



BEPS Projesinin Vergi Anlaşmaları Hukukunda Hibrit Finansal Araç Sorununa Etkisi¹

*Doç. Dr. Emrah FERHATOĞLU**

ÖZ

Hibrit finansal araçların vergi planlaması aracı olarak nitelendirilmeleri birçok yatırımcının ve devletin konuyla ilgilenmesine neden olmuştur. Bu yatırım araçlarının vergi planlaması aracı olarak nitelendirilmelerinin nedeni ülkelerin vergi sistemlerinde farklı uygulamalara konu edilmesidir. Bu çalışmanın amacı hibrit finansal araçlardan elde edilen gelirlerin Akit Devletlerin konuyla ilgili belirli düzenlemelerinden bağımsız olarak vergi anlaşmaları hukuku bakımından temettü mü yoksa faiz mi olarak nitelendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktır. Bu bakımdan OECD Model Vergi Anlaşmasının ilgili bağlama kuralları olan 10. ve 11. madde üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Vergi anlaşmaları, hibrit finansal araçlar, BEPS.

Jel Sınıflandırması: H25, H26, F38, K34

THE IMPACT OF BEPS PROJECT ON HYBRID FINANCIAL INSTRUMENTS IN TAX TREATY LAW

ABSTRACT

Hybrid instruments issued in cross-border transactions have attracted the attention of tax practitioners and policy-makers because of the planning opportunities presented by the inconsistent characterization of those instruments under different tax systems. The purpose of this article is to examine the circumstances in which the yield of a hybrid financial instrument can or must be qualified as either a dividend or interest under tax treaty law irrespective of treatment in the contracting states. The article analyses the treatment of yield of hybrid instruments under the relevant distributive rules of OECD MC. Since the yield generally qualifies either as a dividend or interest, the focus is on Article 10 and Article 11 of the OECD Model Convention.

Keywords: tax treaties, hybrid financial instruments, BEPS

Jel Classification: H25, H26, F38, K34

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Maliye Bölümü

¹ Bu makale 22-26 Mayıs 2013 tarihinde düzenlenen 28. Türkiye Maliye Sempozyumu'nda sunulan "Vergi Anlaşmaları Hukukunda Hibrit Finansal Araçlar" başlıklı tebliğin güncellenmiş ve gözden geçirilmiş halidir.

GİRİŞ

Vergi yükümlüleri ülkelerin vergi sistemlerindeki farklılıklar nedeniyle yükümlülüklerinin ya da kullandıkları yatırım araçlarının iki ya da daha fazla devlet tarafından farklı uygulamalara konu edilmesini vergi yüklerini azaltmak için değerlendirebilmektedirler. Örneğin kurum kazançlarının vergilendirilmesinde bir devlet kurumu vergi yükümlüsü olarak kabul ederken bu kurumun faaliyet gösterdiği başka bir devlet ortakları vergi yükümlüsü kabul edebilir. Bir yatırım aracı ihraç edildiği devlette alacak hakkını temsil ederken bu yatırım aracını elinde bulunduranın mukimi olduğu devlette ortaklık hakkını temsil edebilir. Devletlerin vergi uygulamalarındaki bu farklılıklar hibrit uyumsuzluklar olarak nitelendirilirler. Bu uyumsuzluklar elde edilen gelirin vergi dışı kalmasına ya da ödenecek verginin ertelenmesine neden olabilirler. Bu bakımdan vergilendirmede matrah aşındırmanın ve kâr aktarmanın önemli bir aracı olarak karşımıza çıkarlar.

Makalenin odaklandığı hibrit finansal araçların uluslararası vergi hukuku bakımından değerlendirilmesinde öne çıkan konu bu finansal araçların şirket ya da alacak hakkını temsil edip etmemeleri konusunda yoğunlaşmaktadır. Başka bir ifadeyle, bu araçlardan elde edilen gelirin temettü olarak mı, yoksa faiz geliri olarak mı vergilendirileceği uluslararası vergi hukukunun çözüm bekleyen konuları arasındadır. Kaynak ve ikamet devletlerinin hibrit finansal araçlardan elde edilen gelirleri birbirlerinden farklı sınıflandırıp nitelendirmeleri, bu araçlardan elde edilen gelirin tamamen vergi dışı kalmasına neden olabilmektedir. Bu bakımdan, uluslararası yatırımlarda hibrit finansal araçların kullanımı uluslararası vergi planlamasının önemli araçlarından biri olarak ifade edilir.

Bu makalede hibrit uyumsuzluklardan hibrit finansal araçlar ve bu araçların vergi anlaşmaları hukukunda neden olduğu sorunlar OECD'nin Matrah Aşındırma ve Kar Kaydırmanın (BEPS) Önlenmesi projesi çerçevesinde değerlendirilecektir. Bu nedenle, hibrit finansal araçların nitelikleri ve türleri ile bireysel olarak ülkelerin konuya yaklaşımı ve Avrupa Birliği'nin vergilendirme direktifleri, konunun vergi anlaşmaları hukuku ve bakımından değerlendirilmesine yoğunlaşabilmek adına kapsam dışında tutulmuştur.

1. HİBRİT FİNANSAL ARAÇLAR

Finansal araçlar, iki ya da daha fazla taraf arasında gelecekte sağlanacak nakit akımı üzerinde

hak sahipliğini temsil eden ve parasal bir değeri olan değerli kâğıtlar olarak tanımlanabilirler. Finansal araçları sağladığı haklar açısından, alacak hakkını temsil eden finansal araçlar ve şirket hakkını temsil eden finansal araçlar olarak iki grupta toplamak mümkündür. Risk faktörü bu iki finansal araç tipi arasındaki temel farkı ortaya koymaktadır.

Alacak hakkını temsil eden finansal araçlar ile şirket hakkını temsil eden finansal araçlar arasındaki bir diğer fark da vergi uygulamalarında kendini göstermektedir. Buna göre, alacak hakkını temsil eden finansal araçlar karşılığında bu hakkı elinde bulunduran alacaklılara ödenen faiz vergiye tabi kurum kazancının tespitinde gider olarak gayrisafi kurum kazancından indirim konusu yapılabilir. Buna karşılık, şirket hakkını temsil eden finansal araçları elinde bulunduranlara ödenen temettünün kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınması mümkün değildir. Alacak hakkını temsil eden finansal araçlarla şirket hakkını temsil eden finansal araçlar arasında vergi uygulamalarında ortaya çıkan bir diğer fark da ülkelerin faiz ve temettüye çeşitli gerekçelerle farklı vergi oranları uygulamasıdır. Bu durum, özellikle uluslararası yatırımlar dikkate alındığında faiz ve temettünün ya ağırlıklı olarak kaynak devletinde ya da ikamet devletinde vergilendirilmesine yol açmaktadır.

Alacak hakkını temsil eden finansal araçlar ve şirket hakkını temsil eden finansal araçlar arasındaki bu farklılıklara karşın uygulamada bazı finansal araçlar arasında kesin ayırım yapmak her zaman mümkün olmamaktadır. Sahibine alacak ve şirket hakkını belirli ölçüde aynı zamanda veren bu finansal araçlar hibrit finansal araçlar olarak ifade edilmektedir. Hibrit finansal araçların türlerine göre taşıdığı ekonomik özelliklerinin tamamı ya da bir kısmı hukuk sistemine göre yapılmış tanımlarına ya da sınıflandırılmasına uygun olmamaktadır. Bu çerçevede, hibrit finansal araçlar ekonomik özellikleri dikkate alındığında alacak hakkını temsil eden tahviller ve şirket hakkını temsil eden hisse senetleri arasında bir noktada yer alırlar. Ekonomik özelliklerine göre ortaklık haklarına ya da şirket haklarına yakın olurlar ve getirileri aldıkları bu pozisyona göre temettü ya da faiz olarak nitelendirilir. Şüphesiz, ekonomik özellikleri dikkate alındığında hisse senetleri ile tahviller arasında fon talebindeki şirket ve yatırımcıların tercihlerine göre sayısız finansal araç üretilebilir. Komanditer ortakların ortaklık payları, kazanca katılım imkanı veren tahviller, varant tahviller ve imtiyazlı hisse

senetleri hibrit finansal araçların en bilinen örneklerini oluştururlar.

2. HİBRİT FİNANSAL ARAÇLARDAN ELDE EDİLEN GELİRİN VERGİ HUKUKU BAKIMINDAN NİTELENDİRİLMESİ/SINIFLANDIRILMASI

Hibrit finansal araçların hem ortaklık hem de alacak hakkı özelliklerini taşıması, bu araçlar üzerinden yatırımcıların elde ettikleri gelirlerin temettü veya faiz olarak nitelendirilmesi/sınıflandırılması sorununu da gündeme getirmektedir. Özellikle, hibrit finansal araçların yatırımcı tercihlerine göre çeşitlendirilebilmesi ve bu yatırım araçlarına olan talebin artış hızı, sorunu uluslararası vergi hukukunun önemli konularından biri haline getirmiştir.

Hibrit finansal araçların nitelendirilmesi vergi hukuku bakımından temelde üç şekilde önemli olmaktadır. Bunlardan ilki, önceki başlıklarda da kısaca değinildiği gibi temettü ve faiz gelirlerinin vergiye tabi kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınıp alınmaması konusu ile ilgilidir. ikincisi ise yatırımcı açısından söz konusu gelirin kazandığı niteliklerdir. Yatırımcı elde edilen gelirin temettü olarak nitelendirilmesi durumunda iştirak kazancı istisnasından yararlanabilecektir. Üçüncü olarak, uluslararası yatırım işlemlerinde hibrit finansal araçlar üzerinden elde edilen gelirin ikamet ve kaynak devletleri tarafından farklı nitelendirilmesi gelirin çifte vergilendirilmesine ya da tamamen vergi dışı kalmasına neden olabilmektedir.

Hibrit finansal araçların nitelendirilmesi/sınıflandırılmasının vergi hukuku bakımından önemi daha detaylı olarak iç hukuk ve uluslararası vergi hukuku dikkate alınarak iki başlık altında inceleme konusu yapılabilir.

2.1. Hibrit Finansal Araçların Sınıflandırılmasının İç Hukuk Bakımından Önemi

Vergi hukukunda temettü ve faiz arasındaki ayırım borç-sermaye ayırımına, alacaklı-borçlu ya da hissedar-ortaklık ilişkisine dayanmaktadır. Bu bakımdan, belirli bir gelir türünün temettü ya da faiz olarak nitelendirilmesinde söz konusu gelir türünün bir borç-alacak ilişkisinden mi yoksa sermaye temini dolayısıyla mı sağlandığının belirlenmesi gerekir. Bu aşamada görünürdeki hukuki biçimlerin ötesinde ekonomik özellikler dikkate alınarak değerlendirilme yapılmalıdır.

Hibrit finansal araçların vergi hukuku bakımından taşıdıkları öneme karşılık, finansal aracı ihraç eden şirket ya da yatırımcı

her zaman vergisel faktörleri dikkate alarak hibrit finansal araçlara yönelmemektedir. Özellikle finansal aracı ihraç eden kurum bakımından düşünüldüğünde öncelikli amacın düşük maliyetli finansman temini olduğu karşımıza çıkmaktadır.

Yatırımcılar açısından düşünüldüğünde, hibrit finansal araçlar hukuki ya da ticari gerekçelerle yatırımcıların normal şartlarda yatırım yapamayacakları alanlara yatırım yapmalarını olanaklı kılmaktadır.

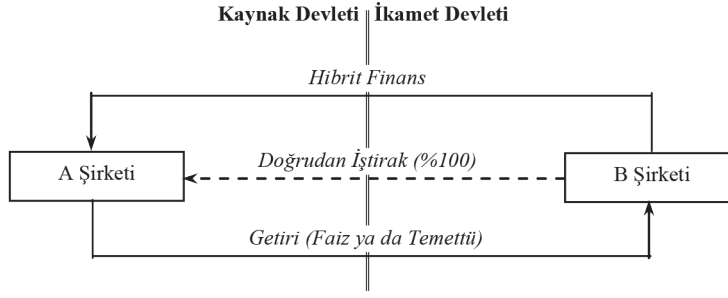
2.2. Hibrit Finansal Araçların Sınıflandırılmasının Uluslararası Vergi Hukuku Bakımından Önemi

Uluslararası yatırımlar söz konusu olduğunda hibrit finansal araçların vergi hukuku bakımından sınıflandırılması farklı bir önem kazanmaktadır. Özellikle, bir finansal aracın kaynak ve ikamet devletleri nezdinde vergi hukuku bakımından farklı şekillerde nitelendirilmeleri yatırımcıya tamamen vergi dışı kalmış gelir elde etme olanağını sunduğu gibi çifte vergilendirme riskini de beraberinde getirmektedir. Örneğin elde edilen gelirin vergi hukuku bakımından kaynak devletinde faiz, ikamet devletinde temettü olarak nitelendirilmesi gelirin tamamen vergi dışı kalmasına neden olabilir. Bunun aksine, gelirin vergi hukuku bakımından kaynak devletinde temettü, ikamet devletinde de faiz olarak nitelendirildiği durumda uluslararası çifte vergilendirme sorunu ortaya çıkabilir. Kaynak ve ikamet devletlerindeki farklı nitelendirme/sınıflandırma sorunu, aynı şekilde, uluslararası şirketlerin bağlı teşebbüsleri arasındaki işlemlerde de önemli olmaktadır.

3. HİBRİT FİNANSAL ARAÇLAR VE ULUSLARARASI VERGİLEME

3.1. Kaynak Devletteki Uygulama

Yavru şirketin (A Şirketi) kaynak devletinde yerleşik olması gereğiyle elde ettiği kurum kazancının tamamı üzerinden, ana şirket (B Şirketi) de A Şirketindeki ortaklık payının karşılığı olan temettü üzerinden (stopaj yoluyla) kurumlar vergisi mükellefi olur (Şekil 1). Ancak ana şirketin yavru şirkete iştiraki hibrit finansmanla gerçekleşmişse, B Şirketinin A Şirketindeki finansal varlığının bir alacak hakkı mı, yoksa şirket hakkı mı olduğunun belirlenmesi elde edilen kazancın niteliğinin ve uygulanacak düzenlemenin saptanması bakımından son derece önemli olmaktadır.



Şekil 1: Uluslararası Hibrit Finansman ve Kaynak Devletteki Uygulama

Kaynak: Eberhartinger ve Six, a.g.e., s. 5

Kaynak devlet tarafından B Şirketinin A Şirketineki finansal varlığının şirket hakkı olarak değerlendirilmesi durumunda, A Şirketinin B Şirketine ödediği meblağlar temettü olarak nitelendirilecek ve A Şirketinin vergiye tabi kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınamayacaktır. Ters durumda, B Şirketinin A Şirketineki finansal varlığının kaynak devlet tarafından alacak hakkı olarak sınıflandırılması halinde A Şirketinin B Şirketine ödediği meblağlar faiz olarak nitelendirilecek ve A Şirketinin vergiye tabi kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınabilecektir.

Kaynak devletin ana şirketin yavru şirketteki finansal varlığını nitelendirme/sınıflandırma tercihi ikamet devletinde bulunan ana şirket bakımından da önemlidir. Her şeyden önce, ana şirket kaynak devlette yerleşik sayılmadığından dar mükellef olarak nitelendirilecektir. Bu nedenle tam mükelleflere göre elde ettiği temettü ya da faiz geliri üzerinden daha düşük oranda vergi ödeyecektir. Bunun dışında, ana şirketin kaynak devlette ödeyeceği vergi elde ettiği gelirin temettü ya da faiz olarak nitelendirilmesine göre de farklılaşabilecektir. Genellikle dar mükelleflerin elde ettiği faiz gelirleri temettü gelirlerine göre daha düşük oranda vergilendirilir. Bu durum ülkeden ülkeye değişmektedir. Örneğin, Avusturya'da dar mükelleflere yapılan ödemeler üzerinden temettü için %25, faiz için %0 stopaj yapılmaktadır. Bu oranlar sırasıyla Almanya'da %25/%0, Lüksemburg'da %15/%0, İngiltere'de %0/%20, İsveç'te %30/%0, Rusya'da %15/%20, Yeni Zelanda'da %30/%15 ve Yunanistan'da %25/%40 olarak uygulanmaktadır.

3.2. İkamet Devletteki Uygulama

Ana şirket (B Şirketi), ikamet devleti tarafından tam mükellef olarak vergilendirilmektedir. B Şirketinin kaynak devletindeki yatırımının ikamet devleti

tarafından alacak ya da ortaklık hakkı olarak nitelendirilmesi vergi yükünü doğrudan etkileyecektir. Buna göre, ikamet devleti B şirketinin kaynak devlette olan yatırımını alacak hakkı veren bir yatırım olarak bu yatırımdan elde edilen geliri de faiz olarak nitelendirdiğinde söz konusu gelir kurum kazancına dahil edilip vergilendirilecektir. Eğer, bunun aksine, söz konusu yatırım ikamet devleti tarafından şirket hakkını temsil eden bir yatırım olarak nitelendirilirse, elde edilen gelir de temettü sayılacak ve birçok ülkede uygulama alanı bulunan iştirak kazançları istisnası ile vergi dışı bırakılacak ya da düşük orana tabi tutulacaktır. Bununla birlikte, bazı ülkelerdeki yurt dışı iştirak kazançları uygulamasında kaynak devletteki uygulama da dikkate alınmaktadır. Örneğin İtalya'da yurt dışı iştirak kazançları istisnasının uygulanabilmesi için elde edilen temettünün kaynak devletteki kurum nezdinde gider olarak indirilmemiş olması gerekir. Bunun dışında, bazı ülkeler yabancı ülkelerde elde edilen gelirler için tek taraflı olarak mahsup sistemi uygulamaktadırlar. Mahsup miktarının üst sınırı kaynak ülkede salınan kurumlar vergisi kadardır.

3.3. Uluslararası Vergileme ve Hibrit Finansman

Kaynak ve ikamet devletlerin yatırımı ve dolayısıyla yatırım karşılığında elde edilen geliri birbirlerinden farklı değerlendirmeleri elde edilen gelirin tamamen vergi dışı kalmasına neden olabileceği gibi ekonomik ya da hukuksal çifte vergilendirme durumunu da ortaya çıkarabilecektir. Örneğin, kaynak devletinin hibrit finansmandan elde edilen geliri faiz, ikamet devletinin ise temettü olarak nitelendirmesi halinde söz konusu gelir kaynak devletindeki kurum tarafından finansman gideri olarak kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınacak; ikamet devletinde ise yurt dışı iştirak kazancı kapsamında vergiden is-

tisna edilecektir. Söz konusu gelirin kaynak devletinin iç hukukuna göre stopaja tabi tutulmadığını da var saydığımızda ikamet devletindeki şirketin tamamen vergi dışı kalmış gelir (beyaz gelir) elde etmesi mümkündür.

Bu senaryonun tersi durumunda, yani kaynak devletinde ödenen meblağın temettü, ikamet devletinde de faiz geliri sayıldığı durumda temettünün kaynak devletinde kurum kazancının tespitinde gider olarak dikkate alınmaması ve temettünün ana şirkete ödenmesi aşamasında stopaja konu olması, ikamet devletinde ise ana şirketin kurum kazancına dahil edilerek vergilendirilmesi nedeniyle hem ekonomik hem de hukuksal çifte vergilendirme gündeme gelecektir.

4. VERGİ ANLAŞMALARINI HUKUKUNDA HİBRİT FİNANSMAN

Uluslararası hibrit finansmandan elde edilen gelirin ülkeler tarafından farklı şekilde nitelendirilmesi/sınıflandırılması sorunu nasıl ortadan kaldırılmalıdır? Devletlerin vergi uygulamalarını koordine eden bir uluslararası vergi idaresinin olmayışı sorunu tamamen çözümsüz mü bırakacak, yoksa devletlerin imzaladığı çifte vergilendirmeyi önleme anlaşmaları sorunun çözümünde etkili olabilecek mi? OECD Model Vergi Anlaşması sorunun giderilmesinde akit devletlere rehberlik edebilecek mi?

4.1. Genel Olarak OECD Model Vergi Anlaşmasında Temettü ve Faiz Vergilemesi

OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. maddesi temettü, 11. maddesi ise faiz gelirlerine ayrılmıştır. Her iki maddede vergilendirme yetkisi ikamet devletine verilmiştir. Bununla birlikte, kaynak devletine de belirli oranlarla sınırlı olarak vergilendirme yetkisi tanınmıştır. OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. maddesine göre kaynak devleti temettünün gerçek lehdarı bir şirkete ve temettü dağıtan şirkete en az %25 oranında iştirak gerçekleştirmişse en fazla %5, diğer hallerde de en çok %15 oranında stopaj yapabilecektir. Model Vergi Anlaşmasının faiz gelirlerini kavrayan 11. maddesi çerçevesinde kaynak devletin yapabileceği stopaj oranı ise %10 ile sınırlandırılmıştır. Bununla birlikte, OECD Model Vergi Anlaşması bağlayıcı değildir ve taraf devletler söz konusu oranları anlaşma müzakerelerinde diledikleri gibi belirleyebilirler. Kaynak ve ikamet devletlerinin vergilendirme yetkilerini birlikte kullanmaları durumunda, çifte vergilendirmenin engellenebilmesi için ikamet devletinin istisna ya da mahsup yöntemi (metod

kuralları 23A veya 23B) ile vergi yükümlüsünün vergi yükünü hafifletmesi gerekir.

4.2. Vergi Anlaşmaları Hukukunda Hibrit Finansal Araçlardan Elde Edilen Gelirin Nitelendirilmesi/Sınıflandırılması Sorunu

OECD Model Vergi Anlaşması uluslararası çifte vergilendirme sorununu temelde iki aşamalı süreç sonunda ortadan kaldırmaktadır. İlk aşamada, vergilendirme yetkisi Model Anlaşmanın md. 6 ile md. 22 arasında yer alan bağlama kurallarıyla akit devletler arasında paylaşılır ya da akit devletlerden birine verilir. Bu aşamada hangi bağlama kuralının, başka bir anlatımla, Anlaşmanın hangi maddesinin uygulanacağı ve vergilendirme yetkisinin hangi devlet tarafından kullanılacağı elde edilen gelirin niteliğine göre tespit edilir. Bağlama kuralları temel olarak 4 kategoride değerlendirilir:

- Belirli faaliyetlere uygulanan bağlama kuralları (madde 7, madde 14, madde 15)
- Belirli kıymetlerden ve sözleşmelerden doğan gelirlere uygulanan bağlama kuralları (madde 6, madde 10, madde 11 ve madde 12)
- Değer artış kazançları (madde 13)
- Öğrenciler (madde 20) ve diğer gelirler (madde 21)

Yürütülen bir faaliyet sonucunda elde edilen gelirin hangi bağlama kuralı tarafından kavrandığının, başka bir ifadeyle hangi bağlama kuralının uygulanacağını belirlemede anlaşmaların yorumlanmasında genel kabul görmüş esaslardan hareket edilir. Buna göre, ilk aşamada anlaşmanın metni, bütünü ve genel amacı dikkate alınarak söz konusu gelirin hangi bağlama kuralı tarafından kavrandığı tespit edilir. Eğer bu şekilde anlaşma metninden gelirin niteliği ile ilgili bir çıkarım yapılamamışsa yine Anlaşmanın 3(2) maddesine göre ülkelerin iç hukukundaki anlamıyla uygulamaya gidilir.

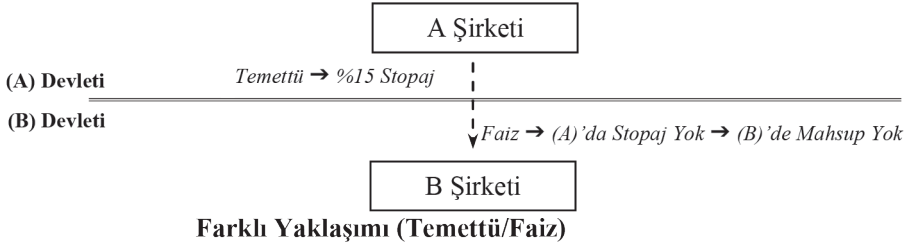
Bağlama kurallarında bazı gelir türlerinde vergilendirme yetkisi sadece ikamet devleti tarafından kullanılabilirken, bazı gelir türlerinde ikamet devleti ile birlikte kaynak devleti de (bazen sınırlı da olsa) vergilendirme yetkisini kullanabilmektedir. İşte uluslararası çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılması sürecinin ikinci aşamasına her iki Akit Devletin vergilendirme yetkisini kullanabildiği durumda geçilir. OECD Model Vergi Anlaşması çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılmasında ikinci aşamada önceki başlıkta da ifade edildiği

gibi ikamet devletinin istisna ya da mahsup yöntemi ile vergi yükünü hafifletmesini öngörür. Ancak, Model Vergi Anlaşmasının bu sistematigi içinde, elde edilen gelire anlaşmanın hangi bağlama kuralının uygulanacağı kritik önem kazanır. Hibrit finansman söz konusu olduğunda, elde edilen gelire 10. maddenin mi, yoksa 11. maddenin mi uygulanacağı sorusu gündeme gelir. Kaynak ve ikamet devletinin aynı yaklaşımı benimseyip elde edilen geliri 10. ya da 11. madde çerçevesinde değerlendirmesi halinde çifte vergilendirme ya da tamamen vergi dışı kalma gibi bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

Bu aşamada sorun yaratacak durum, ülkele-
rin elde edilen gelirin niteliğine ilişkin farklı yakla-

şımları sonucunda anlaşmada birbirlerinden farklı bağlama kurallarını (10. veya 11 madde) uygulamaya çalışmaları ya da ülkelerin elde edilen gelir türleri itibariyle bir gelir türü üzerinden stopaj yapmama durumu. Konuyla ilgili verilebilecek tipik bir örnekte (Şekil 3) kaynak devleti (A) hibrit finansmandan elde edilen geliri temettü olarak nitelendirerek kendisine %15'e kadar stopaj yapma olanağı veren 10. maddeyi uygulamaktadır. Diğer taraftan ikamet devletinin (B) yorumuna göre söz konusu gelir faiz niteliğindedir ve anlaşmanın 11. maddesi uygulanmalıdır. Örneğimizde (A) ve (B) devleti arasındaki anlaşmaya göre faiz gelirinin münhasıran ikamet devleti tarafından vergilendirilmesi öngörüldüğünden, kaynak devletinin vergilendirme yetkisi bulunmamaktadır.

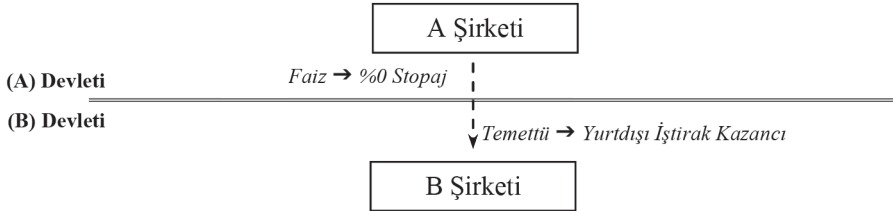
Şekil 3: Uluslararası Hibrit Finansmanda Devletlerin Farklı Yaklaşımı (Temettü/Faiz)



Bu durumda, vergilendirme yetkisinin münhasıran kendisine ait olduğu görüşünde olan B devleti A devletinin farklı yorumu sonucunda A devletinde ödenmiş bulunan vergiyi mahsup edecek midir? Taraf devletlerin yorumları arasında güç bakımından herhangi bir fark olmadığını da dikkate alarak B devletinin A devletinin yorumu doğrultusunda mükellefin A devletinde ödediği

vergiyi mahsup etme yükümlülüğünün olmadığını söyleyebiliriz. Dolayısıyla A ve B devleti arasındaki vergi anlaşmasına rağmen çifte vergilendirme sorununun gündeme gelmesi muhtemeldir. Nitekim, Duncan (2000) tarafından da ifade edildiği gibi uygulamada devletler genellikle kaynak devletin konuya yaklaşımını dikkate almadan vergilendirme işlemlerini sürdürürler.

Şekil 4: Uluslararası Hibrit Finansmanda Devletlerin Farklı Yaklaşımı (Faiz/Temettü)



Örneğimizde küçük bir değişiklik yaparak A ve B devleti arasındaki anlaşma hükümlerine göre B şirketinin elde ettiği gelirin A devleti tarafından faiz, B devleti tarafından da temettü olarak nitelendirildiğini; A ve B arasındaki anlaşma hükümlerine göre de faiz gelirlerinin kaynak devlette en çok %0 oranıyla stopaja tabi tutulacağını varsay-

duğumuzda sonuç tamamen farklı olacaktır (Şekil 4). Buna göre, A devleti B şirketinin elde ettiği geliri faiz olarak nitelendirdiğinden %0 stopaj yapacak, B devleti ise elde edilen geliri temettü saydığı için yurtdışı iştirak kazançları istisnası çerçevesinde geliri vergilendirmeyecektir.

Sonuçta, iki basit örneğimiz yatırımcıların ülkelere iç hukuk düzenlemelerini ve taraf olduğu anlaşmaların hükümlerini dikkate alarak kendilerine en düşük vergi yükü getirecek hibrit finansman modelini seçmesi halinde elde ettikleri gelirin tamamen vergi dışı kalmasını sağlayabileceğini göstermektedir.

4.2.1. OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. Maddesi Kapsamında Hibrit Finansman

OECD Model Vergi Anlaşmasının 10(3) maddesi "temettü" ifadesini aşağıdaki gibi tanımlamaktadır:

Bu maddede kullanılan "temettü" terimi, hisse senetlerinden, intifa senetlerinden ya da intifa haklarından, maden hisselerinden, kurucu hisse senetlerinden veya alacak niteliğinde olmayıp kazançta katılmayı sağlayan diğer haklardan elde edilen gelirler ile dağıtım yapan şirketin mukim olduğu Devletin mevzuatına göre, vergilendirme yönünden hisse senetlerinden elde edilen gelirle aynı muameleyi gören diğer şirket haklarından elde edilen gelirleri ifade eder.

OECD Model Vergi Anlaşmasının bu hükmüne göre temettü teriminin tanımı birbiriyle ilişkili üç kısma ayrılabilir:

- (a) Hisse senetlerinden, intifa senetlerinden ya da intifa haklarından, maden hisselerinden, kurucu hisse senetlerinden elde edilen gelirler,
- (b) Alacak niteliğinde olmayıp kazançta katılmayı sağlayan diğer haklardan elde edilen gelirler,
- (c) Dağıtım yapan şirketin mukim olduğu Devletin mevzuatına göre, vergilendirme yönün-

den hisse senetlerinden elde edilen gelirle aynı muameleyi gören diğer şirket haklarından² elde edilen gelirler.

Tanımdan, temettü teriminin kapsamında sadece yukarıda ifade edilen ve sadece "şirket haklarından" elde edilen gelirlerin yer aldığı sonucu çıkmaktadır. Bu bakımdan "şirket hakkı" terimi, bir gelir unsurunun 10. madde çerçevesinde temettü olarak nitelendirilmesinde kritik öneme sahiptir.³ Alacak niteliğinde olan haklardan elde edilen ve yukarıdaki örneklere uygun gelir türleri tanımın kapsamına girmemektedir. Bunun dışında, tanımın üçüncü unsurunun kapsamı ilk iki unsurundan farklıdır⁴. Buna göre, tanımın üçüncü unsuru kaynak devletin iç hukukuna gönderme yapmakta, bu ülkenin iç hukukunu iki devlet arasındaki vergi anlaşmasının bir parçası haline getirmektedir. Ancak maddenin lafzından, kaynak devletin iç hukukuna sadece "diğer şirket haklarından elde edilen gelirleri" konusunda gönderme yapıldığı anlaşılmaktadır. Başka bir ifadeyle, tanımın birinci ve ikinci kısımlarının kaynak devletin iç hukukundan ayrı olarak devletlerin taraf olduğu vergi anlaşmasının hükümleri çerçevesinde yorumlanması gerekli olmaktadır⁵. Üçüncü kısımda ise açık bir gönderme yapıldığından temettü ifadesinin anlamının bulunmasında kaynak devletin iç hukuku belirleyici olmaktadır⁶.

Bu bakımdan kaynak devletin iç hukuku, ancak hibrit finansmandan elde edilen gelir anlaşma kapsamında "diğer şirket haklarından elde edilen gelirler" içinde değerlendirildiğinde önem arz edecektir⁷. Bununla birlikte, bir hibrit finansal araç üzerinden elde edilen gelir ister OECD Model Vergi Anlaşması md. 10(3)'ün birinci cümlesi, ister ikin-

2 "Şirket hakları" ifadesi OECD Model Vergi Anlaşmasında tanımlanmamış bir terimdir. Vogel (1997)'e göre, terimin anlamı madde 3(2) öne sürülerek taraf devletlerin iç hukukuna göre değil, Anlaşma metnine ve şerhine göre ortaya çıkartılmalıdır. Nitekim, eğer terimin anlamı devletlerin iç hukukuna göre ortaya çıkartılacak olsaydı md. 10(3)'de "dağıtım yapan şirketin mukim olduğu Devletin mevzuatına göre, vergilendirme yönünden hisse senetlerinden elde edilen gelirle aynı muameleyi gören diğer şirket haklarından elde edilen gelirler" gibi bir ifadeye de gerek kalmamış olurdu. OECD Model Vergi Anlaşması md. 10(3) çerçevesinde "şirket hakkı", şirketin cari kazancına katılma olanağını veren ancak aynı zamanda ortaya çıkabilecek zararlara da katılma yükümlülüğü getiren; ayrıca tasfiye sürecinde pay hakkını (gizli yedek akçelerden pay alma) tanıyan haklar olarak ifade edilmektedir (Vogel, a.g.e., s. 650-651).

3 Lang, a.g.e., s. 94; Ayrıca, "şirket hakları"ndan elde edilen gelirlerin temettü sayılması yaklaşımı OECD Model Vergi Anlaşması md. 11'in kapsamının belirlenmesini de etkiler. Genel kabul gören yaklaşıma göre şirket haklarından elde edilmiş bir gelir, madde 11(3)'deki faiz tanımına uygun olsa bile temettü olarak değerlendirilebilir (Marjaana Helminen, International Tax Law Concept of Dividend, Wolters Kluwer, 1999, s. 271; Ayrıca bkz. Başlık: 6. ÖRTÜLÜ SERMAYE VE HİBRİT FİNANSMAN).

4 Vogel, a.g.e., s. 649

5 Eberhartinger ve Six, a.g.e., s. 8.

6 OECD Model Vergi Anlaşmasının 10(3) maddesindeki temettü tanımının "düzenli olmayan temettü gelirleri"ni örneğin örtülü kazanç dağıtımından elde edilen gelirleri kapsayıp kapsamadığı açık değildir. Vogel (1997), temettü gelirlerinin düzenli olup olmamasına göre sınıflandırılıp, eğer düzenliyse md. 10 çerçevesinde değerlendirilmesinin çok da makul olmadığından hareketle sorunun OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. maddesinin şerhine göre çözümleneceğini ifade etmektedir. Buna göre, OECD Model Vergi Anlaşması md. 10(3)'deki temettü teriminin kapsamı bütünüyle kaynak devletin iç hukuku esas alınarak tespit edilmelidir (Vogel, a.g.e.,187; bkz. Commentary on Article 10 OECD MC, parag. 128).

7 Alman yaklaşımda ise durum biraz daha farklıdır. Alman yaklaşımına göre, "diğer şirket haklarından elde edilen gelirler", "vergilendirme yönünden hisse senetlerinden elde edilen gelirler" ile ilgilidir. Bu bakımdan, "diğer şirket haklarından elde edilen gelirler" ifadesi ulusal mevzuata gönderme yapılarak yorumlanmamaktadır (Eberhartinger ve Six, a.g.e., s. 8).

ci cümlesi kapsamına girsin, Anlaşmanın “şirket hakkı” terimi içerisinde değerlendirildiği sürece temettü olarak nitelendirilir.

“Şirket hakkı” teriminin anlamı “alacak niteliğinde olmayıp kazanca katılmayı sağlayan diğer haklardan elde edilen gelirler”in tespiti konusunda da önem arz etmektedir. Buna göre, söz konusu gelirler yatırımcının şirketin üstlendiği riskler karşılığında şirket varlıklarının değerinde meydana gelen artışlardan aldığı pay olarak ifade edilmektedir. “Kazanca katılma” unsuru bir yatırımın “şirket hakkı” olarak değerlendirilmesi için gerekli, ancak tek başına bir yatırıma alacak hakkından ziyade “şirket hakkı” özelliği sağlayan bir özellik değildir. Konuyla ilgili yaklaşıma göre, “şirket hakkı”nı elinde bulunduran kişi şirketin tasfiye sürecine de katılma hakkına sahiptir.

OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. maddesi hangi hibrit finansal araçlardan elde edilen gelirlerin temettü olduğunu belirtmediği gibi temettü olarak sınıflandırma için kullanılacak ölçütleri de sıralamamaktadır. Temettü ya da faiz sınıflandırmasında hibrit finansal araçların sahip olduğu dönüştürme hakkı, belirli tarihlerdeki sabit ödemeler ve belirli en az faiz oranı gibi özellikler sınıflandırmada sorun yaratan konular olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna karşılık, kazanca ve şirketin tasfiye sürecine katılma hakları bir yatırım aracının yatırımcının girişim riskine katlanması anlamına geldiğinden bu özelliklerin bileşimi tanımlama bakımından yeterli olarak nitelendirilebilecektir⁸. Buna karşılık, böyle bir kriter ne OECD Model Vergi Anlaşması md. 10’da ne de madde şerhinde ifade edilmemiştir⁹.

Denetim hakları konusuna gelince, denetim haklarının yatırımcıya herhangi bir ticari risk yüklememesinden dolayı elde edilen gelirin faiz ya da temettü olarak nitelendirilmesinde etkisi olmayacağı düşünülmektedir.

4.2.2. OECD Model Vergi Anlaşması 11. maddesi Kapsamında Hibrit Finansman

OECD Model Vergi Anlaşması’nın 11(3) maddesi “faiz” terimini aşağıdaki gibi tanımlamaktadır:

Bu maddede kullanılan “faiz” terimi, ipotek garantisine bağlı olsun olmasın ve borçlunun kazancına katılma hakkı tanısının tanımının her nevi alacaktan doğan gelirleri ve özellikle kamu menkul kıymetleri ile tahvil veya borç senetlerine ilişkin prim ve ikramiyeleri ifade eder. Geç ödemelerden kaynaklanan cezalar, bu maddenin amacı bakımından faiz olarak nitelendirilmeyecektir.

OECD Model Vergi Anlaşması’nın 11(3) maddesi faiz teriminin tanımlanması bakımından akit devletlerin iç hukukuna gönderme yapmamaktadır¹⁰. Bu bakımdan faiz teriminin yorumlanmasında anlaşma hükümleri anlaşmaya taraf devletlerin iç hukukundan bağımsız yorumlanmalıdır¹¹.

OECD Model Vergi Anlaşmasının 11. maddesi şerhinin 21. paragrafına göre, madde 11(3)’de yapılan faiz terimi tanımı geniş kapsamlıdır. Bu nedenle ülkelerin iç hukukuna gönderme yapmaya gerek bulunmamaktadır. Ayrıca, 11. maddenin şerhinde akit devletlerin iç hukukuna gönderme yapılmamasının diğer gerekçeleri de sıralanmıştır:

(a) Çeşitli ülkelerin hukuk sistemlerinde faiz olarak nitelendirilen gelir unsurları 11(3)’de yapılan geniş kapsamlı tanımla kavranmıştır.

(b) Faiz teriminin geniş kapsamlı tanımı ile belirlilik sağlanmış, akit devletlerin iç hukukunda gerçekleştirilebilecek değişikliklerden anlaşma uygulamasının etkilenmemesi sağlanmıştır.

(c) Anlaşmalarda akit devletlerin iç hukukuna gönderme yapılmasından mümkün olduğu kadar kaçınılmalıdır.

Ayrıca 11. maddenin şerhi bu gerekçeler dışında ve bunları destekleyici bir şekilde devletlerin taraf oldukları anlaşmalarda faiz terimini OECD Model Vergi Anlaşmasındaki faiz teriminden daha geniş kapsamlı olarak tanımlayabileceklerini vurgulamıştır¹².

OECD Model Vergi Anlaşması madde 11(3)’de verilen tanımın esaslı unsuru “her nevi alacaktan doğan gelirler”dir. Her türlü alacaktan doğan gelir ifadesi ne OECD Model Vergi Anlaşmasında ne de Modelin Şerhinde açıklanmamıştır. Açıklamadan ziyade, Model Vergi Anlaşmasında bazı borçlan-

⁸ Eberhartinger ve Six, a.g.e., s. 8-9.

⁹ Commentary on Article 11 OECD MC, parag. 19.

¹⁰ Türkiye’nin taraf olduğu birçok anlaşmada faiz teriminin tanımlanmasında Akit Devletlerin ulusal mevzuatlarına gönderme yapılmıştır.

¹¹ Eberhartinger ve Six, a.g.e., s. 9.

¹² OECD MC, Commentary on Article 11, parag. 21.

ma araçlarına yer verilerek bunlardan elde edilen gelirlerin faiz olarak nitelendirileceğinin altı çizilmiştir¹³.

OECD Model Vergi Anlaşmasının şerhine göre, borçlunun kârına katılma hakkı tanıyan tahvillerden elde edilen gelirler normal şartlarda temettü olarak nitelendirilmemektedirler. Aynı şekilde, değiştirilebilir tahvillerden elde edilen gelirler de değiştirme tarihine kadar faiz olarak nitelendirilmelidir. Buna karşılık, bu tür finansal araçlarla alacaklı borçlunun ticari riskini paylaşıyorsa söz konusu finansal araç üzerinden elde edilen gelir faizden ziyade temettü niteliği kazanır. Bu noktada özellikle, örtülü sermaye temini halinde, elde edilen gelirin Anlaşmanın 10. maddesi çerçevesinde mi yoksa 11. maddesi çerçevesinde mi değerlendirileceği sorun olabilecektir.

5. ÖRTÜLÜ SERMAYE VE HİBRİT FİNANSMAN

Ülkemizde olduğu gibi dünya genelinde de ortakların ortak oldukları şirketleri borçla finansmanına sınır getirilmiştir. Genel olarak bu sınırlamalar sonucunda örtülü sermaye üzerinden ödenen ya da tahakkuk ettirilen faiz ve benzeri giderler dağıtılmış temettü olarak dikkate alınır ve ödemeyi yapan kurum nezdinde gider olarak dikkate alınamaz¹⁴. Örtülü sermaye ile hibrit finansmanın kesiştiği nokta örtülü sermaye düzenlemeleri gerekçesiyle ödenmiş ya da tahakkuk etmiş faizin temettü olarak düzeltilmesidir. Uluslararası vergi hukuku bakımından ise uygulamalar ülkeden ülkeye farklılaşabilmektedir. Bazı ülkelerde, ülkemizdeki uygulamadan farklı olarak örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz temettü olarak düzeltilmemektedir. Bazı durumlarda da örtülü sermaye ile ilgili düzenlemeler vergi anlaşmasında daha düşük bir oran öngörülmüşse uygulanmaktadır. Bazı ülkelerde ise örtülü sermaye ile ilgili düzenlemeler ancak ödemenin yerleşik olmayan bir kişiye yapılması halinde uygulanmaktadır. Örneğin Belçika'da örtülü sermaye ile ilgili düzenlemeler, örtülü sermaye üzerinden ödenen faizin Belçika'dan daha düşük vergi yüküne sahip bir ülkede bulunan kişiye yapılması halinde uygulanmaktadır¹⁵.

Vergi anlaşmaları hukukunda örtülü sermaye ile ilgili tartışmalar emsallere uygunluk ilkesi (OECD Model Vergi Anlaşmasının "bağımlı teşebbüsler" başlıklı 9. maddesi), temettü ve faizin ver-

gilerdirilmesi ile ilgili 10. ve 11. madde, "ayırım yapılmaması" başlıklı 24. madde ve karşılıklı anlaşma prosedürü başlıklı 25. maddede yoğunlaşmıştır.

Daha özel olarak, hibrit finansman bakımından örtülü sermaye ile ilgili vergi anlaşmaları hukuku çerçevesinde gündemde olan sorular belli konular itibarıyla aşağıdaki şekilde özetlenebilir:

(a) OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. maddesinde yer alan temettü tanımında sadece "şirket hakları"ndan elde edilen gelirler "temettü" olarak nitelendirildiğine göre, alacak hakkı karşılığında elde edilen gelirin ulusal hukuka göre örtülü sermaye üzerinden ödenen faiz sayılıp temettü olarak düzeltilmesi vergi anlaşmaları hukuku bakımından da geçerli sayılacak mı?

(b) Örtülü sermaye üzerinden elde edilen gelirler "şirket haklarından" elde edilen gelir olarak nitelendirilebilir mi?

(c) Diğer taraftan, OECD Model Vergi Anlaşmasının 11. maddesine göre örtülü sermaye üzerinden ödenen faizin kazanca katılmayı sağlayacak doğan gelir olarak nitelendirilmesi mümkün mü?

(d) Acaba OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. ve 11. maddelerinin öncelikle ödemeyi yapan kurumdan ziyade gelir elde eden nezdindeki vergi uygulamalarına odaklanması örtülü sermaye bakımından ne tür sorunlara neden olabilir?

Vergi anlaşmalarının akit devletlerin iç hukuktan üstün olmasından hareketle alacak haktan elde edilen gelirin temettü terimi tanımının kapsamı dışında tutulması gerekmektedir. Ancak, söz konusu alacak haktan, yani örtülü sermaye üzerinden elde edilen gelirin "diğer şirket haklarından" elde edilen gelir olarak nitelendirilmesi durumunda söz konusu gelir temettü teriminin kapsamında değerlendirilebilir. Buna karşılık, diğer şirket hakları anlaşmayı uygulayan taraf devletin şirketler hukukunda düzenlenmemişse ya da idari uygulamalarla bir yaklaşım oluşturulmuşsa devletin iç hukukunda yer alan örtülü sermaye düzenlemelerinin uygulanmaması gerekir (OECD MC, Commentary on Article 11, parag. 15(d)). Ancak bu görüş karşısında elde edilen gelirin ekonomik yaklaşım sonucunda "şirket hakkı" niteliğinde olduğu sonucuna da ulaşılabilir, elde edilen gelir temettü

¹³ Eberhartinger ve Six, a.g.e., s. 10.

¹⁴ Lüthi, a.g.e., s. 446-453.

¹⁵ Patricia Brown, General Report on The Debt-Equity Conundrum. IFA Cahiers de droit fiscal international, Vol. 97b. içinde. The Hague: IBFD, 36.

olarak nitelendirilebilir¹⁶.

OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. ve 11. maddesi ile ilgili şerhine göre 10. madde sadece bilinen anlamıyla temettü terimini kapsamamaktadır. Bunun dışında, alacak hakkından elde edilen faiz geliri eğer alacaklı şirketin gelecekte ortaya çıkacak risklerine de iştirak ediyorsa söz konusu faiz geliri temettü olarak nitelendirilebilecektir. Alacak hakkının şirketin risklerine katılmayı da kapsayıp kapsamadığı bireysel olay temelinde araştırılmalıdır¹⁷. Bu bakımdan, OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. ve 11. Maddelerinin, yukarıda ifade ettiğimiz şartlar altında alacak hakkından elde edilen faiz gelirin temettü geliri olarak nitelendirilmesine engel olmadığı söylenebilir¹⁸. Dolayısıyla akit devletlerin iç hukukunda yer verilen örtülü sermaye düzenlemeleri vergi anlaşmaları hukukunda hüküm ifade edebilir.

OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. ve 11. maddelerinin öncelikle gelir elde edenin yerleştiği olduğu ülkedeki vergi uygulamalarına odaklanması, ikamet devletinin kaynak devletindeki gelir nitelendirmesi/sınırlandırması yaklaşımını benimseydiği ve sonuç olarak kendi iç hukukuna göre ya da anlaşma hükümlerine göre istisna veya mahsup yöntemini uyguladığı durumlarda sorun olabilmektedir. Ancak kaynak devletteki gelirin sınıflandırması/nitelendirilmesi iç hukuka ve vergi anlaşmasına göre yapılmışsa akit devletler arasında herhangi bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Bununla birlikte, kaynak devletteki gelirin nitelendirilmesi/sınıflandırılmasında benimsenen yaklaşımla ilgili akit devletler arasında bir yorum farkı ortaya çıkarsa, söz konusu yorum farkından kaynaklanan sorun anlaşmanın 25. maddesinde düzenlenen karşılıklı anlaşma usulüne göre çözümlenebilir.

6. VERGİ ANLAŞMALARINI HUKUKUNDA HİBRİT FİNANSMANDA ORTAYA ÇIKAN SORUNLARA ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

Vergi anlaşmaları hukukunda hibrit finansal araçların vergilendirilmesi ile ilgili sorunlara yönelik bazı çözüm önerileri gündeme getirilmiştir. Bunlardan ilki vergi anlaşmalarının konuyla ilgili 10. ve 11. maddelerine hibrit finansal araçlarla ilgili

özel hüküm eklenmesi önerisidir. Ancak bu öneri, her bir ülkede yatırımcı tercihlerine göre çeşitlendirilmiş çok farklı türlerde hibrit finansal araç üretilebilmesi ve ülkelerin "hibrit finansal araç" algısının farklı olması gerekçeleriyle finansal araçlardan elde edilen gelirin sadece 10. ve 11. maddede yapılacak bir değişiklikle düzenlenmesinin hemen hemen olanaksız olduğu şeklinde eleştirilmektedir¹⁹.

Bir diğer çözüm önerisi de OECD Model Vergi Anlaşmasının söz konusu gelirin ekonomik niteliğine göre yeniden yazılmasıdır. Bu çerçevede, yorum farklılıklarını engelleyebilmek için ülkelerin ulusal hukuk sistemlerine gönderme yapılmamalı, anlaşma kendi içerisinde yorumlanmalıdır. Bu da ancak, finansal araçlardan elde edilen gelirin ekonomik niteliği göz önünde bulundurularak yapılacak kapsamlı bir tanım ile mümkün olabilir. Yapılan bu tanımlar taraf devletleri bağlayıcı olduğundan hem kaynak hem de ikamet devleti tarafından aynı şekilde uygulama gerçekleştirilmelidir. Bununla birlikte, yapılacak tanımın mümkün olduğu ölçüde esnek yapılması gerekir. Böylece finansal araçlarda yaşanan gelişmelerle birlikte yeniden yorum sorunlarının ortaya çıkmaması sağlanır. Başka bir ifadeyle finansal piyasalardaki gelişmeler de izlenmiş olur.

Akit devletler arasındaki yorum farklılıklarından kaynaklanan sorunlarından kaçınmak için önerilen bir diğer çözüm de Anlaşmanın temettülerin vergilendirilmesi ile ilgili maddesinde kaynak devletin gelir sınıflandırmasına gönderme yapmaktır. Başka bir ifadeyle, kaynak devlet yorumuna üstünlük tanınmasıdır. Eğer Anlaşmanın 10. maddesi bu şekilde düzenlenirse, bir gelir türünün temettü mü, yoksa faiz olarak mı değerlendirileceği tamamen kaynak devletin benimsediği yaklaşıma göre belirlenecektir. Böylece akit devletler arasında bir yorum çatışmasının ortaya çıkması engellenmiş olacaktır. Almanya-Avusturya Anlaşması hibrit finansmanda ortaya çıkabilecek yorum farklılıklarının engellenmesinde önerilen bu yöntemin somut örneği olarak değerlendirilmektedir. Söz konusu anlaşmada temettü terimi OECD Model Vergi Anlaşmasındaki "temettü" teriminden daha farklı tanımlanmıştır²⁰ (Six, 2007: 8; Lutter-

¹⁶ Lüthi, a.g.e., s. 452.

¹⁷ OECD MC: Commentary on Article 10 parag. 25; OECD MC: Commentary on Article 11 parag. 19.

¹⁸ OECD MC: Commentary on Article 10 parag. 25.

¹⁹ Maik Lutterbach, Hybrid Financial Instruments. Tax Journal. Issue 996, 23, s. 3.

²⁰ Martin Six, Hybrid Finance in the Double Tax Treaties. Discussion Papers SFB International Tax Coordination, 21. SFB International Tax Coordination. WU Vienna University of Economics and Business, Vienna, 2007, s. 8;

bach, 2009: 3):

Bu maddede kullanılan “temettü” terimi, hisse senetlerinden, “intifa” senetlerinden ya da “intifa” haklarından, maden hisselerinden, kurucu hisse senetlerinden veya alacak niteliğinde olmayıp kazanca katılmayı sağlayan diğer haklardan elde edilen gelirler ile dağıtım yapan şirketin mukim olduğu Devletin mevzuatına göre, vergilendirme yönünden hisse senetlerinden elde edilen gelirle aynı muameleyi gören diğer şirket haklarından elde edilen gelirleri ifade eder. “Temettü” terimi aynı zamanda pasif ortaklar²¹ tarafından ortaklık paylarının karşılığı etmiş oldukları gelirleri, kar payı dağıtan kurumun kazancına katılma hakkı veren alacaklardan ya da senetlerinden elde edilen gelirleri ve ödünç veren kurumun tabi olduğu devletin mevzuatına göre vergiye tabi kazancın tespitinde indirilemeyecek gider olarak düzenlenmiş olan ödemelerle, menkul kıymetler yatırım ortaklığındaki pay senetlerinden elde edilen gelirleri kapsar.

Bu tanımında, temettü teriminin kapsamı geliri elde edenin nezdindeki ekonomik anlamından ziyade kaynak devlette bulunan ödemeyi yapan kurum nezdindeki vergi uygulamasına göre belirlenmiştir.

7. VERGİ ANLAŞMALARINI HUKUKUNDA HİBRİT FİNANSMANIN BEPS PROJESİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

OECD, BEPS Projesinin 2. başlığını Hibrit Uyumsuzlukların Etkilerinin Giderilmesi’ne²² (Eylem 2) ayırmıştır. Eylem 2 kapsamında hibrit uyumsuzluklarla ilgili sürdürülen çalışmalar ise OECD’nin 2012 yılında hazırladığı Hibrit Uyumsuzluk Düzenlemeleri: Vergi Politikası ve Uyum Sorunları²³ başlıklı raporuna (2012 Raporu) dayanmaktadır. Bu raporda hibrit uyumsuzlukların vergi idarelerinin karşı karşıya kaldığı uluslararası vergi sorunlarından biri olarak ifade edilmiştir. Rapora göre kurumların bazı ülkelerde mükellefiyet türlerini seçebilmeleri (örneğin, ABD’de check the box rejimi) ve belirli ödemelerin ulusal ve uluslararası normlar tarafından farklı nitelendirilmeleri hibrit uyumsuzluklara

neden olmaktadır.

OECD, BEPS Projesi Eylem 2’nin amaçları bakımından 19 Mart 2014 tarihinde iki müzakere taslağı yayınlamıştır. Müzakere taslaklarının ilki hibrit uyumsuzlukların etkilerinin giderilmesine yönelik ülkelerin iç hukuklarında yapılabilecek değişiklik önerilerine ayrılmıştır. İkinci müzakere taslağı ise hibrit uyumsuzluklar karşısında OECD Model Vergi Anlaşmasında yapılabilecek değişiklik önerilerini kapsamaktadır. OECD, 16 Eylül 2014’de BEPS Eylem Planı’nın yedi başlığına ilişkin kapsamlı raporlar yayınlamıştır. Bu raporlardan biri de Mart 2014’de yayınlanan müzakere taslaklarının paydaşlardan gelen görüş ve öneriler de dikkate alınarak geliştirilen Hibrit Uyumsuzlukların Etkilerinin Giderilmesi²³ başlıklı rapordur. Bu raporun nihai şekli OECD tarafından 8 Ekim 2015’de Peru’da gerçekleşen G-20 Maliye Bakanları zirvesine sunulmuştur²⁴.

Hibrit finansal araçlardan elde edilen gelirlerin nitelendirilmesi ile ilgili vergi anlaşmaları sorunlarının çözümüne ilişkin Eylem 2’de herhangi bir düzenleme önerisi bulunmamaktadır. Bununla birlikte, hibrit uyumsuzlukların giderilmesi konusunda ülkelerin iç hukukunda alabilecekleri önlemlerle ilgili OECD önerileri hibrit finansal araçlar bakımından önem arz etmekte, özellikle vergi anlaşmaları bakımından önerilerin değerlendirilmesi gerekli olmaktadır.

OECD, hibrit uyumsuzlukların neden olduğu vergi sorunlarının önlenmesi için iki tipte düzenleme önerisinde bulunmaktadır. Bu önerilerden ilkinde hibrit finansal araçtan elde edilen gelir ikamet devletinde vergilendirilmediği durumda kaynak devleti ödemenin tamamen vergi dışı kalmasını engelleyebilmek için ödemenin vergi matrahının tespitinde gider olarak dikkate alınmasına izin verilmemesi söz konusudur (birincil müdahale). İkinci tip düzenleme önerisinde ise eğer kaynak devlet ödemenin gider olarak dikkate alınmasını engellememişse, ikamet devleti elde edilen geliri vergilendirilebilir gelir olarak nitelendirecektir (koruma kuralı). Bu durumda eğer hibrit finansal araçtan elde edilen gelir ikamet devletinde

²¹ Bu kavram hukukumuza göre Eshamli komandit şirketlerde komanditer ortağı karşılamaştır.

²² Action 2: Neutralise the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements.

²³ Hybrid Mismatch Arrangements: Tax Policy and Compliance Issues.

²⁴ OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2014 Deliverable, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2014.

²⁵ OECD, Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.

temettü olarak nitelendirilmişse OECD'nin koruma kuralı önerisine göre bu kazançta iştirak kazancı istisnasının uygulanması söz konusu değildir.

OECD'nin hibrit uyumsuzlukların neden olduğu vergi sorunlarını önlemek için önerdiği birincil müdahale ve koruma kuralının vergi anlaşmaları dikkate alındığında kimi durumlarda uygulanmaları mümkün olmamaktadır. izleyen başlıklarda bu önerilerin vergi anlaşmaları hukuku kapsamında değerlendirilmeleri ayrı ayrı yapılacaktır.

7.1. Birincil Müdahale

Birincil Müdahale (primary response), gereği hibrit finansal araçtan elde edilen gelirin kaynak devlette ödemeyi yapan kurum nezdinde gider olarak dikkate alınmaması OECD Model Vergi Anlaşmasının 24. maddesinin 4. paragrafına aykırılık oluşturmaktadır. OECD Model Vergi Anlaşmasının 24(4) maddesine²⁶ göre, bir Akit Devlet teşebbüsünce diğer Akit Devletin bir mukimine ödenen faiz, gayrimaddi hak bedeli ve diğer ödemeler, bu teşebbüsün vergilendirilebilir kazancının belirlenmesinde, söz konusu ödemeler aynı koşullarda ilk bahsedilen Devletin bir mukimine yapılmış gibi indirilebilecektir. Bu bakımdan, kaynak devletin iç hukukunda, OECD'nin önerdiği şekliyle birincil müdahaleyi öngören bir düzenlemenin OECD Model Vergi Anlaşmasına göre imzalanmış bir anlaşmanın var olması halinde uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu yapılabilir²⁷.

Bu sorunun engellenebilmesi için anlaşmaların ayrımcı vergileme kuralına "ayrımcı vergileme ile ilgili kuralın hibrit uyumsuzluğun varlığında uygulanmayacağı" hükmü eklenebilir. Bu kural genellikle örtülü sermaye düzenlemeleri kapsamında uygulanacak iç hukukta yer alan vergi güvenlik önlemlerinin sorunsuz uygulanabilmesi bakımından gerekli olmaktadır.

Birincil müdahale ile OECD Model Vergi An-

laşmasının 24(4) maddesinin çakışabileceği bir diğer durum ise yapılan ödemenin Anlaşmanın 11(3) maddesine göre faiz ya da 10(3) maddesine göre temettü olarak nitelendirilmesinin 24(4) maddesinin uygulaması üzerine etkisi ile ilgilidir. Buna göre, anlaşmanın 11(3) maddesine göre faiz olarak nitelendirilmiş bir ödemenin 24(4) maddesine göre de faiz olarak nitelendirilmesi gerekir. Bu bakımdan, faiz ödemenin 24(4) hükmüne göre gider olarak dikkate alınması mümkündür. Ödemenin 10(3) hükmüne göre temettü olarak nitelendirilmesi durumunda bu ödemenin de 24(4) maddesinde geçen "diğer ödemeler"²⁸ teriminin kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği tartışma konusu yapılabilir²⁹.

7.2. Koruma Kuralı

Vergi anlaşmalarında genellikle temettü, faiz ve gayri maddi hak bedellerinde tercih edilen mahsup metodu bazen temettüler konusunda uluslararası ekonomik çifte vergilendirmenin tamamen engellenebilmesi amacıyla yerini istisna metoduna bırakabilmektedir. Bu şekilde, bir akit devlet mukiminin diğer akit devlet mukimi olan bir şirketten elde ettiği temettü gelirlerinin vergilendirilmesinde iki devlet arasındaki anlaşma hükümlerine uygun olarak çifte vergilendirmenin ortadan kaldırılmasında istisna metodunun uygulanması halinde, OECD tarafından önerilen koruma kuralının uygulanması tartışma konusu yapılabilir. Anlaşmanın istisna yönteminin uygulanmasını öngören madde hükmü ikamet devletinin iç hukukunda OECD önerilerine uygun olarak uygulanması öngörülen koruma kuralının uygulanmasını engelleyebilir³⁰.

Örneğin, Türkiye-İspanya Anlaşmasının³¹ 22(1) (b) maddesine göre, "İspanya'da mukim olan bir şirket, 10 uncu maddenin 2 nci fıkrasının (a) bendinin (i) alt bendi veya 10 uncu maddenin 4 üncü fıkrasının (a) bendinin (i) alt bendi hükümlerine

26 OECD Model Vergi Anlaşmasının 24(4) maddesi aşağıdaki gibidir:

"9'uncu maddenin 1'inci fıkrası, 11'inci maddenin 6'ncı fıkrası veya 12'nci maddenin 4'üncü fıkrası hükümlerinin uygulanacağı haller hariç olmak üzere, bir Akit Devlet teşebbüsünce diğer Akit Devletin bir mukimine ödenen faiz, gayrimaddi hak bedeli ve diğer ödemeler, bu teşebbüsün vergilendirilebilir kazancının belirlenmesinde, söz konusu ödemeler aynı koşullarda ilk bahsedilen Devletin bir mukimine yapılmış gibi indirilebilecektir. Benzer şekilde, bir Akit Devlet teşebbüsünün diğer Akit Devletin bir mukimine olan herhangi bir borcu, bu teşebbüsün vergilendirilebilir servetinin belirlenmesinde, söz konusu borç aynı koşullarda ilk bahsedilen Devletin bir mukimine yapılmış gibi indirilebilecektir."

27 Konuyla ilgili ayrıca bkz. OECD (2015), a.g.e., parag. 437-438 (s. 145).

28 "Diğer ödemeler" terimi Model Anlaşmada ve Anlaşmanın 24(4) maddesinin şerhinde açıklanmamıştır. Vogel (1997)'e göre, diğer ödemeler terimi satın alınan mal ve hizmetler için yapılan ödemelerini kapsar. Bu bakımdan kullanılan varlıklar için ödenen kira bedelleri ya da yararlanılan herhangi bir hizmet için ödenen meblağlar "diğer ödemeler" teriminin kapsamındadır (Vogel, a.g.e., 1326).

29 Ramon Tomazela, Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados, BEPS Action 2: Missing Proposals on Hybrid Financial Instruments, <http://www.kluwertaxlawblog.com/blog/2015/08/14/beps-action-2-missing-proposals-on-hybrid-financial-instruments-part-1/>

30 Konuyla ilgili ayrıca bkz. OECD (2015), a.g.e., parag. 442-445 (s. 146-147).

31 İspanya Anlaşmasının dışında İsveç, Lüksemburg ve Portekiz Anlaşmalarında da temettü gelirleri için istisna metodu öngörülmüştür.

uygun olarak Türkiye’de vergilendirilebilir bir gelir elde ettiğinde, İspanya bu geliri vergiden istisna edecektir”. Bu hükme göre İspanya mukimi bir şirketin Türkiye’de mukim olan bir şirketten elde ettiği temettüller İspanya iç hukukundaki düzenlemelerden bağımsız olarak vergiden istisna tutulmalıdır. Örneğin İspanya, Eylem 2’de önerilen koruma kuralının amaçlarına uygun bir vergi güvenlik önlemini iç hukukuna dahil ettiğinde, İspanya mukimi bir şirketin Türkiye’de mukim bir şirketten elde ettiği temettüyü iç hukuk dikkate alındığında vergilendirmesi gerekebilir. Ancak, Türkiye-İspanya Anlaşmasının 22(1)(b) maddeyi dikkate alındığında anlaşma hükmü öncelikle uygulanır ve temettünün İspanya’da vergi dışında bırakılır. Böylece Eylem 2’de önerilen koruma kuralı paralelinde düzenlenmiş bir vergi güvenlik önlemi uygulanamamış olur. Bu sorunun giderilebilmesi anlaşmadaki istisna hükmünün iç hukukta öngörülen belirli şartların sağlanmasına bağlanarak çözümlenebilir. Bu nitelikteki bir hüküm Türkiye-İsveç Anlaşmasında bulunmaktadır.

Türkiye-İsveç Anlaşmasının 23(2)(c) maddesinde “... Türkiye’de mukim olan bir şirket tarafından İsveç’te mukim olan bir şirkete ödenen temettüller, İsveç vergisinden istisna edilecektir. Ancak bunun için, her iki şirketin İsveç’te mukim olmaları durumunda da İsveç mevzuatına göre vergiden istisna edilmiş olmaları şarttır” hükmü yer almıştır. Buna göre, İsveç yönünden Türkiye’de mukim bir şirketten elde edilen temettülerin vergiden istisna tutulabilmesi için Türkiye’deki şirketin İsveç’te olsaydı istisnadan yararlanabilmesi şartına bağlanmıştır. Başka bir ifadeyle, anlaşmadaki istisna hükmü İsveç iç hukukundaki istisna şartlarının gerçekleşmesine bağlanmıştır.

Özetle, OECD’nin Eylem 2 başlığı altında iç hukuka yönelik değişiklik önerileri vergi anlaşmaları hükümlerine aykırılık oluşturmaları durumunda uygulanmaları mümkün değildir.

SONUÇ


OECD Model Vergi Anlaşması md. 10 (temettü) ve md. 11 (faiz) vergi anlaşmaları hukukunda hibrit finansal araçlardan elde edilen gelirin vergilendirilmesi ile ilgili temel maddelerdir. OECD Model Vergi Anlaşması 10. ve 11. nezdinde hibrit finansal araçların vergilendirilmesi ile ilgili temel problem elde edilen gelirin temettü olarak mı, yoksa faiz olarak mı nitelendirileceğidir. Başka bir ifadeyle, OECD Model Vergi Anlaşmasının 10. maddesinin mi, yoksa 11. maddesinin mi uygulanacağıdır. Her iki maddenin uygulamasında gelirin bir şirket hak-

kından sağlanıp sağlanmadığı temel belirleyici kriter olmaktadır.

OECD Model Vergi Anlaşmasının şerhi çerçevesinde bir yatırımın şirket hakkı olarak nitelendirilebilmesi için yatırımcının yatırım yaptığı kurumun gelecekte ortaya çıkabilecek risklerini de kabul etmesi gerekir. Şirket hakkı ile ilgili başka bir yaklaşıma göre, şirket hakkından söz edebilmek için kurumun kazancından pay alma ve gelecekte ortaya çıkabilecek riskleri kabul etme gibi iki kriterin varlığı gerekir. OECD Model Vergi Anlaşması şirket hakkı terimini tanımlamadığı gibi bu hakkı ortaya çıkaran kriterleri de belirtmemiştir.

Vergi anlaşmaları nezdindeki bu belirsizlik akit devletlerin elde edilen gelirin nitelendirilmesinde farklı yaklaşımları benimsemesine, bir akit devletin elde edilen geliri temettü olarak nitelendirirken diğer akit devletin faiz olarak nitelendirmesine sonuçta da gelirin çifte vergilendirilmesine ya da tamamen vergi dışında kalmasına neden olabilmektedir. Bu aşamada akit devletleri bağlayıcı olmayan OECD Model Vergi Anlaşmasının şerhi akit devletleri sorunu çözme konusunda yardımcı olmamaktadır.

OECD’nin BEPS Projesinde vergi anlaşmaları hukukunda hibrit finansal araçların vergilendirilmesi sorununun çözümüne yönelik spesifik bir öneri yer almamıştır. Bu bakımdan BEPS Projesi sorunun çözümüne katkı sağlayamamıştır. Bununla beraber, BEPS Projesinde hibrit uyumsuzlukların giderilmesine yönelik ülkelerin iç hukuklarında alınabilecek önlemlerle ilgili önerilerin vergi anlaşmalarındaki hükümlere aykırılık oluşturmaları nedeniyle uygulanamamaları gündeme gelmiştir.

OECD Model Vergi Anlaşmasının hibrit finansman ile ilgili olarak 10(3) ve 11(3) maddeleri arasındaki ilişkinin ve ayırımın ortaya konulmasına yönelik BEPS Projesinden ayrı olarak dile getirilen öneriler içinde en fazla üzerinde durulanı, OECD’nin 1999 yılında hazırladığı “The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships” başlıklı rapordaki yaklaşıma dayanan ve kaynak ülkenin yorumunu ikamet devletinin yorumuna üstün kılan yaklaşımdır. 

KAYNAKÇA

Brown, Patricia. (2012). General Report on The Debt-Equity Conundrum. IFA Cahiers de droit fiscal international, Vol. 97b. içinde. IBFD. The Hague.

Duncan, James. A. (2000). General Report on

Tax Treatment of Hybrid financial Instruments in Cross-Border Transactions. IFA Cahaiers de droit fiscal international, Vol. 85a. içinde. IBFD. The Hague. pp. 21-85.

Eberhartinger, Eva; Six, Martin Alexander. (2009). Taxation of Cross-Border Hybrid Finance - A Legal Analysis. Intertax Vol. 37, Issue 1. pp. 2-18.

Ferhatoğlu, Emrah (2010). Uluslararası Vergi Uyuşmazlıklarının Tahkim Yoluyla Çözülmesi. Beta. istanbul.

Ferhatoğlu, Emrah. (2011). Almanya-Türkiye Çifte Vergilendirmeyi Önleme Anlaşması'nda Bağlama Kuralları. Maliye Dergisi, Sayı:161, Temmuz-Aralık. pp. 105-117.

Helminen, Marjaana. (1999). International Tax Law Concept of Dividend, Wolters Kluwer.

Helminen, Marjaana. (2004). Classification of Cross-Border Payments on Hybrid Instruments. Bulletin. February. pp. 56-61.

Individual & Corporate Taxation. Country Surveys. IBFD, <http://online.ibfd.org/>. Erişim: 09.08.2011.

Jones, John F. Avery. (2001). Tax Treaty Interpretation in the United Kingdom, Michael Lang (Ed.). Tax Treaty Interpretation. içinde. Linde. Vienna.

Klostermann, Margret (2007) The Consequences of Hybrid Finance in Thin Capitalization Situations. An Analysis of the Substantive Scope of National Thin Capitalization Rules with special Emphasis on Hybrid Financial Instruments. Discussion Papers SFB International Tax Coordination, 22. SFB International Tax Coordination. WU Vienna University of Economics and Business. Vienna.

Lang, Michael. (2010). Introduction to the Law of Double Taxation Conventions. Linde, Vienna.

Lutterbach, Maïke. (2009). Hybrid Financial Instruments. Tax Journal. Issue 996, 23.

Lüthi, Daniel. (1991) Thin Capitalisation of Companies in International Tax Law. Intertax, 10, pp. 446-453.

OECD (2014), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2014 Deliverable, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD (2015), Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris.

OECD, The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships, Paris, 1999.

OECD Model Convention on Income and Capital (Version 2010).

OECD Commentaries on OECD Model Convention on Income and Capital (Version 2010).

Özdemir, Özlem. (1999). Hisse Senedi ile Değiştirilebilir Tahviller, Türk Sermaye Piyasasında Uygulanabilirliği, Öneriler. SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara.

Preisig, A; Risi, A. (1999). Taxation of Hybrid Instruments: Switzerland. Derivatives and Financial Instruments. Vol. 1. No. 5. pp. 276-282.

Six, Martin. (2007). Hybrid Finance in the Double Tax Treaties. Discussion Papers SFB International Tax Coordination, 21. SFB International Tax Coordination. WU Vienna University of Economics and Business, Vienna.

Six, Martin. (2009). Hybrid Finance and Double Taxation Treaties. Bulletin for International Taxation. January. pp. 22-25.

Tomazela, Ramon Mariz de Oliveira e Siqueira Campos Advogados, BEPS Action 2: Missing Proposals on Hybrid Financial Instruments, <http://www.kluwertaxlawblog.com/blog/2015/08/14/beps-action-2-missing-proposals-on-hybrid-financial-instruments-part-1/>

Tuncer, Selâhattin. (1974). Çifte Vergilendirme ve Milletlerarası Vergi Anlaşmaları. Eskişehir iktisadi ve Ticari ilimler Akademisi Yayınları.

Vogel, Klaus. (1997). Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (Third Edition). Kluwer.

Yaltı Soydan, Billur. (1995). Uluslararası Vergi Anlaşmaları. Beta. istanbul.