

EKONOMİK ESAS DOKTRİNİNE GÖRE ABD VERGİ MAHKEMESİ'NİN STARS İŞLEMLERİNE BAKIŞI

Under the Economic Substance Doctrine U.S. Tax Court's View of The Stars Transaction

Mehmet TANK *

Ali RUTBİL **

ÖZET

Amerikan vergi yargısında ticari işlem ve sözleşmelerin vergi hukukuna özgü yorumlanmasına yönelik geliştirilen “ekonomik esas” (Economic Substance) doktrinin biri objektif, diğeri sübjektif olmak üzere iki önemli varsayımı vardır.¹ Birincisi bir ticari işlemin vergisel avantaj dışında bir ekonomik esasın olması (objective economic substance), ikincisi ise vergi yükümlüsünü uyumsuzluk konusu sözleşmeyi yapmaya sevk eden vergisel olmayan bir ticari amacının bulunmasıdır (sübjektif business purpose)². Federal mahkemelerin geliştirdiği içtihatlar söz konusu ticari işlemlerin geçerliliği açısından objektif ekonomik esasının ve/veya sübjektif amacın birlikte olup olması ya da tek birinin yeterli görülüp görülmemesi konusunda farklı değerlendirmeler mevcuttur. Bu çalışmada, uluslararası finans sistemi açısından oldukça önemli etkileri bulunan “Kredi Fonlarının Menkul Kıymetleri Yeniden Yapılandırma Sözleşmeleri” (STARS) işlemlerinin vergisel anlamda hukuki mahiyeti/geçerliliği hakkında Amerikan Vergi Mahkemesi’nce verilen bir kararın (Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, Şubat 2013) ekonomik esas doktrini çerçevesinde analizi yapılacaktır.

Anahtar Sözlükler: Ekonomik esas, yurtdışı vergilerinin mahsubu, objektif ekonomik esas, sübjektif ticari amaç, vergisel amaç, STARS

ABSTRACT

The “Economic Substance” doctrine, built by the American federal courts, based on two main prongs called “objective economic substance” and “subjective business purpose”.

* İstanbul Vergi Mahkemesi Hakimi

** Vergi Müfettişi

¹ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013 U.S. Tax Ct. LEXIS 2, 140 T.C. No. 2 T.C. Feb. 11, 2013.

² Ekonomik Esas doktrinin kullanıldığı diğer güncel kararlar için bkz; Gerdau Macsteel, Inc.v. Commissioner, 139 T.C. at , 2012 U.S. Tax Ct. LEXIS 30, *172-173; Reddam v. Comm'r, T.C. Memo 2012-106; New Phoenix Sunrise Corp. & Subs. v. Commissioner, 132 T.C. 161, 175 (2009), aff'd, 408 Fed. Appx. 908 (6th Cir. 2010);Blum v. Comm'r, T.C. Memo 2012-16.

First one of this prongs is whether a transaction had economic substance beyond tax benefits (objective prong). Second one is whether or not the taxpayer had shown a non-tax business purpose for entering into the disputed transaction (subjective prong).

As an continuous controversy about if both subjective and objective prongs must be found together in a transaction, the United States Courts of Appeals applies a flexible analysis in assessing economic substance. The analysis evaluates both the subjective business purpose of the taxpayer for engaging in the transaction and the objective economic substance of the transaction.

In this article, considering the important aspects of Structured Trust Advantaged Repackaged Securities Transaction (STARS) upon the international banking system, an analysis is going to be done by assessing if the STARS transaction is valid in terms of Tax Law. Very current decision of the U.S. Tax Court called “Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r,” (February 2013) will be evaluated in light of economic substance doctrine.

Keywords: Economic substance, foreign tax credit, objective economic substance, subjective business purpose, tax purpose, Structured Trust Advantaged Repackaged Securities Transaction (STARS)



GİRİŞ

Amerika Birleşik Devletlerinde yargı yetkisinin Amerikan Yüksek Mahkemesi (Supreme Court) ile diğer alt derece mahkemeleri tarafından kullanılacağı hususu Anayasasının 3. maddesi ile güvence altına alınmıştır. Vergi yargısı açısından Common Law içtihatlarının oluşmasında belirleyici olanı, yılda toplam 75-100 civarında davayı temyizen inceleyen Amerikan Federal Yüksek mahkemesinden ziyade Federal İstinaf Mahkemeleri (13 The U.S. Courts of Appeals), Federal Bölge Mahkemeleri (94 adet) (Federal District Courts) ile Amerikan Vergi Mahkemesidir (The U.S. Tax Court).

ABD de vergi yükümlülery, ya salınan bir vergiyi ödemeyi reddederek doğrudan Amerikan Vergi mahkemesinde dava açar ya da eksik tahakkuku peşinen ödemek kaydıyla, önce idari itirazda bulunur ve bu itiraz sonucuna göre eğer talebi kabul edilmezse Federal Bölge Mahkemelerine (The US District Courts / The US Court of Federal Claims) dava yoluna gidilebilir.³ Hiç şüphesiz ABD'deki vergiye ilişkin davaların çözüldüğü en önemli mahkeme olan Vaşington D.C. de bulunan Amerikan Vergi Mahkemesinin diğerlerinden farkı, dava açmak için zorunlu bulunan peşin ödemenin bu mahkemede açılacak

³ Burke, J. Martin; Michael K. Friel, “Understanding Federal Income Taxation”, LexisNexis 2. Baskı, ABD 2005, s, 3

davalar için öngörülmemiş olmasıdır. Bu bakımdan bu mahkemeye fakir adamların mahkemesi de (poor man's court)⁴ denir. ⁵

I. STARS İŞLEMLERİ VE AMERİKAN VERGİ MAHKEMESİ KARARININ GEREKÇESİ

Amerikan Federal Bölge Mahkemesi Hâkimi Patrick J. Schiltz⁶'un “bu işlemleri nitelendirmenin güçlüğünü ifade etmek için “bu karmaşık işlemleri ve kompleks vergi hukukunu anlamamıza yardımcı olabilecek bir ingilizceye çevirebilecek bir tercümana ihtiyacımız olabilir.” şeklindeki ifadelerinden STARS işlemlerinden kaynaklanan uyuşmazlığının ne denli karmaşık olduğu anlaşılabilir. Toplam altı Amerikan bankası tarafından gerçekleştirilen bu işlemler aracılığıyla IRS raporlarına göre sadece İngiliz şirketi Barclays Bank İngiltere’de 800 milyon dolarlık vergi tasarrufu sağladığı belirtiliyor.⁷ IRS ile yükümlülerin arasında geçen bir kedi fare oyununa benzetilen STARS işlemlerinin bugüne dek sık rastlanmayan şekilde ülkelerarası vergi farkının (Tax Arbitrage) ortaya çıkmasını yol açtığı ifade edilmektedir.⁸

Amerikan şirketlerinin kazançlarının bildirim yükümlülüğü sadece Amerika’da elde ettikleri işle sınırlı olmayıp Amerika dışından el ettiği gelirlerini de beyan etmek zorundadır.⁹ Doğal olarak bu gelirleri elde etmek için yapılan gider ve maliyet unsurları gibi çifte vergilendirmeyi engellemek için ödedikleri vergiler

⁴ Ibid, s,3

⁵ Söz konusu Vergi mahkemesinin ABD de tek olması ve başkanlık ve yönetim ofislerin Vaşington’da bulunması yükümlüler açısından ciddi zorluklar getireceği açıktır. Bu bakımdan Mahkemenin yapısını ve yargı yetkisini kullanırken izlemesi gereken kuralları düzenleyen IRS kanununda belirtildiği üzere, önceden kararlaştırılan değişik eyaletlerde, dosyalar tek hakim tarafından jüri olmaksızın çözümlenir. Toplam 19 federal hakimnin görev yaptığı mahkemede tek hakimin kararı önce mahkeme başkanına sunulur ve başkan tarafından gerekli görülürse karar diğer hakimlerin de onayına sunulur. Bir anlamda istinaf niteliğindeki bu yeniden değerlendirme sonucunda karar onaylanır yada değiştirilebilir, ancak her iki halde de kararlar yayınlanır. Dosyanın niteliğine göre bazen tek hakim bazen de tüm kurul halinde verilen kararların tamamına karşı Amerika’da toplam 13 tane olan Federal İstinaf Mahkemelerine (The U.S. Courts of Appeals) itiraz edilebilmektedir. Temyiz istemleri ise Amerikan Federal Yüksek Mahkemesinde (The U.S. Supreme Court) karara bağlanmaktadır.

⁶ Hakim Patrick, Harvard Hukuk mezunu, ABD Yüksek mahkeme hakimi Justice Scalia’nın yanında katiplik (clerkship) yapan ve 10 yıldan fazla süreyle hukuk eğitimi vermekte iken 2006 yılında Federal hakim olarak atandığını belirttikten sonra, STARS davaları için “şeytani tarza komplike bir vergi tasarımı” olduğunu ve gramer bakımından bu tasarımı inceleye yeterli bir donanımı olmadığını ve bu davaların hayatının maçı olabileceği! yönünde beyanları olmuştur. Houlder, Vanessa ; Megan Murphy, Jeff Gerth; “Did Barclays Help U.S. Banks Get Undeserved Foreign Tax Credits?” ProPublica and the Financial Times, Ortak yayın <http://www.financialtaskforce.org/2011/09/25/did-barclays-help-u-s-banks-get-undeserved-foreign-tax-credits/> Erişim: 19 Şubat 2013

⁷ Houlder, Vanessa, Megan Murphy, Jeff Gerth agm.

⁸ Houlder, Vanessa, Megan Murphy, Jeff Gerth. agm.

⁹ <http://www.irs.gov/Individuals/International-Taxpayers/Taxation-of-Resident-Aliens>

de (Foreign Tax Credit) indirim konusu yapılır.¹⁰ Fakat son yıllarda bu mahsup işlemlerinin kötüye kullanılmasını önlemek amacıyla ABD'de yeni kanun ve düzenlemeler yapıldı. STARS işlemlerinde çifte vergilendirme olmadan şirketler tarafından sanki böyle bir vergilendirme varmış gibi dizayn edilen bir organizasyon'un söz konusu olduğu IRS tarafından öne sürülmektedir.¹¹

STARS organizasyonun bir banka birkaç milyar dolar tutarında gelir getirici varlıkları İngiltere'de faaliyette bulunan, kendine bağlı bir trust'a aktararak bu trustlar da söz konusu menkul kıymetleri Barclays bankasına uzun vadeli geri alım sözleşmeleri ile satılmasını ifade ediyor. Şüphe yok ki yapılan sözleşmelerde ciddi bir gizlilik anlaşmaları da mevcut.¹² Bunun karşılığında Barclays Amerikan bankasına piyasa fiyatının altında kredi sağladığı öne sürülüyor. Yapılan işlemlerin meşruluğuna hukukiliğine ilişkin Bankaların öne sürdüğü husus işlemin basitçe düşük maliyetli borçlanma imkânı tanınması Fakat IRS sözleşme ve STARS işlemlerinin ifade edilenin çok ötesinde yapay vergisel sonuçlar elde etmek amacıyla dizayn edilen bir dizi finansal işlemler ağının oluşturulduğunu öne sürüyor.

Stars işlemlerine dair ilk kararını veren Amerikan vergi mahkemesi güncel ve finans piyasalarında yoğun şekilde tartışılan Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, (Şubat 2013) kararına göre¹³ yükümlü Bank of New York, (BNY) 2001 ve 2002 yıllarında piyasa fiyatının altında kredi temini amacıyla Barclays Bank'la gerçekleştirdiği bir dizi STARS işlemleri gerçekleştiriyor. Bu finansal işlemlerden "Zero Coupon Swap Agreement" sözleşmeleri ile taraflar üçüncü kişilere olan geri ödeme yükümlülüklerini önceden belirlenmiş kurallar çerçevesinde karşılıklı takasa yapmakta bu yolla farklı piyasalardaki farklı kredi değerliliklerinden yararlanılmaktadır.¹⁴ Taraflar belirli bir faiz oranıyla gelecek vadeli olarak hareketli (örn. LIBOR'a endeksli) bir faiz oranını takas ederler. Yapılan işlemin mantığı, belirli faiz oranını alan tarafın bu faiz ödemelerini belirli periyotlar halinde yapması değil, swap işleminin sonunda tek bir ödemeyle tümünü kapatmasıdır. Bir diğer işlem türü olan "credit default swap"(CDS) kredi türevleri arasında en önde gelen ürün kredi temerrüt swaplarıdır kredi riskini bir partiden diğerine geçiren bir finans kontratı, bir

¹⁰ 26 USCS § 901

¹¹ Houlder, Vanessa, Megan Murphy, Jeff Gerth, agm. Daha geniş bilgi için BKz, "IRS Memo Outlines Position on One STARS Transaction", <http://www.propublica.org/documents/item/250959-irs-memo>.(Erişim 19 Mart 2013)

¹² Houlder, Vanessa, Megan Murphy, Jeff Gerth, agm.

¹³ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s, 1-59

¹⁴ Nurcan, Belma, "Türev Piyasası İşlemlerinin Vergilendirilmesi ve Örnek Ülke Uygulaması" TCMB Ankara, 2005, <http://www.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/belmanurcan.pdf>, s,52

çeşit sigortadır. Borç veren, borç alanın borcunu geri ödememe olasılığına karşı 3. bir kişiye aylık ödemeler (sigorta ödemeleri) yapmaktadır. Borcun ödenmemesi durumunda kefil konumundaki garantör kuruluş devreye girerek bu borcu öder. Dolayısıyla, borç veren belirli bir miktar karşılığında riskini 3. kişiye geçirmiş olur. Kredi temerrüt swapları kredi riskinin kredi koruması satan tarafa transferi için kullanılmaktadırlar. CDS'ler sadece varlık yöneticileri ve traderlar tarafından sıklıkla kullanılan bağımsız bir ürün değil aynı zamanda sentetik teminatlı borçlanma yükümlülükleri (synthetic collateralized debt obligations) ve krediye dayalı tahviller gibi (credit-linked notes) yapısal kredi ürünlerinde de kullanılmaktadırlar.¹⁵ Security arrangements sözleşmeleri de yine yatırımcıları korumaya yönelik bir nevi teminat anlaşmalarıdır.

ABD'de vergi yükümlüsü olan BNY giriştiğini sözkonusu finansal (STARS) işlemlerin sonucunda yurtdışında (İngiltere) ödediği vergilerin mahsubunun ve borç takası (Swap), teminat, sigorta vb işlem maliyetlerinin gider olarak indirim konusu yapılmasının IRS tarafından reddedilmesi üzerine açılan dava açılmıştır. Mahkeme özetle, ekonomik esas (Economic Substance) doktrinine göre yapılan STARS işlemlerinin ekonomik esastan yoksun olduğu ve yalnızca vergisel sonuçlar elde etmek amacıyla yapıldığı gerekçeleriyle Amerikan Federal Vergi İdaresini (IRS) haklı bularak davanın reddine karar vermiştir. Ayrıca grup içi şirketler arasında yapılan ve nihayet STARS işlemlerine konu olan menkul kıymet transferlerinden kaynaklı gelirlerin kaynağının da ABD olduğuna hükmederek gelir vergisi açısından ABD de vergilendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

II. VERGİ MAHKEMESİ HÂKİMİ KROUPA'NIN DÜŞÜNCESİ VE BNY'NİN TİCARİ İŞLEMLERİ

Gelir idaresi IRS tarafından yapılan inceleme neticesinde federal gelir vergisi beyannamelerinde 225 milyon dolar vergi eksikliği (deficiency) tespit etmesi üzerine davacı BNY adına 2001 yılı için yaklaşık 100 milyon dolar ve 2002 yılı için 115 milyon dolar olmak üzere ek tahakkuk yapılmıştır. Mahkemece (Hâkim Kroupa) 3 ana konu üzerinde durulmuş olup birincisi, davacının STARS işlemleri nedeniyle yurtdışında Barclays Bankası ile yaptığı sözleşmelere istinaden üstlendiği ve İngiltere'de ödediği vergilerin IRS Kanunu'nun 901 inci maddesi uyarınca mahsubunun mümkün olup olmamasına dairdir. Kararda

¹⁵ Anson, M.J.P.; Fabozzi, F. J., Choudhry, M., Ren, C., Credit Derivatives: **Instruments, Applications, and Pricing**, John Wiley and Sons" (2004): s, 47'den aktaran, Ersan, İhsan-Samet Günay, "Kredi Riski Göstergesi Olarak Kredi Temerrüt Swapları (CDSs) ve Kapatma Davasının Türkiye Riski Üzerine Etkisine Dair Bir Uygulama", "Bankacılar Dergisi, Sayı 71, İstanbul, 2009, s, 3

özetle bu iki ana şirket üzerinden yapılan STARS işlemlerinin ekonomik esastan yoksun olması nedeniyle bu haktan yararlanamayacağına hükmedildi. İkinci olarak bankanın söz konusu işlemleri yürütemek için yaptığı diğer giderler de aynı gerekçe ile reddedilmiştir. Üçüncüsü ise İngiltere'deki fona aktarılan varlıklardan kaynaklanan gelirlerin kaynağının İngiltere değil ABD olarak nitelendirilmesi, dolayısıyla gelir vergisi açısından ABD tarafından vergilendirilmesi gerektiğine hükmedilmiştir.

"Mellon Financial Corporation" ile birleşen BNY, 26 sayılı IRS Kanunun 1504 üncü maddesine göre hisselerini elinde bulundurduğu grup şirketlerin (parent corporation) yıllık gelir vergisini (Federal Income Tax) tahakkuk esasına göre konsolide şekilde bildirmekle sorumlu şirkettir. BNY dünya ölçeğinde kredi temini, takas (swap) işlemleri vb. türde bir kısım bankacılık işlemlerini gerçekleştirmektedir. Bu şirketler topluluğu 2001 yılında ilk defa Londra'daki Barclays Bank (PLC) ile STARS işlemlerine girişerek 2002 yılı sonuna kadar yurtdışına ödediği toplam 199 Milyon dolarlık vergilerin mahsubunu gerçekleştirmiştir.

A. Stars İşlemleri

BNY 2001 yılından itibaren giriştiği mali operasyonlarla 6.46 milyar dolarlık mortgage kredilerini, diğer ticari kredileri, tüketici kredileri ile bir takım hisse senedi ve tahvil (asset-backed and agency securities) alım-satım işlemleri gerçekleştiriyor. Banka daha düşük oranda maliyetle borç bulabilmek amacıyla yaptığını öne sürdüğü söz konusu operasyon kapsamında elinde bulunan finansal araçları, kendi grup içi şirketleri olan BNY REIT holdings, LLC (REIT holdings) ve diğer bağlı şirketlere dağıtıyor. REIT Holdingse toplamda 2.55 milyar dolarlık BNY hisseleri aktarıldıktan sonra yine grup içi şirketlerden olan BNY Investment Holdings (DE) ve LLC (InvestCo) şirketleri, kurumlar vergisi açısından vergisel sorumluluğu yüklenen alt şirketler olarak tayin ediliyor. REIT holdings daha sonra InvestCo adlı ilişkili şirketin tüm hisselerini aldıktan sonra¹⁶ vergisel sonuçlar elde etmeye yönelik İngiliz Barclays bankası ile ileriye vadeli satış, takas vb bir takım finansal operasyonlar gerçekleştirilmeye başlanmıştır.¹⁷ Söz konusu işlemler neticesinde bir takım sıcak para hareketleri gerçekleşmiş, borçların aylar itibariyle kapatılmasından ve varlıklara ve teminat amaçlı verilen menkul kıymetlere ait hisselerin el değiştirmesinden dolayı faiz

¹⁶ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s, 6

¹⁷ Gerçekleştirilen finansal işlemler teknik anlamda bankacılık hukukunu ilgilendirmesi nedeniyle vergisel boyutunun dışındaki detaylara girilmemiştir.

tahakkukları yapılmış ve kar payları dağıtılmış, ancak tüm bu işlemler sonucun İngiltere'ye karşı vergisel sorumluluklar yerine getirilirken ABD ye karşı söz konusu Amerikan şirketleri ne kar ne de zarar beyan etmişlerdir.¹⁸

Barclays, BNY dışında başka İngiliz bankalarıyla da STARS türü işlemler gerçekleştirdiğini 2001 yılında İngiliz vergi idaresine deklare edince, bu vergi idaresi ile uzlaşma temin edildiğini ve sonuç itibarıyla İngiliz şirketlerinin dâhil olduğu bu finansal operasyonlardan elde edilen gelir ve kar dağıtımların İngiltere tarafından vergilendirildiği beyan edilmiştir.¹⁹ Barclays'ın 2002 yılı Nisan ayında bu defa BNY ile olan STARS işlemlerini vergi idaresine bildirmesi üzerine İngiliz vergi idaresinin Barclays üzerinde bu işlemler nedeniyle uyuşmazlığın olmadığı ifade edilmiştir.²⁰ BNY ile Barclays in yaptığı ikili sözleşmelerde, vergi riskinin bir kısmı BNY ye ait olacak şekilde yapılandırılmıştır. BNY bu bağlamda Barclays ile yaptığı kuponsuz varlık takası vb tüm finansal işlemlerinden dolayı ödediği meblağları kredi borcunun faizinin bir bileşiği olarak değerlendirip 2001 ve 2002 yıllarında işlem maliyeti, ücret ve diğer harcamalar olarak 835.100 dolar ile 6.753.720 dolar tutarında indirilecek gider beyan etmiştir.²¹

B. Ekonomik Esas (Economic Substance) Doktrinin Davada Uygulanması

Ekonomik esas doktrinin uygulanmasına geçmeden önce, Common Law sisteminin en önemli kaynağı olan içtihatların bağlayıcılığı (the principle of binding of precedents - *Stare decisis*)²² prensibinden bahsetmek gerekir. Buna göre, Amerikan Vergi mahkemesinin karar verirken vergi yükümlüsünün ikamet adresine göre belirlenen bölgede yetkili olan istinaf mahkemesinin aynı konudaki içtihatlarını izlemek zorunda olduğu açıktır. Diğer taraftan bu bağlayıcılığı sadece yetki alanındaki istinaf mahkemesi kararları ile sınırlamak da doğru değildir. Nitekim birçok federal istinaf mahkemesi diğer istinaf mahkemelerinin verdikleri kararları çoğu zaman aynen benimsediği bazen de küçük değişikliklerle içtihadı geliştirdiği bilinmektedir. Federal Yüksek Mahkeme kararları ise tüm mahkemeler için bağlayıcıdır.

¹⁸ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s, 16

¹⁹ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s, 18

²⁰ Houlder, Vanessa ; Megan Murphy, Jeff Gerth,, agm.

²¹ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s,23

²² Helvering v. Hallock, 309 U.S. 106, 60 S. Ct. 444, 84 L. Ed. 604, 1940 U.S. LEXIS 1210, 40-1 U.S. Tax Cas. (CCH) P9208, 23 A.F.T.R. (P-H) 1054, 1940-1 C.B. 223, 125 A.L.R. 1368, 1940 P.H. P62,018 (U.S. 1940) s, 119

ABD'nin federal yasama organı olan Kongre'ye gelir üzerine vergi salma ve Federal hükümete vergiyi toplama yetkisi veren ABD Anayasası'nda 03.02.1913 tarihinde yapılan On Altıncı Değişikliğine dayandırılan doktrine göre, işlemlerin biçimlerinden çok özerlerine değer verilmesi gerektiği kabul olunmaktadır.²³ Bu husus ABD Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan tanımlamada:

*“Vergilendirmeye ilişkin sorunlar, tarafların beyan ettikleri amaçlarından çok gerçekten de ne yapıldığına bakılarak belirlenmelidir ve On Altıncı değişiklik ile onun uyarınca çıkarılmış gelir vergisi yasalarının hükümleri uygulanırken saf şekle değil, öze ilişkin hususlara itibar edilmelidir.”*²⁴

*Partnership v. Commissione*²⁵ kararında Üçüncü Federal İstinaf Mahkemesi, uyuşmazlığın çözümünü vergi yükümlüsünün yaptığı sözleşmelerin vergisel açıdan itibar edilebilir bir ekonomik esasının olup olmadığına bağlı olduğunu belirtmiştir. Kararda bu sözleşmenin arka planında hem ekonomik esasın herkes tarafından anlaşılabilir bir objektif yönünün, hem de olaya ve kişiye özgü subjektif ticari bir motivasyonun/amacının olmasını gerektiği öne sürülmüştür. Bu karara göre ekonomik anlamda sahte işlemlerin ayırt edici özelliği, objektif ve subjektif bu faktörlerin birbirinden ayrı ayrı değil, ilişkili faktörlerin bir arada değerlendirilmesi sonucunda vergisel sonuç elde etmenin dışında başkaca bir ticari amacı olmayan sözleşme ve işlemler olmasıdır.

ABD Vergi Mahkemesinin anılan doktrini referans alarak ilk aşamada işlemin ekonomik dayanağının olup olmadığı konusunun belirlenmesi gerekmektedir.²⁶ Vergi mahkemesi Hâkim Kroupa'ya göre yukarıda özet olarak aktarılan ticari işlemler üzerinden yapılan değerlendirme sonucunda, yükümlüye vergisel sonuç doğuran para ve varlık hareketleri dışında net bir sonuç sağlamayan bir para akışının varlığı açık şekilde bu işlemler zincirinin ekonomik dayanaktan yoksun olduğunu ortaya koymaktadır.²⁷ Söz konusu ticari faaliyete konu olmayan ve sadece vergisel avantaj sağlayan ekonomik işlemler bir ticari işlemi yapmaya sevk eden saik olamaz.²⁸ Hâkim eğer vergisel avantajı olmasaydı hiç

²³ Akçaoğlu, Ertuğrul, “ABD Vergi Hukukunda Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi” Ankara Barosu Dergisi 2012/2, s.174, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/07.pdf>, (Erişim 10 Şubat 2013)

²⁴ ABD Yüksek Mahkemesi'nin Weiss v. Stern kararı, 265 U.S. 242 (1924)'den aktaran Akçaoğlu, s.174

²⁵ ACM Pshp. v. Commissioner, 157 F.3d 231, 1998 U.S. App. LEXIS 25726, 98-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P50,790, 82 A.F.T.R.2d (RIA) 6682 (3d Cir. 1998)

²⁶ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s. 29

²⁷ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, S, 35

²⁸ Bkz, Gerdau Macsteel v. Comm'r, 2012 U.S. Tax Ct. LEXIS 30, 139 T.C. No. 5 (T.C. Aug. 30, 2012)

girişilmeyecek olan bir ticari işlemin ekonomik dayanağı olduğundan bahsedilemeyeceğine vurgu yapmıştır.²⁹

Yapılan işlemlerin ticari bir amacı olduğunu ispat için öne sürülen, ancak başka bir haklı nedeni olmayan gerekçeler aslında bizatihi vergi yükümlüsünün vergiden kaçınma iradesini göstermektedir.³⁰ Buna paralel olarak bir borçlanma işleminin ekonomik dayanağının değerlendirilmesinde alış-satış farkları, işlem türleri ve sınıflandırılma işlemleri ekonomik gerçeklerle bağdaşmayan vergisel sonuçları tayin edemeyeceğine hükmedilmiştir. Hâkimi bu yargıya sevk eden en önemli etken şüphesiz ki Amerikan mahkemelerin ısrarlı şekilde, ekonomik dayanağı olmaksızın yapılan ticari işlemlerle elde edilmek istenen vergisel sonuçları, ticari işlemin meşruiyet kaynağı olarak görmeyi reddetme yönündeki yerleşmiş içtihatlarıdır.³¹ Bir diğer önemli husus da ticari işlemlerin ekonomik esasının bir ticari amacı gerektirip gerektirmediği konusudur.³² Burada mahkemelerin, her iki koşulu birlikte değerlendirip dosya içeriğindeki maddi olaya ve delillere göre nihai kararlarını verdikleri söylenebilir.

Burada ele alınan uyuşmazlıkta vergi yükümlüsü BNY'nin yargı çevresinde yer aldığı, İkinci İstinaf Mahkemesi (Second Circuit) ekonomik esas doktrininin değerlendirirken genelde her bir davada maddi olaylardan ve dosya içeriğindeki delillerden hareket ederek daha esnek bir yaklaşım sergilemektedir.³³ Hâkimlerin genel olarak çok mecbur kalmadıkça bir teorik yaklaşımı sürdürmedikleri her bir olaya özgü, bu yaklaşımları uyguladıkları öne sürülmektedir.³⁴ Her bir uyuşmazlığa özgü olarak delil değerlendirmesi yaparak, yükümlülerin ticari işleme girişirken vergisel amacın dışında sübjektif ticari bir amacının ve/veya objektif ekonomik esasının olup olmadığını incelemektedir. Bu noktada incelenmekte STARS sözleşmelerine ilişkin hükme dair istinaf aşamasında verilecek olan karar mahkemenin yargı çevresi açısından bağlayıcı olacaktır.

²⁹ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, S, 36

³⁰ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, S, 38

³¹ S, 48 Bkz, Winn-Dixie Stores v. Comm'r, 113 T.C. 254, 1999 U.S. Tax Ct. LEXIS 47, 113 T.C. No. 21 (T.C. 1999); Am. Elec. Power Co. v. United States, 326 F.3d 737, 2003 U.S. App. LEXIS 7985, 2003 FED App. 0125P (6th Cir.), 2003-1 U.S. Tax Cas. (CCH) P50,416, 91 A.F.T.R.2d (RIA) 2060 (6th Cir. Ohio 2003)

³² Waizer, Harry, "Business Purpose Doctrine: The Effect of Motive on Federal Income Tax Liability," 49 Fordham L. Rev. 1078 (1981), <http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol49/iss6/7>, s.1078, (Erişim: 20 Mart 2013)

³³ Gilman v. Comm'r, 933 F.2d 143 (2d Cir. 1991), aff'g T.C. Memo 1989-684; Long Term Capital Holdings v. United States, 330 F. Supp. 2d 122 (D. Conn. 2004), aff'd, 150 Fed. Appx. 40 (2d Cir. 2005)

³⁴ Michael M. O'Hear, Statutory Interpretation and Direct Democracy: Lessons from the Drug Treatment Initiatives, 40 HARV. J. ON LEGIS. 281, 297-98 (2003), s. 297

C. Yurtdışında Vergilerin Mahsubunun (Foreign Tax Credit) Reddedilmesi

Mahkeme kararında altını çizilen bir diğer husus çifte vergilendirme anlaşmalarının mahiyetine ilişkin yapılan değerlendirmelerdir. IRS ABD vatandaşları ile sınırları içinde ikamet eden diğer gerçek ve tüzel kişilikleri vergilendirirken, (ilgili ülkede vergilendirilse bile) yabancı kaynaklı gelirlerini, Amerika'daki vergilendirilebilir gelirinin içine eklemek zorunda olduğunu belirtmiştir. Buna göre Kongre yabancı ülkelerde vergilendirilen ticari işlemler için çifte vergilendirmeyi önlemek için mahsup müessesesinin (foreign tax credit) düzenlendiği,³⁵ Kongrenin amacının da ticari yaşamın üzerinde etkili olacak vergisel sonuçları azaltarak ticari işlemlerin en verimli şekilde gerçekleşmesini sağlamak olduğu vurgulanmıştır.³⁶ Hâkim kanunların yapılış sürecindeki çalışmaları ifade eden yasama geçmişine (legislative history) referansta bulunarak menkul kıymet transferinden kaynaklı gelirlerin kaynağının ABD olduğuna hükmetmiştir.³⁷ Uyuşmazlığa konu olay, 26 sayılı IRS Kanunu'nun "Yurtdışı vergileri ve ABD Varlıkları" (taxes of foreign countries and of possessions of United States) başlıklı 901 inci bölümünde yer alan hükümlere³⁸ göre şirketlerin piyasa fiyatının altında imtiyazlı şekilde yeniden yapılandığı Menkul Kıymetleri ve tahvilleri (Structured Trust Advantaged Repackaged Securities Transaction (STARS) kullanarak gerçekleştirdiği işlemlerin ekonomik dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle yabancı ülke (İngiltere) kredi kuruluşu (Barklays) arasında yapılan bu işlemler sonucu ortaya çıkan vergi mahsuplarını, (foreign tax credit) reddederek, elde edilen gelirin kaynağının Amerika olduğuna hükmederek vergilendirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

D. Diğer İşlem Maliyetlerinin Reddedilmesi

Bankanın söz konusu kredi işlemlerini yürütebilmek için yaptığı diğer giderlerin de ekonomik esası olmaması nedeniyle indirim konusu yapılması, Common

³⁵ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s, 55

³⁶ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s, 55

³⁷ Genel olarak yabancı ülkelerde ödenmesi zorunlu olan vergiler eğer gerçek ticari işlemlerden kaynaklanıyorsa mahsuba konu olabileceği, ancak yurtdışı ile yapılan ticari işlemlerin doğrudan ya da dolaylı özel bir ekonomik faydası yoksa mahsup hakkının bulunduğu ön sürülemeyeceği belirtilmiştir. Bkz, Treas. Reg. § 1.901-2(a)(2). Go To Headnote Texasgulf, Inc. v. United States, 1999 U.S. Claims LEXIS 245 (Oct. 15, 1999)

³⁸ Genel olarak yabancı ülkelerde ödenmesi zorunlu olan vergiler eğer gerçek ticari işlemlerden kaynaklanıyorsa mahsuba konu olabileceği, ancak yurtdışı ile yapılan ticari işlemlerin doğrudan ya da dolaylı özel bir ekonomik faydası yoksa mahsup hakkının bulunduğu ön sürülemeyeceği belirtilmiştir. Treas. Reg. § 1.901-2(a)(2) Texasgulf, Inc. v. United States, 1999 U.S. Claims LEXIS 245 (Oct. 15, 1999)

Law içtihatlarına dayanarak³⁹ reddedilmiştir.⁴⁰ Amerikan vergi hukukunda vergisel amaçlarla icra edilen sahte/muvazaalı işlemler ve ekonomik dayanağı olmayan işlemler geçerli addedilmemektedir.⁴¹ Davacı tarafından öne sürülen barclays in STARS işlemlerine bağlı olarak verdiği krediler bu kredi verme işlemi ile STARS işlemleri arasında bir ticari bağlantı olduğu yönündeki iddialara Hâkim itibar etmemektedir. Gerekçesi ise ekonomik olarak ilave bir getirisi olmayan (STARS işlemleri gibi-aktiflerin el değiştirmesinden ibaret) rutin işlemleri kredi almanın ön koşulu haline getirilmesi onlara ekonomik bir gerçeklik, geçerlilik kazandırmamaktadır. Sonuç olarak Hâkimin vardığı yargıya göre, STARS türü yapılanmaların ticari hayatın gerek ve gerçekleri ile bağdaşmadığı, bu tarz mali işlemlerin ve sözleşmelerin Bank of New York örneğindeki gibi gerçek motivasyonunun vergiden kaçınmak olduğu anlaşılmaktadır.⁴²

SONUÇ

Bu makalede ABD vergi yargılama hukuku doktrinlerinden en önemlilerinden biri olan Ekonomik Esas doktrinine göre, mali piyasalarda etkili sonuçları olması beklenen STARS işlemlerinin değerlendirilmesinin yapıldığı oldukça güncel bir vergi mahkemesi kararı analiz edilmeye çalışılmıştır. Common Law sisteminde geliştirilen söz konusu vergi hukuku doktrini, ticari işlemlerinin vergisel açıdan geçerliliği açısından “objektif ekonomik esas” ve “sübjektif ticari amaç” olmak üzere iki sağlam gerekçenin varlığı üzerine inşa ediliyor. İncelenen kararda vergisel amaç dışında başkaca bir ekonomik dayanağı ve ticari amacı olmayan söz konusu finansal operasyonlar aracılığıyla, çifte vergilendirmeyi önlemek için getirilen mahsup müessesesinin ve gider indirimi hakkının kötüye kullanılması engellemiştir.

Ekonomik yaşamın gerek ve gerçeklerine uygun olmayan hemen hemen tüm ticari görünümlü ancak vergisel amaçlı işlemler için söz konusu doktrinin ABD vergi içtihatlarında yaygın şekilde kullanıldığını söylemek mümkündür. Ancak bu doktrinin sadece idare lehine yapılan yorumlara referans alınmadığını, özellikle son yıllarda yükümlü lehine verilen bir çok kararda da bu doktrine

³⁹ Winn-Dixie Stores v. Comm'r, 113 T.C. 254, 1999 U.S. Tax Ct. LEXIS 47, 113 T.C. No. 21 (T.C. 1999)s, 294; Gerdau Macsteel v. Comm'r, 2012 U.S. Tax Ct. LEXIS 30, 139 T.C. No. 5 (T.C. Aug. 30, 2012)s, 202

⁴⁰ Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s,56

⁴¹ S,57 bkz, Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465, 470, 55 S. Ct. 266, 79 L. Ed. 596 (1935), ve Johansson v. United States, 336 F.2d 809, 813 (5th Cir. 1964)), aff'd, 251 F.3d 210, 346 U.S. App. D.C. 149 (D.C. Cir. 2001)

⁴² Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013, s,,42

atıflar yapıldığını belirtmek gerekli.⁴³ ABD vergi yargısında geliştirilen sahte işlemler (Sham Transaction) ya da “aşamalı işlemler” (step Transaction) doktrinleri mahkemelerde belki sadece IRS tarafından referans gösteriliyor olsalar da, “esasın şekle üstünlüğü” (substance over form) doktrini gibi “ekonomik esas doktrini” de haklarının ihlal edildiğini düşünen vergi yükümlüleri tarafından referans gösterilmektedir.⁴⁴

Ayrıca bu çalışmada yapılan analizde, ekonomik esas doktrini ile Türk vergi yargısındaki ekonomik yaklaşımın karşılaştırmalı bir analizi bilinçli olarak ihmal edilmiştir. Bunda amaç doktrinlerin tartışılması değil, finansal piyasa araçlarının ve mali operasyonların arttığı Türkiye için de güncel ve emsal olma ihtimali yüksek bir uyumsuzluk türüne ve verilen karara piyasa aktörlerinin ve vergi hukukçularının dikkatlerini çekmekti.



KAYNAKÇA

Daniel M. Schneider, “Use Of Judicial Doctrines In Federal Tax Cases Decided By Trial Courts, 1993 2006: A Quantitative Assessment”,- Cleveland State Law Review, 57 Clev. St. L. Rev. 35, [https://a.next.westlaw.com/Document/I88f9661b33b011deb055de4196f001f3/View/FullText.html?originationContext=citingReferences&transitionType=Document&contextData=\(sc.Search\)&docSource=e34e612df95d4728aa5446240d9146fe&rank=1](https://a.next.westlaw.com/Document/I88f9661b33b011deb055de4196f001f3/View/FullText.html?originationContext=citingReferences&transitionType=Document&contextData=(sc.Search)&docSource=e34e612df95d4728aa5446240d9146fe&rank=1), (Erişim 19 Mart 2013).

Ersan, İhsan-Samet Günay, “Kredi Riski Göstergesi Olarak Kredi Temerrüt Swapları (CDSs) ve Kapatma Davasının Türkiye Riski Üzerine Etkisine Dair Bir Uygulama”, Bankacılar Dergisi, Sayı 71, İstanbul, 2009. <http://www.tbb.org.tr/Dosyalar/Dergiler/Dokumanlar/sayi71.pdf>, (Erişim: 18 Mart 2013).

Ertuğrul, Akçaoğlu, “ABD Vergi Hukukunda Özün Şekle Üstünlüğü İlkesi” Ankara Barosu Dergisi 2012/2, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2012-2/07.pdf>, (Erişim: 10 Şubat 2013).

⁴³ Goldstein v. Commissioner, 364 F.2d 734, 1966 U.S. App. LEXIS 5383, 66-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P9561, 18 A.F.T.R.2d (RIA) 5328 (2d Cir. 1966)

⁴⁴ Daniel M. Schneider, “Use Of Judicial Doctrines In Federal Tax Cases Decided By Trial Courts, 1993 2006: A Quantitative Assessment”,- Cleveland State Law Review, 57 Clev. St. L. Rev. 35 s, 35 [https://a.next.westlaw.com/Document/I88f9661b33b011deb055de4196f001f3/View/FullText.html?originationContext=citingReferences&transitionType=Document&contextData=\(sc.Search\)&docSource=e34e612df95d4728aa5446240d9146fe&rank=1](https://a.next.westlaw.com/Document/I88f9661b33b011deb055de4196f001f3/View/FullText.html?originationContext=citingReferences&transitionType=Document&contextData=(sc.Search)&docSource=e34e612df95d4728aa5446240d9146fe&rank=1), (Erişim 19 Mart 2013)

J. Martin Burke; Michael K. Friel, “Understanding Federal Income Taxation”, LexisNexis 2. Baskı, ABD, 2005.

Michael M. O'Hear, “Statutory Interpretation and Direct Democracy: Lessons from the Drug Treatment Initiatives,” 40 HARV. J. On Legis. 281, 297-98 (2003).

Nurcan, Belma, “Türev Piyasası İşlemlerinin Vergilendirilmesi ve Örnek Ülke Uygulaması” TCMB Ankara, 2005, ,<http://www.tcmb.gov.tr/kutuphane/TURKCE/tezler/belmanurcan.pdf>. (Erişim 19 Mart 2013).

Vanessa Houlder; Megan Murphy, Jeff Gerth; “Did Barclays Help U.S. Banks Get Undeserved Foreign Tax Credits?”, ProPublica and the Financial Times, Ortak yayın <http://www.financialtaskforce.org/2011/09/25/did-barclays-help-u-s-banks-get-undeserved-foreign-tax-credits/> (Erişim: 19 Şubat 2013).

IRS, “Taxation of Resident Aliens” <http://www.irs.gov/Individuals/International-Taxpayers/Taxation-of-Resident-Aliens> (Erişim: 19 Mart 2013).

IRS, “IRS Memo Outlines Position on One STARS Transaction”, <http://www.propublica.org/documents/item/250959-irs-memo>. (Erişim 19 Mart 2013).

MAHKEME KARARLARI

ACM Pshp. v. Commissioner, 157 F.3d 231, 1998 U.S. App. LEXIS 25726, 98-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P50,790, 82 A.F.T.R.2d (RIA) 6682 (3d Cir. 1998)

Am. Elec. Power Co. v. United States, 326 F.3d 737, 2003 U.S. App. LEXIS 7985, 2003 FED App. 0125P (6th Cir.), 2003-1 U.S. Tax Cas. (CCH) P50,416, 91 A.F.T.R.2d (RIA) 2060 (6th Cir. Ohio 2003)

Bank of N.Y. Mellon Corp. v. Comm'r, 2013 U.S. Tax Ct. LEXIS 2, 140 T.C. No. 2 T.C. Feb. 11, 2013.

Blum v. Comm'r, T.C. Memo 2012-16, 2012 Tax Ct. Memo LEXIS 15, 103 T.C.M. (CCH) 1099 (T.C. 2012)

Del Commer. Props. v. Comm'r, 251 F.3d 210, 346 U.S. App. D . C. 149, 2001 U.S. App. LEXIS 11849, 2001-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P50,474, 87 A.F.T.R.2d (RIA) 2451 (D . C. Cir. 2001)

Gerdau Macsteel v. Comm'r, 2012 U.S. Tax Ct. LEXIS 30, 139 T.C. No. 5 (T.C. Aug. 30, 2012)

Gilman v. Comm'r, 933 F.2d 143, 1991 U.S. App. LEXIS 9845, 91-1 U.S. Tax Cas. (CCH) P50,245, 67 A.F.T.R.2d (RIA) 1016 (2d Cir. 1991)

Goldstein v. Commissioner, 364 F.2d 734, 1966 U.S. App. LEXIS 5383, 66-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P9561, 18 A.F.T.R.2d (RIA) 5328 (2d Cir. 1966)

Gregory v. Helvering, 293 U.S. 465, 55 S. Ct. 266, 79 L. Ed. 596, 1935 U.S. LEXIS 4, 35-1 U.S. Tax Cas. (CCH) P9043, 14 A.F.T.R. (P-H) 1191, 97 A.L.R. 1355, 1935 P.H. P687 (U.S. 1935)

Helvering v. Hallock, 309 U.S. 106, 60 S. Ct. 444, 84 L. Ed. 604, 1940 U.S. LEXIS 1210, 40-1 U.S. Tax Cas. (CCH) P9208, 23 A.F.T.R. (P-H) 1054, 1940-1 C.B. 223, 125 A.L.R. 1368, 1940 P.H. P62,018 (U.S. 1940)

Long-Term Capital Holdings, LP v. United States, 150 Fed. Appx. 40, 2005 U.S. App. LEXIS 20988, 2005-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P50,575, 96 A.F.T.R.2d (RIA) 6344 (2d Cir. 2005)

New Phoenix Sunrise Corp. and Subsidiaries v. Comm'r, 408 Fed. Appx. 908, 2010 U.S. App. LEXIS 23909, 2010 FED App. 0726N (6th Cir.), 2010-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P50,740, 106 A.F.T.R.2d (RIA) 7116 (6th Cir. 2010)

Reddam v. Comm'r, T.C. Memo 2012-106, 2012 Tax Ct. Memo LEXIS 105, 103 T.C.M. (CCH) 1579, 2012 WL 1215220 (T.C. 2012)

Texasgulf, Inc. v. United States, 1999 U.S. Claims LEXIS 245, 99-2 U.S. Tax Cas. (CCH) P50,915, 84 A.F.T.R.2d (RIA) 6642 (Fed. Cl. 1999)

Weiss v. Stearn, 265 U.S. 242, 44 S. Ct. 490, 68 L. Ed. 1001, 1924 U.S. LEXIS 2600, 1 U.S. Tax Cas. (CCH) P94A, 4 A.F.T.R. (P-H) 3986, 1924-2 C.B. 51, 33 A.L.R. 520, 1924 P.H. P2892 (U.S. 1924)

Winn-Dixie Stores v. Comm'r, 113 T.C. 254, 1999 U.S. Tax Ct. LEXIS 47, 113 T.C. No. 21 (T.C. 1999)