etkinliğini belirtirken, “pacta sunt servanda-ahde vefa” sözü, uluslar arası hukukun önemini vurgulamak için kullanılır”.

⁷⁵³ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 83: “Vergi anlaşmalarının sonradan çıkarılan yasalarla bertaraf edilmesinin en yaygın uygulaması ABD’de görülmektedir”.

⁷⁵⁴ McIntyre Mike, “*A Defense of Treaty Overrides*”, **1/6 Tax Notes** Int’l 611- 614 (December 1989), s. 1; Yazar, sözkonusu makalesinde vergi andlaşması aşımını; açıklayıcı (interpretive), gayrimaddi (nonmaterial) ve olası (prospective) vergi andlaşması aşımı olarak üç grupta incelemiştir; ancak KEYK düzenlemeleri bakımından konu, “açıklayıcı vergi andlaşması aşımı” başlığı altında verilmiştir. Bu çalışmada ise, diğer alt başlık açıklamalarına yer verilmeyerek, sadece KEYK kapsamındaki vergi andlaşması aşımı ile ilgili kısımlardan faydalanılmıştır.

⁷⁵⁵ McIntyre Mike, s. 2

⁷⁵⁶ McIntyre Mike, s. 4.

⁷⁵⁷ McDaniel, Ault, Repetti, s. 179.

Bununla ilgili olarak, Cook v. ABD, 288 US 102 (1933)⁷⁵⁸ davasında Yüksek Temyiz Mahkemesi, şu kararı vermiştir: “Andlaşma, Kongre’nin bu konuda belirgin bir amacı olmadığı ve bunu açıklamadığı sürece, sonra yürürlüğe giren yasa ile yürürlükten kalkmış ya da değiştirilmiş olarak kabul edilemez”.

“Uluslararası alanda, ulusal düzenlemelerin -özellikle “özün şekle üstün önceliği” ilkesi ile kontrol edilen yabancı kurum düzenlemeleri- vergi andlaşmaları ile bir arada uygulanabilmesi tartışmalara yol açmıştır. OECD üyesi ülkelerin büyük çoğunluğu, bu kuralların uygulanabilmesi için vergi andlaşmalarında açık bir hüküm bulunmasına gerek olmadığını savunurken, karşıt görüştekiler ise, ulusal yasalarda düzenlenen konuların zaten andlaşmalarda mevcut olduğunu, özellikle andlaşmada kötüye kullanmalara karşı özel düzenlemeler olduğunu ileri sürmektedirler”⁷⁵⁹.

ABD KEYK hükümlerine baktığımızda ise, vergi andlaşması kapsamında ortaya çıkabilecek sorunlar, “yabancı kurumu kontrol eden Amerikalı hissedarın “ABD’de yerleşik sayılıp sayılamayacağı” ve “yabancı üs şirketlerin (foreign base companies)⁷⁶⁰, belirli kazançlarından dolayı, herhangi bir kar payı almamış olsa bile, vergiye tabi tutulup tutulamayacağıdır ve Amerikan KEYK hükümlerinin uluslararası hukuka uygunluk problemi bugün de hala devam etmektedir”⁷⁶¹.

Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti ile Amerika Birleşik Devletleri Hükümeti Arasında Gelir Üzerinden Alınan Vergilerde Çifte Vergilendirmeyi Önleme ve Vergi Kaçakçılığına Engel Olma Anlaşması’nın⁷⁶² 4.maddesinde⁷⁶³ “yerleşik kişiler” ile ilgili

⁷⁵⁸ <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/288/102/> (15.10.2012).

⁷⁵⁹ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 306.

⁷⁶⁰ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 303: “Üs şirket (base company), özellikle düşük vergi oranlarının geçerli olduğu ülkelerde kurulan ve vergi yükümlüsünün geliri peçelemek ve böylece kendi ülkesindeki vergilerden kaçınmak amacıyla kullandığı şirketlerdir. Bu yöndeki bir vergiden kaçınma olduğu hukuksal yasalardan kaynaklanabileceği gibi vergi anlaşmalarından da kaynaklanabilir. Bu nedenle, üs şirketin kurulu olduğu kaynak devletin lehteki vergi yasaları veya vergi yükümlüsünün mukim olduğu devletle kaynak devleti arasındaki bir vergi anlaşması, ikametgah devletindeki vergileri azaltmak amacıyla diğer devlette üs şirket kurulmasına neden olabilir”.

⁷⁶¹ BlomstrandMaria<http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordId=1556372&fileId=156396> (12.12.2012).

⁷⁶² 26.3.1996 tarihinde imzalanmıştır. 11.12.997 tarih ve 4312 Sayılı Kanunla onaylanmış (RG: 14.12.1997, 23200) olan Bakanlar Kurulu’nun 17.12.1997 tarihli 97/ 10434 Sayılı Kararı (RG: 31.12.1997, 23217).

⁷⁶³ http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/uluslararasi_mevzuat/ABD.htm (12.12.2012): Türkiye- ABD ÇVÖA 4. Madde: “1. Bu Anlaşmanın amaçları bakımından, "bir Akit Devletin mukimi" terimi, o Devletin mevzuatı gereğince ev, ikametgah, yönetim yeri, kurumlaşan yer veya benzer yapıda diğer herhangi bir

düzenlemeye yer verilmiş ve 23.madde⁷⁶⁴ hükmünde de ABD, kendi ülkesinde yerleşik olanlar ve/ veya vatandaşlarının ödeyeceği vergilerin mahsup edilmesinde kendi ülke mevzuat hükümlerini saklı tutmuştur. Üs şirketlerle ilgili olarak ise temel sorun, “özün

kriter nedeniyle vergi mükellefiyeti altına giren kişi anlamına gelir. Şukadar ki, bir ortaklık veya benzeri bünyede vergilenmeyen kuruluşlar (pass-through entities), mamelek veya vakıf tarafından elde edilen veya bunlar tarafından ödenen gelirler yönünden, bu terim yalnızca, sözkonusu ortaklık veya benzeri kuruluş, mamelek veya vakfın elde ettiği gelir, bu Devlette, bir mukimin geliri olarak, gerek bunların kendileri üzerinde gerekse bunların ortaklarının, lehdarlarının, üyelerinin veya vakfedenlerinin üzerinde, vergiye tabi olduğu taktirde uygulanacaktır. Terim, yalnızca o ülkedeki kaynaklardan elde edilen gelir nedeniyle vergiye tabi tutulan herhangi bir kişiyi kapsamaz. 2. 1 inci fıkra hükümleri dolayısıyla bir gerçek kişi her iki Akit Devlette de mukim olduğunda, bu kişinin durumu aşağıdaki kurallara göre belirlenecektir: a) Kişi, daimi olarak kalabileceği bir meskenin bulunduğu Devletin mukimi kabul edilecektir. Eğer bu kişinin her iki Devlette de daimi olarak kalabileceği bir meskeni varsa, kişisel ve ekonomik ilişkilerinin daha yakın olduğu Devletin mukimi kabul edilecektir (hayati menfaatlerin merkezi); b) Eğer kişinin hayati menfaatlerinin merkezinin yer aldığı Devlet saptanamazsa veya kişinin her iki Devlette de daimi olarak kalabileceği bir meskeni yoksa, kalmayı adet edindiği evin bulunduğu Devletin mukimi kabul edilecektir; c) Eğer kişinin her iki Devlette de kalmayı adet edindiği bir ev varsa veya her iki Devlette de böyle bir ev sözkonusu değilse, vatandaşı bulunduğu Devletin mukimi kabul edilecektir; d) Eğer kişi her iki Devletin de vatandaşıysa veya aksine her iki Devletin de vatandaşı değilse, Akit Devletlerin yetkili makamları sorunu karşılıklı anlaşmayla çözeceklerdir. 3. 1 inci fıkra hükümleri dolayısıyla bir şirket her iki Akit Devletin de mukimi olduğunda, bu şirket kuruluş yerinin bulunduğu Devletin mukimi kabul edilecektir. 4. 1 inci fıkra hükümleri dolayısıyla gerçek kişi veya şirket olmayan bir kişi, her iki Akit Devletin de mukimi olduğunda, Akit Devletlerin yetkili makamları sorunu karşılıklı anlaşma yoluyla çözecekler ve bu Anlaşmanın sözkonusu kişiye uygulanış şeklini tespit edeceklerdir”.

⁷⁶⁴ http://www.gib.gov.tr/fileadmin/mevzuat/uluslararası_mevzuat/ABD.htm (12.12.2012): Türkiye- ABD ÇVÖA 23. Madde: “1. Birleşik Devletler, kendi mevzuatındaki sınırlamalar saklı kalmak üzere ve kendi mevzuatının (bu Anlaşmadaki genel prensibi değiştirmeksizin, zaman zaman değiştirilebilen) hükümlerine göre, bir Birleşik Devletler mukiminin veya vatandaşının gelir üzerinden ödeyeceği Birleşik Devletler vergisinden aşağıdaki vergilerin mahsubuna müsaade edecektir: a) Sözkonusu vatandaş veya mukim tarafından veya onların adına Türkiye’de gelir üzerinden ödenen vergiler; ve b) Bir Birleşik Devlet şirketinin, kendisine temettü dağıtan ve Türkiye’de mukim olan bir şirketin, oy gücüne haiz paylarının en az yüzde 10’una sahip olması halinde, temettünün ödendiği kurum kazancı üzerinden, temettü dağıtan şirket tarafından veya onun adına Türkiye’de ödenen vergiler. Bu fıkranın amaçları yönünden, 2 nci Maddenin (Kavranan Vergiler) 2 nci fıkrasının a) bendinde ve 3 üncü fıkrasında bahsedilen vergiler, gelir vergileri olarak kabul edilecektir. 2. Türkiye’nin bir mukimi, bu Anlaşmanın hükümleri gereğince Birleşik Devletler’de ve Türkiye’de vergilendirilebilen bir gelir elde ettiğinde, Türkiye, yabancı vergilerin mahsubuna ilişkin Türk vergi mevzuatı hükümleri saklı kalmak üzere (bu Anlaşmadaki genel prensibi değiştirmeksizin, zaman zaman değiştirilebilen), Birleşik Devletler’de gelir üzerinden ödenen vergiye eşit bir miktarın, bu kişinin geliri üzerinden ödeyeceği vergiden mahsubuna müsaade edecektir. Bununla beraber, sözkonusu mahsup, Birleşik Devletler’de vergiye tabi gelir için, mahsuptan önce Türkiye’de hesaplanan gelir vergisi tutarını aşmayacaktır. 3. Bu Maddeye uygun olarak çifte vergilendirmenin önlenmesi amacıyla ve yabancı vergi mahsubunu sınırlandırmak üzere Akit Devletin iç mevzuatında yer alan kaynak kuralları saklı kalmak üzere, bir Akit Devlet mukiminin elde ettiği ve bu Anlaşmaya göre diğer Akit Devlette vergilendirilebilen gelir (1 inci Maddenin (Kişilere İlişkin Kapsam) 3 üncü fıkrasına göre, yalnızca vatandaşlık dolayısıyla vergilendirilebilenler hariç), bu diğer Devlette doğmuş kabul edilecektir. Bu fıkra kuralları, 2 nci Maddenin (Kavranan Vergiler) 2 nci fıkrasının a) bendi ve 3 üncü fıkrasında belirtilen vergilerin dışında kalan yabancı vergilerin Birleşik Devletler vergisinden mahsubuna uygulanmayacaktır”.

şekle önceliği” ilkesinin vergi andlaşması bünyesinde bulunup bulunmadığıdır⁷⁶⁵; ancak Anlaşma’da konu ile ilgili açık bir hüküm yer almamaktadır⁷⁶⁶.

III. Vergilendirmede Bilgi Değişim Andlaşmalarının Önemi

Uluslararası teamül hukuku prensiplerine göre, her devlet, gerçek kişiler, tüzel kişiler ve kendi coğrafi sınırları dahilindeki olaylar üzerinde yasal denetim uygulama konusunda yetkilidir. Bununla birlikte, devletler aynı zamanda kendi coğrafi sınırları dışındaki faaliyetlerle ilgili olarak, kendi vatandaşları ve ülkesindeki yerleşik kişiler üzerinde de yasal denetim uygulama konusunda yetki sahibidirler. Bunun anlamı, uluslararası faaliyetler, bir veya daha fazla ülkede vergilendirmeye tabi olabilir⁷⁶⁷.

ABD, bazı ülkelerle⁷⁶⁸ vergi bilgi değişim andlaşması (tax information exchange agreement- TIEA) akdetmiştir. Bu andlaşmalar, taraf ülkelerdeki temel vergilendirme kurallarında değişiklik yapmaz. Daha çok, bilginin temin edilmesinde kapsamlı bir işbirliği ile vergi yasalarının uygulanmasında her bir ülkeye yardım sağlamaya hizmet eder⁷⁶⁹.

“Son yıllarda akdedilen TIEA’den birisi, ABD ile Antigua ve Barbuda ile yapılmış olan andlaşmadır. Bu andlaşma, genel olarak TIEA’de bulunan genel özellikleri de yansıtmakta olup, 4.madde hükmü şöyledir:

“Taraf ülkelerin her ikisinin vergiye dair yerel yasalarının uygulanması için bilgi değişimi, tespit için, verginin tarhi ve tahsili, vergi alacağının tespiti ve tahsili ya da vergi suçlarının ya da vergi idaresi aleyhindeki suçların inceleme veya yargılamasını içerir”⁷⁷⁰.

Bu yükümlülük açıkça görüldüğü gibi çok geniş kapsamlıdır. Söz konusu hüküm, bilginin, ilişkili olduğu kişi ile bağlı olmaksızın ya da bilginin yerleşik bir kişi ya da ülkelerden birinin vatandaşı olup olmadığına bakılmaksızın uygulanır⁷⁷¹.

⁷⁶⁵ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 306: “ Diğer bir ifadeyle bu kurallar her hal ve karda uygulanabilir mi? Yoksa açık bir hükme gerek var mıdır?”

⁷⁶⁶ Türkiye- ABD ÇVÖA kapsamında KEYK kurallarının uygulanma sorunları için bkz. Altıncı Bölüm, 12., II.

⁷⁶⁷ Gustafson, s. 184.

⁷⁶⁸ Gustafson, s.217, 218: “New Hemisphere ülkeleri: Antigua ve Barbuda, Aruba, Barbados, Bermuda, Costa Rica, Dominica, Dominican Republic, Grenada, Guyana, Honduras, Jamaica, Mexico, Netherlands Antilles, Peru, St. Lucia, Trinidad and Tobago”.

⁷⁶⁹ Gustafson, s. 217.

⁷⁷⁰ Gustafson, s. 218.

Sözleşmeye konu bilgilerin türleri de oldukça geniş kapsamlı olup, şahit ifadeleri ve orijinal belgelerin onaylı kopyaları (kitaplar, yazılar, anlaşmalar, kayıtlar, hesaplar ve yazışmalar) kapsar ve bu ifade ve belgeler talep eden ülkenin idari uygulaması ile yasalarına göre elde edilmiş sayılır⁷⁷².

Vergi andlaşmalarında US Modeli, hem bilgi değişimi sisteminin amacını hem de bu amacın nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin kapsamı genişletmektedir. US Modeli'nde bilgi değişimi en baştan beri andlaşma kapsamında yer alan vergiler ile sınırlı olmayıp, her tür vergiyi kapsamaktadır. Bunun nedeni, ABD'de birçok federal verginin beyan esasına dayanması ve mükelleflerin diğer Avrupa ülkelerinde olduğundan çok daha az bir incelemeye tabi tutulmalarıdır. Örneğin ABD, daha karmaşık inceleme yöntemleri uygulayan devletlere nazaran bilgi değişimi aracılığıyla elde edilen bilgilere daha çok dayanmak ve itibar etmek zorundadır⁷⁷³.

⁷⁷¹ Gustafson, s. 219.

⁷⁷² Gustafson, s. 219.

⁷⁷³ Öner Cihat, **Uluslararası Alanda Vergi İdareleri Arası Bilgi Değişimi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2010. s. 108: "Bilgi değişimi yükümlülüğü ABD Modeli'nde şahit ifadeleri, belgelerin onaylı kopyaları, kayıtlar, defterler, muhasebe kayıt ve tutanakları gibi dokümanların sağlanmasını da kapsamaktadır. Bu şekilde elde edilen bilgilerin mahkemelerde delil olarak kullanılması kolaylaştırılmakta ayrıca tahsilatta yardımlaşma konusu da yer almaktadır".

12. TÜRK HUKUKU

I. Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi

KVK 7 (1) maddesine göre; Tam mükellef gerçek kişi ve kurumların sermayesinin, kâr payının veya oy kullanma hakkının en az % 50'sine sahip olmak suretiyle kontrol ettikleri yurt dışı iştiraklerinin kurum kazançları, dağıtılsın veya dağıtılmasın, Türkiye'de vergiye tâbidir.

Tam mükellef kurumlar ile tam mükellef gerçek kişilerin yurt dışında kurulu yabancı bir iştirake birlikte ortak olmaları halinde; tam mükellef gerçek kişilerin elinde bulunan iştirak hisseleri, tam mükellef kurumların iştirak hisseleri ile birlikte dikkate alınarak, yurt dışında kurulu iştirakin kontrol edilen yabancı kurum olup olmadığı tespit edilir ve sözkonusu yabancı kurumun, bulunduğu ülkede elde ettiği kurum kazancı, Türkiye'deki tam mükellef gerçek kişi ve kurumların vergi matrahlarına ilave edilir.

1. Vergilendirme Yöntemleri

a) Kurum Kazancı Olarak

aa) KVK 8

KVK 1.maddesine göre; *sermaye şirketleri, kooperatifler, iktisadi kamu kuruluşları, dernek veya vakıflara ait iktisadi işletmeler ve iş ortaklıklarının kazançları, kurumlar vergisine tabidir ve kurum kazancı, gelir vergisinin konusuna giren gelir unsurlarından oluşur*".

KVK'nın, kurum kazancının tespit edilmesinde atıf yaptığı GVK 2.maddesine göre⁷⁷⁴, kurum kazancı, esas olarak, GVK 2.maddede tanımlanan gelir çeşitlerinden⁷⁷⁵

⁷⁷⁴ GVK 2 "1. Ticarî kazançlar, 2. Ziraî kazançlar, 3. Ücretler, 4. Serbest meslek kazançları, 5. Gayrimenkul sermaye iratları, 6. Menkul sermaye iratları, 7. Diğer kazanç ve iratlar" dır.

⁷⁷⁵ Saban, Vergi Hukuku, s. 279: "GVK'nun 2.madde başlığı "gelir unsurları" olmasına rağmen, burada kavramsal bir yanlışlık vardır. Unsur, birleşik bir şeyi oluşturan elemanlara gönderme yapar. O halde gelir unsurları terimini kullandığımızda bu yedi elemanın oluşturduğu bir bütünden söz ediyoruz, demektir ve yedisi birlikte olmadığında vergilendirilecek gelir olmayacak diye düşünmemiz gerekir. Bu da doğru değildir.

oluşmaktadır ve bu gelir çeşitlerinin bir veya birkaçından ya da hepsinden elde edilen kazanç ve iratların tamamı, elde eden kurum yönünden bir bütün olarak “kurum kazancı”dır ve vergilendirilecek kurum kazancı da “safı kurum kazancı” olacaktır⁷⁷⁶.

Bu noktada, kurum kazancı yönünden en önemli gelir türünün GVK 37.maddesindeki ticari kazanç⁷⁷⁷ olduğunu söylemeliyiz. Yasa maddesi, ticari kazancı, “ticari faaliyet ve sınai faaliyetten” doğan kazanç olarak tanımlamış, ayrıca belirli faaliyetleri tek tek göstermek suretiyle, bunların da ticari kazanç kapsamında değerlendirileceğini hükme bağlamıştır. Fakat dikkat edilmesi gereken husus, ticari faaliyetin sadece madde metninde 7 bent halinde sayılanlarla sınırlı olmadığı, her türlü ticari ve sınai faaliyetten doğan kazancın⁷⁷⁸, ticari kazanç olacaktır.

Vergi sistemi içerisinde tam mükellefiyete tabi kurumların vergilendirilmesinde esas, tam mükellef kurumun bir hesap dönemi içinde yapmış bulunduğu faaliyetlerden sağladığı kurum kazançları ile yurt içi ve yurt dışında bulunan iştiraklerinden elde ettikleri kar paylarının birleştirilmek suretiyle vergilendirilmesidir⁷⁷⁹.

Burada terim yanlışlığı olduğu tespitini yaparak, doğru terimin “gelirin sınıflandırılması-türleri” olduğunu belirliyoruz”. Bu nedenle bu çalışmada, “gelir türleri” kavramı kullanılmıştır.

⁷⁷⁶ Uysal, Eroğlu, s. 308.

⁷⁷⁷ GVK 37: “Her türlü ticari ve sınai faaliyetlerden doğan kazançlar ticari kazançtır. Bu kanunun uygulanmasında, aşağıda yazılı kazançlar ticari kazanç sayılır: 1. Maden, taş ve kireç ocakları, kum ve çakıl istihsal yerleri ile tuğla ve kiremit harmanlarının işletilmesinden; 2. Coberlik işlerinden; 3. Özel okul ve hastanelerle benzeri yerlerin işletilmesinden; 4. Gayrimenkullerin alım, satım ve inşaa işleriyle devamlı olarak uğraşanların bu işlerinden; 5. Kendi nam ve hesaplarına menkul kıymet alım-satımı ile devamlı olarak uğraşanların bu faaliyetlerinden; 6. Satın alınan veya trampa suretiyle iktisap olunan arazinin iktisap tarihinden itibaren 5 yıl içinde parsellenerek bu müddet içinde veya daha sonraki yıllarda kısmen veya tamamen satılmasından; elde edilen kazançlar. 7. Diş protezciliğinden elde edilen kazançlar. Kollektif ortaklıklarda ortakların, adi veya eshamlı komandit ortaklıklarda komandite ortakların ortaklık karından aldıkları paylar şahsi ticari kazanç hükmündedir. (66’ncı madde hükmü mahfuzdur.) Ticari kazanç, Vergi Usul Kanunu hükümlerine ve bu kanunda yazılı gerçek (Bilanço veya işletme hesabı esası) veya basit usullere göre tespit edilir. Özel okul ve hastanelerle benzeri yerleri işleten serbest meslek erbabı, serbest meslek kazançlarını da işletmenin kayıtlarına ithal edebilirler”.

⁷⁷⁸ Çeker Mustafa, **Ticaret Hukuku**, Karahan Kitabevi, 5.Baskı, Adana 2012, s.3-5. TTK’da ise, “ticari faaliyet” kavramı yerine TTK 3.maddesinde; “Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir” denilmek suretiyle, “ticari iş” kavramına yer verilmiştir. Poroy Reha, Yasaman Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, Ekim 2012, 14.Baskı, İstanbul, s. 71-75: “Ticaret hukuku açısından ele aldığımızda, ticari faaliyet düzenlemesinde, ticari faaliyetin süjesi olan taciri esas alan “sübjektif sistem”, ticari nitelik taşıyan işlemleri esas alan “objektif sistem” ve ticari işletmeyi esas alan “modern sistem” olmak üzere üç farklı model vardır. Yasaya göre; -Bir iş TTK tarafından düzenlenmiş ise ticaridir.- TTK tarafından düzenlenmiş olanlar haricinde bir ticari işletmeyi ilgilendiren işler de ticari iştir.-Bir tacirin borçları da ticari iş kapsamındadır”.

⁷⁷⁹ Uysal, Eroğlu, s. 310.

KVK 6.maddesine göre, kurum kazancı: “(1) Kurumlar vergisi, mükelleflerin bir hesap dönemi içinde elde ettikleri safi kurum kazancı üzerinden hesaplanır.

(2) Safi kurum kazancının tespitinde, Gelir Vergisi Kanununun ticarî kazanç hakkındaki hükümleri uygulanır. Ziraî faaliyetle uğraşan kurumların bu faaliyetinden doğan kazançlarının tespitinde, Gelir Vergisi Kanununun 59 uncu maddesinin son fıkra hükmü de dikkate alınır”.

Kurumlar vergisi mükellefleri de kural olarak bilanço esasında defter tutan kurumlardan olduğundan, bunların kazançlarının GVK’nın bilanço esasında ticari kazancın tespiti hükümlerine göre belirlenmesi, GVK 40.maddesinin⁷⁸⁰ uygulanmasından sonra KVK 8.maddesi⁷⁸¹ çerçevesinde indirilecek giderler, 11.maddedeki indirilmeyecek giderler ve 9 ve 10.maddedeki diğer indirimlerin de uygulanarak hesaplanması gerekir⁷⁸².

⁷⁸⁰ GVK 40: “İndirilecek Giderler: Safi kazancın tespit edilmesi için, aşağıdaki giderlerin indirilmesi kabul edilir:1. Ticari kazancın elde edilmesi ve idame ettirilmesi için yapılan genel giderler; (İhracat, yurt dışında inşaat, onarma, montaj ve taşımacılık faaliyetlerinde bulunan mükellefler, bu bentte yazılı giderlere ilaveten bu faaliyetlerden döviz olarak elde ettikleri hâsılatın binde beşini aşmamak şartıyla yurt dışındaki bu işlerle ilgili giderlerine karşılık olmak üzere götürü olarak hesapladıkları giderleri de indirebilirler.)2. Hizmetli ve işçilerin iş yerinde veya iş yerinin müstemilatında iâşe ve ibate giderleri, tedavi ve ilaç giderleri, sigorta primleri ve emekli aidatı (Bu primlerin ve aidatın istirdat edilmemek üzere Türkiye’de kain sigorta şirketlerine veya emekli ve yardım sandıklarına ödenmiş olması ve emekli ve yardım sandıklarının tüzel kişiliği haiz bulunmaları şartıyla), 27’nci maddede yazılı giyim giderleri;3. İşle ilgili olmak şartıyla, mukavelenameye veya ilama veya kanun emrine istinaden ödenen zarar, ziyan ve tazminatlar;4. İşle ilgili ve yapılan işin ehemmiyeti ve genişliği ile mütenasip seyahat ve ikamet giderleri (Seyahat maksadının gerektirdiği süreye maksur olmak şartıyla);5. Kiralama yoluyla edinilen veya işletmeye dahil olan ve işte kullanılan taşıtların giderleri 6. İşletme ile ilgili olmak şartıyla; bina, arazi, gider, istihlak, damga, belediye vergileri, harçlar ve kaydiyeler gibi aynı vergi, resim ve harçlar;7. Vergi Usul Kanunu hükümlerine göre ayrılan amortismanlar. 8. İşverenlerce, Sendikalar Kanunu hükümlerine göre sendikalara ödenen aidatlar (şu kadar ki; ödenen aidatın bir aylık tutarı, işyerinde işçilere ödenen çıplak ücretin bir günlük toplamını aşamaz).9. İşverenler tarafından ücretliler adına bireysel emeklilik sistemine ödenen katkı payları. (Gerek işverenler gerekse ücretliler tarafından bireysel emeklilik sistemine ödenen ve vergi matrahının tespitinde dikkate alınan katkı paylarının toplamı bu Kanunun 63 üncü maddesinin birinci fıkrasının (3) numaralı bendinde belirlenen oran ve haddi aşamaz.)10. Fakirlere yardım amacıyla gıda bankacılığı faaliyetinde bulunan dernek ve vakıflara Maliye Bakanlığınca belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde bağışlanan maddelerinin maliyet bedeli”.

⁷⁸¹ KVK 8: “İndirilecek Giderler: a) Menkul kıymet ihraç giderleri. b) Kuruluş ve örgütlenme giderleri. c) Genel kurul toplantıları için yapılan giderler ile birleşme, devir, bölünme, fesih ve tasfiye giderleri. ç) Sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlerde komandite ortağın kâr payı. d) Katılım bankalarınca katılma hesabı karşılığında ödenen kâr payları. e) Sigorta ve reasürans şirketlerinde bilanço gününde hükmü devam eden sigorta sözleşmelerine ait olup, aşağıda belirtilen teknik karşılıklar;1) Muallak hasar ve tazminat karşılıkları; tahakkuk etmiş ve hesaben tespit edilmiş hasar ve tazminat bedelleri veya bu hesap yapılmamışsa hasar ve tazminatın ve bunlarla ilgili tüm masrafların tahmini değerleri ile gerçekleşmiş, ancak rapor edilmemiş hasar ve tazminat bedelleri ve bunlara ilişkin masraflardan, reasürör payı düşüldükten sonra kalan tutar ile saklama payına isabet eden muallak hasar karşılığı yeterlilik farklarından oluşur.2) Kazanılmamış prim karşılıkları; yürürlükte bulunan sigorta sözleşmeleri için tahakkuk etmiş primlerden,

Kurum kazancının tespitine yönelik hesaplamalar sonucu, kurumun vergi matrahı, yani üzerinden vergi hesaplanacak ekonomik birimi⁷⁸³ tespit edilecek ve eğer söz konusu kurumun, yasada belirtilen şartları taşıyan bir “kontrol edilen yurt dışı iştiraki” var ise, bu iştirakin elde etmiş olduğu kar, kurumun matrahına hisseleri oranında dahil edilecektir.

Kurumlar vergisi mükelleflerinin, yabancı iştiraklerinin elde ettikleri kazançlar, önce o ülke kanunlarına göre vergilendirilir ve sonra kar dağıtımı yapılır. Karların nasıl bir vergilendirme rejimine tabi tutulacağı ise iştirak eden kurumun ait olduğu ülkenin vergi mevzuatına bakılarak belirlenir.⁷⁸⁴

Türk vergi mevzuatında ise, yabancı iştiraklerden sağlanan karların vergilemeye tabi tutulabilmesi, her şeyden önce bunların dağıtımına bağlanmıştır. Bu esasın sonucu olarak kurum, kar dağıtmadığı sürece iştirak eden kurumca elde edilen gelir olmayacağından vergileme de yapılmayacaktır. İştirakin bulunduğu ülkede kurumlar vergisi yükünün düşük tutmasının üzerine bir de bu kurum karlarını ayrıca dağıtmayarak, iştirak eden kurum açısından vergi planlaması ve vergi ertelenmesine imkan verilmesi iştirak eden kurumun yabancı ülkedeki iştirak kazançlarına devletin farklı bir bakış getirilmesini zorunlu kılmış⁷⁸⁵ ve KVK’da vergi güvenlik müessesesi olarak 7.maddede, KEYK düzenlemesi getirilmiştir.

komisyonlar düşüldükten sonra kalan tutarın gün esasına göre bilânço gününden sonraya sarkan kısmından, aynı esasa göre hesaplanan reasürör payının düşülmesinden sonra kalan tutardır. Ancak bu tutar, nakliyat emtia sigortalarında, yıllık primin komisyon düşüldükten sonraki tutarından şirketlerin kendi saklama paylarında kalanının % 25’ini geçemez. Kazanılmamış prim karşılığının gün esasına göre hesaplanması mümkün olmayan reasürans ve retrosesyon işlemlerinde 1/8 yöntemi uygulanabilir.3) Hayat sigortalarında matematik karşılıklar, her sözleşme üzerinden ayrı ayrı hesaplanır. Karşılıkların, gelirleri vergiden istisna edilmiş olan menkul kıymetlere yatırılan kısmına ait faiz ve kâr payları, giderler arasında gösterilemez. Dengeleme karşılığı; takip eden hesap dönemlerinde meydana gelebilecek tazminat oranlarındaki dalgalanmaları dengelemek ve katastrofik riskleri karşılamak üzere sadece deprem ve mühendislik sigorta branşlarında verilen deprem teminatı için hesaplanan dengeleme karşılıklarından oluşur.5) Bir bilânço döneminde ayrılan sigorta teknik karşılıkları, ertesi bilânço döneminde aynen kâra eklenir”.

⁷⁸² Öztürk Bünyamin, **Sermaye Şirketlerinde Kurumlar Vergisi ve Kar Dağıtımı**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Nisan 2007, s. 63, 64.

⁷⁸³ Öncel, Kumrulu, Çağan, s.87.

⁷⁸⁴ Şenyüz, Kontrol Edilen Yabancı İştirakler, s. 25.

⁷⁸⁵ Şenyüz, Kontrol Edilen Yabancı İştirakler, s. 25.

KEYK düzenlemesi kapsamında, KVK 7 (4) maddede şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“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”. KVK 7(5)’e göre ise; “Bu maddeye göre Türkiye’de vergilenmiş kazancın yurt dışındaki kurum tarafından sonradan dağıtılması durumunda, elde edilen kâr paylarının vergilenmemiş kısmı kurumlar vergisine tâbi tutulur”.

Sözkonusu düzenlemeye göre, tam mükellef kurum, yurt dışındaki iştirakteki hissesi (kontrol oranı) ne kadar ise, bu orana göre vergi ödeyecektir ve bu hesaplamada yurt dışı iştirakin elde ettiği kar esas alınacaktır. Ancak KVK düzenlemesinde, yurt dışı iştirakin elde edeceği kazanca dair herhangi bir düzenleme bulunmadığı gibi, hissedarın hissesi ile orantılı katlanacağı vergi yükü konusunda da herhangi bir istisna ya da muafiyet hükmüne yer verilmemiştir.

bb) Genel Tebliğ 7.3

Tebliğ’in 7.3. maddesinde yer alan düzenleme de şöyledir:

“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.

Kontrol edilen yabancı kurumun geçmiş yıl zararları nedeniyle dağıtılabılır kârının olmaması durumunda Türkiye’de vergilendirilecek bir kazançtan söz edilemeyecektir. Yurt dışı iştirakten 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.

Tam mükellef kurumlar ile birlikte tam mükellef gerçek kişilerin de kontrol edilen yabancı kuruma ortak olmaları halinde, gerçek kişilerin elinde bulunan hisse senetleri ve iştirak hisseleri yurt dışında kurulu şirketin kontrol edilen yabancı kurum olup olmadığının tespitinde dikkate alınacaktır. Bununla birlikte; söz konusu gerçek kişilerin kontrol edilen yabancı kurum üzerinden elde edebilecekleri kazançlar, bu madde kapsamında değerlendirilmeyecek, sadece tam mükellef kurum tarafından elde edilen kazançlar bu madde kapsamında kurumlar vergisine tabi tutulacaktır.

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.

Öte yandan, kontrol edilen yabancı kurumun zararlarının söz konusu kuruma iştirak eden tam mükellef kurumların kazançlarının tespitinde dikkate alınabilmesi mümkün bulunmamaktadır.”

Tebliğ düzenlemesinden de anlaşılacağı gibi, yurtdışı iştiraklerin Türkiye’de vergiye tabi tutulacak karları, vergi öncesi kurum kazancı yani, sözkonusu yurtdışı iştirakin hesap dönemi sonu itibarıyla gelir tablosunda yer alan vergi öncesi kurum kazancı olacak ve Türkiye’de vergiye tabi tutulacak kurum kazancı da, Türkiye’deki kurumun yurtdışı iştirakinde, ilgili hesap dönemi içerisinde sahip olduğu en yüksek hisse oranı dikkate alınmak suretiyle bulunacaktır⁷⁸⁶.

⁷⁸⁶ Gündoğdu Burhan, “Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) Kazancı”, **Yaklaşım**, Yıl: 15, Sayı: 174, Haziran 2007, s. 118. Şenyüz, Kontrol Edilen Yabancı İştirakler, s. 29: “Örneğin yabancı kurumun kazancı 100 birim, bu ülkede vergi oranı %8 olduğunda hesaplanan vergi, 8 birim, vergi sonrası kazanç 92 birim olur. Türkiye’de kurumlar vergisi matrahına dahil edilerek, vergiye tabi tutulacak kazancın tespitinde iştirakin vergi öncesi kurum kazancı olan 100 birim dikkate alınacaktır”.

Eğer yıl içerisinde ortak olunan yurt dışı iştirakin hisseleri, hesap döneminin son gününe gelmeden herhangi bir muvazaa olmaksızın elden çıkarılmış ise bu madde hükümleri uygulanmayacaktır⁷⁸⁷.

Tebliğ'in 7.5. maddesine göre; *“Yurt dışı iştirakin kontrol edilen yabancı kurum kazancı kapsamında Türkiye’de vergilendirilmiş kazancının yurt dışındaki kurum tarafından sonradan dağıtılması halinde, elde edilen kâr paylarının daha önce Türkiye’de vergilendirilmiş kısmı ayrıca vergilendirilmeyecektir.*

*Ancak, daha sonraki yıllarda, kontrol edilen yabancı kurumun Türkiye’de vergiye tabi tutulmuş kazancından daha fazla kâr payı dağıtılması halinde, aşan kısım kurumlar vergisine tabi tutulacaktır*⁷⁸⁸.

Kontrol edilen yabancı kurumun karının sermayeye eklenmesi durumunda da sözkonusu kazancın dağıtılmış kar payı gibi değerlendirilerek vergilendirilmesi yerinde görülmüş ve bu husus 1 Seri No’lu KVK Genel Tebliği’nin 7.3. numaralı “Tam mükellef kurumların kurumlar vergisi matrahına dahil edilecek kontrol edilen yabancı kurum kazancı” başlığı altında düzenlenmiştir⁷⁸⁹.

⁷⁸⁷ Şenyüz, Kontrol Edilen Yabancı İştirakler, s.29.

⁷⁸⁸ Şenyüz, Kontrol Edilen Yabancı İştirakler s.25: “Kontrol edilen yabancı kurumların belirli nitelikteki kazançlarının ödenecek kurumlar vergisine ulaşmaya kadar geçirilen dört aşamadaki yerini, vergilendirme bütünlüğü içinde görebilmek açısından şu tabloyu verebiliriz:“ I.Aşama: Safi Kurum Kazancının Tespiti: Gayrisafi hasılat – Giderler = Safi Kurum Kazancı, II.Aşama : Vergiye Tabi Matrah: Safi Kurum kazancı – (İndirimler + KEYK)= Vergiye Tabi Matrah – Zararlar- Bağış ve Yardımlar – Ar-Ge Harcamaları, III.Aşama : Verginin Tahrinin Hesaplanması : Vergiye Tabi Matrah x 0.20 = Hesaplanan Kurumlar Vergisi, IV.Aşama: Ödenecek Verginin Bulunması : Hesaplanan Kurumlar Vergisi – Mahsuplar = Ödenecek Vergi – Geçici Vergi – Tevkif Edilen Vergiler – Yabancı Ülkelerde Ödenen Vergi”.

⁷⁸⁹ Ateşgaoğlu tarafından sözkonusu düzenlemeye; *“Tebliğ hükmünün bu şekilde kabul edilerek uygulanması halinde, yabancı ülkede kurulu şirketlerin gerçekleştirdikleri her sermaye artırım işlemine, aslında kar payı dağıtım amacıyla yapılmış gibi kabul edilip vergilendirmeye tabi tutulması gerekecektir. Halbuki şirket menfaatleri kazancı sermaye artırımında kullanılmasını gerektirebilir. Böyle bir durumda alınan kararı vergiden kaçınmak amacıyla yapılmış bir işlem gibi değerlendirmek doğru olmaz. Bu çerçevede, kontrol edilen yabancı şirketlerin sermaye ve mali yapılarını irdelemeden bu şirketlerin sermaye artırım işlemlerine yukarıda belirtilen şekilde vergi salınmaması yerinde olacaktır”* gerekçesi ile eleştiri getirilmektedir, Ateşgaoğlu, Kar Payı Dağıtım, s. 202, 203.

cc) Örnek Kurgular

Bu konu ile ilgili, Tebliğ’de yer alan örnek ve diğer örneklere⁷⁹⁰ bakmak gerekir.

Örnek 1: Söz konusu düzenlemeye paralel olarak Tebliğin 7.3. maddesinde yer alan örnek ise şöyledir:

“Yurt dışındaki (KEYK) Şirketinin 20/5/2007 tarihi itibarıyla ortaklık yapısı aşağıdaki gibidir:

	Ortak	Ortaklık	payı
Tam mükellef gerçek kişi (A)			%40
Tam mükellef kurum (B)			%25
Dar mükellef gerçek kişi (C)			%35

Anılan şirket, bulunduğu ülkede 1 Temmuz - 30 Haziran hesap dönemini kullanmaktadır. Şirketin hesap dönemi sonu itibarıyla kurum kazancı 200.000 ABD Doları olup bu kazanç üzerinden bulunduğu ülkede ödemiş olduğu kurumlar vergisi ise 10.000 ABD Dolarıdır. Şirketin gayrisafi hasılatının tamamı pasif nitelikli gelirlerden oluşmaktadır.

30 Haziran 2007 tarihi itibarıyla tam mükellef kurum (B)’nin aktifinde söz konusu (KEYK) Şirketi hisselerinin %5’i bulunmaktadır.

⁷⁹⁰ Erkuş, Ateş, s. 125-126: “Örnek 2: “Belçika’da kurulu Z kurumunun ortaklık payları ve 2006 dönemine ilişkin verileri aşağıdaki gibidir:

Hissedarlar	Tam Mükellef oldukları ülke	Dönem Başı sermaye hisse oranı	Dönem sonu hisse oranı
Q A.Ş.	Belçika	% 30	%45
T A.Ş.	İsveç	% 17	%17
R A.Ş.	Türkiye	%37	%22
Kemal ATA	Türkiye	%16	%16

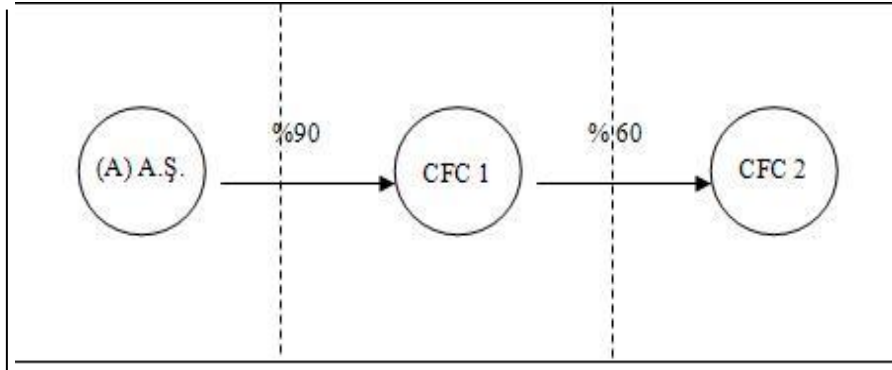
(tam mükellef gerçek kişi)

R A.Ş., 2006 yılında hisselerinin %15’ini T A.Ş.’ye satmıştır. Buna göre Belçik’da kurulu Z A.Ş.’nin KEYK olup olmadığının tespitinde Türkiye’de tam mükellef olan R A.Ş.ve Kemal Ata’ya ait dönem içerisindeki en yüksek oranlar (%37+ % 16= %53) dikkate alınacak, R A.Ş.’nin kurumlar vergisine dahil edilecek kazanç tutarının tespit edilmesinde ise R A.Ş.’nin dönem sonundaki ortaklık hissesi (%22) dikkate alınacaktır”.

Buna göre, tam mükellef gerçek kişi (A)'nın elinde bulunan %40'lık ortaklık payı ile tam mükellef kurum (B)'nin %25'lik ortaklık payı, (KEYK) Şirketinin kontrol edilen yabancı kurum olup olmadığı hususunda birlikte değerlendirilecek olup tam mükellef gerçek kişi (A) ile tam mükellef kurum (B)'nin (KEYK) Şirketine toplam iştirak oranı 20/5/2007 itibarıyla %65 olduğundan (KEYK) Şirketinin 1/7/2006-30/6/2007 hesap dönemi için kontrol edilen yabancı kurum olarak değerlendirilmesi gerekmektedir.

(KEYK) 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.

Bu oran dahilinde hesaplanan ($200.000 \times \%5 =$) 10.000 ABD Doları, tam mükellef kurum (B) tarafından 30/6/2007 tarihi itibarıyla elde edilmiş kâr payı sayılacak ve ikinci geçici vergilendirme döneminin vergi matrahına dahil edilecektir. Söz konusu kazanca isabet eden [yurt dışı iştirakin faaliyette bulunduğu ülkede ödenmiş olan ($10.000 \times \%5 =$) 500 ABD Doları] vergi, Kurumlar Vergisi Kanununun 33 üncü maddesinde yer alan hükümler çerçevesinde Türkiye'de hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilebilecektir.



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 KEYK 2'nin KEYK 1'e kâr dağıtması durumunda); daha önce vergilenen KEYK 2 kârının KEYK 1 kârı olarak tekrar Türkiye'de vergiye tabi tutulması söz konusu olmayacaktır”.

b) Hissedarın Geliri Olarak

Tam mükellef gerçek kişilerin kontrol edilen yabancı kurum üzerinden hisselerine isabet eden kazançlar, GVK 75 (1)-2 bendine göre değerlendirilecektir⁷⁹¹.

GVK 75 (1) maddesinde; “Sahibinin ticari, zirai veya mesleki faaliyeti dışında nakdi sermaye veya para ile temsil edilen değerlerden müteşekkül sermaye dolayısıyla elde ettiği kar payı, faiz, kira ve benzeri iratlar menkul sermaye iradidir” denildikten sonra, “Kaynağı ne olursa olsun aşağıda yazılı iratlar menkul sermaye iradı sayılır” hükmü altında 2.bentte şu düzenlemeye yer verilmiştir:

“2. İştirak hisselerinden doğan kazançlar (Limited Şirket ortaklarının, iş ortaklıklarının ortakları ve komanditerlerin kâr payları ile kooperatiflerin dağıttıkları kazançlar bu zümreye dahildir. Kooperatiflerin ortakları ile yaptıkları muamelelerden doğan kârların ortaklara, kooperatifle yaptıkları muameleler nispetinde tevzii, kazanç dağıtımı sayılmaz.

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”.

Söz konusu madde hükmüne göre, iştirak hisselerinden doğan kazançlar menkul sermaye iradidir.

⁷⁹¹ Uysal, Eroğlu, s. 321.

Esasında, bir menkul sermaye iradı türü olarak kar payının elde edilmesi, genel kurulca karar alınması ve alınan karar uyarınca fiilen dağıtımına başlanması gerekliliğine bağlanmıştır. Her ne kadar şirketin yetkili kurulunun kararı ile ödenen kar payından söz etsek bile kanun koyucu KVK'ya koyduğu özel bir düzenlemeyle dağıtım ve iktisap etme (hukuki ve ekonomik tasarruf imkanını kazanma) esaslarını aşan şekilde de kar payının elde edileceği istisnai bir hal öngörmüş⁷⁹² ve KEYK düzenlemesi yürürlüğe konulmuştur.

“Vergi Tevkifatının Mahsubu” başlıklı GVK 121.maddesine göre; *“Kontrol edilen yabancı kurumlara yapılan ödemeler üzerinden 94 üncü maddesinin ikinci fıkrası uyarınca kesilen vergiler, Türkiye’de yıllık beyannameyle bildirilen kontrol edilen yabancı kurum kârı üzerinden hesaplanacak gelir vergisinden mahsup edilebilir. Mahsup edilecek vergi, kontrol edilen yabancı kurumun bu ödemelerden kaynaklanan kazancına isabet eden gelir vergisinden fazla olamaz”*.

“Yabancı Memleketlerde Ödenen Vergilerin Mahsubu” başlıklı GVK 123.maddesine eklenen hüküm⁷⁹³ ise şöyledir: *“Kontrol edilen yabancı kurumlara ilişkin hükümlerin uygulandığı durumlarda, yurt dışı iştirakin toplam vergi yükünün hesabında esas alınan vergiler, ödenmiş olmaları şartıyla, Türkiye’de vergilendirilecek kontrol edilen yabancı kurum kârları üzerinden hesaplanan gelir vergisinden mahsup edilebilir”*.

Bu hükümle kontrol edilen yabancı kurum kazançlarının üzerinde taşıdığı vergi yükünün Türkiye’de yapılacak vergilemede dikkate alınması sağlanmış olmaktadır.

Yurtdışı kazancın %10’dan fazla vergi yükü taşıması halinde KVK’nın 7.maddesi uyarınca Türkiye’de bir vergileme yapılmamaktadır⁷⁹⁴. Söz konusu vergilerin mahsup konusu yapılması için öncelikle KVK 7 ve GVK 75 (2) maddeleri uyarınca Türkiye’de bir vergileme yapılması, bunun dışında anılan vergilerin kontrol edilen kurum vergi yükünün tespitinde dikkate alınmış ve yurtdışında ödenmiş olması koşulları aranacaktır⁷⁹⁵.

⁷⁹² Ateşagaoglu, Kar Payı Dağıtımı, s. 191.

⁷⁹³ 5615 Sayılı Kanun (RG: 04.04.2007, 26483).

⁷⁹⁴ Küçük Sema, “Kontrol Edilen Yabancı Kurum Tam Mükellef Gerçek Kişi Ortakları Nezdinde Yapılacak Vergileme”, **Yaklaşım**, Yıl: 15, Sayı: 177, Eylül 2007, s. 107.

⁷⁹⁵ Küçük, s. 107. “Bu vergilerin Türkiye’de mahsubunda, tam mükellef gelir vergisi mükellefinin kontrol edilen yabancı kurum karından aldığı pay oranında bir ayrıma tabi tutulması gerekecektir. Örneğin, kontrol edilen (X) yabancı kurumunun ilgili dönem kazancı ile ilgili olarak mahallinde 3.000 Avro kazanç vergisi

c) Vergilerin Beyan Edilmesi

Türk vergi sistemi, esas itibariyle beyan esasına dayanmakta olup, buna göre verginin tarhına esas alınacak matrah unsuru, mükellef tarafından vergi dairesine bildirilir⁷⁹⁶.

Beyan usulüne tabi vergilerde mükellef ya da vergi sorumlusu vergi matrahının saptanmasına esas teşkil edecek bilgi ve olayları yazılı olarak bildirmekte, çoğu zaman saptadığı matraha vergi oranını da uygulayıp, ödeyeceği vergiyi de beyannamesinde göstermektedir⁷⁹⁷.

KVK 7.madde ve Genel Tebliğ'in 7.madde düzenlemelerine baktığımızda, KEYK kazançlarının beyan edilmesi ile ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmediğini görmekteyiz. Ancak 1 Seri No'lu Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hakkında Genel Tebliğ'in⁷⁹⁸ "Mükelleflerden İstenecek Belgeler" başlıklı 7.1 maddesinde belirlenmiştir⁷⁹⁹

ödediğini kabul edelim. Bu durumda tam mükellef gerçek kişi (A), 2007 yılına ilişkin hesaplanan gelir vergisinden (3.000 x %10=) 300 Avro karşılığı vergiyi GVK'nın 123'üncü maddesi uyarınca indirim konusu yapabilecektir. Verginin YTL'ye çevrilmesinde kazanç için uygulanan kur uygulanacaktır. Diğer taraftan kontrol edilen yabancı kurumun bulunduğu ülke dışındaki ülkelerde ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin, söz konusu kurumun Türkiye'de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilmesi mümkün bulunmamaktadır".

⁷⁹⁶ Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Nisan 2007, s. 199.

⁷⁹⁷ Kırbaş, s.99. Candan Turgut, **Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Temmuz 2006, s. 35: "Bu yöntemde, beyannamenin vergi dairesine verilmesi üzerine, bu idarece tahakkuk fişi düzenlenir. Düzenlenen tahakkuk fişinin bir örneği mükellefe veya beyanname mükellef adına başkası tarafından vergi dairesine tevdi edilmişse bu kişiye verilir".

⁷⁹⁸ RG: 18.11.2007, 26704.

⁷⁹⁹ Kurumlar vergisi mükelleflerinin, ilişkili kişilerle bir hesap dönemi içinde yaptıkları mal veya hizmet alım ya da satım işlemleri ile ilgili olarak "Transfer Fiyatlandırması, Kontrol Edilen Yabancı Kurum ve Örtülü Sermayeye İlişkin Formu doldurmaları ve kurumlar vergisi beyannamesi ekinde, bağlı bulunulan vergi dairesine göndermeleri gerekmektedir". Söz konusu düzenlemenin incelenmesinden; 1-Türkiye'de tam mükellef olan bir kurumun, kontrol edilen yabancı kurum niteliğini haiz bir yurt dışı iştiraki olması durumunda, buna dair ayrı bir beyanname vermeyeceği, 2-Türkiye'de bulunan kurumunun kazancını hesaplayarak doldurmuş olduğu GVK beyannamesi veya KVK beyannamesine (Kurumlar Vergisi Beyannamesinin verilmesi ile ilgili düzenlemeler için bkz. KVK 14.maddesi) ek olarak, 3-Gelir İdaresi Başkanlığı tarafından yayınlanan Transfer Fiyatlandırması, Kontrol Edilen Yabancı Kurum ve Örtülü Sermayeye İlişkin Formu imzalayarak, 4-GVK veya KVK beyannamesi ile birlikte bu formu da vermesi gerektiği anlaşılmaktadır (Transfer Fiyatlandırması, Kontrol Edilen Yabancı Kurum ve Örtülü Sermayeye İlişkin Formun Doldurulması Hakkında" Maliye Bakanlığı tarafından 24.4.2008 tarihinde TF-1 /2008/1 sayılı Sirküler yayınlanmıştır.).

2. Vergilendirmede Mahsup

a) KVK 33

KVK 33.maddesinde ayrıntılı biçimde mahsup edilecek kurumlar vergisini indirebilecekleri belirlenmiştir⁸⁰⁰. Örneğin:

(2) 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.

(3) Tam mükellef kurumların doğrudan veya dolaylı olarak sermayesi veya oy hakkının % 25'ine sahip olduğu yurt dışı iştiraklerinden elde ettikleri kâr payları üzerinden Türkiye'de ödenecek kurumlar vergisinden, iştiraklerin bulunduğu ülkelerdeki kâr payı dağıtımına kaynak oluşturan kazançlar üzerinden ödenen gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin kâr payı tutarına isabet eden kısmı mahsup edilebilir. Kazanca ilave edilen kâr

⁸⁰⁰ “KVK 33 (1)Yabancı ülkelerde elde edilerek Türkiye'de genel sonuç hesaplarına intikal ettirilen kazançlardan mahallinde ödenen kurumlar vergisi ve benzeri vergiler, Türkiye'de bu kazançlar üzerinden tarh olunan kurumlar vergisinden indirilebilir.(4) Yurt dışı kazançlar üzerinden Türkiye'de tarh olunacak vergilere mahsup edilebilecek tutar, hiç bir surette yurt dışında elde edilen kazançlara Kanunun 32 nci maddesinde belirtilen kurumlar vergisi oranının uygulanmasıyla bulunacak tutardan fazla olamaz. Bu sınır dahilinde, ilgili bulunduğu kazancın Türkiye'de genel sonuç hesaplarına intikal ettirildiği hesap döneminde tamamen veya kısmen indirilemeyen vergiler, bu dönemi izleyen üçüncü hesap dönemi sonuna kadar indirim konusu yapılabilir. (5) Geçici vergilendirme dönemi içinde yurt dışından elde edilen gelirlerin bulunması halinde, bu gelirler üzerinden elde edildiği ülkelerde kesinti veya diğer şekillerde ödenen vergiler, o dönem için hesaplanan geçici vergi tutarından da mahsup edilebilir. İndirilecek tutar, yurt dışında elde edilen kazançlara Kanunun 32 nci maddesinde belirtilen geçici vergi oranının uygulanmasıyla bulunacak tutardan fazla olamaz. (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. (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. (8) 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. (9) Bu madde hükmünün uygulanmasında, yabancı para ile ödenen vergilere, bunların ilgili bulunduğu kazançların genel sonuç hesaplarına intikali esnasındaki kur uygulanır”.

payı, bu kazançlar üzerinden yurt dışında ödenen gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergiler dahil edilmek suretiyle dikkate alınır.

Vergi cennetleri ile mücadele amacını taşıyan, KVK 30/ 7 maddesine göre de vergi kesintisi ile ilgili kurallar getirilmiştir⁸⁰¹.

KVK 30/7 maddesindeki bu düzenleme ile vergi cennetleriyle mücadele kapsamında yapılan ödemelerin vergi kesintisine tabi tutulması esası getirilmiştir. Ancak, bu ödemeler, KVK 7.madde kapsamına giren kontrol edilen yabancı kuruma yapılırsa, daha sonra kontrol edilen yabancı kurum kazancının Türkiye’de vergilendirilmesinde mükerrer vergilemeye yol açabilir. Bu nedenle, olası mükerrer vergilendirmenin önlenmesi amacını taşıyan KVK 34/3 maddesinde mahsup ile ilgili kurallara yer verilmiştir⁸⁰².

b) Genel Tebliğ 7.4

İştirakin yurt dışında ödediği vergilerin mahsubu ile ilgili düzenleme, Genel Tebliğ’in 7.4. maddesinde ise, KVK 33.maddesindeki düzenlemeye atıf yapılarak, KVK 33 (2) hükmü tekrarlanmış ve yurt dışı iştirakin, bulunduğu ülke dışındaki yerlerde ödediği vergilerin mahsup edilemeyeceği belirtilmiştir. Genel Tebliğ’in 7.4. madde düzenlemesi şöyledir:

“Kurumlar Vergisi Kanununun 33 üncü maddesine göre, yurt dışındaki iştirakin bulunduğu ülkede ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergiler kontrol edilen

⁸⁰¹ “KVK 30/7: Dar mükellefiyete tâbi kurumların aşağıdaki kazanç ve iratları üzerinden, bu kazanç ve iratları avanslar da dahil olmak üzere nakden veya hesaben ödeyen veya tahakkuk ettirenler tarafından % 15 oranında kurumlar vergisi kesintisi yapılır: (7) 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 yerleşik olan veya faaliyette bulunan kurumlara (tam mükellef kurumların bu nitelikteki ülkelerde bulunan iş yerleri dahil) 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 yapılır”.

⁸⁰² “KVK 34/3 (1) Beyannameye gösterilen kazançlardan, Kanunun 15 inci maddesinin birinci fıkrasına ve 30 uncu maddesinin birinci ve ikinci fıkralarına göre kaynağında kesilmiş olan vergiler (hayat sigorta şirketlerinde matematik karşılıkların yatırıma yönlendirilmesinden elde edilen kazanç ve iratlar üzerinden yapılan kesintiler dahil), beyanname üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilir..... (3) Kontrol edilen yabancı kurumlara 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, kontrol edilen yabancı kurumun bu ödemelerden kaynaklanan kazancına isabet eden kurumlar vergisini aşamaz”.

yabancı kurumun Türkiye’de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilebilecektir.

Ancak, kontrol edilen yabancı kurumun bulunduğu ülke dışındaki ülkelerde ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin, söz konusu kurumun Türkiye’de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilmesi mümkün bulunmamaktadır”.

KVK 7.maddenin uygulanmasında yurtdışındaki iştirakin ödemiş olduğu gelir üzerinden alınan vergiler, KVK 33.maddesinde düzenlenen yurtdışında ödenen vergilerin mahsubuna ilişkin hükümlere göre Türkiye’de hesaplanan kurumlar vergisine mahsup edilebilecektir. Böylece yurtdışı iştirakin kazancı üzerinden çifte vergileme yapılması önlenmiş olacaktır⁸⁰³.

Ancak, kontrol edilen yabancı kurumun bulunduğu ülke dışındaki ülkelerde ödemiş olduğu gelir ve kurumlar vergisi benzeri vergilerin söz konusu kurumun Türkiye’de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanan kurumlar vergisine mahsup edilmesi mümkün bulunmamaktadır⁸⁰⁴.

c) Örnek Kurgular

“Örnek 1: “Tam mükellefiyeti haiz (A) A.Ş., yurtdışında kurulu bulunan (B) GmbH’nin %60 oranında ortağıdır. Yurtdışındaki kurumun 2006 yılı kurum kazancının tamamı iştirak ettiği kurumdan elde ettiği 200.000 ABD Doları tutarındaki kar payından ibaret olup, söz konusu kar payı %10 oranında vergi kesintisine tabi tutularak bakiye 180.000 ABD Doları (b) GmbH’ye aktarılmıştır. (B) GmbH, iştirakinden elde ettiği kar payı üzerinden faaliyette bulunduğu ülkede ayrıca %5 oranında kurumlar vergisi ödemiştir. Bu kapsamda, KVK 7.maddesi uyarınca yurtdışında kontrol edilen yabancı kurumun 2006 yılında elde ettiği kazancın (vergi öncesi) tam mükellef kurumun hissesine isabet eden kısmı dağıtılsın dağıtılmasın Türkiye’de kurum kazancına dahil edilecektir. Buna karşılık, kontrol edilen yabancı kurum tarafından faaliyette bulunduğu ülkede ödenen verginin Türkiye’de vergilendirilecek kazancı üzerinden hesaplanacak kurumlar vergisinden mahsup

⁸⁰³ Gündoğdu, s. 120.

⁸⁰⁴ Özmen, s. 51.

edilecektir. Ancak kontrol edilen yabancı kurum tarafından yurtdışında ödenen vergilerin Türkiye’de tarh olunan kurumlar vergisinden mahsup edilmesi mümkün değildir. (1 ABD Doları= 1,5 TL olduğu ve mükellef kurumun başkaca gelir elde etmediği varsayılmıştır).

Kontrol edilen kurum kazancının tam mükellef kurum hissesine

İsabet eden kısmı (200.000 x %60 x 1,5=) 180.000,00 TL

Kurumlar Vergisi Matrahı 180.000,00 TL

Kurumlar Vergisi (180.000,00 x %20=) 36.000,00 TL

Kontrol edilen kurum tarafından faaliyette bulunulan ülkede ödenen verginin Türkiye’de mahsup edilecek kısmı (15.000 x %60=) 9.000,00 TL

Ödenecek kurumlar vergisi (36.000- 9.000=) 27.000,00 TL⁸⁰⁵.

II. Çifte Vergilendirmeyi Önleme Andlaşması

KEYK rejimi, tam mükellef gerçek kişi ve kurumları hedef almakla birlikte, düzenlemenin bir ucunda da yurtdışı iştirakler yer almaktadır ve bu noktada özellikle iştirakin bulunduğu ülke ile imzalanmış bir vergi andlaşması bulunması durumunda, KEYK rejiminin uygulanıp uygulanmayacağı ya da nasıl uygulanacağı konusu önem taşımaktadır⁸⁰⁶.

⁸⁰⁵ Tekin Cem, “Kontrol Edilen Yabancı Tarafından Ödenen Vergilerin Mahsubu”, **Vergi Sorunları**, Sayı: 224, Mayıs 2007. s. 58. Genel Tebliğ 7.4. maddesinde yer alan örnek ise şöyledir: “Örneğin; (A) ülkesinde kurulu (KEYK) Şirketinin kazancı Türkiye’de kontrol edilen yabancı kurum kazancı olarak vergilendirilmekte ve anılan şirketin kâr payı gelirleri dışında herhangi bir geliri bulunmamaktadır. Söz konusu (KEYK) Şirketinin iştiraki durumundaki Malta’da bulunan (Y) Şirketinden elde etmiş olduğu 100.000 ABD Doları kâr payı üzerinden %10 oranında vergi kesintisi yapılmış ve 90.000 ABD Doları (KEYK) Şirketine aktarılmıştır. (KEYK) Şirketi bu kazanç üzerinden (A) ülkesinde %5 oranında kurumlar vergisi ödemiş bulunmaktadır. Buna göre, (KEYK) Şirketinin Türkiye’de kurum kazancına dahil edilerek vergilendirilecek kazancının 90.000 ABD Doları, bu kazanç üzerinden hesaplanan kurumlar vergisinden mahsup edilecek yurt dışında ödenen verginin ise 4.500 ABD Doları olarak dikkate alınması gerekmektedir”. Özmen, s. 55’de ise şu örneğe yer vermiştir: “Vergi cenneti olarak ilan edilen ülkelere birinde yerleşik olan kontrol edilen yabancı kuruma, bu kurumdan satın alınan mal karşılığı yapılan net 70.000 TL. ödeme üzerinden yapılacak 30.000 TL vergi kesintisi daha sonra bu kurumun kazancının Türkiye’deki kontrol eden kurumun vereceği beyannameye dahil edilecek kurum kazancına mahsup edilir. Ancak mahsup edilecek tutar 30.000 TL’nin tamamı değil, sadece 70.000 TL.’lik ödemeden kaynaklanan kazancına isabet edecek kurumlar vergisi tutarı kadar olacaktır”.

⁸⁰⁶ Erdem, s. 137.

KVK ve GVK hükümleri incelendiğinde, KEYK düzenlemesinin Türkiye'nin imzalamış olduğu vergi andlaşmaları ile birlikte nasıl uygulanacağına dair bir hüküm içermediği buna karşın, Genel Tebliğ'in "Kontrol edilen yabancı kurum müessesesinin çifte vergilendirmeyi önleme andlaşmaları karşısındaki durumu" başlıklı 7.6. maddesinde yer alan düzenlemede; *"Yürürlükte bulunan çifte vergilendirmeyi önleme andlaşmaları, Türkiye'nin Kurumlar Vergisi Kanununun 7 inci maddesinde yer alan "Kontrol edilen yabancı kurum kazancı" hükümlerine göre kendi mukimlerini vergileme hakkını sınırlandırmamaktadır. Diğer bir anlatımla, diğer devlet mukimi bir kurum tarafından Türkiye'de mukim bir kuruma kâr payı dağıtılsın ya da dağıtılmasın Kurumlar Vergisi Kanununun "Kontrol edilen yabancı kurum kazancı" hükümleri uygulanacaktır.*

Ancak, diğer bir devlette mukim olan kurum tarafından kontrol edilen yabancı kurum kazancı olarak Türkiye'de vergiye tabi tutulmuş olan kazancın, kâr payı olarak Türkiye'de mukim bir kuruma dağıtıldığı durumlarda, Anlaşmalarda yer alan "Temettüleri"nin vergilendirilmesi ve "Çifte vergilemenin önlenmesi" ile ilgili hükümler normal şekilde uygulanacaktır.

Kaynak ülke tarafından dağıtılan kâr payları üzerinden bir vergileme yapılması ve bu kâr paylarının Türkiye'de kurumlar vergisinden istisna edilmemiş olması durumunda, kâr payının, elde edildiği yıl kurum kazancına eklenerek üzerinden kurumlar vergisinin hesaplanması ve bu kâr payı ile ilgili olarak diğer ülkede ödenen vergilerin anlaşma ve Kurumlar Vergisi Kanununun yurt dışında ödenen vergilerin mahsubuyla ilgili hükümleri çerçevesinde mahsup edilmesi, bu mahsup sonrasında arta kalan bir tutarın mevcut olması halinde, daha önce kontrol edilen yabancı kurum kazancı olarak vergiye tabi tutulmuş bulunan kazanç üzerinden hesaplanıp ödenen kurumlar vergisinin söz konusu kâr payına atfedilen kısmının da kalan tutar üzerinden mahsup edilmesi gerekmektedir Mahsup edilemeyen kısım, kâr payının Türkiye'ye getirilmiş olması kaydıyla iade edilebilecektir.

İlgili anlaşma hükümlerinin, dağıtılan söz konusu kâr payının Türkiye'de istisna edilmesini öngörmesi halinde ise kâr payının dağıtılıp Türkiye'ye getirildiği dönemde daha önce kontrol edilen yabancı kurum kazancı hükümleri çerçevesinde vergilendirilen kazanç üzerinden hesaplanıp ödenen kurumlar vergisinden, dağıtılan kâr payı tutarına isabet eden kısım iade edilebilecektir" hükmüne yer verildiği görülmektedir.

Ancak, ülkemizin taraf olduğu andlaşmaların bazılarında (örneğin Belçika ve Hollanda) ve Amerika ile Türkiye arasındaki ÇVÖA 10.madde 6. Bendinde⁸⁰⁷ de Türkiye’de kurulu tam mükellef kurumların sözkonusu ülkelerdeki iştiraklerinden elde edecekleri temettü gelirlerinin Türkiye’de kurumlar vergisinden istisna edileceği açıkça düzenlenmiştir. Dolayısıyla, vergi andlaşması ile özel düzenlemeye tabi tutulmuş ülkelerdeki iştiraklerin KEYK kapsamına girse dahi vergiye tabi olmaması gerekir⁸⁰⁸.

Kaldı ki Anayasa’nın 90/5 madde⁸⁰⁹ hükmü gereği; vergi andlaşmaları, ulusal düzenlemelere göre öncelikli olduğundan, andlaşma ile KEYK düzenlemeleri arasında bir çatışma olduğunda, özel kanun niteliğinde olan vergi andlaşması hükümlerinin KEYK düzenlemelerine nazaran önceliği olması nedeniyle, KEYK düzenlemeleri kapsamında yapılan tarhiyatlarda, vergi andlaşmalarının uygulanması gerekmektedir⁸¹⁰.

Bununla birlikte Gelir İdaresi’nin görüşü, KEYK düzenlemesinin vergi andlaşmalarından etkilenmeyeceği, başka bir ifadeyle KEYK düzenlemesi kapsamında yapılan tarhiyatlar nedeniyle ortaya çıkan çifte vergilendirmenin önlenmesi için çifte vergilendirme andlaşmalarına başvurulamayacağı yönündedir⁸¹¹ ve İdare’nin sözkonusu değerlendirmesi, KEYK hükümlerinin yürürlüğe konuluş amacı ile bağdaşmaktadır.

⁸⁰⁷ Türkiye-ABD ÇVÖA Madde 10,6.: “Bir Akit Devletin mukimi olan bir şirket diğer Akit Devlette kazanç veya gelir elde ettiğinde, bu diğer Devlet, bu şirket tarafından ödenen temettüler üzerinden herhangi bir vergi alamaz. Bunun istisnasını, sözkonusu temettülerin bu diğer Devletin bir mukimine ödenmesi veya temettü elde ediş olayı ile bu diğer Devlette bulunan bir işyeri veya sabit yer arasında etkin bir bağ bulunması oluşturur”.

⁸⁰⁸ Eyüpgiller, s.41; Erdem, s.162: “Uluslararası hukukun iç hukuka üstünlüğü ilkesi de göz önüne alındığında, iki ülke tarafından karşılıklı anlaşma yolu ile 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 hükümleri uygulanmalıdır”.

⁸⁰⁹ 1982 Anayasası Madde 90/5: “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. 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”.

⁸¹⁰ Sağlam, s.376.

⁸¹¹ Sağlam, s.409: “Ancak bu yoruma uygun bir uygulama, uluslararası hukuk ilkelerinin ihlal edilmesi sonucunu doğuracaktır ve bu nedenle, KEYK düzenlemesi kapsamında Türkiye’de mukim gerçek ve tüzel kişi ortaklara atfedilen gelirlerin vergilendirilmesi sonucu ortaya çıkan uluslar arası çifte vergilendirmenin, ilgili ülke ile imzalanmış bulunan çifte vergilendirmenin önlenmesi anlaşması kapsamında önlenmesi gerekir”; Tekin, Vergilerin Mahsubu, s. 54: “KVK 3.maddesine göre tam mükellef kurumların, gerek yurt içinde gerekse yurtdışında elde ettikleri kazanç ve iratların tamamı üzerinden Türkiye’de vergilendirilmeleri, söz konusu kazancın elde edildiği ülkelerde ilgili mevzuat uyarınca vergilendirilmiş olması durumunda, genel olarak mükerrer vergileme durumunun ortaya çıkmasına neden olacaktır. Ancak tam mükellef kurumların

III. Vergilendirmede Bilgi Değişim Andlaşmalarının Önemi

Vergisel konulardaki uluslararası işbirliğinin temelinde yer alan bilgi değişimi kurumu⁸¹², esas olarak (OECD) Model Konvansiyonunun, 26/1 maddesinde⁸¹³ düzenlenmiş olup, bu çerçevede Türk hukuku açısından, sözkonusu kuruma dayanak oluşturan belgeler, Türkiye'nin taraf olduğu çifte vergilendirmeyi önleme andlaşmalarıdır⁸¹⁴.

Çok uluslu şirketlerin uluslararası vergilendirme esaslarını düzenleyen uluslar üstü bir kurum ve kurallar bulunmadığından, uluslararası alandaki vergilendirme ile ilgili kurallar, şahsılık ve kaynak ilkelerine göre ülkeler tarafından oluşturulan iç hukuk kuralları ve ülkeler arasındaki ikili vergi andlaşmaları çerçevesinde şekillenmektedir⁸¹⁵.

Sözkonusu uluslararası vergi andlaşmalarının içeriği de, yalnız çifte vergilendirmenin önlenmesi ve kaldırılması değildir. Bu amaçla yapılan andlaşmalarda, genellikle devletlerin mali idareleri arasında işbirliği ve karşılıklı bilgi alışverişine ilişkin hükümler de vardır ve uluslararası vergi kaçakçılığı bu yoldan önlenmeye çalışılır. Vergi andlaşmalarına konulan bilgi alışverişine ilişkin hükümler, devlet yönünden, karşılıklı olarak vergilendirme ile ilgili bilgileri talep hakkı ve bu çeşit bilgileri verme zorunluluğunu doğurur⁸¹⁶.

Her ülkenin hukuk mevzuatı, kendi vergi sisteminin öngördüğü kurallara uyulması için vergi idarelerini ihtiyaç duydukları yetki ile donatmış olduğundan vergi idareleri de, kendilerine tanınan bu yetki kapsamında, gizli olmayan ve herkesin ulaşabildiği yargı kararları, içtihatlar, çeşitli raporlar, istatistikler ve araştırmaların yanında kendisine kanunla verilmiş yetkisinin kullanarak kamu veya özel sektörün elinde bulunan ve gizli olan bilgi ve belgeleri isteyebilir ve “bilgi toplama” yetkisi kapsamında vergi denetimi ve vergi tahsili

yurtdışında geliri elde ettikleri ülke ile ÇVÖA mevcut olması halinde vergilendirme yetkisi, anlaşma hükümleri çerçevesinde belirlenecektir”.

⁸¹² Öner, s. 19.

⁸¹³ Öner, s. 29: “Akit devletlerin yetkili makamları, Anlaşma hükümlerinin yürütülmesi ile veya Akit Devletler adına konulan her çeşit ve tanımdaki vergilerle ilgili iç mevzuat hükümlerinin yürütülmesi ve uygulanması ile ya da vergilemeleri Anlaşmaya aykırı olmadığı sürece, Akit Devletler, politik alt bölümleri ya da mahalli idareleri tarafından alınan her çeşit ve tanımdaki vergilerle öngörülebilir ilgisi olan bilgileri değişime tabi tutacaklardır. Bilgi değişimi 1.ve 2.maddelerle sınırlı değildir”.

⁸¹⁴ Öner, s. 28.

⁸¹⁵ Işık Hüseyin, **Çok Uluslu Şirketlerde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye**, Maliye Bakanlığı, Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 2005/ 370, Ankara 2005, s.18.

⁸¹⁶ Çağan, s. 222. Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 320.

açısından gerekli olan bilgileri üçüncü şahıslardan talep edebilir⁸¹⁷. Bu yetkinin hukuksal dayanağı ise, Türkiye'nin imzalamış olduğu ÇVÖA'nın "Bilgi Değişimi" ile ilgili hükümleridir.

Sözkonusu taleple bağlantılı olarak, bilgi değişimi kavramı, en genel ifadeyle, "vergi kaçakçılığına ve vergiden kaçınmaya yönelik düzenlemelerin ortaya çıkarılmasını sağlayacak şekilde, kişi ve kurumlarla ilgili, verginin doğru miktarlarda tahakkuk ve tahsili için gerekli olan bütün bilginin, bir vergi idaresinden diğerine aktarılması"⁸¹⁸ olarak ifade etmektedir.

Günümüzde OECD tarafından hazırlanan model⁸¹⁹ baz olarak alınmakta⁸²⁰ olup, maddeye son şekli 2005 yılında verilmiştir ve halen bu kullanılmaktadır.

"Bilgi değişimi" ile ilgili uluslararası vergilendirme andlaşmalarında yer alan düzenlemeyi daha somut bir biçimde görebilmek için Türkiye- ABD arasında imzalanmış ÇVÖA'nın "Bilgi Değişimi" başlıklı 26.madde hükmü şöyledir:

"1. Akit Devletlerin yetkili makamları, bu Anlaşma hükümlerinin yürütülmesi için gerekli olan bilgileri; bunun yanısıra bu Anlaşmayla uyumsuzluk göstermediği sürece, bu Anlaşma kapsamına giren vergilerle ilgili Akit Devletlerin iç mevzuat hükümlerinin yürütülmesi için gerekli olan bilgileri değişime tabi tutacaklardır. Bilgi değişimi, inci

⁸¹⁷ Kılıç Ramazan, "Vergi Cennetleri ile Mücadelede Bilgi Değişim Anlaşmaları", 25. Türkiye Maliye Sempozyumu, **Kriz Ortamında Vergi Politikalarının Değerlendirilmesi**, Gazi Üniversitesi Maliye-Vergi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara 2011, s. 389.

⁸¹⁸ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 321.

⁸¹⁹ OECD, bilgi değişimi ile ilgili 1963, 1977, 2000 yıllarında madde kapsamı ile ilgili değişiklikler yapmış Sözkonusu değişikliklerin ayrıntısı için bkz. Soydan, s. 326 vd.; Kılıç Ramazan, s. 399: "Yapılan bu değişiklik ile bilgi değişimini öngören 26.madde beş fıkraya bölündü. Birinci fıkra, bilgi değişiminin dolaylı ev dolaysız bütün vergiler için uygulanacağını ifade ederek, vergiler ya da kişiler (mukim veya mukim olmayan) itibariyle bir sınır olmadığını vurgular. 2.fıkra, değişilen bilgilerin gizli tutulacağını garanti altına alır. Elde edilen bilgilerin kimlere verilebileceği ve bu kişilerin de hangi amaçlarla kullanabileceklerini belirtir. 3.fıkra ise daha önceki versiyonlarda ikinci fıkra olarak yer alan ve bilgi değişiminin limitlerini ya da bilgi değişimine gitmenin istisnalarını ifade eden düzenlemelerden oluşur. 2005 modeli ile getirilen asıl önemli değişiklikler 4.ve 5.fıkralarda ifade edilen ve bilgi verme zorunluluğuna ilişkin olan yeni düzenlemelerdir. 4.fıkra, bilgi talep edilmesi halinde, bu bilgilerin talep edilen ülkenin kendi vergi uygulamalarına dönük olarak ihtiyacı olup olmadığına bakılmaksızın toplanmasını ve gönderilmesini ifade eder. Ve son olarak 5.fıkra banka hesaplarının gizliliğinin bilgi değişimi talebini reddetmek için kullanılamayacağını açıkça belirtir".

⁸²⁰ Yaltı Soydan, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, s. 328 : "Ulusal vergi idarelerinin kendi aralarında bilgi değişimlerini öngören çalışmalar, 1921 yılından itibaren Milletler Cemiyeti tarafından başlatılmış ve genel prensipler ortaya konulmuştur. Daha sonra OECD bu çalışmaları devam ettirmiştir. Anlaşmaların diğer işlevi, bir uluslararası vergi kaçakçılığı ve vergiden kaçınmanın önlenmesinde etkin rol alabilmesidir. Bu işlev, çoğunlukla bilgi değişimine ilişkin hükümler aracılığıyla gerçekleşmektedir".

Maddeyle (Kişilere İlişkin Kapsam) sınırlı değildir. Bir Akit Devlet tarafından alınan her türlü bilgi, o Devletin kendi iç mevzuatı çerçevesinde elde ettiği bilgiler gibi gizli tutulacak ve yalnızca bu Anlaşmada belirtilen vergilerin tahakkuk, tahsil veya idaresi ile veya cebri icra ya da kanuni takibatla veya bu hususlardaki şikayet ve itirazlarla ilgil kişi veya makamlara (adli makamlar ve idari kuruluşlar dahil) verilebilecektir. Bu kişi veya makamlar sözkonusu bilgileri yalnızca yukarıda belirtilen amaçlar doğrultusunda kullanacaklardır. Bu kişi veya makamlar sözkonusu bilgileri mahkeme duruşmalarında veya adli kararlar alınırken açıklayabilirler.

2. 1 inci fıkra hükümleri, hiçbir surette bir Akit Devleti:

a) Kendisinin veya diğer Akit Devletin mevzuatına veya idari uygulamalarına uymayacak idari önlemler alma;

b) Kendisinin veya diğer Akit Devletin mevzuatı veya normal idari işlemleri çerçevesinde elde edilemeyen bilgileri sunma;

c) Herhangi bir ticari, sınai, mesleki sırrı veya ticari işlemi aleni hale getiren bilgileri veya aleniyeti kamu düzenine aykırı düşen bilgileri verme yükümlülüğü altına sokacak şekilde yorumlanamaz.

3. Bir Akit Devletin bu Maddeye uygun olarak bilgi talep etmesi halinde, diğer Akit Devlet, ilk bahsedilen Devletin vergisini kendi vergisiymiş ve kendisi tarafından alınacakmış gibi kabul ederek, talep edilen bilgiyi aynı şekil ve kapsamda temin edecektir. Bir Akit Devletin yetkili makamı tarafından özellikle istenmesi halinde, diğer Akit Devletin yetkili makamı bu bilgiyi, kendi mevzuatının, idari usul ve alışkanlıklarının müsaade ettiği azami sınırlar içinde bu Maddeye göre ve talebin amacına uygun düşen bir şekilde temin edecektir.

4. Bu Maddenin amaçları yönünden Anlaşma; 2 nci Madde (Kavranan Vergiler) hükümleri ile bağlı kalınmaksızın, bir Akit Devlette alınan her çeşit vergiye uygulanacaktır”.

KEYK açısından ÇVÖA önemli olan husus, yurt dışında kurulu iştirakle ilgili bilgilerin, andlaşmalara taraf olan ülkelerden talep edilebilmesidir⁸²¹. Aksi takdirde ulusal vergi idarelerinin bilgi edinmeye yönelik olarak kendi kanunlarından doğan yetkilerini diğer ülke üzerinde kullanabilmesi mümkün değildir. Ne vergi müfettişlerini ilgili ülkeye göndererek ihtiyacı olan bilgileri toplayabilir, ne de bu ülkenin denetim elemanlarından böyle bir talepte bulunabilir⁸²².

Uluslararası vergi rekabetinin arttığı bir ortamda, devletler vergi cennetleriyle mücadele etmek amacıyla KEYK rejimi düzenlemelerini uygulamaya başlamaktadırlar. Ancak vergi cennetlerinde bilgi gizliliği uygulamaları ile kurumların ve farklı kurumsal şirketlerin kolaylıkla kurulabilmesi gibi nedenlerle, bağlı işletmelerin dolaylı ya da dolaysız kontrolüyle ilgili düzenlemelerin dışarıda kalması mümkün olmaktadır. Bu nedenle KEYK düzenlemelerinin vergi cennetleriyle bilgi değişim andlaşmaları yoluyla mutlaka desteklenmesi gerekmektedir. Aksi durumda, ortağın bağlı işletme üzerindeki kontrolünün bilinmesi ve /veya ispatlanması mümkün olmayacaktır⁸²³.

⁸²¹ Öner, s.33.

⁸²² Kılıç Ramazan, s. 390.

⁸²³ Öz, KEYK Uygulamaları, s. 46.

13. SONUÇ

KEYK düzenlemeleri, yurtdışındaki yabancı kurumun nitelikleri, bulunduğu ülke, kontrol edilebilme şartları/ kontrol testleri, kurumun ortak ve/ veya hissedarlarının tanımlanması ile sözkonusu kurumların hangi kazançlarından dolayı ortaklarının/ hissedarlarının vergiye tabi tutulacağı hususlarında çeşitli hukuk sistemlerinde farklılıklar göstermektedir. Ancak bu farklılıklar, sadece KEYK’lerin özelliklerine ilişkin olup, sözkonusu düzenlemelerin “vergi kaçırmayı önleme” amacı her yerde aynıdır.

ABD, KEYK yasalarını yürürlüğe koyan ilk ülkedir ve ABD Kongresi tarafından 1962’de yürürlüğe konulan yasa ile belirli özellikteki KEYK gelirlerinden dolayı Amerikalı hissedarların vergiye tabi tutulması yönünde uzlaşa sağlanmış ve bu durum diğer ülkelerdeki çoğu KEYK düzenlemelerinde de yol gösterici olmuştur. Ancak yine bu amaç çerçevesinde çoğu ülke kendi KEYK düzenlemelerinde, ABD Subpart F kurallarından oldukça farklı kuralları kabul etmişlerdir. Türkiye’de ise KEYK ile ilgili düzenlemeler, ancak 2006 yılında yürürlüğe konulmuştur.

Bu çalışmada, yasal mevzuat hükümleri çerçevesinde Türkiye ve ABD’deki KEYK düzenlemeleri ayrıntıları ile incelenmiştir. Her iki ülke düzenlemeleri açısından bir karşılaştırma yapılmak istendiğinde, tespit edilen hususlar ve Türk vergi mevzuatı açısından getirilen öneriler aşağıdaki gibi özetlenebilir:

1) *Kontrol Edilen Yabancı Kurum:* ABD vergi mevzuatında KEYK tanımı; “Amerikalı hissedarlar tarafından, doğrudan, dolaylı ya da zımni olarak, %50’den fazla, oy kullanma hakkına ya da hisse değerine sahip olunan yabancı kurum” olarak verilmektedir. KVK’ya göre ise; Türkiye’de, yurt dışındaki yabancı bir iştirakin KEYK olarak değerlendirilebilmesi için; “Tam mükellef gerçek kişi ve/veya kurumların, doğrudan ya da dolaylı, ayrı ayrı ya da birlikte, yurt dışı iştirakte, en az %50 oranında, sermaye, kar payı ya da oy kullanma hakkına sahip olması” gerekmektedir.

KEYK uygulamaları yönünden bir başka önemli husus da yurt dışındaki yabancı iştirakin sahip olduğu özellikler açısından yapılacak olan değerlendirmedir.

IRC düzenlemelerine baktığımızda, yurt dışındaki yabancı kurum açısından şartlar ile ilgili ayrı bir madde ya da bentte bir düzenleme yapılmamış, bunun yerine yabancı kurumun kazançları ile ilgili ayrıntılı düzenlemelerde, belirli muafiyet ve istisna hükümlerine yer verilmiştir.

KVK'nın 7.maddesinde ise, yurt dışındaki bir iştirakin KEYK olarak nitelendirilebilmesi için, “yabancı ülkedeki efektif vergi yükünün %10'dan az olması, ilgili yıldaki toplam gayrisafi hasılatının 100.000 TL'den fazla olması ve kazançlarının en az %25'inin pasif nitelikli gelirlerden” oluşması şartına yer verilmiştir.

Yasa'da belirtilen sözkonusu şartlar arasında en net biçimde tespit edilecek husus, “100.000 TL'yi aşan bir gayrisafi hasılat tutarıdır” ve bu tutarın Bakanlar Kurulu tarafından her sene belli bir artış miktarına endekslenmeye bağlanmaması da yerinde olmuştur. Çünkü sözkonusu tutar yükseldikçe kontrol edilen yabancı kurumların sayısı arttırılarak bu kurumlar arasında kazanç aktarımları ve Türkiye'de kurumlar vergisine tabi tutulmaktan kurtulma yollarına başvurma eğilimi artacaktır.

IRC'da benzer biçimde “yabancı kurumun brüt kazancı içerisinde, yabancı üs şirket gelirlerinin oranı %5'den az ise veya 1.000.000 \$'dan az ise Subpart F gelirleri oluşmayacağı” şeklinde ifade edilmiştir. Her iki ülke bakımından miktarlar arasındaki bu büyük farklılık ise ülkelerin ticaret hacminden kaynaklanmaktadır. ABD, dünya üzerinde en çok uluslararası işletmelere ve ticaret hacmine sahip olan bir ülkedir ve KEYK hükümlerinin uygulanmasında da “vergi kaçırma amacı” bulunmayan mükelleflerin korunabilmesi için KEYK şartları zorlaştırılmıştır.

2) Kontrol Eden Kişi:

IRC'da yurt dışındaki yabancı bir kurumun KEYK olarak kabul edilebilmesi için, bu kurumu kontrol eden kişinin “Amerikalı hissedar” olması gerekliliği hüküm altına alınmış olup “Amerikalı hissedar da, yabancı bir kurumun doğrudan, dolaylı ya da zımni olarak oy kullanma hakkı hakkı veren hisselerinin en az yüzde 10'una sahip olan Amerikan vatandaşları, ABD'de yerleşik olanlar, yerel ortaklık, yerel kurum, malvarlığı yönetimi,

miras yönetimidir” ve Yasa, bu çerçevede “kontrol eden kişi” açısından da oldukça kapsamlı hükümler içerir.

ABD mevzuatındaki hissedarlık için getirilen “yüzde 10” eşiği ile yabancı kurumda küçük miktarlarda pay sahibi olan Amerikalı kişilerin KEYK kapsamında vergiye tabi tutulmaması amaçlanmıştır; çünkü zaten az miktarda paya sahip olan kişilerin bir kurumda “kontrol hakkına” sahip olduğundan da söz edilemeyecektir.

Türk vergi mevzuatında ise, yurt dışındaki yabancı bir kurumu “kontrol” eden kişi ve kurumlar için getirilen tek şart, “tam mükellef” olmaları gerekliliğidir. Bunun dışında Yasa’da, IRC’da olduğu gibi herhangi bir “hissedarlık eşiğine” yer verilmemiştir. Ancak yabancı bir kurumda, oldukça küçük miktarda bir sermaye ya da kar payına sahip olan bir mükellefin, KEYK vasıtası ile vergi kaçırmak gibi bir amacı olmayabileceği gibi sözkonusu kurumda kimlerin, hangi amaçlarla ne kadar bir paya sahip olduğunu/ olacağını da bilemeyebilir ve bu kurumun KEYK olarak nitelendirilmesi durumunda, fiilen kar payı almamış dahi olsa vergi ödemek durumunda kalabilir. Bu sakıncanın giderilmesi için KVK’da da IRC’da olduğu gibi “hissedarlık için bir alt sınır getirilmesi” ve KEYK hükümlerinin sadece “yabancı kurumu kontrol etmek amacıyla vergi kaçırmayı amaçlayan mükellefleri hedef alması” gerekmektedir.

3) *Kontrol Oranı ve Kontrol Ölçütleri:* Kontrol oranı açısından bir değerlendirme yaptığımızda ise, yabancı bir kurumun “kontrol edildiği”nin kabul edilebilmesi için gerek Türkiye gerekse ABD vergi mevzuatında belirlenmiş olan oranın, yüzde 50 olduğunu görmekteyiz. Bu oran da, ABD’de “oy kullanma hakkı ya da hisse değeri”; Türkiye’de ise “sermaye, oy kullanma hakkı ya da kar payına” göre saptanacaktır.

Yalnız burada özellikle dikkat edilmesi gereken husus, oy kullanma hakkı ile ilgili yapılacak tespittir.

IRC Yönetmelikleri’ne baktığımızda, § 1.957-1 maddesinde; “belirli durumlarda oy kullanma hakkının nominal dağıtımının kontrolün gerçekliği ile çelişkili olduğu zaman gözönüne alınmayacağına” dair düzenleme yapıldığını ve oldukça ayrıntılı örneklere yer

verildiğini görmekteyiz. KVK’da ve Genel Tebliğ’de ise “oy kullanma hakkının tespitinde gerçek durumun araştırılması” gerekliliğine yer verilmemiştir.

Gerçek anlamda oy kullanma yetkisinin kullanımı ve bu yetki dolayısıyla bir yabancı kurumun KEYK olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceği hususlarında ABD yargı kararlarında da önemli “nitelik” tartışmaları yapılmış olmasına karşın bu çalışmanın yazımının tamamlandığı tarihe kadar, “Danıştay’ın önüne herhangi bir uyuşmazlığın gitmemiş olduğu” bilgisi edinilmiştir.

4) *Kontrol Zamanı*: “Yurt dışındaki yabancı kurumun yüzde 50’den fazlasını “kontrol etme” zamanı neye göre hesaplanacaktır” sorusunun cevabı ise, hem KVK hem de IRC’da, “mali yıl içerisinde herhangi bir günde sahip olunan oran dikkate alınacaktır” şeklinde verilmektedir.

Ancak IRC’da bu konuda da farklı bir düzenlemeye daha gidilmiş ve “bir yabancı kurumun vergilendirme dönemi içerisinde ard arda 30 gün boyunca KEYK olarak nitelendirilebilmesi durumunda, bu kurumun Amerikalı hissedarlarının vergiye tabi olacağı” belirtilmiştir. Bir başka deyişle, IRC’da yabancı bir kurumun KEYK olarak kabul edilebilmesine ek bir şart getirilerek, KEYK statüsünde kabul edilmesi zorlaştırılmıştır.

5) *KEYK Statüsünün Belirlenmesinde İştirak*: KEYK düzenlemelerinde esas olan, yabancı bir ülkedeki kurumun vergilendirilmesi değil, bu kurumu kontrol eden mükelleflerin vergilendirilmesidir ve bu anlamda KEYK kazançlarından dolayı vergiye tabi olacak mükellefin, gerçek anlamda bir kurumu kontrol edip etmediğinin tespiti büyük önem taşımaktadır. Bu tespit için de KVK’da; “doğrudan, dolaylı, ayrı ayrı ya da birlikte iştirak” değerlendirmelerinin yapılacağı belirtilmiş iken IRC’da “doğrudan, dolaylı ve zımni iştirak” türleri ile ilgili hükümlere yer verilmiştir ve bu anlamda en zor tespitler, KVK’da “birlikte iştirak”, IRC’da ise “zımni iştirak” çerçevesinde olacaktır.

KVK’da düzenlenen “birlikte iştirak, bir yabancı kurumun sermaye, kar payı ya da oy kullanma hakkının yüzde 50’den fazlasına birden fazla gerçek ya da tüzel kişi tarafından sahip olunmasını” ifade etmektedir ve bu kişiler arasında herhangi bir ilişkinin varlığı aranmamaktadır. Bu durumda, birbirlerini hiç tanımayan ve hiçbir bağlantıları bulunmayan

beş kişinin, yurt dışındaki bir kurumun yüzde 10 hisselerine sahip olması (birlikte iştirak oranı: %50), bu kurumu KEYK statüsüne sokacaktır. Ancak bu durum, yasanın amacına aykırıdır. Çünkü KEYK düzenlemeleri, vergi güvenlik müessesesi olarak, zararlı vergi rekabeti uygulayan ülkelerdeki kurumlar aracılığı ile vergi kaçırılmasının önlenmesine yöneliktir ve burada önemli olan husus, yurt dışındaki kurumu “kontrol” etme amacı ile ortak hareket etmektir.

IRC’da ise, “birlikte iştirak” düzenlemesi yoktur. Bunun yerine çok daha karmaşık bir yapıdaki “zımni iştirak” hükümlerine yer verilmiştir; ancak sözkonusu hükümleri incelediğimizde, esasında bize Türk vergi hukuku açısından da önereceğimiz, “yabancı bir kuruma iştirak eden kişiler arasındaki ilişkiyi açıklayan” kurallar olduğunu görmekteyiz.

Zmni iştirak düzenlemeleri kapsamında, IRC’da ve Yönetmelik hükümlerinde, “birbirleri ile ilişkili” kişilerin kimler olduğu ve bu kişilerin yabancı bir kurumda sahip oldukları hisselerin, sözkonusu kurumun KEYK olarak nitelendirilmesinde nasıl değerlendirileceği detaylı bir biçimde açıklanmıştır.

Türk vergi mevzuatında IRC düzenlemesinde olduğu gibi ayrıca “zımni iştirak” başlığı altında bir düzenleme yapılmasına gerek yoktur. Ancak, KVK’da mutlaka “birlikte iştirak” ile ilgili ayrı bir düzenlemeye yer verilmeli ve bu düzenlemede;

“Yurt dışındaki yabancı bir iştirakin sermaye, kar payı ya da oy kullanma hakkının yüzde 50’den fazlasına “birlikte iştirak” edildiğinin kabul edilmesinde; ilişkili kişiler: 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 kurumlar, ortakların eşleri, ortakların veya eşlerinin üstsoy ve altsoyu ile üçüncü derece dahil yansoy hısımları ve kayın hısımlarıdır”⁸²⁴ şeklinde açıklayıcı bir hükme yer verilip, daha sonra yayınlanacak Tebliğler’de de uygulama esasları ve ayrıntılı örnekler gösterilmelidir.

6) **KEYK Gelirleri:** KEYK hükümleri ile ilgili ABD örneğine baktığımızda en ayrıntılı ve karmaşık düzenlemelerin, KEYK kazançları (Subaprt F gelirleri) ile ilgili

⁸²⁴ Bu öneride “ilişkili kişi” tanımı için, bir başka vergi güvenlik müessesesi olan “transfer fiyatlandırması yoluyla örtülü kazanç dağıtımını” başlıklı KVK 13.madde düzenlemesi esas alınmıştır.

hükümler olduğunu görmekteyiz ve sözkonusu hükümler, Türk vergi mevzuatında yer almayan farklı bir sisteme göre ele alınmış ve Yönetmelikler’de de konu ile ilgili çok fazla sayıda örnek ve açıklamalara yer verilmiştir.

KVK’ya baktığımızda ise, bir yabancı kurumun KEYK olma özelliğini taşıması için sadece elde ettiği “pasif gelir” ile ilgili bir düzenleme getirildiği; ancak sözkonusu iştirakin hangi kazançlarının Türkiye’deki tam mükellef gerçek kişi ve kurumlara kar payı olarak dağıtılmış kabul edileceği ile ilgili- IRC’da olduğu gibi- bir hüküm olmadığı görülmektedir. KVK, “pasif gelir” ile ilgili hiçbir tanıma yer vermediği gibi, kavramın içeriği belirsiz ve tartışmaya çok açıktır.

KVK 7.maddede belirtilen “faaliyeti ile orantılı” ifadesinin de herhangi bir ölçüsü bulunmamaktadır, dolayısıyla, yurt dışındaki bir iştirakin hangi gelirlerinin, hangi ölçüye göre “pasif gelir” olarak nitelendirilebileceği konusundaki belirsizlik, KEYK uygulamasının etkin ve doğru bir biçimde yapılmasının önündeki en önemli engellerden biridir”.

Oysa, KVK’da da yurt dışındaki yabancı iştirakin elde ettiği kazanç türleri açısından IRC örneğinden yola çıkılarak “ilişkili kişiler ile yapılan satış ve hizmetlerden elde edilen gelir” ile “kar payı, faiz, kira, lisans ücreti gibi pasif gelirler” ve “yatırım gelirleri” olarak ayrıntılı bir düzenleme yapılmalı, pasif gelir ile ilgili mutlaka bir tanıma yer verilmeli ve yurt dışı iştirakin Yasa ile içeriği net bir biçimde belirlenmiş kazançları üzerinden Türkiye’deki mükelleflerin hisseleri ile orantılı biçimde vergilendirilmeleri sağlanmalıdır.

KVK’da yer alan mevcut düzenleme, bugünkü hali ile içeriği tamamen belirsiz, yurtdışı iştirakin kazançları ve ortakların arasındaki bağlantı ile ilgili herhangi bir düzenleme içermeyen ve pratikte uygulama olanağı bulunmayan bir hükümdür.

7) *KEYK Kazançlarının Vergilendirilmesi:*

IRC’da “Amerikalı hissedar” kavramına yer verilmiştir ve bu kavram hem gerçek kişi hem de kurumları içine almaktadır. Dolayısı ile hem gerçek kişi hem tüzel kişi

hissedarlar, KEYK kazançlarının, hisseleri ile orantılı miktardaki kısmını, federal gelir vergisi matrahlarına ilave edecektir.

KVK'ya göre yurt dışındaki iştiraki; kontrol eden tam mükellef gerçek kişiler, iştirak kazancının hisselerine düşen miktarı üzerinden “menkul sermaye iradı” olarak gelir vergisine; tam mükellef kurumlar ise iştirakin kazancının hisselerine düşen miktarını “kurum kazancına” ilave ederek, vergilerini GVK ve KVK'da belirtilen süre ve şartlar dailinde ödeyeceklerdir.

8) Vergilerin Beyanı:

Türkiye’de kurumlar açısından kurumlar vergisi beyannamesi ekinde verilecek olan “*Transfer Fiyatlandırması, Kontrol Edilen Yabancı Kurum ve Örtülü Sermayeye İlişkin Form*”da KEYK ile ilgili sadece bir bölüm ve dört sütun bulunmaktadır ve mükelleften bununla ilgili beyanda bulunması talep edilmekte; ancak sözkonusu Form’un, “sadece kurumlar tarafından doldurulacağı” belirtilmektedir. Tam mükellef gerçek kişiler açısından “KEYK kazançlarını” gösterebilecekleri herhangi bir Form olmadığı gibi, Gelir Vergisi Beyannamesi’nde de herhangi bir açıklama satırı yoktur. Daha açık bir ifadeyle, Türkiye’de tam mükellef gerçek bir kişi, vergi kaçırma amacı ile yurt dışında “kontrol ettiği” iştirak kazancını beyan ed-e-meyeceği gibi, kurumlar açısından da sözkonusu Form, KEYK kazançları ile ilgili herhangi bir bildirimde bulunmaktan son derece uzaktır ve bu hali ile vergi idaresinin etkin bir denetim yapması mümkün gözükmemektedir.

Oysa ABD’de IRS tarafından yayınlanan KEYK ile ilgili form incelendiği zaman, son derece ayrıntılı olduğu ve mükellefe, yurt dışındaki kurum, ortakları ve gelirleri ile ilgili detaylı sorular yöneltildiği görülmektedir.

Türk Vergi İdaresi tarafından da yapılması gereken; Kurumlar Vergisi beyannamesine ek, kısa ve beş satırlık bir Form yerine, ABD örneğinden yola çıkılarak, hem tam mükellef gerçek kişi hem de kurumlar açısından, beyannamelerine ek olarak yurtdışı iştirak kazançları ile ilgili tüm ayrıntılı bildirimlerin yapılabileceği yeni ve Transfer Fiyatlandırmasından bağımsız bir “*Kontrol Edilen Yurtdışı İştirak Kazançları Formu*” verme zorunluluğunun getirilmesi ve Örtülü Sermaye, Transfer Fiyatlandırması ve Yurt

Dış Kazançlar Grup Başkanlığı'nın sözkonusu form üzerinden denetim faaliyetlerinin etkin bir biçimde yürütmesidir.

9) *ÇVÖA ile Bilgi Değişim Andlaşmaları:*

ABD, her ne kadar 60'dan fazla ÇVÖA akdetmiş olsa da, KEYK düzenlemeleri ile bu andlaşmalar “aşılmıştır” ve uluslararası hukuka uygunluğu halen tartışılan uygulama devam etmekte, yaptığı sözleşmelerde de “KEYK hükümlerinin uygulanmasını” istisna tutmaktadır. Bununla birlikte, KEYK hükümlerinin uygulanabilmesi etkin bir denetimi sağlayan en önemli faktör, “bilgi değişimi andlaşmalarıdır” ve ABD’de de bilgi değişiminden faydalanılmadan yurt dışı kazançların tespit edilmesi mümkün gözükmemektedir.

Türk vergi hukuku uygulaması açısından baktığımızda da, yurt dışındaki bir iştirakin vergi yükü, kazancı ve ortakları tespitler ise, son derece zordur ve ÇVÖA çerçevesinde “Bilgi değişimi” ile ilgili hükümler olmaksızın uygulanması mümkün değildir.

Ancak Türkiye'nin imzalamış olduğu ÇVÖA'nda bilgi değişimi ile ilgili düzenleme olmakla birlikte, OECD'nin yürütmekte olduğu “zarar verici vergi rekabeti” çalışmaları kapsamında vergi cenneti olarak ilan edilen ülkelerle ÇVÖA bulunmamaktadır. Bu nedenle, Türkiye'nin en azından OECD çalışmalarında vergi cennetleri listesinde yer alan ve OECD ile işbirliğine gitme taahhüdünde bulunan ülkelerle, Türkiye ile olan ekonomik bağları da dikkate alınarak “bilgi değişim andlaşması” imzalanması gerekmektedir⁸²⁵.

⁸²⁵ Öz, KEYK Uygulamaları, s. 49; Budak, s.93; Ak Ahmet, s. 97: “Aslında KVK 30/7 maddesinde vergi cennetleriyle mücadele kapsamında uygulanacak vergi kesintisine ilişkin düzenleme, bu açıdan daha etkili ve yeterlidir. Kontrol edilen yabancı kurum kazançlarının vergilendirilmesi ile ilgili düzenleme ise, şu anki haliyle daha çok vergi cenneti olarak ilan edilecek ülkeler dışında kalan ülkelerdeki iştirakler için uygulama alanı bulabilecektir”.

10) *Uygulanacak Hukuk*: Türkiye’de KEYK ile ilgili bir uyuşmazlıkla karşı karşıya kalındığında, uygulanabilecek tek bir Yasa maddesi ve bir Genel Tebliğ düzenlemesi vardır. Bu bağlamda, vergi idaresi tarafından yapılacak incelemeler de “yurtdışındaki iştirakin -bilgi değişimi çerçevesinde elde edilen- sermaye yapısı, gelirleri, ilgili ülkedeki vergi yükü, toplam gayrisafi hasılatı” açısından sözkonusu mevzuat hükümlerinde yer alan şartların bulunup bulunmadığının “tespitine” yönelik olacaktır. Ancak KEYK hükümlerinin amacına uygun ve etkin bir biçimde uygulanabilmesi açısından vergi idaresinin, sadece “şekil” açısından bir tespit yapması değil, yurt dışındaki iştirak ile ilgili elde ettiği bilgilerde, özellikle sermaye ve ortaklık yapısında hissedarların aralarındaki ilişkinin “özünü” de araştırması ve “gerçek durumu tespit etmesi” gerekmektedir.

Dava konusu olacak uyuşmazlıklar açısından baktığımızda ise, ABD’de KEYK uygulamaları ile ilgili doğrudan ya da dolaylı yasal düzenlemelerin değerlendirildiği pek çok davada “özün şekle önceliği” ilkesinden hareketle bir “nitelendirme” yapılarak yasaların amacına uygun yorumlanarak uygulanması mümkün olmuştur.

Türkiye’de ise, yasal mevzuatta “özün şekle önceliği ilkesi” ifadesi yer almamakla birlikte VUK 3/B’de yer alan “nitelendirme” hükmü kapsamında vergi yargıçlarının, her somut olayda “gerçek duruma” göre bir “nitelendirme” yapması ve yasayı uygulaması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

A Guide To ABD Taxation of Foreign Corporations And Individuals, Arthur Young International, 1976.

Ak Ahmet, Vergi Hukukunda İştirakler, Savaş Yayınevi, Nisan 2009, Ankara.

Akçaoğlu Ertuğrul, Ulusal ve Uluslararası Perspektiften Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi, (atıf şekli: Elektronik Ticaretin Vergilendirilmesi), Mali Akademi Serisi, Yayın No:1, Ankara, 2012.

Akgül Yılmaz Gülay, Kamu Maliyesi, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006

Akipek Jale, Akıntürk Turgut, Türk Medeni Hukuku, Beta Yayınevi, Ocak 2007, Altıncı Bası.

Akkaya Mustafa, Vergi Hukukunda Ekonomik Yaklaşım, Ankara 2002.

Aksar Yusuf, Teoride ve Uygulamada Uluslararası Hukuk I, Seçkin Yayınları, Temmuz 2012.

Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995.

Algan Bülent, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

Altaş Hüseyin, Hasılat ve Şirket Kirası, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Aral Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 1991, 6.Baskı.

Arıkan Zeynep, Türk Vergi Hukukunda Mali İkametgah, Maliye ve Hukuk Yayınları, Mayıs 2007.

Arsan Üren, Vergi Yüğü Üzerinde Bir İnceleme, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:264, 1968.

Ateş Leyla, Vergilendirmede Eşitlik (atıf şekli: Vergilendirmede Eşitlik), Derin Yayınları, Yayın No: 84, İstanbul 2006.

Ateş Leyla, Transfer Fiyatlandırması ve Vergilendirme, Kitabevi, Ankara, Ekim 2011.

Ateşaoğlu Erdem, Menkul Kıymet Gelirlerinin Vergilendirilmesi (atıf şekli: Menkul Kıymet), Legal Yayınevi, İstanbul 2006.

Ateşagaoglu Erdem, Vergi Hukuku Bakımından Anonim Şirketlerde Kar Payı Dağıtımı (Kar Payı Dağıtımı), XII Levha, 1.Baskı, İstanbul, Ocak 2012.

Ault Hugh J., Arnold Brian J., Comparative Income Taxation A Structural Analysis, Second Edition, Aspen Publishers, 2004.

Aydın Erkan, Türk Vergi Sisteminde İktisadi İşletmelere Dahil Kıymetleri Değerleme, Seçkin Yayınları, Kasım 2002.

Avi-Yonah Reuven S., Ring Diane M., Brauner Yariv, U.S. International Taxation, Third Edition, Thomson Reuters, 2011.

Avi-Yonah Reuven S., International Tax as International Law, Cambridge University Press, 2007.

Barlass İrfan, Türk Vergi Hukukunda Değersiz, Şüpheli ve Vazgeçilen Alacaklar, XII Levha, 1.Baskı, İstanbul, Ekim 2011.

Bilici Nurettin, Vergi Hukuku, 23. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2010.

Bilici Nurettin, Avrupa Birliği ve Türkiye, Seçkin Yayınevi, 5.Baskı, Ankara 2012.

Bischel Jon E., Feinschreiber Robert, Fundamentals of International Taxation, Second Edition, 1985, Practising Law Institute New York City.

Bittker Boris I., Eustice James S., Goldstein Gersham, Federal Income Taxation Of Corporations And Shareholders, Seventh Edition, Warren, Gorham & Lamont.

Budak Tamer, Türk Vergi Hukukunda Anayasal Ölçüt: Mali Güç, XII Levha, 1.Baskı, İstanbul, Kasım 2010.

Bulutoğlu Kenan, Türk Vergi Sistemi, Cilt 1, Altıncı Basılış, İstanbul 1978.

Burke Karen C., Federal Income Taxation of Corporations and Stockholders In a Nutshell, Fifth Edition, Thoson West, 2003.

Canatan Bilal, Yerellik İlkesi, Ankara 2001.

Candan Turgut, Vergilendirme Yöntemleri ve Uzlaşma, Maliye ve Hukuk Yayınları, Genişletilmiş ve Güncelleştirilmiş 2.Baskı, Temmuz 2006.

Controlled Foreign Company Legislation, Organization For Economic Co-Operation And Development, OECD 1996.

Çağan Nami, Vergilendirme Yetkisi, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul 1982. .

Çağlar Bakır, Anayasa Bilimi, İstanbul 1989.

Çeker Mustafa, Ticaret Hukuku, Karahan Kitabevi, 5.Baskı, Adana 2012.

Çelikel Aysel, Öztekin Gelgel Günseli, Yabancılar Hukuku, Beta Yayınevi, Ekim 2012, 18.Baskı, İstanbul.

Çelikel Aysel, Erdem B.Bahadır, Milletlerarası Özel Hukuk, Beta Yayınevi, 12.Baskı, Kasım 2012, İstanbul.

Dağ Üner, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahibi Açısından Oy Hakkının Kazanılması ve Kullanılması, Beta Yayınları, İstanbul 1996.

Dell'Anese Luca, Tax Arbitrage And The Changing Structure of International Tax Law, Egea Milano, 2006.

Doernberg Richard L, International Taxation In a Nutshell, Eighth Edition, Thomson, 2009.

Dorfmüller Pia, Tax Planning for US MNCs with EU Holding Companies, Kluwer Law International 2003.

Doğan Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, Seçkin Yayınları, 1.Baskı, Ankara, Şubat 2010.

Duman Aysel, 5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanununda Vergi Güvenlik Müesseseleri, Sirküler Rapor (atıf şekli: Vergi Güvenlik Müesseseleri), Sayı: 2008-7, Temmuz 2008, TÜRMOB Yayınları- 340, Ankara.

Dural Mustafa, Sarı Suat, Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, Cilt I, Filiz Kitabevi, İstanbul, Eylül 2012.

Easson Alex, Tax Incentives For Foreign Direct Investment, KLUWER Law International, 2004.

Ekmekçi Esra, Kurumlar Vergisinde Dar Yüklülük (atıf şekli: Dar Yüklülük), Kazancı Hukuk Yayınları No:132, İstanbul 1994.

Ekmekçi Esra, Küreselleşme ve Vergilendirmede Yeni Eğilimler (atıf şekli: Küreselleşme), Kazancı Hukuk Yayınları No: 167, İstanbul 2003.

Erdem B.Bahadır, Türk Vatandaşlık Hukuku, Beta Yayınları, 2.Baskı, Ekim.

Erginay Akif, Vergi Hukuku, Savaş Yayınları, 15.Baskı, Ankara 1995.

Erimez Rüştü, Şirketlerde Kar Dağıtım-Yedek Akçeler ve Vergileme, Genişletilmiş ve Geliştirilmiş Üçüncü Baskı, Temel Yayınları, İstanbul 1985.

Etgü Mehmet Akif, Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı, XII Levha, 1.Baskı, İstanbul, Ekim 2009.

Evren Mahmut Tevfik, Faiz Hukuku, İstanbul 1987.

Frisch Daniel J., Hartman David G., Taxation and The Location of U.S. Investment Abroad, NBER Working Paper Series, Working Paper No: 1241, National Bureau of Economic Research, November 1983.

Furtun İdris Hakan, Vergi Hukukunda Mahkemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.

Gemalmaz Burak H. , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Mülkiyet Hakkı, Beta Yayınları, İstanbul 2009.

Gerçek Adnan, Türk Vergi Hukukunda İdarenin Takdir Yetkisi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006.

Göksoy Y.Can, Anonim Ortaklıkta Payın Rehni, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Onuncu Baskı, Ekin Basım Yayın Dağıtım, Bursa, Ekim 2010.

Graetz Michael J., Schenk Deborah H., Federal Income Taxation, Principles and Policies, Fifth Edition, Thomson West, 2005.

Gümüş Mustafa Alper, Yeni 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Kira Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2011.

Güneş Gülsen, Verginin Yasallığı İlkesi (atıf şekli: Verginin Yasallığı İlkesi), Alfa Yayınevi, 1.Baskı, Temmuz 1998.

Güneş Gülsen, Türk Hukukunda Entellektüel Sınai Haklar ve Vergilendirilmesi, İstanbul 1997.

Heller Kenneth Howard, The Impact of U.S. Income Taxation On The Financing And Earnings Remittance Decisions of U.S.-Based Multinational Firms With Controlled Foreign Corporations, Arno Press, A New York Times Company, New York, 1980.

Helvacı Serap, Erlüle Fulya, Medeni Hukuk, Legal Yayınevi, 2.Bası, İstanbul 2010.

Holmes Kevin, International Tax Policy and Double Tax Treaties, IBFD, 2007.

Hufbauer Gary Clyde, Assa Ariel, US Taxation of Foreign Income, Peterson Institute For International Economics, Washington DC, October 2007.

Isenbergh Joseph, International Taxation, Us Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income, Volume I, Little, Brown and Company, Third Printing, 1990.

Isenbergh Joseph, International Taxation, US Taxation of Foreign Taxpayers and Foreign Income, Volume II; Little & Brown and Company 1990.

Işık Hüseyin, Çok Uluslu Şirketlerde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Maliye Bakanlığı, Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 2005/ 370, Ankara 2005.

Jacobs Vernon K, Duke Richard J., Controlled Foreign Corporation Tax Guide, Third Edition, 2007, Offshore Press Inc.

Kaboğlu İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri (atıf şekli: Anayasa Hukuku), Yenilenmiş ve Genişletilmiş 2.Baskı, Legal Yayınevi, Ekim 2005.

Kaboğlu İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku (atıf şekli: Özgürlükler Hukuku), AFA Yayınları, Birinci Baskı, Aralık 1993.

Kabaloğlu Haluk, Çok Uluslu İşletmeler Hukuku, İktisadi Kalkınma Vakfı Yayınları, İstanbul 1982.

Karahan Sami, Suluk Cahit, Saraç Tahir, Nal Temel, Fikri Mülkiyet Hukukunun Esasları, Seçkin Yayınevi, 3.Baskı.

Kaneti Selim, Vergi Hukuku, Filiz Kitabevi, 2.Bası, İstanbul, 1989.

Karakoç İrem, Hukuk Tarihinde Vatandaşlık Yabancılık Statüsü, Yetkin Yayınları, İzmir 2012.

Karakoç Yusuf, Genel Vergi Hukuku, Yetkin Yayınları, 4.Bası, 2007.

Karayalçın Yaşar, Muhasebe Hukuku, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1988.

Karmış Enver, Uygulamalı Faiz ve Alacak Hesapları Hukuku, Cilt: I, 1.Bası, Ankara, Nisan 2007.

Karyağdı Nazmi, Tüm Yönleriyle Kar Dağıtımı, Kasım 2008, Oluş-Özbalcı Yayıncılık.

Kırbaş Sadık, Vergi Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 19.Baskı, 2012, Siyasal Kitabevi.

Kızıltepe Fatih, Örtülü Kazanç Dağıtımı (Transfer Fiyatlandırması) Vergisel Boyutu ve Avrupa Birliği Ülkeleri Uygulamaları, Yeterlik Etüdü, Ağustos 2007, İstanbul.

Koçak Mustafa, Batı'da ve Türkiye'de Egemenlik Anlayışının Değişimi Devlet ve Egemenlik, Seçkin Yayınları, Ankara 2006.

Korkmaz Turhan, Ceylan Ali, Sermaye Piyasası ve Menkul Değer Analizi, Gözden Geçirilmiş 3.Baskı, Ekin Kitabevi, 2006.

Kurumlar Vergisi Kanunu, Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Nisan 2007.

Lang Michael, Aigner Hans-Jörgen, Scheuerle Ulrich, Stefaber Markus, CFC Legislation, Tax Treaties and EC Law, EUCOTAX Series on European Taxation, Volume: 8, Kluwer Law International.

Larkins Ernest, International Applications of U.S. Income Tax Law, WILEY 2004.

Larson Joni, Sheaffer Dan, Federal Tax Research, Carolina Academic Press, 2007.

Lehuede Hector J., Do CFC Regulations Acclimatize in Latin America?: A Case Study of Mexico, Argentina, Venezuela, And Brazil, A Thesis Submitted To The Stanford Program In International Legal Studies At The Stanford Law School, Stanford University In Partial Fulfillment Of The Requirements For The Degree Of Master In The Science Of Law, May 2003.

Lieuallen Gwendolyn Grifftith, Basic Federal Income Tax, The Emanuel Law Outlines Series, Aspen Publishers, 2005.

Martha Rutsel Silvestre J., The Jurisdiction to Tax in International Law, Kluwer Law and Taxation Publishers, Boston, Series on International Taxation, No: 9, 1989.

Mazza Stephen W., Lederman Leandra, Tax Controversies : Practice and Procedure, Third Edition, LexisNexis, 2009.

McDaniel Paul R., Ault Hugh J., Repetti James R., Introduction to United States International Taxation, Fifth Edition, Aspen Publishers, 2005.

Meldman Robert E., Schadewald Michael S., Misey Robert J., A Practical Guide To U.S. Taxation of International Transactions, Fourth Edition, CCH Incorporated Chicago, 2003.

Menendez Agustin Jose, Justifying Taxes, Some Elements for a General Theory of Democratic Tax Law, Kluwer Academic Publishers, Law and Philosophy Library, Volume 51, 2001.

Moroğlu Erdoğan, Oy Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Gözden Geçirilmiş 4.Baskı.

Mumcu Ahmet, Kuzeci Elif, İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, Yenilenmiş 5. Baskı, Ankara 2011, Turhan Kitabevi.

Nomer Ergin, Devletler Hususi Hukuku, Beta Yayınları, 19.Baskı, Ekim 2011, İstanbul.

Oğuzman M. Kemal, Medeni Hukuk Dersleri, Filiz Kitabevi, 7.Bası, İstanbul 1994.

Oğuzman M.Kemal, Barlas Nami, Medeni Hukuk, 15.Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

Oğuzman M.Kemal, Seliçi Özer, Eşya Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1997.

Oktar Ateş, Vergi Hukuku, Türkmen Kitabevi, 2.Baskı, İstanbul 2006.

Okutan Nilsson Gül, Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri, Çağa Hukuk Vakfı Yayınları.

Ökçün Gündüz A., Yabancıların Türkiyede Çalışma Hürriyeti, Doğu Matbaacılık, Ankara 1962.

Öncel Mualla, Kurumlar Vergisi Açısından Sermaye Şirketlerinde Örtülü Kazanç ve Örtülü Sermaye, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Yayın No: 131, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

Öncel Mualla, Kumrulu Ahmet, Çağan Nami, Vergi Hukuku, Ankara Temmuz 2012, 21.Bası, Turhan Kitabevi.

Öner Cihat, Uluslararası Alanda Vergi İdareleri Arası Bilgi Değişimi, Yetkin Yayınları, Ankara 2010.

Öner Erdoğan, Amerika Birleşik Devletleri Federal Vergi İdaresi: IRS, Kuruluşu, Görevleri ve Yeniden Yapılanması, Maliye Bakanlığı Araştırma Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanlığı, Yayın No: 2005/366, Ankara, Ocak 2005.

Öz Semih, Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Uygulaması (atıf şekli: KEYK Uygulaması), TÜRMOB Yayınları-299, Sirküler Rapor Serisi, Seri No: 2006-10, Ankara 2006.

Öz N.Semih, Uluslararası Vergi Rekabeti ve Vergi Cennetleri (atıf şekli: Uluslararası Vergi Rekabeti), Maliye ve Hukuk Yayınları, Mart 2005.

Özbudun Ergun, Türk Anayasa Hukuku, 3.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 1993.

Özdemir Oktay Saibe, Sınai Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri ve Rekabet Hukuku Düzenlemelerinin Lisans Sözleşmelerine Uygulanması, Beta Yayınları, 2002.

Özgenç Ayhan Selçuk, Vergi Anlaşmalarının Kötüye Kullanılması: Anlaşma Alışverişi, Yayınlanmamış Doktora Tezi (atıf şekli: Vergi Anlaşmaları), İstanbul 2012.

Özmen Mehmet Akif, Gelir ve Kurumlar Vergisi Mevzuatında Vergi Güvenlik Müesseseleri, Yaklaşım Yayıncılık, Ocak 2008.

Özsoy Saadet Hande, Türk Hukukunda Patent Lisansı Sözleşmesi, Turhan Kitabevi, Ocak 2011, Ankara.

Öztürk Bünyamin, Sermaye Şirketlerinde Kurumlar Vergisi ve Kar Dağıtımı, Maliye ve Hukuk Yayınları, Nisan 2007.

Pazarcı Hüseyin, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 11.Bası, Ankara 2012.

Poroy Reha, Tekinalp Ünal, Çamoğlu Ersin, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, Yedinci Baskı, İstanbul 1997.

Poroy Reha, Yasaman Hamdi, Ticari İşletme Hukuku, Vedat Kitapçılık, Ekim 2012, 14.Baskı, İstanbul.

Postlewaite Philip F., Donaldson Samuel A., International Taxation, Corporate and Individual, Fourth Edition, Volume 1, Chapters 1-12, Carolina Academic Press, 2003.

Pulaşlı Hasan, 6102 Sayılı TTK'a Göre Yeni Şirketler Hukuku, Genel Esaslar, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.

Rado Alan, United States Taxation Of Foreign Investment The New Approach, Publications of the International Bureau Of Fiscal Documentation, No.18, Amsterdam 1963.

Rhoades Rufus Von Thulen, Langer Marshall J., U.S. International Taxation and Tax Treaties, 2008, Matthew Bender & Company Inc., Lexis Nexis Copy.

RIA Federal Tax Handbook, 2009, New York.

Rohatgi Roy, Basic International Taxation, Second Edition, Volume: II: Practise, Taxmann, 2007.

Ruhi Ahmet Cemal, Kira Hukuku, I.Cilt, Seçkin Yayınları, Ankara 2011.

Russo Raffaele, Fundamentals of International Tax Planning, IBFD Publications, 2007.

Saban Nihal, Franchising ve Vergilendirme, Beta Yayınevi, 1.Baskı, İstanbul 1997.

Saban Nihal, Vergi Hukuku (atıf şekli: Vergi Hukuku), Beta Yayınevi, 5.Baskı, Nisan, 2009.

Sağlam Fazıl, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları: 506, S.B.F. İnsan Hakları Merkezi Yayınları: 4, Ankara 1982.

Sağlam Meltem, Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2011.

Sandler Daniel, Tax Treaties and Controlled Foreign Company Legislation, Second Edition, The Chartered Institute of Taxation, KLUWER LAW International, Boston, 1998.

Saraçoğlu Fatih, Avrupa Birliğinde Vergi Uyumlaştırma Süreci ve Türkiye, Maliye ve Hukuk Yayınları, Yayın No: 36, Nisan 2006.

Semercigil Murat, Türk Vergi Anlaşmaları Yorum ve Açıklamaları, Ankara 1992.

Sonsuzoğlu Elif, Türk Vergi Hukukunda Fer'i Borç ve Alacak Olarak Faiz, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.

Sözer Ali Nazım, Hukukta Yöntembilim, Beta Yayınevi, 2.baskı, İstanbul, Mart 2011.

- Spitz Barry, International Tax Planning, London Butterworths, 1972.
- Sunay Reyhan, Tartışılan Egemenlik, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Şakar Ayşe Yiğit, Vergi Hukukunda Serbest Bölgeler, Yaklaşım Yayıncılık, 2008.
- Şenyüz Doğan, Borçlar Hukuku, Ekin Yayınevi, 6.Baskı, Bursa 2012.
- Şenyüz Doğan, Yüce Mehmet, Gerçek Adnan, Türk Vergi Sistemi Dersleri, Ekin Yayınevi, 3.Baskı, Bursa 2009.
- Şirin Ertunç Z., Türkiye’de Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve Vergilendirilme Rejimi, Vedat Kitapçılık, 1.Bası, İstanbul, Haziran 2006.
- Tandoğan Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt 1-2, Vedat Kitapçılık, 4.Basım, İstanbul 2008.
- Tanör Bülent, Yüzbaşıoğlu Necmi, Türk Anayasa Hukuku, Beta Yayınları, 10.Baskı, 2011.
- Tanör Reha, Finansal Kriz ve Sermaye Piyasası, Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşları Birliği, Yayın No: 8, İlk Baskı, Şubat 2003.
- Tax Management, Foreign Income Portfolios, Controlled Foreign Corporations Section 956, BNA, 2001.
- Tax Management, Foreign Income Portfolios, Foreign Corporation Earnings and Profits, BNA, 2002.
- Tekil Fahiman, Anonim Şirketler Hukuku, Alkım Kitabevi, İkinci Baskı, İstanbul 1998.
- Tekinalp Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku (atıf şekli: Fikri Mülkiyet Hukuku), Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, 5.Bası.
- Tekinalp Ünal, Anonim Ortaklığın Bilançosu ve Yedek Akçeleri, 2.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Tekinalp Ünal, Sermaye Piyasası Hukukunun Esasları (atıf şekli: Sermaye Piyasası Hukuku), Ekonomik ve Sosyal Yayınlar A.Ş., Yayın No:4, İstanbul 1982.
- Tekinay Selahattin Sulhi, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, Gözden Geçirilmiş 6.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992.
- Teziç Erdoğan, Anayasa Hukuku, Beta Yayınevi, 3.Baskı, İstanbul 1996.
- Thompson C. Samuel Jr., US International Tax Planing and Policy, Carolina Academic Press, 2007.
- Tiley John, Revenue Law, Fifth Edition 2005, Hart Publishing.

- Tiryaki Refik, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.
- Tribe Laurence H., American Constitutional Law, Volume One, New York Foundation Press, New York 2000.
- Tuncer Selahattin, Çifte Vergileme ve Milletlerarası Vergi Anlaşmaları, Sevinç Matbaası, Ankara 1974.
- Turhan Salih, Vergi Teorisi, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 2913, İktisat Fakültesi Yayın No: 480, İstanbul 1982.
- Tüysüz Mustafa, Fikri Haklar Üzerindeki Sözleşmeler, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.
- Uysal Ali, Eroğlu Nurettin, Açıklamalı ve Örnekli Kurumlar Vergisi Kanunu, 2.Baskı, Ankara 2008.
- Ünal Oğuz Kürşat, Türk ve Amerika Birleşik Devletleri Hukukunda Menkul Kıymetler, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü, Türkiye İş Bankası Vakıf, Hukuk Fakültesi, Yayın No: 226, Ankara 1988.
- Vergi Usul Kanunu Yorum ve Açıklamaları, Oluş Yayıncılık, Nisan 2007.
- Yaltı Billur, Elektronik Ticarete Vergilendirme (atıf şekli: Elektronik Ticaret), Der Yayınları, İstanbul 2003, Yayın No: 357.
- Yaltı Billur, Vergi Yükümlüsünün Hakları (atıf şekli: Vergi Yükümlüsünün Hakları) , Beta Yayınevi, 1.Bası, İstanbul, Eylül 2006.
- Yaltı Soydan Billur, Uluslararası Vergi Anlaşmaları (atıf şekli: Uluslararası Vergi Anlaşmaları), Beta Yayınevi, 1.Baskı, Temmuz 1995.
- Yaltı Soydan Billur, Avrupa Birliğinde Dolaysız Vergiler (atıf şekli: Avrupa Birliği), Beta Yayınevi, 1.Baskı, Kasım 2002, İstanbul.
- Yasaman Hamdi, Menkul Kıymetler Borsası Hukuku, İstanbul 1992.
- Yavuz Cevdet, Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, Beta Yayınevi, İstanbul, Ekim 2012.
- Yılmazoğlu Yunus Emre, Vergilendirme Alanında Bakanlar Kuruluna Verilen Yetkiler ve Sınırları, Yaklaşım Yayıncılık Ankara, 2011.
- Yüksel Ali Sait, Patent ve Lisans Sözleşmesi Hukuku, Marmara Üniversitesi Yayın No: 471, İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Yayın No: 384, İstanbul 1988.
- Yüksel Metin, Ölçülülük İlkesi, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.
- Zevkliler Aydın, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, Ankara 1981.

Süreli Yayınlar

Ak Mehlika Sultan, “*Avrupa Birliği Ülkelerinde Kontrol Edilen Yabancı Kurum Rejimi Uygulaması*”, Vergi Dünyası, Ağustos 2010, Yıl: 29, Sayı: 348.

Akçaoğlu Ertuğrul, “*ABD Vergi Hukukunda Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi*” (atıf şekli: Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi), Ankara Barosu Dergisi, 2012/2.

Akman İnci Solak, “*Vergi Güvenlik Önlemlerinin Teorik Çerçevesi*”, Prof.Dr.Mualla Öncel’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt-II, Ankara 2009.

Arıkan Ahmet Naci, “*Amerika Birleşik Devletlerinde Gelir Üzerinden Alınan Vergiler (I)*”, Vergi Dünyası, Sayı:341, Ocak 2010.

Aydın Selda, “*ABD Vergi Sisteminde Kurum Kazancının Tespitinde Yapılan İndirimler*”, Yaklaşım, Yıl: 5, Sayı: 50, Şubat 1997.

Balcı A.Bayazıt, “*Yeni Bir Vergi Müessesesi Olarak Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar Düzenlemesi*” (atıf şekli: KEYK Düzenlemesi) , Yaklaşım, Yıl: 15, Sayı: 178, Ekim 2007.

Balcı, A.Bayazıt, “*Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar (CFC) Müessesesiyle KVK’daki Diğer Önlemler Arasındaki İlişkiler*” (atıf şekli: CFC Düzenlemesi) , Yaklaşım, Yıl: 15, Sayı: 179, Kasım 2007.

Barnett Randy E., “*The Original Meaning of Teh Commerce Clause*”, University of Chicago Law Review - Winter, 2001 – 68, University Chicago Law Rev. 101, <http://www.bu.edu/rbarnett/Original.htm> (Erişim Tarihi: 5.12.2012).

Batirel Ömer Faruk, “*Amerikan Federal Gelir Vergisi (1997)*”, Vergi Sorunları, Nisan 1997, Sayı 103.

Bittker Boris I., “*Constitutional Limits On The Taxing Power Of The Federal Government*”, 41 Tax Law 3, 1987-1988.

Blanchard Kimberly S., “*Cross-Border Tax Problems of Investment Funds*”, 2007 American Bar Association The Tax Lawyer Spring 2007, 60 Tax Law.583.

Blomstrand Maria, “*A Study Of The CFC- Legislation in the United States and Its Compatibility With International Law*”, <http://lup.lub.lu.se> (Erişim Tarihi: 9.10.2012).

Budak Atilla, “*Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançlarının Vergilendirilmesi*”, Yaklaşım, Ocak 2007, Sayı: 169.

Christina D. Romer, “*Great Depression*”, http://elsa.berkeley.edu/~cromer/great_depression.pdf (Erişim Tarihi: 5.12.2012).

Chorvat Elizabeth, “*You Can’t Take It With You: Behavioral Finance and Corporate Expatriations*”, 2003 The Regents of the University of California, U.C. Davis Law Review, December 2003, 37 U.C. Davis L.Rev. 453.

Çubukçu Dilek Özkök, Pınar Abuzer, “*Vergilendirme Süreçlerinde Vergi Kaçakçılığının Önlenmesi: Uluslararası Deneyimlerden Seçmeler*”, Prof.Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Cilt I, Ankara 2009, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Doğrusöz Bumin, “*Kurumlar vergisinin yeni mükellefleri: Tam mükellef gerçek kişiler*”, www.mevzuatbankasi.com/ (Erişim Tarihi: 20.12.2010).

Donaldson Bruce J., “*When Substance-Over- Form Argument is Available to The Taxpayer*”, Marquette Law Review, Volume:48, Issue: 1, Summer: 1964, Article 4.

Duman Aysel, “*İlişkili Kişilerle Yapılan Ödünç Para İşlemlerinin Örtülü Sermaye ve Transfer Fiyatlandırması Yoluyla Örtülü Kazanç Dağıtımı Hükümleri Açısından Değerlendirilmesi ve Örnek Üzerinde İrdelenmesi*”, Vergi Sorunları, Sayı: 235, Nisan 2008.

Duran Metin, “*Transfer Fiyatlandırması*”, Vergi Sorunları, Sayı: 236, Mayıs 2000.

Erdal Ömer, “*Kurumlar Vergisi Kanunu Uygulamasında Vergi Yükünün Hesaplanması*”, Vergi Sorunları, Sayı: 238, Temmuz 2008.

Erdem Tahir, “*Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) Rejimi*”, Mali Pusula, Yıl:3, Sayı:27, Mart 2007.

Erkuş Hakan, Ateş Leyla, “*Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar ve 5520 Sayılı Kanunla Yapılan Düzenlemenin İrdelenmesi*”, Vergi Dünyası, Sayı: 310, Haziran 2007.

Eyüpgiller S.Saygın, “*Dünyada ve Türkiye’de Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazançları*”, Yaklaşım, Yıl: 14, Sayı: 168, Aralık 2006.

Faber L. Peter, “*Business Purpose and Economic Substance in State Taxation*”, <http://www.mwe.com> (Erişim Tarihi: 20.11.2012).

Fleming, J.Clifton, Peroni Robert J., “*Reinvigorating Tax Expenditure Analysis and Its International Dimension*”, 2008 The Virginia Tax Review Association, Virginia Tax Review, Winter 2008, 27 Va. Tax Tev.437.

Gedik Gülşen, “*Amerikan Hukukunda Vergilendirme Yetkisi*” (atıf şekli: Amerikan Hukukunda Vergilendirme Yetkisi) , Prof.Dr.Mualla Öncel’e Armağan, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009.

Gedik Gülşen, “*Türk Vergi Hukukunda Kontrol Edilen Yabancı Kurumların Vergilendirilmesi*” (atıf şekli: Türk Vergi Hukukunda Kontrol Edilen Yabancı Kurumlar) , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayısı, “Hayatın

Kıyısında Bir Yerde Vergi Hukuku, Genç Akademisyenler/Yeni Yaklaşımlar”, Y.2011, C.17, S.3-4.

Gordon Debbie Ann, “Controlled Foreign Corporation Rules-A Proposal for the Caribbean”, Intertax, Volume 32, Issue 1.

Gönül Hasan Halil, “ABD Uygulamasında Gelir Vergisinin Doğuşu ve Gelirin Tanımı”, Yaklaşım, Yıl:15, Şubat 2007, Sayı: 170.

Gustafson Charles H., “Tax Treaties In The Americas: The United States Experience”, Edited by: Amatucci Andrea, Gonzalez Eusebio, Trzaskalik Christoph, International Tax Law, Kluwer Law International, 2006.

Gümüş Erhan, Bilge Semih, “5520 Sayılı Kurumlar Vergisi Kanunu’nda Yer Alan Vergi Güvenlik Önlemleri ve Gereklilikleri”, Vergi Sorunları, Sayı: 219, Aralık 2006.

Gündoğdu Burhan, “Kontrol Edilen Yabancı Kurum (KEYK) Kazancı”, Yaklaşım, Yıl: 15, Sayı: 174, Haziran 2007.

Hakyemez Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi”, Prof.Dr. Hayri Domaniç’e 80.Yaş Günü Armağanı, Cilt II, Beta Yayınevi, İstanbul 2001.

Holcombe Randall G., “Excise Taxation And Interest Group Politics, Politics, Taxations, And The Rule Of Law, The Power to Tax in Constitutional Perspective”, Kluwer Academic Publishers, Edited by: Donald P. Racheter, Richard E.Wagner, 2002.

Hufbauer Gary C., “Commentary: Income Vs. Consumption Taxation: Domestic And International Reforms”, 2001 Brooklyn Law School, Brooklyn Journal of International Law, 26 Brooklyn J. Int’l L. 1555.

Infanti Anthony C., “United States”, Tax Treaties and Domestic Law, Edited by: Prof. Guglielmo Maisto, IBFD, EC and International Tax Law Series, Vol.2.

Jacobs Vernon K., Pasmanik Philip T., “Tips for Preparing the Form 5471 for Controlled Foreign Corporations”, The Tax Adviser, February 2009.

Jensen Erik M., “The Taxing Power, The Sixteenth Amendment, and The Meaning of Income”, <http://www.taxhistory.org> (Erişim Tarihi: 5.9.2012).

Johnson Calvin H., “The Panda’s Thumb: The Modest and Mercantilist Original Meaning of The Commerce Clause”, William & Mary Bill of Rights Journal, Volume 13, October 2004, Issue 1, http://constitution.org/lrev/cjohnson/pandas_thumb.pdf (Erişim Tarihi: 5.12.2012).

Kaye Tracy A., Mazza Stephen W., “United States-National Report: Constitutional limitations On The Legislative Power To Tax In The United States”, Michigan State Journal of International Law, Volume 15, 2007, Issue 2, 17th Congress of The International

Academy of Compreative Law Tax Law Session, Utrecht, The Netherlands, July 16-22, 2006, Michigan State University College of Law.

Kılıç Ramazan, “*Vergi Cennetleri ile Mücadelede Bilgi Değişim Anlaşmaları*”, 25. Türkiye Maliye Sempozyumu, Kriz Ortamında Vergi Politikalarının Değerlendirilmesi, Gazi Üniversitesi Maliye-Vergi Hukuku Uygulama ve Araştırma Merkezi, Ankara 2011.

Kirsch Michael S., “*The Congressional Response To Corporate Expatriations: The Tension Between Symbols and Substance In The Taxation of Multinational Corporations*”, 2005 The Virginia Tax Review Association, Virginia Tax Review Winter, 2005, 24 Va.Tax Rev.475.

Konzelmann Sue., Wilkinson Frank, Fovargue-Davies Mark, Sankey Duncan, “*Governance, regulation and financial market instability: the implications for policy*”, Cambridge Journal Of Economics, 20120, 34(5), Business Source Complete.

Kozusko Donald D., Vetter Stephen K., “*Respect For “Form” As “Substance” in U.S. Taxation of International Trusts*”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, Vol: 3.

Küçük Sema, “*Kontrol Edilen Yabancı Kurum Tam Mükellef Gerçek Kişi Ortakları Nezdinde Yapılacak Vergileme*”, Yaklaşım, Yıl: 15, Sayı: 177, Eylül 2007.

Lainoff Steven R., Bates Stephen, Bowers Chris, “*Attributing The Activities of Corporate Agents Under U.S. Tax Law: A Fresh Look From An Old Perspective*”, 2003 Georgia Law Review Association Georgia Law Review, Fall, 2003, 38 Ga. L. Rev. 143.

Lodin Sven-Olof, “*What Ought To Be Taxed and What Can Be Taxed: A New International Dilemma*”, 2000 International Bureau of Fiscal Documentation, Bulletin, May 2000.

Lokken Lawrence, “*Whatever Happened To Subpart F? U.S. CFC Legislation after teh Check-the-box Regulations*”, 2005 University of Florida, Florida Tax Review, 7.Fla Tax Rev.185.

Madison Allen D., “*The Tension Between Textualism and Substance Over Form Doctrines in Tax Law*”, Santa Clara Law Review, Vol:43, 2003.

McIntyre Michael J., “*U.S. Taxation Of Foreign Corporations in the Digital Age*”, http://faculty.law.wayne.edu/mcintyre/text/mcintyre_articles/Intl/For_Corp_Digital.pdf (Erişim Tarihi: 18.5.2012).

McIntyre Mike, “*A Defense of Treaty Overrides*”, 1/6 Tax Notes Int’l 611-614 (December 1989).

Moore M.Read, “*Indirect Ownership of CFC and PFIC Shares by U.S. Beneficiaries of Foreign Trusts*”, <http://www.mwe.com> (Erişim Tarihi: 10.5.2012).

Öz Ersan, Akdemir Tekin, “*ABD Vergi Sistemi*”, Vergi Sorunları, Sayı: 168, Eylül 2000.

Özel Salih, “*Kontrol Edilen Yabancı Kurum Kazancının Vergilendirilmesi*”, Yaklaşım, Yıl: 16, Sayı: 186, Haziran 2008.

Özgenç A.Selçuk, “*Vergi Anlaşmalarında Gerçek Lehdar Kavramı*”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, Vergi Hukuku Özel Sayısı, “Hayatın Kıyısında Bir Yerde Vergi Hukuku, Genç Akademisyenler/Yeni Yaklaşımlar”, Y.2011, C.17, S.3-4.

Park William W., Yanos Alexander A., “*Treaty Obligations and National Law: Emerging Conflicts in International Arbitration*”, <http://www.arbitration-icca.org> (Erişim Tarihi: 15.10.2012).

Prebble Zoe, Prebble John, “*Comparing The General Anti Avoidance Rule of Income Tax Law with the Civil Law Doctrine of Abuse of Law*”, IBFD Bulletin For International Taxation, April 2008.

Radeelli Claudio M., “*The Code of Conduct Against Harmful Tax Competition: Open Method of Coordination In Disguise?*”, <http://eucenter.wisc.edu/OMC/Papers/Other/radaelli.pdf> (Erişim Tarihi: 2.12.2012).

Ring Diane, “*Cahiers de droit fiscal international*”, International Fiscal Association, 2012 Boston Congress, Volume 97b, The debt-equity conundrum.

Ring Diane, “*International Tax Relations: Theory and Implications*”, 2007 New York University School of Law, Tax Law Review, Winter 2007, 60 Tax L.Rev.83.

Rosembuj Tulio, “*Harmful Tax Competition*”, International Tax Review, INTERTAX, Volume 27, October 1999, 10.

Robin Jeffrey M., Dickerson Mary Ann, “*Tax Treatment of Corporate Losses*”, IFA Chahiers 1998-Vol.83 a.

Saban Nihal, “*Yeni Yüzyılın Eşiğinde Yeniden Sorgulanan Adalet: Özü Eşitlik Vergi Adaleti: Özü Vergide Eşitlik*”, XII. Türkiye Maliye Sempozyumu “Anayasal Mali Düzen”, 14-16 Mayıs 1998, Marmara Üniversitesi Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 12, İstanbul 2000.

Saban Nihal, “*Adaletsiz Hak Kurgusu: Güncel Performans Örneği*”, Prof.Dr.Mualla Öncel’e Armağan, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009.

Sarı Hamit, “*Örtülü Sermaye ve Örtülü Kazanç Dağıtım Müesseselerinin Muvazaa ve Kanuna Karşı Hile Bağlamında Değerlendirilmesi*”, Vergi Dünyası, Sayı: 293, Ocak 2006.

Srinivasa Rao, Nico Derksen, “*Worldwide Tax View Substance Over Form: Where is The Limit?*”, <http://www.bcasonline.org/articles/artlist.asp> (Erişim Tarihi: 5.12.2012).

Streng William P., “*US Income Tax Treaties, Trends, Issues & Policies, Recent Developments- Future Prospects*”, <http://www.law.uh.edu/f> (Erişim Tarihi: 20.10.2012).

Şenyüz Doğan, “*Kontrol Edilen Yabancı İştiraklerin Kazancının Türk Kurumlar Vergisi Karşısındaki Konumu*” (atıf şekli: Kontrol Edilen Yabancı İştirakler), Yaklaşım, Yıl: 14, Sayı: 167, Kasım 2006.

Tekin Cem, “*Kontrol Edilen Yabancı Tarafından Ödenen Vergilerin Mahsubu*” (atıf şekli: Vergilerin Mahsubu), Vergi Sorunları, Sayı: 224, Mayıs 2007.

Tekin Cem, “*Kurumların Yurt Dışında Elde Etmiş Oldukları Kazançlara İlişkin İstisnalar*”, Vergi Sorunları, Sayı: 237, Haziran 2008.

Thuronyi Victor, “*The Concept of Income*”, 46 Tax Law Review, Fall 1990.

Tosun Ayşe Nil, “*Uluslararası Alanda Faizlerin Vergilendirilmesi ve Özellikli Bazı Durumlar*”, Prof.Dr. Mualla Öncel’e Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Cilt –II, Ankara 2009..

Türk Yakup, “*1 Seri No’lu Kurumlar Vergisi Genel Tebliği Kontrol edilen Yabancı Kurum Kazancı Müessesinin Amacına Uygun Mudur?*”, Vergi Dünyası, Sayı: 335, Temmuz 2009.

Ufuk Mehmet Tahir, “*Yurtdışı İştirak Kazançları İstisnasının Uygulama İlkeleri*”, Vergici ve Muhasebeciyle Diyalog, Nisan 2010, Sayı: 264.

Uckmar Victor, “*General Report, Tax Avoidance / Tax Evasion*”, IFA Cahiers 1983, Vol. 68a, The Netherlands, 1983.

Wagner Kurt A., “*Comment: U.S. Taxation of Foreign Income: The Use Of Tax Havens In A Changing Tax Environment*”, 1994 Board of Trustees of Southern Illinois University, Southern Illinois University Law Journal, Spring, 1994, 18 S. III.U.L.J.617.

Yaltı Soydan Billur, “*Avrupa Topluluğu Hukuku Bakımından Katma Değer Vergisinde İfa Yeri*”, Prof.Dr. Adnan Tezel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Yayın No: 600, Maliye Araştırma ve Uygulama Merkezi Yayın No: 13, İstanbul 2000.

Yaltı Billur, “*Transfer Fiyatlandırmasında “Gizli Emsal”*”, Vergi Sorunları, Ağustos 2009, Yıl:32, Sayı: 251.

Yaltı Billur, “*Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı: Mülkiyet Hakkı: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa Çerçevesinde AATUHK, 35 ve Mükerrer 35*”, (atıf şekli: Vergi Hukukunda Sorumluluğun Sınırı), Prof.Dr.Mualla Öncel’e Armağan, Cilt II, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009.

Zielke Rainer, “*International Tax Planning with Tax Havens-Objectives and Strategies in a Multinational Group of Affiliated Corporations*”, IBFD, Bulletin For International Taxation, February 2011.

Zimmer Frederick, “*General Report, Form and Substance in Tax Law*”, IFA Cahiers 2002, Vol.87a, The Netherlands, 2002.

Diğer Yayınlar

Hukuk Sözlüğü, Ejder Yılmaz, Yetkin Yayınları, 4.Baskı.

IBFD International Tax Glossary, 5th Edition, 2005.

West's Tax Law Dictionary, 1992 Edition, Robert Sellers Smith, West Publishing Co, 1992 Edition.

WG & L Tax Dictionary, Westin Richard A., Warren, Gorham & Lamont, 2000.

Özcan Bayram, Tanrikulu Salih, Vergi, Muhasebe ve Denetim Terimleri Sözlüğü, Gelirler Kontrolörleri Derneği, Mayıs 2008.

Online Yayınlar

www.aihm.anadolu.edu.tr/

www.anayasa.gov.tr

www.andrewmitchel.com

www.caselaw.lp.findlaw.com

www.census.gov

www.constitution.org

www.corporations.uslegal.com

www.deloitte.com

www.gib.gov.tr

www.govtrack.us

www.heritagewealthmgrs.com

www.hmrc.gov.uk

www.icma.org/en

www.imkb.gov.tr

www.irs.gov
www.journalofaccountancy.com
www.kpmg.com
www.law.cornell.edu
www.legifrance.gouv.fr
www.legislation.gov.uk
www.nftc.org
www.openjurist.org
www.portal.state.pa.us
www.resmigazete.gov.tr
www.supreme.justia.com
www.taxpolicycenter.org
www.tbmm.gov.tr
www.thomas.loc.gov
www.town-usa.com
www.treasury.gov
www.usa-federal-state-individual-tax.com/
www.usconstitution.net
www.whitehouse.gov/