

VERGİ ANLAŞMALARINDA GERÇEK LEHDAR KAVRAMI

Ar. Gör. Ayhan Selçuk Özgenç*

I. Giriş

Hukuk düzeninde her hukuk kuralının suistimal edilmesi ihtimali vardır. Kökeni roma hukukuna dayanan “suistimale” pozitif hukukta, ait olduğu disiplin içerisinde hukuki veya cezai çeşitli sonuçlar bağlanmaktadır¹.

Vergi hukukunda, ekonomi serbestisi (wirtschaftsfreiheit), sözleşme serbestisi (Rechtsgestaltungsfreiheit) ve vergiye sadakat prensibinin (Steuertreu)² çakışmasından ortaya çıkan suistimalin bir görünümü de anlaşmalar hukuku açısından “vergi anlaşmalarının suiistimali (improper use of tax treaties) olarak ortaya çıkmaktadır.

Anlaşma alışverişi (treaty shopping), transfer fiyatlandırması, üçgen uygulamalar, gelir niteliğinin değiştirilmesi gibi çeşitli biçimlerde gerçekleştirilebilen anlaşma suistimalinin, uluslararası ticaretin gelişimine olumsuz etkisi, ülkelerin ikili anlaşma yapma çabasını azaltması ve mali

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Mali Hukuk Anabilim Dalı.

¹ a) Roma hukukunda kanuna karşı hile ve suistimal hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TOPÇUOĞLU, Hamide, Kanuna Karşı Hile (Kanundan Kaçınma Yolları), İzmit 1950, s. 27 vd.

b) Örneğin, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu md. 2 “Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz”. (RG:8.12.2001, Sayı:24607). Benzer bir düzenleme için bkz. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m.175. (RG: 4 Şubat 2011, Sayı:27836).

² TOPÇUOĞLU, s.55.

eşitliğe aykırı olması gibi nedenlerle anlaşma taraflarının istemediği bir olgu olduğu konusunda şüphe bulunmamaktadır³.

Devletler, vergi anlaşmalarının suistimalini, iç hukuk hükümleri⁴ veya anlaşmaya koyulan çeşitli hükümlerle önlemeye gayret etmektedirler. İç hukuk temelli engelleme gayretleri en az anlaşma temelli uygulamalar kadar tartışmalı olmakla birlikte, bu tebliğin kapsamı dışında kalmaktadır.

Anlaşma temelli suistimal karşıtı hükümler ise OECD yaklaşımı altında, **aracı kuruluşun sahipliğini dikkate alan**; yararlanma sahipliği/gerçek lehdar (beneficial owner), şeffaflık yaklaşımı (the Look Through Approach), kanal yaklaşımı (the Channel Approach), **ikamet ülkesinde vergilendirmeyi dikkate alan**; mukim sıfatının sınırlandırılması (limitation on residence), kapsam dışı bırakma (the exclude approach), vergilendirme koşulu (the subject to tax), **iyi niyetli yapıları dikkate alan**; İyi niyet koşulu (bona fides clauses) ve faydanın sınırlandırılması koşulu (limitation of benefits) yöntemleri altında incelenmektedir⁵.

Bu tebliğin konusu açısından, üzerinde özellikle durulacak en yaygın anlaşma suistimali biçimlerinden biri olan “anlaşma alışverişi/anlaşma seçimi yoluyla anlaşmanın kötüye kullanılması“ (treaty shopping), “... bir kişinin normalde kapsamına girmediği bir anlaşmanın lehe olan hükümlerinden faydalanma amacıyla Akit Devletlerden birinde oluşturduğu yapay kuruluşlar aracılığıyla faaliyette bulunması“⁶ şeklinde tanımlanır. Anlaşma alışverişi, uluslararası anlaşma ağından faydalanabilme amacıyla en lehe sonuç veren anlaşmanın seçimi çabasını ifade eder. Ayrıca, bu

³ Konuyu çeşitli suistimal biçimleri açısından inceleyen bir çalışma için bkz. WEEGHEL, Stef Van, The Improper Use of Tax Treaties with particular reference to the Netherlands and the Unites States, Series on International Taxation:19, Kluwer Law International, 1998.

⁴ Anlaşmanın suistimalini engelleme açısından iç hukuk hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu Viyana Anlaşmalar Sözleşmesi, 26 ve 27. maddeleri ile vergi anlaşmasının aşılması (Treaty Override) ekseninde oldukça tartışmalıdır. Konu hakkında ayrıntılı değerlendirme ve İsviçre-Almanya, Birleşik Devletler uygulaması hakkında bkz. WEEGHEL, s. 191 vd.

⁵ Konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. PANAYI, Christiana HJI, Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community, Eucotax Series on European Taxation, Volume:15, Kluwer International BV, The Netherlands, 2007, s. 33 vd.

⁶ YALTI SOYDAN, Billur, Uluslararası Vergi Anlaşmaları, İstanbul 1995, s.307.

açından vergi egemenlikleri arasında *en lehe sonuç veren* devleti dikkate alır ve bilinçli bir seçime dayanır⁷.

Yukarıda bahsedildiği üzere, anlaşma alışverişinin önlenmesinde, anlaşma temelli yaklaşımlardan biri olan ‘gerçek lehdar’ (beneficial owner) koşulu, aracı kuruluşun (intermediary) sahipliğini dikkate alan yöntemde, test aracı olarak kullanılacak koşullardan birisidir. Konuyu düzenleyen OM ve UN Modelinde, temettü, faizler ve gayri maddi hak bedellerinde, anlaşmadan yararlanılabilmesi, ödemenin gelirden gerçekten faydalanan kişiye yapılması koşuluna bağlanmıştır. Aksi halde, normalde asıl olarak ikamet ülkesine bırakılmış olan vergilendirme yetkisi her iki anlaşmacı devlet tarafından da kullanılabilecektir (OM, 2010, m.10-11-12/UN, m.10-11-12). Bununla birlikte, “gerçek lehdar” model anlaşma metinlerinde tanımlanmayan terimlerden birisi olup kavramın anlamının belirlenmesi açısından uluslararası literatürde bir dizi tartışma mevcuttur. Bu tebliğde söz konusu kavramın anlamı ve anlamın belirlenmesinde kullanılan yöntemler ele alınacaktır.

II. Kavram

“Gerçek lehdar” kavramı, kişinin anlaşmadan yararlanmaya yetkili olup olmadığı ve iki devlet arasında imzalanan anlaşmanın temettü, faiz ve gayri maddi hak hükümlerinden yararlanıp yararlanamayacağını belirlemede önemli bir role sahiptir. Diğer söyleyişle, kavram, gayri maddi hak, kar payı ve faiz ödemelerinde düşük oranlı vergi kesintisi ile alıcının anlaşma faydasının sınırlarını belirlemektedir. Vergi anlaşmalarında kullanılan ancak anlaşma metinlerinde tanımlanmayan bu terimin pek çok ülke vergi hukuku mevzuatında özel bir anlamı olmaması nedeniyle, vergi anlaşması temelli bir kavram olarak iç hukukta mahkemelerce nasıl yorumlanacağı literatürde ve uygulamada oldukça tartışma konusu olmuştur⁸.

⁷ ROSENBLOOM, H.D., “Tax Treaty Abuse: Policy, and Issues”, in Law and Policy in International Business, No:15, 1983, s.763. Ayrıca diğer tanımlar için bkz. WEEGHEL, s.119.

⁸ a) LÍ, Jinyan, “Beneficial Ownership in Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity”, Bound in: Taxpolymath: a life in international taxation : essays in honour of John F. Avery Jones. Amsterdam , IBFD, 2010, s. 187-210.

Birleşik Krallık Temyiz Mahkemesi'nin (the UK Court of Appeal) Indofood kararına kadar gerçek lehdar teriminin yorumuna ilişkin içtihat sayısı oldukça az olup, bu kararı terimin yorumuna ilişkin Bank of Scotland, Real Madrid, ve Prevost'unda içinde olduğu diğer içtihatlar dizisi izlemiştir. Uluslararası vergi topluluğunun/camiasının oldukça ilgisini çeken bu içtihatlar, kavramla ilgili olarak, iç hukuk anlamının salt anlaşma terimi özelliği gösteren gerçek lehdarın yorumunda ne ölçüde dikkate alınacağı, terime otonom bir anlam verilip verilmeyeceği, olgusal veya ekonomik özün gelirin şekli sahibinin gerçek lehdar olup olmadığının tespitinde dikkate alınıp alınmayacağı ve eğer alınır ise nasıl dikkate alınacağı, OECD Model Anlaşma Şerhinin *bu yorum faaliyetiyle* ne kadar ilintili olduğu sorularına dikkat çekmiştir.⁹

Ayrıca, uluslararası organizasyonların (OECD, UN) son içtihatlarla da yakından ilgili olan çalışmaları, terimin anlamının açıklığa kavuşturulması açısından, gerçek lehdarın dar veya geniş anlamda anlaşma suistimalini önleyici bir koşul olup olupmadığı, terime ekonomik veya hukuki bir anlam verilip verilmeyeceği, bir gelir atfı kuralı olup olmadığı, ikili vergi anlaşmalarının diğer maddelerine taşınıp taşınmaması yahut her iki modelden de silinip silinmemesi (OM, UN) gereği, gelir elde eden kimsenin gerçek lehdar olmadığının tespiti halinde kaynakta kesinti yapan vergi sorumlusunun (withholding agent) sorumluluğunun ne olduğu veya olması gerektiği sorularını da gündeme getirmektedir¹⁰.

b) DU TOÏT, Charl P., Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties, Amsterdam 1999; BROE, Luc De, International Tax Planning and Prevention of Abuse: A study under Domestic Tax Law, Tax Treaties and EC Law In Relation to Conduit and Base Companies, IBFD: Amsterdam, 2007, s. 654 vd.; WHEELER, Joanna, "The Attribution of Income to a Person for Tax Treaty Purposes", IBFD Bulletin, Kasım 2005, s.477 vd.; JIMENEZ, Adolfo Martin, "Beneficial Ownership; Current Trends", World Tax Journal, Ocak 2010, s. 35 vd.

⁹ Lİ, s.188.

¹⁰ JIMENEZ, s. 36.

III. Kavramın Tarihsel Köklerine Bakış

a. Anglo-Sakson Hukuku

Kavramı yorumlayabilmek için öncelikle temelini sorgulamak gerekmektedir. Kıta Avrupası hukuk sistemine yabancı bir kavram olan “Gerçek Lehdarlık“ temel olarak anglos-sakson hukuk kültürüne ait bir kavramdır.

Kavramla ilgili olarak, öncelikle anglo-sakson hukuk kültürüne bakılmasının gerekçesi iki nedene dayandırabilir. İlk olarak, kavram, İngiliz vergi hukukunda elliden fazla *hükümde* ve mahkeme içtihatlarında sıkça kullanılmıştır. Diğer bir neden ise, kavram 77, OM’ne taşınmadan önce bazı Birleşik Krallık anlaşmalarında kullanılmış olup İngiltere, kavramı OM’ne taşıyan OECD Çalışma Grubu içerisinde *söz konusu tarih itibariyle* bir üyeyle temsil edilmiştir. Bu nedenle, çalışma komitesinin İngiliz hukukundan etkilenmiş olma ihtimali güçlü bir olasılık olarak görülmektedir¹¹.

İngiliz hukukunda mülkiyet, hukuki hak sahibi ve yararlanan hak sahibi arasında bölünebilmekte ve hukuken hak sahibi ve yararlanan hak sahibi birbirinden farklı kişiler olabilmektedir¹².

Kavramın temelini, bizim de dahil olduğumuz kıta avrupası hukuk sisteminde tam karşılamamakla birlikte kısaca, bir mülkiyet hakkını başkası adına kullanmayı ifade eden “Trust“ oluşturmaktadır. İngiliz örf ve adet hukukunda kurumsallaşarak gelişen ve ABD’de geniş uygulama alanı bulan kavram, kıta avrupası hukuk sistemine yabancı olup başta Alman Hukuku olmak üzere sisteme dahil diğer ülkelerde “inanç sözleşmesi“, “dolaylı temsil“ veya “yönetim vekaleti” kavramlarıyla karşılanmaya çalışılmakta ancak bu kavramların hiç birisi özü itibariyle trust’ı karşılamadığı gibi “Trust”ı İngilizce dışında ifade eden ortak bir terim üzerinde de

¹¹ DU TOİT, s. 99.

¹² DU TOİT, s.115.

uzlaşmamıştır. Türk hukuku bakımından da aynı durum söz konusu olup trust kurumunun Türkçe bir karşılığı bulunmamaktadır¹³.

Tartışma konusu kurum kökenini Ortaçağ'dan almaktadır. 13.yüzyılda bazı toprak sahiplerinin feodal yükümlerden ve toprak vergilerinden kurtulmak için geliştirdiği yöntemde toprak sahibi, toprağını feoffee denilen bir başka feodale devretmekte ancak aralarındaki anlaşma gereği kullanmaya devam edeceği bu toprağın bir süre sonra veya ölümünden sonra bir "yararlanana" (lehdara-beneficiary) devredileceği kararlaştırılmaktadır¹⁴.

Dönem hukuku açısından, yazılı yapılma imkanı olmasına rağmen yazılı yapılmadan güven esasına dayalı olarak yapıldığı için özel kullanıma katlanma - sonradan başkasına devretme yükümleri yaptırma bağlanmamıştır. Özü itibarıyla, mülkiyet hakkının bazı yetkilerinin belirli şekilde davranılması koşuluyla başkasına bırakılması söz konusudur. Kıta Avrupası ve Roma Hukuku geleneklerine aykırı olan sistemde, mülkiyet bölünmekte ve mülkiyet hakkından yararlanan ve mülkiyete ilişkin yetkileri kullanan kişi ayrılmaktadır¹⁵.

b. OECD Model Anlaşması

Kavram, açık bir tanım yapılmaksızın ve şerhe sınırlı referansla ilk defa 1977 OECD modelinde yer almıştır. Bununla birlikte, 77 Modeli kavramın kullanıldığı ilk yer olmayıp öncesinde, veraset vergisine ilişkin bazı anlaşmalarda kullanılmıştır.¹⁶

Kavramın, 1977 Modeline yerleştirilme amacı, anlaşma suiistimalini engellemektir. Bu amaç, tasarını hazırlayanların özel bir amaçtan hareketle

¹³ ÖZ, Turgut, "Parçalanmış Mülkiyet:Trust", Prof.Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, s.1426.

¹⁴ ÖZ, s.1427.

¹⁵ ÖZ, s.1427, para.2.

¹⁶ a) OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT,"Beneficial Ownership", IBFD Bulletin, Temmuz 2000, s.310.

b) (1945, İngiltere-ABD Anlaşması). Ayrıca, (1966, İngiltere- ABD Anlaşması Ek Protokolü gibi bazı gelir vergisi anlaşmalarında da kullanıldı. Diğer örnekler; (1968, İngiltere-Hollanda), (1969 Avustralya-Japonya), (1975, İngiltere-İspanya), (1968, İrlanda-Fransa) ve İngiltere-Antiller 1947 anlaşmasına ilişkin 1968 uzatma protokolü şeklinde sıralanabilir. OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT, s.311.

iç hukuka üstün gelecek anlaşma merkezli ve temelini suiistimalden alan bir kavram kullandıkları konusunda aydınlatıcıdır¹⁷.

OECD, 1986 yılında yayınlanan Kanal Şirket Raporu'nda (Conduit Report)¹⁸, hissedarları lehine vekil (nominee) veya acenta (agent) benzeri bir yapılanmada sınırlı bir yetkiyle sadece emanetçi gibi (mere fiduciary) hareket eden yapıları kanal şirket olarak tanımlamıştır. Rapor, anlaşmalarda değişiklik önererek değişiklik yapılmadığı sürece ahde vefa ilkesi gereği uygunsuz kullanım durumlarında dahi anlaşma faydasından yararlanmanın engellenemeyeceğinin altını çizmiştir.

OECD Şerhinde 2003 yılında yapılan değişiklikte, gerçek lehdar kavramının dar ve teknik manada değil, aksine çifte vergilemeden kaçınma ve kaçakçılığı önleme anlaşmalarının içeriği, amacı ve kapsamının ışığı altında anlaşılması gerektiği ifade edilmiştir (12. madde). Dikkat edilmelidir ki, OECD şerhinde yapılan 2003 değişiklikleri vergi anlaşmaları ve iç hukuktaki kaçınma karşıtı hükümler arasındaki ilişkiyi temelden etkilemiştir. 1963'teki taslak metinden 2003 yılına kadar, OECD Şerhleri, anlaşmaların, bilgi değişimini düzenleyen 26. madde aracılığıyla, vergiden kaçınma ve kaçakçılığa yardım etmemesi gerektiği yaklaşımını benimserken yapılan değişiklikte (1.madde 7.paragraf) şerh, daha önce belirtilen amaçlarla birlikte, vergi anlaşmalarının iç hukuktaki kaçınma karşıtı hükümlerin (against tax avoidance) (*yargısal veya pozitif hukuk anlamında*) uygulamasını sınırlamadığı kabul edilmiştir¹⁹.

Söz konusu değişiklik, gerçek lehdarın anlamını da kaçınma karşıtı hükümler ekseninde genişletmiştir. Bu haliyle, sadece agent veya nominee olarak hareket edenler değil, kanal benzeri hareket eden kimseler de gerçek lehdar olarak nitelenmeyecektir. Buna göre, kısa süreli sahiplikler, paralel kredinin alınmasından kısa bir süre sonra havale edilmesi, küçük aracılık

¹⁷ WALSER, Joni L., The OECD Model Convention-1998 and Beyond the Concept of the Beneficial Ownership in Tax Treaties, Proceedings of a Seminar held in London, in 1998 during the 52.Congress of the IFA, Vol.23a, Kluwer Law, The Netherlands, 2000, s. 16.

¹⁸ OECD, "Double Tax Conventions and the Use of Conduit Companies", Issues in International Taxation No:1 International Tax Avoidance and Evasion (Paris 1987).

¹⁹ ROHATGI, Roy, Basic International Taxation, Volume II:Practise, Taxman:India, 2007, s. 170-171.

faaliyetleri ve operasyonel temel taşımayan işlemler de bu ekseninde değerlendirilecektir²⁰.

IV. Kavramın Yorum Yöntemine Bakış

1998 yılında Londra’da yapılan IFA Kongresinde Profesör Vogel, uluslararası alanda tartışmalı iki konuya işaret etmiştir. İlk olarak, gerçek lehdar terimi, model anlaşmaların 3/2 maddesi anlamında bir terim midir-ki bu yolla sözleşmecî devletin terime yüklediği iç hukuk anlamına gidilmektedir- veya model anlaşmanın (OM), 10-11 ve 12. maddelerinin içeriği, terimin uluslararası vergi dili olarak otonom yorumlanmasını gerektirir mi? İkinci olarak, eğer sözleşmecî devletin iç hukukunda gerçek lehdarın bir anlamı hakkında bir düzenleme yok ise terim nasıl yorumlanmalı ve gerçek lehdar kim olmalıdır²¹?

Gerçek lehdarın tanımını yapabilmek için öncelikle eğer var ise anlaşma tanımlarına ardından varsa iç hukuka ve son olarak olası uluslararası anlamı için OECD şerhine bakmanın gerekli olduğu belirtilmektedir²². Fakat bu önerinin yerindeliliği de tartışmalıdır. Bu bölümde yöntem sorunu ele alınacaktır.

a. İç hukuk Anlamına Göre Yorum: OM, 3 (2)

Vergi anlaşmalarında kullanılan terimlerin, anlaşmanın kendisinde tanımlanması durumunda, anlaşma tarafları terimi anlaşmadaki anlamına uygun yorumlamak durumundadırlar. Bununla birlikte, gerçek lehdar anlaşmalarda çoğunlukla tanımlanmayan bir kavramdır. Böylesi haller için vergi anlaşmasında yer alan 3(2) özel bir yorum kuralı olarak devreye girecektir. Diğer bir deyişle, herhangi bir terimin anlaşmada tanımlanmaması veya anlamının bizzat anlamacı devletlerin iç hukukuna bırakılması

²⁰ ROHATGI, s.172.

²¹ VOGEL, Klaus, 52.Congress of the IFA, s. 15.

²² BERNSTEIN, Jack, “Beneficial Ownership: An International Perspective”, Tax Notes International, Mart , 2007, s.1212.

mümkündür. İç hukuku yetkili kılan bu anlaşma hükmü, ”gönderme hükmü” olarak adlandırılmaktadır²³.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, gönderme hükmünün anlaşmadan doğan bütün yorum sorunları için iç hukuku yetkili kılan genel bir gönderme hükmü olarak değerlendirilmemesi gereğidir. Hüküm, anlaşmada mevcut bütün boşlukları dolduran ve iç hukuk hükümlerinin uygulamasına yönelik bir araç olarak kullanılamaz.²⁴

OM, 3/2 maddesi şöyledir; “Bir akit devletin anlaşmayı uygulaması bakımından, anlaşmanın içeriği aksini öngörmedikçe, tanımlanmamış her terim, o Devletin anlaşmaya konu olan vergilerle ilgili yasalarında öngörülen anlamı taşır”²⁵. (OM, 2010, 3/2-UNM, 3/2). Bu noktada belirtmek gerekir ki, model anlaşmaların 3/2. maddesi, literatürde çok tartışmalı alanlardan biri olup kapsamı ve sınırı itibariyle bu çalışmanın konusunu aşan tartışmalara girilmeyecektir²⁶.

Uluslararası vergi terimlerinin, anlaşma içeriğinde yorumlanması ve iç hukuka gidilmemesi konusunda literatürde yoğun bir görüş birliği söz konusudur. **Edwardes-Ker’e** göre, vergi anlaşmalarında kullanılan uluslararası vergi terimleri kendilerine otonom bir anlam verilerek, anlaşma içeriği özelinde yorumlanmalıdır. Çünkü, anlaşmalarda geçen terimlerin pek çok ülkede eş anlamlı olduğunu söylemek mümkün değildir²⁷.

²³ YALTI SOYDAN, s. 94.

²⁴ YALTI SOYDAN, s.94. Konuyu iç hukuk çatışması açısından irdeleyen bir çalışma için bkz. JONES, Avery, “The interaction between tax treaty provisions and domestic law”, Tax Treaties and Domestic Law, EC and International Tax Law Series Volume 2, Guglielmo Maisto/Series Editor, IBFD, The Netherlands, 2006, s.123-158. Ayrıca konu hakkında WALSER ve AULT’un görüşleri için bkz. 52.Congress of the IFA, s. 21.

²⁵ YALTI SOYDAN, s. 94.

²⁶ Gönderme yapılan iç hukuk kurallarının neler olduğu, göndermenin iç hukukun tamamına mı yoksa bir kısmına mı yapıldığı, hangi tarihteki iç hukuk kurallarının dikkate alınacağı, hangi devletin iç hukukunun hareket noktası olacağı ve “anlaşma içeriği aksini gerektirmedikçe” ibaresinden ne anlaşılması gerektiği hususlarında bkz. JONES, Avery, “Article 3(2) of the OECD Model Convention and the Commentary to It: Treaty Interpretation”, European Taxation, Ağustos 1993, s.252-257; ENGELN, Frank, Interpretation of Tax Treaties under International Law, IBFD Doctoral Series: Vol. 7, 2004, s.478.

²⁷ DU TOIT, s. 173, dpn:373.

Vogel'e göre, terimin iç hukuk referansı ile yorumlanmaması gereğinin en önemli nedeni, anlaşmayı uygulayan devletlerin hiç birinin ulusal vergi sisteminde gerçek lehdarın açık bir tanımı olmamasıdır. Bu yüzden, terim anlaşma içeriğine atıfla yorumlanmalıdır²⁸.

Bununla birlikte, bir görüşe göre, en azından bazı common law ülkelerde anlaşmanın İngilizce versiyonu açısından terimin bir anlamı vardır ve bu ülkeler 3 (2) hükmünden yararlanabilirler²⁹.

Prokisch'e göre, uluslararası vergi dili var olduğu sürece, 3(2) maddesinin bir anlamı kalmamaktadır. Çünkü, 3(2) açık olmayan ve şüpheli hallerde uygulanacak bir yorum kuralıdır. Tanımlanmamış bir terimle karşılaşıldığı hallerde, terimle ilgili olarak uluslararası ortak bir anlayışa ulaşmak mümkündür. Bu durumda, ortak bir anlayışa ulaşmak, bahsi geçen yorum kuralından *daha önemli hale gelmektedir*³⁰.

Başka bir görüşe göre, gerçek lehdar bir anlaşma terimidir ve 3(2) yollamasıyla iç hukuk hükümlerine göre yorumlanması anlaşmanın uygulanmasını tehlikeye düşürebileceği gibi anlaşmanın aşılmasına da (treaty override) yol açabilecektir³¹.

Bununla birlikte, iç hukuk hükümlerinin gerçek lehdar tespitinde uygulanabileceğini savunan görüşlerde olup özellikle 1996 ABD Modeli Teknik açıklamalarında görüş açıkça ifade edilmiştir. Yine, 3(2) yollamasıyla kaynak devletin iç hukuk tanımlamasının gerçek lehdarın tespitinde uygulanabileceği de bu eksende savunulmuştur³².

Katıldığımız görüşe, “gerçek lehdar” bir anlaşma terimi olup yapısı gereği otonom yorumlanmak zorundadır. Aksi yaklaşım bir yandan 3(2) nin kendi içinde taşıdığı diğer sorunlara bir yenisini eklemekten öteye gidemeyeceği gibi anlaşma uygulamasının sürdürülebilirliği ve anlaşma aşımını sorunlarının da beraberinde getirecektir.

²⁸ DU TOİT, s.173, dñn:374.

²⁹ DU TOİT, s. 173, para. 4.

³⁰ DU TOİT, s. 174, dñn:376.

³¹ DUTOİT, s. 174, dñn:377.

³² DU TOİT, s. 175.

b. Uluslararası Anlama Göre Yorum

Uluslararası anlama ulaşma konusunda kaynaklar sınırlı olmakla birlikte, (ki bu konudaki kaynaklar sadece OECD dokümanlarıdır) terimin iç hukuklardaki anlamı konusunda özellikle common law ülkelerde daha çok kaynağa ulaşmak mümkündür. Mevcut bilgiler üzerinden, taşıdığı belirsizlikler ve uyumsuzluklar nedeniyle gerçek lehdarın uluslararası anlamına ulaşmak *bu haliyle* zor görünmektedir. Üzerinde anlaşılan tek husus, “formal agent ve “nominiee”nin gerçek lehdar olmadığıdır ancak kimin “nominiee” ya da “agent” olduğu konusunda bir uyuşmadanda bahsetmek mümkün değildir. Bu farklılaşma sadece *iki farklı* devlet arasında olmayıp, aynı devlet içinde de farklılaşmalar görülmektedir(Örneğin, USA gibi). Genel olarak, farklılaşmanın hukuki (Belçika, Fransa, Rusya gibi) veya ekonomik yaklaşımı (USA, İngiltere, Hindistan gibi) benimseyen ülkeler arasında olduğunu söyleyebiliriz. Bu konuda, en çok yapılan eleştiri, şerhte, Viyana Konvansiyonu’nda olduğu gibi anlaşma yorumunu düzenleyen adımların olmamasıdır³³.

Viyana Konvansiyonu’na göre, “*bir anlaşma, anlaşmanın içeriği ile bağlantılı olarak ve konu ve amacının ışığı altında terimlerin olağan anlamlarına uygun biçimde, ve iyi niyetle yorumlanmalıdır*”. Konvansiyon, yorumda başlangıç noktasını kelimenin anlamı olarak belirtmiştir.

Bu bakımdan, “gerçek lehdar”ın common law ülkelerden çıkartılan veya geliştirilen anlamının 31(1) anlamında kelimenin olağan anlamı sayılıp sayılmayacağı tartışılmıştır³⁴. Ayrıca, OECD şerhlerinin ve örneğin Kanal Şirket Raporu’nun da yorum kuralları açısından ne ölçüde dikkate alınacağı tartışmalı diğer bir durumdur. Yardımcı yorum kaynağı olarak nitelenen bu kaynaklardan elde edilen anlamın 31(1)’den hareketle “olağan anlam” olduğu sonucuna ulaşılabilir³⁵. Eğer bu konuda bir uzlaşma sağlanamaz ise OECD dokümanlarından elde edilen anlamın 31(4) kapsamında değerlendirilmesi de mümkündür. 31 (4)’e göre, anlaşmada tanımlanmayan

³³ OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT, s.312.

³⁴ OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT, s.317.

³⁵ OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT, s.318; YALTI, s.88.

ve fakat iç hukuka göndermede yapılmayan terimlerin yorumu için uluslararası hukuk kurallarına başvurulur.

Uluslararası literatürde, gerçek lehdarın olası üç anlamı olduğu tartışılmıştır. Bunlar; kavram common law ülkelerdeki iç hukuk anlamını taşır, agent veya nominee'yi dışarıda bırakan bir anlamı taşır, kaynak veya ikamet devletinde kendisine gelir atfedilebilen kişi anlamını taşır şeklindedir.

Common law ülkelerdeki anlamı taşıdığı görüşünün argümanları kısaca şöyledir; OECD Modelinde bir tanım verilmemiş ve hiçbir devlet yorum veya çekince beyanında bulunmamıştır. Bu nedenle, kökeni itibariyle common law olan bu kavramın aksi şekilde anlaşılması için bir neden bulunmamaktadır³⁶. Diğer bir argüman, tanımlanmayan bir terimin varlığı durumunda Viyana Konvansiyonu yorum basamakları uygulanır. İlk önce kelime karşılığına bakılır ve sonra anlaşmanın içerik-amaç ve konusu ekseninde yorum faaliyeti yapılır şeklindedir³⁷.

Agent veya nominee'yi dışarıda bırakan anlam; 1986 Kanal Şirket Raporu'ndan hareket eder. Rapora göre, agent veya nominee yahut onlar gibi davranan kişiler gerçek lehdar olarak nitelenemeyecektir. Rapor, kanal şirketleri sahip oldukları yetkinin oldukça sınırlı olması durumunda agent veya nominee ile eş görmüştür. Bununla birlikte, raporda her kanal şirketin otomatik olarak gerçek lehdar olamayacağı gibi sonuçta kabul edilmemiştir³⁸.

Kendisine gelir atfedilebilen kişi anlamı; WEEGHEL tarafından önerilen bu görüş, neyi aradığımız sorusundan hareket eder. Ödemenin gerçek lehdarı açısından asıl soru gelir elde eden kimsenin ikamet devletinde söz konusu ödeme açısından herhangi bir vergi sorumluluğu taşıyıp taşımadığıdır. Bu sorumluluk, genel anlamda bir vergi sorumluluğuna değil ödemenin vergiye tabi olup olmadığına yöneliktir³⁹.

³⁶ OLIVER bu görüşe katılmamakta ve olası kanıt olarak madde 3 ile ilgili olarak koyduğu çekinceyi ileri sürmektedir. Bkz. OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT, s.318, dñn:22.

³⁷ OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT, s. 318. Bu görüşün diğer argümanları ve eleştirisi için bkz. s.319 vd.

³⁸ OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT, s. 319. Bu görüşün diğer argümanları ve eleştirisi için bkz. s.320 vd.

³⁹ WEEGHEL, s.89-90; OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT, s.322.

Anlaşmaların çoğu gerçek lehdar tanımı içermemekle birlikte, örneğin Almanya- ABD anlaşması ve Almanya-İtalya vergi anlaşmalarında tanıma rastlamak mümkündür. Almanya-ABD anlaşmasına göre gerçek lehdar, kaynak devlet hukukuna göre kendisine gelir atfedilebilen kişidir. Yine, ABD Modelinin (2006) teknik açıklamasında, model anlaşma gerçek lehdarı, kaynak devlet hukukuna göre kendisine gelir atfedilebilen kişi olarak tanımlar. Bununla birlikte, ABD gerçek lehdarın uluslararası mali anlamını reddetmiştir⁴⁰.

V. Kavramın Yorum Uygulamalarına Bakış

a. Hollanda: The Royal Dutch Oil Kararı

Hollanda Yüksek Mahkemesi'nin "The Royal Dutch Oil" kararı, gerçek lehdar kavramının uluslararası anlamına göndermede bulunan ilk karardır.

Uyuşmazlık konusu olayın olguları şöyledir: İngiltere mukimi olan banker, "Royal Dutch Oil" hisselerinin temettü kuponlarını satın almış ancak temettülere ilişkin hisse senetlerinin sahibi veya zilyedi olmamıştır. Hisselerin sahibi Luxembourg mukimi olup Hollanda-Lüksemburg anlaşmasından yararlanma hakkı bulunmamaktadır. Kuponların satışı sırasında, temettü açıklanmış ancak henüz dağıtılmamıştır. İngiltere mukimi bankere yapılan temettü ödemesi %25 vergi kesintisine tabidir. Vergi kesintisini takiben banker, İngiltere-Hollanda anlaşması kapsamında (m.10-2) ödediği verginin %10 unu geri almak için Hollanda idaresine başvurmuştur. Anlaşmaya göre, temettüler üzerinden ödenen vergi kesintisi ancak temettünün gerçek lehdara ödenmesi durumunda geri alınabilmektedir. Başvuru, idare tarafından reddedilmiş, ilk derece yargılaması da banker aleyhine sonuçlanmış ancak yüksek mahkeme yapılan temyiz incelemesinde banker lehine, bankerin gerçek lehdar olduğu yönünde, karar vermiştir⁴¹.

⁴⁰ BERNSTEIN, s.1211-1212.

⁴¹ DU TOÏT, Charles, "The Evolution of the term "Beneficial Ownership" in relation to International Taxation over the Past 45 Years", IBFD Bulletin Ekim 2010, s.504.

Yüksek Mahkeme, değerlendirmesinde şu tespitlerde bulunmuştur. Öncelikle, hisselerin sahibi olunması gerekliliği bulunmamaktadır (the underlying property). İkinci olarak, bankerin ödeme ve kuponlar üzerinde özgürce hareket edebilmesi nedeniyle kuponlar üzerindeki hakka ve ödemeye yönelmiştir. Üçüncü olarak, gerçek lehdar ödemenin yapıldığı zamana göre tespit edilmek zorundadır. Son olarak, ortak bir uluslararası anlaşma ulaşma konusunda sadece gerçek lehdarın tespitine yönelmiş, lehdarın amacının vergi faydası elde edip etmemek olmadığını tespitine yönelik herhangi bir test uygulaması yapmamıştır⁴².

Hollanda’da da faiz ve gayri maddi hak bedelleri ödemeleri üzerinde vergi kesintisi yapılmamaktadır. The code (1988)’deki tanımın içeriği sorulduğunda bakanlık şöyle cevaplamıştır⁴³: “Gerçek lehdarın uluslararası hukuktaki anlamı olgusal koşullara bakarak belirlenir. Bu bakımdan, terim için genel biçimin ötesinde bir tanım vermek mümkün değildir. Temettü istismasını engellemek için çıkarılan özel temettü suiistimalini önleme yasasında (2002), vergi indirimi veya istisnai ancak hak sahibinin gerçek lehdar olması durumunda uygulanabilecektir ancak hak sahibinin kim olduğu tanımlanmamıştır”.

b. İngiltere: Indofood Kararı

İngiltere’de verilen bu kararın en önemli özelliği, mahkemenin gerçek lehdar için uluslararası mali anlamı kabul etmesiydi ki bu pek çok belirsizlik ve tartışmayı beraberinde getirmiştir⁴⁴. Mahkeme, gerçek lehdarın tespitinde “ekonomik yaklaşımı” esas almıştır.

Davanın başka dikkat çeken bir yanı, İngiliz mahkemelerinde vergi anlaşması ekseninde gerçek lehdarın tanımına ilişkin ilk karar olmasıdır⁴⁵. Olguları bir miktar karmaşık olan uyuşmazlığı kısaca şöyle özetleyebiliriz;

⁴² DU TOIT, “The Evolution of the term “Beneficial Ownership”, s.504-505.

⁴³ BERNSTEIN, s.1214. Ayrıca bu konuda bkz. Lİ, s.192 vd.; JIMENEZ, s.42 vd; BAKER, Philip, “Beneficial Ownership: After Indofood”, GIRC Review, Vol.VI, No.1, Şubat 2007, London, s.15-28; FRASER, Ross/OLIVER, J.D.B, “Beneficial Ownership: HMRC’s Draft Guidance on Interpretation of the Indofood Decision”, British Tax Review, 2007, s.39-57.

⁴⁴ BERNSTEIN, s.1211.

⁴⁵ DU TOIT, “The Evolution of the term “Beneficial Ownership”, s.505.

Bir Endonezya şirketi olan Indofood, tahvil çıkarma ve paralel kredi kullanma amacına yönelik olarak Mauritius'ta bir şirket kurar (Special Purpose Vehicle). *Taraflar arasındaki anlaşmaya göre*, tahviller brüt tutar üzerinden ödenecek olup (gross-up clause), vergilendirme rejiminde veya vergi anlaşmasında yapılacak bir değişik nedeniyle erken itfa halinde, Mauritius şirketi Endonezya'da maruz kalınacak vergiyi ödeme yükümlülüğü altındadır. Bununla birlikte, tahviller, Mauritius şirketine erken itfa neticesinde maruz kalınacak vergi sorumluluğunu alınacak makul önlemlerle düşürme veya azaltma imkanı vermektedir. Yapının Mauritius üzerinden kurulma amacı, Endonezya-Mauritius arasındaki düşük oranlı vergi kesintisine imkan sağlayan vergi anlaşmasından yararlanmaktır. Mauritius *vergilendirme rejimine göre* yurt dışına yapılan ödemelerde vergi kesintisi bulunmamaktadır. Kanal şirket yapılanmaları yoluyla anlaşmanın suistimalini engellemek isteyen Endonezya'nın, Mauritius ile olan anlaşmasını geçmişe etkili olarak 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırdığını açıklaması üzerine, söz konusu ödemeler üzerindeki %10 oranındaki Endonezya vergi oranı %20'ye çıkmıştır. Tahvillerin 2002 yılında çıkarılması nedeniyle, faiz ve değişen oranlar Mauritius aleyhine sonuç doğurmuştur. Bunun üzere, tahvilleri itfa ederek yeniden daha uygun oranlarda yapılandırmak isteyen Indofood'a, JP Morgan'ın (tahvil hamillerinin temsilcisi) cevabı olumsuz olmuştur. JP Morgan'a göre, Mauritius, anlaşmadaki koşul gereği Hollanda-Endonezya anlaşmasının düşük oranlı sisteminden faydalanmak için finansal yapılanmaya Dutch NewCo'yu yerleştirmeliydi. Yargılamadaki ana tartışma konusu, NewCo'nun Hollanda-Endonezya anlaşması kapsamında yapılacak bir ödemenin gerçek lehdarı olup olmadığıydı. Seçilen hukukun İngiliz hukuku olması nedeniyle uyuşmazlık İngiliz mahkemelerinde görülmüştür⁴⁶.

İlk derece yargılaması, NewCo lehine sonuçlanmış ancak temyiz mahkemesi Hollanda-Endonezya anlaşması kapsamında faiz elde eden NewCo'nun gerçek lehdar olmadığına hükmetmiştir. Mahkeme, kararında,

⁴⁶ Lİ, para.1, s.193.

OECD Şerhi, Kanal Şirket Raporu ve Philip Baker'ın daha önce yayınladığı görüşlerine atıf yapmıştır⁴⁷.

Mahkemeye göre, “gerçek lehdar kavramı” sahibine gelirden tamamen yararlanma imkanı vermeyen formel sahiplik *sıfatı* ile uyumsuzluk göstermektedir⁴⁸.

c. Kanada: Prevost Kararı

Prevost kararı, vergi anlaşmalarında gerçek lehdarın yorumuna ilişkin ilk Kanada davasıdır. Olayın olguları şöyledir; Prevost, Kanada'nın Kebek bölgesinde yerleşik bir şirkettir⁴⁹. 1995 yılında, İsveç mukimi Volvo, Prevost'un bütün hisselerini satın almış ve alımdan kısa süre sonra bütün hisselerini Hollanda mukimi HoldCo'ya transfer etmiştir. Transferi takiben, İngiltere mukimi Henyls, HoldCo'nun %49 hissesini satın almıştır. Taraflar arasında imzalanan hissedarlık sözleşmesine göre, Volvo ve Henyls, Prevost ve HoldCo'nun, yıllık kazançlarının en az %80'ini hissedarlara kar payı olarak dağıtacağı hususunda anlaşmışlardır. Prevost, önceden kararlaştırılan hissedarlık sözleşmesi kapsamında karpayını HoldCo'ya Hollanda-Kanada Vergi anlaşması kapsamında %5 vergi kesintisi ile ödemiş, ardından HoldCo, Prevost'tan elde ettiği kar payını Volvo ve Henyls'e dağıtmıştır. Kanada Gelir İdaresi, HoldCo'nun elde ettiği kar payı açısından gerçek lehdar olmadığını iddia etmiştir⁵⁰.

Davanın ilk derece yargılamasında, Yargıç Rip, J., HoldCo'nun gerçek lehdar olmadığı iddiasını reddetmiş ve terimin uluslararası anlamına göre yorumlanması gerektiğine karar vermiştir⁵¹. Yargıç, HoldCo'nun hukuki yapısına odaklanmış ve Hollanda Şirketler Hukuku ve aradaki hukuki ilişki temelinde gerçek lehdar olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. HoldCo ve hissedarlar arasındaki ilişki bir acenta veya vekil ilişkisi değildir. HoldCo, Prevost hisselerinin kayıtlı sahibi olup hisselerin tamamına kendisi

⁴⁷ Lİ, para.2-3, s.194.

⁴⁸ Lİ, para. 2, s.194.

⁴⁹ Lİ, para. 5, s. 195.

⁵⁰ Lİ, para. 1, s. 196.

⁵¹ Lİ, para. 2, s. 196.

sahiptir. HoldCo, karpaylarını elde ettiği zaman hissedarlarına dağıtılmak üzere kar paylarının mülkiyetine sahiptir⁵².

Federal Temyiz Mahkemesi, Yargıç Rip'in kararını desteklemiş ve Yargıç'ın yaklaşımını OECD Şerhi ve Kanal Şirket raporu ile uyumlu bulmuştur⁵³.

Yukarıdaki kararlardan görüleceği üzere, gerçek lehdarın anlamını belirleme faaliyetinde Hollanda ve Kanada kararları hukuki yaklaşımı esas almış iken İngiltere ekonomik yaklaşım esasını benimsemiştir.

VI. Kavramın Yorumuna Ulusal Bakış

a. Filli Uygulamalar

Şu an yürürlükte bulunan 74 vergi anlaşmasının tamamında, 10,11 ve 12. maddeler de, tipik model anlaşma düzenlemesine uygun biçimde gerçek lehdar kavramı kullanılmıştır. Buna göre, bir akit devlette doğan ve diğer akit devlet mukimine ödenen faiz, gayri maddi hak bedeli ve kar payının kaynak devletinde yani Türkiye'de sınırlı oranda vergilendirilmesi ödeme yapılan diğer akit devlet mukiminin gerçek lehdar olması koşuluna bağlanmıştır.

Kavramın anlamını arama faaliyetinin ilk basamağı olan anlaşma metinlerine bakıldığında, kavrama ilişkin bir tanım olmadığı görülecektir. Bununla birlikte, sınırlı sayıdaki anlaşma protokollerinde gerçek lehdardan ne anlaşılacağına ilişkin açıklamalar mevcuttur.

Örneğin, Belçika-Türkiye Anlaşması⁵⁴ Protokolünün 5. maddesinde anlaşmanın 10,11 ve 12. maddesine atfen; Gerçek lehdar koşulunun, 3. ülke mukiminin Türkiye veya Belçika'da elde edilen faiz, gayri maddi hak ve kar payları hakkında anlaşma faydasından yararlanamayacağı şeklinde yorumlanması gerektiği ancak bu sınırlamanın anlaşma mukimlerine uygulanmayacağı belirtilmiştir.

⁵² Lİ, para. 2, s. 197.

⁵³ Lİ, para.1, s.198.

⁵⁴ RG:15 Eylül 1991, Sayı:20992.

Aynı ifadeler, İsveç-Türkiye Anlaşması⁵⁵ Protokolü'nün 3. maddesi, Fransa-Türkiye Anlaşması Protokolünün 3.maddesi, İtalya-Türkiye Anlaşması⁵⁶ Protokolünün 5. maddesi, Güney Kore-Türkiye Anlaşması⁵⁷ Protokolü'nün 5.maddesi, Pakistan-Türkiye Anlaşması⁵⁸ Protokolü'nün 4.maddesi ve hemen hemen aynı biçimde Danimarka-Türkiye Anlaşması⁵⁹ Protokolü'nün 3.maddesinde yer almıştır.

Protokol maddelerine ilk bakışta anlaşılacağı üzere, sınırlı sayıdaki protokolde geçen bu ifadelerin bir tanım içerdiğini söylemek mümkün değildir. Bununla birlikte, gerçek lehdarın nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin bir açıklama notu olduklarını söyleyebiliriz⁶⁰.

Uygulamada, anlaşma faydasından yararlanılması, ikamet devleti yetkili makamlarından alınacak mukimlik belgesine bağlanmıştır. Bununla birlikte, sadece mukimlik belgesini hareket noktası alan bir düzenlemenin, çok farklı biçimlerde ortaya çıkabilecek, aracı ülkelerdeki kanal benzeri yapılanmalar için yetersiz olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Taşıdığı belirsiz içerik nedeniyle, kavram Türk Vergi Anlaşmaları açısından da tartışmalıdır ancak sadece bir protokolün eleştirileri tamamen olmasa da kısmen karşılayabileceğini söylemek mümkündür. Diğer protokollerin aksine, Danimarka Protokolü'nün 3. maddesi, üçüncü ülke mukiminin, *sözleşmecî ülkelerde* mukim olmayanlarca doğrudan veya dolaylı kontrol edilen mukimleri de kapsadığı yönünde bir ifade içermektedir⁶¹.

⁵⁵ RG: 30 Eylül 1990, Sayı: 20651.

⁵⁶ RG: 9 Eylül 1993, Sayı: 21693.

⁵⁷ RG: 2 Ekim 1985, Sayı:18886.

⁵⁸ RG: 26 Ağustos 1988, Sayı:19911.

⁵⁹ RG: 23 Mayıs 1993, Sayı: 21589.

⁶⁰ Yabancı literatürde protokollerde geçen bu ifadeler bir tanım şeklinde değerlendirilmiştir. Bkz.WEEGHEL, s.65; PANAYI, s.38.

⁶¹ Danimarka Protokolünün 3. maddesine göre, "With reference to Articles 10, 11 and 12 It is understood that each Contracting State reserves its right to refuse to grant the benefit of the exemptions and reliefs provided for in these Articles in the case where the income is received by a resident of the other State which is controlled directly or indirectly by persons who are not residents of either State.

In such case, the competent authority of the State denying the benefit of the Agreement shall inform the competent authorities of the other State and the competent authorities shall settle the mode of application of this provision".

b. Varsayımsal Uygulamalar Üzerinden Öneriler

Gerçek lehdarın anlamına ilişkin herhangi bir içtihadımız olmaması nedeniyle varsayımsal bir kurgudan hareket edeceğim. Kurgunun olay örgüsü olası cevapların kurgunun kendisinden daha önemli olması nedeniyle basit tutulacaktır.

Olay: Üç şirket üzerinden hareket edelim. Türkiye’de mukim X Şirketi, Y ülkesinde mukim Y şirketi, Z ülkesinde mukim Z şirketi.

Z şirketi Y şirketine 100 birim faizli 2000 birim tutarında kredi verir.

Y şirketi X şirketine 100 birim faizli 2000 birim tutarında kredi verir.

Türkiye’nin faizler üzerindeki ulusal vergi kesintisi oranı yüzde 20’dir.

Türkiye-Y ülkesi vergi anlaşmasına göre faizler üzerindeki vergi kesintisi oranı %5’dir.

Türkiye ve Z ülkesi arasında herhangi bir vergi anlaşması bulunmamaktadır.

Y ülkesi ve Z ülkesi arasındaki vergi anlaşmasına göre, Y ülkesi faiz ödemeleri üzerinde %5 vergi kesintisi yapmaktadır..

Z Şirketi’nin %100 hissesi Y şirketine aittir.

Bu örnekte, Türk idaresinin, Türkiye-Y Anlaşması’nın sağladığı %5 oranlı vergi kesintisini Y şirketinin gerçek lehdar olmaması nedeniyle kabul etmediğini varsayalım. Ayrıca, kıta avrupası hukuk sistemine dahil olan Türk hukukunda gerçek lehdarın herhangi bir tanımı bulunmamaktadır.

aa. Varsayım 1: Gerçek Lehdarın Tanımlanmadığı Anlaşmalar

Bu olasılıkta, 11 maddede gerçek lehdar kavramının kullanıldığı ancak anlaşma veya protokolde kavrama ilişkin bir tanımlama yapılmadığını düşünelim.

Bu durumda, başlangıç noktası anlaşmanın 3(2) maddesi olacaktır⁶² ancak daha öncede belirttiğimiz üzere “anlaşma aksini gerektirmedikçe” ibaresinin anlamı uluslararası vergi hukukunda oldukça tartışmalı olup madde iki biçimde uygulanma olanağına sahiptir. Birinci biçimde, doğrudan sözleşmeci devlet iç hukukuna gidilebilir iken ikinci biçimde “anlaşma aksini gerektirdiği” için sözleşmeci devlet iç hukuku uygulama alanı bulmayacaktır⁶³.

Doğrudan sözleşmeci devletin iç hukukuna gidildiğinde gerçek lehdar tanımı olup olmamasına göre iki sorunla karşı karşıya kalınacaktır. Sözleşmeci devlet iç hukukunda bir tanım olması durumunda, ikinci test uygulaması bu anlamın anlaşma içeriği ile uyumlu olup olmadığı yönünden yapılacaktır.

Bu nedenle, öncelikle “anlaşma içeriği” teriminin anlamını belirlemek gereklidir ki bu da uluslararası literatürde devam eden diğer bir tartışmadır. Madde 3(2)’de kullanılan “anlaşma içeriği” terimi anlaşmanın başlangıç ve ekleri dahil tamamı ile kapsam ve amacını içine almaktadır⁶⁴.

Vogel’ göre, “anlaşma aksini gerektirmedikçe” ibaresi, anlaşmadaki terimin doğrudan doğruya iç hukuka göre yorumlanması gereği gibi bir sonucu yol açmaz. İkinci basamak olarak, iç hukuktan gelen terimin anlaşma içeriğini kapsayıp kapsamadığına bakılır. Son olarak, iç hukuk kurallarından birisi anlaşma içeriği ile uyumlu olması durumunda ise iç hukuk anlamı uygulanmalıdır.

İç hukuk anlamının olmaması durumunda ne olacaktır? Yukarıda bahsettiğimiz üzere⁶⁵ gerçek lehdarın anlamı konusunda üçlü bir yaklaşım söz konusudur. Bu noktada, görüşüme göre vergi idaresinin gerçek lehdarı tespitinde “kendisine gelir atfedilebilen kişi” yaklaşımını benimsemesi gelir üzerinden hareket eden suni yapılanmaları önleyebileceğinden en uygun çözüm olacaktır.

⁶² Konu hakkında bkz. dpn:24-26.

⁶³ OLIVER/ LIBIN/ WEEGHEL/TOIT, s.312.

⁶⁴ ENGELEN, s.482.

⁶⁵ Bkz. dpn:33 vd.

İkinci soruna döndüğümüzde, katıldığım görüşe göre, “anlaşma aksini gerektirmedikçe” ibaresi bizi doğrudan doğruya iç hukuka yönlendirmemektedir. Nitekim, Lang’a göre, “*anlaşma aksini gerektirmedikçe*” ibaresi anlaşma teriminin anlamını doğrudan doğruya iç hukuktan çıkarmaya izin vermemektedir. Aksine, anlaşmayı yorum faaliyeti ihtilafli terimin kendi içeriğinden başlamalıdır. İç hukuk referansı ancak terim anlamının anlaşmanın kendisinden çıkarılmaması durumunda söz konusu olacaktır.”⁶⁶. Bu açıdan, olası ihtilaf durumunda vergi mahkemesince iç hukuk değil anlaşmanın kendisi başlangıç noktası olarak alınmalıdır.

bb. Varsayım 2: Gerçek Lehdarın Tanımlandığı Anlaşmalar

Bu olasılıkta, 11. madde de kavramın yer aldığını ayrıca anlaşma ve protokolde de gerçek lehdarın tanımlandığını varsayalım.

Bu durumda, anlaşma tarafları anlaşmada belirlenen tanımları uyumsuzluğa uygulamak durumunda kalacaklardır. Varsayımsal açıdan, sorunun çözümünde en kolay yol olarak gözüksede bazı durumlarda yorum faaliyetinin anlaşma aşımına yol açabileceğide göz önünde bulundurulmalıdır. Bununla birlikte, en nihayetinde anlaşmanın uygulanmış olması nedeniyle anlaşma aşımı olmayacağıda iddia edilebilir.

cc. Varsayım 3: Gerçek Lehdarın Hiç Düzenlenmediği Anlaşmalar

Bu olasılıkta, 10, 11 ve 12. madde de gerçek lehdar kavramının hiç kullanılmadığını varsayalım.

Ütopik bir olasılık görülmele birlikte, OM Şerhi 10(2)’de 2003 yılında değişiklikle bu halde dahi anlaşmanın suistimalini engellemek mümkündür. Değişikliğe göre, “*Vergi anlaşmalarının temel amacı uluslar arası çifte vergilendirmeyi ortadan kaldırarak, mal ve hizmet değişimini, sermayenin ve kişinin dolaşımını artırmaktır. Ayrıca diğer bir amaç vergiden kaçınma ve kaçakçılığın önlenmesidir*”. Pek tabiki, model şerhler hukuki açıdan

⁶⁶ THEUERER, Andreas, How to Combat Treaty Shopping?, Diploma Thesis, Wien 2009, s.57.

bağlayıcı olmamakla birlikte, bu değişiklikle anlaşmanın içeriğinden hareketle, herhangi bir engelleme hükmü olmasa dahi suistimali işlem engellenebilecektir.

VII. Sonuç

Gerçek lehdara verilen ilk anlam, **hukuki bir** yaklaşıma dayanıyordu. Aracı, gayri maddi hak, faiz veya temettünün gerçek lehdarı olarak ele alınıyordu⁶⁷.

Kanal Şirket Raporu, gerçek lehdar kavramını genişletmesi nedeniyle (madde 14-b) madde 10-12 uygulamasında OECD, kaynak devletin temettü, faiz, gayri maddi hak bedeli ödemeleri üzerindeki vergilendirme yetkisinin sınırlandırılmasını, kanal şirketin gerçek lehdar olduğu durumlarda kabul etmemektedir. Bu bakımdan, **ekonomik olarak**, aracının ödeyen ve gerçek lehdar arasına yerleştiği durumlarda *kaynak devletin* sınırlandırılması mümkün değildir⁶⁸.

Ardından 2003 Şerhinde, kanal şirket uygulamalarıyla ilgili olarak “*Sözleşmeci devlet mukiminin, kaynak devleti istisna veya vergi indiriminden yararlanması anlaşmanın amacı ve kapsamına eşit oranda aykırı olacaktır. Bu nedenle, şirket, formel sahip olmasına rağmen gelirle ilgili olarak sınırlı bir yetkisinin olması durumunda gerçek lehdar olarak kabul edilmez*”⁶⁹ şeklinde değişikliğe gidilmiştir.

Yukarıda ki genişleme sürecinden de görüleceği üzere, artık hedef hukuki kişilik değildir aksine diğerlerine ilaveten ekonomik yaklaşımla paranın kimin cebine gittiğine ulaşılmaya çalışılmaktadır⁷⁰.

Gerçek lehdarlığın evrimi konusundaki bu kısa bilgiler şu sorunlarla karşı karşıya kaldığımızı gösterir;

⁶⁷ GİBERT, Bruno/ OUAMRANE, Yacine, “Beneficial Ownership-A French Perspective”, European Taxation, Ocak 2008, s.2.

⁶⁸ GİBERT/ OUAMRANE, s.2.

⁶⁹ GİBERT/ OUAMRANE, s.3.

⁷⁰ GİBERT/ OUAMRANE, s.3.

a) Tanım eksikliği: OECD Mali ilişkiler Komitesi, tanımın anlamını belirlemek için bir açıklama yapmalıdır. Özellikle, taraflar arasındaki hukuki sınırlar katı şekilde belirlenmeli mi veya son OECD şerhlerinde belirtildiği üzere ekonomik yönetime mi vurgu yapılmalıdır⁷¹?

b) Gerçek lehdarın uluslararası bir anlamı var mıdır⁷²?

1986 Kanal Şirket Raporu ve Indofood kararından sonra vergi otoriteleri, gerçek lehdarın tespiti için hukuki yaklaşım yerine olgusal faktörlere yönelmiştir. Aracı kuruluşun, nominee, agent veya fiduciary değil hukuki sahip (legal owner) olması nedeniyle, vergi otoriteleri, olgulara dayalı olarak aracı işletme tarafından üçüncü kişilere havale edilen fonlar nedeniyle üçüncü kişiyi gerçek lehdar olarak niteleyebilmektedir⁷³.

Bu gelişmeler ışığında, eski bir OECD üyesi olan ve bugüne kadar OECD çalışmalarına uyumlu bir birliktelik gösteren Türkiye'nin, gerçek lehdarın anlamını belirleme faaliyetinde OECD yaklaşımından hareket edeceğini tahmin etmek güç değildir. Bu bakımdan, uluslararası gelişmeler ekseninde gerçek lehdarlığın tespitinde ekonomik yaklaşımın benimsenmesi beklenebilir. Bununla birlikte, dikkat edilmesi gereken bir husus, kavramın anlamını arama faaliyetinde kavramın, anlaşmanın içeriği, kapsamı ve amacının ışığı altında yorumlanmasından anlaşılması gerekenin, iç hukuk anlamının otomatik olarak uygulanmasına imkan vermeyeceğidir. İç hukuk anlamı şerhin konuya genel yaklaşımı ile uyumlu olduğu sürece uygulanabilme yeteneğine sahiptir.

⁷¹ Nitekim OECD'nin kamuoyuna sunduğu taslak bir çalışma mevcut olup, kamuoyu öneri ve yorumları alınmaktadır. <http://www.oecd.org/dataoecd/49/35/47643872.pdf>, Erişim:12.05.2011.

⁷² GİBERT/OUAMRANE, s.3.

⁷³ BERNSTEIN, s.1211.